

יעקב כהן

בדין היזק שאינו ניכר

תוכן:

קושיא בשיטת התוס' בהיזק ניכר.

ביאור המח' בגמ' בגזל מטבע ונפסל.

ביאור בגדר שם 'מזיק'.

בגדר המחייב בגזל.

קושיות על החילוק בין מזיק לגזל בשי' התוס'.

חילוק מחודש בגדר היזק דמינכר.

קושיא בשיטת התוס' בהיזק ניכר

הגמ' בריש ב"ב עוסקת בשאלה מאי מחיצה ומוכיחה שמחיצה היא כותל מהברייתא דלקמן:

מחיצת הכרם שנפרצה... נתיאש הימנה ולא גדרה הר"ז קידש וחייב באחריותו.

וכתבו בתוס' (ד"ב ע"ב) ד"ה וחייב וז"ל:

אע"ג דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק נראה לר"י דהאי חשיב היזק ניכר שהרי ניכר שהוא כלאים כשרואה הגפנים בשדה.

וידועה בזה קושית הקוב"ש אות י' דהאי סברה דמשום דנראה בעיניי דאיכא כלאים - חשיב מינכר, היא לחד מ"ד בב"ק לענין גזל מטבע ופסלתו מלכות. דאיתא שם במשנה: (דצ"ו ע"ב)

גזל מטבע ונסדק, פירות וההקטבו, יין והחמיץ, משלם כשעת הגזילה. מטבע ונפסל, תרומה ונטמאת, חמץ ועה"פ וכו' או' לו הרי שלך לפניך.

ובהבנת המש' ובגדר ההיזק דפסלתו מלכות נח' שם בגמ' (דצ"ז ע"א) רב הונא ורב יהודה, דלרב הונא או' לו הרי שלך לפניך, ולרב יהודה משלם כשעת הגזילה משום דניכר, וכד' הגמ' שם:

א"ר הונא נסדק - נסדק ממש, נפסל - פסלתו מלכות, ורב יהודה אמר פסלתו מלכות נמי היינו נסדק, אלא ה"ד פסלתו מלכות שפסלתו מדינה זו ויוצאה במדינה אחרת. א"ל רב חסדא לר"ה הרי פירות וההקטבו יין והחמיץ דכי פסלתו מלכות דמי ומשלם כשעת הגזילה? א"ל התם נשתנה טעמו וריחו הכא לא נשתנה. א"ל רבא לר"י הרי תרומה ונטמאת דכי פסלתו מלכות דמי וקתני או' לו הרי שלך לפניך? א"ל התם לא מינכר היזיקא הכא מינכר היזיקא.

ומבואר דרב יהודה לחוד ס"ל דהא דמינכר היזקא חשיב כהיזק שחייב לשלמו. וק' דרב הונא לא ס"ל כסברת התוס' כאן, ועוד דאיתא שם בתוס' (דצ"ז ע"ב ד"ה המלוה) דרב ושמואל סברי כר"ה, והרא"ש התם (בסע' י') פסק כוותיה דר"ה מכוח דברי התוס' (בד' צח ע"א ד"ה השף) שכתבו דגם רבה סובר כר"ה שנפסל הכוונה לפסלתו מלכות, וא"כ סברת התוס' כאן היא שלא אליבא דהלכתא וצ"ב.

ביאור המח' בגמ' בגזל מטבע ונפסל

ונראה לת' דהנה מבואר התם בגמ' שני דינים ביחס להיזק 'שינוי' ו'היכר' וכדברי הגמ' 'התם נשתנה טעמו' וריחו, 'הכא מינכר היזקא' ובהא הוא דפליגי, דלר"ה המחייב הוא השינוי אלא שאם אי"ז ניכר פטור וכמ"ש הר"מ פ"ז מחו"מ (ה"א) הואיל ולא נשתנה הדבר והוא שיעור בחיובי תורה למזיק ממון חבירו. ולרב יהודה בפשטות א"צ לכך וסגי שיש היכר להיזק¹. ומבואר דס"ל לר"ה גבי פסלתו מלכות שאין שייך לחייבו בתשלום מדין מזיק כיון דאין כאן שום שינוי בהיזק, דהמטבע נותר בעינו.

אך בכלאים הוי שינוי בגוף החפצא, דהתבואה והגפן גדלים יחד בחדא מחתא ויונקים מהדדי וכ"א מקבל כוח וחיות מחבירו², אלא דא"א לחייבו מפני מעכב חיצוני שפוטרו מאחריות דהא לא מינכר, וע"ז תי' ר"י דחשיב מינכר כיון שנראה לעיניי. אבל בגזל מטבע ופסלתו מלכות הוי היזק ללא שום שינוי ממשי, ורק בפירות והרקיבו יין והחמיץ וכה"ג דהתם נשתנה טעמו וריחו כלשון הגמ' מחייב ר"ה.

וצ"ל בגדר דנשתנה טעמו וריחו שאין הוא המדד הבלעדי וההכרחי להיזק שניכר, אלא דהביאתו הגמ' לחלק דפירות והרקיבו ופסלתו מלכות חלוקים הם במציאות ואין להשוות בניהם. אולם בכלאים אע"פ שלא נשתנה טעמו וריחו הוי היזק כיון דאיכא שינוי וכמש"נ. ולרב יהודה סגי בכך שההיזק מינכר דכל הרואה לאלתר יודע שא"א להשתמש בזה.

ביאור בגדר שם 'מזיק'

ועי"ל באופן אחר דפולגתייהו דר"ה ור"י אינה אלא בסוגיא דהתם, לענין גזילה דאינו נקנה לו להתחייב עליו אא"כ חל שינוי ברשות הגזלן, ופליגי בפסלתו אי חשיב שינוי שמחייבו לשלם כשעת הגזילה או דלא מהני ואו' לו הש"ל.

1. אך קשה מהר"מ דבפ"ג מגו"א ה"ד פסק כר"י ובפ"ז מחו"מ ה"א פסק המרקע דינרי חבירו והעביר צורתן חייב לשלם משום גורם [ומד"ת פטור] דמשמע דמינכר לחוד ל"ח היזק, ועי' בזה לקמן (אות ד') אי"ה בל"נ.

2. וראי' לזה, דתוס' הק' על חידושו של ר"י משרץ ע"ג טהרות ובס' אילה שלוחה עמ' קלה כתב בזה דאם עיקר האיסור בכלאים מפני שהם ביחד סגי בכך שאנו רואים את הגפן ואין מקום לקושייתם דבשרץ עיקר האיסור אינו שהוא ליד הפרי אלא שיש טומאה בפרי וזה דבר שבאמת אי"נ, וע"כ צ"ל שעיקר האיסור הוא שגדל ביחד באיסור וממילא איכא שינוי שכ"א מקבל כוח מחבירו, וכ"ה ברשב"א (ד"ב ע"א ד"ה נפרצה או' לו גזור) וה"נ גירי נינהו וטפי מגירי דמשום עירבוב גפניו שמתערבין זה עם תבואתו של זה הוא שנאסרה התבואה.

אבל גבי מזיק חידשו האחרונים יסוד ומקורו בגמ' בב"ק (צח ע"א) מהא דהזורק מטבע של חבירו לים פטור וז"ל בגמ' שם:

אמר רבה הזורק מטבע של חבירו לים הגדול פטור, מ"ט אמר הא מנה קמך אי בעית שקליה... ואמר רבה השף מטבע של חבירו פטור, מ"ט דהא לא עבד ולא מידי, וה"מ דמחיייה בקורנסא וטרשייה [עשאה כאבן חלקה – רש"י] אבל שייפא בשופינא חסורי מחסריה [וממש הוא ולא גרמא – רש"י].

ומכאן שדין מזיק ממון חבירו אינו בכך שגורם לו חסרון ממוני ואפ"ל לא שמאבד החפץ משווייו. אלא גדר מזיק ממון הוא כל שעושה פעולה המחסרת בגוף החפצא הניזק או דמאבד מן העולם גוף ועצם דבר הניזק, לא בהפסיד רק שוויות הממון שבו.

בגדר המחייב בגזל

אך לגבי גזל איתא בתוספתא בב"ק (פ"י ה"ב) ז"ל:

זה הכלל כל גזילה שהיא בעינה ולא שינה אותה מברייתה אומר לו הרי שלך לפניך, ואם שינה אותה מברייתה משלם כשעת הגזילה.

ומבואר דלהתחייב בגזילה א"צ אלא שינוי לחודא אע"פ שאין חסרון בעצם ובגוף החפצא, דהשינוי המוזכר בתוספ' אינו חסרון בעצם הדבר אלא שפעל בצורה כל שהיא על החפץ, דהא פסלתו מלכות לכו"ע חייב וחשיב שינוי מברייתה.

ולפי"ז לק"מ דבב"ק דצ"ז איירי הגמ' לענין גזל ובזה הוא דאמר רב יהודה דפסלתו הוי ניכר דלדידיה גבי גזל הוי ה'שינוי' הגורם לגזלן להתחייב באחריות. אולם מודה ר"י דשינוי זה אינו מהני להתחייב עליו מטעם מזיק, שהרי אינו מתחייב עד שמחסיר בממשות החפץ. ולכן בדצ"ח פטור הזורק והשף דלא עביד ולא מידי גם אליבא דר"י.

וממילא א"ש סוגיין שהרי הזיקו בעצם החפצא, דיש שינוי בגוף התבואה שגדלה בהדדי הדדי עם הגפן וע"כ לכו"ע מבע"ל להתחייב באחריות וגם הוי מינכר ע"פ חידושו של ר"י בתוס'.

וסברא זו לחלק בין גזלן למזיק ה"ה להדיא בחידושי הרשב"א בב"ק (שם ד"ה א"ר) ששואל מ"ש שף מטבע של חבירו מזוזי ועבדניהו נסכא שקנה והשיב:

דהתם לענין בדנחית ליה בגזלנותא ולענין קנייה בשינוי והאי לענין נזיקין דא"ל מאי אפסדתך.

וברשב"א שבשיטמ"ק נוסף לגבי מזיק וז"ל:

אבל הכא נראה שאינו מכוון לגזול אלא לחסר ממונו וכל שאינו מחסר בגופו ממש כמו שפי' לא מיקרי חסרון... והכא לא חסר כלום.

הרי מבואר להדיא החילוק הנ"ל בין מזיק לגזלן.

ומש"כ שם בקוב"ש דמגמ' דגיטין (נג ע"א) מבואר להיפך דהא בהא תליא, דשואלת הגמ' למ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק מגזל חמץ ועבר עליו הפסח שאו' לו הרי שלך פניך, ואין הגמ' מתרצת שאין לדמויי גזל למזיק מפני שהמחייב בהם שונה.

י"ל דשאני התם, דהגמ' מדמה לענין החיוב דאם בגזלן פטור ולא אמרי' דחשיב שינוי, כ"ש שיהי' פטור מטעם מזיק שהמחייב הוא חסרון בממשות החפצא. א"נ דהתם שקו"ט הגמ' לענין היזק שאי"נ האם נכלל בגדר 'שם מזיק' והאם חשיב היזק אי לאו, ובזה אין מקום לחלק בין גזל למזיק וע"כ מביאה הגמ' ראי' מהא דבגזלן פטור ה"נ במזיק.

קושיות על החילוק בין 'מזיק' לגזל בשי' התוס'

אלא דצ"ע דמד' התוס' נשמע דלא סברי להחילוק הנ"ל שכ' (בדף צ"ח ד"ה השף) דרבה, דהוא בעל השמועה דשף, ס"ל כר"ה שנפסל היינו פסלתו מלכות. והכריחו זאת דאי נימא דפסלתו מלכות הוי כנסדק, דמשלם כשעת הגזילה כשי' ר"י כ"ש שף דמחסריה, ולפי מש"נ ה"ל לחלק בין מזיק לגזלן ולא להקיש בין שני המקרים.

ועו"ק טובא דהרשב"א גופיה באותו הדיבור (הנ"ל) כתב בהקדם כד' התוס' שרבה כר"ה ס"ל, אלא מטעם אחר דלר"י שף ה"ה כפסלתו מלכות שצורתו נתבטלה (ודכמו דבפסלתו מפאת צורתו אינו בר שימוש ה"נ) וצ"ע דהא ע"פ חילוקו שהביא בסמוך אין דבריו מוכרחים. ואולי ניתן לומר דר"י אינו מקבל את החילוק בין מזיק לגזל והרשב"א כתב דבריו לשי' ר"ה ורבה בלחוד.

ועוד ילה"ק שבקצוה"ח (סי' שפ"ו ס"ק יא') הביא דברי הרשב"א הנ"ל לתרץ סתירה ברמב"ם שפסק בפ"ג מגזילה ואבידה (ה"ד) כר"י דפסלתו מלכות הוי שינוי ומשלם כשעת הגזילה אולם בפ"ז מחו"מ (הל' י"א) כתב שהמעביר צורתו חייב לשלם משום גורם. ול"נ אמאי ל"ח שינוי להתחייב עליו דהא פו' כר"י (ושא"ר פו' פו' שהגמ' דשף אינה אליבא דר"י). ותי' הקצוה"ח עפ"ד הרשב"א הנ"ל את הר"מ, דרק לגבי גזלן פסלתו מלכות חשיב כנסדק דהוי שינוי ולא מצי א"ל הש"ל. אבל לענין מזיק³ פטור דא"ל מאי חסרתין וע"כ כ"מ שחייב הוא משום גורם.

וק' על הקצוה"ח דהוא גופיה ציין במפורש דמהתוס' (הנ"ל) שכ' שרבה ס"ל כר"ה ולא כר"י, לא משמע להו לחלק בין מזיק לגזלן דא"כ אין הכרח דרבה ס"ל כר"ה בדווקא ולא כר"י. ולכאור' כמו"כ צ"ל גם בהרשב"א דלא משמע ליה הכי מאותו טעם, שכתב להדיא שרבה ס"ל כר"ה ולא כר"י וצ"ע.⁴

3. ומהר"מ ריש פ"ז מחו"מ שכ' 'המזיק את חבירו היזק שאינו ניכר הואיל ולא נשתנה הדבר ולא נפסדה צורתו הר"ז פטור מד"ת' אין להביא ראייה דבמה שכתב "ולא נפסדה צורתו" לא בא לאפוקי מחסרון בעצם החפצא דגם במקום שנפסדה צורתו אי"ז חסרון בגוף הדבר כמדוייק מדבריו בהל' יא' המרקע דינרי חבירו והעביר צורתן חייב לשלם משום גורם' דהפסיד והעביר היינו הך, והר"מ קאי על היזק שאי"נ ולא איירי כלל מענין של חסרון.

4. ואין לתרץ מהא דראיתם שונה, דהתוס' קאי מצד התוצאה דמחסריה וע"כ אי"ז כנסדק ואילו

ועמד בזה בספ' אבי עזרי על הרמב"ם (פ"ז מחו"מ) וביאר דישובו של הקצוה"ח בר"מ עומד וקיים ברם י"ל דהרשב"א איירי רק אליבא דר"ה, דאף דר"י מקבל את היסוד שהזכרנו בגדר מזיק אבל סובר דכיון שאינו יוצא בהוצאה חשיב כחסרון בגוף הדבר, וע"כ גם במזיק בכה"ג שהמטבע תו אינו יוצא מתחייב דהוי היזק ממש וגם ניכר משום דאינו בר בהוצאה. ובש"י הר"מ צ"ל שאין חילוק בין ר"ה לר"י ודבריו אליבא דכו"ע.

וממילא עפ"ד אלו א"ש, דאע"פ דהתוס' לא חילקו בין גזלן למזיק אי"ז מפני שסו' שדינם א' וחלוקים הם על הרשב"א, אלא דהם סברי ממש כרשב"א דאיהו גופיה לא קמירי מר".

ועוד צ"ב דהתוס' שם כתבו בהמשך דבריהם דלא דמי כלאים לשרץ ע"ג טהרות וז"ל:

אע"פ שרואין השרץ על הטהרות לא חשיב היזק ניכר דמי יודע אם הוכשרו.

ומנה דהוכרחו לומר דשרץ המהלך ע"ג טהרות אינו חשיב ניכר דמי יודע אם הוכשרו, ולא נקטו בפשיטות דהתם אין שינוי בהיזק וע"כ פטור, מבואר דלית להו להיסוד הזה. וחזינו דסגי להו דהיזק ניכר במציאות ותו לא.

אך יש לדחות משם דבטומאה יש שינוי בדין שם הפירות וה"ל כאילו השתנה ונחסר גוף הדבר ממש וז"ל הקונט"ש (בב"ק שיעור ו' אות ז') בענין פירות שנטמאו (ע"י מזיק):

ה"ה כמאכל שיש בו רעל המזיק לגוף ונחשב הוא בגדרי תורה כנפסד ואבוד מן העולם... דדבר האסור הרי מטמטם את הלב ומשקץ את הנפש ונפשו של אדם קצה באכילת איסור ואינו ראוי להשתמשות... וה"ה כסם המות אע"פ שהוא טעים לחיך אי"ז מקרי ראוי לאכילה והוא נפסד ונאבד מן העולם.

וכע"ז הביא הגרנ"ט⁵ (סי' קיא) מהתוס' לענין חמץ ועבר עליו הפסח דכיון דהאיסור הוא בגוף הדבר חשיב כאילו הוזק החפץ בעצמו וכתב שכ"ה לענין מטמא.

ברם מש"כ ונתבאר אינו מוסכם לכו"ע, דהקצוה"ח ציין בהדיא שדבריו אינם אליבא דהתוס' והרבה מרבותינו האחרונים כתבו (כ"א לפי טעמו ונימוקו) דהתוס' חולקים על הא דיסוד מזיק הוא שפוגם ומחסר בגוף הפצא.

הרשב"א מצד הדמיון בהיזק שאינו יוצא בשום מקום דהרשב"א כתב בהדיא שרבה לא כר"י (לעומת תוס' שכ' בסתמא שלרבה פסלתו מלכות לא הוי כנסדק) ואולי מש"כ באופן שונה משום שנחלקו בגדר צורת ההיזק דשף (עי' בזה בספר שיעורי בקיאות שם ואכ"מ).

5. אלא דהוא הקשה מכלאים (דלא ס"ל כמש"נ) דלא הוה חוסר ולא מידי וע"כ חידש דלתוס' החיוב לשלם הוא על הפסד ההשתמשות בחפץ ואם לא חיסר השתמשות אומר לו מאי אפסדת. וי"ל בדרכא אחרינא דע"כ חייב בכלאים משום דינא דגרמי (וכע"ז באבן האזל פ"ז מחו"מ הלי"א דבמחיצת הכרם אסור משום קנס כמו במטמא) מפני שאין שינוי בגוף הדבר כמו בשף דהתם מדחייב בגזלן חשיב שינוי אלא דלא סגי למזיק דטוען מאי אפסדת. אך ק' דאיתא בב"ק וק ע"א) דהמסכך גפנו ע"ג תבואותו של חבירו הוי אדם המזיק והתם כדהכא, אין חסרון בגוף הדבר. ואולי כיון שגוף הדבר נשתנה, אף שההיזק אינו ניכר הוי מזיק ממש, דהא למ"ד היזק שא"נ ש"ה חייב גם בשוגג ולכן כיון שגוף הדב' נאסר אינו יכול לומר מאי חסרת.ך.

ומקצתם, הגר"ש שקאפ (בספ' שעורי ר"י ליטא עמ' קסג) שכתב דזהו מח' הרמב"ן והתוס' כאן דלהתוס' היזק שידוע שעושה לו עתה ההיזק חשיב ניכר.⁶

וכן הגרנ"ט (סי' קיא) כתב⁷ דהמתוס' דידן משמע דהיזק ניכר הוא שרואים ההיזק.

והגר"א וסרמן בקוב"ש (אות י') שהסיק דלפי התוס' במטמא משקין הוי היזק ניכר כיון שאינם טעונים הכשר, אף דהטומאה אינו נראה מ"מ ניכר ההפסד. ולפמש"נ ז"א מה"ט, אלא דבטומאה יש חסרון עצמי. ועוד כ' דהרמב"ן⁸ פליג אתוס' ויש כסברתו בב"ק (צז ע"א) גבי מטבע שפסלתו מלכות למ"ד דלא הוי היזק ניכר משום דלא אישתני דס"ל דהפסול הוא דבר שאינו נראה והתוס' אינם כהוא מ"ד.

וראה בפירוש חזון יחזקאל על התוספ' (בב"ק פ"ה ה"ב) דלתוס' אע"פ שעצם החפץ שלם כבראשונה אם יש היכר שנפסד מדמיו הוה היזק ניכר.⁹

וע"ע בחידושי ר"ש רוזובסקי (ב"ב סי' ג אות ד) דדייק מהתוס' במש"כ דשרץ ע"ג טהרות לא חשיב ניכר משום שאין ידוע אם הוכשרו לקבל טומאה דמבואר שבמשקים שאין צריכים הכשר ליהווי היזק ניכר משום דרואים דהשרץ נוגע בהם ולפי"ז א"צ היזק בעצם הדבר.¹⁰

6. ובתנאי שלא יבוא ממילא כמו בחמץ שעה"פ ומש"ה אם נגע שרץ על משקים שאינם צריכים הכשר הוי היזק ניכר. ולרמב"ן מיבעי השתנות בגוף הדבר ומסכך גפנו ע"ג תבואתו של חבירו חשיב שינוי בדרך הגידולין ונאסר אבל בשרץ אין שום השתנות והוי שאינו ניכר.

7. דר"ל דהמח' אי חייב בהיזק שאי"נ תלוי אם במזיק רק שוויות ממון חשיב מזיק (ולכאורה אינו מוכח דמסוגיא דשף מדוייק שצריך חסרון בגוף הדבר ואעפ"כ פטור לכו"ע למרות שההיזק ניכר, והק' מתוס' דידן דתליא אם רואים ההיזק וביאר דדוקא במטמא וכו' שהאיסור בגוף החפצא הוי כהיזק החפץ בעצמו ובכלאים האיסור אינו בעצם (אלא משום שגדלו יחד) וע"כ כתב לחדש דיסוד מזיק הוא דפוגע ומחסר השתמשות הדב' אבל בגזלן כיון שהי' שינוי חייב.

8. שכ' דבכלאים הוי היזק שאי"נ דגוף האיסור דבר שאינו נראה, וזה שלא כתוס' שלדעתם בצורם אוזון פרתו של חבירו אף דניכר הצרימה אבל אין ההיזק ניכר דסתם שוורים לאו לגבי מזבח קיימי. אך הרמב"ן כתב דצורם מיקרי היז"נ ובכלאים מצדד דגוף האיסור הוא דבר שאינו נראה.

9. וכתב דהוא בניגוד לשי' רש"י דכל שליכא שינוי בעצם הדבר ולא נפסדה צורתו לא הוה היזק ניכר אע"פ שיש היכר שנפסד משוויו, והר"מ ס"ל כרש"י דמשמע מיניה (ריש פ"ז מחור"מ) דהיזק ניכר לא סגי שרואים בעין [וצ"ל שאין מביא ראי' מהר"מ דבעי חסרון דע"ז לא קאי הר"מ כמבואר לעיל בהערה השלישית (16)] ועו"כ בר"מ דלגבי כלאים ס"ל כרמב"ן בדינא דגרמי שהעירבוב שינוי הוא.

10. יש לתרץ דאכתי אין אנו יודעים אם הי' ניחותא. ועו"כ דהתוס' הוא בניגוד לרמב"ן שבגפנים הוי ניכר מפני שהעירוב הוא שינוי במה שמעורבין זב"ז וע"כ אף אם נגע השרץ במשקים חשיב שאי"נ. ובשיעוריו (ב"ב הערה מב) הוכיח מדהקשו משרץ המהלך ע"ג טהרות ולא כתבו לחלק שבשרץ אין חסרון, שליתא להו ליסוד הנ"ל.

חילוק מחודש בגדר היזק דמינכר

ומ"מ נראה ליישב באופן אחר, דאף אי נימא דהתוס' סברי דא"צ שההיזק יהי' בגוף ועצם הדבר אבל אכתי לא דמי סוגיין לסוגיא דגזל מטבע ונפסל בב"ק. דכאן אין ההיזק בא בהיכי תמצי של 'מינכר' אלא דיש כאן היזק שנגרם ונעשה אך א"א לחייבו משום שאינו ניכר, וכדי לגבור על חסרון זה אנו משתמשים בסברא דאיכא היכרא. ואילו התם המינכר הוא הוא עושה ההיזק, דפסלתו מלכות לולי שהי' מינכר אינו מהווה היזק לכו"ע, ומה דחשיב היזק הוא שכל רואיו מכירים בו שהוא מטבע שנפסל.

ודוקא בסוג היזק כגון דא דעצם ההיזק אינו אמיתי, דהחפץ נותר כמות שהוא, נחלקו רב הונא ורב יהודה אי חשיב שינוי ע"י המינכר או לא חשיב, אבל בעלמא מודה ר"ה לר"י שאם מינכר לעין שמייה היזק וחייב וע"כ אין קושי מהגמ' דהתם לתוס' דהכא, ולא קרב זה אל זה.