

הרב אליהו ליפשיץ

ר"מ בישיבה

חיוב נזקי ממון

- א. פתיחה
- ב. גדרי החיוב בסוגיית מסירת נזיקין לשומר
- ג. גדרי החיוב בשיטת הרמב"ם
- ד. גדרי החיוב בהגדרת 'קרן' ו'רגל'

א. פתיחה

האחרונים¹ חקרו ביסוד חיוב תשלומין בנזקי ממון: האם החיוב הוא מפאת 'ממונך שהזיק', או מפאת הפשיעה בשמירה. לפי ההבנה הראשונה, חיוב התשלומין הוא מעצם הבעלות, מפאת העובדה שממונו הזיק, ללא קשר לאחריותו האישית של הבעלים על הנזק. לפי ההבנה השנייה, חיוב התשלומין הוא בגלל האחריות האישית של הבעלים לנזק. אמנם, הנזק נעשה על ידי ממונו, אבל הרשלנות היא של הבעלים, שהרי הוא לא שמר על ממונו כראוי. חיוב התשלום נובע מרשלנות זו.

הנפקא מינה, לכאורה, בין שתי ההבנות היא, האם שמירה פוטרת מחיוב תשלומין. לפי ההבנה הראשונה, שמירה אינה פוטרת, שהרי ממונו הזיק והוא אחראי על כל נזקי ממונו. לפי ההבנה השנייה, שמירה פוטרת, שהרי כל חיובו הוא בגלל חוסר בשמירה, אבל כשהוא שמר כראוי, אין מחייב בתשלומין, והוא פטור.

בשאלה זו נחלקו תנאים. כך שנינו במשנה (מד, ב):

קשרו בעליו במוסרה ונעל בפניו כראוי, ויצא והזיק, אחד תם ואחד מועד -
 חייב, דברי רבי מאיר; רבי יהודה אומר: תם - חייב, ומועד - פטור... רבי
 אליעזר אומר: אין לו שמירה אלא סכין.

רבי מאיר ורבי יהודה פוטרים שומר ששמר כראוי (המחלוקת ביניהם היא מהי שמירה כראוי, האם שמירה פחותה או שמירה מעולה), ורבי אליעזר מחייב אף כשמר כראוי.

1. אבן האזל, נזקי ממון א, א, סימן יד; חידושי ר' שמעון שקופ סימן א; ועוד אחרונים.

נראה להסביר, שהתנאים חולקים בחקירת חיוב נזקי ממון. רבי מאיר ורבי יהודה סוברים, שחיוב נזיקין נובע מהפשיעה בשמירה, ולכן, כשהבעלים שמרו כראוי הם פטורים. רבי אליעזר חולק, ולדעתו חיוב נזיקין נובע מ"ממונד שהזיק", ולכן אין לו שמירה אלא סכין, אין השמירה פוטרת מהאחריות של אדם על ממון².

אולם, לפי זה החקירה נפלה בבירא. אנו פוסקים כרבי יהודה, הסובר ששמירה כראוי פוטרת מחיוב תשלומין, מוכח, שחיוב נזקי ממון הוא בגלל הפשיעה בשמירה, ואין חיוב של 'ממונד שהזיק'.

כדי לקיים את החקירה, על כורחנו יש לומר, ששמירה כראוי פוטרת מחיוב תשלומין, אף לפי ההבנה שחיוב תשלומין בנזקי ממון הוא בגלל 'ממונד שהזיק'. אין הכי נמי, התורה חייבה את הבעלים על נזקי בהמתם, אולם היא הגבילה את האחריות של הבעלים למקרה שהם לא שמרו כראוי. אבל אם כך קשה, מאי נפקא מינה בין שתי ההבנות, הרי בכל מקרה שמירה כראוי פוטרת מחיוב תשלומין?

ניתן לומר, שיש הבדל באופי הפטור של שמירה כראוי. לפי ההבנה שהחיוב הוא בגלל הפשיעה בשמירה, כששמר כראוי אין עליו חיוב כלל, ולפי ההבנה שהחיוב הוא בגלל 'ממונד שהזיק' יש עליו חיוב עקרוני, אבל שמירה כראוי מהווה פטור, התורה חידשה ששמירה כראוי מפקיעה את חיוב 'ממונד שהזיק'. אבל עדיין צריך עיון, מאי נפקא מינה?

ניתן להסביר, שהנפקא מינה היא ברמת השמירה. רבי מאיר ורבי יהודה חולקים, האם המזיק פטור מתשלומי נזיקין בשמירה פחותה - דלת היכולה לעמוד ברוח מצויה, או שהוא פטור רק בשמירה מעולה - דלת היכולה לעמוד בפני כל רוח? רבי יהודה סובר, שחיוב נזיקין הוא בגלל הפשיעה בשמירה, לכן הוא פטור בשמירה פחותה. רבי מאיר סובר, שחיוב נזיקין נובע מ'ממונד שהזיק', ושמירה מהווה פטור, ולכן רק שמירה מעולה יכולה לפטור מחיוב 'ממונד שהזיק'³.

אולם, גם להסבר זה אין מקום לחקור בחקירה שנחלקו בה תנאים, והוכרעה להלכה. אולי ניתן לומר, שנפקא מינה בין ההבנה שאם שמר כראוי אין חיוב כלל, לבין ההבנה ששמירה כראוי מהווה פטור, הוא לגבי חובת הראיה. אם אין חיוב כלל, חובת הראיה מוטלת על

2. הגמרא מביאה שני הסברים לדברי רבי אליעזר. רבה: "דאמר קרא ולא ישמרנו (שמות כא, לו) - שוב אין לו שמירה לזה". אביי: מדין "לא תשים דמים בביתך" (דברים כב, ח). נראה להסביר, שלדעת רבה, דינו של רבי אליעזר הוא מדין "ממונד שהזיק", ולכן שמירה אינו פוטרת אותו מחיוב תשלומין. אביי סובר, שחיוב תשלומין הוא מדין פשיעה בשמירה, ואיסור "לא תשים דמים בביתך" הוא היוצר את הפשיעה בשמירה (ועיין עוד תוספות ד"ה אלא).

3. לפי הבנה זו, גם רבי מאיר וגם רבי יהודה מודים שיש חיובים של "ממונד שהזיק" ויש חיובים של פשיעה בשמירה. לרבי יהודה, ניתן להסתפק תמיד בשמירה פחותה, חוץ משור תם. בשור תם אין חיוב שמירה, שהרי סתם שוורים בחזקת שימור, הקנס של התורה הוא מפאת "ממונד הזיק". רבי מאיר מחייב בקרן שמירה מעולה, ובשן ורגל ניתן להסתפק בשמירה פחותה (נה, ב). בקרן שיש כוונה להזיק, יש חיוב של "ממונד שהזיק", אבל בשן ורגל שאין כוונה להזיק, והנזק נעשה ממילא, החיוב הוא רק בגלל הפשיעה בשמירה.

הניזק, אם שמירה כראוי מהווה פטור, חובת הראיה מוטלת על המזיק. אבל הסבר זה אינו מניח את הדעת. כיצד ניתן לצמצם חקירה כל כך בסיסית בחיובי נזקי ממון, למימדים כל כך מזעריים?! גדרי החקירה עדיין צריכים עיון.

ב. גדרי החיוב בסוגיית מסירת נזיקין לשומר

עיון בגדרי מסירת נזיקין לשומר, יכול לבאר את גדרי החקירה. שנינו במשנה (מד, ב) :

מסרו לשומר חנם ולשואל, לנושא שכר ולשוכר - נכנסו תחת הבעלים : מועד משלם נזק שלם, ותם משלם חצי נזק.

המשנה קובעת שניתן למסור לשומר חיוב שמירת נזיקין, והשומר נכנס תחת חיוב הבעלים. הגמרא (מה, א) מביאה ברייתא המבארת את חיובי השומרים :

תנו רבנן : ארבעה נכנסו תחת הבעלים, ואלו הן : שומר חנם והשואל, נושא שכר והשוכר. הרגו - תמין נהרגין ופטורין מן הכופר, מועדין נהרגין ומשלמין את הכופר, וחייבין להחזיר דמי שור לבעליו, חוץ משומר חנם.

מקשה הגמרא :

היכי דמי? אי דנטריה - אפילו כולהו נמי ליפטרו, ואי דלא נטריה - אפילו שומר חנם ניחייב! אמרי : הכא במאי עסקינן? דנטריה שמירה פחותה ולא נטריה שמירה מעולה - שומר חנם כלתה לו שמירתו, הנך לא כלתה שמירתו.

הברייתא מבארת שלשומר יש חיוב כפול : חיוב לניזק, וחיוב לבעלים. החיוב לניזק הוא לשלם את הכופר [וכמו כן לשלם את דמי הנזק], והחיוב לבעלים הוא לשלם להם את שווי השור [כיוון שעקב פשיעתו השור הומת]. כמו כן אומרת הברייתא, על פי פירוש הגמרא, שרמת החיוב של שומר חנם שונה מרמת החיוב של שומר שכר. שומר שכר מחויב בשמירה מעולה, ושומר חנם מחויב בשמירה פחותה בלבד.

אולם, לא ברור מהברייתא ומהגמרא, לעניין מה יש חילוק בין רמת השמירה של שומר חנם לבין רמת השמירה של שומר שכר - האם לגבי החיוב לבעלים או לגבי החיוב לשומר? ודאי שיש הבדלים בין השומרים לגבי רמת החיוב לבעלים, שהרי פרשות מפורשות נכתבו בתורה לבאר את רמת חיובי השומרים, אבל האם גם לגבי רמת החיוב לניזקין יש הבדל בין השומרים השונים?

נחלקו הדעות בראשונים בשאלה זו. רש"י (מה, א ד"ה כלתה ליה שמירתו) כותב :

כלתה ליה שמירתו - דאין עליו להתחזק בשמירתו, ודי בכך ולא פשיעה היא. הלכך, לגבי בעלים פטור מדמי שור, דהא סגי ליה בשמירה פחותה. ובעי כפרה.

רש"י מסביר, שהחילוק בין השומרים נאמר רק לגבי החיוב לבעלים, אבל לגבי חיוב כופר אין הבדל, ושומר חנם ששמר שמירה פחותה חייב בכפרה ומשלם הכופר, למרות שהוא אינו מחויב לשמור שמירה מעולה.

רש"י מלמדנו את דין השומר לגבי הבעלים ואת דין השומר לגבי חיוב כופר לניזק. אולם, לא מבואר מדברי רש"י חיוב השומר בנזקין, האם לדעתו שומר חנם ששמר שמירה פחותה ויצאה והזיקה, חייב השומר או פטור? בשאלה זו עוסק תוספות רבינו פרץ (ד"ה אי; שהכיר) והוא מביא שתי דעות בנדון. דעה אחת, כיוון שהשומר שמר שמירה פחותה כדינו, הוא פטור מתשלומי נזקין. דעה שנייה, למרות שהשומר שמר כראוי, הוא חייב, כיוון ששומר נכנס תחת הבעלים, וכיוון שהבעלים חייב למרות ששמר שמירה פחותה⁴, אף השומר חייב.

שתי הדעות, המובאות בתוספות רבינו פרץ, מבוססות על חקירת האחרונים ביסוד חיוב נזקי ממון. לפי שתי הדעות, יש בנזקי ממון שני מחייבים: גם 'ממונו שהזיק' וגם פשיעה בשמירה. לכולי עלמא חיוב הבעלים הוא בגלל 'ממונם שהזיק', לפיכך הם חייבים אף כשמסרו נזקיהם לשומר. המחלוקת בין שתי הדעות בתוספות רבינו פרץ, היא במעמדו של השומר. לפי הדעה הראשונה, חיוב תשלומין של השומר נובע מחיוב השמירה בלבד. לכן, כשהשומר שמר ברמת חיובו - הוא פטור, שהרי הוא לא פשע בשמירה; והבעלים חייב, שהרי ממונו הזיק. לפי הדעה השנייה, השומר נכנס תחת הבעלים, הממון נחשב כממונו שלו, ולכן הוא חייב, למרות שהוא לא היה מחויב בשמירה.

נפקא מינה נוספת בין שני צדדי החקירה נמצאת בראב"ד, בדין מסירת נזיקין לשומר. הראב"ד (נזקי ממון ד, ד) מביא שתי דעות, האם הניזק יכול לדון גם עם הבעלים או רק עם השומר? לדעה שדינו רק עם השומר, חיוב נזקין הוא בגלל הפשיעה בשמירה, ולכן הבעלים שאינו פושע בשמירה, אינו בעל דין של הניזק. לדעה שדינו של הניזק הוא גם עם הבעלים, חיוב נזקין הוא בגלל 'ממונו שהזיק', ולבעלים אחריות על ממונם אף כשהוא ביד שומר.

ג. גזרי החיוב בשיטת הרמב"ם

בסוגיה מתחדש ששומר חנם, ששמר שמירה פחותה - פטור מחיוב תשלומין, והבעלים חייב לשלם את הנזק. חידוש זה משמעותי להלכה רק לדין שור תם, שהרי אנו פוסקים כרבי יהודה שבמועד מספיקה שמירה פחותה, וכשהשומר פטור גם הבעלים פטורים. רק בשור

4. הגמרא מעמידה את הברייתא אליבא דרבי מאיר, הסובר ששור מועד חייב בשמירה פחותה, או כרבי אליעזר הסובר אין לו שמירה אלא סכין.

תם, שחייב לשמור שמירה מעולה, ניתן לחלק בין חיוב הבעלים לשמור שמירה מעולה, לבין חיובו של שומר חנם לשמירה פחותה בלבד.

הרמב"ם פוסק סוגיה זו להלכה, וזו לשונו (נזקי ממון ד, ד כפי הגירסה המובאת בדפוסים):

המוסר בהמתו לשומר חנם או לנושא שכר או לשוכר או לשואל - נכנסו תחת הבעלים, ואם הזיקה חייב השומר. במה דברים אמורים? בזמן שלא שמרוה כלל, אבל אם שמרוה שמירה מעולה כראוי, ויצאת והזיקה - השומרים פטורים, והבעלים חייבים, אפילו המיתה את האדם. שמרוה שמירה פחותה - אם שומר חנם הוא פטור, ואם שומר שכר או שוכר או שואל הוא חייבין.

פסק הרמב"ם תמוה. אם השומרים שמרו שמירה מעולה, מדוע הבעלים חייבים? הכסף משנה מצטט תשובה של הרמב"ם לחכמי לונל, בה הוא עונה להם על שאלה זו, שגירסתם משובשת, ויש לגרוס:

במה דברים אמורים? בזמן שלא שמרוה כלל, אבל אם שמרוה שמירה מעולה כראוי, ויצאת והזיקה - השומרים פטורים. שמרוה שמירה פחותה - אם שומר חנם הוא פטור, ואם שומר שכר הוא או שוכר או שואל השומרים חייבים.

גם גירסה זו תמוהה, וכי דינו של שומר שכר גרוע מדינם של הבעלים? מדוע בעלים ששמרו שמירה פחותה פטורים, ושומר שכר ששמר שמירה פחותה חייב? המגיד משנה (שם) מתרץ שהרמב"ם אמר את דינו בשור תם, המחויב בשמירה מעולה⁵. אולם הסבר זה קשה. מדוע הרמב"ם כותב דין זה כדין כללי, ואינו מצמצמו בפירוש לשור תם בלבד⁶? ניתן להסביר הסבר אחר בדברי הרמב"ם, המבוסס על הבנה שונה של המונחים שבהם הרמב"ם משתמש. הרמב"ם משתמש בארבעה מונחים כדי להגדיר רמת שמירה:

א. "רוח מצויה" - "הכונס צאן לדיר, ונעל בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה והזיקה - פטור, ואם אינה יכולה לעמוד ברוח מצויה... חייב" (ד, א)

ב. "כראוי" - "שור שקשרו בעליו במוסרה ונעל בפניו כראוי, ויצא והזיק - אם תם הוא משלם חצי נזק, ואם היה מועד פטור" (ז, א)

ג. "שמירה מעולה" - "אם שמרוה (השומרים) שמירה מעולה כראוי, ויצאת והזיקה - השומרים פטורין" (ד, ד)

ד. "שמירה פחותה" - "שמרוה שמירה פחותה - אם שומר חנם הוא פטור" (שם)

5. יש לציין, שמהמגיד משנה משמע, שהוא לא שינה את הגירסה ברמב"ם, ולדעתו הבעלים חייבים לשלם בשור תם, אפילו אם היתה שמירה מעולה.

6. קושיה זו מתחזקת לאור העובדה, שדין שמירת שור תם אינו מוזכר כלל בפרק זה, אלא רק בפרק ז. וקשה לומר, שהרמב"ם כותב כאן דין שכל שייכותו היא לפרק ז.

המונחים הללו מובאים במשנה ובגמרא (מה, ב; נה, ב). המונחים "רוח מצויה" ו"כראוי" מובאים במשנה כהסבר לרמת השמירה הנדרשת, והמונחים "שמירה מעולה" ו"שמירה פחותה" מובאים בגמרא כהסבר למחלוקת בין רבי מאיר, הדורש שמירה מעולה, לבין רבי יהודה, המסתפק בשמירה פחותה. רש"י (מה, ב ד"ה ונעל בפניו; שם ד"ה אלא סכין; נה, ב ד"ה מאן תנא) חיבר את כל המונחים הללו יחד וקיבל ששמירה כראוי היא שמירה פחותה, שמירה המונעת נזקי רוח מצויה בלבד, ושמירה מעולה היא שמירה מפני כל רוח. הרמב"ם הבין שמונחי המשנה מציינים רמת שמירה, ולכן הוא השתמש בהם, ובהם בלבד, לציין את רמת השמירה המתבקשת, בדיוק כפי שמשנה משתמשת במונחים הללו לציין את רמת השמירה. המונחים של הגמרא הם רק מציינים את היחס בין שיטת רבי מאיר לבין שיטת רבי יהודה, ולפיכך, אין הרמב"ם מחויב במונחים הללו למשמעותם המובאת בגמרא, והוא משתמש בהם במשמעות שונה.

ראיה לכך, שהמונחים הללו משמשים במשמעות שונה ממשמעותם בסוגיה, היא מכך שהרמב"ם אינו מגדיר בשום מקום מה היא שמירה מעולה, ומה היא שמירה פחותה. לו היה הרמב"ם משתמש במונחים הללו במשמעות שבה הם מובאים בגמרא (שמירה פחותה היא שמירה בדלת היכולה לעמוד ברוח מצויה, שמירה מעולה היא שמירה בדלת שיכולה לעמוד בפני כל רוח) הוא היה חייב להגדיר את המונחים הללו, כיוון שהם אינם ברורים מאליהם. אולם, הרמב"ם אינו מגדיר את המונחים, זאת אומרת, שלדעתו אין מונחים אלו זקוקים להגדרה. ששמירה מעולה היא שמירה כדינה⁷, שמירה של אדם השומר על פי כללי השמירה הנקוטים, ושמירה פחותה היא שמירה מינימלית, שאיננה מספקת בדרך כלל את הרמה המתבקשת, אך למקרים מסוימים היא מספיקה. ניתן להביא דוגמה לכך מדיני שמירת גופו (שכירות ג, ט):

רועה שהעביר הבהמות על הגשר, ודחפה אחת מהן לחבירתה ונפלה לשבולת הנהר - הרי זה חייב, שהיה לו להעבירן אחת אחת, שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה...

משמע מהרמב"ם (וכך מפורש בגמרא בבבא מציעא צג, א), ששומר שכר מחויב לשמור שמירה מעולה, ולכן הוא מחויב להעבירן אחד אחד, ואילו שומר חנם, אינו שומר שמירה מעולה, אלא רק שמירה פחותה כדרך השומרין⁸.

אולם, דא עקא, ההגדרות ברורות, אך יישומן צריך עיון. אדם השומר בהמתו כראוי, ונועלה בדלת העומדת בפני רוח מצויה, הרי הוא שומר שמירה מעולה. ואם הוא נועל בדלת שאינה

7. עיין ברמב"ם (ד, ד) שפוסק: "אבל אם שמרוה שמירה מעולה כראוי, ויצאת והזיקה - השומרים פטורין" - זאת אומרת, ששמירה מעולה היא שמירה כראוי.

8. עיין הלכות שאלה ופקדון ד, א-ב, בהגדת המושג "שמירה כדרך השומרין".

יכולה לעמוד ברוח מצויה, הרי הוא פושע בשמירתו, ואין הוא שומר כלל. אם כך כיצד ניתן לשמור שמירה פחותה?

נראה, שההסבר טמון בהבנת המושג "שמירה". ישנם שני סוגי שמירה:

א. שמירה המונעת מבעל החיים לצאת להזיק.

ב. "נטר כדנטרי אינשי" - אדם המשגיח על שורו ברמת השמירה המקובלת, למרות ששמירה זו אינה מונעת יכולת להזיק.

בדין הראשון אין מצב של שמירה פחותה. אם שמר בדלת העומדת בפני רוח מצויה, הרי שמר שמירה מעולה. אם שמר בדלת שאינה עומדת בפני רוח מצויה, הרי לא שמר כלל. אבל הדין השני מוגדר כשמירה פחותה, כיוון שאין השומר מונע את הנזק, אלא מתנהג על פי הנורמה המאפשרת לבהמה ללכת ברחוב ללא שמירה, הרי הוא שומר שמירה פחותה, כדרך השומרים, שמירה המספיקה לשומר חינם, ואינה מספיקה לשומר שכר. דוגמה ברורה להבנה זו, היא מהרמב"ם, שהזכרנו לעיל, בפרק ג מהלכות שכירות:

רועה שהעביר הבהמות על הגשר, ודחפה אחת מהן לחבירתה ונפלה לשבולת הנהר - הרי זה חייב, שהיה לו להעבירן אחת אחת, שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה...

שומר חינם המעביר את הבהמות על הגשר, ודחפה אחת חבירתה ונפלה לנהר - פטור, שהרי הוא שמר שמירה פחותה. רק שומר שכר חייב, כיוון שלא שמר שמירה מעולה. מוכח, ששמירה כפי הנורמה המקובלת ("נטר כדנטרי אינשי"), מוגדרת כשמירה פחותה, למרות שאינה מונעת את הנזק.

לפי זה, דברי הרמב"ם ברורים. הרמב"ם הפוסק, שכאשר שומר חינם שמר שמירה פחותה - השומר פטור והבעלים חייבים, עוסק בשומר ההולך עם השור ברחוב כדרך השומרים. השומר פטור, שהרי הוא ביצע את רמת השמירה בה הוא מחויב. אבל הבעלים חייבים, כיוון שממונם הזיק. אמנם, ודאי שאם השומר נעל את השור ברפת, אין מקרה שהשומר פטור והבעלים חייבים. כיוון שאם הוא שמר כראוי - אף הבעלים פטורים, ואם הוא לא שמר כראוי - אף הוא חייב.

הסבר דברי הרמב"ם שופך אור על חקירת האחרונים בגדרי חיוב 'ממונד שהזיק'. כיוון שיודעים אנו שיש שני סוגי שמירה: שמירה המונעת נזק, ושמירה כפי הנורמה המקובלת ("נטר כדנטרי אינשי"), ניתן להסביר, שאין הכי נמי, במניעת הנזק אין הבדל בין 'ממונד שהזיק' לבין 'פשעה בשמירה'. כיוון שהבעלים מנעו את הנזק על ידי נעילת הבהמה כראוי, התורה פטרה אותם מאחריות לנזק. אבל ב"נטר כדנטרי אינשי" יש הבדל ברור בין שתי ההבנות הללו. לפי ההבנה שחיוב נזקי ממון הוא בגלל 'פשעה בשמירה', בכל מקרה שאין בו פשעה בשמירה, בין במקרה שהבעלים מנעו את הנזק, ובין במקרה שאין חשש לנזק -

הבעלים פטורים. אבל לפי ההבנה שחיוב נזקי ממון הוא מפני שממונד הזיק, מניעת הנזק פוטרת, אבל אי חשש לנזק אינו פוטר. ניתן לחדד את ההסבר ולומר, שמשמעות המושג 'פשיעה בשמירה' היא, שחיוב הבעלים הוא אך ורק מפני שלא פעלו על פי הכללים וההנחיות של שמירת בעלי חיים, אבל כשהם פועלים על פי ההנחיות הם פטורים מכל תשלום. לעומת זאת, משמעות המושג 'ממונד שהזיק' הוא, שיש לבעלים אחריות על ממונם, ואחריות זו מחייבת אותם, למרות שהם פעלו על פי כל ההנחיות והנהלים. אכן, גם האחריות של אדם על ממונו מוגבלת, וכשהוא שמר כראוי ונעל בדלת היכולה לעמוד מפני רוח מצויה הוא פטור. אך כשהוא לא מנע את היכולת להזיק על ידי קשירה ונעילה, אלא שמר שמירה פחותה "כדנטרי אינשי", במקרה כזה הוא מתחייב על נזקי הבהמה.

ד. גדרי החיוב בהגדרת 'קרן' ו'רגל'

ההסבר הנ"ל לחקירת האחרונים, האם אחזקת בעלי חיים על פי הכללים והנהלים, פוטרת את הבעלים מכל אחריות (פשיעה בשמירה), או שמא יש עליהם חיוב אף כשפעלו על פי הנהלים (ממונד שהזיק), בא לידי ביטוי בהגדרת רגל וקרן. בסוגיות בריש מכילתין, מגדירה הגמרא רגל כ"הזיקו מצוי" וקרן כ"כוונתו להזיק", ואילו בסוגיות בהמשך המסכת (טו, ב "האי כלבא דאכל אימרי"; טז, א "אבל פכין קטנים אורחיה הוא"; וכו') מובאת הגדרה שונה: "אורחיה" ו"משונה". המקום המרכזי שבו הפרובלמטיות של הגדרת רגל וקרן באה לידי ביטוי, הוא בספקות הגמרא בדף יט, ב:

יתבי רבי יהודה נשיאה ורבי אושעיא אקילעא דרבי יהודה, נפק מילתא מבינייהו: כשכשה בזנבה מהו? א"ל אידך: וכי יאחזנה בזנבה וילך?! אי הכי, קרן נמי נימא 'וכי יאחזנה בקרן וילך'! הכי השתא - קרן לאו אורחיה, הא אורחיה. וכי מאחר דאורחיה, מאי מבעי ליה? כשכוש יתירא מבעיא ליה. בעי רב עינא: כשכשה באמתה מהו? מי אמרינן מידי דהוה אקרן, קרן לאו יצרא קתקיף ליה, הכא נמי לא שנא, או דלמא, קרן כוונתו להזיק, הא אין כוונתה להזיק? - תיקו.

בספק הראשון של הגמרא, החילוק בין קרן לבין רגל הוא, שרגל היא 'אורחיה' וקרן היא 'לאו אורחיה', ואילו בספק השני של הגמרא, קרן 'כוונתו להזיק', ורגל 'אין כוונתו להזיק'. הראשונים נחלקו בהסבר הגמרא. הרא"ש (פ"ב, סימן ב) מבין, שהמגדיר של קרן ורגל הוא 'אורחיה' ו'לאו אורחיה'. לפי זה, הבעיה הראשונה של הגמרא מתבארת כפשוטה. את הבעיה השנייה מסביר הרא"ש:

כשכשה באמתה מהו? מיבעיא ליה אי חשיב שינוי, דלאו אורחיה בכך, אלא לפעמים כשיצרו תוקפו, או דלמא, כיון דאין כוונתו להזיק, לא דמי לקרן, הלכך הוי כרגל, דכיון דאין כוונתו להזיק, א"כ למה תעשה כשכוש זה? אלא, דאורחיה בכך.

הרא"ש מבין, שהגדרות קרן ורגל, נקבעות אך ורק על פי טבעיות הפעולה ('אורחיה' ומשונה). ספק הגמרא האם "יצרא קתקיף" מוגדר כקרן או כרגל, מהווה רק אמת מבחן לבחון איזו פעולה טבעית לבהמה (כשיטה זו סוברים גם תוספות טז, א ד"ה והנחש). הנמוקי יוסף (ז, א בדפי הרי"ף ד"ה כיצד), וביתר ביאור התוספות רבינו פרץ (יט, א ד"ה קרן) והר"י ישעיה (בשיטה מקובצת שם ד"ה או דילמא), מפרשים שיש שני מגדירים לקרן: כוונתו להזיק ומשונה. כשכוונתו להזיק הוי קרן, אף שהנזק הוא אורחיה (ומשלם נזק שלם כקרן מועדת), וכשהנזק הוא משונה הוי קרן, אף שאין כוונתו להזיק. הגדרת רגל היא בהתאם, רק במקום שהוי גם אורחיה וגם אין כוונתו להזיק. לפי הבנה זו, הבעיות של הגמרא מתפרשות כפשוטן. בבעיה הראשונה, הגמרא יודעת שאין בכשכוש בזנב כוונה להזיק, ולכן ספק הגמרא הוא אך ורק, אם הכשכוש הוא משונה או אורחיה. בבעיה השנייה הגמרא יודעת שכשכוש באמה הוא אורחיה, ולכן ספק הגמרא הוא, האם יצרה תוקפה מוגדר ככוונה להזיק. הנפקא מינה בין שתי השיטות היא בנזק אורחיה שיש בו כוונה להזיק. לפי הרא"ש הוא מהווה רגל, ולפי התוספות רבינו פרץ ור"י ישעיה הוא מהווה קרן. נפקא מינה למעשה היא, בדיון כשכשה באמתה ברשות היחיד. לפי הרא"ש - משלם רק חצי נזק מספק, שמא הוא קרן (תמה), ולפי השיטה השנייה - משלם נזק שלם, שממה נפשך חייב נזק שלם, או מדין רגל או מדין קרן מועדת.

המושג 'קרן אורחיה', הוא מושג הדורש ביאור. הגמרא הקשתה על האפשרות לחייב על כשכשה בזנבה: "וכי יאחזנה בזנבה וילך?!", זאת אומרת, שהבעלים פטורים מנזק אורחיה הנעשה ברשות הרבים, כיוון שהם אינם מחויבים בשמירתו, שאין אדם מחויב לאחוז את זנב בהמתו ברשות הרבים. אם כן, צריך עיון, מדוע אדם מחויב על כשכוש באמתה? והרי הוי אורחיה, "וכי יאחזנה באמתה וילך?".

התשובה ההכרחית היא, שלמרות שאין הוא מחויב לאחוז באמתה ולילך, אם הזיקה הוא חייב לשלם את הנזק, כיוון ש'ממונו הזיק', ואחריותו של אדם על ממונו היא אף במקום שהוא אינו מחויב בשמירה.

על פי זה, ניתן לומר, שמחלוקת הראשונים בהגדרת רגל וקרן, תלויה בחקירת יסוד חיוב נזקי ממון. אם אנו סוברים שהחיוב הוא על פשיעה בשמירה, חייבים אנו לומר, שבכל מקום שהבעלים לא פשעו, אלא פעלו לפי ההוראות - הם פטורים. אם כן, חייבים אנו לומר, שכל מקרה של 'אורחיה' פטורים עליו ברשות הרבים, והמסקנה ההכרחית היא שכל

'אורחיה' מהווה רגל, הפטור ברשות הרבים. אם אנו סוברים, שהחיוב הוא על 'ממונד שהזיק', ניתן לומר, שיש 'אורחיה' שחייבים עליו ברשות הרבים, ואפשר לומר, שיש קרן אורחיה שחייב עליה נזק שלם.