

סוגיית שן

ראשי פרקים

1. הקדמה
2. גדרי אב הנזיקין שן
 - I. הקדמה
 - II. שיטת המחייבים הנאת הבהמה מהחפץ הניזק
 - III. שיטת המחייבים הנאת הבהמה מפעולת הנזק בלבד
3. ניתוח אופי אב הנזיקין שן וקישורו למחלוקת בענין גדרי האב
 - I. שן דומיא דקרן
 - II. שן דומיא דרגל
 - III. הקבלה למחלוקת אמוראים בנושא
4. חקירה בסיבת תשלומי "מה שנהנית"

1. הקדמה

מאמר זה עוסק בשני נושאים עיקריים בסוגיית נזקי שן. הראשון - ניתוח מחלוקת הראשונים בהגדרת אופי אב הנזיקין שן, תוך התמקדות ביחס בין הנאת הבהמה לבין החפץ שניזוק. השני - חקירה בדיון תשלומי מה שנהנית תוך קישור לסיבת הפטור על נזקי שן ורגל ברה"ר.

2. גדרי אב הנזיקין שן

I. הקדמה

היסוד המאפיין של נזקי השן הוא ההנאה בהיזק, וכפי שקובעת הגמרא (ג ע"א):

מאי שנא שן דיש הנאה להזיקו...

ישנה מחלוקת ראשונים עקרונית ביותר לגבי היחס הנדרש בין הנאת הבהמה לחפץ הניזק. ננסה לבחון מקרה שיהווה אבן בוחן לשתי השיטות שיוצגו בהמשך: **"תולדה דשן מאי היא? נתחככה בכותל להנאתה וטינפה פירות להנאתה"** (ג ע"א) וכן המקרה שמובא בדף יח ע"ב: **"בהמה שהטילה גללים לעיסה"**.

II. שיטת המחייבים הנאת הבהמה מהחפץ הניזק

תוס' שאנץ (מובא בשטמ"ק ג ע"א ד"ה אבל בתוס' שאנץ) מפרש:

שרבצה על הפירות להצטנן או לשכב להנאתה. אבל אין לפרש הטילה גללים על הפירות, דאיוזו הנאה עשו לה הפירות משאם לא היו שם, וכי האי מקרי צרורות תולדה דרגל בפרק שני.

דהיינו, הנזק צריך להגרם **תוך הנאה ישירה מהחפץ הניזק**, וממילא יש לפרש את המקרה של הטלת הגללים על הפירות כתולדה של רגל ולא של שן.

רש"י על הגמרא בדף יח ע"ב, העוסקת בבהמה שהטילה גללים לעיסה, מביא שני פירושים בד"ה דדחיק לה עלמא. פירושו הראשון יובא בהמשך, ופירושו השני, שהוא הנראה בעיניו, הוא בדומה לפירוש התוס' שאנץ:

ונראה בעיני, דכל גללים להנאתה ואפ"ה לאו תולדה דשן נינהו, דשן היזקא דגופא הוא והני צרורות נינהו, והא דאמרינן בפ"ק טנפה פירות להנאתה הוי תולדה דשן היינו כגון שנתגלגלה עליהן כדרך סוסים וחמורים שקורין בולט"ר, וכן עיקר.

לפי שיטה זו ברש"י ישנם שני חידושים הנובעים מההגדרה "שן היזקא דגופא"

I. נזקי שן חייבים להגרם ע"י גוף הבהמה ממש ולא ע"י כוחה.

II. חייבת להיות הנאה מהחפץ הניזק בעצמו.

אכן, בדף ג ע"א מפרש רש"י בד"ה נתחככה בכותל להנאתה:

והפילתו, או טנפה פירות להנאתה שנתגלגלה עליהן כדרך סוסים וחמורים, דהיינו דומיא דשן שיש הנאה להזיקה.

יש להעיר כי לא ברור מהו המקור לקביעת רש"י ש"שן היזקא דגופא הוא", ובגמרא לא מצאנו שימוש במטבע לשון כעין זו. עם זאת, בירושלמי בפ"א ה"א מובאת מימרא המזכירה לשון זו של רש"י:

אמר ר' יצחק... והא תאני תולדות השן בשדרסה על גבי נוד מלא שמן ובסיכה גופה נהנה, כמה דתימור תמן השן אוכלת והגוף נהנה אוף הכא נהנה גופה.

משיטת רש"י עולה כי לא יתכן מצב של צרורות דשן, והדבר יכול לנבוע מאחת משתי סיבות:

I. הלמ"מ קבעה, שכל צרורות הם רגל ולא שן, וממילא חייבים להגדיר נזקי שן כהזקים שנעשים ע"י גוף הבהמה, דבר שגורר את ההסבר הקובע שגופה של הבהמה הזיק את החפץ ממנו נגרמה הנאה.

II. הגדרת שן מחייבת הנאה מהחפץ הניזק, כמו שמשמע מפשט המשניות (נזקי אכילה) ומפשט הפסוק, וממילא נובע מכך, שא"א להגדיר נזקי צרורות כנזקי שן.

III. שיטת המחייבים הנאת הבהמה מפעולת הנזק בלבד

הר"ח מפרש על מקרה טינוף הפירות בגמרא בדף ג ע"א:

תולדה דשן – כל שיש לבהמה הנאה בהזיקה כגון נתחככה בכותל להנאתה וטינפה פירות להנאתה, פי' אילולי שעשתה צרכיה היתה מצטערת לפיכך חייב מפני שנהנית.

נראה שהר"ח לא דורש שהחפץ ינזק כתוצאה מהנאה ממנו, אלא כחלק מארוע בו נהנית הבהמה, ואע"פ שהחפץ עצמו לא גרם לבהמה שום הנאה¹.

¹ בשטמ"ק על אתר מופיעה גרסא שונה של הר"ח וממנה אפשר להבין כי גם הוא סבר שהנאת הבהמה צריכה להיות מהדבר הניזוק עצמו:

"טנפה פירות להנאתה - כי אלולי שעשתה צרכיה על הפירות היתה מצטערת, נמצאת שנהנית, לפיכך חייב מפני שנהנית, רבינו חננאל זכרונו לברכה".

שיטה זו מופיעה גם בתשובת הר"י מגאש², שם הוא מתייחס לשאלה, כיצד הטלת הגללים הינה תולדת השן בעוד בדף יח ע"ב משמע שהיא תולדת הרגל כיון שהוי צרורות. ועונה על כך הר"י מגאש בדרך ממנה מוכח, שבכל מקרה אין צורך בהנאה מהחפץ הניזק עצמו ע"מ להגדירו כתולדת השן:

דהאי דאמרינן דטנפה פירות להנאתה תולדה דשן היא ומשלמת נ"ש – בגללים לחים נינהו כמו מי רגלים דנחתי לפירות ומטנפי להו והגללים מחוברים מגופה של בהמה ועד הפירות בלי שיהיו נפרדין... וההיא דאמרינן בהמה שהטילה גלליה לעיסה צרורות הו – בגללים יבשים נינהו.

וכן היא שיטת המאירי, כפי שמפורש בחידושיו (ג ע"א ד"ה כל שיש):

כל שיש הנאה להזיקה עד שכונתה באותו הנזק אינו אלא להנאתה – הוא תולדה של שן אפילו נעשה כגופה כגון נתחככה בכותל להנאתה ומוחקה את ציוריה או הפילה צרור על הכלים או הפילה הכותל, וכן טנפה את הפירות להנאתה כגון שנתגלגלה עליהם להנאתה וטובתה, ויש מפרשים שהתיזה עליהם גלליה, אלא שאנו אומרים שזו בכלל אחרות הם.

מפורש, שאף כאשר הפילה הבהמה אבן מהכותל על כלי, תשלם על היזקו אף שלא נהנתה מהכלי הניזוק.

לענין התזת גללים מפרש המאירי (יח ע"ב בד"ה בהמה):

בהמה שהטילה גללים לעיסה... משונה הוא והרי הוא תולדה של קרן...

וממילא אין עניינו לנזקי שן כלל.

רש"י בפירושו הראשון על הגמרא בדף יח ע"ב שהוזכרה לעיל, מפרש:

שעומדת במקום צר ואין לה מקום לזוז משם, ובשלא להנאתה עסקינן כגון במשלשלת, דאי להנאתה תולדה דשן היא.

אפשר לדייק בהסבר זה של רש"י שתי נקודות עקרוניות:

I. אם היתה מטילה להנאתה (לא משלשלת) שפיר חשיב שן. דהיינו, אע"פ שלא מדובר בנזק שנעשה בגופה ממש עדיין חשיב שן, ובמילים אחרות: נזקי כוחו ולא גופו בשן לא נחשבים כצרורות שעליהם נאמרה ההלמ"מ שדינם חצי נזק, אלא בהם כוחו הרי הוא כגופו לגמרי, וחייב נזק שלם כדן שן.

II. אין צורך בהנאה מהחפץ הניזק בעצמו, כשיטת הר"ח, הר"י מגאש והמאירי.

למעשה, הנקודה הראשונה מחייבת את השניה, כיון שאם נאמר שגם נזקים שנעשים ע"י כח הבהמה נחשבים כשן, חייבים לומר שהנאת גוף הבהמה מהחפץ הניזק איננה מחויבת.

² תשובה קע"ד בשו"ת הר"י מגאש. מובאת גם בשטמ"ק יח ע"ב ד"ה וה"ר יהוסף הלוי.

סיכום:

מתוך האמור לעיל עלולות שתי הגדרות שונות לאב שן -

1. נזקים שנעשים בארוע בו הבהמה נהנית - רש"י בפרושו הראשון, ר"ח, הר"י מגאש והמאירי.
2. נזקים בהם ישנה הנאה מגוף החפץ הניזק - רש"י בפרושו השני ותוס' שאנץ³.

3. ניתוח אופי אב הנזיקין שן וקישורו למחלוקת בענין גררי האב

1. שן דומיא דקרן

לפי שיטת רש"י והתוס' שאנץ, **שן דומה לקרן** בכך שהנזק מחוייב בהגדרת הפעולה עצמה (אכילה לעולם מחייבת חסרון בנאכל, כמו שכל קרן מחייבת נזק), כאשר השוני בין קרן לשן הוא שהשן מועדת מתחילתה⁴.

לכאורה, אפשר למצוא גישה זו במשנה, המגדירה כי "השן מועדת **לאכול** את הראוי לה", כאשר אכילה מחייבת חסרון=נזק. לעומת השן והקרן, הרגל היא אב לנזקים הלא מחוייבים, שהרי היא "מועדת **להלך כדרכה** ולשבר", דהיינו המועדות היא להליכה, והנזקים הם אגביים ולא מוכרחים. לפי גישה זו ברור גם מדוע קבע רש"י כי נזקי כוחו (=צרורות) לעולם יהיו תולדה דרגל, שהרי הם ודאי לא מחוייבים.

II. שן דומיא דרגל

לפי הר"ח וסיעתו, השן דומה דווקא **לרגל** מצד האגביות. דהיינו, גם פעולת השן לא מחייבת נזק, והוא רק אפשרי אך לא מחוייב. ההבדל אי"כ בין שן לרגל הוא "להלכותיהן", דהיינו הנאה⁵ מפקיעה את הפטור ברה"ר.

אפשר לטעון, שמה שהוליד את הר"ח בדרך זו הוא הקישור בין השן לרגל כפי שעולה מהפסוק, המשנה והגמרא. המקור בתורה לשן ורגל הוא מהפסוק "**ושלח את בעירה ובער בשדה אחר**" (שמות כ"ב, ד), וממילא גם הדינים הנובעים מפסוק זה זהים בשן ורגל (בשדה אחר - פרט לרה"ר). במשנה, אנו מוצאים שהמשנה השניה בפ"ב העוסקת בנזקי שן קובעת כי ישנו פטור ברה"ר, כאשר קביעה זו מתיחסת גם לנזקי הרגל המופיעים במשנה הקודמת⁶, ולמעשה נוצרת לנו משנה אחת ארוכה הדנה בנזקי שן ורגל גם יחד. גם בגמרא אנו מוצאים מקרים רבים בהם השן והרגל מופיעים בצד אחד ולעומתם הקרן⁷.

³ תוס' (יו ע"ב בד"ה נובר) קובע, שההלמ"מ לגבי צרורות שייכת גם בשן, וממילא ניתן להסיק כי תשלומי נזק שלם בשן יהיו רק כאשר הנזק יגרם ע"י גוף הבהמה, וניתן להסיק אחת משתי מסקנות מקביעה זו:

א. גוף הבהמה צריך **להנות** מגוף החפץ הניזק.

ב. גוף הבהמה צריך להיות **מחובר** לחפץ הניזק (שאם לא כן יוגדר הנזק כצרורות), אבל אין צורך בהנאה מהחפץ עצמו, אלא מהמצב בכללותו (כמו שמצאנו בר"י מגאש).

⁴ ה ע"ב.

⁵ נראה כי עפ"י שיטת הר"ח וסיעתו ייתכנו נזקי שן בהם לא יהיו תשלומים כלל, ואף לא בשיעור מה שנהנית, כיון שישנם נזקי שן בהם לא היתה שום הנאה מרכושו של הניזק.

⁶ כפי שמוכח מהמשנה בדף כד ע"ב המביאה בפשטות את הקביעה: "ומה במקום שהקל על השן ועל הרגל ברה"ר שהוא פטור...".

⁷ בע"ב, ה ע"ב, ג ע"א.

נראה, שהר"ח למד מהקישור בין שן ורגל, שמדובר בנוזקים דומיא דרגל, דהיינו נוזקים שהם אפשריים כתוצאה מהפעולה המועדת, אך לא מחוייבים ממנה, ובניגוד לנוזקי הקרן.

הערה בשיטת הר"ח:

לכאורה קשה, שהרי בדף יח ע"ב משמע, שהטלת גללים לעיסה במצב של "דחיק לה עלמא" הוא צרורות וכפוף למחלוקת סומכוס ורבנן לגבי תשלומי צרורות, בעוד שבדף ג ע"א קובע הר"ח, שהטלת גללים ע"ג הפירות הוי תולדה דשן, וחיבת בנזק שלם, כך שודאי לא מדובר בצרורות.

אפשר ליישב ולטעון, שכיון שהר"ח סובר שהאב שן לא מחייב נזק בהגדרת הפעולה, אפשר לראות גם בנוזקים שנעשים ע"י כוחו (ולא גופו) נזקי שן אע"פ שהם אגביים, כאשר הסיווג לשן מותנה בכך שיש הנאה בארוע, אחרת לא חשיב שן וממילא הוי רגל וצרורות.

לפי דרך זו יש לומר, שבמקרה בדף יח ע"ב אין הנאה לבהמה ולכן הוי צרורות, ובמקרה בדף ג ע"א יש לה הנאה, ולכן אע"פ שהוי כוחו ולא גופו הוי שן ולא צרורות. עדיין צריך להסביר מדוע הטלת גללים נחשבת הנאה במקום אחד, ולא נחשבת הנאה במקום אחר, ויש לחלק, כפי שעשה רש"י בפרושו הראשון, ולקבוע שבדף יח מדובר במשלשלת וממילא אין הנאה במצב זה⁸.

III. הקבלה למחלוקת אמוראים בנושא

אפשר לטעון שבמחלוקת רש"י ור"ח לגבי שיוך השן לרגל או לקרן, נחלקו כבר רב יהודה ורבא בדף ג ע"ב:

מאי מבעה שמואל אמר מבעה זה השן.

שאלת השאלה בשיטת שמואל, מהו א"כ ה"שור" הנזכר במשנה, ובכך נחלקו האמוראים:

אמר רב יהודה: תנא שור לקרנו ומבעה לשינו... אלא אמר רבא: תנא שור לרגלו ומבעה לשינו.

ברור, שכאשר ישנן שני אבות במשנה, מגמת האמוראים היא לטעון, שמדובר בשני האבות בעלי המכנה המשותף הדומיננטי יותר, וממילא לטעון שהמחלוקת בהבנת האב "שור", היא היא המחלוקת האם שן דומיא דרגל או דומיא דקרן. בדרך ניתוח זו של המשנה הלך גם הנחלת דוד שכתב (על המשנה):

ליתן טעם אמאי דלא תני הכא ובמחוסרי כפרה "הן" והוא דלא שייך למתני "הן" רק היכא דמחלוקים כדיניהם ובהלכותיהן ולא יתאחדו רק בשיתוף השם לבד... ד' ראשי שנים הן בכלן אין דינו של זה כדינו של זה... וכן הכא גבי ד' אבות נזיקין אף דבאמת המה חלוקין בהלכותיהן מ"מ בבתניתין לא נחית להכי.

⁸ לכאורה ניתן להביא ראיה לכך שהר"ח התייחס להטלת הגללים בדף יח ע"ב כצרורות ותולדה דרגל, מכך שהוא מוסיף על דברי הגמרא, ומביא ראיה לכך שהתזת גללים בדוחק אינה שינוי מבעיתו של ר' אבא בר ממל מדף יט ע"א, ושם מדובר על תולדת הרגל.

4. חקירה בסיבת תשלומי "מה שנהנית"

הקדמה:

ישנן שתי נקודות בעייתיות בתשלום "מה שנהנית" על נזקי שן ברה"ר, האחת לגבי סכום התשלום והשניה בעצם חיובו:

I. התשלום בסך "מה שנהנית" בולט בחריגותו בתוך מערכת חיובי התשלומים. לכאורה, אם בעלי הבהמה חייב לשלם, התשלום אמור לכסות את הנזק, ואם מדובר במקרה בו הבעלים פטור מלשלם, מדוע ישנו תשלום בכלל.

II. המשנה קובעת תשלום "מה שנהנית" לגבי שן ברשות הרבים, כאשר לכאורה שן פטורה ברשות הרבים, שהרי (כא ע"ב):

בעינן בשדה אחר – ולא ברשות הרבים.

אפשר להציג ארבעה כיוונים בהבנת אופי תשלום זה.

i. בעקרון יש לניזק טענה לגבי כל סכום הנזק, אך למזיק יש פטור:

ע"מ להבין את התשלום צריך לנתח את סיבת הפטור ברה"ר. המאירי (על המשנה בדף יט ע"ב) קובע:

כמה דברים אמורים ברשות הניזק הא ברשות הרבים פטור, פי בפירות וירקות וכל מה שנקרא שן ותולדות השן, שהשן והרגל היוזק מצוי עד הרבה ואם יתחייבו ברשות הרבים לא הנחת ממון אצל בעל בהמה.

דהיינו, ע"מ לאפשר לאנשים לגדל בהמות, דבר שהוא אינטרס ברור של כל הצדדים, ניתן פטור עקרוני על נזקי שן ברה"ר, כך שמגדלי בהמות יוכלו להעביר את בהמותיהן דרך רה"ר, והי"ה בנזקי רגל. מטרת הפטור היא להגביל את הוצאות גידול הבהמה לרמה סבירה, דבר שיאפשר גידול בהמות. ולכן, אע"פ שמצד הדין המזיק היה צריך לשלם לניזק נזק שלם, כמו בכל נזק אחר, כאן חלה הפקעה של התשלום, כל עוד סיבת הפטור קיימת.

יחד עם זאת, כאשר בהמה אוכלת ברה"ר היא חוסכת לבעליה את הכסף שהוא עצמו היה מוציא ע"מ לספק לה מזון⁹, ולגבי סכום זה לא חל הפטור, שהרי אין כאן חריגה מסף ההוצאות שנקבע כלגיטימי, וממילא את הסכום הזה חייב בעל הבהמה להעביר לניזק.

ii. לניזק אין טענה כלפי המזיק, אך המזיק בכל זאת חייב לשלם:

אפשר להבין את הפטור של שן ורגל ברה"ר, לא כקביעה חיובית שמפקיעה חיובים קיימים, אלא כפונקציה של הגדרת רה"ר עצמה. המשניות בפ"ג מתארות את רה"ר כמקום "שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך"¹⁰.

⁹ טענה זו עולה בקנה אחד עם הסוגיא בדף כ ע"א, הקובעת שתשלום מה שנהנית נמדד ע"פ מחיר שעורים בזול, שהם המאכל שרגילים להאכיל לבהמות (לפי פסיקת המאירי עצמו), וכ"ש לפי הדעה האומרת שתשלום זה נמדד ע"פ מחיר קש ותבן, ועיין שם.

¹⁰ הגמרא מרחיבה תפיסה מופשטת זו של הרשויות, ועל פיה מגדירה, לגבי נזקי אדם, כל מקום בו זכויות שני הצדדים שוות כרה"ר, ואפילו אם הרשות עצמה היא ביתו הפרטי לגמרי של אדם שלישי:

"שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות - הזיקו זה את זה חייבין הוזקו זה בזה פטורין, אבל אחד ברשות ואחד שלא ברשות דברשות פטור שלא ברשות חייב" (מח ע"ב).

לאור הבנה זו של רה"ר אפשר לטעון, שלבהמה יש זכות לאכול כל מה שהיא מוצאת ברה"ר, בדיוק באותה מידה בה לניזק יש רשות להכניס לרה"ר את פרותיו. לאור האמור לעיל, מובן כי מעולם לא נוצר חיוב תשלומים על המזיק, ונמצא שבניגוד לגישה הקודמת, כאן אנו טוענים שמצד הדין לניזק לא מגיע כלום. נשאלת אם כן השאלה מדוע בכלל ישנם תשלומים, ואפילו בסך מה שנהנית.

כאן צריך לטעון שישנו דין עקרוני שכאשר זה נהנה וזה חסר, חייב הנהנה לשלם לחסר במידה בה נהנה, ללא זכות משפטית מוגדרת של הניזק לגבי סכום זה.

לכאורה בכיוון זה הלך הנמוקי יוסף¹¹ שכתב:

אע"ג דמטעמא דאבות נזיקין לא מחייב כיוון שזה נהנה וזה חסר חייב לשלם, ומיהו מה שנהנית בלחוד.

וכן משמע מרש"י (יט ע"ב ד"ה מה שנהנית) שכתב:

לאו תשלומין מעליא נינהו.

ר"ש שקאפ בשערי יוסף¹² מביא שתי אפשרויות להסביר מה עומד מאחורי דין זה של "זה נהנה וזה חסר": גזרת הכתוב וסברא¹³. תלמידו הרב גוסטמאן מבאר את דברי רבו בקונטרס "מה שנהנית"¹⁴.

א. גזרת הכתוב:

יש לימוד בידינו מעילה הקובע:

"כי יאכל קדש בשגגה" – כי יאכל פרט למזיק¹⁵.

ר"ש שקאפ מדייק, שאם האוכל חייב אך המזיק פטור, משמע שהחיוב נובע לא מדין מזיק אלא מדין אכילה, דהיינו חיוב על ההנאה. מכאן מסיק ר"ש שקאפ, שקיים דין של תשלום עבור הנאה¹⁶.

ב. סברא:

הכיוון השני שמציע ר"ש שקאפ הוא, שהתורה היא זו שחידשה את החיוב בנזקי שן ורגל בממונו שהזיק ע"מ להעניש את הבעלים, אך התורה לא חידשה דין זה ברה"ר, וממילא ברשות זו אין, ולא יכול להיות חיוב מדין מזיק. הסיבה לתשלומי "מה שנהנית" היא מהסברא שממונו

¹¹ ח ע"א בדפי הרי"ף, על המשנה.

¹² שער ג פרק כה.

¹³ מקור נוסף בגמרא לכן שקיים דין של תשלום "זה נהנה וזה חסר" הוא בגמרא בבבא מציעא מב ע"ב, שם מחייבת הגמרא תשלום עבור הנאת השומר אע"פ שמצד הדין הוא פטור מלשלם, וכן מסוגיית שבח סממנין ע"ג צמר בדף קא ע"א בבבא קמא, שם משלם עבור הצביעה אע"פ שלא גזל, ועיין שם תוס' ד"ה או דלמא.

¹⁴ קונטרסי שיעורים לבי"ק, שיעור יב.

¹⁵ יומא פ ע"ב, פא ע"א ומעילה יט ע"א.

¹⁶ כיוון זה קצת קשה מכמה סיבות:

א. מנין שדין זה קיים בכל התורה?

ב. מנין שהתשלום על המעילה הוא בשיעור מה שנהנית ולא מה שהזיקה?

ג. הרב גוסטמאן עצמו מקשה על שיטת מו"ר, ומוכיח שהראשונים סברו שהחיוב באכילת הקדש הוא כן מדין מזיק.

של הניזק ביד המזיק. דהיינו, על אכילת הבהמה אמנם לא מגיע עונש לבעליה (וממילא לניזק לא מגיע פיצוי), אבל הבהמה "לקחה" איתה את ממונו של הניזק, ואת הממון הזה צריך להחזיר. כמובן ששיעור הממון הוא שיעור מה שנהנית, שהרי זה השיעור שלקחה הבהמה.

סברא זו מופיעה בפרוש בשו"ת הרשב"א (ח"ד סימן י"ג):

דאין זה בכלל נזיקין דברחבה אינו נהשב כמזיק, אלא ממונו של זה שהיו הפירות שלו בידו של בעל הפרה שכבר נהנית¹⁷.

iii. לניזק יש טענה כלפי המזיק, אך רק לגבי סכום ההנאה:

הנחת היסוד בדרך זו היא, שברה"ר ישנה הסכמה של כלל האנשים שישנו פטור על נזקים שנעשים בצורה טבעית ורגילה. הטענה היא, שההנאה שנגרמת לבעלים לא מאפשרת להם להמשיך ולהסתתר מאחורי הפטור הכללי. הדבר יובן טוב יותר לאור הגמרא בקידושין (מג ע"א) בענין שליח לדבר עבירה:

האומר לשלוחו צא הרוג את הנפש הוא חייב ושולחו פטור, שמאי הזקן אומר משום חגי הנביא: שולחיו חייב... אמר רבא... מודה באומר לשלוחו צא ובעול את הערווה שהוא חייב ושולחו פטור, שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב.

המינוח "שלא מצינו בכל התורה זה נהנה וזה מתחייב" מורה כי הנאת השליח מהעבירה שעבר לא מאפשרת לפטור אותו מחיוב, ולמעשה ההנאה שנגרמה היא המחייבת אותו ופוטרת את המשלח.

בדומה לכך, בנזקי השן, ההנאה מערבת את המזיק ולא מאפשרת לו להסתתר מאחורי הפטור ברה"ר. אפשר על דרך משל לומר, שההנאה הפכה את הנזק לנזק ברשות היחיד, כאשר העובדה שהבעלים נהנה, מעבירה את המוקד מהפטור הכללי של רשות הרבים לחיוב על היחיד, וממילא רק צד ההנאה מופקע מהפטור העקרוני של רה"ר, ולגביו יש לניזק **זכות לתבוע**.

iv. שיטת רמי בר חמא - ישנה מחילה עקרונית ברה"ר לגבי כל השווי, פרט לסכום ההנאה:

א"ל רב חסדא לרמי בר חמא... דאבעיא לן מילי מעלייתא... הדר בחצר חברו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר או אין צריך... א"ל: מתניתין היא... אם נהנית משלמת מה שנהנית... אמר רבא: כמה חלי ולא מרניש גברא דמריה סיעייה, דאע"ג דלא דמי למתניתין קבלה מיניה, האי זה נהנה וזה חסר והאי זה נהנה וזה לא חסר. ורמי בר חמא? סתם פירות אפקורי מפקר להו.

(כ ע"ב)

לפני שנציג את השיטה שעולה מדברי רמי בר חמא נקדים קושיה של התוסי' (כ ע"ב ד"ה אפקורי) שתבהיר את דבריו:

אפקורי מפקר - לא לנמרי דא"כ אפילו מה שנהנית לא משלם. אלא מתאיש מהם, שסבור שיתקלקלו מחמת שרבים דורסים עליהם עד שלא יבואו לדמו מה שנהנית.

¹⁷ בכיוון זה אפשר ללכת גם ללא הגישה האפרוירית המובאת כאן, שכל התשלומים הם בגדר עונש על הבעלים.

נמצא, שכאשר אדם מכניס את רכושו לרה"ר הוא מודע ומקבל עליו את העובדה שישנו סיכוי שרכושו ינזק. מחילה זו מבוססת על ידיעתו שאם רכושו ינזק ע"י שן של בהמה הוא יפוצה בשיעור ההנאה, ולכן לגבי תשלום זה אין מחילה, והמזיק צריך לשלם מן הדין. כמובן שאין להסתכל על מחילה זו כצעד בחירי ורצוני של הנכנס לרה"ר (צעד הנתון לשיקול דעתו), אלא כחלק מהנורמות החברתיות שהתקבלו בחברה ואינן תלויות במחילה הפרטית של כל אדם ואדם.

צריך להדגיש, ששיטה זו נאמרה דוקא בדברי רמי בר חמא, שחלק על המהלך הפשוט בגמרא וקבע:

סתם פירות אפקורי מפקר להו¹⁸.

¹⁸ במשנה הראשונה בפרק שישי מופיעים שוב תשלומי מה שנהנית: "נפלה לגינה ונהנית משלמת מה שנהנית". הגמרא מבארת, שמדובר במקרה בו הבהמה נפלה באונס לתוך חצר הניזק ושם הזיקה בנפילתה (כאשר רמסה את הפירות עליהם היא נחתה) ואח"כ המשיכה ואכלה מהפרות שהיו בערוגה. מקרה זה לא מסתדר עם האמור בשיטת רמי בר חמא, שהרי א"א לטעון שישנה מחילה של הניזק לגבי פירות המונחים ברשותו, וכבר צויין שאכן שיטתו חלקה על המהלך הכללי בגמרא. יתר ההסברים שהובאו לעיל מיישבים את הדין המובא במשנה זו, שהרי הבהמה נפלה באונס תוך כדי הלוכה ברה"ר, והפטור ברה"ר כולל גם אונס זה.