

דיני היזקים הנלמדים ב'הצד השווה' (ו.ו.)

- א. המקור במשנה ובגמרא.
- ב. מחלוקת הנימוקי-יוסף והרא"ש בדין זה.
- ג. ישוב קושיית הרא"ש על הנימוקי-יוסף.
- ד. סתירה בדברי התוספות בענין.
- ה. דחיית ראיית הפלפולא-חריפתא מתוספות לרא"ש.
- ו. ברור ההשוואה שבין פותקין ביבותיהן לבין דין רגל.
- ז. ההלכה בשולחן-ערוך.

א. המקור במשנה ובגמרא.

במשנה ריש בבא-קמא: "ארבעה אבות נזיקין: השור, והבור, והמבעה, וההבער, ... הצד השווה שבהן: שדרכן להזיק ושמירתן עליך, וכשהזיק חב המזיק לשלם תשלומי נזק במיטב הארץ". בגמרא דף ו. - "הצד השווה שבהן' לאתווי מאי?" - משמע שישנם ארבעה אבות ותולדותיהם וישנם מזיקים נוספים, שנלמדים מ'הצד השווה' שבכמה אבות יחד.

ותשובת אביי: "לאתווי אבנו סכיננו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו" לאחר שנחו, וכגון שניתקל בהם שור או חמור. בעל האבן או הסכין או המשא חייב מדין בור ואש ביחד. "מאי שנא בור? שכן תחילת עשייתו לנזק וממונך ושמירתן עליך, הני נמי תחילת עשייתן, לנזק וממונך ושמירתן עליך". - "דהוה ליה לאסוקי אדעתיה דסופו ליפול ברוח מצויה" (רש"י). "מה לבור שכן אין כח אחר מעורב בו תאמר בהני שכח אחר מעורב בהן? אש תוכיח! מה לאש שכן דרכו לילך ולהזיק" - "אבל אלו לא הזיקו בהליכתן אלא השור והחמור נתקל בהן" (רש"י), כדאוקימנא שהזיקו לבתר דניחו. "בור תוכיח! וחזר הדין".

הגמרא מביאה עוד שלוש דעות אמוראים לאוקימתות של 'הצד השווה' מבור ושור.

1. הערה: הדברים בעיקרם נכתבים על-פי שיעורו של מן הגר"א שפירא שליט"א ראש-ישיבת "מרכז הרב", וכפי דלות הבנתו.

ב. מחלוקת הנימוקי-יוסף והרא"ש בדין זה.

יש לעיין בדין של המזיקים הנלמדים ב'הצד השוה', על-פי איזה אב נדון אותם, - האם יהיו להם דינים של בור או של אש, (או שור לאוקימתות האחרות), או של שניהם יחד. הרא"ש מביא בזה שלוש דעות:

א) יש מן הגדולים שכתבו שלא חייב אלא מה שחייב בשניהם ופטור על מה ששניהם פטורים, דהיינו מנזקי כלים וממיתת אדם כבור ומטמון כמו באש. זוהי לכאורה סברא פשוטה, שמכיון שילפינן משניהם ביחד, ובלא שניהם ביחד אי-אפשר לחייב, אם-כן, אי-אפשר לחייב יותר ממה שיש בכל אחד מהמלמדים, ולכן יהבינן להו הקל שבשניהם, וכך היא שיטת הנימוקי-יוסף (דף ב: בדפי הרי"ף).

ב) יש שהסתפקו בדבר. גם לשיטה זו לא יוכל הניזק להוציא מהמזיק יותר מהחייב של שניהם ביחד.

ג) הרא"ש חולק וסובר שיש להם את כל דיני בור. הוא מוכיח את דבריו. אף-על-פי שדעה ראשונה - יש בה סברא פשוטה לכאורה, הרא"ש חולק, משום שכך מוכח מהגמרא. שמואל סובר, ששור שבמשנה - היינו רגל, ואילו קרן מרבינן רק מהסיפא של "וכשהזיק חב המזיק". ה'צד השוה' שבמשנה, מתייחס אל ארבע אבות שברישא. כלומר, לדעת שמואל, בור ורגל והרי רגל פטורה ברשות-הרבים, ואם יהבינן להו דיני שניהם, כיצד אנחנו מחייבים את "כל אלו שאמרו פותקין ביבותיהן וכו', אף-על-פי שברשות אם הזיקו חייבים לשלם" ושם בודאי מדובר ברשות-הרבים, ומחייבינן ב'מה הצד' מבור ושור. וכן גם הכותל והאילן שנפלו לרשות-הרבים לאחר הזמן שנתנו לו לקוץ, חייב. וגם שם ילפינן מבור ושור, והרי רגל ברשות-הרבים פטורה, אלא על-כרחך שנותנים רק דיני בור ולא דיני שור. עד כאן ההוכחה של הרא"ש נגד הנימוק מהגמרא.

אלא שקשה, שהרי הסברא היא שכיון שילפינן מבין שניהם, צריך לתת להם קולות של דיני שניהם? אומר הרא"ש, שהלימוד הוא דוקא מבור, שהרי כל אלו שהזיקו אחר שנחו ברשות-הרבים, הם ממש בור מבחינת צורת הנזק, אלא שהיו לנו הסתייגויות מהדימוי לבור משום קושיות צדדיות. למשל: אבנו סכיננו ומשאו שהניחם בראש גגו, הרי כח אחר מעורב בהם, אם-כן, אולי זו סיבה לפטור? לכן ילפינן מאש, שסברא זו אינה סיבה לפטור, ואז חוזרים הם להלמד מבור בלבד, שהרי מדובר שהזיקו אחר שנחו, ואז נתקלו, בהם והרי הם ממש כמו בור. וכך גם באוקימתות האחרות, ילפינן משור שאין הפירכות ששאלנו סיבה לפטור

דיני היזקים הנלמדים ב'הצד השווה' (ו).

ולכן הם חוזרים לדין בור, שהוא המלמד את עצם החיוב שבהם, משום שהם ביסודם דומים לבור, שהניזק הוא שנתקל במזיק.

ג. ישוב קושיית הרא"ש על הנימוקי-יוסף.

כאמור לעיל, הרא"ש מקשה על שיטת הנימוקי-יוסף: לשיטתך שנתנין קולות של שני המלמדים, אם כן, לדעת שמואל ששור שבמשנה היינו רגל, כיצד ניתן לחייב ברשות-הרבים על-ידי 'הצד השווה' של בור ושור, והרי רגל ברשות-הרבים פטורה?

אמנם יש לפרש בדעת הנימוקי-יוסף, שבאמת האוקימתות של 'הצד השווה' של בור ושור, הן אינן לפי שמואל, שסובר ששור שבמשנה היינו רגל דוקא, אלא כרב שאמר 'תנא שור וכל מילי דשור' (ג:), אם כן, שור כולל בתוכו קרן, ו'הצד השווה' הוא בין בור וקרן ולא בין בור ורגל, וממילא מתבטלת קושיית הרא"ש והוכחתו, משום שקרן חייבת ברשות-הרבים, ומדובר בקרן מועדת, שהרי לא שייך בהם תמות ומועדות. לפי שמואל יש להעמיד את 'הצד השווה' שבמשנה באבנו סכינא ומשאו שהניחן בראש גגו - כאביי וכדלעיל, ש'הצד השווה' הוא מבור ואש, וכך אומר במפורש הנימוקי-יוסף (דף א: בדפי הרי"ף): "ומיהו, כיון דמדינא דשור ובור אתיא, לא מחייב אלא בקל שבשניהם, דהיינו בור שפטור ממיתת אדם ונוקי כלים. וליכא למימר בקל דקרן תמה, דכי אתיא משור, מקרן מועדת דשור הוא דאתיא, דהיא היא שדרכה לילך ולהזיק, וליכא למימר דכי אתיא משור משן ורגל קאמר, דהא מחייבין ליה ברשות הרבים ושן ורגל פטור ברשות-הרבים".

אם כן, הראיה העיקרית של הרא"ש נגד שיטת הנימוקי-יוסף מיושבת, שהרי הוא מעמיד את הגמרא כרב, ב'הצד השווה' של בור וקרן מועדת. כל זה לענין ההסבר של המשנה, אבל לענין הלכה, ודאי ששמואל לא יחלוק שבור המתגלגל ופותקין ביבותיהן ואילן שנפל, נלמד חיובם מ'מה הצד' של בור וקרן מועדת. ולהלכה אין בזה מחלוקת בין רב ושמואל. כך צריך לומר בדעת הנימוקי-יוסף.

אמרנו לעיל, שהיסוד של הנימוקי-יוסף הוא בסברא, והרא"ש חולק משום שלא ניתן להסביר את המשנה בכל האוקימתות לפי דעת שמואל, וכנראה מיאן בהסבר של הנימוקי-יוסף, משום שהגמרא לא חילקה בין האוקימתות, שזו של אביי מתאימה בין לרב ובין לשמואל, ואילו זו של רבא, רב אדא בר אהבה ורבינא, מתאימה רק לדעת רב שבהסבר שור

שבמשנה ולא לדעת שמואל, לכן יש להסביר את כולן בין לרב ובין לשמואל, כלומר בין ששור הוא קרן בין שהוא רגל.

יש להעיר לאידך גיסא עוד בחיזוק שיטת הנימוקי-יוסף, שלפי הסברו הרי כל אלו האוקימתות, באמת נלמדות ב'הצד השוה' בעצם חיובן. אמנם לדעת הרא"ש, לכאורה לא שייך לקרוא לזה בשם 'הצד השוה' - כלשון המשנה, שהרי הם נלמדים מבור בלבד, אלא שיש עליהם פירכא צדדית, ואותה אני מיישב על-ידי שאני רואה באש או בשור, שהיא לא גורמת לפטור, אבל החיוב של אלה האוקימתות הוא מבור בלבד ולא מ'הצד השוה'. לכאורה זו קושיא גדולה על הרא"ש, וצריך לומר לדעתו שאף על פי כן זה נקרא 'הצד השוה', שאם לא כן, שהייתי לומד גם מאש או משור, היתה לי פירכא. אמנם הנימוקי-יוסף מיאן בהסבר זה, שהרי סוף סוף אין זה 'הצד השוה'.

ד. סתירה בדברי התוספות בענין.

(א) הרא"ש מוכיח את שיטתו מדברי התוספות בד"ה תאמר (דף ו.), לגבי "פותקין ביבותיהן... אף על פי שברשות אם הזיקו חייבים", ואומרת הגמרא שחייבים מדין בור ברשות הרבים, ושואלת: מה לבור, שכן שלא ברשות, תאמר בהני שברשות? שור יוכיח (רש"י: שברשות בית-דין הוא מהלך ברשות הרבים). שואלים התוספות: ואם תאמר, למאן דאמר תנא שור לרגלו, היכי קאמר שור יוכיח, והא רגל לא מיחייב אלא ברשות הניזק, והתם אין לו רשות להלך, וכאן בפותקין ביבותיהן יש להם רשות לשפוך ברשות הרבים? ויש לומר, כגון שהלך ברשות הרבים והתיז והזיק ברשות היחיד, דחייב, כדאמרינן לקמן (דף יט.).

שואל הרא"ש: מדוע התוספות שואלים על ה"יוכיח", ולא הקשו יותר מכך, אפילו אם יש "יוכיח" משור, אבל הרי שור דהיינו רגל, ברשות הרבים פטור, ואם כן, כיון דילפינן ב'הצד השוה' מבור ושור, צריך להיות פטור ברשות הרבים, וכאן הרי ברשות הרבים עסקינן. ותירוץ התוספות שמדובר שהתיז מרשות הרבים לרשות היחיד, לא יועיל לנו, שהרי סוף סוף כאן מדובר שהנזק היה ברשות הרבים. אלא על כרחך שזה לא היה קשה לתוספות, משום שהם סוברים שהלימוד העיקרי הוא מבור, והחייבים הם דוקא לפי דיני בור. והיינו כשיטת הרא"ש דלעיל, ודלא כנימוקי-יוסף.

(ב) הפלפולא חריפתא מביא עוד הוכחה ששיטת תוספות כשיטת הרא"ש, מדף טו: "והשתא דאמרת פלגא ניזקא קנסא, האי כלבא דאכל אימרי

דיני היזקים הנלמדים ב'הצד השווה' (ו).

ושונרא דאכלא תרנגולא משונה הוא". ובתוספות ד"ה 'זהשתא דאמרת', כתבו: "למאן דאמר פלגא ניזקא קנסא הוי תולדה דקין, דתרוייהו משונים הם (שהרי למאן דאמר קנסא, קין הוא משונה, והיה צריך להיות פטור, ולכן חצי נזק הוי קנס וכן כאן, כלב שאוכל כבשה הוא משונה), אף על גב דקין כוונתו להזיק".

כוונתם במילים האחרונות, להקשות, איך כלב שאכל כבשה הוא קין משום שהוא משונה, והרי קין כוונתו להזיק, ואילו כלב שאוכל, מסתמא אוכל משום שהוא רעב ומצד זה הוא דומה לשן? אם כן, אומר הפלפולא חריפתא, צריך לומר שתוספות סוברים שלומדים מקרה זה בימה הצד' מקין ושן, אם כן, היה צריך לומר שפטור ברשות הרבים כדין שן, ולא אמרנו זאת, אלא צריך לומר שתוספות סוברים כרא"ש, שאף-על-פי שילפינן בימה הצד', אבל עיקר הלימוד הוא מקין, ולכן דנים מקרה זה בדיני קין בלבד.

ג) הפלפולא חריפתא עצמו מעיר שמתוספות בדף ג: ד"ה משורו, לא משמע כשיטת הרא"ש, אלא כנימוקי-יוסף. הגמרא שם מבררת על אלו תולדות אמר רב פפא שאין דינם כאבות. "אלא אאבנו סכיני ומשאו שהניחן ברשות הרבים והזיקו. היכי דמי? אי דאפקרינהו - בין לרב בין לשמואל היינו בור. ואי דלא אפקרינהו אי לשמואל דאמר כולם מבורו למדנו, היינו בור. ואי לרב דאמר כולם משורו למדנו, היינו שור (רש"י: מה שור שהוא ממונו ואם הזיק חייב, אף כל ממונו אם הזיק חייב).

ובתוספות ד"ה משורו למדנו - היינו מקין, דשן ורגל פטורים ברשות הרבים. ובאבנו סכיני ומשאו אין לחלק בין תמות למועדות, שזה חילוק דוקא בבעלי-חיים. ואם תאמר, היכי גמר משור - כלומר מקין - מה לשור שכן בעלי-חיים וכוונתו להזיק. ומפרש רשב"ם דאתי מבור ושור. ומקשים בתוספות: "אבל קשה, כיון דמבור נמי יליף לפטורו בהו כלים כבור, ולקמן בהמניח (דף כח:)) מחייב בהו רב כלים גבי נשבר כדו", רואים מתוספות, שכיון שילפינן בימה הצד', יש לנו לתת בתולד את הקולות של שני המלמדים, וכפי הסברא הפשוטה שנקט הנימוקי-יוסף. וכך גם הקשה המהרש"א שדבריהם בדף ג: ובדף ו. לכאורה סותרים, ונשאר בצ"ע.

ה. דחיית ראיית הפלפולא-חריפתא מתוספות לרא"ש.

כאמור לעיל הביא הפלפולא-חריפתא ראייה לשיטת הרא"ש מתוספות (דף טו:)) בענין כלבא דאכל אימרי, שחייב חצי נזק מדין קין, אף שאין כוונתו להזיק. והבין הפלפולא-חריפתא שכוונת התוספות במלים אלו

לומר, שהחיוב נלמד ב'מה הצד' מקרן - כיון שזהו משונה שכלב יאכל כבש, ומשן - כיון שכונתו לאכול בשר. ואף על פי כן לא אמרו שברשות הרבים יהיה פטור כדין שן, והיינו כדברי הרא"ש, שרק הדינים של המלמד העיקרי חלים.

אמנם מרן הרב אברהם שפירא שליט"א מבאר שאין זו כוונת התוספות. בחיוב הזה עצמו של כלבא דאכל אימרא, נחלקו רש"י והרא"ש. הרא"ש בפרק שני (אות ג, אכלה כסות או כלים משלם חצי נזק) מפרש, שמה שאמרנו כלבא דאכל אימרי משונה הוא ולא מגבינן בבבל, זה דוקא לגבי ההריגה עצמה והפחת שפחתה המיתה בין כבש חי למת, אבל על עצם האכילה חייב מדין שן נזק שלם של הנבלה - אם אכל ברשות הניזק; ואם ברשות הרבים - מה שנהנית. והיינו משום שבאכילה עצמה שהכלב אכל נבילה של כבש, אין בזה שינוי.

אמנם הרא"ש עצמו מביא את דברי רש"י (בדף כג.) בענין כלב שנטל חררה והלך לגדיש, אבל החררה והדליק הגדיש. על החררה - משלם נזק שלם, ועל הגדיש - משלם חצי נזק. ושאלה הגמרא: מאן חייב - בעל הכלב. ולחייב נמי בעל הגחלת? בששימר גחלתו! אי כששימר גחלתו מאי בעי כלב התם? בשחתר. אמר רב מרי בריה דרב כהנא: זאת אומרת, סתם דלתות חתורות הן אצל כלב. ופירש רש"י: זאת אומרת סתם דלתות חתורות הן - "ולא תימה משונה הוא ופלגא נזקא משלם".

מפורש כאן דלא כרא"ש, שהרי לפי הרא"ש, אם אין סתם דלתות חתורות אצל כלב וזה משונה שהוא נכנס ולקח חררה, אף על פי שהכניסה משונה, אבל האכילה עצמה אינה משונה, אלא הוי שן רגילה וחייב נזק שלם. (והרא"ש באמת מבאר אחרת, שאם סתם דלתות אינם חתורות הרי זה אונס של בעל הכלב מה שכלבו נכנס וממילא צריך להיות פטור על הכל.) אבל רש"י מפרש שכיון שהחתירה משונה, הרי זה כהיזק של קרן וחייב גם על החררה חצי נזק. אם כן, גם בענין כלבא דאכל שונרא, הרי שלשית רש"י יהיה חייב גם על ההריגה שהיא משונה, וגם על האכילה שבאה בעקבותיה חצי נזק כדין קרן, ודלא כמו שכתב הרא"ש. אלא שבאמת צריך להבין את סברת רש"י, מדוע לא נחייב על האכילה נזק שלם?

כלבא שמתנפל על שונרא והרגו זה משונה, כלומר אין כאן ביטוי רגיל של כלב שרוצה לאכול, אלא יש כאן ביטוי של יצר השחתה גדול אשר הוא גם גורם ההיזק של נגיחת שור, ולכן מזוהה פעולה זו עם המזיק המוגדר קרן. ואמנם מתוך ההתנפלות וההריגה המשונה הזאת נמשכת אחר-כך אכילה, אבל גם האכילה אינה מוגדרת כמזיק של שן שאוכלת

להנאתה אלא כל הענין הוא המשך של אותו יצר ההשחתה, שמתגלה גם באופן כזה של אכילה, ולכן חייב חצי נזק כדין קרן על כל הנזק ולא מגבינן ליה בבבל.

זוהי גם כוונת התוספות (בדף טו:): שאמרו שלמאן דאמר פלגא נוקא קנסא, הוי כלבא דאכל אימרא תולדה דקרן, דתרוויהו משונים הם, אף על גב דקרן כוונתו להזיק ואילו כאן הרי לכאורה מצטרפת שן, שהרי אכל את הכלב, - אף על פי כן, כיון שתרוויהו משונים, כלומר מגלים יצר של הרס והשחתה, אם כן, גם האכילה עצמה היא המשך של אותו יצר ולא הוי כסתם אכילה. ואין הכוונה של תוספות לומר, שיש כאן 'הצד השווה' של קרן ושן, כמו שלמד הפלפולא-חריפתא והשווה זאת לסוגיה דידן ולדברי הרא"ש.

ו. ברור ההשוואה שבין פותקין ביבותיהן לבין דין רגל.

הרא"ש הוכיח שיטתו בענין מזיק הנלמד ב'הצד השווה' משני אבות, מן התוספות בדף ו. בענין פותקין ביבותיהן, שאמרה הבריייתא: "אף על פי שברשות אם הזיקו חייבים לשלם". ואמרה הגמרא: "אי דאפקרינהו, בין לרב בין לשמואל היינו בור...מה לבור שכן שלא ברשות, תאמר בהני דברשות, שור יזכיה (שברשות בית-דין הוא מהלך ברשות הרבים, שהרי כל אדם יש לו רשות לכך ואם הזיק חייב - רש"י). והקשו התוספות למאן דאמר תנא שור לרגלו, איך מוכיח משור, והרי באמת, במקום שיש לו רשות להלך, רגל ברשות הרבים - פטורה? והשיבו, שיש היכי תימצי של חיוב כשהתיזה ברשות הרבים והזיקה ברשות היחיד שחייב, ואף על פי שהיתה לה רשות להלך. ודייק הרא"ש שתוספות לא שאלו, שאפילו אם תוכיח משור, וכמו שהסבירו התוספות, עדיין קשה, שהרי אתה צריך לתת לנלמד גם דיני שור ולפטרו ברשות הרבים, וכאן בפותקין ברשות הרבים עסקינן, אלא על כרחך כשיטת הרא"ש שניתנין רק דיני בור ולא דיני שור.

יש מקום לדון על תרוצם של התוספות. (א) מצד עצם הדין. (ב) מצד ההוכחה משור שכזה. מצד עצם הדין, הרי הרא"ש הביא דברי הרי"ף שביאר סברא מדוע רגל פטורה ברשות הרבים - משום דאורחיהו. וכתב נפקא-מינא בין הסבר זה לבין אם נאמר שזו גזירת הכתוב שברשות הרבים פטור ללא טעם, בדרכה על עץ ארוך ברשות הרבים ושבר ברשות היחיד. מטעם דאורחיהו פטור, ואילו מטעם גזירת הכתוב, כיון שהנזק היה ברשות היחיד חייב. אם כן, גם בדין, לדברי הרא"ש שתוספות תירצו ב"עץ ארוך", היינו דוקא אם נאמר שתוספות חולקים על הרי"ף ולא

מקבלים את טעמו לפטור רגל ברשות הרבים, אלא סוברים שזו גזירת הכתוב, ולכן ברשות היחיד חייב על הנזק, אף שהמעשה נעשה ברשות הרבים.

וכן כתב הרא"ש בתחילת הפרק, שרבי יצחק ב"ר שמואל בתוספות בדף ו. חולק על הרי"ף. ובאמת כבר העיר הב"ח במקום, שבתוספות שלפנינו לא כתוב כגירסת הרא"ש שדרכה על עץ, אלא שהלכה ברשות הרבים והתיזה לרשות היחיד, דחייב, כדאמרינן לקמן (דף יט.).

ויש לעיין בדבריהם של התוספות לפי גירסתנו, דהרי בכהאי גוונא דהתיזה ברשות הרבים לרשות היחיד, חייב רק חצי נזק מדין צרורות (שולחן-ערוך חושן-משפט סימן סצ סעיף ד), ואם זו האוקימתא של שור שמהלך ברשות ובכל זאת חייב, אם כן, מצאנו רק חיוב של חצי נזק ולא של נזק שלם, ומנא לן ללמוד חיוב של נזק שלם לפותקין ביבותיהן? ונראה לומר שלכן העדיף הרא"ש את האוקימתא של דרכה על עץ ארוך ברשות הרבים ושבר כלי ברשות היחיד, דחייב נזק שלם. אבל לפי אוקימתא זו, הרי ראינו שהרא"ש בעצמו סובר שלדעת הרי"ף בכהאי גוונא פטור. (ובאמת גם לגבי האוקימתא שבתוספות, שכתב הרא"ש: 'ומסקינן דהתיזה ברשות הרבים והזיקה ברשות היחיד חייב' העיר על כך הפלפולא-חריפתא שם: 'והרי"ף לא הביאה. ועיין לעיל בריש פרק קמא', וכוונתו שכיון שהרי"ף נתן טעם לרגל משום אורחיהו, לכן לשיטתו פטור בכהאי גוונא). ואם כן, ההוכחה של הרא"ש מתוספות לשיטתו, טומנת בחובה גם הוכחה נגדית, שלשיטת הרי"ף שחולק על התוספות וסובר שדרכה על עץ ברשות-הרבים ושברה כלי ברשות היחיד פטור, אם כן אי-אפשר ללמוד מרגל לפותקין ביבותיהן, ויש הכרח לומר, שאוקימתות אלו שבגמרא - הן דוקא לשיטת רב, שסובר 'תנא שור וכל מילי דשור' ו'הצד השוה' הוא מבור וקרן. והוא חייב גם ברשות הרבים.

אם כן, חזרנו לפי הרי"ף לאוקימתא שהעמיד הנימוקי-יוסף את הגמרא. וממילא סרה גם הוכחת הרא"ש את שיטתו מן הגמרא, ובמצב כזה שאין הוכחה מהגמרא לדברי הרא"ש, לכאורה אנו חוזרים לסברא הפשוטה של הנימוקי-יוסף שאם אנו לומדים מ'הצד השוה' של שני אבות, עלינו לתת לנלמד את הקולות של שני המלמדים. אם כן, יש כאן חיזוק גדול לשיטת הנימוקי-יוסף. אמנם עדיין צריך עיון בהבנת דברי התוספות לפי גירסתנו, וניתן לומר לשיטתם שעל כל פנים מצאנו רגל שחייבת ברשות-הרבים, ועל-פי זה דיינו לחייב בפותקין ביבותיהן בנזק שלם.

ז. ההלכה בשולחן-ערוך.

בשולחן-ערוך נפסקה הלכה כשיטת הרא"ש. בסימן תיא סעיף א, נאמר: "תולדות הבור אבנו סכיני ומשאו וכיצא בהן, שהניחם ברשות הרבים והזיקו במקומם, בין הפקירן או לא הפקירן, או שהניחם בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו במקומם אחר שנחו, שדומה לבור ממונו שמזיק במקום שמונח שם, לפיכך יש לו כל דיני בור לחייב נזק שלם מתחילתו על מיתת בהמה או הזיקה ועל נזקי אדם...". לכאורה, צריך עיון בפסק זה, שהרי ראינו שיש חולקים וסוברים שיש לתת את הקולות של שני המלמדים. כתב שם בביאור הגר"א ס"ק ג: "לפיכך יש לו וכו' - דעיקר דינו הוא כבור, ואף על גב דיליף לה גם-כן מאש, לא אמרינן 'דיו'. ועיין תוספות דקדושין י. ד"ה זו. ור"ש וכו'..."

ונראה לומר, שכונת הגר"א לטעון, שלא דוקא כמו ששמע מהרא"ש, שכל דיני בור יש להם, משום שכך מוכח מן הגמרא, הגם שהסברא באמת מתנגדת לזה וכמבואר לעיל. אלא ניתן לומר שגם הסברא מסכימה לכך. הנימוקי-יוסף אמר, שכיון שאנו לומדים את התולדה משני אבות, יש הכרח לתת לה את הקולות של שני המלמדים. למד הגר"א, שהיסוד של הכרח זה, הוא משום דין 'דיו' לבא מן הדין להיות כנידון, כדברי המשנה כאן בבבא-קמא דף כה., והגמרא שם, שדין 'דיו' הוא מדאורייתא. לכן הביא הגר"א את התוספות בקידושין, ששם אומר ר"ש מקוצי כלל בדין 'דיו': אימתי אמרינן 'דיו' כאשר אנו לומדים דין חדש על-ידי קל-וחומר, וכמו בבבא-קמא, שרבי טרפון רוצה לחדש דין חדש של קרן תמה ברשות הניזק שמשלמת נזק שלם, וחכמים דוחים מדין 'דיו'. אבל כאשר לא ילפינן מהקל-וחומר דין אלא הגדרה, שאמנם להגדרה זו יש השלכות דיניות, אבל אנחנו לא לומדים את הדין עצמו בקל-וחומר, אלא את ההגדרה, אז לכולי-עלמא לא אמרינן 'דיו', כיון שהדין כבר לא נלמד בקל-וחומר מהמלמד, אלא הוא נלמד מעצם ההגדרה.

כך גם אצלנו, אבנו סכיני ומשאו שעמדו בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו, אנחנו לא מבררים את דינם, אלא את הגדרתם. כלומר, האם יש לדבר כזה, שם של מזיק שמתייחס אל הבעלים? "אי דאפקרינהו היינו בור... לא דמו לבור, מה לבור שכן אין כח אחר מעורב בו, תאמר בהני שכח אחר מעורב בהן. אש תוכיח, מה לאש שכן דרכו לילך ולהזיק, בור תוכיח. וחזר הדין".

אם כן, הוכחנו שמצב כזה יש לו שם של מזיק, ואת שם המזיק הזה ביחס לבעל האבנו וסכיני, למדנו משם מזיק של בור ושם מזיק של אש. אבל איזה דין של מזיק יש לזו כמובן שבור, משום שלבור הוא דומה בעצם

צורת הנזק, מה שאין כן לאש. ולכן רק דיני בור יש לו, ולא שייך כאן לומר 'דיו', כי הלימוד בקל-וחומר היה רק על עצם הגדרת מזיק. לכן סובר הגר"א שגם הרי"ף למשל, הגם שבלימוד הגמרא הוא לומד כנימוקי-יוסף, אבל אין הכרח לומר, שכיון שהוכחת הרא"ש מהגמרא לא קיימת, לכן הוא מוכרח לומר כנימוקי-יוסף בגלל הסברא, אלא הוא סובר שמ'הצד השוה' ילפינן הגדרת מזיק, ואת הדין אנו קובעים על-פי הסברא הפשוטה למה הדבר דומה.

כל התולדות שהגמרא הביאה: אבנו סכינו ומשאו שהניח בראש גגו, בור המתגלגל ברגלי אדם ובהמה, פותקין ביבותיהן, הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים, - כולם הם מזיקים על-ידי מה שבהמה או אדם נתקלו בהם, ולכן הם דומים לבור, ועל כן אחר שקבענו בימה הצד' שיש להם שם מזיק שמתייחס אל בעליהם, אנו מחייבים אותם על-פי דיני מזיק של בור.

כך מסביר הגר"א את פסיקת השולחן-ערוך כשיטת הרא"ש מבלי לציין שיש בזה מחלוקת, והיינו משום שכולם יודו לרא"ש, ואפילו אם אין לכך הוכחה מהגמרא, זולת הנימוקי-יוסף, שראינו שהוא חולק על הרא"ש.