

הרב משה ארנרייך שליט"א

ראש הכולל

תקנת נגזל במזיק, במסור, ובדינא דגרמי

פתיחה

המשנה (שבועות דף מד:) מביאה רשימה של שבועות דרבנן וביניהן התקנה בה אנו רוצים לעסוק.

"ואלו נשבעין ונוטלין: ... והנגזל, והנחבל... נגזל כיצד? היו מעידין אותו שנכנס לביתו למשכנו שלא ברשות, הוא אומר: כליי נטלת, והוא אומר: לא נטלתי - הוא נשבע ונוטל; רבי יהודה אומר: עד שתהא שם מקצת הודאה, כיצד? אמר לו: שני כלים נטלת, והוא אומר: לא נטלתי אלא אחד. נחבל כיצד? היו מעידים אותו שנכנס תחת ידו שלם ויצא חבול, ואמר לו: חבלת בי, והוא אומר: לא חבלתי - הרי זה נשבע ונוטל; רבי יהודה אומר: עד שתהא שם מקצת הודאה, כיצד? אמר לו: חבלת בי שתים, והלה אומר: לא חבלתי בכך אלא אחת."

שבועות אלו ידועות בגמרא בדרך כלל בשם "תקנת הנגזל". ישנם תחומים נוספים בהם הגמרא דנה האם תוקנה תוקנה שבועה זו והם נזיקין ומוסר.

מטרתנו במאמר זה לבדוק האם תקנה זו נתקנה בתבנית אחידה בכל השבועות. או שהשם "תקנת נגזל" אינו מחייב שכל השבועות שנכללות בו שוות בדיניהן ואז כמובן נצטרך למצוא מה הם העקרונות שהדריכו את חז"ל בקביעת הדינים בכל מקרה.

לצורך בירור שאלה זו נבדוק את דיני תקנת נגזל בכל המקרים. מה הוא סוג הטענה שמאפשר שבועה, מה היא התגובה של הנתבע שבעקבותיה ישבע התובע, ופרטים נוספים.

באלו מקרים נתקנה תקנת נגזל?

נזיקין

הגמרא (ב"ק סב.) קובעת בפשטות ביחס לדיני נזיקין:

"לר' יהודה דמחייב על נזקי טמון באש, עשו תקנת נגזל באשו."

על פי זה פסק השו"ע (סימן תיח סע' יג) "

"אם הדליק בתוך של חבירו, או אפילו בתוך שלו ולא כלו חציו, כגון שנפל הגדר מחמת הדליקה, חייב בדבר שדרכו להטמין בגדיש כגון מוריגים וכלי

בקר...ובבית חייב על כל דבר, שדרך בני אדם להניח בבית כל כליהם וכל חפציהם, וכל מה שיטעון בעל הבית שהיה בבית, ה"ז נשבע בנקיטת חפץ ונוטל."

וכן פסק השו"ע (סימן שפח, סע' א)

"המזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק, נשבע הניזק ונוטל. כיצד, לקח כיס חבירו והשליכו למים או לאש או שמסרו ליד אנס, ונאבד, בעל הכיס אומר: זהובים היה מלא, והמזיק אומר: איני יודע מה היה בו שמא עפר או תבן היה מלא, הרי הניזק נשבע בנקיטת חפץ ונוטל."

הש"ך (שם ס"ק ב) הביא את דעת הראב"ה:

"דכל מי שמפסיד לחברו בפשיעתו, ויש לו עדים שאבד על ידו ממנו, או בידו, או על ידי פשיעתו, שישבע כמה הפסידו ויטול"

והביא את דעת המהרש"ל (ב"ק פרק ו' סי' לב) שחולק עליו:

"נראה לי, דלא עשו תקנת נגזל אלא כעין נגזל במזיק בידים, אבל בפשיעה דאינו מזיק בידים לא. ולא עוד, אלא אפילו במזיק בידים, נראה לי, דלא עשו תקנת נגזל, אלא דומיא דנגזל במזיד ובכונה, אבל המזיק בידים בשוגג לא עשו תקנה גביה"

הש"ך עצמו נקט עמדת ביניים בויכוח:

"ולי נראה כדברי ראב"ה...מיהו בהזיק בשוגג נראה כדברי מהרש"ל, ונראה דאף ראב"ה מודה בזה."

מוקד הויכוח הוא הסיפור המופיע בגמרא (ב"ק דף סב.) "ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה ושדייה בנהרא" והגמרא דנה האם יש שם תקנת נגזל, הראב"ה, ובעקבותיו הש"ך, רואים בבעיטה פעולה הזיק בפשיעה בלבד, ואילו המהרש"ל למד שהבעיטה הייתה השלכה למים ממש במזיד ובידים. ויכוח נוסף, הוא בהבנת דברי הרמב"ם (חובל ומזיק פרק ז', הל' יח) שכתב "והשליכו למים".

נמצא שישנן שלש שיטות בענין נזיקין

א. דעת הראב"ה שתיקנו תקנת נגזל בכל הנזקים אף בפשיעה ואף במזיק בשוגג [כך הבין המהרש"ל בשיטתו].

ב. דעת הש"ך שתיקנו בפשיעה ורק במזיק במזיד.

ג. דעת המהרש"ל שתיקנו רק במזיק במזיד ועל ידי מעשה בידים.

צריך להבין במה נחלקו, ומדוע יש מקום להבדיל בין סוגים שונים של נזקים.

מסור

הגמרא (ב"ק סב.) מסתפקת בדין מוסר:

"בעי אמימר: עשו תקנת נגזל במסור או לא? אליבא דמאן דאמר: 'לא דיינינן דינא דגרמי' - לא תבעי לך, דמסירות נמי לא דיינינן. אלא כי תבעי לך - אליבא דמאן דאמר: 'דיינינן דינא דגרמי' - עשו תקנת נגזל במסור דמשתבע ושקיל, או לא? תיקו."

השולחן ערוך (סימן שפ"ט ס' ז) פסק שרק בתפיסה ישבע:

"מי שיש עליו עדים שמסר ממון חברו, כגון שהראה מעצמו או שנאנס, ונשא ונתן ולא ידעו העדים כמה הפסידו במסירתו, והנמסר אומר: כך וכך הפסידני, והמוסר כופר במה שטענו, אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו, אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה במה שתפס."

הרמ"א חלק עליו ופסק שאף תפיסה לא תועיל, ואין תקנת נגזל במסור.

גרמי

להלכה שמזיק בגרמי חייב צריך לברר האם תיקנו תקנת נגזל גם בגרמי. השולחן ערוך (סימן שפ"ט ס' ב) פסק:

"וכן השורף שטר חוב של חברו, חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר, שאע"פ שאין גוף השטר ממון, הרי גרם לאבד ממון, ובלבד שיודה לו המזיק ששטר מקויים היה וכך וכך היה כתוב בו ומחמת ששרפו הוא אינו יכול לגבות החוב; אבל אם לא האמינו, אינו משלם לו אלא דמי הנייר בלבד."

הש"ך (שם ס"ק טו) מביא את דברי המהרש"ל בענין תקנת נגזל בגרמי:

"ואם המזיק אינו יודע כתב מהרש"ל (ב"ק פרק ט סימן יט) דלא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל. דגבי שורף שטרות של חברו גרע ממסור, ולכולי עלמא לא עשו תקנת נגזל בשורף כיון דניירא בעלמא קלא מיניה."

הש"ך חלק עליו:

"לפע"ד לא נהירא לחלק בדיני דגרמי בין זה לזה, דנראה דכונה דינא דגרמי חד דינא אית להו. וכי קמבעיא לן בס"פ הכונס עשו תקנת נגזל במסור או לא בכולהו דינא דגרמי מבעי לן והכי משמע מלישנא דש"ס שם דקאמר אליבא דמאן דלא דאין דגרמי לא תבעי לך דמסורות נמי לא דיינינן כי קמבעי לן אליבא מאן דדאין דינא דגרמי."

פשטות לשון השו"ע שמחייב רק אם יודע מזיק משמע כדעת המהרש"ל שבשורף שטרות אין

תקנת הנגזל.

סברת המהרש"ל ש"ניירא בעלמא קלא מיניה" דורשת ביאור, מה בכך שהנזק נעשה באופן כזה הרי זהו נזק וראוי לתקן בו תקנת נגזל כמו בשאר הנזקים?

מדוע דינא דגרמי ומסור אינם כשאר דיני נזיקין?

בספר קצוה"ח (סימן שפח ס"ק ו') הביא את דברי הרמב"ן שבקונטרס דינא דגרמי. הרמב"ן הקשה כיון שדינא דגרמי הוא כמזיק מהתורה, ומסור חייב מכיון שהוא מזיק בגרמי. מדוע הגמרא הסתפקה במסור הרי הוא כמו כל נזק ומאי שנא מאישו שהיה פשוט לגמרא שיש בו תקנת נגזל? מיישב הרמב"ן שאף על פי כן דיבורא בעלמא הוא¹. על פי דבריו בשאר דינא דגרמי שהוא מעשה תהיה תקנת הנגזל. קצוה"ח הקשה על הרמב"ן "דמה בכך שהוא דיבורא כיון דעושה היזק בדיבורו כמעשה."

אמנם התוס' בכמה מקומות קבעו שדינא דגרמי הוי דין דרבנן.

הגמרא (ב"ק ס"ב:): לומדת מכלל ופרט וכלל שאין חיוב כפל בשטרות. הקשו התוספות (ד"ה "יצאור"):

"ואם תאמר למה לי קרא למעט מכפל והא אפי' אבדו בידיים לא משלם קרן למאן דלא דאין דינא דגרמי ואפי' מאן דדאין לא הוו אלא מדרבנן כדפרישית בסוף [הפרה] (ב"ק נד. ד"ה חמור)?
יש לומר, כיון דאי איתיה לשטר בעין חייב להחזיר (משלם) סלקא דעתך דכשמחזיר [משלם] (מחזיר) הכפל עמו.²"

מתוספות נוסף נראה שסובר שחיוב גרמי מדרבנן, התוספות (ב"ק דף עא:): מביא שלושה חילוקים בין דבר הגורם לממון לבין דינא דגרמי, החילוק השלישי הוא:

¹ סברא זו שמביא קצות החושן, מובאת גם ב"ים של שלמה" (ב"ק פרק ו' סוף סימן ל'), בשם הרמב"ן. אבל אינה נמצאת ברמב"ן שלפנינו. אולם, היא מופיעה ברא"ש (פרק ו' סימן טז) ובחידושי הראב"ד בב"ק (מקור) כתשובה לשאלה מדוע אין מדמין מסור לפיקדון, ותשובתם היא שמסור הוא "דינא דגרמי ובדיבורא בעלמא אפסדיה".

² דברי התוספות קשים להבנה. כתב ה"ברכת שמואל" (ב"ק סימן לג), שקושיית התוספות נובעת מההנחה שדין "והשיב" תלוי בדין מזיק, ובמה שאין מזיק אין דין "והשיב". תירוצן התוספות שישנם ג' ערכים בשטר:

א. ערך הנייר שבו בודאי יש כפל

ב. ערך החוב שכתוב בשטר.

ג. ערך הראיה שיש בהחזקת השטר בידי המלוה, דבר שאין למלוה בעל פה.

לגבי החוב, הנזק מוגדר כדינא דגרמי, וגם לגבי הראיה, נחשב כגורם, כיון שהלווה יכול לפרוע בלא שהמלוה יודקק לשימוש בשטר. והתירוץ של התוספות הוא שיש לנתק בין חובת ההשבה לבין חובת המזיק והיה מקום לחייב כפל על החזרת השטר. צריך לומר, שהתוספות למדו שהחזרת הכפל אינה באה לתת פיצוי כפול, אלא באה רק להשיב את הדבר הנגזל פעמיים ללא קשר לשאלת שוויו של השטר כפי שהדבר נשאל בעניין המזיק.

"ורייב"א מפרש דבדינא דגרמי לא מחייב רבי מאיר אלא מדרבנן כדמוכח בסוף הכונס."

למקור נוסף שיכול ללמד אותנו על שיטת התוספות בענין דינא דגרמי וכן על דין תקנת נגזל בדינא דגרמי, מפנה אותנו גליון הש"ס. (ב"ק נד.) הגמרא מקשה על דעת רבי יהודה, שמחייב על נזקי כלים בבור, מה יעשה עם המילה "חמור" שמופיעה בפרשיית נזקי בור וחכמים למדו ממנה לפטור נזקי כלים בבור. הגמרא נשארת בקושיא. התוספות (ד"ה חמור דבור) מנסה ליישב את קושיית הגמרא:

"הקשה הר"ר משה מפונטיז"א ואימא דחמור אתא למעט שטרות?
ואומר ר"י דלמאן דלא דאין דינא דגרמי אפי' הוא עצמו פטור. ולמאן דדאין דינא דגרמי נמי לא מחייב אלא מדרבנן, כדמוכח בפרק הכונס (לקמן דף סב.) דמיבעיא ליה אי עשו תקנת נגזל במסור או לא, ואי דינא דגרמי דאורייתא למה לא עשו תקנת נגזל במסור כמו בנגזל."

עולה מהתוספות שדינא דגרמי דרבנן, וזו הסיבה שבעיית הגמרא הייתה במסור יותר מאשר בכל מזיק משום דהוי רק מדרבנן, ובדין דרבנן לא היה ברור לגמרא האם תיקנו גם כן תקנת הנגזל.³

אמנם קצוה"ח מעיר שאפי' לדעת הפוסקים דדינא דגרמי מדרבנן, לא מובן מה ההגיון לחלק בינו לבין שאר הנזקים שחייב עליהם מהתורה. על כן, מוכיח קצוה"ח מכאן כשיטת ר"ת בביאור הסוגיא בבבא קמא שדנה בתקנת נגזל במסור.

שיטת ר"ת נמצאת בתוספות (ב"ק סב. ד"ה "עשו"):

"ר"ת מפרש דהך בעיא כשהמוסר מכחיש את הנמסר דומיא דנגזל בשבועות דגזולן מכחישו אבל אם המוסר עצמו אינו יודע כמה ישבע נמסר כמה הפסיד ויטול.

ולר"י נראה דהך בעיא אפילו אין המוסר יודע דומיא דתקנת נגזל באשו שאין המבעיר יודע כמה הפסיד הניזק דמבעי ליה במסור אי עשו תקנתא או לא."

³ קושיית התוספות, שימעטו שטרות, נשארת קשה לשיטת הרמב"ן, שדינא דגרמי חייב מהתורה. בספר "אמרי הצבי" (על מסכת ב"ק דף נד.) כתב לתרץ, שאולי הגמ' לא חוזרת בה מהלימוד של כלל ופרט וכלל שהופיע בתחילת הסוגיא. ומה שממעט מכלל וכלל ופרט, צריך שיהיה במפורש מרובה בפסוק "כסף ישיב לבעליו". והיות ובשטרות יש לו בעלות ממשית רק על הנזק אבל לא על השעבוד "דהוא רק לראיה בעלמא ואין גופן ממון" ממילא "כסף ישיב לבעליו" אינו מרבה את השטר כיון שלא נקרא "בעליו", לכן אין צורך למעט שטרות. אולי אפשר לומר תרץ זה, אפילו אם נאמר שהגמרא חזרה בה מהלימוד של כלל ופרט וכלל. בהמשך הבאנו את דברי תלמיד רבנו פרץ, שאין תקנת הנגזל בממון המזיק, ובארנו, שלגבי גרמי הסתפקה הגמרא משום דהוי כממון המזיק. אם כן, יתכן שבממון המזיק גם לא יהיה דינא דגרמי דכיון דגרמי הוי כעין ממון המזיק לא נחייבו על נזקי הבור שהוא ממונו כשהם גרמי הוי כממונו של ממון המזיק. [הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי מסתפק בבהמה שהזיקה בגרמי וכנראה מסקנתו שאין מחייבין, יעויין בהערה 249 בהוצאת הרב הרש"ר זצ"ל.]

כלומר, ר"ת מניח שבדאי עשו תקנת נגזל במקרה שהמסור אינו יודע, והגמרא הסתפקה רק במקרה שהמוסר מכחיש את הנמסר.

תפיסת ר"ת באה לידי ביטוי בבירור בדעת ה"ש מי שאומר "בדברי השו"ע (סימן שפ"ח ס' ז):

"מי שיש עליו עדים שמסר ממון חברו... והנמסר אומר: כך וכך הפסידני, והמוסר כופר כמה שטענו, אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו, אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה כמה שתפס... ויש מי שאומר שאם המוסר אומר: איני יודע כמה הפסדת ע", ישבע הנמסר ויטול."

בביאור הדעה הראשונה, שהיא ציטוט מדברי הרמב"ם, נחלקו המפרשים, כפי שהדברים מופיעים בש"ך (שם ס"ק לא):

"כתב הרב המגיד, ומביאו ב"י, שמדברי הרמב"ם אלו משמע שסובר כר"ת, דאם אין המוסר כופר אלא שאינו יודע כמה הפסידו נשבע הנמסר ונוטל (והוא היש מי שאומר שהביא המחבר לקמן). ואחריו נמשך מהרש"ל (פרק הבונה סי' צ), וכתב שכוונת הרמב"ם כר"ת.

ואין נראה לי כן, דדין זה של ר"ת דין מחודש הוא, והוא ליה להרמב"ם לכתוב ההיפך, דאם אינו כופר נשבע הנמסר ונוטל! אלא נראה, דהרמב"ם לטעמיה אזיל, דס"ל דכל מודה מקצת ועל השאר אומר איני יודע הוה ליה "מתוך שאינו יכול להישבע משלם" אף בדבר דלא הוה ליה לידע... לכך הוכרח לכתוב כאן שהמוסר כופר דאילו אומר איני יודע כמה הוה ליה "מתוך שאינו יכול להישבע - משלם", וכשנגדו נוטל בלא שבועה. לכך, לא הוצרך לכתוב ההיפך דין זה פשוט בלא הכי ואינו תלוי בכאן כלל, כן נראה לי ברור לדעת הרמב"ם ודו"ק."

דעת המגיד משנה שהרמב"ם סובר כר"ת. הש"ך סובר שלדעת הרמב"ם במקרה שהמסור אינו יודע נוטל הניזק בלא שבועה.

טען קצוה"ח שאם נבאר את הגמרא לפי שיטת ר"ת. שבעיית הגמ' במסור שטוען ברי, אבל בטוען שמא פשיטא שיוכל להשבע הניזק כיון שהמוסר אינו יודע. והרי יש הבדל בין תקנת נגזל בגזולן שתוקנה אף אם הגזולן מכחיש בבירור את הנגזל לבין תקנת נגזל במזיק שתוקנה רק כשהמזיק טוען שאינו יודע כמו במבעיר אש והזיק את הטמון שהמזיק אינו יודע כמה הזיק. אם כן אין הבדל בין מסור למזיק רגיל. ספק הגמרא על פי פירוש זה הוא שיש מקום להחמיר במוסר, שמשום חומרת מעשיו אולי עשו בו תקנת הנגזל כמו בגזולן שאפי' בטוען ברי המוסר ישבע הנמסר.

תירוצו של קצוה"ח לא יהיה טוב לדעת המהרש"ל שבכל דינא דגרמי אין תקנת הנגזל ומסור חמור מדינא דגרמי אפילו כשהמוסר אינו יודע. גם הנימוק שהעלה המהרש"ל לחלק בין מוסר לשאר דינא דגרמי "דהוי ניירא בעלמא" שונה ממה שהבין קצוה"ח.

יש מקום להעיר על תירוץ קצוה"ח מלשון הגמרא "אליבא דמאן דלא דאין דינא דגרמי תיבעי לך", ואם נאמר שבמסור יש חומרה מיוחדת אולי גם למ"ד שפוסט בגרמי יש מקום לחייב במסור, וצ"ע.

יתכן ליישב את קושיית הרמב"ן במה שונה דינם של מוסר ושל גרמי משאר נזיקין באופן נוסף. בשיטה מקובצת (ב"ק דף סב. ד"ה לר"י דמחייב, בסוף הדבור) מובא תוספות תלמידי רבינו פרץ:

"ואם תאמר ולעיל בפרק הפרה (ב"ק מו.) דאמרינן דאפילו נזק אומר ברי ומזיק אומר שמא - המוציא מחבירו עליו הראיה. מאי שנא דלא עבדינן שם תקנת הנגזל?

ויש לומר דהתם היינו נזק ממונו ולא שייכא תקנת נגזל רק בנזקי גופו דומיא דנגזל ואשו נמי נזקי גופו הוא דאשו משום חיציו."

תוספות תלמידי ר"פ טוען שלא תיקנו תקנת נגזל בנזקי ממונו.

הטור (חו"מ שח) הביא לגבי חבלה בגרמי את דברי הרמ"ה:

"ומסתברא דלא יהיב ליה אלא נזק בלבד אבל ארבעה דברים לא מיחייב אלא היכא דאזקיה בידים."

בספר "קהילות יעקב" (ב"מ סימן לח, וב"ק סימן לא) ביאר שהרמ"ה סובר שדינא דגרמי אינו כאדם המזיק אלא הוא כממון המזיק.

יתכן על פי זה לבאר את ספק הגמרא. לפי דברי תלמידי רבנו פרץ שאין בממון המזיק תקנת הנגזל. הגמרא הסתפקה בשאלה האם דינא דגרמי הוא כאדם המזיק שתיקנו בו תקנת הנגזל או כממון המזיק שלא תיקנו בו תקנת הנגזל. אם כן מובן מהו הספק המיוחד במסור ובכל דינא דגרמי, ובמה שונה דינא דגרמי משאר הנזקים.

סיכום

במשנה בשבועות מופיעה תקנת הנגזל כגזל ובחבלה. הגמרא בבבא קמא פסקה שיש תקנה גם בשאר נזקים, ונחלקו הפוסקים ברמת הזדון והמעשה שבהם תוקנה התקנה. הגמרא בב"ק הסתפקה במסור. דעת הש"ך שהספק הוא בכל דינא דגרמי, ודעת המהרש"ל שבשאר דינא דגרמי בודאי לא תיקנו את תקנת הנגזל.

הארכנו בבירור השוני בין גרמי לשאר נזקים הבאנו בענין זה כמה חילוקים.

המהרש"ל כתב שבגרמי - "ניירא בעלמא שרף", לכן, אין בו תקנת הנגזל. במסור שהוא מעשה חמור הסתפקה הגמרא באופן מיוחד. יש מקום להבין סברה זו של "ניירא בעלמא", מדוע צורת הנזק משפיעה על תקנת הנגזל.

הרמב"ן כתב שאף שדינא גרמי מהתורה, גרמי הוא דיבורא בעלמא, והגמרא הסתפקה במוסר וה"ה בגרמי. גם כאן יש לשאול מהי המשמעות של צורת הנזק.

התוספות למד שדינא דגרמי מדרבנן. על כן, הגמרא הסתפקה במוסר, והוא הדין בשאר גרמי, האם יש תקנת הנגזל.

קצוה"ח למד כשיטת ר"ת שמוסר וגרמי הם כשאר נזקים ותיקנו בהם תקנת נגזל. במוסר הסתפקה הגמרא האם תיקנו בו תקנת הנגזל מעבר לשאר נזקים בגלל שיש בו חומרה מיוחדת.

העלינו אפשרות נוספת, על פי השיטה שאין תקנת נגזל בממון המזיק, שהגמרא הסתפקה במהותו של דינא דגרמי, האם הוא כאדם המזיק או כממון המזיק ודיני מוסר וגרמי שווים.

תקנת נגזל בנוזיקין כשמכחיש הגזלן את הנגזל

הרשב"א בחידושו (ב"ק דף סב. ד"ה עשו, הובא גם בשיטמ"ק) הביא את שיטת הראב"ד ונחלק עליה:

"כתב הראב"ד ז"ל ודוקא על הטמון (=עשו תקנת נגזל), אבל על הגלוי אי טעין האיך טענת ברי משתבע ומפטר משום דלאו גזלן גמור הוא. דאי לא תימא הכי, לימרו למילתא בגלוי ולדברי הכל וכ"ש בטמון לרבי יהודה. ולולי שאמרה הרב הייתי אומר דאפילו בגלוי...ועוד שהרי עשו תקנה בנגזל ותקנת נגזל בטוען הגזלן ברי הוא. ועוד דמה שאמרו בטמון ואליבא דרבי יהודה אפילו בטענת ארנקי בגדיש נשבע ונוטל...ולפיכך אפילו בטענת ברי עשו בו תקנת נגזל..."

דעת הראב"ד שלא תיקנו תקנת נגזל בנוזיקין כשהמזיק טוען שהוא יודע כמה הזיק, הרשב"א חולק וסובר שתיקנו אף במקרה של טענת ברי.⁴ הוכחת הראב"ד מכך שהגמרא דיברה דוקא בדעת רבי יהודה שמחייב בנוזקי טמון שהמזיק אינו יודע מה הזיק. הרשב"א השיב שיש חידוש בדעת רבי יהודה שיכול לתבוע אפילו ארנקי בגדיש. ניתן להוסיף לדברי הרשב"א את הוכחת קצוה"ח שהבאנו בהמשך שבטענת שמא הוי מחוייב שבועה שאינו יכול להישבע ומשלם. המגיד משנה (נזקי ממון פרק יד הל' יב) הביא את המחלוקת הזו והכריע כשיטת הרשב"א.

השולחן ערוך (סימן תיח ס"י יג) פסק לגבי אדם שהזיק באש:

"וכל מה שיטעון בעל הבית שהיה בבית, ה"ז נשבע בנקיטת חפץ ונוטל."

⁴ נראה שר"ת שהסביר שהבעיה במוסר האם תיקנו תקנת נגזל במכחישו המוסר בטענת ברי, סובר כראב"ד. שהרי כתב שהספק הוא האם לדמות מוסר לנגזל שבטענת ברי יש שבועה בנגזל ולא כתב יותר בפשטות שיש שבועה בטענת ברי בנוזיקין והספק הוא האם לדמות מוסר לשאר נזיקין. אם כי יש לדחות שבנגזל מפורש במשנה שיש שבועה גם בטענת ברי, שיטת ר"י בודאי כראב"ד כפי שכתב במפורש שאין תקנת נגזל כשהמזיק מכחיש את הנזק.

הסמ"ע (שם ס"ק טז) כתב את הכרעת המגיד משנה:

"אם היו מחולקין בדבר הנשרף לו בגלוי שהניזק אומר כך וכך היה והמזיק אמר ברי לי שלא היה אלא כך אפילו הכי הניזק נשבע ונוטל דעשו תקנת נגזל גם כן בנשרף."

והעיר הש"ך (ס"ק ז'), שאמנם השולחן ערוך (סימן שפח) לגבי תקנת נגזל במזיק, כתב שטוען המזיק 'שמא', ומשמע שבטענת ברי היה נשבע ונפטר? צריך לומר שבסימן תיח מדובר שיש עדים על הדליקה, אבל בסימן שפח מדובר שאין עדים. ממילא, בטענת ברי נאמן המזיק, מכח מיגו שיכול היה לטעון שלא הזיק.

אולם הש"ך (שם) חולק ואומר:

"באמת נראה לי עיקר, דהרמב"ם והמחבר סבירא להו כה"ש אומרים' שהביא הרב המגיד, דבאש, אם טוען המבעיר ברי - נשבע ונפטר, והדעת נותנת כן. וכן משמע להדיא מדברי מהרש"ל (ב"ק פרק ו' ס"ס לג) שכתב שם וז"ל: "דוקא שטען המזיק שמא אבל אי טען ברי לא א"ל גבי גזלן." וכן כתב עוד מהרש"ל להדיא (שם סי' ל) דמסור מיירי כשטוען המוסר ברי. ואף דהא דאמרינן עשו תקנת נגזל באשו לא איירי בכופר המבעיר, מכל מקום, לא הוי רשע כגזלן. דוקא מוסר ראוי לדמותו לגזלן אבל לא מזיק אפילו להכעיס."

קצוה"ח (שם ס"ק א) הקשה, הרי במשנה בשבועות לדעת רבי יהודה, גם בנגזל תוקנה התקנה דווקא במודה במקצת. אם כן, בסוגייתנו כשהגמרא אומרת שלר"י תיקנו בטמון, בהכרח הוי דווקא במודה במקצת. ואם נאמר כדעת הש"ך שבטענת ברי אין תקנת נגזל ורק בשמא תיקנו, אם כן, בין כה וכה, הוי מחויב שבועה שאינו יכול להישבע וצריך לשלם, אלא ודאי מדובר בטענת ברי!

יתכן ליישב שהש"ך יודה אליבא דר"י שתקנת נגזל הוי בברי, וכל דבריו הם אליבא דהלכתא כרבנן, ולדעתם הוא סובר שדווקא בטענת שמא עשו תקנת נגזל.

יסודה של תקנת הנגזל

בעצם הדבר צריך להבין, לדעת הראב"ד והש"ך, מדוע צריך להיות הבדל בין תקנת נגזל דהוי אפילו בברי (סימן צ סע' א, ה) ובמזיק באשו דווקא כשטוען המזיק שמא?

הרמב"ם בפירוש המשנה (שבועות פרק ז משנה ג) כתב בהסבר תקנת הנגזל:

"ואמנם הטיל השבועה על הנחבל או על הנגזל קנס לחובל ולגזלן כדי שלא ירבה היזק בני אדם והתגרותם"

וכן כתב הרמב"ם (גזלה ואבדה פרק ד הל' א):

"קנס קנסו חכמים לגזלנין שיהיה הנגזל נשבע על כל מה שיטעון ונוטל מן הגזלן, והוא שיהיה זה מוחזק שגזלו בשני עדים."

הלחם משנה הקשה, מה הצורך בתקנה זו, הרי בכל חשוד שכנגדו נשבע. בשבועת התורה ובנגזל מדובר שיש עדים שגזל, ואם כן, הוי שבועת מודה במקצת! ויישב, שתיקנו במקום שאין שבועת התורה, דהיינו, כשאומר הגזלן לנגזל 'הילך' הגזלה.

הש"ך (סימן צ ס"ק א) תירץ, על פי שיטת רב האי, דהיכא דלא משמע לאיניש איסורא, לא חשוב חשוד ואין מעבירין את השבועה לשכנגדו. רק בחשוד, שכבר חשוד מקודם בבירור, עוברת השבועה לשכנגדו. המשנה, שמביאה את תקנת הנגזל, מדברת גם במקרה שהגזלן טוען ששלו נטל ובדין נטל. ואף על פי שעל פי דין צריך להשיב, לא נחשב כחשוד כיון דלא משמע להו לאינישי שזה נקרא גזלן. לכן על פי דין אין 'שכנגדו', ורק משום תקנת נגזל חכמים עשוהו כחשוד.

נמצא שיסודה של תקנת נגזל בקנס לפושעים כדי לתקן את החברה, התקנה נועדה למנוע מאנשים אלו לחזור על מעשיהם. התקנה נצרכה למקרים שבהם אין שבועת מודה במקצת עוברת לתובע או בגלל הילך או שהנתבע יכול להישבע ואינו נקרא חשוד על השבועה.

המאירי (ב"ק דף סב. ד"ה ולענין פסק, הובא גם בשיטמ"ק) הביא את דברי הראב"ד, שלא תיקנו בנוזקים תקנת נגזל כשטוען המזיק ברי, ולא כמו בגזלן, משום שאין המזיק מוגדר כחשוד:

"כתבו חכמי הצרפתים, שלא עשו תקנת הנגזל באשו אלא כשהוא טוען אינו יודע הא אם אמר בבירי חיפשי בה ולא היה בה מה שזה טוען אין מוציאין אלא בראיה. ואע"פ שבתקנת נגזל הגזלן טוען בבירי ואף על פי כן עשו תקנת נגזל! הגזלן חשוד וזה המדליק אינו חשוד..."

כתבו חכמי הדורות... המדליק בשל חבירו במזיד חשוד הוא ואם הודה במקצת משלם בכל כדין חשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל... ובמדליק בתוך שלו אין כאן חשוד אלא פושע עשו תקנת נגזל."

רואים מדברי המאירי שבחשוד תיקנו את תקנת הנגזל אף בטענת ברי ובאינו חשוד תיקנו רק בטענת שמא משום שהוא פושע וזה ההסבר בשיטת הראב"ד.

נסכם את העקרונות במחלוקת הראב"ד והרשב"א:

א. תקנת נגזל תוקנה כנגד אנשים שיש לחשוש שהם מרמים והם מוגדרים כחשודים.

ב. במקרה של אנשים שאינם חשודים, תוקנה התקנה רק בטענת שמא.

ג. הראב"ד סובר שמזיק אינו חשוד והרשב"א סובר שהמזיק הוא חשוד, או שלא חילקו בתקנה.

לפי זה יש ליישב קצת את הוכחת הראב"ד כנגד הרשב"א שהבאנו בתחילת הפרק, מדוע נקטה

הגמרא את תקנת הנגזל דווקא לרבי יהודה ולא לרבנן. אפשר לומר, שלרבי יהודה הוי חידוש גדול יותר, שאף על פי שהדליק בשלו, קנסו אותו. וכל שכן לרבנן, שקנסו אותו, שהרי הדליק בשל חברו, שלדעת הרשב"א הוא מוגדר כחשוד.

כמו כן, ניתן ליישב קושיית הרשב"א וקצוה"ח על הראב"ד, שטענו שהגמרא בהכרח מדברת גם בטענת ברי. הראב"ד ישיב שאם מדובר שהוא טוען ברי שלא היה כלום, היות ולא הוי מזיק חשוד, מדוע שנקנסו אותו אלא צריך לומר שהוא טוען שמא.

לדעת הראב"ד והש"ך שאומרים גם לגבי מזיק רגיל שתיקנו דווקא בטוען המזיק שמא, לכאורה מזיק רגיל כמו מדליק בשל חברו הוא חשוד וראוי לקנסו? צריך לומר, שהם סוברים שכל מזיק אינו בגדר חשוד. וכן כתב המהרש"ל שהובא בש"ך ש"מזיק אינו רשע כגזלן".

הסיבה לכך שמזיק שונה משאר הגזלנים נובעת מכך שהמזיק אינו נהנה מהנזק, ועל כן, לא ראו חז"ל צורך להחמיר בעונשו כמו גזלן, ולא חששו להתפשטות התופעה כמו שחששו בגזל. דעת חכמי הדורות שהביא המאירי, שמדליק בשל חברו הוי חשוד, צ"ע כמי הם סוברים.

עולה מדברים אלו, שלדעת הראב"ד כל מזיק אינו חשוד, ולכן רק בטענת שמא קנסו אותו. ולדעת הרשב"א מזיק במזיד הוא חשוד, וקנסו אותו אף בטענת ברי, ואפילו במדליק בשלו קנסו אותו, אף בטענת ברי.

על פי זה יש לשאול, מדוע במסור הגמרא מסתפקת, הרי הוא רשע? עתה ניתן להבין את דברי הרמב"ן שמסור הוי רק דיבורא בעלמא. על פי דברי הש"ך, שתיקנו רק בדבר שנראה לאינשי עבירה, ניתן לומר, שמסירה לא נראה בעיני האנשים מעשה רשע, לכן, הסתפקה הגמרא אולי לא קנסו. כמו כן, ניתן לומר לפי זה בדעת המהרש"ל, ששריפת שטר לא נראה כמעשה רשע, משום דהוי רק שרפת נייר.

על פי הבנתנו בשיטת הראב"ד ניתן להבין דברי ראב"ד תמוהים. הרמב"ם (חובל ומזיק פרק ה הל' ד) כתב בענין שבועת הנחבל:

"קנס קנסו חכמים לאלו השוטים בעלי זרוע שיהיה הנחבל נאמן ונשבע בנקיטת

חפץ שזה חבל בו חבל זה ונוטל מה שראוי לו, והוא שיהיו שם עדים."

השיג עליו הראב"ד:

"א"א לא היה קנס אלא שאין דרך בני אדם לחבל בעצמן, על כן, האמינוהו

לזה בשבועה."

יש להבין מדוע הראב"ד אינו מקבל את הסבר הרמב"ם שזהו קנס כפי שקיבל הסבר זה לגבי גזלן?

אמנם על פי שיטת הראב"ד, שהבאנו לעיל, שהמזיק אינו חשוד ואין מקום לתקן תקנת נגזל כשטוען ברי. ניתן לומר, שהיה קשה לראב"ד מדוע בנחבל תיקנו שבועה גם בטענת ברי, ואף אם זה קנס, אין ראוי לקנסו במזיק עד כדי כך. לכן הוצרך להוסיף טעם חדש.

שיטת הרמב"ם במוסר באונס

הש"ך (סימן שפח ס"ק כט) הקשה על הרמב"ם, שכלל בדין מוסר את דינו של מוסר שנשא ונתן ביד:

"קשה לי בנאנס ונשא ונתן ביד היכא נימא דהוא בעיא דלא איפשטא, הא לא מבעיא בש"ס אלא במוסר למאן דדאין דינא דגרמי. אבל בנאנס ונשא ונתן ביד מזיק בידים ולאו גרמי הוא, ופשיטא דלא שייך תקנת נגזל דהא אנוס הוא. וא"כ כיון שהוא מכחישו בכרי נשבע זה שנאנס ופטור דהא אינו נפסל כיון שנאנס ויכול הוא לישבע כן נ"ל ברור. ודברי הרמב"ם והמחבר והע"ש צלע"ג."

כלומר, הש"ך מקשה שמוסר שנשא ונתן ביד הוא כמזיק ולא ראוי לחלק בינו לבין שאר נזקים. וגם לדינא כיון שהוא טוען ברי לא ראוי לחייבו בתקנת הנגזל [על פי שיטת הש"ך שלא תיקנו תקנת נגזל בברי].

ויותר קשה מדברי הרמב"ם בעצמו (חובל ומזיק פר' ח הל' ח) שכתב:

"אבל המוסר שאנסוהו להראות או להביא ונשא ונתן ביד, אע"פ שהוא חייב לשלם אינו רשע אלא בן תשלומין הוא בלבד ומשביעין אותו כשאר הכשרין."

נמצא שאינו רשע, והוי כסותר עצמו ממה שפסק בהלכה לפני כן:

"מי שיש עליו עדים שמסר ממון חבירו כגון שהראה מעצמו או שנאנס ונשא ונתן ביד ולא ידעו העדים כמה הפסידו במסירתו והנמסר טוען כך וכך הפסידני והמוסר כופר במה שטענו, אם תפש הנמסר אין מוציאין מידו אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה במה שתפש ואם לא תפש אין מוציאין מן המוסר אלא בראיה ברורה."

אם כן, רואים שאפילו באונס הסתפקה הגמרא האם עשו תקנת נגזל וכשתפס יש תקנה, אף על פי שאינו חשוד והיה מקום לא לקנוס אותו לפחות כשהוא טוען ברי!

אולי יש ליישב, שמדינא לא שייכת תקנת הנגזל כשמוסר באונס טוען ברי, כיון שאינו חשוד. אמנם במקרה של תפיסה יש לנמסר זכות על פי הלכות תפיסה בספיקות. בקונטרס הספיקות (כלל ב אות ה) כתב, במקרה שיש ספק לפנינו ויש לנתבע חזקת מרא קמא, אם תפס התובע מכח טענת ברי, תועיל התפיסה. כעין זה נמצא גם בשולחן ערוך (סימן פז סע' ל) במקרה שהנתבע נשבע ונפטר על פי בית דין, ואחר כך התובע תפס בלא עדים, וטוען על אותה תביעה שהשני נשבע לשקר - נאמן במגו שלא תפס משלו, וישבע היסטר ויפטר. על פי זה, גם במקרה של נמסר שתפס ויש לו טענת ברי, תועיל התפיסה שלו להחזיק את מה שתפס בשבועה, למרות

שחזקת מרא קמא הכריעה את הספק לטובת המוסר⁵.

סיכום

תקנת נגזל היא קנס כנגד אנשים שכונתם להרע לחברה, כך עולה מדברי הרמב"ם בהגדרתו את תקנת נגזל. מאידך עולה מדברי הש"ך שמצמצם את התקנה למקרים שלא משמע לאינשי שיש איסור, שפוסל אותם לעדות, ובאנשים שהם פושעים גמורים לא תוקנה תקנת נגזל.

על פי עקרונות אלו עלינו לנסות להבין את המחלוקות בגדר התקנה. ראינו שתי מחלוקות בהגדרת המזיק שתיקנו בו תקנת נגזל. הראשונה, האם נדרש מעשה בידים ובמזיד, והשנייה האם דינא דגרמי תיקנו תקנת נגזל. ניתן להבין את המחלוקות האלו על פי העקרונות שהצבנו, שנדרשת רשעות מסוימת אך לא גדולה מדי, על כן המהרש"ל בשתי המחלוקות נוטה לקיים את התקנה רק במזיק במזיד ובידיים ולא בשוגג או בגרמי ומעלה את סברת "ניירא בעלמא קלא מיניה" שגורמת להפחית מחומרתם של מעשים אלו בעיני עושיהם ועל כן אין ראוי לקנסם. הש"ך שחולק עליו סבור שאף על פי כן ראוי לקנס גם בשוגג או בגרמי.

ראינו דעות שונות בנוגע ליחס בין מוסר, ושאר דינא דגרמי, לשאר דיני נזיקין. חלק מדעות אלו מובן גם הוא על פי העקרונות שהזכרנו. שיטת המהרש"ל שהגמרא חשבה להחמיר במוסר ולהשוותו לנגזל, אף על פי שלשיטתו בשאר דינא דגרמי אין בכלל תקנת נגזל. וכן שיטת ר"ת, בה תמך קצוה"ח, שהגמרא רצתה להחמיר במוסר יותר מאשר בשאר נזיקין, ולתקן תקנת נגזל אף במכחישו המוסר לנמסר. שתיהן נובעות מחומרת העבירה של המוסר ועל כן ראוי לקנס אותו יותר בחומרה.

גם את דעת הרמב"ן שבכל דינא דגרמי ומוסר בכלל, הסתפקה הגמרא האם תיקנו בו תקנת נגזל משום שזהו דיבורא בעלמא. וכן את דעת התוספות שהספק הוא בכל דינא דגרמי משום שחיובו של דינא דגרמי מדרבנן. ניתן לבאר על פי העיקרון שאין לקנס אלא במעשה שיש בו רמת רשעות מסוימת, ויתכן שבאיסורים דרבנן או שנעשים בדיבורא בעלמא לא נמצאת רשעות כזו.

ההסבר הנוסף שהעלינו, בנוי על חידושו של תלמיד רבינו פרץ, שאין בממון המזיק תקנת נגזל, והסתפקה הגמרא האם דינא דגרמי הוא ממון המזיק. גם הוא בנוי על הסברא שאין לקנס בממון המזיק, כיון שבעליו אינו רשע שראוי לקנסו.

גם מחלוקתם של הראב"ד והרשב"א האם לתקן תקנת נגזל כשהמזיק טוען ברי, תלויה בשאלה עד כמה הפך להיות המזיק חשוד ורשע כגולן וכפי שהדברים מפורשים במאירי. דעת הראב"ד, שבמזיק הקלו ולא קנסו אותו כשטוען ברי מכיון שאין לו הנאה מהנזק. הרשב"א סבר, שכדי

⁵ על פי הסבר זה, לדעת הש"ך שכשהמזיק טוען ברי לא תיקנו תקנת נגזל, אם יתפוס הניזק יוכל להישבע ולהשאיר את החפץ בידי.

למנוע את התפשטות התופעה החמירו במזיק כמו בגזלן, ותיקנו תקנת גזול אף בטענת ברי. יתכן שהרשב"א גם נשען על תפיסה שאין לחלק בתקנה ובכל מקום היא צריכה להיות אחידה⁶.

נספח - הערה בענין חיוב מוסר

נחלקו הראשונים האם כשהמוסר טוען 'שמא' יש תקנת גזול, או גם בטענת 'שמא' נסתפקה הגמרא האם תיקנו תקנת גזול במוסר. [הבאנו את דבריהם בפרק "גרמי"]

הקשה הש"ך (סימן שפ"ק לו) מדוע במקרה שטוען המוסר 'שמא' צריך הנמסר להישבע. כיון שהמוסר אומר 'איני יודע כמה הפסדת', הוי ליה מודה במקצת וחייב שבועה, ומתוך שאינו יכול להישבע משלם, אפילו בלא שבועת הנמסר?

הש"ך הביא מספר ישובים:

א. על פי שיטת תשובות מימוניות (ספר משפטים סימן א), שם נפסק, שאפילו כשהנתבע טוען חמישים ידענא וחמישים לא ידענא ואומרים 'מתוך' - "שכנגדו צריך לפחות להישבע, אבל לא יטול בלא שבועה". כמו כן, גם כאן מוטלת על התובע שבועה. ודחה הש"ך, שלרוב הפוסקים במקרה שהנתבע אינו יכול להישבע ומשלם, אין דורשים מהשני להישבע.

ב. הש"ך (סימן שפ"ק י) כתב בשם הרמב"ן, שבכל דינא דגרמי אין נשבעין שבועת התורה. לכן לא שייכת שבועת מודה במקצת במוסר.

ג. שיטת התוספות שחיוב דינא דגרמי הוי רק מדרבנן, ולכן אין מקום לשבועה דאורייתא. תירוצן זה לא מועיל לרא"ש ולסמ"ג שסוברים שחיוב גרמי מהתורה.

ד. הרשב"א בתשובה והרא"ש (ב"ק סוף פרק ו) סוברים שלא אומרים 'מתוך' שאינו יכול להישבע משלם, אלא כשהוא ליה למידע. כלומר שהנתבע היה אמור לדעת כמה הוא חייב, ובמוסר לא הוה ליה למידע. הש"ך בעצמו מסיק, שלדעת הרמב"ם, אמרינן "מתוך" שאינו יכול להישבע משלם" אפילו במקרה דלא הוה למידע, על כן תירוצן זה לא יועיל לו.

אולי יש אפשרות ליישב באופן נוסף. המרדכי (ב"ק פרק ה' סימן נה, הובא ברמ"א סימן שפ"ק סעיף ז) כתב:

"שנים שמסרו ביחד, כל אחד משלם החצי, ואם בזה אחר זה, האחרון פטור,

דכל זמן שלא נפטר ממסירה הראשונה הנזק בא מגרם הראשון."

הש"ך (ס"ק מ"ג) הביא מתשובת מהר"ם שאם יש ספק אם נפטר ממסירה ראשונה, גם לא השני ישלם, כיון שלא מוציאים ממון מספק. קצוה"ח (שם ס"ק י) הקשה מהרמב"ם (חובל ומזיק ו

⁶ כפי שמשמע משאלתו על הראב"ד "ועוד שהרי עשו תקנה בנגזל ותקנת גזול בטוען הגזלן ברי הוא." שהיה אפשר לבאר שכוונתו להקשות מכך שהשתמשו במונח תקנת גזול שגדריו ידועים. אפשר גם לפרש שאין זו רק הוכחה אלא גם טענה שראוי שהתקנה תהיה באותם גדרים בכל מקום.

הל' יד):

"חמשה שהניחו חמשה חבילות על הבהמה ולא מתה ובא זה האחרון והניח חבילתו עליה ומתה, אם היתה מהלכת באותן החבילות ומשהוסיף זה חבילתו עמדה ולא הלכה האחרון חייב, ואם מתחלה לא היתה מהלכת האחרון פטור, ואם אין ידוע כולן משלמין בשוה."

כלומר, כאשר יש ספק מי אחראי, התשלום מתחלק. אם כן, גם כאן שמסופק אם נפטר מהמסירה הראשונה, והוא ספק אם הראשון אשם או השני, צריך להיות הדין שיתחלקו בחוב שווה בשווה.

קצוה"ח רצה ליישב שאולי כאן כיון שהמסירה הראשונה הייתה ודאית והשאלה היא האם נפטר מהחוב שנבע ממנה הוי כ"איני יודע אם פרעתיך" לכן כל החוב מוטל על הראשון וראינו יכול להיפטר בטענת ספק, וסיים בצ"ע.

הגמרא (ב"ק קיז.) מספרת על רב כהנא שהרג מוסר:

"ההוא גברא דהוה בעי אחוויי אתיבנא דחבריה, אתא לקמיה דרב, א"ל: לא תחוי ולא תחוי, א"ל: מחוינא ומחוינא. יתיב רב כהנא קמיה דרב, שמטיה לקועיה מיניה."

ה"פני יהושע" (שם ד"ה יתיב) הקשה מדוע בדין "בא במחתרת" כיון שנתן להצילו בנפשו, אנו פוסקים 'קים ליה בדרכה מיניה' ופוטרים אותו מתשלומים, ובמוסר שחייב מיתה, אין אנו פוטרים מתשלום?

ואין לתרץ דלא הוי "בעידנא", שדין רודף שיש למוסר חל עליו בשעה שמוסר, וחייב התשלומין הוא דוקא כשלוקחים מהנמסר את הממון. מפני שחייב התשלומים נובע משעת המסירה, אז הוא עושה מעשה.

הפנ"י רוצה לישב שחייב המיתה הוא דווקא קודם שעשה את מעשה המסירה אבל אחר שעשה מעשה ומסר אי אפשר להורגו ולכן חייב בתשלומין. אמנם יש מקום להעיר על דבריו מהדין (סימן שפח סע' יא) שמותר להרוג גם לאחר מעשה במקרה והוחזק מסור ובכ"ז חייב בתשלומין.

אפשר לומר, שאכן יש באופן עקרוני 'קים ליה בדרכה מיניה' במוסר. אבל כיון שאם תמיד נלך על פי דין זה, מסור לעולם לא ישלם, החמירו חכמים וחייבוהו לשלם. חיוב זה הוא יותר מאשר כל מקרה של קלב"מ שחייב לצאת ידי שמים, ואילו כאן אפשר לכפותו לשלם.

לפי זה יוצא שגם לשיטות הראשונים שדינא דגרמי הוי חיוב דאורייתא, במקרה של מסור יסברו שזה דין דרבנן. לכן, לא יהיה דין "מתוך שאינו יכול להשבע משלם", כיון שאין חיוב דאורייתא. במקרה של ספק מי גורם למסירה יהיה כמו כל איסורא דרבנן שאמרינן אם איתחזק אסורא חייב ואם לא איתחזק אסורא פטור. במקרה של המרדכי, הראשון איתחזק, והשני לא

איתחזק, לכן המוציא מחברו עליו הראיה.

אמנם יש להעיר שקצוה"ח (סימן פז ס"ק לב) הביא מספר ראיות שאפילו בדין דרבנן יש חיוב שבועה דאורייתא. לדוגמא מהרמב"ם (אישות פרק טז הל' כה) שפסק שיש שבועת התורה בדיון על חיוב כתובה. אף על פי שלדעת הרמב"ם כל כתובה חיובה מדרבנן, וכן מראיות נוספות. לכן מסיק קצוה"ח שכיון שמדרבנן תקנו את חיוב הממון, ושייך לזה, אם כן, הפקר בית דין הפקר, ויש לו בה זכייה מדאורייתא. אם כן, מה הועיל קצוה"ח שתירץ שגרמי חייב מדרבנן. וכן קשה על תירוצו שמוסר לכל הדעות מדרבנן.

אפשר לומר על פי דברי הרשב"א (גיטין לו: ד"ה רבא), שחוקר האם הכלל "הפקר ב"ד הפקר" יכול רק להפקיע ממון מבעליו, או גם יכול להקנות ממון של אדם אחד לחבירו. הוא תולה את השאלה הזו בשתי המקורות של "הפקר ב"ד הפקר" מהפסוקים. על פי זה, לאותה שיטה שהפקר ב"ד הפקר רק מפקיע ממון, ממילא, החיוב של מוסר או גרמי הוא רק מדרבנן, ולא הוי שבועה דאורייתא.