

## היזק שאינו ניכר

שיעור זה קשור לכלל:

### הבעלות העצמית על הקניינים



תמצית השיעור: היזק שאינו ניכר הוא שינוי המעמד של החפץ ופגיעה בבעלות על החפץ, בלי שינוי בחפץ עצמו. על כן הוא שונה מבחינה מהותית מהיזק הניכר.

#### הצעת הסוגיא והשאלות

סוגית "היזק שאינו ניכר" מופיעה במסכת גיטין. על המשנה (נ"ב ע"ב):

המטמא והמדמע והמנסך בשוגג פטור במזיד חייב.

מובא בגמרא (נ"ג ע"א):

אמר חזקיה: דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד חייב, מאי טעמא היזק שאינו ניכר שמיה היזק, ומה טעם אמרו בשוגג פטור כדי שיודיעו. אי הכי אפילו במזיד נמי, השתא לאו זוקי קא מכוין - אודועי לא מודע ליה? ! ורבי יוחנן אמר: דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד פטור, מאי טעמא היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק, ומה טעם אמרו במזיד חייב שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרותיו של חבירו ואומר פטור אני... מתיב רב פפא: גזל מטבע ונפסל, תרומה ונטמאת, חמץ ועבר עליו הפסח, אומר לו: הרי שלך לפניך. ואי אמרת היזק שאינו ניכר שמיה היזק, האי גזלן הוא, ממנא מעליא בעי שלומי! תיובתא.

א. עצם המושג "היזק שאינו ניכר", כעומד לעצמו, טעון הבנה. מנין נובע ההבדל בין היזק ניכר להיזק שאינו ניכר? העובדה שהמזיק חיסר מממונו של הניזק בכל דרך שהיא, גוררת אחריה חיוב תשלומים, לכאורה, ומדוע יהיה הדין שונה כאשר הנזק איננו ניכר לעין?

ב. הגמרא דחתה את דברי חזקיה, והוכיחה שהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק. ההוכחה היא מן המשנה, האומרת שהגזל תרומה ונטמאת (וזהו היזק שאינו ניכר) אינו נקרא מזיק, ומשלם כגזלן ולא כמזיק. תוס' (שם ע"ב, ד"ה "גזלן") שואלים על הדימוי של משנה זו לענין היזק שאינו ניכר:

גזלן הוא וממון מעליא בעי לשלומי - תימה דהיכי מדמי הכא דממילא למטמא בידים<sup>1</sup>, דנהי דמטמא בידים חייב, היכא דנטמאת מאליה אומר לו הרי שלך לפניך, דהא המכחיש בהמת חבירו באבנים או במלאכה חייב, ובהכחשה ממילא או פירות שהרקיבו מקצתם אומר לו הרי שלך לפניך, הואיל ועדיין הם בעין ולא קנאם בשינוי, ויש לומר דכיון דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק אם כן חשיב ליה כאילו הוא ניכר, ואם כן אין לך שינוי גדול מזה וקנאם הגזלן בשינוי וצריך לשלם בממון מעליא ושמיין כעין שגזל, ולא מצי אומר ליה הרי שלך לפניך...

תוס' שואלים, הרי יש חילוק ברור בין משנת "הגזול תרומה ונטמאת" ובין מטמא תרומה. בגזול, נטמאת התרומה מאליה, ואז אומר לו: הרי שלך לפניך, ואילו במטמא הרי הוא מטמא בידים. מתרצים התוס' שאם אומרים שהיזק שאינו ניכר שמיה היזק, הרי הוא נחשב להיזק ניכר. על כן גם בתרומה ונטמאת, נחשבת הטומאה להיזק ניכר ואינו יכול לומר: הרי שלך לפניך. מדברי המשנה שאומרת שיכול לומר לו: הרי שלך לפניך, יש ללמוד שטומאה היא היזק שאינו ניכר.

דברי התוס' קשים<sup>2</sup>. יש מקרים בהם הנזק ניכר, ואף על פי כן אין הוא מוגדר כשינוי ויכול הגזול לומר: הרי שלך לפניך, כגון (בבא קמא צ"ו ע"א):

אמר רב פפא: האי מאן דגזול דיקלא מחבריה וקטליה (=וקצצו), אף על גב דשדיא מארעא לארעא דידיה לא קני (ואינו משלם לו דמים אלא נותן לו הדקל עצמו), מאי טעמא מעיקרא דיקלא מיקרי והשתא נמי דיקלא מיקרי (ואין כאן שינוי השם).

הגזול דקל וקוצצו, אינו נקרא שינוי, ואומר לו הרי שלך לפניך. מובן, שאם ניזוק הדקל במקרה כזה על המזיק לשלם את הנזק. הרי שאין זהות מוחלטת בין הגדרת הפעולה כנזק, להגדרתה כשינוי שקונה. מדוע, אם כן, היזק שאינו ניכר, למאן דאמר שמיה היזק, מוגדר הנזק כשינוי אליבא דתוס'?

## יסודות הדין

לישוב שאלות אלה ושאלות נוספות שיובאו בהמשך, יש להקדים כמה יסודות בענייני נזיקין.

<sup>1</sup> יש לציין שחילוק זה, בין מטמא ממילא למטמא בידים, מופיע בירושלמי (גיטין פ"ה ה"ה): "ר' יודן לא נחת לבית וועדא, קם עם ר' מנא, אמר ליה: מה חדתין יימרון, אמר ליה: כן אמר ר' יוסי, המטמא אינו כעושה מעשה, מן הדא תרומה וניטמאת, אמר ליה תיפתר שניטמאת מאיליה, ולית שמע מינה כלום".

<sup>2</sup> ע"י בחידושי ר' שמעון שקאפ לבבא קמא בתחילת סי' ג'.

## א. הבעלות

הרב חרל"פ (מי מרום ח"ב, הקדמה לפירושו למסכת אבות) מגדיר את משמעות הבעלות של האדם על רכושו:



ואחרי שענין האדנות הוא ממדת קונו, יש לעמוד על אופי הבעלות על דברים הנקנים, שאינה בעיקר בשביל ההשתמשות שישגו באמצעות הדברים הנקנים לו, אלא שעצם הבעלות הוא ענין נשגב ושלם, שכשם שהבעלות העליונה היא שלא לשם תשמישים, כי איננו נצרך ח"ו לשום אחד מבריותיו, כן הבעלות האמיתית הנמשכת אלינו, התכלית היא הבעלות בעצמה אף מבלעדי ערך התשמישים, והעד על זה הוא מה שנפשו של אדם בוחלת בתשמישים בלא בעלות... ובהיות שעיקר מהות האדם היא הבעלות הנקנית לו מן השמים, ובזה הוא מתדמה לעליון ב"ה, "אני שליט בעליונים ואתה שליט בתחתונים", מחויב הדבר שכל תשמישיו יהיו ממה שהוא בעלים עליהם ולא של זולתו. וזהו הטעם של גנות ההיזק להיזק דבר של חבירו, מפני ששולל ממנו בעלות ממה שהוא בעלים עליהם, ושליטת בעלות היא כריתה מהתדמותו לעליון, ובכך הזהירות במילי דנזיקין היא שלימות עליונה מאוד.

הרב חרל"פ מחלק בין בעלותו של האדם על רכושו, ובין זכות השימוש של האדם בחפץ. הבעלות היא הקשר הפנימי שבין האדם ובין החפץ. הקב"ה הוא "קונה שמים וארץ". במה "באה לידי ביטוי" בעלותו של הקב"ה על שמים וארץ, וכי הוא משתמש בהם? ! עיקר הדבר הוא עצם הבעלות. ההשתמשות היא תוצאה של הבעלות.

הקשר הפנימי שבין האדם לקנייניו, מתבטא בכך שהוא בעלים על החפץ. הבעלות היא ערך מופשט. השימוש בפועל בחפץ הוא ביטוי לבעלות, אך איננו הבעלות עצמה. השימוש איננו תלוי בבעלות. ניתן היה להנהיג את העולם כך שבני האדם ישתמשו בבריאה לצרכיהם, יאכלו, ילבשו וידורו ויעשו כל חפצם בכרואים, בלי שיהיו בעלים עליהם. הבעלות היא חידוש שחידשה התורה, המלמד על רצונו יתברך לקשור את הבריאה אל האדם. בכך שהאדם בעלים על רכושו הוא נקשר אליו, ומוציאו אל הפועל. כך יוצאת הבריאה אל הפועל דרך האדם, עולה בעלייתו ויורדת, חלילה, בירידתו.

מכאן נובע גדר נזיקין, שעניינם פגיעה בבעלותו של הניזק. נמצא, שכאשר יש פגיעה בבעלות - מוגדר הדבר כנזק, וכאשר אין פגיעה בבעלות, אף אם נגרם חיסור ממון לניזק - אין זה מוגדר כנזק, וממילא אין דין תשלומי נזק.

## ב. בעלות והיזק הניכר

כתב הרמב"ן, בקונטרס דינא דגרמי:

כללו של דבר כל שחייב במעשה בידים לרבנן, חייב בגרמא לר' מאיר, וכל הפטור במעשה ממש לרבנן כגון היזק שאינו ניכר, פטור לר' מאיר בגרמא והוא הדין במעשה ממש, שלא חייב ר' מאיר אלא על גורם היזק, ואין כאן היזק מאחר שאינו ניכר... וכן נמי השורף שטרות של חברו כמי שגזל כיסו של חברו וחייב אף על פי שהיא גרמא לענין הממון הכתוב בשטר, וכל המפסיד ממונו של חברו ממנו היזק ניכר הוא מאחר שאינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך...

כאשר אינו יכול לומר "הרי שלך לפניך" - הרי זה נקרא היזק הניכר. באופן דומה כתב הרשב"א (גיטין נ"ג ע"ב ד"ה "ואי אמרת"):

דהרי אינו יכול לומר הרי שלך לפניך... והרי זה כנוטל כיסו של זה ונתנו לחברו. וכן נמי במוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו שהזיקו ניכר, כנוטל ממונו של זה ונתנו לזה הוא.

העולה מדבריהם, ששינוי בעלות הוא היזק הניכר. אף כאשר אין ההיזק ניכר כלפי חוץ, העובדה שבעלי החפץ השתנו הופכת את הנוזק לניכר.

## ג. היחס בין איסורים לבעלות

האם שינוי במעמד ההלכתי של החפץ משפיע על המעמד הממוני והקנייני שלו? ! אדם אסור חפץ של חברו - האם זו פגיעה בבעלות, או שמא אין כלל קשר לבעלות, והיא נשארה כשהיתה, ורק המעמד ההלכתי השתנה? הדוגמא הבולטת לכך היא בשאלת איסורי הנאה. האם איסורי הנאה שייכים לבעליהם, או שמא העובדה שהם אסורים עליו בהנאה מפיקה אותם מבעלותו.

משמעות השאלה היא, האם אלה הם שני תחומים שונים בתורה - איסורים וממונות, ואין יחס ביניהם - אין דין איסורי יכול לשנות מעמד קנייני של חפץ, או שמא התחומים משיקים זה לזה, ויש השפעה ביניהם - המעמד האיסורי של חפץ משפיע על מעמדו הקנייני.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> דיון נרחב בעניין זה ראה ב"מרחשת", סי' א', "בדין איסורי הנאה אם הם שלו". ועי' בש"ך (יו"ד סי' קי"ט ס"ק כ"ז) על דברי השו"ע (שם סעי' י"ג): "המוכר לחבירו דבר שאסור באכילה אם עד שלא אכלו נודע יחזיר לו מה שקנה ממנו והוא יחזיר לו הרמים, ואם משאכלו נודע מה שאכל אכל והוא יחזיר לו הרמים... ואם היה דבר שאינו אסור באכילה אלא מדברי סופרים או אם היו הפירות קיימים מחזיר הפירות ונוטל דמיו, ואם אכלם מה שאכל אכל ואין המוכר מחזיר לו כלום", ומבאר הש"ך את ההבדל בין דאורייתא לדברי סופרים: "אלא נ"ל הטעם, דהם לא גזרו איסור כדי להוציא ממון, דלענין ממון אוקמוה אדין תורה", הרי שדיני איסור מדרבנן אינם נוגעים לדיני ממונות.

הגרמא בפסחים (ו' ע"ב) הגדירה "חמץ משש שעות ולמעלה" כדבר שאינו ברשותו של אדם משום שהוא איסורי הנאה. רש"י שם פירש: "דלאו ברשותיה הוא - אינו שלו", ומשמע שדבר שאסור על האדם הרי הוא מופקע ממנו גם מן הבחינה הממונית. אולם בקצות החושן (סי' ת"ה ס"ק ב') הגדיר שהם של האדם, אך אינם ברשותו להקדישו ולהפקירו. וכוונתו לדברי ר' יוחנן בבבא מציעא ז' ע"א: "גזול ולא נתיאשו הבעלים שניהם

## ביאור המחלוקת וישוב השאלות

לאור דברים אלה מבוארת מחלוקת חזקיה ור' יוחנן בענין היזק שאינו ניכר. היזק שאינו ניכר נוצר על ידי שינוי המעמד הדיני של החפץ - טומאה, נסך וכדומה. השאלה היא, האם שינוי זה מוגדר כפגיעה בבעלות. אם אנו מבינים כי דיני איסור נוגעים גם לצד הממוני, הרי ששינוי המעמד האיסורי של החפץ הוא גם שינוי בעלותו של הבעלים, ועל כן שמיה היזק, שכן פגיעה בבעלות היא הגדרת הנזיקין ושינוי בעלות הוא נזק ניכר, כפי שהזכרנו. אך אם איסורים לחוד וממונות לחוד, הרי שאין כאן כל פגיעה בצד הממוני, הבעלות נשארה כשהיתה, ולא שמיה היזק. מובנים, אפוא, דברי התוס', שאם היזק שאינו ניכר שמיה היזק, הרי זה היזק ניכר ואין לך שינוי גדול מזה. שכן אם היזק שאינו ניכר שמיה היזק, פירוש הדבר שנפגעה בעלותו של הנזיק, והרי זה כאילו לקח ממנו ונתנו ברשות אחרת, שזה היזק הניכר.

השאלה ששאלנו על דברי תוס' מגיטין (נ"ג ע"ב), הכיצד היזק שאינו ניכר מוגדר כשינוי, והרי ב"דקל וקצצו" אין הנזק מוגדר כשינוי, איננה קשה. "דקל וקצצו" עוסק במישור הממוני בלבד. לא היה שינוי בעלות כתוצאה מקציצת הדקל, ועל כן הדיון הוא האם השתנה השם או לא. בהיזק שאינו ניכר, לעומת זאת, אנו עוסקים ביחס בין המישור האיסורי למישור הממוני. אם הפגיעה מוגדרת כנזק, הרי שאנו מגדירים את שינוי המעמד ההלכתי של החפץ כשינוי בבעלות. על כן ברור שקנה הגזלן, שכן היה כאן שינוי מהותי, ואינו יכול לומר לו "הרי שלך לפניך". בעלות על תרומה טהורה שונה במהות מבעלות על תרומה טמאה, ואין זה נקרא "שלו", ועל כן קנה הגזלן, ומשלם כעין שגול.

## ביאורים נוספים

לאור הבנה זו מיושבות שאלות נוספות בסוגיא זו. א. סוגית "היזק שאינו ניכר" מופיעה גם במסכת בבא קמא (ד' ע"ב), אגב דיון במנין אבות הנזיקין על פי שיטת ר' חייא:

תני ר' חייא עשרים וארבעה אבות נזיקין: תשלומי כפל, ותשלומי ארבעה וחמשה, וגנב, וגזלן, ועדים זוממין, והאונס, והמפתה, ומוציא שם רע, והמטמא, והמדמע, והמנסך, והני תליסר הא עשרים וארבעה... המטמא והמדמע והמנסך דממונא הוא ליתני, מה נפשך אי היזק שאינו ניכר שמיה היזק הא תנא ליה נזק, אי היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק הוה ליה קנסא ובקנסא לא קמיירי. לימא קסבר ר' חייא היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק,

אינם יכולים להקדיש, זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, שאם אינו יכול להשתמש - אף אם הוא בעלים, או שהוא בעלים אך אינו יכול להשתמש, זו פגיעה בבעלות לענין הקדש ואין זה נקרא ברשותו, אך ודאי שמוגדר כשלו.

דאי שמיה היזק הא תנא ליה נזק, תנא היזקא דמינכרא ותנא היזקא דלא מינכרא.

למסקנת הגמרא, אף אם ר' חייא סובר שהיזק שאינו ניכר שמיה היזק, יש לחלק בין היזק רגיל והיזק שאינו ניכר, ולשנות כל אחד מהם פני עצמו: "תנא היזקא דמינכרא ותנא היזקא דלא מינכרא". אף כאן יש לשאול, הרי שניהם נחשבים כנזק, ומדוע לחלק ביניהם? על פי דברינו מובן, שהיזק שאינו ניכר הוא סוג נזק שונה מהיזק הניכר, אף אם "שמיה היזק", ועל כן יש לשנותם בנפרד. זהו "היזקא דמינכרא והיזקא דלא מינכרא". היזק הניכר עיקרו בחסרון הממוני, שהוא היוצר שינוי בבעלות. היזק שאינו ניכר, פוגע בבעלות מצד עצמה, שכן ההיזק הוציא את החפץ מבעלותו המלאה, וזהו עיקר הנזק, ולא חסרון הממון.

ב. בקצות החושן (סי' ש"ס ס"ק ה'), דן בדברי הטור (חו"מ סי' ש"ס): "אינו נקרא שינוי אם לא שישתנה שמם על ידי השינוי" - שינוי מעשה בלא שינוי השם אינו נקרא שינוי, והגולן איננו קונה את החפץ. הקשה הקצות:

אך קשה מהא דפריך בפ' הניזקין (דף נ"ג), בהא דאמר חזקיה דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד חייב, מאי טעמא היזק שאינו ניכר שמיה היזק, מהא דתנן גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך וכו' תיובתא. ואי נימא דאפילו בשינוי מעשה כל שלא נשתנה שם הגזילה לא קנה, אם כן אפילו למאן דאמר היזק שאינו ניכר שמיה היזק וחשיב ליה שינוי מעשה, וכמו דמפרש התוס' שם עיין שם, אכתי מצי אמר הרי שלך לפניך כיון שלא נשתנה שם הגזילה דמעיקרא לחם והשתא לחם וצ"ע.

בגזל חמץ ועבר עליו הפסח, לא השתנה שם הגזלה, ועל כן לא קנה הגולן, ומדוע משלם כעין שגזל?

על פי דברינו מבואר, שיש הבדל מהותי בין שינוי שם בדרך כלל, ובין שינוי השם בהיזק שאינו ניכר. במישור הממוני בלבד, כל עוד לא השתנה השם יכול לומר "הרי שלך לפניך", שהרי עדיין הוא הבעלים, אף שהיה שינוי מעשה. אולם, בהיזק שאינו ניכר, למאן דאמר שמיה היזק, הרי שהמישור האיסורי גורם לשינוי בעלות ממונית, ועל כן איננו יכול לומר "הרי שלך לפניך", שכן כבר לא מתקיים בו "שלך", שכן נשתנתה בעלותו.

ג. שאלה נוספת עולה מדברי רש"י. בהביאו מקור לחיוב בהיזק שאינו ניכר, סותר עצמו רש"י ממקום למקום. בבבא קמא ד' ע"ב, במנין אבות דר' חייא, כתב רש"י (ד"ה "מנסך"):

... מטמא מדמע ומנסך לא כתיבי בהדיא ואפילו הכי הווי אבות, שבכלל נזק הן, ונזק ממון כתיב בתורה (ויקרא כ"ד) "מכה נפש בהמה ישלמנה"...

בהמשך הסוגיא (ה' ע"א), כאשר לומדת הגמרא כי כל האבות משלמים ממיטב מ"תחת נתינה ישלם כסף", כתב רש"י:

תחת נתינה כו' - ...מטמא ומדמע ומנסך בכלל נזק הן ובנזק כתיב ביה  
"תחת".

הרי שפעם אחת הביא רש"י מקור לתשלום מ"ישלמנה", ופעם אחת מ"תחת", ויש להבין את דבריו<sup>4</sup>.

מהו ההבדל בין הלימוד מ"מכה נפש בהמה ישלמנה", ללימוד מ"תחת" - "שור תחת השור"?

חז"ל דרשו (בבא קמא י' ע"ב): "מכה נפש בהמה ישלמנה" - ישלמנה, ומכאן שהבעלים מטפלים בנבלה. התשלום הנלמד מפסוק זה הוא השלמת החסרון הממוני של הניזק. הלימוד מ"תחת", לעומת זאת, מורה כי יש לתת לניזק חפץ אחר תמורת החפץ שניזק. אין זו השלמת חסרונו, אלא השבת בעלותו לקדמותה.

יתכן לומר, אם כן, שבתחילה הביא רש"י את המקור מ"ישלמנה", שכן זהו המקור מן התורה לתשלום נזק, אך בכל זאת הביא גם את הלימוד מ"תחת", ללמדנו את אופי התשלום, שאיננו השלמת החסרון אלא תיקון הפגיעה בבעלות, שכן בהיזק שאינו ניכר איננו באים מצד חסרון הממון שנגרם לניזק, אלא מצד הפגיעה בבעלותו כתוצאה משינוי מעמדו של החפץ.

<sup>4</sup> מכח קושיא זו משנה המהר"ם (ה' ע"א) את הגירסא ברש"י, אך שינוי גירסא ללא מקור לכך הוא קשה, ויש ליישב דברי רש"י.