

מחיצת הכרם שנפרצה
(סוגיית היזק שאינו ניכר)

איתא בריש ב"ב (ב' ע"א) "כדתניא מחיצת הכרם שנפרצה אומר לו גדור חזרה ונפרצה אומר לו גדור נתייאש הימנה ולא גדרה ה"ז קידש וחייב באחריותו".

ופירש"י: מחיצת הכרם שסמוך לשדה הלבן של חבירו, אומר לו לבעל הכרם גדור אתה שלא יאסרו גפניך את תבואת השדה משום כלאים לפי שסמך בעל השדה את זרעיו סמוך לגדר, כדתנן בפ"ב (כ"ו ע"א) היה גדר בינתיים, זה סומך לגדר מכאן את אילנותיו וזה סומך לגדר את זרעיו מכאן, וכשאינן שם גדר תנן בפ"ב, לא יטע אדם אילן סמוך לשדה חבירו אא"כ הרחיק ממנו ד' אמות כדי עבודת הכרם, דבהכי הוי כלאים.

וכתבו שם תוס' ד"ש גורסין דתנן ולא דתניא, משום שבהגוזל (ב"ק ק' ע"א) מוכיח מכאן דר"מ דאין דינא דגרמי, ואי גרס דתנן אתי שפיר, משום שסתם משנה ר"מ היא.

ובעמוד ב' ד"ה וחייב באחריותו, כ' תוס' וז"ל: אע"ג דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק (גיטין נ"ג ע"א), נראה לר"י דהאי חשיב היזק ניכר שהרי ניכר הוא שהוא כלאים כשרואה הגפנים בשדה וכו'. אבל אין לומר דה"ע הוי היזק שאינו ניכר וקנסוהו כמו במטמא, שלא יהא כל אחד הולך ומטמא טהרותיו של חבירו, דהכא ליכא למיחש להכי, שבעל הכרם נמי מפסיד. ועוד, אי קנס הוא במזיד דוקא היה לו להתחייב.

דברי התוס' הנ"ל קשים מתחילתם ועד סופם.

א. הקשו אמאי חייב באחריותו, והרי הוי היזק שאינו ניכר. וקשה, הרי הגמ' הוכיחה מכאן שלר"מ דנים דינא דגרמי, וא"כ מה בכך דהוי היזק שאינו ניכר. ואינו חייב מדין מזיק, מ"מ חייב מדינא דגרמי.

ב. תירצו תוס' שכאן חשיב היזק ניכר, וא"כ קשה להיפך. מנ"ל לגמ' שר"מ דאין דינא דגרמי, והרי כאן חייב באחריותו משום דהוי היזק ניכר ולא משום דינא דגרמי.

ג. כתבו תוס' בסוף, שא"א לפרש שהחויב כאן משום קנסא, שהרי קנסא הוא רק במזיד, ומשמע שבמחיצת הכרם אינו מזיד אלא שוגג. והקשה הרע"א, הרי הלכה זו היא אליבא דר"מ ור"מ אית ליה בגיטין (נג.) שקנסו שוגג אטו מזיד, א"כ שפיר אפשר לומר שהחויב הוא משום קנסא, וכיון דאתיא כר"מ קנסו אף בשוגג. ואף אם נאמר שר"מ קנס שוגג אטו מזיד דוקא בדרבנן, וכמו שאמרו שם בגיטין, מ"מ י"ל שר"מ ס"ל שהמקיים כלאים הוא רק מדרבנן וע"כ חייב מדין קנסא. ונשאר הרע"א בקושיא.

בפ"ז מהל' חובל ומזיק הי"א כתב הרמב"ם וז"ל: המזיק ממון חבירו היזק שאינו ניכר, הואיל ולא נשתנה הדבר ולא נפסדה צורתו, הי"ז פטור מן התשלומים דין תורה, אבל מדברי סופרים אמרו, הואיל והפחית דמיהן הי"ז חייב ומשלם מה שהפחית מדמיהן.

נראה מדבריו שהיזק ניכר הוא דוקא כשנשתנית צורת הדבר וניכר בו הפגם, ולא סגי בהא שניכר הפסד ממון.

ודבר זה לכאורה שנוי במחלוקת אמוראים בבב"ק ד"ז ע"א, דתנן התם: גזל מטבע ונסדק פירות והרקיבו יין והחמיץ משלם כשעת הגזילה. מטבע ונפסל תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח וכו' אומר לו הרי שלך לפניך.

ופליגי שם בגמ': אמר רב הונא נסדק נסדק ממש, נפסל פסלתו מלכות. ורב יהודה אמר פסלתו מלכות נמי היינו נסדק, אלא היכי דמי נפסל שפסלתו מדינה זו ויוצאה במדינה אחרת. ומפרשת שם הגמ' שפסלתו מלכות לרי יהודה לא דמי לתרומה ונטמאת, ששם לא ניכר הנזק, משא"כ בפסלתו מלכות דמינכר היזקו. ולפי"ז פליגי רב הונא ורב יהודה אם אין הפגם ניכר בגוף הדבר, אך ניכר ההפסד, האם חשיב שינוי, והרמב"ם פסק בפ"ג מהל' גזילה ואבידה ה"ד כרב יהודה, דז"ל שם: גזל בהמה והזקינה או כחושה כחש שאינו יכול לחזור וכו' או שגזל מטבע ונסדק או פסלו המלך וכו' הי"ז כמי שגזל כלי ושברו ומשלם כשעת הגזילה. הרי שפסק כרב יהודה, וא"צ שיהא שינוי בגוף החפץ, וקשה ממ"ש בהל' חובל ומזיק שצריך דוקא שישתנה הדבר והיינו כשיטת רב הונא.

ולכאורה היה מקום לחלק בין הנושאים, שבהל' גזילה שפסק כרב יהודה, שם איירי בדין גזילה שאינו יכול לומר הרי שלך לפניך, ובזה פסק כרב יהודה, ואילו בהל' חובל ומזיק איירי הרמב"ם לענין מזיק, ובזה פסק כרב הונא, אלא שמהגמ' מוכח לכאורה שאין חילוק בין גזל למזיקין. דבגיטין מ"ג ע"ב דנה הגמ' בענין היזק שאינו ניכר, ואיתא שם: מתיב רב פפא גזל מטבע ונפסל תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך. ואי אמרת היזק שאינו ניכר שמה היזק, האי גזלן הוא, ממונא מעליא בעי שלומי, תיובתא. הרי שהשוו דין מזיק וגזילה, ולא חילקו ביניהם.

ועוד יש להוכיח שאין לחלק ביניהם, דבב"ק צ"ח ע"א איתא: אמר רבה השף מטבע של חבירו פטור, מ"ט דהא לא עביד ולא מידי, והני מילי דמחיייה בקורנסא וטרשיה (עשאן כאבן חלקה, לשון טרשים - רש"י), אבל שייפא בשופינא חסורי חסריה (וממש הוא ולא גרמא - רש"י). ולכאורה כששף המטבע הרי ביטל צורתה ואינה יוצאה, ולא גרע מפסלתו מלכות, ואם פסלתו מלכות אינו יכול לומר הרי שלך לפניך. כ"ש ששף מטבע הוי נזק. וכתבו תוס' שם בד"ה השף, וז"ל: נראה דרבה סבר פסלתו מלכות לא הוי כנסדק, דאי הוי כנסדק, א"כ כ"ש דשף מטבע הוי כנסדק, והרי חסריה טובא ואמאי פטור, עכ"ל. ולכאורה יש לחלק, דבאמת בגזלה סבר רבה כרב יהודה שאינו יכול לומר הש"ל, ומ"מ בדיני מזיק ס"ל לרבה דלא חשיב נזק, ומדברי התוס' שרבה ע"כ סובר כרב הונא, מוכח שאין לחלק בין מזיקין לגזילה, וכשם שלרב יהודה בגזילה אין צורך שיהיה ניכר השנוי והפגם, הו"ה במזיקין.

וכן היא שיטת התוס' בריש ב"ב, שכתבו שזה שרואים כלאים בכרם, חשיב היזק ניכר, אף שלא נשתנה דבר בגוף החפץ, ולפי"ז קשים דברי הרמב"ם שפסק בהל' חובל שנוק הוא דוקא כשניכר הפגם, ואילו בהל' גזילה פסק כרב יהודה שא"צ בשינוי.

וכן פסק הרמב"ם בפ"ז מהל' חובל ומזיק הי"א: וכן המרקע דינרי חבירו והעביר צורתם חייב לשלם משום גורם. הרי מוכח שפסק הרמב"ם בהל' חובל כרב הונא, וע"כ המרקע והעביר הצורה פטור מדין מזיק, ורק משום גורם חייב, ואילו בהל' גזילה פסק כרב יהודה, וכנ"ל.

והקצות בסיי שפיי יישב שי הרמב"ם עפ"י דברי הרשב"א בב"ק, על דברי רבה שהשף מטבע פטור, וז"ל הרשב"א: ורבה כרב הונא ס"ל דאמר לעיל דאפי' פסלתו מלכות ואינו מטבע בשום מקום, יכול לומר לו הרי שלך לפניך, דאילו לרב יהודה, הרי הוא כפסלתו מלכות שאינו יוצא בשום מקום שצורתו נתבטלה, ופסלתו מלכות כנסדק. ולדידי ק"ל, דהא אמרינן לעיל (צ"ו ע"ב) זווי ועבדינהו נסכא קנה, וכששף אותו ומחיה בקורנסא, הרי ביטל צורתו ונעשה נסכא, וזווי הוא דבעי לשלומי ליה, והתם לא אשכחן מאן דפליג, דודאי שינוי שאינו חוזר הוא. י"ל דהתם בדנחת ליה לגזלנותא ולענין קנייה בשינוי, והאי לענין נזקין, דאמר ליה מאי אפסדתיך, עכ"ל.

והיינו, שהיה קשה לרשב"א מדברי הגמ' בב"ק (צ"ו ע"ב), שאמרו שם: אמר רב פפא האי מאן דגזל נסכא מחבריה ועביד זווי, לא קני. מ"ט הדר עביד להו נסכא. זווי ועבדינהו נסכא קני, מאי אמרת הדר עביד להו זווי, פנים חדשות באו לכאן. ומסתמא דגמרא משמע שאין חולק ע"ז, והרי רבה אמר שם שהשף מטבע פטור, והיינו "זווי ועבדינהו נסכא", וע"ז תירץ הרשב"א, שיש חילוק בין דיני גזל למזיק, שבגזל הרי קנאו כבר בקניי גזילה, וחיובו להשיב הוא משעת הגזילה, אלא שכ"ז שהחפץ בעין יכול לומר הרי שלך לפניך, משא"כ שיש בו שינוי, אפי' קטן, שוב אין זה "השיב את הגזילה אשר גזל - כעין שגזל". משא"כ בהלכות נזיקין, שהחיוב הוא על מה שהזיק, וי"ל שזק שאין שינוי בגוף החפץ, אינו נזק ניכר שחייבים עליו, וע"כ שף מטבע בנזקין אינו חייב, ובגזל, אינו יכול לומר לו הש"ל.

ועפ"י יישב הקצות את שי הרמב"ם שפסק בהל' חובל ומזיק שהשף מטבע פטור מעיקר הדין. ורק מדין גרמי חייב, וכרבה, ואילו בהל' גזלה ואבדה פסק כרב יהודה שאינו יכול לומר לו הש"ל, דלגבי גזל לא הוי כעין שגזל, וזהו שפסק בפ"ק בהל' חובל ומזיק, שזק שחייבים עליו הוא דוקא נזק שנשתנה הדבר ונפסד צורתו. אבל אם לא נפסדה צורתו פטור, שיכול לומר לו "מאי אפסדתיך" כלשון הרשב"א הנ"ל.

ומה שקשה מהגמ' בגיטין הנ"ל שהשוותה בין מזיק לגזל, כשהוכיחה שהזק שאינו ניכר לא שמה היזק מהא דגזל חמץ ועבר עליו הפסח שיכול לומר לו הש"ל, לא קשה, דהתם ההוכחה היא, שאם היזק שאינו ניכר שמה היזק, ואפילו לענין נזיקין, ודאי יחשב שינוי אף לענין גזלה, אבל לפי האמת י"ל שלענין גזלה חשיב שינוי, שאינו יכול לומר הש"ל, דלא הוי כעין שגזל, ומי"מ לא חשיב שינוי והפסד צורה לענין חיוב נזיקין.

ולפ"י ישנם ג' סוגי נזק:

- א. היזק ניכר ממש, שנשתנה החפץ ונפסדה צורתו, שבזה לכו"ע חייב דהוי היזק ניכר.
 - ב. היזק שאינו ניכר כלל, כגון תרומה ונטמאת, ובזה פליגי אמוראי בגיטין אי שמה היזק.
 - ג. היזק שלא נפסדה הצורה, אך ניכר לכל שיש הפסד ממון, כגון פסלתו מלכות ושף מטבע, שעדיין יכול לומר לו "מאי אפסדתיך", ובזה ס"ל לרב יהודה, שאף שבגזלה הוי שינוי ואינו יכול לומר לו הש"ל, מ"מ בנזקין פטור. וזוהי שי הרמב"ם שפסק בפ"ז מהל' חובל ומזיק שצריך שיהיה השינוי ניכר, וכן פסק שם שהשף מטבע חייב רק משום גרמא, ואילו בהל' גזלה פסק כרב יהודה שבפסלתו מלכות אינו יכול לומר לו הש"ל.
- ובזה יישב בספר אבי עזרי הל' חובל ומזיק, מה שקשה על הרמב"ם מהכלל שכתב הרמב"ן בדיני דגרמי, שכל מקום שפטור מצד דהוי היזק שאינו ניכר, פטור גם מדינא דגרמי, וא"כ קשה, איך כתב הרמב"ם ששף מטבע, אף שפטור מדין היזק שאינו ניכר מ"מ חייב מדינא דגרמי.
- ולפ"י י"ל שהכלל של הרמב"ן הוא דוקא בהיזק שאינו ניכר כלל, כמו תרומה ונטמאת, ואז אין לחייבו גם משום דינא דגרמי, משא"כ בסוג היזק שאינו ניכר כמו פסלתו מלכות ושף מטבע, שההפסד

ודאי ניכר, אלא שלא נשתנה גוף הדבר, ועדיין יכול לומר לו "מאי אפסדתיך", מ"מ מדינא דגרמי חייב שודאי הפסידו, וזוה אף הרמב"ן יודה.

ושם באבי עזרי הקשה עוד מהגמ' בב"ק (ק' ע"א), דאיתא התם – בענין הא דאמרינן שר' מאיר אית ליה דינא דגרמי - : הא ר"מ, דתנן המסכך גפנו על תבואתו של חברו ה"ז קידש וחייב. ומוכח מכאן שר"מ מחייב מדינא דגרמי. ודוחה הגמ': התם נמי קא עביד מעשה בידים. ומסקנת הגמ' שם: אלא הא ר"מ דתניא מחיצת הכרם שנפרצה וכו' ה"ז קידש וחייב באחריותו. וכבר הזכרנו דברי התוס' בריש מכילתין, שהיה פשוט לגמ' שזו מימרא של ר"מ, או משום שגרסינן "תנן", וסתם משנה ר"מ, או משום שהברייתא מקבילה למשנה של מסכך גפנו, והתם ודאי סתם משנה כר"מ.

וקשה, איך דחתה הגמ' שמסכך גפנו אינו חייב משום דינא דגרמי, אלא משום שעשה מעשה בידים, והרי גם אם עשה מעשה בידים, מ"מ הוי עדיין היזק שאינו ניכר, ויכול לומר לו מאי אפסדתיך, ורק משום דינא דגרמי אפשר לחייבו, והא ראייה, שהשף מטבע, שעשה מעשה בידים, ומ"מ אינו חייב משום זה, אלא רק משום דהוי דינא דגרמי, א"כ שפיר יש להוכיח ממסכך ע"ג תבואתו של חברו שלר"מ אית דינא דגרמי, דבלא"ה לא היה חייב, כיון דהוי היזק שאינו ניכר.

ותירץ שם, שבאמת כל היזק שאינו ניכר, אף שאינו חייב מעיקר הדין, מ"מ מדרבנן חייב, שהרי קנסוהו, כדאיתא בסוגיית היזק שאינו ניכר בגיטין, שהמטמא והמדמע והמנסך חייב. ומשם ילפינן לכל היזק שאינו ניכר, שחייב משום קנס. ולפי"ז אין צורך לחייבו משום דינא דגרמי, אלא כיון שעשה מעשה בידים חייב משום קנס. ואף שרבה בב"ק פטר בשף מטבע, כנראה שהוא סובר כשמואל בגיטין שם, שלא ילפינן ממטמא ומדמע, דקנסא מקנסא לא ילפינן, אבל הסוגיא בב"ק סוברת כרב שילפינן, וממילא שפיר דחתה את ההוכחה מסיכך גפנו, שאין הטעם שם משום דינא דגרמי, אלא הטעם משום קנסא, דכיון דעביד מעשה בידים, חייב משום היזק שאינו ניכר.

[נמה שהרמב"ם כתב שבשף מטבע חייב משום דינא דגרמי, ולא כתב שהחיוב משום קנס, י"ל שהנפמ"י במת, האם יורשיו חייבים לשלם. דאם משום קנסא, אינם חייבים, דלא קנסו את יורשיו, וכ"כ הרמב"ם בפ"ז מהל' חובל ומזיק ה"ג, אבל השתא שחיובו משום דינא דגרמי, חייבים אף היורשים, וע"כ כ' הרמב"ם ששף מטבע חייב משום דינא דגרמי, לחייב גם את יורשיו].

ולפי"ז מסקנת הגמ' שיש להוכיח ממחיצת הכרם שנפרצה, שר"מ אית ליה דינא דגרמי, משום ששם לא עביד מעשה בידים, וא"כ א"א לחייבו משום קנס, וע"כ החיוב מדינא דגרמי, וזו מסקנת הגמ' אליבא דר"מ.

ועפ"י הדברים הנ"ל יובנו דברי התוס' בריש ב"ב בענין מחיצת הכרם, כמין חומר. התוס' שאלו אמאי חייב באחריותו, הרי היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק, ות"י שמחיצת הכרם הוי היזק ניכר. ושוב אמרו שאין לחייב כאן משום קנסא, משום שאין החיוב משום קנס, היה לנו לחייב רק במזיק ולא בשוגג. וע"ז שאלנו:

- א. ומה בכך שהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק, והרי החיוב כאן הוא משום דינא דגרמי.
- ב. אינו מובן תירוץ התוס' שהכא הוי היזק ניכר, וא"כ מנלן שלר"מ אית ליה דינא דגרמי, והרי מסקנת הגמ' להוכיח שיטת ר"מ היא ממחיצת הכרם, וכאן הוי היזק ניכר.
- ג. שאלת הרע"א שלר"מ קנסו שוגג אטו מזיד, וא"כ הדרא קושיא לדוכתא, ונאמר שהחיוב כאן הוא משום קנס, ולר"מ גם בשוגג קנסו.

ולהני"ל מתיישבים דברי התוס'.

שהרי הזכרנו דברי הרמב"ן בדינא דגרמי, שאם א"א לחייבו משום היזק שאינו ניכר, א"א לחייבו גם משום גרמי, אלא שחילקנו בשני סוגי היזק שאינו ניכר, שאם אינו ניכר לגמרי, כמו תרומה ונטמאת, בזה אומר הרמב"ן שאין לחייבו אף לא משום דינא דגרמי, משא"כ כשהפסד ניכר, אלא שלא נשתנה צורתו, בזה פטור מדין היזק שאינו ניכר, אך חייב מדינא דגרמי.

וזו היתה שאלת התוס', דכיון שמחיצת הכרם פטור מדין היזק שאינו ניכר, איך אפשר לחייבו מדינא דגרמי, עפ"י הכלל שכתב הרמב"ן, והכא הרי החיוב הוא מדינא דגרמי, עפ"י מסקנת הגמ'. וע"ז תירצו תוס', שהכא הוי היזק ניכר, ואין כוונתם דהוי היזק ניכר גמור, אלא כמו פסלתו מלכות ושף מטבע, שעדיין פטור מדין היזק שאינו ניכר, שיכול לומר לו "מאי אפסדתיך", ומ"מ מדינא דגרמי חייב.

ושבו הקשו תוס', אולי החיוב הוא משום קנס, וכוונתם, שהיזק שאינו ניכר אמנם פטור מדאורייתא, אך ממטמא ומדמע ילפינן שכל היזק שאינו ניכר חייב משום קנס.

ובאמת שאלה זו היא ממש שאלת הגמ' בב"ק, שדחתה הגמ' שאין להוכיח ממסכך גפנו שחייב, שהוא מדינא דגרמי, דשמא הוא משום היזק שאינו ניכר, דקא עביד מעשה בידים, וביארנו, שכוונת הגמ' לחייבו משום קנס. שהרי זה שעביד בידים אינו סיבה מספקת לחייבו, והא ראייה משף מטבע שעביד בידים ומ"מ אין לחייבו בלא דינא דגרמי, אלא ע"כ דחיית הגמ' שנחייבו מדין היזק שאינו ניכר שקנסוהו רבנן. וע"ז באה מסקנת הגמ' שההוכחה שלר"מ אית דינא דגרמי אינה ממסכך גפנו על תבואת חבירו, אלא ממחיצת הכרם שנפרצה. והמעליותא של מחיצת הכרם, ששם לא עביד מעשה בידים, וממילא אין לפרש שהחיוב הוא משום קנס, וע"כ משום דינא דגרמי, ולא משום קנס, שהרי מחיצת הכרם שנפרצה לא עשה מעשה בידים.

וזה ממש תירוץ התוס' שא"א לומר במחיצת הכרם שחיובו משום קנס, דלא קנסו אלא מזיד, אין כוונתם לומר מזיד לאפוקי שוגג, אלא כוונתם לאפוקי ממעשה בידים, שהרי זה החילוק בין מסכך גפנו למחיצת הכרם שנפרצה, וע"כ החיוב הוא משום דינא דגרמי.

ובזה מיושבת קושית הרע"א, שודאי לר"מ קונסים גם שוגג אטו מזיד, ומ"מ זה דוקא במעשה בידים, אבל לא כשנעשה הנזק מעצמו, דבזה לא קנסו.

ולפני"ז שאלת התוס' ותירוצו הוא ממש מהלך הגמ' בב"ק.

ומצאתי הוכחה לזה בדברי הרש"ש בפירושו למשניות בכלאים וז"ל: בתוס' רע"א הקשה על מש"כ תוס' ריש ב"ב, ועוד אי קנס הוא במזיד דוקא הו"ל להתחייב, דהא בבי"ק שם אוקימנא להך ברייתא כר"מ, והוא קניס שוגג אטו מזיד בדרבנן וכו', ולי נראה דהתוס' לאו בדוקא נקטו מזיד, אלא ר"ל דוקא דעביד בידים לאפוקי הכא תני נפרצה, משמע מאליה. ובזה אפי' לר"מ מותר.

וכן משמע מדברי המהר"ם בריש ב"ב וז"ל: ועוד אי קנס הוא במזיד דוקא היה לו להתחייב ר"ל אם פרץ הוא בעצמו הגדר במזיד, אבל כשנפרץ מאליו לא שייך לקנסו.

אלא שהם פירשו כן מסברא דעלמא, ולדברינו מקור דברי התוס' הוא בסוגיא בב"ק הני"ל.