

כוונה להזיק ומשונה

ראשי פרקים

- א. הקדמה
- ב. במשנה
- ג. במכילתא
- ד. בגמרא
- ה. שיטות הראשונים
 1. שיטת הרא"ש
 2. שיטת רש"י
 3. שיטת התוס'
 4. שיטת המאירי
- ו. כוונה להזיק כגורם עצם החיוב, ועצם החיוב בניזקין

א. הקדמה

במאמר זה נתמודד עם מספר שאלות עקרוניות בעניין האב קרן:

1. מהו גדר הכוונה להזיק - האם מדובר במזיד, באשמה של הבהמה, או שמדובר במעשה מכוון מצד "האישיות", הנפש הבהמית, של הבהמה. היא אמנם מכוונת לעשות מעשה, ואין זה אינסטינקט בסיסי שלה, אולם אי אפשר לומר כפי האפשרות הראשונה, כיוון שעד כדי כך אין תודעתה מגעת.

2. מהו היחס בין כוונה להזיק ובין משונה?

3. מהו היחס בין שני הני"ל, הגורמים לחיוב חצי נזק, ובין קרן?

וביתר פירוט:

מסתבר על פי הגמרא בדף ב ע"ב שנביא לקמן, שכוונה להזיק היא גדר ייחודי בקרן, אם כן:

א. האם גם משונה הוא גדר בקרן?

ב. משונה ועוד מקרים, בהם ישנו חיוב של חצי נזק, האם הם תולדות של האב קרן, או שמשתייכים הם לאבות אחרים?

4. מהו תפקידה ועניינה של הכוונה להזיק - האם היא סיבה, היוצרת את החיוב בקרן, או שהחיוב בקרן נובע מסיבה אחרת, והכוונה להזיק היא רק מאפיין, המשייך לאב זה.

שאלה זו קשורה כמובן לשאלה הכללית בדבר היחס שבין האבות ובין עצם החיוב בניזקין: אם עצם החיוב נובע מהשייכות לאבות, הרי שהכוונה להזיק היא סיבת החיוב. אולם, אם החיוב נובע מהכלל - "הצד השווה שבהן שדרך להזיק ושמירתן עליך", הרי שהכוונה להזיק רק משייכת את המקרה לאב קרן, ומצביעה על המאפיינים ההלכתיים שלו, כגון חיוב ברשות הרבים או תשלום חצי נזק.

ב. במשנה

במקורות אלו נדון בהגדרת קרן, וביחס שבין עניין התמות והמועדות ובין קרן, כלומר: נדון בשאלה האם תמות ומועדות היא חלוקה בכלל הניזקין, או שיש לחלוקה זו נגיעה דווקא לקרן.

המושג קרן מופיע במשנה רק כבדרך אגב. לא בעצם הגדרת האב, אלא בדיון בין רבי טרפון לחכמים בפ"ב מ"ה, בענין חיוב נזקי קרן ברשות היחיד.

המשנה עוסקת בעצם הגדרת האבות :

חמשה תמין וחמשה מועדין;

הבהמה אינה מועדת לא לינה ולא ליגוף ולא לישוך ולא לרכוץ ולא לבעוט.
השן מועדת לאכול את הראוי לה. הרגל מועדת לשכר בדרך הילוכה. ושור המועד. ושור המזיק כרשות הניזק. והאדם.

הזאב והארי והדב והנמר והכרדלם והנחש - הרי אלו מועדין. רבי אליעזר אומר: בזמן שהן בני תרבות אינן מועדין, והנחש מועד לעולם.
מה בין תם למועד? אלא שהתם משלם חצי נזק מגופו, והמועד משלם נזק שלם מן העלייה.
(בבא קמא פ"א מ"ד)

כיצד הרגל מועדת לשכר בדרך הילוכה?
הבהמה מועדת להלך כדרכה ולשכר.

היתה מבעטת, או שהיו צרות מנתזין מתחת רגליה ושברה את הכלים - משלם חצי נזק...
כיצד השן מועדת לאכול את הראוי לה?

הבהמה מועדת לאכול פירות וירקות.
אכלה כסות או כלים - משלם חצי נזק.

כמה דברים אמורים? ברשות הניזק, אבל ברשות הרבים - פמור, ואם נהנית - משלם מה שנהנית...
(בבא קמא פ"ב מ"א-ב)

בפ"א מ"ד המשנה מונה חמשה תמין וחמשה מועדין. כאשר מתייחסת היא לנזקים, שבגמרא מכונים הם קרן ותולדותיה, מכנים אותם בהמה: "**הבהמה** אינה מועדת לא ליגוף...". שן ורגל לעומת זאת מכונים בשם: "**השן** מועדת... **הרגל** מועדת...". הטרמינולוגיה כאן אינה ברורה, שכן גם שן ורגל הינם נזקי בהמה. ניתן לבאר עניין זה בשתי צורות, אשר אינן סותרות זו את זו:

א. המשנה כאן, העוסקת ב"הנהלת חשבונות", מניין וכלילת כללים, הינה אוסף של משניות קדומות מבתי מדרש שונים, אשר הטרמינולוגיה בכל אחד מהם היתה שונה, ואשר לוקטו בלשון המקורית לתוך משנתנו.

ב. יש להבדיל בין ההגדרה של קרן - בהמה, ובין שן ורגל. לבהמה ישנן שתי בחינות. קרן היא בחינת הנפש הבהמית, הבהמה שבהמה, ואילו שן ורגל הינם נזקים, שאינם נובעים מעצם "אישיותה" של הבהמה, אלא מאיברים פרטיים ומפעילות מסוג ספציפי.

במשניות הבאות מובאים מקרים נוספים בהם משלם חצי נזק. מקרים אלו אינם כלולים בחמשה התמין שנמנו במשנה הקודמת - חמשה ולא יותר. בפ"א מ"ד משמע בפשטות, שחצי נזק הינו דין בקרן, או ליתר דיוק - תמות הינה מציאות של קרן, ואילו בפ"ב מ"א-ב משמע שיש גם חצי נזק בשן ורגל.

נראה אם כן, שישנם שני סוגים של תשלום חצי נזק - חצי נזק מדין תם וחצי נזק מדין "שאיין דרכו", כלומר: דין משונה. ייתכן, שאע"פ שהתשלום שווה בשניהם, מדובר בעניינים נפרדים: משונה אינו תם, וכפי שראינו, שאינו נכלל בחמשה תמין, ותם אינו משונה, אע"פ שאינו עושה זאת תדיר.

החידוש בכך הוא, שישנם שני דינים נפרדים של חצי נזק, בעוד שבתורה מצינו דין חצי נזק בשור תם שנגח בלבד, ואם כן, מן הראוי למצוא מקור לעניין. נראה לומר, שישנה כאן הפשטה והרחבה של חצי נזק של קרן, כלומר: הבינו חז"ל, שהמקרה של שור תם שנגח מלמד על כל מקרה של נזק חריג, שמשלם חצי נזק.

בפ"א מ"ד המשנה אומרת: "מה בין תם למועד, אלא שהתם משלם חצי נזק מגופו והמועד משלם נזק שלם מן העלייה". אין התייחסות בעניין זה לגבי הסוג השני של תשלום חצי נזק, לגבי משונה, וכמו כן אין התייחסות לעניין העדאה. נראה, שלעניין העדאה כלול משונה בכלל שן ורגל, ואינו נעשה מועד. אולם לעניין מגופו או מן העלייה נראה, שמשונה משלם מגופו, שהרי משונה הוא מקרה יותר חריג מתם, ולכן סביר יותר שגם בו תהיה הקלה זו, וכמו כן, קשה לחדש, שישנם שני תשלומי חצי נזק, שמהותו של אחד מהם אינה כתובה בתורה.

בעניין פטור ברשות הרבים לגבי משונה נראה, שהמשנה, כשנוקטת היא: "במה דברים אמורים? ברשות הניזק, אבל ברשות הרבים - פטור", מתייחסת בכך לא רק לשן ורגל אלא אף לשן ורגל משונים.

ג. במכילתא

"וכי יגוף" – אין לי אלא נגיפה. מנין לעשות נגיחה, נשיכה, רביצה ובעיטה כיוצא בנגיפה?... תלמוד לומר: "ומת" – לעשות נגיחה, נשיכה, רביצה ובעיטה כיוצא בנגיחה.
(מכילתא דרשב"י משפטים כ"א, לה)

"וכי יגוף" – בכלל נגיפה – נגיחה, דחייה, רביצה, בעיטה, נשיכה, דברי רבי יאשיה. אבא חנן אומר משום רבי אליעזר: בכלל נגיפה – נגיחה, דחייה, רביצה, בעיטה. נשיכה מנין? תלמוד לומר: "ולא ישמרו בעליו", והרי דברים קל וחומר: אם כששמרו ויצא והזיק חייב, לא כל שכן עד שלא ישמרו בעליו? ומה תלמוד לומר "ולא ישמרו" – הוסיף לו הכתוב עוד שמירה אחרת, ואי זו? זו נשיכה.
(מכילתא דר"י ט"ז דנויקין משפטים פרשה י"ב ד"ה וכו' יגוף)

ישנו הבדל בין התייחסותה של המכילתא דרשב"י ובין המכילתא דר"י לגבי אופן הלימוד מהתורה. במכילתא דרשב"י מובן, שנגיפה הינה פרט, ויש ללמוד גם את שאר המקרים – נגיחה, נשיכה, רביצה ובעיטה, ע"י לימוד: "לעשות נגיחה, נשיכה, רביצה ובעיטה כיוצא בנגיפה", ואילו במכילתא דר"י מובן, שהמושג נגיחה כולל מעצם מהותו את כל המקרים הדומים אליו: "בכלל נגיפה" – נגיחה, דחייה, רביצה, בעיטה...".

"ושלח את בעירה" – אין לי אלא שן לאכול את הראוי לה ולרגל לשבר כדרך הילוכה. מנין לשן לאכול את שאין ראוי לה ולרגל לשבר שלא כדרך הילוכה? תלמוד לומר: "ובער בשדה אחר" – לרבות דברים אחרים. יכול על הכל משלם נזק שלם? ודין הוא: והלא שור שהזיק את חברו בכלל היה, ולמה יצא? להקיש אליו – מה שור מיוחד, שהזיק כדרכו בשאין ראוי לו – בתם משלם חצי נזק ובמועד נזק שלם, כך כל דבר שהזיק כדרכו בשאין ראוי לו – בתם משלם חצי נזק ובמועד נזק שלם.
(מכילתא דרשב"י כ"ב, ד)

מדברי המכילתא משמע, שאין שני סוגי תשלום חצי נזק – אף השור התם שנגח נחשב שנגח מה שאין ראוי לו, ולפיכך נוצרת ההשוואה בין תם ובין משונה.

אולם, ייתכן עדיין שישנו הבדל בעניין אחד, והוא התשלום ברשות הרבים, שכן לפי מכילתא זו, שן שאכלה את שאין ראוי לה ורגל ששברה שלא בדרך הילוכה נלמדים מהפסוק: "ובער בשדה אחר" – לרבות דברים אחרים", אותו פסוק המלמד על פטור שן ורגל ברשות הרבים, ולפיכך ייתכן, שאף הם פטורים ברשות הרבים.

ד. בגמרא

תנו רבנן: ג' אבות נאמרו בשור – הקרן, והשן והרגל. קרן מנלן? דתנו רבנן: "כי יגח" – אין נגיחה אלא בקרן, שנאמר: "זיעש לו צדקיה בן כנענה קרני ברזל ויאמר כה אמר ה' כאלה תנגח את ארם ונגו" ואומר: "בכור שורו חדר לו וקרני ראם קרניו בהם עמים ינגח..."

תולדה דקרן מאי היא? נגיפה, נשיכה, רביצה ובעיטה.

מאי שנא נגיחה דקרי לה אב, דכתיב: "כי יגח", נגיפה נמי, כתיב: "כי יגוף"? האי נגיפה נגיחה היא, דתניא: פתח בנגיחה וסיים בנגיפה, לומר לך: זו היא נגיפה זו היא נגיחה...

נשיכה תולדה דשן היא! לא, שן יש הנאה להזיקה, הא אין הנאה להזיקה.

רביצה ובעיטה תולדה דרגל היא! לא, רגל הזיקה מצוי, הני אין הזיקה מצוי.

אלא תולדותיהן כיוצא בהן, דקאמר רב פפא, אהייא?

אילימא אהני – מאי שנא קרן, דכוונתו להזיק וממונך ושמירתו עליך, הני נמי כוונתן להזיק וממונך ושמירתן עליך?!

(בבא קמא ב ע"כ)

שתי נקודות יש לציין בעניין גמרא זו:

1. הגמרא אומרת, שתולדת הקרן, נשיכה, אין הנאה להזיקה, ושרביצה ובעיטה, אף הן תולדות הקרן, אין הזיקה מצוי. נראה בפשטות, שאין אלו הגדרות אקטיביות בקרן, אלא תכונות, המבדילות ומונעות שיוך לשן ורגל.

2. הגמרא, המחפשת אחר תולדות, שאינן כיוצא באבות שלהן, מביאה כאן אבות ותולדותיהן. בקרן מביאה היא ארבע תולדות בלבד – נגיפה, נשיכה, רביצה ובעיטה, והמכנה המשותף להן הוא,

גולות ו

שכוונתן להזיק. אם נאמר, שמשונה ועוד מקרים, בהם חייב חצי נזק, הם תולדות הקרן, יש לשאול, מדוע לא הביאה הגמרא כאן אותן.

מכאן ואילך נביא ראיות לכך, שמשונה שייך לקרן:

בדף ד ע"א מופיע, שאין דרך השור להזיק, היינו שקרן משונה היא מציאותית:

הצד השווה שבהן שדרכן להזיק ושמירתן עליך – וכי שור דרכו להזיק? במועד. ומועד דרכו להזיק? כיוון דאייעד אורחיה הוא.

בדף טו ע"א וע"ב הגמרא דנה בפלגא נזקא:

איתמר: פלגא נזקא – רב פפא אמר: ממונא, רב הונא בריה דרב יהושע אמר: קנסא. רב פפא אמר: ממונא, קסבר: סתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימי, ובדין הוא דלישלם כוליה, ורחמנא הוא דחם עליה, דאכתי לא אייעד תוריה.

רב הונא בריה דרב יהושע אמר: קנסא, קסבר: סתם שוורים בחזקת שימור קיימי, ובדין הוא דלא לשלם כלל, ורחמנא הוא דקנסיה, כי היכי דלינטריה לתוריה...

...והשתא דאמרת פלגא נזקא קנסא, האי כלבא דאכיל אימרי ושונרא דאכיל תרנגולא – משונה הוא, ולא מגבינן ליה בבבל...

הגמרא מקשרת כאן בין תשלום חצי נזק של שור תם שנגח ובין תשלום חצי נזק של כלב שאכל כבשים וחתול שאכל תרנגולים, היינו מקשרת בין משונה ובין קרן, שראינו, שכוונתו להזיק.

ויותר מכך, אם נדקדק בדברי הגמרא כאן, נבין, שישנו מושג משפטי הנקרא: "משונה", ומושג זה הוא הגדרתו של האב קרן: "והשתא דאמרת פלגא נזקא קנסא, האי כלבא דאכיל אימרי ושונרא דאכיל תרנגולא משונה הוא, ולא מגבינן ליה בבבל..." - לאחר שנקבעה ההלכה כמאן דאמר פלגא נזקא קנסא, הרי שכלב שאכל כבשים וחתול שאכל תרנגול נכנס לגדר "משונה", ולכן לא גובים נזק זה בבבל. ה"משונה" כאן הוא תוצר של פלגא נזקא קנסא, ואי הגביה בבבל הוא תוצר של ה"משונה". מהו ה"משונה", מהו מושג משפטי זה? נראה, שמושג משפטי זה הוא האב קרן. וכיוון שנקבעה ההלכה כמאן דאמר פלגא נזקא קנסא, הרי שכלב שאכל כבשים מוגדר כקרן, ולכן דינו בחצי נזק, שהוא, כפי שנקבע למסקנת הגמרא, קנס, ולכן: "לא מגבינן ליה בבבל". אולם, למאן דאמר פלגא נזקא ממונא, כלב שאכל כבשים אינו נכנס לגדר "משונה", אינו נכנס לגדר קרן, ולכן פטור.

מושג זה מוצאים אנו גם כן במחלוקת רבי טרפון וחכמים:

...רבי טרפון היא, דאמר: משונה קרן בחצר הניזק נזק שלם הוא דמשלם... אתאן לרבנן, דאמרי:

משונה קרן בחצר הניזק חצי נזק הוא דמשלם...

(יד ע"א וכן מו ע"ב.)

ישנו כאן ביטוי - "משונה קרן", ה"משונה" כאן הוא חלק מהאב קרן, הגדרה שלו.

ויותר מכך, לפי הגירסה, הנוקטת רק את המלה "משונה" ומשמיטה את המלה "קרן", המלה "משונה" היא היא האב קרן.

אולם, ישנה גירסה שלישית¹, הנוקטת ברבי טרפון "משונה קרן" ובחכמים משמיטה היא את המלה "משונה", ולפי גירסה זו אין המלה "משונה" חלק מהגדרת האב קרן, אלא "משונה קרן" היינו שלפי רבי טרפון שונה דין הקרן ברשות הניזק מדין הקרן ברשות הרבים.

כמו כן, מצינו בגמרא בדף טז ע"ב שיוך משונה לקרן:

...כי תני מתניתא בארי תרבות, ואליבא דר' אלעזר דאמר לאו אורחיה. אי הכי חצי נזק בעי

לשלומו? דאייעד. אי הכי מאי האי דקתני לה גבי תולדה דשן, גבי תולדה דקרן בעי למיתנייה?

יש להוסיף לכך את מהלך הגמרא הכללי:

כל מהלך הגמרא מעיד על כך, שהנזיקין שחייבים עליהם, הינם או אבות או תולדות, וכל תולדה צריכה להשתייך לאחד מהאבות. השיוך מתבצע ע"י מהות הפעולה, ולכן, תמיד יהיה לתולדה את אותם הדינים שיש לאב אליו שייכנו אותה. הדבר היחיד שנמצא בגמרא שדין התולדה אינו כדין האב

1. לכל הגירסאות עיני שינויי נוסחאות להרב פרנקל.

כוונה להזיק ומשונה

שלה הוא צרורות, וגם בצרורות אמרנו, שעקרונית דינה היה צריך להיות כדין האב שלה, אולם "הלכתא גמירי לה" לחצי נזק. ולא רק כאן הגמרא עושה זאת, אלא אף בהמשך, ולדוגמה, בדף ו ע"א:

הצד השווה שבהן – לאתווי מאי?

אמר אבוי: לאתווי אבנו סכיננו ומשאוי שהניחן בראש גגו ונפלו כרוח מצויה והזיקו.

היכי דמי?

אי כהדי דקא אזלי קמוקי – היינו אש, מאי שנא אש? דכה אחר מעורב בו וממונך ושמירתו עליך?

הני נמי כח אחר מעורב בהן וממונך ושמירתו עליך:

ואלא בתר דנייחי. אי דאפקרינהו – בין לרב בין לשמואל היינו בור... אלא דלא אפקרינהו, אי לשמואל דאמר כולם מבורו למדנו היינו בור, אי לרב דאמר כולם משורו למדנו היינו שור.

לעולם דאפקרינהו ולא דמו לבור. מה לבור שכן אין כח אחר מעורב בו תאמר כהני שכה אחר מעורב בהן. אש תוכיה. מה לאש שכן דרכו לילך ולהזיק. בור תוכיה וחזר הדין...

וראים אנו, ששאפתה של הגמרא היא לשייך כל מקרה לאב מסויים, ורק מקרה בודד, שאינו דומה בצורה מוחלטת לאב מסויים, נלמד ע"י הצד השווה לחיוב, ויותר מכך, אם נאמר, שגם מקרה בודד זה אינו נלמד ע"י הצד השווה לחיוב מחוץ למערכת של האבות, אלא שהצד השווה רק פותר בעיה של שיוך מקרה לאב מסויים, ועוזר לנו לשייך אותו אל אותו האב, וכמו שנראה לקמן.

אם כן, כל מקרה ומקרה שדינו חצי נזק חייב להשתייך לאב קרן, שרק בו מצאנו דין חצי נזק. ולפיכך, משונה - קרן הוא.

וכיוון שכן, דינו כקרן לעניין חצי נזק מגופו, העדאה וחיוב ברשות הרבים. על האחרון ישנה התייחסות מפורשת בגמרא:

...אהייא? אמר רב: אכולהו, מאי טעמא? כל המשנה, ובא אחר ושינה בו – פטור. ושמואל אמר: לא

שנו אלא פירות וירקות, אבל כסות וכלים חייבת...

(כ ע"א)

גם לשיטת רב, ש"אכלה כסות או כלים" פטור ברשות הרבים, כל דבר שהוא תולדת קרן חייב ברשות הרבים, אולם ב"אכלה כסות או כלים", כיוון ש"כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור" - הדין שונה.

מכל האמור לעיל מובן מצד אחד, שהכוונה להזיק היא גדר בקרן, ומצד שני, שמשונה הוא גדר בקרן. מה אם כן היחס בין הדברים?

ה. שיטות הראשונים

1. שיטת הרא"ש

...הלכך כל דבר משונה אע"פ שיש הנאה להזיק נפק לה מתורת שן והוי קרן...

(רא"ש פ"א ס"ב)

כאן הרא"ש אומר, שמשונה הוא דין בקרן דווקא. כמו כן משמע מדבריו, שהכוונה להזיק אינה סיבת החיוב, אלא סימן, המעיד על כך שזה משונה ולא אורחיה. נראה אם כן, שהגדר המהותי לדעת הרא"ש הוא גדר אורחיה ומשונה.

בפ"ב ס"ב ד"ה כשכשה באמתה כתב:

כשכשה באמתה מה? 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, ועלתה כתיקו...

שתי נקודות רואים אנו כאן:

א. שינוי מגדיר מקרה כקרן.

ב. בעניין כשכשה באמתה מסתפק הרא"ש האם נחשב שינוי, או שמא כיוון שאין כוונתה להזיק סימן שדרכה בכך, שאם לא כן למה תעשה שינוי זה. משמע, שאם יש שינוי סימן שכוונתה להזיק, והכוונה להזיק היא הטעם הבלעדי לכך שעשתה מעשה משונה.

מכל האמור לעיל משמע, שהכוונה להזיק לדעת הרא"ש אינה הגדרת האב או סיבת החיוב. הכוונה להזיק היא הסיבה לכך שעשה מעשה משונה. נראה, שהכוונה להזיק לפיו אינה גדר של מזיד, אלא כמו שנאמר בדברי המאירי, שהבהמה מודעת ומכוונת לעשות מעשה חריג שאינו מדרך טבעה.

2. שיטת רש"י

רש"י סותר את עצמו לכאורה בכמה מקומות :

בדף ב ע"ב משמע בפשטות שכוונה להזיק זהו גדר מעין מזיד, כפי שאבאר בד"ה רביצה : "...כדי לשברן", וגדר זה הוא סיבת החיוב, וכמו שכתב בד"ה מאי שניא : "מאי שניא קרן - דמחייב".

בדף י ע"א בעניין דש בנירו :

שאם דש השור בנירו ונתכוין לכך, שהרי השוורין מלומדין בדישה, תולדה דקרן היא, שכוונתה להזיק...

רש"י מדגיש, שכוונת השור להזיק ולכן זו תולדת קרן. הדגשה זו איננה הכרחית, שהרי היה יכול להסביר ששור שהולך ודוחק ודש ניר הוא ענין משונה, ולא היה צריך להיכנס לעניין כוונותיו של השור. לכן משמע בפשטות שהיה חשוב לו להדגיש כאן את הכוונה להזיק, ולא הסתפק בעניין משונה.

שונרא דאכיל תמרי - אורחיה למיכלינהו ע"י הדחק, אבל אכלה כסות או כלים אפילו ע"י הדחק לאו אורחיה למיכלינהו, אלא מתכוין להזיק.
(דף יט ע"ב ד"ה שונרא דאכיל תמרי)

לעומת זאת יש מספר מקומות בהם משתמע, ששיטתו היא, שקרן עניינה משונה בלבד, ואין צריך לעניין הכוונה להזיק :

משונה קרן בחצר הניזק נ"ש משלם - קרן תמה וכל תולדותיה קרי משונה, הואיל ושינוי את וסתן, שלא היה דרכן לכך.

(דף יד ע"א ד"ה משונה קרן)

...ואע"ג דקרן משונה הוא...

(דף יט ע"א בא"ד והזיקה כרד"ד)

משונה הוא - ואין דרכו בכך, וכל נזק משונה בבהמה הוי תולדה דקרן תמה, שאף היא משונה, שאין דרכה בכך.

(כתובות טא ע"ב ד"ה משונה הוא)

בעניין כלבא דאכיל אימרי לא מזכיר כוונה להזיק :

משונה הוא - דאין דרכן בכך, והוי תולדה דקרן לשלם חצי נזק.

(דף טו ע"ב ד"ה משונה הוא)

במשנה בעניין אכלה כסות או כלים :

משלמת ח"נ - דמשונה הוא.

(דף יט ע"ב ד"ה משלמת ח"נ)

בדף כג ע"א בעניין כלב שנטל חררה :

זאת אומרת - מדחייב לבעל כלב אחררה נזק שלם, אלמא לאו שינוי הוא זה שחתר את הדלת. דסתם דלתות חתורות הן אצל הכלב - ולא תיטא משונה הוא ופלגא נוקא משלם.

משמע שפריצת דלתות לצורך אכילת חררה היא דבר משונה וחייב בחצי נזק, ודוחק לומר שכוונתו להזיק אותו.

וכמו כן :

...וה"נ דחוא ירוקא ונפל תולדה דשן היא, דמתכוין להנאתו. וא"ת משונה הוא ואין זו שן, כיון

דאייעד ליה - אורחא הוא...

(דף מה ע"ב בא"ד דחוא ירוקא)

וקשה מאד לומר, שיש כאן כוונה להזיק.

הצעת פתרון א:

על פי רש"י בדף יט ע"ב משמע, שאכילה דלאו אורחיהו היא כוונה להזיק. משמע לכאורה מכאן, שהלאו אורחיהו, שבפשטות מזהה עם משונה, מוביל לכיוון של הכוונה להזיק. הכוונה להזיק היא המחייבת והמשונה הוא המאפיין, המצביע על כך שאין זה מעשה טבעי ונובע מכוונת הבהמה להזיק. גם אם פתרון זה קולע לפשטות רש"י בדף יט ע"ב, הרי הוא דחוק בעניין כלב שנטל חררה וחתר דלתות. אולי ניתן לומר שם, שאין זו דרכו של הכלב כאשר כוונתו לאכול גם בשעת רעבון, ואם חתר - סימן שכוונתו להזיק. בעניין רש"י בדף מח ע"ב ניתן לתרץ רק בדוחק גדול.

הצעת פתרון ב:

סיפור השור שנגח בתורה כולל שני מרכיבים א: חריגות - תמות. ב: כוונה להזיק. אם ננתח את פשט התורה לאשורו, נבחין, כי הכוונה להזיק הינה החומרא, והחריגות הינה הקולא, שבגללה משלמים רק חצי נזק. נראה, שקרן הקלאסית אכן הינה כוונתו להזיק, אולם ישנה תולדה מסיפור הקרן: מקרה של משונה, שמוריד את החיוב בשן או ברגל לחצי. התולדה הזאת כלולה בקרן, למרות שאין לה את מרכיב החיוב של קרן, אלא רק את מרכיבי הפטור.

עניין זה מיקל על הבנת רש"י בדף כג ע"א ובדף מח ע"ב אך קצת דחוק בדף יט ע"ב. בעניין זה צריך לומר, שדווקא כאשר האכילה ממש לא אורחיהו כמו כשאכלה כסות או כלים, הרי שנתגלה שכוונתו להזיק.

לפי זה יש לעיין עיון נוסף: מהו מרכיב השיוך לאב זה או אחר. יש לשאול כיצד ניתן לשייך נזק לקרן, למרות שחסר בה מרכיב, ומה גרם לרש"י ללמוד כך ולא ללמוד שדין משונה הינו דין ששייך בכל האבות ולאו דווקא בקרן. כמו כן צ"ע כיצד מוגדר דבר כקרן, וכאשר נעשה מועד הופך הוא להיות שן או רגל.

ברור, שלפי רש"י האבות אינן עצם המקור לחיוב בתשלום, שהרי מחייבים הם גם על דברים שאינם ממש האבות, כגון משונה. האבות הינם צורה קבועה וידועה, אשר עלינו לשכך כל נזק במסגרת של אב - שם המזיק. זה על פי היסוד ששם המזיק מחייב משום שהוא תופעה ציבורית בעייתית, ואכמ"ל.

הצעה לפתרון ג:

לפי רש"י ישנן שתי בחינות בקרן - כוונה להזיק ומשונה, וכל אחת מהן עומדת בפני עצמה, שהרי דווקא בנריחה, נגיפה, נשיכה, רביצה ובעיטה, וכן באכלה כסות או כלים מזכיר הוא את הכוונה להזיק, ובשאר העניינים אין הוא מזכיר כלל כוונה להזיק אלא משונה, ואף ראינו, שישנו מקרה משונה, שלא שייך לומר בו כוונה להזיק, ובכל אופן ראינו שמשונה תולדת קרן הוא. מצד שני ראינו, שרש"י מכליל את קרן תמה וכל תולדותיה בכלל משונה, ואם כן, לאן נעלמה כאן הכוונה להזיק?

נראה, שההבדל בין התולדות שהגמרא בדף ב ע"ב מביאה: נגיפה, נשיכה, רביצה ובעיטה וכן אכלה כסות או כלים, ובין משונה, שגם הוא תולדת קרן, נובע מכך שהראשונות יהיו תולדות קרן גם בהעדאתן, הם תם ומועד בקרן. לעומת זאת, משונה בתם קרן הוא ובמועד שן הוא. היינו שמשונה אמנם דינו חצי נזק כקרן, ותולדת קרן הוא, אולם כאשר מועד הוא - חוזר הוא לקדמותו. משונה הוא חריגות סטטיסטית, ואילו כוונתו להזיק הוא חריגות עצמותית. בתמות שניהם נחשבים קרן, אולם כאשר הם מועדים הכוונה להזיק נראית דבר חריג בכל מקרה ואילו החריגות הסטטיסטית הופכת להיות נורמה.

הצעה לפתרון ד:

רש"י לא הבין שהכוונה להזיק היינו מזיד ממש. ייתכן שהבין, שהכוונה להזיק היא כוונה למעשה מתוך בחירה ולא מתוך אינסטינקט, כמו שנראה במאירי לקמן. לענין פתרון זה דחוק בדעת רש"י בעניין דש בנירו. מסתבר שדישה איננה אינסטינקט של בהמה. ובעניין דש בנירו נאלץ רש"י לומר, שהשוורים מלומדים בדישה, ויודעים שכאן אין מדובר בדישה רגילה. משמע, שאם לא היו מודעים בוודאות שאין מדובר בדישה רגילה, לא היה מדובר בקרן.

3. שיטת התוס'

נראה, דדוקא למ"ד פלגא דנזקא קנסא, אבל למ"ד פלגא דנזקא ממונא לא מיחייב כלל. דמהי תיתי, דמקרן לא אתיאי, דקרן אורחיה הוא, דסתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימי, והאי משונה הוא. דלאו אורחיה דכלבא למוכל אימרי רברבי...
(טו ע"ב ד"ה והשתא)

יש לשאול לדבריו בדעת מאן דאמר פלגא נזקא ממונא: אמנם כלבא דאכיל אימרי רברבי לא מיחייב כלל, אולם ודאי וודאי שאכלה כסות או כלים חייב חצי נזק, ומשנה מפורשת היא. אם כן, לדבריו יש לחלק בין שני המקרים.

כלבא דאכיל אימרי רברבי אין כוונתו להזיק. לא ניתן לשייכו לזן, כיוון דלאו אורחיה, ולקרן, שכן גם קרן למ"ד פלגא נזקא ממונא אורחיה הוא, ולכן פטור מלשלם. לעומת זאת, אכלה כסות או כלים כוונתה להזיק כקרן ולכן קרן היא.

היינו, שלמאן דאמר פלגא נזקא ממונא קרן ותולדותיה הן רק מי שכוונתו להזיק. משונה, לעומת זאת, פטור מלשלם.

אבל למ"ד פלגא נזקא קנסא הוא תולדה דקרן, דתרווייהו משונים הם, אע"ג דקרן כוונתו להזיק.
(שם)

נראה לפי התוס', שהגדרת משונה למאן דאמר פלגא נזקא קנסא היא ההגדרה המרכזית בקרן. אולם אם כן, מדוע התוס' אומר "אע"ג דקרן כוונתו להזיק", ולפי זה ישנה משמעות לכוונה להזיק? לצורך ביאור דבריו, נביא כאן את דברי הגמרא בעניין מועד, ואת דברי התוס' במקומות נוספים, המתמייחסים למועד:

הצד השוה שבהן, שדרכן להזיק – וכי שור דרכו להזיק? במועד. ומועד דרכו להזיק? כיון דאייעד, אורחיה הוא.
(בבא קמא ד ע"א)

...מ"מ, כיון דאורחיה בהכי, הוי כמו רנל ופטור ברה"ר. ולא הוי כמו קרן בתר דאייעד, אע"פ דמתכוין להזיק, מדחשיב ליה נבי אחריני.
(טו ע"א כמ"ד והנחש)

היינו, שקרן בין תם ובין מועד כוונתו להזיק.

...וא"ת, ולמאי דס"ד השתא, דהוי תולדה דקרן, אמאי נקט בכרייתא שנכנסו בחצר הניזק? וי"ל: משום זאב נקט, דכיון דאייעד חוזר לקדמותו, והוי שן דפטור ברה"ר.
(טו ע"ב כמ"ד כי תניא)

היינו, שבאכילה תם - קרן הוא, ומועד - חוזר לקדמותו, ושן הוא.

ולפיכך מובן, שמשונה היינו שם כולל לכל התמים, אולם עדיין ישנה משמעות להגדרת הקרן ככוונה להזיק, והיינו במועד. קרן תמה, המוגדרת כ"משונה", כוללת בתוכה את כוונה להזיק ואת שאר המשונים, כאשר ישנה משמעות להבדלה זו בין כוונה להזיק ובין שאר המשונים, שכן במועד נבדלים הם זה מזה באב אליו הם משתייכים.

לפי שיטת התוס' ולפי ההסבר השלישי בדעת רש"י ניתן לומר, שהגמרא בדף ב ע"ב, שלא שנתה בתולדות הקרן את משונה, שנתה את תולדות הקרן הסטנדרטיות, את החריוגות העצמותית, שתהיה קרן אף בהעדאתה. ואולי ניתן לומר, שהגמרא בדף ב ע"ב, הדנה בדעת רב פפא, שונה בתולדות הקרן את הכוונה להזיק בלבד, לפי שרב פפא הוא הוא שסובר, שפלגא נזקא ממונא, ולפיכך לדעתו משונה אינו תולדת קרן, ורק אלו שכוונתן להזיק תולדות הקרן הן.

4. שיטת המאירי

דבריו של המאירי פזורים בכל מיני עניינים בגמרא, ובכדי לבאר את דבריו נביא מכל מקום את הנוגע לענייננו:

כל שמכונת להזיק בדרך שאינו מצוי הוא תולדה של קרן...
(כ ע"א ד"ה צריך שתדע גם כן)

דיבור זה הינו בעייתני, כיוון שנראה שמצריך הוא שני תנאים נפרדים, שאינם מתחברים לעניין/מהות אחת.

בדף י ע"א בעניין דש בנירו:

שור שדש בנירו של חברו ונתכון לכך – הרי זה תולדה של קרן.

המאירי משמע גם כאן שיש צורך שהשור אכן יתכוון להזיק. ובשלמא לדעת רש"י שהבאנו לעיל, ניתן לומר שרש"י רק כתב הערכת מצב שהשור נתכוון לכך שהרי הוסיף שהשורים מלומדים בדישה, אולם אי אפשר לומר זאת בדעת המאירי, שהרי אין לו את התוספת הזאת. לפיכך משמע שלדעתו הכוונה להזיק היא תנאי.

היתה מבעטת והזיקה בביעוטה, שזה הוא שינוי וכונתה להזיק – הרי זה תולדה של קרן...
(פ"ב מ"א יז ע"ב ד"ה היתה מבעטת)

...שאינו העדה אלא במכוין להזיק, והוא הקרן ותולדותיו.
(בדף יח ע"ב ד"ה צרורות)

...הא באכילת מה שאין ראוי לה, כגון כסות וכלים, אינו נקרא שן אלא תולדת קרן, שכל שכונתה להזיק ולא להנאת עצמה, אינו נקרא שן אלא קרן.
(יש ט ע"ב ד"ה אמר המאירי כיצד השן)

מצד שני כותב הוא בדף טו ע"ב בד"ה כלב שאכל את הכבשים שנחשב קרן כיוון שהוא משונה, ולא הזכיר כוונה להזיק. ובפירוש המשנה פ"ב מ"ה, שכלב שהשליך חררה על גדיש בדרך שינוי חייב חצי נזק מדין קרן, ולא מזכיר שם כוונה להזיק, וכן לו היה שינוי בכלב שחתר דלתות היה חייב חצי נזק. וכן במקומות נוספים. ולעומת זאת ראינו לעיל, ששני התנאים האלו, כוונה להזיק ומשונה, זקוקים אחד לשני.

בפ"א מ"ה דף טו ע"ב ד"ה אמר המאירי:

...ובכלל אלו כל שהוא משונה וכונתו לכך...

וכמו כן ראינו לעיל בעניין דש בנירו: "שור שדש בנירו של חבירו ונתכון לכך...". צ"ע מה פירוש הביטוי "וכונתו לכך"? מסתבר, שהבין המאירי, שהכוונה להזיק אינה כוונה לעשות נזק במזיד, אלא כוונה לעשיית מעשה חריג, מכוח כוונה ובחירה ולא מתוך האינסטינקט הטבוע בו. ייתכן, שבגלל זה לא היה צריך להוסיף "שהרי השורים מלומדים בדישה" כפי שהוסיף רש"י, שכן מכל מקום דישה איננה פעולה אינסטינקטיבית אלא מכוח בחירה וכוונה. ייתכן, שבכך ניתן לענות על השאלה מדוע לא הזכיר כוונה בכלב שאכל את הכבשים ובמקורות הנוספים שהבאנו לעיל, כיוון שניתן לומר, שפעולה זו היא מכוונת, חריגה גם בעיני הכלב, ואיננה אינסטינקטיבית.

ומכל מקום, אם כשכשה ביתר ממה שדרכן בכך – נסתפק הדבר אם נדון את הכשכוש כקרן הואיל ומשונה הוא אם לאו, וכן אם כשכשה בכל דבר שיש קצת שנוי בכשכושו אלא שאין כונתו להזיק, נסתפק הדבר אם נדון ברגל או בקרן...
(יש ט ע"ב ד"ה בהמה שכשכשה)

לכאורה אם יש שתי דרישות נפרדות על מנת להחשב קרן: כוונה להזיק ומשונה, והספק הוא כאשר יש משונה אך אין כוונה להזיק, צ"ע מדוע הזכיר כאן המאירי קצת שינוי? וצריך לומר, שאם יש שינוי ממשי ומלא, למד המאירי שנובע מכך שכוונתו להזיק.

ניתן לראות שישנם שני סוגים של נזקי בהמה: או שעושה להנאת עצמה בדרך טבעית על פי אופיה, או שעושה מעשה משונה המורה שכוונתה להזיק. כאן נראה, שאין כאן מזיד בדווקא, אלא פעולה לא טבעית או לא דרושה, או חסרת היגיון במושגיו של בעל החיים. ממילא מובן, שכל שינוי מן הטבע נופל בגדר של כוונתו להזיק. העולה מכאן הוא, ששיטת המאירי היא שיטה חדשה, שקרן היא אב של מעשה שמוגדר כמעשה לא טבעי – מעשה הזק במהותו.

לעני"ד יסוד זה של חיוב בנזיקין בגלל "התופעה", או כפי שכינו זאת אחרונים כגון הרב גוסטמן "שם המזיק", הינו יסוד הכרחי, ומסביר מדוע יש מקרים שאיננו מחייבים בהם, למרות שאינם שונים ממקרים אחרים שבהם אכן מחייבים. סברת דין זה הינה, שחיוב בנזיקין איננו חיוב מהותי שיש לו סיבה ישירה - אשמה או משהו אחר, אלא הוא נוהל להסדרת עולם וחיי חברה וכלכלה תקינים. במקרה זה יהיה הבדל בין מקרים שונים בגלל התהודה והתפיסה שלהם והשפעתם על העולם, גם אם אין ביניהם הבדל דיני או מהותי.

ניתן לראות את היסוד הזה בדברי המאירי בריש מכילתין, שהסביר שקוראים לנזיקין בשם זה ולא בשם מזיקין, משום שמזיק נקרא מי שמזיק בכוונה תחילה, והתוס' רי"ד המופיע בשטמ"ק אומר, שלפיכך נקרא שור המזיק, לפי שמזיק בכוונה תחילה. כלומר: רואים מכאן, שהכוונה של השור משנה את עצם התופעה.

ו. כוונה להזיק כגורם עצם החיוב, ועניין עצם החיוב בנזיקין

יש לחקור האם הכוונה להזיק הינה עצם הגדר המחייב, או שהיא מאפיינת את הקרן בלבד, ועצם החיוב נובע מהכלל: "הצד השווה שבהן שדרכן להזיק ושמירתן עליך". לעני"ד תלויה שאלה זו בעצם השאלה מהו המחייב בנזיקין: האם האבות מחייבים (כיוון שהם תופעה כמו שאמרנו לעיל), והכלל רק מספר לנו על הדמיון ביניהם, או שהאבות מלמדים כלל, שכל שדרכן להזיק ושמירתן עליך - כשהזיק, חב המזיק לשלם תשלומי נזק במיטב הארץ, וכלל זה הוא המחייב, והאבות נשאר כדי ללמד אותנו הלכות ומקרים פרטיים. בעניין זה נביא בקצרה את המקורות שלפנינו:

בתורה משמע, שיש מקרים בודדים וברורים של חיוב. משמע שדווקא התופעות - האירועים האלו והמקרים הדומים לחלוטין לאחד מאירועים אלו, מחייבים ממון. אין כל סימן לחיוב נזיקין ע"י כלל עקרוני.

במשנה (פ"א מ"א):

ארבעה אבות נזיקין - השור, הבור, המבעה וההבער. לא הרי השור כהרי המבעה, ולא הרי המבעה כהרי השור, ולא זה וזה שיש בהן רוח חיים כהרי האש שאין בה רוח חיים, ולא זה וזה שדרכן לילך ולהזיק כהרי הבור שאין דרכו לילך ולהזיק. **הצד השווה שבהן, שדרכן להזיק ושמירתן עליך, וכשהזיק - חב המזיק לשלם תשלומי נזק במיטב הארץ.**

משנה זו ניתנת להתפרש בשני הכיוונים: א. אבות מחייבים. ב. הכלל מחייב.

ייתכן שבפ"א מ"ב יש כוון של כלל אחד:

כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו.

במכילתא דר"י:

...אין לי אלא המבעה וההבער, שאר כל המזיקין שבתורה מניין? הרי אתה דן בנין אב משניהם, לא הרי המבעה כהרי הבער, ולא הרי הבער כהרי המבעה, הצד השווה שבהן, שדרכן להזיק וממונך ושמירתן עליך, וכשהזיק חב המזיק לשלם תשלומי נזק במיטב הארץ.
(מס' דנזיקין משפטים פרשה יד ד"ה שלם ישלם)

הכלל "הצד השווה..." מלמד אותנו על שאר נזקים שאינם בכלל מבעה והבער. משמע מכאן, שלכלל ישנה משמעות הלכתית של חיוב ממון, אולם מצד שני אין הוא מלמד על האבות עצמם, אינו מבטל את הצורך בהם בגלל המייחדים ההלכתיים שלהם.

בגמרא הכיוון הכמעט חד משמעית הוא, שהחיוב תלוי בסיכומו של דבר באבות ולא בכלל, שהגמרא כמעט שאיננה משתמשת בכלל אלא בדימויים והשוואות ולימודים מהאבות עצמם. זה איננו חד משמעית לחלוטין לעני"ד.

בראשונים מצאנו מספר גישות בעניין זה:

הרמב"ם בפירוש המשניות, רש"י והנימוקי יוסף טוענים, שהצד השווה פורץ את גבולות המערכת של ארבעת האבות ומרחיב אותה:

רמב"ם:

...ואמרו הצד השווה שבהן, רוצה לומר אף כל שדרבן להזיק ושמירתו עליך, אם הזיק חב המזיק לשלם תשלומי נזק כמיטב הארץ...
(פירוש המשניות פ"א מ"א)

רש"י:

הצד השווה שבהן שדרבן להזיק כו' - דמשמע אף כל שדרכו להזיק ושמירתו עליך, ומאי מצית לאתויי.

(ו ע"א ד"ה הצד השווה)

נימוקי יוסף:

הצד השווה - מפרש כגמרא לאתויי כל שדרבן להזיק ושמירתו עליך, אף על גב דלא דמי לחד מהני אבות, אי יכילין לאתויי מתרתי או מתלת או מטפי בהצד השווה לחיובא, מחייבין ליה.

(א ע"א כדפי הרי"ף ד"ה הצד השווה)

הרא"ש (פ"א ס"א) טוען, שאין מחלוקת בין האמוראים השונים, המביאים כל אחד מקרה בודד, "דכולן הלכות פסוקות הן, ולא פליגי אהדדי, אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא, ולא פליגי". לאחר מכן דן הוא בשאלה, האם אנו נותנים למקרה המתרבה ע"י הצד השווה את דיני כל האבות, המשתתפים בנסיון לרבותו, או שנותנים אנו לו רק את דיני אב אחד מהם. הוא מביא דעה אחת, הסוברת שבמהלך הגמרא ישנם שני מלמדים, ולכן מחייבת דעה זו השלכת דיני שני המלמדים על המקרה המתרבה, ודעה שנייה, שמסתפקת בעניין זה. דעתו, לעומת זאת, היא, שישנו לאורך כל המהלך מלמד אחד לעצם החיוב, אולם כאשר ישנה בעיה בלימוד, נחלץ לעזרתו אב נוסף, שאינו בא ללמד עצמאית על המקרה המחייב, אלא בא לפתור את הבעיה, בגינה נכשל הלימוד ע"י המלמד, ולכן מחייבת דעתו זו השלכת דיני המלמד המרכזי בלבד על המקרה המתרבה:

...ולי נראה, דכל דין בור יש להם... הלכך נראה, דעיקר תלמודא הוא מבור לחודיה, דבור גמור הם אבנו סכיני ומשאוי לבתר דנייחוי... אלא דלא מצינו למילף מבור לחודיה, משום דלא דמי לגמרי לבור... הוצרך להביא יוכיה משאר נויקי, שאין לחלק ביניהם ובין בור משום הני פירכות, שאינם מונעות חיוב בהם, הלכך גם אלו לא יצאו מכלל בור כשביל הני פירכות, ובור גמור הוא, וכל דין בהם להם, קולות וחומרות שבהן, ולא יהיבין להו קולות של אש ורגל...

מדבריו נוכל ללמוד, שהצד השווה לא רק שלא פורץ את גבולות המערכת, אלא עוזר לנו לשייך ולהכניס אל תוך המערכת מקרים, שבלעדיו היה לנו קושי לשייכם למערכת.

רבינו חננאל (ו ע"ב) מביא שתי אפשרויות בעניין זה. האחת, שהאמוראים חולקים זה על זה, והשניה, שאין מחלוקת ביניהם:

...וקיימא לן כרבינא, דבתרא הוא. ויש אומרין ככולהו, דלא פליגי, אלא כל חד וחד דייק ומוקים.

לדעה הראשונה ברור, שאין זו פריצת גבולות המערכת והרחבתה, אלא פריצת גבולות למקרה בודד אחד, שיכול, בזכות הצד השווה, להתקיים אף מחוץ למערכת, או שאין כאן כלל פריצת גבולות, אלא ישנה כאן, כמו דעת הרא"ש, הכנסת מקרה בודד זה אל תוך המערכת.

גם הדעה השניה אינה מחייבת לפריצת גבולות, וכמו שראינו ברא"ש, שעל אף שאומר הוא, שאין מחלוקת בין האמוראים, הצד השווה מכניס כל מקרה ומקרה שמביאים האמוראים אל תוך המערכת.

על כל האמורא כאן יש להוסיף ולומר, שגם אם נאמר שיש רק מקרה יחיד ובודד שמתרבה ע"י הצד השווה, ייתכן שזו פריצת גבולות, אולם כיוון שהארבעה אבות כוללים כמעט הכל, נותר לרבות רק מקרה יחיד ובודד.