

סימן יד

בגדרי תשלומי נזקין

אוצר החכמה

שאלה: מכונית שניזוקה ע"י מכונית אחרת שהנהג בה היא פושע בנסיעתו, וחשיב מזיק בכוחו כמו שמבואר בשו"ת הרא"ש (כלל קא ס"ה) בענין מזיק ברכיבת סוס, והרי הוא חייב מדין אדם המזיק בכוחו כמו שפסק

השו"ע (סי' שפד ס"א), ודא עקא מחוץ להוצאות הנזק יש עוד הוצאות גרירה ממקום התאונה עד מקום המוסך, על מי יש להטיל את הוצאות הגרירה, האם על המזיק או על הניזק. וזה החלי בעזר ה' צורי וגואלי.

תשובה

אוצר החכמה

פסידא דניזק, וכ"כ הטור בהדיא, וכתב הב"י שהוא הסכמת הפוסקים ע"כ.

א. בדין טורח נבילה על המזיק, האם הוא חייב טורח ממש או רק חיוב דמים

❖ ❖

והנה מה שכתב הסמ"ע, שכ"כ הטור בהדיא כדבריו, כוונתו למה שכתב הטור שם וז"ל, אע"פ שטורח הנבילה הוא על המזיק כגון אם נפל שור לבורו חייב להעלותו וליתנו לניזק, מ"מ משנודע לו לניזק הי' לו להשתדל בו להעלותו, ועל המזיק ליתן לו ההוצאה ע"כ. ומקורו מדברי הרא"ש (שם ס"א) וז"ל, ופחת נבילה על הניזק משעה שנודע לו ההיזק, ומשנודע לו הי' מוטל עליו להשתדל ולהעלותו מן הבור ושכר העלאה יפרע המזיק ע"כ. וכתב עליו הב"י שם, פלוגתא דתנאי בפ"ק דב"ק, ופסקו הפוסקים כמ"ד טורח נבילה על המזיק.

הנה איתא בגמ' [ב"ק יא.] והתניא אחרים אומרים מנין שעל בעל הבור להעלות שורו מבורו, ת"ל כסף ישיב לבעליו והמת, א"ל אביי לרבא, האי טורח נבילה ה"ד, אלימא דבבירא שויא זוזא ואגודא שויא ארבע, כי טרח בדנפשי' טרח, א"ל לא צריכא דבבירא שויא זוזא ואגודא נמי שויא זוזא, ומי איכא כה"ג, אין דהא אמרי אינשי כשורא במתא בזוזא כשורא בדברא בזוזא. וברש"י שם, בטורח נבילה, להביאה ממקום שמתה שם למקום שהיתה שם. כסף ישיב לבעליו והמת, משמע שאף המת ישיב לבעליו. ואגודא, שפת הבור. בדנפשי' טרח, וריוח דנפשי' קא עביד דשיים ל' לניזק בדמי יתירי ולמה לי קרא דוהמת. כשורא - קורה, בדברא - כשדה, ואע"ג שמחוסר הבאה לעיר נמכר בזוז.

אך לענ"ד נראה, דליכא ראי' מדברי הטור שכן הדין בכ"מ שטורח העלאה הוא על הניזק, דהא י"ל שדברי הרא"ש והטור הג"ל אינם אלא בכה"ג דאיכא פחת נבילה אם המזיק מתעצל להעלותו, דבזה אמרינן לניזק הי' לך להשתדל בו להעלותו כדי שתרויח את פחת הנבילה, ואם לא עשית כן, עליך ההפסד של פחת הנבילה משנודע לך מיתת בהמתך, אבל היכא דליכא פחת נבילה, או בכה"ג שהניזק אינו לפנינו ולא נודע לו מיתת בהמתו, בזה רמא על המזיק להעלות את הנבילה מהבור. וביותר מזה מצאתי במהרש"ל (ויש"ש פ"ג ס' לא), שביאר את הטור והרא"ש דלא כהסמ"ע, שכתב וז"ל, כתב הטור הא דאמרינן פחת נבילה לניזק, היינו משעה שנודע לניזק שמת עד שעת העמדה בדין, וכן לשון הרא"ש בפ"ק גבי פחת נבילה, שכתב ג"כ משעה שנודע ההיזק, והיינו טעמא דכ"ז שלא נודע לו מה הי' לו

וכן פסק השו"ע (סי' תג ס"ג) וז"ל, על המזיק לטרוח בנבילה עד שממציא אותו לניזק, כיצד כגון שנפל השור לבור ומת, מעלה הנבילה מהבור ונותנה לניזק, ואח"כ שמין לו פחת הנבילה, שנא' כסף ישיב לבעליו והמת יהי' לו, מלמד שהוא חייב להשיב את הנבילה ואת הפחת שפחתה מן החי לניזק. ובביאור הלכה זו כתב הסמ"ע (שם סק"ב) וז"ל, ואפילו נפלה לבור, דעל המזיק מוטל להעלותה ולמסרה להניזק בדמי שווי', היינו שהמזיק מחויב ליתן הוצאות שצריכין ליתן להמעלין מהבור, אבל הטפול' להשתדל' להעלותה מוטל' על הניזק דחזור ולוקח ההוצאה מהמזיק, וכ"כ בטור ובב"י שהוא הסכמת הפוסקים ע"כ. וחזר ע"ז עוד שם (סק"ח) וז"ל, כבר כתבתי דעל הניזק להעלותו מהבור עד שנודע לו שנפלה שם ונוטל דמי הוצאותיו של העל"י מהמזיק, ואם לא עשה כן ונפסד השור בבור דהוא

לעשות, כי עיקר הטעם שפחת הנבילה לניזק כדי שלא יתעצל בה ולא הי' לו להשהותה עד שתפסד, אף שעל המזיק מוטל להעלותה מן הבור ולהביאה ממקום הנזק לב"ד, מ"מ מאחר שידע הניזק הי' לו להודיע למזיק להעלותו ושכר העלאה על המזיק עכ"ל. הרי שכתב להדיא בדעת הטור והרא"ש, שאין כוונתם לומר, שהניזק בעצמו צריך להשתדל להעלות את הנבילה מן הבור, אלא כוונתם לומר, שהניזק צריך להודיע למזיק שיעלה הוא את הנבילה מהבור, ומשמע בזה, שאפי' אם המזיק מתעצל להעלותה מן הבור אין חובה על הניזק להעלותה במקומו אלא רק צריך להזהירו ולהודיעו, שאם לא יעלה בגופו, האחריות של הפחת תהי' על כיסו.

ובן הוכיח בשו"ת בית אפרים (חור"ס סי' נה), דמדברי הרש"ל משמע שלא כהבנת הסמ"ע בטור וברא"ש, שכתב וז"ל, והנה מ"ש הטור והב"י בפשיטות, דהניזק חייב להשתדל להעלותה אלא שההוצאות חל על המזיק, לא משמע הכי מפשיטות לשון הש"ס והרמב"ם, ועיין ביש"ש שכתב וכו', הרי מבואר מזה דמפרש שאין חיוב על הניזק רק להודיע להמזיק שיעלנה אבל הטור עצמו הוא על המזיק ע"ש, ונראה מדבריו שהוא מפרש כן בלשון הרא"ש והטור ג"כ, והדבר קשה להעמיס בלשונם עכ"ל. וקושינו מבואר היא, שהרי כתבו הטור והרא"ש להדיא, שעל הניזק להעלותו מן הבור ועל המזיק ליתן לו דמי ההוצאה. ולכאורה משמע מזה דלא כהרש"ל שכתב שטירחת העלי' על המזיק, דאינו כן אלא טירחת העלאה על הניזק. ולענ"ד לא קשיא מידי, דהא יש לפרש את הטור והרא"ש דמיירי בכה"ג שהמזיק אינו לפנינו וא"א לחייבו בהעלאה של הנבילה, ובזה כתבו שחייב הניזק להעלותו כדי שלא תפחת הנבילה, אבל אם המזיק עומד לפנינו ומתעצל להעלותה, או אפי' אם אינו לפנינו אבל ליכא פחת נבילה, בזה פשיטא להו דרמיא למזיק להעלותה, ואם לא העלה אחרי שנודע לו מהיזק בורו, הרי הוא נושא באחריות הנבילה.

ובן נראה בכוונת הערוך השולחן (שם סק"ב), שכתב וז"ל, ואי קשיא כיון דהטורח הוא על המזיק למה הפחת על הניזק כשלא טרח המזיק, די"ל דהי' לו להניזק להעלותו מהבור כשנודע שנפל שם וליטול דמי

הוצאותיו מהמזיק, או שהי' לו לתבוע את המזיק שיעלהו, ומדשתק מסתמא לא קפד בזה עכ"ל. וצריך להבין את דבריו, דבתחלה פתח כדברי הסמ"ע שעל הניזק להעלותה, ולבסוף סיים כדברי הרש"ל שעל הניזק להודיע למזיק שיעלנה הוא בעצמו. אלא נראה בכוונתו, דברישא מיירי כשהמזיק אינו לפנינו וא"א להודיעו שיעלנה מהבור, ובסיפא מיירי כשהמזיק נמצא כאן ולכן סגי בהודעה והזהרה גרידא*.

ומיהו לדינא כתב הרב בית אפרים שם, שיש להוכיח מדברי הרמב"ן שהובא בש"מ (נ"ב דף צו), דלא ס"ל כמ"ש הסמ"ע שעל הניזק לטרוח בנבילה, אלא כאמת גוף הטורח חל על המזיק, ומ"מ האחריות על הניזק שמיד שידע הוא צריך להשתדל לתבוע להמזיק שיעלנה, ואם תבעו ונתרשל המזיק חייב, ואם ידע הניזק ולא תבעו להעלותה, מששתק הא קמן דלא קפיד שתהי' שם, והרי הוא על אחריותו ופסידא דניזק הוא ע"כ. והביאו הפתחי תשובה (שם סק"א). וכן כתב האבן האזל (נ"ז חור"ס ה"ג) בדעת הרמב"ם, דס"ל שדין טורח דמזיק הוא כפשוטו, שהמזיק צריך להעלותו מן הבור ולא שהמזיק יתן רק שכר העלאה כדעת הרא"ש, אלא שצריך ביאור, במה יכופו ב"ד את המזיק בעצם ההעלאה, בשלמא על דמי ההעלאה שייך, דאם אינו נותן יורדין לנכסיו, אבל עצם הטירחא במה יכופו ב"ד. וע"ז כתב, דמה דאנו למדים מקרא דכתיב כסף ישיב לבעליו והמת, היינו דמחויב לשלם פחת שפחתה מיתה וגם המת, דאם אינו משיב את המת אין שמין לו פחת שפחתה מיתה אלא צריך לשלם בעד כל השור החי, ובזה הוא שכופין אותו ב"ד בעצם ההעלאה, דאם יעלה הנבילה מן הבור אז אינו משלם אלא פחת שפחתה מיתה לבד אבל כל פחת שאחר מיתה הוא דניזק, זהו הביאור הנכון בדעת הרמב"ם עכ"ל. וכן נראה מלשון המאירי שם שכתב, ומ"מ על המזיק לטרוח ולהוציאה לניזק כגון שאם היתה הנבילה בבור עליו להעלותה ולהביאה על שפת הבור.



והנה כתב הסמ"ע בהמשך דבריו שם וז"ל, וכאן למדונו, דאם לא ירצה המזיק להעלותו ולא ליתן לו הוצאה להעלותו, וצריך ליתן דמים של כל

צריך לטרוח בפועל ממש. וכן השיג בזה בשו"ת בית אפרים שם וז"ל, אבל מ"ש הסמ"ע שהב"י כתב שכן הסכמת הפוסקים, צ"ע, שהב"י לא כ"כ רק לענין עיקר הדין שטורח חל על המזיק, ולא קאי כלל אהא דהטור שהניזק מחויב להשתדל להעלותה עכ"ל.

* ובלא"ה דברי הסמ"ע תמוהים לי טובא, דמה שכתב להוכיח מדברי הב"י שכתב, "שכן מסקנת הפוסקים" שעל הניזק להעלותה. הנה לא נמצא כן בדברי הב"י, שלא כתב הב"י אלא שפסקו הפוסקים כמ"ד דטורח נבילה על המזיק, ולא פירש מי

ממקום הנזק למוסך לטורח העלאת הנבילה מהבור לאגודא, או לאו. מחד י"ל, שכל הדין של טורח נבילה נאמר רק בכה"ג שהמזיק גרם לנבילה לצאת מרה"ר לרשות אחרת בבירא עמיקתא, דבזה מוטל עליו להחזיר את הנבילה למקום שהיתה לפני שניזוקה ונפלה לבור, אבל בנדון דידן שהמזיק לא הוציא את המכונת מרשות הרבים, שכאן נמצאת וכאן היתה המכונת מעיקרא שלא זזה וסולקה מהכביש, בזה לא יהי' דין טורח נבילה. אך מאידך יש לומר, שבדין של טורח נבילה איתחדש, שכל טירחא הקשורה להוצאת השברים ממקום הנזק למקום הראוי לניזק ה"ז בכלל חיוב טורח נבילה, ואף כאן אין המכונת ראוי' לניזק באמצע הכביש לפי שצריך לגוררה למקום המוסך.

ושמא יש לתלות ספק זה בחקירה הנזכרת, דאם נימא שיש על המזיק דין תשלומין גרידא מבירא לאגודא, א"כ מסתבר למימר שהחיוב דמים בא בשביל להחזיר את מחיר הנבילה כפי שווי' האמיתי, ממילא יוצא בנידון דידן, דהואיל ודמי המכונת לא הופחתו בגלל חסרון הגרירה אלמלא קלקול הנזק, משום הכי צריך להיות שלא יתחייב המזיק בדמי גרירה. אבל אם נימא שאיתחדש דין טורח של העלאה ממש, א"כ מסתבר לומר שחיוב זה בא בשביל להשיב את השברים למקום הראוי לבעלים למכירה ולתיקון, ממילא גם בנזקי מכונת יצטרך המזיק להשיב את השברים למקום שימושם היכא שיכול לתקנם. אולם יותר נראה, דלפי שני הצדדים, לא מצינו חידוש זה של טורח נבילה אלא כשנסתלקו השברים ממקומם הראשון כגון שנפל השור לבירא, או בכה"ג שנפלה המכונת לתוך תהום שמחויב המזיק להעלות את המכונת לכביש באגודא דבירא, אבל בטורח לקחת המכונת למוסך לא מסתבר לחייב מדין זה של טורח נבילה.

אולם שוב מצאתי, דשאלתנו דומה למה שאיתא בגמ' שם, דתניא אם טרף יטרף יביאהו עד, יביא

הפחת מאשר הי' שווה כשהי' חי, וכן משמעות הקרא כסף ישיב לבעליו והמת, שגם המת ישיב המזיק ויתנהו לידו דניזק, ואז יהי' לו המת בתשלומי דמי נזק, והמותר עד כדי נזקו ישלם לו בכסף עכ"ל. ותמה עליו הט"ז שם וז"ל, הוא תמוה, דהא גזירת הכתוב דאותו הפסד לניזק מה שנפסד אחר המיתה, וכי משום שלא נתן ההוצאה שהיא מועטת יהי' נלקה לשלם כל הפחת, ומנ"ל לומר כן עכ"ל. וכן תמה באולם המשפט שם וז"ל, וצע"ג לחייב המזיק משום גרמא זו דלא נתן ההוצאה, כיון דמדינא הוא של הניזק ע"כ.

ולענ"ד נראה, ששאלה זו תלוי' בחקירה הנזכרת, דהסמ"ע אזיל לשיטתו, ממה שפירש את החידוש של טורח נבילה, שאינו חיוב טירחא ממש אלא רק דין תשלום דמים על ההוצאה, ולכך י"ל, שתשלום דמי ההוצאה מהוה תנאי לבעלות הניזק על אחריות הנבילה, דמתי הטילה התורה את אחריות הפחת על הניזק, רק אם המזיק שילם לו את הנבילה כפי שווי' באגודא דבירא, דבכה"ג חשבינן לנבילה שלא יצאה מרשות הניזק לפי שנשארה בשווי' השלם לפני שנפלה לבירא, אבל אם משלם לו המזיק כפי מה ששוה הנבלה בבירא, בזה יצאה הנבילה מרשות הניזק ונכנסה לרשות המזיק. אבל הט"ז ס"ל כאמור, שהחידוש של טורח נבילה אינו בא בשביל תשלום דמי ההוצאה אלא בשביל חיוב טירחא בהעלאת הנבילה מהבור, ולזה ס"ל שחיוב טירחת ההוצאה אינה קשורה לבעלות הניזק בנבילה, אלא זהו דין בפני עצמו בצורת ההשבה והתשלומין של הנבילה, שצריך המזיק לקיים בה השבה מעליא שתהא ראוי' לניזק כפי שווי'.



ולאור האמור, יש לדון בנידון דידן, במכונת שניזוקה באמצע הכביש ואינה ראוי' לשימוש עד שתגיע למוסך, האם יש לדמות את טורח העלאת המכונת

הסמ"ע, שאם המזיק לא העלה את הנבלה מן הבור הרי הוא צריך לשלם תשלומים מלאים, הוא תלוי ועומד בחקירה הנזכרת, האם טורח נבילה הוי' דין בפני עצמו שיש על המזיק לטרוח בהשבת התשלומים, או שזהו תנאי בצורת חיוב הנזקין שמחשיבים את הנבילה ברשות הניזק בזמן שמעלה אותה המזיק מן הבור. וע"ע שם בהמשך דבריו, שתלה חקירה זו במחלוקת הטור והרמב"ם, שלפי הטור שחיוב העלאתה הוא על הניזק, א"כ דין טורח נבילה הוי' דין בפ"ע, ולפי הרמב"ם שחיוב העלאתה הוא על המזיק בעצמו, א"כ דין טורח נבילה הוי' תנאי בבעלות הניזק על הנבילה, וזהו היפך דברינו כנ"ל, ודוק.

* ושוב מצאתי בחזון יחזקאל נפ"א ה"א, שכתב לחקור בדין טורח נבילה וז"ל, ויש לחקור בזה שאמרה תורה שבעל הבור חייב בהעלאת הנבילה מן הבור, אם זה חיוב חדש וזולת החיוב של תשלומי נזק, או שחיוב זה שאנו למדים מקרא ישיב לבעליו והמת, הוא תוצאה מחיוב תשלומי נזק, דהיכא שחייב בתשלומי נזק, התורה העמידה ברשותו את נבלת השור שהזק ומת בבור, וישיבנה להניזק, וכ"ז שלא העלוה הוא חייב בתשלומי כל דמי השור, וממילא אם נפחתה הנבלה בין מיתה להעלאתה מן הבור, פחת נבילה דמזיק הוא אפי' היכא שנודע לו לניזק שנבלת שורו הוא בבור עכ"ל. ומשמע בזה כעין דברינו, שחידוש זה של

עדים שנטרפה באונס ופטור, אבא שאול אומר יביא עדודה לב"ד. ובגמ' שם מכואר, שבטורה נבילה קא מיפלגי, דלאבא שאול צריך המזיק לטרוח בנבילה, וכמו שכתב שם הנימוק"י וז"ל, אבא שאול מוקי קרא בשנטרפה בפשיעה, ולהכי חייב"י קרא להביא עדודה לב"ד כדמפרש ואזיל דבטורה נבילה קמפלגי, והיינו יביאהו עד, שטורה הנבילה שהוא שלל הנשאר, על המזיק להביאו, והרי הוא כמזיק כיון שנטרפה בפשיעתו עכ"ל. וכן מבואר בקצות החושן (סי' שפ"ט סק"י) וז"ל, וכן גבי שומרין דהא אדם המזיק דצריך להביא עדודה לב"ד, ועיין בטור וש"ע סי' תג, וע"ש בסמ"ע, דה"ה לשור שהזיק, וכיון דעל המזיק להביא השכרים לב"ד, א"כ כל שהי קצת נזק מחויב המזיק להביא השכרים לב"ד ומחויב להעלותו מן הבור עכ"ל. הרי יוצא מזה, שדין טורח נבילה אינו רק חיוב העלאה מן הבור לרה"ר, אלא כלול בזה גם חיוב טירחה להביא את הנבילה עד מקום הראוי לתשלומים בב"ד, וכלשון הש"ע בסי' תג "על המזיק לטרוח בנבילה עד שממציא אותו לניזק".

ובן נראה מהאמרי משה (סי' לא סק"א) שכתב, שדין זה הוא בכל המזיקין ולא בבור בלבד. ומשמע בזה, שיש ענין להמציא את השכרים להיות ראויים לניזק לשומא למכירה ולתיקון. וכן כתב בספר פנים יפות ופ' משפטים (עמוד קפד) וז"ל, טורח הנבילה על המזיק להביא לב"ד, והיינו דוקא היכא דחייב לשלם אלא נותן הנבילה בתשלומים או חייב המזיק בטורח, אבל היכא דנשבע ונפטר חייבין הבעלים לקחת הנבילה במקום שהוא עכ"ל. הרי שהבין כפשוטו, דבעי המזיק לטרוח בהחזרת הנבילה עד לב"ד כדי שיהי ראוי לניזק לקחתו. ואף שכתב הגאון הנצי"ב בספרו העמק דבר (שמות כא. לד) וז"ל, ואע"ג דאיתא בב"ק דעל בעל הבור להעלות את הנבילה מבורו משום שנא' כסף ישיב לבעליו והמת, מ"מ אינו חייב להביאו לידו או לחצרו ממש אלא מניחו לפניו והרי היא שלו עכ"ל. מ"מ גם לפי דבריו י"ל, דבעינן להחזיר את הנבילה למקום הראוי לניזק למכירה ולתיקון כנ"ל. א"כ לפ"ז שפיר י"ל, דחייב המזיק לטרוח בנשיאת המכונית עד למוסך לפי שהוא מקום הראוי לניזק לשומא ולהשבה מעליא. אולם בשו"ת בית אפרים שם (נד"ה ולנאודה ע' 10 ב) כתב בביאור הגמ' "והכא בטורה נבילה קמפלגי, להביאה ממקום שמתה למקום שהיתה שם" הרי שלפי פירושו אין חובה להחזיר את השכרים יותר ממקום שהיו שם בתחילה, וצ"ע.

ב. בביאור החילוק בין בהמה שמתה

להבהמה שנשכר רגלה

והנה הקצה"ח הנזכר, תמה על הסתירה בין דין טורח נבילה לדין דוחף מטבע לים וז"ל, ואיכא למידק בהאי דאמרי פ"ק דב"ק, תניא אחרים אומרים מגין שעל

בעל הבור להעלות שור חברו ת"ל כסף ישיב לבעליו והמת, א"ל אביי לרבא האי טורח נבילה ה"ד, אלימא דבבירא שויה זוזא ואגודא שווי ארבע, כי טרח בדנפשי טרח. ומאי פריך כי טרח בדנפשי טרח, הא אי לאו קרא דוהמת, הוי שיים ל"י לניזק בארבע כדשוי אגודה, דכיון דיכול להוציא מהבור אע"ג דיצטרך להוציא הוצאות אין המזיק חייב בשביל הוצאה, ומש"ה צריך קרא והמת לאשמועין דהמזיק חייב להעלותו מן הבור, ואפי' לדעת הש"ע דמחייב בדוחף לים משום דינא דגרמי, אכתי תקשי לפמ"ש הג"י (בפ' שור שנגח את הפרה דף כא. מדפי הרי"ף) בשם הרא"ה, דבנזקי גופו הוא דמחויב משום דינא דגרמי ולא בנזקי בהמתו, ובור לא הוי נזקי גופו וצ"ע. מיהו נראה, דבדוחף מטבע לים ונפלה על האבן ונעשה בו קצת נזק דלא הדר, דבזה צריך להעלותו מן הים עם הוצאות שלו, דכיון דגלי קרא בבור דעל בעל הבור להעלותו במקום נזק, א"כ כל שהי קצת נזק מחויב המזיק להביא השכרים לב"ד ומחויב להעלותו מן הבור, ולא מיפטר דוחף מטבע לים אלא היכא דלא הי' נזק כלל עכ"ל, ולענ"ד הקצרה אחר מחילה רבה יש לי להשיב על דבריו.



ראשית מה ששאל הקצות על שיטת מרן שמחייב בדוחף מטבע לים, דגם לשיטתו יש לפטור בטורח נבילה דבור משום דהוי נזקי ממנו ולא נזקי גופו, וכמו שחילק הנימוק"י בשם הרא"ה בפ' שור שנגח את הפרה (דף כא. א.) לענ"ד לא ברירא לן האי חילוקא אליבא דמרן, דהנה כתב הנימוק"י שם על מה דאיתא בגמ' (ב"ק מח. ב) אמר רבא, לא שנו אלא שהבאיש מגופו אבל הבאיש מריחו פטור, מ"ט גרמא בעלמא הוא, וגרמא בעלמא לא מחייב. וכתב וז"ל, הריא"ף ז"ל לא הביאה בהלכות, ונראה דטעמא משום דסבר דרבא לטעמי' דאמר לעיל בשלהי פ' כיצד דדינא דגרמי פטור, ואנן קי"ל כמאן דדאין דינא דגרמי. וכתב הרא"ה ז"ל בשם רבו ז"ל, שזה אינו, דודאי לא נאמר כן אלא על האדם, אבל בבהמה דברי הכל פטור, שלא חייבה תורה על הכשר נזקי בהמה כדכתיב איש בור ולא שור בור וה"ה לשאר נזקין עכ"ל. א"כ שמעינן בזה מחלוקת מפורשת בין הרי"ף להרא"ה.

אלא שהרמ"א בריש סי' שפו הביא את חילוק הרא"ה להלכה, שכתב שם, ודוקא באדם חייב דינא דגרמי אבל בבהמה לכו"ע פטור. אך מ"מ כתב עליו הגר"א (וא"ו ב) וז"ל, והשמיטו הרי"ף, וכתב הרמב"ן בדינא דגרמי שלו משום דגריס רבה, ורבה אזיל לשיטתו דפוטר גרמי, ואנן לא קי"ל כן כמ"ש הרי"ף בספ"ב, אבל בנוסחי דוקאני גרסינן רבא וכ"ה בכל הנוסחאות,

בנבילה, היינו לומר דבכדי הנבילה לא נכנס בכלל הנזק, דהנזק לא הוי מעיקרו רק על הפחת שפחתה מיתה, ונבילה דניזק היא כמתחילה, ולא דניטלה בתורת תשלומין עכ"ד.

וכ"כ חקר בס' דברי יחזקאל (סי' ס"ב) וז"ל, ועיקר היסוד דפליגי התוס' והראב"ד, אם בפיתחה הנבילה מחמת עצמה אמרינן דפחתה לניזק, נראה דתליא בזה, דהנה לפמ"ש הראב"ד דהכא מיירי בפחתה מחמת זולא, לכאורה ל"ל קרא לפטור המזיק מפחת זה שהרי לאו מכח המזיק הוא נפחת ואינו אלא גרמא בעלמא, וע"כ צ"ל בדעת הראב"ד דהו"א דכיון דכתיב שור תחת השור המזיק מתחייב בכולו, אלא דשם לא אותה נבילה עצמה בתורת תשלומין כמו דמצי יהיב לי בשאר נבילות, ומש"ה הו"א דכ"ז שלא עמד בדין ולא קיבל הנבילה בתורת תשלומין הרי הוא ברשות המזיק, מש"ה איצטרך קרא דפחת נבילה לניזק, אבל התוס' לטעמייהו דס"ל דמזיק לא מתחייב בכולו אלא כמו שהזיק בלבד, ונמצא דנבילה עצמה אינה בתורת הניזק כלל ואינו מתחייב אלא להשלים בלבד, וכדאמרינן אם טרף יטרף יביאהו עד הטרפה לא ישלם, עד הטרפה ישלם טריפה עצמה לא ישלם, וא"כ בפחת זולא ל"צ קרא דמסברה ידעין דהפחת לניזק כיון דהמזיק לא נתחייב מעיקרא אלא כמו שהזיק, ומש"ה הוכרחו לפרש דסוגיין מיירי בפחת שפחתה נבילה מחמת עצמה עכ"ד. וע"ע בספר דרכי דוד (ב"ק ס"ט), ובקהלות יעקב (ב"ק ס"י י"א) מה שכתבו בזה.

ולפי נראה לומר, דאם נימא כפי הצד של האחרונים, שטורח נבילה דמזיק הוי מדין חיוב תשלומין, דבעינן להחזיר לניזק את הנבילה עד שפת הבור כתשלום על השור שניזק, לפי זה אין מקום לקושית הקצה"ח, מדוע לא נפטור את המזיק בטורח העלאת הנבילה מהבור מצד דהוי גרמא בעלמא, דהא אין לומר את הפטור של גרמא אלא כשבאים לחייב בהוצאות העלאה מתורת מזיק, דבזה יש לומר דאין זה אלא גרמא בעלמא, אבל אחרי שכבר הבור הזיק את השור ומתחייב בעל הבור בתשלום כל השור, בזה לכו"ע צריך המזיק להעלות את הנבילה מדין פרעון הדמים במקום הראוי לניזק בלי שיצטרך להוציא עלי' הוצאות.

וכיוצא בזה מצאתי בחידושי הגר"ש (ב"ק ס"י ג), שכן תירץ את שאלת הקצות וז"ל, והנה זה פשוט, דאם המית בהמת חבירו דא"א לנו לאמר שהאבוד הוא עד הנבלה, היינו שנאמר שחלק הנשאר הוא דבר בפני עצמו שזה ה' מתחלה ונשאר בשלימותו כמו שהי' והאבוד נעשה כחלק אחר, אלא אף שאיבד את החפץ

ורבא אית לי' דינא דגרמי חייב עכ"ל. וכן מצאתי בס' הלכה למשה (פ"ז מנזקי ממון ה"ה), שצידד לומר אליבא דמרן דלית לן להאי חילוקא וז"ל, ונראה דקושיא זאת לא על הרי"ף לבד קשיא, אלא גם על רבינו ז"ל, ורבינו ירוחם (שם דף פ"ב), ומרן ז"ל בחו"מ (סי' שצח ס"ד), שלא הזכירו גם הם חילוק זה של רבא בין הבאיש מגופו להבאיש מריחו, ומור"ם ז"ל בספר המפה לא הגיה עליו כלום, ואחריו נמשך הרב הלבוש ז"ל, ולכן בהכרח לומר חדא מתרתי, או דכל הבאיש מריח דהוי גרמא ופטור אינו אלא שהבאיש מריח וסרחון הנבילה שמתה, שלא גרמו מעשיו, דסרחון הנבילה ממילא אתיא, וזה א"א מיד אם לא ששהה אחר הנפילה כל שהוא, אבל אם הי' לקוי ומוסרח, וקלטו המים ריחו תכף בשעת נפילה, היינו נמי הבאיש מגופו כגון שהי' מלוכלך בטיט דהוי מזיק, ולכן לא הוצרכו להביא החילוק דהבאיש מגופו או מריחו משום שלהלכה אינו חייב אלא אם הבאיש בשעת נפילה, וזה אינו אלא בהבאיש מגופו ולא מריחו, או נאמר דאם הבאיש המים מריח השור שהי' לקוי וקלטו ריחו המים אפי' בשעת נפילה פטור משום גרמא כמ"ש הרא"ה, ומה שלא הביאו הגאונים הנזכרים חילוק זה, היינו משום מ"ש הנימוק"י ז"ל בתחילה, דרבא לטעמי' דס"ל דדינא דגרמי פטור ואנן קיי"ל כמאן דדאין דינא דגרמי, ואע"ג דהנימוק"י ז"ל כתב בשם הרא"ה דזה לא נאמר אלא באדם אבל בבהמה דברי הכל פטור, נראה דהגאונים הנזכרים אינם מחלקים כן, אך ראיתי בס' המפה בס"י שפו דכתב חילוק הרא"ה וכו' עכ"ד. הרי שספוקי מספקא לי' מהו דעת מרן בזה. ולענין הלכה נראה, דהואיל ולא מיכרעא דעת מרן י"ל דקים לי' כהשיטה שפוטרת.



שנית נראה לענ"ד ליישב את קושית הקצה"ח מהסתירה בין טורח נבילה לדוחף מטבע לים, דהנה מבואר בס' אפיקי ים (ח"א ס"ב) חקירה ידועה בדין טורח נבילה דמזיק - ופחת נבילה דניזק וז"ל, ויש לחקור אם הא דאמרינן דהנבילה היא לניזק היא בתורת תשלומין, דבאמת החיוב הוא על המזיק לשלם לו כל דמי השור שהוזק, ואי לאו דגליה לן קרא דבעלים מטפלן בנבילה, הו"א דעל המזיק לשלם לו כל מה שהי' שורו שוה והנבילה יקח לעצמו, דגם בכדי שיווי הנבילה נכנס בכלל הנזק דעליו לשלם לו שור תחת שור, וא"כ גם לבתר דגלי קרא דהבעלים מטפלן בנבילה, י"ל דנשארה הסברה גם לפי האמת דגם בכדי שיווי הנבילה הוא בכלל הנזק, ורק דגלי קרא דבכדי שיווי הנבילה יגבה מגוף הנבילה, ומיד לאחר הנזק קמה לה הנבילה ברשותי' דניזק, או דהא דגלי קרא דהבעלים מטפלן

שהי' מעיקרא, אבל נשאר ממנו איזה דבר שהוא של בעלים, וכשאנו באים לחייב את המזיק ליתן דמים שהי' ראוי בהם לקנות חפץ כפי ערך שהי' שוה הדבר הניזוק, ראוי לנכות מה ששווה הדבר הנשאר מן ההיזק, ומשו"ה כיון דבכור אינו שווה המת רק זוזא אף שסיבת הדבר הוא מפני טורח ההעלאה מ"מ כיון שאינו שווה א"א לנכות, ולא דמי לזורק מטבע דשם אנו דנים על טורח העלאה להחשיב זה להיזק וזה אינו אלא גורם, אבל כשאנו דנים לדין נכיון א"א לנכות דבר שאינו שווה עכ"ל. וכן כתב בספרו שערי יושר (ושער א פ"ו ע"ש). ולכאורה כוונתו מבוארת בחקירה הנזכרת, שכל החיוב של העלאת הנבילה הוא מדין תשלומין, ולא שמחשיבים את הנזק רק משור החי עד שנעשה נבילה, ומדין גרמי מחייבים אותו בהעלאה מהבור, דבאמת אין לחייב בזה מדין גרמי לפי שאינו אלא גרמא בעלמא, אלא החיוב הוא מדין השבה מעליא בנכיון של תשלום השור ע"י החזרת הנבילה לשפת הבור במקום הראוי לניזוק בתורת תשלומין.



הפוסק

ממילא לפי"ז נראה לומר, ולא איתחדש דין טורח העלאה על המזיק אלא רק בכה"ג שהבהמה נשתנתה כולה ונתקלקלה במיתתה, ומה שנשאר ממנה חלק של נבילה הוי דבר חדש מה שלא הי' עד עכשיו בבהמה החי, דבזה איכא לחייב את המזיק בטורח העלאת הנבילה מדין השבת דמים למקום הראוי לניזוק, שהרי הנבילה אינה חלק מהבהמה שלא ניזוקה אלא גם היא בכלל ההיזק שחוזר לבעלים בתורת פרעון תשלומים. אבל במקום שלא נעשה נזק בכל הבהמה אלא רק במקצתה כגון שנשבר רגלה וכדו', בזה לא שייך לחייב את המזיק בדמי טורח העלאה, דהא העלאת הבהמה אינה מדין תשלומים אלא מדין החזרת הבהמה לבעלים, ולכך בכה"ג לא איתחדש דין טורח העלאה על המזיק אלא הוי כמו דוחף מטבע לים דחשיב גרמא בעלמא. וכן מצאתי מפורש באבן האזל ופ"א מהל גביה הי"ד ד"ה וע"פ וז"ל, ועיקר הדבר הוא דבשור שנפל לבור ומת שנחשב הנזק כדי שיעור כל השור החי, ורק ששיעור דמי הנבילה אמרה תורה שיופחת משיעור הנזק, אבל כ"ז לא שייך אלא במת השור משום דשור חי ונבילה הם שני מינים לגמרי וכמו שכתבנו, אבל כנפל שור לבור ונשברה רגלו ודאי אין ההיזק אלא כשיעור הפחת שהופחת ולא על כל השור עכ"ל. וזה דלא כמו שכתב הקצה"ח הנזכר, דגם בנשבר רגלה איכא חיוב העלאה מדין טורח נבילה.

איברא, דשוב מצאתי כן להדיא בלבוש מרדכי (על ב"ק סי' ח), שכך יישב את שאלת הקצות וז"ל,

ולפי"ז שביארנו, דאין הפירוש דגלי קרא דאינו מחויב לשלם רק בעד הפחת שפחת ועשאו מחי למת, דבאמת החיוב לשלם בעד השור כדכתב קרא יתלם תחת השור, אחרי שעתה אין השור בעולם ונבילה דבר אחר הוא, רק דגלי קרא דהנבילה גובה מגופו, לפי"ז שפיר ניחא דאשמעינן קרא דעל בעל הבור להעלות שור מבורו, שאף שנעשה תיכף תשלומין עכ"פ נעשה חיוב על המזיק לשלם להניזק, וממילא החיוב על המזיק לתת ליד הניזק התשלומין הוא כדין כל תשלומין שצריך הלואה לשלם ליד המלוה בעיר היינו במקום שלא יצטרך להוציא הוצאות להשיגם ולא שיחזיר לו במדבר, וכ"ז הוא היכא שיש עליו חיוב תשלומין, אבל בדחף מטבע של חבירו לים הגדול, שם אין עליו חיוב תשלומין שישלם לו המטבע שהרי לא היזק המטבע, ובעד זה שיצטרך להוציא הוצאות לבר אמוראה הוי ממון אחר. אלא דלפ"ז יהי לנו דין חדש, דהיכא שנפל לבור ונשברה רגלו, דכיון שלא נשתנה השור ואינו דבר אחר כדקיי"ל דקטע רגלו לא הוי שינוי, נמצא דהכא בודאי דלא שייך לומר שכל השור הוא בגדר תשלומין, בזה לא יהי הדין שעל בעל הבור להעלות שור מבורו, שהרי בעד נזקו היינו בעד פחת שיפחות הלוקח משלם לו, ואמאי ישלם לו בעד העלאה הא הוי ממון אחר, והוי כדוחף מטבע של חבירו לים הגדול, וכל השור אינו מחויב לשלם רק במת השור שנשתנה לגמרי אז מחויב להעלות שכל הנבילה הוי תשלומין, אבל בלא נשתנה דאינו בגדר תשלומין אין מחויב להעלות עכ"ל. וכן כתב בטבעת החשן על הקצות הנזכר, דשאני הכא שנשתנית הבהמה לגמרי דחייב להעלות את הנבילה מדין תשלומין, ולפ"ז י"ל, דאם רק נוצר נזק ולא נשתנה הדבר בעצמותו, בזה אין חיוב על המזיק להביאה לניזק עי"ש.

נמצינו למדים מדברינו הנזכרים, דליכא ראי' כלל מדין טורח נבילה, למה שכתב הקצות לחדש, דבכל מקום דאיכא נזק דלא הדר מצרפים אליו גם את נזק ההוצאה אפי' שאינו אלא גרמא בעלמא, דהא החיוב בטורח נבילה אינו מדין מזיק אלא מדין נכיון תשלומים, א"כ ה"מ אמורים בנבילה שהשתנתה ממציותה הישנה, בזה מצריכין להחזיר את הנבילה בתורת השבת תשלומין, אבל היכא שנשבר רק "מקצת" מהדבר הניזוק והוא כשלעצמו נשאר במצבו הקודם, וכגון מכונת שהתקלקלה ונשבר ממנה מעט מחלקי, בזה אין חיוב להשיב את המכונת בתורת השבה מעליא במקום הראוי לה, שהרי הבעלים יכולים לקחת את חפצם שניזוק בכל מקום שהוא. ולפ"ז יוצא לנו בנידון דידן, שאפי' אם נפלה המכונת לתהום מכח התאונה, אפ"ה אין חיוב על

לשלם בבהמה ריפוי, וכן הוצאת ההעלאה ככה"ג שבעצם לא הוזקה הבהמה ורק ע"י ההעלאה מן הבור תשוב לקדמותה, וכיון שזק אין כאן רק הוצאת ההעלאה, ודאי שא"צ לשלם בעד ההעלאה שאין נחשב כ"א לגרמא עכ"ל.

וכיוצא בזה כתב הנתיבות [סי' שם סק"ג] וז"ל, וכיון דקיי"ל דשור אינו משלם אלא נזק, ממילא פטור כשעושה היזק בדבר שאינו מחסר, כמו בשף מטבע של חברו דאם מחי בקורנס ולא חסרו דפטור, אף דודאי אם ימכרנו יצטרך למכור בפחות ואיכא היזק ממון ואפ"ה פטור, ואי מחי וחסרו חייב בכל ההפסד כמ"ש התוס' [ב"ק צח. ד"ה מחיב] "וכיון דיש חסרון באותו קלקול חייב על כל הקלקול כמו בשפי' דחייב בכל הקלקול", והנה אם עלה בה מכה שצריך ריפוי בשביל שיחזור לקדמותו ובלא ריפוי א"א לחזור לקדמותו כלל, נראה דכו"ע מודים שצריך השומר או המזיק לשלם ריפוי, כיון דכ"ז שלא יתרפא לא יחזור לקדמותו כחשא דלא הדר הוא, אמנם במרדכי פ' הגזול כתב בהדיא דאינו חייב בריפוי דכל שמחמת נזק מזיקו בממון אחר פטור, ומביא רא"י מזורק מטבע של חברו לים דפטור מלשלם וזו דבר אמוראי ע"ש, ונלפע"ד דהמרדכי לא כתב זה רק במקום שאף בלא ריפוי יכול לחזור לקדמותו רק שיתעכב וע"י ריפוי ימהר לחזור, דבאדם כה"ג חייב בריפוי וכבהמה פטור, אבל כשלא הדרא מעצמו רק ע"י רופא יכולה היא שתחזור, המזיק חייב בשכר הרופא, ורא"י ברורה לזה מגדה ודף נח"ל, דאמר לענין דינא תנן, שהיא חייבת לכבס הכתם, ושם ג"כ הנזק הוא בממון אחר, ודוקא כשיכול להחזיר לכמות שהי' בלא ריפוי רק שהבעלים מרפאים כדי למהר הדבר אז חשיב ל"י המרדכי כניזק בממון אחר דפטור, והא דפטור בזורק מטבע של חברו לים, כיון שלא נעשה שום נזק בגוף הדבר רק שניזק בהוצאות השבה לידים כניזק בממון אחר דמיא ופטור עכ"ל.

שמעינן מדבריהם להדיא, דבכל מקום דאיכא נזק דלא הדר חייבים בכל ההוצאות הנלוות עם ההיזק אפי' בהוצאות של ריפוי, וזה דלא כדברי הקצה"ח הנזכר, שחילק בין הוצאות העלאת הנבילה דחייב בהם אגב הנזק בגוף החפץ מגזיה"כ יביא עדודה לב"ד, לבין הוצאות ריפוי שפטור בהם אפי' כשיש נזק דלא הדר, וכמו שסיים הקצות שם "משא"כ בריפוי דאפי' במקום נזק דאינו בכלל יביא עדודה לב"ד כיון דהבהמה לפנינו". אם כן לפי שיטת הנתיבות והחשן אהרן, יש לגלגל את כל ההוצאות הנלוות אל הנזק דבעי תיקון בודאי, והרי זה חידוש גדול טפי מסברת

המזיק להעלות את המכונת מהתהום, לפי שאי"ז אלא גרמא בעלמא.

ג. האם יש לחייב מדינא דגרמי או מצד שמגלגלין עליו את הכל

אמנם בר מן דין יש לחייב את המזיק בתשלום דמי הגרירה מדינא דגרמי, וכמו שמבואר בשו"ע [סי' שפ"ט א'] "לפיכך הדוחף מטבע של חברו עד שירד לים חייב אע"פ שלא הגביהו" וכמו כן יש לחייב בנידון דידן בתשלום הגרירה מדינא דגרמי. אך הרמ"א [שם ס"ג] חולק על השו"ע וס"ל שיש לפטור את הדוחף מטבע לים אם לא שהגביהו עיי"ש, א"כ לפי דבריו יהי' המזיק פטור מתשלומי הגרירה, ממילא יוצא לנו בדין שאלתנו, שתלוי היא ועומדת במחלוקת מרן והרמ"א.



אולם מ"מ יש לחייב אף לפי הרמ"א, מכח סברת הקצות הנזכרת, דבמקום דאיכא נזק דלא הדר מגלגלין עליו את כל ההוצאות הקשורות לנזק. וכן כתב בס' חושן אהרן [סי' שפ"ט ב"ד בקצה"ח] ע"פ סברה זו, שיש ליישב את השאלה של הקצות, בסתירה בין דין טורח נבילה לדין דוחף מטבע לים וז"ל, ונ"ל דמ"ש המרדכי דדוחף מטבע לים וכן בעד רפוי הבהמה א"צ לשלם, היינו דוקא כשעצם הדבר לא הוזק ולא נפחת בפחת' דלא הדר, והדבר הוא בעין כבראשונה אלא שצריך להוציא הוצאה עד שתשוב לקדמותו, ככה"ג דוקא הוא דפטור דכיון דעצם הדבר לא נשתנה ויכול להשיבה לבראשונה, וההוצאה הוא דחשיב רק כגרמא ופטור, משא"כ היכא שעצם הדבר הוזק והופחת בפחת כזה דלא הדר עוד, באופן שיצא מתורת גרמא כנוזקין והוי היזק ממש, ככה"ג פשיטא שגם היזק הוצאת ההעלאה נחשבת כהיזק, דאיך יוכל להיות אחרת שלא לחשוב הוצאת ההעלאה להיזק כיון ששמן ההיזק כפי שעומד עתה למכור, ושמן כמה יתן לוקח בעדה עתה, ובודאי שהלוקח יחשיב מה שצריך לו להוציא ההוצאות על ההעלאה ויפחות מהדמים בעד זה, וכן נמי בריפוי הבהמה אם ניזוקה הבהמה בהיזקא דלא הדרא לקדמותה, בודאי שצריך לחשוב ולצרף להיזק גם את הוצאות הריפוי, שהרי צריך לישום ההיזק כמה יתן הלוקח בעדה עתה, ובודאי שהלוקח יפחות מדמי שוי' מה שצריך להוציא הוצאות על רפואתה, ומה שאמרו דא"צ לשלם הריפוי של בהמה, היינו במקום שהבהמה לא הוזקה בפחת דלא הדר דע"י הוצאות הריפוי תשוב לבראשונה, וא"כ ככה"ג שבעד עצם ההיזק א"צ שום שומא ואין כאן אלא הוצאת הרפוי בלבד, בודאי שא"צ

הקצות הנזכרת, שאין לחייב בהוצאות ההעלאה אלא מגזירת הכתוב יביא עדודה לב"ד, ולדידהו ס"ל דאיכא סברה בפני עצמה דאם יש חסרון בחפץ שמגלגלים עליו את כל ההוצאות מסביב אותו נזק דומיא לריפוי, ולפי זה שפיר יש לחייב בנידון דידן גם אליבא דהרמ"א דפוטר מדינא דגרמי, דאפ"ה יש לחייב בהוצאות גרירה אגב הוצאות הנזק דמגלגלים עליו את הכל, וכ"ש אליבא דמרן שמחייב בדינא דגרמי בדוחף מטבע לים, שכמו כן יש לחייב בהוצאות ההעלאה וגם בהוצאות ריפוי, ועיין עוד בזה במחנה אפרים וה"נ גימח ס"י יא.

ברם כל קבל דנא, כתב החזו"א בשני מקומות להשיג על שני הסברות של הקצות והנתיבות, דהנה מחד כתב [ב"ק סי' ג' סק"ב] להשיג על סברת הקצות, שמחייב בהוצאות ההעלאה אם יש נזק בגוף החפץ דלא הדר בלא תיקון וז"ל, ולמש"כ ז"א, דזה דמי לשור ששוה אגודה ק' ובבירא צ"ז שאין משלם אלא צ"ז, וה"נ כיון שהמטבע בים איפחת דמיו, וכשנפל על האבן ונפחת אין לחייבו על הפחת אלא יש לשום מטבע יפה בים כמה שוה ומטבע פחות בים כמה שוה, ואם ה"י שוה י' ובים ב' ופחות א' משלם א' עכ"ל. ודהיינו, ס"ל להחזו"א בפשטות, ששני הנזקים אינם קשורים זה לזה, מחד יש פחת מכח הרחקת מקום דהוי גרמא בעלמא, ומאידך יש פחת מכח הנזק בגוף הדבר שחייב מדין מזיק בידים. אך עדיין ה"י מקום לומר, שהחזו"א מורה שיש לגלגל את הוצאות הריפוי אגב הוצאות הנזק, לפי שהריפוי משלים את חזרת החפץ לקדמותו ואין זה כמו טורח העלאה גרידא. אולם גם בזה השיג החזו"א על סברת הנתיבות שמחייב דמי רפואה אם איכא נזק דלא הדר, שכתב [ב"ק סי' י' סק"ב] וז"ל, אבל אין דבריו ז"ל מובנים, דבמרדכי מבואר דאף בלא הדרי לקדמותה פטור, ומדמי לה לזרק מטבע לים ומח"י בקורנסא, וכל ענינו של המרדכי הוא בגורם לו הפסד בהחלט, ופטור משום גרמא וכמו בזרק מטבע לים, והוא ז"ל בא להוכיח דאף לר"מ פטור כמו דמורה ר"מ שאין משלמין רפואה בבהמה, אלמא דאין משלמין רפואה בבהמה אף בלא הדר בלא רפואה, ובלא ראי' רהיטא דברי המרדכי דאין משלם רפואה בבהמה לעולם, וכן בהגהות מרדכי פ' הגזול מביא בשם הר"א, דכל שאפשר להחזיר לקדמותו אלא שצריך להוציא הוצאות חשיב גרמא וחשיב זורק לים ומח"י בקורנסא וחובל בהמת חבירו, ומשמע דבלא הוצאה לא הדרי, עכת"ד שם.

אמנם השתא צריך להבין את החזו"א, הלא הנתיבות הביא ראי' ברורה מדין שף מטבע של חבירו

שחסרו מעט מכמותו, דמכח זה חייב בכל קלקולו אף בהפסד צורתו הגם שאין זה אלא גרמא, וכמו שדייקו התוס' הנזכר [ב"ק צח, א] שכיון דחסרו מעט חייב בכל הקלקול. וכן הסבירו התוס' שם את דין חרשו שמשלם לו דמי נזק, לפי שיש שם חסרון של טיפתא דדמא דנפלה באודני' דבזה יש לחייב על כל הקלקול. אם כן מהכא משמע כדברי הנתיבות ודלא כהחזו"א, אלא דהחזו"א שם [ס"י ג' סק"ב] יישב זאת וז"ל, ולא דמי לשף מטבע דמשלים כל הפחת דשיפה, כיון דהחסיר דבר ממשי חשיב מזיק ולא גרמא ומשלים כל ששווה, כמו שף צורה יפה דמשלם שוי' כדאמר לעיל וכו' ב, וכן חרשו דעל ידי טפתא דדמא שזה היזק ממשי משלם כל מה דאיפחת מהאי טיפתא דדמא, ואין כאן ב' נזקין, דסיבת החרשות הוא על ידי טפתא דדמא דנפלה באודנא, וחשיב כל הנזק כממשי וניכר, וזו כונת תוס' צח. ד"ה מתיב עכ"ל. ומה שהביא הנתיבות ראי' מדין כיבוס, לעניות דעתי ליכא ראי' כלל, דשאני התם שחייב בדמי הכיבוס מדין תיקון הנזק שנעשה בגוף החפץ שנחסר בלכלוכו, וכמו שכן כתב החזו"א שם [ס"י י' סק"ב] וז"ל, וכן טינפו כליו חשבינן נזק כדאמר ב"ק [וכו' ב,] ומשמע אפי' אפשר להעביר הטינוף, וכן מבואר בהדיא [נדה נח. א] דאם נכתם הבגד ביד השואל חייב לכבסו, ונראה ד"מראה" מקרי מציאות וכשמכבסו יוצא בגד מלובן, וחשיב הכתם נזק והליבון תיקון מחודש עכ"ל.

א"כ שמעינן מדברי החזו"א, דלית ל' להאי סברה של גלגול בחיוב נזקין, דלא אמרינן דאם יש חיוב נזק בדבר שיהי' חייב עי"ז בכל ההוצאות הנכרכות מסביב לאותו נזק בההעלאה או בריפוי, דאין לומר סברה זו אלא ככה"ג דבחסרון מעט נחסר הרבה יותר באותו נזק עצמו, כגון חרשו או ששף מטבע, שכל הקלקול תלוי ועומד ע"י אותו חסרון מעט, והכל נכלל במעשה של נזק אחד, אבל בנידון דידן שתשלום ההוצאה מהבור או בריפוי הבהמה אינו קשור לעצם הנזק שנעשה בבהמה אלא נזק בפני עצמו הוא, וכמו שכתב החזו"א שם וז"ל, וכן ריפוי החולי חשיב גרמא, דמה שעשה אותה חולה לא חשיב נזק, כיון דאפשר להסיר עיקר הנזק ולהשיב לקדמותו לא חשיב נזק אלא גרמא, ואף שקטע רגלה מכל מקום אין החולי בשביל שאין לה רגל שהרי סופה להתרפא בלא רגל, אלא הזיק כאן ב' נזקין, קטע רגלה דאיפחת כספה והיינו נזק, וגם עשאה חולה וזו אפשר לתקן בדמי רפואתה וזה גרמא עכ"ל. ממילא יוצא לנו לדינא, דאי אפשר לחייב אליבא דהרמ"א בהוצאות גרירה, משום דהוי ספיקא דדינא

אך מ"מ נראה, שיש לתלות שאלה זו במחלוקת הפוסקים בגדר תשלומי הנזקין, דמחד כתב הרב המגיד (פ"ה מהל' טוען ונטען ה"ב) וז"ל, שהרי אין ביד התובע להכריח לנתבע למלאות לו החפירות, אלא אם רצה משלם לו נזקו והפסדו עכ"ל. ומאידך כתב עליו הש"ך (סי' צה סק"ח) וז"ל, ואני אומר, מה שכתב שהרי אין ביד התובע להכריח לנתבע למלאות לו החפירות וכו'. וכן נראה מדברי הר"ן בפ' שבועת הדיינים (דף יט: מדפי הרי"ף), ומדברי הנימוק"י פ"ק דב"מ (דף ב: מדפי הרי"ף), ולא ידעתי מנ"ל הא, דאע"ג דקיי"ל לקמן סי' שפז דשמין למזיק היינו היכא דא"א לתקן הנזק, אבל היכא שאפשר לתקן מסתברא שחייב המזיק לתקן הנזק ע"כ. אולם בהגהות אמרי ברוך שם, כתב בשם רבינו יונה (והוא בש"ס ב"מ ת), שיש להוכיח מהגמ' (ב"ק מח.) דאינו חייב המזיק לתקן ממש אלא רק לשלם את תשלום הנזקין, דאיתא התם, אמר רבא, הכניס שורו לחצר בעה"ב שלא ברשות וחפר בה בורות שיחין ומערות, בעל השור חייב בנזקי חצר, ובעל חצר חייב בנזקי הבור, אע"ג דאמר מר כי יכרה איש בור ולא שור בור, הכא כיון דאית לי להאיך למלווי ולא קא מליי' כמאן דכריי' דמי. ושמענין בזה, שאין המזיק חייב למלא את החפירות אלא רק לשלם את דמיהם לבעל החצר והוא צריך למלא את החפירות. אולם לענ"ד ליכא מהכא ראי', דנהי דאמרין שהמזיק צריך למלא את החפירות מחובתו מדין תשלומי נזקין, מ"מ בעל החצר הוא הבעלים על חפירות חצירו, ולכך האחריות של הנזקין מוטלת עליו, ודמאי לדין טורח נבילה, דאע"פ שעל המזיק להעלותו מהבור, מ"מ

במחלוקת הנתיבות והחזו"א, ויש לו למוחקק לומר קים לי כמו החזו"א דפטור*.

ד. בצורת תשלומי נזקין

ברם כל קבל דנא, נראה לענ"ד לחייב את המזיק בהוצאות הגרירה מצד אחר, דיש להחשיב את הוצאות הגרירה בכלל תשלומי הנזק על גוף החפץ, וה"ז דומה לבעלי אומנים המתקנים בבתיים של בעלי הנזקין כגון בנזקי חשמל ואינסטלצ'י וכדו', דנהוג הוא לשלם לבעל המלאכה שני תשלומים בבת אחת, אחד בעבור הביקור ואחד בעבור התיקון, ובפשטות נראה, שבכזה"ג זו יצטרך המזיק לשלם לניזק את כל דמי התיקון השלם בשני המחירים שדורש עליהם הטכנאי, א"כ ה"ה בנידון דידן, יש לשלם לניזק את כל דמי התיקון הן בהובלת המכונית למוסך והן בתיקון המוסך, דמה לי הובלת המכונית למוסך ומה לי הובלת הטכנאי לחפץ הניזוק. אולם מאידך יש לחלק ולומר, דבתשלום של בעל מלאכה שלוקח שני מחירים על מלאכתו, אי"ז שני תשלומים שונים אלא הכל נחשב תשלום אחד על מלאכת התיקון, שתשלום העבודה נקבע ע"פ כל הפעולה הן בטירחה להגיע לחפץ הניזוק והן בטירחה של תיקון הנזק בפעולת העבודה בבית הלקוח, אבל במכונית אין קשר בין שני תשלומים אלו, דתשלום הגרירה לחוד ותשלום התיקון לחוד, ובפרט שע"פ רוב שני בעלי מלאכה נינהו, ומהיכי תיתי לחבר את שני התשלומים לדבר אחד.



ה"ה סק"ח

שהשור החי הי' שווה מנה גם בבירא, לענ"ד נראה שאין בדבריו הכרח, דלעולם איכא למימר, דלפי ההו"א של הגמ' שהעמדנו את הק' בכה"ג דבבירא שויה זוזא ובאגודא שוי' ד', אפשר לומר ששור חי בבירא שויה צ"ז ובאגודא שויה מנה, ומה שהקשה החזו"א הלא שיעור הנזק אינו אלא רק צ"ז כפי מה ששווה בתחתית הבור, לכאורה נראה לומר איפכא, דמי יימר דמחשיבים את הנזק שנעשה בשעה שניזוקה הבהמה בתחתית הבור, דילמא מחשיבים את הנזק שנעשה בבהמה מיד בעת נפילתה מאגודא לבירא, שהרי מיד בעת הנפילה מתחייב בעל הבור בכל מה שיקרה לאחר מיכן בחבטה ובהבלא מתמת בירא, ולזה שפיר איכא למימר דשמין את הנזק לפי מה שהי' שווה השור בתחילת נפילתו ולא במה שהי' שווה לאחר נפילתו, והנפק"מ בזה הוא בכה"ג שמחיר הבהמה החל משעת הנפילה לשעת החבטה של הבהמה, דלפי החזו"א נצטרך לשום את הנזק כפי הזולא בשעת החבטה, ולפי דברינו נצטרך לשום כפי מה שהיתה שווה הבהמה בשעת הנפילה, ודו"ק.

* ובהיותי בזה, ראיתי בהחזו"א שם [סי' ג סק"ב], שכתב ליישב את שאלת הקצות הנ"ל וז"ל, ונראה דלא דמי, דהכא ע"כ איירי דשור חי שהי' שווה מנה, שווה מנה גם בבירא כשהוא חי, דאי בבירא אינו שווה רק צ"ז א"כ לא המית רק שור של צ"ז, ומה שגרם לי לאחיל הוי גרמא כזורק מטבע לים, אלא איירי ששור חי אין דמיו נפחתין בשביל ההעלאה, וכיון ששווה מאה בבור והמיתו, ועכשיו אינו שווה רק זוז, בא ההיזק ע"י המיתה, ומיתה הוי מעשה דא"א להחזירו ולא הוי גרמא, ול"ד לזרק נבילה או מטבע לים, דהתם מעשה ההיזק הוא השינוי ממקום למקום, ומעשה זו לאו מעשה נזק הוא אלא גרמא עכ"ל.

והנה בעצם תירוצו, נראה שרצונו לומר כמו שתירצו האחרונים כדלעיל, דהואיל והחזרת הנבילה הוי בגדר תשלומין, להכי א"א להחזיר את הנבילה כפי מה ששווה באגודא אם עדיין לא העלה אותה המזיק מבירא, דבעינן להשיב השבה מעליא למקום הראוי לניזק, ולא דמי לזורק מטבע לים דשם לא חשיב טורח ההוצאה למעשה נזק אלא לגרמא. אולם במה שכתב לאוקמי, דבע"כ מיירי

משנודע לניזק האחריות מוטלת עליו ואין לו לסמוך על המזיק שיעלה את הנבילה מהבור וכנ"ל.

וכ"כ החזו"א (ב"ק סי' יט סק"ג) לדחות את ראית רבינו יונה וז"ל, אח"כ ראיתי בש"ך (חזו"ט סי' צה סק"ח), שנסתפק שיהא באמת חייב המזיק למלא את הבור כיון שהוא נזק שאפשר לתקנו, ולא אמרו דשום הנזקין בכסף אלא בנזק דלא אפשר לתקנו. ואמנם בש"מ (ב"מ ה' א) כתב בשם הר"י דאינו חייב לתקן לעולם אלא ליתן דמי הנזק, והביא רא"י מהא דאמר מח. דבעל החצר חייב בנזקי הבור, דעל"י ידידי רמ"א למלויי ולא על בעל השור. ונראה דכוונת הר"י שאין עיקר חיובו כלל למלא, שאם עיקר חיובו למלא החפירה אלא שפודה עצמו בדמים, הדין נותן דכל זמן שלא שילם יהא חייב בנזקי הבור. ועוד שאם עיקר חיובו למלא, הדין נותן דהו"ל תביעת קרקע ואין נשבעין על"י כמו דנקט בפשיטות, אלא עיקר חיובו ממון כשאר נזקין, ומיהו מגמ' שם ל"ק כל כך על הש"ך, דאע"ג דעל המזיק לתקן מ"מ אינו חייב בנזקי הבור כיון דבור לאו ידידי הוא, ואין חיובו רק נגד הניזק אבל אינו מתחייב לכל העולם, ובעל הבור חייב בנטירותא דבור, וגם הר"י לא הזכיר סוגיא דב"ק אלא לרהיטא דלישנא, אבל עיקרו סברא דלא מצינו בגמ' חילוק בנזקין וכל שומת נזקין בכסף ולעולם משלם כשעת הנזק בין שהוזל לבסוף בין שהוקר. והנה לדברי הש"ך הדין נותן, שאם בשעת הנזק התיקון בזווא ובשעת העמדה בדין ד', משלם ד', ואי מעיקרא ד' והשתא זוזא משלם זוזא, כיון שלא נתחייב דמים אלא ריפוי השבר עכ"ד.

מאידך כתב החזו"א שם, שיש להוכיח מגמ' ערוכה נגד סברת הש"ך וז"ל, ולא עוד אלא אם הניזק טוען שאין רצונו למלא ורצונו בדמי הנזק הרשות בידו, ורא"י מהא דאמר (ב"ק פ"א א) א"ל הנחבל קוץ לי מקץ דמי רפואה, א"ל המזיק כש"כ דפשעת בנפשו וקרו לי שור המזיק, ואם איתא דבכל נזק מיפטר בתיקונו ואינו יכול לתבעו דמי נזק למה צריך טעם בריפוי, אלא ודאי בכל נזקין יכול לתבעו דמי נזק, רק בריפוי של אדם המזיק לא מצי לתבע דמים אם המזיק רוצה ליתן דמים לרופא, ומה יש להוכיח ג"כ דחיוב נזק הוא בממון ולא בתיקון הנזק וכמו שכתבתי לעיל עכ"ל.



ולענ"ד נראה, דראית החזו"א להוכיח מדין ריפוי לכל הנזקין, תלוי היא במחלוקת הגר"ח והחזו"א בגדר תשלומי חמשה דברים, דהנה מבואר בחידושי הגר"ח על הרמב"ם (נ"ה מהל' טוען ונטען ה"ב) וז"ל, אכן נראה, דהנה כל חובל בחבירו הרי מתחייב בה' דברים,

וגם בצער ובשת, והרי צער וכשת לית בהו נזק ממון כלל ומ"מ מתחייב בתשלומין, אשר זהו רק גזה"כ בחבלות שיתחייב בתשלומין אף בלא נזק ממון, ולפ"ז נראה, דגם בנזק חלוק דין חבלות משאר נזקי ממון, דבשאר נזקי ממון עיקר חיובו הוא הממון עצמו שהפסידו, ומחמת חיוב זה הוא שמתחייב בתשלומין שהם חליפי ממון שהפסיד, דאם לא הי' מתחייב בעיקר הממון שהפסיד לא הוי חייל על"י גם חיוב תשלומין, משא"כ בחבלות התחלת חיובו הוא בהתשלומין עצמם דחייבתו התורה מחמת שיווי הנזק מגזה"כ דחבלות, וכחיובא דצער ובשת כן גם חיובא דנזק דחיוב התשלומין הוא התחלת חיובו, והרי כן הוא גם חיובא דשבת דליכא ג"כ ממון הנפסד, דהא הוי רק מניעת הרווח וגרמא בעלמא דפטור בכל מקום, ורק דבחבלות הויא גזה"כ לחיובו על שויו, וא"כ ה"ז גם בנזק דכוותי דאית ב"י גם הך חיובא שחייל מתחלה על התשלומין עכ"ל. אבל החזו"א בגליונות שם השיג על הגר"ח וז"ל, וצ"ע דא"כ בדין הוא שיהא גם נזק ושבת שלה ולא של האב, כיון שאינו בשביל הנזק ובשביל השבת, אלא קנסא בעלמא הוא ע"כ.

ולכאורה אין בקושייתו הכרח, דהא נהי שלפי הגר"ח עיקר דין התשלומים בה' דברים הוא חיוב ממון בפני עצמו ולא מחמת תשלום הנזק, מ"מ סיבת החיוב ממון אינו בשביל קנסא אלא בשביל חסרון הניזק וצער. ורא"י לזה, דבגמ' (ב"ק ה' א) מנינו את החיוב של ה' דברים בכלל המנין של ר' אושעיא דבממונא קמיירי ובקנסא לא קמיירי כמו שמבואר שם, הרי לנו בהדיא, שהחיוב של ה' דברים הוא מחמת "חסרון הניזק" שבעבור זה מתחייב המזיק לשלם ממון לניזק, אלא דעכ"ז מחדש ר' חיים ז"ל שאי"ז דומה לנזקי ממון, משום דהתם עיקר החיוב הוא בעבור תיקון הנזק והשלמת ההפסד שהפסידו, אבל הכא עיקר החיוב אינו בעבור תיקון הנזק והשלמתו אלא זהו חיוב בפני עצמו אף במה שלא ניזוק הניזק, וזאת משום שהתורה רצתה לפצותו ולתת לו תמורתו במה שהחסירו המזיק בה' דברים, ולכך כיון שהתשלומים באים כפיצויים לה' דברים חשיבי דיני ממון ולא קנס, אך מ"מ מכיון שאינם באים בשביל להשלים את הנזק חשיבי חיוב בפני עצמו ולא כהשלמה של החבלה. ומשום הכי לא קשה קושיית החזו"א על הגר"ח, מדוע משלמים את הנזק והשבת לאב ולא לבת, משום דבאמת מנזקי ביתו הוא מחמת חסרון הניזק, ולכך האב שנחסר מנזקי ביתו הוא שזוכה בתשלומי התורה של הנזק והשבת, אבל הבת שאינה מפסידה מהנזק והשבת לפי שהיא ביד אבי' שיכול לקדשה ולמכרה לאמה, לכך אינה שייכת בתשלומים אלו לפי שאין לה סיבה לקבלם.

התאונה, ורא עקא תשלום הנזק הקודם הי' עולה הרבה יותר אם הניזק הי' מתקנו לבדו בלא תיקון התאונה, אלא שעכשיו בגלל התיקון הגדול שהוצרך לעשות במכוניתו, מתקנים לו את התיקון הקודם במחיר מוזל או שזה ניתקן ממילא בלי פעולה מיוחדת בנפרד, האם המזיק יכול לנכות מתשלומו את מה שהי' צריך הניזק לשלם בעבור תיקון חסרונו הקודם אם הי' מתקן זאת לבדו לולא הנזק הגדול של התאונה, או לאו.

ולכאורה נראה, דשאלה זו קשורה במחלוקת של הש"ך והחזו"א הנ"ל, דלפי הש"ך דס"ל בגדר חיוב המזיק שהוא צריך לתקן את הנזק בפועל, א"כ הי' דומה לשנים שהוצרכו לתקן את נזקם, ונצטרפו ובאו ביחד לבעל מלאכה, שעשה להם הנחה כוללת על שני התיקונים במקום מה שהיו צריכים שניהם לשלם יותר אם היו מתקנים כל אחד לבדו, דבזה פשיטא הוא שצריכים להתחלק בדמי ההנחה לפי שנעשית היא לשניהם ביחד. וכ"כ י"ל בנידון דידן, דהואיל והמזיק צריך לתקן את נזקו, והניזק צריך לתקן את מכוניתו מחסרונה שהי' בה, הרי ששניהם צריכים לחלוק ביניהם את ההנחה שניתן להם, אבל לפי החזו"א דס"ל בגדר חיוב המזיק שאינו חייב לתקן בפועל אלא רק לשלם את דמי החסרון, א"כ פשיטא הוא שדמי החסרון נמדדים לפי הניכוי שמנכים ממה שהניזק הי' צריך להוציא בעצמו על מכוניתו, שהרי באמת אין המזיק חיסר מהניזק אלא במה שנותר ממה שהי' צריך הניזק לשלם בעצמו לפני הנזק, אולם יותר נראה, דאליבא דכו"ע יש לשער את חיוב המזיק רק לאחר שננכה את מה שהי' צריך הניזק להוציא מכיסו לולא הנזק שנעשה עמו, ועדיין צ"ע*.

המורם מהאמור בפיכום ההלכה

(א) יש להסתפק אם חייב המזיק בדמי גרירה מדין חיוב התורה בטורח נבילה דמזיק כמו שנתבאר בשו"ע (סי' תג ס"ג), דמחד יש לחלק בין אם המזיק הרחיק את

ממילא לפ"ז נראה, דהחזו"א לשיטתו אזיל שדין תשלומי הי' דברים הוי כמו שאר חיוב נזקין שצריך להשלים לניזק במה שנתקלקל בנזק שבת וריפוי שיש לו חסרון בגופו, ולכך שפיר מוכיח משם החזו"א לכל תשלומי הנזקין, דאינם באים בשביל חיוב תיקון ממש אלא בשביל חיוב דמים בעבור התיקון, אך הש"ך ס"ל כמו שמחדש הגר"ח דיש לחלק בין דין נזקי ממון לה' דברים שבאדם, דבנזקי ממון עיקר החיוב הוא בשביל השלמת הנזק ותיקונו, ולכך שפיר יש לחייבו בתיקון ממש ולא רק בדמי החסרון, אבל בחיוב הי' דברים של האדם שהוא חיוב בפני עצמו ולא בתורת השלמה לנזק, מש"ה אין סיבה לחייב בתיקון הנזק אלא רק בדמיו, ולכך מצינו בגמ' בדין ריפוי שמעיקר הדין אין חובת ריפוי ממש אלא רק חיוב דמים.



ולאור דברים אלו נראה דיש לדון בנדון דידן, דלפי הש"ך שצריך המזיק לתקן את הנזק לניזק, א"כ מסתבר לומר, דהואיל והמזיק מוכרח להוציא הוצאות של גרירה בזמן שהוא צריך לתקן את המכונית לניזק, כמו כן יש לו לשלם לניזק את דמי הגרירה אם הוא הזמין את הגרר למכוניתו במקום המזיק, שהרי שפיר יש להחשיב את הוצאות הגרירה כחלק מתשלום הנזק לפי שהגרירה היא שייכת לתיקון המכונית, אבל לפי החזו"א דס"ל שאין חיוב על המזיק לתקן את הנזק אלא רק להשלים לניזק את דמי חסרון הנזק, א"כ בפשטות נראה, שדמי הגרירה אינם נכללים בכלל חסרון הנזק לפי שגרמא בעלמא נינהו.

ובחקירה זו חשבתי לדון בעוד שאלה על צורת תשלום הנזקין, דהנה פעמים רבות מצוי מאד, שהמכונית היתה חסרה בלא התאונה, וע"י שהוצרך הניזק לתקן את נזקי התאונה, בדרך אגב ניתקנה המכונית בכל חסרונה בבחי' ישן מפני חדש תוצאו, אם בתיקון נפרד ואם בפועל יוצא מכלל תיקון

[שם סק"ח], שכתב דו"ל, אבל מה שבנה שלא הי' צורך לבנות כגון שבנה חדרים וסייד, זה עשה להנאת עצמו ואין ראובן חייב לפורעם לו אלא אומר לו טול עציך ואבניך ע"כ. אלא שהנתיבות [שם סק"ב] חולק על זה, דכתב שם דו"ל, אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך, נראה דדווקא בכה"ג שיכול ליקח האילנות כמו שנתן, ולכך יכול לומר לו איני רוצה בהנאה זו ואיני רוצה ליהנות מזה, אבל כשא"י ליקח הדבר ההוא כגון שצבע לו בגד וא"א להעביר הצבע מחובי לשלם לו עכ"ל. ולכאורה משמע מדבריו, דכל היכא שא"א להסיר את השבח מהקדן, הרי הנהגה

* אולם ה"מ אמורים רק בכה"ג שהניזק הוצרך לתקן את מכוניתו גם לולא התאונה שנעשה עמו אלא שעדיין לא עלתה בידו, אבל בכה"ג שהניזק לא הי' חפץ לתקן את הנזק המועט שהי' במכוניתו, דלא נהיגי עלמא להקפיד על עיקום קל וכדו', בזה אין המזיק יכול לנכות מדמי התיקון הגדול את דמי התיקון הישן אם ניתקן ממילא בתוך כדי תיקון התאונה, משום שזה דומה ליורד לשדה חבירו שלא ברשות, שמפורש ברמ"א (סי' שעה ס"ו) דכל מה שלא היו הבעלים מוכרחים לעשות מצד עצמם אין חיוב לשלם על זה דמי נהנה. ומקורו מתשובת הרא"ש שהובא בטור

מרן, שאין לחייב מדינא דגרמי כל היכא שלא נעשה הנזק בכוונה תחלה ע"ש. אבל לפי הרמ"א שם שפוטור מדינא דגרמי בדוחף מטבע לים, כמו כן יש לפטור בנידון דידן מדמי הוצאות הגרירה לפי דהוי גרמא בעלמא.

ג) אולם יש מקום לחייב בהוצאות גרירה גם אליבא דהרמ"א שפוטור מדינא דגרמי, משום שכל היכא שנעשה נזק דלא הדר בגופו של החפץ, הדין הוא שמגלגלים עליו את הכל גם את החיוב של שאר ההוצאות שאינם אלא גרמא בעלמא, וכמו שכתב שם הקצות, וכ"כ הנתיבות וסי' שם סק"ג, והחושן אהרן על הקצות שם, אך מ"מ הואיל והחזו"א חולק ע"ז כמו שכתב [ב"ק סי' ג סק"ב סי' יג סק"ב] כנ"ל, לפ"ז הוי ספיקא דדינא דאזלינן בזה לקולא לנתבע, ולדעת הרמ"א אם תפס מוציאין מידו.

ד) לכאורה נראה שיש לחייב בהוצאות של הגרירה משום שנכללים בכלל תיקון הרכב מנזק, שכל התשלומים באים ביחד להשלים את החסרון של הנזק, אלא שנראה לתלות זאת במחלוקת הש"ך והחזו"א בגדר תשלום נזקין, האם הוי חיוב תיקון או חיוב תשלום כנ"ל, א"כ שוב הוי ספיקא דדינא לקולא לנתבע וכאמור, ולדעת מרן אם תפס אין מוציאין מידו.

ומכאן הדברים יש לתלות בזה נפק"מ למעשה, אם המכונית היתה חסרה קודם התאונה בחסרון שנועד לתיקון, וכשהמזיק הי' מתקן את זה לבדו הי' צריך לשלם הרבה יותר ממה ששילם עכשיו על תיקון זה שנעשה ביחד עם תיקון התאונה, איך ננכה מתשלום המזיק, האם כפי מה שנהנה הנזק עכשיו בתיקון התאונה או כפי מה שהי' צריך לשלם לבדו אם הי' מתקן בעצמו שאת זה ינכו מתשלום המזיק, וכנ"ל.

אך דא עקא, מדברי הנתיבות [סי' שו סק"י] משמע, דגם בכה"ג שלא עשוי לצבע חייב לשלם לו, דמיירי התם בנותן לצבע לצבוע לו אדום וצבעו שחור, ואפ"ה כתב שם וז"ל, ומ"ש בקצה"ח דיכול לומר טול צבעך לא נלפע"ד, דדווקא במקום שיכול ליקח השבח לעצמו יכול לומר לו כן, אבל במקום שא"י ליקח השבח שהשביח חייב ליתן לו ע"כ. ושם יש לחלק בין אם הוא צריך צביעה דניחא לי' אפי' כשצבע לו בצבע אחר, לבין אם לא עומד הדבר לצביעה דבוה לא ניחא לי' כלל בצביעה. אך מ"מ החזו"א [ב"ב סי' ב סק"י] חולק על הנתיבות וז"ל, ושבתא דא"א להסירו כמו צבע, נמי העיקר תלוי בניחותי' של הבעלים, ואם ניחותא ידידי' רק דיעבד הוי כאינה עשוי' ליטע עכ"ל. הרי שגם בצבע שא"א להסירו ס"ל להחזו"א שיש לדמות לשדה שאינה עשוי' ליטע, דיכול לומר טול עציך ואבניך ואיני משלם.

הניזק ממקום שהי' בו, וכגון שור שנפל מרה"ר לרשות אחרת של בור, לבין אם לא הרחיק המזיק את הנזק למקום אחר וכנ"ל, אך מאידך י"ל, שכל ההוצאות שקשורות לצורך החזרת החפץ בתיקונו והכשרו הראשון, יש לכלול זאת בכלל החיוב של התורה שחייבה את המזיק בהעלאת הנבילה מהבור והבאת עדודה לב"ד וכאמור.

אולם אם נפלה המכונית לתהום, בזה לכאורה יש לחייב את המזיק בדמי העלאה מדין טורח נבילה, אלא שעדיין יש להסתפק אם אומרים דין טורח נבילה היכא שלא נתקלקל כל החפץ, כיון דלא דמי לנבילה שנשתנה מציאותה מבהמה חי' למתה. ודעת הקצות וסי' שפ"ו סק"י, דגם בבהמה שנשברה רגלה אמרינן דין טורח נבילה. אך דעת האבן האזל [פ"א מהל' גביה ה"ד] וכן הלבוש מרדכי [ב"ק סי' ח] דלא אמרינן דין טורח נבילה רק בבהמה שמתה, אבל בבהמה שנשבר רגלה לא אמרינן הכי. א"כ גם במכונית שנפלה לתהום אין לומר דין טורח נבילה, וכ"ש שאין לחייב בהוצאות של הגרירה למוסך, שהרי לא נשתנתה המכונית במציאותה מחי' למתה אלא רק נחסרה וניזוקה בכמה מחלקי' וכאמור.

ב) לפי מרן דמחייב מדינא דגרמי בדוחף מטבע לים כמו שנתבאר בשו"ע וסי' שפ"ו ט"א, כמו כן יש לחייב בהוצאות הגרירה מדינא דגרמי, אך אם נעשתה התאונה באונס או בשגגה, אין לחייב בזה מדינא דגרמי, וזאת לפי מה שנתבאר בש"ך וסי' שפ"ו סק"י בשם המהרש"ל פ' הגזול בתרא [ט"ו טז] ע"ש. ואע"פ שהש"ך [שם סק"א] חייב מדינא דגרמי בשוגג, וכמו שכתב שם לפי דעת מרן דס"ל בעיקר חיוב דינא דגרמי דהוי מדינא ולא משום קנסא עיי"ש. מ"מ לעיל [ט"ו טז] העלנו להלכה לפי דעת

חייב לשלם לו, לפי שאינו יכול לומר לו טול עציך ואבניך. אולם יש לתרץ בפשטות, שהנתיבות מיירי בשדה העשוי' ליטע דבוה אמרינן שאם א"א ליקח הדבר אינו יכול לומר טול עציך ואבניך, אבל הרא"ש שהביאו הרמ"א מיירי בכה"ג שאומר לו דאינו חפץ באותו סידור וכיור כלל. וכן מצאתי במנחת פתים [שיירי מנחה על הרמ"א שם], שכתב כן בשביל ליישב את הסתירה מדברי הנתיבות להרמ"א וז"ל, ולפ"ז צ"ל דנה"מ מיירי בבגד שעומד לצבע והוי כיור ברשות, ולדעת הרמ"א אף ביורד ברשות יכול לומר טול, ובצבע דא"א להעבירו לא יוכל לומר כן, אבל בבגד שאינו עומד לצבע אף שהשביחו בזה דנראה יפה אפ"ה פטור, אם כפשטות דברי הרא"ש הא מוכח דגם בסידור יכול לומר טול, ולהבנת הרמ"א בהרא"ש בלא"ה פטור דיכול לומר אין לי חפץ בציורים ע"כ.

ספק ספיקא לחיובא, וכמו כן יש להורות לדידן בכה"ג שלא נעשה הגזק בכוונה תחלה, ומן הראוי שיתחלקו המזיק והניזק בתשלום זה, ויה"ר שכל ישראל יגיעו למחוז חפצם שלמים בגופם ובמכוניתם.

ה) ולכן קם דינא, דלפי הספרדים ההולכים בהוראת מרן יש לחייב בכל ההוצאות של הגרירה אם נעשתה התאונה בכוונה תחלה. אבל לפי האשכנזים היוצאים ביד רמ"א יש לפשר בין הצדדים בהוצאת הגרירה לפי דהוי

