

הרב מיכאל הרשקוביץ

ר"מ בישיבת מרכז הרב

על תכונת המזיק ופשיעת הבעלים

א. בסוגיית בבא קמא דף ג' ע"א נאמר: "אמר מר ושילח זו הרגל, וכן הוא אומר משלחי רגל השור והחמור. טעמא דכתב רחמנא משלחי רגל השור והחמור, הא לאו הכי במאי מוקמת לה, אי קרן כתיב אי שן כתיב. איצטריך, סד"א אידי ואידי אשן, והא דמכליא קרנא הא דלא מכליא קרנא, קמ"ל. והשתא דאוקימנא ארגל, שן דלא מכליא קרנא מנלן, דומיא דרגל, מה רגל לא שנה מכליא קרנא ולא שנה לא מכליא קרנא, אף שן לא שנה מכליא קרנא ולא שנה לא מכליא קרנא. אמר מר וביער זו השן, וכן הוא אומר כאשר יבער הגלל עד תומו. טעמא דכתב רחמנא כאשר יבער הגלל עד תומו, הא לאו הכי במאי אוקימנא לה, אי קרן כתיב אי רגל כתיב. איצטריך, סד"א אידי ואידי ארגל, הא דאזיל ממילא הא דשלח שלוחי, קמ"ל. והשתא דאוקי אשן, רגל דאזלה ממילא מנלן. דומיא דשן, מה שן לא שנה שלחה שלוחי ל"ש דאזל ממילא, אף רגל לא שנה שלחה שלוחי לא שנה אזלה ממילא". והיינו שברגל פשוט היה שאין להבחין בין מכליא קרנא ללא מכליא קרנא מה שאין כן בשן, ומאידך בשן פשוט שאין להבחין בין שלח שלוחי לאזלא ממילא מה שאין כן ברגל. אלא שהוסיפה הגמרא ושאלה למה לא נלמד מ"ושילח" גם שן וגם רגל שהרי מקרא זה משמע שן שהרי כתוב: "משלחי רגל השור והחמור"; ומשמע שן שהרי כתוב: "ושן בהמות אשלח בס". ותרצה הגמרא שאם משם היינו לומדים היינו אומרים שחיובו דוקא בדשלח שלוחי ולא בדאזלא ממילא, ולכן הוצרכנו למקרא המיוחד לשן.

ונחלקו ראשונים מה טעם פשוט היה לה לגמרא שברגל אין להבחין בין מכליא קרנא ללא מכליא, ומה טעם פשוט היה לה שבשן אין להבחין בין שלח שלוחי לאזלא ממילא. הרשב"א בחדושו ולדף ב ע"ב בד"ה: "ושילח זה הרגל", כתב שלעולם מצד הסברא יש להבחין אף בשן בין שלח שלוחי לאזלא ממילא, אלא שמכפל המקראות שנאמרו בשן למדנו שדין אחד יש להם בשן. שהרי מלבד המקרא: "וביער בשדה אחר", נאמר: "כי יבער איש שדה או כרם וגו'", ובירושלמי אמרו שזהו מקור לשן. והיינו שאחד המקראות מלמד על שן דשלח שלוחי, והאחר מרבה שן דאזלא ממילא. ואולם מאידך פירש הרשב"א (ובדף ג ע"א בד"ה: "שן דלא מכליא קרנא" וכן מפורש בדבריו בד"ה: "אידי ואידי אשן") שמה שפשוט שגבי רגל לא שנה מכליא קרנא לא שנה לא מכליא קרנא, הוא מסברא, שסתם רגל אינו מכלה אלא דורס ומקלקל. והיינו שלדעתו החילוק שבין שלחה שלוחי לאזלא ממילא אינו ייחודי מצד הסברא לרגל דוקא, ומאידך החילוק שבין מכליא קרנא ללא מכליא הוא מיוחד מצד הסברא לשן דוקא, ואינו שייך ברגל.

ונראה שמה שפשוט לו כן גבי האבחנה שבין שלחה שלוחי לאזלא ממילא, הוא משום שסובר שאבחנה זו הינה אבחנה בשיעור פשיעת הבעלים ולא בתכונת המזיק, ולכן היא שייכת באותה מדה בכל נזקי ממון. שכן בשלח הרי זוהי פשיעה גדולה יותר שלהם מאשר באזלא ממילא. ואולם מאידך החילוק שבין מכליא קרנא ללא מכליא הרי הוא חילוק בתכונת המזיק, ולכן הוא שייך בשן דוקא שעיקר ענינה הוא בכילוי, מה שאין כן ברגל שעיקר ענינה בלא כילוי, וכמו שכתב. על פי שיטתו זו מחוורים דברי הגמרא בהמשך, שתרצה שאילו היינו למדים גם שן וגם רגל רק מן המקרא: "ושלח" היינו אומרים שכל זה דוקא בדשלח שלוחי ולא בדאזלא ממילא, שהרי מצד הסברא אף בשן יש להבחין בין שלח שלוחי לאזלא ממילא, ולכן אם המקור היחיד לשן היה אף הוא מן המקרא: "ושלח", היינו מבחינים אף בשן בין שלח שלוחי לאזלא ממילא.

דעה אחרת מצאנו בדברי הגליון שהובאו בשמ"ק שם בד"ה: "אידי ואידי אשן". שיטה זו סוברת שאף הטעם שאין לחלק בשן בין שלח שלוחי לאזלא ממילא גם הוא מסברא. לדעה זו, מכיון שבשן עושה להנאתה, אין שליחותם של הבעלים משנה, שהרי בשל תאותה עושה הבהמה ולא מחמת שליחות הבעלים. מה שאין כן ברגל, שאין הנאה להזיקה, ולכן בלא שליחות הבעלים אינה נוטה לילך מעצמה. ועל כן ברגל יש לחלק בין אם שלחה הבעלים לבין אם מעצמה הלכה והזיקה. והיינו שסוברת שיטה זו שאף החילוק בין שלח שלוחי לבין אזלא ממילא, הוא חילוק בגדר תכונת המזיק, ולא בדרגת פשיעת הבעלים. אכן על פי זה תירוץ הגמרא שבסוף, שאם היינו לומדים גם שן וגם רגל מ"ושלח" היינו אומרים שאין החיוב אלא בדשלח שלוחי, לכאורה צריך עיון, שהרי לדעה זו בשן אף מצד הסברא אין להבחין בין שלח שלוחי לאזלא ממילא. ואכן בדברי הגליון שם העירו על קושי זה לשיטה זו, ותירצו שהאמור לקמן: "הני מילי היכא דשלחה שלוחי" אינו אלא על רגל. אלא שלפי זה הקשו על דברי התוספות ועיין שם מה שתירצו, ויש לעיין עוד בדברים אלו.

ב. התוספות בד"ה: "הא דלא מכליא קרנא" פירשו ש"לא מכליא קרנא" היינו שטינפה פירות להנאתה, והוסיפו שאף על פי שלפי זה ישנו מקור מפורש המלמד על חיוב זה, מכל מקום קרויה טניפת פירות (לקמיה בדף ג' ע"א) תולדה, משום שעיקר המקרא באכילה שהיא מכליא קרנא הוא עוסק. ואולם הרשב"א הקשה על דברי התוספות וחלק עליהם. ראייתו כנגד דברי התוספות היא מרגל, שבה אזלא ממילא אינה חשובה תולדה, ובפשטות מכיון שהיא נלמדת משן כאילו נכתבה מפורש בתורה ולכן חשובה אב. ואם כן לכאורה אין דברי התוספות מחוורים, שהרי ברגל אף שעיקר המקרא בשלח שלוחי הוא עוסק מכל מקום אף אזלא ממילא חשוב אב משום שיש לו מקור בתורה. ואם כן הוא הדין יש לומר בשן, שאף שעיקר המקרא במכליא קרנא הוא עוסק מכל מקום אף לא מכליא קרנא צריך שיחשב אב משום שיש לחיובו מקור בתורה.

והנראה שאם נאמר שהאבחנה שבין שלח שלוחי לאזלא ממילא אינה בתכונת המזיק אלא בפשיעת הבעלים, וזו שבין מכליא קרנא ללא מכליא היא בתכונת המזיק, יש

להלום דברי התוספות. שמכיון שההבדל בין מכליא קרנא ללא מכליא הוא בתכונת המזיק, יש לומר שמכליא קרנא שבו עוסק המקרא הוא אב ואולם מזיק בעל תכונה שונה ממנו דהיינו לא מכליא קרנא, אינו אלא תולדה. מה שאין כן גבי ההבדל שבין שלח שלוחי ואזלא ממילא, שבזה תכונת המזיק בשניהם שוה, וכל ההבדל אינו אלא בפשיעת הבעלים, שבזה מכיון שאין הבדל בתכונת המזיק הכל חשוב אב. אכן הרשב"א, הסובר כפי שכבר הראינו לעיל כחילוק זה שבין ענין מכליא קרנא לענין שלח שלוחי, מכל מקום סובר לשענין גדרי אב ותולדה אין זה משנה, שכן לדעתו אין להבחין בין בגדרי תכונת המזיק וגדרי דרגת פשיעת הבעלים לענין הגדרת אב ותולדה. ולכן הקשה על דעת התוספות וחלק על שיטתם.

ג. בסוגית דף ג ע"א הנ"ל, על דברי הגמרא: "סד"א אידי ואידי אשן הא דמכליא קרנא הא דלא מכליא", הקשו ראשונים למה צריכים לשני מקראות שהרי די במקרא: "ושילח" ללמד על שן דלא מכליא קרנא ונלמד מכל שכן משם על מכליא קרנא. רש"י תירץ: "אי מהא קרא ה"א האי אתי להיכא דמכליא, אבל לא מכליא לא, הלכך איכא למימר ודאי אידי ואידי אשן אי לאו דכתב רחמנא משלחי רגל השור". והתוספות תירצו שאם היה כתוב רק המקרא: "ושילח" היינו אומרים שדוקא בששלח שלוחי יתחייב ולא בדאזלא ממילא.

בפשטות נראה שנחלקו תוספות על רש"י ולא פירשו כמותו, משום שלדעתם הטעם שהיתה סברא לחלק בין מכליא קרנא בשן ללא מכליא הוא משום שנאמר: "וביער", ומקור לכך יש מרגל שלמדנו מ"ושילח" שאמרה הגמרא שאין לחלק בין מכליא קרנא ללא מכליא, ובפשטות משום שדוקא במקום שנאמר "וביער" יש לחלק. ולכן אילו היינו למדים שן מ"ושילח" אין לכאורה יסוד לומר שדוקא במכליא קרנא מקרא זה עוסק¹. אכן כך נראה לכאורה בפשטות שסובר אף רש"י במה שכתב לקמן בד"ה: "מה רגל לא שנא כו'" שפירש שברגל אין לחלק בין מכליא ללא מכליא משום שלא נכתב בה "וביער". לאור זאת לכאורה צריכה שיטתו של רש"י עיון ובעיקר שדבריו לפי זה נראים כסותרים אהדדי.

בישוב דברי רש"י נראה שסובר אף הוא שמסברא יש להבחין בשן בין מכליא קרנא לבין לא מכליא, שכן עיקר ענינה של שן הוא בכליו. ולכן סובר שגם אם היינו למדים שן מן המקרא "ושילח" לבדו, היינו אומרים שבמכליא קרנא הוא עוסק, שהרי זהו עיקר ענינה של שן. ואולם מאידך סובר הוא שרגל עיקר ענינה אינה בכליו אלא בדריסה וקלקול, ולכן אם נלמד רגל מ"ושילח" בלבד, מסתבר לפרשו בלא מכליא קרנא כל אימת שלא יכתב מפרוש שבביעור אנו עוסקים. וזוהי בפשטות כונת רש"י במה שכתב שברגל לא נחלק בין מכליא ללא מכליא משום שלא נאמר בה "וביער".

1. ועל גם בדברי מהרש"א מהר"ם ונחלת דוד מה שכתבו.

ומה שתירצה הגמרא שאילו היינו למדים גם שן וגם רגל מ"ושילח" היינו אומרים שכל זה הוא דוקא בדשלח שלוחי, יש לפרש לדעתו כנ"ל בדעת הרשב"א שזה משום שאבחנה זו שבדרגת פשיעת הבעלים שייכת מסברא באותה מידה גם בשן וגן ברגל.

אכן התוספות סוברים כאמור שהאבחנה בשן בין מכליא קרנא ללא מכליא נובעת מהלימוד מ"וביער", והאבחנה שבין שלח שלוחי לאזלא ממילא ברגל נובעת מהלימוד מ"ושילח" ולכן נחלקו על דעת רש"י בזה.

ד. בדף ג' ע"ב בתוספות ד"ה: "משורו למדנו" הביאו דעת הרשב"ם שפירש שלרב הסובר כולם משורו למדנו יש לומר דהיינו מהצד השהו משור ובור, שכן משור לבד אי אפשר ללמוד שיש לפרוך מה לשור שכן בעל חיים וכוונתו להזיק. אלא שהקשו על דבריו שאם גם מבור למדנו יש לפטור בהם כלים כבור ואם כן קשה שלקמן בהמניח (ודף כח) מחייב בהם רב כלים גבי נשבר כדו. ובפשטות היינו שסוברים התוספות שמכיון שלמדנו אף מדבר שיש בו קולא, תהא קולא זו נוהגת אף בדבר הנלמד, שהרי מכיון שמהצד השהו למדנו, אין חלות בנלמד אלא החומרות והחיובים שיש בשני המלמדים. ולכאורה נראה מדבריהם אלו שתמיד לדעתם בכל לימוד מהצד השהו הדין כן.

בדף ו' ע"א דנה הגמרא מה בא הצד השהו שבמשנה לרבות, וכמה תירוצים נאמרו שם בזה. אביי פירש באבנו סכיננו ומשאו, שמבור ואש למדנו שאף שכח אחר מעורב בהם חייב. לדעת רבא בבור המתגלגל אנו עוסקים, שמבור ושור למדנו שאף שלא מעשוי גרמו מכל מקום חייב. רב אדא בר אהבה העמיד בדין הפותקים ביבותיהם וגורפים מערותיהם וכו', שמבור ושור למדנו שחייב אף שעשה ברשות. ורבינא תירץ בכותל ואילן שנפלו לרשות הרבים, שמשור ובור למדנו שאף שאין תחילת עשייתן לנזק חייב.

יש מן הראשונים שכתבו שבכל אלו רק חיובים שיש בשני המלמדים יש בנלמד. הרא"ש בפסקיו בסימן א הביא שיטה זו, הוא הוסיף שיש שנסתפקו בדבר, ואולם הוא עצמו סובר שבכל ההלכות האלו שבדף ו' דין בור יש להם. הוא הוכיח כן ממה שלשמואל הסובר תנא שור לרגלו, שור שממנו למדנו היינו רגל, ואם כן במה שלמדנו משור ובור כיצד מחייבים ברשות הרבים והרי רגל שאף ממנה למדנו פטורה ברשות הרבים. אלא על כרחין נראה שהלימוד בעיקרו הוא מבור, שכן בור גמור הוא אבנו סכיננו ומשאו לבתר דנייחי, וכן בור המתגלגל וכן כותל ואילן וכן הפותקים ביבותיהם וכו', והלימוד מן המלמד השני אינו אלא לסלק את הפירכא. עוד הוסיף והראה הרא"ש שאף התוספות בדף ו' ע"א ד"ה: "תאמר בהני דברשות וכו' סוברים כדבריו. תוספות שם הקשו למ"ד תנא שור לרגלו איך אמרו שור יוכיח שאף ברשות חייב והרי ברגל אינו חייב אלא ברשות הניזק שאינו ברשות. ותירצו שיש ללמוד מרגל בשהלך ברשות הרבים והתיז והזיק ברשות היחיד שחייב. ולכאורה יש קושי בדבריהם אלו של התוספות, שהרי מכיון שברגל פטור ברשות הרבים אי אפשר ללמוד מרגל על הפותקים ביבותיהם וכו' לחייב ברה"ר ועדיין לכאורה אין לימוד זה מחוור. ומתוך כך הראה הרא"ש שאף

תוספות סוברים כדעתו, והיינו שעיקר הלימוד הוא מבור שעל נזקיו חייבים ברה"ר, והלימוד משור אינו אלא לסילוק הפרכא ולכן אין קושי במה שכתבו.

אכן מעתה לאור הבנה זו של הרא"ש בשיטת התוספות בדף ו ע"א, לכאורה אין דבריהם אלו עולים בקנה אחד עם דברי התוספות שבדף ג ע"ב הנ"ל הסוברים לכאורה בפשטות שבדבר הנלמד מבמה הצד תנהג כל קולא שיש באחד מן המלמדים וכנ"ל, ולכאורה כשיטה הראשונה שהביא הרא"ש בדבריו וחלק עליה.²

ואף בדעת הרא"ש יש לעיין שכן מן הדברים שבתוספי תוספותיו שהובאו בשמ"ק לדף ג ע"ב נראה שאף הוא סובר כדברי התוספות שם, שכן אף לו הוקשה מה שהקשו התוספות, והוצרך לתרץ שמבור ושור דנזיקין למדנו, ע"ש בדבריו. וא"כ לכאורה אין זה עולה בקנה אחד עם מה שכתב בפסקיו על ההלכות הנ"ל שבדף ו.³

הנראה מכל זה שהרא"ש מבחין בנידון דידן, בין דרגת פשיעת הבעלים לבין תכונת המזיק. דרגת פשיעת הבעלים, הינה תכונה משותפת לכל נזקי ממון ושייכת באותה מידה בכלם, ואולם הפטורים היחודיים שיש בכל אחד מאבות הנזיקין נעוצים בתכונותיו המיוחדות לו. לכן מכיון שהגדרים: כח אחר מעורב, מעשיו גרמו, ברשות, ותחילת עשייתן לנזק, כל אלו הם גדרים בדרגת פשיעת הבעלים, והפרכות הן מצד גדרים אלו, על כן מה שלמדנו מאב נוסף לסילוק פרכות אלו אינו אלא לענין דרגת פשיעת הבעלים השייכת בכל אבות הנזיקין באותה מידה. והיינו שבא האב הנוסף ללמד שאף בדרגת פשיעה זו שהיא פחותה יותר חייבה תורה. לכן אין לומר שפטורים שיש באב נוסף זה יחולו על הנלמד, שהרי לא בדרגת פשיעת הבעלים באב זה נעוץ הפטור אלא בתכונתו העצמית שאינה דומה לתכונתו העצמית של הנלמד, שתכונתו העצמית היא כשל המלמד הראשון דהיינו בנידון דידן בור. והוא שכתב הרא"ש שכל הלכות אלו שבדף ו יש לדמות לבור שכן מצד תכונת המזיק העצמית דומים כולם לבור. אכן בדברי התוספות בדף ג ע"ב היתה הפרכא על הלימוד משור, שכן בעל חיים וכוונתו להזיק, שזוהי פרכא מצד תכונת המזיק, ולפיכך מה שלמדנו מבור הוא לענין תכונת המזיק, ולכן הקשו התוספות שיש לפטור כלים כבבור, שהרי לאור זאת דומה הנלמד בתכונתו העצמית לבור, ולכן צריך פטור זה הנעוץ בתכונתו העצמית של בור לחול אף בו. לאור זאת יעלו בקנה אחד דברי הרא"ש בפסקיו עם דבריו שבתוספי תוספותיו בדף ג ע"ב, וכן דברי התוספות שבדף ג ע"ב עם דברי התוספות שבדף ו ע"א שעל פי הבנת הרא"ש.⁴

2. ע' יש"ש סי' ח, וספר יד דוד לב"ק דף ו על תוד"ה 'תאמר', שהעירו כן. ובפשטות גם הפלפולא חריפתא על הרא"ש שם אות ש, לכן נתכוין.

3. ע' בספר יד דוד שם שהעיר כן.

4. הפלפולא חריפתא על דברי הרא"ש שם רצה להוכיח גם מדברי התוספות שבדף טו ע"ב בד"ה: 'והשתא דאמרת', שסוברים כרא"ש. שתוספות שם כתבו שלמ"ד פלגא נזקא קנסא חשוב כלבא דאכל אמרי ברברי תולדה של קרן שהרי שניהם משונים הם, ואף על פי שקרן כונתו להזיק. ופירש הפלפולא חריפתא

לאור זאת, יש לעיין בטעמה ויסודה של שיטת הרא"ש והתוספות, המחלקים כנ"ל בין פשיעת הבעלים לתכונת המזיק. לכאורה היה נראה שאף זה תלוי בשאלה במה נעוץ יסוד החיוב בנזקי ממון, אם בפשיעת הבעלים, או בכך שממונו הוא שהזיק. שאם פשיעת הבעלים היא יסוד החיוב, נמצא שהחיובים והפטורים שיש בכל אב, בפשיעת הבעלים הם נעוצים, ואם כן לכאורה אין לומר כדברי הרא"ש והתוספות שהרי לדעתם כנ"ל לא בדרגת פשיעת הבעלים נעוצים הפטורים היחודיים שבכל אב אלא בתכונת המזיק. ולכאורה מוכח שסוברים שיסוד החיוב בנזקי ממון הוא מצד שזהו ממונו, ופשיעת הבעלים אינה אלא תנאי לחיוב, ולכן מחוור שבתכונת המזיק נעוצים הפטורים שבכל אב ולא בפשיעת הבעלים. ואולם אפשר שאין בכך הכרח משום שלעולם אף פשיעת הבעלים הינה יסוד החיוב, מכל מקום סברא היא שדרגת פשיעת הבעלים גדר כללי הוא השייך ומשותף לכל אבות נזיקין, והפטורים היחודיים שיש בכל אחד מאבות נזיקין, נעוצים בתכונותיו העצמיות של כל אחד ואחד מהם.

ה. הנמוקי יוסף על הרי"ף דף א ע"ב כתב שאבנו סכינו ומשאו שנתקלו בהם בני אדם והזקו לבתר דנייה, תולדה דבור הם שהרי הם כבורו המתגלגל. ואף על פי שלא הזיקו במקום שהניחו, מבמה הצד משור ובור למדנו שחייב. והוסיף: "ומיהו כיון דמדינא דשור ובור אתיא לא מחייב אלא בקל שבשניהם, דהיינו בור שפטור ממיתת אדם ונזקי כלים. וליכא למימר בקל דקרון תמה, דכי אתיא משור, מקרן מועדת דשור הוא דאתיא, דהיא היא שדרכה לילך ולהזיק. וליכא למימר דכי אתיא משור, משן ורגל קאמר, דהא מחייבינן ליה ברשות הרבים ושן ורגל פטור ברשות הרבים" עכ"ל.

הרי שסובר כשיטת הראשונים שהביא הרא"ש בראש דבריו, הסוברת שחיובו של הנלמד מבמה הצד יהא כחיוב שיש בשני המלמדים וכל קולא שיש באחד מהם תנהג

שצריך לומר לדעתם שאף ששונה קרן מכלבא דאכל אמרי רברבי שכן קרן כוונתו להזיק, מכל מקום משן ורגל למדנו שחייב ואף שאין כוונתם להזיק. והעיר שלפי זה צריך היה לפטור ברשות הרבים כשן ורגל, ומכאן הוכיח שעל כרחין בעיקרו דומה כלבא דאכל אמרי רברבי לקרן וזהו עיקר חיובו, ולא למדנו משן ורגל אלא לסלק הפרכא, וכסברת הרא"ש. ואכן לאור מה שכתבנו בביאור דעת הרא"ש, דבריו צריכים לכאורה עיון. שהרי הפרכא היא מצד שכלבא דאכל אמרי רברבי אין כוונתו להזיק, והיינו לכאורה מצד תכונת המזיק, ומה שלמדנו משן ורגל בא לסלק פרכא זו, והרי זה כנידון להתוספות הנ"ל בדף ג ע"ב, ואם כן אף לדעת הרא"ש לאור דברינו צריך לכאורה שיחולו הפטורים שיש בשן ורגל. והיינו בפשטות שהפלפולא חריפתא אינו סובר כחילוק שכתבנו בדעת הרא"ש והתוספות בין הנידון שבתוספות בדף ג ע"ב לבין ההלכות שבדף ו. ואכן הוא בסוף דבריו שם העיר שמדברי הרא"ש קשה על מה שהקשו תוספות הנ"ל שבדף ג ע"ב, ולדברינו אין בכך כאמור כל קושי. אלא שמעתה לאור דברינו, אם נפרש דברי התוספות שבדף טו כפלפולא חריפתא, לכאורה לא יעלו דברי תוספות אלו עם דברי תוספות בדף ג ע"ב. ושמא אין הכרח לפרש דברי תוספות שבדף טו כמו שפירשם הפלפולא חריפתא, ואפשר גם שתוספות שם סוברים שכונתו להזיק קובע גדר בדרגת פשיעת הבעלים וכדברי מהר"י כ"ץ שהבאנו להלן בפסקה ח, וצ"ע.

אף בנלמד ושלא כשיטת הרא"ש. שהרי לדעתו עיקרון זה הוא אף במקום שלא הוצרכנו לבמה הצד אלא לסילוק פרכא מענין דרגת פשיעת הבעלים. והיינו שסובר שחובים ופטורים שבכל אב ואב, גם בדרגת פשיעת הבעלים שבו היא נעוצה, שכן אף היא קובעת ומגדירה את יחודו ואפיו של כל אב.

ו. בשמ"ק הובא תירוץ מהר"ם על קושיית התוספות הנ"ל שבדף ג ע"ב על דעת רשב"ם. הוא תירץ: "דהכא ליכא למימר דיו, דעיקר הדין משור, ולא קאמר בור יוכיח אלא לסלק הפרכא. והיינו דרך דומה לדברים שכתב הרא"ש בסוגית דף ו הנ"ל, אלא שהוא כתב כן אף במקום שהלימוד בא לסלק פרכא מצד תכונת המזיק ולא מצד פשיעת הבעלים ולכן דבריו צריכים לכאורה עיון, למה עיקר הדין משור, ולא יחולו הפטורים של בור.

ואפשר שהוא מבחין בתכונת המזיק בין דרך מעשה ההיזק וטעם החיוב ויסודו, לבין כח המזיק וטיבו. וסובר שהפטור הייחודי שבכל אב נעוץ בתכונה היסודית שהיא הדרך בה נעשה ההיזק וטעם החיוב ויסודו, ולא בכוחו וטיבו של המזיק. על כן אף בשור הוא מבחין בין דרך עשיית ההיזק וטעם החיוב מצד שהוא ממונו, לבין היותו בעל חיים וכוונתו להזיק. לפיכך אין הפרכא מצד היותו בעל חיים וכוונתו להזיק, פרכא מצד עיקר תכונת המזיק שבה נעוצים הפטור והחיוב, אלא מצד כוחו וטיבו של המזיק. ולכן מה שמבור למדנו לסילוק פרכא זו, אין בו כדי שינהגו פטורי בור המיוחדים לו אף בנלמד דידן, שכן ביסודו, מצד תכונותיו הקובעות את הפטורים היחודיים שבכל אב, נלמד זה דומה הוא לשור.

ואפשר עוד שאף הוא אינו מחלק בין שתי בחינות אלו שבתכונת המזיק, אלא שסובר שחומרות אלו של שור, שבעל חיים וכוונתו להזיק, אינן אלא מצד שמטעם זה פשיעת הבעלים גדולה יותר, שכן בעל חיים וכוונתו להזיק היה לו לתת יותר את דעתו לשמרו. וכדרך שפירש מהר"י כ"ץ, שהבאנו דבריו לקמן, את טעם מסקנת הגמרא בדף ד ע"א שכונתו להזיק חמור מאין כונתו להזיק.

בשמ"ק הובא גם מה שפירש הר' משה דאיוורא וזו לשונו: "דאף על גב דאתי במה הצד השור משור ובור, מיהו כיון דדמי לשור, דין הוא לחייבם בכלים, דאטו מלתא דאתיא בהצד השור דכלהו אבות כגון פותקין ביבותיהן נקל עליהן כל קולות האבות, חצי נזק ורשות הרבים וכלים, זה לא יתכן". ובפשטות אף דעתו כדעת מהר"ם הנ"ל.⁵

ז. בסוגית דף ג ע"ב: "אמר רב יהודה תנא שור לקרנו ומבעה לשינו. והכי קאמר לא ראי הקרן שאין הנאה להזיקו כראי השן שיש הנאה להזיקה, ולא ראי השן שאין כוונתו להזיק כראי הקרן שכוונתו להזיק. ולא ק"ו הוא, ומה שן שאין כוונתו להזיק חייב, קרן שכוונתו להזיק לא כ"ש. איצטריך ס"ד אמינא מידי דהוה אעבד ואמה וכו'. אלא פריך

5. ויעויין עוד בשמ"ק שם שהביא תרוצים נוספים על דברי רשב"ם ואכ"מ.

הכי, לא ראי הקרן שכוונתו להזיק כראי השן שאין כוונתו להזיק, ולא ראי השן שיש הנאה להזיקו כראי הקרן שאין הנאה להזיקו".

ויש לפרש את טעם ההו"א וטעם המסקנה, וכבר העירו על כך הראשונים. והיינו שבתחילה סברו לומר שחמור קרן משן שכן קרן אין הנאה להזיקו ושן יש הנאה להזיקו, ומאידך חמור שן מקרן שכן שן אין כוונתה להזיק וקרן כוונתה להזיק. ופירשו התוספות ועוד ראשונים, שבשאר הנאה להזיקו גדולה יותר היא פשיעת הבעלים, משום שבקל יכול היה לשומרו מה שאין כן בשיש הנאה להזיקו. ובאין כונתו להזיק גדולה יותר היא פשיעת הבעלים, משום שאין יצרה תקפה ובקל יכול היה לשמרה מה שאין כן בשכוונתו להזיק. אכן למסקנה נקטו איפכא, והיינו שכוונתו להזיק חמור יותר מאין כוונתו להזיק ויש הנאה להזיקה חמור יותר מאין הנאה להזיקה. ובטעם קושית הגמרא: "ולאו ק"ו הוא וכו'" ומסקנתה, לדעת התוספות בפירוש ההו"א, מצינו בדברי הראשונים שתי שיטות. מהר"י כהן צדק (הו"ד בשמ"ק בראש דף ד ע"א) פירש במה ששאלה הגמרא ולאו ק"ו הוא וכו', "ומה שן שאין כוונתו להזיק ולא היה לו לאסוקי אדעתיה לנטורי, קרן שכוונתו להזיק לא כל שכן, דהוי ליה לאסוקי אדעתיה לנטוריה, דכיון שכוונתו להזיק הוי פושע". ובפשטות מפרשת שיטה זו כעין זה גם במה חמור יש הנאה להזיקו מאין הנאה להזיקו, והיינו שביש הנאה היה לו לאסוקי אדעתיה לנטוריה והוי פושע מה שאין כן באין הנאה להזיקו. והיינו שלשיטה זו מסקנת הגמרא היא שאדרבא, גם מצד דרגת פשיעת הבעלים יש חומרא גדולה יותר בכוונתו להזיק מאין כוונתו להזיק וביש הנאה להזיקו מאין הנאה להזיקו. אכן מהר"י (שהו"ד גם כן בשמ"ק שם) כתב וז"ל: "דהאי דקאמר ולאו קל וחומר וכולי, לא קאי אקולא וחומרא דשן ורגל אבעלים, אלא אבהמה ושפיר פריך". והיינו בפשטות שאמנם אם נדון מצד הבעלים, והיינו פשיעת הבעלים, אכן חמור יותר אין הנאה להזיקו מיש הנאה להזיקו, ואין כוונתו להזיק מכוונתו להזיק, מן הטעם שכתבו התוספות והראשונים בפירוש ההו"א. אלא שעם כל זאת איפכא מסתברא, שכן מצד הבהמה, והיינו תכונת המזיק, חשוב כוונתו להזיק מזיק גדול וחמור יותר מזה שאין כוונתו להזיק, וחשוב יש להנאה להזיקו מזיק גדול וחמור יותר מזה שאין הנאה להזיקו".

אכן יש לעיין בדעת מהר"י למה למסקנת הגמרא עדיפא לדעתו תכונת המזיק לענין קביעת החומרא, מדרגת פשיעת הבעלים. בפשטות נראה שסובר, שלמסקנה יסוד החיוב בנזקי ממון אינו נעוץ בפשיעה, אלא בכך שחשוב מזיק והוא ממונו, ולכן אין לתלות את עיקר החומרא שבכל אב נזיקין בדרגת פשיעת הבעלים שבו, אלא בדרגת היותו בגדר מזיק. ואולם אפשר שאף אם הפשיעה היא יסוד החיוב, עם כל זאת מכיון

6. כמו שכתב רש"י וכפי שהשיב הר"י אבן מיגש בתשובתו שהובאה בשמ"ק, שהקושיה על שני הצדדים, שהרי למסקנה חזרה בה הגמרא משני הצדדים, גם ממה שסברה לומר שאין הנאה להזיקו חמור יותר, וגם ממה שסברה שאין כוונתו להזיק חמור יותר.

שגדר מזיק תנאי הוא להחשבת פשיעתו לחייב עליה, לכן מכל מקום בתכונת המזיק נעוצה החומרא וצ"ע.

ומהר"י כהן צדק, נראה בפשטות שהוא חולק וסובר שאף למסקנה בדרגת פשיעת הבעלים הכל תלוי.

דרך אחרת יש לו לראב"ד בפירוש הסוגיה. בפירוש ההו"א כתב: "לא ראי הקרן שאין הנאה להזיקה, וכיון שהוא מזיק ולא נהנה דין הוא שיהא חייב. אבל שן דלהנאתו הוא מתכוין ולא להזיק לא נתחייב. ולא ראי השן שאין כונתו להזיק ואיבעי ליה לאסוקי אדעתיה דאכיל ומפסיד, אבל קרן שכונתו להזיק ומשונה הוא לא בעי ליה לאסוקי אדעתיה ויהא פטור". ובפירוש קושית הגמרא כל שכתב: "ולאו קל וחומר הוא אדרבא שן דאין כונתו להזיק יהא פטור, וקרן שכונתו להזיק יהא חייב".

לדעתו להו"א טעם החומרא באין הנאה להזיקו הוא משום שמכיון שאינו עושה להנאה אלא להזיק, חשוב מזיק, מה שאין כן כשעושה להנאה ולא להזיק אינו חשוב מזיק שחייבה עליו תורה, והיינו מצד תכונת המזיק.⁷ ומאידך הטעם להחמיר בשאין כונתו להזיק הוא משום שמכיון שאין כונתו להזיק איבעי ליה לאסוקי אדעתיה דאכיל ומפסיד, מה שאין כן בשכונתו להזיק שמשונה הוא ולכן לא בעי ליה לאסוקי אדעתיה ולכן יהא פטור, והיינו מצד דרגת פשיעת הבעלים. כלומר שסברה הגמרא להו"א, שגם תכונת המזיק וגם שיעור פשיעת הבעלים קובעים לענין החומרא, ולכן יש לדון שמצד תכונת המזיק חמור אין הנאה להזיקו מיש הנאה להזיקו, ואולם מצד דרגת פשיעת הבעלים חמור אין כונתו להזיק מכונתו להזיק.

ויש לפרש לדעתו מה הקשתה הגמרא על כך "ולאו ק"ו הוא" ומה סוברת למסקנה. ובעיקר שהרי לדעתו בהו"א הטעם לחומרא בשאין הנאה להזיקה הוא משום שנמצא שכל כוונתה להזיק ולא להנאה, ואם כן אף להו"א סברה שיש חומרא בכוונתו להזיק מאין כונתו להזיק. וכן הטעם בהו"א לחומרא בשאין כוונתה להזיק הוא משום שאין זה משונה ולכן היה לו לאסוקי אדעתיה, והיינו שאף להו"א סברה הגמרא שיש חומרא ביש הנאה להזיקה מאין הנאה להזיקה. ולפי זה מהו שהקשתה ולאו ק"ו הוא, שהרי גם בהו"א סברו שאם מצד תכונת המזיק חמור כוונתו להזיק מאין כוונתו להזיק, ואם מצד פשיעת הבעלים חמור יש הנאה להזיקו מכונתו להזיק ומשונה הוא, משום דלא בעי ליה לאסוקי אדעתיה.

ואפשר שלדעתו קושית הגמרא היא שבכל מה שסברה הגמרא בהו"א איפכא מסתברא. שכן אף נדון מצד פשיעת הבעלים איפכא מסתברא, שהרי גם מצד זה חמור כוונתו להזיק מאין כוונתו להזיק. ויש לפרש כדרך שפירש מהר"י כ"ץ שאדרבא בכוונתו להזיק היה לו יותר לאסוקי אדעתיה. ומאידך גם אם נדון מצד תכונת המזיק איפכא

7. כעין טעם זה כתב גם רב כלוף ז"ל בר אברהם בשאלתו לר"י אבן מיגש הו"ד בשמ"ק.

מסתברא, משום שגם מצד זה חמור יש הנאה להזיקה מאין הנאה להזיקה. ובטעם הדבר אפשר שיש לפרש כדברי רב כלוף ז"ל בר אברהם בשאלתו את הר"י מיגש שהובאה בשמ"ק בסוגיה זו. בדבריו שם העלה את האפשרות לפרש סברת ההו"א שאין הנאה להזיקה חמור יותר, כדרך שפירש הראב"ד, ובפירושו המסקנה על פי דרך זו, כתב שסוברת הגמרא שאומר הניזק למזיק "ממונא אית לי גבך לפי שכבר הרווחת דמי מאכל הבהמה שהיית מאכיל אותה אותו יום", לעומת קרן שאין לבעלים הנאה בהזיקה.

כמסקנת הגמרא, והיינו שכוונתו להזיק ויש הנאה להזיקו הם טעמים להחמיר, מצינו במקומות נוספים, ובפשטות יש לפרש כשיטות הראשונים האלה.

ח. בסוגית דף ג ע"ב אמרה הגמרא גבי אבנו סכינא ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו, "היכי דמי אי בהדי דאזלו קא מזקי, היינו אש, מ"ש אש דכח אחר מעורב בה וממונך ושמירתו עליך, הני נמי כח אחר מעורב בהן וממונך ושמירתן עליך. אלא תולדה דאש כאש". ובפשטות נראה מדברי הגמרא שהחיוב באש נעוץ גם בתכונה זו שכן אחר מעורב בה, והיינו שתכונה זו יש בה חומרא. וכך פירש רש"י שכתב בד"ה: "דכח אחר מעורב בה". "והוה ליה לאסוקי אדעתיה". וכדברים אלה יש בסוגית הגמרא בדף ו ע"א שאף שם נאמר שחיוב אבנו סכינא ומשאו שהניחן בראש גגו והזיקו בהדי דקא אזלי, יש ללמוד מאש שכן אחר מעורב בה וממונך ושמירתו עליך.

אלא שבהמשך סוגית הגמרא בדף ו שם נזכרת תכונה זו שכן אחר מעורב כטעם להקל. שגבי אבנו סכינא ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו בתר דנייחי, אמרה הגמרא: "אי דאפקרינהו בין לרב בין לשמואל היינו בור, מאי שנא בור שכן תחילת עשייתו לניזק וממונך ושמירתן עליך הני נמי תחילת עשייתן לניזק וממונך ושמירתן עליך. אלא דלא אפקרינהו, לשמואל דאמר כולם מבורו למדנו היינו בור. לעולם דאפקרינהו ולא דמו לבור, מה לבור שכן אין כח אחר מעורב בו, תאמר בהני שכן אחר מעורב בהן. אש תוכיח וכו'". ועוד הוסיפו התוספות בדף ב ע"א והוכיחו שכן אחר מעורב אינו חומרא מתוך שלא מצינו שנזכרת תכונה זו כחומרא שיש באש מבשור. ומשום כך נחלקו התוספות על פירוש רש"י הנ"ל שבדף ג ע"ב, ופירשו את דברי הגמרא בדרך אחרת. לדעתם כונתם הדברים היא: "מאי שנא אש שאע"פ שכן אחר מעורב בו ראוי להתחייב בו משום שהוא ממונך ושמירתו עליך". והיינו שלעולם תכונה זו שכן אחר מעורב קולא היא. וגם רבנו פרץ בתוספותיו הראה מסוגית דף ו כנ"ל, שתכונה זו שכן אחר מעורב, קולא היא, ולכן פירש אף הוא בסוגית דף ג ע"ב כדרך שפירשו התוספות.

ואולם הרשב"א בחדושו לדף ג ע"ב בד"ה: "מאי שנא אש דכח אחר מעורב בו" פירש בסוגית דף ג ע"ב כדרך שפירש רש"י וכתב: "טעם זה של כח אחר מעורב בו פעמים שתופסו לקולא ופעמים שתופסו לחומרא, כל אחד לפי מקומו, דודאי קולא וחומרא

יש בו. וכאן תופסו לחומרא ולומר על כן חייבה בו תורה שאע"פ שבעל התקלה אינו מדליק את הגדיש ממש, מ"מ מיד שהוא מדליק את האש מצוי הוא להתערב עמו מיד כח אחר שמוליכו ומזיק, וכן הטעם באבנו וסכינו שהניחן בראש גגו שמצויין ליפול ברוח מצויה".

ובפשטות נראה שרצונו לומר שאם נדון מצד דרגת פשיעת הבעלים ומעורבותם בהזיק, מכיון שאף כח אחר מעורב פחותה היא דרגת פשיעת הבעלים. ואולם מצד תכונת המזיק, מכיון שמיד לאחר שהאש הודלקה יש אפשרות שיתערב בה כח אחר שיוליכנה להזיק, חשובה היא מטעם זה מזיק גדול וחמור. אכן רש"י פירש חומרת אש מצד שכח אחר מעורב בכתבו: "והוה ליה לאסוקי אדעתיה" והיינו בפשטות שמכיון שכח אחר מעורב היה להם לתת דעתם על כך שההזיק מזומן ולכן פשיעתם גדולה היא. ודומה לשיטת מהר"י כ"ץ הנ"ל גבי כונתו להזיק ויש הנאה להזיקה. והיינו שלדעת רש"י אף מצד דרגת פשיעת הבעלים לבדה, יש צד לומר שחשוב כח אחר מעורב קולא, ויש צד לומר שחשוב חומרא וכנ"ל. ולכאורה אפשר היה לומר שאף הרשב"א לכך נתכוין, ורק פירש מה טעם הוה ליה לאסוקי אדעתיה, ואולם מתוך שלא הזכיר כלל פשיעת הבעלים, נראה בפשטות שלדעתו נעוצה החומרא בתכונת המזיק בלבד וצ"ע.