

הגדרת 'שור תם משלם מגופו'

- א. מבוא
- ב. מחלוקת ר' עקיבא ור' ישמעאל בהגדרת חיוב שור תם שהזיק
- ג. דין שור מזיק שהשביח לאחר שעת הנזק
- ד. שור תם שנגח ארבעה וחמישה שוורים זה אחר זה
- ה. היחס להתחייבויות קודמות של המזיק
- ו. סיכום

א. מבוא

במאמר זה נדון בהגדרת החיוב של שור תם אשר בעליו מתחייב בתשלום חצי הנזק דווקא מגופו של השור. דיון זה יעבור דרך כמה סוגיות בגמרא, בעזרת התבוננות בדברי הראשונים והאחרונים תתגלה מחלוקת עקרונית בהגדרה המדויקת של ההתחייבות. בחלקו הראשון של המאמר, נדון במחלוקת תנאים, ר' עקיבא ור' ישמעאל, בשאלה כיצד מתחייב המזיק לשלם את נזקו, האם הופך לבעל חוב של הניזק, או שמא נעשה הניזק שותף בשור. נראה שישנה מחלוקת בין הראשונים בשאלה באיזה שלב לאחר הנזק חלה המחלוקת, ומתי ישנה הסכמה. לאחר מכן, נראה שביחס לדעה הסוברת שהמזיק הופך לבעל חוב של הניזק, יש לדון כיצד מוגדרת היכולת של הניזק לגבות דווקא מגוף השור. נציג את מחלוקות המפרשים בשאלה זו ואת השלכותיה השונות.

ב. מחלוקת ר' עקיבא ור' ישמעאל בהגדרת שור תם שהזיק

הגמרא במסכת בבא קמא (לג ע"א) עוסקת בדין שור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים:¹
דתניא: יושם השור בב"ד, דברי רבי ישמעאל; רבי עקיבא אומר: הוחלט השור. במאי קמיפלגי? ר' ישמעאל סבר: בעל חוב הוא וזווי הוא דמסיק ליה (גבית שור תם מגופו של השור היא אפותיקי מפורש שבידי המזיק לשלם דמים, ואם לא משלם, הניזק גובה את השור), ור' עקיבא סבר: שותפי נינהו

¹ והנבילה אינה שוה כלום, כך שבעל השור המזיק חייב חצי נזק, שהוא מנה, לבעל השור הניזק.

הגדרת 'שור תם משלם מגופו'

(כלומר הניזק, מכח הנזק, הופך להיות שותף בשור התם בערך של חצי נזק, אם השור התם הנוגח שוה מנה, וחצי הנזק הוא חמישים זוז, הניזק שותף בשור התם בחמישים זוז והמזיק בחמישים זוז)... מאי בינייהו? הקדישו ניזק איכא בינייהו (לפי ר"ע ההקדש חל על חלקו בשור כיון שהוא שותף ולפי ר' ישמעאל השור שייך למזיק ולכן ההקדש לא חל).

התוספות (שם, ד"ה "איכא בינייהו") מוסיפים שאע"פ שההלכה היא שתשלומי חצי נזק הם משום קנס, ובקנס אין אדם מתחייב עד שיעמוד לדין ויפסקו עליו הדיינים לשלמו, כאן גילתה התורה שבשעת פסק הדין חלה שותפות הניזק בשור למפרע משעת הנזק.

ממשיכה הגמרא (שם, ע"ב) לדון בדין שור תם שהזיק:

ת"ר: שור תם שהזיק, עד שלא עמד בדין, מכרו – מכור... משעמד בדין, מכרו – אינו מכור.

מדברי התוספות (לג ע"א ד"ה "הקדישו") נראה שסברו שדין זה נאמר דווקא לשיטת ר' ישמעאל, שהרי לר' עקיבא חלה שותפות הניזק בשור למפרע משעת הנזק, ולכן מרגע הנזק אין ביכולתו של המזיק למוכרו.

על כך מקשה קצות החושן (תו, א): מדוע לפי ר' ישמעאל, כאשר כבר עמד בעל השור בדין, אין הוא יכול יותר למוכרו? הרי השור שייך למזיק כל זמן שלא הגבו אותו לניזק. ומתוך שלפי ר' ישמעאל משעמד בעל השור בדין, הניזק הופך לשותף בשור מיד, מכאן ולהבא, ואין יכול המזיק לסלקו בדמים.

דעת הראב"ד, לעומת זאת, מעט שונה. לדעתו אף לאחר העמידה בדין יכול המזיק לסלק את הניזק בדמים, אלא שמיד לאחר פסק הדין שואלים הדיינים את המזיק אם הוא מוכן לסלק את הניזק בדמים, ואם הוא מסרב מְחַלְטִים מיד את השור לניזק. זה נעשה בהתאם למבואר בגמרא לקמן (צא ע"א), שאין נותנים זמן לחבלות ולנזקים כדי שימצא החייב כסף להשיב, בשונה מהלואות וכדומה. ולכן אם לאחר פסק הדין מסרב המזיק לשלם מיד את מעותיו, השור מוחלט ע"י בית הדין לניזק ואם מוכרו המזיק – אינו מכור.

מדברי התוספות והראב"ד עולה, שעל פי שיטת ר' עקיבא הניזק שותף בשור למפרע משעת הנזק, ולכן, מרגע הנזק, ודאי שאין יותר ביכולת המזיק למכור את השור. להלן נראה ששיטה זו אינה מוסכמת.

הרמב"ם בהלכות נזקי ממון (ח, ו-ח) פוסק את דין הברייטא:

שור תם שהזיק אם מכרו המזיק עד שלא עמד בדין אע"פ שהוא מכור הרי הניזק גובה ממנו וחוזר הלוקח וגובה מן המזיק שמכר לו...

הזיק ועמד בדין ואחר כך מכרו אינו מכור...

מקשה קצות החושן (תו, א): הרי ההלכה היא כר' עקיבא (שהרי סתם משנה כמותו, וכן פסק הרמב"ם נזקי ממון ט, יב) שהניזק נעשה שותף בשור המזיק משעת הנזק, ואם כן כיצד יכול המזיק למכור את חלקו של הניזק?

עקב קושיה זו מבאר קצות החושן, בשיטת הרמב"ם, שחצי נזק הינו קנס, וקנס אינו חל עד שעת העמידה בדין, ולכן אף לדעת ר' עקיבא ביד המזיק למכור את השור עד שעת העמידה בדין. אם כן, לר' עקיבא השור מוחלט לניזק משעת העמידה בדין ואילך, ולר' ישמעאל כל זמן שלא הגבו את השור לניזק המזיק חייב לניזק ויכול לפרועו במעות. לפי זה דברי הגמרא ש"הקדישו ניזק איכא בינייהו" שייכים רק לאחר העמידה בדין, אך לפני העמידה בדין לדעת כולם אין הניזק יכול להקדיש את השור.

נמצא, שלשיטת התוס' המחלוקת בין ר' עקיבא ור' ישמעאל שייכת דווקא לפני העמידה בדין, אך לאחריה מודה ר' ישמעאל לר' עקיבא שהניזק הופך להיות שותף בשור. ולעומת זאת, לשיטת הרמב"ם מחלוקת זו שייכת דווקא לאחר העמידה בדין, אך לפני העמידה בדין מודה ר' עקיבא לר' ישמעאל שהשור עדיין שייך למזיק בלבד.

ג. דין שור מזיק שהשביח לאחר שעת הנזק

הגמרא (שם לד ע"א) מביאה ברייתא העוסקת בדין שור מזיק שהשביח לאחר שעת הנזק:

ת"ר: שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים וחבל בו בחמישים זוז... שבח מזיק (ערכו של השור המזיק עלה משעת הנגיחה עד שעת העמידה בדין) - נותן לו כשעת הנזק, כחש - כשעת העמדה בדין. אמר מר: שבח מזיק - נותן כשעת הנזק. מני? ר' ישמעאל היא, דאמר: בעל חוב הוא וזוזי הוא דמסיק ליה...

לפי פירוש רש"י לרישא של הברייתא, הניזק גובה את חלקו מהמזיק כפי שהתחייב בשעת הנזק, גם אם השור המזיק השביח מאז ועד שעת העמידה בדין. לדוגמא, שור שוה מאתים שהזיק שור אחר נזק בערך של חמישים זוז, והתחייב בעל השור עשרים וחמישה זוז לניזק, אפילו אם ישביח השור המזיק עד שעת העמידה בדין ויעמוד על ארבע מאות זוז עדיין ישאר החוב בעינו ויעמוד על עשרים וחמישה זוז כפי שהיה בשעת הנזק. הגמרא קובעת שפסיקה זו מתאימה דווקא לשיטת ר' ישמעאל, לפיה השור נשאר תמיד בבעלותו של המזיק, ולכן אין קשר בין השבחת השור לבין החוב שנוצר בעקבות הנזק. אך לפי ר' עקיבא, שהניזק הופך להיות שותף בערך הנזק בשור המזיק, נמצא שבמקרה זה הניזק הוא שותף בערך של עשרים וחמישה זוז בשור המזיק, שהם שמינית מערך השור בשעת הנזק. ולכן אם ישביח השור ויעמוד על ארבע מאות זוז זה ישפיע גם על חלקו של הניזק בשור, שיוכפל אף הוא ויעמוד על חמישים זוז.

מכאן מקשה החזון איש (חידושים לבבא קמא ג, יז) על פירושו של קצות החושן לרמב"ם: מדוע דין זה אינו נכון לר' עקיבא? הרי גם ר' עקיבא מודה שהשור מוחלט לניזק רק משעת העמידה בדין, ולכן, אם שבח השור לפני העמידה בדין, עדיין נוטל הניזק את חובו כשעת הנזק, ולא בערך היחסי שהשור השביח עד לעמידה בדין.

מתרץ האור שמח (נוקי ממון ז, יב), שהברייתא כותבת את הדין בסתם, ואם כן מדובר אף באופן כזה שערך חצי הנזק היה גדול מכל ערכו של השור המזיק בשעת הנזק, ורק בשעת

הגדרת 'שור תם משלם מגופו'

העמידה בדין לאחר שהשביח היה בו כדי לגבות חצי הנזק. כגון שור השוה חמישים זוז שנגח שור השוה שלוש מאות זוז, והנזק עומד על מאה וחמישים זוז, על המזיק לשלם חצי נזק שהוא שבעים וחמישה זוז. ואולם, כיון ששור המזיק שוה רק חמישים זוז, התחייב המזיק לשלם חמישים זוז בלבד. אך עד שעת העמידה בדין השביח שוויו של השור המזיק ועמד על מאה זוז, וכעת יש לניזק אפשרות לגבות את כל הנזק שהוא שבעים וחמישה זוז. על אף זאת פוסקת הברייתא שהניזק גובה רק חמישים זוז כערך החיוב בשעת הנזק. על דין זה אומרת הגמרא שהוא רק אליבא דר' ישמעאל, הרי לדעת ר' ישמעאל הניזק הוא בעל חובו של המזיק, ודין הגמרא ש"גובה מגופו" מגדיר שאי אפשר לגבות יותר מערך השור המזיק, אפילו הוא שוה פחות מחצי נזק. אלא בשעת הנזק קובעת התורה כמה גובים משור המזיק וכמובן שאין ערך החוב יכול לעלות על שווי השור בשעה זו. אבל לדעת ר' עקיבא – שהניזק צריך היה להיות שותף בשור המזיק מרגע הנזק, אלא ששותפות זו נדחתה עד שעת העמידה בדין, ומסתבר שהתורה קבעה שערך השותפות נקבע לפי שווי השור בשעת העמידה בדין – במקרה הנ"ל יוכל לגבות הניזק את מלוא חצי הנזק. ולכן הברייתא הקובעת ש"נותן לו כשעת הנזק" היא כר' ישמעאל ולא כר' עקיבא. פירוש זה לגמרא נמצא גם בדברי ר' חננאל (שם).

ביאור זה מדויק בלשונו של הרמב"ם (שם): "השביח המזיק בשעת העמדה בדין... ואם מחמת עצמו השביח, משתלם חצי נזק ממנו כלו כשעת העמדה בדין", מבואר ברמב"ם שהחידוש הוא שלר' עקיבא (שהלכה כמותו) משלם המזיק חצי נזק כשעת העמדה בדין. אבל לפי פירוש רש"י, היה צריך לכתוב שהניזק מקבל את החלק היחסי שהיה לו בשור בשעת הנזק.

לסיכום, בהבנת מחלוקת ר' עקיבא ור' ישמעאל ישנן שתי דעות מרכזיות בראשונים:

שיטת רש"י, תוספות ועוד: לדעת ר' עקיבא הניזק הופך להיות שותף בשור הניזק למפרע משעת הנזק בערך חצי הנזק. לדעת ר' ישמעאל עד שעת העמידה בדין הניזק הוא בעל חוב. לגבי מעמדו של הניזק לאחר שעת העמידה בדין; לפי ר' ישמעאל נחלקו הדעות: לפי קצות החושן הניזק הופך להיות שותף בשור המזיק, ולפי הראב"ד הוא ממשיך להיות בעל חוב של המזיק אך בית הדין אינם ממתניים אלא גובים את החוב במקום.

שיטת רבינו חננאל והרמב"ם: כולם מסכימים שעד שעת העמידה בדין הניזק הוא בעל חוב של המזיק, לדעת ר' עקיבא לאחר שעת העמידה בדין הניזק הופך לשותף של המזיק, ולדעת ר' ישמעאל הוא ממשיך להיות בעל חוב.

ד. שור תם שנגח ארבעה וחמישה שוורים זה אחר זה

המשנה (בי"ק ד, א) עוסקת בדין שור שנגח כמה שוורים בזה אחר זה :

שור (תם) שנגח ארבעה וחמישה שוורים זה אחר זה - ישלם לאחרון שבהם, ואם יש בו מותר - יחזיר לשלפניו, ואם יש בו מותר - יחזיר לשלפני פניו, והאחרון אחרון נשכר, דברי ר"מ.

לדוגמא, שור שוה מאתים שנגח כמה שוורים והנזק בכל אחד מהם שוה מאתים, כיוון שעבור כל נגיחה התחייב מנה מגופו, עליו לשלם קודם לניזק האחרון, ואח"כ לזה שלפניו, והשאר הפסידו.

מקשה הגמרא (שם לו ע"א) :

מתניתין מניי? דלא כר' ישמעאל ודלא כר' עקיבא! אי כר' ישמעאל, דאמר: בעלי חובות נינהו, האי אחרון אחרון נשכר, ראשון ראשון נשכר מבעי ליה! אי כר' עקיבא, דאמר: תורא דשותפי הוא, האי יש בו מותר יחזיר לשלפניו, לכולם מבעי ליה!

המשנה, לכאורה, היא לא כר' עקיבא ולא כר' ישמעאל; לפי ר' ישמעאל, שהניזק הוא בעל חוב של המזיק, א"כ לאחר הנגיחה הראשונה השור השתעבד לניזק הראשון ולכן הוא קודם לגבות את החוב ולאחריו השני וכן הלאה, ולא כדברי ר' מאיר שאחרון אחרון נשכר. לפי ר' עקיבא, לאחר הנגיחה הראשונה הניזק הראשון הופך לשותף בשור והרי השור של שניהם, ולאחר הנגיחה השניה אף הניזק השני מצטרף לשותפות וכן הלאה, וממילא הניזק האחרון גובה מהשור השייך לכולם ולכן אחרון נשכר, הרי ר"מ אומר "אם יש מותר יחזיר לשלפניו", וזה אינו, שלדעת ר' עקיבא כולם שותפים בשור, כל אחד לפי חלקו, ולכן עליו להחזיר לכל אחד לפי חלקו.²

מתרץ רבא :

אמר רבא: לעולם כר' ישמעאל, דאמר: בעלי חובות נינהו, ודקשיא לך: אחרון אחרון נשכר, ראשון ראשון נשכר מבעי ליה! הב"ע - כגון שתפסו ניזק לגבות הימנו, ונעשה עליו כשומר שכר לנזקין.

ר' מאיר סובר כדעת ר' ישמעאל שהניזקים הינם בעלי חובות. המשנה עוסקת במקרה שבו לאחר כל נגיחה הניזק תפס את השור כבטחון לגביית נזקו. וכיון שהשור המזיק הוא משכון לגביית הנזק אם כן יש לניזק הנאה ממנו והרי הוא כשומר שכר של המזיק. מעתה הוא

² לדוגמא: שור א' ששוה מאתיים נגח לפי סדר את השוורים ב', ג' ד' וה', כאשר חצי הנזק בכל אחד מהם שוה מנה. לפיכך, לאחר הנגיחה בשור ב' נעשו ב' וא' שותפים בשור כאשר כל אחד מחזיק במנה, לאחר הנגיחה בשור ג' נעשה ג' שותף בשור, כאשר הוא מחזיק במנה, וא' וב' מחזיקים כל אחד בחצי מנה, לאחר הנגיחה בדי נעשה ד' שותף בשור, כאשר ד' מחזיק מנה, ג' מחזיק בחצי מנה וא' וב' מחזיקים כל אחד ברבע מנה. לכן נמצא שאחרון נשכר, ומקבל מנה, אך אין זה נכון לומר ש"אם יש מותר יחזיר לשלפניו" אלא שמראש השור מתחלק לכל אחד כפי הראוי לו.

הגדרת 'שור תם משלם מגופו'

חייב בנזקי השור, נמצא שלאחר הנגיחה הראשונה הופך הניזק הראשון לבעל חוב של המזיק, ולאחר הנגיחה השנייה הופך הניזק השני לבעל חוב של הראשון, ולאחר הנגיחה השלישית הופך השלישי לבעל חוב של השני וכן הלאה, ובסיכומו של דבר יוצא שהניזק האחרון גובה את חובו מהשור, והשאר נשאר אצל הבעלים.³

מקשה הגמרא:

אי הכי, יש בו מותר יחזיר לשלפניו, יחזיר לבעלים מבעי ליה!

אם מדובר במקרה שבו הניזק תפס את השור א"כ המזיק אינו אשם בנזק השור וממילא חלקו תמיד נשאר ולכן צריך לומר "ואת המותר יחזיר לבעליו".

מתרץ רבינא:

אמר רבינא, הכי קתני: אם יש בו מותר בנזקיו - יחזיר לשלפניו.

המשנה אינה עוסקת בחלק שנותר למזיק, כוונת המשנה לדון במקרה שבו הנזק בנגיחה השנייה פחות מהנזק בנגיחה הראשונה, והנזק בנגיחה השלישית פחות מהנזק שבשנייה וכן הלאה. במקרה זה נוטל הניזק האחרון את מלוא חובו, ושלפניו נוטל את חובו פחות מה שנטל הראשון, ושלפניו נוטל את חובו פחות מה שנטלו שני קודמיו וכן הלאה. למשל, שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים והנבילה אינה שוה כלום, חייב המזיק לשלם מנה שהוא חצי נזק. לכן למזיק יש מנה ולניזק מנה, תפס הניזק את השור כבטחון לחובו ולאחר מכן נגח השור, וחצי הנזק הינו חמישים זוז, נוטל הניזק השני חמישים זוז, נוטל הניזק הראשון חמישים זוז (שהם המנה שהתחייב לו המזיק הראשון, פחות חמישים הזוז שהוא עצמו התחייב לניזק השני) ולמזיק נותר מנה, וכדברי ר' מאיר.

התוספות שם (ד"ה "אם יש בו מותר") טוענים שבמקרים מסוימים ייתכן שהניזק החמישי (האחרון) לא נוטל את כל חובו. מצב כזה יכול לקרות כאשר נזקו של החמישי גדול מנזקו של הרביעי. כגון שלרביעי יש בשור חמישים זוז, והוא שומר שכר של השור כיוון שתפסו, והלך השור והזיק את החמישי נזק שחצי ערכו שוה למנה. למרות שהתחייב הרביעי מנה, נוטל החמישי רק חמישים זוז ואת החמישים האחרים מפסיד, כיון שהחמישי יכול לגבות רק מתוך חלקו של הרביעי.

מקשה המהרש"א על התוספות, במקרה שבו שומר שכר רגיל לא שמר על השור והשור הזיק, הניזק גובה את חלקו מהשור, והשומר משלם לבעלים. א"כ הוא הדין כאן, כיון שהרביעי שומר שכר הניזק החמישי גובה את חמישים הזוז הנוספים מהמזיק, שהוא הבעלים של השור, ועל הרביעי לשלם למזיק את מה שגבה ממנו החמישי.

מתרץ הש"ך (הו"מ תא, א): יש לחלק בין מקרה של שומר שמונה ע"י הבעלים וברצונם, לבין שומר שמונה בעל כורחם של הבעלים, כמו כאן שתפס הניזק הרביעי את השור. במקרה הראשון יכול בעל החוב לגבות נזקו מהבעלים, ואחר כך יבואו הבעלים חשבונו עם השומר,

³ לפי הדוגמא הנ"ל, יוצא שאי מתחייב לבי, בי לגי, גי לדי וכן הלאה, נמצא שהחוב, בשווי חצי הנזק (הזהה בכל המקרים), "מתגלגל" מאי ועד לה, ובסופו של דבר אי מתחייב להי חצי נזק, והמותר נשאר אצלו.

כפי שמתואר בדברי המהרש"א. אך במקרה השני אין בעל החוב יכול לפנות אל בעל השור משום שיכול לומר שהוכרח למסור שמירת השור בידי הרביעי, ולו היה שומר עליו בעצמו לא היה מזיק כלל והרי הוא אנוס. ממילא אין זכות לבעל החוב לגבות ממנו את החוב.

קצות החושן (שם, א) חולק וסובר שגם במקרה שתפס הרביעי את השור בעל כרחו של הבעלים, האחרון גובה את כל הנזק, גם מחלק הבעלים, והשומר משלם לבעלים. ראיתו מדברי הגמרא בדף מו ע"ב שם דנים במקרה שבו ליסטים הוציאו את הצאן מהדיר והצאן הזיק, וקובעת הגמרא שם שהם חייבים. דין זה שייך אף בשור תם, כמו שמבואר בדברי התוספות והרשב"א, ובמקרה כזה הניזק נוטל את השור בנזקו והגזלן משלם לבעלים. הוא הדין כאן בשומר שכר בעל כרחו של הבעלים.

בביאור מחלוקת הש"ך וקצות החושן עסק ר' ראובן גרוזובסקי (חידושים לבבא קמא, טו, א-ג): יש לחקור מהי הסיבה, לשיטת ר' ישמעאל, שהניזק גובה את חלקו בשור מהשומר? אפשרות אחת היא לומר שלאחר שעת הנזק מתחייב המזיק לשלם לניזק, אלא שהתורה חידשה זכות לבעלי השור שמשלם את נזקו מגוף השור המזיק. לפי זה, כאשר מתמנה שומר, הבעלים מעמידים אותו במקומם ומעבירים לו את הזכות לשלם בגוף השור, ולכן הניזק נוטל את השור והשומר שפשע משלם לבעלים. אפשרות שניה היא שהתורה חידשה שיש לניזק זכות מיוחדת בשור, כאילו השור חייב לו את עצמו, ללא קשר לבעליו. לכן בכל מקרה הניזק גובה את השור, ולאחר מכן השומר משלם לבעלים.

התוספות והש"ך סוברים כאפשרות הראשונה, שגבית שור תם מגופו היא, משום שהשומר עומד במקום הבעלים. אבל במקרה זה אין הוא עומד במקומו משום שתפס בעל כרחו, ולכן אין לשומר, שהוא החייב במקרה הזה, את הזכות לשלם מגוף השור. יוצא שהניזק אינו גובה משור הבעלים אלא מהשומר עצמו. אין מקרה זה דומה למקרה של גזלן, משום שלגזלן יש קנייני גזילה (כגון שינוי קונה), ובכללם קונה הגזלן את השור, וממילא הוא חייב בתשלומי נזקי השור, כיון שהשור ברשותו.

לעומת זאת, המהרש"א, קצות החושן ועוד, סוברים כאפשרות השניה שיש לניזק זכות מיוחדת בגוף השור המזיק והוא גובה אותו בכל מקרה ובכל מצב, ואחר כך צריכים השומר או הגזלן לשלם לבעלים.

ה. היחס להתחייבויות קודמות של המזיק

הגמרא (שם, לג ע"ב) עוסקת במקרה שבו יש למזיק חובות אחרים נוספים:

קדמו בעלי חובות והגביהו, בין חב עד שלא הזיק בין הזיק עד שלא חב - לא עשו ולא כלום, לפי שאין משתלם אלא מגופו.

מקשה הגמרא:

הגדרת 'שור תם משלם מגופו'

בשלמא הזיק עד שלא חב - ניזקין קדמו, אבל חב עד שלא הזיק - ב"ח קדים!
ואפילו הזיק עד שלא חב - בעל חוב קדים, ש"מ: ב"ח מאוחר שקדם וגבה,
מה שגבה לא גבה!

במקרה שהמזיק התחייב לבעל החוב עוד לפני שהזיק, קשה, מדוע לא תועיל תפיסתו של בעל החוב? אפילו במקרה שהתחייב המזיק לבעל החוב רק לאחר שהזיק, הרי יש דעה הסוברת שבעל חוב מאוחר שקדם וגבה – מה שגבה גבה.

מתרצת הגמרא:

לא, לעולם אימא לך: מה שגבה גבה, ושאיני התם, דא"ל: אילו גבך הוה, לא מינך הוה גבי ליה? דהאי תורא דאזקן מיניה משתלמנא.

כלומר, אומר הניזק לבעל החוב: אילו היית גובה את השור וברשותך היה נוגח, לא ממך היה גובה אותו? לכן הניזק גובה את השור אף לאחר שבעל החוב תפס אותו.

מקשים התוספות (ד"ה "אילו גבך וכו'"): טענת הגמרא אינה מובנת, אילו השור היה נוגח ברשות בעל החוב, היה הניזק גובה מבעל החוב, כיוון שהלה פשע ולא שמר. אבל כאן השור הזיק בפשיעת הבעלים שלו ולא בפשיעת בעל החוב, אז למה שנאמר שבעל החוב היה מתחייב, הרי לא בטוח שהוא יפשע. מתרצים התוספות: "וי"ל דלא קאמר אלא כלומר דאין גוף השור משועבד לב"ח כמו שהוא משועבד לניזק שמשלם מגופו". מבאר תלמיד הרשב"א והרא"ש את כוונת התוספות: אילו בעל החוב היה גובה את השור והשור היה מזיק, היה הניזק גובה את חובו דווקא מגוף השור ולא משאר נכסי בעל החוב, כיוון שהשור הוא אפותיקי מפורש לניזק. הוא הדין במקרה של הגמרא, הניזק גובה את השור ולא בעל החוב, כיון שלניזק יש שעבוד של אפותיקי מפורש בשור עצמו, בעוד שלבעל החוב יש שעבוד כללי על הנכסים, ושעבודו של הניזק עדיף על שעבודו של בעל החוב.

לפי זה קובע תלמיד הרשב"א והרא"ש, שאם בתחילה לוח בעל השור מן המלוה ושיעבד את השור למלוה כאפותיקי מפורש ואחר כך נגח השור, במקרה שכזה המלוה קודם לניזק כיון ששעבודו זהה וקודם לשעבוד הניזק.

רבנו פרץ (תוסי רבנו פרץ שם, בתירוצו השני) מתרץ באופן מעט שונה את הקושיה.⁴ הוא קובע שיש הבדל מהותי בין שעבוד בעל חוב לשעבוד שור תם שהזיק. בחוב ממוני שעבוד הלוה הינו שעבוד הגוף, ואם אין לו ממה לפרוע הנכסים ערבים לו. אילו בשור תם שהזיק הגביה מגופו הינה זכות גביה כאילו השור הוא עצמו החייב. לפי זה יוצא שזכות הניזק על השור עדיפה מזכות המלוה על השור.

שני ההסברים האחרונים נחלקו בחקירה שהבאנו למעלה בשם ר' ראובן גרוזובסקי; התוספות סוברים שלשיטת ר' ישמעאל יש חוב של המזיק לניזק והשור הוא אפותיקי

⁴ וכן מובא בכתבי הגר"ח (חדושי הגר"ח השלם, אות רכב ואות רלא) ובפירוש חזון יחזקאל לתוספתא (בבא קמא, פ"ה ברייתא א).

מפורש. אילו ר' פרץ בתירוצו השני, הגר"ח ועוד סוברים שיש לניזק זכות גביה בגוף השור כאילו השור הוא החייב.

ו. סיכום

לדעת ר' ישמעאל כאשר הזיק שור תם, הופך בעל השור הניזק לבעל חוב של בעל השור המזיק והלה גובה את חובו מגוף השור. ראינו מחלוקת בין הפרשנים בהגדרת החיוב מגוף השור דווקא, לפי דעת הש"ך ועוד, בעקבות הנזק נוצר חיוב של המזיק לניזק ויכול המזיק לפרוע את חובו במעות, והשור הוא אפותיקי מפורש לניזק. לפי קצות החושן ועוד, ישנה זכות של הניזק בשור כאילו ישנו חיוב כלפי השור עצמו, אמנם ביד המזיק לשלם מעות.

נפקא מינה קיימת כשהשור המזיק נמצא ביד שומר שכר בעל כרחו של המזיק. לפי הש"ך אין הוא עומד במקום הבעלים ולכן אינו יכול לשלם מגופו של השור אלא משלם את חובו מכספו. לפי קצות החושן הניזק האחרון גובה את השור כיון שיש לו זכות ישירה בשור, והשומר שכר משלם לבעל השור את מה שהפסיד.