

**התפתחות ומגמות פרשניות בדיני הנזיקין התלמודיים**

**לאור מקרי פטור חריגים**

**חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה"**

**מ א ת**

**אבישלום וסטרייך**

**התוכנית ללימודי פרשנות**

**אוניברסיטת בר אילן**

**הוגש לסנט של אוניברסיטת בר אילן**

**טבת תשס"ז**

עבודה זו נעשתה בהדרכתם של:

פרופ' דוד הנשקה

המחלקה לתלמוד, אוניברסיטת בר אילן

ופרופ' יאיר לורברבוים

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן

## תודות

רבים סיעוני בכתיבתה של עבודה זו, בחומר וברוח, ולכולם שלוחה תודתי:

לקרן הנשיא לדוקטורנטים מצטיינים, אוניברסיטת בר אילן, על המלגה שניתנה לי במשך שנות כתיבת הדוקטורט.

לקרן הזכרון לתרבות יהודית (Memorial Foundation for Jewish Culture) על מלגת הדוקטורט, שאיפשרה לי להשלים את עבודתי.

לשני מנחיי, פרופ' דוד הנשקה ופרופ' יאיר לורברבוים, על הערותיהם המחכימות וביקורותיהם הנוקבות, שהובילו את המחקר למקום בו הוא נמצא כעת.

תודה מיוחדת שלוחה לפרופ' אבי שגיא, ראש התוכנית ללימודי פרשנות. הליווי והתמיכה להם זכיתי ממנו לאורך שנים רבות קשה למצוא כדוגמתם, והם שאיפשרו את כתיבתה של עבודה זו.

למכון הגבוה לתורה באוניברסיטת בר אילן, לראשו ולמוריו. המכון שימש לי כאכסנייה במרבית שנות הדוקטורט, ובו ניתן לי להתמקד בעבודתי ללא הפרעה. בפרט, ברצוני להודות לראש המכון, הרב אהרון כץ, לרב שלמה ז' פיק, לרועי זק ולחברי הרבים במכון, שקצרה היריעה מלהזכירם. שיחותי הרבות עימם סייעו לי ללבן את הסוגיות הקשות בהן עוסק מחקר זה.

למכון ללימודים מתקדמים שבמכון שלום הרטמן בירושלים, אליו הצטרפתי בשנה האחרונה של כתיבת הדוקטורט, ולראשו, פרופ' דוד הרטמן. לידידי חזקי שוהם, ששיחותנו במכון ובדרכים משוקעות במחקר. לספריות אוניברסיטת בר אילן; ל"מכון התלמוד הישראלי", יד הרב הרצוג, ולעומד בראשו, הרב י' הוטנר; למכון לתצלומי כתבי יד, הספרייה הלאומית, ירושלים.

לד"ר עמיחי רדזינר, למורים ולידידים רבים, שקראו את פרקי העבודה והעירו הערות חשובות. למערכות כתבי העת "סידרא", "דיני ישראל" ו"דברי הקונגרס העולמי הי"ד למדעי היהדות" על הערותיהם לפרקי הדוקטורט שפורסמו כמאמרים.

לחבריי דובי ואפרת סולומון, המלווים אותי – ואת המחקר – כבני משפחה. למשפחתי: להורי, שרה ואלימלך, שקצרו המילים בפי מלהביע את תודתי להם, ולילדי היקרים, תמר, אריה ושמואל.

ומעל הכל – ועל הכל – תודה לאישתי, מירי, על האהבה, העידוד והחברות לאורך השנים.

לא זכיתי שסביי וסבתותי, חיים ובלומה וסטרייך; שמואל ויפה גולדנר, יראו עבודה זו. תורתה מוקדשת לעילוי נשמתם, ולעילוי נשמת בני משפחותיהם, הוריהם, אחיהם ואחיותיהם, ובני משפחה אחרים רבים מספור, שנספו בשואת אירופה, הי"ד.

## תוכן העניינים

|  |    |
|--|----|
| תקציר .....  | א  |
| הערות טכניות .....   | ג  |
| מבוא .....   | 1  |
| 1. שאלת המחקר .....  | 1  |
| 2. מקרי הפטור החריגים ומערכת דיני הנזיקין .....                      | 5  |
| 2.1. הבסיס המושגי של דיני הנזיקין התלמודיים .....                    | 5  |
| 2.2. מקרי הפטור החריגים .....  | 7  |
| 3. שיטת המחקר והערות מתודולוגיות .....                               | 10 |
| 3.1. בין מחקר ספרותי למחקר תיאורטי .....                             | 10 |
| 3.2. הטקסט וגלגוליו – ניתוח ספרותי .....                             | 12 |
| 3.3. ההלכה התלמודית – ניתוח תיאורטי .....                            | 18 |
| 3.4. על התיאורטיזציה של דיני הנזיקין התלמודיים .....                 | 19 |
| 3.5. ההיסטוריה של התיאוריה .....                                     | 24 |
| 4. המחקר הנוכחי ומחקרים קודמים .....                                 | 26 |
| 5. מדוע "מקרי פטור חריגים"? .....                                    | 27 |
| שער ראשון: דין שור תם, מן המקרא ועד לתלמודים .....                   | 31 |
| מבוא .....   | 31 |
| פרק א: דין שור תם במקרא לאור דיני שור מועד ושור שהמית אדם .....      | 33 |
| א.1. דין שור תם במקרא .....  | 33 |
| א.2. מן המקרא לספרות התנאים .....                                    | 37 |
| פרק ב: זרמים ושיטות בתורת התנאים .....                               | 39 |
| ב.1. מחלוקת התנאים בדין "יושם השור" או "הוחלט השור" .....            | 39 |
| ב.2. תפיסת שור תם לאור מחלוקת התנאים בדין שור שנגח ארבעה וחמשה ..... | 41 |
| ב.3. מחלוקת התנאים בדין חובת השמירה של שור תם .....                  | 46 |
| ב.4. פיתוחה של הלכת שור תם בתורת האמוראים – סוגיית "פלגא נזקא" ..... | 51 |
| פרק ג: שיטת ר' מאיר בפרשת שור תם – עיון מחודש .....                  | 60 |
| ג.1. פתיחה .....   | 60 |
| ג.2. מחלוקת ר' יהודה ור' מאיר בפירושה של פרשת שור תם .....           | 60 |
| ג.3. מחלוקת התנאים במקורות המקבילים – עיון השוואתי .....             | 62 |
| ג.4. שיטת ר' מאיר בדין חצי נזק במכילתא דר' ישמעאל .....              | 66 |
| ג.5. גבול תשלומי המזיק לשיטת ר' מאיר .....                           | 72 |
| ג.6. הלכת ר' מאיר – שיטתו הפרשנית ומגמתו המשפטית .....               | 75 |
| ג.7. מקומם של ר' מאיר ור' יהודה בין שיטות התנאים בדין חצי נזק .....  | 78 |
| שער ראשון – סיכום .....  | 81 |
| נספח א: סוגיות הבבלי והירושלמי על משנת "שור שנגח ארבעה וחמשה" .....  | 84 |
| שער שני: שן ורגל ברשות הרבים .....                                   | 87 |
| מבוא .....   | 87 |
| 1. "ובער בשדה אחר" .....   | 87 |
| 2. מבנה הדיון .....  | 88 |
| פרק ד: מקורו של פטור שן ברשות הרבים בתורת התנאים .....               | 90 |
| ד.1. פתיחה .....   | 90 |

|          |  |
|----------|--|
| 90.....  | ד.2. משנת "חוץ מרשות המיוחדת למזיק" ופרשנותה   |
| 92.....  | ד.2.1. מסורות שונות בפרשנות משנת "ורשות הניזק והמזיק"  |
| 96.....  | ד.3. פטור שן ורגל וזיקתו למשנה הראשונה – הלכת ארבעה כללות                                    |
| 100..... | פרק ה: טעמו וגדריו של דין שן ברשות הרבים – מגמות בתורת התנאים                                |
| 100..... | ה.1. פתיחה   |
| 101..... | ה.2. פטור שן במשנת פרק שני, בתוספתא ובמכילתא דרשב"י  |
| 114..... | ה.3. מקבילות התוספתא ושיטתה בתלמודים   |
| 118..... | ה.4. מקורות תנאיים נוספים  |
| 121..... | ה.5. סיכום   |
| 123..... | פרק ו: פיתוחו של פטור שן ורגל ברשות הרבים בתלמוד הבבלי                                       |
| 123..... | ו.1. פתיחה   |
| 123..... | ו.2. שן ורגל ברשות הרבים – מגמות בדברי האמוראים ובתלמודים                                    |
| 124..... | ו.1.2. סוגיית "כשכשה בזנבה" – מגמה מהותית  |
| 127..... | ו.2.2. סוגיית פי פרה – מגמה פורמליסטית   |
| 129..... | ו.3. פיתוחו של פטור שן ורגל ברשות הרבים – עיון בדיני הרשויות בסוגיית הבבלי                   |
| 135..... | ו.4. "ובער בשדה אחר" ולא ברשות הרבים   |
| 136..... | שער שני – סיכום  |
| 139..... | נספח ב: המקורות השונים למשנת ארבעה כללות   |
| 145..... | נספח ג: דין קרן ברשויות השונות: משנת "חמשה תמין", משנת ר' טרפון וברייתת ארבעה כללות          |
| 151..... | שער שלישי: חצי נזק צרורות  |
| 151..... | מבוא   |
| 153..... | פרק ז: גיבושו ופיתוחו של דין צרורות בדברי התנאים, בדברי האמוראים ובתלמודים                   |
| 153..... | ז.1. צרורות במסגרת דיני תם ומועד   |
| 153..... | ז.1.1. משנה  |
| 156..... | ז.1.2. תוספתא  |
| 159..... | ז.1.3. מקורות תנאיים בתלמוד הבבלי  |
| 160..... | ז.2. תהליך התפתחות "צרורות" כדין כללי וכמחלוקת תנאים, כפי שמסתמן במקורות תנאיים בתלמוד הבבלי |
| 162..... | ז.3. הכללת פרטי המחלוקת בין סומכוס לחכמים: הגדרת המונח "צרורות" ודינו                        |
| 166..... | ז.4. בעיותיהם של רבא ורבא אשי והיחס ביניהן   |
| 168..... | ז.5. קבלת דין צרורות והרחבתו על ידי סתם התלמוד ופרשנות המקורות הקדומים לאורו                 |
| 172..... | ז.6. סוגיית הירושלמי   |
| 174..... | ז.7. מגמות פשוטיות בשיטות ראשונים בסוגיה   |
| 175..... | ז.7.1. רמב"ם, פירוש המשניות (פ"ב מ"א):   |
| 176..... | ז.7.2. פירוש רבנו חננאל  |
| 177..... | ז.7.3. תפיסתו של ר' אבא בר ממל בדין צרורות לאור דברי הר"ח                                    |
| 179..... | שער שלישי – סיכום  |
| 181..... | שער רביעי: טמון באש  |
| 181..... | מבוא   |
| 183..... | פרק ח: פטור טמון, טעמו ומקורו  |
| 183..... | ח.1. טעמו ומקורו של פטור טמון בספרות התנאית  |
| 188..... | ח.2. המפנה בתפיסת פטור טמון בתלמוד הבבלי ובתלמוד הירושלמי                                    |
| 198..... | פרק ט: שאלת גדרם של נזקי אש וזיקתה לפטור טמון  |

|          |   |
|----------|---|
| 198..... | ט.1. פתיחה  |
| 201..... | ט.2. "אשו משום חציו" ו"אשו משום ממונו"  |
| 213..... | ט.3. פטור טמון ואדם המזיק – סוגיית "הנותן דינר זהב לאשה" וסוגיית "בטש בכספתא" |
| 219..... | שער רביעי – סיכום   |
| 222..... | נספח ד: סוגיית הירושלמי שעל משנת "הכלב שנטל חררה"                             |
| 225..... | שער חמישי: אדם וכלים בבור   |
| 225..... | מבוא  |
| 226..... | פרק י: גדרם של נזקי בור   |
| 226..... | י.1. פתיחה  |
| 228..... | י.2. משנת בור ברשות הרבים ; בור ברשות היחיד                                   |
| 232..... | י.3. נוסח ארץ ישראל של המשנה לאור המקבילות בספרות התנאית                      |
| 234..... | י.4. נוסח בבל של המשנה לאור סוגיית הבבלי על משנת "החופר בור"                  |
| 240..... | י.5. סיכום  |
| 243..... | פרק יא: פטור אדם וכלים בבור   |
| 243..... | יא.1. טעמו ומקורו של פטור אדם וכלים   |
| 248..... | יא.2. היקפו וגדריו של פטור אדם וכלים במקורות התנאיים ועיבודם בתלמודים         |
| 258..... | יא.3. מחלוקת רב ושמואל בעניין "בור שחייבה עליו תורה" ובעניין פטור כלים בבור   |
| 270..... | שער חמישי – סיכום   |
| 273..... | נספח ה: נוסחאות משנת "החופר בור"  |
| 274..... | נספח ו: מה לדיני נזיקין אצל חמץ בפסח ?  |
| 274..... | 1. מימרת ר' אלעזר בשם ר' ישמעאל   |
| 277..... | 2. בור וחמץ – עירוב תחומין ?  |
| 281..... | פרק סיכום: מגמות בפיתוח ובגיבוש הדינים החריגים במערכת דיני הנזיקין            |
| 281..... | 1. פתיחה  |
| 281..... | 2. מקרי הפטור החריגים – סיכום תהליכי ההתפתחות                                 |
| 289..... | 3. מסקנות – הדין החריג, פיתוחו וגיבושו  |
| 289..... | 3.1. הדין ה"חריג" בתוך מערכת דיני הנזיקין                                     |
| 290..... | 3.2. שלב ביניים – פטור קטגורי   |
| 291..... | 3.3. הדין החריג בעימות עם מערכת דיני הנזיקין                                  |
| 291..... | 3.3.1. פרדיגמה א – התמודדות פרשנית פנימית                                     |
| 293..... | 3.3.2. פרדיגמה ב – התמודדות חיצונית   |
| 294..... | 4. מקרי פטור חריגים כמערכת הלכתית נבדלת                                       |
| 294..... | 4.1. נקודות ציון של אישים, זמן ומקום  |
| 298..... | 4.2. על הכתוב כמקור מכונן – מערכת הלכתית נבדלת ומשמעותה                       |
| 303..... | 4.3. דיני הנזיקין התלמודיים לאור מקרי פטור חריגים                             |
| 307..... | רשימה ביבליוגרפית   |
| I.....   | תקציר אנגלי   |

## תקציר

מערכת דיני הנזיקין התלמודיים כוללת "ארבעה אבות נזיקין", שהם, על פי אחת הפרשנויות בתלמוד הבבלי: שור, ובתוכו קרן, שן ורגל; בור; אדם; ואש. לאבות הנזיקין הללו מקורות מפורשים במקרא, אולם רבא, האמורא המפורסם בן הדור הרביעי לחכמי בבל, מתקשה בצורך בבסיס שכזה (בבא קמא, ה"ב): הרי ישנו מכנה משותף רחב דיו כדי ללמוד את אבות הנזיקין האחד מחברו, ואם כן, מהו הצורך באזכור סוגי הנזקים השונים בכתוב? מיישב רבא, כי אבות הנזיקין נכתבו במקרא "להלכותיהן", דהיינו: ישנן הלכות פרטיות, בדרך כלל מקרי פטור מלאים או חלקיים, שאבות הנזיקין נשתנו בהם זה מזה. הלכות אלו מעניקות לכל אחד מאבות הנזיקין מימד ייחודי על פני חבריו, וכדי ללמדן נזקקה התורה לכתיבת פרשיות הנזיקין כולן. מקרי פטור אלו הם עניינה של עבודת המחקר הנוכחית.

בעבודה זו נבחן את תהליך יצירתם ופיתוחם של מקרי הפטור החריגים בדיני נזקי ממון התלמודיים. בכך כלולות שלוש מטרות משנה: המטרה האחת היא פרשנית, דהיינו: ניתוח ספרותי-טקסטואלי של הסוגיות הנדונות. מטרה שנייה, הנשענת על מלאכת הפרשנות הקודמת לה, היא זיהויים ואפיונם של תהליכי ההתפתחות העומדים מאחורי מקרי הפטור החריגים. ושלישית, על בסיס מסקנות הדיון הפרשני ועל בסיס אפיונם של הדינים החריגים, המחקר מבקש לשפוך אור על מכלול דיני הנזיקין כולו.

העבודה מתאפיינת במתודולוגיה אינטרדיסציפלינארית: מחקר ספרותי-טקסטואלי, הכולל סקירה השוואתית של המקורות הנדונים וניתוח דיאכרוני שלהם, ומחקר תיאורטי, העוסק במערך המושגי של דיני הנזיקין התלמודיים ושל מקרי הפטור החריגים. כל זאת מתוך מודעות למהלכים הפרשניים ולהנחות הפרשניות המלווים את הרבדים השונים שבספרות חז"ל, אם ביחסם למקרא ואם ביחסם האחד למשנהו. הניתוח הספרותי-טקסטואלי נוגע בנושאים כבדי משקל, ובהם שאלת היחס בין המקורות השונים, כגון בין המשנה לבין התוספתא – האם אלו מקורות מקבילים או מקור המפרש את קודמו; שאלת מעמדם של המקורות התנאיים בתלמוד הבבלי ביחס למקורות מקבילים בספרות התנאית; אפיונו של ירושלמי נזיקין, ושאלת יחסו לתלמוד הבבלי; ולא פחות חשוב – ניתוח פרשני של הרבדים הנפרדים המרכיבים כל אחד מן המקורות הללו ואפיון המעבר מרובד אחד למשנהו. הדיון הקונספטואלי מבקש לאתר את העקרונות המשפטיים שבבסיס דיני הנזיקין הנדונים, ובעיקר, הוא מבקש לעמוד על טיבם של מקרי הפטור החריגים בתוך מערכת דיני הנזיקין.

העבודה בוחנת חמישה מקרי פטור מלאים או חלקיים: חצי נזק בקרן; פטור שן ורגל ברשות הרבים; חצי נזק צרורות; פטור טמון באש; פטור אדם וכלים בבור. בכל אלו חושפת העבודה את התהליכים הפרשניים והתפיסות התיאורטיות הקיימים ברבדיה השונים של ספרות חז"ל, ואשר עולים בניתוח קפדני של המקורות הנדונים. ניתוח זה מגלה תבנית התפתחותית מרתקת, המשותפת לכל מקרי הפטור החריגים. במקרים אלו

מוצאים אנו שינוי מושגי מ- (1) תפיסת הפטור כחלק מהמערך המושגי של דיני הנזיקין התלמודיים, דרך (2) התמודדות פרשנית עם הדין החרגי על רקע קשיים שנוצרו בשל תהליכים משפטיים ופרשניים פנימיים, לעבר (3) הצבת הפטור במערכת מושגית חדשה, המנותקת ממכלול דיני הנזיקין ומהשיקולים המנחים אותו.

לצד התבנית המשותפת, יש לכל אחד ממקרי הפטור גורמים ומרכיבים ייחודיים, המאפיינים את תהליך ההתפתחות שלו: בדין חצי נזק אנו מוצאים בעיקר בספרות התנאית מתח בין תפיסה תיאורטית ייחודית, שאיננה מטילה אחריות על המזיק אלא דורשת השתתפות של הצדדים בתוצאות הנזק, לבין תפיסה המבקשת לשלב את ההלכה עם משטר האחריות הנפוץ יותר, רשלנות. בדין שן ורגל ברשות הרבים מוצאים אנו מעבר מתפיסה מהותנית של ההלכה לתפיסה פורמליסטית שלה, המשמש כוזב ביצירת הדין החרגי. בדין צורות, המאפיין העיקרי הוא קטגוריזציה של ההלכה, המתבטאת בהפיכת ההלכה ממקרה קונקרטי למושג משפטי. פטור טמון באש הולך ומתפתח כתוצאה מעמדה פרשנית ביחס למשנה, אשר הובילה להגדרת פטור חריג, הדומה במאפייניו לפטורים האחרים. בד בבד מתייחדת הלכה זו בעיצוב תיאורטי מחודש של אב הנזק כולו – שחיקתה של התפיסה המזהה את נזקי אש עם אדם המזיק, תפיסה אותה אנו מאתרים כדומיננטית בשלבים מוקדמים של ההתפתחות ההלכתית, וכנגד זאת הרחבת התפיסה המזהה את אש כנזקי ממונו. הדיון בפטור אדם וכלים בבור מתייחד במתח נמשך המלווה את אב הנזק, ואשר משליך על היקפו של הפטור ותחולתו. זהו מתח כפול, מתח משפטי ומתח ריאלי, הבא לידי ביטוי בבור שנחפר ברשות הרבים – בור שהכורה אותו פשע במעשיו, אף שאין לו כלפיו זיקה ממונית; בור המהווה פוטנציאל סכנה, אך טמונה בו תועלת חברתית מרובה.

באמצעות זיהוי המקורות הנדונים, ההשוואה בין המקבילות ואפיון התהליכים הפרשניים הטמונים בהם מאתרים פרקי העבודה אקטיביות פרשנית ודינאמיות הלכתית. דהיינו: דיני הנזיקין אינם חד גוניים, ואינם מושתתים על יסוד תיאורטי פלוני או אלמוני בלבד, אלא זוהי מערכת הלכתית המושתתת על כמה יסודות שונים, המשמשים זה עם זה ומתפתחים זה מזה. אולם התהליכים המאפיינים את הקבוצה ההלכתית הנדונה אינם משקפים דינאמיות הלכתית-משפטית סטנדרטית. אין הם מתבטאים רק בשינויים תיאורטיים או במעבר מפרדיגמה הלכתית אחת לחברתה. מקרי הפטור החרגים מצביעים על תהליך ייחודי, שעיקרו יצירת ענף הלכתי נבדל, השונה בתכלית מקודמו. בסופו של תהליך זה עומדות זו לצד זו שתי מערכות הלכתיות, שלשתיהן עולם מושגים והנחות יסוד – במונחיו של ויטגנשטיין נאמר: משחקי שפה – שונים. האחת, מערכת דיני הנזיקין, שהלכותיה מושתתות על שיקולי אחריות, כמותם מצאנו במערכות משפט אחרות. השנייה היא מערכת הדינים החרגים. מערכת זו מושתתת על תפיסת עולם שונה באשר למקור ההלכה, באשר לסמכויות המכוננות אותה ובאשר לפרטיה. מקורם של פרטי ההלכות הכלולים בה, הם מקרי הפטור החרגים, הוא הכתוב בלבד, והם עומדים בניגוד לשיקולים נזיקיים סטנדרטיים. זוהי מערכת הלכתית ייחודית, וכדברי רבא שהוזכרו לעיל, כדי ללמדם נכתבו פרשיות הנזיקין כולן.



## הערות טכניות

כל המקורות המובאים ללא ציון שם המסכת הם ממסכת בבא קמא.

ציטוט המקורות נעשה על פי המהדורות וכתבי היד הבאים:

מכילתא דר' ישמעאל: **מכילתא דר' ישמעאל**, מהדורת הורוביץ-רבין, ירושלים: שלם, תשנ"ח.

מכילתא דרשב"י: **מכילתא דר' שמעון בר יוחאי**, מהדורת אפשטיין-מלמד, ירושלים: ישיבת שערי רחמים ובית הלל, תשל"ט.

משנה: **המשנה, על פי כתב יד קויפמן**, מהדורת צילום, ירושלים תשכ"ח (ההפנייה היא לחלוקת המשניות בכתב יד זה. בסוגריים מרובעים צוינה הפנייה לפי חלוקת הדפוסים, במידה וקיים הבדל).

תוספתא: **תוספתא – ע"פ כתב יד ווינה**, מהדורת ש' ליברמן, ניו-יורק וירושלים תשס"א.

תלמוד בבלי: דפוס וילנא.

תלמוד ירושלמי: ב' אליצור, **תלמוד ירושלמי**, יוצא לאור על פי כתב יד סקליגר 3 (Or. 4720) שבספריית האוניברסיטה של לידן עם השלמות ותיקונים, ירושלים: האקדמיה ללשון העברית, תשס"א.

סימני הפיסוק במקורות שלעיל מבוססים בדרך כלל על הדפוסים המקובלים, בשינויים קלים שנעשו על ידי. בפיסוק המשנה נעזרתי גם במהדורת אלבק (ח' אלבק, **ששה סדרי משנה, מפורשים בידי חנוך אלבק ומנוקדים בידי חנוך ילון, סדר נזיקין**, ירושלים-תל-אביב: מוסד ביאליק ודביר, תשי"ט); בפיסוק התלמוד הבבלי השתמשתי בפיסוק שבפרייקט השו"ת של אוניברסיטת בר אילן, אותו ערכתי לפי שיקול דעתי.

חילופי נוסחאות:

בכל ציטוט מן המקורות שלעיל הובאו שינויי נוסח מרכזיים בהערות השוליים. בשינויי הנוסח הסתמכתי על תקליטור שינויי הנוסח לתלמוד הבבלי של מכון ליברמן לצורך כתבי היד השלמים של מסכתנו (כת"י המבורג, כת"י מינכן, כת"י וטיקן, כת"י פירנצה וכת"י אסקוריאל); עדי הנוסח השלמים וקטעי הגניזה שנרשמו ב"מכון התלמוד הישראלי", יד הרב הרצוג; המכון לתצלומי כתבי יד, הספריה הלאומית, ירושלים; "אוצר כתבי יד תלמודיים", <http://jnul.huji.ac.il/dl/talmud>; מהדורות פקסימיליה ומהדורות מדעיות של החיבורים השונים (ראו גם רשימה ביבליוגרפית, סעיף ספרות מקורות).

נספחים:

הנספחים לכל פרק הם בדרך כלל עיונים משלימים, הקשורים בצורה ישירה לשער אליו הם מתייחסים (ראו להלן, מבוא, סעיף 5). לפיכך, הנספחים לכל שער מובאים בסיומו של השער הרלוונטי ולא בסופה של העבודה. שלושה מפרקי העבודה פורסמו עד כה כמאמרים (ראו: וסטרייך, צורות; שן ברשות הרבים; שן ורגל). נוסח פרקים אלו כפי שמופיע בעבודה (פרק 2 ופרקים ד – ו) מורחב ומעודכן מנוסח המאמרים.

## מבוא

אמר רבא: וכולהו כי שדית בור בינייהו, אתיא כולהו במה הצד... אלא למאי הלכתא כתבינהו רחמנא?  
להלכותיהן: קרן לחלק בין תמה למועדת; שן ורגל לפוטורן ברשות הרבים; בור לפטור בו את הכלים,  
ולרבי יהודה דמחייב על נזקי כלים בבור לפטור בו את האדם; אדם לחייבו בארבעה דברים; אש  
לפטור בו את הטמון, ולרבי יהודה דמחייב על נזקי טמון באש, לאתויי מאי? לאתויי ליחכה נירו  
וסכסכה אבניו (ה ע"ב – ו ע"א<sup>1</sup>).

מימרא זו של רבא, האמורא המפורסם בן הדור הרביעי לחכמי בבל,<sup>2</sup> מקפלת בתוכה את שאלת המחקר של  
עבודה זו, את הנחות המוצא, מהן נובעת שאלת המחקר, ואולי אף את מסקנותיו של המחקר כולו.

### 1. שאלת המחקר

מערכת דיני הנזיקין התלמודיים כוללת "ארבעה אבות נזיקין", שהם, על פי אחת הפרשנויות בתלמוד הבבלי:  
שור, ובתוכו קרן, שן ורגל; בור; אדם; ואש. המשנה הראשונה של מסכתנו מבחינה בין אבות הנזיקין הללו:

לא השור כהרי המבעה ולא המבעה כהרי השור, לא זה וזה שיש בהן רוח חיים [כ]הרי<sup>3</sup> האש שאין בה  
רוח חיים, לא זה וזה שדרכן לילך ולהזיק [כ]הרי הבור שאין דרכו לילך ולהזיק. הצד השווה שבהן  
שדרכן להזיק ושמירתן עליך, וכשהזיק חב המזיק משלם תשלומי נזק במיטב הארץ.

המשנה מאפיינת את השווה והשונה בין אבות הנזיקין. סיומה מתמצת את עיקרו וליבו של הבסיס התיאורטי של  
דיני הנזיקין. היא עומדת על הטעם לחיובו של המזיק בנזיקין, או: העילה להטלת האחריות על המזיק, וכן היא  
מתארת את חובת התשלום הלכה למעשה. בלשונה של המשנה: "הצד השווה שבהן שדרכן להזיק ושמירתן  
עליך, וכשהזיק חב המזיק משלם תשלומי נזק במיטב הארץ", ועוד נשוב לדברים בהרחבה בהמשך. הסוגייה  
התלמודית הסמוכה למימרת רבא מתלבטת בשאלת הצורך באזכורם של דיני הנזיקין בכתוב, ומסכם התלבטות  
זו רבא בראש דבריו: "וכלהו כי שדית בור בינייהו אתיא כולהו במה הצד", דהיינו: צירופם של שני אבות  
נזיקין יחד יוצר מכנה משותף רחב דיו כדי ללמוד ממנו את יתר אבות הנזיקין. אם כן, מתקשה רבא, מהו הצורך  
באזכור סוגי הנזקים השונים בכתוב, ומיישב: "להלכותיהן". "הלכותיהן" אלו הן הלכות פרטיות, בדרך כלל

<sup>1</sup> המקורות המובאים בסתם הם ממסכת בבא קמא. למחזוריות בהן נעשה שימוש ואופן ציטוט המקורות במהלך העבודה ראו לעיל,  
הערות טכניות.

<sup>2</sup> אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 374 – 376.

<sup>3</sup> בכתב היד כאן ולהלן: "והרי", ותוקן מעל השורה ל-"כהרי".

מקרי פטור מלאים או חלקיים, שנשתנו בהם אבות הנזיקין זה מזה. הלכות אלו מעניקות לכל אחד מאבות הנזיקין מימד ייחודי על פני חבריו, וכדי ללמדן נזקקה התורה לכתיבת פרשיות הנזיקין כולן.

דברי רבא מניחים אחידות ולצידה הבדלים פנימיים בתוך דיני הנזיקין התלמודיים. מצד אחד, מרכזה של מערכת הלכתית זו מושתת על גורמים ומאפיינים כלליים, הנכונים לכל אבות הנזיקין. לא רחוק יהיה לומר, כי מאפיינים אלו הם המגדירים את מכלול ההלכות הללו כ"דיני נזיקין", ונמצא בתוכם קווי דמיון רבים לדיני נזיקין במערכות משפט אחרות; ואף כאן, כמובן, נבאר את הדברים בהרחבה בהמשך דברינו. אולם מן הצד השני ישנם מקרים פרטיים, שאינם מיוסדים על התפיסות המנחות מערכת הלכתית זו. אלו הם מקרי הפטור החריגים, שבשלם, לדעת רבא, נזקקה התורה לכתיבת אבות הנזיקין. מקרי פטור אלו הם עניינה של עבודה זו.

בעבודה זו אני מבקש לבחון את תהליך יצירתם ופיתוחם של מקרי הפטור החריגים בדיני נזקי ממון התלמודיים.<sup>4</sup> בניסוח שאלת המחקר באופן זה טמונה כבר הנחה אופיינית של הדינים הנדונים – התמונה המשתקפת בדברי רבא שבבבלי היא תוצאת תהליך התפתחותי, שבמסגרתו נוצרה קבוצת הדינים החריגים. הנחה זו נובעת מעמדות מוצא נתונות בעת הגדרת שאלת המחקר באשר לטיבם של דיני הנזיקין התלמודיים ובאשר לאופייה ההתפתחותי של ההלכה התלמודית. כמו כן, נסמכת ההנחה ההתפתחותית על היכרות ראשונית עם המקורות התלמודיים הנוגעים לעניין זה. הנחות אלו כשלעצמן הכרחיות בכדי להגדיר את המחקר המבוקש, ויש להן השפעה גם על בחירת הסוגיות שיידונו במסגרתו. בכך אין הן אלא ביטוי לבעיה הפרשנית הקלאסית של המעגליות ההרמנויטית, דהיינו: הנחות המוצא של הפרשן תלויות כבר בתפיסה ראשונית באשר למושג פרשנותו, אלא שבמהלך התהליך הפרשני הנחות אלו מתגבשות, עומדות לביקורת ומתעצבות מחדש.<sup>5</sup> המודעות להנחות ולעמדות המוצא הללו מאפשרת לנו לחדד מעט את שאלת המחקר המוצגת לעיל: עבודה זו מבקשת לאמת את ההשערה, כי הדינים החריגים בצורתם המוגמרת, הבאה לידי ביטוי – אולי – בדברי רבא שלעיל, נוצרו, עוצבו ופורשו כדינים חריגים במסגרת תהליך התפתחותי ארוך. מהלך העבודה יסייע בידיו

---

<sup>4</sup> המונח "נזקי ממון" מתייחס כאן לממונו המזיק, כמשמעו בתלמוד הבבלי (ד ע"א, כג ע"א ועוד), והוא מוציא מתוכו את דינו של אדם המזיק. העיון בדיני אדם המזיק קובע ברכה לעצמו, ואין הוא חלק ישיר ממטרותיה של העבודה. אין אנו דנים לפיכך במקרי החיוב והפטור של אדם המזיק, אף כי נודק להם אגב כמה הקשרים של דיונו (ראו למשל דיונו בפטור אדם המזיק באונס, שער רביעי, פרק ט). הפרטים המדויקים הכלולים במקרי הפטור החריגים יבוארו ויובהרו להלן.

<sup>5</sup> ראו גאדמר, אמת ומתודה, עמ' 293. התפיסה הקלאסית של המעגליות ההרמנויטית התמקדה במתח בין הבנת המכלול להבנת הפרטים המרכיבים אותו, כאשר תהליך ההבנה משקף תנועה מתמדת בין שני קטבים אלו, עד להבנה מלאה של הטקסט. גאדמר רואה במעגליות ההרמנויטית אלמנט אונטולוגי (ולא מתודולוגי בלבד) של תהליך ההבנה, המשקף את העיצוב המתמיד של היחסים בין הפרשן לבין המסורת בה הוא פועל ואשר מתוכה הוא מפרש את הטקסט (ראו גם להלן, הערה 87). שתי גישות אלו משולבות בדברינו בפנים: ניתוח הדינים החריגים מושתת הן על עמדות מוצא באשר לאופייה ההתפתחותי של ההלכה התלמודית ובאשר למתודולוגיה הפרשנית המשמשת בניתוחה והן על הכרות ראשונית עם הטקסט השלם, שזהו מכלול הדינים החריגים הנדון בעבודתנו. אלו גם אלו הולכים ומתעצבים מחדש במהלך דיונו, והדברים יודגמו ויובהרו בהמשך.

לעמוד על טיבו של התהליך ההתפתחותי הנזכר ולחשוף את מאפייניו, כמו גם לאתר את שלביו השונים לאורכה ולרוחבה של ספרות חז"ל.

התשובה לשאלת המחקר דורשת ניתוח בן שלושה שלבים, שהם למעשה שלוש מטרות משנה של העבודה, המשלימות זו את זו ומשתלבות יחד לכדי תמונה אחת כוללת. המטרה האחת היא פרשנית, דהיינו: ניתוח ספרותי-טקסטואלי של הסוגיות הנדונות. ניתוח שכזה עומד בפני עצמו; הוא נוקט במתודולוגיה פרשנית מסוימת ביחס למקורות התלמודיים, ונתאר אותה ואת מקומה במחקרים אחרים בהמשך. באמצעות מתודולוגיה זו מציע הניתוח הספרותי פרשנות למספר יחידות מתוך הספרות התלמודית, ולכך כמובן ערך בפני עצמו. אולם מעבר לחשיבות העצמאית שיש לפרשנות המקורות, מלאכת פרשנות הסוגיות היא המסד למטרה השנייה, העיקרית, של עבודת המחקר. פירושה של סוגייה נקודתית אחת משלים עם חברותיה את התמונה הכוללת של מקרי הפטור החריגים, וכך מאפשר הניתוח הנקודתי את זיהויים ואפיונם של תהליכי ההתפתחות העומדים מאחורי מקרי הפטור החריגים. אולם אין אנו עוצרים בנקודה זו. למחקר מטרת משנה שלישית: מקרי הפטור החריגים פועלים בתוך דיני הנזיקין התלמודיים, וניתוחם שופך אור על המכלול כולו. ומכאן, דיונו מבקש לאפיין את התפיסות התיאורטיות שבבסיס דיני הנזיקין התלמודיים, כמו גם לחשוף את תהליכי גיבושם ויצירתם ולאחר את המגמות העיקריות בתוכם, כל זאת לאור התהליכים המאפיינים ענף אחד מתוך מערכת זו, מקרי הפטור החריגים.

מהם מקרי הפטור החריגים שידונו במסגרת העבודה?

מימרת רבא מציינת את ההלכות הייחודיות של כל אחד מאבות הנזיקין: חצי נזק בקרן; פטור שן ורגל ברשות הרבים; פטור אדם וכלים בבור; פטור טמון באש. לכל אלו מוצאים אנו במקורות התלמודיים ביסוס במקראות, לרוב באמצעות מדרש הכתוב, ופעם אחת, ביחס לתשלום חצי נזק, באופן מפורש למדי בכתוב – "וּמָכְרוּ אֶת הַשּׁוֹר הַחֵי וְחָצִי אֶת כֶּסֶף וְגַם אֶת הַמֶּת יִחָצוּן" (שמות כא, לה). בפתחת הדברים נציג את הדינים הללו ואת מקורם. הניסוח המדויק של דרשות הכתוב משתנה ממקור למקור. בגוף העבודה נדון בהרחבה בכלל המקורות, תוך שנידרש לשאלת יחסן של הדרשות במקורות השונים אלו לאלו, כמו גם לעמדה העולה מכל מקור ומקור בשאלת מעמדם של הפטורים החריגים. במסגרת הנוכחית נסקור את מקרי הפטור והמקור להם בכתוב כפי שמופיעים בתלמוד הבבלי (למעט דין חצי נזק).

דין חצי נזק מפורש כאמור בכתוב: "ומקרו את השור החי וקצו את כספו וגם את המת יחצו" (שמות כא, לה), ובמשנה מנוסח הוא כך (פ"א מ"ה): "מה בין תם למועד אלא שהתם משלם חצי נזק ומגופו והמועד משלם נזק שלם מן העליה".<sup>6</sup>

החיוב בנזקי שן ורגל נלמד מהכתוב (שמות כב, ד): "כי יבצר איש שדה או כרם ושלח את בעירה ויבצר בשדה אחר מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם".<sup>7</sup> מכתוב זה נלמדת ההלכה הפוטרת מנזקי שן ורגל שנעשו ברשות הרבים: "ובער בשדה אחר ולא ברשות הרבים" (כא ע"ב ועוד).

חיובו של חופר בור על נזקים שנגרמו לממונו של חברו מפורש בכתוב (שמות כא, לג – לד): וכי יפתח איש בור או כי יכרה איש בור ולא יכסנו ונפל שמה שור או חמור: בעל הבור ישלם כסף וישיב לבעליו והמת יהיה לו". מכתוב זה נלמדת ההלכה לפיה החיוב איננו כולל אדם וכלים: "שור" ולא אדם "חמור" ולא כלים" (נד ע"א ועוד).

נזקי אש אף הם מפורשים בכתוב (שמות כב, ה): "פי תצא אש ומצאה קצים ונאכל גדיש או הקמה או השדה שלם ישלם המבער את הבערה". מפסוק זה נלמדת ההלכה הפוטרת מחובת תשלום על נזקי טמון באש: "מה קמה בגלוי אף כל בגלוי" (ס ע"א).

יש להעיר, כי בשני המקרים האחרונים, בבור ובאש, מתייחסת מימרת רבא גם לדעתו החולקת של ר' יהודה המחייב בנזקי כלים בבור ובטמון באש. שיטת ר' יהודה בשני המקרים הללו ופרשנותה הן חלק בלתי נפרד מתהליך יצירתם של הפטורים החריגים, ונדון בכך בהרחבה בפרקים הרלוונטיים.

לארבע ההלכות הללו, חצי נזק, שן ורגל ברשות הרבים, אדם וכלים בבור וטמון באש, נוסיף בדיונו הלכה אחת, חצי נזק צרורות. הלכה זו איננה נסמכת לכתוב, אולם ההסבר הניתן לה בתלמוד הבבלי משייך אותה למסגרת דיונו. מסקנת התלמוד הבבלי – וליתר דיוק: מסקנתו של רבא – היא כי הלכה זו איננה שייכת למהלך הרגיל של דיני הנזיקין. לפי רבא, צרורות, היינו: המונח הקטגורי המתייחס לנזק הנגרם מכוחו של המזיק ולא באופן ישיר על ידו, הם אומנם ככל נזק ישיר, שכן "כחו כגופו דמי", אולם זהו מקרה ייחודי, שמשלם בו חצי נזק בלבד. הטעם הוא משום ש"חצי נזק צרורות הלכתא גמירי לה" (יו ע"ב).<sup>8</sup> אף זו, אם כן, הלכה חריגה, שטעמה, "הלכתא גמירי לה", איננו משתלב אם השיקולים האופייניים למערכת דיני הנזיקין. מאפיין זה מציב את דין צרורות בתוך מסגרת דיונו.

<sup>6</sup> ישנם פערים בין משמעותה הפשוטה של ההלכה המקראית לבין ההלכה התנאית, ונעסוק בהם בהרחבה. ראו שער ראשון, פרק א, סעיף א.2.

<sup>7</sup> פרשנות הכתוב בהתייחס לנזקי שן ורגל היא העמדה הדומיננטית בספרות חז"ל, אולם אין זו הפרשנות היחידה. ראו שער שני, מבוא, הערה 1.

<sup>8</sup> במובנו של מונח זה נדון בפרק הרלוונטי, ראו שער שלישי, פרק ז, הערה 42.

בסעיפים הבאים נתאר את עיקרי התיזה שנציע במהלך העבודה ואת שיטת המחקר בה ננקוט. לשם כך, נקדים דיון קצר ביחס לטיבם של דיני הנזיקין התלמודיים. מתוך דיון זה נשרטט את דמותם של מקרי הפטור החריגים ואת מקומם ביחס למכלול דיני הנזיקין התלמודיים. לאחר מכן נתייחס לשיטת המחקר ולייחודיותו של המחקר ביחס למחקרים אחרים בתחום, כמו גם לבעיות המתודולוגיות העיקריות המתעוררות בעבודה מסוג זה.

## 2. מקרי הפטור החריגים ומערכת דיני הנזיקין

### 2.1. הבסיס המושגי של דיני הנזיקין התלמודיים

הדיון שלהלן מניח, כי ההלכה התלמודית מושתתת במידה רבה על מערכות קונספטואליות העומדות בבסיס פרטי ההלכות המרכיבים אותה, והדברים אמורים בפרט ביחס לקורפוס ההלכתי של דיני הנזיקין. הנחה זו איננה מובנת מאליה, ונדון בה בנפרד, במסגרת הדיון המתודולוגי.<sup>9</sup>

הדיון בשאלת הבסיס המושגי של דיני הנזיקין התלמודיים, דהיינו: מהן ההנחות הקונספטואליות עליהן מושתתת מערכת הלכתית זו, נדרש לצורך ניתוחן הפרטני של הסוגיות השונות, בהן נעסוק בעבודת המחקר. אולם מעבר לכך, דיון זה הכרחי לצורך הבהרת והמחשת המהפך המושגי שנוצר עם גיבושה של תפיסת הדינים החריגים, ולפיכך עלינו להקדים את הדיון בו לדיון במקרי הפטור החריגים.

ניתוחם של המקורות העוסקים בדיני הנזיקין מצביע על המשקל הרב שיש ליסודות המשפטיים-רציונאליים בתוכם, אותם נכנה "שיקולי אחריות".<sup>10</sup> למעשה, היסודות המשפטיים הללו מופיעים כבר בדיון המקראי, כגון: הרשלנות משמשת כטעם החיוב בנזקיו של שור מועד, וזאת בהתבסס על הכתוב "וְלֹא יִשְׁמְרֶנּוּ בְּעֶלְיוֹ" (שמות כא, לו), וכן היא מופיעה בעניינו של חופר בור: "וְכִי יִפְתַּח אִישׁ בּוֹר אוֹ פִי יִכְרֶה אִישׁ בּוֹר וְלֹא יִכְסֶּנּוּ" (שמות כא, לג). בשני המקרים הללו מחייבת התורה את המזיק לפצות את הנזיק ולהשיב אותו למצבו הקודם ("שְׁלֵם יִשְׁלֵם שׁוֹר תַּחַת הַשּׁוֹר"; "בַּעַל הַבּוֹר יִשְׁלֵם כְּסָף יָשִׁיב לְבַעְלָיו", שם), מעין עקרון נזיקי אחר, "צדק מתקן".<sup>12</sup> מצאנו

<sup>9</sup> להלן, סעיף 3.3.

<sup>10</sup> אמירה זו היא כמובן כללית ביותר, והיא נועדה – יחד עם הדיון שלהלן – להתוויית נקודת המוצא של דיוננו בעבודה הנוכחית. היא מאפיינת חוקרי משפט רבים, ראו למשל אלון, המשפט העברי, עמ' 122 – 125, וראו פרק סיכום, הערה 61 (חוקרים נוספים יוצגו בהמשך, ראו להלן, סעיף 4). עמדה זו משותפת גם לרבים מחכמי ההלכה, שעל אף הדגשת מקורה האלוקי של ההלכה, הכירו ביסודות הרציונאליים שבתוכה, ראו מובאות במאמרו של ע' רדזינר, בין הלמדן ליוריסטן, הערה 10 (אני מודה לד"ר רדזינר על שהעמיד לרשותי מאמר זה טרם פרסומו). לעמדה זו יש שורשים כבר בתפיסת ההלכה של חז"ל, בהבחנה המפורסמת בין "משפטים" לבין "חוקים", ראו למשל יומא סז ע"ב (וראו אלון, המשפט, העברי, עמ' 109 – 122). מכל מקום, אינני סבור שזו אמירה גורפת, בלעדית או חד משמעית. המתח סביב שאלה זו עומד גם בהקשר לנושא הנדון בעבודה הנוכחית, ונתייחס לכך בהרחבה בהמשך.

<sup>11</sup> זו הפרשנות הדומיננטית לפסוק זה, אך היא איננה היחידה. לדעת ג'קסון, יש גישה בהלכה התנאית שראתה בכך אחריות מוחלטת, ראו שער ראשון, פרק א, הערה 17.

<sup>12</sup> לדיון נרחב בעקרון זה ראו שער ראשון, פרק א.

כמו כן עקרונות אחרים, אף כי פחות נפוצים, כגון אחריות מוחלטת, אחריות על היזק בדיים ועוד.<sup>13</sup> יסודות משפטיים אלו הם גם התשתית לדיני הנזיקין בספרות חז"ל,<sup>14</sup> והדברים עומדים בזיקה הדוקה לדין המקראי – דיני הנזיקין בספרות התלמודית מוצאים לרוב את הסימוכין להם בכתוב, שאף הוא מושתת כאמור על עקרונות דומים. יחד עם זאת, לעתים יש לחז"ל הנחות מנוגדות באשר לטיבם של דיני הנזיקין או באשר לטיבו של דין פלוני, והללו עומדות בניגוד לתפיסה העולה מפשטותו של מקרא.<sup>15</sup> ההנחות המנוגדות הללו יצרו במפגשן עם הכתוב אילוצים פרשניים, שבאו על פתרונם פעמים רבות בדרכו של מדרש ההלכה.<sup>16</sup> זהו, למעשה, אחד המאפיינים של מקרי הפטור החריגים, שנשמכו ברובם לדרשות הכתוב, דהיינו: שינוי קונספטואלי, שהוביל להתמודדות פרשנית עם המקרא, המייצג תפיסה שונה. להלכות אלו נתייחס בהרחבה בסעיף הבא, ובל נקדים כעת את המאחר.

היסודות המשפטיים של דיני הנזיקין, אותם כינינו "שיקולי אחריות", ישמשו לפיכך כנקודת מוצא בדיונו בהלכות השונות במסגרת העבודה הנוכחית, תוך בחינתה של נקודת מוצא זו בכל מקרה ומקרה. עקרונות אלו מופיעים כאמור בספרות התלמודית באופן בולט למדי, והם מצויים, כפי שרמזנו בסעיף הקודם, כבר בעקרון הכללי העולה מן המשנה הראשונה.<sup>17</sup> לעת עתה נסתפק בדוגמא אחת, הממחישה כמה נקודות חשובות המשתלשלות מהנחה זו ואשר הועלו בדיונו לעיל.

דוגמא זו עוסקת בדין בור ברשות הרבים. התורה מחייבת בנזקי בור, תוך שהיא רומזת – לפי פרשנותם של חז"ל – לשני עקרונות משפטיים המשולבים בו. לאחד התייחסנו לעיל, רשלנות, והשני הוא הזיקה הממונית בין בעל הבור לבורו, העולה מלשון הכתוב: "בַּעַל הַבּוֹר יִשָּׁלֵם". יסודות אלו עומדים למבחן בבור ברשות הרבים, שהרי בבור שכזה מתמלא יסוד הפשיעה, ואילו יסוד הבעלות איננו קיים. באופן לא מפתיע, מצאנו

<sup>13</sup> חוקרים שונים מצאו אחריות מוחלטת במספר הלכות מקראיות, כגון בעניין אש, ראו לבמור, משפט השוואתי, עמ' 269 – 270. במונח "היזק בדיים" כוונתנו ל- "*actio de pastu pecoris*", ראו ג'קסון, מחקרים, עמ' 250 – 267. לעקרונות נזיקיים נוספים בדין המקראי ראו דיונו בעניין חצי נזק, שער ראשון פרק א. וכן דיונו בעניין בור שער חמישי, פרק י, ולהלן בפנים. ההלכה התלמודית, אגב, נטתה במקרים רבים לפרש את ההלכות הללו לפי העקרון הנפוץ יותר, עקרון הפשיעה. כך למשל בעניין אש, כבר במשנה אין אחריות מוחלטת, וכאשר המבעיר אינו רשולן, פטור. ראו למשל פ"ו מ"ה [מ"ד]: "עיברה גדר שהוא גבוה ארבע אמות או דרך הרבים או נהר פטור".

<sup>14</sup> אף כאן משמשים מספר עקרונות שונים. כך לדוגמא בעניין "שיטת הבעלות" כאלטרנטיבה ל"שיטת הפשיעה" (תפיסות אלו יובהרו להלן, במסגרת דיונו בעניין בור ברשות הרבים), ראו ורהפטיג, אחריות. ראו גם ג'קסון, מחקרים, עמ' 259, המוצא את דרישת הבעלות בשלבים המוקדמים של התפיסה התנאית ביחס לנזקי שן. בפרקי העבודה נעסוק בהרחבה ביסודות התיאורטיים השונים שבמקורות התלמודיים.

<sup>15</sup> ראו למשל שער ראשון, פרק א.

<sup>16</sup> ראו שער ראשון, פרק ג, סעיף ג.6, וראו גם להלן, סמוך להערה 91. על טיבו של מדרש ההלכה והערכת התהליך הפרשני הטמון בו ראו פרק סיכום, סעיף 4.2.

<sup>17</sup> מטיבו של הנושא בו אנו עוסקים, המקורות העיקריים מהם ניתן להסיק על יסודותיהם של דיני הנזיקין התלמודיים הם מקורות הלכתיים. אולם גם לאגדה תרומה בעניין זה, ראו שער חמישי, פרק יא, סמוך להערות 30 – 36, ובהערה 34, וראו גם לורברבוים, צלם אלוקים, עמ' 105 – 145.

בעניין מחלוקת תנאית, וליתר דיוק: מסורת אמוראית בעניין של שיטות התנאים המובאות בתלמוד הבבלי. לדעת רב יוסף (נ"ע"א), ר' ישמעאל מחייב בבור ברשות הרבים, ואילו ר' עקיבא פוטר. רב יוסף מבאר את שתי השיטות בהתבסס על מחלוקת פרשנית ביחס לכתוב, המצביע על היסוד האחד או על חברו: "בעל הבור אמר רחמנא, בבור דאית ליה בעלים עסקינן" מול "כי יפתח וכי יכרה... שעל עסקי פתיחה ועל עסקי כרייה באה לו". מחלוקת זו, ובעיקר מקורותיה והשתלשלותה מן המקורות הקדומים ועד לתלמוד הבבלי, ייבחנו על ידינו בהרחבה בשער החמישי של העבודה. לענייננו, המחלוקת מלמדת על שיקולי האחריות העומדים בבסיס דיני הנזיקין, על מגוון האפשרויות שיש בשיקולים אלו ועל משקלם בהכרעה ההלכתית, במקרה דנן – ביחס לבור ברשות הרבים. כמו כן, מלמדת סוגייה זו על מעמדה של פרשנות המקרא במסגרת הבסיס הניתן לשיקולי האחריות במקורות התלמודיים, פרשנות המושפעת מתפיסת דיני הנזיקין של החכמים.<sup>18</sup>

דיני הנזיקין התלמודיים מושתתים אם כן על מערכת מושגית משפטית-רציונאלית. אולם זוהי מערכת מגוונת ודינאמית, המתאפיינת בזרמים מנוגדים ובתהליכי התפתחות פנימיים.<sup>19</sup> לתהליכים אלו מספר מאפיינים, וגורמים אחדים משמשים להם כזרז. כך למשל, נמצא בדיונו התפתחות הנובעת משינוי תפיסות תיאורטיות ביחס לדיני הנזיקין, כדוגמת המעבר מתפיסת "צדק חלוקתי" לתפיסת "צדק מתקן"<sup>20</sup> או ממשטר אחריות פלוני למשטר אחריות אלמוני.<sup>21</sup> במקרים אחרים השינוי איננו ביחס לדיני הנזיקין, אלא התפתחויות בתורת המשפט המנחה את ההלכה, כדוגמת המעבר מתפיסה מהותנית של ההלכה לתפיסה פורמליסטית שלה.<sup>22</sup> כן ניתן למצוא שינויים הנובעים ממגמת קטגוריזציה של ההלכה, המשקפת את תהליך המעבר מקזואיטיקה להמשגה בספרות חז"ל.<sup>23</sup> מעל לכל, ההתפתחות התיאורטית אחריה אנו תרים היא ביחס למעמדם של מקרי הפטור החריגים, שהם נושאייה של עבודה זו. וכאן אנו מוצאים התפתחות תיאורטית מסוג שונה, שעל טיבה נעמוד מיד.

## 2.2. מקרי הפטור החריגים

יוצאי דופן אינם תופעה זרה למערכות משפטיות. פעמים רבות החוק קובע עמדה מסוימת, אשר יש לה חריגים שההוראה המשפטית לגביהם שונה. אולם תיאורטיקנים של המשפט אינם רואים את החריגים כמי שנמצאים מחוץ לגבולות המשפט – הם אינם כפופים למערכות מושגיות אחרות, אין מערכת שיקולים שונה העומדת

<sup>18</sup> ראו פרק סיכום, סעיף 4.2.

<sup>19</sup> בכך נעסוק בהרחבה בדיונונו בשיטת המחקר. ראו בעיקר להלן, סעיף 3.5.

<sup>20</sup> ראו שער ראשון, פרק א.

<sup>21</sup> כך הדברים ביחס לבור ברשות הרבים, ראו בדוגמא לעיל, סמוך להערות 17 – 19. למעשה, אין מדובר במקרה זה רק במתח בין שני עקרונות הקיימים במקביל, אלא בתהליך התפתחותי, שבו עמדה אחת הולכת ונעשית דומיננטית, ראו שער חמישי, פרק י.

<sup>22</sup> ראו שער שני, פרק ה, סעיף 1.

<sup>23</sup> ראו להלן, סעיף 3.3. תהליך ההמשגה מאפיין שלבים רבים בדיונונו, אולם הוא מתגלה בצורה מפורשת ונרחבת בדיון בסוגיית צדורות. ראו שער רביעי, פרק ז.



בבסיסם, וביסודם עקרונות המשותפים לכל המערכת המשפטית. כך, במאמר שיוחד ליוצאי דופן במשפט מתאר פ' שאוואר את החרגה כתופעה לשונית קונטינגנטית גרידא.<sup>24</sup> לדבריו, הצורך בחרגה הוא החסר הלשוני, שאיננו מאפשר לנסח את החוק באמצעות הגדרה מילולית שאיננה כוללת מלכתחילה את החרגה.<sup>25</sup> לפיכך, החוק נזקק להגדרה כללית, ולצידה החרגה – יוצא הדופן שעליו אין חוק זה חל. ומכל מקום, גם בניסוח הנוכחי של החוק כמי שיש לצידו חריג, החרגה כפוף למערכת השיקולים של המחוקק, ובדומה לליבו של החוק אף החרגה הוא חלק מהמטרות אותן מבקש החוק לממש.<sup>26</sup>

האם זו משמעות החרגים לדיני הנזיקין התלמודיים, בהם אנו עוסקים בעבודה הנוכחית? באחדים מן המקרים נגלה כי אכן כך הם הדברים. במקרים אלו נראה, כי גם גישות שדעתן לא היתה נוחה מהחרגים הללו, משיקולים שונים, ראו בהם חלק ממערכת דיני הנזיקין הקיימת, והתמודדותם הפרשנית עם דינים אלו היתה מתוך מערכת זו.<sup>27</sup> אולם אני סבור, שמימרת רבא שצוטטה בראש דברינו מסתירה בתוכה גישה שונה, והמחקר הנוכחי מבקש לאתר ולתאר את מקורותיה והשתלשלותה של גישה זו. במסגרת המחקר אראה, כי במהלך ההתפתחות ההלכתית של דיני הנזיקין התלמודיים נוצרה קבוצה של הלכות, שנתפסו כמי שאינן מעוגנות במערכת השיקולים המאפיינת את דיני הנזיקין התלמודיים. קבוצת הלכות זו מושתתת על הכתוב עצמו, גם אם הוא מנוגד לשיקולי האחריות, כפי שכינינו אותם לעיל. כלשונו של רבא: "אלא למאי הלכתא כתבינן הו רחמנא? להלכותיהן", והיינו: פרטי ההלכות הללו נובעים מתוך הכתוב והם המטרה שלשמה הוא נכתב.

<sup>24</sup> שאוואר, חריגים, עמ' 871 – 879.

<sup>25</sup> המיקוד בפן הלשוני איננו מיתמם לומר, שלחריג בתוך מערכת המשפט אין פונקציה חברתית. ראו למשל שאוואר, חריגים, עמ' 879. לדבריו, היחס בין החוק למשמעות המוקדמת של השפה מלמד על מטרותיה של החקיקה. פרקטיקה חברתית מוכרת תוהה על ידי השפה (כפי שמונחי השלג השונים אצל האסקימואים נובעים מפרקטיקות חברתיות נוהגות, ומזוהים על ידי השפה). אולם החוק לעיתים מבקש לשנות דבר מה, ובמקרים שכאלו הוא עשוי שלא למצוא שימוש לשוני מתאים. לשם כך הוא משתמש ביוצא הדופן, המשקף את החלוקה החברתית הרצויה, שלעת עתה איננה מזוהה בשפה בה החוק נכתב.

<sup>26</sup> ר' דוורקין עוסק אף הוא ביוצאי דופן, אולם הוא מתמקד בעניין אחר, בהבחנה בין כללים משפטיים לעקרונות משפטיים ובהשפעתה של הבחנה זו על שאלת יוצאי הדופן במשפט. כללים משפטיים מנוסחים בצורת חוק, ואילו עקרונות הם תפיסות חברתיות, מוסריות וכיו"ב, העומדים בבסיס החוק, גם אם הם אינם מנוסחים במפורש (למשל: אדם אינו יכול להנות מפרי עוולתו [הרצחת וגם ירשת?], ראו דוורקין, זכויות, עמ' 22 – 31). יוצאי דופן לפי דוורקין שייכים לקבוצה הראשונה, לכללים משפטיים, כאשר לכלל מסויים יש יוצא דופן שבו החוק איננו חל. מאידך, אין יוצאי דופן ביחס לעקרונות משפטיים – דרך היישום שלהם שונה; היא איננה בינארית (חל או לא חל), אלא תלויה במערך של איוונים ושיקולים, כאשר במקרה פלוני עקרון אחד יקבל משקל מרכזי ובמקרה אחר עקרון שני (דוורקין, שם, עמ' 24 – 26). העולה מדבריו הוא כי יוצאי הדופן הם אכן מקרים בהם כללים משפטיים מסוימים אינם חלים. אולם יוצאי הדופן אינם עומדים בניגוד לעקרונות המערכת המשפטית, ואין הם לפיכך יוצאים מהגבולות (הרחבים והדינאמיים, לשיטתו של דוורקין) שמציבה מערכת זו.

<sup>27</sup> כוונת הדברים היא בעיקר לפרשנות מצמצמת של ההלכה, ראו להלן בפנים. עניין זה יומחש בפרקים הרלוונטיים, והוא יידון בהרחבה בסיכומה של העבודה (פרק סיכום, סעיף 3.3.1). התמודדות פרשנית שונה מעט, המתאפיינת במהלך קונספטואלי המבקש לשלב את החרגה בעקרונות ההלכתיים הקיימים, מתוארת על ידי מוסקוביץ. ראו מוסקוביץ, המשגה, עמ' 337 – 340.

לולא נכתבו לא ניתן היה ללומדם מהכללים המשפטיים המאפיינים את דיני הנזיקין התלמודיים, ואף יותר מכך: הכללים המשפטיים המאפיינים את דיני הנזיקין התלמודיים פעמים רבות נוגדים להלכות אלו.

נבאר מעט יותר תפיסה זו ונפרט את השתלשלותה. מקרי הפטור החריגים משתייכים במקורות התנאיים ובמקורות אמוראיים קדומים למערכת דיני הנזיקין. בבסיסם עומדים כללים ועקרונות המשותפים לכל פרטיה ההלכתיים של מערכת זו, ועל פיהם נקבע הפטור המלא או החלקי בכל מקרה ומקרה. אלא שבעקבות תהליכי התפתחות פנימיים נוצר קושי בשילובם של מקרי הפטור החריגים בעקרונות המשפטיים הקיימים. תהליכים מסוגים שונים הובילו לכך, תהליכים משפטיים ותהליכים פרשניים. אלו הם תהליכים האופייניים להלכה בתחומים רבים, ואת חלקם הצגנו בסוף הסעיף הקודם.<sup>28</sup> אולם הם הובילו לאי התאמה בין פרטי ההלכה, הם הפטורים השונים, לבין הטעמים העומדים בבסיס ההלכה. למשל: תפיסה פורמאלית של פטור שן ורגל ברשות הרבים החילה את הפטור גם במקרים בהם שיקולי האחריות מוליכים לחיובו של המזיק; תפיסת דין צרורות כהלכה קטגורית, בכל מקרה בו נגרם נזק עקיף, יישמה את הפטור גם במקרים בהם הטעם הקונקרטי לתשלום חצי נזק איננו קיים.<sup>29</sup> קשיים אלו נפתרו בתחילה בדרך פרשנית – באמצעות פרשנות מצמצמת של מקרה הפטור.<sup>30</sup> בכך אומנם קיימת הכרה באי התאמתו של מקרה הפטור למערכת דיני הנזיקין, אולם אי התאמה זו צומצם וסויג, כך שחלק הארי של פרטי ההלכה חוזר ומשתלב עם העקרונות העומדים בבסיס יתר דיני הנזיקין. אולם בדורות מאוחרים יותר של אמוראי בבל, בעיקר החל מן הדור הרביעי ועל ידי רבא, הוצע פתרון שונה. לפי פתרון זה, הדין החריג זוהה כמי שאיננו שייך למערכת דיני הנזיקין, אלא הוא חלק ממערכת הלכתית אחרת. מערכת הלכתית זו כפופה לכתוב, ולו בלבד, גם במקרים בהם היא נוגדת את שיקולי האחריות של דיני הנזיקין. השינוי בתפיסה ההלכתית מסתייע במספר גורמים. הוא משקף תפיסה דתית של ההלכה, כולל דיני הנזיקין, הוא משקף מעבר מהלכה שיש לה יישום ריאלי להלכה שליבה ופרטיה תיאורטיים בלבד ועוד.<sup>31</sup> אולם שינוי זה הוא בראש ובראשונה תהליך פרשני. הוא נובע מ"מצוקה פרשנית" בה מצויים החכמים, דהיינו: הצורך לפרש את ההלכה הפוטרת את המזיק, בניגוד להנחותיו של הפרשן, לפיהן יש להטיל עליו אחריות במקרים שכאלו. כפי שהזכרנו לעיל, מספר גורמים בהתפתחותה של ההלכה, אם משפטיים ואם פרשניים, הולידו את המפגש בין הפטור הקונקרטי לבין ההנחות המנוגדות של החכמים. תהליכים אלו התעצמו בנקודת הזמן בה חל השינוי

<sup>28</sup> ראו לעיל, סמוך להערות 20 – 23. שונה מעט מאלו הוא התהליך המאפיין את פטור טמון. שניקרו גיבוש עמדה פרשנית באשר לטיבה ולאופייה של המשנה ובאשר להשלכות שיש לאופן עיצובה הספרותי. ראו שער רביעי, פרק ח, סעיף ח.2.

<sup>29</sup> לניתוח מפורט של התהליכים הנ"ל ושל השלבים השונים שבהם הם הובילו לקושי שביישום מקרי הפטור החריגים ראו בפרקי העבודה, על פי ההפניות שבהערות 20 – 23.

<sup>30</sup> ראו לעיל, הערה 27.

<sup>31</sup> בשלב הנוכחי עוד מוקדם מכדי לדון באפשרויות אלו ולבארן; נשוב לדברים בסיכום העבודה, לאחר שהיריעה כולה תתפרס לעינינו, ובאמצעותה נבהיר את התהליך המתואר ונבקש לאתר את הגורמים העומדים מאחוריו.

המתואר בתפיסת הדינים החריגים, והם שהובילו לפתרון הנזכר. זהו בוודאי שינוי דרמטי בתפיסה ההלכתית, ובמהלך פרקי העבודה ניתן לו את הביסוס הנדרש. נציין כאן רק, כי תהליכים דומים אותרו על ידי חוקרים מספר ביחס למקרים נקודתיים, אף כי לא ביחס לענף הלכתי שלם כנדרש דידן.<sup>32</sup>

### 3. שיטת המחקר והערות מתודולוגיות

#### 3.1. בין מחקר ספרותי למחקר תיאורטי

שיטת המחקר בה ננקט מאפשרת להשיב על שאלת המחקר וליישם את שלוש מטרות המחקר שהצענו בראש דברינו. ייחודה של המתודולוגיה המחקרית שתשמש אותנו הוא בשילוב הדיסציפלינארי שלה. באופן מסורתי התמקד המחקר בדיסציפלינה מחקרית אחת, אף כי בשנים האחרונות הולך ומתרחב השימוש במתודות בין-תחומיות בניתוח הספרות התלמודית, והמחקר הנוכחי מבקש להמשיך ולפתח מגמה זו. בהתאם לכך, העבודה הנוכחית נוקטת במחקר ספרותי-טקסטואלי, הכולל סקירה השוואתית של המקורות הנדונים וניתוח דיאכרוני שלהם, באמצעות הכלים שפיתח מחקר התלמוד המודרני. כל זאת מתוך מודעות למהלכים הפרשניים ולהנחות הפרשניות המלווים את הרבדים השונים שבספרות חז"ל, אם ביחסם למקרא ואם ביחסם האחד למשנהו. מתוך

---

<sup>32</sup> אפנה כאן לשלוש דוגמאות הקרובות לתהליכים המתוארים בפרקי העבודה. א. בן סורר ומורה: ברובד המקראי משקף דינו של בן סורר ומורה תפיסה מסוימת ביחס למבנה המשפחתי, והיא המעניקה לגיטימציה לדינו החמור כל כך (הלברטל, מהפכות, עמ' 43 – 48). בתקופת התנאים נגדה הלכת בן סורר ומורה את העמדה הערכית של חכמים, והם הציעו מספר פתרונות. בין הפתרונות הללו קיימת גם התפיסה לפיה בן סורר ומורה הוא "גזירת מלך", דהיינו: ההלכה כאן איננה כפופה למערכת שיקולים ועקרונות סטנדרטיים, ואף מנוגדת להם. היא נובעת ממקור אחר, חיצוני למערכת ערכים זו, והוא הכתוב (הלברטל, שם, עמ' 57 – 58). ב. עדים זוממים: דינם של עדים זוממים הוא מן התעלומות הגדולות בהלכה. הוצעו לו אומנם מספר הסברים, אולם אין הם מניחים את הדעת (הנשקה, עדים זוממים, עמ' 347 – 355). בלשונו של התלמוד הבבלי, "עד זומם חידוש הוא" (ב"ק, עב ע"ב; סנהדרין, כז ע"א), ובלשונם של ראשונים ואחרונים: "גזרת הכתוב" (ראו רמב"ם, עדות, פ"ח ה"ג). ד' הנשקה מראה, כי הקושי בהלכת עדים זוממים נוצר בסוף תקופת התנאים, בעקבות התפתחותם של הלכות עדות, ובאופן קונקרטי: עיצובו של הכלל הפורמאלי "תרי כמאה". לעומת זאת, ברובד התנאי הקדום יותר התבסס דינם של עדים זוממים על תפיסה שלא העניקה משקל זהה לכל סוגי העדויות, ודינם הובן לפי תפיסה זו (במסגרת הנוכחית לא ניתן לפרט את הדברים. ראו על כך הנשקה, עדים זוממים, עמ' 367 – 372). לענייננו, הפורמליסטיקה של ההלכה בסוף תקופת התנאים יצרה פער בין דין עדים זוממים לטעמיו, פער שהוסבר באמצעות ניתוק ההלכה מהמערכת המושגית הסטנדרטית שלה, והצבתה תחת מערכת שונה – "חידוש הוא". ג. הרשעה עצמית (שורשי התהליך המתואר בדוגמא זו הם בתקופה התלמודית, אולם שיאו של התהליך הוא בתקופת הראשונים, בניגוד לרובד הכרונולוגי הנדון בענייננו. יחד עם זאת, יש לדוגמא זו מקום כאן בשל התבנית ההתפתחותי המשותפת לדיוננו, הממחישה את התהליך המתואר בפנים): בתלמוד הבבלי נשללה אפשרות ההרשעה העצמית בפלילים, תוך שהדבר הוצב במסגרת פורמאלית, וניתן לו מימד גורף: "רבא (בכת"י פירנצה: "רבה") אמר: אדם קרוב אצל עצמו, ואין אדם משים עצמו רשע" (סנהדרין, ט ע"ב). תהליך זה הוביל ראשונים רבים לטענה, כי ההלכה איננה מושתתת על כללי הראיות, אלא זו "גזרת הכתוב". ראו קירשנבאום, הרשעה עצמית, עמ' 196 – 198. אף כאן, אם כן, הפורמליסטיקה של ההלכה הולידה פער שבשלבם מאוחרים לא ניתן היה לגשר עליו בדרכים פרשניות. פער זה הוליד את הסברה של ההלכה כ"גזרת הכתוב". במאמר מוסגר נציין, כי קירשנבאום מייחס זאת גם לרמב"ם, ראו שם, עמ' 164 – 173, ומעין פשרה בעמ' 194: "לכן נראה שיש לפרש את הביטוי 'גזרת מלך' כמאפיין הלכה בעלת נימוק רציונלי, אלא שאותו נימוק אינו מסביר את כל פרטיה של אותה הלכה", וראו על גזרת הכתוב בדברי הרמב"ם להלן, פרק ח, הערה 21. בהקשר קרוב, ראו אלבק, מבוא למשפט העברי, עמ' 316, הנוקט – כצפוי – ביחס לעדות קרובים, בעמדה המנוגדת למתואר לעיל, ומדגיש את העקרונות הרציונאליים של ההלכה.

כך מבקשת העבודה לאפיין את ההתפתחות הקונספטואלית, מהמקרה הבודד, דרך מכלול מקרי הפטור החריגים ועד למערכת דיני הנזיקין כולה, עניין שהיה במוקד מעיינם של חוקרי משפט עברי ומשפט השוואתי בדורות האחרונים.

דרך זו משלבת זה בזה את חקר הטקסט, את פרשנותו ואת ניתוחו התיאורטי. היא יוצאת מן הניתוח הטקסטואלי, אולם אין היא עוצרת בו, אלא צועדת צעד נוסף, לעבר המשמעויות הפרשניות שיש לניתוח שכזה, כגון: מה משמעות הפערים שבין מקורות מאוחרים למקורות קדומים, או בין רבדיו השונים של מקור אחד, האם מדובר בפרשנות או ביצירה מחודשת? מהם המניעים המסתתרים מאחורי התהליך הפרשני? ועוד.<sup>33</sup> זו גם הדרך בה נלך בעבודה זו. בכל מקרה ומקרה, כשלב מקדמי לניתוח הפרשני, נציג את הטקסט הנדון יחד עם נתוניו הטקסטואליים המשתקפים מעדי הנוסח השונים שלו, ותוך דיון ברלוונטיות שלהם לענייננו. על בסיס זה נבנה את הדיון הפרשני, אשר יוביל אותנו בסופו להצגה תיאורטית שלמה של הנושא הנדון במחקר זה. התפיסה המסתתרת מאחורי מתודולוגיה זו היא כי הנתונים הטקסטואליים – המתבררים מתוך ביקורת נמוכה או גבוהה של המקורות – הם כלי בידינו לשם איתורם של התהליכים ההרמנויטיים העומדים מאחורי התפתחות ההלכה. איתורם של התהליכים הפרשניים מאפשר לנו לפענח את העמדות התיאורטיות בזמנים ובמקומות שונים ולעמוד על התפתחותן, כפי שמשקף במקורות שבידינו. שהרי תהליכים פרשניים אלו – כך עולה מניתוח המקורות בעבודה זו – אינם לרוב שינויים מקריים או חילופים הנובעים משגגה גרידא בהבנת המקור המתפרש.<sup>34</sup> אלו הם תהליכים שמאחוריהם עומדות תפיסות תיאורטיות דינאמיות, אם שינויי השקפה באשר למטרת דיני הנזיקין ואם שינויי תפיסה באשר לטיבם של אלו, או אף התפתחות בתורת המשפט הכללית, העומדת בבסיס פרשנות המקורות. זהו, אם נשתמש בלשונו של רוזנטל,<sup>35</sup> "הלוגוס" של היצירה."

<sup>33</sup> השלב המתואר בפנים, בחלקו הגדול, עודנו כלול במה שהגדרנו לעיל כניתוח הספרותי-טקסטואלי. בשדה מחקרי זה מצטייר אומנם לעיתים המחקר הפילולוגי כדומיננטי, אולם יותר ויותר מחקרים בוחרים שלא להסתפק בכך. בדומה למודל המתואר בפנים, נוקטים מחקרים אלו בדיון פרשני המושתת על ניתוח טקסטואלי פרטני, אך בווריאציות שונות. ראו למשל הנשקה, משנה ראשונה, ובעיקר דבריו בעמ' 195 – 197, הממחישים את המעבר מהנתונים הטקסטואליים למסקנות הפרשניות. לבחינה מתודולוגית של מחקר שכזה, שאיננו עוצר בנקודת הסיום של המחקר הפילולוגי, אלא מציג – בדרכים שונות – ניתוח הרמנויטי של ההלכה, ראו הלברטל, הרטמן, עמ' 16 – 24, וראו גם רוזן צבי, סוטה, עמ' 4 – 6.

<sup>34</sup> הנחת הטעות אפשרית. בפרט היא עשויה להיות נכונה במקרים בהם עוסקים אנו במסורות שהועברו מרחק זמן רב, או שנשתנה מקומם, כגון: מארץ ישראל לבבל. זו בדרך כלל דרכו של הלבני בסדרת חיבוריו, *מקורות ומסורות*, וכפי שסיכם את הדברים במאמרו "עיונים בהתהוות התלמוד", ראו הלבני, עיונים, עמ' 69 – 70; 77 – 78, ושם, בפרט, הערה 29. אולם דרך זו איננה פותרת את בעיית פרשנות המקורות, ופעמים רק מגלגלת אותה לפתחם של פרשנים אנונימיים. בשל כך, בדרך כלל נקטנו בעמדה שונה, כמבואר להלן בפנים. בגוף העבודה נתייחס כמובן לפרשנות המקורות ולהצעותיו הנקודתיות של הלבני בהתייחס למקורות הנדונים על ידנו.

<sup>35</sup> דברי רוזנטל יובאו להלן, הערה 36. אולם המחקר הפילולוגי-היסטורי לא הגיע לנקודה זו, ראו לעיל, הערה 33 (ובעיקר הלברטל, הרטמן, עמ' 18).

שיטת מחקר זו מעניקה אם כן כלים למענה על שאלת המחקר המורכבת שהצבנו בראש מבוא זה. על מנת להבהיר את הדברים, אני מבקש לסקור בקצרה – ובנפרד – את שתי מתודות המחקר המשמשות בדיונו כאן, תוך התייחסות לשאלות המתודולוגיות העיקריות המתעוררות בגינן. לאחר מכן נדון בשילובן של מתודות אלו במחקר הנוכחי.

### 3.2. הטקסט וגלגוליו – ניתוח ספרותי

המתודה הראשונה שנבחן מזוהה בדרך כלל עם "המחקר התלמודי" לגווניו. מתודה זו עוסקת בניתוח ספרותי-טקסטואלי של מקורות חז"ל, תוך מתן דגש, בשלב ראשון, לנוסח המקורות ובשלבם מתקדמים יותר גם להתפתחות ההיסטורית ולמבנה הספרותי שלהם.<sup>36</sup> בדיונו נעסוק אומנם בנוסח המקורות, אולם עיקר מעיינינו יהיה ניתוח ספרותי של המקורות, שתכליתו תיאור התפתחותי וניתוח תוכני שלהם, כמתבקש משאלת המחקר שהעלנו.

הקשיים הרובצים לפתחם של חוקרי הספרות התלמודית רבים מספור, ודומה כי עדיין רב הנסתר על הגלוי. שאלות כבדות משקל באשר לזמן יצירת החיבורים השונים של ספרות זו, המקורות מהם מורכבת כל יצירה ויצירה, ואפילו השאלות הבסיסיות, הנוגעות ליצירה המונחת לפנינו, כגון מהו נוסח היצירה וכיצד יש לפרשה, עודן לוטות בערפל. נושאים אלו שנויים במחלוקת בין החוקרים, ופעמים ההכרעה בהם מושתתת על נקודת המוצא המחקרית, ופחות על העיון הקונקרטי במקורות גופם, וכדרכו של המחקר, בתקופות שונות תופסות פרדיגמות מסוימות את הבכורה על פני חברותיהן.<sup>37</sup>

העבודה הנוכחית עוסקת רובה ככולה בניתוח מקורות חז"ל, והשאלות הנזכרות לא נעלמות ממנה. המבנה ההתפתחותי של הנושא אותו אנו מתכוונים להציג מוסיף ומערים קושי על קושי. שהרי תהליך התפתחותי זקק ניתוח דיאכרוני של המקורות, וכיצד נקבע את היחסים בין המקורות השונים, ואף יותר מכך – כיצד נקבע את היחס הפנימי בין הרבדים המרכיבים כל מקור ומקור, כאשר אין בידינו תשובות חד משמעיות לשאלות בדבר טיבם של מקורות אלו. במהלך הדיון אנו נדרשים להנחות בעניינים הללו, אולם נלך ונבחן אותן, רצוא ושוב,

<sup>36</sup> לא בכדי הגדיר רוזנטל את שלושת הדברים עליהם עומדת "פרשנות פילולוגית-היסטורית" כך: "על הנוסח, על הלשון, ועל ההקשר הספרותי וההיסטורי-ריאלי", ראו רוזנטל, המורה, עמ' טו. משפט זה מופיע במחקר התלמודי בווריאציות שונות כמודל למתודולוגיה המחקרית המבוקשת (אך לא תמיד זו הממומשת, ראו לעיל, הערה 33), ראו פרידמן, תלמוד ערוך, הנוסח, עמ' 1 ("הנוסח, המקבילות והפרשנות"), ושם, הערה 1, הפניותיו לגינצבורג ורוזנטל.

<sup>37</sup> בהשאלה ממונחיו של קון, "מדע תקני" מאפיין את התפתחותה הפנימית של תיאוריה מדעית (או: פרדיגמה), שיש לה ממשיכי דרך המסכימים להנחות המרכזיות המאפיינות תיאוריה זו. שינויי פרדיגמה הם מהפכות מדעיות, הכוללות החלפה גורפת של התיאוריה המדעית בתיאוריה אחרת. ראו קון, מהפכות, עמ' 20 – 21; 50. בענייננו, שינויי הפרדיגמה משקפים מהפך משמעותי בהנחות היסוד באשר לטיבם של המקורות הנדונים, ולדוגמא: שאלת מעמדה של המשנה ביחס למקורות תנאיים אחרים, ובפרט ביחס לתוספתא, וראו על כך להלן.

לאור השלבים השונים של פרשנות המקורות. ושוב, נכנסים אנו למעין מעגליות הרמנויטית, שביטוייה הוא בנקודות המוצא בשאלות אלו, בהן נשתמש בדיונו, ההולכת ומתעצבת לאור השלבים השונים של פרשנות המקורות.<sup>38</sup> ניתוח מעין זה זוקק זהירות מתודולוגית וביקורתיות מתמדת, ואי הוודאות מאפיינת אותו לכל אורכו. ואף על פי כן, ניתן לבנות מתוך הקשיים תמונה בהירה למדי, ובני חורין אנו שלא להפטר מן המלאכה. נבחן כעת את הדברים באופן קונקרטי יותר.

עוד בטרם ניגשים אנו לניתוח מורכבותו של המקור, אם ביחס למקבילותיו ואם ביחס לרברדיו הפנימיים, נתקלים אנו בקושי בזיהוי המקור הנדון גופו. נקודת ההתחלה של מלאכת זיהוי המקור היא מחקר טקסטואלי, אולם יש לה השפעה ישירה על שאלות של תוכן, בהן כאמור עיקר מעיינינו בעבודה הנוכחית. המקורות הנדונים עשירים בעדי נוסח, ולאחר איתורם יש לבחנם ולאפיינם. כהגדרותיו של אפשטיין בפתיחת ספרו המונומנטאלי *מבוא לנוסח המשנה*,<sup>39</sup> פעמים לפנינו "חילופי נוסחאות", דהיינו: "חילופים הנופלים בספר על ידי טעויות במסירתו שבכתב ושבעל פה", ובמקרים שכאלו ייתכן שנוכל לאתר את נקודת הזמן בה ארע החילוף ולעמוד על הגורמים לו. אולם פעמים אחרות מדובר ב"חילופי לשונות", דהיינו: "פנים אחרות של התוכן, זאת אומרת עיבוד של "ספר" ידוע על ידי "תנא" אחר". ובמקרים שכאלו המקור מציע כמה אפשרויות, כאשר כל אחת מהן היא מסורת העומדת בפני עצמה, לעיתים כשיטה הלכתית נפרדת ונבדלת, שיש לתארה ולמקמה במסגרת התיאורטית של ההתפתחות ההלכתית. אלא שמטבעם של דברים, לרוב אין מדובר בדיכוטומיה חד משמעית, וההבחנה הבסיסית בין חילופי נוסחאות לחילופי לשונות איננה ממצה – כיצד נגדיר חילוף שמקורו בעיצוב אחר של הסוגייה? כיצד נתייחס לפערים שנוצרו בעקבות פרשנות חלוקה של המקורות? שהרי בשני מקרים אלו אין לפנינו חילופי נוסחאות גרידא, אולם עד כדי חילוף לשונות ממשי לא הגענו. פעמים הדברים תלויים בנקודת המוצא המחקרית, נושא שהזכרנו לעיל ונמחישו עוד להלן, ולדוגמא: שמא 'פרידמן אפיין הבדלים ניכרים בין עדי נוסח כתוצאת תהליך התפתחותי של מסירת הטקסט ופרשנותו, ובלשונו: "מסירה יוצרת".<sup>40</sup> העמדה המחקרית הקלאסית לעומת זאת נטתה לראות בכך מסירות שונות של הסוגייה התלמודית, שנתפרדו זו מזו עוד בשלב בו הועבר התלמוד בעל פה.<sup>41</sup>

מעל לכל, גם אם הנחות היסוד מוסכמות, ההכרעה במקרה הקונקרטי עודנה קשה. נדגים את הדברים. בדיונו בדיון בור נעסוק במשנה המפרטת את המקומות בהן חייב החופר בור בנזקי הבור (פ"ה מ"ה).<sup>42</sup> משנה

<sup>38</sup> ראו לעיל, הערה 5.

<sup>39</sup> אפשטיין, *מלנה"מ*, עמ' 1.

<sup>40</sup> ראו פרידמן, שינויי הגרסאות, עמ' 74 – 76. לדוגמא בדיונו ראו שער שני, פרק ה, הערה 69.

<sup>41</sup> ראו ברודי, *ספרות הגאונים*, עמ' 276 – 281.

<sup>42</sup> ראו בהרחבה שער חמישי, פרק י, סעיף 2.

זו, לפי נוסח הדפוס ומספר כתבי יד, מחייבת בין השאר כאשר הבור נכרה ברשות היחיד ופתח הבור אף הוא ברשות היחיד ("החופר בור... ברשות היחיד ופתחו לרשות היחיד אחר חייב"). מקרה זה איננו מופיע במשנה שבכתב יד קויפמן ובעדי נוסח מרכזיים אחרים, ובמקומו עוסקת המשנה בחופר בור ברשות הרבים כאשר פתחו אף הוא ברשות הרבים ("החופר בור... ברשות הרבים ופתחו [לרשות] הרבים אחר חייב"). נקל לטעון, כי מדובר במקרה זה ב"חילופי נוסחאות", דהיינו: טעויות סופר של חילוף מפני הדומות וכיוצא בזה. אולם הממצאים העולים מהעיון במקור הקונקרטי מצביעים על כך שחילופי הנוסח הללו אינם מקריים, אלא לפנינו שני ענפים עיקריים, יציבים ומהימנים ביחס לנוסחתה של משנה זו. כל אלו, בצירוף העיון במקורות ספרותיים מקבילים או מאוחרים למשנה, מוליכים למסקנה, כי לפנינו שתי מסורות שונות של המשנה, ובמינוחיו של אפשטיין: "חילופי לשונות". בדיוננו בשער הרלוונטי נטען, כי מדובר במסורת ארץ ישראלית אל מול מסורת בבילית, כאשר שתי המסורות הללו נובעות מתפיסות הלכתיות-משפטיות מנוגדות, ונעמוד בהרחבה על מקומן וטיבן של שיטות אלו. לענייננו כעת, מצאנו, כי הקושי בזיהוי נוסח המקור הנדון בדוגמא זו מסתיר בתוכו את חילופי הלשונות שבו, ואפיונם של אלו משמש עבורנו כצעד ראשון בניתוח הזרמים התיאורטיים העיקריים הקיימים בעניין דינו של החופר בור ברשות הרבים.

הנסיון לזהות את המקור הבודד צועד יד ביד עם השאלה הסבוכה בדבר היחסים הפנימיים בין רבדי השונים של כל מקור ומקור. שאלה זו נכונה לכלל ספרות חז"ל,<sup>43</sup> אולם היא עולה ביתר שאת בעת ניתוח הסוגייה התלמודית, בעיקר הבבלית. זו, מעצם טבעה וטיבה, מורכבת ממקורות רבים, השייכים לזמנים ולבתי מדרש שונים, ועל גבם של אלו עומדת לה דיאלקטיקה פרשנית מפותחת מבית היוצר של עורכי הסוגייה, קדומים ומאוחרים. אלא שגם כאן, ההבחנה בין הרבדים השונים איננה קלה, ויתרה מכך – הקריטריונים להבחנה זו אינם מוסכמים במחקר.

בשנים האחרונות הולכת וכובשת לה מקום מרכזי במחקר העמדה המאחרת את הרובד המפרש של התלמוד לעומת גרעינו הקדום יותר, מימרות האמוראים. זאת לאור שיקולים ספרותיים, שיקולי תוכן ושיקולים המושתתים על טיבה של ההמשגה התלמודית בתקופותיה השונות.<sup>44</sup> אולם גם על תפיסה זו יש עוררין, ובעיקר נמתחה ביקורת כנגד הקביעה הגורפת המאחרת מבחינה כרונולוגית את הרובד המפרש לאחר תקופת

<sup>43</sup> לדוגמא ביחס למשנה ראו הנשקה, משנה ראשונה. ביחס למדרשי ההלכה ראו כהנא, המכילות.

<sup>44</sup> פרידמן, על דרך חקר הסוגייה, עמ' 301 – 308, משתית את איחורו של הרובד המפרש בעיקר על שיקולים שכינינו בפנים "ספרותיים", ובכלל זה: סגנון, שפה, חילופי נוסח ועוד. הלבני, משתמש בדרך כלל בשיקולים תוכניים, מהם מגיע למסקנה דומה, ולעיתים מרחיקת לכת יותר (לסיכום עמדתו ראו הלבני, עיונים, ושם עמ' 77 – 83). המאפיין האחרון המצויין בפנים, טיבה של ההמשגה התלמודית בתקופותיה השונות, מתייחס למסגרותיו של מוסקוביץ, אשר מבחין בין הרובד הסתמי של התלמוד לרבדים קדומים יותר לעניין זה, ראו למשל מוסקוביץ, המשגה, עמ' 329 – 330.

האמוראים, והכוונה היא לביקורתו של י' ברודי כנגד ש"י פרידמן וד' הלבני.<sup>45</sup> ברם, מעניין לציין, כי גם לפי ביקורת זו, ההבחנה כשלעצמה בין הרבדים המרכיבים את הסוגייה שרירה ועומדת, והמחלוקת אינה אלא מחלוקת נקודתית – סביב שאלת מיקומם הכרונולוגי של רבדים אלו.<sup>46</sup> כך למעשה, אם נתמקד במאפייני הסוגייה התלמודית, עצם קיומו של הריבוד התלמודי הוא מוסכמה גורפת כיום, ובכך יש כמובן אמירה רבת משמעות לקביעת מתודולוגיית המחקר של מקורות אלו ובאשר לעמדה העקרונית בה אנו נוקטים במחקר הנוכחי.<sup>47</sup>

מכל מקום, בעניין הזיהוי הכרונולוגי של הרובד הסתמי, מן הראוי להזכיר שחוקרים רבים מכירים אכן בכך שהנחת איחורו איננה גורפת. אף חוקרים המקבלים זאת כהנחת מוצא, מודעים לאפשרות קיומם של יוצאי דופן, "סתם קדום" שאיננו מאוחר לרובד האמוראי.<sup>48</sup> כך ננקוט גם בעבודה זו. דיוננו מניח לרוב את איחורו של הרובד המפרש שבסוגייה התלמודית, ולדברים השלכות רבות משמעות לענייננו. אולם הדברים נבחנים ונבדקים לגופם, ויש אשר – במקרים ספורים אומנם – ניתוח המקורות מוליך למסקנה ההפוכה, דהיינו: הרובד הסתמי קדום יחסית, ופעמים הוא מהווה תשתית לדיון האמוראים המאוחרים לו.<sup>49</sup>

הדיון במקור לאור מקבילותיו מעורר אף הוא קושי מתודולוגי, ויש לו השלכה ישירה על פרשנותו של כל מקור ומקור. שהרי אינו דומה מקור המפרש את קודמו למקור המציע מסורת מקבילה, החולקת על חברתה במידה רבה או מועטה. ובבואנו לדון בשני מקורות העוסקים בעניין משותף, קרובים בתוכנם ובסגנונם, עלינו להכריע בדבר מעמדם ויחסם האחד לחברו – האם מייצגים הם מסורות שונות? האם האחד מפרש את חברו, ואם כן, מיהו הפרשן ומי כנגד זאת מייצג את המסורת בצורתה הראשונית יותר?

---

<sup>45</sup> סביב עניין זה התעורר לאחרונה פולמוס נרחב, בעקבות דברי הביקורת של פרופ' ברודי בקונגרס העולמי הארבעה עשר למדעי היהדות ובמסגרות נוספות כלפי הגישות המאחרות את הרובד הסתמי של הסוגייה, ראו ברודי, סתם התלמוד (נקודות מהדברים יוצגו להלן בפנים). אני מודה לפרופ' ברודי על שהעמיד לרשותי עותק ממאמרו זה טרם פרסומו).

<sup>46</sup> ראו ברודי, סתם התלמוד, סעיף ד ("הצעה חלופית"), ולמשל דבריו, סמוך להערה 36: "ברור שעקבות של פעולות עריכה, צירוף וסידור שונות מצויות על כל צעד ושעל בתלמוד, כמעט כולן אנונימיות, ורבות מהן שייכות בבירור לתקופת האמוראים. עובדה זו מגבירה לדעתי את סבירות הטענה שבתקופה זו נוצרו גם סתמות מסוגים אחרים, כגון קושיות ואוקימתות". בפועל, ברודי נוטה לייחס את היצירה המסיבית של הסתמות לסוף תקופת האמוראים, מדורו של רב אשי ואילך (שם, פסקה (4), סמוך להערה 37).

<sup>47</sup> הפולמוס המחקרי מסיט לעיתים את תשומת הלב מהנקודה העיקרית, שלה יש את החשיבות התיאורטית והמתודולוגית הרבה יותר, והיא המשמעותית למחקר העתידי. כך היה גם בעניינו של ירושלמי נזיקין, אשר תשומת הלב המחקרית התמקדה בפולמוס בשאלת מקום עריכתו, כאשר הנקודה המשמעותית, שלא היו עליה עוררין, היתה ייחודו של תלמוד זה. ראו זוסמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 55 – 67, ולשונו בעמ' 63: "מכאן ואילך התמקד הדיון בקביעה זו: קיסרין או לא קיסרין. וכמדומני שהדיון בשאלה זו והפולמוס החריף סביבה, הסיט את תשומת הלב מעצם ייחודה של המסכת, מאופייה המיוחד וממהותה". גם בעניין ירושלמי נזיקין נאמץ במהלך העבודה – בהמשך לדרכו של זוסמן – את המוסכמות המתייחסות למאפייני המקור הנדון, שלהן תרומה נכבדה גם בדיוננו.

<sup>48</sup> ראו למשל הנשקה, משנה ראשונה, עמ' 121 ועמ' 136 הערה 253; רדזינר, הפקר, עמ' 128 – 129, ושם דיונו ב"סתמא קדומה", הערות 95 – 96.

<sup>49</sup> ראו שער ראשון, פרק ב, סמוך להערה 78.



ספרות חז"ל עשירה במקורות מקבילים, ואלו ניצבים לפנינו אם בדיונו בעניינם של המקורות התנאיים, אם בדיונו בעניינם של התלמודים וביחס ביניהם ואם בדיונו בעניינם של המקורות שבתוכם – מקורות תנאיים המובאים בתלמודים. ואף כאן מתקיימים זרמים ומגמות שונות במחקר, שיש להם השפעה על עמדתנו באשר לטיבו של המקור הנדון. נדגים זאת בעניין אחד, שאלת יחסה של התוספתא למשנה. כך, אם בעבר נתפסה התוספתא, כמעט ללא עוררין, כמקור המפרש את המשנה,<sup>50</sup> הרי כיום נשמעים יותר ויותר קולות במחקר הספרות התלמודית, המאחרים את המשנה ורואים במסורות שבתוספתא מקור המייצג מסורות קדומות או מסורות שלא עובדו במלאכת העריכה האינטנסיבית מבית מדרשו של ר' יהודה הנשיא.<sup>51</sup> ואם כן, בבחינת משנה פלונית, עלינו לעמת בין הנחות המוצא השונות הללו במחקר. ואף כאן יש להדגיש, כי אין התשובה חד משמעית, ובפרט בעבודה כזו הנוכחית, אשר איננה חוקרת ובוחנת קורפוס שלם ואחיד, אלא מספר מקורות בכתך נושאי. בכל מקרה, ההכרעה איננה שרירותית, אלא מבוססת על שיקולים ענייניים, סגנוניים וכתובניים.<sup>52</sup>

שאלות אלו ודומותיהן – דהיינו: מה יחסם של המקורות הנדונים למקורות מקבילים – עולות כאמור פעמים רבות במהלך דיונו, לא רק ביחס למשנה ולתוספתא, אלא גם ביחס למקורות תנאיים אחרים,<sup>53</sup> ביחס למקורות

<sup>50</sup> ראו סקירתו של פרידמן, תוספתא עתיקתא, עמ' 17 – 46. גם בעבר לא היתה זו הדעה היחידה, ובמקרים נקודתיים הועלו גם אפשרויות הפוכות, ראו פרידמן, שם, עמ' 49 – 63.

<sup>51</sup> ראו פרידמן, תוספתא עתיקתא, עמ' 46, הנותן דגש מיוחד למלאכת העריכה של המשנה במקורותיה הקדומים, המשתקפים בתוספתא. פרידמן מעלה את הדברים "באופן עקיב" בהקשר לתוספתא מסכת פסח ראשון, אך מדיונו המקיף במבוא דומה כי נטייתו היא להעדיף באופן כללי תבנית זו (לעמדתו נתייחס בהרחבה בדיונו בשאלת יחסה של משנת פרק שני לתוספתא, ראו שער שני, פרק ה). כך סבורה גם האופטמן (ראו האופטמן, המשנה, עמ' 17 – 24). לתפיסתה, התוספתא היא אכן חיבור פרשני, אך לא של משנתנו, אלא של משנה קדומה ("ur-Mishnah"). משנתנו לעומת זאת מאוחרת לשני המקורות הללו, ומבוססת עליהם ועל מקורות אחרים, אותם עיבדה בהתאם לתפיסותיו של עורך של המשנה.

<sup>52</sup> לדוגמא: בדיונו נראה כי התוספתא מפרשת את המשנה הראשונה של מסכתנו (ראו שער שני, פרק ד, סמוך להערה 18. תפיסה זו היא בניגוד להאופטמן, המשנה, עמ' 32, ראו שער שני, פרק ד, הערה 6). לעומתה, התוספתא הסמוכה למשנת פרק שני שייכת לפי ניתוחנו לרובד קדום יותר מהמשנה, ואילו המשנה מאוחרת ומעובדת (ראו בהרחבה בשער הנ"ל, פרק ה). הכרעות אלו עולות מניתוח ספרותי-טקסטואלי מדויק של המקורות, כפי שנראה בכל מקרה ומקרה, והן משתלבות עם ממצאים כרונולוגיים אודות המקורות הנדונים: משניות אלו אינן שייכות לרובד אחד. משנת פרק ראשון היא משנה קדומה, ולעומת זאת משנת פרק שני שייכת לרובד מאוחר של המשנה, המפרש את קודמיו. ומכאן, אפשרית הטענה לפיה התוספתא מאוחרת למשנה הקדומה אולם קודמת לרובד המאוחר של המשנה. בסופו של דבר, הנתונים הטקסטואליים והניתוח הענייני, שיוצגו בפרקים הרלוונטיים, הם אלו שמכריעים בעניין.

<sup>53</sup> הכוונה היא בעיקר למכילות ושאלת יחסן למשנה. ביטוי אופייני לבעיה זו הוא כאשר מדרשי ההלכה משתמשים בביטוי "מכאן אמרו", העשוי לרמז לציטוט מן המשנה, ולכך יש השלכה על תפיסת מקור זה כמשני בהשוואה למשנה. אולם לעיתים, בעיקר במקורות דבי ר' ישמעאל (אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 729 ; 733), "מכאן אמרו" איננו ציטוט מן המשנה, ובמקרים אלו יתכן שהמדרש מתייחס דווקא למקור תנאי אחר, קדום מן המשנה. לדוגמא שכזו, העוסקת במכילתא דר' ישמעאל, ראו שער ראשון, פרק ג, סעיף ג.3, ושם, הערה 8. בעניין יחסה של המכילתא דרשב"י למשנה ראו שער שני, פרק ה, סמוך להערות 45 – 50 ובהערות אלו. על יחסן של המכילות זו לזו ראו כהנא, המכילות, עמ' 365 (בעניין המכילות לפרשת עמלק, אך זו גם המסקנה שהעלינו בדיונו בדין חצי נזק, הנזכר לעיל). בעניין הנחות מוצא במחקר באשר ליחסם של מדרשי ההלכה למשנה ראו פרידמן, תוספתא עתיקתא, עמ' 76 – 77.

תנאיים המובאים בתלמודים<sup>54</sup> וביחס לסוגיות התלמודיות גופן.<sup>55</sup> בכל אלו קיימות תפיסות מחקריות שונות ומנוגדות, אשר יש להכריע ביניהן מתוך ניתוח המקורות. ושוב, ספק אם ניתן להכריע באופן חד משמעי בשאלות אלו. מקורן של התפיסות השונות הוא פעמים רבות הנחות מוצא מנוגדות ביחס למקורות, אשר משליכות על דרך הניתוח שלהם, ואין הן בהכרח תוצאת ניתוח זה. יתרה מכך, פעמים שתכונה פלונית של המקור הנדון משמשת תפיסה מחקרית מסויימת לאפיון המקור בדרך אחת, ובתפיסה מחקרית אחרת משמשת אותה התכונה לאפיון המקור בדרך מנוגדת בעליל.<sup>56</sup>

עבודה זו, כמובן, איננה חפה מהנחות יסוד ומעמדות מוצא באשר לטיבם של המקורות הנדונים, וכבר הזכרנו זאת בהקשר אחר לעיל. ומכל מקום, הנסיון הוא לבחון את הדברים לגופם, כאשר בכל שלב בדיונו נתייחס לשאלה המתודולוגית המתעוררת ולספרות מחקרית בעניינה.<sup>57</sup> כל זאת מתוך מטרה להציע את מגוון האפשרויות הרחב בפרשנות הטקסט ולהבהיר ככל האפשר את השיקולים העומדים מאחורי בחירת דרך פרשנית פלונית או אלמונית.

<sup>54</sup> כרגיל, אף בעניין מעמדם של המקורות התנאיים המובאים בתלמודים אין הדעות שוות, ראו פרידמן, לאופיין של הברייתות, עמ' רא – רב. ראו עוד פרידמן, שם, עמ' רכד הערה 83, מחלוקתו עם הנשקה בעניין ברייתות בן תימא ובן דורתי, ותשובתו של הנשקה, שמחת הרגל, מבוא, הערה 48, וראו להלן, הערה 56. לשאלה זו נזקקנו במספר מקומות במהלך העבודה, ראו למשל שער שלישי, פרק ז, הערה 26; שער חמישי, פרק י, הערה 41, וראו הפניות נוספות בהערות אלו.

<sup>55</sup> שאלת היחס בין התלמודים נקשרת למלאכת ריבוד הסוגייה התלמודית, בה דנו לעיל, ועסקו בכך החוקרים שהתוו מתודולוגיה זו, ראו למשל פרידמן, על דרך חקר הסוגייה, עמ' 300, ושם הערה 57. לשאלה זו חשיבות לשם הכרת התפתחותם – הדומה או השונה – של שני התלמודים, הבבלי והירושלמי. בענייננו, עוסקים אנו בדרך כלל בירושלמי נזיקין. ירושלמי נזיקין ייחודי במובנים רבים בהשוואה למסכתות אחרות בירושלמי. ייחודיות זו מתבטאת בסגנון שונה, אך בעיקר בעיבוד קדום יותר של הסוגייה התלמודית, ובלשונו של זוסמן: "תלמוד של שמועות" (זוסמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 99). יחד עם זאת, קיים דמיון מפתיע בין הבבלי לירושלמי נזיקין ברבדים מסויימים של הסוגייה (זוסמן, שם, עמ' 98 – 99. זוסמן מייחס זאת לרובד המוקדם של מאמרי האמוראים, אך בדיונו נעלה אפשרות לקיומם של מאפיינים משותפים גם ברבדים השייכים לסתם התלמוד, ראו שער רביעי, נספח ד, הערה 5). לכך כמובן חשיבות להכרת התפתחותה של הסוגייה ולאפיון היחסים בין התלמודים, ונתייחס לדברים מספר פעמים במהלך עבודתנו.

<sup>56</sup> ראו למשל בעניין פרישת בן דורתי על רקע מחלוקתו עם חכמים סביב שיטתו הייחודית, שחגיגת הפסח דוחה את השבת (פסחים, ע"ב): ש"י פרידמן רואה מסורת זו כברייתא בבלי מאוחרת, ומסתמך בין השאר על סגנון הברייתא, שיש בו סממנים המופיעים במקומות אחרים, שעל פיהם לטענתו היא סוגגנה (פרידמן, לאופיין של הברייתות, עמ' רלג – רלד). כנגד זאת, כותב הנשקה (הנשקה, שמחת הרגל, מבוא, הערה 48): "מסתבר ביותר שהמסורת הקדומה שבכאן נסתגנה עם הזמן בידי משנניה, וצבינה הלשוני והספרותי נותרה; אך אין לכך נגיעה לגוף המסורת", ובהמשך, ביחס לטענת פרידמן, כי התפיסה שחגיגת הפסח דוחה שבת היא דחוייה בכל המקורות התנאיים, ואינה אלא בבבלי בלבד, כותב הנשקה (שם): "אך גם כשנפרש את שיטת בן דורתי כמקובל, הרי כל עוד לא הוכח מפנימה של מסורת זו שאינה אותנטית, דחייתה בשאר כל המקורות אינה אלא הסבר נאה לפרישתו של בן דורתי, ונמצאת המסורת דווקא מתבססת" (ההדגשה שלי, א"ו).

<sup>57</sup> ראו בדוגמאות ובהפניות שהובאו לעיל, בהערות הקודמות (למשל שער ראשון, פרק ג, הערה 8; שער שני, פרק ה סמוך להערות 45 – 50 ובהערות אלו).

### 3.3. ההלכה התלמודית – ניתוח תיאורטי

לצד ההנחות המתודולוגיות המתבקשות בגישתנו לטקסט התלמודי, דורשת עבודה מסוג זה את שילובה של מתודת מחקר נוספת. כוונתנו כאן היא למה שנכנה "מחקר תיאורטי", והיינו: ניתוח התפיסות התיאורטיות, או: ההנחות הקונספטואליות, העומדות ביסוד הטקסט התלמודי. עניין זה הוא חלק משאלה מחקרית רחבה יותר, העוסקת במאפייניה של המשגה התלמודית, כאשר מתוכה יהיה עלינו למקד את הדיון בהמשגה התלמודית הנוגעת לדיני הנזיקין.

ההמשגה התלמודית נדונה על ידי א"א אורבך בספרו המקיף *ההלכה: מקורותיה והתפתחותה*,<sup>58</sup> וכן על ידי מחברים נוספים. לאחרונה היא שבה ונחקרה ביסודיות, תוך שימת דגש על ההתפתחות הדיאכרונית של מאפייני ההמשגה התלמודית, על ידי ל' מוסקוביץ.<sup>59</sup> מוסקוביץ מראה, כשם כותרת המשנה של ספרו, כיצד ספרות חז"ל הולכת ומתפתחת – סגנונית ותודעתית – מקזואיסטיקה להמשגה. המשגה קיימת היתה אומנם גם ברבדיה המוקדמים של ספרות זו, דהיינו: בספרות התנאית, אולם זוהי המשגה מצומצמת וראשונית. בתקופת התלמוד, בעיקר מהדור הרביעי לחכמי בבל, וליתר דיוק מימי רבא ועל ידו, הולכת וגוברת מגמה זו, תוך שהיא נעשית מפותחת, מורכבת ומשוכללת, וכוללת את ההלכה על כל אגפיה.<sup>60</sup> ואגב, המעבר מקזואיסטיקה להמשגה הוא חלק חשוב גם בתהליך התפתחותם של הדינים החריגים. באחדים מן המקרים זהו הגורם הדומיננטי, העומד מאחורי פיתוח הדין החריג,<sup>61</sup> אך גם באחרים יש לכך משקל רב ערך.

תהליך זה מעורר כמה קשיים מתודולוגיים בניתוח המקורות העומדים לפנינו בנושא דיוננו. עיקר הקשיים הוא דווקא בשלב הראשוני, השלב הקזואיסטי של הכתיבה התלמודית. שהרי אם מבקשים אנו לטעון, כי דין פלוני הושתת בתחילה על הנחות יסוד מסוימות, ורק בשלבים מאוחרים פותחה התפיסה הרואה בו דין חריג, אזי נזקקים אנו להנחת קונספטואליזציה גם באותם שלבים ראשוניים. אולם, כפי שתאר מוסקוביץ, הניסוח באותם שלבים הוא ניסוח קזואיסטי. ברם, הנחת המוצא שלנו היא כי גם הלכות קזואיסטיות מושתתות על הנחות קונספטואליות, ותהיינה אלו סמויות,<sup>62</sup> או אולי נסתרות ממודעותו של בעל ההלכה,<sup>63</sup> אף כי הן אומנם אינן מפותחות כהמשגה המאפיינת את הרבדים המאוחרים יותר של ספרות חז"ל. אני סבור, כי זו הנחה מסתברת באשר לאופי ההלכות שבמקרה דנן – כבר במקורות קדומים אנו מוצאים אפיונים כוללים והסברים

<sup>58</sup> ראו אורבך, ההלכה, פרק יב ועוד.

<sup>59</sup> מוסקוביץ, המשגה. לסקירת הספרות ותרומתה לנושא זה ראו מוסקוביץ, שם, עמ' 11 – 15.

<sup>60</sup> ראו מוסקוביץ, המשגה, עמ' 14 הערה 54; שם, עמ' 349 ועוד.

<sup>61</sup> כך בדין צוורות, ראו שער שלישי, פרק ז.

<sup>62</sup> כהגדרותיו של מוסקוביץ, המשגה, עמ' 1, מדובר ב- "casuistic formulation of the law" ולא "casuistic conception of the law".

<sup>63</sup> ראו ג'קסון, היסטוריה, עמ' 12.

כלליים להלכות הנזיקין, שיש בהם כדי מתן בסיס קונספטואלי באשר לטעמים של דינים אלו.<sup>64</sup> יתרה מכך, אנו מוצאים פעמים מספר קו מנחה, המשותף לכמה הלכות נקודתיות, והן משתלבות לכדי תפיסה אחת. קו זה מעיד ומלמד על עמדת מוצא קונספטואלית באשר לטיבה של ההלכה הנדונה על במקורות אלו. כך נקטנו לפיכך בעבודה זו, בה אנו חותרים למציאת המערך המושגי העומד בבסיסן של ההלכות השונות.<sup>65</sup>

כללו של דבר, על אף הכתיבה הקזואיסטית ברבדים המוקדמים של הספרות הנדונה על ידינו, אנו מניחים את קישורן של ההלכות לתפיסה מושגית מסוימת העומדת מאחוריהן, אם כי היא עשויה להיות מפותחת פחות מההמשגה בדורות מאוחרים, ובוודאי אין היא מפורשת כמוה. הנחה זו, כרגיל, זוקקת תימוכין במקורות, והדברים יקבלו את ביסוסם בכל מקרה ומקרה.

### 3.4. על התיאורטיזציה של דיני הנזיקין התלמודיים

ההלכה התלמודית מושתתת, אם כן, במידה רבה על מערכות קונספטואליות העומדות בבסיס פרטי ההלכות המרכיבים אותה. בפרט אמורים הדברים כלפי הקורפוס ההלכתי של דיני הנזיקין, וזו אכן היתה נקודת המוצא שלנו לעיל.<sup>66</sup> אלא שעמדה זו מעוררת כמה קשיים.

מטבעם של דברים, ההמשגה הנוגעת לדיני הנזיקין משלבת בין ההלכה התלמודית לבין תיאורטיזציה משפטית, עתיקה ומודרנית, אם בפרטים ואם בקו המחשבה העומד בבסיסה. אולם מזיגה זו איננה מובנת מאליה. היא מעלה הרהורים מבחינה עקרונית – מה מקומם של שיקולים משפטיים "נזיקיים" בתוך עולמה של ההלכה, או: האם נכון להבחין בין המערך המושגי של דיני הנזיקין לבין ענפים הלכתיים אחרים. כמו כן, מזיגה זו מעלה הרהורים מבחינת תכניה – אף אם יש מקום לשיקולים "נזיקיים", באיזו מידה קיימת הקבלה בין המחשבה ההלכתית-משפטית של חז"ל לבין תיאורטיזציה משפטית, המוכרת לנו משיטות משפט אחרות. ודוק: שאלות אלו אינן מתייחסות לעצם תהליך ההמשגה. בכך עסקנו בסעיף הקודם, ובמסגרת זאת טענו כי ההלכה אכן מתבססת על מערך שיקולים תיאורטי, שיש לחשוף אותו ולנתחו. דיוננו כעת הוא במאפיין הקונקרטי של ההמשגה בדיני הנזיקין.

השאלה העקרונית, מה מקומה של תיאורטיזציה משפטית נזיקית בעולמה של ההלכה, נוגעת בשאלות כבדות משקל בפילוסופיה של ההלכה, והיא דורשת שימת לב מרובה. פתרונה תלוי בדרך בה אנו תופסים את

<sup>64</sup> כגון, הציטוט שהובא בראש מבוא זה: "הצד השווה שבהן...". המאפיינים הקונספטואליים הקונקרטיים של דיני הנזיקין הוצגו לעיל, סעיף 2.1.

<sup>65</sup> ראו ג'קסון, מחקרים, עמ' 16 – 17. לדוגמא מדיוננו: בדין חצי נזק נקשר בין כמה הלכות נקודתיות: חובת השמירה של שור תם, דין ארבעה וחמשה ועוד. המכנה המשותף בין הלכות אלו מלמד על התפיסה המושגית של הלכת חצי נזק, שאפיינה כל אחד מן הזרמים התנאיים אותם ננתח. ראו להלן, שער ראשון, פרק ב.

<sup>66</sup> סעיף 2.1.

ההלכה, כמו גם בשאלת היחס בין תחומים שונים בתוכה, ובאופן קונקרטי, כיצד יש לתאר את מקומם של דיני הנזיקין בתוך הפנומן ההלכתי. אני מבקש לבחון שאלה זו באמצעות דיון בפורמליזם ההלכתי. דיון זה, כפי שאראה, נותן מענה לשאלת מעמדה של ההמשגה האופיינית לדיני הנזיקין התלמודיים.

לעיל הצבענו על המשקל הרב שיש ליסודות המשפטיים-רציונאליים במסגרת דיני הנזיקין.<sup>67</sup> אלא שקביעה זו איננה מוחלטת. כפי שהוזכר, מקומם של שיקולים אלו תלוי בתפיסתנו אודות מעמדם של דיני הנזיקין בתוך ההלכה. וכאן, בד בבד עם הקביעה המעניקה משקל לשיקולי האחריות הנזיקיים, יש שמוצאים אנו בעיניהם של חז"ל, מעצביה ומשכלליה של ההלכה, תפיסה מאוחדת של ההלכה, על כל אגפיה, מקורה ומאפייניה, כקורפוס אחד מושלם, שכמעט וניתן לומר שיש לו הגיון פנימי משלו.<sup>68</sup> לפי זה, שמא עלינו לומר, שאין לקבל את שיקולי האחריות שהזכרנו כבסיס לדיני הנזיקין, זאת מאחר ואין הם יכולים לאפיין את כלל אגפיה של ההלכה. נמחיש עמדה זו באמצעות הדוגמא הבאה:<sup>69</sup>

פטור טמון באש מתפרש בחלק מהמקורות התנאיים והאמוראיים כמושתת על עקרון הרשלנות, וזאת בהתאם לשיקולי האחריות הנזכרים. פירוש הדברים, מדליק האש איננו צריך לצפות את הימצאותם של חפצים טמונים בתוך הגדיש, ועל כן פטור בנזיקיהם. אלא שכמה מסוגיות הירושלמי קושרות בין מחלוקת התנאים בדין טמון באש ("המדליק את הגדיש והיו בו כלים ר' יהודה אומר ישלם כל מה שהיה בתוכו וחכמים אומרים אינו משלם אלא גדיש של חטים או גדיש של שעורים", פ"ו מ"ז) לבין דין טמון בשכחה ("כל טמונים בארץ... ר' יהודה אומר אין להם שכחה וחכמים אומרים יש להם שכחה", פאה, פ"ו מ"י), ובין האחרון לדין טמון בעגלה ערופה ("נמצא טמון בגל, תלוי באילן, צף על פני המים לא היו עורפים", סוטה, פ"ט מ"ב). הירושלמי (פאה, פ"ו ה"ז, יט ע"ד; סוטה, פ"ט ה"ב, כג ע"ג) מניח, כי הדעה הפוטרת טמון באש צריכה לפטור גם מדין שכחה, וכן לעניין עגלה ערופה, ומכאן מתקשה הירושלמי מדוע שיטות התנאים אינן נוקטות כן – חכמים פוטרים טמון באש ומחייבים בשכחה, ואילו ר' יהודה מחייב בנזקי טמון באש ופוטור ממצוות שכחה. מיישב זאת הירושלמי באמצעות דרשות נקודתיות מן הכתוב ביחס לכל אחת מההלכות.

קושיית הירושלמי משקפת תפיסה הלכתית הרמוניסטית, הרואה בכלל תחומיה של ההלכה גוף אחד, החלים עליו עקרונות משותפים. במסגרת זאת הסוגייה מחילה עקרונות הלכתיים מתחום אחד למשנהו, על אף שקיים

<sup>67</sup> ראו בהפנייה המובאת לעיל, הערה קודמת.

<sup>68</sup> ראו אורבך, ההלכה, עמ' 139: "מקור ההלכה בהתגלות התורה ומצוותיה היתה בעיני חכמי ההלכה עובדה, שלא היה שום צורך בהדגשתה, ולכן הם לא הבחינו בין הלכות קרבנות, טומאה וטהרה, לבין דיני שומרים ונזיקין" (אף כי גם לדבריו בהתפתחות ההלכה יש השפעה למציאות החברתית, ראו אורבך, שם). אלו, המשפט העברי, עמ' 100 – 109, מציין אף הוא את המכנים המשותפים בין כלל תחומי ההלכה, בעקבות זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 70 – 71. דיוננו להלן מבקש להציג עמדות המקצינות את הרעיון המובע בפנים, ומתוך כך לבחון את השאלה, האם הן שוללות את מקומם של שיקולי האחריות בדיני הנזיקין. דוגמא קונקרטית לתפיסה שכזו תובא בהמשך הדברים.

<sup>69</sup> ראו שער רביעי, פרק ח.

שוני מהותי בין התחומים הללו. ולבסוף, למסקנת הסוגייה, היא מבססת את השיטות השונות בהלכות הנדונות על לימודים מן הכתוב בלבד, ובהקשר לדין טמון באש – בלא להכפיף את ההלכה לשיקולי האחריות המאפיינים את דיני הנזיקין. אם נתבונן בגישה זו אל מול העמדה שהצגנו קודם, האם אכן קונפליקט לפנינו, ואם כן – מהו פתרונו?

את עמדת הירושלמי בסוגיות הנזכרות ניתן להגדיר כגישה פורמליסטית קיצונית להלכה. לפורמליזם המשפטי מספר משמעויות אפשריות<sup>70</sup> – במובנו המצומצם, הוא מאפיין מתודה פרשנית ביחס לטקסט, דהיינו: פרשנות החוק בהתאם ללשונו, תוך הצמדות לטקסט שלפנינו, ללא התחשבות מוצהרת במטרותיו ובלא לערב שיקולים מהותיים בהכרעת הדין.<sup>71</sup> במובנו הרחב יותר, שהוא הנוגע לדיונו כאן, הפורמליזם מאפיין את יחסו של הפרשן למערכת המשפט כולה. דהיינו, האם לפנינו מערכת העומדת בפני עצמה, המזינה ומחיה את עצמה,<sup>72</sup> או שמערכת המשפט נועדה להגשים יעדים מסויימים חיצוניים לה. התפיסה הפורמליסטית רואה את המשפט כמערכת סגורה, שמנחים אותה שיקולים פנימיים מתוכה. בהתאם לכך, גם התפתחותה של מערכת המשפט היא התפתחות פנימית, אינרטי, ואין מקום לערב בהתפתחות זו שיקולים פונקציונאליים כלשהם.<sup>73</sup> אף בחקר ההלכה מצאנו מתח בין עמדות פורמליסטיות לעמדות לא פורמליסטיות. תפיסת ההלכה כפורמליסטית אפיינה חוקרי ספרות חז"ל ומשפט עברי רבים בעבר ובהווה.<sup>74</sup> אך כלפי גישות אלו נמתחה ביקורת, כנגד נימות אפולוגטיות הקיימות בהן וכחלק מן המגמה הכללית כיום, המבקרת את הפורמליזם.<sup>75</sup> ואכן, בחקר ספרות חז"ל קנו להן אחיזה גם גישות מנוגדות, אשר שוללות את התפיסה הפורמליסטית של ההלכה, ותרות אחר מטרותיה של ההלכה ואחר גורמים חיצוניים המשפיעים על התפתחותה.<sup>76</sup> דוגמא מעניינת לכך היא מחקרו של מ' הלברטל, *מהפכות פרשניות בהתהוותן*, המראה את השפעתם של שיקולים מוסריים על התפתחותה של ההלכה, תוך דיון בלגיטימציה הפרשנית לשילובם של שיקולים שכאלו במדרשי ההלכה.

<sup>70</sup> ראו מאוטנר, ירידת הפורמליזם, עמ' 13 – 23; שאוואר, פורמליזם, עמ' 510 הערה 1.

<sup>71</sup> שאוואר, פורמליזם, עמ' 537; ליונס, פורמליזם ואינסטרומנטליזם, עמ' 960 – 966.

<sup>72</sup> זו עמדתו של וינריב, ראו למשל וינריב, פורמליזם, עמ' 953 – 957.

<sup>73</sup> התפיסה הפורמליסטית במובנה הרחב מניחה כמובן גם פרשנות פורמאלית של לשון החוק. מנגד, הפורמליזם במובנו המצומצם עשוי לשמש גם שיטות משפט שאינן פורמליסטיות, ראו ביחס לאינסטרומנטליזם מתוך ליונס, פורמליזם ואינסטרומנטליזם, עמ' 949.

<sup>74</sup> ראו לדוגמא: זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 90 – 96. לפירוט הרקע ההיסטורי לצמיחתה של גישה זו, בזיקה ליחסי הלכה ואגדה, ראו לורברבוים, צלם אלוקים, עמ' 105 – 129.

<sup>75</sup> ראו לורברבוים, צלם אלוקים, עמ' 120 – 123; לורברבוים ושפירא, איגרת השמד, עמ' 357. יש להעיר, כי בתקופה האחרונה קיימת חזרה מסויימת, מינווית עדיין, לפורמליזם, לכל הפחות כמתודה פרשנית, וזאת כריאקציה למגמות שהרחיקו לכת בפרשנות המהותנית או הפונקציונאלית של החוק. בישראל הדברים מופנים כלפי האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון, ראו למשל ביקורתו של דניאל פרידמן כלפי הפרשנות התכליתית בדיני החוזים (פרידמן, פורמליזם וערכים).

<sup>76</sup> לסקירה מתודולוגית של גישה שכזו ראו לורברבוים, צלם אלוקים, עמ' 129 – 145. יישומה של התפיסה מופיע בפרקים שונים של החיבור הנזכר.

אולם מתח זה, המתבטא בעמדותיהם של חוקרים שונים ביחס אל ההלכה, מצוי כבר בהלכה גופה.<sup>77</sup> הוא משקף עמדות המנוגדות זו לזו בתורת המשפט שבבסיסן,<sup>78</sup> ופעמים הוא תוצר תהליך התפתחותה של ההלכה. לדעת מוסקוביץ, תהליך הקונספטואליזציה, שכפי שכבר הוזכר<sup>79</sup> גבר החל מהדור הרביעי של חכמי בבל, כולל גם את העלייה במימד הפורמאלי של ההלכה. הקונספטואליזציה יוצרת מערכות מושגיות חדשות, כאשר הללו נקשרות זו לזו באמצעות מבנים פורמאליים, שאינם מתחשבים בשיקולים העומדים מאחורי ההלכה הקונקרטית. וכך, בתקופה זו, ובייחוד ברבדים האנונימיים של התלמוד הבבלי, הלכה וגברה ההתייחסות הפורמליסטית אל ההלכה – ראיית ההלכה כמכלול אחד סגור, בו פועלות תפיסות קונספטואליות מפותחות, ואשר אין בתוכו מקום לעירובם של שיקולים פונקציונאליים הנוגעים להלכה הקונקרטית.<sup>80</sup> תפיסה שכזו עולה מסוגיית הירושלמי שהובאה לעיל.

נפנה כעת לפתרונה של הבעיה שהעלנו. יש לומר ראשית כל, כי עמדת המוצא שהצגנו בתחילה באשר לשיקולים המשפטיים העומדים ביסוד מערכת דיני הנזיקין התלמודיים איננה עומדת בניגוד לתפיסה פורמליסטית של מערכת זו.<sup>81</sup> דהיינו, מערכת זו עשויה להיתפס אומנם כמערכת סגורה, על כל מאפייני הפורמליזם שהוזכרו לעיל, אך השיקולים הפנימיים לה הם שיקולי האחריות הנזכרים, גם אם התפתחותם הפנימית הרחיקה אותם ברב או במעט מנקודת המוצא שלהם.<sup>82</sup> לצד זאת, קיימות גם גישות מרחיקות לכת, אשר מבקשות להציע מבנים פורמאליים המשותפים להלכה כולה על שלל תחומיה – ריטואליים כמשפטיים; איסור והיתר כדיני הנזיקין. ובמקרים אלו, אכן, לא ניתן לבסס את דיני הנזיקין על שיקולי אחריות. ייתכן, כי

<sup>77</sup> במתח מעין זה המתואר בפנים, ומתוך ספקטרום רחב, נגע ש' אטינגר, ראו אטינגר, עמדות פורמליסטיות. אני מודה לר"ר אטינגר על הפנייה זו. על מגמות שונות בהלכה, הנבדלות בתורת המשפט העומדת ביסודן, ראו גם לורברבוים, צלם אלוקים, עמ' 122 – 123, וראו להלן בפנים ובהערה הבאה.

<sup>78</sup> כדבריו של לורברבוים, צלם אלוקים, עמ' 122: "מסורות הלכתיות שונות נבדלות זו מזו לא רק בפרטי הלכותיהן, אלא יכול להיות שהן מובחנות זו מזו בתורת המשפט העומדת ביסודן, העשויה לעתים להיות הגורם העיקרי המבדיל ביניהן".

<sup>79</sup> לעיל, סמוך להערה 60.

<sup>80</sup> מוסקוביץ, המשגה, עמ' 27 – 29. לדוגמא קונקרטית ראו שם, עמ' 324 – 329 בהתייחס לאנאלוגיה פורמאליה. עניין זה יידון על ידנו במספר מקומות, ראו שער רביעי, סמוך להערה 62 ובהערה הנזכרת; שער חמישי, נספח ו, הערה 12.

<sup>81</sup> ההסבר המוצע להלן מבקש ליישב את העמדה לפיה דיני הנזיקין מושתתים על שיקולי אחריות עם תפיסות פורמליסטיות של המשפט. המובהקת שבין תפיסות אלו היא גישתו של וינריב, שאכן, ביחס לדיני הנזיקין, מציב את העקרונות הפנימיים של המערכת המשפטית על שיקולי אחריות ("צדק מתקן"), ראו וינריב, פורמליזם, עמ' 968 – 971.

<sup>82</sup> ראו הלברטל, הרטמן, עמ' 20 – 24. התפיסה המתוארת בפנים הולכת בדרך המוצעת על ידי הלברטל. הלברטל מעמיד אלטרנטיבה לגישה הפוזיטיביסטית ולגישה הפורמליסטית לחקר ההלכה, או, ליתר דיוק, מתודה המשלבת בין גישות אלו. משמעות הגישה המוצעת על ידו היא מודעות למהלך הפורמליסטי של ההלכה, תוך נסיון לאתר את מקורותיה של ההלכה בנקודות בהם ההתפתחות הפורמליסטית מתערערת. נקודות שכאלו הם למשל "נקודות המוצא הגולמיות, שבהן ניכרות ההכרעות העומדות בבסיס התנועה של המשפט התקני" (שם, עמ' 24). בהשלכה לדברינו בפנים, נקודות מוצא אלו הם למשל שיקולי האחריות העומדים בבסיס דיני הנזיקין, ואשר סביבם הולכת ומתפתחת מערכת זו בהתפתחות פנימית משלה. ראו למשל בדיוננו, שער שני, פרק ה, הערה 37, וראו הפניות לדברי ריטב"א, מהרש"ל והנצי"ב, שם.

סוגיית הירושלמי בעניין טמון נוקטת בעמדה שכזו, ואנו נוסף על כך בדיונו בגישות שכאלו בכמה מפרקי העבודה,<sup>83</sup> אולם יש למקמן בציר ההתפתחותי של ההלכה.

לשון אחרת, דיני הנזיקין התלמודיים מושתתים על מערכת שיקולים משפטית-רציונאלית, בלשונו: מערכת שיקולים "נזיקית", שניתן לאפיינה ולהגדירה. כלולים בה מושגים כדוגמת פשיעה, אשמה, הרתעה, חובת תשלום ועוד, ויש דמיון בנקודה זו בין ההלכה למערכות משפט אחרות. שיקולים אלו הוצבו לעיתים כבסיס למערכת פורמאלית סגורה, וזו התאפיינה בתהליכים הפנימיים הייחודיים לה, אך בכך אין לשלול את תקפותם. לצד זאת, קיימות גם גישות בספרות חז"ל, המתאפיינות בפורמליזם הלכתי מרחיק לכת, ואשר עשויות לשלול באופן גורף את מקומם של השיקולים הרציונאליים בדיני הנזיקין התלמודיים. ברם, תפיסה שכזו ממוקמת בנקודת התפתחות מוגדרת, שאיננה מבטלת את תוקפם של שיקולים שכאלו בשלבים האחרים של ההתפתחות ההלכתית. ובכן, הפתרון לקונפליקט שהצגנו לעיל הוא הכרה בקיומו, תוך תלייתו בזרמים שונים ובעמדות חלוקות, ומיקומו בציר ההתפתחותי של ההלכה.<sup>84</sup>

באשר לשאלה התוכנית, באיזו מידה קיימת הקבלה בין המחשבה ההלכתית-משפטית של חז"ל לתפיסת דיני הנזיקין בשיטות משפט אחרות, אף זו, דומני, ניתנת לפתרון מניח את הדעת. שהרי עשויים אנו למצוא קווי מחשבה דומים בין שיטות משפט שונות, אף אם הוגדרו בטרמינולוגיה אחרת, ולמשל: ה"פשיעה" התלמודית לעומת ה"רשלנות" המודרנית. מושגים אלו משמשים במשמעות קרובה מאוד אם לא זהה, שעיקרה: אחריותו של המזיק לנזק מותנית בקיומה של חובת זהירות ובהפרתה, ומכאן ההכרעה בשאלת רשלנותו – או פשיעתו – של המזיק.<sup>85</sup>

העלאת קווי דמיון מעין אלו תהיה תקפה בהסתייגות אחת: קשה יהיה לייחס בשלמותם מודלים תיאורטיים מורכבים, המשמשים למשל בדיני הנזיקין המודרניים, לתבניות המחשבה של חז"ל. במסגרת המחקר נשתמש במודלים מהמשפט המודרני ככלי עזר לצורך הגדרת והבהרת התפיסה המשפטית התלמודית. שימוש שכזה איננו מבקש לטעון, שישנה הקבלה בין התפיסה התלמודית לתפיסות מודרניות, אלא הוא נעזר בתפיסות שכאלו

<sup>83</sup> ראו בהפניות לעיל, הערה 80.

<sup>84</sup> הדברים עומדים בזיקה ישירה למסקנותינו בנוגע לדינים החריגים ולשאלת הרחבת מסקנות אלו לדיני הנזיקין באופן כללי. ראו על כך פרק סיכום, סעיף 4.3.

<sup>85</sup> לעניין המשמעות המודרנית של רשלנות ראו למשל גלעד, עולות הרשלנות, עמ' 337 – 338, 368. במשפט הישראלי מקובלת כיום הבחנתו של ברק (פס"ד יערי, עמ' 775 – 777) בין חובת זהירות מושגית (האם מתקיימים בין הצדדים יחסי רעות ושכנות, המטילים חובת זהירות) לבין חובת זהירות קונקרטית (האם במקרה הספציפי הזה מוטלת היתה חובת זהירות). הבחנה זו עשויה לסייע בהבהרת פרטי הדינים במספר מקרים, אולם אין היא נובעת באופן ישיר מן המקורות התלמודיים, ואין היא משתלבת בצורה אינטגרלית בבניין המושגי. בשל כך, לא נזקקנו להבחנה זו במהלך דיונו בגוף העבודה (ישנם גם קשיים בהפרדה המושגית בין שתי הרמות הללו, ראו גלעד, שם, עמ' 347 – 349; פורת, עולות הרשלנות, עמ' 396 – 397). חובת הזהירות נקבעת על פי מבחן הצפיות: האם צריך היה המזיק לצפות את מעשה הנזק, כשאלה נורמטיבית, מושגית וקונקרטית כאחד (ראו פס"ד ועקנין, עמ' 113 – 119). מונחים אלו יישמשו בדיונו, ראו למשל שער שני, פרק ה, הערות 32, 35 ועוד.



לצורך ניתוח המקורות הנדונים. בכך, כמובן, תימצא קירבה בין שיטות משפט שונות, אולם קירבה זו איננה מעידה בהכרח על זהות ביניהן אלא על עקרונות דומים המאפיינים את מערכות המשפט הללו, כאשר למערכת הנדונה יש את ההתפתחות הייחודית שלה. כך גם ביחס לשיטות משפט עתיקות. נסיונות השוואה בין המשפט העברי למערכות משפט אחרות נעשו אומנם במחקר, פעמים מתוך מטרה לאתר את השפעותיה של שיטה פלונית על המשפט העברי, אולם אין זו מטרת המחקר הנוכחי, שאיננו עוסק במשפט השוואתי.<sup>86</sup> למעשה, תפקיד ההשוואה וההקבלה לשיטות משפט אחרות ולתיאוריות מודרניות הוא לסייע בהבנתן ובחידודן של התפיסות שבספרות התלמודית, ובכך הן משמשות ככלי עזר פרשני. המודלים בהם נשתמש הם אפוא האופק הפרשני בו נמצאים אנו, קוראיו המודרניים של הטקסט,<sup>87</sup> והם מבטאים את שפתה של הקהילה הפרשנית אליה אנו משתייכים.<sup>88</sup>

### 3.5. ההיסטוריה של התיאוריה

שתי מתודולוגיות המחקר שנסקרו בסעיפים הקודמים משולבות במחקר הנוכחי. מחקר זה מבקש להרכיב תמונה אחת מתוך הניתוח הספרותי והניתוח התיאורטי של התחום ההלכתי הנדון, דיני הנזיקין התלמודיים. הניתוח הספרותי הוא בסיס הכרחי לזיהוי של המערך המושגי עליו מושתתת ההלכה. אך תפקידו איננו מצמצם בכך, אלא יש לו חשיבות גם בכך שהוא מתווה את העקרון המנחה אותנו בגישתנו לרובד הקונספטואלי של ההלכה – הוא מעצב תפיסה דינאמית ביחס לרובד זה. קיצורו של דבר, הדיון המושגי שנערך בעבודה זו הוא למעשה ניתוח השתלשלותן של התפיסות התיאורטיות, כאשר השתלשלות זו באה לידי ביטוי בניתוח הספרותי של המקורות.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> המחקר ההשוואתי של המשפט העברי, ובפרט שאלת השפעותיהן של שיטות משפט זרות עליו (המשפט הרומי והמשפט הפרסי), הוא פולמוס שמלווה את מחקר המשפט העברי מראשיתו. ראו מאמרו המקיף בעניין זה של עמיחי רדזינר (רדזינר, בין הלמון ליוריסטן). במאמר זה עומד רדזינר על הויכוח שבין עמדות חוקרי משפט עברי כדוגמת אשר גולאק (בספרו יסודי המשפט העברי), אשר דגלו בפיתוח המשפט ההשוואתי, לבין עמדות רבניות כזו של הרב הרצוג, שהתנגדו לו, ותמכו לכל היותר בשימוש טרימינולוגי מודרני לשם הבהרת המשפט העברי, תוך שהדגישו את הפערים בין שיטות המשפט השונות, הנובעות מכך שהמשפט העברי הוא משפט דתי-מוסרי. מאחר והעבודה הנוכחית דנה בהתפתחות הפנימית של המשפט התלמודי, המודל שנאמץ במסגרתה קרוב בשאלת ההשפעות החיצוניות למה שהוצע על ידי הרב הרצוג ואחרים. ליתר דיוק, זהו למעשה מודל ביניים, אשר מכיר בעקרונות המשפטיים הדומים העומדים בבסיס המערכת המשפטית הנדונה ובבסיס מערכות משפט אחרות, אולם מבקש אחר תהליך ההתפתחות הפנימית הייחודי למערכת הנוכחית. זו גם עמדתו של ג'קסון, מחקרים, עמ' 14: המשפט ההשוואתי מאפשר יצירת היפותיזות, שצריכות להיות מוכחות בראיות פנימיות למערכת המשפטית הנדונה.

<sup>87</sup> גאדמר, אמת ומתודה, עמ' 302. זהו חלק ממורכבות תהליך ההבנה, לפי גאדמר, שהוא תהליך של "מיוזג אופקים", הכולל מפגש של ההווה עם העבר, או: מפגש של הטקסט עם עולמו של הפרשן, המעוצב על ידי "דעות קדומות" ומסורת מתמשכת, המוסיפה ומתעצבת כל הזמן (שם, עמ' 300 – 307).

<sup>88</sup> פיש, קהילה פרשנית.

<sup>89</sup> ראו ג'קסון, היסטוריה, עמ' 12 – 16. ג'קסון מציע מודל סטרוקטורליסטי לדינאמיקה המאפיינת עקרונות משפטיים, ובכך כולל התפתחויות מחשבתיות, חברתיות ועוד, המשפיעות על תהליכים היסטוריים של המשפט. עבודה זו מקבלת, כאמור בפנים, את

כפי שנאמר, הרובד התיאורטי של ההלכה בענייננו איננו יציב, אלא מתפתח ומשתנה, והניתוח הספרותי מסייע בחשיפתו. לשם כך יש לנקוט בניתוח השוואתי של המקורות התלמודיים, תוך בחינת תהליכי ההתפתחות המאפיינים אותם, בהתאם למתודות המחקר התלמודי. ומזווית מבט הפוכה, הרובד התיאורטי מסייע להבהרת המקורות הספרותיים – הניתוח הספרותי של המקורות מצביע על הבדלים ופערם בין זמנים, מקומות ומקורות שונים. כל אלו מקבלים את הסברם והבהרתם על ידי איתור המגמות התיאורטיות המנוגדות, הקיימות בכל שלב ושלב.<sup>90</sup> כך מצאנו גם בשאלת היחס בין מדרשי ההלכה של חז"ל לבין המקרא – פירושיהם החדשים של חז"ל משקפים תפיסות תיאורטיות משתנות. הפירושים החדשים מתבארים על ידי זיהויין של תפיסות אלו, ומקבלים מהן את צידוקם ההרמנויטי.<sup>91</sup>

בכותרת הסעיף כינינו דרך זו כ"ההיסטוריה של התיאוריה". לשם הבהרת הכינוי, אני מבקש להשתמש באנאלוגיה מחקר האגדה. תחום מחקרי זה מתאפיין בשני זרמים עיקריים. האחד הוא ההיסטוריציוזם, המנסה לחשוף את הגרעין ההיסטורי של סיפורי האגדה, ומייצגים אותו חוקרים כדוגמת י' היינמן ואחרים.<sup>92</sup> השני הוא הביקורת החדשה, שמטרתה היא ניתוח ספרותי של הטקסט המדרשי. ניתוח זה איננו רואה את היצירה של חז"ל כמי שמשקפת ארועים היסטוריים קונקרטיים, ואיתורם של ארועים אלו איננה מטרתו, אלא בוחן את האגדה כתופעה ספרותית. בדרך זו נוקטים כיום י' פרנקל ואחרים.<sup>93</sup> ד' בוירין מגדיר גישה שלישית, ההולכת בתווך שבין שתי הגישות הללו, וזהו המחקר של "תולדות האידיאות". מתודה מחקרית זו מבקשת לאתר מתוך הטקסטים השונים ומהקשרים ביניהם את התפתחותן של התפיסות והעמדות בהן עוסק הטקסט, כדוגמת מסירות נפש וקידוש ה' ועוד. דהיינו, המחקר מבקש לאתר תופעה רעיונית-היסטורית ולנתח, אך תופעה זו איננה מנותקת מן הטקסט המדרשי, ובו היא מתקיימת.<sup>94</sup> בהשלכה לענייננו, העבודה חותרת לגילוייה של "ההיסטוריה של התיאוריה", ומובנו של מונח זה הוא חקר ההתפתחות התיאורטית, כפי שבא לידי ביטוי במקורות הספרותיים שבידינו. מחקר זה איננו מתמקד בגרעין ה"היסטורי" של ההלכה, והכוונה בכך היא

---

התפיסה ההתפתחותית של העקרונות המשפטיים, תוך שמתמקדת בביטוי הספרותי של התפתחות זו, ולא בפן הסוציולוגי או ההשוואתי.

<sup>90</sup> עמדה זו תועדף על ידנו על פני ההנחה, שפערים אלו נובעים מתהליכים טקסטואליים גרידא, כדוגמת שינויים הנובעים ממסירת המקור או מהעתקתו, או, לחילופין, ההנחה שפערים אלו נובעים מטעות בהבנת המקור הקדום או המקביל. ראו על כך לעיל, הערה 34.

<sup>91</sup> ראו לעיל, סמוך להערה 16. טענה זו נכונה לתחומים הלכתיים רבים, ראו למשל בעניין השפעתה של תפיסת בריאת האדם בצלם על עיצובם של מיתות בית דין, לורברבוים, צלם אלוקים, עמ' 170 – 176. בשאלת הצידוק ההרמנויטי של ההתפתחות הפרשנית עסק בהרחבה מ' הלברטל בפרק השמיני של ספרו: מהפכות פרשניות בהתוותן, ראו הלברטל, מהפכות, עמ' 168 – 203, וראו גם להלן, פרק סיכום, סעיף 4.2.

<sup>92</sup> היינמן, אגדות ותולדותיהן, עמ' 75 – 77.

<sup>93</sup> ראו פרנקל, שאלות הרמנויטיות.

<sup>94</sup> בוירין, המדרש והמעשה; הנ"ל, אינטרסקטואליות, עמ' 11 – 19.

למקורותיה של ההלכה שאינם מקורות ספרותיים, לשאלת יישומה הריאלי, ולהשוואתה למערכות משפט אחרות, וכן איננו מצטמצם לניתוח פרשני של הטקסט בהקשרו המקומי. אלא הוא מבקש לאפיין את ההתפתחות התיאורטית ברבדיה השונים של ספרות חז"ל, כפי שעולה מבחינה מדוקדקת של המקורות ומניתוח יחסם של מקורות שונים זה לזה.

#### 4. המחקר הנוכחי ומחקרים קודמים

הדיון המתודולוגי שנערך לעיל ממקם את מחקרנו ביחס לספרות המחקר הקיימת בתחום. מחקרים שונים הוזכרו במהלך דיוננו בסעיפים הקודמים, ובסעיף זה נתמקד ביחסם לעבודה זו. לצורך ההקשר הנוכחי, נוכל במידת מה של הכללה לחלק את הספרות הקיימת לשלוש קבוצות.

קבוצה אחת היא מחקרים העוסקים בניתוחו הספרותי של קורפוס מסויים. מספר יחידות ספרותיות רלוונטיות למחקרנו, אם מן הספרות התנאית, לדוגמא: פירושו המקיף של ליברמן לתוספתא ופירושו הנרחב של גולדברג לתוספתא בבא קמא, ואם מן התלמודים, לדוגמא: פירושו לירושלמי בבא קמא של ר"י לוי ופירושיהם לסוגיות הבבלי של אברהם וייס ודוד הלבני.<sup>95</sup>

קבוצה שנייה היא מחקרים שעיקר מעיינם הוא ניתוח משפטי-תיאורטי של ההלכה. בענף זה כלולים מחקרים מדורות קודמים, כדוגמת ספריהם של גולאק וצורי, המקדישים חלקים נרחבים לדיון בדיני נזקי הממון התלמודיים, ומציגים את יסודותיהם ופרטיהם.<sup>96</sup> כמו כן, כלולים בענף זה חיבורים בני דורנו, והבולט שבהם ספרו של שלום אלבק, פשר דיני הנזיקין בתלמוד. מחקר זה משיק לחלקים רבים בדיוננו, ונקדיש לו לפיכך מלים מספר. אלבק סוקר חלקים מקיפים מדיני הנזיקין התלמודיים, ומבקש להשתיתם על יסוד תיאורטי אחד, הפשיעה.<sup>97</sup> הסבריו של אלבק מתאימים לחלקים נכבדים מדיני הנזיקין התלמודיים, שאכן מושתתים על יסוד זה, וכבר הלכו בדרך זו חוקרי משפט עברי קודמים, כמו גם ראשונים ואחרונים.<sup>98</sup> אולם אלבק איננו מכיר בריבוד התלמודי, ומתעלם מן האפשרות, כי יחידות אחדות מתוך מערכת הלכתית זו מונעות משיקולים שונים לאלו המוצעים על ידו.<sup>99</sup> שונותן של יחידות שכאלו מחברותיהן עשויה להתברר בחתך אופקי, בהשוואה בין

<sup>95</sup> ראו בהתאמה ליברמן, תוספתא כפשוטה; גולדברג, תוספתא; ר"י לוי; וייס, בבא קמא; הלבני, בבא קמא.

<sup>96</sup> צורי, משפט הנזיקין; גולאק, יסודי המשפט העברי.

<sup>97</sup> ראו אלבק, נזיקין, עמ' 19 – 20; ועוד. לאלבק גישה דומה כלפי ענפים אחרים של דיני הממונות התלמודיים, ראו אלבק, מבוא למשפט העברי, עמ' 29 – 32.

<sup>98</sup> ראו פרנקל, ספר המפתח, עמ' ט; ורהפטיג, אחריות, עמ' 221.

<sup>99</sup> ראו מוסקוביץ, המשגה, עמ' 63 – 68. כלפי שיטתו של אלבק נמתחה ביקורת מכיוונים שונים, ראו אנגלרד, מחקר, עמ' 59 – 64; פירדל, תשובה, עמ' 97 – 100. לביקורת על מרכזיותה של הפשיעה בתפיסת חוקרי המשפט העברי באופן כללי ראו ורהפטיג, אחריות, עמ' 213; וינברג, שרידי אש, עמ' קכה-קלב, ושם הע' 4.

הלכה אחת לאחרת, תוך מציאת עקרונות מנוגדים בעומדים בבסיס כל אחת מההלכות הללו, כפי שננקוט למשל בדיונו בעניינה של הלכת חצי נזק.<sup>100</sup> כן עשוי שוני זה להתברר מתוך ניתוח דיאכרוני של המקורות, שהוא לב ליבה של עבודתנו, דהיינו: הנסיון לאתר את התפתחות ההנחות הקונסטטואליות העומדות בבסיס הנושא הנדון מגלה ביחס להלכה מסוימת מגוון של גישות תיאורטיות בזמנים שונים. במסגרת התפתחות זו ליסוד הפשיעה יש אומנם מקום מרכזי, אך לא בלעדי, וכבר ראינו מספר דוגמאות לכך במהלך דברינו.

לקבוצה השלישית משתייכים מחקרים נקודתיים, שעניינם הוא ניתוחו של נושא אחד או סוגייה אחת מתוך המכלול הנדון בעבודתנו. כאן כלולים מחקרים המתמקדים בפן הספרותי של הסוגייה הנדונה<sup>101</sup> ומחקרים העוסקים בהתפתחותן של תפיסות תיאורטיות ועקרונות משפטיים, כפי שמשקף בניתוחם של מקרים קונקרטיים מתוך מכלול דיני הנזיקין.<sup>102</sup>

המחקר הנוכחי מסתייע בעבודות קודמות שנעשו בתחום ומתעמת עימן, כמו גם עם הפרשנות המסורתית הענפה הקיימת בענייננו. בחלק ניכר מן המקרים מציעה העבודה ניתוחים חדשים לסוגיות הנדונות, ובכך היא תורמת למחקר הטקסטואלי-ספרותי של מקורות חז"ל. מבחינה מתודולוגית, העבודה משלבת בין שלוש הקבוצות הנזכרות, שילוב הנובע ממורכבותה של שאלת המחקר שהעלנו בראש המבוא.<sup>103</sup> אינטגרציה זו מפתחת ומשכללת את מסקנות המחקר בהשוואה למחקרים אלו. זאת הן מתוך רוחב היריעה, המגיע – בשלבו הסופי – עד כדי בחינת יחידה שלמה מתוך מכלול דיני הנזיקין התלמודיים, והן מתוך עומק הניתוח הספרותי, בו נגענו בדברינו לעיל.<sup>104</sup> לצד שילוב זה, ואולי כתוצאה ממנו, חידושו של המחקר הוא בתזה אותה הוא מציע ביחס למקרי הפטור החריגים. את עיקרה של תזה זו תארנו בסעיפים הקודמים.

## 5. מדוע "מקרי פטור חריגים"?

ששת הפרקים הראשונים של מסכת בבא קמא כוללים את רוב מניינם ובניינם של דיני נזקי ממון – קרי: ממונו המזיק – התלמודיים. בפרקים אלו מצוי עושר רב של מקורות תלמודיים, וכך בכך הם מכילים סוגיות רחבות היקף, שההמשגה התלמודית, כמו גם הדיאלקטיקה הפנימית, מגיעות בהן לשיאים ייחודיים.

<sup>100</sup> ראו שער ראשון, בעיקר פרק א.

<sup>101</sup> ראו לדוגמא אטלס, להתפתחות הסוגיא, העוסק בסוגיית צרורות; לוין, מדרשי ההלכה, הנוגע בכמה פנים של סוגיות אש ובור, הנדונות בעבודתנו.

<sup>102</sup> ראו למשל מחקרו של ג'קסון בעניין "הפורץ גדר" (נה ע"ב). מחקר זה עוסק במעבר מתפיסה נזיקית המחייבת על מעשה בידיים (בשילוב עם זיקה ממונית) לתפיסה נזיקית המבוססת על רשלנות (ג'קסון, מחקרים, עמ' 250 – 267). כך גם ביחס לתחומים הלכתיים קרובים בענייני ממונות, ראו למשל דאובה, רשלנות בחוזים, עמ' 305 – 306.

<sup>103</sup> לעיל, סעיף 1.

<sup>104</sup> ראו לעיל, סעיף 3.2.

רצוני בעבודה זו היה להציע פרשנות לכל המכלול הנזכר. אולם הדברים רחבים מידי להיקפה של עבודה מעין זו, ולפיכך בחרתי בנקודת מבט מצומצמת יותר. נקודת מבט זו עוסקת במספר מוגבל של הלכות, כך שניתן לכלול אותן במסגרת הנוכחית של העבודה. אולם בפועל, זווית המבט הזו מקרינה על המכלול כולו. דהיינו, הכרת תהליכי ההתפתחות של הדינים החריגים, יחד עם זיהוי הבסיס התיאורטי העומד ביסודם בתקופות שונות ובמקורות שונים, יאפשרו את הבנת מערכת דיני הנזיקין, כולל תהליכי ההתפתחות המאפיינים אותה והתפיסות התיאורטיות העיקריות העומדות ביסודה. כפי שניתן לראות בתחומים ידע אחרים, כדוגמת סוציולוגיה, ספרות, בלשנות ועוד, השוליים מלמדים בשונותם על אופיו של המרכז, ובד בבד משפיעים הם עליו, מחדדים את גבולותיו או שוחקים אותם.<sup>105</sup>

מעבר לכך. בחירת הדינים החריגים כמושא המחקר משקף הלך רוח מחקרי, המבקש לבחון, אולי: לערער, את התמונות המחקריות המציגות תבניות מגובשות ומושלמות של הנושא הנדון. כתחליף, ההתמקדות כאן היא בתהליכי השינוי, בנקודות שבהן חל שבר בתפיסות הקיימות ומתחדש תהליך אחר במקומן. פירותיו של ניתוח שכזה הם קבלה ודחייה הדדיים של תבניות מחשבה, אפשר לומר: קונספציות, אשר קדמו למחקר הנוכחי. שהרי תבנית פלונית עשויה להתאים לנקודת זמן או מקום מוגדרת, אך נקודה זו היא חלק מתהליך שינוי, תהליך שהוביל להחלפתה של התבנית הנדונה באחרת.<sup>106</sup>

מגמה זו מאפיינת את המחקר ההיסטורי כיום. בלשונו של מישל פוקו, אל מול המחקר ההיסטורי המסורתי, אשר עסק בחשיפת תבניות היסטוריות, עומד המחקר של זמננו, המתמקד בתופעות של "ניתוק", אותן תופעות המתנגדות ליחידות רחבות ההיקף שביקש המחקר ההיסטורי לשחזר. ובלשון אחרת, מחיפוש אחר יציבות ורציפות היסטוריים, בו התאפיינה החשיבה ההיסטורית המסורתית, עבר המחקר שינוי, שמתבטא בהפיכת "מושג האי-רציפות" למשאה ומתנה של הקריאה ההיסטורית. תיאור ה"אי רציפות" כיום הוא אשר "קובע את מושאה ומתקף את ניתוחה" של ההיסטוריה.<sup>107</sup> כל זאת כמובן בהסתייגות – בסופו של דבר התכלית של דיונו איננה רק ה"ניתוק", אלא מכוח ניתוק זה הדיון מבקש לאפיין את התהליכים והתפיסות ארוכי הטווח.

<sup>105</sup> היחס בין השוליים למרכז בחברה נדון במחקרו הקלאסי של דירקהיים על הסטייה החברתית, ראו דירקהיים, חלוקת העבודה. בדברים בפנים הצענו שני פנים של יחס זה – השוליים כמי שמסייעים למרכז להגדיר לעצמו את גבולותיו, ובד בבד השוליים כמי שמשפיעים על גבולות אלו ומעצבים אותם, ראו משונים, סוציולוגיה עמ' 203 – 204. שני אלו יבואו לידי ביטוי ביחסם של מקרי הפטור החריגים למערכת דיני הנזיקין, וראו גם להלן, פרק סיכום, הערה 66.

<sup>106</sup> הדברים בולטים ביחסנו לאורך העבודה כולה למחקרו של ש' אלבק, פשר דיני הנזיקין בתלמוד – ההנחה בדבר אופיים של דיני הנזיקין התלמודיים נכונה, אך איננה גורפת, ותלויה, בדומה לתפיסות אחרות, במקום ובזמן. אולם ביקורת זו איננה מופנית רק כלפיו. הדברים אמורים גם ביחס לתפיסות אחרות, וביחס לתבניות קונספטואליות מופשטות יותר. למשל, ההנחה לפיה דיני הנזיקין משקפים שיקולים רציונאליים כאלו או אחרים, עמה מזדהים חוקרי משפט עברי רבים, אף היא מועמדת לבחינה. שאלת המקרים החריגים, המושגתים – אולי – על מערכת תפיסות שונה, מערערת על הנחה זו. ליתר דיוק, היא ממקמת אותה בנקודה מסוימת בזמן ובמרחב הטקסטואלי, תוך שמצביעה על נקודת השבר ביחס אליה.

<sup>107</sup> פוקו, אריאולוגיה, עמ' 7 – 15. הציטוטים מעמ' 8; 12; 13 בהתאמה.

מקרי הפטור החריגים הם המקום האופטימאלי לבחינת תהליכי ההתפתחות בדיני הנזיקין התלמודיים. זו הנקודה המרכזת אליה את השינוי בתפיסת דיני הנזיקין התלמודיים. אלו הם המקרים היוצאים מן הכלל, אך מהלך הוצאתם מן הכלל מאפשר לנו להאיר ולהנהיר את המכלול ההלכתי כולו.

דיוננו נחלק לחמישה שערים, כמניין הדינים החריגים. כל שער כולל מספר פרקים, המנתחים את האספקטים העיקריים ביחס לדין החריג הנדון, ולרוב תוך הרחבה ודיון באב הנזק עצמו, ממנו משתלשל הדין החריג. הדיון הנרחב חורג לעיתים מהדיון הישיר בפטור החריג, אולם הוא נצרך לשם ביאורן ובירורן המלא והשלם של הסוגיות. בכך הוא מיישם את מטרת המשנה הראשונה של עבודה זו, וכן הוא מניח את התשתית ליישומן של שתי מטרות המשנה האחרות.<sup>108</sup> ולבסוף, כלל הסוגיות הנדונות על ידנו, ובעיקר האינטגרציה בין הדיונים השונים, יאפשרו לנו להציג תמונה מקיפה אודות טיבם של מקרי הפטור החריגים בתוך מערכת דיני הנזיקין התלמודית.

---

<sup>108</sup> ראו לעיל, סעיף 1.



## שער ראשון: דין שור תם, מן המקרא ועד לתלמודים

### מבוא

בין דיני הנזיקין במקרא ובספרות חז"ל בולטת בייחודיותה הלכת שור תם, המטילה על המזיק חובת תשלום מוגבלת, "חצי נזק". בשער הראשון של דיוננו נבחן הלכה זו. בהתאם לדרך שהתוונו במבוא לעבודה, ניתוח ההלכה יעשה בשני מעגלים. מעגל ראשון ינתח את ההלכה לגופה, תוך שנתמקד ביסודות התיאורטיים העומדים בבסיסה, המשתקפים במקרא וברבדיה השונים של ספרות חז"ל, ותוך שנעמוד על תהליכים שונים המאפיינים את השתלשלותה. מעגל שני יבחן את ההלכה בהקשר למסכת הדינים החריגים, שהיא הנושא המאחד את כלל העניינים הנדונים בעבודה זו.

במסגרת דיוננו נראה, כי החל מתקופת התנאים קיימים היו שני זרמים עיקריים, שנחלקו בפרשנותה של הלכת שור תם. האחד נקט בתפיסה לפיה אין מוטלת אחריות על בעל השור המזיק לנזקי שורו,<sup>1</sup> ופרש הלכה זו כהשתתפות של הצדדים בתוצאות הנזק. בכך קרוב זרם זה למגמה המקראית באשר לדינו של שור תם, אותה נציג בראשית דיוננו.<sup>2</sup> הזרם השני נתפצל מן המגמה המקראית, וסבר כי על המזיק מוטלת אחריות לנזק, ועל כן חייב הוא לפצות את הניזק על נזקו, אך חובת התשלום שלו מופחתת משיקולים שונים שנעמוד על טיבם. לצד ההבחנה בין הזרמים הללו נעמוד גם על הפרשנות החדשה שניתנה בתקופת האמוראים לעמדתם של החכמים השונים. פרשנות זו מעמעמת במידה רבה את ייחודיותה של השיטה הרואה את הלכת שור תם כהשתתפות של הצדדים בתוצאות הנזק.

על בסיס מסקנות דיוננו נבחן את השאלה, האם נתפס דין חצי נזק כדין חריג, במובנים עליהם עמדנו במבוא לעבודה זו.<sup>3</sup> כפי שנראה, שונה הלכה זו מיתר ההלכות הנדונות בעבודה, שכן במרבית רבדי הספרות התלמודית היא עודנה עומדת בתוך מסגרת דיני הנזיקין, אף כי ביחס לטיבה נחלקו השיטות, כנזכר לעיל. עם זאת, גם כאן ישנם כמה מאפיינים, הקושרים את הלכת שור תם למסגרת הדינים החריגים. הבהרתם של מאפיינים אלו יכולה להיעשות רק לאחר קבלת הפרספקטיבה הרחבה, מתוך מכלול הדינים החריגים שיידונו על ידנו. בשל כך, נעמוד על מאפיינים אלו כאן בתמצות יחסי, ואילו משמעותם המלאה תנותח בסיומה של העבודה.

כפי שהקדמנו במבוא, לצורך הדיון בשער זה, כמו גם בשערים האחרים, נזדקק לניתוח ספרותי-טקסטואלי אינטנסיבי של סוגיות מרכזיות בעניין זה. ניתוח שכזה יאפשר אפיון מהימן של התשתית התיאורטית העומדת

<sup>1</sup> במונח "אחריות" כוונת הדברים כאן ובהמשך היא ל-liability, ולא ל-responsibility, ראו להלן, פרק א, הערה 5.

<sup>2</sup> הדיון בדין המקראי במקרה הנוכחי משמעותי ביותר לצורך הבהרת הזרמים המנוגדים בתורת התנאים. בשל כך נרחיב על כך את הדיבור באופן יחסי, ונקדיש לכך את הפרק הראשון של דיוננו. במקרי הפטור האחרים הדיון בדין המקראי יהיה מצומצם יותר.

<sup>3</sup> ראו מבוא, סעיף 2.2.



ביסודם של המקורות הללו. בד בבד, נעשה שימוש בתבניות מושגיות המקובלות בדיני הנזיקין המודרניים. בשער זה נשתמש בעיקר בתבניות התיאורטיות השאולות מן המונחים האריסטוטליים, "צדק מתקן" ו"צדק חלוקתי". תבניות אלו תשמשנה להבהרת הבסיס התיאורטי העומד ביסודם של הזרמים המנוגדים, אותם נאתר במקורות הנדונים, אף כי ביישום שונה במקצת מן המקובל בתיאוריות מודרניות של דיני הנזיקין.

## פרק א

### דין שור תם במקרא לאור דיני שור מועד ושור שהמית אדם

#### א.1. דין שור תם במקרא

בשתי פרשיות קובעת התורה את דינו של שור נוגח, האחת דנה בשור שנגח אדם והשנייה בשור שנגח שור (שמות כא, כח – ל; לה – לו):<sup>1</sup>

וכי יגח שור את איש או את אשה נמת סקול וְהַשּׁוֹר וְלֹא יֵאָכֵל אֶת בְּשָׁרוֹ וּבָעַל הַשּׁוֹר נָקִי: וְאִם שׁוֹר נִגַּח הוּא מִתְמַלְּ שְׁלֹשִׁים וְהוּעַד בְּבָעְלֵיו וְלֹא יִשְׁמְרָנוּ וְהָמִית אִישׁ אוֹ אִשָּׁה הַשּׁוֹר יִסָּקֵל וְגַם בְּעָלָיו יוּמָת: אִם כֹּפֵר יוֹשֵׁת עָלָיו וְנָתַן פְּדִיָּן נִפְשׁוֹ כָּכֹל אֲשֶׁר יוֹשֵׁת עָלָיו:

וכי יגח שור איש את שור רעהו נמת ומכרו את השור החי וְחָצוּ אֶת פְּסָפוֹ וְגַם אֶת הַמֵּת יִחָצוּ: אוֹ נֹדַע כִּי שׁוֹר נִגַּח הוּא מִתְמַלְּ שְׁלֹשִׁים וְלֹא יִשְׁמְרָנוּ בְּעָלָיו שְׁלֹשִׁים שׁוֹר תַּחַת הַשּׁוֹר וְהָמִית יִהְיֶה לוֹ:

שתי הפרשיות המובאות מקבילות זו לזו במבנהן, ודומות, בהבדלים קלים, בסגנוןן. שתיהן מחלקות בין שני מקרים, בלשון חכמים – שור תם ושור מועד (משנה, פ"ב מ"ד, ועוד). דינו של שור תם שהמית אדם הוא "סקול וְהַשּׁוֹר וְלֹא יֵאָכֵל אֶת בְּשָׁרוֹ וּבָעַל הַשּׁוֹר נָקִי". בכך קובעת התורה עונש לשור,<sup>2</sup> אך איננה מטילה עונש על בעליו. מסתבר, בפרט לאור ההמשך, שאי מתן עונש נובע מהעדר אחריות של בעל השור.<sup>3</sup> בשור מועד, לעומתו, מוטלת על הבעלים אחריות, הנובעת מחובת השמירה שעליהם ("וְהוּעַד בְּבָעְלֵיו וְלֹא יִשְׁמְרָנוּ"), ובהתאם לכך משתנה דין

<sup>1</sup> פירושן של פרשיות אלו, היחסים ביניהן, והשוואתן לחוקי המזרח הקדום נדונו רבות בין מפרשי המקרא וחוקרים מודרניים, ובפרט, צדה את ליבם של העוסקים בפרשיות אלו הלכתו הייחודית של שור תם. ראו למשל צ'ילדס, שמות, עמ' 462, 473; ליונשטם, שור נגח, עמ' 602 – 607; ג'קסון, מחקרים, עמ' 108 – 152. לאלו ואחרים נתייחס בקצרה בדברינו להלן, בהערות הבאות.

<sup>2</sup> על התפיסה המקראית של דין זה כ"אשמה אובייקטיבית" והשתנותה בתורת התנאים ראו זהר, שור הנסקל; צ'ילדס, שמות, עמ' 473. ראו גם לורברבוים, צלם אלוקים, עמ' 358 הערה 44, הקושר דין זה לעקרון "מיעוט הדמות", אך תולה את הדברים במחלוקת תנאים, וראו סיכומן של גישות שונות ביחס לסקילת השור (ביטוי לתפיסה דתית של ערך חיי אדם, חשש מאגי וכדו') אצל ג'קסון, מחקרים, עמ' 109 – 111. ג'קסון חולק על פירושים אלו, ורואה בסקילת השור דין אינסטרומנטלי, שנועד לעזור לקהילה להתגונן מפני המזיק, ראו ג'קסון, שם, עמ' 112 – 120. אף לדידו זו איננה התפיסה המאפיינת את תורת התנאים, שכן זו רואה בסקילת השור עונש, המושתת על הליך משפטי – בית דין של עשרים ושלשה. כנגד הגישה הרואה בסקילת השור עונש לשור נמתחה ביקורת, ראו דבריו של הרמב"ם להלן, הערה הבאה, וכן ראו ג'קסון, שם, עמ' 133; זהר, שור הנסקל, עמ' 71; 73.

<sup>3</sup> כפירוש זה ראו ברמב"ן לבראשית ט, ה ובפירוש הרש"ר הירש לכתוב בשמות ("והואיל ואין דרכו של שור תם לנגוח בני אדם, ולא היה על הבעל לדעת שיגח שלא כדרכו, הרי שבעל השור פטור מכל וכל ואף אינו חייב על שמירה שלא כהלכה", רש"ר הירש, עמ' רלא). ראו כתפיסה זו גם זהר, שור הנסקל, עמ' 71 הערה 13 והפניותיו שם. גישה אחרת רואה את דין סקילת השור כעונש לבעליו או מטעמים ותועלתניים כהרתעה וכדומה. כך נקט למשל הרמב"ם, מורה נבוכים, עמ' שסו: "ומה שהבהמה נהרגת אם הרגה אדם אין זה עונש לה כפי שלועגים לנו המינים, אלא זה עונש לבעליה, ולפיכך נאסר ליהנות בבשרה כדי שיקפיד בעל הבהמה בשמירתה...". ראשונים ומפרשים אחרים משלבים את שתי הגישות, ראו למשל ריטב"א, קידושין, נו ע"ב, עמ' תקצח, ורלב"ג, עמ' ריו (וראו הערת המהדיר, שם). פשט הכתובים, מכל מקום, מצביע בדברינו בפנים (ראו גם ליונשטם, שור נגח, עמודה 605).

הבעלים: "השור יסקל וגם בעליו יומת".<sup>4</sup> זוהי נקודת השינוי היחידה בין דין שור תם לדין שור מועד, והיא המוליכה למסקנה האמורה.

דינו של שור תם שהמית שור הוא "ומקרו את השור החי וקצו את כספו וגם את המית יחצון". אף כאן, דין זה נובע מהעדר אחריות של הבעלים למעשה.<sup>5</sup> הדברים משתמעים מההקבלה לשור שהמית אדם וכן משיקולים פנימיים לפרשה זו: לא מוזכר בדין שור תם פועל שמשמעו תשלום של בעל השור, דוגמת השימוש בשורשים של"מ או נת"נ, הקיימים בכל פרשיות הנזיקין האחרות. בהתאם לכך, קביעה מפורשת של אחריותו של בעל השור מופיעה בשור מועד בלבד: "או נודע פי שור נגח הוא מתמול שלשם ולא ישמרנו בעליו שלם ישלם". חלוקת השור החי והשור המת בין המזיק לניזק, לפי זה, אין משמעה תשלום נזיקי של בעל השור המזיק. משמעות דין התורה היא נטילת חלק משותפת של שני הצדדים בתוצאות המעשה, ומכאן השימוש בשורש חצ". יתכן, כי מדובר כאן במקרה קונקרטי בו ערך השוורים זהה, או, לחילופין, יחסה של התורה הוא ל"שור" כבעל ערך קבוע ושווה.<sup>6</sup> לאחר חלוקת השוורים, במקום שור לאחד ושור לשני כפי שהיה טרם הארוע, זוכה כעת כל אחד מן הצדדים בחצי שור ובחצי נבלה, כך שהנזק נחלק למעשה בין הצדדים. מנגד, תשלום "שור תחת השור" במקרה של שור מועד מיישם מתן פיצוי מלא לניזק.

<sup>4</sup> עונש מיתה על שור שהרג אדם הוא הלכה ייחודית וחומרה יתירה, שאף אין לו מקבילות בחוקי המזרח הקדום (ראו ליונשטם, שור נגח, עמ' 604). הוא נובע, לפי פירושים רבים, מההתייחסות המחמירה, הכוללת גם מימד דתי, המיוחסת להריגת אדם, בהתאם לכתוב בבראשית ט ה: "וְאָךְ אֶת הַמֶּקֶם לְנַפְשֵׁיכֶם אֶדְרֹשׁ מִיַּד כָּל חַיָּה אֶדְרֹשְׁנָהּ וּמִיַּד הָאָדָם מִיַּד אִישׁ אֶחָיו אֶדְרֹשׁ אֶת נַפְשׁ הָאָדָם". ראו על כך קסוטו, שמות, עמ' 194, וראו הסתייגותו של ג'קסון, מחקרים, עמ' 127 – 130, מתפיסה זו והצעתו לראות את העונש כעין מידה כנגד מידה על כך שלא הרג את שורו. חומרתו של העונש הוגבלה כבר בכתוב, המציע את אפשרות הכופר, ובחז"ל באופן ניכר יותר, בפירוש "יומת" כמיתה בידי שמים (מכילתא דרבי ישמעאל, מסכתא דנזיקין פרשה י, עמ' 285 ומקורות נוספים). כך, למעשה, נותרת הקביעה "וגם בעליו יומת" כמעין קוד מוסרי לראוי להיעשות לבעל השור, אף אם לא נהגו כן למעשה (כלשונו של אבן עזרא בפירושו הארוך לכתוב: "הנה יהיה זה יומת לפי דעתי כמו עין תחת עין, שהוא ראוי שימות, אם לא יתן כופר נפשו").

<sup>5</sup> כפי שהוזכר במבוא לשער זה, הערה 1, במונח "אחריות" כוונת הדברים היא ל-responsibility. מבחינה משפטית, חובת חציית הנזק מבטאת מעין אחריות מוחלטת (strict liability), וראו גם להלן, הערה 9.

<sup>6</sup> ראו פירושו של ר"י בכור שור, עמ' קמג: "ובסתמא דבר הכתוב, דמסתמא שור כשור ושוה זה כזה, וכשחולקין אותן, נמצא ההיזק שוה ביניהם. ומתוך כך יש להבין שאם אינם שוים שיהיה חצי ההיזק על המזיק וחציו על הניזק, ובלבד שיהא שוה שור המזיק חצי הנזק... ואם אינו שוה חצי נזק, יקח מי שהזיקו, ותו לא, דכיון שלא פשעו הבעלים בדבר, לא ישלם לו רק מי שעשה לו הנזק אותו יקח". ג'קסון סבור, כי הכתוב דורש חלוקה גם כאשר ערכם של השוורים איננו שווה (ג'קסון, מחקרים, עמ' 133 – 135), אולם אין זה פשט הכתוב. בדומה לכך, גם תשלום "שור תחת השור" נובע בפשטות מתפיסה המתייחסת ל"שור" השווה לחברו, והאחרון מלמד על הראשון (בניגוד לג'קסון, שם, עמ' 147 – 148). בחיבורו המאוחר (ג'קסון, חכמה) פרש ג'קסון ביתר הרחבה את התשתית המתודולוגית המאפשרת את ייחוסה של הלכת שור תם גם למקרים בהם השוורים אינם שווים. קובץ החוקים שבפרשת משפטים נקרא כ"נרטיב", דהיינו: קריאה שתכליתה איתור ההבנה החברתית המקורית של החוק, בניגוד לקריאה "סמנטית"-מילולית שלו. בהתאם לכך, הלכת שור תם נועדה לצמצם את ההזדקקות להכרעה שיפוטית, ועל כן נקבעה חלוקת הרכוש בין הצדדים. לתכלית זו יתרונות המועדים על חוסר השוויון הנוצר כאשר ערכם של השוורים שונה, כל עוד זהו חוסר שוויון סביר, ראו ג'קסון, חכמה, עמ' 276 – 279.

פירוש זה להלכת שור תם קיים בין מפרשי המקרא,<sup>7</sup> וכך פירשו רבים ממפרשי המקרא המודרניים.<sup>8</sup> מקובל בפירושים אלו לראות בהלכת שור תם הלכה המטילה את חלוקת הנזק על הצדדים, מעין "אחריות מפוצלת", או וריאציה של אחריות מוחלטת, המטילה על המזיק חובת תשלום של מחצית מן הנזק.<sup>9</sup> הלכה זו נובעת מהעדר אשמתו של בעל השור המזיק, או מחוסר היכולת המעשי להטיל אשמה על מי מן השוורים הנצים.<sup>10</sup> הלכה זו היא ייחודית במקרא,<sup>11</sup> אולם אין היא מנותקת מן הסברא, או: משיקולים האופייניים למערכת משפטית "נזיקתית".<sup>12</sup> ואכן, מצאנו להלכה קונקרטיה זו מקבילות בעולם העתיק – בחוקי אשנונה, וכן מצאנו מקבילות במשפט המודרני לעקרון העולה מן ההלכה, עקרון חלוקת הנזק. בכל המקרים הללו מפוצלת האחריות למעשה בין הצדדים המעורבים.<sup>13</sup>

פרשנות זו לדין שור תם נכונה אומנם, אולם אין היא שלמה. הכתוב איננו מסתפק בהטלת חובת תשלום של מחצית מן הנזק על המזיק, אלא קובע את הדרך בה ייעשו הדברים, חלוקת השור החי והשור המת. סבורני, כי הוראה זו היא בעלת משמעות רבה. להבהרת הדברים נעזר בתבניות האריסטוטליות, "צדק מתקן" ו"צדק חלוקתי",<sup>14</sup> המשמשות כיום זו מול זו בתיאוריות של דיני הנזיקין. בפירושן של תבניות אלו וביישומן במשפט המודרני נחלקו הדעות.<sup>15</sup> אולם כוונתנו היא להיעזר בשתי תבניות אלו כתבניות מושגיות, גם אם לעיתים בדרך שונה במקצת ממשמעותן המקובלת, וזאת כדי לבאר את הדין המקראי של שור נוגח וכדי להבהיר את המגמות בתקופה התלמודית, שנשתנו מן העמדה המקראית ברב או במועט.

<sup>7</sup> בכור שור, שם: "לפי שהיה תם, ולא דרכו להזיק, ולא היה על הבעל להזהר בו, ולא פשע, ומזל דתרוויהו גרים, לפיכך תרוויהו שוים בהזיק".

<sup>8</sup> ראו למשל צ'ילדס, שמות, עמ' 473: "In the first case, the owner is not personally held responsible, although in the case of property loss, he must share the loss".

<sup>9</sup> "split liability", ראו לבמור, משפט השוואתי, עמ' 268 – 269.

<sup>10</sup> דאובה, סיבתיות, עמ' 259; פרידל נזיקין, עמ' 88 – 91; קלימנטס, שמות, עמ' 139. בדברינו בפנים נקטנו באפשרות הראשונה, דהיינו: חלוקת הנזק בשל העדר אחריותו של המזיק לנזק, ולא בשל חוסר היכולת לקבוע את האשם. זו הפרשנות הפשוטה במקראות, והיא אף עולה מן המקורות התנאיים הנוקטים כגישה זו, כפי שנראה בפרקים הבאים (ראו להלן, פרק ב, סעיף ב.3).

<sup>11</sup> לעניין ייחודיותה של ההלכה במקרא, ראו ג'קסון, מחקרים, עמ' 139 – 141, וביקורתו על פלק (Falk), המבקש למצוא להלכה זו מקבילות במשפט שלמה ובדין חלוקת השלל שבפרשת מטות (במדבר לא כז).

<sup>12</sup> ראו מבוא, סעיף 2.1.

<sup>13</sup> לדיון ביחסו של דין שור תם המקראי לחוקי אשנונה ראו ג'קסון, מחקרים, עמ' 136 – 141. חוקרים שונים תארו זאת כמקבילה הקרובה ביותר בין החוק המקראי לחוקי המזרח הקדום, ראו ג'קסון, חכמה, עמ' 280 – 287. למקרים נוספים של פיצול האחריות בעולם העתיק – לאו דווקא בחוקי המזרח הקדום – ובמשפט המודרני ראו פרידל, נזיקין, עמ' 83; 92; לבמור, משפט השוואתי, עמ' 248 – 255.

<sup>14</sup> ראו אריסטו, אתיקה, ספר ה, פרקים ג – ד, עמ' 116 – 120. אני מודה לד"ר שחר ליפשיץ, שהעיר את עיני אודות הזיקה שבין דין שור תם לבין התבניות הנזכרות.

<sup>15</sup> ראו אנגלרד, נזיקין, עמ' 11 – 20; פוזנר, צדק מתקן, עמ' 187 – 206; פורת, רשלנות, עמ' 327 – 329.

דינו של שור מועד מושתת על העקרון הרווח יותר בדיני הנזיקין התלמודיים, מעין זה של "צדק מתקן". לפי עקרון זה, בעל השור המזיק חייב להשיב את הנזק למצבו הראשוני ("שֵׁלֶם יִשְׁלֹם שׁוֹר תַּחַת הַשּׁוֹר וְהַמֵּת יִהְיֶה לוֹ"), וזאת מכיוון שלא שמר את שורו.<sup>16</sup> אשמתו של המזיק, המתפרשת בדרך כלל כהתרשלות מחובת הזהירות המוטלת עליו,<sup>17</sup> היא העומדת מאחורי חיובו בתשלום לנזק. לעומת זאת, בבסיס דין שור תם עומד עקרון שונה וייחודי. בעליו של שור תם לא פשע, ולא מוטלת עליו אחריות לנזק, ועל כן אין הוא חייב בתשלום לנזק. אולם אין כאן פטור מוחלט, שכן המזיק משתתף בתוצאות הנזק באופן שווה לנזק. אולם יישום הדברים איננו, כפי שאמרנו לעיל, באמצעות תשלום של מחצית הנזק, אלא על ידי יצירת "צדק חלוקתי" בזעיר אנפין: המזיק והניזק חולקים באופן שווה את הרכוש שבידם, וליתר דיוק – הרכוש המעורב בארוע הנזק. הדגש בדין זה איננו, אם כן, בפיצוי החלקי הניתן לנזק. דגשה של ההלכה המקראית הוא בהשבת הצדדים למצבם הראשוני השווה, כפי שהיה לפני ארוע הנזק.

התבנית המושגית "צדק חלוקתי" מבארת את דינו של שור תם, ומבחינה אותו מהלכות אחרות שבדיני הנזיקין התלמודיים, ובפרט מדינו של שור מועד. תבנית זו בשימושה הנוכחי שונה במקצת ממשמעותה האריסטוטלית או מיישומה במשפט המודרני. ראשית, השימוש בצדק חלוקתי כאן הוא בין המזיק והניזק הקונקרטיים ובהתבסס על הרכוש המעורב בנזק בלבד. זאת לעומת התפיסה הדומיננטית במשפט המודרני, הרואה את עקרון צדק חלוקתי כמושתת על שיקולים החורגים מגבולות האירוע הנקודתי, ונוגעים עד לחברה כולה.<sup>18</sup> שנית, עקרון זה בהלכת שור תם משמש כחלופה לצדק מתקן, והיינו: במקום בו אין להחיל את עקרון הצדק המתקן, שכן המזיק איננו אשם בנזק, יש להשתמש בעקרון השני. בתיאוריות של המשפט המודרני,

<sup>16</sup> צדק מתקן מוצג כאן כמושתת על אשמה או רשלנות, ולא אחריות מוחלטת. זו גם משמעות הדברים אצל אריסטו, ראו פוזנר, צדק מתקן, עמ' 193 – 196, וביקורתו על אפשטיין, המדגיש את יסוד גרימת הנזק בלבד. אולם אין זו הפרשנות היחידה, ראו הערה הבאה.

<sup>17</sup> הפשיעה היא ציר מרכזי בתפיסת חוקרי המשפט העברי, וכבר הצבענו על כך במבוא לעבודה זו ובדינונו בגישות שונות, כדוגמת 'אלבך ואחרים' (ראו מבוא, סעיפים 2.1; 4). בפרט אמורים הדברים כלפי שור מועד, שם הרשלנות מפורשת בלשון הכתוב: "וְלֹא יִשְׁמְרֵנוּ בְּעֵלָיו". לצד זאת, מצאנו גישות המשלכות כאן משטרי אחריות שונים. ראו למשל ג'קסון, אחריות, עמ' 37 – 42 (אני מודה לפרופ' ג'קסון על שהעמיד לרשותי עותק ממאמר זה). לשיטתו, ר' מאיר סבור שמוטלת אחריות מוחלטת על בעל השור המועד (ומפרש "ולא ישמרנו" כ-"had not been kept in", בניגוד ל-"and did not guard it", שם עמ' 41 – 42). אולם מדובר באחריות מוחלטת המבוססת על אשמתו של המזיק ("או נודע..."), דהיינו מודעות למעשה העוולתי ["scienter"], ולפיכך זוהי וריאציה של צדק מתקן. משטר אחריות שונה מרשלנות מצאנו גם בעניין פירושו של הכתוב בשמות כב, ד: "כִּי יִבְעֹר אִישׁ שָׂדֶה אוֹ כָּרְם וְשָׂלַח אֶת בְּעִירָהּ וכו'": לדעת ג'קסון (מחקרים, עמ' 250 – 267), תפיסת הרשלנות משקפת עמדה מאוחרת, ואילו הגישה שפרשה את הכתוב בהתייחס לנזקי אש (ראו בהרחבה להלן, שער שני, מבוא, הערה 1), שללה את תפיסת הרשלנות, והטילה אחריות רק על נזק שנעשה ישירות על ידי המזיק. בדוגמאות אלו (וכמותן בתפיסות העקרוניות החולקות על "שיטת הפשיעה", ראו ורשהפיג, אחריות) קיימת אשמה של המזיק, ועל כן למרות העובדה שנשתנו זו מזו במשטר האחריות שלהן, הן משקפות למעשה את עקרון הצדק המתקן (בדומה לתפיסתו של אפשטיין, לעיל הערה קודמת). דינו של שור תם שונה ממקרים אלו באופן מהותי, כמבואר להלן בפנים.

<sup>18</sup> ראו אנגלרד, נזיקין, עמ' 11 – 20. הפתרון המוצע על ידו לשילוב עקרונות צדק חלוקתי ביחס למזיק הקונקרטי תולה את הדברים בעקרון גרימת הנזק (ראו שם, עמ' 16).

לעומת זאת, יש הרואים בשתי התבניות הללו שתי גישות שונות ומנוגדות לדיני הנזיקין.<sup>19</sup> אחרים, וייתכן שזו המשמעות האריסטוטלית, רואים אותן כתבניות משלימות, כאשר האחת, צדק מתקן, נועדה להשיב את הצדק החלוקתי על כנו.<sup>20</sup> לצד הבדלים אלו, המכנה המשותף בין הפרשנויות המודרניות הניתנות לצדק חלוקתי ובין המקרה דנן הוא העקרון המנחה, השאיפה ליצירת שוויון בין הצדדים תוך חלוקה שווה של הרכוש, להבדיל מהדרישה לפיצוי קונקרטי על מעשה הנזק. אמירה זו היא רבת משמעות, שכן היא מלמדת על אופיים ומטרתם של דיני הנזיקין. דהיינו, לצד השבת המצב לקדמותו מכוח אשמתו של המזיק, וזאת על בסיס עקרון הצדק המתקן, ישנו נסיון לאזן מחדש את מצבם של הצדדים, גם כאשר המזיק איננו אשם בארוע הנזק. נסיון זה מתממש באמצעות עקרון הצדק החלוקתי.

## א.2. מן המקרא לספרות התנאים

ההלכה התנאית פרשה בדרך כלל את דין שור תם כתשלום חצי נזק. שינוי זה מטשטש במידת מה את ייחודיותו של הדין המקראי, שכן לעיתים, בהתאם לערך הקונקרטי של השוורים, לא מתקיימת חלוקה שווה של כלל הרכוש המעורב בארוע. החלוקה המקראית של השור המזיק נתפרשה בתורת התנאים כהקלה נוספת בחובתו של בעליו – תשלום מגופו, וכפי שמתומצת בדין המשנה (פ"א מ"ה): "מה בין תם למועד אלא שהתם משלם חצי נזק ומגופו והמועד משלם נזק שלם מן העליה". אולם גם הלכה זו עומדת עדיין במסגרת התפיסה העולה מפשטי המקראות, ולפחות בכמה מרכיבים מתוכה: דינו של שור תם משקף השתתפות של המזיק בתוצאות הנזק, אף אם החלוקה הממשית של הרכוש המעורב איננה מתקיימת במלואה. השתתפותם של הצדדים מתבטאת בתשלום מחצית הנזק, כך שהנזק נחלק למעשה בין שני הצדדים.<sup>21</sup> בד בבד, לניזק ניתן חלק ממשי בשור, ובכך קרובים הדברים לחלוקת הרכוש שבדין המקראי, אף אם אין מדובר כאן בחלוקה מובהקת ושלמה

<sup>19</sup> אנגלרד, נזיקין, עמ' 3 – 5; וינריב, פורמליזם, עמ' 983 – 984. ג' קולמן (קולמן, סיכונים, עמ' 345 – 350 ועוד) ביקש להשכיך שלום בין התפיסות הללו, תוך שהוא מקבל מחד את המתח האינהרנטי ביניהן, בהתאם לתפיסה הנזכרת כאן, אך מבקש מאידך לתת לגיטימציה לשתייהן. לביקורת על כך ראו לנגוס, סקירה, עמ' 477 – 479. אף גישתו הקומפלימנטרית של אנגלרד (אנגלרד, שם, עמ' 85 – 92) איננה דומה למקרה הנדון כאן. אנגלרד מכיר בכך שאלו שתי מגמות סותרות, אך מאפשר את קיומן זה לצד זה. כמו כן, הוא דורש שבכל מקרה יהיה מרכיב של "צדק מתקן". המקרה דנן שונה בשתי הנקודות הללו.

<sup>20</sup> ראו אריסטו, שם; פוזנר, צדק מתקן, עמ' 191. לדוגמא בעלמא, המיישמת תפיסה זו במשפט המודרני, ראו הידט, צדק מתקן, עמ' 351 – 353.

<sup>21</sup> פן זה הודגש בפרשנות הדין המקראי על ידי הפרשנים והחוקרים הנזכרים לעיל, ראו הערה 7 והלאה. ראו עוד פרידל, נזיקין, המוצא סימנים לכך בתורת התנאים (אולם פרידל סבור שחלה שחיקה בתורת התנאים בתפיסת האחריות השווה של המזיק והניזק, שם, עמ' 91). תפיסה זו הותקפה על ידי אלבק, בהתאם לגישתו הכללית בדיני הנזיקין ופרשנותו הנקודתית לדין חצי נזק, ראו אלבק, תשובה, עמ' רלב. בפרק הבא נטען, כי שתי הגישות הללו – של אלבק ושל פרידל – קיימות בזרמים וברבדים שונים של המקורות התלמודיים.

כבדין זה.<sup>22</sup> ואכן, כפי שנבקש לטעון בפרק הבא, תפיסה זו תופסת מקום מרכזי בתורת התנאים, ובמקורות שבידינו נשתמרו הדברים בתורת ר' עקיבא ותלמידיו. ברם לצד תפיסה זו עמדה תפיסה מנוגדת, שאף עליה נעמוד, והיא הושתתה על נקודת מוצא שונה בשאלת אופיו ומהותו של דין חצי נזק. לפי התפיסה השנייה, דין חצי נזק פורש כתשלום של המזיק, הנובע מאחריותו לנזק, אולם הוא מופחת משיקולים שונים. כפי שנראה להלן, מייצגיה של עמדה זו הם ר' ישמעאל ור' מאיר, כעולה ממגוון המקורות התלמודיים המונחים לפנינו.

---

<sup>22</sup> ההלכה התנאית עסקה בפירוט במקרים בהם לשוורים ערך שונה (ראו להלן). יש מקום לקיים חלוקה שווה של הרכוש רק במקרה בו השוורים שווים, ולא במקרה בו אין השוורים שווים. על כן, כפי שכתבנו בפנים, טושטש במקצת מרכיב החלוקה, ועיקר הדגש הוא על ההשתתפות בנזק, גם אם אין כאן חלוקה בפועל של הרכוש. באשר למקרי נזק בהם השוורים שווים, יש מקום לבחון, האם תורת התנאים מכירה בחלוקה בפועל של השור המזיק ונבלת השור הנזק, או שהחלוקה מתייחסת לגובה התשלום בלבד, והמזיק משלם מכל שבידו. כאפשרות הראשונה עולה מפשטם של כמה מקורות תנאיים, כדוגמת דברי ר' יהודה: "זה נוטל חצי החי וחצי המת וזה נוטל חצי החי וחצי המת" (ראו להלן, פרק ג, סעיף ג.2). האפשרות השנייה מקובלת בסוגיות הבבלי (ראו למשל סוגיית "בעלים מטפלין בנבילה", י"ע"ב), אולם אין זה ברור שהמקורות השונים המובאים בסוגייה משליכים גם על דין שור תם. נושא זה מסתעף מדיוננו, אך לא ניגע במסגרת הנוכחית באופן ישיר בסוגיות העוסקות בכך. עיקר דברינו יתמקד בגישה העקרונית, הדנה באופיו של דין חצי נזק, ולא בתשלום בפועל.

## פרק ב

### זרמים ושיטות בתורת התנאים

#### ב.1. מחלוקת התנאים בדין "יושם השור" או "הוחלט השור"

דיוננו במקורות חז"ל פותח במחלוקת ר' עקיבא ור' ישמעאל. מחלוקת זו היא נקודת הציון המפורשת הראשונה, לה ניתן לייחס את חילוקי ההשקפות הנזכרים באשר לדין שור תם. המחלוקת מובאת בבבלי<sup>1</sup> בהקשרה של המשנה: "שור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים ואין הנבילה יפה כלום נוטל את השור" (לג ע"א): מתניתין מני, רבי עקיבא היא, דתניא: יושם השור בב"ד דברי רבי ישמעאל רבי עקיבא אומר הוחלט השור.<sup>2</sup> במאי קמיפלגי? ר' ישמעאל סבר בעל חוב הוא וזוזי הוא דמסיק ליה, ור' עקיבא סבר שותפי ניהו. וקמיפלגי בהאי קרא: ומכרו את השור החי וחצו את כספו. ר' ישמעאל סבר לבי דינא קמזהר רחמנא, ור"ע סבר לניזק ומזיק מזהר להו רחמנא. מאי בינייהו? הקדישו ניזק איכא בינייהו.

על פי באור התלמוד, יש כאן מחלוקת בשאלת הזיקה בין המזיק לניזק: לדעת ר' עקיבא "שותפי ניהו", ואילו לדעת ר' ישמעאל "בעל חוב הוא", ועליו לשלם לניזק את מחצית ערך שורו. קשה להניח שמדובר במחלוקת טכנית גרידא, ועצה טובה משמיעים לנו התנאים הללו, כיצד לבצע את חלוקת השור המזיק, ואפילו אם יש נפקא מינה נקודתית בין אפשרויות התשלום השונות, כפי שמציעה הסוגייה התלמודית. נפקא מינה זו, אגב, אין מקורה בסוגייתנו, אלא היא הוסבה בבבלי מדברי ר' יוחנן, המופיעים בירושלמי בהקשר קרוב לענייננו, ואף בכך יש ללמד, כי מדובר בפרשנות מאוחרת יחסית, ואילו עיקרה של מחלוקת התנאים נסב על עניין אחר.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> ביחס למקורות תנאיים המובאים אך ורק בבבלי ישנן מגמות שונות במחקר התלמודי (ראו מבוא, הערות 54; 56). ראו פרידמן, לאופייין של הבריות, עמ' רא – רב, ושם, עמ' רכז הערה 83, מחלוקתו עם הנשקה בעניין הבריות הנדונות, וכן ראו הנשקה, שמחת הרגל, מבוא, הערה 48. פרידמן עצמו נוטה פעמים רבות לייחס חוסר מקוריות לבריות הבבלי, כעולה במאמרו הנזכר, וראו גם פרידמן, הבריות בתלמוד, עמ' 163 – 183. במקרה דנן, מקורות תנאיים נוספים, בהם נדון בסעיפים הבאים, מבססים את דבר קיומה של המחלוקת. בשל כך, כמדומני שאין לערער על האוטנטיות שלה, על אף שהיא מובאת בבבלי בלבד. ייחודיותו של הבבלי מצטמצמת לפיכך לשימור שמות התנאים הראשונים שנחלקו בעניין, ר' עקיבא ור' ישמעאל.

<sup>2</sup> הגרסא: "הוחלט" היא בכת"י פירנצה, המבורג ואסקוריאל, וכן הוא בר"ח ובמאירי, וכן הוא נוסח הדפוס. בכת"י מינכן ובכת"י וטיקן: "יוחלט השור", וכן הוא ברשב"א על אתר וברא"ש, פ"א סימן יח ופ"ג סימן טו (וראו גם תוד"ה שני, לג ע"א, לעומת תוד"ה הכא, לד ע"א. ברם ספק אם ניתן להוכיח ממוכאות אלו). בספר המקח, שער ז דין טז, עמ' קכח: "הוחלט השור בב"ד". ייתכן שכך נקט גם הרמב"ם, ראו במאירי, לג ע"ב, עמ' 103, ד"ה גדולי המחברים; פרנקל, שנו"ס, עמ' תרה. למשמעות אפשרית של שינויים אלו ראו להלן, הערה 5.

<sup>3</sup> הדברים מובאים בירושלמי בסמוך למשנת "שור שנגח ארבעה וחמשה", ושם הם מיוחסים הדברים למחלוקת ר' מאיר ור' יהודה (ירושלמי, פ"ד ה"א, ד ע"א): "ומה ביניהון. ר' יוחנן אמ'. הקדש ביניהון. על דעת ר' יודה. [מקדיש] הראשון. על דעת ר' מאיר. שניהון מקדישין אותו". הבבלי הכיר בכך שמקורה של מסורת זו בדברי ר' יוחנן. במקצת עדי הנוסח מובאים הדברים בסוגייתנו (לג ע"א): בכת"י מינכן: "מאי בינייהו הקדישו ניזק איכא בינייהו ואיתמר נמי א"ר יוחנן בהקדישו ניזק קמפלגי", ובדומה לכך בכת"י וטיקן; בכת"י המבורג: "מאי ביניהון א"ר יוחנן הקדישו ניזק איכא ביניהון", ובדומה לכך בכתב יד פירנצה ובכת"י אסקוריאל (ושם,



מסתבר לדעתי, שלדרכי החלוקה השונים המוצעים בדברי ר' עקיבא ור' ישמעאל יש משמעות משפטית, וטמונות מאחוריהן גישות מנוגדות ביחס לדין שור תם. "יושם השור בב"ד" לפי ר' ישמעאל מבטא את פעולת הגבייה של בית הדין, כפי שמשמע מהשימוש בשורש שו"ם<sup>4</sup> ומציון מקום השומה, בית דין. פעולה שכזו נובעת מחובת תשלום המוטלת על המזיק. "הוחלט השור" לשיטת ר' עקיבא מבטא את המגמה המנוגדת, שאיננה מטילה אחריות על המזיק. זאת ניתן ללמוד מהעדר מעורבותו של בית הדין בתהליך<sup>5</sup>, וכן מהעובדה שהשור גופו הוא שניתן לניזק, ללא חובת תשלום של המזיק.<sup>6</sup> לפי דרך זו, מבטאות שיטות התנאים הללו את המתח בין שתי הגישות שהוזכרו בסיומו של הפרק הקודם. האחת איננה מטילה אחריות על המזיק, אלא קובעת נשיאה משותפת בהפסד, ועל כן דינם הוא כשותפים. גישה זו קרובה לתפיסה העולה מניתוח דין שור תם במקרא, בה עסקנו בפרק הקודם. הדרך השנייה מטילה אחריות וחובת תשלום על המזיק, חובה המצומצמת לחצי נזק. השור המזיק משמש כאן כאמצעי תשלום, הנעשה באמצעות שומת בית הדין וגבייתו, ואיננו נחלק בין הצדדים.

מהם השיקולים העומדים בבסיס צמצום חובת התשלום לפי השיטה האחרונה? בתלמוד מצאנו הסבר לכך בתקופה מאוחרת יותר, בשיטת מאן דאמר "פלגא נזקא ממונא" (טו ע"א): "ובדין הוא דבעי לשלומי כוליה, ורחמנא הוא דחס עליה דאכתי לא אייעד תוריה". לפי הסבר זה, המזיק אחראי אומנם לנזק, ומעיקר הדין צריך היה לשלם את מלוא הנזק, אך מכיוון שיש מקום להפחית מעט מאחריותו, הדין מקל עמו.<sup>7</sup> יחד עם זאת, יש

---

"אמ' ר' יוחנן" נוסף בגליון). ישנם עדי נוסח, המביאים מסורת זו אף – או רק – בסוגיית הבבלי שעל משנת "שור שנגח ארבעה וחמשה" (לו ע"ב), אך גם שם הדברים מובאים בהקשר למחלוקת ר' עקיבא ור' ישמעאל, בניגוד לירושלמי. כך הוא בכת"י מינכן (וכן בדפוס שונצינו): "איתמר נמי א"ר יוחנן הקדישו ניזק איכא בינייהו". כעין זה בכת"י המבורג ובדפוס, אך סומן למחיקה (יתכן בהשפעת רש"י, ד"ה: "הקדישו", וראו רשב"א, עמ' קצט, ד"ה "גירסת הספרים"). בכת"י וטיקן: "(מאי בינייהו הקדישו ניזק איכא בינייהו) איתמר נמי וכן א"ר יוחנן בהקדישו (ניזק קמיפלג)" (בכת"י פירנצה ובכת"י אסקוריאלי הקטע איננו מופיע בסוגייה זו). חילופי הגרסאות נובעים כנראה מההתלבטות לאיזו מהסוגיות העוסקות במחלוקת התנאים לייחס את דברי ר' יוחנן (וראו גם ויס, מחקרים בתלמוד, עמ' 170 הערה 49). המסורת עצמה, מכל מקום, משותפת לכל הנוסחאות.

<sup>4</sup> ראו בויארין, ללקסיקון התלמודי, עמ' 13 – 17. בויארין מראה, כי מקורו של השורש שו"ם הוא מן האכדית, ומשמעותו קנייה. משמעות זו נותרה גם בעברית של לשון חכמים ובתלמוד הבבלי, והיא נתייחדה להקשרים משפטיים – קנייה הנעשית בעזרת בית דין. לפיתוחה של משמעות זו כפעולת גבייה של בית הדין ראו רדזינר, דיני קנסות, עמ' 79, ושם הערות 92, 93. כך גם בעניינינו – אין מדובר בהערכת שווי גרידא, אלא, כאמור, בפעולה אקטיבית מצד בית הדין של גבייה מהמזיק.

<sup>5</sup> שני הברלים סגנוניים בין ר' עקיבא לר' ישמעאל משקפים את העדר מעורבות בית הדין בשיטת ר' עקיבא: האחד, לשון עבר בדברי ר' עקיבא, "הוחלט השור" (לפי חלק ניכר מעדי הנוסח, ראו לעיל, הערה 2), לעומת "יושם השור" בדברי ר' ישמעאל. השני, העדרו של בית הדין בדברי ר' עקיבא (ראו בהערה הנ"ל). יש בשינויים אלו להצביע, שהקניית השור לניזק אליבא דר' עקיבא היא מיידית, ואיננה תלויה בפעולה כלשהי של בית הדין.

<sup>6</sup> כלשון ר"י בכור שור, עמ' קמג: "דכיון שלא פשעו הבעלים בדבר לא ישלם לו רק מי שעשה לו הנזק אותו יקח". ייתכן, שמשקפת כאן תפיסה המטילה את האחריות על השור עצמו, ובשל כך אין בעליו משלמים דבר באופן ישיר. גישה כזו עלתה גם בין הפרשנים והחוקרים ביחס לסקילת שור שנגח אדם, אך נמתחו עליה ביקורות. ראו לעיל, פרק א, הערה 2.

<sup>7</sup> סוגייה זו תדון בהרחבה להלן, סעיף ב.4. לאפשרות קרובה, הנובעת אף היא מתפיסה המטילה אחריות וחובת תשלום על המזיק, ראו אלבק, נזיקין, עמ' 115 – 130. לטענת אלבק, קרן קרובה לפשיעה וקרובה לאונס, ובשל כך מתחייב בחצי נזק. ראו בפרט הצעתו בעמ'

לזכור שהסבר זה איננו משתלב עם פשוטו של מקרא. כפי שהוצג בסעיף הקודם, פשטי המקראות אינם מבטאים הטלת אחריות על בעל השור המזיק, אלא הם משקפים השתתפות של הצדדים בנזק, וזאת כשיטת ר' עקיבא. הערכת יחסה של שיטת ר' ישמעאל למקרא תלויה בתפיסתנו בדבר טיבו של מדרש ההלכה ובדבר מהותה של הפעולה הפרשנית, נושאים הנדונים בהרחבה במבוא ובסיכום של עבודה זו. בקצרה, שיטה זו סבורה שיש להטיל אחריות על המזיק, אולם היא נתקלת בכתוב שנקודת המוצא שלו שונה. בשל כך, היא מפרשת את הכתוב כמי שמכיר בהנחת היסוד שלה, אך מפחית מעונשו של המזיק בשל שיקולים שונים. פרשנות זו עשויה להיתפס כמהלך בדיעבד, המבסס עצמו בכתוב. בד בבד, ניתן לראות בכך חלק אינטגרלי מהפעולה הפרשנית, כאשר הפרשן משתמש בתפיסותיו ובעולמו לצורך פרשנות הטקסט שלפניו, מעין "מיזוג אופקים" גאדמרייני.<sup>8</sup> מקורות תנאיים אחרים מלמדים על כך, שמחלוקת ר' עקיבא ור' ישמעאל התקיימה והשתרשה בדברי תלמידיהם. נבחן כעת כמה מחלוקות מרכזיות מבית מדרשם של תנאים אלו.

## ב.2. תפיסת שור תם לאור מחלוקת התנאים בדיון שור שנגח ארבעה וחמשה

הסתעפות ראשונה של מחלוקת ר' עקיבא ור' ישמעאל בה נעסוק היא מחלוקת התנאים בדיון של שור שנגח מספר שוורים זה אחר זה. כפי שנראה, נובעות שיטות התנאים השונות, העוסקות בשאלת דינו של השור ובשאלת מעמדם של הניזקים השונים, מעמדות מנוגדות באשר לאופייה של הלכת חצי נזק. המשנה בראש פרק רביעי שונה:

שור שנגח לארבעה חמשה שוורים זה אחר זה<sup>9</sup> ישלם לאחרון שבהם. אם יש בו מותר יחזיר שללפניו<sup>10</sup> ואם יש בו מותר יחזיר לשלפניו<sup>11</sup> והאחרון אחרון נסכר<sup>12</sup> דברי ר' מאיר. ר' שמעון אמ'<sup>13</sup> שור שווה

<sup>123</sup>, לפיה התשלום המופחת נובע מכך שאחריותו פחותה, ולא דווקא משיקולי הרתעה (כפי שנוקט לפני כן, בהתבסס על סוגיית "פלגא נזקא"). זאת בדומה לתקנתו של רב חייא בר יוסף (ב"מ פג ע"א): "הני דדרו באגרא ואיתבר נשלם פלגא. מאי טעמא נפיש לחד וזוטר לתרי, קרוב לאונס וקרוב לפשיעה".

<sup>8</sup> ראו בעיקר פרק סיכום, סעיף 4.2, וראו גם מבוא, 2.1.

<sup>9</sup> בכת"י הוצאת לו נוסף (כנראה בטעות): "אחר זה".

<sup>10</sup> מעל השורה נוספה 'ש' בין "של" ל"לפניו" ("שלשלפניו"), ייתכן כדי להתאים לנוסח: "לשלפניו" (כהמשך וכנוסח כת"י הוצאת לו, פרמה, פרמה "ג" [דה רוסי 984] והדפוס). בכת"י פריס בסוף השורה: "ל" ובתחילת השורה: "שלפניו" (אך בהמשך: "שלפניו").

<sup>11</sup> כעין זה בכת"י פרמה "ג": "ויש לו מותר יחזיר לשלפניו", וכן בכת"י פריס (אך בסוף: "יחזיר שלפניו"). בדפוס: "לשלפני פניו". בכת"י פרמה ובכת"י הוצאת לו חסר קטע זה ("ואם... לשלפניו").

<sup>12</sup> בכל העדים הנזכרים לעיל: נשכר.

<sup>13</sup> בדפוס נפולי: "ר' ישמעאל". החילוף שמעון (שמע') – ישמעאל (ישמע') מצוי, ראו אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1191 – 1192. על היחס בין המקורות המרכיבים את המשנה ראו ר' ישראל לוי, עמ' קא – קב, הסבור שמסדר המשנה צרף כאן שתי משניות חלוקות, שמקורן בקבצים שונים. כהשלמה לדבריו, ראו מכילתא דרשב"י, כא לה, עמ' 189, המציגה את שיטת ר' מאיר בסגנון דומה לדברי ר' שמעון (וייתכן שזהו עיבוד, על רקע הקושי בסגנון המשנה), וכמו כן סומכת את מחלוקתם לכתוב: "מיכן אמרו שור שנגח ארבעה וחמשים שוורים זה אחר זה האחרון אחרון נשכר כיצד... חזר ונגח שור אחר יפה מאתים האחרון נוטל מנה ושלפניו נוטל מנה

מאתים שנגח לשור שווה מאתים ואין הנבילה יפה כלום זה נוטל מנה וזה [נוטל]<sup>14</sup> מנה. חזר ונגח לשור אחר שווה מאתים האחרון נוטל מנה ושלפניו זה נוטל<sup>15</sup> חמשים וזה נוטל חמשים וזה. חזר ונגח לשור אחר שווה מאתים האחרון נוטל מנה ושלפניו חמשים וזה<sup>16</sup> ושנים הראשנים דינרי<sup>17</sup> זהב.

ר' שמעון סבור, שחלקם של המזיק והניזק בשור שווה, ועל כן הם משתתפים בנזק שגורם השור. כך גם ביחס לנזקים הבאים – חלוקת התשלום היא בהתאם לחלק היחסי בשור. אין כאן הטלת אחריות על מי מהצדדים המעורבים, אלא נשיאה משותפת בתוצאות הנזק, וזו מתפזרת בין מספר גורמים. הזיקה בין שיטת ר' שמעון לשיטת ר' עקיבא שנזכרה לעיל ניכרת לעין. לפי ר' שמעון, בדומה לר' עקיבא, הצדדים לנזק חולקים בתוצאותיו. חלוקה זו נעשית על ידי חלוקה ממשית של השור המזיק בין הצדדים, והיינו, במונחיו של ר' עקיבא, "הוחלט השור".<sup>18</sup>

ר' מאיר חולק על ר' שמעון, וסובר שהניזק האחרון מקבל את מלוא התשלום המגיע לו. לא קיימת לדידו השותפות הנזכרת בשיטת ר' שמעון, שכן הצדדים אינם חולקים את השור באופן יחסי, אלא יש כאן חובת תשלום של המזיק כלפי הניזק. המזיק חייב לכל אחד מן הניזקים סכום מסוים, אותו יש לשלם "מגופו", דהיינו: סך התשלום לא יעלה על ערך השור המזיק.<sup>19</sup> על כן, "מתחרים" כעת על התשלום כמה ניזקים, ובנקודה זו סבור ר' מאיר, ששעבודו של השור לצורך התשלום מוסב לניזק האחרון.<sup>20</sup> וכך, למשל, במקרה הנדון על ידי ר' שמעון, בו כל השוורים שווים מאתיים, חייב המזיק לכל אחד מאה, ומתוך שלושה ניזקים מקבלים השניים האחרונים את התשלום המגיע להם, ואילו הראשון מפסיד.<sup>21</sup>

---

והראשון מפסיד ר' שמע' אומ' כולן היו נוטלין אלא מהו וחצו את כספו שור יפה מאתים שנגח שור יפה מאתים וחזר ונגח שור אחר יפה מאתים האחרון נוטל מנה ושלפניו זה נוטל חמשים וזה נוטל חמשים וזה...".

<sup>14</sup> נוסף בגליון, וכן הוא בכת"י הוצאת לו, פרמה, פרמה "ג", פריס ובדפוס.

<sup>15</sup> בכת"י פרמה "ג" חסר "זה נוטל", ונוסף בגליון.

<sup>16</sup> הקטע: "חזר... חמשים וזה" נשמט בכת"י פרמה "ג" מפני הדומות, ונוסף בגליון.

<sup>17</sup> בדפוס: "דינר".

<sup>18</sup> כך עולה גם ממימרת ר' יוחנן בירושלמי (פ"ד ה"א, ד ע"א), הרואה את הניזק כמי שקונה את השור: "אמ' ר' יוחנן ר' יודה ור' שמעון שניהן אמרו דבר אחד כמה דר' יודה אמ' קנה כן ר' שמעון אמ' קנה". מימרת ר' יוחנן מזהה גם בין שיטת ר' יהודה לשיטת ר' שמעון, וזאת בדומה לטענתנו בסעיפים הבאים, לפיה אף ר' יהודה נקט בשיטה זו.

<sup>19</sup> על משמעות "מגופו" ראו לעיל, פרק א, סעיף א.2, ושם, הערה 22. המשמעות המתוארת בפרק הנ"ל היא כשיטת ר' עקיבא, הקרובה לפשטי המקראות, אולם שיטת ר' ישמעאל – ור' מאיר ממשכו – מתרחקת עוד יותר מפשטו של מקרא. לדידם, תשלום מגופו מבטא בעיקר את הסכום המקסימלי שהמזיק משלם, ולא את חלוקת השור המזיק בין הצדדים. ראו להלן, פרק ג, סמוך להערות 12 – 13. על מובנו של מימד השעבוד שבשיטת ר' מאיר ראו להלן בפנים.

<sup>20</sup> הטעם שבכך יבואר להלן בפנים.

<sup>21</sup> ראו במכילתא דרשב"י, לעיל הערה 13.

ר' מאיר איננו הולך בדרכו של ר' עקיבא, שכפי שראינו מתאים כאן לשיטת ר' שמעון. ר' מאיר נוקט מבחינה קונספטואלית כשיטת ר' ישמעאל בבבלי: "יושם השור בבית דין". בהתאם לשיטה זו, על המזיק מוטלת חובת תשלום, אך זו נעשית במקרה הקונקרטי מורכבת, שכן יש להכריע מי מבין הניזקים קודם לחברו.

הביאור המוצע לשיטת ר' מאיר מופיע בירושלמי, בצלע השנייה שבדברי ר' ינאי (פ"ד ה"א, ד ע"א): "אמ' ר' ינאי בא עליו ר' מאיר משני צדדין מה נפשך שלך הוא תניהו לו אינו שלך תניהו לי שאגבנו", והיינו: הניזק המאוחר דורש מקודמו את התשלום על הנזק. לטענתו, אף אם השור המזיק אינו של הניזק הראשון, וניזק זה איננו אחראי לנזק, הניזק המאוחר קודם לו, וגובה ממנו את נזקו. אולם כיצד ניתן לבאר קדימות זו?

את הטעם להעדפתו של הניזק האחרון ניתן לבסס על סוגיית הבבלי בדף לג ע"ב. הסוגייה דנה בקדימותו של ניזק על פני בעל חוב לגבייה משור תם, אף אם בעל החוב קדם בזמן, ומבארת את טעם הדבר (לד ע"א): "דא"ל אילו גבך הוה לא מינך הוה גבי ליה,"<sup>22</sup> דהאי תורא דאזקן מיניה משתלמנא.<sup>23</sup> ראשונים רבים מכירים בכך, שטעם זה נאמר לשיטת ר' ישמעאל, על אף שגם הניזק "בעל חוב הוא", ובכך אין הוא שונה מבעל החוב, ובכל זאת קודם לו בגביית השור.<sup>24</sup> ובדומה לכך בענייננו, ר' ישמעאל עשוי להכיר בקדימותו של הניזק האחרון

<sup>22</sup> כפירוש הרשב"א (עמ' קפא): "כלום אתה בא אלא מחמת קדימתך, אפילו קדמת וגבית קודם שיוזק ממך הוה גבינא". ראו בהערה הבאה דיון בפרשנויות השונות בראשונים לסברא זו, התלויות בעיקר בחלקה השני ("דהאי תורא...").

<sup>23</sup> החלק השני של הסברא, "דהאי תורא דאזקן מיניה משתלמנא", חסר בכתב יד המבורג, וכן לא נקטוהו כמה מן הראשונים, ראו למשל רשב"א וראב"ד לסוגייתנו. רש"י מזכיר זאת בפירושו לדף לו ע"א ("דהתם הוא דאמר ליה ניזק לבעל חוב מהאי תורא דאזקן מיניה משתלמנא ובעל חוב לא מצי למימר ליה הכי"), וכן מביא זאת הרשב"א בשם רש"י שם (עמ' קצז ד"ה ראשון). ייתכן אף, ששאלת הגרסה כאן עומדת ביסוד ההבדל בין רש"י לראב"ד בפירוש טעם העדפתו של הניזק (ראב"ד לסוגיית לד ע"א, עמ' עט: "אלו תפסתי קודם נגיחה לאו מינך הוא גבינא ליה דעלך רמיא מילתא לנטוריה... ואת לא קא אתית לה אלא מכח תפיסתך", לעומת רש"י, המדגיש את זיקתו של הניזק לשור, כמצוטט לעיל. ראו גם רשב"א, לד ע"א, הדן במחלוקתם ומקשה על פירוש רש"י). בראשונים מצאנו גם גרסאות ביניים, ראו למשל הגרסא המובאת בשטמ"ק בשם תוס' רבנו פרץ (שטמ"ק, לד ע"א, עמ' 152), ובדומה לכך במאירי (בפירושו למשנת שור שנגח, עמ' 117), וכן ראו נוסח הרמ"ה (מובא ברא"ה, שטמ"ק שם), לפיו הקטע מופיע בלא החלק הראשון ("אילו גבך"): "משום דאמר ליה נהי דאת קדמת האי תורא דאזקן מיניה משתלמנא". ייתכן, ששני חלקי המשפט מורכבים משתי מסורות נפרדות, שעמדו עוד לפני הראשונים. רש"י גרס את החלק הראשון, אך שילב את החלק השני בפירושו לדף לו ע"א (על תופעה זו ראו נעם, מסורות נוסח, ובעיקר דבריה בעמ' 116: "הדיו העמומים של נוסח שנשתכח עשויים להשמע מתוך מסורת פירוש המוסיפה להימסר מדור לדור. יש אשר קיבל רש"י מסורת פירוש מקורית, אלא שהלשון שעליה נתהוותה נעלמה ממנו..."). בשלב מאוחר יותר, ייתכן בהשפעת פירוש רש"י, שולבו שתי הנוסחאות יחד, כפי שהיה כבר לפני חלק מהראשונים (ראו אור זרוע, ח"ג, פסקי ב"ק, קע), וכפי שמצוי כעת במרבית כתבי היד שלפנינו: כת"י פירנצה, כת"י מינכן, כת"י אסקוריאל, כת"י וטיקין ובדפוסים (בכך שונה תופעה זו מהדוגמאות הנדונות על ידי ורד נעם, שם. נעם עוסקת במקרים בהם המסורות השונות, כולל אלו שהועברו כמסורת פירוש, הביאו את רש"י להגהה בנוסח התלמוד. ברם, במקרה שלפנינו רש"י שילב את המסורת השנייה בפירושו בלא הגהה, ואילו שינוי הנוסח ארע, כנראה, מאוחר יותר).

<sup>24</sup> כך משמע ממהלך הסוגייה בדף לג ע"ב, ובעיקר מהדיון ב"המזיק שעבודו של חבירו" (ר"ח; רמב"ן [מלחמת ה', יז ע"ב בדפי הרי"ף, ובחידושי ליבמות, מו ע"א]; רשב"א; ראב"ד; מאירי וראשונים נוספים). יש להעיר בקצרה, כי הסוגייה כשלעצמה עושה צריכה תלמוד, שכן נראה כי היא נוקטת מחד כר' ישמעאל ומאידך כר' עקיבא. בכך עסקו הראשונים, ויש מהם שהעמידוה גם אליבא דר' עקיבא (ראו תוספות רבנו פרץ, עמ' קטז, ותוס' תלמיד ר"י בשטמ"ק, בניגוד לתוס' לפנינו, על פי ד"ה הקדישו, לג ע"א, וכן פרשו המהרש"א על אתר והמהרש"ל, ים של שלמה, פרק ג סימן כח). דיון נרחב בכך חורג מהמסגרת הנוכחית, ואין כאן מקומו. נסתפק

על פני הניזק הראשון מכוח הטענה המצוטטת. הראשונים חילקו אומנם בדרך כלל בין סברא זו לבין סוגייתנו, וסברו, כי בשני ניזקים, בניגוד לניזק ובעל חוב, אין יתרון לאחד על פני השני, ועל כן "ראשון ראשון נשכר מבעי ליה", כדברי הבבלי, בהם נדון להלן.<sup>25</sup> אולם ניתן להסתמך על הסוגייה ההיא גם לעניין עדיפותו של הניזק האחרון על פני חברו הקודם לו, ולא רק כלפי בעל חוב. הטעם לכך הוא משום שגוף השור משתעבד לגביית הניזק, ואף אם הניזק הראשון קדם בזמן, הרי הנזק המאוחר משעבדו לניזק האחרון.<sup>26</sup> שעבוד זה הוא מיידי וטכני, "אוטומטי" אפשר לומר, ונובע מהלכת התשלום הייחודית של שור תם, המשלם מגופו. כניסוחו של בעל ההפלאה (לד ע"א, עמ' 24): "דבשור תם הטילה התורה על השור החיוב יהיה במקום שיהיה". מובן זה עומד מאחורי המלה "נשכר" שבדברי ר' מאיר, שמשמעה רוחו של הניזק האחרון לעומת השווים לו.<sup>27</sup>

גם בין הפרשנים מצאנו מי שנקטו בדרך זו, היינו: ביסוס שיטת ר' מאיר במשנה על סמך הסברא שבסוגיית לד ע"א. כך נקט בפשטות בעל המאור, שאף מרחיק לכת, ומשלב זאת בפרשנות סוגיית הבבלי, תוך יצירת חידוש הלכתי משמעותי. הבבלי, אותו נצטט להלן, מניח, כי יש להעדיף את הניזק הראשון ("ראשון ראשון נשכר מבעי ליה"), אך בעל המאור מצמצם הנחה זו מכוח הסברא שהעלנו: "ראשון ראשון נשכר פי' משאר נכסין... דמגופו ליכא למימר הכי משום דא"ל סוף סוף אילו גבך הוה לאו מינך הוה גבינא ליה".<sup>28</sup> בביאור שיטת ר' מאיר נקט בדומה לדברינו גם ר"י לוי בפירושו לירושלמי.<sup>29</sup>

---

לענייננו בכך, שיש חבל ראשונים, המעמיד את הסוגייה שם כר' ישמעאל (או: גם כר' ישמעאל). שיטה זו מובילה למסקנתנו, לפיה "אחרון אחרון נשכר" שבדברי ר' מאיר הוא כשיטת ר' ישמעאל, ראו בהרחבה בפנים.

<sup>25</sup> ראו רש"י בסוגייתנו ד"ה "ראשון", תוס' לד ע"א ד"ה "אילו", ראב"ד, רשב"א ועוד.  
<sup>26</sup> מגמה זו מתאימה יותר לפירוש רש"י ל"אילו גבך...". פירוש זה מדגיש את מעמדו של הניזק בגבייה מהשור המזיק, ועל כן יש מקום לומר שמעמד מועדף זה מוקנה לניזק האחרון, ומכאן יתרונו על פני קודמו (רש"י עצמו, על כל פנים, מחלק בין סוגייתנו לסברא שברך לד ע"א, כאמור בהערה הקודמת). הדברים אינם מתיישבים עם דרכו של הראב"ד, הממקד את הטעון בחולשתו של בעל חוב ביחס לניזק (ראו לעיל, הערה 23).

<sup>27</sup> ראו למשל משנה כתובות, פ"י מ"ה. אוקימתת הבבלי (להלן בפנים), איננה מתיישבת עם לשון זו, ראו תוס', לו ע"ב, ד"ה אם. תירוצ' התוס' קשה, שכן קשה לומר כאן "נשכר", בפרט לאור הפסדו של הניזק האחרון באחדים מן המקרים, וראו פני יהושע על אתר (עמ' נח).

<sup>28</sup> יז ע"ב בדפי הרי"ף. בעל המאור מעמיד את קושיית הבבלי: "ראשון ראשון נשכר" כמתייחסת לגבייה משאר נכסים (ואפילו בשור תם!), אך הגבייה מגוף השור ניתנת בכל מקרה לניזק האחרון. שיטתו המחודשת והרחוקה בקושייה זו נובעת מקבלת הסברא הנדונה, כפי שמציין בדבריו וכפי שהעיר הרמב"ן במלחמות על אתר. בניגוד ליתר הראשונים, בעל המאור איננו מחלק בין סוגייתנו לסברא שבסוגיית ההיא, וזו אחת מתשובות הרמב"ן לפירושו (בקטע: "והקושיא שהקשה היכי אמרי' הכא ראשון ראשון נשכר").

<sup>29</sup> ר"י לוי, עמ' קא (נ') שדעת ר' מאיר היא ששמירת השור מוטלת בראשונה על הבעלים..., ובהמשך דבריו משתמש בסברת "האי תורא דאזקן", אך הוא משלב גם אחריות המוטלת על הניזק הראשון, שהיא מחייבתו כלפי האחרון ("כל שיש לו בו חלק הוא חייב בשמירתו ובתשלומי חצי נזקו אלא שהחייב מוטל בראשונה על הבעלים"). לפי דברינו, אין בכך צורך, משום שהסברא הנזכרת מעדיפה את האחרון גם בלא אחריותו של הניזק הראשון (כמשמעה גם מבעל המאור).

התלמוד הבבלי מקשר אף הוא בין מחלוקת התנאים במשנתנו למחלוקתם של ר' עקיבא ור' ישמעאל.<sup>30</sup> ביחס לר' שמעון הדברים זהים לאמור בדברינו לעיל ("אי הכי אימא סיפא ר' שמעון אומר... אתאן לר' עקיבא", לו ע"ב). אולם ביחס לר' מאיר הבבלי מתקשה בזיהוי זה, ונזקק להעמיד אוקימתא כדי לבארו (שם ע"א – ע"ב):

אי כר' ישמעאל דאמר בעלי חובות ניהו, האי אחרון אחרון נשכר, ראשון ראשון נשכר מבעי ליה... אמר רבא: לעולם כר' ישמעאל דאמר בעלי חובות ניהו, ודקשיא לך אחרון אחרון נשכר ראשון ראשון נשכר מבעי ליה, הב"ע כגון שתפסו ניזק לגבות הימנו, ונעשה עליו כשומר שכר לנזקין.<sup>31</sup>

הבבלי סבור אם כן, שיש זיקה בין ר' מאיר לר' ישמעאל, אך לשיטתו צריכים הניזקים הראשונים להיות קודמים לבאים אחריהם, ובשל כך הוא נזקק לאוקימתא בפירוש דברי ר' מאיר במשנה. הסברא שבכך היא כסברת הראשונים שנזכרו לעיל בסוגיית לד ע"א,<sup>32</sup> אולם כפי שהצגנו שם, יש מקום גם לסברא שונה, אשר מבארת את שיטת ר' מאיר במשנה בצורה פשוטה, ולפיה ר' מאיר נקט כשיטת ר' ישמעאל, המטילה אחריות על המזיק, אך מבין הניזקים השונים הדין הוא "אחרון אחרון נשכר".

ביחס לסוגיית הבבלי יש להעיר עוד, כי האוקימתא בשיטת ר' מאיר מקורה במסורת ארץ ישראלית, שחלו בה מספר שינויים. ניתוח השתלשלותה של סוגיית הבבלי ומקבילתה הירושלמית חורג ממחלכו הרציף של דיוננו, וניגע בכך לפיכך בנספח לפרק זה. נפנה כאן רק למסקנתו העיקרית של ניתוח זה, והיא כי מטרתה של האוקימתא שבבבלי היא מיזוג שתי מסורות פרשניות ביחס לשיטת ר' מאיר זו עם זו, כאשר אחת מהמסורות הפרשניות הללו זיהתה בין שיטת ר' מאיר לשיטת ר' ישמעאל. כדרכו של הבבלי, הדברים מוצגים כהתפתחות דיאלקטית, מגישה אחת לחברתה, אולם למעשה עיקר תפקידה של הקושייה: "ראשון ראשון נשכר מבעי ליה" הוא ספרותי, ככלי לשילובן של שתי המסורות תחת מסגרת סוגייתית אחת.

<sup>30</sup> קישור זה מוצג אומנם כחלק מרובד סתמאי של הסוגייה, אולם יש מקום לייחס אותו לאמוראים – רבא (ראו ציטוט דבריו להלן בפנים) או שמואל (המעמיד: "רישא ר' ישמעאל וסיפא ר' עקיבא"). הדברים תלויים בנוסחאות שונות של הסוגייה וכן במקבילות לדברי שמואל בסוגיות אחרות. בעניין זה נדון בהרחבה בנספח לפרק זה.

<sup>31</sup> בכמה עדי נוסח חשובים האוקימתא: "כגון שתפסו ניזק" מובאת בשם "אמרי". כך בכת"י מינכן: "אמ' רבא לעולם כר' ישמעאל דאמ' בעלי חובות ניהו אי הכי ראשון ראשון נשכר מבעי ליה אמרי הכא במאי עסקינן כגון שתפסו ניזק לגבות ממנו ונעשה עליו שומר שכר לנזקין". מעין זה גם בכתב יד אסקוריאל: "אמ' רבא לעולם כר' ישמעאל ודקא קשיא לך ראשון ראשון נשכר מבעי ליה אמרי הכא במאי עסקינן..." ובדומה לו בכת"י וטיקן. משמעות הדברים היא שמימרת רבא יכולה להצטמצם להעמדת ר' מאיר כר' ישמעאל בלבד ("לעולם כר' ישמעאל"), ללא האוקימתא "כגון שתפסו ניזק". לכך השלכה לדיון בהשתלשלות סוגיית הבבלי, ראו בנספח לפרק זה.

<sup>32</sup> ראו לעיל, סמוך להערה 25.

לסיכומו של דבר, שיטת ר' מאיר, תלמידו של ר' ישמעאל טרם לימודו לפני ר' עקיבא,<sup>33</sup> ממשיכה את דרכו של ר' ישמעאל. לפי שיטה זו, ישנה אחריות לבעל השור המזיק לנזקי שורו, ומוטלת עליו חובת תשלום של חצי נזק. ר' מאיר דן ביישומה של שיטה זו במקרה בו מתחרים על התשלום מספר ניזקים, וכאן הוא מעדיף את האחרון על פני הראשונים. התלמוד הבבלי התקשה בשאלת העדפת הניזק האחרון על פני הראשון, ובשל כך נזקק לאוקימתא בדברי ר' מאיר: "כגון שתפסו ניזק לגבות הימנו". גם לפי הבבלי, נשמר הזיהוי בין שיטת ר' מאיר לבין שיטת ר' ישמעאל.

על ר' מאיר חולק בסוגייתנו ר' שמעון, הממשיך בכך את שיטת ר' עקיבא. תלמיד נוסף של ר' עקיבא, ר' יהודה, נקט אף הוא בשיטה זו, כפי שנראה בסעיף הבא.

### ב.3. מחלוקת התנאים בדין חובת השמירה של שור תם

הסוגייה הבאה עוסקת בחובת השמירה של שור תם ושור מועד. נחלקו בכך התנאים, וכפי שנראה, אף מאחורי מחלוקת זו עומד המתח בעניינו של שור תם. מסורות שונות מלמדות על מחלוקת זו. במכילתא דרי"ש מובאים הדברים כדלקמן:

ולא ישמרנו, כראוי לו, מכאן אמרו, שמרו כראוי פטור, שלא כראוי חייב; קשרו במוסרה ויצא והזיק, תם פטור ומועד חייב שנ' ולא ישמרנו בעליו, ולא שמור הוא זה,<sup>34</sup> דברי רבי מאיר. רבי יהודה אומר, תם חייב ומועד פטור שנאמר ולא ישמרנו בעליו, ושמור הוא זה. רבי אליעזר אומר אין לו שמירה אלא סכין. רבי אליעזר בן יעקב פוטר בזה ובזה. (מכילתא דר' ישמעאל, מסכתא דנזיקין, פרשה י, עמ' 284)

כעין מסורת זו גם בתוספתא (פ"ה ה"ז, עמ' 19), וביחס לשור תם היתה זו כנראה גם מסורתו של ר' אלעזר בירושלמי (פ"ד ה"י, ד ע"ג): "אמ' ר' לעזר. דברי ר' מאיר. שמירת נזקין כשמירת שומר חנם. דברי ר' יודן.

<sup>33</sup> עירובין, יג ע"א.

<sup>34</sup> בכתבי היר וטיקן 299, אוקספורד 151 ומינכן 117 של המכילתא: "לא שמרו זה".

שמירת נזקין כשומר שכר".<sup>35</sup> מסורת אחרת משתקפת במשנה, במכילתא דרשב"י ובבבלי. המשנה שלפנינו, לפי זרם מרכזי בין עדי הנוסח, שונה (פ"ד מ"י [מ"ט]):<sup>36</sup>

קשרו בעליו במוסירה ונעל בפניו כראוי<sup>37</sup> ויצא והזיק חייב. ר' יהודה אומ' תם חייב ומועד פטור שנ' לא ישמרנו בעליו, שמור הוא זה. ר' אליעזר אמ' אין לו שמירה אלא סכין.<sup>38</sup>

בר פלוגתו של ר' יהודה כאן, שבבבלי ובמקצת נוסחאות המשנה מזוהה מפורשות עם ר' מאיר,<sup>39</sup> איננו מחלק בין תם למועד, ומסתבר שמחייב בכל מקרה.<sup>40</sup> כך, על כל פנים, סבורה סוגיית הבבלי על המשנה (מה ע"ב), וכן מפורש בחלק מנוסחאות המשנה שלפנינו: "אחד תם ואחד מועד חייב".<sup>41</sup> למסורת זו מתאימה גם המכילתא דרשב"י (כא כט, עמ' 180).<sup>42</sup>

<sup>35</sup> היינו: רמת השמירה הנדרשת לפי ר' מאיר היא כרמת שמירה של שומר חנם, ואילו לפי ר' יהודה נדרשת רמת שמירה של שומר שכר. מכאן: קשר שור תם במוסרה, לפי ר' מאיר פטור, ולפי ר' יהודה חייב. כפירוש זה, ובפרט יחסו למכילתא דרי"ש, ראו ר"י לוי, עמ' קכט. אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 717, מפנה למימרא השנייה של ר' אליעזר בירושלמי: "דברי ר' מאיר מסר שור (בכת"י אסקוריאלי נוסף: תם) לשומר חנם ויצא והזיק פטור... לשומר שכר יצא והזיק חייב וכו'" ומסתמך על פירושו של ר"י לוי למימרא. במימרא זו יש כמה חילופי נוסח והגהות המפרשים (ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 15 ועמ' 116; ר"י לוי, שם, המגיה בצורה נרחבת עוד יותר), ומכל מקום אין ממנה הוכחה חד משמעית לענייננו – המימרא עוסקת בדינו של השומר, ולא בדינו הכללי של השור, ופטור שומר החנם אפשרי גם אם הבעלים חייבים (השוו בבלי, מה ע"ב: "ואי דלא קביל עליה שמירת נזקיו אפילו הזיק נמי ליפטור"). תמוה, לפיכך, מדוע בחר אפשטיין להוכיח את דבריו דווקא מימרא זו, ולא מקודמתה, הברורה יותר.

<sup>36</sup> הציטוט הוא על פי כתב יד קויפמן, וכן הוא בכתב יד פרמה, במשנת כתב יד לידן של הירושלמי, בכתב יד פרמה "ג" (דה רוסי 984) ובקטע גניזה של המשנה, אוקספורד 2666.

<sup>37</sup> שתי הדוגמאות הללו, קשרו במוסרה ונעל כראוי, לפי ג'קסון, הן פרשנותה של המשנה ל"ולא ישמרנו", וזאת בהשפעת פילון, ראו ג'קסון, מחקרים, עמ' 123 (אך במכילתא דר' ישמעאל, המצוטטת לעיל, הדיון הוא רק בקריטריון אחד – "קשרו במוסרה").

<sup>38</sup> ר' אליעזר הוא כעמדה העולה מנוסח השבעים: "ולא ישמידנו" (לינושטם, שור נגח, עמ' 603). לדיון בשיטות התנאים ובזיקתן לכתוב ראו גם ג'קסון, מחקרים, עמ' 125 – 126.

<sup>39</sup> ראו להלן, הערה 41. ייחוס השיטה לר' מאיר מתבקש (וכך אף נקטנו בפנים), שכן קשה להניח שמדובר במשנה במסורת נפרדת לחלוטין, המייצגת שיטה תנאית רביעית. נראה יותר שיש כאן מסורת שונה של שיטת ר' מאיר עצמו, אשר נפרדה מחברתה, זו שבמכילתא דר' ישמעאל, בתהליך שגרתי, שכמותו מצוי בכל ספרות חז"ל. לדיון בתהליך התפצלות המסורות במקרה דנן ראו להלן, הערה 42.

<sup>40</sup> גולדברג, תוספתא, עמ' 111.

<sup>41</sup> כת"י הוצאת לו וכת"י פריס. כך גם במשניות שבכתבי היד של הבבלי (כתבי היד אסקוריאלי, המבורג, וטיקן, מינכן ופירנצה, וכן הוא נוסח הדפוס), ושם נוסף: "דברי רבי מאיר", ככל הנראה בהשפעת הסוגייה התלמודית והמקורות התנאיים המקבילים (אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1155. התוספת "אחד תם ואחד מועד חייב" מופיעה גם בקטע גניזה של משנת הבבלי, אוקספורד 2666).

<sup>42</sup> על חילופי המסורות הללו ראו אפשטיין, מלנה"מ, כרך ב, עמ' 716 – 717, 737; ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 47. חוקרים אלו ואחרים (ר' ישראל לוי, עמ' קכט, וכן ראו הערת המהדיר למכילתא דרי"ש, שם) סבורים, שנוסח ארץ ישראל של המשנה היה כפי ששנוי במכילתא דרי"ש וכדברי ר' אליעזר, ויש כאן דוגמא לחילוף במשנה בין ארץ ישראל לבבל (אך אין הדברים מוכרעים, שכן ייתכן שר' אליעזר נקט כמסורת המכילתא ובניגוד למשנה. בפרט תומכת בכך העובדה, שאף עדי הנוסח המשקפים מסורת ארץ ישראלית של המשנה, בכתב יד קויפמן, נוטים לשיטת הבבלי, כמוכא בפנים). ראו גם הלבני, בבא קמא, עמ' קעט, וגולדברג, תוספתא, עמ' 110 – 111, הרואים בנוסח הקצר (כת"י קויפמן ועוד) את הנוסח המקורי, ממנו התפתחו שני הנוסחים האחרים, זה שבפני התלמוד הבבלי וזה שבפני המכילתא דרי"ש והתוספתא (אף כי גולדברג מכיר בכך, שכת"י קויפמן מתפרש בפשטות כשיטת הבבלי).



לפי דברינו לעיל, שיטת ר' מאיר ביחס לתשלום שור תם נובעת מהטלת אחריות על המזיק. אולם במקרה דנן בעל השור שמר את שורו, ועל כן יש לבחון את מידת אחריותו לנזק. בכך נחלקו המסורות. לפי מסורת המשנה, אף כאשר "קשרו בעליו במוסירה ונעל בפניו כראוי" חייב. שיטה זו יכולה להתבסס על מגמה להחמיר עם המזיק, מעין אחריות מוגברת, המתבטאת בחובת הזהירות המוגדלת ובחובת התשלום הרחבה יחסית בגין מקרה נזק, ייתכן בשל פוטנציאל הנזק הטמון בשור.<sup>43</sup> לפי מסורת המכילתא דר' ישמעאל, אין כאן הטלת אחריות מוגברת, אלא מערכת של איזונים: חובת הזהירות המוטלת על בעל שור תם, לפי ר' מאיר, מצומצמת (ל"קשרו במוסרה"). כאשר הוא מקיימה, הרי הוא פטור, ובכך עוסקת המכילתא דר' ישמעאל הנדונה כאן. אך כאשר המזיק מפר חובה מינימלית זו, הרי שלא עשה דבר לשמור את שורו, ומוטלת עליו האחריות לנזק, הגוררת חובת תשלום של חצי נזק. בשור מועד שקשרו במוסרה, לעומת שור תם, לפי שתי המסורות הללו ר' מאיר מחייב.<sup>44</sup> כלשונה של המכילתא דר' ישמעאל, הדרישה היא לשמירה "כראוי לו", אך קשירה במוסרה "לא שמור הוא זה", ובעל השור חייב.<sup>45</sup>

שיטת ר' יהודה מוקשית מאוד מן הסברא: הרי קשירה במוסרה היא שמירה כראוי ("ושמור הוא זה")<sup>46</sup>, ואפילו שור מועד פטור, ומדוע שור תם חייב? הלא אין זה מסתבר, ששור מועד יחשב שמור, ובעליו יקיים במקרה זה את חובת השמירה המוטלת עליו, ואילו שור תם לא!<sup>47</sup> ר' אלעזר בירושלמי, הנזכר לעיל, העמיד את שיטת ר' יהודה כמבוססת על חובת שמירה מוגברת: "דברי ר' יודן שמירת נזקין כשומר שכר". לשיטתו, בעל השור חייב משום שעליו לעמוד בקריטריונים נוקשים יותר של שמירת השור, לעומת ר' מאיר הסבור: "שמירת

<sup>43</sup> כתפיסה זו ראו ברכות לג ע"א (וכן פסחים ק"ב ע"ב): "תנא משמיה דרבי מאיר: ריש תורא בדיקולא (רש"י, פסחים: רבותא היא אפילו כשראש השור בתוך הסל שהוא אוכל בו וטרוד באכילתו) – סק לאיגרא, ושדי דרגא מתותך (רש"י, ברכות: לאו דווקא אלא כלומר הזהר ממנו הרבה)", דהיינו: לשור יש פוטנציאל נזק רב, ומכאן החובות הרחבות המוטלות על בעליו (ראו אלבק, נזיקין, עמ' 118).

<sup>44</sup> ישנן שיטות אמוראיות הסבורות שר' מאיר מרחיב את חובת השמירה המוגברת הזו גם לנזקים אחרים. בשל כך, מפרשים אמוראים אלו את המשנה בראש פרק שיש (ה"כונס צאן לדיר ונעל בפניה כראוי ויצאה והזיקה פטור") כשיטת ר' יהודה. שיטה זו מובאת בבבלי (נה ע"ב) בשם ר' מני בר פטיש, ובירושלמי (פ"ו ה"א, ה ע"ב) סבורים כך ר' לא בשם ר' ינאי וריש לקיש.

<sup>45</sup> לפי מסורת המכילתא דר' ישמעאל, דרישת השמירה היא יחסית. קשירה במוסרה ראויה לשור תם ואיננה ראויה לשור מועד, ועל כן תם פטור ומועד חייב. המסורת השנייה איננה מפרשת את טעמו של ר' מאיר, אלא את טעמו של ר' יהודה: "ושמור הוא זה". מכאן, שלר' מאיר קשירה במוסרה איננה נחשבת כשימור ועל כן חייב, וזאת בין בתם ובין במועד. לדעת ג'קסון (ג'קסון, אחריות, עמ' 37 – 42), ר' מאיר מטיל אחריות מוחלטת על שור מועד: פירוש הכתוב "ולא ישמרנו" לשיטתו הוא "had not been kept in", כך שבכל מקרה שהשור משתחרר מכבליו בעליו חייב. על דברי ג'קסון יש להוסיף, לאור המכילתא המצוטטת בפנים, כי ביחס לשור תם, בניגוד לשור מועד, ר' מאיר נוקט בשיקולי רשלנות, ועל כן כשקשרו במוסרה, לפי שיטה זו, פטור.

<sup>46</sup> ר' יהודה נוקט כאן ביחס לשור מועד במשטר של רשלנות, בניגוד לר' מאיר (לעיל, הערה 45), ובשל כך פוטר כשהשמירה היתה כראוי. פירושו לכתוב "ולא ישמרנו" הוא "and did not guard it" (ג'קסון, אחריות, עמ' 42).

<sup>47</sup> טעם לכך מוצע במאירי (עמ' 138): "וראה לי הטעם הואיל וקול יש לו אף הבריות ראיות להשמר ממנו". על הקשיים בפירוש זה ראו אלבק, פירושים, עמ' 18 הערה 1. הקושי המרכזי: מדוע נטיל את תוצאות העדאתו של השור על הבריות, ולא על בעל השור. בדברינו בפנים הלכנו בדרך שונה מפרשנות זו.

נזקין כשמירת שומר חנם". הקושייה לפי זה מקבלת משנה תוקף: מדוע פטור במקרה זה בעל השור המועד? ר' אלעזר איננו דן בקשיים אלו,<sup>48</sup> אך בבבלי מצאנו שני סוגי התמודדות. האחת, באמצעות אוקימתא, ומקורה בדברי רב אדא בר אהבה (מה ע"ב): "לא פטר ר"י אלא צד העדאה שבו, אבל צד תמות במקומה עומדת", כלומר: ר' יהודה איננו פוטר מועד, אלא רק מחצי הנזק הנוסף, אך על חצי הנזק הראשון חייב. אין בשור מועד פטור גורף, היוצר את המצב המתואר, אלא פטור חלקי מתוספת התשלום, אך על הבסיס מתחייב בכל מקרה.<sup>49</sup> ברם, לאוקימתא זו אין בסיס מפורש בדברי ר' יהודה. התמודדות אחרת היא של סוגיית הבבלי, המבארת את השיטות השונות באמצעות לימודים מהכתוב, ונראה שאיננה מוטרדת מן הקושי שבסברא:

מאי טעמא דר"מ? קסבר: סתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימי, ואמר רחמנא... ויליף נגיחה לתם נגיחה למועד. ר"י סבר: סתם שוורים בחזקת שימור קיימי, אמר רחמנא: תם נשלם, דניבעי ליה שמירה מעולה, הדר אמר רחמנא ולא ישמרנו גבי מועד, דנעביד ליה שמירה מעולה, הוי ריבוי אחר ריבוי, ואין ריבוי אחר ריבוי אלא למעט, מיעט הכתוב לשמירה מעולה. (מה ע"ב)<sup>50</sup>

בדרך זו מבאר הבבלי גם את שיטת ר' אליעזר בן יעקב, הסבור שבין תם ובין מועד פטורים: "סבר לה כר"י דאמר מועד בשמירה פחותה סגי ליה ויליף נגיחה לתם ונגיחה למועד".

דרך זו מבארת אומנם את מקור החיוב, אך בהנחה שיש טעם מאחורי החיוב, כפי שכנראה סבר רב אדא בר אהבה,<sup>51</sup> אין היא פותרת את השאלה. יתרה מכך, אף רמות השמירה השונות, המשמשות בסיס ללימודים מן

<sup>48</sup> יתכן שסבר כרב אדא בר אהבה או כסתם התלמוד הבבלי, להלן. המימרות הסמוכות למימרא המובאת קשות לבאור, אך דומה כי הן ממשיכות את המגמה הנזכרת בפנים. ראו פירושו של ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 116; הנשקה, משנה ראשונה, עמ' 42 הערה 164. <sup>49</sup> על המניע של רב אדא בר אהבה עמדו התוספות (ד"ה לא): "מסברא אומר כן, דאטו משום שנעשה מועד גרע ויפטר אפילו מח"נ בשמירה פחותה?!" אומנם, אין בדברים אלו פתרון מלא לקושייה, שכן אין זה ברור מדוע שמירה כראוי איננה מספיקה לשור תם. הדברים להלן בפנים מיישבים תמיהה זו גם אליבא דר' אדא בר אהבה.

<sup>50</sup> וכן בדף צט ע"ב ביחס למחלוקת התנאים שכאן: "התם בקראי פליגי", וברוח זו פירש רש"י: "וגזירת הכתוב הוא". ראו לעומת זאת אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 737, הסבור שהסוגייה בדף צט ע"ב מתייחסת ל"פירוש הכתוב", והיינו כבמכילתא: האם "שמור הוא זה" או "לא שמור הוא זה" ולא ללימוד מגזרה שווה שבסוגייה בדף מה ע"ב. אינני סבור כמסקנתו של אפשטיין. ראשית, מדוע הלימוד מגזרה שווה, המוצע בסוגייתנו, איננו כלול במה שמגדיר אפשטיין "פירוש הכתוב", הרי אין מדובר כאן בפרשנות הגיונית, אותה מייצג "פירוש הכתוב", אל מול פרשנות פורמליסטית (אף אם נכנה כך לימוד מגזרה שווה, כפי שאולי נתפס הדבר בזמן התלמוד, ראו גילת, פרקים, עמ' 365 – 373). "בקראי פליגי" מוזכר כניגוד ל"סברא" (כנאמר במפורש בדוגמא המובאת על ידי אפשטיין מפסחים מט ע"ב, וכן בתמורה ו ע"ב, וכן כנראה משמעות הדברים בדף צט ע"ב), ומסתבר שגם גזרה שווה כלול בכך. שנית, הלימוד מגזרה שווה הוא רק חלק ממערכת הלימודים שבסוגיית מה ע"ב. שיטת ר' יהודה מבוססת על "אין ריבוי אחר ריבוי אלא למעט", ולימוד מריבוי כלול ב"בקראי פליגי" (בכורות, לג ע"ב). מתקבל על הדעת יותר, שהסוגייה בדף צט ע"ב מתייחסת לסוגייתנו, ולא לסברות המופיעות במכילתא דר' ישמעאל. אדרבה, באמצעות הסברות הללו, כפי שיבואר בהמשך, ניתן היה להתאים בין דינו של ר' מאיר כאן לדינו של שמואל: "טבח אומן שקלקל" (צט ע"ב), התאמה שהסוגייה מפריכה באמצעות הטיעון "בקראי פליגי", המבוסס על מסקנת סוגייתנו. <sup>51</sup> כנזכר לעיל, הערה 49. על מגמת סתם התלמוד ראו להלן.

הכתוב, הן פיתוח מאוחר, ואין להן מקום במקורות התנאיים שלפנינו.<sup>52</sup> דינו של ר' יהודה, לפיכך, עומד כנראה על יסוד אחר.

הצעתנו היא לקשור בין שיטת ר' יהודה במחלוקת זו לתפיסת ר' עקיבא ובית מדרשו בדין שור תם. ר' יהודה סבור כר' עקיבא, שהחובה המוטלת על בעל השור התם איננה נובעת מהטלת אחריות, אלא מהשתתפות של המזיק והניזק בתוצאות הנזק. בשל כך, אין משמעות כאן לחובת השמירה, היינו: בכל מקרה לא מוטלת אחריות על בעל השור, משום שלא היה עליו לצפות נזק זה, אך התורה קבעה שהמזיק והניזק ישאו יחד בתוצאות הארוע. בשל כך, אף אם שמר בעל השור את שורו כראוי הדין יהיה זהה: השניים יחלקו ביניהם את תוצאות הנזק.<sup>53</sup> לגבי שור מועד משתנים הדברים, וכאן הגורם המכריע הוא הטלת אחריות. על כן, כשלא שמר כראוי חייב בנזק שלם, אולם כאשר שמר כראוי לא מוטלת עליו אחריות, ופטור לגמרי.<sup>54</sup> ואכן, הטעם המובא במקורות התנאיים בדברי ר' יהודה מבאר אך ורק את הפטור של שור מועד ("שמור הוא זה"), ואיננו מבאר את החיוב שבשור תם, ואדרבה, נראה כנוגד אותו. זהו, אם כן, המפתח לפתרון התעלומה שלפנינו: מדובר בשתי הלכות הנובעות מתחומים משפטיים נפרדים וממטרות נבדלות, ועל כן מוליכות לתוצאות מנוגדות.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> המקורות התנאיים מבחינים רק בין שמירה כראוי לשלא כראוי (במשנתנו [אף כי "ונעל בפניו כראוי" איננו בכל הנוסחאות, ראו אפשטיין, מלנח"מ, עמ' 716; הלבני, בבא קמא, עמ' קעט], בפרק ה' מ"ו ובראש פרק שיש), ומשתמע מהן שר' יהודה מחייב בכל מקרה (ואפילו "שמירה מעולה", כלשון הסוגייה, כלולה ב"ונעל בפניו כראוי"). הבבלי, לעומת זאת, יוצר הבחנה ברמות השמירה: "שמירה פחותה" מול "שמירה מעולה", כשהבחנה זו עומדת בבסיס הלימודים שלפנינו. על רמות השמירה השונות ומקורן ראו גם להלן, הערה 61. לפי דברינו, אגב, גם ר' מאיר במקורם של דברים מחייב שור מועד בכל מקרה, ואיננו מכיר ב"שמירה מעולה", וראו הסברו של ג'קסון, לעיל הערה 45.

<sup>53</sup> ר' יהודה, כאמור בהערה הקודמת, מחייב בכל מקרה ששמרו כראוי. בהתאם למונחים ששימשו אותנו בפרק הקודם (ראו פרק א, הערה 5), מוטלת על המזיק אחריות מוחלטת (strict liability), אך כמובן ללא אשמה (responsibility). על פי הבבלי, מאידך, בשמירה מעולה אף ר' יהודה פוטר שור תם. בכך חוזר ר' יהודה להיות נתון תחת שיקולים של רשלנות, והקושי שב ומתעורר. על ההשלכות שיש לכך נדון בסעיף הבא.

<sup>54</sup> להבהרה: ההשתתפות בנזק ייחודית לשור תם – אין כאן, כאמור, חיוב תשלום או פטור מתשלום, אלא נשיאה משותפת בתוצאת הארוע. לעומת זאת, שיקולי החיוב והפטור בשור מועד תלויים באחריות המזיק ובהעדר אחריותו. כאשר איננו מטיילים אחריות על בעל השור, אין זה אומר שנטען כעת להשתתפות הצדדים בנזק. כבנזקים אחרים, כאשר המזיק איננו אחראי למעשה, הרי הוא פטור לגמרי.

<sup>55</sup> ראו: פרידל, נזיקין, עמ' 90. ראו גם אלבק, נזיקין, עמ' 117: "...מועד שדרכו להזיק פטור שהרי לא פשע בשמירתו...; תם, אף על פי שלא פשע בשמירתו, משונה הוא ומשלם חצי נזק, כשם שאם לא שמרו כלל, לא פשע בשמירתו, שהרי אין דרכו להזיק ובחזקת שמור הוא, ואף על פי כן משלם חצי נזק". אלבק איננו מפתח את השוני שבשור תם, שבשלו דינו הוא כנזכר, וראו ביקורתו של פרידל, נזיקין, עמ' 85 – 88. לפי ג'קסון, הלכה זו הובילה להקשחת הקריטריונים להעדאת השור אליבא דר' יהודה (הן ביחס להריגת אדם והן ביחס לנזק, ראו למשל פ"ב מ"ד; פ"ד מ"ב). הטעם לכך הוא בהתאם להבחנה שבדברינו בפנים – דינו של שור מועד מושתת על רשלנות, אולם הוכחת רשלנות איננה ודאית ולעיתים קשה ביותר, והניזק עלול להפסיד את כל כספו. בניגוד לכך, על שור תם מוטלת אחריות מוחלטת, ובכל מקרה בעליו חייב, גם במקרים בהם לא היתה רשלנות ("קשרו בעליו במוסרה"). חכמים העדיפו לפיכך לצמצם את המקרים בהם השור נחשב כמועד, וכך הניזק זוכה בכל מקרה לפיצוי, גם אם על מחצית נזקו בלבד. ראו ג'קסון, אחריות, עמ' 42 – 44, ושם, הערה 38.

דרך זו מנוגדת למגמתו של ר' אלעזר במימרא הנזכרת לעיל, המייחס לר' יהודה חובת שמירה מוגברת של שור תם. ייתרונה הוא בכך שהיא מציבה את שיטת ר' יהודה כשיטה סדורה ונטולת סתירות, המושתתת על בסיס תיאורטי יציב. היא פותרת את התמיהה בשיטת ר' יהודה, הפוטר שור מועד, וכן היא מעוגנת בלשונו של ר' יהודה במשנה: "שמור הוא זה", שמשמעה הוא הקלה בדרישות השמירה המוטלות על בעל השור. טיעון זה מקבל חיזוק מגרעין הסוגייה הבבלית על אתר, הקובע בשיטת ר' יהודה קריטריון כללי מקל ביחס לשור: "סתם שוורים בחזקת שימור", ונבחן את מקומו של קריטריון זה בהרחבה בסעיף הבא.

#### ב.4. פיתוחה של הלכת שור תם בתורת האמוראים – סוגיית "פלגא נזקא"

את דיוננו הקודם בעניין מחלוקת ר' יהודה ור' מאיר בסוגיית חובת השמירה של שור תם קשרנו למחלוקת הכללית בשאלת הבסיס להלכת שור תם ולשני הזרמים שנתפצלו בעניין זה בתורת התנאים. התפתחות מעניינת בעניין הבסיס להלכת שור תם עולה מסוגיית "פלגא נזקא" שבבבלי. סוגייה זו עומדת בזיקה הדוקה לסוגיית חובת השמירה, שנידונה קודם לכן, ונבחן אותה כעת. בדומה לסוגיות רבות אחרות בבבלי, סוגייה זו מורכבת מרבדים שונים, ומלאכת איתורם ואפיונם קשה לעיתים. בשל כך, נדקק לניתוח טקסטואלי רחב יחסית של הסוגייה ומקורותיה.

בבבלי (טו ע"א; כתובות מא ע"א) מובאת המחלוקת הבאה:

אתמר: פלגא נזקא רב פפא אמר ממונא, רב הונא בריה דרב יהושע אמר קנסא.  
רב פפא אמר ממונא, קסבר: סתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימן, ובדין הוא דבעי לשלומי כוליה,  
ורחמנא הוא דחס 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 דלנטריה לתוריה.

מחלוקת זו היא מחלוקת מאוחרת, של אמוראים בני הדור החמישי לאמוראי בבלי.<sup>56</sup> המחלוקת מעלה כמה קשיים: הן בעצם הולדתה (מדוע נתעוררו האמוראים בשלב מאוחר כל כך לדון בטיבו של דין חצי נזק?) והן בתכניה (הסברות המוצעות בה, הקשיים שמעלה הסוגייה התלמודית הסמוכה וכדו'). החוקרים ישבו על מדוכה

<sup>56</sup> אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 406 ועמ' 417. בספר האגודה (עמ' כז, ושם הערה קסה) מופיעה גרסה ייחודית, לפיה החולקים הם רב ושמואל. ביתר עדי הנוסח החולקים הם כלפנינו, למעט שני מקרים בהם מוזכר רב הונא בלבד, ולא רב הונא בריה דרב יהושע, אך רק באזכור אחד מתוך שניים שלו בסוגייה, ומסתבר, שבשני מקרים אלו נשמט בטעות המשך שמו. כך בכתב יד מינכן לסוגתינו (באזכור השני בסוגייה, לפני ההסבר: "סתם שוורים") ובדפוס שונצינו רמ"ח לכתובות מא ע"א (באזכור הראשון בסוגייה, בהצגת המחלוקת). בכתב יד מינכן מצויים השיבושים בשמות החכמים, ובכלל זה השמטת שם אביו של החכם. ראו פרידמן, תלמוד ערוך, הנוסח, עמ' 147, ושם הערה 6.

זו, ומהם שאכן רואים בה חידוש מאוחר, ובפרט ביחס לדינו של רב הונא בריה דרב יהושע, פלגא נזקא קנסא.<sup>57</sup> בניתוח שלהלן נציע כיוון חדש בבאור המחלוקת.

נבחן, ראשית, את הנתונים הטקסטואליים שבסוגייה. מחלוקת האמוראים מורכבת משני חלקים: גרעין המימרות ובאורם. הגרעין הוא "פלגא נזקא קנסא" או "פלגא נזקא ממונא", והבאור: "קסבר...". בתוך הבאור מופיע מונח נפרד: "סתם שוורים בחזקת שימור" או "סתם שוורים לאו בחזקת שימור". זהו מונח שגרעינו עברי,<sup>58</sup> למעט: "קיימי"<sup>59</sup> בסופו. הוא נבדל בכך מהצעת השיטות ("פלגא נזקא קנסא" או: "ממונא") ומיתר הבאור התלמודי, שלשונם ארמית. בידודו ניכר גם מהשוואת הסוגייה בדף מה ע"ב – שם הוא מופיע בהקשר למחלוקת אחרת, מחלוקת ר' מאיר ור' יהודה בחובת השמירה של שור תם. אף בסוגייה זו מוצב המשפט בתוך קטע תלמודי, המבאר את המחלוקת הנדונה: "מאי טעמא דר"מ? קסבר: סתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימי, ואמר רחמנא תם נייחייב דניבעי ליה שמירה פחותה... ר"י סבר: סתם שוורים בחזקת שימור קיימי, אמר רחמנא: תם נשלם, דניבעי ליה שמירה מעולה וכו'". קיימת נטייה, אומנם, לאחר את הבאור התלמודי למימרא או למחלוקת התנאים, אך יש משמעות לכך שיש בו גרעין עברי, מונח משפטי בעל משמעות עצמאית, המופיע במספר מקבילות בקונטקסט שונה.<sup>60</sup> אלא, שיש לבחון, מה מקורו של מונח זה ולאזהר רובד של הסוגייה הוא

<sup>57</sup> ראו וייס, בבא קמא, עמ' 167 (ביחס לסוגייה בכלל, ש"טבועה בחותם משלה, ויתכן שהיא גם מאוחרת", וראו שם הערה 25); גולדברג, תוספתא, עמ' 42 (בעניין הירושלמי, ש"אינו מכיר את מחלוקתם..."); פלורסהיים, חצי נזק, עמ' 471 – 477; רדזינר, דיני קנסות, עמ' 72 הערה 45.

<sup>58</sup> המילה "סתם" שייכת לעברית של האמוראים – לשון חכמים ב', ראו סוקולוף, ארמית בבליית, עמ' 833 – 834. "לאו" אף היא עברית (סוקולוף, שם, עמ' 614). בכת"י וטיקן 130 לכתובות מא ע"א: "לא בחזקת שימור", וכן בכתב יד אסקוריאל לבבא קמא מה ע"ב.

<sup>59</sup> כך ("קיימי" או "קיימי") בעדי הנוסח השונים כאן ובכתובות, למעט "קיימן" בדפוס וילנא, באזכור הראשון בבבא קמא. שילוב זה הוא כדוגמת "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי", ראו למשל יבמות, מח ע"ב, במסגרת דברי תנא בברייתא. ייתכן שמדובר בתוספת תלמודית, שתכליתה ליטוש והבהרה סגנוניים לגרעין העברי.

<sup>60</sup> פרידמן מציין את ההפרדה בין העברית לארמית כאחד מן הכללים המאפשרים להבחין בין מימרא אמוראית לסתם התלמוד (ראו פרידמן, על דרך חקר הסוגייה, עמ' 301). יש לדעתי מקום להשתמש בהבחנה זו במקרה דנן, בו היא בולטת וניכרת לעין, לצורך ההפרדה בין רבדים שונים של סתם התלמוד או בין מקורות שונים המשמשים אותו, למרות שהדברים כלולים כולם בבאור התלמודי (למעט, יתכן, לפי גרסת הר"ח, ראו אודותיה להלן, הערה 77). קריטריון נוסף שניתן להשתמש בו, בזהירות הדרושה, הוא שינויי הגרסאות בקטעים השונים (פרידמן, שם, עמ' 306): הגרעין הנזכר בתוספת "קיימי" מופיע במרבית עדי הנוסח (בשלושת הסוגיות: כתובות מא ע"א, בבא קמא טו ע"א ומה ע"ב) בשינויים קלים ביותר, בעיקר שינויי כתיב וקיצורים (כגון, במסכת כתובות: "שוורים" בכת"י מינכן, "שוורים" בכת"י המבורג, "שורי" בכת"י וטיקן 112. שינוי נוסף שיש לציין הוא בין "לאו" ל-"לא", לעיל הערה 58). החריגים לעניין זה הם כת"י פירנצה לסוגיית מה ע"ב, הגורס: "מאי טעמא דר' מאיר קסבר סתם (בעלי) לאו בחזקת שימור קיימי", ומספר קטעי גניזה, הגורסים: "בחזקת שומר קיימי" (בדף מה ע"ב: אוקספורד 2666; קיימברידג' 11, T-S F6(5). בדף טו ע"א: אוקספורד 2827), ואשר הושפעו, ככל הנראה, מפירושי הראשונים לסוגייה (ראו על כך להלן הערה 67). הרבדים הנוספים בתלמוד אף בהם השינויים מועטים יחסית, אך מרובים יותר מאשר בגרעין הנזכר. למשל, בנטיית הפועל שבסוגיית פלגא נזקא משמשות צורות שונות זו לצד זו: בבאור דברי רב פפא השינויים הם בין "דמשלם" (בכתובות: כת"י וטיקן 112, כת"י וטיקן 130 והדפוסים), "דלישלם" (כת"י מינכן וכת"י לנינגרד-פירקוביץ לכתובות; כת"י מינכן לבבא קמא), "דלישלם" (כת"י המבורג לכתובות וכת"י פירנצה לב"ק), "דלשלם" (כת"י וטיקן 116 לב"ק) ו-"דבעי לשלומי" (דפוס וילנא לבבא קמא). בדומה לכך משתנה נטייה זו בבאור

שייך – האם מקורו בסוגייה האחת, והוא הועבר בשלב מאוחר יותר לסוגייה האחרת? כדי להשיב על שאלה זו, נפנה לניתוח תוכני של הדברים.

המונח "סתם שוורים בחזקת שימור" משמש בדף מה ע"ב לביאור שיטת התנאים. מובנו, לפי פשוטם של דברים, כמשמעו המילולי – לפי ר' יהודה, השור שמור, ועל כן אין חובת שמירה על הבעלים, ולפי ר' מאיר השור אינו שמור, ומוטלת חובת שמירה על הבעלים. לפי זה, המונח נוגע בטעם הבסיסי המנחה את שיטות התנאים הללו, עליו עמדנו בסעיף הקודם: לר' מאיר נובע החיוב מהטלת אחריות על בעל השור, ואילו לר' יהודה אין כאן הטלת אחריות, אך דינו של שור תם נובע ממקור אחר. הסוגייה מצידה איננה מסתפקת בכך, ומוסיפה לימודים מן הכתוב. המניע לכך הוא כפול: האחד, הצורך במציאת בסיס ספציפי לכל אחד מהדינים (ובפרט לשור מועד אליבא דר' יהודה), והשני (הנובע מן הראשון או עומד בזכות עצמו), יצירת כמה רמות שמירה – שמירה פחותה ושמירה מעולה. רמות השמירה הללו אינן מאפשרות להסתפק במונח המשפטי לבדו, שכן הוא איננו מבאר עד תום את דין השור הנוגח (למשל: הצורך באסמכתא לכך שבשמירה מעולה פטור).<sup>61</sup>

הביאור המוצע למונח מתיישב גם עם הסוגייה בדף טו ע"א: לדעת רב פפא, סתם שוורים הם בחזקת שאינם שמורים, ובלשונו של רש"י במקום: "לאו בחזקת שימור קיימי. שרגילין בנגיחה וצריכין שמירה". על כן, מוטלת אחריות על הבעלים, והחיוב הוא "ממונא". לדעת רב הונא בריה דרב יהושע, לעומת זאת, סתם שוורים בחזקת שמורים, ואין הטלת אחריות, ועל כן חיוב חצי נזק הוא "קנסא".<sup>62</sup> זהות המינוחים לא נתעלמה מעיני

---

דברי רב הונא בריה דרב יהושע. בהמשך באור דברי רב הונא בריה דרב יהושע השינויים הם בין: "דלינטיה" (כת"י מינכן לכתובות וכת"י מינכן, פירנצה וטיקן 116 לבבא קמא, וכן בדפוס וילנא לב"ק, אך בלא י' ראשונה), "דלינטר" (כת"י לינגרד-פירוביץ לכתובות), "דלינטיה" (כת"י המבורג והדפוסים לכתובות), "דלינטיה" (כת"י וטיקן 112 לכתובות) ו"דמינטר" (כת"י וטיקן 130 לכתובות).

<sup>61</sup> כפי שנאמר (לעיל, הערה 52), רמות השמירה הללו אינן מצויות במקורות התנאים, והן מבטאות התפתחות מאוחרת יותר בקריטריונים של חיוב השמירה. התפתחות זו נובעת משני טעמים אפשריים: האחד, טעם מקומי בסוגייתנו, כדוגמת הטעם המובא בפנים – הצורך לבאר את דינו של שור מועד (ולפי זה רמות השמירה אינן סיבה נוספת להוספת הלימודים מהכתוב, אלא חלק מתהליך זה ואולי אף תוצאתו). טעם שני קשור לדיני שומרים: בדיני שומרים פיתחו אמוראי בבל (רב חסדא ורבה בר רב הונא) רמת שמירה נוספת – "נטירותא יתירתא", ב"מ, צג ע"ב; "שמירה מעולה", ב"ק, מה ע"א (ראו: הנשקה, משנה ראשונה, עמ' 41 – 42). דרוג זה חדר גם לדיני שמירת ממונו המזיק, והוא בא לידי ביטוי בסוגייתנו. בהקשר זה, יש מקום לומר, שקישור ראשוני בין קריטריון השמירה בדיני שומרים לקריטריון המקביל בדיני ממונו המזיק נעשה על ידי ר' אלעזר במימרתו (פ"ד ה"י, ד ע"ג): "דברי ר' מאיר שמירת נזקין כשמירת שומר חנם דברי ר' יודן שמירת נזקין כשומר שכר". יחד עם זאת, אין הכרח לומר שר' אלעזר מכיר ברמות שמירה שונות כתפיסת האמוראים בבבלי, אלא יתכן שסבור ששמירת שומר שכר היא ללא גבול, ראו הנשקה, שם, עמ' 40 (שיטת ר' יוחנן בב"מ פ"ג ה"ג ע"פ כת"י אסקוריאלי) ובשבוועות פ"ח ה"א, לח ע"ג, מקבילה למימרת ר' אלעזר השלישית בסוגייתנו, ראו ליברמן, תלמודה של קיסרין, עמ' 32, ועמ' 42 הערה 164. מעניין בהקשר זה ניתוחו של דאובה, החושף תהליך הפוך ביחס לקריטריון השמירה הבסיסי, "כראוי", ברובד התנאי, לפני פיתוחו האמוראי הנזכר. לטענתו, דיני השומרים הושפעו בכך מדיני הנזקין, ראו דאובה, רשלנות, עמ' 325 – 327.

<sup>62</sup> על המונח "קנס" והשתלשלות משמעויותיו ראו רדזינר, דיני קנסות. במחלוקת האמוראים שלפנינו המונח קנס משמש במשמעותו המאוחרת, תשלום יותר ממה שהזיק, מעבר למה שהיה מתחייב לשלם מהדין, מן הסברא (רדזינר, שם, עמ' 66 הערה 4 ועמ' 329 – 330).

הראשונים. הראב"ד מפרש בהתאם לכך, שיש זהות בין השיטות, ור' מאיר למשל סבור כמאן דאמר פלגא נזקא ממונא.<sup>63</sup> ראשונים אחרים התקשו בכך. הטעם לקושי הוא ההתאמה הנוצרת בין רב פפא לרבי מאיר ובין רב הונא בריה דרב יהושע לרבי יהודה, התאמה שהראשונים לא הסכימו לקבלה בעיקר משיקולים פרשניים פנימיים לסוגייה, כדוגמת התעלמותן של הסוגיות מהתאמה זו.<sup>64</sup> בשל כך, מצאנו שינוי בבאור הסברות שבשתי הסוגיות.<sup>65</sup> רש"י, ואחריו ראשונים נוספים, מעמידים את סוגיית פלגא נזקא כעוסקת בצורך בשמירה, היינו: האם השוורים הם שמורים או בלתי שמורים, ואילו הסוגייה בדף מה עוסקת בשמירה בפועל הנקטת על ידי הבעלים.<sup>66</sup> יחד עם זאת, הדרך הראשונה, דרכו של הראב"ד, נראית קולעת יותר לפשטות הדברים, שכן אין רמז לפיצול משמעות זה של המונח, וכך נקטנו כאן.<sup>67</sup>

נשוב לשאלת מקורו של המונח. אנו יכולים במידה רבה של סבירות לענות על שאלה זו בסוגיית מה ע"ב. אם ניתן לשער, מונח זה התפתח מן הטעמים הנזכרים במכילתא דר' ישמעאל (ובמשנה בשיטת ר' יהודה

<sup>63</sup> בפירושו לסוגיית מה ע"ב (חידושי הראב"ד, עמ' קטז): "קסבר ר' מאיר... נראה לי דכמאן דאמר פלגא נזקא ממונא סבירא ליה, ולית הלכתא כותיה".

<sup>64</sup> כקושיית הרשב"א על שיטת הראב"ד, מה ע"ב, ד"ה קא סבר: "ואינו מחוור בעיני, דהא סתם מתניתין ר' מאיר היא, וא"כ... ואקשינן עליה דר"ה בריה דרב יהושע ממתני' דהניזק והמזיק בתשלומין... מאי קושיא, דסתם מתניתין ר"מ, ור"מ אית ליה במתניתין דהא פלגא נזקא ממונא. וא"נ ליפרוך מיניה התם..."

<sup>65</sup> הביאורים השונים למונח משקפים סוגים שונים של המשגה: הביאור הראשון שיובא להלן יוצר עקרון משפטי, ואילו השני מגדיר עקרון עובדתי. על ההמשגה הפוסט-תנאית, ובכללה שני אלו, ראו מוסקוביץ, המשגה, עמ' 313 – 321.

<sup>66</sup> בדף טו ע"א מפרש רש"י: "לאו בחזקת שימור קיימי. שרגילין בנגיחה וצריכין שמירה", ואילו בדף מה ע"ב מפרש: "לאו בחזקת שימור קיימי. אין אדם משמר שורו כלל אלא מניחו ויוצא". כהבחנה זו ראו גם תוספות, מה ע"ב, ד"ה "בחזקת" וראשונים נוספים במקום. בכתב יד וטיקן 132 (פרנקל, שנו"ס, עמ' תקפז) מופיע בפירושו של רש"י לסוגיית פלגא נזקא הסבר נוסף, ולפיו גם סוגייה זו עוסקת בשמירה בפועל הנקטת על ידי הבעלים. עם זאת, נראה, שפירוש זה איננו משל רש"י, אלא נוסף בגליון בשלב מאוחר, בהשפעת פירושו לדף מה ע"ב. בכך תומכים הן שיקולים טקסטואליים (ראו פרנקל, דרכו של רש"י, עמ' 14. לעומתו ראו פרידמן, פירושי רש"י, עמ' 168 ועוד, אך השיקול הבא קיים גם לדידו) והן שיקולים תוכניים (מסתבר, כי מקורו של הפירוש בדף מה ע"ב הוא נסיון התמודדות עם הסוגיות הכפולות, אך פשטותו של המונח איננה כך, שכן "סתם שוורים" עוסק בתכונה של השור, ולא בהתנהגות הבעלים, שאיננה נוגעת לשור ועשויה להשתנות ממקרה למקרה. אין לפיכך טעם פרשני התומך בפירוש סוגיית "פלגא נזקא" באופן זה).

<sup>67</sup> בדרך אחרת נקט רבנו תם, ההופך את הגרסא בדף מה ע"ב, וגורס בדברי ר' מאיר "סתם שוורים בחזקת שימור". לשיטתו, קיימת התאמה לסברא שבדף טו ע"א (כבאור התוספות, מה ע"ב, ד"ה בחזקת: "סתם שוורים בחזקת שימור חשיכי לבעלים שסבורין הבעלים שאין דרכן להזיק ועל כן אינם חוששין לשומרם"). אך גם לפירושו אין זהות בין מחלוקת התנאים למחלוקת האמוראים (כפי שמציינים התוספות, שם. טעם הדברים מבואר באריכות בתוספות רבנו פרץ, ד"ה סתם). יש להעיר, שברבים מעדי הנוסח (כת"י המבורג, כת"י מינכן, כת"י פירנצה, כת"י אסקוריל, כת"י ותיקן 116 ודפוס שונצינו ר"נ) לא נשאר שריד לגרסת רבנו תם, אך מעדות הראשונים עולה שהיא היתה קיימת במקצת מהנוסחאות (כלשון תוספות רבנו פרץ [בשטמ"ק]: "וי"ס דגרסי איפכא"). ואכן, בכמה קטעי גניזה (אוקספורד 2666; קיימברידג' 11, T-S F6(5)) נשתמרה נוסחתו של רבנו תם – בשיטת ר' מאיר: "בחזקת שומר" (במקום "לאו בחזקת שימור") ובשיטת ר' יהודה: "לאו בחזקת שומר" (במקום "בחזקת שימור"). יש להעיר, כי הלשון: "שומר" כשלעצמה יכולה להתפרש גם כפירוש הראשונים הנזכר בפנים, ראו למשל דברי הרשב"א, עמ' רמח, בבאור שיטת ר' יהודה: "דבחזקת כל א' וא' שומר שורו קיימי". פירוש הראשונים, לפיו "שימור" מתייחס לשמירה בפועל על ידי הבעלים, ייתכן שחדר גם לכת"י פירנצה, הגורס: "מאי טעמ' דר' מאיר קסבר סתם בעלי' לאו בחזקת שימור קיימי" (המילה "בעלי'" מסומנת).

בלבד<sup>68</sup>) ביחס לשיטות התנאים החולקים: "ולא שמור הוא זה" או "ושמור הוא זה". אלו טעמים נקודתיים, המבארים את דינו של שור מועד שקשרו בעליו במוסרה. המונח שבגרעין סוגיית הבבלי קרוב בלשונו לטעם הנזכר, אך הוא מרחיב אותו לאפיון כללי של כל שור ושור, ונוגע, כפי שנאמר לעיל, בשורשן של שיטות התנאים הללו.<sup>69</sup>

מהלך זה יכול להתקיים על פי מסורת המשנה של הבבלי – למסורת זו, לפי ר' מאיר, חייב גם על שור תם, ועל כן ניתן לדון ב"סתם שוורים", בניגוד למסורת המקבילה, לפיה ר' מאיר פוטר בשור תם שקשרו במוסרה, ואין מקום לטעם כללי שכזה.<sup>70</sup> בשיטת ר' יהודה, לפי שתי המסורות הללו, עונה הטעם המובא (המצומצם או הרחב) לדינו של שור מועד, אך הוא מתאים גם לאופיו של שור תם (ולכן יש מקום לומר: "סתם שוורים"). יחד עם זאת, אין הוא מבאר את דינו של שור תם, שטעמו אחר, ובכך עסקנו בסעיף הקודם.

הסוגייה בדף מה ע"ב, כפי שנאמר לעיל, איננה מסתפקת בטעם זה, אלא מוסיפה לימודים מן הכתוב, כך שהיא מכילה שני רבדים: רובד אחד, שלשונו עברית, עומד בפני עצמו, ומבאר את הטעם המקורי של המחלוקת, כפי שהצגנו לעיל. לא נפריז על המידה אם נאמר, שזהו רובד קדום, המהווה פרשנות של אמוראי בבל מהדורות הראשונים למחלוקת התנאים, וכפי שנטען להלן, זהו הרובד שעמד בבסיס מחלוקת האמוראים המאוחרת בדף טו ע"ב. רובד שני מבאר את המחלוקת בדרך שונה. הוא יוצא מתפיסות אחרות, כפי שצוין לעיל, ויתכן שאף הושפע ממחלוקת האמוראים המאוחרת, כפי שיובא בהמשך. כמו כן, יש מקום לומר שמניעה את רובד זה תפיסה שונה ביחס לאופיים של דיני הנזיקין וביחס למקורות היוצרים ומפתחים אותם, תפיסה הרואה בכתוב מקור עיקרי – אם לא בלעדי – לביסוסה של ההלכה.<sup>71</sup>

מסקנתנו לאור דברים אלו היא כי הביטוי "סתם שוורים" מקורו בפירוש מחלוקת ר' מאיר ור' יהודה, ובהתאם לכך איתרנו את שורשיו בהסברים הנקודתיים של המחלוקת, המופיעים במקורות התנאיים. ביטוי זה משמש גם בסוגיית פלגא נזקא, ונראה, שהוא נלקח מהסוגייה הראשונה, המפרשת את מחלוקת התנאים

---

<sup>68</sup> אך בתוספתא (פ"ה ה"ז, עמ' 19) הטעם מופיע בדברי תנא שלישי: "ר' ליעזר בן יעקב אומ' זה וזה פטורין שנ' ולא ישמרנו בעליו, שמור הוא זה". ראו על כך גולדברג, תוספתא, עמ' 111 הערה 6.

<sup>69</sup> זהו לב לבו של תהליך הקונספטואליזציה – מטעם קוואיטטי לחוק ("ושימור הוא זה") להכללה: "סתם שוורים" (להגדרת המונחים ראו מוסקוביץ, המשגה, עמ' 1 – 6). המאפיין המדויק של תהליך ההמשגה כאן תלוי בפרשנותו, ראו לעיל, הערה 65. על מקומו וזמנו של התהליך ראו עוד להלן, הערה 79.

<sup>70</sup> למסורת זו האחריות המוטלת על בעל השור איננה נובעת מאופיים של "סתם שוורים". חיוב שור תם הוא כשלא שמר בשמירה המינימלית הנדרשת, אך כשקשרו במוסרה פטור. ניתן לומר כאן רק טעם נקודתי, ביחס לחיוב שור מועד, וזהו הטעם המובא במכילתא דר' ישמעאל.

<sup>71</sup> עניין זה נדון בהרחבה במבוא ובסיכום העבודה, ראו בעיקר פרק סיכום, סעיף 4.3.



הנזכרת.<sup>72</sup> כעת, עומדת בפנינו האפשרות, שמדובר בפירוש מאוחר יחסית למחלוקת האמוראים, שהתבסס על סברות מוכרות למחלוקות בעלות מכנה משותף. נראה, עם זאת, שלא כך הם פני הדברים. השימוש במונח הנזכר הוא חלק מהותי, ואולי אינטגרלי, ממחלוקת האמוראים בשאלת פלגא נזקא, כפי שנבאר כעת.

התנאים נחלקו בדין חצי נזק, האם חיובו נובע מהטלת אחריות על בעל השור או שחיובו נובע מהשתתפות המזיק והניזק בתוצאות הנזק, בלא הטלת אחריות. זוהי מחלוקת יסודית, ויש לה השלכות והסתעפויות רבות. מחלוקת האמוראים בסוגיית פלגא נזקא מבוססת על עקרונות דומים: האם מוטלת אחריות על בעל השור (למאן דאמר פלגא נזקא ממונא), או שאין מוטלת עליו אחריות כזו (למאן דאמר קנסא). לא מסתבר לומר, שהאמוראים יצרו מחדש, יש מאין, מחלוקת כעין מחלוקת התנאים הנזכרת, וחזרו ודנו בשאלת שורש החיוב של שור תם, בלא להכיר או בלא להתייחס לתנאים שקדמו להם. נראה יותר, שמחלוקת זו ממשיכה את מחלוקת התנאים, אך יוצקת אותה לתבניות חדשות, שלא שימשו בתקופה המוקדמת. תבניות אלו הן "קנסא" וממונא". שיטת רב פפא ברורה: רב פפא סבור, שמוטלת אחריות על בעל השור, כשיטת ר' מאיר, וליתר דיוק: ר' ישמעאל וסיעתו, ועל כן חיוב חצי נזק הוא "ממונא". החידוש כאן מועט, ויש לראות את עיקרו בהגדרת המינוח המשפטי<sup>73</sup> או כמי שנאמר בניגוד ובתגובה לשיטת חברו ובר פלוגתו של רב פפא, רב הונא בריה דרב יהושע.<sup>74</sup> רב הונא בריה דרב יהושע יוצא מתפיסת ר' יהודה, תפיסת ר' עקיבא וממשיכו, שכן הוא סבור שאין להטיל אחריות על בעל השור, אולם הוא מציב את ההלכה בקטגוריה חדשה. לפי זרם תנאי זה, התשלום, כפי שהסברנוהו, נובע מהשתתפות בנזק, וכאן היא נקודת המפנה: רב הונא בריה דרב יהושע, על אף שמקבל את הנחת היסוד בדבר העדר אחריותו של בעל השור לנזק, יוצר מימד אחר של חיוב, אותו מגדיר כ"קנסא".<sup>75</sup> זהו תשלום מעבר לחובתו של המזיק, ולפי הבאור התלמודי לדברים, השיקולים העומדים מאחורי חיוב זה הם שיקולי הרתעה: "ובדין הוא דלא לשלם כלל, ורחמנא הוא דקנסיה כי היכי דלנטריה לתוריה". שינוי זה מבטא מעין מזיגה של שתי שיטות התנאים הנזכרות, שכן לא מוטלת אומנם אחריות על בעל השור, אך יש מימד של חובת תשלום,

<sup>72</sup> בניגוד לאפשטיין, מלנה"מ, עמ' 737, הסבור: "שלשון 'בחזקת שימור', מוחלף מב"ק טו א". כעין זה סבור גם ש' אטלס (חידושי הראב"ד, עמ' קטז הערה לט): סוגיית מה ע"ב מאוחרת ("אולי מתקופת רבנן סבוראי"), ובארה את מחלוקת ר' יהודה ור' מאיר על פי ההלכה – כר' יהודה וכמאן דאמר פלגא נזקא קנסא (בהתאם לדרכו של הראב"ד, המזהה בין השיטות), אך יתכן שבזמן הסוגייה בטו ע"ב בארו את מחלוקת התנאים בדרך אחרת (ובכך מיושבת קושיית הרשב"א, מדוע הקשתה הגמרא על רב הונא בריה דרב יהושע ממשנה, הרי המשנה כר' מאיר ואילו הוא סבור כר' יהודה).

<sup>73</sup> כפי שמציין רדזינר, דיני קנסות, עמ' 72: "ההבחנה בין תשלומים על ידי שימוש במושגים 'ממונא' ו'קנסא' היא בבליית, ואינה מוכרת במקורות תנאיים".

<sup>74</sup> השניים למדו ופעלו יחד, ואף היו מקושרים ביחסי שכנות וידידות (אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 417).

<sup>75</sup> קנס כאן משמש במשמעות המקובלת והמאוחרת, ראו רדזינר, לעיל הערה 62. התזה של רדזינר בעבודתו משתלבת עם דבריו, ומוסיפה נדבך בבאור המהלך שנקט רב הונא בריה דרב יהושע. לפי תזה זו, לא ניתן היה להשתמש בתקופת התנאים בקטגוריה "קנסא", שמשמעה היה שונה (הנ"ל, עמ' א – ב).

המוגדר כקנס. אולם אין זה כתשלום שלשית בית מדרשו של ר' ישמעאל. התשלום כאן מושתת על שיקולי תועלת, מניעת נזק עתידי, המנוגדים לתפיסת התשלום המנחה את השיטה החולקת, מעין גישת הצדק המתקן. בהוספת מימד התשלום מושפע, ככל הנראה, מאן דאמר פלגא נזקא קנסא מיתר דיני הנזיקין, בהם קיים מרכיב זה, ואשר לא מצאנו בהם את ההלכה הייחודית של ההשתתפות בתוצאות הנזק. כן יתכן, שמימד התשלום התקבל בעקבות השימוש הנפוץ במונח "משלם חצי נזק". למונח זה משמעות סמנטית שונה בין שיטות התנאים, ולשיטת ר' עקיבא וממשיכיו אין הכוונה לתשלום ממשי.<sup>76</sup> אולם המובן הראשוני של המילה "משלם" הוא כמשמעה – תשלום והטלת חיוב, ומגמה זו נמשכת בדברי רב הונא בריה דרב יהושע.

המונחים "סתם שוורים בחזקת שימור" ו"סתם שוורים לאו בחזקת שימור" משקפים נאמנה את הבסיס ואת נקודת המוצא של האמוראים במחלוקתם. הם מקשרים את השיטות למחלוקת התנאים הקדומה, כשעל גבי קישור זה מציבים האמוראים את התבניות החדשות: "קנסא" ו"ממונא". מחלוקת האמוראים לפי זה איננה עומדת בחלל ריק, אלא היא נבנתה על בסיס פרשנות מחלוקת התנאים, ואל פרשנות זו היא מתייחסת, אף אם בתלמוד נתפצלו ונתפרדו הדברים. יש מקום אף לומר, שהמונחים הנזכרים הם חלק אינטגרלי ממחלוקת האמוראים, ואולי הם של האמוראים עצמם.<sup>77</sup> משמעות הדבר היא כי יש כאן "סתמא קדומה" ששימשה את האמוראים, היינו: גרעין הפירוש שניתן למחלוקת התנאים בדף מה ע"ב על ידי סתם התלמוד קדום לאמוראים החולקים בשאלת פלגא נזקא, והוא הבסיס למחלוקתם.<sup>78</sup> ומסתבר לדעתי, כי הגדרת המונחים הללו קדמה אך בדור אחד למחלוקת רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע – בימי אבבי ורבא, הדור הרביעי לאמוראי בבל, תקופה המשמשת כנקודת ציון משמעותית בתולדות ההמשגה התלמודית.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> ראו להלן, פרק ג, סמוך להערות 68 – 74.

<sup>77</sup> הר"ח כותב בסוגייתנו (עמ' כח): "איתמר רב פפא אמר פלג' נזקא ממונא, סתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימי, פי' לאו בחזקת שמורין אלא צריכין שומר... ורחמנא חס עליה דאכתי לא אייעד תוריה. רב הונא בריה דרב יהושע אמר פלגא נזקא קנסא סתם שוורים בחזקת שימור קיימי, כלומר כשמורין הן... ובדין הוא דלא לישלם כלל ורחמנא קנסיה כי היכי דניטריה לתוריה". יתכן שמשחקת כאן גרסא אחרת, ולפיה "סתם שוורים..." היה חלק אינטגרלי מהמימרא (מעין זה בכת"י מינכן בדברי רב הונא בריה דרב יהושע: "ורב הונא אמ' קנסא סתם (בב) שוורים בחזקת שימור קיימי", אך ביתר עדי הנוסח, ובכת"י מינכן הנ"ל בדברי רב פפא: "קסבר" לפני "סתם שוורים"). אף אם זהו עיבוד של הר"ח, הרי הוא מבחין כאן בין שני רבדים – הראשון נסמך למימרא, והשני מובחן כפירוש לה (היינו: כלול ב"פי" או "כלומר", המבארים את המימרא ואת התוספת: "סתם שוורים").

<sup>78</sup> מחקרים רבים ומקיפים (נציין בייחוד את ש"י פרידמן, על דרך חקר הסוגיא, שהציג את הדברים בדרך שיטתית וביססם) תרמו לנטייה אצל כמה מחוקרי זמננו לאחר את סתם התלמוד למימרות האמוראים (הלבני, בבא מציעא, עמ' 11 – 2; הנ"ל, עיונים, מקצין מאוד גישה זו). אומנם, בעבר "נמנעו מלעשותה שיטה כללית, ותמיד חששו לתופעה הנגדית – ה"סתמא הקדומה", עליה מוסבים דברי האמורא (פרידמן, על דרך חקר הסוגיא, עמ' 293). על אף השתנות הטבעים הזו שבמחקר, דומני שלפנינו דוגמא לסתם קדום, המוקדם למחלוקת אמוראים, אף כי אמוראים מאוחרים (כעין זה, ואולי אף סתמא קדום יותר, ראו הנשקה, משנה ראשונה, עמ' 121 ועמ' 136 הערה 253; רדזינר, הפקר, עמ' 128 – 129, ושם דיונו ב"סתמא קדומה", הערות 95 – 96). נושא זה מעלה שאלה מתודולוגית כבדת משקל (ראו ברודי, סתם התלמוד). עסקנו בכך בהרחבה במבוא לעבודה זו, ראו מבוא, סמוך להערות 44 – 49.

<sup>79</sup> על תקופת האמוראים כקו פרשת המים במעבר מקוואיסיטיקה לקונספטואליזציה ראו מוסקוביץ, המשגה, עמ' 346 – 351. בתהליך זה יש חשיבות מרובה לדור הרביעי של אמוראי בבל (רבא ואבבי, ראו אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 350 – 351; 374 – 376), כפי

נשוב לשיטות התנאים בדף מה ע"ב. לאחר שהוצעה מחלוקת האמוראים, לא ניתן לבאר יותר את שיטת ר' יהודה כפי שהצענו לעיל (חיוב מכוח השתתפות, שאיננו תלוי בשמירת השור בפועל). למאן דאמר פלגא נזקא, אין אומנם אחריות על המזיק, אך יש עליו חיוב תשלום מכוח קנס. במידה ושמר כראוי את שורו, ו"קשרו בעליו במוסרה" היא שמירה ראויה לדעת ר' יהודה, אין מקום לומר שנטיל עליו חובת תשלום, "כי היכי דלינטריה לתוריה". במקרה זה, אם כן, צריך היה להפטר. לפיכך, חסר כעת טעם בשיטת ר' יהודה, ויש מקום להזדקק ללימודים מן הכתוב.

נסכם את השתלשלותה של סוגייה זו. מחלוקת התנאים בדף מה ע"ב היא ענף של מחלוקת תנאים מקיפה, שאת ביטוייה ניתחנו לעיל. ברובד מוקדם יחסית של התלמוד הבבלי, בתקופת האמוראים, להערכת בדור הרביעי, הוצע הסבר כללי למחלוקת הספציפית, הנגזר מלשון התנאים במשנה ובמכילתא דר' ישמעאל. באור זה הוא "סתם שוורים בחזקת שימור" או "סתם שוורים לאו בחזקת שימור", והוא מתאים למחלוקת הרחבה העומדת בבסיס המחלוקת הקונקרטית. מונחים אלו שימשו מצד למחלוקת האמוראים בדור החמישי של אמוראי בבל בשאלת אופיו של דין חצי נזק, מחלוקת שיצקה את מחלוקת התנאים לתבניות חדשות: "פלגא נזקא קנסא" או "פלגא נזקא ממונא". בעקבות מחלוקת זו נותרה בעינה מחלוקת התנאים הבסיסית, אך ניתן לה צביון שונה, ומשתנים בה כמה מרכיבים – אם בשימוש במונחים קנסא וממונא ואם בתפיסת התשלום, הנעשית משותפת לכל השיטות. בשלב מאוחר יותר של סתם התלמוד נוסף באור למחלוקת התנאים בדף מה ע"ב. לבאור זה הצענו כמה סיבות אפשריות, ונוסף עליהם השינוי שחל עקב מחלוקת האמוראים, אשר איננו מאפשר עוד את ההסבר הגרעיני הנזכר, ומחייב תוספת תלמודית, שיתכן כי הסתמא שלפנינו היא תוצאתה.

תוצאת התהליך שבתקופת האמוראים היא שחיקת ייחודיותה של הלכת שור תם. בסיומו של התהליך, עומדת אומנם בעינה השיטה שאיננה מטילה אחריות על בעל השור המזיק, אולם הבסיס התיאורטי הייחודי להלכה זו, הדרישה להשתתפות הצדדים בתוצאות הנזק, איננו מוכר יותר. בדברי האמוראים הללו, הלכת חצי נזק כשלעצמה עודנה נתפסת כייחודית בהוראה ההלכתית המאפיינת אותה, תשלום חלקי בלבד, אולם היא מושתתת על שיקולים סטנדרטיים בדיני הנזיקין התלמודיים – אחריותו של המזיק או העדרה, חיוב לצורכי הרתעה וכיוצא בזה.<sup>80</sup> עם זאת, בשערים הבאים נראה, כיצד הלכות אחרות, המשתייכות לקבוצת המקרים הנדונה כאן, הופקעו משיקולים שכאלו, ולאור זאת נוכל בסיום דברינו לאתר סימנים לתהליך דומה גם ביחס לדין חצי נזק.<sup>81</sup>

---

שעמדו חוקרים רבים, ראו מוסקוביץ, שם, עמ' 14 הערה 54 (במספר מקומות בחיבורו מייחס מוסקוביץ את התפנית בעיקר, או רק, לרבא, ראו עמ' 333 ועוד).

<sup>80</sup> ראו מבוא, סעיף 2.1.

<sup>81</sup> ראו פרק סיכום, סעיף 2.

בפרק הבא נשוב לשיטות התנאים בדין שור תם. כאן נבקש לאתר גישה ייחודית בספרות התנאית, שטושטשה והוטמעה בגישות דומיננטיות יותר. חשיפתה של גישה זו חשובה כשלעצמה, אולם יש לכך משמעות רבה גם לנושא הכללי הנדון כאן, שכן היא משקפת התמודדות פרשנית עם הדין החריג, כדוגמתה נמצא ברבדים אחרים, עליהם נעמוד בדיוננו בשערים הבאים.

## פרק ג

### שיטת ר' מאיר בפרשת שור תם – עיון מחודש

#### ג.1. פתיחה

עד עתה ראינו, כי שיטות התנאים נתפצלו בשאלת הבסיס לחיוב שור תם בחצי נזק. מן הצד האחד, ר' עקיבא ותלמידיו, ר' יהודה ור' שמעון, סבורים, כי לא מוטלת אחריות על בעל השור. טעם החיוב במחצית הנזק הוא הדרישה להשתתפות הצדדים בתוצאות הנזק. מן הצד השני, ר' ישמעאל ור' מאיר סבורים, כי יש להטיל אחריות על בעל השור. אולם התשלום הופחת משיקולים שונים, ועל כן יש להעמידו על חצי נזק בלבד. תיאור זה של שיטות התנאים מבוסס על מספר מקורות, אותם ניתחנו בהרחבה בפרק הקודם. הפרק הנוכחי מתמקד במחלוקת תנאים אחת, ומתוכה בשיטה תנאית אחת, שיטתו של ר' מאיר. פרק זה מורכב בחלקו הגדול מניתוח טקסטואלי פרטני, ההכרחי לחשיפת השיטה שנראה להלן. ומכל מקום, מסקנתנו בדבר הזרמים השונים הקיימים בספרות התלמודית ביחס לדין חצי נזק עומדת בעינה אף בלא ניתוח זה, ונציגה בשלמותה בסיכומו של השער הנוכחי.

#### ג.2. מחלוקת ר' יהודה ור' מאיר בפירושה של פרשת שור תם

דיוננו נסוב סביב המשנה העוסקת בדינו של שור תם, שאף מתייחסת מפורשות לדין שור תם המקראי. כך שנינו במשנה (פ"ג מי"ב [מ"ט]):

שור שווה מנה שנגח לשור שווה מאתים ואין הניבלה יפה כולם<sup>1</sup> נוטל את השור

שור שווה מאתים שנגח לשור שווה מאתים ואין הניבלה יפה כלום אמ"ר מאיר על זה נאמר ומכרו את השור החי וחצו את כספו אמ' לו רבי יהודה וכן הלכה קיימתה ומכרו את השור החי וחצו את כספו ולא קיימתה וגם את המת יחצון ואי זה זה שור שווה מאתים שנגח לשור שווה מאתים והניבלה יפה חמשים וזו זה נוטל חצי החי וחצי המת וזה נוטל חצי החי וחצי המת.

בבבא השנייה מובאת מחלוקת ר' מאיר ור' יהודה בפירוש פרשיית שור תם. מהמשנה עולה, כי מדובר במחלוקת פרשנית, שאין לה נפקא מינה הלכתית. כך משמע בתגובתו של ר' יהודה לר' מאיר,<sup>2</sup> וכך כנראה סבור גם ר' מאיר ביחס לר' יהודה, שכן עקרון התשלום לפי שניהם משותף. שיטתו של ר' מאיר קשה, משום שהיא

<sup>1</sup> צ"ל: "כלום", כפי שמופיע בהמשך, וכן הוא בכתיב פרמה, הוצאת לו ובדפוס. מנקד כתב יד קויפמן ניקד, ככל הנראה בנסיגה לתקן את טעותו של הסופר: "כולם".

<sup>2</sup> כפירוש רש"י (לד ע"א): "ודאי כן הלכה... אבל אין זה שור האמור בתורה". ישנה אפשרות – המתיישבת פחות במשנתנו – לקרוא את דבריו בתמיהה: "וכן הלכה?!", אפשרות שכזו הועלתה בפירוש חסדי דוד לתוספתא, אהילות, פ"ה ה"ו, בהתאם להכרעת הנוסח בהלכה שם (ראו חסדי דוד, אהילות, עמ' רה – רז).

מתעלמת מחלקו השני של הכתוב – "וגם את המת יחצון". במספר מקורות מצאנו התייחסות לדרשתו של ר' מאיר לכתוב זה. אלו הם המכילתא דרשב"י (כא לה, עמ' 187 – 188), הלכת התוספתא (פ"ג ה"ג, עמ' 10) ובריייתא המובאת בתלמוד הבבלי (לד ע"א). מקורות אלו קרובים ביותר זה לזה, ואף זהים כמעט לגמרי, למעט הבדלים לשוניים וסגנוניים קלים. עיקרו של הדמיון ביניהם הוא במבנה ההלכה, בסגנון ובתוכן (להלן נכנה מקורות אלו: "קבוצת המקורות"). דרשת ר' מאיר במקורות אלו היא כדלקמן:<sup>3</sup>

שור שוה מאתים שנגח שור שווה מאתים והנבלה יפה חמשים וזו זה נוטל חצי חי וחצי המת וזה נוטל חצי החי וחצי המת שני' ומכרו את השור החי וחצו את כספו וגו' דברי ר' יהודה. אמ' לו ר' מאיר לא בזה דברה תורה, אלא בזמן שהנבילה אינה יפה כלום. הא מה ת"ל וגם את המת יחצון יחצו דמי מתה ביניהן.<sup>4</sup>

השינויים בין המשנה לקבוצת המקורות נובעים משינוי סדר הדברים ומשילוב הסברו של ר' מאיר לכתוב. בכך עונה קבוצת המקורות על הקושי המתעורר מהמבנה המוצג במשנה, המותיר על כנה את תמיהת ר' יהודה על ר' מאיר.<sup>5</sup> אולם גם לפי קבוצת המקורות עומדת בעינה השאלה: אם אכן מדובר במחלוקת פרשנית גרידא, מדוע ר' מאיר עוקר את הכתובים מפשטם, העוסק גם בחלוקת הנבלה, ומעמידם במקרה שאין הנבלה שווה כלום. ודוק: אין זה חריג שהתנאים מוציאים את המקראות מפשטם. תמיהתנו היא על אודות פרשנות העוקרת את פשט הכתוב או מתעלמת מהכתוב עצמו, בלא שיש לכך טעם ומניע.

התלמוד הבבלי (לד ע"א – ע"ב) מתקשה אף הוא לומר שמדובר במחלוקת פרשנית גרידא: "מכדי האי מאה ועשרים וחמשה שקיל והאי מאה ועשרים וחמשה שקיל, מאי ביניהן", ונזקק לכמה אפשרויות בבאור מחלוקתם: "פחת נבילה איכא ביניהן" (לפי רבא או רבה)<sup>6</sup> או "שבח נבילה איכא ביניהן" (לפי ר' יוחנן). דא

<sup>3</sup> הציטוט הוא על פי התוספתא, ובשינויים קלים מאוד במכילתא דרשב"י (ראו להלן, הערה הבאה). בבריייתא הבבלי הנוסח רחב מעט יותר, ומושפע מהמשנה. זהו אחד ממאפייני עיבודן של ברייתות הבבלי, ראו כדוגמת זאת פרידמן, הבריייתות בתלמוד, עמ' 168.

<sup>4</sup> במכילתא דרשב"י: "והא מה ת"ל וגם את המת יחצון <אף> את הפחות יחצון". בבבלי: "אלא מה אני מקיים וגם את המת יחצון פחת שפחתו מיתה מחצין בחי" (בכתבי היד מינכן, המבורג, וטיקן, אסקוריאל ופירנצה וכן בדפוס שונצינו: "שפחתו").

<sup>5</sup> במשנה ר' יהודה מתבסס על החסרון שבשיטת ר' מאיר. חסרון זה הושלם בקבוצת המקורות, וכמו כן שונה מבנה ההלכה – שיטתו הפשוטה של ר' יהודה מוצבת ראשונה, כשעימה מתמודד ר' מאיר. מבחינת היחס הכרונולוגי בין המקורות, ניתן להניח שתי אפשרויות: אפשרות אחת היא שקבוצת המקורות מאוחרת למשנה, ומפתחת אותה. לשינויים בין המקורות מטרה ספרותית – הצגת שיטתו המחודשת והייחודית של ר' מאיר בסוף, כתגובה לר' יהודה (במשנה ר' מאיר אינו מבאר את יחסו לכתוב, ושיטתו עומדת בקושייה, ועל כן המבנה המתאים הוא הצגת ר' יהודה כתגובה לשיטתו). כאפשרות זו סבור גם גולדברג, תוספתא, עמ' 78, והוא מסבירה בכך שהתוספתא מעדיפה לסדר את השלמתה למשנה בסוף דבריה, ועל כן הפכה את סדר הדברים. אפשרות שנייה היא שקבוצת המקורות מייצגת מסורת אחרת, ששנתה את המחלוקת בצורה זו, ואין היא מתפתחת מהמשנה (ראו מבוא, סמוך להערות 50 – 52). מכל מקום, גם לאפשרות השנייה ניכר שיש במסורת זו רובד נוסף, הכולל את דרשת ר' מאיר לכתוב, ואליו התייחסו בגוף הדברים.

<sup>6</sup> הנוסחאות חלוקות בין רבא לרבה. בכת"י מינכן הגרסא רבה, וכן בכת"י אסקוריאל, אך תוקן לרבא. בכת"י המבורג, פירנצה, וטיקן ובדפוס – רבא. ראו בעניין זה פרידמן, רבה.

עקא, שאלו אוקימתות שאינן רמוזות בלשון המשנה, ואף בלשון המקורות האחרים קשה להולמן. שאלתנו היא, אם כן, מה מסתתר מאחורי מחלוקת תנאים זו?

### ג.3. מחלוקת התנאים במקורות המקבילים – עיון השוואתי

במכילתא דר' ישמעאל (מסכתא דנזיקין פרשה יב, עמ' 290) מוצגת מחלוקת התנאים במספר שינויים, שיש בהם כדי להאיר באור נוסף את שיטת ר' מאיר, ובכך לדעתנו טמון הפתרון לבעייה שהעלנו בסעיף הקודם. נציג את המקורות השונים, זה לצד זה:<sup>7</sup>

| <u>מכילתא דר"ש</u>                                    | <u>משנה</u>                      | <u>תוספתא</u> |
|---|----------------------------------|---------------|
| וגם את המת יחצון.                                     |                                  |               |
| מכאן אמרו <sup>8</sup> ...                            |                                  |               |
| שוה מאתים שנגח שוה מאתים,                             | שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים |               |
|   | מאתים                            |               |
|   | ואין הנבלה יפה כלום              |               |
| אמר רבי מאיר ועל זה נאמר ומכרו                        | אמר רבי מאיר על זה נאמר          |               |
| את השור החי וגו';                                     | ומכרו את השור החי וחצו את        |               |
|   | כספו                             |               |
| אמר לו רבי עקיבא                                      | אמר לו רבי יהודה                 |               |
|   | וכן הלכה                         |               |
|   | קיימת ומכרו את השור החי וחצו     |               |
|   | את כספו                          |               |
| קרא את כל המקרא הזה וגם את ולא קיימת וגם את המת יחצון |                                  |               |
| המת יחצון,  |                                  |               |

<sup>7</sup> מתוך קבוצת המקורות נצטט אף כאן את התוספתא. בשלושת המקורות המצוטטים ישנה בבא נוספת (שאיננה מופיעה במכילתא דרשב"י ובבבלי), אליה נתייחס בסעיף הבא.

<sup>8</sup> על "מכאן אמרו" ויחסו למשנה ראו אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 728 – 742. לפי אפשטיין (שם, עמ' 729 ועמ' 733), מונח זה כציטוט למשנה נפוץ יותר במדרשים דבי ר' עקיבא, ואילו במדרשים דבי ר' ישמעאל אין הוא מצוי כל כך, ואף איננו תואם בלשונו למשנה. הדוגמא שלפנינו שונה באופן ניכר מן המשנה, בפרט בחלק הסמוך ל"מכאן אמרו", שציטוט בהמשך דיוננו (להלן, סעיף ג.4). ראו על כך אפשטיין, שם, עמ' 737 סעיף 21. שינויים אלו עשויים להעיד על כך שהמכילתא היא מקור מקביל למשנה, ואולי ראשוני יותר, כפי שנטען להלן, ולא דווקא על כך שמדובר בעיבוד של המשנה (אפשטיין נמנע ממסקנה זו, וזאת בשל תפיסתו בשאלת היחס בין המשנה למדרשי ההלכה. ראו על עמדתו וההשגה עליה: פרידמן, תוספתא עתיקתא, עמ' 75 – 77). לדוגמא נוספת, בה "מכאן אמרו" במכילתא דר' ישמעאל שונה מן המשנה שלפנינו, ראו לעיל, פרק ב, סעיף ב.3. אף במקרה זה ישנה ככל הנראה מחלוקת בין המקורות, ראו דיונונו בסעיף הנזכר, וכן ראו שם, הערה 42.

### מכילתא דרי"ש

### משנה

### תוספתא

ואי זה זה, זה שור שוה מאתים ואיזה זה שור שוה מאתים שנגח שור שוה שוה שנגח שור שוה מאתים והנבלה שור שוה מאתים והנבלה יפה מאתים והנבלה יפה חמשים זוז שוה מנה, חמשים זוז

מוכרין את החי והמת חולקין בשוה שזה נוטל חצי החי וחצי המת זה נוטל חצי חי וחצי המת וזה נוטל וזה נוטל חצי החי וחצי המת. חצי החי וחצי המת

ובעל הנבלה מטפל בנבלתו,

לכך נאמר וגם את המת יחצון. שנ' ומכרו את השור החי וחצו את

כספו וגו'

דברי ר' יהודה

אמ' לו ר' מאיר לא בזה דברה תורה

אלא בזמן שהנבילה אינה יפה כלום

הא מה ת"ל וגם את המת יחצון

יחצו דמי מתה ביניהן

המכילתא דר' ישמעאל קרובה למשנה במבנה ההלכה – בשתייהן מובאת ראשית שיטת ר' מאיר, ולאחריה השיטה החולקת, המצדיקה את עמדתה בהסתמך על הכתוב: "וגם את המת יחצון", וזאת בניגוד לקבוצת המקורות. לצד זאת, בין המשנה לקבוצת המקורות ניכרת זיקה הדוקה,<sup>9</sup> הן סגנונית והן תוכנית, ושונה מהן המכילתא דר' ישמעאל: בארבעת המקורות הללו החכמים החלוקים הם ר' יהודה ור' מאיר, ובמכילתא דרי"ש – ר' מאיר ור' עקיבא;<sup>10</sup> בארבעת המקורות מודגש בשיטת ר' מאיר ש"אין הנבלה יפה כלום", ובמכילתא דרי"ש חסר רכיב זה;<sup>11</sup> במכילתא דר' ישמעאל שנוי: "שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים והנבלה שוה מנה", ובארבעת המקורות האחרים: "והנבלה יפה חמשים זוז"; במכילתא דרי"ש – "מוכרין את החי והמת חולקין בשוה" ובארבעת המקורות האחרים – "[ש]זה נוטל חצי החי וחצי המת וזה נוטל חצי החי וחצי המת".

נבחן את ההבדלים בין המכילתא דר' ישמעאל למשנה. לכמה מההבדלים אין השלכה תוכנית, למשל: השינוי בין "והנבלה שוה מנה" לבין "והנבלה יפה חמשים זוז". שינוי אחר, בין "מוכרין את החי והמת חולקין

<sup>9</sup> למקורות אלו מכנה משותף לא רק בענייננו – אלו מקורות דבי ר' עקיבא. לכן חשיבות, ראו להלן, סמוך להערה 63.

<sup>10</sup> מכאן הגהת הגר"א במכילתא: "רבי יהודה" (ראו הערת המהדיר למהדורת הורוביץ-רבין על אתר, הערה 11). נוסח המכילתא בעדי הנוסח שלפנינו, "ר' עקיבא", ייחודי גם בכך, שלא מצאנו כדוגמתו פניית ר' עקיבא בדרך זו לר' מאיר, תלמידו, וייתכן שנשמר כך שכן זהו מקור דבי ר' ישמעאל. דברי ר' מ' לפני ר' עקיבא במשנה נשתמרו בלשון: "משום רבי ישמעאל אמר תלמיד אחד לפני ר' עקיבא לא נחלקו... אמר רבי עקיבא על זה ועל זה נחלקו" (עירובין פ"א מ"ב; וראו אפשטיין, למשנת רבי יהודה).

<sup>11</sup> אף כאן יש שהשלימו חוסר זה – כדוגמת זה ינחמנו: "ואין הנבלה יפה כלום" (מכילתא, מהדורת לויטערבאך, עמ' 96).



בשוה"ל-<sup>12</sup> [ש]זה נוטל חצי החי וחצי המת וזה נוטל חצי החי וחצי המת" משקף גם הוא הבדל סגנוני, אך ייתכן שטמונה בו משמעות נוספת. משמעות זו ברורה יותר לפי עדי הנוסח המרכזיים של המכילתא דרי"ש – בעדים אלו<sup>12</sup> הנוסח הוא: "מוכרין את החי ואת המת וחולקין בשוה", ולפי זה יש למכור הן את השור המזיק והן את נבלת השור הניזק. ארבעת המקורות האחרים מצביעים על חלוקת החי והמת, שיכולה להתבצע הן על ידי מכר והן חלוקה בפועל. בכך, משקפים הבדלים אלו את מחלוקת ר"ע ור' ישמעאל שבבבלי (לג ע"א): "יושם השור בב"ד דברי ר' ישמעאל, ר' עקיבא אומר הוחלט השור" – המכילתא דר' ישמעאל היא כשיטת ר' ישמעאל, ונדרשת לפיכך מכירה בדווקא (כלשון הבבלי, שם: "בעל חוב הוא וזווי הוא דמסיק ליה"). המקורות האחרים, המשתייכים לאסכולת בית מדרשו של ר' עקיבא, משקפים את שיטתו, ועל כן הדגש הוא על החלוקה עצמה ("שותפי נינהו")<sup>13</sup>.

הבדל ניכר נוסף בין המקורות הוא התוספת במשנה בשיטת ר' מאיר: "ואין הנבלה יפה כלום". תוספת זו קיימת גם בבבא הראשונה, ונביא כאן את חלקה (עיקרה יידון להלן): במשנה: "שור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים ואין הנבלה יפה כלום נוטל את השור", לעומת המכילתא דר' ישמעאל: "שור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים נוטל כולו". ההדגשה הכפולה במשנה של העדר שווי הנבלה, בניגוד למכילתא, מלמדת, שאין כאן הבדל סגנוני גרידא. תוספת זו במשנה מוליכה למסקנה, כי היא מוציאה מהבנה אחרת של שיטת ר' מאיר, שאיננה מתחשבת בערכה של הנבלה. שיטת המשנה גורסת, כי אין מחלוקת הלכתית בין ר' מאיר לר' יהודה, וזאת מכיוון שר' מאיר עוסק במקרה שאין הנבלה יפה כלום. תפיסה זו מפורשת בהמשך המשנה בדברי ר' יהודה, המקבל את מסקנתו ההלכתית של ר' מאיר – "וכן הלכה". אלא, שגם משפט זה, "וכן הלכה", איננו במכילתא דר' ישמעאל, ואם כן, עולה שעל פי המכילתא אכן נחלקו ר' יהודה (או: ר' עקיבא) ור' מאיר. מחלוקתם, לדרך זו, היא בנקודה בה המשנה מתערבת ומוציאה מההבנה האלטרנטיבית, היינו: ביחס לנבלת השור הניזק. על פי המכילתא דר' ישמעאל, סבור היה ר' מאיר, שנבלת השור הניזק איננה נחלקת בין השניים,

<sup>12</sup> כתב יד אוקספורד 151, כתב יד וטיקן 299 וכתב יד מינכן 117. כך הוא גם בילקוט שמעוני (על פי כת"י אוקספורד 2637, ראו ילקוט שמעוני, מהדורת מוסד הרב קוק, עמ' 556) ובמדרש לקח טוב, עמ' 156. בעל מדרש לקח טוב הוא ר' טוביה ב"ר אליעזר, שפעל בסוף המאה ה-11 ובתחילת המאה ה-12, כנראה ב"ארץ יוון" (ביזנטיון). ראו במבוא למהדורת בובר, וכן ראו כהנא, אקדמות, עמ' 97 – 103. כתב יד אוקספורד 151 נחשב לכתב היד השלם הטוב ביותר של המכילתא, ראו עליו ועל עדי הנוסח האחרים: כהנא, כתבי יד, עמ' 37 – 41. על כת"י וטיקן 299 ראו גם בוירין, מן האור הגנוז, עמ' 5 הערה 1, המגדירו ככתב היד "החשוב בין כתבי הידות מאירופה".  
<sup>13</sup> על מחלוקת זו ראו עוד בהרחבה לעיל, פרק ב, סעיף ב.1. עיקר מסקנתנו כאן היא מההבדל בשימושי הלשון של המקורות השונים, אך אין בכל לשון כשלעצמה להכריע. בבבא הראשונה, שתובא להלן, המשנה נוקטת בלשון: "נוטל את השור", ובדומה לכך התוספתא: "נוטל את שורו", ומכך הסיק הבבלי (לג ע"א): "מתניתין מני רבי עקיבא היא". במכילתא דר' ישמעאל הלשון היא "נוטל כולו", לשון ניטרלית, שיכולה להתפרש הן כנטילת השור ממש והן כנטילת כל שווי השור.

אלא, מסתבר, נשאר אצל הניזק.<sup>14</sup> בכך, גדול התשלום שמקבל הניזק לפי ר"מ מהתשלום על פי השיטה החולקת בשיעור של חצי ערך הנבלה, הניתן, לשיטה החולקת, למזיק.<sup>15</sup>

התוספת בדברי ר' עקיבא במכילתא דר' ישמעאל, "ובעל הנבלה מטפל בנבלתו", פירושה שהניזק נוטל את הנבלה, עליו לטרוח בה ולמכרה, והמזיק מצידו משלם את ההפרש (או: חציו).<sup>16</sup> בהתאם לשיטתנו למעלה, יש לדברים אלו מקום כאן בניגוד לשיטת ר' מאיר, הסבור שהנבלה ניתנת כזכות ממונית לניזק (ברור אומנם ש"מטפל" בה, אך הדברים לזכותו – זוהי תוספת תשלום, ואין הנבלה גורעת מהסכום המתקבל מהמזיק). ר' עקיבא בדבריו אומר, שבקביעת גובה התשלום חולקים גם את הנבלה, ובכך גורע מהתשלום הניתן לשיטת ר' מאיר, ומוסיף על דבריו, שעל הניזק לטפל (בפועל) בנבלה. זוהי הטלת חיוב על הניזק, וזכות למזיק, שאין אומרים שישלם את כל התשלום והנבלה תהיה ברשותו. במשנה ובקבוצת המקורות נקודה זו איננה מוזכרת, משום שאין היא נוגעת למחלוקת (הפרשנית) הנדונה בהם.<sup>17</sup>

על בסיס האמור, ניתן להציג את תהליך התפתחות מחלוקת התנאים במקורות השונים שנדונו כאן:

1. המכילתא דר' ישמעאל משקפת את המקור הראשוני למחלוקת התנאים. ר' מאיר ובר פלוגתו, ר' יהודה או ר' עקיבא, נחלקו בדיון התשלום על נזקי שור תם: דעת ר' מאיר היא כי כאשר השוורים שווים המזיק משלם לניזק חצי מערך השור המזיק. הנבלה, לעומת זאת, נשארת אצל הניזק, ובכך למעשה משלם המזיק למעלה מחצי נזק.<sup>18</sup> בהלכה זו עוקר ר' מאיר את פשוטו של מקרא, משום שאיננו מתייחס לכתוב: "וגם את המת

<sup>14</sup> הסברא שהנבלה לניזק נסמכת על ידי שני טיעונים: 1. הנבלה שייכת מלכתחילה לניזק. שתיקה הכתוב בעניינה לפי ר' מאיר מובנת רק אם נניח שהוא איננו משנה את מעמדה. 2. השארית הנבלה אצל הניזק מתיישבת עם מגמתו המשפטית של ר' מאיר ביחס לדיון חצי נזק, ראו להלן בפנים, ובעיקר סעיף: 6.ג. – 7.ג.

<sup>15</sup> להבהרת הדברים, "ואין הנבלה יפה כלום" מופיע במשנה פעמיים, ואילו במכילתא דר' ישמעאל הוא חסר בשני המקומות הללו. אין זה מסתבר לומר, שהמכילתא מסכימה לשיטת המשנה, אולם מרכיב זה נשמט. חלק זה הכרחי לגופה של ההלכה, שכן השינוי בו משנה את החלוקה בין המזיק לניזק, ובנקודה זו גופה נחלק ר' יהודה על ר' מאיר. קשה אם כן להניח, שדווקא הפרט המרכזי במחלוקת התנאים נעדר מן המכילתא. מכאן מסקנתנו בפנים, שלשתיקה בעניינו יש משמעות – לשיטת ר' מאיר במכילתא ערכה של הנבלה איננו משליך על חלוקת השור המזיק, ומכאן העדרה בדבריו.

<sup>16</sup> משמעות זו ל"מטפל בנבלה" עולה גם מהשוואת דרשות המכילתות לפסוק "והמת יהיה לו" (שמות כא לד; לו): במכילתא דר' ישמעאל (מסכתא דנזיקין פרשה יא, עמ' 289) הדרשה היא: "והמת יהיה לו לניזק... אלא מגיד ששמן דמי נבלתו ומנכה לו דמי נזק", ובמכילתא דרשב"י (כא לד, עמ' 186): "...אף המת יהיה לו האמ' כן בעלין מיטפלין בנבלה".

<sup>17</sup> האוקימתא הראשונה בבבלי ביחס למחלוקת ר' מאיר ור' יהודה, "פחת נבילה איכא בינייהו" (לד ע"א), המובאת בשם רבה או רבא (לעיל, הערה 6), נקשרת לנושא זה. בסוגייה אחרת (י ע"ב) קובע רבא (כמרבית עדי הנוסח. מנגד, ברשב"א הגירסא: רבה, ובדפוס: רב, וראו רא"ש בשטמ"ק), שמדין "בעלים מטפלין בנבילה" נובע, שפחת נבלה על הניזק (אך ראו הלבני, בבא קמא, עמ' לא, הסבור שבדברי אמוראים אחרים ובירושלמי אין זהות בין "פחת נבלה" ל"בעלים מטפלין בנבלה"). לפי זה, האוקימתא בסוגייתנו (לד ע"א) משמעה הוא שר' יהודה ור' מאיר נחלקו בדיון בעלים מטפלים בנבלה. ניתן לומר, שאוקימתא זו שימרה מסורת מעין המכילתא דר"ש, אך יש לשים לב לכך שהדברים לפיה הפוכים: "רבי מאיר סבר פחת נבילה דניזק הוי ורבי יהודה סבר פחת נבילה דמזיק הוי פלגא", כלומר: ר' מאיר הוא הסבור כאן ש"בעל הנבלה מטפל בנבלתו" ולא ר' יהודה (המקביל לר' עקיבא במכילתא דר"ש).

<sup>18</sup> על הגבולות העליונים והתחתונים של תשלום זה ראו להלן בפנים.

יחצון", אך זאת בשל עמדתו ההלכתית, כפי שיבואר עוד להלן. התנא החולק, לעומת זאת, סבור, כי החלוקה היא בין בחי ובין במת, וזאת בהתאם לפשוטו של מקרא, וכך יוצא שחיובו של המזיק הוא חצי נזק בדיוק.

2. המשנה משקפת שלב שני, בו לא הוכרה או נשללה שיטת ר' מאיר המקורית, וקיומה האפשרי נדחה באמצעות הוספה במשנה. לשיטה זו, הוצגה מחלוקת ר' מאיר ור' יהודה כמחלוקת בפירוש המקרא בלבד. אלא, שעקב כך מתעוררת תמיהה על שיטתו של ר' מאיר, ומן ההכרח להצדיקה כאלטרנטיבה פרשנית.

3. קבוצת המקורות נותנת מענה לתמיהה זו, ומציעה את פירושו של ר' מאיר לכתוב: "וגם את המת יחצון". בין המקורות הבדלים בניסוח הדרשה, אך הדברים בעיקרם שווים: הפסוק מלמד, שהצדדים חולקים בנזק שנגרם בשל המיתה (בתוספתא: "דמי מתה", בבבלי: "פחת שפחתו מיתה", במכילתא דרשב"י: "הפחות", או, לנוסחת מדרש הגדול: "הפחת"). דרשה זו לכתוב איננה אפשרית לשיטת המכילתא דר' ישמעאל, משום שלפיה ר' מאיר איננו סבור שחולקים את דמי המיתה ביניהם, ופעמים שהמזיק משלם למעלה ממחציתם. בקבוצת המקורות, מכל מקום, נמסרה דרשה זו, אך הפתרון שבה איננו מושלם, משום שעדיין קשה, מדוע ר' מאיר דורש בצורה שאיננה מתיישבת עם פשוטו של מקרא, כשאין לו מניע ממשי לכך.<sup>19</sup>

4. בתלמוד הבבלי מובאות שתי שיטות בשם אמוראים, המעמידות מחלוקת בין ר' יהודה לר' מאיר. יתכן, שבכך הבבלי משקף שלב נוסף, ש"סוגר את המעגל": הבבלי יוצר מחדש מחלוקת, ובכך מתבאר מדוע ר' מאיר נזקק לדרשתו ולא לפשוטו של מקרא. אלא, שבפני הבבלי כבר לא עמדה השיטה הראשונית, ועל כן מציע מחלוקת חדשה, המשתלבת בדוחק במקורות התנאיים שלפניו.

#### 4.ג. שיטת ר' מאיר בדין חצי נזק במכילתא דר' ישמעאל

הצגת שיטת ר' מאיר במכילתא דר' ישמעאל פתרה באופן חלקי את הבעיות שמעוררת שיטתו במשנה. לפי דברינו, ר' מאיר איננו מקבל את פרשנותו הפשוטה של ר' יהודה (או ר' עקיבא) לכתוב, ואף דוחה את ההלכה העולה מפרשנות זו. אולם התמונה איננה שלמה, שכן היא איננה מבארת כיצד התמודד ר' מאיר, ולו באמצעות דרשה, עם הכתוב. שהרי הדרשה המופיעה בקבוצת המקורות איננה יכולה להתקבל על ידו, שכן היא מתבססת על תפיסה כתפיסת המשנה המחלקת את הנזק באופן שווה בין המזיק לניזק, ועל כך הלוא חלק ר' מאיר, לפחות, כפי שניתן לומר עד כה, בעניין הנבלה. לצד הבעיות הפרשניות הללו, ניתוחנו לעיל העלה שיטה מחודשת, שהיא, לעת עתה, המקור היחיד שאיננו מקבל את עקרון תשלום חצי נזק, והחידוש בו דורש ביסוס נוסף. יש צורך לבאר, אם כן, כיצד התייחס ר' מאיר לכתובים ומה הבסיס המשפטי לשיטתו.

<sup>19</sup> כפי שצינו בסעיף הקודם, אין זה חריג שהתנאים מוציאים את המקראות מפשטם, וכך נהג כנראה גם ר' מאיר (וראו להלן ביחס לשיקוליו המשפטיים והצידוקים למהלכו). תמיהתנו היא על פרשנות העוקרת את פשט הכתוב או מתעלמת מהכתוב עצמו, בלא שיש לכך טעם ומניע.

כפי שצוין לעיל, במכילתא דר' ישמעאל, וכן במשנה ובתוספתא, ישנה בבא נוספת, המובאת קודם למחלוקת התנאים, ויש בה כדי להאיר באור נוסף את שיטת ר' מאיר. נציגה, ראשית, בשלושת המקורות הללו:<sup>20</sup>

| <u>מכילתא דר"ש</u>             | <u>משנה</u>                    | <u>תוספתא</u>              |
|--------------------------------|--------------------------------|----------------------------|
| וגם את המת יחצון.              |                                |                            |
| מכאן אמרו,                     |                                |                            |
| שור שוה מנה שנגח שור שוה מנה   |                                |                            |
| או שוה מאתים שנגח שור שוה      |                                |                            |
| מאתים נוטל חציו;               |                                |                            |
| שור שוה מנה שנגח שור שוה       | שור שווה מנה שנגח לשור שווה    | שור שוה מנה שנגח שור שוה   |
| מאתים                          | מאתים ואין הנבלה יפה כלום      | מאתים ואין הנבלה יפה כלום  |
| נוטל כולו;                     | נוטל את השור                   | נוטל את שורו               |
| שוה מאתים שנגח שוה מנה נוטל    |                                | מת או הכחיש אין לו אלא שור |
| רבעו;                          |                                |                            |
| שוה מאתים שנגח שוה מאתים,      | שור שווה מאתים שנגח לשור שווה  |                            |
|                                | מאתים ואין הנבלה יפה כלום אמ"ר |                            |
| אמר רבי מאיר ועל זה נאמר ומכרו | מאיר על זה נאמר ומכרו את השור  |                            |
| את השור החי וגו';              | החי וחצו את כספו               |                            |

המקרים המובאים בבבא הראשונה דומים בלשון ובתוכן למשנת ר' מאיר. על פי המשנה והתוספתא, מדובר במקרה בו "אין הנבלה יפה כלום". אומנם, ר' יהודה איננו חולק על דין זה, אך סגנונו הוא סגנון הלכת ר' מאיר. כך הדברים גם במכילתא – הנבלה איננה מוזכרת, ונראה שאין היא ממלאת תפקיד, והיינו כשיטת ר' מאיר בהמשך המדרש, כאמור לעיל. מעבר לכך, נוסח כתבי היד של המכילתא<sup>21</sup> איננו פותח את דברי ר' מאיר בתיאור מחודש של המקרה: "שוה מאתים שנגח שוה מאתים", בניגוד לנוסח דפוסי המכילתא.<sup>22</sup> לפי נוסח זה, יש מקום לומר שר' מאיר התייחס לכלל המקרים המובאים קודם לכן, וכלפיהם מפנה את הכתוב: "ומכרו את השור החי".

<sup>20</sup> על חילופי הנוסח במכילתא ראו להלן.

<sup>21</sup> ראו להלן בפנים.

<sup>22</sup> הנוסח המצוטט לעיל הוא נוסח הפנים במהדורת הורוביץ-רבין. נוסח זה זהה כאן לנוסח דפוס קושטא רע"ה ודפוס ונציה ש"ה.

הדברים יובהרו ויבוארו להלן, ומכל מקום לענייננו מלמדים הם על כך שהבבא הנדונה כאן היא מדברי ר' מאיר. המשנה והתוספתא, ובעקבותיהם כנראה דפוסי המכילתא, הפרידו בין ההלכות,<sup>23</sup> אולם מקור הדברים אחד הוא. במכילתא דרי"ש, לעומת המשנה והתוספתא, מובאים כמה מקרים בבבא הראשונה, והם מיישמים, כאמור, את שיטת ר' מאיר במצבים שונים. אלא, שבבבא זו ישנם חילופי נוסחאות משמעותיים, שהמרכזיים שבהם מציגים הלכות אחרות מההלכות שבנוסח המובא לעיל ובמקורות התנאיים האחרים. להלן חילופי הנוסח על פי עדי הנוסח השונים:<sup>24</sup>

<sup>23</sup> מכאן העמדת בבא זו בבבלי כר' עקיבא, הסבור: "יוחלט השור" (לג ע"א), ובכך חלק זה של המשנה איננו כשיטת ר' מאיר, כפי שיובא עוד להלן (ראו בעיקר סעיף ג.7). גולדברג, תוספתא, עמ' 78 – 79, מקבל את מסקנת הבבלי, ובהתאם לכך מסביר את מחלוקת ר' מאיר ור' יהודה – מחלוקתם היא מחלוקת פרשנית בלבד, כשר' מאיר מפרש את הכתוב "לפי העניין המילולי בדברי ר' עקיבא", ומיישמו גם ל"שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים" והיינו: כשאינן הנבלה יפה כלום. הסבר זה דוחקו בצידו, משום שקשה להניח שר' מאיר יפרש בצורה רחוקה כל כך את המקראות בעקבות הלכה של ר' עקיבא, שאיננה משליכה בהכרח על פירוש הכתוב. יש להזכיר עוד, שאין מפורש בהלכה זו שמדובר בר' עקיבא. נראה יותר, שיש ליחסה לר' מאיר, כדברינו בפנים, ויילמד סתום מן המפורש.

<sup>24</sup> הנוסחים הם: נוסח הדפוסים (וכמוהם, בשינוי קל שיצוין בהערה להלן, נוסח הפנים במהדורת הורוביץ-רבין), כת"י אוקספורד 151, כתב יד וטיקן 299, כתב יד מינכן 117, ילקוט שמעוני כת"י אוקספורד. באשר לנוסח הדפוסים, דפוס ונציה ש"ה הודפס בעיקר על פי דפוס קושטא רע"ה, אך מכיל לעיתים השלמות ותיקונים על פי כתב יד אחר (כהנא, כתבי יד, עמ' 38). בקטע זה, מכל מקום, נוסחי הדפוסים זהים.

|                        |  |               |  |                                    |   |
|------------------------|--|---------------|--|------------------------------------|---|
| <b><u>דפוס</u></b>     | שור שוה מנה שנגח שור שוה מנה                   | או שוה מאתים  | שנגח שור שוה מאתים                             | נוטל חציו                          |   |
| <b><u>אוקספורד</u></b> | שור שוה מנה שנגח שור שוה מנה                   | שור שוה מאתים | שנגח שור שוה מנה                               | נוטל חציו                          | שור שוה מנה נוטל חציו                     |
| <b><u>וטיקן</u></b>    | שור שוה מנה שנגח שור שוה מנה                   | שור שוה מאתים | שנגח שור שוה מנה                               | נוטל חציו                          | שור שוה מנה נוטל חציו                     |
| <b><u>מינכן</u></b>    | שור שוה מנה שנגח שור שוה מנה                   | שור שוה מאתי' | שנגח שור שוה מנה                               | שנגח שור שוה מנה<br>שנגח שור מאתים | נוטל (כולו) חציו<br>שור שוה מנה נוטל חציו |
| <b><u>ילקוט</u></b>    | שור שוה מנה שנגח שור שוה מנה                   | שור שוה מאתים | שנגח שור שוה מנה <sup>25</sup>                 | נוטל חציו                          | שור שוה מנה נוטל חציו <sup>26</sup>       |
| <b><u>דפוס</u></b>     | שור שוה מאתים <sup>27</sup> שנגח שור שוה מאתים | נוטל כולו     | שוה מאתים שנגח שוה מנה                         | נוטל רבעו                          |   |
| <b><u>אוקספורד</u></b> | שור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים                 | נוטל כולו     | שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים               | נוטל רביעי                         |   |
| <b><u>וטיקן</u></b>    | שור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים                 | נוטל כולו     | שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים               | נוטל רביעי                         |   |
| <b><u>מינכן</u></b>    | שור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים                 | נוטל כולו     | שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים               | נוטל רביעין                        |   |
| <b><u>ילקוט</u></b>    | שור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים                 | נוטל כולו     | שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים <sup>28</sup> | נוטל רביע                          |   |
| <b><u>דפוס</u></b>     | שוה מאתים שנגח שוה מאתים                       | אמר רבי מאיר  | ועל זה נאמר ומכרו את השור החי וגו'             |                                    |   |
| <b><u>אוקספורד</u></b> | -  | א"ר מאיר      | על זה נא' ומכרו את השור החי וגו'               |                                    |   |
| <b><u>וטיקן</u></b>    |  | אמ' ר' מאיר   | על זה נא' ומכרו את השור וגו'                   |                                    |   |
| <b><u>מינכן</u></b>    | -  | א"ר מאיר      | על זה נאמר ומכרו את השור וגו'                  |                                    |   |
| <b><u>ילקוט</u></b>    | -  | א"ר מאיר      | על זה נאמ' ומכרו את השור החי                   |                                    |   |

<sup>25</sup> כך הוא בכתב היד, אך בדפוס שונה ל"מאתים" (בדומה לנוסח דפוס המכילתא).

<sup>26</sup> הקטע "שור שוה מנה נוטל חציו" אינו בדפוסים.

<sup>27</sup> בנוסח הפנים של מהדורת הורוביץ-רבין ובמהדורת לויטראך תוקן: "שוה מנה" (וכן מסתבר לפי נוסח הדפוס, שכן "שוה מאתים שנגח שור מאתים" הוא הבבא הראשונה לשיטה זו).

<sup>28</sup> כן הוא בכתב היד. אף כאן הותאם בדפוס למקובל ולנוסח דפוס המכילתא דרי"ש: "מנה".

המכילתא מציגה כמה מקרים, המחולקים לשלושה דינים: "נוטל חציו" (הכולל שני מקרים, להלן: דין א'), "נוטל כולו" (דין ב') ו"נוטל רבעו" (דין ג'). דין א' בנוסח הדפוס מתאים להלכה המקובלת (בלא להכנס לעניין הנבלה), ולפיה שור שנגח שור שווה לו, נוטל הניזק חצי מערך שור המזיק, היינו: חצי נזק. מאידך, הנוסחים האחרים, להם יש לצרף גם את מדרש לקח טוב,<sup>29</sup> גורסים: "או שוה מאתים שנגח שור שוה מנה", ולפיהם מתקבלת הלכה תמוהה: שוה מאתים שנגח שוה מנה משלם חצי מערכו, היינו: נזק שלם!<sup>30</sup> קיומו של נוסח זה מטה אינסטינקטיבית את הדעת לכיוון תיקונו והתאמתו לנוסח הדפוס, אולם תיקון זה יוצר כפילות מיותרת ("שור שוה מנה שנגח שור שוה מנה או שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים"), שאיננה מוסיפה דבר לדינא. קשה, בד בבד, להתעלם מהופעתו של הנוסח המנוגד בעדי הנוסח המצוטטים לעיל, שלפחות בחלקם אינם קשורים זה לזה,<sup>31</sup> ונראה שיש לקיים נוסח זה, מעין העקרון: *lectio difficilior*.

במידה ואכן השערנו נכונה, ויש לראות בנוסח זה נוסח מקורי, לכל הפחות של ענף מרכזי בין עדי הנוסח, עולה, כי לדעת ר' מאיר, דין התורה: "ומכרו את השור החי וחצו את כספו" איננו רק במקרה שהמזיק שווה לניזק, אלא גם במקרה בו המזיק שווה יותר מהניזק, וכך עשוי המזיק לשלם עד נזק שלם.<sup>32</sup> דין ב', על רקע זה, מבהיר, כי חוסר היציבות שבגובה התשלום איננו דו כיווני, אלא רק כאשר המזיק יקר מהניזק. במקרה ההפוך, כגון "שור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים", אין לומר שייטול חציו (ואז סך התשלום מגיע לרבע נזק), אלא "נוטל כולו".

<sup>29</sup> אף כאן משמר כנראה מדרש לקח טוב את נוסח כתבי היד (כדלעיל, הערה 12). לשונו (אות לה, עמ' 156): "מיכן אמרו שור שהיה שוה מנה שנגח לשור שוה מאתים, ושור שוה מאתים שנגח לשור שוה מנה, נוטל חציו". הצלע השנייה היא כדין המכילתא על פי נוסח כתבי היד: "שור שוה מאתים שנגח לשור שוה מנה נוטל חציו". באשר לצלע הראשונה, "שור שוה מנה שנגח לשור שוה מאתים", דינה העולה מהנוסח שלפנינו הוא "נוטל חציו", אך לא מצאנו כשיטה זו במקורות האחרים (אך ראו הו"א מעין זו בתוס' רבנו פרץ, לד ע"א, ד"ה א"כ מצינו), ושם נשמט כאן: "נוטל כולו".

<sup>30</sup> בכת"י מינכן נוסף: "שנגח שור שוה מנה שנגח שוה מאתים". נוסח זה איננו מובן, ויתכן שיש כאן טעות מפני הדומות או נסיון לא מוצלח לתקן את הבעייתיות שבהלכה שלפנינו. לאחר ההלכה "נוטל חציו" נוסף בכתה"י הנזכרים ובילקוט שמעוני: "שור שוה מנה נוטל חציו". אף כאן עומדות שתי אפשרויות: יתכן שמדובר בטעות (העתקה כפולה), או שיש כאן הוספה להבהרה, אולי נסיון לבאר את ההלכה, וזאת על ידי ייחוס הדין "נוטל חציו" למקרה הראשון, "שור שוה מנה". ברם, הלכת המכילתא כפשטה מחילה את דין "נוטל חציו" גם על "שור שוה מאתים שנגח שור שוה מנה".

<sup>31</sup> כתב יד אוקספורד הוא כתב יד אשכנזי, שנכתב סמוך לשנת 1291, ומסורת הנוסח שלו קרובה לילקוט שמעוני (וכן קרוב מדרש לקח טוב לנוסח הילקוט, ראו במבואו של בובר, עמ' יט). כתב יד וטיקן הוא כתב יד איטלקי בן המאה ה-14 לערך. כתב יד מינכן, אף הוא כתב יד איטלקי (משנת 1433), קרוב מאוד למסורת הנוסח של כ"י וטיקן 299, ולדעת ד' בוירין אף הועתק ממנו. ראו על כך כהנא, כתבי יד, עמ' 37 – 40 והערה 12. ברם, מעניינת העובדה, שבכל העדים הללו (למעט מדרש לקח טוב) נוסף לאחר דין א': "שור שוה מנה נוטל חציו", הוספה המלמדת על זיקה ביניהם.

<sup>32</sup> יש מקום לדקדק בדבריו של בעל לקח טוב (שם): "ואעפ"כ יש חצי שאינו חצי ממש... שאם חצי הנוגח מיטב מן השלם שנתנגח, אינו נותן לו חצי החי, שאין נותנים לניזוק יותר על המזיק". ייתכן, שבעל המדרש הבין את הלכת ר' מאיר כדרך המוצעת בפנים – חציית השור החי היא אף יותר מחצי נזק, אך עד נזק שלם בלבד. לפי זה, הקטע המצוטט מבאר את שיטת ר' מאיר, על אף שהבאתו במדרש היא לאחר דברי ר' עקיבא. הדברים אפשריים, שכן זוהי תוספת פרשנית של בעל המדרש (כפי שמעיר בובר, שם, הערה קעד).

דין ג' על פי נוסח הדפוס הוא: "שוה מאתים שנגח שוה מנה נוטל רבעו". מקרה זה, על פי הנוסחים האחרים, נכלל כבר בדין א', ועל כן אין זה מפתיע שגם כאן מצאנו שינוי. נוסחים אלו גורסים: "שור שוה מאתים שנגח שוה מאתים", ודינו: "נוטל רביעי" / "רביעין" / "רביע". דין זה כשלעצמו תמוה – מדוע ישלם חמישים בלבד, והוא אף נסתר מהרישא, בה אין תשלום דומה במקרה של שוורים שונים שנגחו זה את זה ("שור שוה מנה שנגח שור שוה מנה... נוטל חציו"). הצורך בשינוי הנוסח בקטע זה, כך נדמה, מוכח מתוכו.<sup>33</sup> יחד עם זאת, אין להסיק מכאן שיש להתאים את הנוסח לדפוסים, ולגרוס: "שוה מאתים שנגח שוה מנה נוטל רבעו", שכן התאמה זו מצריכה שינויי גרסא משמעותיים ביתר חלקי ההלכה, ובעיקר בראשה (במקום: "או שוה מאתים שנגח שור שוה מנה", שהוא כעת הנוסח בדין ג', יש לגרוס: "או שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים"), ושינוי זה יש לדחותו, כפי שהזכרנו לעיל.<sup>34</sup>

ניתן להציע שני פתרונות אפשריים לבעייה שמעורר נוסח כתבי היד בדין ג'. האחד, הנוסח המקורי לא כלל את הדין "נוטל רביעי", ובבבא הראשונה היו שני דינים בלבד: דין א' ודין ב'. במקום דין ג' היתה פתיחה לבבא השנייה: "שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים אמר רבי מאיר..." ההוספה: "נוטל רביעי" נעשתה בנוסחים אלו בשלב מאוחר יותר, בהשפעת הנוסחים האחרים של המכילתא, שלפנינו מייצגם דפוס קושטא, ובהם תאם ר' מאיר להלכה המקובלת. למרות הוספה זו, לא שינו שלושת הנוסחים הנזכרים את ההלכה בגוף הדברים, וכך אומנם התעוררה הסתירה הפנימית הנזכרת, אך נותרה בעינה ההלכה הראשונית של ר' מאיר. פתרון שני, אף הוא דורש הגהה בנוסח המכילתא, הוא חילוף "שוה מאתים" בסיפא בשוה "חמשים".<sup>35</sup> לפי זה, דין ג' הוא "שוה מאתים שנגח שוה חמשים נוטל רבעו", ובכך מציג ר' מאיר את שיטתו במלואה: אומנם, הניזק עשוי לקבל מעל חצי נזק, אך עד כדי נזק, ולא מעבר לנזק שלם. על כן, אם חציית השור המזיק תיתן לניזק מעל לשווי שורו, אין אנו מקיימים אותה, ודינו במקרה דנן: "נוטל רבעו".<sup>36</sup>

עיקרם של דברים הוא כי בעדי הנוסח הנזכרים נשתמרה שיטתו הייחודית של ר' מאיר, ולפיה החיוב בגין שור תם שהזיק איננו בדווקא חצי נזק, והוא יכול להגיע עד כדי נזק שלם. לב לבו של החיוב הוא חלוקת השור המזיק, כשחלוקה זו מתקיימת בין אם השוורים שווים ובין אם ערכו של המזיק גבוה יותר.

<sup>33</sup> יש להדגיש: בחלקה הראשון של ההלכה אין שיקולים מתוך הטקסט, המחייבים את שינוי הנוסח. שינוי הנוסח בדפוסים נובע, כנראה, מקונספציות מקובלות ביחס לתשלום חצי נזק, אך פשטות ההלכה שלפנינו איננה נוקטת כן, כפי שנתבאר. הסיפא, כמבואר בפנים, מוקשת מתוך הטקסט גופו, ועל כן דומה שלא נותר אלא להגיה, וכך נקטנו בפנים.

<sup>34</sup> אף השינוי בסוף ההלכה (הוספת: "שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים אמר רבי מאיר וכו'"), כפי שנקטו דפוסי המכילתא (לעיל, סמוך להערה 22), ייתכן שנובע מהגהת דין ג, אולם לא כגורם יחיד, אלא בשילוב עם תפיסה שונה של הלכת ר' מאיר ודרשתו, כפי שיבואר בהרחבה להלן בפנים.

<sup>35</sup> לפי הצעה זו, ייתכן שחמישים נתחלף במאתים בהשפעת חלקי ההלכה הקודמים, או, לחילופין, נתחלף לסופרים בין ג' ל-ר'.

<sup>36</sup> ראו עוד בעניין הגבול העליון לשיטת ר' מאיר להלן, סעיף הבא. כפי שנאמר קודם, המשך ההלכה לדרך זו, "אמר ר' מאיר על זה נאמר וכו'", מתייחס לכל המקרים שהובאו קודם, ולא רק למקרה הסמוך ("נוטל רביעי").



ר' מאיר מבסס את ההלכה על הכתוב, וביסוס זה דורש עוד הבהרה. אולם טרם נבאר את הדברים, נפנה למקור נוסף, סמוך להלכה שנדונה לעיל, ואף בו נבחן את שיטת ר' מאיר באשר לפרשת שור תם.

## 5.ג. גבול תשלומי המזיק לשיטת ר' מאיר

ההלכה הקודמת להלכות שהובאו לעיל מהמכילתא דר' ישמעאל עוסקת בשאלת גבול תשלומי המזיק. בהלכה זו שנוי כך:

ומכרו את השור החי וחצו וגו'. יכול<sup>37</sup> בשוים הכתוב מדבר, או אינו אלא בשוים וכשאינן שוים, אמרת, מה דרך המזיקים נשכרים או מפסידין, הוי אומר מפסידין, אף דרך הניזקין נוטלין נזקן או יתר על נזקן, הוי אומר נזקן ולא יותר על נזקן. ר'<sup>38</sup> אומר נאמרה חציה בחי ונאמרה חציה במת, הא בשוין הכתוב מדבר.

המכילתא שוללת את האפשרות שחציית השור החי היא גם כשהשוורים אינם שווים. הדעה הראשונה, המובאת בסתם, לומדת זאת מסברא: "נזקן ולא יותר על נזקן". הדעה השנייה מתבססת על לימוד מהכתוב, גזרה שווה או היקש, המשווים בין החי למת. הסברא עליה מתבססת הדעה הראשונה עונה באופן חלקי בלבד על השאלה שהוצבה בתחילת הדיבור, משום שהיא איננה שוללת לחלוטין את האפשרות שמדובר בשוים ובשאינם שווים, אלא שוללת רק מקרה בו הניזק יטול יותר מנזקו (למשל: שור שווה שלוש מאות שנגח שור שווה מנה). הדעה השנייה, לעומתה, קובעת תשלום חצי נזק בדיוק, וזאת בהתבסס על הלימוד המשווה בין המזיק לניזק.

יתכן, לפיכך, כי הסברא המובאת במכילתא מתבססת על שיטה כשיטתו של ר' מאיר, שאיננה מכירה בחיוב נוקשה של חצי נזק, אלא מאפשרת הגדלת התשלום עד כדי נזק שלם.<sup>39</sup> סברא זו שולבה בהלכה שנוקטת כשיטה הדומיננטית, ועל כן מסיקה ממנה שהכתוב עוסק בשוים, אך אין זו משמעה, אלא משמעה הוא קביעת גבול עליון בלבד.<sup>40</sup> השיטה השנייה, הלומדת מדרשה, ומקבעת את חובת התשלום על חצי נזק, מבטאת את הגישה

<sup>37</sup> בכת"י אוקספורד, כת"י מינכן ובילקוט שמעוני: "או יכול אתה או". "יכול" כאן איננו הו"א שנשללת, אלא תפיסה המתאשרת ("בשוים הכתוב מדבר"). המונח "יכול" כשלעצמו נפוץ במדרשים דבי ר' עקיבא, ומצוי גם בניחותא, בייחוד בספרי זוטא לבמדבר, ראו כהנא, ספרי זוטא, עמ' 51 הערה 78 והפניותיו שם, ובפרט ראו הופמן, מדרשי התנאים, עמ' 63. תופעה זו חריגה יותר במדרשי ההלכה דבי ר' ישמעאל, אך היא קיימת, ראו כדוגמתה בספרי במדבר: כהנא, אקדמות, עמ' 169. השימוש החרגי כאן ב"יכול" הוביל למחיקתו בנוסחאות מאוחרות (הגר"א ואח', ראו מהדורת לויטראבך על אתר ובהערת המהדיר למהדורת הורוביץ-רבינ, הערה 4).

<sup>38</sup> בעדי נוסח רבים: "ר' עקיבא", ראו להלן בפנים.

<sup>39</sup> הצלע הראשונה של הטיעון: "מה דרך המזיקים נשכרים או מפסידין הוי אומר מפסידין" משמשת כהוכחה לכך שאין הניזקין נוטלין יותר על נזקן. ההוכחה בכך מתבארת יותר לפי שיטת ר' מאיר: לשיטתו, המזיק בוודאי איננו נשכר, שכן תמיד חולקים את השור החי, והוא איננו נוטל חלק בנבלה. אף הניזק, לטענת המכילתא, איננו יכול לצאת נשכר, ומכאן שאין הוא נוטל יותר על נזקו.

<sup>40</sup> בניגוד לדרך זו ראו רמב"ן במלחמת ה' לסוגייתנו (טז ע"ב בדפי הרי"ף). הרמב"ן סבור, שהסברא הנזכרת מלמדת בהכרח ש"בשוין הכתוב מדבר", והוא מוכיח זאת מלשונה של המכילתא דר' ישמעאל (הטעם שבכך הוא: "לפי שלא בא הכתוב לסתום אלא לפרש ותפסת מרובה לא תפסת"). מנגד, רש"י לפנינו, בעל המאור, עליו מקשה הרמב"ן, וראשונים אחרים, לומדים ככל הנראה כדרך

הדומיננטית ביחס לחובת התשלום של המזיק. דרשה זו מובאת בעדי הנוסח המרכזיים<sup>41</sup> בשם ר' עקיבא, שהוא התנא החולק על ר' מאיר בנוגע לנבלה. אף במקרה השני מבטא ר' עקיבא את הגישה המקובלת, ושני המקרים משתלבים לעמדה אחת, המחייבת את המזיק בחצי מהנזק שגרם שורו. על כן, יש להעמיד את הכתוב במקרה בו המזיק והניזק שווים, וכמו כן, כדי להגיע לחצי נזק, חולקים את הנבלה.

המכילתא דרשב"י, לאחר הבאת מחלוקת ר' יהודה ור' מאיר, עוסקת אף היא בשאלת גבול תשלומי המזיק. במסגרת דיונה מעלה המכילתא סברות דומות במגמתן לזו המובאת במכילתא דר' ישמעאל: "אינו דין שלא ישלם יתר על מה שהזיק" ו-"בעלין משלמין ואין הבעלין נשכרין". בסיום דבריה לומדת המכילתא דרשב"י את גובה תשלומי המזיק, שעליו אין להוסיף וממנו אין לגרוע, מדרשה שונה מדרשת המכילתא דר' ישמעאל:

שור יפה מנה שנגח שור יפה מאתים והנבלה יפה חמשים וזו זה נוטל חצי החי וחצי המת וזה נוטל חצי

החי וחצי המת שנא' ומכרו את השור החי וחצו את כספו<sup>42</sup> ודאי מה ת"ל וגם את המת יחצון מחצצין

את המיתה ביניהן כמה נטלה (מיתד) מיתה מאתים וזו זה נוטל מנה וזה נוטל מנה.

בהתאם לדרכנו כאן, דרשה זו איננה מתאימה לשיטתו של ר' מאיר, אלא מבססת את השיטה החולקת, שיטת ר' יהודה.

גם בבבלי נשתמרה מסורת שכזו. במסגרת משא ומתן אמוראי (או תלמודי), ובהתבסס על שיקולים דומים לאלו המובאים במכילתא דרשב"י, מקשר הבבלי בין הדרשה המחייבת תשלום מדויק של חצי נזק לבין שיטת ר' יהודה, שהיא, כזכור, מקבילתה של שיטת ר' עקיבא שבמכילתא דר' ישמעאל. בבבלי מובא כדלקמן (לד ע"ב):

א"ל רב אחא בר תחליפא<sup>43</sup> לרבא: א"כ, מצינו לרבי יהודה תם משלם יותר מחצי נזק (רש"י: "...והיכי דמי

שור שוה נ' שנגח לשור שוה מ' והנבילה יפה כ' והוי נזק כ' ופלגא נזקא עשרה וכי פלגי חצי חי וחצי מת נוטל ניזק בחי

---

המוצעת בפנים, היינו: הסברא איננה מקבעת את התשלום על חצי נזק. כך למשל כותב הרא"ה (שטמ"ק, עמ' ע"ח) ביחס לסברא שבבבלי (להלן בפנים): "ניחא דשמעינן מינה דלא אפשר ליה לתם לשלם כל נזק דודאי מועד חמור מיניה אבל אכתי נימא דמשלם יותר מחצי נזק כל היכא דלא הוי נזק שלם...". אומנם, ראשונים אלו אינם מבחינים בכך שיש כאן שיטה נפרדת, אלא (בהתאם לסוגיית הבבלי וכן הוא במכילתא דרשב"י, וראו על כך להלן בפנים) בניית הראייה בצורה הדרגתית (כדברי הרא"ה שם: "ואף על גב דמיתי ליה לעיל ממועד טעמא בעלמא קאמר", ובכך גם תשובה לאחת מהשגות הרמב"ן במלחמות). במכילתא דר' ישמעאל, מכל מקום, מכיוון שמדובר בשיטות, ניתן לבודד את השיטה הראשונה, כפי שנקטנו בגוף הדברים.

<sup>41</sup> כת"י אוקספורד, כת"י וטיקן, כת"י מינכן, ילקוט שמעוני ומדרש לקח טוב (אך הוא משלב את שתי הדרשות יחד: "למדנו בשוין הכתוב מדבר שלא מצינו ניזוקין נוטלין יותר על ניזוקן". מדרש לקח טוב, שמות כא, אות לה, עמ' 156).

<sup>42</sup> בתמיהה. פירוש: חלוקת השור החי (מאה וזו) והשור המת (חמישים) תיתן לניזק סכום של שבעים וחמישה וזוים. בכך, אין הוא בוודאי "נשכר", ואף אין המזיק משלם "יתר על מה שהזיק", אולם לא מתקיימת כאן חלוקת הנזק (עליו לקבל, בנוסף לנבלה, מחצית מנזקו, והיינו, סך הכל, 125). לשם כך יש צורך בדרשת הכתוב, המלמדת שיש לחלק את הנזק שווה בשווה. בהתאם לכך, פירוש המשך המכילתא – "כמה נטלה מיתה...": המיתה נטלה מאתים, ועל כן מקבל כל אחד מנה. בנוסף, נחלקת הנבלה בין השניים, וכל אחד מקבל ממנה 25.

כ"ה ובמת י' הרי [ל"ה] נמצא מוזיק משלם יותר מחצי נזק<sup>44</sup>, והתורה אמרה: ומכרו את השור החי וחצו את

כספו !

אית<sup>45</sup> ליה לר"י: פחת שפחתה מיתה מחצין בחי.<sup>46</sup> מנא ליה?<sup>47</sup> מוגם את המת יחצון.

והא אפקיה ר' יהודה לזה נוטל חצי החי וחצי המת, וזה נוטל חצי החי וחצי המת! א"כ, נכתוב קרא ואת המת, מאי וגם? ש"מ תרתי.

הדרשה "פחת שפחתו מיתה מחצין בחי" נזכרת כאן אליבא דר' יהודה. מבחינת מהלך הסוגייה, לשיטת ר' מאיר הקושייה איננה מתעוררת, משום שידוע שהוא דורש דרשה זו. לפי הסברנו, הדרשה היא אליבא דר' יהודה בלבד, בדומה למקורות הנזכרים לעיל,<sup>48</sup> אך ר' מאיר במקור הדברים לא קיבלה.<sup>49</sup>

---

<sup>43</sup> בכת"י פירנצה: "רבא בר תחליפ", ובדומה לכך בכת"י וטיקן: "רבה בר תחליפא". בכת"י אסקוריאלי: "רב תחליפא", ותוקן ל"רב אחא בר תחליפא". בכת"י המבורג ומינכן כלפנינו.

<sup>44</sup> מקצת פירוש זה שולב בכת"י וטיקן: "כגון דשור שוה חמשים מנה שנגח שור שוה ארבעים והנבילה יפה עשרים זה נוטל חצי החי וחצי המת וזה נוטל חצי החי וחצי המת והתורה אמרה וכו'".

<sup>45</sup> בכת"י המבורג וכת"י אסקוריאלי: "אמ' ליה אית".

<sup>46</sup> בכת"י המבורג נוסף: "ליש' אח' אמ' ליה רב אחא בר תחליפא לרבא אימא חד זוזא אמ' ליה אית ליה לר' יהודה...". גרסא זו מופיעה בר"ח ובראשונים אחרים (אם בפני עצמה ואם בשילוב עם הגרסא שלפנינו), והללו נתחבטו בפירושה ובפירוש הסוגייה כולה (כדברי הראב"ד, עמ' צב: "כי מפני שנמחקה מן הספרים בעבור שלא נתגלה טעמה היא רופפת ביד התלמידים"). עיקרם של דברים מפורש במאירי (עמ' 108 – 109): "ולענין פירוש נמצאת למד, ששני מינין יש בידך לדחות בהם שלא לפרש חלוקת חי ומת הנזכרת בתורה בשאין שוין. אחת שלא לחייב את המזיק ביתר מחצי נזק או ביתר מן המועד, והאחרת שלא להיות המזיק נשכר או שאינו משלם. ועל הראשונה אתה מפיל קושית מצינו תם משלם יתר מחצי נזק ועל השנייה אתה מפיל קושית אימא חד זוזא על הדרך שביארנו". מעניין, שהדרך השנייה (על פי הנוסח: "אימא חד זוזא") מתאימה למגמה שבמכילתא דרשב"י (אך לא בפרטי הדברים): הלימוד מהפסוק מובא במכילתא במקרה ש-"שור יפה מנה שנגח שור יפה מאתים והנבילה יפה חמשים זוז", והיינו מקרה בו ללא הדרשה המזיק היה משלם פחות מחצי נזק. לעניינו, ניכר שיש כאן שתי מסורות שונות לשאלתו של רב אחא בר תחליפא ("לישנא אחרינא"), ומשותפת לשתייהן התשובה בדבר דרשתו של ר' יהודה. יש בכך לחזק את טענתנו, שתובהר עוד להלן, ולפיה תשובתו של רבא מבוססת על מסורת שהיתה ביחס לר' יהודה, ואיננה תשובה מקומית או דיחוי גרידא, ועל כן גרעינה נשמר במסורות השונות. יש לציין בהקשר זה את הלשון הייחודית בה נוקט הרמב"ם (נזקי ממון, פ"ז ה"ז): "השביחה הנבלה... וזה הוא שנ' וגם את המת יחצון שבח המת יחצון". לא מצאתי מקבילות או מקור לדרשה זו, ונראה שהרמב"ם מפרש כך את לימודו של ר' יוחנן, ואינו חולק על הדרשה "פחת שפחתו מיתה".

<sup>47</sup> בכת"י אסקוריאלי: "נאמ' ליה רב אחא בר תחליפא לר' יוחנן פחת שפחתו מיתה מחצין בחי (מנא) מנא ליה [אם] מוגם את המת יחצון".

<sup>48</sup> על הזיקה בין הדרשות במקורות הנזכרים עמד גם הלבני, בבא קמא, עמ' קלא-קלב, אך הוא מייחס את הדרשה לר' מאיר. שיטתו במכילתא דר' ישמעאל קשה לפי עדי הנוסח המרכזיים הנוקטים "ר' עקיבא" כבעל הדרשה (ראו לעיל, הערה 41). קשה לשנות כאן לר' מאיר בלא ביסוס כלשהו, בייחוד לאור היות ר' עקיבא בר הפלוגתא שלו במחלוקת השנייה לפי נוסח המכילתא דר' ישמעאל. לשיטתנו יש להעיר, כי אין, כמובן, לשלול את פירושו של ר' יהודה לכתוב "וגם את המת יחצון", המלמד על חציית נבלת השור הניזק. הבבלי, ברוב עדי הנוסח שלפנינו (בכתבי היד ובראשונים), מציג, שכפל הדרשות נלמד מהמילה "וגם". אפשרות אחרת, העולה מגרסת הר"ח בסוגייתנו, היא כי הדרשה "פחת שפחתו מיתה מחצין בחי" נלמדה מהמילה "יחצון" בלבד, ולכן אין היא מחליפה את הלימוד מהכתוב כולו (ובדומה לכך במאירי, עמ' 102). דרך זו מסתייעת מהמכילתא דר' ישמעאל, בה מפורש בשיטת ר' עקיבא, שהדרשה מתבססת על "נאמרה חציה".

בנוסף למקורות אלו, ככל הנראה גם הירושלמי ייחס דרשה זו לר' יהודה. הירושלמי מבאר את מחלוקת ר' יהודה ור' מאיר שבמשנה (פ"ג ה"ט, ג ע"ד):

מא' טע' דר' מאיר. אמ' קרא "ומכרו את השור החי וחצו את כספו". ומה מקיים רבי יהודה "וגם את המת יחצון". מיכן שזה מפסיד חצי נזק וזה מפסיד חצי נזק.

הרי מפורש כאן, שר' יהודה דורש את המשך הפסוק כמובא בשמו במקורות שלעיל.<sup>50</sup> אם נשוב לדיונו הראשון, בו השונו את המקורות התנאיים בהם נשנתה שיטתו של ר' מאיר, הרי יש בידינו להבהיר יותר את המהלך שננקט על ידי התוספתא, המכילתא דרשב"י והברייתא בבבלי:<sup>51</sup> השינוי בין קבוצת המקורות הללו למשנה היה בכך שהוסברה דרשתו של ר' מאיר לכתוב "וגם את המת יחצון", והוא נבע, כאמור, מנסיון ליישב קושי פרשני, שהתעורר על רקע שיטת המשנה, שביטלה את המחלוקת בין ר' מאיר לר' יהודה. הסבר זה רואה את הדרשה אליבא דר' מאיר כשלב מאוחר יותר מגרעין של המחלוקת, ואין זה פלא לאור זאת למצוא את מקורה במקום אחר – עיקרה של הדרשה היה, לפי מה שהצענו לעיל, דווקא בשיטת ר' יהודה. לאחר שהשווה השיטות (דינית), ניתן היה להעמיד את הדרשה (גם) אליבא דר' מאיר.<sup>52</sup>

## 6.ג. הלכת ר' מאיר – שיטתו הפרשנית ומגמתו המשפטית

שיטת ר' מאיר, על פי המכילתא דר' ישמעאל, מבוארת כעת בשלמותה. לשיטה זו שני פנים: האחד הוא בכך שהתשלום איננו מקובע על חצי נזק דווקא, כפי שסברה השיטה הדומיננטית במקורות התנאיים, אלא יכול

<sup>49</sup> על אף מסקנתנו, לפיה ר' מאיר לא דרש דרשה זו, אין הכרח להפנות את קושיות הבבלי (בהתאם ללשונות שהובאו לעיל, הערה 46) לשיטתו: מרבית הראשונים הגורסים "ואימא חד זוזא" (ראו למשל בפירוש הר"ח, בניגוד לפירושו של בעל המאור), מבססים את הקושייה על הברייתא העוסקת ברווח המזיק בשבח נבילה, שהיא אליבא דר' יהודה בלבד. מבין הראשונים האחרים הגורסים כלפינו (או גם כלפינו), רבים מתחבטים בפירושה של הקושייה, עד כדי הסבתה למקורות וטעמים אחרים (ראו למשל תוד"ה "והתורה", וראו רא"ה בשטמ"ק לשיטת "רבתי המפרשים", הגורסים "אם כן מצינו לרבי יהודה תם משלם יותר מחצי נזק", וללא "והתורה אמרה...": "והלכה רווחת בישראל שאין התם משלם יותר מחצי נזק"). כללו של דבר, חוסר היציבות במסורות ביחס לקושייה מצביע, כפי שנטען לעיל, שהשלד המרכזי של הסוגייה הוא מסורתו של רבא בדרשת ר' יהודה, עליה חלק ר' מאיר, ולא דווקא הקושייה.

<sup>50</sup> בירושלמי כת"י אסקוריאל, עמ' 8 – 9: "מאי טעמיה דר' יהודה וגם את המת יחצון", בלא ההמשך שבכת"י לידן, וראו הערתו של ליברמן על גרסא זו, שלכאורה איננה מוסיפה דבר על המשנה (שם, עמ' 115). ביחס לגרסת כת"י לידן, כמה מפרשים וחוקרים הציעו לשנות את הגרסא בסיפא ל-"ומה מקיים ר' מאיר", ולהתאימה בכך לברייתא שבבבלי. ראו למשל רידב"ז על אתר; נתיבות ירושלים, עמ' יח; מיכל המים, עמ' יח; הלבני, בבא קמא, עמ' קלב הערה 11; ר"י לוי, עמ' יז. אולם מכת"י אסקוריאל מוכח, שהנוסח הוא "ר' יהודה", ולחילוף המוצע אין כל ראייה. לדרך אחרת ראו בפני משה, המבאר את הגרסא שלפינו כשיטת ר' יהודה על פי מסקנת סוגיית הבבלי.

<sup>51</sup> בהתאם לשלבי ההתפתחות שבמקורות התנאיים, ראו לעיל, סוף סעיף ג.3, סמוך להערות 17 – 19.

<sup>52</sup> במכילתא דרשב"י הדרשה בדברי ר' מאיר שונה מהדרשה בדברי ר' יהודה, אך משמעותה, כך נראה, זהה. מכל מקום, הדמיון הסגנוני ניכר מתוך השוואה בין דרשת ר' יהודה במכילתא דרשב"י לדרשת ר' מאיר בתוספתא ובבבלי: "מחצצין את המיתה ביניהן" במכילתא דרשב"י מול: "יחצו דמי מתה ביניהן" בתוספתא ו-" פחת שפחתו מיתה מחצצין בחי" בבבלי (כשלמעשה "התפצלה" הדרשה שבבבלי לשתי דרשות במכילתא דרשב"י – "פחת" בדרשת ר' מאיר ו"מחצצין את המיתה" בדרשה השנייה), ועל כך מתבסס הטיעון שבפנים. בבבלי שתי הדרשות זהות לגמרי, אך ספק אם יש בכך ראייה.

להיות גבוה ממנו, עד נזק שלם. פן שני הוא בכך שהנבלה איננה נחלקת בין המזיק לניזק, אלא נשארת בידי הניזק. אף בכך גדל התשלום הניתן על ידי המזיק, בניגוד לשיטה הדומיננטית בדין שור תם, הסבורה שהמזיק והניזק חולקים בנבלה, כשבאמצעות חלוקה זו מתממש עקרון תשלום חצי נזק.<sup>53</sup>

ניתוח זה מאפשר לעמוד באופן מלא על דרכו הפרשנית של ר' מאיר, קרי: מהו הבסיס המדרשי להלכה המוצגת על ידו.<sup>54</sup> הלכת ר' מאיר במכילתא, שהוצגה לעיל, כוללת לפחות שני דינים: דין א' הוא "נוטל חציו" ודין ב' הוא "נוטל כולו".<sup>55</sup> דברי ר' מאיר: "ועל זה נאמר ומכרו את השור החי וגו'" מתייחסים לדינים הללו<sup>56</sup> ולשני חלקי הפסוק (ולא לקטע המצוטט בלבד). דין א' נגזר מפירושו של ר' מאיר לכתוב "ומכרו את השור החי וחצו את כספו", הכולל את חציית השור החי בשני מקרים: "שור שוה מנה שנגח שור שוה מנה או שוה מאתים שנגח שור שוה מנה". דין ב' ("שור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים"), בהתאם לכך, נגזר מחלקו השני של הכתוב: "וגם את המת יחצו", והוא מציין את חציית ערכו של המת, כפי שהיה בעודו חי. פירוש הדברים: הכתוב קובע את חציית השור החי, אך מגביל זאת בדרישה לחציית המת. הדברים באים לידי ביטוי כאשר ערך השור החי נמוך מערך השור המת, וחצייתו תביא לכך שהמזיק ישלם פחות מחצי שווי הניזק. קובע הכתוב כגבול תחתון את חציית המת, ומכאן הדין: "שור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים נוטל כולו".<sup>57</sup> דרשת ר' מאיר, לפי זה, היא כדלקמן: הכתוב מחייב את המזיק בחציית שורו, אך יש להתחשב בקריטריון נוסף, "וגם את המת יחצו", כלומר: יש (לכל הפחות) לחלוק את מחצית ערכו של השור הניזק. במידה ותנאי הכתוב איננו מתממש, וזאת כאשר חציית השור החי איננה מגיעה למחצית השור המת, לא נקיים את חציית השור החי. בדרך

---

<sup>53</sup> שילוב שני דינים אלו אליבא דר' מאיר מעורר את השאלה, האם מתן הנבלה לניזק הוא להשלמת התשלום לנזק שלם, אך לא מעבר לכך, או שמא ניתנת הנבלה בכל מקרה לניזק, ואף במקרים בהם משלם המזיק בפועל נזק שלם. האפשרות הראשונה עולה מן הסברא: "נזק ולא יותר על נזק" (לעיל, סעיף ג.5). היא אף מסתברת על רקע מגמתו המשפטית והפרשנית של ר' מאיר, המתוארת להלן בפנים, שעיקרה צמצום התשלום המופחת בדין המקראי, וזאת בשל אחריותו של המזיק לנזק, אך אין מקום לחיוב מעבר לנזק המלא. האפשרות השנייה מרחיקת לכת יותר, וייתכן שהיא מבוססת על תפיסה כללית בדיני הניזקין, ולפיה גם בנזקים אחרים ניתנת הנבלה לניזק כזכות ממונית נוספת על התשלום, ואפילו אם התשלום המלא הוא נזק שלם. יש מקום לומר, שזו משמעות שיטת אחרים במכילתא דרשב"י (כא לד, עמ' 186 – 187): "גם את השור וגם את הכסף ישיב לבעליו" (השוו לשון אחרים בסוגיית הבבלי, יא ע"א). השערה זו זקוקת עיון נפרד, ואין כאן מקומו.

<sup>54</sup> הצעת הדרשה שלהלן הועלתה על ידי פרופ' ד' הנשקה במסגרת הערותיו לפרק זה (אך האחריות לדברים, לתוכנם ולסגנונם, היא כמובן עלי). הערות והארות רבות העירני פרופ' הנשקה במהלך קריאת פרקי העבודה, ורובם ככולם שולבו והוטמעו בתוך דברי. זו הנוכחית עומדת כיחידה עצמאית, ועל כן צוינה בנפרד.

<sup>55</sup> על דין ג' והבעייתיות שבו ראה לעיל, סמוך להערה 33. המגמה בו (בהתאם לפירוש המוצע לעיל), מכל מקום, משתלבת עם האמור להלן.

<sup>56</sup> בניגוד למשנה, המייחסת את דברי ר' מאיר למקרה יחיד: "שור שווה מאתים שנגח לשור שווה מאתים", לפי הצעתנו במכילתא דר' ישמעאל מוסבת דרשתו על שלל המקרים המובאים קודם לכן. בפרט מתיישים הדברים עם נוסח כתבי היד, שאיננו פותח מחדש בהצגת המקרה המובא במשנה, אלא רק: "אמר רבי מאיר ועל זה נאמר ומכרו את השור החי וגו'", והיינו: על כל האמור קודם לכן.

<sup>57</sup> הסברות שהובאו לעיל בסעיף הקודם אינן מתייחסות לגבול התחתון הנזכר, אלא רק קובעות את הגבול העליון לתשלום. הדרשה המובאת בפנים משלימה פער זה.

זו כולל הכתוב בתוכו כמה מקרים נפרדים: אלו המממשים את חלקו הראשון, ואלו המממשים את חלקו השני. תשובתו של ר' עקיבא היא "קרא את כל המקרא הזה וכו'", והיינו: יש לקרוא את הפסוק בשלמותו וכיחידה אחת. אין לראות בו שני קריטריונים נפרדים לתשלום, אלא שני שלבים מצטרפים זה לזה ומשלימים זה את זה: מכירת השור החי וחלוקת השור המת.<sup>58</sup> דרשתו של ר' מאיר מאפשרת לו שלא לקבוע את חלוקת נבלת השור, ומכאן הלכתו הנוספת, שאף עליה עמדנו לעיל, המקנה את הנבלה בשלמותה לניזק.

בהצגת דרשה זו נפתרת הבעייה שהעלנו בראש פרק זה, שכן כעת מובנת שיטתו של ר' מאיר, בתוכנה ובבסיס הניתן לה בכתוב. שיטה זו, כפי שכבר הוזכר, איננה משתלבת עם פשוטו של מקרא,<sup>59</sup> ומכאן, שאין המהלכים הפרשניים מניעים אותה. מסתבר, לפיכך, שמאחורי הדברים עומדת מגמה משפטית – לשני הדינים הללו מכנה משותף, והוא צמצום הפטור הניתן למזיק ממחצית הנזק, ומכאן: מאחורי שיטת ר' מאיר עומדת המגמה להחמיר עם המזיק. על פי תפיסתו, ובהתאם לזרם ההלכתי אליו הוא משתייך,<sup>60</sup> סבור ר' מאיר, שעל המזיק מוטלת אחריות לנזק, ועל כן הוא מרחיב את התשלום המוטל עליו. פרשנות הכתוב, לפי זה, משמשת ככלי ליישום תפיסה הלכתית זו (במידת האפשר), ואיננה מקור לה. הדברים נובעים ממתח בין דין הכתוב לדין המתבקש, אשר נוצר בעקבות שינוי העמדה המשפטית בין פשוטו של מקרא לר' מאיר.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> לפרשנות דומה של הביקורת אליבא דר"ע (אך בגוף הדברים פירושו שונה) ראו כשר, תורה שלמה, חלק יז, מילואים, עמ' רפב – רפד. אף לפירושו ניתן למקד את מחלוקת ר"ע ור"מ במילה: "וגם". יש להעיר עוד, כי פרשנות זו למחלוקת התנאים קיימת רק במכילתא דר' ישמעאל. במשנה ובמקורות האחרים דבי ר' עקיבא, וכן במכילתא דר' ישמעאל על פי נוסח הדפוסים, נתפס ר' מאיר כמבאר את הפסוק בהתייחס לדין "שור שווה מאתים שנגח לשור שווה מאתים" בלבד, ומכאן תגובת ר' יהודה במשנה: "ולא קיימתה וגם את המת יחצון". הפרשנות שהוצעה בפנים בשיטת ר' מאיר לחלקו השני של הפסוק, "וגם את המת יחצון", הקושרת אותו לדין "שור שווה מנה שנגח לשור שווה מאתים", אפשרית אומנם לשיטת המשנה, אך מלשונה לפנינו משמע שאיננה נוקטת כן (בפרט על פי שיטת הבבלי, לג ע"א: "מתניתין מני רבי עקיבא היא"). אף אם יש לדרשה זו מקום, הרי שלשיטת המשנה ויתר המקורות אין היא מספיקה, שכן היא מבארת רק את הגבול התחתון של התשלום אליבא דר' מאיר. בשל כך, השלימו התוספתא, המכילתא דרשב"י והברייתא בבבלי פער זה בדרשה המתאימה ביותר לשיטתם: "פחת שפחתו מיתה מחצין בחי" (ראו בהרחבה לעיל, סעיף 4.ג. וסעיף 5.ג.).

<sup>59</sup> יש מקום אומנם לומר, שבפשוטו של מקרא חלוקת השור המזיק ונבלת השור הניזק מתקיימת גם אם השוורים אינם שווים (ראו: ג'קסון, מחקרים, עמ' 133 – 135; ליונשטם, שור נגח, עמודה 605), אך כפי שהראנו בראשית הדברים (לעיל, פרק א, סמוך להערה 6 ובהערה הנזכרת), ההקשר הכולל של דין התורה איננו משתמע כפרוש זה. על כל פנים, חלקה השני של שיטת ר' מאיר, המקנה את הנבלה לניזק, רחוק בוודאי מרחק רב מפשוטו של מקרא.

<sup>60</sup> ראו בסעיף הבא.

<sup>61</sup> ראו הפניות לעיל, פרק ב, הערה 8. מעניין לציין, אגב זאת, כי גם ג'קסון, הסבור שפשטי המקראות מורים על חלוקת השור גם כשהשוורים אינם שווים (ראו לעיל, הערה 59), משלב בסופו של דבר הסבר זה עם התפיסה המטילה אחריות על בעל השור. לטענתו, הדין המקראי המקורי לא כלל את הלכת שור מועד ביחס לשור שנגח שור, וגם במקרה שכזה יש לחלוק את השוורים. פתרון זה לטענתו עשוי להיות צודק יותר, שכן לפי הלכת שור מועד המזיק יכול לשלם שור שערכו נמוך מהשור המת (ג'קסון, מחקרים, עמ' 141 – 148, ולעיל, פרק א, הערה 6). על אף שאיננו מקבלים את טענותיו של ג'קסון ביחס לפירוש המקראות (ראו בהערה הנ"ל), יש במגמה המשפטית המתוארת על ידו דמיון לענייננו.

### ג.7. מקומם של ר' מאיר ור' יהודה בין שיטות התנאים בדין חצי נזק

בפרק הקודם הוצגו תפיסותיהם של ר' עקיבא ור' ישמעאל בדין חצי נזק, בהתבסס על מחלוקתם: "יושם השור" או "הוחלט השור". ר' מאיר, כפי שראינו בפרק הנוכחי, איננו סבור שמתקיימת חלוקה שווה של הנזק בין הצדדים, אלא המזיק משלם בין חצי נזק לנזק שלם. על כן, אין הוא יכול לקבל את שיטתו של ר' עקיבא. שיטתו היא כר' ישמעאל, הסבור שמוטלת אחריות על בעל השור המזיק. כשיטה זו מצאנו את ר' מאיר גם בעניין נוסף, בדיונו בחובת השמירה של שור תם.<sup>62</sup> אולם בדיונו כאן מצאנו את ר' מאיר מרחיק לכת ממה שהעלינו עד כה. השיטה שנמצאה במקרה דנן מצמצמת באופן ניכר את תחולתו של דין חצי נזק. אין זו רק מחלוקת באשר לבסיס התיאורטי של ההלכה, וכן אין זו מחלוקת בפרטי הלכה נקודתיים. מדובר כאן בשיטה הנוגעת ללב ליבה של ההלכה, אותה היא מגבילה באופן ניכר בהתאם לתפיסתה המשפטית ובמהלך פרשני-מדרשי ייחודי לה.

לאור זאת, מובן מדוע שרדה שיטתו במכילתא דר' ישמעאל בלבד. שיטת ר' מאיר היא השיטה הקיצונית בהטלת האחריות על המזיק, וביטויים של דברים הוא בצמצום ניכר של הפטור הניתן לו. לשיטה כזו יש מקום רק במקורות היוצאים מנקודת הנחה שמוטלות אחריות וחובת תשלום על המזיק, היינו: במכילתא דר' ישמעאל. במקורות דבי ר' עקיבא בהם יסוד השותפות מרכזי, אין מקום לשיטה המטילה חובת תשלום מובהקת על המזיק, ועל כן היא עומעמה, כפי שתארנו לעיל.<sup>63</sup>

מעבר לתחומים ההלכתיים שנדונו כאן, ר' מאיר מצמצם את דין חצי נזק גם במישור נוסף – בעניין מקום הנזק.<sup>64</sup> נושא זה יידון בהרחבה במסגרת דיונו בפטור שן ורגל ברשות הרבים. דיונו שם עוסק בהשלכה שיש לרשויות השונות בהם נעשה הנזק על פרטי ההלכה, בהתייחס למספר אבות נזק, ובהם גם קרן. כפי שנראה שם, ר' מאיר מחייב נזק שלם על נזקי קרן ברשות הניזק, וייתכן גם במקומות נוספים, כך שלמעשה מגביל את חלותו של דין חצי נזק למספר מצומצם של רשויות.<sup>65</sup> הסברא בכך משתלבת עם תפיסתו של ר' מאיר כאן, שכן ברשות הניזק אחריותו של המזיק רחבה יותר, ועל כן יש מקום לחייבו בתשלום מלא. ניתוח המקורות הללו בהקשרם הכולל ייעשה כאמור בפרק הרלוונטי, ולעניינו נסתפק בהצבעה על המגמה שבשיטת ר' מאיר – צמצום החלתו של דין חצי נזק ככל הניתן.<sup>66</sup>

<sup>62</sup> לעיל, פרק ב, סעיף ב.3.

<sup>63</sup> על מעמדה הבכיר של אסכולת דבי ר' עקיבא בסוף תקופת התנאים ראו כהנא, ספרי זוטא, עמ' 109 – 110.

<sup>64</sup> ראו קישור דומה אצל אלבק, פירושים במסכת בבא קמא, עמ' 21 – 25; הנ"ל, נזיקין, עמ' 119 – 125.

<sup>65</sup> המקורות נחלקו בשאלה, באילו רשויות יש לחייב נזק שלם ובאלו חצי נזק. לדיון מפורט בעניין זה ראו שער שני, נספח ג.

<sup>66</sup> בהתבסס על מסקנותינו ביחס לשיטת ר' מאיר לגבי נזקי קרן ברשות הניזק, יש לשער גם כי ר' מאיר יגביל את דין חצי נזק לאב הנזק קרן בלבד. זאת בניגוד לשיטה המרחיבה דין זה גם לשן ורגל, כפי שעולה מפשטי המשניות שבפרק שני. על שיטות אלו ראו דיונו בהקשר לדין צרורות, להלן, שער שלישי, פרק ז, סמוך להערות 2 – 8.

באשר לשיטה החולקת על ר' מאיר, לפיה התשלום מקובע על חצי נזק, התפיסה התיאורטית מבית מדרשו של ר' ישמעאל, הסבורה שמוטלת אחריות על בעל השור, עשויה להתאים לשיטה זו מבחינת התוצאה ההלכתית, ולהגביל את חובת התשלום המוטלת על המזיק לחצי נזק בדיוק.<sup>67</sup> אולם למעשה, צורת הבאת השיטה בשלל המקורות שנדונו לעיל מתאימה לתפיסתם של ר' עקיבא וממשיכי דרכו, וזאת ממספר שיקולים. ראשית, מסורת המכילתא דר' ישמעאל מביאה שיטה זו בשם ר' עקיבא, ויוצרת בכך זהות בין נושאי שתי הדעות הללו. שנית, שיטה זו מוצגת בהקשרו של הכתוב, ומתארת חלוקה בפועל של השור המזיק והניזק גם יחד. חלוקה זו משקפת את השתתפות הצדדים בנזק ומתאימה לפשטי המקראות שנדונו בפתיחת פרק זה, ששיטת ר' עקיבא ממשיכה אותם.

כמסקנה זו מפורש בסוגיית הירושלמי. הירושלמי מבאר את שיטת ר' יהודה שבמשנה בהתאם לעקרון החלוקה הנזכר (פ"ג ה"ט, ג ע"ד): "ומה מקיים רבי יהודה 'וגם את המת יחצו' מיכן שזה מפסיד חצי נזק וזה מפסיד חצי נזק". היינו: הכתוב משמש ללמדנו את מהותו של דין זה – כל אחד מהצדדים נתפס כמי ש"מפסיד חצי נזק".<sup>68</sup> כך ראה גם הירושלמי את דברי המשנה (פ"א מ"ג) "והניזק והמזיק בתשלומין": "משלמין חצי נזק".<sup>69</sup> מיכן שמחצין (חצי נזק) את הנזק. מיכן שזה מפסיד חצי נזק וזה מפסיד חצי נזק." על פי פרשנות זו, מדובר כאן אכן בתשלום בפועל של חצי נזק, אך אין משמעות הדברים תשלום נזיקי, המושתת על הטלת אחריות על המזיק, אלא השתתפות של כל אחד מהצדדים במחצית הנזק.<sup>70</sup> תשלומו של המזיק הרי הוא כתשלומו של הניזק, שעיקרו "מפסיד חצי נזק".<sup>71</sup> לאור דברים אלו, הולכת ומתבהרת תמונת נושאייה של השיטה החולקת על ר' מאיר: ר' עקיבא ותלמידיו. כך היא שיטת ר' יהודה כאן ובסוגיית חובת השמירה של שור תם, וכך היא שיטת ר' שמעון, על פי משנת שור שנגח ארבעה וחמשה.<sup>72</sup>

<sup>67</sup> בהתאם לשיקולים הנזכרים לעיל, פרק ב, סמוך להערות 7 – 8. כל זאת כמובן אם איננה מקבלת את דרכו של ר' מאיר.  
<sup>68</sup> ראו לעיל, הערה 50, גרסת כתב יד אסקוריאל ודיון המפרשים בירושלמי זה, וראו דברינו בפנים, סמוך להערה הנ"ל. התפיסה המנוגדת משתקפת מגרסת הרי"ף (ו ע"א בדפי הרי"ף), שתובא להלן, הערה 71.  
<sup>69</sup> השוו תוספתא, פ"א ה"ג, מהדורת ליברמן עמ' 2: "הניזק והמזיק בתשלומין לשלם חצי נזק".  
<sup>70</sup> בניגוד לדרך זו, סוגיית פלגא נזקא פרשה את הדברים כתשלום ממש, ועל כן הקשתה מהמשנה (פ"א מ"ג): "הניזק והמזיק בתשלומין" למ"ד פלגא נזקא קנסא (טו ע"א). הירושלמי, על כל פנים, מפרש כמובן בפנים.  
<sup>71</sup> ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 8; ר"י לוי, עמ' יז. השניים מפנים לרי"ף, הגורס (ו ע"א בדפי הרי"ף): "ירושלמי מלמד שזה משלם חצי נזק וזה מפסיד חצי נזק". שינוי הנוסח ברי"ף מחזק דווקא את מסקנתנו ביחס לנוסח שלפנינו, שאיננו מתפרש כתשלום במובנו הרגיל (בניגוד למסקנתו של ר"י לוי, שם). כפי שהעיר ר' ישראל לוי, משפט זה מקביל לבאור הירושלמי בשיטת ר' יהודה במשנת פרק שלישי (כמצוטט לעיל בפנים), ואולי לקוח מהסוגייה שם. בשני המקרים, כאן ובפרק ג, הירושלמי מבאר את משמעות התשלומים בהתאם לשיטה הרואה בדיון שור תם נטילת חלק משותפת בנזק, ולא חיוב תשלום נזיקי מכוח הטלת אחריות על המזיק.

<sup>72</sup> סוגיית חובת השמירה של שור תם ומשנת שור שנגח ארבעה וחמשה נדונו לעיל, פרק ב. קישור בין ר' יהודה לר' שמעון נעשה בירושלמי, על ידי ר' יוחנן, בהקשר למשנת שור שנגח ארבעה וחמשה (פ"ד ה"א, ד ע"א): "אמ' ר' יוחנן ר' יודה ור' שמעון שניהן אמרו דבר אחד. כמה דר' יודה אמ' קנה כן ר' שמעון אמ' קנה. אלא שר' יודן או' קנה לחי קנה למת ור' שמעון או' לא קנה אלא למת בלבד". באורה המלא של מימרא זו בהקשר בו היא נתונה מורכב, ואיננו יכול להיעשות במסגרת הנוכחית.



להשלמת הדברים, יש להעיר, כי הביטוי "משלם חצי נזק" מופיע בצורות שונות במקומות רבים בספרות התנאים,<sup>73</sup> ולא מצאנו מי שאיננו משתמש בו ומחליפו באחר. אף הירושלמי הנזכר, ההולך בדרכם של ר' עקיבא ותלמידיו, משתית את פירושו על ביטוי מעין זה, אך הוא נושא משמעות סמנטית שונה ממשמעותו המילולית, שכן אין מדובר כאן בתשלום במובנו המקובל, כנובע מאחריותו של המזיק לנזק, אלא השתתפות, או: "הפסד" של מחצית הנזק. לשיטת ר' מאיר שונה גם כן משמעותו של הביטוי, אך כאן אין הדברים מתבטאים בחלקו הראשון, "משלם", אלא בחלקו השני, "חצי נזק", שמשמעו הוא כי המזיק משלם לכל הפחות חצי נזק. לחילופין, יתכן שמשמעו של הביטוי איננו חצי נזק בדיוק, אלא פחות מנזק שלם.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> במשנה, למשל: "שהתם משלם חצי נזק ומגופו" (פ"א מ"ח [מ"ה]), במכילתא דר' ישמעאל (מסכתא דנזיקין, פרשה יד, עמ' 298): "ד' כללות היה רבי שמעון בן אלעזר אומר משום ר' מאיר בנזקין... מועד משלם נזק שלם ותם משלם חצי נזק", ועוד רבים.

<sup>74</sup> לא מצאתי ראיות למשמעות זו בתורת התנאים. מעניין הוא, כי המשמעויות האפשריות לחצי נזק, הנזכרות בפנים, הובאו על ידי ר"י אבן גנאח בספר השרשים (עמ' 166, שורש חצ"ה): "והוא שממנו מה שהוא פרושו חלוק, והוא על שני דרכים: שתהיה החלוקה בשוה כמו 'וחצית את המלקוח' [=מקביל בענייננו לחצי נזק בדיוק (א"ו)]... או שתהיה מבלי השוואה כאמרו 'עד צואר יחצה', 'יחצוהו בין כנענים' [=פחות מנזק שלם]... וממנו מה שפרשו מחצית ההגעה, והוא באמרו 'לא יחצו ימיהם', כלומר לא יגיעו עד מחציתם [=לכל הפחות חצי נזק]". על משמעות חצי נזק כתשלום של פחות מנזק שלם בנדון דידן (אך ביחס לפרט דיני שונה) עמד בעל מדרש לקח טוב (שמות כא לה, עמ' 156): "ואעפ"כ יש חצי שאינו חצי ממש, כמו חציו שרף כמו אש על חציו (ישעיה מד טז), שאם חצי הנוגח מיטב מן השלם שנתנגח, אינו נותן לו חצי החי, שאין נותנים לניזוק יותר על המזיק". מעין זה מצאנו ב"חצי שיעור" (ראו למשל רש"י, יומא עג ע"ב: "חצי שיעור – כלומר פחות מכשיעור"). מאידך, ראו תוד"ה "והתורה" וכן רשב"א, עמ' קפג, ד"ה "הא דקא מקשה", המוכיחים מהלשון "חצי נזק", שמדובר בחצי נזק בדיוק.

## שער ראשון – סיכום

בשער זה דנו במספר מקורות, הנוגעים לשאלת אופיו של דין חצי נזק והבסיס התיאורטי העומד מאחוריו. כרקע מקדים לדיון זה עסקנו בפרשת שור תם המקראית ובייחודיות ההלכה שבה. לאחר מכן עיינו במספר מחלוקות תנאים, המשקפות שני זרמים מנוגדים, שנחלקו באשר לטיבה של הלכת שור תם. במסגרת זאת ניתחנו ראשית את מחלוקת ר' עקיבא ור' ישמעאל בדין "יושם השור" או "הוחלט השור", אותה ראינו כנקודת המוצא של הזרמים השונים. לאחר מכן עסקנו במחלוקת התנאים בדין שור שנגח ארבעה וחמישה, ובחנו את זיקתה של מחלוקת זו למחלוקת התנאים הנזכרת, בהתייחס לפרשנויות התלמודיות למחלוקת. בשלב שלישי ניתחנו את מחלוקת התנאים בשאלת חובת השמירה של שור תם ואת זיקתה למחלוקות התנאים הקודמות ולמחלוקות האמוראים המאוחרת בדין פלגא נזקא. בפרק נפרד הצענו ניתוח למחלוקת ר' מאיר ור' יהודה או ר' עקיבא בפרשת שור תם. כאן עמדנו על דרכו הייחודית של ר' מאיר בפרשת שור תם ועל המגמה המשפטית העומדת מאחורי שיטה זו, וכנגדה הצבנו את שיטת בר פלוגתו, תוך שהצבענו על התפיסה בה נקט כל אחד מהתנאים הללו. לאור זאת, נבקש להציג בדברים שלהלן מסגרת מובנית של שיטות התנאים בדין חצי נזק והשתלשלותן. הצגה זו תשמש כסיכום הניתוחים שלעיל ותציג את עיקרי מסקנותיהם.

שתי גישות יסוד בספרות התנאים לדין חצי נזק. האחת רואה בדין זה תשלום של המזיק, הנובע מהטלת אחריות נזיקת עליו, אף כי התשלום מופחת מסיבות שונות. השנייה רואה בדין זה השתתפות, או נשיאה משותפת של המזיק והניזק בתוצאות הנזק. לשיטה זו לא מוטלת אחריות נזיקת על המזיק ואין עליו חובת תשלום במובנה המקובל. גישות אלו קיבלו לראשונה ביטוי במחלוקת ר' ישמעאל ור' עקיבא בשאלה: "יושם השור" או "הוחלט השור". מחלוקת זו בצורתה המפורשת מופיעה בבבלי בלבד, אך יש לראותה כמשקפת מסורת מהימנה, המתבטאת גם במחלוקותיהם של חכמים מאוחרים להם.

מחלוקת ר' עקיבא ור' ישמעאל נמשכה בדור תלמידיהם. מייצגה של שיטת ר' ישמעאל הוא ר' מאיר, תלמידו של ר' ישמעאל טרם לימודו לפני ר' עקיבא, ומיצגיה של שיטת ר' עקיבא הם תלמידיו, ר' יהודה ור' שמעון. הסתעפות אחת למחלוקת ר' עקיבא ור' ישמעאל מצויה במחלוקת התנאים בדין שור שנגח ארבעה וחמישה. פשט דברי ר' מאיר הוא כשיטת ר' ישמעאל. לשיטה זו, האחריות מוטלת על בעל השור המזיק, אך בעימות בין הניזקים קודם הניזק האחרון לאלו שלפניו. ר' שמעון סבור כשיטת ר' עקיבא, וכמוהו, לפי מסורת אמוראית בירושלמי, סבור גם ר' יהודה. לשיטתם, הניזק והמזיק חולקים בשור, ועל כן גם בנזקים הבאים הם משתתפים בהתאם לחלקם היחסי. הסתעפות נוספת של מחלוקת התנאים היא בשאלת חובת השמירה של שור תם. שתי נקודות ציון קושרות בין הדברים. האחת היא שיטתו של ר' יהודה. שיטה זו תמוהה, משום שמחייבת את בעל השור התם כששמרו כראוי ופוטרת בעל שור מועד. הצבת ר' יהודה במסגרת שיטתו של ר' עקיבא

מבארת את שיטתו בצורה ההולמת ביותר. נקודה שנייה היא פרשנות הבבלי למחלוקת התנאים, המופיעה בגרעין הסוגייה הסמוכה למשנה. פרשנות זו, השייכת לתקופת האמוראים, מציעה מסגרת כוללת למחלוקת, האם "סתם שוורים בחזקת שימור" או לאו, ובכך היא משתלבת עם המחלוקת העקרונית בדין חצי נזק ומבארת את התפיסה המשפטית ביחס לשור, העומדת מאחורי מחלוקת זו. בהקשר לכך אף ראינו, כיצד בדור החמישי של אמוראי בבל ניתנה פרשנות חדשה למחלוקת הכללית, שהציבה אותה בתוך תבניות משפטיות בנות הזמן (קנסא וממונא). תוצאת הדברים היא כי דין שור תם לפי שיטת ר' עקיבא וממשיכיו מאבד מייחודיותו, שמקורה בהלכה המקראית, ומעוצב לפי תבניות מוכרות יותר בדיני הנזיקין.

השתלשלות שלישית של מחלוקת התנאים אותרה על ידינו במחלוקת ר' מאיר ור' יהודה בפרשת שור תם. כאן מצאנו, כי ר' מאיר מציע פרשנות ייחודית לפרשה המקראית, ועל ידה מעלה את ערך התשלום בו מחוייב המזיק. הדברים מתבטאים בשני מישורים. האחד, במתן הנבלה במלואה לניזק, על אף שהמזיק משלם חצי מערך השור הניזק. השני, בהטלת חובת תשלום של למעלה מחצי נזק במקרים בהם ערכו של השור המזיק גבוה משל השור הניזק, כך שלמעשה המזיק משלם עד נזק שלם. כל אלו נובעים לטענתנו מהתפיסה המטילה אחריות על המזיק, תפיסה שמקורה בבית מדרשו של ר' ישמעאל. בהתאם לתפיסה זו, הולך ר' מאיר ומצמצם את תחומי החלתו של דין חצי נזק, אם בגובה התשלום, כפי שהראנו כאן, ואם ביחס למקום הנזק, נושא שיידון על ידינו בהרחבה בשער הבא. לא בכדי, המכילתא דבי ר' ישמעאל היא המקור היחיד ששימר את שיטתו של ר' מאיר. לעומת זאת, במקורות התנאיים האחרים, דבי ר' עקיבא, עומעמה שיטת רבי מאיר ביחס לגובה התשלום, והותאמה לתפיסתם של מקורות אלו.

תפיסת ר' עקיבא וממשיכיו קרובה למשמעותו הפשוטה של דין שור תם המקראי. לפי הדין המקראי, אין בעל השור המזיק אחראי לנזקי שורו, והצדדים חולקים ביניהם את תוצאות הנזק. אך אין כאן רק השתתפות של הצדדים בנזק, אלא חלוקה מחודשת של כלל הרכוש המעורב בו. זהו מעין "צדק חלוקתי" בזעיר אנפין, היוצר שוויון בין משתתפי החלוקה, המזיק והניזק, ברכוש המעורב בארוע הנזק. דין זה ייחודי בין דיני הנזיקין, הקרובים בדרך כלל לעקרון הצדק המתקן, ומושתתים על אשמתו של המזיק בארוע הנזק וחובתו להשיב את מצבו של הניזק לקדמותו. התפיסה החולקת, שיטת ר' ישמעאל, נתרחה ממשמעות זו של הדין המקראי. לפי טענתנו, שיטה זו מונעת על ידי עמדה משפטית, המטילה אחריות על המזיק, ורואה את המזיק כחייב בתשלום, מופחת אומנם, אך דומה בבסיסו לתשלומי נזיקין אחרים. עמדה זו הובילה את נושאי השיטה להתמודדות פרשנית עם המקראות ולביסוס עמדתם מתוך מקראות אלו, כדרכו של עולם מדרש ההלכה.

בשער זה עסקנו בדין חצי נזק, בעיקר כפי שמשקף בתורת התנאים, אך דנו גם ב"שלוחותיו" בתקופת האמוראים, ובפרט במחלוקת רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע בדין פלגא נזקא, קנסא או ממונא. בניגוד

לממצאים שנעלה בשערים הבאים, לא מצאנו עד כה ביחס לדין חצי נזק גישות, המסיטות אותו באופן מובהק ממסגרת דיני הנזיקין, כפי שהגדרנוה במבוא.<sup>1</sup> אדרבה, אנו רואים כי בתקופת האמוראים ניתנה פרשנות לדין חצי נזק, המזהה את הבסיס התיאורטי שלו עם עקרונות מוכרים אחרים מדיני הנזיקין. זאת על אף שמימרת רבא אוגדת בתוכה את דין חצי נזק יחד עם הדינים החריגים האחרים,<sup>2</sup> וביחס אליהם, כפי שנראה בהמשך, התמונה שונה. יחד עם זאת, אנו מוצאים כאן מאפיין אחר של התמודדות עם הדינים החריגים, והוא פרשנות מצמצמת של ההלכה. כך ראינו בדיונונו בפרק השלישי בדברי ר' מאיר – החלת דין חצי נזק במקרים ספורים בלבד, וזאת בשל העימות המתעורר בינו לבין התפיסה ההלכתית-משפטית המנחה דעה זו. מגמה שכזו קיימת גם במקרי הפטור האחרים, ואנו נתייחס לדברים בהרחבה בסיכומה של העבודה, שם נציג את המגמות העולות מן הפרקים השונים בנקודות הללו, אלו מול אלו.

עד כה, אם כן, לא מצאנו תפיסה מפורשת, הרואה בדין חצי נזק הלכה שאיננה שייכת למערכת דיני הנזיקין. לצד זאת, במסגרת דין חצי נזק צמחה הלכה קונקרטית אחת, שהתהליך ההתפתחותי המאפיין אותה מציב אותה במקום ייחודי וחריג בין דיני הנזיקין, בדומה לדינים האחרים שיידונו בשערים הבאים. המדובר הוא בחצי נזק צרורות, הלכה הנבדלת מדין שור תם בו עסקנו כאן, ולה יוקדש השער השלישי של דיונונו. על אף ההבחנה בין דין חצי נזק הכללי לדין צרורות הקונקרטי, משליך זה האחרון גם על קודמו. התהליך ההתפתחותי המאפיין את דין צרורות מאיר באור חדש גם את דיונונו הכללי בדין חצי נזק, ומוצא בו מגמות שונות מאלו המתוארות עד כה. מגמות אלו ינותחו על ידנו בפרק הסיום של העבודה, וזאת בהתבסס על הפרספקטיבה הרחבה שתתקבל מדיונונו בשערים השונים.

בשער השני של העבודה נעסוק בדין שן ורגל ברשות הרבים. דין זה משקף בצורה מובהקת את תהליך פיתוחם של הדינים החריגים, וכמו כן הוא מניח את היסודות לדין בהלכות שבשערים האחרים. נפנה לפיכך לדין זה.

---

<sup>1</sup> ראו: מבוא, סעיף 2.2.

<sup>2</sup> ראו מבוא, שם.

## נספח א

### סוגיות הבבלי והירושלמי על משנת "שור שנגח ארבעה וחמשה"

לפי משנת "שור שנגח ארבעה וחמשה", במקרה בו נגח שור מספר שוורים זה אחר זה, נוקט ר' מאיר בשיטה המעדיפה את הניזק האחרון: "אחרון אחרון נשכר". הבבלי בסמוך למשנה זו דחה את הסברא העומדת מאחורי עדיפותו של האחרון, כפי שהצגנו לעיל.<sup>1</sup> כדי להסביר את שיטת ר' מאיר נזקק הבבלי לאוקימתא: "כגון שתפסו ניזק לגבות הימנו". הסוגייה מתקשה באוקימתא זו ("יש בו מותר יחזיר לשלפניו יחזיר לבעליו מיבעי ליה!"), ונזקקת לאוקימתא נוספת: "אמר רבינא הכי קתני אם יש בו מותר בנזקיו יחזיר לשלפניו". בדברים שלהלן נבחן את מקורותיה והתפתחותה של סוגייה זו.

העמדת אוקימתא במשנה היא כשלעצמה מהלך החורג מפשטה של המשנה, אולם מעבר לכך מעורר הסבר הבבלי קושי כבד משקל ברצף הסוגייה. תכליתן של האוקימתות הללו היא לבאר מדוע סבור ר' מאיר כר' ישמעאל מצד אחד, ומצד שני דינו הוא "אחרון אחרון נשכר" ולא "ראשון ראשון נשכר". אולם הסבר זה מבטל את הזיהוי בין ר' מאיר לר' ישמעאל, שכן גם לדעת ר' עקיבא ("שותפי ניהו") כאשר "תפסו ניזק" יהיה הדין זהה, והיינו: הניזק האחרון יזכה בחצי נזקו המגיע לו מחלקו של הניזק שקדם לו בלבד, שהרי השור כעת ברשותו ("נעשה עליו כשומר שכר לנזקין"), ובעליו או הניזקים הקודמים כלל אינם מעורבים בארוע זה. ראשונים רבים (רש"י, רי"ף ועוד) סבורים אכן, שגם לשיטת ר' עקיבא כש"תפסו ניזק" יהיה הדין "אחרון אחרון נשכר".<sup>2</sup> תוצאת הדברים היא, כפי שכבר נאמר, כי האוקימתא "בשתפסו ניזק", המבארת את הזיהוי בין ר' מאיר לר' ישמעאל, מבטלת את קיומו. מדוע לפיכך נזקקת סוגיית הבבלי למהלך זה, היינו: לאיזה צורך מחזיקה הסוגייה באוקימתת ר' מאיר כר' ישמעאל, על אף שהסבר הניתן לשיטתו איננו מצריך זיהוי זה?

יש מקום להציע, שסוגיית הבבלי מורכבת כאן משתי שיטות החלוקות בבאור דברי ר' מאיר. האחת זיהתה בין רבי מאיר לר' ישמעאל, ומסתבר שפרשה את ר' מאיר כפי שהצענו בגוף העבודה, בהתאם לסברא שאיננה מטילה אחריות על הניזק הראשון, אלא מקנה לניזק האחרון קדימות בגבייה מן המזיק. מקורות אפשריים לזיהוי זה הם שמואל, המעמיד: "רישא ר' ישמעאל וסיפא ר' עקיבא",<sup>3</sup> או רבא, לעדי הנוסח הגורסים: "אמרי הכא

<sup>1</sup> "ראשון ראשון נשכר מבעי ליה", ראו פרק ב, סעיף ב.2.

<sup>2</sup> רש"י ד"ה שבוק מתני'; רי"ף, י"ז ע"ב בדפי הרי"ף. על שיטה זו חולקים רבנו אפרים הזרחי, המובא בבעל המאור (שמסכים לו בכך); תוד"ה כגון (לו ע"ב) ועוד. המניע של ראשונים אלו (ר' אפרים, בעה"מ ותוס') הוא הקושי בסוגייה, המעמידה את ר' מאיר כר' ישמעאל ור' יהודה כר' עקיבא (אך כתוצאה מכך הם נדחקים בבאור טעם החילוק הדיני במקרה שתפסו ניזק). אף הראשונים האחרים התמודדו עם הקושי שבסוגייה (ראו רש"י בדיבור הנזכר; ראב"ד, עמ' צד – צו; רמב"ן במלחמות, שם, ד"ה ועוד כתב), אך הדוחק עודנו קיים. להלן בפנים נציע את הגורם בהתפתחות הסוגייה, שיצר קשיים אלו.

<sup>3</sup> כל זאת, כמובן, בהנחה שדברי שמואל נאמרו במקורם (גם) בסוגייתנו. הרא"ה (מובא בשטמ"ק לסוגייתנו), למשל, סבור, שמקור המימרא הוא בטו ע"ב, ביחס למחלוקת ר' טרפון ורבנן, ומשם הועברה לכאן. בין החוקרים סבורים כך וייס, מחקרים בתלמוד, עמ' 170, והנשקה, משנה ראשונה, עמ' 284 הערה 4. ראו מאידך הלבני, בבא קמא, עמ' קלז – קלט, הטוען, שמקורה של המימרא כאן (אך

במאי עסקינן<sup>4</sup>, ומאפשרים את צמצומה של מימרת רבא ל- "לעולם כר' ישמעאל" (לערך). כנגד שיטה זו עמדה שיטה אחרת, אשר בארה את דינו של ר' מאיר כמושתת על זיקתו של הניזק הראשון לשור וחובת השמירה המוטלת עליו. סבורני, ששיטה זו מונעת היתה על ידי הנטייה לזהות בין ר' מאיר לבין דרכו העקרונית של ר' עקיבא. מקור אפשרי לכך הוא בירושלמי בצלע הראשונה שבדברי ר' ינאי, שהובאו בגוף הפרק ("שלך הוא תניהו לי"), ובדברי ר' לעזר הסמוכים להם: "ולא כן אמ' ר' לעזר שמירת נזקין כשמירת קניין". לצלע זו שבדברי ר' ינאי סבור ר' מאיר שלניזק חלק ממשי בשור, קרוב לשיטת ר' עקיבא ("הוחלט השור"). אולם העמדה זו איננה מבארת את דינו של ר' מאיר: "אחרון אחרון נשכר", אלא מוליכה דווקא לשיטה כשיטתו של ר' שמעון, ומכאן הצורך במימרת ר' אלעזר. מימרא זו נתונה לכמה פרשנויות אפשריות<sup>5</sup>, אך לכל האפשרויות הללו מטיל ר' אלעזר חובת שמירה על הניזק הראשון, שהיא הגורמת לחיובו כלפי הניזק האחרון. בכך, אגב, נסוגה במקצת שיטה זו משיטת ר' עקיבא, שכן היא מטילה אחריות (responsibility) על הניזק הראשון. נוצר כעת שילוב בין השיטות: הבסיס הוא כשיטת ר' עקיבא, הנותן חלק לניזק בשור המזיק, אך נוסף מימד האחיות, המבאר מדוע האחיות כולה מוטלת על הניזק הראשון.

עריכת הסוגייה הבבלית שילבה את שתי השיטות יחד.<sup>6</sup> הסוגייה השאירה את הזיהוי בין ר' מאיר לר' ישמעאל על כנו, אך צרפה אליו את השיטה השנייה, כשהצדקה לצירוף זה היא הקושייה: "ראשון ראשון נשכר מיבעי ליה". הסוגייה אף מכירה בכך שהאוקימתא המיישבת קושייה זו, המובאת תחילה בשם רבא או בסתם, היא למעשה מסורת ארץ ישראלית:<sup>7</sup> "וכן כי אתא רבין אמר ר' יוחנן משום פשיעת שומרין נגעו בה".<sup>8</sup>

מציין שהלשון "רישא... וסיפא" משתמע קצת כשיטת הרא"ה הנזכרת). כן סבור הלבני כדברינו, שיש חילוק בין המימרא הארץ ישראלית, המעמידה את ר' מאיר כר' עקיבא, למימרת שמואל, שזיהתה בין ר' מאיר לר' ישמעאל (אך הוא איננו מפתח את הטעמים לכך). בעניין מימרת שמואל ראו עוד הצעתו של ר"י לוי, עמ' קג בהערה, המחלק את המימרא, ולשיטתו שמואל אמר רק: "שבוק מתניתין ותא בתראי", משום שסבור "ראשון ראשון נשכר", בניגוד למשנה (כשיטת ר' יהודה בברייתא שביירושלמי בסוגייתנו, לפי פירושו של ר"י לוי למימרא: "אמ' ליה ר' יודן. ומסרו לו לנזקיו ואינו אלא כמשכון בידו"). משמעות דברי שמואל, לפי זה, היא העדפת ברייתא על פני המשנה, ראו על כך לוי, משנת אבא שאול, עמ' 93 הערה 1; הנשקה, משנה ראשונה, עמ' 289 – 290, ושם הערה 26.

<sup>4</sup> לעיל, פרק ב, הערה 31. ראו גם הדיון סביב פירוש הר"ח, להלן הערה 6.

<sup>5</sup> בהתאם לפרשנות המקבילה בפ"א ה"ב, ב ע"ג, או, לחילופין, בהתאם למימרתו בפ"ד ה"י, ד ע"ג. אני מקווה לשוב לדיון במימרא זו ובסוגיות נוספות בירושלמי נזיקין, הנקשרות לדיונו כאן, במקום אחר.

<sup>6</sup> אין הכרע בשאלה באיזה שלב נעשה שילוב זה, האם על ידי רבא או מאוחר יותר. יתכן שהאוקימתא: "לעולם כר' ישמעאל" היא מדברי הסתמא דגמרא (לגרסא המרחיבה את מימרת רבא גם ל- "הכא במאי עסקינן"), והיא שהציבה את מימרת רבא והמימרא הארץ ישראלית כתירוץ לקושייה שנוכרה בראשית הסוגייה (הלבני, בבא קמא, עמ' קלח ושם הערה 7). הר"ח כותב בסוף הסוגייה: "אמרי רבא ורבינא אין כשמואל דאמר רישא ר' ישמעאל וסיפא ר' עקיבא". אם אכן רבא ורבינא הם מקור ההפנייה לשמואל, הרי שהשילוב הנוכר בין השיטות נעשה על ידם, ולא בשלבים מאוחרים יותר, שכן שניהם מקבלים את העמדת ר"מ כר' ישמעאל וסבורים כמימרא הארץ ישראלית.

<sup>7</sup> לרבא מסורות ארץ ישראליות רבות, ובפרט יש לו זיקה מיוחדת לתורתו של ר' יוחנן, ראו דור, תורת א"י, עמ' 11 – 12. דוגמא לכך היא דין "שומר שמסר לשומר", בו חולק רבא על ר' יוחנן, אך משמר את מטבע הלשון בה הוא משתמש (הנשקה, משנה ראשונה, עמ' 312 – 314).

לקושייה זו, לפיכך, תפקיד ספרותי, כלי לשילובן של שתי המסורות תחת מסגרת סוגייה אחת, וכדרכו של הבבלי, כהתפתחות דיאלקטית מן האחת לחברתה. אשר על כן, לא הקושייה הולידה את תשובתה, אלא תשובתה הולידה אותה. התמיהה, כיצד מתיישבת קושייה זו עם הסברא שבדף לד ע"א, כפי שהקשו כמה מהראשונים במקום,<sup>9</sup> מאבדת לפיכך מתוקפה.

---

<sup>8</sup> המימרא בבבלי מפותחת יותר מחברותיה בירושלמי וממימרת רבין אמר ר' יוחנן בבבלי. המימרא כוללת התייחסות לנקודות תורפה שונות ופירוקן. אלו הן טעם הטלת האחריות ("תפסו ניזק") ומעמדו המדויק של הניזק (שומר שכר).  
<sup>9</sup> ראו לעיל, פרק ב, סמוך להערה 25.

# שער שני: שן ורגל ברשות הרבים

## מבוא

נזקי שן נלמדים מן הכתוב בשמות כב ד:

כִּי יִבְעַר אִישׁ שָׂדֶה אוֹ כֶּרֶם וְשָׁלַח אֶת בְּעִירָהּ וּבְעַר בְּשָׂדֶה אַחֵר מִיֵּטֵב שָׂדֶהוּ וּמִיֵּטֵב כֶּרֶמוֹ יִשְׁלֹם.

בפירושו של הפסוק נתחבטו פרשנים עוד מימים קדמונים, והדברים עולים בתרגומי המקרא ובמסורות שמתקופת הבית השני. בפרט נוגעים הדברים להגדרת הנזק המתואר בפסוק, הגדרה התלויה בפירוש השורש בע"ר, ולאופן התשלום.<sup>1</sup> לצד שאלות אלו הצמיחה תורת התנאים ענף נוסף, בבחינת סוגייה שהלכה והתפתחה, הלכה והסתעפה, בדורות המאוחרים לה, והיא הדיון סביב מקום הנזק, העומד אף הוא בזיקה לכתוב הנזכר. פטור שן ורגל ברשות הרבים הוא סעיף מרכזי מתוך תחום רחב זה, ובו עוסק השער הנוכחי.

### 1. "ובער בשדה אחר"

הכתובים העוסקים בנזקי שן מתארים נזק שנעשה "בשדה אחר". הפרשנות התלמודית הבבליה המאוחרת, בה נדון בפרוטרוט בפרקים הבאים, ראתה בכתוב זה מקור לפטור הניתן לנזקי שן ורגל ברשות הרבים: "ובער בשדה אחר" ולא ברשות הרבים (כא ע"ב ועוד). דא עקא, שהמקורות הקדומים יותר אינם מכירים דרשה זו, אף כי גם הם ברובם דורשים את הכתוב לעניין חילוקי הדינים ברשויות השונות.<sup>2</sup> בהתאם לכך, דורשת המכילתא דר' ישמעאל את הכתוב למעט נזק ברשות המזיק (מסכתא דנזיקין פרשה יד, עמ' 296):

וביער בשדה אחר. ר' נתן אומר הרי המגדיש בתוך שדה חבירו שלא ברשות ויצאת בהמתו של בעל הבית והזיקה, קורא אני עליו ושלח את בעירה, לכך נאמר וביער בשדה אחר, אלא אחר הוא זה.

דרשה דומה בתוכנה, ובתוספת קלה, נלמדת במכילתא דרשב"י (כב ד, עמ' 196):

<sup>1</sup> על מסורת פרשנית קדומה שפרשה את השורש בע"ר כנזקי אש ראו טוויג, המבעה; אשל, שיטה פרשנית, עמ' 66. אפשרות זו נדונה במחקר, ויש פירושים מודרניים שאף הכריעו כמותה. ראו למשל קלימנטס, שמות, עמ' 140; היאט, שמות, עמ' 237. יחד עם זאת, מקובלת יותר פרשנות בע"ר כנזקי בהמות, ראו צ"לדס, שמות, עמ' 474 – 475; דורהם, שמות, עמ' 313. כך ננקט גם בתורת התנאים, שהיא ענייננו כאן (אך ראו עמדתו של ג'קסון, מחקרים, עמ' 257 – 258, הסבור שהמחלוקת בפרשנות הכתוב נמשכה גם בתקופה זו). סוגיית אופן התשלום ("מיטב") עולה אף היא מן העדויות הקדומות (ראו אצל טוויג ואשל, וראו גם בפירושים הנזכרים לעיל), והיא הולכת ומתפתחת במקורות התלמודיים הנוגעים בעניין. ראו על נושאים אלו בהרחבה במחקרו של הרב וינברג, שרידי אש, עמ' ט – סא.

<sup>2</sup> במכילתא דרשב"י משמש הכתוב גם ללימוד הלכה אחרת, שאיננה נוגעת לדיני הרשויות (כב ד, עמ' 196): "ושלח את בעירה אין לי אלא שן לאכל את הראוי לה ולרגל לשבר כדרך הילוכה מנין לשן לאכל את שאין ראוי לה ולרגל לשבר שלא כדרך הילוכה ת"ל ובער בשדה אחר לרבות דברים אחרים". דרשה זו מתמקדת כנראה במלה "אחר".



ובער בשדה אחר ולא בשדה בעל הבית יכול אף על פי שנתן לו רשות בעל הבית לגדוש ת"ל ובער בשדה אחר מכל מקום.

בדרשות הכתובים העוסקים בדיני בור במכילתא דרשב"י מופיעה הלכה דומה, אך ייחודה הוא בכך שמרחיבה את הדין הנלמד מהכתוב "ובער בשדה אחר" לתחומים נוספים מלבד שן ורגל (כא לג, עמ' 184):

לפי שמצינו בבהמה שאם הזיקה כדרך הילוכה ברש' הרב' פטור עליה יכול אם הוזקה כדרך הילוכה ברש' הרב' יהא פטור עליה ת"ל כי יפתח איש בור או כי יכרה איש בור... יכול אף הפותח והכורה בתוך שלו ת"ל ובער בשדה אחר (שם כב ד) מה זה מיוחד שהוא חוץ מרשותו כך כל דבר שהוא חוץ מרשותו.

דרשה זו מזכירה אומנם, כי בהמה המזיקה "כדרך הילוכה ברש' הרב' פטור עליה", אך הכתוב עצמו איננו משמש לכך מקור. דרשת הכתוב מצומצמת למעט נזק "בתוך שלו", כפי שמצאנו גם בשתי הדרשות שהובאו לעיל.

הירושלמי איננו מכיר אף הוא את הדרשה: "ובער בשדה אחר" ולא ברשות הרבים". אדרבה, דרשת חלק זה של הכתוב משמשת דווקא להרחבת החיוב – במקרה של נזק בחצר שאיננה של זה או של זה (ירושלמי פ"א ה"ב, ב ע"ג):

מאן דמר. חצר שלשותפין חייבת וחצר שאינה לשניהן פטורה. דכת' "מיטב שדהו". ומאן דמר. אפי' חצר שאינה לשניהן חייבת. דכת' "ובער בשדה אחר". מכל מקום.

המקורות שהוזכרו ישובו ויידונו להלן. לצורך המבוא הנוכחי, יש בבחינה ראשונית זו של המקורות כדי ללמד על הקושי שבראיית הכתוב "ובער בשדה אחר" כמקור לפטור שן ורגל ברשות הרבים. מאליה מתעורר הספק, שמה פטור זה לא הוכר בחלק מהמקורות, אם כצורתו לפנינו ואם בכלל. יש, לפיכך, לבחון את עמדותיהם של המקורות באשר לחילוקי ההלכות ברשויות השונות, תוך איתור מקור ההלכות הללו וניתוח התפיסה ההלכתית-משפטית העומדת בבסיסן.

## 2. מבנה הדיון

דיונונו יערך בשלושה שלבים עיקריים. ראשית, ננתח את המקורות העוסקים בהבחנות ההלכתיות שבין הרשויות השונות. על בסיס ניתוח זה נבקש לעמוד על מקורו והתפתחותו – כתהליך ספרותי – של פטור שן ורגל ברשות הרבים. שנית, נדון בטעם העומד מאחורי פטור זה ובגדריו, כפי שמשתקפים בתורת התנאים. במסגרת זאת נשווה באופן מפורט בין המשנה לתוספתא, ונראה את חילוקי הדעות באשר להיקפו של הפטור ולקריטריונים

להחלתו. כפי שנטען, חילוקי השקפות אלו השפיעו על ההתפתחות המושגית שבתפיסת הפטור, בה נדון בפרק השלישי של שער זה. בפרק זה נמשיך את דיוננו בטעמו של הפטור, ונתמקד בתורת האמוראים ובתלמודים. נראה כאן, כיצד מצד אחד נמשכו המגמות שאותרו בספרות התנאית, אך לצד זאת צמחו מגמות חדשות, שעמדתן ביחס לפטור זה שונה היתה במרכיבים מהותיים מקודמותיה. איתורן של מגמות אלו וניתוח השתלשלותן יסיימו את דיוננו בשער זה. על בסיסן נציג באופן שלם את הגישות השונות באשר למעמדו של פטור שן ורגל ברשות הרבים כפטור חריג ובאשר למקורו. הצגה זו תהיה נדבך מרכזי בהבנת מקומם של הפטורים החריגים בספרות התלמודית, ובהבהרת אופיים והרקע התיאורטי העומד ביסודן.

## פרק ד

### מקורו של פטור שן ברשות הרבים בתורת התנאים

#### ד.1. פתיחה

במקורות התנאיים מצאנו מכלול של הלכות, העוסקות בהשלכה שיש למקום הנזק ולאופיו של המזיק על דינו. בפרק זה נטען, כי ניתוח מקורן והשתלשלותן של הלכות אלו נותן מענה לשאלת מקורו של פטור שן ורגל ברשות הרבים. ניתוח זה הוא טקסטואלי בעיקרו, והוא מבקש לאתר את המקורות הקדומים, המשקפים את ראשיתה של ההלכה הנדונה, תוך בחינת מקומה של ההלכה בספרות התנאית בהקשר להלכות אחרות. על בסיס ניתוח זה נעמוד על הטעם שביסודה של ההלכה, ובכך תשמש מסקנת פרק זה כנקודת מוצא לדיונונו בפרקים הבאים.

#### ד.2. משנת "חוץ מרשות המיוחדת למזיק" ופרשנותה

משנת "כל שחבתי בשמירתו" היא השנייה מבין שלוש המשניות הפותחות את מסכתנו, שנתייחדו בסגנון ובקיצורן, ומקובל במחקר שהן קדומות בזמן.<sup>1</sup> משנה זו כוללת בתוכה גורם חשוב, מקום הנזק, המשליך על החיוב או הפטור של המזיק. כך שנינו במשנה (פ"א מ"ב):

כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו... נכסים שאין בהן מעילה ונכסים שהן שלבני ברית ונכסים מיוחדים<sup>2</sup> חוץ מרשות המיוחדת למזיק<sup>3</sup> ורשות הניזק והמזיק וכשהיזיק<sup>4</sup> חב המזיק משלם תשלומי נזק במיטב הארץ.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ציינו זאת רבים, ראו למשל אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1129 ושם הערה 1, וראו הפניות נוספות אצל רדזינר, דיני קנסות, עמ' 75 הערה 65. ביחס למשנה הראשונה מתוך השלוש הללו, ג'קסון, מחקרים, עמ' 258, חולק על העמדה הרואה בכך משנה קדומה, והוא מייחס אותה לרובד תנאי מאוחר, כנראה ר' יהודה הנשיא, זאת בשל ההכרעה שבמשנה זו לגבי פירוש הפסוק: "כי יבער איש" כנוקי שן, שהיא לטענתו הכרעה מאוחרת (ראו לעיל, מבוא, הערה 1). יש לציין עוד, כי מהסגנון "ארבעה אבות" כשלעצמו אין ראיה מכרעת לקדמות המשנה, ראו וייס, משניות ספורות; הנשקה, משנה ראשונה, עמ' 57.

<sup>2</sup> כך הוא גם בדפוס ראשון של המשנה. אולם בדפוסים מאוחרים ובדפוס הבבלי מראשיתם נוסף: "ובכל מקום".

<sup>3</sup> בכת"י הוצ' לו: "ולמזיק". בכת"י פריס: "חוץ מרשות למזיק".

<sup>4</sup> הנוסח "וכשהיזיק" בוי"ו החיבור מופיע בכתבי היד של המשנה: קויפמן (כמצוטט), פרמה, לו, פריס, פרמה "ג". מנגד, במשניות הבבלי הנוסח הוא "כשהיזיק" (למעט נוסח המשנה בכתב יד המבורג: "וכשהיזיק"). ראו: אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1060. כמה מנוסחאות הבבלי (כתב יד המבורג והדפוסים) תולות בשינוי זה את מחלוקת רב חסדא ור' אלעזר, שתובא להלן בפנים. ברם, עדי נוסח אחרים של הבבלי גורסים בין ברב חסדא ובין בר' אלעזר "כשהיזיק" (להלן, הערה 14), ובכל מקרה קשה להכריע על סמך קיומה או העדרה של וי"ו לפני "כשהיזיק", ראו להלן, הערה 7.

<sup>5</sup> במשניות הירושלמי (בכתב יד ליידין ובדפוסים) במקום הקטע "ורשות הניזק והמזיק וכשהיזיק... במיטב הארץ": "ורשות הניזק והמזיק בתשלומי". נוסח זה איננו בעדי נוסח אחרים של המשנה (כולל כתב יד פרמה, על אף שלמשנת כתב יד ליידין של הירושלמי

המשנה איננה מבחינה בין סוגי הנזקים, אלא דנה באופן כוללני: "כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו".<sup>6</sup> ביחס לדין זה מובאת הגבלה הנוגעת למקום הנזק: "חוץ מרשות המיוחדת למזיק". זוהי הלכה חד משמעית, הפוטרת ברשות המזיק, והיא משתלבת עם מדרשי ההלכה שנזכרו לעיל, בפתחה לשער זה. לצידה, מופיע קטע נוסף, המתייחס לרשות הנזק והמזיק, אולם ההקשר בו הוא נאמר איננו ברור. "ורשות הנזק והמזיק" יכול להתפרש כנסמך למשפט הקודם, והיינו: ברשות הנזק והמזיק פטור כברשות המזיק. ההלכה הבאה, "וכשהזיק חב המזיק", עומדת כהלכה כללית שאיננה תלויה ברשות מסוימת, ויש בכך יתרון מסויים בפשט לשונה של המשנה. מן הצד השני, יכול "ורשות הנזק והמזיק" להתפרש כנסמך למשפט שאחריו, והיינו: ברשות המזיק פטור, אך ברשות הנזק והמזיק חייב המזיק לשלם.<sup>7</sup> "וכשהזיק חב המזיק" מתפרש כאן כהלכה קונקרטית, הקובעת את דינה של רשות הנזק והמזיק. משפט זה, "וכשהזיק חב המזיק", מופיע גם במשנה הראשונה, וייתכן שבכך טמון ההסבר לכפילותו. דהיינו, במשנה הראשונה זהו דין כללי, כפשט לשונו, ואילו במשנה השנייה זהו דין קונקרטי, בהתייחס לרשות ספציפית.<sup>8</sup> אי הבהירות שבמשנה פותח את הפתח לפרשנויות שונות באשר למעמדה של "רשות הנזק והמזיק", וכפי שנראה מייד, אף מקורות תנאיים נתפצלו בנקודה זו.

משנה זו היא נקודת התחלה ונקודת מוצא, ממנה מתפתחות ומשתלשלות ההלכות ברשויות השונות, שכן היא מעניקה מעמד הלכתי שונה למגוון רשויות. לשונה של המשנה, שאיננו חד משמעי, מוסיף על האפשרויות שהיא טומנת בחובה. להלן נראה, כי פטור שן ורגל ברשות הרבים הוא אחד מהסתעפויותיה של משנה זו, אולם קודם לכן נבסס את טענתנו אודות פיצול השיטות, הנובע מלשונה של המשנה.

זיקה הדוקה אליו, ולדעת פיינטוך היא הועתקה ממנו, ראו פיינטוך, המשנה, עמ' 13 – 15), ונראית דעתו של אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1060, שמדובר באשגרה מהמשנה הבאה: "והניזק והמזק בתשלומין" (וראו גם וייס, בבא קמא, עמ' 123 – 124).

<sup>6</sup> לפירוש "הכשרתי את נזקו" ראו רש"י על אתר. בתוספתא, פ"א ה"א: "כל שחבתי בשמירתו חבתי בנזקו". כפי שנראה להלן (סמוך להערה 18), התוספתא מבארת ומפרטת את המשך המשנה, ואני סבור לפיכך שגם הצירוף "חבתי בנזקו" שלפנינו הוא פרשנות לצירוף הסתום "הכשרתי את נזקו" המופיע במשנה. לאור זאת אין להסיק מכאן, שבפני התוספתא שלפנינו עמד נוסח אחר של המשנה (בניגוד להלבני, בבא קמא, עמ' כט – ל) או ורסיה אחרת, קדומה יותר, של המשנה (האופטמן, התוספתא, עמ' 3; הנ"ל, המשנה, עמ' 32). מכל מקום, מאחר ומדובר כאן בפרשנות למשנה קדומה, אין להשליך מכאן לשאלה הכללית בדבר מעמדה של התוספתא ביחס למשנה, שם המסקנות עשויות להיות דווקא הפוכות (ראו במבוא לעבודה זו, סמוך להערות 50 – 52, וראו גם בהרחבה להלן, פרק ה). אודות תוספתא זו ויחסה למשנה ראו גם ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 1; גולדברג, תוספתא, עמ' 37; רדוינר, דיני קנסות, עמ' 75, ושם, הערה 66.

<sup>7</sup> ישנן מסורות נוסח בבבלי, מהן משתמע שהדברים תלויים בשאלת הגרסא (לעיל, הערה 4): "כשהזיק", ולפי זה "ורשות הנזק והמזיק" נסמך לסיפא, או: "וכשהזיק", ולפי זה יש כאן הלכה חדשה, ו"ורשות הנזק והמזיק" נסמך לרישא. ברם, קשה להסתמך על דיוק שכזה בלשון המשנה, שכן מצוי במשנה השימוש בוי"ו הנשוא, ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 4 הערה 16, בהסתמך על אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1060 ועמ' 1081.

<sup>8</sup> כך עולה מן הבבלי (יד ע"ב), הנזק לצריכותא לפי השיטה החולקת (ראו גם גרסת גליין כת"י פירנצה, להלן הערה 14), וראו תוד"ה כשהזיק, שם.

## ד.2.1. מסורות שונות בפרשנות משנת "ורשות הניזק והמזיק"

אי הבהירות שבמשנה משתקף במסורות השונות שבפרשנותה. שתי אפשרויות הפרשנות שהוזכרו לעיל מפורשות במחלוקתם של רב חסדא ור' אלעזר בבבלי (יג ע"ב):

אמר רב חסדא אמר אבימי חצר השותפין<sup>9</sup> חייב בה על השן ועל הרגל, והכי קאמר: חוץ מרשות המיוחדת למזיק דפטור<sup>10</sup> ורשות הניזק והמזיק כשהזיק חב המזיק.<sup>11</sup> ור' אלעזר אמר: פטור על השן ועל הרגל,<sup>12</sup> והכי קאמר: חוץ מרשות המיוחדת למזיק,<sup>13</sup> ורשות הניזק והמזיק נמי פטור,<sup>14</sup> וכשהזיק חב המזיק לאתויי קרן. הניחא לשמואל, אלא לרב... לאתויי הא דת"ר: כשהזיק חב המזיק להביא<sup>15</sup> שומר חנם וכו'.

נכון במחלוקת האמוראים בהמשך. לעת עתה, די בה כדי להראות, כי דינה של רשות הניזק והמזיק שנוי במחלוקת, וזו מוסבת על פרשנות המשנה. ייתכן אומנם, שהייחוס המפורש של מחלוקת האמוראים לפרשנות המשנה איננו חלק מגרעין דברי האמוראים, אלא שייך לרובד אנונימי מאוחר יותר של התלמוד.<sup>16</sup> ברם לענייננו, בשלב הנוכחי, די בכך כדי להמחיש את דבר קיומן של האפשרויות השונות בפרשנות המשנה במקורות התלמודיים גופם, פרשנויות שנחלקו ביניהן בדינה של רשות הניזק והמזיק. המחלוקת בפירוש המשנה קדומה לסוגייה זו, וייתכן שכבר תנאים מאוחרים נחלקו בה. נבחן לשם כך את התוספתא למשנתנו. התוספתא שונה (פ"א ה"א):

כל שחבתי בשמירתו חבתי בנזק... נכסים המיוחדים פרט לנכסי הפקר חוץ מרשות המיוחדת למזיק פרט לשהזיק שור ברשותו ורשות הניזק והמזיק וכשהזיק חב המזיק כיצר חצר השותפין והבקעה.

<sup>9</sup> בכת"י המבורג: "והבקעה", כשיטת התוספתא, להלן (ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 4).

<sup>10</sup> בכת"י המבורג חסר "דפטור", ונוסף בגליון.

<sup>11</sup> בכת"י פירנצה נוסף: "חייב המזיק לשלם תשלומי נזק".

<sup>12</sup> בכת"י מינכן ווטיקן: "פטור בה את השן ואת הרגל".

<sup>13</sup> בכת"י המבורג ובקטע וינה B31 נוסף: "דפטור".

<sup>14</sup> בכת"י פירנצה נוסף בגליון: "אית דגר' בשלמא לרב חסד' איצטריך כשהזיק חב המזיק אלא לר' אלעז'". בהמשך, בגוף כה"י: "כשהזיק חב המזיק לאיתוי מאי" (וכן בקטע וינה B31). "כשהזיק" גם בכת"י מינכן ובכת"י וטיקן. על וי"ו ב"כשהזיק" בנוסחאות השונות ראו לעיל, הערה 4.

<sup>15</sup> בכת"י פירנצה: "לאיתוי", ותוקן ל"להביא".

<sup>16</sup> סימן לכך הוא הפרדת ההסבר מגרעין המימרא באמצעות מילות הביאור "והכי קאמר". ראו על כך פרידמן, על דרך חקר הסוגייה, עמ' 301.

נכסין המיוחדים שהן חוץ מרשות המיוחדת למזיק ורשות הניזק והמזיק והשומר<sup>17</sup> חנם והשואל נושא

שכר והשוכר שהזיק שור ברשותו מועד משלם נזק שלם ותם משלם חצי נזק.

הלכת התוספתא מבארת את המשנה.<sup>18</sup> כפי שניתן לראות מאופן הצגת ההלכה בציטוט שלמעלה, יש כאן עיסוק כפול בקטע המשנה: "נכסים המיוחדים... חוץ מרשות... ורשות הניזק והמזיק וכשהזיק חב המזיק". הבאור הכפול כולל שני פירושים שונים לקטע המשנה, ונראה שאלו שני מקורות נבדלים, המרכיבים את הלכת התוספתא.<sup>19</sup>

הקטע הראשון, לפי הנוסח המצוטט, נוסח כתב יד וינה,<sup>20</sup> סומך את "רשות הניזק והמזיק" להמשך המשנה, ומחייב במקרה זה. התוספתא מוסיפה ומבארת מהי אותה רשות הניזק והמזיק: "חצר השותפין והבקעה". תפיסה זו היא כתפיסתו של רב חסדא בשם אבימי בסוגיית הבבלי שנוכרה לעיל, וכאן אנו רואים את מקורה בספרות התנאים. כמו כן, זוהי העמדה המובאת בירושלמי על משנתנו (פ"א ה"ב, ב ע"ג): "חוץ מרשות המיוחדת למזיק שהוא פטור. נוהגין הן ברשות הניזק והמזיק". האמוראים בהמשך סוגיית הירושלמי, החולקים בדינה של רשות "שאינה לשניהן", מקבלים את החיוב ברשות הניזק והמזיק, תוך שהם משתמשים בלשון קטע זה ("נוהגין הן ברשות הניזק והמזיק"). נראה לפיכך, שאף בירושלמי מדובר במקור תנאי, ברייתא המפרשת את המשנה, ומצוטטת על ידי האמוראים הללו.<sup>21</sup>

לעומת נוסח כתב יד וינה של התוספתא, כתב יד ערפורט איננו גורס בקטע זה "וכשהזיק חב המזיק".<sup>22</sup> לשון התוספתא בהתאם לכך היא: "חוץ מרשות המיוחדת למזיק פרט לשהזיק שור ברשותו ורשות הניזק והמזיק

<sup>17</sup> בכת"י ערפורט: "שומר" (בלא וי"ו החיבור). גם אם נגרוס בוי"ו (כגרסת כת"י וינה המצוטטת בפנים), זו עשויה להיות וי"ו הנשוא או הפירוש, ראו אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1076 והלאה.

<sup>18</sup> זהו רובד פרשני, אשר מצטט את חלקי המשנה (או וריאציה שלה, ראו לעיל, הערה 6) ומבארה.

<sup>19</sup> רייס, בבא קמא, עמ' 107 – 111. גרסת ר' ברוך הספרדי מטשטשת את ההבחנה בין שני החלקים הללו: בחלק הראשון חסר "וכשהזיק חב המזיק", ואילו בחלק השני חסר הקטע "נכסים המיוחדים... ורשות הניזק והמזיק", ובמקומו: "וכשהזיק חב המזיק זה שומר חנם וכו'" (ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 3; 5. כן הגיהו גם מגן אברהם, אות ז; מנחת ביכורים; ר"י לוי, עמ' 33 בהערה [אך בלא: "וכשהזיק חב המזיק", אלא: "ורשות הניזק והמזיק כגון חצר השותפין והבקעה שומר חנם... תם משלם וכו'". בהתאם לכך סבור ר"י לוי, שהתוספתא מחייבת על רשות הניזק והמזיק, ומעמיד אותה בקרן, ראו להלן, הערה 29)). הכפילות הנזכרת קיימת (בשינויים שיוזכרו להלן) בנוסחי התוספתא השונים שלפנינו (כת"י וינה וכת"י ערפורט), ונראה, שגרסת ר' ברוך הספרדי מעובדת העיבוד נובע מהקשיים העולים מהגרסא הראשונית, ובהם הכפילות כשלעצמה והניגודים בין ההלכות, ייתכן בהשפעת ברייתת הבבלי, ראו להלן בפנים ביחס לכת"י ערפורט, והדברים נכונים ביתר תוקף לגרסת ר' ברוך הספרדי (ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 5, המציע ביחס לחלק האחרון: "ושמא הוא תיקון ע"פ הבבלי").

<sup>20</sup> וכן הוא בדפוס ראשון.

<sup>21</sup> ראו מהרא"פ, עמ' 4; רייס, בבא קמא, עמ' 119.

<sup>22</sup> כך היא גם גרסת ר' ברוך הספרדי, ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 3, וראו גם לעיל, הערה 19. אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1061, מעביר את "וכשהזיק חב המזיק" לאחר הקטע: "כגון חצר השותפין והבקעה" (אך לשינוי זה אין סימוכין בעדי הנוסח).

כיצד חצר השותפין והבקעה". לפי גרסא זו, יש מקום לפרש את התוספתא, שאף ברשות הניזק והמזיק פטור.<sup>23</sup> לאור הבדלי המסורות שבקטע השני של הלכת התוספתא, נראה שפרשנות זו היא אכן כוונת השינוי שבכתב יד ערפורט. נבחן את הדברים.

החלק השני של התוספתא סתום יותר מקודמו. בדומה למשנה, קשה להכריע בו בשאלה, האם דין "רשות הניזק והמזיק" נסמך לפטור ברשות המיוחדת למזיק, או לחיוב שומרים. בתלמודים מצאנו מקבילות להלכה זו, השופכות אור על פרשנותה. מקבילה אחת היא בדברי ר' ירמיה בתלמוד הירושלמי (פ"א ה"ב, ב ע"ג):

אמ' ר' ירמיה אילו תנא חוץ מרשות המיוחדת למזיק ושתק הייתי או' אחד חצר שלשותפין ואחד חצר שאינה לשניהן חייבת.<sup>24</sup> ולמה תנא נוהגין הן ברשות הניזק והמזיק אלא זה שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר.

ההקשר בו נאמרו דברי ר' ירמיה, הדיון בחצר שאינה לשניהן, ידון במסגרת ניתוח ברייתא ארבעה כללות. ענייננו כעת הוא בהלכה הלומדת את דינם של השומרים, המקבילה לקטע השני של התוספתא, ואת זו לומד ר' ירמיה מייתורה של ההלכה המחייבת ברשות הניזק והמזיק.<sup>25</sup> מקבילה שונה לתוספתא מצאנו בתלמוד הבבלי (יג ע"ב):

כשהזיק חב המזיק להביא שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר שהזיקה בהמה ברשותן תם משלם חצי נזק ומועד משלם נזק שלם.

ברייטא זו מובאת בבבלי בלא "ורשות הניזק והמזיק", אלא מסתמכת רק על פרשנות המשך המשנה, "כשהזיק חב המזיק". זהו אף המקום בו הברייטא ממוקמת בסוגייה – כראייה לשיטת ר' אלעזר, הפוטר בחצר השותפין. המשנה, ובעקבותיה הלכת התוספתא, נלמדת לפיה כך: "חוץ מרשות המיוחדת למזיק ורשות הניזק והמזיק", אשר באלו פטור, ואילו קטע המשנה הבא (שבתוספתא אין הוא מצוטט<sup>26</sup>), הוא המלמד לדינם של השומרים.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> כך מפרש גרסא זו וייס, בבא קמא, עמ' 108. מאידך, חנוך אלבק (אלבק, מחקרים, עמ' 102), מבאר גם לפי גרסת כתב יד ערפורט, שחייב ברשות הניזק והמזיק, אך פירושו דחוק (ראו ביקורתו של וייס כנגדו וכנגד אפשטיין, שם הערה 35).

<sup>24</sup> על סגנונו של ר' ירמיה ודיוקו מן המשנה ראו להלן, נספח ב, הערה 25.

<sup>25</sup> ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 6 הערה 31, ביחס לברייטא הבבלי, שתואב להלן: "הברייטא דרשה את משנתנו העתיקה בשיטת מדרש המקרא" (וראו גם גולדברג, תוספתא, עמ' 40 הערה 12). לצד זאת, ניתן להציע פירוש ענייני ללימודו של ר' ירמיה – מדובר במקרה ששורו של השומר ניזוק על ידי השור הנשמר. "ברשותן" היא רשות ממש של השומרים (תוס' רבנו פרץ ומהר"ם, כמובא בשטמ"ק, יג ע"ב, עמ' 62, וראו גם ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 5, ושם, הערה 26; חזון יחזקאל, עמ' ג), וזו רשות הניזק והמזיק, שכן השור המזיק נמצא שם בהיתר, ותחת שמירתו של השומר. מדובר כאן כאשר לא מוטל על השומר חיוב על נזקי השור, דוגמת המקרה המובא בבבלי: "שקבל עליו שמירת גופו ולא קבל עליו שמירת נזקיו", ועל כן בעל השור עשוי להתחייב. מכאן ההלכה שלפנינו, הלומדת נזק אצל השומר מההלכה המחייבת ברשות הניזק והמזיק.

<sup>26</sup> קטע זה מתייחס גם להמשך ההלכה בתוספתא: "אחד נזקי אדם ואחד נזקי בהמה שמין להם מן העידית", וגם שם אין הוא מצוטט.

<sup>27</sup> כפרשנות זו מכריע וייס, בבא קמא, עמ' 110 – 111.

פרשנות התוספתא נתפצלה, אם כן, בין מסורות שונות. אלו הן מסורות חלוקות בתלמודים ביחס לחלקה השני של התוספתא ומסורות חלוקות בעדי הנוסח של התוספתא ביחס לחלקה הראשון. יש רגלים לטענה, שמסורות הנוסח שבכתבי היד הושפעו מהתפיסות החלוקות שבתלמודים, ובאופן קונקרטי יותר: נראה שנוסח כתב יד ערפורט בחלקה הראשון של התוספתא מעובד, וזאת כדי להתאים חלק זה למסורת הבבלי.<sup>28</sup> הנחה זו מתבססת על שני שיקולים עיקריים. ראשית, נוסח כתב יד וינה מפרש את כל חלקי המשנה, ומבחינה זו הוא שלם יותר מנוסח כתב יד ערפורט, שמחסיר את "וכשהזיק חב המזיק". שנית, נוסח כתב יד ערפורט מתאים למגמת הבבלי, כנזכר לעיל, וכן למשנת ארבעה כללות שבתוספתא.<sup>29</sup> כתב יד זה אופיין במחקר פעמים רבות כמעובד, ונראה שכך הדבר גם בענייננו.<sup>30</sup>

יש להעיר עוד, כי במידה וננקוט כנוסח כתב יד וינה בחלקה הראשון של התוספתא, אך בד בבד נבקש לפרש את חלקה השני, שפרשנותו איננה תלויה בנוסח החלק הקודם, כפרשנות הבבלי, הרי תעמוד לפנינו מחלוקת בתוספתא גופה בשאלת דינה של רשות הניזק והמזיק. דהיינו, התוספתא בחלקה הראשון מחייבת ברשות הניזק והמזיק, ואילו בחלקה השני נקטה לפטור. כבר אמרנו, כי התוספתא מורכבת משני מקורות המפרשים את המשנה הראשונה, ומכאן הכפילות שבהבאת המשנה ופרשנותה. הצעה זו מבארת היכן צמחו שני המקורות הללו – אלו הן מקורות שנחלקו בדינה של רשות הניזק והמזיק, ומכאן הפרשנויות השונות שהציעו למשנה.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> כך סבורים גם ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 3, וגולדברג, תוספתא, עמ' 39. מנגד, וייס, בבא קמא, עמ' 109 – 110, מכריע ככתב יד ערפורט (אף שמעלה גם את האפשרות המנוגדת). תהליך התפתחות נוסחי התוספתא לשיטתו מורכב, ופחות מסתבר מהמוצע בפנים.

<sup>29</sup> הלכת ארבעה כללות (ה"ט), אותה ננתח להלן, שונה (לפי כתב יד ערפורט, וכן הוא בבבלי, אך בכתב יד וינה הקטע חסר): "לזה ולזה כגון חצר השותפין והבקעה על השן ועל הרגל פטור על נגיחה... מועד משלם נזק שלם ותם משלם חצי נזק". ההלכה שלנו איננה מחלקת בין שן ורגל לקרן. אין כל מניעה לומר, שההלכה שלנו חולקת על הלכה ט, המובאת בשם ר' שמעון בן אלעזר, ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 5; גולדברג, תוספתא, עמ' 40 ועמ' 50. אולם בין הפרשנים ישנה נטייה להעמידה כמתייחסת לשן ורגל (ייתכן בשל ההמשך, העוסק ב"מיטב", ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 4, או בשל פרשנות הבריות המקבילות בתלמודים, המוסבת על שן ורגל), ראו למשל מנחת ביכורים ומגן אברהם (בדפוס וילנא); חזון יחזקאל, עמ' ג; עטרת יצחק, עמ' ה (פרשנים אלו מציעים גם את אפשרות העמדת התוספתא כמתייחסת לקרן, אך מעדיפים את העמדתה בשן ורגל. כך גם ר"י לוי, עמ' 38 בהערה, מעמיד את התוספתא בקרן, אך מעיר שבתלמודים העמידה בשן ורגל, וראו גם אלבק, מחקרים, עמ' 102, הרומז לאפשרות זו). מסתבר, שנטייה זו אפינה גם את סופר כתב יד ערפורט, ועל כן שנו גם כאן לפטור בחצר השותפין.

<sup>30</sup> הדיון במחקר באשר לטיבו של נוסח כתב יד ערפורט יעלה בנקודה משמעותית בדיונו להלן, פרק ה. ראו שם, סעיף ה.2, ובפרט בהערה 23.

<sup>31</sup> כך מפרש ר' דוד פארו, חסדי דוד השלם, עמ' א. רד"פ אף מסיק כפירושו, שמגמת קטע זה שונה מקודמו: "ומיהו מאי דקנינו תו הכא נכסים המיוחדין וכו' על כרחין צ"ל תברא דמתניא באפי נפשה היא ותנא אחרנא הוא ומי ששנה זו לא שנה זו" (וראו גם הגיון אריה, עמ' ד, המקבל את פירוש הקטע באופן זה, אך סבור שאין זה חלק מקורי מן התוספתא, "דבעל התוספתא אינו מביא פירושים שונים ותנאי דפליגי זה על זה"). ליברמן (תוספתא כפשוטה, עמ' 5, וכמוהו נקט גולדברג, תוספתא, עמ' 40, וראו גם חזון יחזקאל, עמ' ג) הבין כנראה אף הוא את "ורשות הניזק והמזיק" שבתוספתא כנסמכת לרישא, והיינו: כפרשנות הבבלי, אך הוא איננו מסיק מכאן שלקטע זה רשות הניזק והמזיק פטור, כלשונו (שם): "נכסים שאינם כלולים לא ברשות המיוחדת למזיק ולא ברשות הניזק



נסכם את האמור עד כה. המשנה הראשונה שונה: "ורשות הניזק והמזיק", ובניסוחה העמום מאפשרת שתי פרשנויות מנוגדות, אם לחיוב ואם לפטור. המקורות נחלקו בשאלה זו, ומצאנו את ביטוייה של המחלוקת בכמה רבדים. מצאנוה בדברי האמוראים, רב חסדא ור' אלעזר, או לכל הפחות בפרשנות התלמודית של מימרות האמוראים הללו. כן מצאנוה בהבדלי מסורות שבין התלמודים ביחס להלכת השומרים שבתוספתא, אשר נחלקו בשאלת ביסוסה במשנה של הלכה זו.<sup>32</sup> מצאנו מחלוקת זו גם בהבדלי מסורות הנוסח של התוספתא, אף כי נראה שהבדלים אלו הם תוצאת הבדלי המסורות שבתלמודים. ולבסוף, העלנו גם את האפשרות, שהתפיסות המנוגדות שבפרשנות המשנה מצויות בתוספתא עצמה, דהיינו: תנאים מאוחרים נחלקו בפירושה של המשנה, מחלוקת שנשמרה בשני חלקי התוספתא.

שאלת מעמדה של רשות הניזק והמזיק פותחת את הדיון בדיני הרשויות בתורת התנאים. היא עולה ישירות מן המשנה הראשונה, המאפשרת, כאמור, את פיתוחן של מספר גישות. לצידה נדונו במקורות התנאיים גם רשויות אחרות, שאף הן משתלשלות מן המשנה הראשונה, ובר בבר נוסף משתנה חדש – ההבחנה בין אבות הנזק. המקור העיקרי לכך הוא משנת ארבעה כללות, אותו נבחן כעת.

### ד. 3. פטור שן ורגל וזיקתו למשנה הראשונה – הלכת ארבעה כללות

הלכת ארבעה כללות מופיעה במספר מקורות, והללו נחלקו בפרטים שונים הכלולים בה. ביחס בין מקורות אלו נעסוק בהרחבה בנספח לפרק זה. כאן נסתפק בהצגת הברייתא כהופעתה בתלמוד הבבלי, תוך התייחסות לשינויים משמעותיים בין הבבלי למקורות המקבילים, הנדרשים למהלך דיוננו. הברייתא מובאת בבבלי (יד ע"א) כדלקמן:

ארבעה כללות היה ר' שמעון בן אלעזר אומר<sup>33</sup> בנזיקין. כל שהוא רשות לניזק ולא למזיק חייב בכל; דמזיק ולא לניזק פטור מכל; לזה ולזה, כגון חצר השותפים והבקעה, פטור בה על השן ועל הרגל, על

והמזיק, והן השומרים, שהזיק שור מן החוץ ברשותן (שאינה כלולה ברשויות הנ"ל) מועד משלם וכו'". לפירושו יוצא, שיש אומנם לראות את המשפט: "חוץ מרשות המיוחדת למזיק ורשות הניזק והמזיק" כיחידה אחת, אך יש חלוקה פנימית ברשויות הנזכרות בו – הראשונה לפטור והשנייה לחיוב, ושלא כשני אלו היא רשות השומרים. יש בפירושו דוחק מכמה פנים: הן בחלוקה הפנימית הנזכרת, והן בשינוי משמעות "חוץ מרשות" (אין זה חיוב שחל חוץ מהרשויות הללו, שבהן פטור, אלא התייחסות לרשות מסוימת, שהיא חוץ מאלו מבחינת הגדרת הרשויות). כמו כן, ליברמן נזקק ליצירת מחלוקת בין הבבלי לירושלמי, כשלבבלי לא ניתן להעמיד שמדובר בשור מן החוץ שהזיק ברשות השומרים (ליברמן, שם, עמ' 6. לדברינו להלן בפנים, ההבדל בין הבבלי לירושלמי מתמקד בנקודה המפורשת במקורות אלו).

<sup>32</sup> לא הכרענו כאן – וספק אם ניתן להכריע – בשאלת יחסם של המקורות הללו לתוספתא. נראה, כי אלו מקורות מאוחרים לתוספתא, שנחלקו בבאור הלימוד שבה – האם לשייכו לחלק הראשון או לחלק האחרון של המשנה. שמא מדויק יותר לומר, שיש כאן עיבוד פרשני של התוספתא בבבלי ובירושלמי, הנובע בכל מקום ממסורת שונה בפרשנותה (ראו פרידמן, הברייתות בתלמוד, עמ' 197 ועוד).

<sup>33</sup> בכת"י המבורג: "כולל".

הנגיחה ועל הנגיפה ועל הנשיכה ועל הרביצה ועל הבעיטה, תם משלם חצי נזק, מועד משלם נזק שלם; לא לזה ולא לזה, כגון חצר שאינו של שניהם, חייב בו על השן ועל הרגל, על הנגיחה ועל הנשיכה ועל הנגיפה ועל הרביצה ועל הבעיטה, תם משלם חצי נזק, מועד משלם נזק שלם.

הברייתא עוסקת בארבעה סוגי רשויות, שהם, ככל הנראה, ארבעת הכללות.<sup>34</sup> הלכות אלו נגזרות מן המשנה הראשונה שנדונה בסעיף הקודם – המשנה עוסקת ברשות המיוחדת למזיק, ולכך מוסיפה הברייתא רשות המיוחדת לניזק. בהתאם לכך, ברשות המזיק פטור, כמפורש במשנתנו, וברשות הניזק חייב, כמשתמע מהפטור במקרה הראשון. בנוסף, המשנה עוסקת ברשות הניזק והמזיק, ולכך מוסיפה הברייתא רשות שהיא לא לניזק ולא למזיק. כפי שראינו לעיל, דינה של רשות הניזק והמזיק איננו ברור מן המשנה, וכך גם בהלכת ארבעה כללות דינה של רשות זו וכמוה גם דינה של חברתה, רשות שהיא לא לזה ולא לזה, איננו מוכרע במקורות השונים.<sup>35</sup>

לצד הזיקה למשנתנו, הלכת ארבעה כללות כוללת קומה נוספת, שאיננה מצויה במשנה הראשונה. כוונתנו היא להבחנה בין קרן לבין שן ורגל, הבחנה הבאה לידי ביטוי בשתי הרשויות האחרונות, רשות הניזק והמזיק ורשות שהיא לא לניזק ולא למזיק. ברשויות הנדונות אין פטור או חיוב גורפים, אלא חיוב חלקי בקרן – תם חצי נזק ומועד נזק שלם, ולצדו חיוב או פטור מלאים בשן ורגל. בהתאם להבחנה זו, החיוב או הפטור ברשות הניזק והמזיק שבמשנה הראשונה מוסב כעת לשן ורגל בלבד, ואילו דינה של קרן שונה. ואכן, כך הם הדברים במחלוקת רב חסדא ור' אלעזר שצוטטה לעיל, בסעיף הקודם.<sup>36</sup> מחלוקת זו של האמוראים מוסבת על פרשנות המשנה ("והכי קאמר: חוץ מרשות המיוחדת למזיק דפטור ורשות הניזק והמזיק כשהזיק חב המזיק... והכי קאמר: חוץ מרשות המיוחדת למזיק, ורשות הניזק והמזיק נמי פטור"), אולם היא מתייחסת לשן ורגל בלבד. ההבחנה בין קרן לשן ורגל מצויה במשנת "חמשה תמים וחמשה מועדים". דיני קרן ברשויות השונות קשורים למשנה זו ולתפיסה העקרונית ביחס לנזקי קרן, ונדון בכך בנפרד.<sup>37</sup>

במקצת מן המקורות להלכת ארבעה כללות מופיע פטור שן ורגל ברשות הרבים. כך הוא למשל במכילתא דר' ישמעאל (מסכתא דנזיקין פרשה יד, עמ' 298):

בכל מקום שיש רשות לניזק ולמזיק והבקעה ורשות הרבים וכיוצא בהן, על השן ועל הרגל פטור, ועל השאר, מועד משלם נזק שלם ותם משלם חצי נזק.

<sup>34</sup> ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 15. בפרשנות הבבלי לברייתא ארבעה כללות נעסוק להלן, פרק ו, סעיף ו.3.

<sup>35</sup> לעניין זה ראו בהרחבה להלן, נספח ב.

<sup>36</sup> סמוך להערות 9 – 15.

<sup>37</sup> ראו נספח ג.

כך הדברים גם בירושלמי, אך הברייתא בירושלמי תולה זאת בדינה של רשות שהיא לא לזה ולא לזה.<sup>38</sup> לפי שני המקורות הללו, פטור שן ורגל ברשות הרבים הוא פרט מתוך המערכת הכוללת של ההלכות ברשויות השונות. המשנה הראשונה, על סגנונה העמום, היא אשר פותחת את הפתח למגוון ההלכות הללו, והפטור הנדון, אם כן, הוא אחד מהסתעפויותיה. לשון אחרת, על בסיס המשנה הראשונה עסקו התנאים בדין של רשויות שונות, אם רשויות הכלולות במפורש במשנה, אך לעיתים הדין בהן איננו חד משמעי, ואם רשויות הנגזרות מאלו שנדונו במשנה. המקורות הללו פרטו מקרים שונים העונים להגדרות הנדונות, ובין אלו נמצאת גם רשות הרבים וההלכה הפוטרת בנזקי שן ורגל במקום זה.

הדין בשאלת מקורה של ההלכה הוא בעל משמעות רבה לקביעת טעמה. העובדה, כי ההבחנה בין הרשויות השונות התפצלה מהמשנה הראשונה וההשלכה שיש לדברים על מספר אבות נזק (קרן, שן ורגל ובור<sup>39</sup>), לצד מגוון השיטות ביחס לכל רשות ורשות, כל אלו מלמדים, כי אין לפנינו קביעה שרירותית של מקום מסוים כמקום פטור. יש מקום להדגיש את הדברים, שכן תפיסה שכזו תעלה בהמשך, ונעמוד על מקורה ועל הטעמים המנחים אותה, אולם בפשטותם של המקורות אין הדברים כן. כנגד זאת, הפטור והחייב ברשויות השונות הם תולדה של אופי הנזק ומקומו, והם אשר משליכים על שאלת אחריותו של המזיק לנזק. דהיינו, המאפיינים השונים של כל רשות ורשות, כמו גם תכונותיהם השונות של המזיקים, הם העומדים מאחורי הפיצול ההלכתי הנדון, אשר שן ורגל ברשות הרבים הוא אחד מסעיפיו. תפיסה שכזו היא נקודת המוצא המאפיינת בדרך כלל חוקרי משפט עברי בגישתם לדיני הנזיקין התלמודיים, והיא יושמה גם ביחס למקרים שהוזכרו לעיל.<sup>40</sup> ניתוח השתלשלותן של ההלכות הללו, כפי שנעשה לעיל, מאשש נקודת מוצא זו.

כיצד משליך, הלכה למעשה, אופי הנזק ומקומו על החייב או הפטור של המזיק? התשתית העיקרית לדינונו בשאלה זו תינתן בפרק הבא, ובו גם נראה כיצד ניתן להסיק זאת באופן ישיר מן המקורות. בשלב הנוכחי נסתפק בהצגתו בקווים כלליים. טענתנו היא כי דינם של שן ורגל ברשויות השונות מושתת על שיקולים פנימיים, שיקולי קביעת האחריות לנזק, הבאים לידי ביטוי ובחינה בכל מקרה ומקרה. אלא, ששיקולים אלו שנויים

<sup>38</sup> מקרים פרטיים אחרים נשתנו אף הם בין המקורות. בשינויים אלו נעסוק בהרחבה בנספח. טענתנו העיקרית היא כי הבדלים אלו נובעים מנסיון לפשר בין מקורות שונים, שהיו גרעינה של הלכת ארבעה כללות, ונקטו בגישות חלוקות ביחס למשנה הראשונה.

<sup>39</sup> ההשלכה שיש להבחנה בין הרשויות על קרן ועל שן ורגל נדונה לעיל. בור מוזכר בתוספתא, פ"ה, ה"ט – ה"א (ראו להלן, נספח ב), בהקשר לרשות שהיא לא לזה ולא לזה. עם זאת, עיקר הדיון בעניינו של בור הוא בהבחנה בין בור ברשות הרבים לבור ברשות היחיד, וזאת במקורות שאינם בעלי זיקה להלכת ארבעה כללות. ראו להלן, שער חמישי, פרק י.

<sup>40</sup> ראו למשל אלבק, נזיקין, עמ' 98 – 110. בעניין זה עסקנו במבוא לעבודה זו, ראו מבוא, סעיפים 2.1; 4.

במחלוקת, מחלוקת היוצאת – אם כמקור ואם כאסמכתא<sup>41</sup> – מן המשנה הראשונה. יש הפוטרם שן ורגל ברשות הניזק והמזיק. תפיסה זו ניתנת לדיוק מן המשנה הראשונה, והסברה העומדת מאחוריה היא הלגיטימציה שיש להתנהגותו של המזיק. בד בבד, יש הפוטרם שן ורגל ברשות שהיא לא לניזק ולא למזיק.<sup>42</sup> אף זאת ניתן לדייק מן המשנה הראשונה, ומאחורי השיטה עומד העדר הלגיטימציה להתנהגותו של הניזק. לעומת אלו, ישנן תפיסות חולקות, אשר מחייבות ברשות הניזק והמזיק או ברשות שהיא לא לניזק ולא למזיק. אלו סומכות על סברות הפוכות, שעיקרן רשותו של הניזק להכניס את פירותיו או שלילת רשותו של המזיק להכניס את בהמתו, ומושתתות על דיוקים מנוגדים במשנה הראשונה.

לסיכומו של פרק זה, ההלכה הקדומה שבראש מסכת בבא קמא טומנת בחובה פיצול הלכתי בשאלת דינו של המזיק ברשויות שונות, וממנה השתלשלו כמה הלכות נקודתיות. פטור שן ורגל ברשות הרבים הוא אחת ההסתעפויות של המשנה הראשונה, כפי שעולה בברייתא ארבעה כללות. אין לראותו בשלב זה כהלכה ייחודית, או הלכה שמקורה נפרד מיתר דיני הנזיקין. אדרבה, הפטור משתלב עם שיקולי אחריות, העומדים דרך כלל מאחורי דינים אלו.

בפרק הבא נדון בטעמו ובגדריו של פטור שן ורגל ברשות הרבים לאור משנת פרק שני ומקבילותיה. משנה זו מבודדת את דינה של שן ברשות הרבים (פ"ב מ"ב): "כיצד השן מועדת לאכל את הראוי לה... במי דברים אמורים? ברשות הניזק; אבל ברשות הרבים – פטור; ואם נהנת, משלם מה שנהנת". בכך, כפי שנראה בהרחבה, טמון גם פיתוח מושגי, שעיקרו גיבוש עמדה פורמליסטית ביחס לגדרי הפטור. על פי התבנית שהצענו בפרק הנוכחי, משנה זו משקפת שלב מאוחר להלכת ארבעה כללות – לאחר שהוצעו ההלכות ברשויות השונות, עוסקת המשנה בדינה של אחת מאלו, וזאת במסגרת פירוט ההלכות של אב הנזק שן. המבנה המוצע, המאחר משנה זו לברייתא ארבעה כללות, מתאשר משיקולים נוספים: משנת "חמשה תמין" נוקטת בשיטת ברייתא ארבעה כללות, כפי שנראה בהרחבה בנספח לפרק זה, ויש לזהותה עם שיטת ר' מאיר, מוסרה של ברייתא ארבעה כללות. משנת פרק שני היא רובד מפרש של משנת "חמשה תמין" (פ"א מ"ד), וככזו היא מרחיבה ומבארת את דברי המשנה, תוך שהיא מוסרת גם שמועות שאינן מתיישבות עם שיטת ר' מאיר. יש לראותה לפיכך כרובד מאוחר גם לברייתא ארבעה כללות.<sup>43</sup> נפנה, אם כן, לדיון במשנת פרק שני.

<sup>41</sup> קשה להכריע בשאלת קדימותו של האחד על פני השני, האם שיקולי הסברה הולידו את פרשנות המשנה או להפך, הפרשנות הטקסטואלית הולידה את הסברה (ראו למשל דברי הרא"ש בשטמ"ק, יג ע"ב ד"ה חצר, עמ' 62). בדומה לעמדתנו בדבר הפרשנות המדרשית למקרא, התשובה לכך תלויה בתפיסה הפרשנית ובאידאולוגיה המחקרית, ראו פרק סיכום, סעיף 4.2.

<sup>42</sup> דעה זו איננה עולה מברייתא ארבעה כללות של הבבלי, המצוטטת לעיל, אך היא מפורשת במקורות אחרים. ראו להלן, נספח ב.  
<sup>43</sup> על היחס בין המקורות הללו ראו להלן, נספח ג.

## פרק ה

### טעמו וגדריו של דין שן ברשות הרבים – מגמות בתורת התנאים

#### ה.1. פתיחה

פרק זה עוסק בטעמו ובגדריו של פטור שן ברשות הרבים, כפי שמשתקפים החל מן המקורות התנאיים. בדברינו נחשוף את דבר קיומן העקבי של שתי מגמות מרכזיות בתורת התנאים ובספרות התלמודית שלאחריה ביחס לפטור שן ברשות הרבים. מגמות אלו נשתנו זו מזו בשאלת היקפו של הפטור, האם מדובר בפטור גורף, הכולל את כל מקרי שן ברשות הרבים, או שיש לצמצמו בהתאם לשיקולים שונים שיוכחו בהמשך. פיתוחן של המגמות הללו, בעיקר ברבדים מאוחרים יותר של הספרות התלמודית, מאפשר את סיווגן לפורמליסטיות וללא פורמליסטיות (מהותיות), החולקות ביניהן בשאלת מידת העירוב של שיקולים מהותיים בהכרעת הדין.

במבוא לעבודה זו עסקנו בהרחבה במקומן של שתי הגישות הללו בהלכה בכלל ובדיני הנזיקין בפרט. במסגרת זאת עמדנו על המשמעויות השונות שיש לפורמליזם, ומתוכן רלוונטיות לדיוננו כאן המשמעות המצומצמת של מונח זה:<sup>1</sup> פורמליזם כמתודה פרשנית נוקשה, שמשמעה הוא היצמדות ללשון הטקסט, ללא התחשבות מוצהרת במטרותיו ובשיקולים אחרים שמעבר לו.<sup>2</sup> בענייננו, הניגוד בין שתי המגמות הללו עולה אל מעל לפני השטח בצירי דיון שונים, ובעיקר ביחס לאופן התנהגותה של הבהמה, הנדרש כדי לפטור מנזק ברשות הרבים, וכן ביחס לשאלת הגדרת הרשויות והשלכותיה על הדין הנדון.

יש להדגיש, כי הגישה הפורמליסטית מתעצבת במקרים רבים במסגרת תהליך התפתחותי תורת-משפטי פנימי, המאפיין את ההלכה כמו גם את המשפט בכלל.<sup>3</sup> בשל כך, אין בה כשלעצמה כדי לשלול את הטענה, לפיה הבסיס לדיון הנזיקין הוא שיקולי אחריות, כדוגמת רשלנות ועוד. עניין זה הוא בעל משמעות רבה בדיוננו. עסקנו בו במבוא,<sup>4</sup> ועוד נשוב אליו בהמשך.

ההכרה בקיומו של מתח זה בין המקורות השונים מסייעת להבנת מהותו של פטור שן ברשות הרבים ומבהירה את חילוקי ההשקפות בין המקורות במגוון סוגיות. בנוסף לכך, וזו נקודה משמעותית לנושא הנדון בעבודה זו, מתח זה הוא שלב מרכזי בתהליך פיתוחו של דין שן ורגל כפטור ייחודי וחריג, תהליך שהגיע לכדי השלמתו בתלמוד הבבלי. בדברים אלו נעסוק בפרק הבא, השלישי בשער זה, והפרק הנוכחי לפיכך הוא תשתית הכרחית לבא אחריו. מרכז הכובד של הפרק הוא ניתוח השוואתי של המקורות התנאיים, ובעיקר המשנה

<sup>1</sup> להבדיל מפורמליזם בהקשרים רחבים יותר, בהתייחס למאפייני מערכת המשפט בכללה, ראו מבוא, סמוך להערות 70 – 73.

<sup>2</sup> ראו למשל שאואר, פורמליזם, עמ' 537; ליונס, פורמליזם ואינסטרומנטליזם, עמ' 960 – 966 ועוד.

<sup>3</sup> ראו מוסקוביץ, המשגה, עמ' 27 – 29 ועוד. לביאור הדברים ראו מבוא, סמוך להערות 77 – 80.

<sup>4</sup> מבוא, סעיף 2.1.

והתוספתא, תוך הנהרת היחסים המורכבים, המשפטיים והספרותיים, שבין מקורות אלו. על בסיס ניתוח זה נציג את הזרמים המרכזיים בתורת התנאים בשאלה הנדונה, ונעמוד על ביטויים של זרמים אלו במקורות מאוחרים יותר, מקורות אמוראיים, סתם התלמוד ובפירושי הראשונים.

הנחת המוצא של דיוננו היא כי שורשיו של פטור זה נטועים במסגרת הכללית של דיני הנזיקין, אותה תיארו בהרחבה במבוא לעבודה זו.<sup>5</sup> הנחה זו היא במידת מה אפריורית, ויש לפיכך לקבלה בחשדנות. אשר על כן, בדברים להלן היא תשמש כנקודת מוצא בלבד, לצורך הנהרת הסביבה המושגית של דיוננו, ובהמשך ינתנו לה התימוכין הדרושים. בהתאם להנחת מוצא זו, קביעת אחריותו של המזיק לנזק ומידת אחריות זו היא שאלת מפתח בדיני הנזיקין, ומוטיב הפשיעה הוא מרכיב מרכזי בדיון זה.<sup>6</sup> אם להשתמש במונחים מודרניים, אחריותו של המזיק לנזק מותנית בקיומה של חובת זהירות ובהפרתה, או בשאלה האם היתה כאן רשלנות.<sup>7</sup> כפי שטענו בפרק הקודם, רשויות שונות גוררות מידה משתנה של חובת זהירות בהתאם לאופיין, ומכאן קשת הדינים הרחבה המופיעה, בעיקר במקורות התנאיים, ביחס למגוון רחב של רשויות.<sup>8</sup> רשות הרבים היא חלק ממכלול זה, ובהתאם לאמור, מושגת פטור שן ברשות זו על צמצומה או העדרה של חובת זהירות המוטלת על בעל הבהמה המזיקה כלפי נזק מסוג זה. אלא שבפרטיו השונים של הפטור נחלקו המקורות התנאיים, ובכך ענייננו כעת.

## ה.2. פטור שן במשנת פרק שני, בתוספתא ובמכילתא דרשב"י

שנינו במשנה, בבא קמא, פ"ב מ"ב:

<sup>5</sup> מבוא, שם.

<sup>6</sup> הפשיעה היא ציר מרכזי בתפיסת חוקרי המשפט העברי, וכבר הצבענו על כך במבוא לעבודה זו בדיוננו בגישות שונות, כדוגמת ש' אלבק ואחרים (ראו מבוא, סעיפים 2.1; 4). בהקשר הנקודתי בו אנו עוסקים כעת יש להעיר נקודה אחת. ג'קסון, מחקרים, עמ' 250 – 267, טוען, שתפיסת הרשלנות משקפת עמדה תנאית מאוחרת, ואילו הגישה שפרשה את הכתוב "כִּי יִבְעַר אִישׁ שְׂדֵה אֹרְכָם וְשָׂלַח אֶת בְּעִירָהּ וכו'" (שמות כב ד) בהתייחס לנזקי אש (לעיל, מבוא, הערה 1), שללה את תפיסת הרשלנות, והטילה אחריות רק על נזק שנעשה ישירות על ידי המזיק. מכל מקום, הרובד התנאי אליו שייכת הלכת פטור ברשות הרבים שייך גם לדעת ג'קסון לשלב בו כבר השתרשה העמדה המחייבת את המזיק על רשלנותו, ועל כן השימוש במשטר אחריות זה להסבר ההלכה רלוונטי גם לפי דרכו.

<sup>7</sup> ראו מבוא, סמוך להערה 85, ובהערה הנזכרת.

<sup>8</sup> הדברים משתקפים בעיקר בהלכת ארבעה כללות ובהסתעפויותיה (ראו לעיל, פרק ד; נספח ב). הבדלי הדינים הם תולדה של אופי הנזק ומקומו, ולא קביעה שרירותית של מקום מסוים כמקום פטור לעניין זה. בשל כך הדברים נוגעים לרשויות שונות (ולאו דווקא לרשות הרבים) ולאבות נזק שונים (קרן ושן ורגל. ראו קישור הדברים אצל אלבק, נזיקין, עמ' 119 – 122). המחלוקות הרבות תלויות אף הן בשיקולים אלו, והן נובעות מהבדלי הגישות ביחס לכל מקום ומקום (ראו למשל וייס, בבא קמא, עמ' 125 – 126, ביחס לסברות החיוב והפטור בחצר שאינה לשניהן). אומנם, לעיתים תלויות המחלוקות הללו בשאלות של פרשנות מקורות קדומים, כדוגמת המשנה (פ"א מ"ב): "חוץ מרשות המיוחדת למזיק ורשות הנזק והמזיק וכשהיזיק...", ראו על כך לעיל, פרק ד, סמוך להערות 39 – 41. מדרשי ההלכה דורשים את הכתוב למעט רשות המזיק, ויש לראות את הדרשה במסגרת השיקולים הנזכרים כאן, ראו לעיל, במבוא לשער זה.

כיצד השן מועדת לאכל את הראוי לה? והבהמה<sup>9</sup> מועדת לאכל פירות וירקות; אכלה כסות, או כלים – משלם חצי נזק. במי דברים אמורים? ברשות הניזק; אבל ברשות הרבים – פטור; ואם נהנת, משלם מה שנהנת. כיצד משלם מה שנהנת? אכלה מתוך הרחבה, משלם מה שנהנת; מצדדי הרחבה, משלם מה שהיזיקה. מפתח החנות, משלם מה שנהנת; מתוך החנות, משלם מה שהיזיקה.

במשנה מופיעה ההלכה הפוטרת שן ברשות הרבים, ולאחריה שתי התייחסויות: האחת מצמצמת את הפטור ומחייבת בתשלום "מה שנהנת", והשנייה תוחמת את מקום הפטור – בתוך הרחבה ובפתח החנות, ולא בצדי הרחבה ובתוך החנות.<sup>10</sup> המשנה, כדרכה בדרך כלל, איננה מגלה את מקור הדין, וכן אין היא מוסרת את טעמו. עם זאת, עיון במקבילותיה של המשנה, המוסיפות פרטים אחדים וחולקות באחרים, עשוי לשפוך אור על שאלות אלו.

נפתח בהצגת המשנה ומקבילותיה זו לצד זו. אלו הן שלוש מקבילות: משנת פרק שיש, ההלכה המקבילה בתוספתא והלכה מקבילה במכילתא דרשב"י. הקשר והזיקה בין המקורות ניכרים בהסתכלות ראשונית. בהמשך הדברים נבאר בפרוטרוט קשרים אלו, ונעמוד על משמעותם לענייננו.

---

<sup>9</sup> "והבהמה" הוא תשובת המשנה לשאלה: "כיצד השן מועדת לאכל את הראוי לה", שאלה המבוססת על משנת פרק ראשון (פ"א מ"ד): "חמשה תמים וחמשה מועדים... השן מועדת לאכל את הראוי לה והרגל מועדת לשבור כדרך הילוכה" (על האפשרויות בפירוש משנת פרק שני ראו להלן, שער שלישי, פרק ז, הערה 9). הוי"ו בכת"י קויפמן משמשת כוי"ו הפתיחה או כוי"ו הפירוש, ראו: אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1050 – 1110, ובפרט ביחס לכת"י קויפמן, בו "מרובה וי"ו... בכל שימושיה השונים", אפשטיין, שם, עמ' 1081 והלאה.

<sup>10</sup> הלכה זו פותחת ב"כיצד". גולדברג סבור, ש"כיצד" משמש כ"ציון להגבלה להלכה הכללית" (גולדברג, כיצד, עמ' 7 ועוד). על עמדה גורפת זו, ובפרט על השימוש בה להכרעות נוסח, ערער מ' אור (אור, כיצד), והוא מראה את השימוש המרכזי ב"כיצד" כפירוש וכהדגמה, ולא דווקא כהגבלה. בגוף הפרק הגדרנו את הדברים בדרך נייטרלית, כ"התייחסות" להלכה הגורפת הנזכרת קודם לכן (פטור ברשות הרבים), אף כי יש בהתייחסות זו ("אכלה מתוך הרחבה וכו'") ממד של הגבלה לפטור הנזכר. בשלב זה אין אפשרות להציג קביעה מוחלטת, שכן הדברים תלויים בפירושה של המשנה ובפירוש ההתייחסות הנזכרת להלכה (האם היא מגדירה את תחומה של רשות הרבים, ולפי זה המלה "כיצד" מפרשת את ההלכה הקודמת, או שהיא קובעת באלו חלקים מרשות הרבים הפטור איננו חל, ואז מטרת המלה היא הגבלה). על נקודות אלו נעמוד בהמשך הדברים.

| משנה ב ב                     | תוספתא א ז                       | מכילתא דרשב"י כב ד     | משנה ו ב                          |
|------------------------------|----------------------------------|------------------------|-----------------------------------|
| כיצד השן... אכלה כסות...     |                                  | 'ושלח את בעירה',       | הכונס צאן לדיר... מסרה לרועה...   |
| במי דברים אמורים ברשות הניזק | בהמה שהיתה מהלכת כדרכה           | בהמה שהיתה מהלכת כדרכה |                                   |
| אבל ברשות הרבים              | ברשות הרבים,                     | ברשות הרבים,           |                                   |
| פטור;                        |                                  |                        |                                   |
| ואם נהנת,                    | נפלה לגנה וניזונת, <sup>11</sup> | ונפלה לגינה ונהנת,     | נפלה לגינה והיזיקה, <sup>13</sup> |
| משלם מה שנהנת.               | משלמת מה שנהנית.                 | משלם מה שנהנת.         | משלם מה שנהנת.                    |
| כיצד משלם מה שנהנת?          |                                  |                        |                                   |
| אכלה מתוך הרחבה              |                                  |                        |                                   |
| משלם מה שנהנת;               |                                  |                        |                                   |
| מצדדי הרחבה                  | מצדדי הרחבה                      |                        |                                   |
| משלם מה שהיזיקה.             |                                  |                        |                                   |
| מפתח החנות משלם מה שנהנת;    |                                  |                        |                                   |
| מתוך החנות                   | ומתוך החנות                      |                        |                                   |
| משלם מה שהיזיקה.             | משלמת מה שנהנית. <sup>14</sup>   |                        |                                   |
|                              | כיצד משלמת מה שנהנית,            |                        |                                   |
|                              | אומדין כמה אדם רוצה להאכיל       |                        |                                   |
|                              | את בהמתו מה שאכלה היא...         |                        |                                   |
|                              | שינת ואכלה,                      | ואם מאליה,             | ירדה כדרכה והיזיקה,               |
| משלמת מה שהיזיקה.            |                                  | משלם מה שהיזיקה.       | משלם מה שהיזיקה.                  |

<sup>11</sup> בכת"י ערפורט ובדפ"ר: ונהנית.

<sup>12</sup> בכת"י אוקספורד: "אם שלא מאליה". ראו על כך להלן, הערה 45.

<sup>13</sup> כן הוא גם בכת"י פרמה ובכת"י פאריס, וכעין זה גם בכתב יד פרמה "ג": "והיזיק". בכת"י "הוצאת לו" ובדפוס: "ונהנית".

<sup>14</sup> בכת"י ערפורט: "שהיזיקה". שינוי זה יידון להלן בפנים.



כיצד שינת ואכלה,

היתה קופתו מופשלת לאחוריו

ברשות הרבים, פשטה פרה

ואכלה,<sup>15</sup> משלמת מה שהזיקה.

מסאוי שנתון על פתח החנות

חציו בפנים וחציו בחוץ, פשטה

פרה פיה לתוכו ואכלה, הרי זו

פטורה.

כיצד משלם מה שהזיקה?

(פ"ו הכ"א): אין שמין בית קב... אין שמין בית קב...

השדה...

משנת פרק שישי ומשנת פרק שני קרובות זו לזו סגנונית ומבנית. סגנונית, בשימושי הלשון: "מה שנהנית... מה שהזיקה". מבנית, בהנגדה בין מקרים בהם משלם מה שנהנית למקרים בהם משלם מה שהזיקה, תוך ביאור פן אחד מהללו: "כיצד משלם מה שנהנית / שהזיקה".<sup>16</sup> מבחינת תוכן עוסקות המשניות בנושאים שונים: משנת פרק שני עוסקת בדיני הרשויות, ואילו משנת פרק שישי עוסקת בפשיעה ובאונס ובאופן תשלום הנזק. אולם, שתיהן דנות באב הנזק שן.

הסבר ראשוני לזיקה בין המשניות מתקבל מדרך עריכתה של משנת בבא קמא. כפי שהעלה אברהם וייס,<sup>17</sup> ששת הפרקים הראשונים של המסכת משלבים משניות משני מסדרים שונים, אשר נחלקו בפירוש ארבעת האבות שהוזכרו במשנה הקדומה (הכוללת את משניות א – ג שבפרק א). האחד סבר "מבעה זה אדם" ו"תנא שור וכל מילי דשור", כשיטת רב (ג ע"ב), והשני סבר שמבעה הוא שן ורגל ו"תנא שור לקרנו", בדומה לשיטת שמואל.<sup>18</sup> המשניות העוסקות בנזקי שור (קרן, שן ורגל), בור ומבעה (אדם), מפרק א משנה ד עד פרק ג משנה ח, הן מן המסדר הראשון. המשניות העוסקות בנזקי שור (קרן), בור, מבעה (שן ורגל) ואש, מפרק ג משנה ט

<sup>15</sup> בכת"י ערפורט ובדפ"ר: "פשטה פרה [פיה לתוכה] ואכלה".

<sup>16</sup> הזיקה בין המשניות עמדה ככל הנראה גם לנגד עיני הרמב"ם, בעת שקבע את סדר ההלכות במשנה תורה. דין "נפלה לגינה" שבמשנת פרק שישי מובא בסמוך לדיני פטור שן ברשות הרבים שבמשנת פרק שני (הלכות נזקי ממון, פ"ג הי"א). יתר דיני משנת פרק שישי מובאים בנפרד, בפרק הבא.

<sup>17</sup> וייס, מבעה, עמ' 6; וייס, בבא קמא, עמ' 31 – 35.

<sup>18</sup> ראו אצל וייס, מבעה, עמ' 1 – 4, הדיון בשיטת שמואל על פי הבבלי והירושלמי.

והלאה, הן משניות המסדר השני. וייס משער, כי עניין אש נשמת מן הקובץ הראשון משום שלא היה נחוץ לשנותו פעמיים, כדרך שאולי נשמתו משניות מקבילות אחרות.

יש בהסבר זה לבאר את הקשר בין שתי המשניות המובאות לעיל. אלו הן המשניות העוסקות בנוזקי שן בשני קבצי המשנה הללו, ומכאן הדמיון ביניהן. יתכן אף שבתחילה היו שתי המשניות שוות בחלקן, אך המסדר האחרון של המשנה, אשר שילב בין הקבצים, השמיט את הקטעים המקבילים, והותיר את המשניות כמשלימות זו את זו. על כן עוסקות המשניות בנושאים נבדלים, הקשורים לאב הנזק הנדון, אם בדיני הרשויות ואם בדיני פשיעה ואונס ובאופן התשלום. תפיסת המשניות כמשלימות מפרנסת באופן חלקי את התמיהה מדוע מסתפקת משנת פרק שני בשאלה "כיצד משלם מה שנהנית", וחרתה בצלע השניה, "כיצד משלם מה שהזיקה". אין כאן הסבר מלא, שכן שילוב שתי הצלעות משתי המשניות יוצר אומנם יחידה שלמה מבחינה מבנית, אך היא איננה אחידה מבחינת תוכנה – צלע אחת עוסקת באופן החיוב ברשויות השונות וצלע שנייה עוסקת באופן התשלום. להשלמת התמונה נזדקק למקבילה שבתוספתא.

התוספתא מאשרת את ההנחה בדבר הזיקה בין משנת פרק שני למשנת פרק ששי. תאור המקרה בראש ההלכה: "בהמה שהיתה מהלכת כדרכה ברשות הרבים נפלה לגנה וכו'", משלב בין הדיון ברשות הרבים שבמשנת פרק שני לדיון ב"נפלה לגנה" שבמשנת פרק ששי. משלים את התמונה החלק: "כיצד משלמת מה שנהנית" שבתוספתא, המבאר את אופן התשלום, ובכך הוא מהווה את הצלע הנגדית ל"כיצד משלם מה שהזיקה" שבמשנת פרק ששי. ההלכה: "מצדי הרחבה ומתוך החנות משלמת מה שנהנית", כנוסח כתב יד וינה והדפוס, או "מצדי הרחבה ומתוך החנות משלמת מה שהזיקה" כנוסח כתב יד ערפורט, חולקת על המשנה או חוזרת על ההלכה שנזכרה במשנה, ונדון בכך להלן. ההלכות הבאות בתוספתא, הכלל "שינת ואכלה משלמת מה שהזיקה" ופירוטו, וכן דין מסאוי, מוסיפות על המשנה, ואף הן תיבחנו בהמשך הדברים.

נבחן, ראשית, את דין צדי הרחבה ותוך החנות בתוספתא. רבים ממפרשי התוספתא, חוקרים ופרשנים מסורתיים, נקטו ככתב יד ערפורט, הגורס: "משלמת מה שהזיקה", ובכך מתאימה התוספתא לדין המשנה.<sup>19</sup> אולם נוסח כתב יד ערפורט מעורר קשיים ספרותיים, מבניים ותוכניים, ניכרים. התוספתא מורכבת מחלק הדן בתשלום מה שנהנית ומחלק הדן בתשלום מה שהזיקה. על פי כתב יד ערפורט נוצר מבנה מסורבל ובלתי סימטרי: התוספתא מציגה מקרה בו משלמת מה שנהנית (1), לאחריו מקרה של תשלום מה שהזיקה (2), בשלב

<sup>19</sup> ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 11; גולדברג, תוספתא, עמ' 46. כן נקטו גם א' שווארץ (הגיון אריה, עמ' 12) והר' אברמסקי (חזון יחזקאל, עמ' 1), בהסתמך על כת"י ערפורט, וכן הגיהו מדעתם רבים ממפרשי התוספתא, ראו מנחת ביכורים ומגן אברהם על אתר. ראו עוד עטרת יצחק, עמ' י – יא, המגיה אף הוא כמפרשים אלו, אך מציע גם לקיים את הגרסא "מה שנהנית" ולפרשה במחזורת, לפי שיטת שמואל, הפוטר במקרה זה (כא"ע, ולהלן, סמוך להערה 73). בחסדי דוד הגיה: "מתוך הרחבה ומתוך החנות משלמת מה שנהנית". גרסא זו שומרת על המבנה של הלכת התוספתא (ראו להלן בפנים), אך אין לה בסיס בעדי הנוסח שלפנינו.

זה עוסקת התוספתא בשאלה "כיצד משלמת מה שנהנית"<sup>20</sup> (3), ובסיום היא שבה לדיון במקרי תשלום מה שהזיקה (4). אין לראות בכך תקבולת בין שני חלקיה הראשונים של התוספתא לשניים האחרונים, שכן החלק האחרון איננו מעלה את השאלה "כיצד משלמת מה שהזיקה", כדוגמת השאלה הקודמת (3). חלק זה (4) הולך ומוסיף מקרים שונים שבהם משלמת מה שהזיקה, ואשר אין כל טעם בפיצולם מן המקרה הקודם (2). המבנה המחזורי ביותר של התוספתא, וכפי שנראה מיד כך הם הדברים גם בכתב יד וינה, הוא הצגת מקרי חיוב מה שנהנית, המבואר על ידי הכלל "בהמה שהיתה מהלכת כדרכה ברשות הרבים", אל מול חיוב מה שהזיקה, תחת הכלל "שינת ואכלה". חיוב מה שהזיקה בצדי הרחבה ובתוך החנות מציב מקרים אלה תחת הכותרת השנייה, ואם כן, לפי כתב יד ערפורט, אין הם במקומם המתאים.<sup>21</sup> לבסוף, לו חפצה התוספתא להעמיד זה מול זה תשלום מה שנהנית (1) ותשלום מה שהזיקה (2), כעולה מכתב יד ערפורט, היה עליה לנקוט במקרים הפכיים למקרים המובאים על ידה, בדומה למה שנקטה המשנה בפרק שני (תוך הרחבה ופתח החנות, מול צדי הרחבה ותוך החנות) ובפרק שישי (נפלה לגנה מול ירדה כדרכה). אולם התוספתא מעמידה אלו מול אלו מקרים שאין זיקה ביניהם ("נפלה לגנה וניזונת משלמת מה שנהנית" מול "מצדי הרחבה ומתוך החנות משלמת מה שהזיקה"). נמצא, אם כן, כי אימוצה של גרסת כתב יד ערפורט מעוות את הלכת התוספתא כולה, ואיננו מאפשר את ראייתה כיחידה שלמה ואורגנית. מבנה ההלכה משובש, והסגנון איננו הולם את התוכן.<sup>22</sup>

נוסח כתב יד וינה, "מצדי הרחבה ומתוך החנות משלמת מה שנהנית", שלם מבחינת עיצובו. נוסח זה מציג כיחידה אחת מקרי תשלום "מה שנהנית", ומבאר את דינם. מקרים אלו אינם מנוגדים זה לזה, אלא הם בעלי מכנה משותף, המציב אותם תחת הכותרת: "בהמה שהיתה מהלכת כדרכה ברשות הרבים". אלו הם מקרים בהם הלכה הבהמה כדרכה ברשות הרבים אך הזיקה שלא ברשות הרבים, ובכל זאת משלם בעליה מה שנהנית. לאחר

<sup>20</sup> בשל הקושי במעבר לרכיב זה (שהוא כשלעצמו איננו מכריע, שכן השאלה: "כיצד..." מתפרשת כמסכת על הרישא) הוסיף הר' שברון מדעתו: "מתוך הרחבה ומפתח החנות משלמת מה שנהנית כיצד וכו'" (עטרת יצחק, עמ' יא). מעין קושי זה, לפי ליברמן (תוספתא כפשוטה, עמ' 11), הוא המניע לשינוי הגרסא בכתב יד וינה ("הסופרים טעו מפני ההמשך בסמוך, כיצד משלמת מה שנהנית"). אולם ספק אם יש בכך כדי להצדיק יצירת מחלוקת מפורשת באשר למשנה. מסתבר יותר כי התהליך הפוך: המחלוקת המפורשת על המשנה בכתב יד וינה הולידה את הגהת כתב יד ערפורט, וראו על כך להלן בפנים.

<sup>21</sup> אין לומר, בשיטת התוספתא, כי דין צדי הרחבה ותוך החנות נובע מטעם אחר, אכילה שלא ברשות הרבים, וכי אין הוא נכלל ב"שינת ואכלה". התוספתא איננה רואה במקום האכילה גורם מחייב, שהרי היא כוללת את דין "נפלה לגנה וניזונת" תחת הפטור של "בהמה שהיתה מהלכת כדרכה ברשות הרבים", והיינו: הליכת הבהמה כדרכה היא המכריעה, ואין זה משנה היכן מקום האכילה בפועל (מגמה זו מתחזקת בכתב יד וינה. המשנה, לעומת זאת, חולקת על כך, אך היא נוקטת מספר מהלכים סגנוניים, המאפשרים את הצגת ההלכה באופן מתאים לשיטתה. ראו על נקודות אלו בהרחבה להלן).

<sup>22</sup> לא ניתן לתרץ את הדברים בכך שמדובר בהערות קצרות ונקודתיות המוסבות על המשנה. ראשית, אין זה ברור מדוע חזרת התוספתא על הלכת צדי הרחבה ותוך החנות שבמשנה בלא להוסיף דבר (עמד על כך בהגיון אריה, עמ' 12 הערה נב, אולם תירוצו שם דחוק). תמוה הצורך ב"קיצור מהמשך המשנה" כפי שמכנה זאת גולדברג, תוספתא, עמ' 47 – הרי "מה שנהנית" הוזכר קודם (1), וניתן בסמוך לו לשנות "כיצד משלמת מה שנהנית" (3), בלא הקטע הנוסף (2), ובוודאי שאין כאן פירוש למשנה (ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 11).

מכן מציגה ההלכה את צדו השני של המטבע: עקרון התשלום של מה שהזיקה ברשות הרבים ופירוטו, וכל זאת תחת הכותרת "שינת ואכלה". "חסרוננו" היחיד של נוסח כתב יד וינה הוא במחלוקתו המפורשת עם דין המשנה, ויש בכך כדי לתת הסבר הולם לתהליך שלפנינו (lectio difficilior) – בראיית סופר כתב יד ערפורט, בדומה למפרשי התוספתא, יש בפער זה כדי להצריך את הגהת נוסח התוספתא כנוסח המשנה, על אף המחיר שיש להגהה זו בגוף ההלכה. אופיו המעובד של כתב יד ערפורט במקרים רבים<sup>23</sup> מצטרף אף הוא לטיעון זה ולסדרת הטיעונים שלעיל, התומכים בנוסח השני. מסתבר, אם כן, שנוסח התוספתא המקורי היה: "מצדי הרחבה ומתוך החנות משלמת מה שנהנית", כנוסח כתב יד וינה, ויש כאן מקור החולק על המשנה שלפנינו.<sup>24</sup>

הכרעת המפרשים בכתב יד ערפורט מושפעת, קרוב לוודאי, גם מנקודת המוצא שלהם בשאלת יחסה של התוספתא למשנה.<sup>25</sup> ש' ליברמן, ובעקבותיו א' גולדברג, פרשו את הלכת התוספתא כולה כשיטתם בדרך כלל, ולפיה התוספתא נסמכת למשנה. בהתאם לכך מבאר גולדברג, כי התוספתא "משלימה את משנתנו פ"ב מ"ב, השונה את החיובים של שן". השילוב בין משנת פרק שישי למשנת פרק שני בתוספתא מתאים לדרכה של

<sup>23</sup> ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 78 ועוד (כמובא אצל פרידמן, להלן); פרידמן, תוספתא עתיקה, עמ' 79 – 86; זוסמן, ירושלמי כתב יד אשכנזי, עמ' 61 – 63, הערה 166 והפניותיו שם. בשלבים מוקדמים טען ליברמן, כי פעמים החילופים בין כתבי היד של התוספתא משמרים מסורות נוסח נפרדות וקדומות. תפיסה זו חזר ועורר עדיאל שרמר מתוך כתביו המאוחרים של ליברמן, ראו שרמר, נוסח התוספתא, עמ' 13 והלאה, ומכוח זה ערער על הנטייה לראות בכתב יד ערפורט נוסח מעובד. על אף שיש בדבריו בכדי לסייג את אפיונו של כתב יד ערפורט כמעובד (אך אין זו הסתייגות מלאה, שהרי במקרים רבים קובע ליברמן כי כת"י ערפורט מוגה על פי הבבלי, ראו שרמר, שם, הערה 10, וסיכומי, שם, עמ' 43), דומה שמכלול הנתונים המובאים בפנים מצביע על כי במקרה דנן אפיון זה מתאים, וכתב היד איננו משקף כאן את הנוסח המקורי (על אף הכרעתו של ליברמן כנוסח זה, כמובא בפנים, וראו גם שרמר, שם, הערה 132).

<sup>24</sup> דיון זה משליך גם על פירושו של דין מסאוי (בכתב יד ערפורט ובדפוס: "משאוי") בסוף הלכת התוספתא. על פי כתב יד וינה, כלול דין: "פשטה פרה פיה לתוכו ואכלה הרי זו פטורה" בדין תוך החנות, שאף איננו זוקק שיהיה המסאוי "חציו בחוץ". השוני בסגנונו של דין מסאוי מיתר חלקי ההלכה, "פטורה" במקום "מה שנהנית", מצביע על האפשרות כי דין זה שולב ממקור אחר, ועל כן צורף בסופה של ההלכה. בהלכה זו מצאנו בבבלי (כ ע"א, ושם בעדי הנוסח: "משאוי" או: "משוי") וירושלמי (פ"ב ה"ד, ג ע"א, ושם: "סוג", וראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 13) מסורות אחרות, המחייבות את בעל הבהמה, לכל הפחות על האכילה בפנים. בשל כך הובאה בתוספתא הדעה החולקת ביחס למקרה קונקרטי זה, והיא לא הסתפקה בדין תוך החנות. אפשרות אחרת, הרמוניסטית יותר, בביאור הדברים: "פטורה" משקף פטור מלא, שהוא דינה של הבהמה ברשות הרבים (כך גם במכילתא דרשב"י, כא לג, עמ' 184). אולם במקרי פטור אחרים, הנובעים אומנם מהליכתה כדרכה של הבהמה ברשות הרבים, אך בפועל אינם נעשים ברשות הרבים (אף במקרים אלו פטור, ראו הסבר הדברים להלן, בהמשך סעיף זה), הפטור חלקי בלבד, שכן הניזק מצידו נהג כראוי, ומשלם מה שנהנית (וכן במכילתא דרשב"י, בדין נפלה לגינה, המצוטט לעיל. בניגוד לכך המשנה, כחלק מפעולות העריכה שלה, ראו בפרט סמוך להערה 41, הסבה את דין "מה שנהנית" לרשות הרבים גופה). דין מסאוי, לפיכך, נובע מן המתח בין פטור מלא לפטור חלקי – לו המסאוי היה כולו בתוך החנות, משלם היה מה שנהנית (כרישא של הלכת התוספתא), אך מכיוון שחציו בחוץ, פטורה לגמרי. באשר לדין מסאוי על פי גרסת כתב יד ערפורט, המחייבת כאשר אכלה מתוך החנות, צריך לומר, כי מקום אכילתו בפועל היה פתח החנות, ואף מה שבפנים נגרר החוצה באכילת הבהמה, ובשל כך פטורה (ליברמן, שם, ובעקבותיו גולדברג, תוספתא, עמ' 48).

<sup>25</sup> נושא זה נבחן באריכות על ידי פרידמן, תוספתא עתיקה, עמ' 9 – 93. הדברים בפנים מתבססים על עיקרי סקירת ספרות המחקר אצל הנ"ל ועל הצעת שיטתו שלו. לשאלה המתודולוגית בדבר יחסה של המשנה לתוספתא התייחסנו גם במבוא לעבודה זו, ראו מבוא, סמוך להערות 50 – 52.

התוספתא "להשלים משנה אחת על ידי הבאה ממשנה במקום אחר."<sup>26</sup> מכאן, ברורה העדפת כתב יד ערפורט, המתאים את התוספתא למשנה, וזאת על פני כתב יד וינה, המציע מחלוקת בין המקורות.

חוקרים אחרים, ובהם ש"י פרידמן וי' האופטמן, נקדו בגישה עקרונית אחרת, ונבחן את התאמתה למקרה שלפנינו. התוספתא, לפי הגדרותיו של פרידמן,<sup>27</sup> מתייחסת למשנה באחת משלוש הצורות הבאות: פירוש או הרחבה למשנה ("הסבה ספרותית"); הלכה עצמאית, החסרה במשנה, אך מתקשרת לנושאים הנדונים בה; מקבילה ספרותית להלכה שבמשנה בסדרה ובסגנונה, למעט חילופים גדולים או קטנים בין המקבילות. בדרך כלל נוטים מפרשי התוספתא וחוקריה לראות אף בסוג האחרון מעין פירוש להלכה שבמשנה. עם זאת, פעמים רבות, מעבר למה שמקובל היה לשער עד כה, ההלכה שבתוספתא איננה מוסבת על המשנה, אלא מייצגת מסורות קדומות, "ניסוחים קדומים יותר או מקוריים יותר מן אלה שבמשנה". הלכות המשנה, במקרים אלו, נושאות "אופי של עיבוד ועריכה, על פי מגמות עריכתיות סבירות".<sup>28</sup> במקרה הנדון כאן, כפי שכבר ראינו, לפחות חלק מהלכת התוספתא מורכב ממקורות מקבילים ולא מפרשנות גרידא למשנה, ויש בכך סיוע לדרך השנייה. דרך זו רואה את התוספתא כיחידה עצמאית, אשר איננה מפרשת את המשנה ואיננה מוסבת עליה, ואולי אף מייצגת מקור קדום יותר, אשר איננו מעובד כמשנה. על בסיס דברים אלו, ולצורך מהלכו של דיונונו, נבחן כעת את הדברים מנקודת מבט זו על התוספתא.

התוספתא נחלקת למקרים בהם משלם בעליה של הבהמה מה שנהנית<sup>29</sup> ומקרים בהם הוא משלם מה שהזיקה. המקרים האחרונים נובעים, כמפורש בתוספתא, מכך שהבהמה "שינת ואכלה". מסתבר, לפיכך, כי משפט הפתיחה שבתוספתא, "בהמה שהיתה מהלכת כדרכה ברשות הרבים", הוא העילה לתשלום מה שנהנית במקרים האחרים. יש כאן שני מרכיבים: הילוך כדרכה ורשות הרבים. "כדרכה" הוא הניגוד ל"שינת", ונוסף לו גם מקום ההליכה, רשות הרבים. יחד עם זאת, מקום הנזק בפועל איננו חשוב. כפי שמבארת התוספתא, אף אם הנזק נעשה מחוץ לרשות הרבים, כגון: נפלה לגינה, או אם הזיקה בצדי הרחבה או בתוך החנות, משלם מה

<sup>26</sup> גולדברג, תוספתא, עמ' 46 – 47. פירוש זה ממשיך כאמור את פירושו של ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 11 – 13. כך נקטו גם מפרשים מסורתיים, כדוגמת ר' דוד פארדו בחסדי דוד. עמדה זו בשאלת היחס בין המשנה לתוספתא היא שיטתו הכללית של ר' דוד פארדו (פרידמן, תוספתא עתיקתא, עמ' 33), וכך נקט גם בפירוש התוספתא כאן (חסדי דוד השלם, א ע"ב).

<sup>27</sup> פרידמן, תוספתא עתיקתא, עמ' 10 – 11.

<sup>28</sup> פרידמן, תוספתא עתיקתא, עמ' 46. זו כאמור גם עמדתה של האופטמן, ראו האופטמן, המשנה, עמ' 17 – 24, וראו במבוא לעבודה זו, הערה 51.

<sup>29</sup> בשלב זה נגדיר תשלום מה שנהנית כפטור. הכוונה היא לכך שמדובר בפטור חלקי, המופחת מתשלום מה שהזיקה (בהתאם לפירוש הבבאי: "כיצד משלמת מה שנהנית" בתוספתא, ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 12 – 13; בבלי כ ע"א). על היחס בין תשלום מה שנהנית לפטור מלא ראו גם לעיל, הערה 24, ולהלן, הערה 44.

שנהנית.<sup>30</sup> נראה, לפיכך, כי מדובר כאן בפטור התלוי באופן התנהגותה של הבהמה ("מהלכת כדרכה ברשות הרבים"). רשות הרבים נסמכת להילוך כדרכה ולא לנזק עצמו, ועל כן אין לדבר כאן על פטור גורף ברשות הרבים, המושתת על המקום בו נעשה הנזק.<sup>31</sup>

לפי דברים אלו, הבסיס המסתבר לדין התוספתא הוא גדרי האחריות המשמשים בדיני הנזיקין. מכיוון שהבהמה נהגה בדרך מותרת לה, אין מטילים אחריות על נזק הנגרם על ידה באופן זה.<sup>32</sup> בהתבסס על הגדרותינו לעיל,<sup>33</sup> כוונת הדברים היא כי ברשות הרבים מותרת הליכתה של הבהמה כדרכה, ובשל כך אין על בעליה חובת זהירות, ומכאן – אין להטיל עליו את האחריות לנזק.<sup>34</sup> בהתאם לכיוון זה, דין "שינת ואכלה" בהמשך התוספתא ("היתה קופתו מופשלת לאחוריו ברשות הרבים פשטה פרה ואכלה משלמת מה שהזיקה") נובע מכך שהבהמה חרגה במקרה זה מהליכתה כדרכה ברשות הרבים, ועל כן מוטלת על בעליה האחריות לנזקה.<sup>35</sup> אין צורך

---

<sup>30</sup> צדי הרחבה יכולים להיחשב כרשות הרבים. עם זאת, הכללתם יחד עם תוך החנות וסמיכותם לנפלה לגינה מאפשרים לראותם כמקום שאיננו רשות הרבים (ייתכן שכך נקט שמואל, על רקע שיטתו בדין מחזרת, להלן סמוך להערה 73. ראו מעין זה גם עירובין, צד ע"א). מכל מקום, ההגדרה הפורמאלית של הרשות איננה משנה לשיטת התוספתא, כנטען בפנים.

<sup>31</sup> על באורה של גישה זו ראו להלן.

<sup>32</sup> הסבר זה קרוב להסברו של אלבך לסוגייה, ראו אלבך, נזיקין, עמ' 103 – 109, וראו גם גולאק, יסודי המשפט העברי, עמ' 210. אולם על אף שילוב יסוד הפשיעה בדברינו כאן, אין מדובר בהכרח בדרכו של אלבך (שם, ובאופן כללי בעמ' 19 – 20; 195 ועוד). שכן הדברים אינם תלויים רק בשאלת הצפיות הטכנית, אלא גם בשיקולים רחבים יותר, המתבססים על קביעה נורמטיבית של ההתנהגות המותרת ברשות הרבים (ראו להלן בפנים), אשר ממנה נגזרת הטלת האחריות (ראו ביקורתו של י' אנגלרד כלפי גישתו של אלבך, אנגלרד, מחקר, עמ' 62 – 63, וראו גם פרידל, תשובה, עמ' 97 – 100). נקודה בעייתית, העולה מן המסקנה שבפנים, ובפרט מהשוואתה לשיטתו של אלבך, היא ההסקה – כשלעצמה – בדבר העקרונות המשפטיים העומדים מאחורי הלכה תנאית קוואיסיטית (ראו, במסגרת הביקורת על שיטתו של אלבך, מוסקוביץ, המשגה, עמ' 63 – 65). ברם, במקרה דנן, דומה כי מסקנתנו, התולה את דין התוספתא במידת אחריותו של בעל הבהמה, מתאשרת מקריאה ביקורתית של המקורות, כמובא בפנים (ראו גם מבוא, סעיף 3.3, וראו מוסקוביץ, שם, עמ' 66 – 68).

<sup>33</sup> סמוך להערות 5 – 8 ובהערות אלו.

<sup>34</sup> תפיסה זו מופיעה במפורש בסוגיית "כשכשה בזנבה" בבבלי (יט ע"ב), הקושרת לכאן את שלילת מרכיב הפשיעה: כאשר הבהמה מתנהגת כדרכה ("אורחיה"), אין המזיק צריך לשמור על בהמתו ("וכי יאחזנה בזנבה וילך ?"), ופטור. ראו דיונו בסוגייה זו להלן, פרק 1, סעיף 2.1.

<sup>35</sup> יש, כמובן, לבאר את טעם הגדרת המקרה כחריגה מהליכה כדרכה, וניתן לשם כך ללכת בשני מסלולים: אם כאמירה תיאורית, הקובעת שמעשה זה אינו רגיל להיעשות על ידי הבהמה, ואם כאמירה נורמטיבית, הקובעת את המותר והאסור לבהמה ברשות הרבים. על פי האפשרות הראשונה, התוספתא מציינת את אופן האכילה של הבהמה: "פשטה פרה [פיה לתוכה] ואכלה" (על חילופי הנוסח ראו לעיל, הערה 15), ונראה, כי מאפיין זה הוא המגדיר את המעשה כ"שינת ואכלה", ומחייבו ברשות הרבים (ראו גם דברי הרמב"ן, להלן, סוף סעיף ד). יש להעיר, כי אף במסאוי נזכר: "פשטה פרה פיה", ואף על פי כן פטורה. ייתכן, כי חיוב "שינת ואכלה" הוא בשילוב בין התנהגות הבהמה המזיקה להתנהגותו של הנזק, שכלל לא הניח את פירותיו ברשות הרבים. הפטור במסאוי, לפי זה, הוא משום שחציו בחוץ (השוו דיונו לעיל, הערה 24). אפשרות אחרת היא כי יש לתלות את הלשון הנזכרת במסאוי בכך שקטע זה עובד על ידי התוספתא. הדברים מתבססים על ההצעה המובאת לעיל, בהערה הנזכרת, וראו עוד להלן, הערה 44. על פי האפשרות השנייה, שהיא מסתברת יותר, התוספתא מגדירה – כהגדרה נורמטיבית – את הכלול במסגרת הליכתה כדרכה של הבהמה, כאשר לא מוטלת על בעל הבהמה האחריות לנזק הנעשה במסגרת זו, מאחר ואין עליו חובת זהירות. בהגדרה זו מוציאה התוספתא כל התנהגות החורגת ולו במעט מהליכה כשהיא לעצמה, ובמקרים אלו מוטלת אחריות על בעל הבהמה המזיקה. מגמה זו תגבר במימרת ר'

לחדש, שהכוונה ב"שינת ואכלה" היא לשינוי בהגדרת סוג הנזק או מקומו. שיטות אלו יעלו בהמשך דברינו בכמה מפירושי הראשונים, וזאת בהשפעת שיטת הבבלי בסוגייה, אך התוספתא בפשטות איננה נוקטת כן.<sup>36</sup>

נשוב כעת למשנה. בין המשנה לתוספתא (לפי כת"י וינה) קיימת נקודת מחלוקת מפורשת בדין צדי הרחבה ותוך החנות וכן לגבי שינויים נוספים, שידונו מיד. טענתנו היא כי הבדלים אלו אינם הבדלים נקודתיים גרידא, אלא עומדת בבסיסם מחלוקת רחבה בין המקורות. המשנה, בניגוד לתוספתא, רואה במקום בו נעשה הנזק את הגורם המשפטי הדומיננטי למתן הפטור למזיק. אומנם, אף לשיטת המשנה יש משקל רב לשיקולי אחריות. בשיקולים אלו, כפי שנראה להלן, תלוי חיובו של המזיק ברשות הניזק, וייתכן אף כי המשנה מכירה בכך ששיקולים אלו הם טעמו הראשוני של הפטור ברשות הרבים. אולם ביישומו של הפטור ברשות הרבים ובפרטיו נקטה המשנה בעמדה גורפת, אשר אינה מערבת את השיקולים הנזכרים, ופוטרת בכל מקרה נזק. גישה זו פורמליסטית יותר, ולדידה כאשר מתמלא התנאי הנדרש, נזקי שן ברשות הרבים, פטור, ואף אם הנזק נעשה שלא כדרכה של הבהמה.<sup>37</sup>

נבחן את התפיסה המוצעת לאור כמה מן השינויים הבולטים בין המקורות. המשנה פותחת בהגדרה גורפת של הפטור: "אבל ברשות הרבים פטור". לכלל זה לא מצאנו מקבילה בתוספתא. מנגד, אין המשנה מציינת את

---

אושעיה, ראו להלן סעיף ה.3, ושם, הערה 56. על כל פנים, תהא דרכנו בעניין זה אשר תהא, ברי כי בראיית התוספתא מוגדר המעשה כ"שינת ואכלה", וכי זהו טעם שלילת הפטור ברשות הרבים.

<sup>36</sup> ראו אלבק, נזיקין, עמ' 107 – 108. על סוגיית הבבלי ושיטות הראשונים בפרשנותה ראו בסעיף הבא. שינוי בהגדרת סוג הנזק משמעותו הגדרת המעשה כתולדת אב הנזק קרן, וחיובו בחצי נזק כדינה של קרן תמה (ראו שער שלישי, פרק ז, הערה 97, וראו פרק סיכום, סמוך להערות 5 – 8), דבר שקשה להולמו בתוספתא, אך ראו הצעתו של רוזנטל, ירושלמי נזיקין, עמ' יד, הערה 20. הצעה זו אפשרית גם בתוספתא, אך מידי דוחק לא יצאה. מרבית מפרשי התוספתא (למעט מגן אברהם, אות כא), לפיכך, נטו לפרשה כשינוי בהגדרת מקום הנזק, ובפרט השתמשו באוקימתת הבבלי (כ ע"א), "בקופצת", והיינו: מכיוון שאינה יכולה לאכול כדרכה, המקום מוגדר כרשות הניזק (חסדי דוד השלם, א ע"ב; מנחת ביכורים על אתר; חזון יחזקאל, עמ' 12; ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 13; גולדברג תוספתא, עמ' 48, הערה 43; הגיון אריה, עמ' ז אות נט; וייס, בבא קמא, עמ' 310, הערה 58).

<sup>37</sup> כפי שזכור לעיל, סמוך להערות 1 – 2, המתודה הפורמליסטית מתבטאת לענייננו בהיצמדות ללשון החוק, תוך התנתקות מטעמו. בהתאם לכך, כדברינו בפנים, עשוי אחד מפרטי הדין שלא להתאים לטעמו, ובכל זאת תחול עליו ההלכה (ראו למשל שאוור, פורמליזם, עמ' 532 – 535; זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 60 – 65, וראו בהרחבה מבוא, סעיף 3.4, ושם, סמוך להערות 81 – 82). כדוגמת מתח זה בין טעמו של הפטור ברשות הרבים לפרטי דיניו, מצאנו בדינו של שמואל (טז ע"ב): "ארי ברה"ר דרס ואכל פטור טרף ואכל חייב", כשהפטור הוא מדין שן ברשות הרבים, אך טעמו איננו שייך במקרה זה. עמד על כך המהרש"ל (ים של שלמה, פ"א סי' מז, עמ' כח – כט): הרי שן ורגל פטורים "משום דיש לה רשות להלוך ברשות הרבים ואין הבעל צריך כל פעם לילך עמהם", וטעם זה איננו שייך בארי טורף. מסקנתו (לאחר שהוא קובע: "ולא אוכל לצדד בה טעם אמיתי דממה נפשך הקושיא לא תהא מתורצת") היא כי התורה או חכמים לא חלקו בדיני שן ורגל, וכן הוא אופייה של ההלכה גם במקומות אחרים, "שבעבור דבר אחד לא חלקו, אף ש אות ה ט ע מ ה ש י י כ ב ע י ק ר ד י נ ל י ת א ב ה א י , מכל מקום לא חלקו". כלומר: הדין מושגת אומנם על טעמו, אך משעה שנקבע הדין – מסגרתו נוקשה, והקריטריונים שלו פורמאליים, אף אם הם נוגדים במקרים חריגים את הטעם העומד מאחורי דין זה (ראו גם התמודדותו המעניינת של אלבק, נזיקין, עמ' 108 – 109, עם דין זה, וראו עוד פני יהושע על אתר, עמ' כד). כעמדה זו מצאנו בראשונים ובאחרונים בסוגיות אחרות, ראו למשל ריטב"א, קידושין, מב ע"ב, עמ' תלה, ביחס לכלל: "אין שליח לדבר עברה"; העמק דבר, שמות, כא כו, עמ' צד, בעניין שחרור עבד כנעני בשן ועין.

הליכתה כדרכה של הבהמה, שכן הליכה זו איננה גורמת לדידה לפטור. על פי הגדרת הפטור במשנה, טעם החיוב בצדי הרחבה ובתוך החנות איננו החריגה מן ההליכה כדרכה, אלא הגדרתם הפורמאלית של מקומות אלו כמקומות שאינם רשות הרבים. התוספתא, כאמור, פוטרת אף במקרים אלו, שהרי אין הם חורגים מהליכתה כדרכה של הבהמה. התוספתא מתארת את מקרה הפטור כך: "בהמה שהיתה מהלכת כדרכה ברשות הרבים, נפלה לגנה וניזונת משלמת מה שנהנית". משנת פרק שישי מזכירה מקרה זה, אך ללא ציון ההילוך ברשות הרבים, ואילו משנת פרק שני מזכירה את הפטור ברשות הרבים, ללא "נפלה לגנה". הבדלים אלו הם בעלי משמעות, והם משקפים את נקודות המחלוקת בין התוספתא למשניות: התוספתא מדגישה את ההליכה כדרכה ושוללת את המשקל הניתן למקום האכילה, כאמור לעיל.<sup>38</sup> משנת פרק שני, לעומתה, שונה באופן גורף את הפטור ברשות הרבים ואת חיוב תשלום מה שנהנית, בלא מרכיב ההליכה כדרכה ובלא הנפילה לגנה. בד בבד, משנת פרק שישי, המזכירה את הנפילה לגנה, עוסקת אומנם בדיני פשיעה ואונס, אך בלא שייכות לדיני הרשויות. ניתן לפטור נפלה לגנה, כשם שפוטרים במקרי אונס אחרים, כדוגמת "נפרצה בלילה", אולם הפטור ברשות הרבים איננו תלוי בשיקולים אלו. בתוספתא, ההליכה כדרכה ברשות הרבים היא הטעם שבשלו אין מטילים את האחריות על הבעלים, ומכך מפקיעה המשנה.

אפשרות מסתברת היא כי ההלכה המקורית נמצאת בתוספתא, והמשנה קיצרה ועיבדה אותה בהתאם לתפיסותיה ההלכתיות.<sup>39</sup> הצעה זו מבארת כמה קשיים במשנה. ראשית, הדיכוטומיה הנוצרת במשנת פרק שני בין מקרים בהם משלם מה שנהנית (תוך הרחבה ופתח החנות) לבין מקרים בהם משלם מה שהזיקה (צדי הרחבה ותוך החנות) בעייתית, מכיוון שפתח החנות דומה יותר לצדי הרחבה מאשר לתוך הרחבה. בהתאם לדרכנו, יש מקום להציע כי אף כאן מדובר בעיבוד של ההלכה המקורית שבתוספתא, אשר חייבה תשלום מה שנהנית כשאכלה מצדי הרחבה ומתוך החנות. המשנה, לשיטתה, שינתה ושנתה כאן מה שהזיקה, ומול שני מקרים אלו הציעה את ניגודיהם, תוך הרחבה ופתח החנות, שרק בהם משלם מה שנהנית. אין מדובר, לפי זה, בקיצור ההלכה שבמשנה על ידי התוספתא, אלא בעיבוד של המשנה. עיבוד זה התאים את המקרים הנדונים

<sup>38</sup> "נפלה לגנה" כלול במסגרת הפטור, שכן הבהמה הלכה כדרכה ברשות הרבים, אך נאנסה ונפלה, ועל כן אין בעליה אחראי על נזקה (בניגוד, למשל, למקרה בו יצאה מבית בעליה בפשיעה, ראו להלן, הערה 45). היקף הפטור שנוי במחלוקת אמוראים בבבלי, נז ע"ב – נח ע"א, ובירושלמי פ"ו ה"ב, ה ע"ב, וראו בפרט שיטת רב הונא בירושלמי, המצמצם זאת ל"בשנחבטה על גבי עשבים" בלבד, ומקבילותיה בבבלי. ירדה כדרכה, לעומת זאת, הרי היא ככל בהמה המזיקה ברשות הניזק, וחייבת (מקרה זה איננו מופיע בתוספתא, אולם קיים במשנה, וייתכן שהוא מופיע במכילתא דרשב"י, המקבילה בשיטתה לתוספתא, ראו להלן הערה 45. בשל כך אין מניעה לומר שאף התוספתא מקבלתו).

<sup>39</sup> ראו להלן, הערה 42, על מאפייני מלאכת הפרשנות של המשנה ביחס למקורותיה הקודמים.



לתפיסתה ההלכתית של המשנה, אך עורר אי התאמה מסויימת. קושי זה נדון על ידי האמוראים, ודבריהם מובאים בסוגיות התלמודיות המוסבות על המשנה.<sup>40</sup>

בדרך זו יש כדי להסביר קושי נוסף במשנה. על השאלה: "כיצד משלם מה שנהנת" עונה המשנה שלא ממין העניין. במשנת פרק שישי המשפט מתפרש כמשמעו: כיצד דרך התשלום ("כיצד משלם מה שהזיקה שמין בית סאה באותה השדה וכו'"), וכן הוא במקבילת משנתנו בתוספתא ("כיצד משלמת מה שנהנית אומדין כמה אדם רוצה להאכיל את בהמתו וכו'"). אולם משנתנו איננה מבארת את אופן התשלום, ואפילו איננה מפרטת את ההלכה "ואם נהנית", אלא מבארת את ההבחנה בין הרשויות, והיא צריכה להיות מוסבת על דין הרשויות.<sup>41</sup> על פי דרכנו, משפט זה משתלב עם מלאכת העיבוד של המשנה. המשנה, כאמור, נזקקת להבחנה בין רשות הרבים לבין מה שאיננו בגדר רשות הרבים, ולשם כך שינתה את דין צדי הרחבה ותוך החנות והוסיפה על גביו. כמצע וכפתיחה לדין זה השתמשה המשנה במשפט הנזכר, אך שינתה את משמעותו.<sup>42</sup>

ראשיתה של משנת פרק שני, "אבל ברשות הרבים פטור", נראית כמעשה ידי העורך האחרון, אם כעיבוד ממקור אחר.<sup>43</sup> ואם כתוצר מופשט של מלאכתו ביתר חלקי משנה זו ובמשנת פרק שישי. ייתכן גם כי הלכה זו משקפת מקור אחר כשלמותו, ואזי אין לפנינו תהליך של התפתחות תפיסה קדומה יותר לתפיסה שבמשנה, אלא שתי תפיסות שהתקיימו זו לצד זו.<sup>44</sup> אלא שאף לאפשרות זו, לאור דברינו כאן, יש לומר שהמשנה השתמשה במקורות נוספים, אשר נקטו בדרך החולקת, ועיבדה אותם בהתאם לתפיסתה.

<sup>40</sup> כא ע"א; ירושלמי, פ"ב ה"ד, ג ע"א.

<sup>41</sup> ח' אלבק מפרש את המשנה כ"אימתי משלם מה שנהנית" (אלבק, משנה, עמ' 20), אולם אין בפירושו זה כדי פיתרון לבעיה, שכן אין במשנה פירוש של הלכת "ואם נהנית", כאמור בפנים. בהשלמות (שם, עמ' 410) חש כנראה אלבק בקושי שבלשון זו, ומציע: "תיבת 'כיצד' באה באשגרה מלמעלה".

<sup>42</sup> התהליך המתואר בפנים משקף עיבוד של המשנה להלכה הקדומה, המשתקפת, לטענתנו, בתוספתא. על יחס מעין זה של המשנה למקורותיה הקדומים ("משנה ראשונה") ראו דבריו של הנשקף, משנה ראשונה, עמ' 195 – 197: "אף שבכל העניינים שנידונו שונה ההלכה המאוחרת באופן יסודי מזו הראשונה, לא גרם שוני זה בשום פנים להיעלמותם של המקורות הקדומים, אלא רק לעיבודם ולפרשנותם – תוך שיקועם כמות שהם במסגרת ההלכה המאוחרת... להתפתחויות מושגיות אלו נלווה מפעל שלם של תלמוד התנאים בתחום הספרותי. שכבות מאוחרות נוספות לפרקים קדומים המסודרים כבר במשנה הראשונה; קטעים ממשנה ראשונה מועברים ממקומם המקורי לצורך ביאור משמעם מחדש; הערות פרשנות, תוספות הבהרה המועברות ממקומות אחרים, ואף עיבודים מצמצמים ומרחיבים מיתוספים למשנה ראשונה... מתברר כי ההלכה האחרונה שיקעה בתוכה את מקורותיה של זו הראשונה אף כלשונם, אע"פ שמשקפים הם לעתים שיטות שונות לחלוטין". מגמה זו עוברת בגבול הדק שבין פרשנות לבין יצירה מחודשת.

<sup>43</sup> ראו להלן, הערה 50, הצעה אפשרית על סמך המכילתא דרשב"י.

<sup>44</sup> ההבחנה בין המקורות יכולה להיות במינוח ההלכתי: "פטורה" מול "משלם מה שנהנית", בדומה לטענתנו ביחס לדין מסאוי (לעיל הערה 24). דין מסאוי השתייך לפי זה לזרם המקורות אליו שייכת המשנה (ופטור בו משום שחציו בחוץ, על אף שבדרך כלל חייב, כאמור בהערה הנזכרת), אך התוספתא, המקבלת אף היא את הדין שבו (בניגוד להלכה שבבבלי ובירושלמי), שילבה אותו בהלכותיה (ועל כן נותר בו: "פשטה פרה פיה", מרכיב שאיננו משמעותי להגדרת הרשויות. ראו על כך לעיל, הערה 35). על בסיס הבחנה זו בין המקורות, ייתכן גם שהיתה מחלוקת נוספת בין שתי התפיסות הללו, בשאלה האם מדובר בפטור מלא או בפטור חלקי, הכולל חיוב תשלום מה שנהנית (להצעה שונה במקצת, המתבססת אף היא על ההבחנה בין אופני התשלום, ראו הערה 24. אין בידי ביסוסים או מקורות נוספים להצעות אלו).

המכילתא דרשב"י משקפת את ההלכה הראשונית, בדומה לתוספתא. כך שנינו שם (מכילתא דרשב"י, עמ'

:195)

'ושלח את בעירה', בהמה שהיתה מהלכת כדרכה ברש' הרב' (=ברשות הרבים), ונפלה לגינה ונהנת,

אם שילחה מאליו משלם מה שנהנת. ואם מאליה, משלם מה שהזיקה.

ההלכה המתוארת עוסקת בבהמה שהיתה מהלכת כדרכה ברשות הרבים ונפלה לגינה, וזאת כדין התוספתא. אולם, הניגוד בין תשלום מה שנהנית לתשלום מה שהזיקה איננו בין מקרים בהם הלכה כדרכה לבין מקרים ששינת ואכלה, כפי שמחלקת התוספתא. המכילתא דרשב"י מחלקת בין שני מקרים של נפילה לגינה,<sup>45</sup> בדמיון מסוים לחלוקה המובאת במשנת פרק שישי.<sup>46</sup> גולדברג, בהתאם לדרכו הנזכרת לעיל, רואה את המכילתא כמבוססת על שילוב בין משנת פרק שישי לבין התוספתא.<sup>47</sup> אף כאן מושפעים הדברים מן העמדה העקרונית בשאלת היחס בין המקורות התנאיים.<sup>48</sup> לפי דרכנו, המכילתא דרשב"י עשויה לשקף דווקא את המקור הראשוני להלכה,<sup>49</sup> התולה את הפטור בכך שהבהמה "מהלכת כדרכה ברשות הרבים". מקור זה עובד על ידי משנת פרק שישי, בהתאם למגמתה, עליה עמדנו לעיל.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> הנוסח שבפנים הוא על פי כת"י פירקוביץ (נוסח הפנים של מהדורת אפשטיין-מלמד). לנוסח זה יתרון בכך שההלכה נסמכת בו לכתוב, אך קשה לפרש את ההבחנה בין "מאליו" ל"מאליה" כנוסח זה. פירוש אפשרי הוא כי "שילחה מאליו" מבטא את יציאת הבהמה בפיקוח הבעלים ובאחריותם, ומכיוון שהיה זה לרשות הרבים (בניגוד ל"ושלח את בעירה ובער בשדה אחר"), פטור, ואפילו אם נפלה לגינה. מנגד, "מאליה" פירושו שנתרשל בשמירתה ויצאה מעצמה, ועל כן אין לפטור אותו בגלל הליכה כדרכה ברשות הרבים, וחייב אף אם נפלה לגינה. נוסח כתב יד אוקספורד 63 ברור יותר, ועל כן הוא הועדף על ידי החוקרים: "שלא מאליה" במקום "שילחה מאליו", ובמקרה זה משלם מה שנהנית. החלוקה כאן היא בין נפלה "שלא מאליה" לנפלה "מאליה", והיינו: בין נפלה לבין קפצה או ירדה, כחלוקה שבמשנת פרק שישי (אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 117 – 118) או בין דחפתה חברתה לבין נפלה מעצמה (ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 11). באשר לחילוף הסגנוני בין המשנה למכילתא דרשב"י: אפשטיין רואה במכילתא מקור מקביל למשנה שלפניו, ויתכן שלפיו שנו גם כפ"ב מ"ג ("הכלב והגדי שקפצו") "שנפלו". בדרך אחרת נוקט לוין, הסבור ש"נפלה... מאליה" במכילתא דרשב"י הוא פרשנות למשנה (לוין, מדרשי ההלכה, עמ' 167 – 168, ושם השוואת שיטותיהם של אפשטיין ווייס). בהתאם לכך מסיק לוין: "שעורך המכילתא דרשב"י פעל בפירושי המשנה כדרך פעולת האמורים. מזה מוכח שעורך הרשב"י עצמו היה אמורא" (שם, עמ' 171, אך בהסתייגות: "הרבה מן החומר ברשב"י הוא מסוג אחר"). נקודה זו משליכה גם על שאלת היחס בין המקורות התנאיים, ראו להלן בהערות הבאות.

<sup>46</sup> בהתאם לשאלת הגרסה ופירושה, לעיל הערה קודמת.

<sup>47</sup> גולדברג, תוספתא, עמ' 47 ושם הערה 38: "העדפת לשון התוספתא (המקור המאוחר) על לשון המשנה (המקור הקדום יותר) רגילה במדרשי ההלכה".

<sup>48</sup> בדומה לשאלת היחס בין המשנה לתוספתא (לעיל, סמוך להערה 25). לגישות המאחרות את המכילתא דרשב"י ראו לוין, מדרשי ההלכה, עמ' 171. מעין זו גם מסקנתו העקרונית של בורגנסקי, מכילתא, עמ' 263 – 282.

<sup>49</sup> כך מציע במקום אחר פרידמן (פרידמן, תוספתא עתיקתא, עמ' 75 – 77), והדברים אמורים לעיתים גם ביחס למכילתא דרשב"י, על אף זיקתה ההדוקה למשנת רבי (ראו במפתח לתוספתא עתיקתא, שם, עמ' 479, וראו גם הערה 9 בעמ' 222). כפי שמציין פרידמן בדבריו, המחלוקת בין עמדות החוקרים נוגעת גם לסוגיית היחס הכרונולוגי בין צורת המדרש לצורת ההלכה (=משנה) ולשאלת מדרש יוצר ומדרש מקיים (ראו הפניות אצל פרידמן, שם, הערה 263, ועוד רבים). לדוגמה נוספת בעניין היחס בין המכילתא דרשב"י למשנה, שאף בה נתפצלו עמדות החוקרים בשאלת קדימותה של האחת לחברתה, ראו הנשקה, משנה ראשונה, עמ' 144 – 145. באשר ליחס בין המכילתא דרשב"י לתוספתא, אין במסגרת הנוכחית אפשרות להצביע על קדימותו של המקור האחד על פני חברו. שיקולים

נסכם את דיוננו עד עתה. מן המשנה שלפנינו ניכר קשר בין שתי משניות, משנת פרק שני ומשנת פרק שישי. קשר זה הוסבר כנובע מעריכת המשנה, אשר השתמשה במקורות מקבילים העוסקים בנזקים דומים. זיקה הדוקה לשתי המשניות הללו התגלתה בתוספתא, הנראית כמשלבת בפרטים אחדים את הנזכר במשניות. על פי טענתנו, משקפת התוספתא יחידה עצמאית, ובניגוד אליה עומדות המשניות, שהן בעלות מגמה הלכתית אחרת מן התוספתא. הדברים אמורים ביחס לדיני שן ברשות הרבים: התוספתא, וכמוה המכילתא דרשב"י, מצביעות על פטור הניתן לבהמה המהלכת כדרכה ברשות הרבים. אופן התנהגותה של הבהמה ברשות הרבים הוא המכריע, אף אם מקום הנזק בפועל איננו רשות הרבים, שכן אופן זה משחרר את הבעלים מאחריותם. במשנה השיטה שונה, ולפיה מקום הנזק הוא הגורם המרכזי בפטור הנזכר. זוהי שיטה פורמליסטית יותר, הדורשת את הגדרת המיקום כרשות הרבים, ואיננה מתחשבת באופן בו התנהגה הבהמה. על פי דרך זו הסברנו את השינויים בין התוספתא לבין המשניות, והראינו כיצד מעבדת המשנה את ההלכה בשתי המשניות הנזכרות בהתאם לשיטתה. השינויים המרכזיים הם הוצאת משנת פרק שישי ממסגרת הדיון ברשות הרבים והסבתה באופן מלא לדיון בפשיעה ואונס, קביעת הפטור הגורף ברשות הרבים במשנת פרק שני ומחלוקת המשנה והתוספתא בדין צדי הרחבה ותוך החנות.

### ה.3. מקבילות התוספתא ושיטתה בתלמודים

להלכה שבתוספתא: "שינת ואכלה משלמת מה שהזיקה. כיצד שינת ואכלה היתה קופתו..." מקבילות בבבלי ובירושלמי. בירושלמי (פ"ב ה"ד, ג ע"א) ההלכה זהה כמעט לגמרי, למעט שינוי ניכר אחד: "נזק שלם" במקום "מה שהזיקה", אף כי משמעות אחת לשני המינוחים הללו.<sup>51</sup> בבבלי ההלכה מקוצרת יותר, והיא מובאת כחלק מן הסוגייה הבאה (כ ע"א):

אמר אילפא: בהמה ברשות הרבים ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה חייבת, מאי טעמא?<sup>52</sup> גבי חברתה כחצר הניזק דמי. לימא מסייע ליה: היתה קופתו מופשלת לאחוריו, ופשטה צוארה ואכלה

אפשריים המעורבים בשאלה זו הם שאלת היחס בין שיטת המדרש לשיטת ההלכה (כנזכר לעיל) והערכת הצורה הלשונית הייחודית, המופיעה במכילתא דרשב"י: "נפלה... מאליה" (להלן, הערה הבאה), שאיננה מופיעה בתוספתא.

<sup>50</sup> הדברים נוגעים גם לחילופי סגנון נקודתיים, שאף בהם עשוי נוסח המכילתא דרשב"י להיות מקורי יותר. לפי זה, "יורה כדרכה" במשנה הוא פרשנות לנוסח שבמכילתא דרשב"י: "נפלה... מאליה" (בהמשך לעמדתו של אפשטיין ותוך הרחבתה, ובניגוד ללוי, לעיל הערה 45). יש לבחון לאור זאת הלכה אחרת במכילתא דרשב"י (כא לג, עמ' 184): "לפי שמצינו בבהמה שאם הזיקה כדרך הילוכה ברש' הרב' פטור עליה". הלכה זו קרובה בלשונה להלכה שבמשנת פרק שני בציון מקום ההיזק ובלשון "פטור", אך נוסף בה: "כדרך הילוכה", ויש בכך קירבה מסוימת לתפיסה שבתוספתא. אף מקור זה, אם כן, עשוי להתפרש בשתי דרכים שונות: אם כתוספת פרשנית למשנה ואם כנוסח מקורי, שקוצר אחר כך על ידי המשנה, ובכך נשתנתה משמעותו.

<sup>51</sup> רמב"ן במלחמת ה' (ה ע"א דפי ה"ף); רשב"א, עמ' קא – קד. ראו להלן על שיטות ראשונים אלו ואחרים בפירוש הסוגייה.

<sup>52</sup> בכת"י המבורג נוסף כאן: "על"; בכת"י אסקוריאל: "מעל" (בהתאמה ללשון מימרת אילפא).

ממנו<sup>53</sup> חייבת. כדאמר רבא בקופצת, הכא נמי בקופצת. והיכא איתמר דרבא? אהא דאמר רבי אושעיא: בהמה ברשות הרבים, הלכה ואכלה פטורה, עמדה ואכלה חייבת; מאי שנא הלכה? דאורחיה הוא, עמדה נמי אורחיה הוא! אמר רבא: בקופצת.

פתיחת הברייתא היא "היתה קופתו מופשלת", ללא הגדרת המקרה כ"שינת ואכלה", ודינה הוא "חייבת" בסתם. על אף שינויים אלו, אין נראה שיש להוציא את הברייתא בבבלי ממשמעותה. פשטה, ללא ההקשר בסוגייה, הוא כפי שעמדנו לעיל: בהמה חייבת משום שחרגה מן ההליכה המותרת לה ברשות הרבים.

כמה מימרות אמוראיות משתלבות עם המגמה הנזכרת. אלו הן מימרות אילפא ור' אושעיא בבבלי, בסוגייה שצוטטה לעיל, ובמקבילה בירושלמי. גרעין המימרות בבבלי, ללא הפרשנות התלמודית, הוא כדלקמן: "אמר אילפא בהמה ברשות הרבים ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה חייבת";<sup>54</sup> "דאמר רבי אושעיא בהמה ברשות הרבים הלכה ואכלה פטורה עמדה ואכלה חייבת". בירושלמי מופיעה מקבילה למימרא השנייה בלבד, אך היא מובאת בשם שני האמוראים הללו – פעם אחת על ידי ריש לקיש בשם ר' הושעיה ופעם אחרת על ידי אילפאי, כחלק ממימרא רחבה יותר (ירושלמי, שם).<sup>55</sup> לשונה בירושלמי הוא: "עמדה ואכלה מפירות הצבורין חייבת". ההסבר המיושב ביותר למימרות אלו הוא כהסבר התוספתא דלעיל: מדובר אומנם באכילה ברשות הרבים, אך אין זו אכילה כדרכה, ועל כן חייבת.<sup>56</sup> מן הראוי להדגיש, כי יש במימרת ר' אושעיא בבבלי ובמקבילתה בירושלמי כדי צמצום ניכר של פטור שן ורגל ברשות הרבים. דהיינו, הלכה זו מושתתת אומנם על הטעם העומד ביסודו של הפטור, ועל כן פוטרת בהמה המזיקה בהליכתה, אך היא מגבילה מאוד את תחומי

<sup>53</sup> בכת"י המבורג: "ממנה". בכת"י מינכן ופירנצה חסרה מלה זו (בדומה לנוסח התוספתא, אך שם חסר גם "צוארה", וראו לעיל, הערה 15, נוסחאות המוסיפות בתוספתא "פיה").

<sup>54</sup> "מאי טעמא" הוא פרשנות מאוחרת, כעולה מהמונח "מאי טעמא" ומן הלשון הארמית המשמשת בו ("דמי"), השונה מגוף המימרא, שלשונה עברית. על קריטריונים אלו ראו פרידמן, על דרך חקר הסוגיא, עמ' 301. אפשרות אחרת היא כי מימרת אילפא המקורית כללה גם את הבאור: "גבי חברתה כחצר הניזק", והתלמוד הבבלי הוסיף את מונחיו הארמיים כליטושים סגנוניים ולהבהרת המימרא. לפי אפשרות זו, אילפא עצמו תולה את חיובה של בהמה שאכלה מעל גבי חברתה בהגדרת הרשויות (כפי שיובא להלן בהתייחס לסוגיית הבבלי. כמגמה זו משמע קצת בדברי ר' אמי בירושלמי בסוגיית צרורות, פ"ב ה"א, ב ע"ד, המחייב צרורות ברשות הרבים "בשהיה כלי נתון בידי אדם". ברם, הדברים אינם מוכרחים. ראו לדוגמא פירוש של ר' ישראל לוי, עמ' כא, למימרת ר' אמי). אפשרות זו מסתברת פחות מטענתנו בפנים, שכן מלבד השיקולים הטקסטואליים, אף המקבילות מסייעות לאפשרות המוצעת: לפי מסורת הירושלמי אילפא סבור כר' הושעיה (להלן בפנים). מימרת ר' הושעיה מתפרשת כשינוי בהתנהגות הבהמה, וקשה יותר לפרשה בהתייחס להגדרת הרשויות, ובפרט בלא האוקימתא שבבבלי (להלן). על האפשרויות השונות במימרת אילפא ראו גם התלבוטותו של הלבני, בבא קמא, עמ' ע הערה 1.

<sup>55</sup> כך, ככל הנראה, נקט הירושלמי גם בשם רב, ראו להלן הערה 77. ר"י לוי, עמ' כז, ורוזנטל, ירושלמי נזיקין, עמ' יד, הערה 22, הגיהו בדברי רב בירושלמי "חייבת" ובאילפאי "פטורה". אין לשינוי גירסא זה בשיטת אילפאי אסמכתא, ואף אין בו צורך לפרשנות הסוגייה.

<sup>56</sup> בלשונו של הפני משה (בבאור "עמדה ואכלה מפירות הצבורין" לשיטת רב): "...דקסבר טעמא דפטר בה רחמנא משום דאורחה להלך ברשות הרבים, והילכך דוקא אם הלכה ואכלה, אבל עמדה ואכלה לאו אורחה הוא וכו'". הקביעה כאן היא נורמטיבית, ראו להלן בפנים ובהערה הבאה.

החלתו של הפטור, וכשזו עמדה, חייב בנזקיה.<sup>57</sup> מגמה שכזו מצאנו גם בפטורים אחרים, ונעמוד בהרחבה על משמעותה בסיכומה של העבודה.

סוגיית הבבלי שינתה את משמעותה של מימרת אילפא. ההסבר: "מאי טעמא גבי חברתה כחצר הניזק דמי" מתבסס על ההנחה, שגורם החיוב הוא הגדרת מקום האכילה כרשות נפרדת. לפי זה, אכלה מעל גבי חברתה חייבת משום שאין כאן אכילה ברשות הרבים, אלא אכילה בחצר הניזק. פטור ברשות הרבים נתפס לפרשנות זו כפטור נוקשה, התלוי בהגדרת הרשויות ולא בהליכה כדרכה, וכדי לבטל פטור זה יש להגדיר אחרת את מקום האכילה. פער זה בין גרעינה של המימרא לבין הפרשנות התלמודית יוצר מתח פנימי, והוא מתבטא במגמות השונות שבפירושי הראשונים לסוגייה. זרם אחד בין הראשונים, בעיקר בעלי התוספות,<sup>58</sup> נתן משקל מלא ומכריע לפרשנות התלמודית, ובהתאם לכך הבין את הגדרת הרשויות כהגדרה מוחלטת וממשית. על כן, הקפיצה מגדירה מקום מתוחם כרשות הניזק – זהו מקום ש"אין יכולה לאכול אלא בקפיצה" (לשון הרא"ש), וזוהי רשות הניזק לכל (תוספות ד"ה דקיימא, כא ע"א). זרם אחר רואה בהגדרת המקום כרשות הניזק הגדרה אבסטרקטית, מופשטת יותר, אשר איננה מחייבת את תיחומו במקום מוגדר. ההקצנה של גישה זו רואה את המקום כ"מעין" רשות היחיד, וזאת לצורך ההצדקה הפורמאלית לחיובו בתשלום, אף כי הטעם העיקרי הוא אופן האכילה, ולא מקומה.<sup>59</sup> יש מקום לומר, שכך נקטו הר"ח, הרי"ף והרמב"ם,<sup>60</sup> ומכל מקום מפורשים הדברים בדברי הרמב"ן בהווא אמינא של הסוגייה<sup>61</sup> (מלחמת ה', ח ע"א בדפי הרי"ף):

---

<sup>57</sup> קשה לומר שיש כאן קביעה עובדתית, כי עמידה איננה דרכה של הבהמה, ומסתבר שיש כאן הכרעה נורמטיבית של המותר והאסור ברשות הרבים (בהמשך לאמור לעיל, הערה 35, ביחס לדין "שינת ואכלה" בתוספתא). קביעה זו משקפת מגמה לתחם את ההתנהגות המוגדרת כדרכה של הבהמה ולהגביל את חובת הזהירות המופחתת של בעליה לכדי נזקים הנעשים כחלק אינטגרלי וישיר מההליכת הבהמה (השוו לשון הסברא שבסוגיית הבבלי, יט ע"ב: "וכי יאחזנה בזנבה וילך?!", וראו הערה 34 לעיל), ותחומם של אלו מוגבל למדי.

<sup>58</sup> כך נקטו בתוספות רבנו פרץ, ד"ה בקופצת, עמ' עב, וכן שיטת הרא"ש, אות ד. כך גם שיטת ר"י בסוגיית מחזורת (תוספות ד"ה ובמחזורת, כא ע"א), ושורש הדברים משותף. בדרך זו הלך גם וייס, בבא קמא, עמ' 308 – 311, ומניעיו דומים למניעיהם של הראשונים שנזכרו בפנים, כפי שיובא להלן, הערה 74.

<sup>59</sup> ישנן גישות ביניים, ראו לדוגמא שיטת הרשב"א, עמ' קיג – קיד, בסוגיית מחזורת: מחד, מחזורת לשיטת רב מגדיר מקום מסוים כרשות היחיד – "כל שאינה יכולה לאכול בלא חיזור", ובכך הוא נוטה לשיטת ר"י בתוספות והרא"ש. מנגד, אין זו הגדרה מוחלטת, שכן לגבי גדיים המקום מוגדר כרשות הרבים (בניגוד לתוספות ד"ה דקיימא, כא ע"א). מגמה מעורבת ברשב"א עולה גם בסוגייתנו ביחס למימרת אילפא, ראו להלן הערה 62.

<sup>60</sup> ראו לדוגמא לשון הרמב"ם (הלכות נזקי ממון, פ"ג ה"י, וראו כסף משנה שם בהשוואה לשיטת הרא"ש): "היתה מהלכת ברשות הרבים ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה ואפילו עמדה משלם מה שנהנית שכן דרך הבהמות לאכול זו מעל גבי זו. ואם קפצה ואכלה על גבי חברתה משלם מה שהזיקה שגבי חברתה כחצר הניזק הוא חשוב". לשון זו מורכבת אומנם מן המינוחים הנוכחים בסוגייה, אך ניכר שניתן בה דגש לאופן האכילה, ובכך ענייננו. בניגוד לפרשנות זו בדברי הראשונים הללו, רמב"ן, וקיצוני ממנו הרא"ש, מפרש את שיטת הרי"ף כמנסה על גדרי הרשויות, ולא על אופן האכילה (רמב"ן במלחמת על אתר ולהלן הערה הבאה; ראו ש"ש אות ד, כמוכא לעיל).

<sup>61</sup> למסקנה, בהתאם לשיטת הרי"ף, חייב בקופצת בלבד, וזאת מפרש הרמב"ן כשינוי בהגדרת הרשויות, כנזכר בהערה הקודמת.

ומיהו אילפא סבר דאע"ג דלא קפצה חייבת הואיל ופשטה צוארה... שאין זה שן שפטרה תורה לפי

שאין דרכה לאכול אלא להלך ולאכול דרך הלוכה מאמצע רה"ר.<sup>62</sup>

זרם זה הושפע מגרעין המימרות, התולה את הפטור באופן האכילה ברשות הרבים, אף כי הוא משלב את

הדברים בתוך לשון התלמוד בסוגייתנו.<sup>63</sup>

באשר למקבילת התוספתא ולמימרת ר' אושעיא, הרי אין בביאור התלמודי שבסוגייה כדי להוציא מן ההבנה

המוצעת לעיל בתוספתא. בפרט משתמעים הדברים מן הדיון במימרת ר' אושעיא:

מאי שנא הלכה דאורחיה הוא, עמדה נמי אורחיה הוא.

היינו: אין זו חריגה מהמותר לבהמה ברשות הרבים. אוקימת רבא ב"קופצת" יכולה להישאר בתחום זה של

הדיון, שכן היא קובעת באיזה מקרה התנהגות הבהמה איננה נכללת בהליכה כדרכה ברשות הרבים. יחד עם

זאת, מגמה הרמוניסטית של פרשנות הסוגיא תפרש גם חלק זה במסגרת תפיסה נוקשה של פטור שן ורגל

ברשות הרבים. מגמה זו מושפעת מן הפרשנות התלמודית למימרת אילפא, ואולי אף מהקשרים רחבים יותר של

תפיסת פטור שן ורגל ברשות הרבים, העולים מסוגיות אחרות, כדוגמת סוגיית "מתגלגל" וברייתת "משאוי"

שבסמוך.<sup>64</sup> בהתאם לגישה זו, מתפרשת אוקימת רבא אם כהתנהגות המשפיעה על הגדרת הרשויות<sup>65</sup> ואם

כחריגה המשנה את הגדרת המזיק.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> כך נראה גם ברשב"א, עמ' קג: "שינתה ממה שפטרה התורה קאמר", אך בהמשך דבריו ("וטעם חיובן של אלו", עמ' קד) הדגיש יותר את השינוי בהגדרת הרשויות, ודומה ששינוי הרשויות הוא הדומיננטי בדבריו.

<sup>63</sup> בהמשך דבריו מזכיר הרמב"ן את הסבר הגמרא: "מאי טעמא גבי חברתה כחצר הניזק דמי". דומה, ששיטה זו מדגישה בפרשנות התלמודית את כ' הדמיון, ועל כן אין היא מתייחסת למימרא כאל שינוי בהגדרת הרשויות, כאמור בפנים.

<sup>64</sup> מיקום האכילה נתפס כאן כגורם המחייב, ועל כן מסתפק ר' זירא במתגלגל. מגמה זו היא מגמת משנת פרק שני, אשר נותחה בסעיף הקודם, ומגמת סוגיות נוספות, אשר יידונו להלן. על ברייתת משאוי ויחסה לתוספתא ראו לעיל, הערה 24.

<sup>65</sup> כך פרשו רבנו חננאל והרי"ף לפירוש רמב"ן וראשונים נוספים, ולפיהם הקפיצה משנה את הגדרת המקום מרשות הרבים לרשות היחיד (וראו גם לעיל, הערה 58). לפרשנות זו אילפא ור' אושעיא (אליבא דרבא) עוסקים במישור דיון אחד, ועל כן למסקנה גם החיוב על גבי חברתה הוא בקופצת בלבד.

<sup>66</sup> רש"י בסוגייתנו, תוספות (כא ע"ב ד"ה דאילפא) ובעל המאור. לשיטתם, קופצת מוגדר כמשונה, ומשלם חצי נזק. ר' אושעיא עוסק במישור דיון אחר מאילפא, ועל כן ניתן להעמיד את שיטת אילפא בעינה, ולא בקופצת (תוספות ובעל המאור, שם). אין זה ברור ממפרשים אלו, האם פרשו את מימרת אילפא כדרכנו בפנים או כשינוי בהגדרת הרשות. המאירי, המציג את שני הזרמים הנוכחים בפרשנות הסוגיה, נוקט בשיטת רש"י ותוספות כאפשרות השנייה, היינו: גבי חברתה מוגדר כרשות הניזק, ועל כן חייב, ובלשונו (עמ' 63): "שכל שפשטה צוארה ואכלה על גבי חברתה או בתוך קופתו של אדם חצר הניזק הוא". באשר לשיטת רש"י, יש לבחון אותה

מזווית נוספת. בסוגיית מחזרת (כא ע"א. סוגייה זו עומדת בזיקה הדוקה לדינם של אילפא ור' הושעיה, ראו להלן סמוך להערה 73) מצאנו שינוי בין המהדורות של פירושו: באחת מן המהדורות פרש רש"י את דין מחזרת כשינוי בהגדרת המזיק, היינו: חייב חצי נזק מדין קרן. כך מובא בתוספות ד"ה ובמחזרת, וכן נשתמר כנוסח זה ברש"י על המשנה (ד"ה מצדי הרחוב), ברש"י על הרי"ף (ט ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה אמר רב), בכת"י לונדון 411 ובגיליון כת"י וטיקן 157 ווטיקן 132 (פרנקל, שנו"ס, עמ' תקצד). על פי תוס' רבנו פרץ, ד"ה ושמואל, עמ' עד, זהו פירושו במהדורה קמא. ברש"י לפנינו אין מופיע טעם החיוב כקרן, ויש ללמוד מן השתיקה (בפרט אם הגדרת המעשה כקרן נמחקה על ידי רש"י) שחייב נזק שלם כשן. יחד עם זאת, אין זה ברור האם החיוב הוא בשל הגדרת מקום

סיכומו של דבר, אף התלמודים הכירו את הלכת התוספתא, המחייבת שן שאיננה כדרכה ברשות הרבים. יתרה מכך, דומה שכך נקטו אמוראים אחדים, אשר הרחיבו את הלכת התוספתא למקרים נוספים, וייתכן שגם הפרשנות התלמודית הנקודתית בבבלי למימרת ר' אושעיא הלכה בדרך זו. הגישה המנוגדת עולה מסתם התלמוד הבבלי ביחס למימרת אילפא, ולדברים השפעה על פרשנות הסוגייה כולה. הסוגייה, אם כן, טעונה במתח פנימי: מתח בין פשטות המימרות לבין הפרשנות התלמודית ובין ההקשר הכללי לבין השקלא וטריא הבודדים. מתח זה מאפשר גישות פרשניות שונות, והן עולות במגוון הפירושים המוצעים בראשונים. מקצת מפירושים אלו נוטים לדרך המוצעת לעיל בתפיסת פטור שן ברשות הרבים.

#### ה.4. מקורות תנאיים נוספים

כפי שכבר ראינו, במקורות התנאיים מצויות שתי גישות ביחס לפטור שן ברשות הרבים. גישות אלו מצאו את ביטויין גם במקורות אמוראיים ובמקורות תלמודיים מאוחרים יותר, ומקצת ממקורות אלו, העומדים בזיקה ישירה למקורות התנאיים, נסקרו לעיל. נסיים את דיוננו במקור תנאי נוסף, המופיע בבבלי, ובו בלבד,<sup>67</sup> וייתכן שיש בו כדי ללמד על זהותם של התנאים, נושאי השיטות השונות. בסופה של סוגיית מחזרת (כא ע"ב) מובא:

לימא, מחזרת תנאי היא, דתניא: אכלה מתוך הרחבה – משלמת מה שנהנית, מצידי הרחבה – משלמת

מה שהזיקה, דברי ר' מ' ורבי יהודה,<sup>68</sup> רבי יוסי ור' א' אומרים: אין דרכה לאכול אלא להלך.

האכילה כרשות הנזק (כך למדו תוספות רבנו פרץ והמאירי, לעיל), או שזהו אופן המחייב שן ברשות הרבים. לפי האפשרות האחרונה, ייתכן, שאף בסוגייתנו יש לפרש כך הן את מימרת אילפא והן את מימרת ר' אושעיא. יש מקום לומר, כי זו פשטות דברי רש"י בד"ה איכא ביניהם (כא ע"ב, בניגוד לתוספות, שם, ד"ה דאילפא), ושמא אף בנקודה זו חזר בו. על המהדורות שבפירושי רש"י ראו פרידמן, פירושי רש"י, וראו בפרט שם, עמ' 168 – 172, דיונו באופיו של הפירוש למסכת בבא קמא.

<sup>67</sup> קשה למצוא מקור, ממנו יכול היה הבבלי לעבד את שיטת ר' יוסי ור' אלעזר המופיעה בקטע שלהלן (כפי שמציע פרידמן במקומות אחרים. ראו לדוגמא פרידמן, הבריות בתלמוד; פרידמן, תוספתא עתיקתא, עמ' 212 – 218). בד בבד, על אף שיש בסוגייה שינויי גרסא נכבדים, המרכזיים שבהם הם תוספות פרשניות לגרעין קיים, כפי שיובא בהערות הבאות, ואין הכרח לראות בה סוגייה מאוחרת. בשל כך, אין לשלול את מהימנות המסורת התנאית המובאת כאן. אף על פי כן, יש להעדיף פרשנות המצמצמת את ייחודיותה של מסורת הבבלי לשימור שמות התנאים, כפי שנבאר להלן.

<sup>68</sup> עדי הנוסח נחלקו בשיוך דעתו של ר' יהודה: בכת"י המבורג, בקטע כריכה (וינה, הספריה הלאומית, B 31) ובדפוסים הנוסח הוא כמצוטט בפנים, ולפיהם ר' יהודה סבור כר' מאיר. בהתאם לכך, הנוסח בהמשך הוא: "ר' יוסי ור' אלעזר היני תנא קמא" בכת"י המבורג, או: "ר' יוסי היינו תנא קמא" בדפוס (ובקטע וינה: "הינו תנא קמא"). כתבי יד מינכן, אסקוריאל ופירנצה גורסים: "דברי ר' מאיר ר' יהודה ורבי יוסי ור' אלעזר אומרים וכו'" (בלא וי"ו החיבור בין ר' מאיר לר' יהודה, והיינו: "דברי ר' מאיר, ר' יהודה ור' יוסי..."). בהמשך, בכת"י אסקוריאל ופירנצה, קושיית התלמוד היא: "היינו תנא קמא", בלא אזכור שמות התנאים, ואילו בכת"י מינכן: "ר' יוסי ור' אלעזר היינו תנא קמא", ככת"י המבורג, וייתכן כי כת"י מינכן משמר כאן את שתי המסורות (וראו להלן בהערה הבאה מגליון כת"י מינכן, הגורס ר' יהודה יחד עם ר' יוסי ור' א'). כת"י וטיקן גורס "דברי ר' מאיר ור' יוסי ור' יהודה", אך המלים ר' יוסי ור' יהודה סומנו, וייתכן שסומנו כדי להחליף ביניהן. לפי זה, יש חשיבות לסדר התנאים, ומכאן, שר' יהודה כר' מאיר (לפי הנוסח המתוקן), והו"ו לפני ר' יוסי מיותרת. בהמשך גורס כתב היד: "ר' יוסי היינו תנא קמא".

ר' יוסי היינו תנא קמא ! אלא מחזרת איכא בינייהו,<sup>69</sup> ת"ק סבר : מחזרת נמי משלם מה שנהנית, ורבי יוסי סבר : משלמת מה שהזיקה.

לא, דכולי עלמא מחזרת אי כרב אי כשמואל, והכא ב'ביער בשדה אחר' קא מיפלגי, מר סבר 'ובער בשדה אחר' ולא ברה"ר, ומר סבר 'ובער בשדה אחר' ולא ברשות המזיק.<sup>70</sup> ברשות המזיק, לימא פירך ברשותי מאי בעי ! אלא, דאילפא ורבי אושעיא איכא בינייהו.<sup>71</sup>

הברייתא – "אכלה מתוך הרחבה – משלמת מה שנהנית, מצדי הרחבה – משלמת מה שהזיקה, דברי ר"מ ורבי יהודה, רבי יוסי ור"א אומרים : אין דרכה לאכול אלא להלך" – מבוארת בסוגיא בשלוש דרכים, אשר פירושן, ובפרט פירוש הדרך האחרונה שבהן, תלוי בשיטות הראשונים ביחס למימרות אילפא ור' אושעיא.<sup>72</sup> על פי דרכנו כאן, אילפא ור' אושעיא תולים את פטור שן ברשות הרבים באופן אכילת הבהמה, ואם כן, לפי ההסבר השלישי בסוגיא, מחלוקת התנאים היא בשאלה האם הפטור ברשות הרבים הוא פטור גורף, וזו השיטה הראשונה בברייתא, או שהפטור תלוי באופן האכילה, כשיטה השנייה, וכפי שנבאר מייד. נראה, כי מגמות אלו הן העומדות ביסוד מחלוקת התנאים גם לפי ההסבר הראשון בסוגיא. הסבר זה תולה את המחלוקת בסוגיית מחזרת, וסוגיא זו נעוצה אף היא בשאלת אופיו של הפטור ברשות הרבים.<sup>73</sup> בסוגיא זו נחלקו רב ושמואל. שיטת רב, המחייב במחזרת, היא כשיטת התנאים החולקים על תנא קמא וכשיטת התוספתא והאמוראים שהובאו בסעיף הקודם: פטור שן ורגל ברשות הרבים הוא כאשר אוכלת כדרכה, אך מששינתה מדרך הליכתה,

<sup>69</sup> הקטע שלהלן ("ת"ק סבר... מה שהזיקה") מבאר את ההצעה: "מחזרת איכא בינייהו". במקצת מן הנוסחאות אין הוא קיים (כת"י המבורג, וטיקן, פירנצה וקטע וינה [לעיל, הערה קודמת]), ובאחרות מובא ביאור רחב יותר, שונה מעט בלשונו בחלקים המקבילים ("פטורה" לעומת "מה שנהנית"). כך בכת"י אסקוריאל: "דר" מאיר סבר מצדי הרחבה משלמת מה שהזיקה כגון דשבקה לרח[בה] ואזלא וקיימא בצדי הרחבה אבל מחזרת פטורה ר' יהודה ור' יוסי ור' אלעזר סברי אפילו מחזרת חייבת ואין דרכה לאכול אלא להלך". בדומה לכך מופיע בגליון כת"י מינכן (אך משובש בחלקו). מסתבר, לפיכך, כי יש לראות את הקטע כולו כרובד מבאר מאוחר יותר (כחלק מ"מסירה יוצרת", ראו פרידמן, שינויי הגירסאות עמ' 74 – 76).

<sup>70</sup> בכת"י מינכן נוסף בגליון: "אבל מתוך הרחבה משלמת מה שהזיק".

<sup>71</sup> בכת"י המבורג נוסף: "דר" מאיר ור' יהודה לית להו דאלפא (אלא) [נדר] הושעיה ור' יוסי ור' אלעזר אית להו דאלפא ור' הושעיה".

<sup>72</sup> תוד"ה דאילפא (כא ע"ב), ראב"ד בסוגייתנו ועוד, בהתאם לזרמים שהובאו לעיל, סמוך להערה 58.

<sup>73</sup> זו אפשרות הפירוש המחזורית ביותר, ובעיקר לפי המסורת השנייה בבבלי בביאור הסוגייה (שהיא גם מסורת הירושלמי, פ"ב ה"ד, ג ע"א. ראו ר"י לוי, עמ' כט בהערה; וייס, בבא קמא, עמ' 302). מסורת זו איננה תולה את דין מחזרת באכילה מצדי הרחבה, אפשרות שיכולה להסב את הדיון להגדרת הרשויות בהן נעשה הנזק, אלא "באפי נפשה", והיינו: מחזרת לפי רב חייב, ואפילו אם הנזק נעשה ברשות הרבים.



ובמקרה דנן – מחזרת, חייב,<sup>74</sup> וחייבו הוא כדין שן, נזק שלם.<sup>75</sup> ואכן, בירושלמי (שם) מופיע רב כמי שנוקט בשיטת ר' הושעיה:<sup>76</sup> "עמדה ואכלה מפירות הצבורין [חייבת]"<sup>77</sup>, ודומה שרב יקבל גם את אילפא.<sup>78</sup>

על פי פרשנות זו של מחלוקת התנאים יש לפרש את לשון הברייתא כדלקמן: תנא קמא פוטר על כל אכילה ברשות הרבים, ואילו החולקים עליו מדגישים את דרכה של הבהמה להלך. אולם אין כאן חיוב גורף, שכן בדבר שהוא דרכה, ואשר נעשה תוך כדי הילוכה, פטור. לשונם, לפי אפשרות זו, מתפרשת כך: אין דרכה לאכול אלא להלך, ובשל כך אין מקום לפטור הגורף המוצע בשיטת תנא קמא. אולם אין מדובר בחיוב מוחלט, ואם אכלה במהלך הליכתה הרי היא פטורה. מעין זה מצאנו בדברי ר' אושעיא בבבלי: "בהמה ברשות הרבים, הלכה ואכלה פטורה, עמדה ואכלה חייבת", ומדובר לפי הסבר זה בשיטה אחת. לאפשרות זו רמז כנראה הרמב"ן, המשתמש בלשונם של ר' יוסי ור' אלעזר בברייתא שלפנינו, בתוספת קלה, כדי לבאר את דברי אילפא ורב, ההולכים לדרכו, וכפי שהצענו לעיל, בשיטה אחת. דבריו הובאו לעיל, ונביאם כעת באופן מלא יותר (מלחמת ה', ח ע"א בדפי הרי"ף):

<sup>74</sup> כעין זה פרש ר"י לוי, עמ' כט: "אבל אם עקמה צוארה ואכלה הוי כמו שינתה ואכלה (כלשון התוספתא והירושלמי, א"ו) ומשלם מה שהזיקה". וייס, בבא קמא, עמ' 300 – 303, ושם הערה 19 (וראו גם הערה 29), איננו מכיר באפשרות שרב מחייב שן ברשות הרבים, ומכאן הוא מגיע לפירוש דחוק למחלוקת רב ושמואל לפי המסורת השנייה (לכולי עלמא פטור ברשות הרבים, ומחלוקתם היא בצדי הרחבה וברשות הניזק – לרב חייב כדין שן, משום שדרכה בכך, ולשמואל פטור מדין רגל, אך חייב חצי נזק כקן, משום שאין דרכה בכך).

<sup>75</sup> הסבר חלופי הוא כי חייב חצי נזק מדין קרן. הסבר זה דחוק, כפי שהקשו הראשונים על רש"י וההולכים בדרכו (ראו: תוד"ה במחזרת, ראב"ד, רמב"ן במלחמת ועוד), ובפרט לאור לשון הירושלמי בשיטת רב ("מה שהזיקה" או במפורש: "נזק שלם", כנוסח הרשב"א, כתב יד אסקוריאל וקטע פריימן. על עדים אלו ועל הזיקה ביניהם ראו להלן, הערה 77) ולאור הדמיון לתוספתא ולאמוראים הנוכחים בפנים. השיטה הרואה בכך קרן, כפי שהוזכר לעיל, נובעת מהבנת הפטור ברשות הרבים כפטור גורף.

<sup>76</sup> ראו פלורסהיים, סוגיות בבלי, עמ' קסא – קסב (אך הוא לא עמד על הזיקה בין מימרת רב בירושלמי לדין מחזרת).

<sup>77</sup> בכת"י לידן חסר "חייבת", וכן חסר בקטע כריכה מן הגניזה האיטלקית (בולוניה Ms. Ebr. 564). קטע זה דומה מאוד בצורתו ובלשונו לכתב יד לידן, ושניהם כנראה "בני אב אחד", ראו רוזנטל, הגניזה האיטלקית, עמ' קה – קח). מפרשים רבים (החל מהפני משה וכלה במתקיני מהדורת כת"י לידן של האקדמיה ללשון, וראו פירושו של ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 113) הוסיפו לנוסח כת"י לידן "חייבת", והדברים מתיישבים עם שיטת רב בדין מחזרת. כנגד פרשנים אלו, היו שהוסיפו "פטורה", וזאת בהשפעת שיטת רב בבבלי (כ ע"א): "כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור" (לשיטתם, הנחת הפירות ברשות הרבים נחשבת שינוי), ובכך הם גם מעמידים את רב כחולק על אילפא, המחייב, ראו מהר"א פולדא, עמ' ד, ובעקבותיו רידב"ז על אתר; נתיבות ירושלים, עמ' ט. ברם, הדרך הראשונה, כפי שנקטנו בפנים, מתאשרת מכת"י אסקוריאל, הגורס "חייבת", וכן הוא בקטע פריימן (Vat. ebr. 530), ראו על אפיונו: פריימן, ירושלמי בבא קמא, עמ' 56). יש להעיר, כי בין שני עדים אלו, כת"י אסקוריאל וקטע פריימן, יש זיקה הדוקה, וייתכן שהאחד תלוי בשני. על הזיקה בין העדים הללו ובינם לבין הירושלמי שעמד לפני הרשב"א ראו דברי רוזנטל, ירושלמי נזיקין, עמ' יד – טז, והסתיגותו של זוסמן (משיוכו המוחלט של הרשב"א לענף זה ומ"ספרדיותו"): זוסמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 116 – 119, הערה 9. רוזנטל מעלה את האפשרות, שכתב יד אסקוריאל תלוי בקטע פריימן "ובשגגותיו" (שם, עמ' טו; זוסמן, שם, עמ' 117).

<sup>78</sup> הקישור בין שיטת רב במחזרת לשיטת אילפא, המחייב באכלה מעל גבי חברתה, נעשה על ידי הרמב"ן. שיטת הרמב"ן בפירוש הסוגיה הובאה לעיל, סעיף קודם, ותובא שנית להלן, בהמשך סעיף זה.

ומיהו אילפא סבר דאע"ג דלא קפצה חייבת הואיל ופשטה צוארה וה"ה לאוכלת מצד הרחבה ממקום גבוה שאין זה שן שפטרה תורה לפי שאין דרכה לאכול אלא להלך ולאכול דרך הלוכה מאמצע רה"ר.

פרשנות זו למחלוקת התנאים מקדמת את דיוננו בשני מישורים: היא מציגה זו מול זו, במקור תנאי אחד, את הגישות השונות, ומאפשרת לעמוד על נקודת זמן אפשרית של המחלוקת, דור תלמידי ר' עקיבא, ועל נושאה.<sup>79</sup> ההסבר השני בסוגיית הבבלי למחלוקת התנאים מעלה כיוון שונה ומפתיע. לפי הסבר זה, מחלוקת התנאים היא על עצם קיומו של פטור שן ברשות הרבים. הדברים משתלבים עם פשט לשון הברייתא: ר' יוסי ור' אלעזר חולקים על ר' מאיר ור' יהודה, הפוטרם כאשר אכלה מתוך הרחבה, ובפשטות הם מחייבים על כל אכילה ואכילה, שכן "אין דרכה לאכול אלא להלך".<sup>80</sup> ההכרעה בין אפשרויות הפרשנות למחלוקת התנאים קשה, שכן לצד יתרונה של האפשרות האחרונה אותה סקרנו (ההסבר השני בסוגייה) בפשט דברי התנאים, תמוהה מעט העובדה, ששיטה ייחודית, אשר לא מצאנו לה חבר מפורש במקורות, תעלה בדור תלמידי ר' עקיבא, ותשתמר בבבלי בלבד (ואולי בכך דווקא חשיבותה).<sup>81</sup> קושי זה איננו מתעורר לפי השיטה הראשונה והאחרונה בבבלי, שכן לפי ההסברים הללו חולקים התנאים בברייתא זו במחלוקת שמצאנו כדוגמתה במקורות תנאיים אחרים, וייחודה של מסורת הבבלי הוא בשימור שמות התנאים בלבד.

## ה.5. סיכום

בפרק זה עסקנו בגישות השונות ביחס לגדרי פטור שן ברשות הרבים, ובעיקר בשאלת תפקידם ומשקלם של אופן התרחשות הנזק ומקומו בקביעת ההלכה. המקורות התנאיים המרכזיים אשר נדונו בו הם המשנה והתוספתא, ובזיקה להם הועמדו מקורות תנאיים נוספים, כמו גם כמה מן המקורות האמוראיים הנוגעים לסוגיא. השוואת המשנה והתוספתא הובילה למסקנות המשליכות על שאלת היחס בין המקורות הללו. אין

<sup>79</sup> בהתאם, כמובן, לחילופי הנוסח, ראו לעיל הערה 68.

<sup>80</sup> כך סבור גם הלבני, בבא קמא, עמ' פב. לדעת וייס, בבא קמא, עמ' 304 – 305, הלשון "אין דרכה" מלמדת על חיוב כקן, ומכאן קושיותיו על האוקימתות לברייתא בבבלי והסברו לשאלת התפתחות הסוגייה. תפיסה זו קשורה לעמדתו שנזכרה לעיל (הערה 74), אשר איננה מכירה בחיוב שן שאיננה בדרך הילוכה, ומגדירה כל "לא כדרכה" כקן, והיא שהשפיעה גם כן על באור סוגיית קופצת (וייס, שם, עמ' 308 – 310, וראו בפרט הערה 58).

<sup>81</sup> ראו מבוא, סמוך להערות 53 – 56, ושם, הערה 56. יש לציין, כי אף על פי שאין לשיטה זו מקור מפורש, ניתן לעמוד על יסודותיה: כפי שהעלנו בפרק הקודם (לעיל, פרק ה, וראו בפירוט נספח ב), דין שן ברשות הרבים הוא חלק ממגוון הלכות הנוגעות למספר רב של רשויות, ותלויות בשיקולי הטלת אחריות או בפרשנות המשנה: "חוץ מרשות המיוחדת למזיק ורשות הניזק והמזיק וכשהיזיק..." ישנן שיטות המחייבות ברשות הניזק והמזיק או ברשות שאינה לשניהן. שיטת התנאים כאן, המחייבת ברשות הרבים, עשויה לראות את רשות הרבים כאחת הרשויות הללו, ולסבור כשיטה המחייבת בהן. מעניין עוד, כי המקור המובא בבבלי לשיטה זו ("ובער בשדה אחר ולא ברשות המזיק"), ונדחה על הסף, הוא העולה ממדרשי ההלכה שבידינו (ראו לעיל, מבוא). עם זאת, קשה להכריע האם מדובר במקור קדום, העומד ביסוד הסוגייה הסתמאית, או הצעת לימוד מסברת הסוגייה. הדברים, מכל מקום, משתלבים עם האמור בראש ההערה: מקור אפשרי לשיטה הנדונה הוא הדעה הפוטרת ברשות המזיק בלבד, ומחייבת ברשות הניזק והמזיק.

מדובר, במקרה הנדון, בתוספתא הנסמכת למשנה ומפרשת אותה. לתוספתא מעמד מקביל למשנה, לכל הפחות, ואף מסתבר שהיא מייצגת את המקור התנאי הקדום יותר. מקור זה עובד במשנה בהתאם לשיטתה, אף כי נשמר בו הגרעין הספרותי של המקור הקדום יותר.

רובד נוסף של ניתוח המקורות, שהוא העומד לטענתנו בבסיס היחס ביניהם, והוא המניע את תהליכי ההתפתחות שצוינו לעיל, הוא תפקידן של המגמות המשפטיות המאפיינות את שיטות התנאים הללו. ניתוח זה חשף את קיומו של מתח בין שתי מגמות מרכזיות: המגמה האחת רואה את הפטור ברשות הרבים כפטור גורף, שהתנאים לו הם תנאים פורמאליים. בשל כך, תפיסה זו איננה מקנה משקל בקביעת פרטי ההלכה לטעם העומד ביסודו של הדין. כדרך זו נקטה המשנה. השנייה, מגמה מהותית, מציבה את טעמו של הפטור הנזכר כגורם המרכזי בקביעת פרטי ההלכה. כדרך זו נקטה התוספתא, וכמוה המכילתא דרשב"י.

מסקנות אלו אינן חותמות את הדיון. הן פותחות את הדלת לברור המִשְׁכָּן של הגישות השונות במקורות המאוחרים לתקופת התנאים. כמה ממקורות אלו הוזכרו כבר פעמים מספר, ונזכיר בקצרה את העולה מהם. אף בשלבים מאוחרים נתפצלו השיטות: בדרכה של המשנה נקטו אמוראים אחדים, כדוגמת שמואל בסוגיית מחזרת, וכן היא מגמת סתם התלמוד הבבלי בכמה מן הסוגיות, כדוגמת פרשנות מימרת אילפא. כתוספתא נקטו אמוראים אחרים, כדוגמת אילפא ור' הושעיה, ואף סתם התלמוד הבבלי נוקט כן באחדות מן הסוגיות, כדוגמת פירוש הברייתא בסוגיית מחזרת. קיומן של מגמות אלו ניכר אף בפירושי הראשונים. מקצתם נוטים לכיוון האחד (כגון: ר"י ורא"ש, המדגישים את תפיסת הרשויות הנוקשה), אחרים נוקטים כמגמה המנוגדת (רמב"ן בביאור שיטת אילפא על פי הרי"ף, המתמקד באופן התנהגות הבהמה המזיקה), ובתווך ראשונים, המשלבים בין המגמות (הרשב"א בפירוש מימרת אילפא ובסוגיית מחזרת).<sup>82</sup>

שתי הגישות הללו קיימות, אם כן, גם במקורות מאוחרים. אולם אחת מהן, התפיסה הנוקשה והגורפת של הפטור, נעשתה דומיננטית בתלמוד הבבלי. בד בבד, בנקודה מסויימת בתקופת האמוראים חלה תפנית מעניינית באשר למקורו ומהותו של הפטור. עניין זה ננתח בפרק הבא.

---

<sup>82</sup> יש מקום להעיר כאן בקצרה, כי ברבדים הנזכרים (תנאים, אמוראים, סתם התלמוד, ראשונים ואחרונים), המקור המאוחר, הנוקט כאחת מהגישות הנוכחות, איננו דוחה – בחלק ניכר מהמקרים – את המקורות המנוגדים לשיטתו (בהתאם למידת הקנוניזציה שלהם, ראו בהקשר זה הבלין, החתימה הספרותית, עמ' 150 – 151 ועוד). כך, בפרט, ביחס לתלמוד – בתלמוד מגוון מקורות, הנוטים למגמה אחת או לחברתה, ולפעמים שתי מגמות מנוגדות קיימות אף זו בצמוד לזו (למשל: מימרת אילפא ופרשנותה התלמודית). אשר על כן, ההתמודדות עם המקורות המנוגדים נעשית באמצעות פרשנות המקורות הללו והתאמתם לשיטתו של הפרשן (לעיתים בצורה אקטיבית ביותר, ראו ביחס למשנה לעיל, הערה 42). על היחס בין עמדתו של הפרשן לבין פרשנות הטקסט וההצדקה ההרמנויטית לתהליכים כדוגמת אלו המתוארים כאן ראו פרק סיכום, סעיף 4.2.

## פרק ו

### פיתוחו של פטור שן ורגל ברשות הרבים בתלמוד הבבלי

#### 1.1. פתיחה

בפרק הקודם עסקנו בגדריו של פטור שן ברשות הרבים. ראינו, כי בתורת התנאים קיימות היו שתי גישות. האחת פורמליסטית, המחילה את הפטור באופן גורף, כאשר מתקיימים הקריטריונים שנקבעו לגביו, ובעיקר – נזקי שן במקום המוגדר כרשות הרבים. השנייה היא מגמה מהותית, שאיננה נצמדת לקריטריונים הללו, אלא מקנה משקל מרכזי לטעמו של הפטור בעת החלתו. בפרק זה נעסוק בעיצובו של פטור שן ורגל ברשות הרבים כפטור חריג, תהליך שהגיע לשיאו בתלמוד הבבלי. ברקע הדברים נראה, כיצד שתי המגמות הנזכרות הוסיפו להתקיים גם לאחר תקופת התנאים. בכך כבר נגענו בדרך הילוכנו בפרק הקודם, זאת בעת ניתוח התפיסות הממשיכות את מגמת התוספתא בתלמודים ובאזכורה של סוגיית מחזרת.<sup>1</sup> דברים אלו ישמשו כאן כנקודת מוצא, ועל גבה נוסיף ונרחיב, תוך שנעמוד על השינוי שחל בתפיסת הפטור בתלמוד הבבלי.

#### 2.1. שן ורגל ברשות הרבים – מגמות בדברי האמוראים ובתלמודים

באזכורים שונים בפרק הקודם ראינו, כי המגמות המנוגדות בשאלת גדריו של פטור שן ברשות הרבים, אותן איתרנו במשנה ובתוספתא, הוסיפו להתקיים גם בדברי האמוראים. שני אמוראים בולטים שנחלקו בכך הם רב ושמואל, בני הדור הראשון לאמוראי בבל. רב נקט כשיטה המהותית, שיטת התוספתא, וכנגדו שמואל, נקט כשיטת המשנה, המציבה קריטריונים פורמאליים להחלתו של הפטור. שיטות האמוראים הללו משתקפות בסוגיית מחזרת, בהתאם לפרשנות שהוצעה על ידינו למחלוקתם בסוגייה, וכן היא עולה במקורות נוספים – בירושלמי מובאת שיטת רב, לפיה הוא מחייב כאשר "עמדה ואכלה מפירות הצבורין", זאת בדומה לר' הושעיה ואילפא. בהתאם לדברינו בפרק הקודם, דרך זו מתאימה לדרכה של התוספתא. שיטת שמואל עולה מהלכה אחרת המובאת בבבלי בשמו, הלכה הפוטרת ארי ברשות הרבים מנזקי שן, שמשמעה שלילת עירובם של שיקולים מהותיים במתן הפטור, והצמדות לקריטריונים פורמאליים בעת החלתו, דהיינו: כשיטת המשנה.<sup>2</sup>

לצידם של האמוראים שנחלקו בעניין זה, ראינו מגמות חלוקות גם בסתם התלמוד הבבלי, ולמשל: הפרשנות התלמודית למימרת אילפא, "מאי טעמא גבי חברתה כחצר הניזק דמי" (כ ע"א), מתאימה למגמתו של שמואל. כנגדה, הדיון התלמודי במימרת רבי אושעיא, "מאי שנא הלכה דאורחיה הוא, עמדה נמי אורחיה הוא" (שם), מתאים למגמתו של רב. תיארוכם של רבדים מסתם התלמוד הוא מלאכה מוסבכת ובעייתית, ולרוב קשה

<sup>1</sup> לעיל, פרק ה, סעיפים ה.3; ה.3.

<sup>2</sup> לסוגיית מחזרת ולמימרות רב בירושלמי ראו לעיל, פרק ה, סמוך להערות 73 – 78. לדין ארי ברשות הרבים ראו שם, הערה 37.

להגיע לרמת דיוק נאותה. מקובל אומנם לראות ברבדים אלו רבדים מאוחרים, ויש במחקר שאף מרחיקים אותם מרחק ניכר מתקופת האמוראים, אך לצד זאת קיימים גם רבדים קדומים של סתם התלמוד הבבלי, השייכים לתקופת האמוראים. אולם אף הרבדים הקדומים הללו מאוחרים קרוב לודאי לרב ושמואל, ועל כן הם משקפים את המשכן של המגמות החלוקות בתקופות מאוחרות יותר.<sup>3</sup>

לצורך השלמתה וביסוסה של תמונה זו, אודות המגמות המנוגדות "המתרוצצות" בסוגיות הבבלי, נראה את קיומן של אלו בשתי סוגיות בבבלי. המגמה האחת עולה בסוגיית "כשכשה בזנבה", והשנייה בסוגיית "פי פרה".

### 2.1.1 סוגיית "כשכשה בזנבה" – מגמה מהותית

הסוגייה הראשונה אותה נבחן היא סוגיית "כשכשה בזנבה". סוגייה זו עוסקת במשא ומתן בין שני אמוראים ארץ ישראלים, רבי יהודה נשיאה ור' אושעיא, ועולה ממנה גישה ההולכת בדרכה של התוספתא, ומנוגדת לגישה הפורמליסטית שראינו במשנה. אלא, שמסקנה זו נכונה ביחס לסוגייה כפי שפותחה בתלמוד הבבלי, והיא איננה משקפת את גרעין דברי האמוראים. מקבילת הסוגייה בירושלמי, שיש להניח כי היא מקורית יותר בעניין זה, מלמדת, כי דיונם של האמוראים לא נסוב במקורו על ענייננו. נציג את הדברים כסדרם.

בירושלמי (פ"ב ה"א, ב ע"ד) מובא כדלקמן:

אמר ר' לעזר. הטילה גללים משלם נזק שלם. דל כן מה אנן אמרין. צריך שיהא המקלוט בידו. הדא דתימא. בשאין דרכה לכן. אבל בשדרכה לכן צריך שיהא המקלוט בידו.

ר' הושעיה רבה ור' יודן נשייא הוון יתבין. עאל ר' בא בר ממל ושאל. כישכשה בזנבה. כגון אילין פירדא. מהו. ולא אמרין ליה כלום. בתר כן אמ' ליה ר' הושעיה רבה. דל כן מה נן אמרין. צריך שיהא תופש בזנבה. הדא דתימר. בשאין דרכה לכן. אבל בשדרכה לכן צריך שיהא תופש בזנבה. ומה פשיט' לון. בנזק שלם. ומה צריכה לון. בחצי נזק.

הקטע המובא כולל שתי סוגיות קצרות, משא ומתן סביב מימרת ר' אלעזר ומשא ומתן סביב דיונם של ר' יהודה נשיאה ור' הושעיה רבה, ושתייהן מקבילות זו לזו.<sup>4</sup> ר' אלעזר מחייב נזק שלם על הטלת גללים.<sup>5</sup> מקשה

<sup>3</sup> בשאלת מקורם וזמנם של רבדים אנונימיים (סתם התלמוד), כולל איתורה של "סתמא קדומה", עמדנו במהלכים שונים של דיוננו בפרקים הקודמים. ראו במבוא לעבודה זו, סמוך להערות 43 – 49. לדוגמא בעלמא ראו להלן, הערה 26.

<sup>4</sup> המשפט: "דל כן... בזנבה" מובא כדברי ר' הושעיה רבה, וייתכן לפיכך שהסוגייה הסמוכה למימרת ר' אלעזר השתמשה בשיקול זה לצרכיה. בהתאם לכך, ההמשך: "הדא דתימר בשאין דרכה..." יכול להיות משא ומתן תלמודי, שמקורו באחת הסוגיות הללו, או תגובת ר' יהודה נשיאה בסוגיית כשכשה בזנבה. ראו להלן, הערה 12, דיון בנקודה זו בעקבות סוגיית הבבלי ושיטות הראשונים שם. הקטע האחרון בסוגייה: "ומה פשיטא לון" נראה כבאור תלמודי לדיון שקודם לכן (כשכשה בזנבה ומימרת ר' אלעזר).

<sup>5</sup> על מימרא זו ראו שער שלישי, פרק ז, סמוך להערה 89.

הירושלמי, הרי יש לפוטרו, שאם לא כן, וכי נצריכו "שיהא המקלוט בידו" בכל עת, ומדוע חייב.<sup>6</sup> הירושלמי מקבל טיעון זה בהסתייגות: כשאין דרכה לכך אכן איננו נדרש לשומרה באופן זה, אך כשדרכה לכך, צריך שיהא המקלוט בידו, ואם הזיקה חייב. כך גם בחלק השני, כנגד ספקו של ר' בא בר ממל סבור רבי הושעיה רבה, שאין לחייבו, שהרי אין הוא נדרש לתפוס בזנבה בכל עת. הירושלמי מגביל טיעון זה למקרה שאין דרכה בכך, אך כשדרכה בכך חייב לתפוס בזנבה. כעת, מוסיף הירושלמי באור: "ומה פשיט' לון בנזק שלם ומה צריכה לון בחצי נזק". לאור האמור, פירוש הדברים הוא כך: "פשיטא לון" מתייחס לדרישה שיהא תופס בזנבה, שבשלה משלם נזק שלם, והיא מתקיימת בשדרכה לכן. "צריכה לון" מתייחס לבעייתו של ר' בא בר ממל ולתגובת ר' הושעיה רבה: "מה נן אמרין צריך שיהא תופש בזנבה?!". והדברים מוסבים למקרה שאין דרכה לכך, כשמתחייב חצי נזק. לפי זה, הטעם הנזכר בסוגייה מעביר את המזיק ממישור של נזק שלם למישור של חצי נזק. יש בכך הוספת חידוש והבהרה משמעותיים: טיעון הפטור, אותו קיבל ר' הושעיה רבה, איננו פוטר את המזיק באופן מלא, אלא מחייבו בחצי נזק.<sup>7</sup>

סוגייה זו איננה עוסקת ברשות הרבים. בשל כך, בדבר שדרכה בכך מתחייב בנזק שלם. עניינה של הסוגייה הוא רמות השמירה (או: מניעת הנזק) המוטלות על בעל בהמה, העומדות ביחס ישר להרגלה של הבהמה, ובהתאם לעמידתו ברמות אלו נקבעת אחריותו לנזק שעושה בהמתו. ברם, רבים ממפרשי הירושלמי, בהם מהרא"פ, פני משה, ר"י לוי ועוד, פרשו את הסוגייה על רקע דין שן ורגל ברשות הרבים, וזאת בהשפעת סוגיית הבבלי ומסקנתה: "כשכוש יתירא מיבעיא ליה" (להלן). אולם פירוש זה דחוק ביותר בכמה נקודות בסוגייה זו ובקונטקסט בו היא ממוקמת.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> המשפט "דל כן [=דאם לא כן] מה אנן אמרין, צריך שיהא המקלוט בידו?!" מנמק פטור הניתן למזיק. על פי הפירוש המוצע בפנים, משפט זה מבסס את הנחת המקשן העומדת בניגוד לדברי ר' אלעזר, כאשר למסקנת הסוגייה הנחה זו מסוייגת למקרים ש"אין דרכה לכן". הקושייה חסרה אומנם בלשונה, אך זאת כנראה משום שהועתקה מהסוגייה הבאה, ראו לעיל, הערה 4. האלטרנטיבה לפירוש המוצע היא שילוב פטור בדברי ר' אלעזר, ככל הנראה בהתייחס להטלת גללים ברשות הרבים (אם בדרך של הגהה, ראו ר"י לוי, עמ' כג, ואם בדרך של פרשנות, ראו פני משה על אתר), כאשר לכך מתייחס "דל כן". הפירוש המוצע כאן עדיף משתי בחינות: ראשית, החסרון בסגנונה של הקושייה מוסבר בהסתמך על העתקתה מן ההמשך, ואין צורך בשינוי גוף דברי ר' אלעזר. שנית, שיטת המפרשים מוליכה לדוחק רב בביאור מסקנת הירושלמי: "הדא דתימ' בשאין דרכה לכן, אבל בשדרכה לכן צריך שיהא המקלוט בידו", ראו להלן, הערה 8.

<sup>7</sup> פירוש אפשרי אחר הוא כי "בחצי נזק" משמש כתיאור המקרה, כלומר: זהו נזק שאין דרכה לכך, השייך למסגרת מקרי חיוב חצי נזק, אך דינו הוא פטור מלא מטעם: "צריך שיהא תופס בזנבה?!". פירוש זה קשה, שכן לפיו "בחצי נזק" משמש כתמורה ל"בשאין דרכה לכן", וכן "בנזק שלם" משמש כתמורה ל"בשדרכה לכן", אך בשתי הצלעות הללו הבאור התלמודי מאפיין פחות את המקרה מאשר החלק אותו הוא מבאר, והתוספת בו למהלך הסוגייה איננה ברורה. למפרשים דרכים אחרות, ראו להלן בפנים ובהערות הבאות.

<sup>8</sup> עיקרו של פירושו: "ומה פשיטא לון בנזק שלם" – פשיטא שפטור מנזק שלם, "ומה צריכא לון בחצי נזק" – לכל היותר ישלם חצי נזק, אך תשלום זה מסופק ("צריכא לון"): אם כשכשה בזנבה הוא אורחה, פטור על שן ורגל ברשות הרבים, ואם הכשכוש איננו אורחה, חייב חצי נזק בלבד, כדין קרן. העמדת הירושלמי ברשות הרבים מצריכה לפרש בחלק הקודם כך (פנ"מ, ר"י לוי): "בשאין

סוגיית הבבלי דומה בגרעינה ובמהלכה לסוגיית הירושלמי, אך יש בין השניים פערים משמעותיים. בבבלי מובא (יט ע"ב):

ייתב רבי יהודה נשיאה ורבי אושעיא אקילעא דרבי יהודה נפק מילתא מבינייהו: כשכשה בזנבה מהו. א"ל אידך וכי יאחזנה בזנבה<sup>9</sup> וילך? ! אי הכי קרן נמי נימא וכי יאחזנה בקרן וילך!<sup>10</sup> הכי השתא קרן לאו אורחיה הא אורחיה. וכי מאחר דאורחיה מאי מבעיא ליה? כשכוש יתירא מבעיא ליה.<sup>11</sup>

השלב הראשון בסוגייה מקביל לירושלמי, למעט חסרונם של ר' בא בר ממל (ובמקומו: "נפק מילתא מבינייהו") וללא אזכור ר' הושעיה כבעל התשובה (אלא: "אמר ליה אידך"). מסקנת הדברים משותפת – פטור מטעם: "וכי יאחזנה בזנבה וילך". מכאן מתפצל הבבלי מן הירושלמי,<sup>12</sup> ודן ביחס בין קרן לכשכשה בזנבה, ומיישב: "קרן לאו אורחיה הא אורחיה". הבחנה זו דומה לחלוקה בירושלמי: "הדא דתימר בשאין דרכה לכן אבל בשדרכה לכן צריך שיהא תופש בזנבה", וייתכן, שהבבלי משמר כאן את שלד הסוגייה התלמודית הירושלמית ולא רק את

---

דרכה לכן" הוא כשאר בהמות, ובשל כך פטור ואין צריך שיהא תופש בזנבה, כדין רגל ברשות הרבים. "בשדרכה לכן" משמעו שהבהמה מתנהגת שלא כדרך של בהמות אחרות, וחייבת חצי נזק, שכן "צריך שיהא תופש בזנבה". פירוש זה דחוק בירושלמי, ובפרט בפירוש "דרכה" כהתנהגות שלא כדרך בהמות רגילות (כלשון הפני משה: "בשדרכה לכן תמיד כשכוש יתירה בזה צריך הוא לשמור אותה דהויא שינוי", ובמראה הפנים: "ופשוט הוא לכל המעיין ומבין בסוגיית הש"ס הזה דמה דקרי הכא דרכה לכן ואין דרכה לכן לאו אפשרות אורחה ולא אורחה מיתפרשא אלא אשינוי דעבידא השתא מיתפרשא" [אך שינוי זה איננו נזכר בירושלמי!]). כן קשה הפירוש לאור מימרת ר' אלעזר, המקבילה לסוגיית כשכשה בזנבה, ועוסקת בפשטות בתשלום נזק שלם (ומכאן הגהתו של ר"י לוי, עמ' כג: "אולי יש לגרוס הטילה גללים ברשות הניזק משלם נזק שלם ברשות הרבים פטור", ראו לעיל, הערה 6).

<sup>9</sup> בכת"י וטיקן: "בידו", אך בהמשך: "וכי יאחזנה בקרן" (סגנון המתאים ל"בזנבה" בחלק הראשון, כנוסח שלפנינו).

<sup>10</sup> בכת"י פירנצה: "אי הכי קרן יאחזנה בקרן וילך". בכת"י המבורג המשפט חסר, ונוסף בגליון: "אי הכי קרן נמי וכי יאחזנו בקרנו וילך". "נימא" חסר גם בכת"י מינכן ובכת"י וטיקן. "יאחזנו" מופיע גם בכת"י מינכן.

<sup>11</sup> בכת"י וטיקן: "וכיון דאורחיה הוא מאי קא מיבעי ליה כי קא מיבעיא ליה כשכוש יתירא" (שינוי הסדר: "קמיבעיא ליה כשכוש יתירא" גם בכת"י מינכן ובכת"י פירנצה).

<sup>12</sup> פיצול זה בין הבבלי לירושלמי (על אף שאיננו מלא, כמו בא להלן בפנים), יחד עם ההבחנה המובהקת בין עברית לארמית בשלבי הסוגייה בבבלי, משמעותיים לשאלת היחס בין הדיון האמוראי לסוגייה התלמודית (פרידמן, על דרך חקר הסוגיא, עמ' 301). מהם עולה, שהרובד האמוראי כאן הוא השלב הראשון בלבד, ועל גביו נבנה משא ומתן תלמודי. קביעת הגבול בין הרובד האמוראי לרובד התלמודי היא נקודה מרכזית בפרשנות הסוגייה, וייתכן שיש לה נפקויות הלכתיות. הראב"ד בסוגייתנו מציע שתי אפשרויות: האחת רואה את הקטע: "אי הכי קרן נמי... הא אורחיה" כחלק מהמשא ומתן האמוראי, והשנייה היא כדרכנו כאן, ובלשונו: "אי הכי קרן נמי וכו' בעל הגמרא הוא דאקשי ליה". יש מקום לומר, שההבדל בין הפירושים בראב"ד הוא בשאלה האם הספק כשכוש יתירא הוכרע (כפירוש השני) או לא (כפירוש הראשון), כפי שנקטו גם הר"ח בסוגייתנו והרמב"ם (נזקי ממון, פ"א הי"א, ראו הערתו של ש' אטלס לחידושי הראב"ד, עמ' לח – לט הערה י). לפירוש הראשון בראב"ד ולשיטת הר"ח והרמב"ם, "כשכוש יתירא" מבאר את קושיית המקשן, אך התרצן לא הבין שעל כך נשאלה השאלה, כפי שעולה מתשובתו: "הא אורחיה", ולכן הדבר נותר להלכה ספק (כבאור שיטת הרמב"ם בים של שלמה, סימן ו, ובב"ח, חו"מ, סימן קצ). לפירוש השני בראב"ד, שני השלבים האחרונים הם ממהלך הגמרא, ו"כשכוש יתירא" מבאר את משא ומתנם של האמוראים, שבסופו הוכרע: "וכי יאחזנה". על אף הבחנה זו בין הפירושים, שהראב"ד רומז לה בדבריו, האפשרות הראשונה איננה מחייבת לפרש שהספק לא הוכרע. הרא"ש (אות ב) והרשב"א (עמ' צט) מפרשים כפירוש זה, ואף על פי כן סבורים שהספק הוכרע. לשיטתם, "כשכוש יתירא" מבאר את דיונם של האמוראים מראשיתו, ועל כך נאמר: "וכי יאחזנה" ו-"הא אורחיה" (זו ההכרעה לגבי כשכוש יתירא, ולא היתה אי הבנה בין הצדדים, ראו רא"ש בשטמ"ק, עמ' מג; מהרש"ל, שם; ב"ח, שם. ראו גם בהערת אטלס הנ"ל, אך אין מקום לקושייתו על הרא"ש, המבוססת על עקרונותיו של הראב"ד).

גרעין של המימרות. אולם יש פער משמעותי בין הבבלי לירושלמי – בירושלמי "בשדרכה לכן" הוא טעם לחיוב, ובמקרה זה "צריך שיהא תופש בזנבה", ואילו בבבלי "אורחיה" הוא טעם הפטור, שבשלו אנו אומרים ברגל "וכי יאחזנה בזנבה וילך". "אורחיה" כקריטריון לפטור מציב את הדיון במסגרת פטור ברשות הרבים,<sup>13</sup> וניגודו, "קרן לאו אורחיה", הוא טעם החיוב בקרן.

הסבת הסוגייה על ידי הבבלי לפטור ברשות הרבים משמעותית ביותר לדיונו, שכן אין היא טוענת רק כי יש לפטור נזק שהוא "אורחיה", מונח שכשלעצמו יכול להתפס כאפיון המעשה גרידא, אלא מערבת גם את טעמו של הפטור. הטיעון: "וכי יאחזנה בזנבה וילך" משמעו, שבדבר שהוא אורחיה, אין זה מסתבר לדרוש מבעל הבהמה לשומרה בכל עת, ופטור. יש כאן, אם כן, מתן הסבר מהותי לפטור הנזכר: בסיסו, ככל הנראה, הוא רשותה של הבהמה להתנהג בדרך זו, ועקב כך אין אנו דורשים שמירה מופרזת מבעל הבהמה.

כפי שכבר נאמר, מאחר ומדובר בסוגייה ארץ ישראלית, מסתבר שהירושלמי משקף בצורה אותנטית יותר את דברי האמוראים, ולפיו, כאמור לעיל, אין הסוגייה עוסקת בדיון שן ברשות הרבים. על כן, יש לראות בגישה המהותית ביחס לפטור זה את גישת בעל הסוגייה הבבלי, ולא את גישתם של האמוראים. עיקרם של דברים, תוצאת תהליך מסירתה ופיתוחה של הסוגייה מן הירושלמי לבבלי הוא הצבתה בעמדה הרואה בפטור שן ורגל ברשות הרבים פטור מהותי, ונותנת משקל לטעמו. הטיעון: "וכי יאחזנה בזנבה וילך" הפך כתוצאה מתהליך זה לטעם המשמש לבאור הפטור.

## 2.2.1 סוגיית פי פרה – מגמה פורמליסטית

המגמה הפורמליסטית ביחס לפטור, שאת ראשיתה מצאנו במשנה והמשכה בדברי שמואל ובפרשנויות אחדות של סתם התלמוד, מגיעה לשיא בסוגיית "פי פרה" (כג ע"א – ע"ב). הסוגייה מוסבת על משנת "הכלב שנטל חררה והלך לגדיש", ומובא בה כדלקמן:

---

<sup>13</sup> ראו למשל בסוגיית ארי ברשות הרבים, טו ע"ב (לעיל, סמוך להערה 2): "כיון דאורחיה למידרס... דהוה ליה שן ברשות הרבים ופטור". לכך יש להוסיף גם את ההקשר בסוגייה הבבלי, העוסק בפטור ברשות הרבים, והם שהניעו את מרבית הראשונים להעמידה בכך. מקצתם נקטו כך אגב אורחה גם בהמשך הסוגייה, בבעיית "כשכשה באמתה", ראו תוספות רבנו פרץ, ד"ה קרן, עמ' ע"א, ולעומתו ראו פירוש ריב"א בשטמ"ק, עמ' מג. מכאן קצרה הדרך לפרש כך בירושלמי, כפי שנקטו המפרשים שנסקרו לעיל (הערה 8). כחריג, יצוין פירושו של המאירי, שנראה כי איננו מעמיד את הסוגייה ברשות הרבים – "בהמה שכשכשה בזנבה ושרה את הכלים הרי זה תולדת רגל שכן דרכה ואין אדם מצוי לאחוז בה ולעכבה שלא לכשכש עד שנדון את הכשכוש בשנוי" (עמ' 58 – 59). כלומר: "וכי יאחזנה" הוא טעם הגדרתו כרגל (מכיוון שאיננו "מצוי לאחוז בה", הכשכוש איננו נחשב כשינוי), ולא דווקא לפטור. פירוש זה קשה בבבלי, שבפשטות מלמד כאן טעם לפטור. ייתכן, לפיכך, שהמאירי מושפע כאן מן הירושלמי, שאיננו עוסק ברשות הרבים, אלא דן בתשלום נזק שלם או חצי נזק, כמבואר לעיל בפנים. ברם, בירושלמי "צריך שיהא תופש בזנבה" פוטרו מנזק שלם ומחייבו בחצי נזק ("בשאין דרכה לכן"), ואילו בבבלי, לפירוש המאירי, "וכי יאחזנה בזנבה" מחייבו בנזק שלם. על זיקתו של המאירי לירושלמי ראו גינצבורג, פירושים, עמ' קט – קי; מירסקי, בין שקיעה לזריחה, עמ' 110 – 111; הנשקה, משנה ראשונה, עמ' 323 – 324 והפניותיו שם.



...לא צריכא דאכלה בגדיש דבעל חררה. תפשוט דפי פרה כחצר הניזק דמי, דאי כחצר המזיק דמי

לימא ליה מאי בעי רפתך בפומא דכלבאי !

דאיבעיא להו: פי פרה כחצר הניזק דמי או כחצר המזיק דמי ?

ואי אמרת כחצר המזיק דמי שן דחייב רחמנא היכי משכחת לה ? אמר רב מרי בריה דרב כהנא כגון שנתחככה בכותל להנאתה וטנפה פירות להנאתה. מתקיף לה מר זוטרא והא בעינא כאשר יבער הגלל עד תומו וליכא ! רבינא אמר דשף צלמי. רב אשי אמר דפסעי פסועי. ת"ש: שיסה בו את הכלב...

פרשנים וחוקרים, שעסקו בסוגייה זו, תהו בהבנתה. בפרט, נתקשו הללו באפשרות מתן פטור לנזקי שן בטענת "פי פרה כחצר המזיק", הן משיקולים שבסברא<sup>14</sup> והן משיקולים פרשניים, בהתבסס על מקורות רבים המחייבים על אכילת שן.<sup>15</sup> מכוח קשיים אלו, חלק ניכר מהראשונים צמצמו את בעיית הסוגייה למקרי ביניים, כדוגמת מקרים בהם הבהמה לא נטלה את הפירות בחצר הניזק, שכן הנטילה כשלעצמה מחייבת מדין שן. כך, נותר שלד החיוב בדין שן על כנו גם אם נכריע ש"פי פרה כחצר המזיק".<sup>16</sup> אולם בפשטותה – כפי שנקטו רבים מן הראשונים<sup>17</sup> – עוסקת הסוגייה בעיקר דין שן, ומבקשת לפטור את המזיק מכוח הגדרת פיו כרשותו. אפשרות זו נוגדת כל שיקולי אחריות.<sup>18</sup> מאחוריה עומדת, ככל הנראה, תפיסה הרואה את הדרישה לנזק כחצר הניזק לצורך

<sup>14</sup> כדברי הרדב"ז (מובא בשטמ"ק, ד"ה ורש"י ז"ל, כג ע"א, עמ' נג): "אלא אי אמרת כחצר המזיק ולעולם פטור לא שבקת חיי לכל בריה שאפי' יעול ביתו יצטרך לעמוד ולשמרם שלא יאכלו אותם ואם כן תפשוט ליה מסברא".

<sup>15</sup> כדוגמת משנת פרק שני ועוד, ראו תוד"ה תפשוט, כג ע"א. שיקולים אלו מובאים גם על ידי אלבק, נזיקין, עמ' 101 – 103 (לשיטתו, הטיעונים הפרשניים משרתים את שיקולי הסברא. יישובו לסוגייה בהתבסס על הרדב"ז, בכמה שינויים, רחוק מרחב רב מפשטותה). הלבני, בבא קמא, עמ' צ, הוטרד אף הוא בעיקר משיקולים פרשניים. אולם פתרונו, המפריד בין כמה שכבות בסוגייה, איננו פותר את הבעיה, אלא מעבירה ל"מקשה אנונימי", אשר לתפיסתו קל יותר לייחס לאותו מקשן עמדות שכאלו.

<sup>16</sup> תוד"ה תפשוט, כג ע"א, ראב"ד, עמ' נב – נג (לפי "דעת השאלה הראשונה", בניגוד ל"דעת המקשה", ראו להלן, הערה הבאה). ועוד. יש להעיר, כי אף לפי הראשונים הללו, טעם הפטור לצד "פי פרה כחצר המזיק" הוא משיקולים פורמאליים (תוס', שם), אך מהלכם הפרשני, כאמור בפנים, מצמצם זאת למקרים גבוליים.

<sup>17</sup> זו פשטות דברי רש"י, כג ע"א, ד"ה דפי (כפי שציין הרדב"ז, מובא בשטמ"ק, ד"ה ורש"י ז"ל, כג ע"א, עמ' נג), וכן עולה גם מתירוץ רבנו תם לקושיית התוס' (מובא בשטמ"ק, כג ע"א, ד"ה ור"ה הר"ר ישעיה, עמ' 104: "דכל אותם המשניות נקט שן דאכילה לסימנא בעלמא") ומפירוש המאירי, עמ' 71. מפורשות נוקט כך הראב"ד, עמ' נב – נג, אך מגביל תפיסה זו ל"דעת המקשה" (ששאל: "ואי אמרת... שן דחייב רחמנא היכי משכחת לה"), ולתירוץ על קושייה זו. הבעיה במקורה, לפי פירוש הראב"ד, נגעה למקרים בהם "הוציאה ממקום פטור והוליכה בפיו עד מקום החיוב", ברוח שיטת תוס', לעיל הערה קודמת.

<sup>18</sup> כדבריו של זילברג ביחס לפורמליסטיקה של ההלכה התלמודית, המנוגדת לעיתים ל"כל כללי ההגיון", ראו זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 91 – 96, וראו מבוא, סעיף 2. שימושה של הסוגייה בלשון "מאי בעי רפתך בפומא דכלבאי" איננו יכול לפטור את המזיק מאחריות במקרה דנן (בלשון תוס', ד"ה תפשוט, כג ע"ב: "וזה הלשון לא דוקא דהכא לא שייך לשון זה שהכלב לקח מעצמו"). נראה יותר שלשון זו משמשת כאן אגב אורחה, כחלק מהגדרת פי פרה כחצר המזיק, ובדומה לטיעון המושמע – בצדק – ביחס לרשות המזיק ממש (כא ע"ב).

החיוב בנזקי שן<sup>19</sup> כדרישה פורמאלית ונוקשה. דרישה זו איננה תלויה, לפי המשא ומתן בסוגייה, בשיקולים מהותיים.

### 3.1. פיתוחו של פטור שן ורגל ברשות הרבים – עיון בדיני הרשויות בסוגיית הבבלי

עד כה ראינו, כי שתי המגמות הנסקרות, זו שראשיתה במשנה וזו שראשיתה בתוספתא, מצויות במקורות האמוראיים ובתלמודים. אולם אין מדובר רק בהמשכן של הגישות הללו במקורות מאוחרים. בבבלי זכתה גישתה של המשנה, המגמה הפורמליסטית, לפיתוח נוסף. פיתוח זה מתבטא בראיית הפטור כנובע מדרשת הכתוב, והחלתו בהתאם למרכיבים הפוזיטיביים הנלמדים מכתוב זה. דהיינו, אין כאן רק שימוש בקריטריונים המתעלמים מטעמו של הפטור, אלא קיימת כאן תפיסה, לפיה הפטור במקורו ובראשית דרכו מושתת היה על מקור חיצוני, דרשת הכתוב, שאיננו כפוף לשיקולים עליהם מושתתים יתר דיני הנזיקין. לכך השלכה על מעמדו של הפטור כפטור חריג, כפי שנזכיר בסיום פרק זה וכפי שנדון בהרחבה בסיכומה של העבודה. תפיסה זו מופיעה בכמה מקומות בבבלי, וכמדומה שהיא דומיננטית למדי בסוגיותיו. הסוגייה העיקרית, בה ניתן להצביע על נקודת ההתחלה של התהליך הנזכר, היא הסוגייה העוסקת בדיני הרשויות בתלמוד הבבלי. נבחן סוגייה זו כעת.<sup>20</sup>

על משנת "ורשות הניזק והמזיק" מובאת בבבלי (יג ע"ב) מחלוקתם של רב חסדא בשם אבימי ור' אלעזר. רב חסדא מחייב על נזקי שן ורגל ברשות שכזו ואילו ר' אלעזר פוטר.<sup>21</sup> סוגיית הבבלי (יד ע"א) מקשה על ר' אלעזר מברייתא: "תני רב יוסף חצר השותפים והפונדק חייב בהן על השן ועל הרגל", ומשיבה מברייתא ארבעה כללות, הסבורה כר' אלעזר: "לזה ולזה כגון חצר השותפים והבקעה פטור בה על השן ועל הרגל". ביחס לשתי ברייתות אלו, מובאת הסוגייה הבאה:<sup>22</sup>

<sup>19</sup> זוהי תמונת הראי של הפטור ברשות הרבים, ראו להלן, סעיף 4.1.

<sup>20</sup> סוגייה זו ממשיכה את דיונו בדיני הרשויות במקורות התנאיים. ראו לעיל, פרק ד.

<sup>21</sup> ראו ציטוט הסוגייה לעיל, פרק ד, סמוך להערות 9 – 15.

<sup>22</sup> ברייתא ארבעה כללות מובאת בתשובה לקושייה על ר' אלעזר כברייתא הנוגדת את ברייתת רב יוסף: "ותסברא מתניתא מי לא פליגי". המשך הסוגייה רואה בכך קושי: "קשיין אהדדי", וייתכן שיש כאן עדות לשילובן של שתי סוגיות נפרדות (מעין השערות של וייס, בבא קמא, עמ' 113 – 118, בהתבסס על שיקולים נוספים, וכן סבור הלבני, בבא קמא, עמ' מג – מד). גרסא אחרת מובאת בתוד"ה חצר, יג ע"ב: "ותסברא מתניתין מי פליגי", ולפיה "קשיין אהדדי" מתפרש כהמשך דברי ר' אלעזר, ורצף הסוגייה נשמר (כפי שמבואר בתוס', שם. הדברים משתלבים גם לגרסת כת"י המבורג: "ותסברא והתניא...", וכן הוא ברי"ף, ה ע"ב בדפי הרי"ף. ראו גם וייס, שם, עמ' 115, הקושר לתפיסה זו את הגרסה בהמשך הסוגייה: "קשיין אהדדי א ל א...", המופיעה בכת"י פירנצה ווטיקן).

קשיין אהדדי! כי תניא ההיא בחצר מיוחדת לזה ולזה בין לפירות בין לשוורים, ההיא דרב יוסף בחצר מיוחדת לפירות ואינה מיוחדת לשוורים, דלגבי שן הוא לה חצר הניזק.<sup>23</sup> דיקא נמי דקתני הכא דומיא דפונדק וקתני התם דומיא דבקעה, שמע מינה.

מתקיף לה רבי זירא:<sup>24</sup> כיון דמיוחדת לפירות הא בעינן ובער בשדה אחר וליכא! א"ל אביי: כיון דאינה מיוחדת לשוורים שדה אחר קרינא ביה.

א"ל רב אחא מדיפתי לרבינא: לימא מדמתניתא לא פליגי אמוראי נמי לא פליגי. אמר ליה: אין, ואם תמצא לומר פליגי, בקושיא דרבי זירא ובפירוקא דאביי פליגי.

בסוגייה שלושה שלבים, הבנויים זה על גבי זה:<sup>25</sup> אוקימתא סתמאית קדומה לסתירה בין הברייתות,<sup>26</sup> דיון בין ר' זירא לאביי על אוקימתא זו ודיון בין רב אחא מדפתי לרבינא.<sup>27</sup> הסתמא מבחינה בין חצר המיוחדת לזה ולזה בין לפירות ובין לשוורים, היינו: חצר בה השימוש מותר למזיק ולניזק בכל, לבין חצר המיוחדת לפירות ואינה מיוחדת לשוורים, היינו: חצר בה מותרת הכנסת פירות, אך אין רשות להכניס שוורים. אוקימתא זו אינה חורגת מהקריטריונים המהותיים שהוצגו לעיל ביחס לפטור או חיוב שן ורגל: במקרה הראשון מותר למזיק להכניס את שוורו, ועל כן פטור, ואילו במקרה השני אסור עליו להכניס את שוורו, וחייב בנזקי חברו. כפי ששיערנו בפרקים הקודמים,<sup>28</sup> ראשיתם של דברים במחלוקת בפרשנות המשנה הראשונה, "ורשות הניזק והמזיק", אך בכמה מהמקורות התנאיים נעשה נסיון ליישב בין החולקים, ולהעמידם במקרים שונים. מעין זה העלה כאן הבבלי בהסתמך על לשונן השונה של הברייתות ("דיקא נמי"), וכן משתמע גם במכילתא דר' ישמעאל ובמקורות האחרים של הלכת ארבעה כללות. דיונם של רב אחא מדפתי ורבינא מציע להעמיד בדרך זו גם את דברי

<sup>23</sup> "דלגבי שן הוא לה חצר הניזק" חסר בכתב יד המבורג ובכתב יד מינכן. בכת"י פירנצה הקטע נוסף בגליון. ראו על משמעות הדברים להלן. בקטע וינה, מנזר בנדיקטיני, נוסף: "ולגבי קרן הוויה לה רשות הרבים".

<sup>24</sup> בכת"י פירנצה: "ירמיה", ותוקן מעל השורה ל"זירא". ככל הנראה גם בגוף כתב היד מדובר בטעות, בהתאם להמשך, בו מופיע כלפנינו: "בקושי דר' זירא".

<sup>25</sup> ראו רוזנטל, עריכות קדומות, עמ' 155 – 156, ושם הערה 4.

<sup>26</sup> הסתמא קדומה לשקלא וטריא בין אביי לר' זירא, אך היא מאוחרת לרב יוסף, שכן היא מושתתת על ברייתא המובאת בשמו. מתקבל על הדעת, שמקורה של סתמא זו הוא אביי או בית מדרשו (ראו גם הלבני, בבא קמא, עמ' מד).

<sup>27</sup> על רבינא המוזכר כאן ורבינא בשם רבא המוזכר להלן ראו כהן, רבינא, עמ' 66, ושם הערה 15; עמ' 135, ושם הערה 99.

<sup>28</sup> רוא פרק ד, ושם, הערה 38.

האמוראים, ברם גרעין מחלוקתם מוסב על חצר השותפין בסתם,<sup>29</sup> ומשתמע שנחלקו בדומה למחלוקת הראשונה בפרשנות המשנה, לה מצאנו סימוכין ברבדים שונים של הספרות התלמודית.<sup>30</sup>

האוקימתא לברייתת רב יוסף כוללת מרכיב נוסף: "דלגבי שן הוא לא חצר הניזק". מרכיב זה מבטא דרישה פוזיטיבית לרשות הניזק, שרק בקיומה ניתן לחייב את המזיק. ברם, בכתבי יד חשובים, ובהם כתב יד המבורג וכתב יד מינכן,<sup>31</sup> משפט זה חסר, ויש מקום לשער שהוא נוסף בשלב מאוחר, בהשפעת המשך הסוגייה, בקטע שיידון להלן. אשר על כן, לא נראה שיש להוציא את קטע הסוגייה ממשמעותו המוצעת לעיל, שאיננה דורשת קריטריון זה.

בניגוד לאמור בדברינו עד כה, קושיית ר' זירא<sup>32</sup> מוסבת כל כולה על שילובו של המרכיב הנזכר: "כיון דמיוחדת לפירות הא בעינן ובער בשדה אחר וליכא", והיינו: הרשות המשותפת לשניהם להכניס פירות למקום זה מגדירו כמקום שאיננו רשות הניזק. יש בכך דרישה פוזיטיבית לקיומו של תנאי הכתוב: "ובער בשדה אחר", ומשמעות דרישה זו, בלשון התלמוד, היא למקום המוגדר כחצר הניזק. תנאי זה איננו נובע משיקולים מהותיים, שכן רשותו של המזיק להכניס את פירותיו איננה מעלה ואיננה מורידה לעניין קביעת אחריותו לנזק שעשה שורו לפירותיו של חברו. אחריות המזיק תלויה ברשותו להכניס את שורו וברשותו של הניזק להכניס את פירותיו. רשותו של המזיק להכניס את פירותיו משמעותית להגדרתו הפורמאלית של המקום כרשות הניזק בלבד, וזה תפקידה גם בדברי ר' זירא.<sup>33</sup>

הכתוב "ובער בשדה אחר" במקורות הקדומים לר' זירא משמש בדרך כלל למעט רשות המזיק.<sup>34</sup> מתן פטור למזיק במקרה זה משתלב עם שיקולי הטלת האחריות, ואין לראות בכך מאפיין ייחודי לשן ורגל אל מול דיני הנזיקין בכללם. ר' זירא הוא המקור המוקדם ביותר שבידינו, בו משמש הפסוק כתנאי להחלתו של הדין, וזהו

---

<sup>29</sup> בפרט נכונים הדברים לגרסת כתב יד המבורג בדברי רב חסדא (וכן ברי"ף, ה ע"ב בדפי הרי"ף): "חצר השותפין והב ק ע ה חייב", שאיננו מאפשר לקיים את ההבחנה בין פונדק, בו מתחייב, לבקעה, בה נפטור (אך גרסא זו קשה לאור מהלך הגמ', המציע את ההבחנה הנזכרת בפנים ביחס לרב חסדא ור' אלעזר, ראו חידושי אנשי שם, ה ע"ב בדפי הרי"ף, אות א).

<sup>30</sup> לעיל, פרק ד, סעיף ד.2.1.

<sup>31</sup> לעיל, הערה 23.

<sup>32</sup> באשר לזהותו של ר' זירא זה, בבבלי מצאנו אמורא בשם ר' זירא, הנושא ונותן עם אבבי ורבא, אך קשה לקבוע בדיוק את זמנו ומקומו ואת יחסו ל"ר' זירא" אחרים בבבלי ובירושלמי. ראו על כך אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 388 – 391, והערותיו, שם.

<sup>33</sup> בשלבים מאוחרים הקריטריון הפורמאלי קיבל משקל רב עוד יותר, ובשל כך מחייב רבינא משמיה דרבא במקום שהוא "לא לזה ולא לזה לפירות אלא דחד לזה ולזה לשוורים", והיינו: המזיק מתחייב על אף ההיתר להכניס את שורו, שכן המקום מוגדר כרשות הניזק (ראו על כך להלן בפנים). בדברי ר' זירא, ייתכן, שעדיין לקריטריון הפורמאלי אין משקל מכריע כל כך, ועל כן יפטור במקרה מעין זה. בכך יש לפתור קושייה שנתחבטו בה הראשונים, מדוע לא העמידה הסוגייה את ברייתת רב יוסף כרבינא, ראו ראב"ד, עמ' כט; רשב"א, עמ' ע – עב. לפי דברינו, ייתכן שבשלב זה של התפתחות הסוגייה הסברא היתה לפטור במקרה זה, ובשל כך לא היה מקום לתירוץ הנזכר. ראו מעין זה בתירוצו של מהר"י כהן צדק בשטמ"ק, עמ' לב ד"ה מתקיף.

<sup>34</sup> ראו במבוא לשער זה.

תנאי פורמאלי, שקיומו גובר על שיקולים מהותיים. בכך משמשים ר' זירא, ואולי גם אב"י, המקבל את עמדתו העקרונית,<sup>35</sup> כציון דרך משמעותי בהתפתחות דין שן ורגל. השיקולים המהותיים מאבדים בנקודה זו מחשיבותם, ומולם מוצבת הדרישה ל"שדה אחר".<sup>36</sup>

גישה זו ביחס לדין שן ורגל הולכת ומתבססת, והדברים משתקפים בהמשך הסוגייה בבבלי, העוסק בהלכת ארבעה כללות. כך עולה מקושיית התלמוד על דין "לא לזה ולא לזה": "אילמא לא לזה ולא לזה כלל אלא דאחר, והא בעינא ובער בשדה אחר וליכא", שמשמעותה אף היא דרישה למקום שיוגדר כרשותו של הניזק.<sup>37</sup> ביתר שאת עולים הדברים מתירוצו של רבינא בשם רבא:<sup>38</sup> "כולה רבי טרפון היא ומאי לא לזה ולא לזה לא לזה

<sup>35</sup> אב"י מסכים לצורך בהגדרת המקום כ"שדה אחר" כתנאי לחיוב. יחד עם זאת, לפי רוב המפרשים, השיקול המגדיר את המקום כ"שדה אחר" בדברי אב"י הוא שיקול מהותי, המשתלב עם טיעוני הטלת האחריות בהם השתמשו לעיל. כדרך זו מפרש רש"י (ד"ה שדה אחר קרינן ביה): "שהרי נכנס שלא ברשות שלא היה לו רשות לשוורים". הר"י מלוניל (עמ' 27), לעומת זאת, מפרש בדברי אב"י: "ואינה מיוחדת לשוורים לשניהם אלא לחד דלגבי שן ורגל היא לה חצר הניזק כיון דאינה מיוחדת לשניהם לשוורים שדה אחר קרינא ביה". הצורך בכך שהחצר תהיה מיוחדת לאחד (הוא, בוודאי, הניזק) לשוורים הוא כנראה לשם הגדרתה כ"שדה אחר" (ראו הערתו של ש"י פרידמן לפירוש הר"י מלוניל, עמ' 26 הערה 371). כל זאת, כמובן, בהנחה שאין בדברי הר"י מלוניל אשגרא מהמשך הסוגייה). לפי זה, גם בדברי אב"י השיקול המחייב הוא הגדרתו הפורמאלית של המקום כחצר הניזק. הגדרה זו נובעת מכך שלניזק בלבד רשות להכניס שם את שורו, ושיקול זה איננו רלוונטי להטלת האחריות על המזיק, כפי שטענו בפנים ביחס לדברי ר' זירא.

<sup>36</sup> השו"ו וייס, בבא קמא, עמ' 134, הסבור שלר' זירא הכתוב ממעט חצר השותפין, ואין הוא ממעט בהכרח חצר שאינה לשניהם (מכאן, לשיטתו, המשך סוגיית הבבלי איננו עולה בקנה אחד עם דברי ר' זירא). דומני, שפירוש זה מחמיץ את ליבם של דברי ר' זירא, וראו עוד להלן, על המגמה המשותפת לר' זירא ולהמשך סוגיית הבבלי.

<sup>37</sup> קושייה זו מובילה ליישוב דחוק: "לא לזה לא לזה אלא דחד", המוסיף ומתפתח בדברי רבינא בהמשך (על הקושי בכך ראו למשל רשב"א, עמ' עד; וייס, בבא קמא, עמ' 134 – 136; הלבני, בבא קמא, עמ' מו. מכוח קושי זה שינה הלבני את מימרת רבינא ואת מושא התיחסותה, ברם דרכו מעבירה את הקושי לשלב הסתמאי, והבעייה עומדת בעינה). פשטות מקור זה, כמקורות האחרים (המקורות להלכת ארבעה כללות והמקורות הנוספים בתוספתא ובירושלמי, ראו נספח ב, וראו גם יפה עיניים על אתר), היא כי חייב בחצר שאינה של שניהם, וכפי שכתבנו בפרק ד, סוף סעיף ד. הדברים משתלבים עם שיקולי הטלת אחריות או העדרה. בירושלמי, יש להעיר, מובא לימוד מן הכתוב כבסיס לשיטה זו, ומעניין, כי דווקא "בשדה אחר" מהווה את המקור להרחבת החיוב, בניגוד למגמת הבבלי. על מדרש זה בירושלמי ראו וייס, בבא קמא, עמ' 125 – 126, הסבור, ש"השיטות הן האב למדרש", ומציע נימוקים לחיוב ולפטור. יש לציין, כי אין מניעה לומר דבר דומה ביחס לחצר השותפין, ולבאר את דינה בהתאם לשיקולים המשמשים בחצר שאינה לשניהם, כפי שנקטנו לעיל, פרק ד, שם. וייס, לעומת זאת, נוקט בחצר השותפין כמגמת הבבלי, הדורשת מקום המוגדר כחצר הניזק, וזאת בהשפעת דרשת "בשדה אחר" (וייס, שם, עמ' 104 – 105, וראו עמ' 125, הערה 97).

<sup>38</sup> תירוצו זה מובא כלשונו בדף טו ע"ב – טז ע"א על ידי רבי אלעזר בשם רב בסוגייה המוסבת על משנת "חמשה תמין" (ייחוס התירוצו לרב איננו בכל כתבי היד: בכתב יד מינכן ופירנצה התירוצו מובא על ידי ר' אלעזר בסתם. בכתב יד וטיקן והמבורג, ייתכן בטעות סופר: "משמיה דרבא"). במידה ואכן מימרא זו היא מקורית, הרי לתפיסה המובאת בפנים שורשים קדומים יותר, עוד מראשית תקופת האמוראים (בניגוד למגמה העולה משיטת רב בסוגיות אחרות, ראו לעיל, ראש פרק זה). ברם, ספק אם המימרא בסוגיית חמשה תמין כצורתה היא המקורית (מלבד השיקולים שיוצגו להלן, העוסקים בסוגיית חמשה תמין, יש מהראשונים שטענו לאי התאמה בין מימרת ר' אלעזר שם לסוגייתנו, שכן ממימרא זו ניתן להסיק לבעייתו של רב אחא מדפתי: "לימא... אמוראי נמי לא פליגי". ראו תוד"ה כולה, טז ע"א; תוס' רבנו פרץ, שם, ד"ה כולה; רשב"א, עמ' עד, ד"ה לימא, ומסקנתו: "ונראה דהיא מימרא דר' אלעזר לא שמיע להו"). בכך יש ערעור נוסף על מקורותיה של המימרא בסוגייה (שם). שתי הסוגיות מקבילות בתוכנן ובמהלכן (הקושייה: "רישא רבנן וסיפא ר' טרפון", דברי שמואל לרב יהודה והתירוצו: "כולה רבי טרפון היא") ויש בכך כדי לעורר חשד, שמא הסוגייה האחת הושפעה מחברתה. להלן, נספח ג הערה 4, נציע, כי המימרות המקוריות בסוגייה היא דנו בשיוכה של משנת פרק ראשון על רקע המחלוקת

ולא לזה לפירות אלא דחד לזה ולזה לשוורים דלגבי שן הוא לא חצר הניזק לגבי קרן הוא לא רשות הרבים".<sup>39</sup>

בדומה לדברי ר' זירא לעיל, אף כאן הגורם הדומיננטי המחייב את המזיק הוא העובדה שאסור לו להכניס את פירותיו למקום זה, עובדה שאיננה רלוונטית לשאלת אחריותו לנזק. הקומה הנוספת כאן היא הטלת החיוב גם במקרה בו למזיק רשות להכניס את שורו, והיינו: על אף העובדה שאחריותו מופחתת, אם בכלל קיימת, שכן הכניס את שורו ברשות, חייב על נזקי שן ורגל, וזאת מכיוון שמקום הנזק עונה פורמאלית להגדרת חצר הניזק.

עמדת רבינא עוררה קושי בין פרשני התלמוד, ראשונים ואחרונים, והוא שהוליד כנראה את גרסת רבנו תם: "לא לזה ולא לזה לפירות אלא דחד, לא לזה ולא לזה לשוורים",<sup>40</sup> המאפשרת שילובם של שיקולי

שבמשנת פרק שני (ראו הבאור המוצע בהערה הנ"ל לדברי רבינא). בהתאם לכך, מימרת ר' אלעזר המקורית היתה: "ר' טרפון היא", בדומה למימרת ר' יוחנן בירושלמי, ופירושה: משנת פרק ראשון היא אליבא דר' טרפון (יש מקום לומר, בפרט לעדי הנוסח שאינם גורסים: "משמיה דרב", שמדובר במימרא אחת, שנתחלפה בין ר' יוחנן לר' אלעזר במעברה מן הירושלמי לבבלי). בשלבים הבאים של התפתחות הסוגיה, הובן דיון האמוראים כדיון פנימי במשנת חמשה תמין, העוסק בסתירה בין הרישא, המחייבת לפי הדיוק התלמודי חצי נזק בקרן ברשות הניזק, לסיפא, המחייבת נזק שלם. למימרת ר' אלעזר נוסף בהשפעת סוגייתנו קטע מדברי רבינא בשם רבא, המרחיב את גרעין מימרתו של ר' אלעזר ומבארה: כיצד ייתכן שהמשנה כולה היא ר' טרפון, והיינו, בהתאם למהלך הסוגיה המאוחר: באיזה אופן יחייב ר' טרפון נזק שלם בשן וחצי נזק בלבד בקרן. בהמשך לדרך זו, יש מקום לומר, שגם שני המרכיבים המשותפים האחרים הועתקו מסוגייתנו. לפי זה, מימרת שמואל לרב יהודה איננה מקורית בסוגיית חמשה תמין. גם בסוגייתנו מימרא זו אינה מקורית, שכן הסוגייה מאוחרת בתפיסתה לדורם של האמוראים הללו (אלא אם נפרש, שהקושייה: "רישא רבי טרפון..." עומדת גם בלא האוקימתא: "לא לזה ולא לזה אלא דחד", ומתבססת על תפיסה לפיה ר' טרפון מחייב נזק שלם גם בחצר שאינה של שניהם או בחצר השותפין, ראו וייס, בבא קמא, עמ' 135 הערה 39). מקור דברי שמואל לפי זה הוא סוגיית "שור שנגח ארבעה וחמשה", ראו על כך לעיל, נספח א, הערה 3). להצעות אחרות, הסבורות כי סוגייתנו נוצרה בהשפעת סוגיית חמשה תמין, ראו וייס, שם; הלבני, בבא קמא, עמ' מו, מח – מט.

<sup>39</sup> בהמשך הסוגייה מיישב רב נחמן בר יצחק (בכת"י המבורג: "רב נחמן") את ברייתא ארבעה כללות: "שלשה כללות בארבע מקומות". אין מניעה לומר, שרב נחמן בר יצחק הכיר את תירוצו של רבא (על הקשר ביניהם ראו אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 371). לגרסת כת"י המבורג לא ניתן לומר כך, אלא אם השמטת "בר יצחק" היא טעות סופר, ראו דק"ס, אות ה. כמו כן, קשה לומר כך אם תירוצו של רבינא איננו בשם רבא, כפי שטוען הלבני, בבא קמא, עמ' מד הערה 4 ועמ' מט, בהתבסס על העדר אזכורו של רבא ברבא"ד ובר"ח. אולם בעדי הנוסח השונים שבדקתי: "בשם רבא", והוא מיישב אותו בלשון הברייתא. תפיסה זו מתאימה לגרסת שלפנינו ובכתבי יד רבים, הגורסת בשאלה שהוכילה לתירוצו של רב נחמן בר יצחק "אי הכי", ולפי זה השאלה מוסבת על דברי רבינא, וכך גם תירוצו של רנב"י (כפי שפרשו רש"י, תוד"ה אי הכי וראשונים נוספים). ניתן לומר מאידך, שרב נחמן בר יצחק לא התייחס לדברי רבינא, ולא קיבל את התפיסה המוצעת בו, אלא התייחס ישירות להלכת ארבעה כללות. תפיסה זו מופיעה ברשב"א, בהתבסס על נוסח שלא היה בו "אי הכי" (מעין גרסת גליון כת"י המבורג: "הני ארבעה שלשה הוו"), ולפיו הקושייה איננה פונה לתירוצו של רבינא הנזכר קודם לכן, אלא בסתם. יש להעיר, כי לשיטת זו הקושיא איננה קשה כל כך לפי נוסח הלכת ארבעה כללות שבבבלי, שכן הוא כולל ארבעה דינים שונים: חיוב מלא, פטור מלא, פטור בשן ורגל וחיוב חלקי בקרן, חיוב בשן ורגל וחיוב חלקי בקרן. ייתכן, לפיכך, שרב נחמן בר יצחק התייחס לנוסח אחר של ברייתא ארבעה כללות, לפיו יש שלושה כללות, שלושה דינים בלבד (אך בארבעה מקומות, כתירוצו). כך, למשל, נוסח הירושלמי לפנינו (בלא שינוי הגרסא ברשות הניזק והמזיק ל"חייב", ראו נספח ב, הערה 17): חיוב מלא, פטור מלא ופטור על שן ורגל לצד חיוב חלקי בקרן. כן אפשריים הדברים בתוספתא, וזאת במידה וכתב יד וינה גורס היה ברשות שהיא "לזה ולזה" חייב, ואז דינה הוא כרשות שהיא לא לזה ולא לזה (ראו אפשרות זו שם, הערה 16). כך עולה גם מהירושלמי לשיטת "אית תני תני אפי' חצר שאינה לשניהם חייבת" (ראו בנספח הנ"ל), במידה ושנו כך את הלכת ארבעה כללות (ראו גם הלבני, בבא קמא, עמ' מט).

<sup>40</sup> כך גרס רבנו תם גם במימרא המקבילה שבדף טז ע"א (ראו אודותיה לעיל, הערה 38). בכתבי היד שבדקתי (המבורג, פירנצה, מינכן ווטיקן) הנוסח הוא כלפנינו, למעט הגהה מעל השורה בכת"י פירנצה בדף טז ע"א כרבנו תם: "ו[לא] לזה ו[לא] לזה לשוורים".

אחריות בדבריו.<sup>41</sup> יש מפרשים, הנותנים טעם מן הסברא לדברי רבינא כצורתם לפנינו. המכנה המשותף לפירושים אלו הוא הנסיון לצמצם את רשותו של המזיק להכניס את שורו, כדוגמת דברי הנימוקי יוסף על אתר: "ובעוד שפירותיו בתוכה אין הלה רשאי לתת בה פירות ולא שוורים... ולזה ולזה לשורים. כשהוציא זה פירותיו".<sup>42</sup> ברם, פירושים אלו אינם מתיישבים עם פשטות לשונו של רבינא, שעיקרם מתמקד, כפי שנטען לעיל, בהגדרתו של המקום כרשות הניזק, ואיננו מקנה משקל בהכרעת הדין לרשותו של המזיק להכניס את שורו.

מה משמעות תהליך זה? סבורני, כי אין זו תפיסה פורמליסטית גרידא, דוגמתה מצאנו במשנה ובמקורות אחרים. הקישור בין הפטור לבין דרשת הכתוב מוליך את התפיסה הפורמליסטית של ההלכה למחוזות רחוקים, בצורה בלתי סבירה לעיתים. טמונה בכך ראייה שונה במהותה של ההלכה הנדונה. בראיית הבבלי, הלכה זו איננה מושתתת על מערכת השיקולים הסטנדרטית, המאפיינת הלכות אחרות, אלא מקורה "חיצוני", דרשה ייחודית שבכתוב, ותכניה כפופים למקור זה. אין בכך כדי לשלול את ההכרה העקרונית בתפקידם של שיקולי האחריות במסגרת דיני הנזיקין, המשפיעים על הטלת החיוב או מתן הפטור למזיק. אולם פטור שן ורגל ברשות הרבים היא הלכה חריגה, שביסוסה בדרשת הכתוב מוציאה ממערכת הלכתית זו. לא בכדי, הבבלי שולל באחת מסוגיותיו (כא ע"ב) את האפשרות ללמוד מן הכתוב למעט רשות המזיק, שכן "ברשות המזיק, לימא פירך ברשותי מאי בעי!", וכלשונו של רש"י "קרא למה לי?".<sup>43</sup>

<sup>41</sup> על גרסת רבנו תם ראו תוד"ה לא, יד ע"א; תוס' רבנו פרץ, יד ע"א, ד"ה לא; רשב"א, עמ' עד ועוד (הטרמינולוגיה בתוס' וברשב"א הנ"ל תולה את הדברים בהגדרת רשויות, וזאת כנראה בהשפעת הסוגייה, ברם מניעה הם מהותיים. כך הם למשל דברי הרשב"א, שם: "דכל שהיא מיוחדת לשניהם לשוורים רשות המזיק הוא, דאמר ליה בעל השור כיון דישנה מיוחדת לשוורים היה לך לשמור פירותיך", כלומר: השיקולים המהותיים קובעים את הגדרתו הפורמאלית של המקום). בהקשר לייחוסה של הגרסא לרבנו תם, יש להעיר, כי בספר הישר, חלק החידושים, סימן תקסא, נתלית גרסא זו "בספרים ישנים", ולא כהגהת רבנו תם, אולם הראשונים המאוחרים לרבנו תם מיחסים גרסא זו אליו (ראו גם ראב"ד, עמ' ל, המביא גרסא זו כ"ג"א" – גרסא אחרינא. לראב"ד הגיעה תורתו של רבנו תם, והיתה לה השפעה עליו, ראו אורבך, בעלי התוספות, כרך א, עמ' 67. אין לפיכך להוכיח מכאן לקדמותה של הגרסא, כפי שטוען הלבני, בבא קמא, עמ' מד הערה 5). מלבד זאת, גם אם נקבל את ייחוסה של הגרסא ל"ספרים ישנים", הרי יושנם של אלו מוגבל מאוד, ועשוי להיות אך כמה עשרות שנים מזמנו של רבנו תם. ראו תא שמע, בעל המאור, עמ' 99 הערה 6.

<sup>42</sup> נימוקי יוסף, ה ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה לפירות אלא אחד (ש' אלבק, בהתאם לתפיסתו העקרונית, מפרש כך את דברי רבינא, ראו אלבק, נזיקין, עמ' 110 הערה 17). לפירושים דומים ראו שטמ"ק, עמ' 64, ד"ה וז"ל תלמידי ה"ר ישראל (בהו"א המוצעת שם); תלמיד הרשב"א והרא"ש, עמ' לב – לג, ד"ה תניא: "דלהכי מיוחדת לאחד מהן לפירות כדי שיהא על המזיק להרחיק את עצמו"; ים של שלמה, סימן לו, המפרש כעין תלמיד הרשב"א והרא"ש (שכן "דוחק שכל אותם הגאונים רש"י ורי"ף ורמב"ם יטעו בגרסא"). על פירושים אלו יש להעיר, כי ניתן לומר טעם זהה גם אם הרשות להכניס פירות מוענקת לשניהם, ואין צורך להדחק ולהעמיד את הברייתא ברשות שהיא "לא לזה ולא לזה לפירות אלא דחד". מכאן, בהתאם לדברינו בפנים, שלגורם הפורמאלי משקל מכריע.

<sup>43</sup> לדיון נרחב בסוגייה זו ראו לעיל, פרק ה סעיף ה.4.

#### 4.1. "ובער בשדה אחר' ולא ברשות הרבים"

מקורות רבים בתלמוד הבבלי דורשים את הכתוב "ובער בשדה אחר" על דרך השלילה, כמיעוט: "ובער בשדה אחר' ולא ברשות הרבים". כך משמע ממימרת רבא (ה ע"ב): "אלא למאי הלכתא כתבינהו רחמנא להלכותיהן... שן ורגל לפוטין ברשות הרבים", ומקורות נוספים (כא ע"ב, כה ע"ב, נח ע"ב), השייכים כנראה לרובד הסתמאי של התלמוד, מזכירים את הדרשה. מסתבר, שדרשה זו היא המשכה של התפיסה שתוארה לעיל ונגזרת ממנה: מאחר וישנה דרישה לרשות הניזק על מנת לחייב את המזיק בשן ורגל, הרי יש בכך למעט רשות הרבים. רשות הרבים מוצבת במשנת פרק שני כניגודה של רשות הניזק, ובשל כך התפתחות הדרשה כמתואר היא אך טבעית. מעין אלו הם דברי רש"י בפירוש מימרת רבא (שם, ד"ה לפוטין ברשות הרבים): "דכתיב בהו ובער בשדה אחר דלא חייבין אלא ברשות הניזק". יחד עם זאת, יש בדרשה: "ובער בשדה אחר' ולא ברשות הרבים" כדי הליכת צעד נוסף בהפיכת פטור שן ורגל לדין חריג במערכת דיני הניזקין, שכן הדרשה מוצגת כעת כמי שמבודדת מקום אחד, רשות הרבים, שבו, באורח שרירותי למדי, מעין גזרת הכתוב, לא חל חיוב בנזקים אלו.<sup>44</sup> אומנם, פטור שן ורגל בראשיתו, כפי שנדון בפרקים הקודמים, מושתת היה על שיקולים פנימיים למערכת זו, שעיקרם שאלת מידת אחריותו של המזיק לנזק, אולם הדרשה מייצגת תפיסה שונה, שהלכה והתקבלה, הלכה והשתרשה, בהתאם לתהליך המתואר לעיל.

---

<sup>44</sup> כך, למשל, בסוגיית הבבלי על משנת ר' טרפון (כה ע"ב): נסיון לחייב שן ורגל ברשות הרבים מקל וחומר (יסודו בשיקולים מהותיים, ראו להלן, נספח ג, הערה 2) נדחה בהתבסס על הלימוד מדרשה זו: "ותהא שן ורגל חייבת ברשות הרבים מקל וחומר... אמר קרא 'ובער בשדה אחר' ולא ברשות הרבים".



## שער שני – סיכום

בשלושת הפרקים של שער זה עסקנו בפטור שן ורגל ברשות הרבים. בשלב ראשון ראינו, כי הפטור במקורו היה חלק ממגוון רחב של פרטי הלכות ברשויות השונות. הלכות אלו נגזרות ומשתלשלות מהמשנה הקדומה, העוסקת ברשות של המזיק וברשות הניזק והמזיק. הן מרחיבות את מגוון הרשויות הנדונות במשנה, וכן מוסיפות על המשנה גם את ההבחנה בין אבות הנזק, קרן אל מול שן ורגל. ההלכות נסמכות על שיקולי הטלת אחריות, המאפיינים במידה רבה את שיקולי החיוב והפטור שבדיני הנזיקין. בתוך אלו משתלב פטור שן ורגל ברשות הרבים.

בשלב שני ראינו, כיצד בספרות התלמודית, החל מהמקורות התנאיים וכלה בסתם התלמוד, קיימות היו שתי גישות שונות ביחס ליישומו של הפטור, אשר נבדלו זו מזו בתורת המשפט המנחה אותן. האחת, גישה פורמליסטית, יישמה את פטור שן ברשות הרבים בלא לתת משקל לשיקולים שהנחו את עיצובו ויצירתו. דהיינו, במקרה נזק, העונה להגדרת אב הנזק הנדון, ואשר נעשה במקום העונה להגדרת רשות הרבים, המזיק פטור. כנגדה, גישה שנייה נקטה במגמה מהותית, ויישמה את הפטור רק בהתקיים השיקולים המנחים ביצירתו. דהיינו, הפטור על נזקי שן ברשות הרבים חל רק כאשר הנזק נעשה בדרך הילוכה של הבהמה, ובהתקיים התנאים שהובילו לקביעתו. מנגד, נזקי שן שאינם כלולים בקביעה הנורמטיבית של המותר והאסור ברשות הרבים, אף אם עודם מוגדרים כנזקי שן, הפטור איננו חל לגביהם.

המתח בין שתי הגישות הללו קיים כאמור בשלביה השונים של הספרות התלמודית. הוא עולה במשנה ובתוספתא, הוא נותר על עומדו בדברי האמוראים, ובאופן בולט בשיטת רב וכנגדה בשיטת שמואל, והוא נמשך גם בתפוסות השייכות לרבדים האנונימיים של התלמוד הבבלי. אולם בתלמוד הבבלי פותחה שיטה זו, וזאת ראינו בשלב השלישי של דיוננו. במסגרת זאת, בדור הרביעי לערך של האמוראים הוקצנה התפיסה הפורמליסטית של הפטור, תוך שהיא מיוחסת לדרישה הפוזיטיבית שבפסוק "ובער בשדה אחר". דהיינו: החיוב בנזקי שן ורגל מותנה במילויים של הקריטריונים הכלולים בכתוב. כאשר פרטי המקרה אינם עונים להגדרה זו, הרי המזיק פטור, ואף אם שיקולי האחריות נוטים לחובתו, וכן להפך. מכאן, הדרשה שנעשתה נפוצה בתלמוד הבבלי, "ובער בשדה אחר" – ולא ברשות הרבים.

תפיסה זו משמעותית ביותר, שכן היא רואה את הפטור כהלכה שאיננה נובעת מהשיקולים המאפיינים בדרך כלל את דיני הנזיקין, אלא על טעמים חיצוניים למערכת זאת. לשון אחרת, הסמכות המכוננת את ההלכה הנוכחית היא סמכות חיצונית למערכת דיני הנזיקין. זוהי דרשת הכתוב, המוציאה את נזקי שן ורגל ברשות הרבים מכלל דיני הנזיקין. עניין זה משמעותי ביותר עבור נושאה של עבודה זו, ונעסוק בו בהרחבה בסיכומה של העבודה.

נסיים את דיוננו כאן ב"גלישה" לתקופה מאוחרת יותר מהמקורות התלמודיים, בהם התמקדנו לעיל. במהלך דברינו רמזנו, כי שתי המגמות שנזכרו נתנו את אותותיהם גם בפירושי הראשונים. מהם שנטו בפירושיהם לסוגיות למגמה האחת, ואחרים למגמה המנוגדת.<sup>1</sup> הדברים מקבלים ביטוי מפורש ומובהק בדברי הרי"ף ביחס לפטור שן ורגל, ובפרט לפי הסברו של הרא"ש, ובקושיית הרא"ש על תפיסה זו.

הרי"ף (א ע"ב בדפי הרי"ף) כותב: "ושן ורגל ברשות הרבים פטורין משום דאורחיהו הוא". על כך כותב הרא"ש (סימן א):

תמיה לי מה הוצרך לפרש טעמא דפטורי משום דאורחיהו הוא הא קרא כתיב 'ובער בשדה אחר' ודרשינן ולא ברה"ר. ואפשר שבא לפרש טעם הפסוק למה פטרתו תורה ברה"ר לפי שדרכו לילך ברה"ר ואי אפשר שילכו הבעלים אחריהן תמיד.

הרי"ף מבסס את פטור שן ורגל ברשות הרבים על "אורחיהו הוא", ומוסיף הרא"ש בהסבר הדבר: "ואי אפשר שילכו הבעלים אחריהן תמיד". יש מקום לומר, שגישה כזו, המעלה ומציגה את טעמו של הפטור, תיתן לו משקל גם בפרטי הדין. ואכן, כך סבור הרי"ף לפי פרשנותו של הרא"ש,<sup>2</sup> כפי שהוא כותב בהמשך דבריו:

ונפקא מינה מטעם זה, שאם היה עץ ארוך מונח מקצתו ברה"ר ומקצתו ברה"י, ודרסה עליו ברה"ר ושברה ברה"י כלים, כיון שדרכה לילך ולדרוס עליו פטורין. ור' יצחק בר' שמואל לא פירש כן לקמן גבי שור יוכיח שברשות.

על פי דברים אלו, שיטת הרי"ף מתאימה לזרם הנותן משקל מרכזי לשיקולים מהותיים בקביעת ההלכה. בשל כך, אין מדובר במסגרת רשויות נוקשה, ובהמה שדרסה על עץ ארוך ברשות הרבים ושברה כלים ברשות היחיד פטורה. בהמשך לפיתוח זה של שיטת הרי"ף על פי הרא"ש, יש מן האחרונים שהציבו את שיטתו כמייצגת של הגישה הנזכרת, ובהתאם לכך דנו בהתאמתה לסוגיות השונות שהוזכרו לעיל או עימתו את שיטתו עם המקורות מהן משתמע בניגוד לכך.<sup>3</sup> השיטה הנגדית, העולה מקושייתו של הרא"ש על הרי"ף, משקפת את הפיתוח

<sup>1</sup> לעיל, פרק ה, סעיף ה.5.

<sup>2</sup> אך ראו הסתייגותו של המהרש"ל, ים של שלמה, פ"א סי' ד, עמ' א-ב, מהיסק זה מדברי הרי"ף. ברם, להלכה מקבל המהרש"ל דין זה, ואף נוקט בגישה העקרונית המתאימה, ועל פיה הוא מחלק בין עץ ארוך לבין התיזה ברשות הרבים והזיקה ברשות היחיד (יט ע"א – יט ע"ב). בעניין התיזה ברשות הרבים והזיקה ברשות היחיד ראו גם שלטי גיבורים אות ב, י ע"ב בדפי הרי"ף, הסבור שהרי"ף אינו מחלק בכך, ופותר אף במקרה זה, כשם שהוא פותר בעץ ארוך, וראו גם בתרומת הכרי, סי' שצא.

<sup>3</sup> כדוגמת מהרש"ל ופני יהושע בסוגיית ארי ברשות הרבים, אשר בפשטות נוקטת כמגמה המנוגדת לרי"ף (לעיל, פרק ה, הערה 37). סוגייה שנייה שהוזכרה בהקשר לשיטת הרי"ף היא סוגיית "כשכשה בזנבה", ויש מן האחרונים שקישרו בין סוגייה זו לבין שיטתו, ראו חידושי מלא הרועים, דפוס וילנא עמ' קפא, ד"ה לא; תרומת הכרי, סי' שצא, הסבור כי סוגייה זו היא המקור לשיטת הרי"ף; חדושי הגרנ"ט, סי' קכח, שאף הוא רואה בסוגייה מקור לשיטת הרי"ף, וראו הפניות נוספות אצל פרנקל, ספר המפתח, עמ' צ.

המאוחר שבבבלי. שיטה זו מתבססת על הכתוב כמקור הפטור, ובהתאם לכך היא קובעת קריטריונים פורמאליים להחלתו, תוך שהיא איננה מתחשבת בטעמו.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> השיטה זוהתה ככזו בפני יהושע, לעיל, פרק ה, הערה 37. תפיסה זו עומדת כנראה גם ביסוד השיטה המחייבת בעץ ארוך שמקצתו ברה"ר ומקצתו ברה"י, כנזכר בדברי הרא"ש לעיל בפנים (אם כי היא הוסקה מתוך שיקולים מקומיים בסוגיית הבבלי בדף ו' ע"א, ראו רא"ש, פ"א אות א; ים של שלמה, פ"א סי' ד).

## נספח ב

### המקורות השונים למשנת ארבעה כללות

הלכת ארבעה כללות מופיעה בארבעה מקורות שונים: במכילתא דרי"ש (מסכתא דנזיקין פרשה יד, עמ' 298), בתוספתא (פ"א ה"ט), בתלמוד הבבלי (יד ע"א) ובתלמוד הירושלמי (פ"א ה"ב, ב ע"ג). בין המקורות הבדלים משמעותיים, כדלקמן:<sup>1</sup>

| מכילתא דרי"ש   | תוספתא   | ירושלמי  | בבלי   |
|--|--|--|--|
| ד' כללות היה רבי שמעון בן אלעזר <sup>2</sup> אומר משום ר' מאיר שמעון בן לעזר או' בנזקין. | ארבעה כללים <sup>3</sup> היה ר' ארבעה כללות היה ר' שמעון בן אלעזר אומר בנזקין. | ארבעה כללות היה ר' שמעון בן אלעזר או' משום ר' מאיר בנזקין. | ארבעה כללות היה ר' שמעון בן אלעזר אומר בנזקין. |
| כל מקום שיש רשות למזיק ולא לניזק פטור  | כל מקום שיש רשות לנזק ולא במזיק <sup>4</sup> חייב בנזק שלם. <sup>5</sup>       | כל מקום שיש רשות לנזק ולא במזיק חייב בכל;                  | כל שהוא רשות לניזק ולא למזיק חייב בכל;         |
| לניזק ולא למזיק חייב בכל <sup>6</sup>  | למזיק ולא לניזק פטור מן הכל.   | דמזיק ולא לניזק פטור מכל;                                  |  |
| לניזק ולמזיק אפי' מיוחדת <sup>7</sup> לזה ולזה, כגון חצר                                 | לזה ולזה, כגון חצר   | כל מקום שיש רשות לניזק ולמזיק                              | לזה ולזה, כגון חצר השותפים                     |
| לניזק ולמזיק אפי' מיוחדת <sup>8</sup> לזה ולזה, כגון חצר                                 | לזה ולזה, כגון חצר   | כל מקום שיש רשות לניזק ולמזיק                              | לזה ולזה, כגון חצר השותפים                     |
| לניזק ולמזיק אפי' מיוחדת <sup>9</sup> לזה ולזה, כגון חצר                                 | לזה ולזה, כגון חצר   | כל מקום שיש רשות לניזק ולמזיק                              | לזה ולזה, כגון חצר השותפים                     |
| לניזק ולמזיק אפי' מיוחדת <sup>10</sup> לזה ולזה, כגון חצר                                | לזה ולזה, כגון חצר   | כל מקום שיש רשות לניזק ולמזיק                              | לזה ולזה, כגון חצר השותפים                     |

<sup>1</sup> חילופי נוסחאות עיקריים צוינו בהערות.

<sup>2</sup> במדרש חכמים ובדפוס: "ר' ישמעאל". בהמשך, במדרש חכמים, חסר "משום ר' מאיר".

<sup>3</sup> בכת"י ערפורט: "כללות".

<sup>4</sup> בכת"י ערפורט ובדפוס: "לניזק ולא למזיק".

<sup>5</sup> בכת"י ערפורט: "בכל".

<sup>6</sup> "בכל" חסר בכת"י אוקספורד, בכת"י וטיקן, בכת"י מינכן, בילקוט שמעוני ובלקח טוב.

<sup>7</sup> במדרש חכמים במקום "אפי'": "רשות".

<sup>8</sup> בילקוט שמעוני נוסף: "חייב".

<sup>9</sup> הקטע המסוגר שלהלן חסר בכתב יד וינה. במידה וחסרון זה מקורי, הרי כתב יד וינה שנה כאן שלוש מקומות בלבד, כאשר רשות הניזק והמזיק נחשבת כשתי כללות, בגלל החלוקה בין קרן לשון ורגל. השערה זו קשה, הן לאור המקבילות והן מההקשר – ההלכה מציגה רשויות מנוגדות (ראו גם להלן בפנים), ומסתבר לפיכך שהיא התייחסה גם לרשות שהיא "לא לזה ולא לזה". נראה, לפיכך, שמדובר בהשטמה (כך סבור גם ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 14). יחד עם זאת, אין הכרח שתהיה התאמה בפרטי הדינים החסרים, ראו על כך להלן, הערה 16.

| מכילתא דרי"ש                         | תוספתא  | ירושלמי                   | בבלי                     |
|--------------------------------------|---|---------------------------|--------------------------|
| על השן ועל הרגל חייב <sup>11</sup>   | על השן ועל הרגל פטור.   | על השן ועל הרגל פטור.     | פטור בה על השן ועל הרגל, |
| ועל השאר <sup>12</sup>               | על נגיחה ועל נגיפה על נשיכה ועל רביצ' ועל והרביצה ועל הבעיטה      | על הנגיחה והנגיפה והנשיכה | על הנגיחה ועל הנגיפה ועל |
|                                      | בעיטה מועד משלם נזק   | והדחייה                   | הבעיטה,                  |
|                                      | שלם ותם משלם חצי נזק.   |                           |                          |
| מועד משלם נזק שלם ותם                | אם תם משלם חצי נזק ומועד  | תם משלם חצי נזק, מועד     |                          |
| משלם חצי נזק                         | משלם נזק שלם מן העלייה.   | משלם נזק שלם;             |                          |
|                                      | לניזק ולא למזיק חייב בכל.   |                           |                          |
|                                      | למזיק ולא לניזק פטור מן הכל.                                      |                           |                          |
| בכל מקום שיש רשות לניזק              | כל מקום שאין רשות לא  | והכל מודין בשאין רשות לא  | לא לזה ולא לזה, כגון חצר |
| ולמזיק והבקעה ורשות הרבים וכיוצא בהן | שאינה של שניה',   | ורשו' הרבי' וכיוצא בה.    | שאינו של שניהם           |
| על השן <sup>13</sup> ועל הרגל פטור   | על השן ועל הרגל משלם  | על השן ועל הרגל פטור.     | חייב בו על השן ועל הרגל, |
|                                      | נזק שלם,  |                           |                          |
| ועל השאר <sup>14</sup>               | על נגיח' ועל נגיפה על נשיכה ועל רביצה ועל והנשיכה והרביצה והבעיטה | על הנגיחה ועל הנגיפה      | על הנגיחה ועל הנשיכה ועל |
|                                      | בעיטה,  | והדחייה                   | הבעיטה,                  |
| מועד משלם נזק שלם ותם                | מועד משלם נזק שלם ותם   | תם משלם חצי נזק ומועד     | תם משלם חצי נזק, מועד    |
| משלם חצי נזק.                        | משלם חצי נזק.   | משלם נזק שלם מן העלייה.   | משלם נזק שלם             |
|                                      | ר' אלעזר <sup>15</sup> ור' שמעון אומר                             |                           |                          |
|                                      | ר' טרפון היה אומר על הכל  |                           |                          |

<sup>10</sup> במדרש חכמים נוסף: "שאינן" לפני "לא לניזק", וחסר: "כגון רשות אחרת". בכתב יד אוקספורד ומינכן, במקום "אחרת" מופיע: "אחת". בכת"י וטיקן: "לא לניזק ולא למזיק פטור כגון רשות אחת על השן ועל הרגל חייב".

<sup>11</sup> "חייב" חסר בכתב יד אוקספורד.

<sup>12</sup> בכתבי היד וטיקן ומינכן ובלקח טוב: "השור".

<sup>13</sup> בילקוט שמעוני דפ"ר: "על הרגל", בלא "על השן".

<sup>14</sup> בכתבי היד אוקספורד, וטיקן ומינכן ובילקוט שמעוני דפ"ר: "השור".

משלם נזק שלם,

וחכמים אומרים] על השן

ועל הרגל משלם נזק שלם,

על נגיחה ועל נגיפה על

נשיכה ועל רביצה ועל

בעיטה מועד משלם נזק

שלם ותם משלם חצי נזק

המקורות השונים עוסקים בארבעת סוגי הרשויות, אך נחלקו בפרטי הדינים שברשויות הללו. אלו הן רשות הניזק, רשות המזיק, רשות הניזק והמזיק ורשות שהיא לא לניזק ולא למזיק. דיון זה, כאמור לעיל, נגזר מן המשנה הראשונה, ולכך השלכה על פרטיו. דינה של רשות הניזק והמזיק איננו ברור מן המשנה, ומקורות שונים נחלקו באשר אליו. בהתאם לכך, יש שינויים בעניין זה גם בין המקורות של הלכת ארבעה כללות. בתוספתא לפנינו ובבבלי, רשות הניזק והמזיק היא חצר השותפים והבקעה, ודינה הוא פטור על שן ורגל וחלוקה בין חצי נזק לנזק שלם בקרן.<sup>16</sup> החיוב החלקי בקרן הוא גם שיטת המכילתא דר"ש והירושלמי, אך הללו נשתנו במקרים הכלולים ברשות זו ובדינה. בירושלמי, רשות זו היא "פונדקי וחצר השותפין", ודינה הוא, בנוסח שלפנינו, פטור על שן ורגל, אך לפי ההקשר בסוגייה ייתכן שיש לגרוס "חייב".<sup>17</sup> במכילתא דר"ש מצאנו שתי התייחסויות לרשות הניזק והמזיק: "לניזק ולמזיק אפי' מיוחדת"<sup>18</sup> כגון חצר של שותפין והפונדק... על השן ועל הרגל חייב, ולעומת זאת: "בכל מקום שיש רשות לניזק ולמזיק והבקעה ורשות הרבים וכיוצא בהן על השן ועל הרגל פטור". הגדרת המקום אומנם משותפת לכל המקרים הללו, אך ההלכה בהם שונה, והיא נובעת כנראה מהבחנה

<sup>15</sup> כן הוא בכת"י ערפורט, וכן הכריע ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 15 (אך בנוסח הפנים של התוספתא הובא כבדפוס: "אליעזר").  
<sup>16</sup> קטע זה חסר בכתב יד וינה (לעיל, הערה 9). ייתכן, שכתב יד וינה שנה כאן "על השן ועל הרגל חייב", בהתאם לתפיסתו בהלכה א, לפיה חייב ברשות הניזק והמזיק (ראו בגוף העבודה, פרק ד, סמוך להערות 19 – 21), ואין לפיכך ראייה שמדובר בהלכות חלוקות (בניגוד לליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 5; גולדברג, תוספתא, עמ' 40 ועמ' 50).

<sup>17</sup> הברייתא מובאת על ידי ר' יסא, הסבור: "חצר השותפין חייבת". קשה להניח, שכוונתו לפטור שן ורגל ולחייב קרן (ראו גם פרק ד, הערה 29), וייתכן ששנה בברייתא: "על השן ועל הרגל חייב". כך נקטו כמה מהמפרשים במקום, ראו נועם ירושלמי, עמ' 6; הגיון אריה, עמ' 16; ר"י לוי, עמ' 38; ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 4. להגהה אחרת ראו נתיבות ירושלים, עמ' ו, הגורס בדברי ר' יסא: "פטורה". מנגד, רבים ממפרשי הירושלמי אינם משנים את נוסח הירושלמי, אך פירושם דחוק, ונזקק לעתים למקורות מקבילים. ראו למשל מהר"א פולדא, עמ' 4, התולה את ראייתו של ר' יסא בכך שהברייתא היא דעת יחיד, והיינו: לר' מאיר פטור, ומכאן שלחכמים חייב. לפירושים אחרים ראו פני משה; רידב"ז; יפה עינים, יד ע"א (וכמוהו וייס, בבא קמא, עמ' 125 – הברייתא מובאת כראייה למימרת ר' יוסי [=יסא] הראשונה, הפוטר בחצר שאינה לשניהן).

<sup>18</sup> הלשון: "אפי' מיוחדת" קשה (מיוחדת בפשטות הוא טעם החיוב, ואין מקום לשנות כאן "אפילו"), ראו הצעות שונות במפרשים המוזכרים להלן, הערה הבאה. ייתכן שקושי זה הוליד את נוסח מדרש חכמים, לעיל הערה 7.

פנימית באופיו של המקום. הראשונים מיועדים להנחת פירות, ועל כן המזיק בשן ורגל חייב, ואילו האחרונים נועדו להילוך בהמות, ועל כן המזיק בשן ורגל פטור.<sup>19</sup> הבבלי (יד ע"א), יש להעיר, מכיר גם כן את שתי הברייתות הללו, האחת כחלק מהלכת ארבעה כללות, כמצוטט לעיל, וחברתה, השונה ממנה בהלכתה, כברייתא בפני עצמה: "...תני רב יוסף חצר השותפים והפונדק חייב בהן על השן ועל הרגל". אף הבבלי מבחין בין המקרים השונים, דהיינו בין פונדק לבין בקעה.

בגוף העבודה הראנו, כי הלכת ארבעה כללות נובעת ומתפתחת מן המשנה. לפי זה, יש להציע גם כאן, שההבחנות הפנימיות הללו משקפות שיטות שנחלקו במקורן בדינה של רשות הניזק והמזיק, ומכאן החילופים בין חיוב לפטור. אולם בשלבים מאוחרים יותר נעשה נסיון לפשר בין החולקים על ידי הבחנה פנימית בין המקרים, וזו התוצאה המופיעה בכמה מן המקורות שלפנינו להלכת ארבעה כללות.<sup>20</sup>

תופעות דומות מצאנו ביחס לדינה של רשות שאיננה לא לזה ולא לזה. בבבלי ובתוספתא זו "חצר שאינו של שניהם", ובדומה לכך במכילתא דר"ש, זו "רשות אחרת". דינה של רשות זו במקורות הללו הוא חיוב בשן ורגל וחיוב חלקי בקרן.<sup>21</sup> בירושלמי, רשות זו היא "בקעה ורשות הרבים", ופטור בה על שן ורגל. הירושלמי חולק אומנם על הדין ברשות זו, אך הלכה למעשה אין כאן מחלוקת, שכן ב"בקעה ורשות הרבים" פטור על שן ורגל גם לפי המקורות האחרים, המגדירים זאת כרשות הניזק והמזיק. לצד זאת, במקורות אחרים מצאנו מחלוקת מפורשת גם בעניינה של רשות שאינה של שניהם, כדוגמת התוספתא שלהלן (פ"ה ה"ט – הי"א):

1. הכניס שורו לחצר בעל הבית שלא ברשותו בא שור ממקום אחר שלא ברשות נגח נגף נשך רבץ

בעט ר' מאיר אומ' משלם נזק שלם וחכמים אומ' על השן ועל הרגל משלם נזק שלם על נגיחה ועל

נגיפה ועל נשיכה ועל רביצה ועל בעיטה מועד משלם נזק שלם ותם משלם חצי נזק.

2. הכניס קדרותיו לחצר בעל הבית שלא ברשותו ובא שור ממקום אחר שלא ברשותו ושברן פטור ואם

הוזק בהן בעל קדירות חייב.

<sup>19</sup> להבחנות קרובות לזו המובאת בפנים, בניואנסים שונים, ראו: ר"י לוי, עמ' 38 בהערה; ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 4 – 5; הגיון אריה, עמ' 16. לעומתם, וייס, בבא קמא, עמ' 130 – 131, סבור שיש כאן שתי שיטות חלוקות ביחס לדין חצר השותפין, כשהבבא האחרונה ("בכל מקום... והבקעה ורשות הרבים... פטור", ומשמעה: חצר השותפין היא כבקעה ורשות הרבים) היא תוספת מאוחרת לגרעין המכילתא, והיא נועדה להציג את השיטה המנוגדת. ראו עוד הערת המהדיר למכילתא דר"ש, עמ' 298 הערה 7, המגיה את סופה של ברייתת המכילתא: "בכל מקום... לא לניזק ולא למזיק".

<sup>20</sup> נוסח הירושלמי לפנינו, השונה לפטור בפונדק (שהוא ביתר המקורות מקרה החיוב), מצטרף להטענה בדבר קיומה של מחלוקת עקרונית בדין רשות הניזק והמזיק, שכן אין אפשרות לנוסח זה לחלק בין סוגי חצר השותפין ולקבל את דעת המחייבים.

<sup>21</sup> יתכן שכתב יד וטיקן 299 של המכילתא משקף מסורת אחרת (ראו לעיל, הערה 10), הדומה לירושלמי. ברם מסתבר יותר לדעתי, כי נוסח כתב היד משובש בנקודה זו.

3. הכניס פירותיו לחצר בעל הבית שלא ברשות ובא שור ממקום אחר שלא ברשות ואכלן פטור ואם

הזקן בהן בעל הפירות חייב.

הלכות אלו עוסקות במקרה שעונה להגדרת "חצר שאינה לשניהם". ההלכה הראשונה מציגה מחלוקת בדין קרן, ומחייבת לכל הדעות על שן ורגל. ההלכה השניה וההלכה השלישית פוטרות את המזיק בנזקי שן ורגל, בניגוד להלכה הקודמת<sup>22</sup> ובניגוד להלכת ארבעה כללות.<sup>23</sup> זו גם פרשנות הירושלמי לברייתות אלו (פ"ה ה"ב – ה"ג, ד ע"ד): "הכניס קדירותיו... הדא אמרה. הקרן פטורה בחצר שאינה שלשניהן... הכניס פירותיו... הדא אמרה שהשן פטורה בחצר שאינה לשניהן".<sup>24</sup> בבבלי מובאת הברייתא השלישית בשינוי קל (מז ע"ב): "ת"ש דתני רב יהודה בר סימון בנזקין דבי קנא הכניס פירותיו לחצר בעל הבית שלא ברשות ובא שור ממקום אחר ואכלן פטור ואם הכניס ברשות חייב". בבאור הברייתא תולה הסוגייה את הדברים בהגדרת המקום כרשות הניזק (מח ע"א): "ברשות הוא לה שן ברשות הניזק ושן ברשות הניזק חייבת, שלא ברשות הוא לה שן ברה"ר ושן ברשות הרבים פטורה". תפיסה זו מתאימה לגישה הרווחת בבבלי, בה דנו בגוף העבודה.

בהתאם לדרכנו, גם רשות שהיא לא למזיק ולא לניזק נגזרת מן המשנה הראשונה. דהיינו: לאחר שנדונה רשות הניזק והמזיק, אם לחיוב ואם לפטור, יש לדון בהלכה במקרה המנוגד, רשות שאינה לא לניזק ולא למזיק. קישור זה מפורש בירושלמי, המכיר בשתי האפשרויות הטמונות ברשות זו, אף כי לכל השיטות המובאות בסוגייה חייב על רשות הניזק והמזיק. בירושלמי מובא כדלקמן (פ"א ה"ב, ב ע"ג):

אמ' ר' ירמיה. אילו תנא. חוץ מרשות המיוחדת למזיק ושתק. הייתי או'. אחד חצר שלשותפין ואחד חצר שאינה לשניהן חייבת. ולמה תנא. נוהגין הן ברשות הניזק והמזיק. אלא זה שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר.

<sup>22</sup> בניגוד לוייס, בבא קמא, עמ' 137 – 138.

<sup>23</sup> חלקה השני של ההלכה, "ואם הזקן בהן... חייב" (בירושלמי, להלן בפנים: "פטור"), נוגעת בדיני בור, ולא נדון בכך כאן (לעיון בדיני בור מוקדש השער החמישי של דיוננו).

<sup>24</sup> "הקרן" איננו מתאים כל כך לנזקי קדירות, וייתכן שיש לגרוס כאן "הרגל", ראו: חסדי דוד על אתר; ר"י לוי, עמ' 39 בהערה ועמ' 138; הגיזין אריה, עמ' 48; ליברמן, עמ' 48; גולדברג, תוספתא, עמ' 114. ברם, גם בכתב יד אסקוריאל הנוסח הוא: "שהקרן פטורה ברשות שאינה של שניהם", ויתכן שהחילוף חל בשלבי מסירה מוקדמים יחסית של הירושלמי. זוסמן משער, שלעדי הנוסח של הירושלמי שלפנינו היה אב משותף אחד ("הירושלמי נמסר כנראה מסוף תקופת הגאונים רק דרך צינור אחד ובקילוח דק ביותר, שממנו הוא נפץ בכל תפוצות ישראל". זוסמן, פרקי ירושלמי, עמ' 273 הערה 294 והפניותיו, שם. ראו בהקשר זה גם פרידמן, פירקוי בן באבוי, עמ' רנ – רנא), והתופעה שלפנינו משתלבת עם תפיסה זו. לגישה מנוגדת ראו רוזנטל, ירושלמי נזיקין, עמ' יג ועמ' כו. רוזנטל תולה את החילופים בין כת"י ליידן לכת"י אסקוריאל ב"מסורות שונות שבמקורם נובעות עוד מן הרציטאציה העל-פיית החופשית של הטקסט". קשה יותר, לגישה זו, להניח שנוצרו כאן במקביל חילופים דומים בשתי המסורות הללו, בלא שהושפעו זו מזו. ברם, יש פירושים שאינם משנים את גרסת הירושלמי בסוגייתנו, ראו למשל מהרא"פ, עמ' 16: "ומיירי ששברן בבעיטה, שהיא תולדה דקרן, או בקרן".



אמ' ר' יוסי. מכיון דתנא. חוץ מרשות המיוחדת למזיק. אין אנו יודעין שהן נוהגין ברשות הניזק והמזיק. ולמה תנא. נוהגין הן ברשות הניזק והמזיק. אלא להוציא חצר שאינה שלשניהן.<sup>25</sup> אית תניי תני. חצר שלשותפין חייבת וחצר שאינה לשניהן פטורה. אית תניי תני. אפי' חצר שאינה לשניהם חייבת.

לסיום, יש לעמוד כאן על נקודה נוספת. פטור שן ורגל ברשות הרבים, כפי שכתבנו בגוף הפרק, נמצא בחלק מן המקורות. הללו מקבלים אותו, אך נחלקו באשר להגדרתו, האם כרשות הניזק והמזיק או כרשות שהיא לא לניזק ולא למזיק. באופן עקרוני, תיתכן שיטה שלא תקבל פטור זה. כך יהיה למשל לדעה המחייבת ברשות הניזק והמזיק, וכוללת בכך גם את רשות הרבים. במקורות המובאים כאן אין מופיעה שיטה כזו, אולם בגוף דיוננו ראינו את קיומה האפשרי בברייתא המובאת בבבלי.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> לשונו של ר' ירמיה: "אילו תנא... הייתי או'", שמובנה הוא כהווא אמינא שיש לדחותה, נותרת גם למסקנה (ייתכן שיש כאן מעין השימוש ב"כול אתה אומר" בניחותא, ראו לעיל, שער ראשון, פרק ג, הערה 37). שימוש לשוני חריג זה הוביל ככל הנראה את הנתיבות ירושלים (עמ' 10) להוספה מרחיקת לכת, ולפיה ר' ירמיה פוטר בחצר שאינה לשניהן. בדומה לכך הגיה גם וייס, בבא קמא, עמ' 122: "ולמה... אלא [להוציא חצר שאינה לשניהן]", אך להגהה זו אין בסיס. ייתכן, שהדברים נובעים מחילוף בין מימרותיהם של ר' ירמיה ור' יוסי, הדומות זו לזו (בקטעים: "אילו תנא... הייתי אומר", וכןגדו: "מכיוון דתנא... אין אנו יודעים". כעין הצעה זו ראו בהערת המהדיר למכילתא דר' ישמעאל, מהדורת הורוביץ-רבין, עמ' 298 הערה 7). לשונו של ר' ירמיה מתאימה יותר לר' יוסי, הסבור שחצר שאינה לשניהן פטורה, בניגוד להווא אמינא, ואילו לשונו של ר' יוסי מתאימה לר' ירמיה. הגהה זו מותירה על כנה את שיטת הסוגייה, אך אף היא איננה הכרחית, כאמור בראש הערה זו.

<sup>26</sup> ראו לעיל, פרק ה, סעיף ה.4.

## נספח ג

### דין קרן ברשויות השונות: משנת "חמשה תמין", משנת ר' טרפון וברייתא ארבעה כללות

משנת "חמשה תמים וחמשה מועדים" (פ"א מ"ד) שונה בין המועדים: "ושור המזיק ברשות הניזק". לפי משנה זו, דינו של שור המזיק ברשות הניזק הוא תשלום נזק שלם. ברם, בפרק השני, המפרט את המשנה ומרחיב אותה,<sup>1</sup> מובאת מחלוקת בעניין זה (מ"ה [מ"ז]): "ושור המזיק ברשות הניזק כיצד נגח נגף נשך רבץ בעט ברשות הרבים משלם חצי נזק ברשות הנזק רבי טרפון אומ' נזק שלם וחכמ' אומ' חצי נזק."<sup>2</sup> משנת חמשה תמים שונה בסתם כדעת ר' טרפון, ואיננה מכירה במחלוקת בנקודה זו, ויש לראותה לפיכך כמשקפת שיטה אחרת.<sup>3</sup> בירושלמי (פ"א ה"ד, ב ע"ג) מסיק ר' יוחנן מעין מסקנה זו: "אמר ר' יוחנן דר' טרפון היא". פער זה בין המשניות עומד, כפי הנראה, גם בבסיס האוקימתות המופיעות בבבלי למשנת פרק ראשון.<sup>4</sup> על פי מסורת המכילתא דרי"ש והירושלמי, הלכת ארבעה כללות מובאת משמו של ר' מאיר.<sup>5</sup> שיטתו בהלכה זו היא כמשנת פרק א: "לניזק ולא למזיק חייב בכל", כלשון הברייתא בבבלי, או: "חייב בנזק שלם"

<sup>1</sup> על היחס בין משנת חמשה תמים למשניות הפרק השני ראו בהרחבה להלן, שער שלישי, פרק ז, סעיף ז.1.

<sup>2</sup> המשך המשנה מבסס את שיטת ר' טרפון על לימוד מקל וחומר. בהתייחס למגמות השונות שאיתרנו בדיונו לעיל, פרק ה, סגנון דבריו של ר' טרפון ועיצובם הספרותי (שתי דרכי הלימוד המוצעות על ידי ר' טרפון) מלמדים על תפיסה פורמאלית של הפטור, שאיננה מערבת שיקולים מהותיים. עם זאת, אינני סבור שיש בכך ראייה, שכן סבר ר' טרפון. ראשית, מדובר באמצעי רטורי, המשמש בלימוד קל וחומר, בלא לשלול את הבסיס המהותי שיש ללימוד זה. שנית, ספק עם המשא ומתן שבמשנה משקף בצורה אותנטית את דעתם של ר' טרפון וחכמים, ואיננו עיצוב מאוחר של שקלא וטריא ביניהם. ראו בהקשר זה דיונו בפרק הנזכר בעניין יחסה של משנת פרק שני לתוספתא (שם, סעיף ה.2). אף בעניין מחלוקת חכמים ור' טרפון ישנו סימן לראשוניותה של התוספתא – כפי שנראה להלן, התוספתא משמרת את מחלוקת ר' מאיר וברי פלוגתתו סביב שיטת ר' טרפון וחכמים. הלימוד מקל וחומר נעדר מהתוספתא, וישנן אף ראיות שהיא לא הכירה אותו (ראו להלן, הערה 17), ומכאן טענתנו, בדבר איחורה היחסי של השקלא וטריא.

<sup>3</sup> הדברים משליכים על שאלת היחס בין משנת פרק ראשון למשנת פרק שני – פרק שני מפרש את משנת פרק ראשון, אך זאת במובן רחב של הדברים, דהיינו תוך הצגת זרמים ושיטות אחרות מהמשנה הגרעינית. ראו בהפנייה הנזכרת לעיל, הערה 1. על אף הקירבה לדבריו של הלבי (ראו שער שלישי, פרק ז, הערה 2), אני סבור שאין לראות כאן שני מקורות נבדלים, שהורכבו על ידי מסדר המשנה, אלא מקור קדום ומקור מאוחר, כשהמאוחר יוצא מקודמו ומתייחס אליו, בין השאר על ידי הצגת שיטות חלוקות.

<sup>4</sup> טו ע"ב – טז ע"א. האוקימתות הללו מובאות כתשובה לקושי שהתעורר בעקבות דיוק פנימי במשנת פרק ראשון. ברם, בחלקן הן אינן עונות לקושי זה. כך, למשל, רבינא מבאר את המשנה כך: "חמשה תמים הן ואם הועדו חמשתן מועדין וכן ורגל מועדין מתחילתן וזהו שור המועד ושור המזיק ברשות הניזק מחלוקת ר' טרפון ורבנן". אולם גם על אוקימתא זו ניתן עדיין להקשות את קושיית התלמוד הראשונית: "מדקתני השן... מכלל דבבא חצי הניזק עסקינן, וקתני בהמה אינה מועדת... מני רבנן היא... אימא סיפא וכו'", כשכאן רישא רבנן וסיפא מחלוקת. בד בבד, מסורת שנייה בבבלי, "איכא דרמו לה מירמא", מציגה את דברי רבינא כתשובה לשאלה שונה לגמרי, ויש בכך להעיד שקביעת הנקודה אליה התייחס רבינא איננה חד משמעית. נראה, לפיכך, שהמניע העיקרי של המימרות הללו, לפחות בלא הוספות של סתם התלמוד, הוא ההשוואה בין משנת פרק ראשון למשנת פרק שני, כפי שנקטנו בפנים (ראו פרק ו, הערה 38). ייתכן שלכך רמז אפשטיין, ראו מלנח"מ, עמ' 639, ביחס לדברי שמואל לרב יהודה.

<sup>5</sup> בבבלי ובתוספתא מובאים הדברים על ידי ר' שמעון בן אלעזר, אך לא בשם ר' מאיר, וראו גולדברג, תוספתא, עמ' 50: "מכל מקום, אין כאן שינוי של ממש, שהרי ר' שמעון בן אלעזר הוא תלמידו המובהק של ר' מאיר". מנגד, ראו דברי ליברמן, להלן הערה 11, לפיהם ייתכן, בהתאם לבבלי ולתוספתא, שמשנת ארבעה כללות חלוקה על ר' מאיר.

כבתוספתא, בלא לחלק בין קרן לבין שן ורגל. כך סבור ר' מאיר גם על פי המשך ההלכה בתוספתא (פ"א ה"ט), בחלק שאיננו שייך להלכת ארבעה כללות:

שור המזיק ברשות הניזק כיצד נגח נגף... ר' מאיר אומ' משלם נזק שלם, וחכמים אומ' על השן ועל הרגל משלם נזק שלם, על נגיחה ועל נגיפה... מועד משלם נזק שלם, ותם משלם חצי נזק.

בניגוד לר' מאיר, מובאים בתוספתא<sup>6</sup> תנאים, אשר העמידו את דינו של שור המזיק ברשות הניזק במחלוקת ר' טרפון וחכמים:

ר' אלעזר<sup>7</sup> ור' שמעון אומר ר' טרפון היה אומר על הכל משלם נזק שלם, וחכמים אומרים על השן ועל הרגל משלם נזק שלם, על נגיחה ועל נגיפה על נשיכה ועל רביצה ועל בעיטה מועד משלם נזק שלם ותם משלם חצי נזק.

יש להניח, שההבדל בין משנת פרק ראשון למשנת פרק שני מוצאו בשיטותיהם החולקות של ר' מאיר, אשר שנה כמשנת פרק ראשון, ור' שמעון ור' אלעזר, ששנו כמשנת פרק שני.<sup>8</sup> פירוש הדברים: ר' מאיר מחייב בחצר הניזק נזק שלם, ואיננו מכיר במחלוקת בכך, וזאת כמשנת פרק ראשון. לעומתו, ר' אלעזר ור' שמעון העמידו את דין קרן בחצר הניזק במחלוקת, וזוהי מחלוקת ר' טרפון וחכמים שבתוספתא ובמשנת פרק שני.<sup>9</sup> השיטה המחייבת נזק שלם בחצר הניזק, לפי ר"א ור"ש, היא דעת יחיד, ומסתבר שהכרעתם היא כחכמים. ייתכן, לפיכך,

<sup>6</sup> בכתב יד ערפורט (ראו נספח ב, הערה 9).

<sup>7</sup> כן הוא בכת"י ערפורט, וכן הכריע ליברמן (לעיל, נספח ב, הערה 15).

<sup>8</sup> אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 639; גולדברג, תוספתא, עמ' 51 – 52.

<sup>9</sup> מחלוקת ר"ט וחכמים בתוספתא נסמכת לדין "מקום שאין רשות לא לזה ולא לזה". אולם במקורות המקבילים להלכת ארבעה כללות מחלוקת זו אינה מופיעה, ועל כן אין הכרח לראותה כחלק אינטגרלי מן ההלכה הזו, וסמיכותה לדין האחרון איננה מלמדת על כך שאליו היא התייחסה. בדרך זו הלכנו בדברינו בפנים, ולפיהם, לדעת ר"א ור"ש, ר' טרפון וחכמים לא נחלקו ברשות שהיא "לא לזה ולא לזה" בלבד, אלא אף במקרים אחרים, שיש להם מכנה משותף – חיוב נזק שלם בשן ורגל (והיינו: במקרה זה, ברשות המיוחדת לניזק וברשות הניזק והמזיק, במידה ונסבור כשיטה המחייבת במקרה זה). ראו ר"י לוי, עמ' 38 בהערה; אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 639 הערה 4; ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 15. מאידך, ישנה אפשרות להבנה מינימליסטית של דברי ר"א ור"ש, שתסב את מחלוקת ר' טרפון וחכמים לשיטתם לרשות שהיא "לא לזה ולא לזה" בלבד. לפי זה, היחס בין משנת פרק א למשנת פרק ב, ובפרט שאלת מחלוקת ר' טרפון וחכמים, שונה: משנת פרק א היא אכן שיטת ר' מאיר, וכמוהו סבורים גם ר"א ור"ש. תנאים אלו מכירים במחלוקת ר' טרפון וחכמים, אך סבורים שהיא מוסבת על רשות שהיא לא לזה ולא לזה, ואילו ברשות הניזק חייב נזק שלם לכולי עלמא. כנגדם, התנא ששנה את משנת פרק שני ייחס את מחלוקת ר' טרפון וחכמים לרשות הניזק, ולפיו אין מקרה בו לדעת חכמים יתחייב נזק שלם בקרן תמה. טעמו של תנא המשנה, שלדרך זו איננו יודעים מיהו, הוא כטעמם של ר"א ור"ש על פי הניתוח המובא להלן בפנים. להצעה אחרת, המסבה אף היא את דברי ר"א ור"ש לדין "לא לזה ולא לזה", ראו גולדברג, תוספתא, עמ' 51, ד"ה ר' אלעזר. לפי הצעתו, ר"א ור"ש חלוקים על ר' מאיר בשאלה, על מה נחלקו ר' טרפון וחכמים. לדעת ר' מאיר נחלקו ביחס לרשות המיוחדת לניזק (כמשנת פרק שני, ובהלכת ארבעה כללות שנה ר' מאיר את דבריו כר' טרפון), ולדעת ר"א ור"ש נחלקו ביחס לרשות שהיא לא לניזק ולא למזיק (אך בהערה 57 ובגוף פירושו, עמ' 52, נוקט גולדברג בדומה לדרך המוצעת בפנים). ראו עוד פירושו של ר"א שוורץ, הגיון אריה, עמ' ט, הקרוב לפירוש הנזכר של גולדברג, וראו גם וייס, בבא קמא, עמ' 136.

ש"חכמים" המוזכרים בסוף הלכת התוספתא כחולקים על ר' מאיר בדין שור ברשות הניזק הם התנאים הללו, ר' אלעזר ור' שמעון, הסבורים כ"חכמים", החולקים לשיטתם על ר' טרפון.

ר' מאיר, כאמור, מחייב קרן בחצר הניזק בנזק שלם. מקורות נוספים בתוספתא מרחיבים את שיטתו גם לרשויות אחרות. כך, למשל, לפי ההלכה שצוטטה לעיל (פ"ה ה"ט),<sup>10</sup> ר' מאיר מחייב נזק שלם ברשות שאינה לשניהם.<sup>11</sup> קודמתה של ההלכה הנזכרת (ה"ח) מציגה מקרה נוסף, דומה לרשות שהיא "לזה ולזה", שאף בו לשיטתה מחייב ר' מאיר נזק שלם:

[כנוס שורך ואני אשמרנו]<sup>12</sup> הזיק פטור הוזק חייב. כנוס שורך ושמרו הוזק חייב<sup>13</sup> הזיק משלם נזק שלם דברי ר' מאיר, וחכמים אומ' על השן ועל הרגל משלם נזק שלם על נגיחה ועל נגיפה על נשיכה ועל רביצה ועל בעיטה מועד משלם נזק שלם ותם משלם חצי נזק.

בניגוד לאלו, במקורות התנאיים מצאנו כנראה שיטה הפוטרת לגמרי נזקי קרן בחצר שאינה לשניהם. כך עולה בברייתא המובאת בבבלי, שייתכן והיא המשכה של ברייתת "רב יהודה בר סימון בנזקין דבי קרנא", שהובאה בנספח ב.<sup>14</sup> ברייתא זו שונה בנזקי קרן בדומה לנזקי שן (מח ע"א): "ת"ש הכניס שורו לחצר בעל הבית שלא ברשות ובא שור ממקום אחר ונגחו פטור ואם הכניס ברשות חייב".<sup>15</sup> לא ניתן להכריע בשאלת ייחוסה של ברייתא זו לשיטות מעין שיטותיהם של ר' מאיר או חכמים.

יש כאן, בקצרה, מגוון שיטות ביחס לדין קרן תמה ברשויות השונות, ובמרכזן מחלוקת חכמים ור' מאיר. מן הצד האחד, דעת חכמים במשנת פרק שני היא כי חיובה של קרן תמה הוא חצי נזק בכל מקרה ומקרה, ואפילו בחצר הניזק. שיטה זו, לפי השערנו, היא על פי ר' אלעזר ור' שמעון, המכירים אומנם גם את השיטה החולקת,

<sup>10</sup> ראו נספח ב, סמוך להערות 20 – 22.

<sup>11</sup> מקור זה חולק כנראה על הלכת ארבעה כללות, ראו ר"י לוי, עמ' 39 בהערה ("תנאי ניהו אליבא דר' מאיר"); וייס, בבא קמא, עמ' 138. ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 15 מציע: "וכנראה שאף כאן המקורות חולקים. אבל אפשר שהנכון כגירסת התוספתא והבבלי, שלא שנו כאן [בהלכת ארבעה כללות. א"ו] "בשם ר' מאיר". אפשרות אחרת, על פי הפרשנות המינימליסטית למחלוקת, המובאת לעיל, הערה 9: ר' מאיר סבור כר' אלעזר ור' שמעון, שר' טרפון וחכמים נחלקו בחצר שאינה לשניהם, והוא מכריע כאן כר' טרפון. פרשנים מסורתיים נטו שלא להרחיב את שיטת ר' מאיר מעבר לרשות הניזק, ונזקקו לפיכך לאוקימתות או לשינויי גרסא, ראו מהרא"פ, עמ' 16, המעמיד בדומה לבבלי: "דמייירי שאינה של שניהם אלא דחד לפירות אבל לשוורים של שניהם"; פני משה על אתר, הגורס: "ברשות" במקום: "שלא ברשות", והרי זו חצר הניזק.

<sup>12</sup> חסר בכת"י וינה.

<sup>13</sup> בדפוס: פטור.

<sup>14</sup> לעיל, נספח ב, סמוך להערה 24.

<sup>15</sup> ייתכן שכך סבור גם הירושלמי, בהתאם לנוסח שלפנינו: "הא אמרה הקרן פטורה בחצר שאינה לשניהן" (לעיל, נספח ב, סמוך להערה 24), אך נוסח זה איננו מיושב כל כך, וייתכן שיש להגיהו (ראו בהערה הנזכרת). סוגיית הבבלי איננה מכירה באפשרות לפטור קרן בחצר שאינה לשניהם, ומעמידה את הברייתא אליבא דר' טרפון: "ברשות הוא לה קרן בחצר הניזק ומשלם נזק שלם, שלא ברשות הוא לה קרן ברה"ר, ולא משלמא אלא חצי נזק". הדוחק בכך הוא בפירוש "פטור" כחייב חצי נזק.

אך כדעת יחיד, דעת ר' טרפון. מן הצד השני, משנת פרק ראשון מחייבת קרן תמה ברשות הניזק בנזק שלם. כשיטה זו סבר ר' מאיר, ולפי כמה מהלכות התוספתא, הוא אף הרחיב את הדברים לרשויות נוספות, כדוגמת רשות שהיא לא לניזק ולא למזיק.

דין קרן, ובפרט לפי שיטת ר' מאיר, משתלב בדין שן ורגל. בשני אלו השיקולים המרכזיים הם שיקולים פנימיים למערכת דיני הנזיקין, ובעיקר: שאלת מידת אחריותו של המזיק לנזק. הצגתם של הדינים הללו יחד במקורות השונים, בהלכת ארבעה כללות ובמקורות האחרים, היא בעלת משמעות, שכן היא מושתתת על קירבה בתפיסה העומדת מאחוריהם. כך הדברים גם במשנת חמשה תמים, הכוללת את "שור המזיק ברשות הניזק" ברשימת המועדים, ומשקפת את התפיסה העקרונית, הרואה מקרה זה כ"מועד", היינו: הטלת אחריות מלאה, בדומה לשן ולרגל, שבשלה משלם נזק שלם מן העליה.<sup>16</sup> אלא, שאין זהות מוחלטת בין קרן לבין שן ורגל – במקרים אחדים החיוב בקרן הוא חיוב חלקי, ואילו בשן ורגל מוטלים חיוב או פטור מלאים.<sup>17</sup> הבדל זה איננו תוצאת פטור חריג בשן ורגל, אלא נובע מאופיים השונה של הנזקים הללו, ולדוגמא: ברשות הרבים אין להטיל אחריות על נזקי שן ורגל, הנעשים בדרך הילוכה של הבהמה,<sup>18</sup> בניגוד לנזקי קרן.

לסיום, ראוי לעמוד על נקודה נוספת. שיטת ר' מאיר משתלבת עם שיטתו, אותה העלנו בדיונו בדין חצי נזק. ר' מאיר משתייך לזרם התנאי, שראה את דין חצי נזק כתשלום הנובע מאחריותו של המזיק לנזק. דהיינו, חיוב המזיק בתשלום במקרה של שור תם מושתת על רשלנותו של בעליו,<sup>19</sup> וזאת בדומה למשטר האחריות המשמש את ר' מאיר בקביעת חובת התשלום וגובהה בהתאם למקום הנזק, כפי שהעלנו בדיונו כאן. בר בבד, מצאנו בדין חצי נזק, כי ר' מאיר שואף להרחיב את האחריות המוטלת על המזיק ככל הניתן, ובשל כך צמצם את הפטור בדרכים שונות.<sup>20</sup> מגמה זו נמשכת גם בנושא דיונו כאן, השפעתן של הרשויות השונות על חיובו של המזיק – ר' מאיר מגביל את חלותו של דין חצי נזק למספר מצומצם של רשויות, ובאחרות מחייב בנזק שלם,

<sup>16</sup> בראשונים מצאנו פירושים הקושרים טעמים לחיוב נזק שלם ברשות הניזק. ראו למשל ר"י מלוניל (עמ' 26 ושם הערה 381), המפרש לשיטת ר' טרפון (ולעניינו – כך הדברים גם אליבא דר' מאיר): "הואיל ושנו את ווסתן בתרי שינויין שאין דרך הקרן להזיק אף ברשות הרבים, וגם עשתה שינוי אחר ליכנס בחצר הניזק, הלכך דין הוא דליקנסיה" (ומעין זה בנימו"י, ה ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה מני ר"ט היא: "וברשות הניזק כיון שהוא כ"כ משונה שהזיק שם נשתנה דינו וחייב נזק שלם").

<sup>17</sup> במידה ונלמד קל וחומר, כפי שלומד ר' טרפון (לעיל, הערה 2), ונשליך את הדברים לרשויות נוספות, בהם חייב בשן ורגל (ראו לעיל, הערה 9), הרי אחת האפשרויות בפנים לא תתקיים: אין אפשרות לחיוב נזק שלם בשן ורגל וחייב חלקי בלבד בקרן. ברם, אין הכרח שר' מאיר הסיק את דינו מקל וחומר כר' טרפון. על כן, לפי הלכת ארבעה כללות (למעט בירושלמי), רשות שהיא "לא לזה ולא לזה" חייב בה על שן ורגל, ובקרן חייב חצי נזק בלבד, בניגוד לרשות המיוחדת לניזק.

<sup>18</sup> בהתאם לגיתוח המוצע לעיל, פרק ה, בעיקר סעיף ה.2.

<sup>19</sup> ראו שער ראשון, פרק ב, סעיף ב.3.

<sup>20</sup> ראו שער ראשון, פרק ג, וראו גם בסיכום השער הנ"ל.

וזאת משיקולים הקובעים את אחריותו של המזיק לנזק ואת מידתה.<sup>21</sup> בפרט, נכונים הדברים ברשות הניזק, שהרי אחריותו של המזיק לנזק רבה יותר. השיטה החולקת איננה רואה את תשלום חצי נזק כנובע מאחריותו של המזיק לנזק. שיטה זו משתלבת עם השיטה שמצאנו כאן, שאיננה מבחינה בין הרשויות השונות לעניין תשלום חצי נזק. בדרך זו נקטו ר' עקיבא וכמה מתלמידיו, ולא בכדי מצאנו את ר' שמעון בין נושאים – כזו היא עמדתו במחלוקות השונות הנוגעות לשאלת אופיו ומהותו של דין חצי נזק, בהן עסקנו בשער הקודם, ומתאימה לה שיטתו בענייננו כאן.

---

<sup>21</sup> לקישור דומה בין עמדתו העקרונית של ר' מאיר בדין חצי נזק לבין שיטתו בעניין שור המזיק ברשות הניזק ראו אלבק, נזיקין, עמ' 119 – 122; הנ"ל, פירושים במסכת בבא קמא, עמ' 21 – 25.



## שער שלישי: חצי נזק צרורות

### מבוא

בדיני הנזיקין נתפס דין צרורות, היינו: נזק הנגרם מכוחו של המזיק ולא באופן ישיר על ידו, כדין ייחודי וחריג. על פי קביעת התלמוד הבבלי (יז ע"ב), דין זה שנוי במחלוקת בין סומכוס, הסובר שמשלם נזק שלם, לחכמים, הסוברים שמשלם חצי נזק, וטעמם, המציב את צרורות במקומו המיוחד בין דיני הנזיקין, הוא: "הלכתא גמירי לה".

בשער זה נראה, כי תפיסה זו היא סופו של תהליך פרשני, שהלך והתגבש במקורות התנאיים, במקורות האמוראיים ובסתם התלמוד הבבלי. נטען, כי תהליך זה כולל מספר שלבים: ברובד הראשוני של משנת התנאים נכללו צרורות במסגרת הרגילה של דיני הנזיקין, וענו לכללים ולהוראות השונים, ככל יתר פרטי דיני הנזיקין. בשלב שני, ברובד תנאי מאוחר, חל שינוי, שהחל לסמן את צרורות כדין חריג העומד בפני עצמו. בשלב שלישי, בתקופת האמוראים בימי רבא, הוגדר האופי המיוחד של דין זה יחד עם עיצובה של מחלוקת סומכוס וחכמים, ונקבע, כי מדובר במושג הלכתי ייחודי, שאין אפשרות לבססו על קטגוריות הלכתיות מוכרות, כי אם על "הלכתא גמירי לה". בשלב רביעי נתקבלה ונתגבשה תפיסה זו על ידי אמוראים מאוחרים וסתם התלמוד הבבלי, והנחתה בפרשנות המקורות התנאיים והאמוראיים השונים, אף שפשטם איננו תואם לכך. במקביל לעיון בסוגיות הבבלי נבחן את סוגיית הירושלמי, ונראה כיצד נתפס בה דין צרורות, וכן נראה מספר פירושי ראשונים, מהם משתקפת עמדה קרובה להבנה הראשונית בדין זה.

המקורות השייכים לסוגיה זו נדונו על ידי חוקרים ופרשנים, וחלקם, כדוגמת ר' ישראל לוי בפירושו לירושלמי, תואמים את השיטה המוצעת כאן בכמה משלבי הדיון. כמה חוקרים הציעו הסבר מפורט לשאלת התפתחות דין צרורות, המקבילה לציר המרכזי במאמר זה, ונדון בדבריהם בהרחבה. שיטה אחת שנבחן הוצעה על ידי אברהם וייס.<sup>1</sup> וייס וחוקרים אחרים קיבלו כמסכמה את העמדה לפיה צרורות מראשיתו היה דין חריג ומיוחד בדינו, בניגוד לעמדה המוצגת כאן. דגש מרכזי ניתן על ידי וייס לתהליך גיבוש מחלוקת סומכוס וחכמים כמחלוקת גורפת בדין צרורות, שהיא לשיטתו תוצר של פרשנות מאוחרת, ייתכן בתר אמוראית. אף בכך שונה עמדתנו, התולה באמורא רבא את המפנה המשמעותי בתפיסת דין צרורות ובהבנת מחלוקת סומכוס וחכמים. שיטה אחרת הציע שמואל אטלס,<sup>2</sup> ושיטתו קרובה לשיטתנו בכך שרואה בדין צרורות תוצאת תהליך, ומבחינה בהבנה ראשונית בדין זה, שאיננה רואה בו דין חריג, אלא חלק מהמערכת הרגילה של דיני הנזיקין.

<sup>1</sup> וייס, בבא קמא, עמ' 203 – 270.

<sup>2</sup> אטלס, להתפתחות הסוגיא.



יחד עם זאת, דברינו כאן שונים הן בהבנה הראשונית של דין צרורות והן בתהליך השינוי גופו, לפרטיו, מניעיו וזמנו, כפי שיבואר בפירוט להלן.

## פרק ז

### גיבושו ופיתוחו של דין צרורות בדברי התנאים, בדברי האמוראים ובתלמודים

#### ז.1. צרורות במסגרת דיני תם ומועד

דין צרורות, היינו: התזת רגבי אדמה ואבנים קטנות ונזק הנגרם באמצעותם, מובא במספר מקורות תנאיים, וראשונה להם המשנה. כפי שנראה, ההסבר הפשוט למשנה ולמקורות תנאיים אחרים, המשתלב עם ההקשר הכללי שבו מופיעה הלכה זו, מציב את צרורות במסגרת דיני תם ומועד.

##### ז.1.1. משנה

המשנה בבבא קמא (בחלק הנוגע לסוגיית צרורות) מחולקת לשני רבדים: גרעין ופירוט. הגרעין מופיע בפרק א, משנה ד, הוא משנת "חמשה תמים וחמשה מועדים", הכוללת לפי פשוטה את חמשת המועדים: "השן מועדת לאכל את הראוי לה, והרגל מועדת לשבור כדרך הילוכה, ושור המועד ושור המזיק ברשות הניזק והאדם", ואת הכלל: "מה בין תם למועד? אלא שהתם משלם חצי נזק ומגופו, ומועד משלם נזק שלם מן העליה".<sup>1</sup> פירוט הדינים השונים של מועדים אלו, השייך ככל הנראה לרובד מאוחר יותר, מופיע בפרק שני:<sup>2</sup>

כיצד הרגל מועדת לשבור כדרך הילוכה... כיצד השן מועדת לאכל את הראוי לה... אי זה הוא תם ואי זה הוא מועד... ושור המזיק ברשות הניזק כיצד... אדם מועד לעולם...

המשנה בפרק השני דנה בכל אחד מהמועדים הנזכרים בפרק ראשון ומפרטת את המקרים בהם חלה הגדרת מועד ומשלם נזק שלם, לעומת מקרים אחרים, בהם משלם חצי נזק בלבד. ההסבר הפשוט למקרים בהם משלם חצי נזק הוא כי באופן זה הבהמה אינה מועדת להזיק, ועל כן דינה כתם, ועל פי משנת פרק ראשון חייב לשלם חצי נזק מגופו. יש להדגיש, כי חיוב חצי נזק איננו משנה את הגדרת המזיק – הוא עודנו מוגדר כשהיה, אלא קיימת בו חלוקה בין תם למועד. כך, לדוגמה, תוגדר בהמה שאכלה כסות וכלים כ"נזקי שן תמה".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> בהגדרת שן, רגל ומזיקים נוספים כ"שור מועד" אין כוונת הדברים לכך שבעל הבהמה הותרה מספר פעמים, כמשמעות המקראית של מועד, אלא כוונת הדברים היא שהבהמה היא כמותרית ועומדת לעשות נזק מסוים. תם, לפי זה, הוא במקרה של נזק חריג שאינו שכיח, בו אשמת הבעלים פחותה.

<sup>2</sup> על מבנה המשנה כגרעין ופירוט עמדו כבר הראשונים, ראו לדוגמה מאירי, ראש פרק שני, עמ' 54, ור"י, המובא בתוד"ה הבהמה. ראו גם וייס, בבא קמא, עמ' 183, וכן גולדברג, תוספתא, עמ' 21 ("כעין 'תוספתא' למשנה הכללית שקדמה לה"). הלבני, בבא קמא, עמ' סא, מבאר את היחס בין המשניות בצורה שונה, ולשיטתו פרק א ופרק ב מורכבים משני מקורות שונים, שהורכבו על ידי מסדר המשנה, כשהאחד כללי והשני כולל גם פרטים. מכל מקום, גם לשיטתו התוצאה היא שלפנינו רובד כללי ורובד מפרט. על היחס בין רבדי המשנה ראו גם לעיל, שער שני, נספח ג, ושם, הערה 3.

<sup>3</sup> אך אין זה ההסבר המקובל בין הפרשנים ובמחקר, ראו להלן בפנים, ובפרט הערה 97.

יש לציין, בהקשר לדיונונו בשער הקודם, כי הרחבת הלכות תם ומועד לאבות נזק נוספים, מלבד קרן, אפשרית על בסיס התפיסה שאיננה רואה בדין חצי נזק דין חריג במובן שאחריו אנו תרים בעבודה זו,<sup>4</sup> אלא הלכה שמקורה הוא שיקולים פנימיים למערכת זו. שיקולים אלו רלוונטיים גם לאבות נזק נוספים, ובשל כך ניתן להחיל את ההלכה גם ביחס אליהם, כפי שאנו רואים במשניות פרק שני. בנוסף, הרחבה זו נכונה לפי הזרם התנאי מבית מדרשו של ר' עקיבא,<sup>5</sup> שאיננו מטיל אחריות על המזיק, ורואה בדין חצי נזק השתתפות של הצדדים בתוצאות הנזק. ומכאן, אף ביחס לשן ורגל, כאשר המזיק איננו אחראי לנזק, ניתן להשתמש בעקרון חלוקת הנזק שמקורו בהלכת שור תם. לפי הזרם החולק, שמייצגו הבולט הוא ר' מאיר, מצאנו מגמה המצמצמת את הלכת חצי נזק גם ביחס לשור נוגח,<sup>6</sup> וקשה לפיכך לייחס לו את ההלכה המרחיבה את דין שור תם גם לשן ורגל. ואכן, בדיונונו בפטור שן ורגל ברשות הרבים ראינו, כי הרובד התנאי שבמשנת פרק שני, אליו שייכת התפיסה המרחיבה את דיני תם, משקף שיטות החולקות על ר' מאיר.<sup>7</sup> כפי שהעלנו שם, ביחס לשור המזיק ברשות הניזק נוקט ר' מאיר בעמדה המחייבת נזק שלם, ואיננה מכירה מחלוקת כלשהי בעניין זה, בהתאם לעולה מפשטה של משנת חמישה תמים ובניגוד למשנת פרק שני. ומכאן לעניינו, כשם שאין חולק ואין חילוק בחבותו של שור המזיק ברשות הניזק, כך לדירו אין חילוק בחבותו של המזיק בנזקי שן ורגל.<sup>8</sup>

נשוב לדין צרורות. נדון כעת ביתר פירוט במשנה הראשונה, העוסקת ברגל:

כיצד הרגל מועדת לשבר כדרך הילוכה?<sup>9</sup>

<sup>4</sup> ראו מבוא, סעיף 2.2.

<sup>5</sup> לעיל, שער ראשון, פרק ב.

<sup>6</sup> הן מבחינת גובה התשלום, ראו שער ראשון, פרק ג, סעיפים ג.6; ג.7, והן מבחינת הרשויות בהן מתחייב בחצי נזק, ראו שער שני, נספח ג.

<sup>7</sup> ראו שער שני, נספח ג.

<sup>8</sup> בעניין הזיקה בין שיטת ר' מאיר בדין שור המזיק ברשות הניזק לתפיסתו בדין חצי נזק, נגענו בקצרה בשער הראשון, פרק ג, סמוך להערות 64 – 66, ובשער השני, נספח ג, סמוך להערות 19 – 21. לאור דברינו כאן, ר' מאיר איננו מקבל את ההרחבה הפרשנית שבמשנת פרק שני, המסיקה מ"דרך הילוכה" ו"כראוי" שישנם מקרים שאינם כראוי ואינם בדרך הילוכה, עליהם משלם חצי נזק (השוו הברייתא המובאת בבבלי, י"ט ע"ב). תפיסה זו היא פשטה של משנת חמשה תמים: התמים הם אב הנזק קרן ותולדותיו, ואילו המועדים הם אבות הנזק האחרים.

<sup>9</sup> פירוש המשפט כמשפט שאלה מסתמך על ראייתו כמבוסס על הדין הנזכר בפרק א (ולמעשה כציטוט של דין זה), לגביו נשאלה השאלה: "כיצד?" (בהתאם למבנה הפרק כולו). דרך זו היא כדרכו של ר"י בתוד"ה הבהמה, יז ע"א, והוא גורס בהמשך המשנה "הבהמה מועדת" (כך גם בכתבי יד של המשנה, בקטע גניזה קיימברידג' T-S NS 329, 52, במשניות הבבלי ובדפוסים). גרסה אחרת, בה דנו הראשונים (ראה בתוספות הנ"ל וברשב"א על אתר), היא כגרסת כת"י קיפמן המצוטט בפנים: "והבהמה". לגרסה זו, לדעת הראשונים הנ"ל, "לשבר בדרך הילוכה" הוא תשובה לשאלת "כיצד הרגל מועדת?", כשלכך מוסיפה המשנה פרטים נוספים – "והבהמה...". גם לגרסה זו יש לראות את משנת פרק שני כפירוט למשנת פרק ראשון (ראו בראשונים הנזכרים, וכן ראו במאירי, המבאר בראש דבריו את פ"ב כפירוש לפ"א, ובהמשך גורס ומפרש כדרך האחרונה). יש להעיר עוד, כי גם אם נגרוס בוי"ו, עדיין ייתכן שאין הכוונה לוי"ו החיבור, אלא לוי"ו הפתיחה או וי"ו הפירוש, המצויה בשימושים אלו במשנה, ובפרט בכת"י קיפמן (המרבח להשתמש בוי"ו בכל שימושיה השונים). ראו על כך אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1050 – 1110. לפי זה, ניתן יהיה לפרש את המשפט כולו

והבהמה מועדת להלך כדרכה ולשבר.

היתה מבעטת או שהיו צרורות מנתזים מתחת רגליה, ושיברה את הכלים, משלם חצי נזק.

דרסה על הכלי ושברתו, ונפל על כלי אחר ושברו, על הראשון משלם נזק<sup>10</sup> ועל האחרון משלם חצי נזק.

התרנגולים מועדים להלך כדרכן ולשבר. היה דלי<sup>11</sup> קשור ברגלו או שהיה מחדס<sup>12</sup> ושיבר את הכלים, משלם חצי נזק.

המשנה, כאמור, דנה בהגדרת הרגל כמועדת, ולפיה הרגל מועדת להלך כדרכה ולשבר, אך אינה מועדת לנזקים שאינם כאלו. על כן, לבעיטה ולהתזת צרורות אינה מועדת, ומשלם חצי נזק כדין תם. המכנה המשותף לבעיטה ולצרורות הוא בכך שנעשים על ידי הרגל, ועל כן מוגדרים כנזקי רגל, אך אין זו רגל מועדת אלא תמה.<sup>13</sup>

המקרה השני הנזכר במשנה מורכב משני חלקים: החלק הראשון הוא שבירת כלי עליו דרסה הבהמה, כשדינו הוא שמשלם נזק שלם, מכיוון שאין זה דבר חריג ומועדת לשבור על ידי דריסה. החלק השני הוא שבירת כלי באמצעות שבר הניתז מהכלי עליו דרסה הבהמה, וכאן משלם חצי נזק, משום שהתזת שבר כלי ופגיעה מדויקת שלו בכלי שני בעוצמה מספקת לשבורו איננה מצויה, ועל כן דינה כתם.

דיני תרנגולים מקבילים לדיני בהמה: התרנגולים מועדים להלך כדרכם ולשבר, אך אינם מועדים להזיק באמצעות דליל או באמצעות הידוס,<sup>14</sup> ועל כן משלם חצי נזק.

---

("כיצד... הלוכה") כמשפט שאלה, וכך פסקנו את המשנה המצוטטת בפנים. כך נקט גם מ' אור בהצגת משנתנו, ראו אור, כיצד, עמ' 23.

<sup>10</sup> נוסף בגליון: "שלם".

<sup>11</sup> רש"י: "כל דבר הנקשר ברגל התרנגול קרי דליל, ואית דגרסי דלי". רמב"ם, פיה"מ, עמ' י: "ופירוש דליל, רצועה, כלומר: שהיה דבר קשור ברגלה". הגרסא דלי מופיעה, מלבד בכת"י קויפמן המצוטט בפנים, גם בכת"י פרמה ובדפוס נפולי של המשנה, וכן בכתבי היד המבורג, מינכן ווטיקן של הבבלי. הגרסא דליל מופיעה בכתבי היד הבאים של המשנה: הוצאת לו, פרמה ב, ברלין, בר"מ, פריס, וכן בקטע גניזה קיימברידג' T-S E1, 99. כמו כן, היא מופיעה בכתב יד פירנצה ובדפוס הבבלי וכן בכתב יד לידן של הירושלמי.  
<sup>12</sup> רש"י: "מהדס: מרקד" ("מהדס" בכתב יד פרמה, במשנת כת"י לידן של הירושלמי, בכת"י פאריס ובדפוס נפולי. כך גם בכתבי היד ובדפוסים של הבבלי. בכת"י פרמה ב של המשנה: "מהדס" רמב"ם, פיה"מ (שם): "ומחדס, שחופר ברגלו בארץ" ("מחדס" גם בכתבי היד ברלין ובר"מ. בכת"י הוצאת לו: "מחדס").

<sup>13</sup> הכללת בעיטה בין נזקי רגל בעייתית, משום שבפרק א הוזכרה בעיטה יחד עם "חמשה תמין" (היינו: בנפרד מרגל). רש"י וראשונים אחרים מפרשים (בהשפעת סוגיות הבבלי, ראו למשל ב"ע"ב), כי בעיטה היא תולדה דקדן, וזאת משום שכוונתה להזיק (ראו רש"י, ב"ב, ד"ה בעיטה; יז ע"א, ד"ה היתה מבעטת). וייס, בבא קמא, עמ' 211 ועמ' 223, מקבל הגדרת בעיטה כקדן, ומבאר את "מבעטת" במשנת פרק ב כמקרה אחר – "מבעטת צרורות" (אך זוהי אוקימתא שאיננה מפורשת). בדרך אחרת ניתן לומר, כי "חמשה תמין" נשנו יחד במטרה סגנונית, לשם כימות והשוואת התמים והמועדים, וזה גם הטעם לכך שנשנו נגיחה ונגיפה, למרות הדמיון ביניהן. לפי זה, אין להסיק מכך שבמשנת פרק א נשנית בעיטה יחד עם תמים אחרים, והעיקר הוא כמשנת פרק ב, הכוללת את בעיטה בנזקי רגל.

<sup>14</sup> לפירוש דליל והידוס ראו לעיל, הערות 11 – 12. לפי פירושנו כאן, אין צורך להעמיד בהידוס והתזו, בניגוד לרש"י על אתר בהשפעת דין צרורות, וראו את שתי אפשרויות הפירוש הללו אצל ר' ישראל לוי, עמ' כד.

לסיכום, במשנה נדון נזק "רגיל" שנעשה ברגל הבהמה, ועליו משלם נזק שלם כמועד, וכמו כן מובאים מספר דינים, בהם גרימת הנזק היא מקרה חריג, ודין הבהמה הוא כדין תם. בין מקרים אלו מצאנו התזת צרורות, שבר כלי השובר במעופו כלי אחר, בעיטה, הידוס תרנגולים ונזקי דליל הקשור לרגל התרנגול. דין צרורות איננו, לפי זה, דין מיוחד, המאפיין סוג נזק מסוים, אלא אחד ממספר פרטים, שהמשותף להם הוא בכך שהבהמה אינה מועדת לעשותם.

### ז.1.2.1. תוספתא

התוספתא בפרק א מרחיבה ומפרטת דינים הנזכרים במשנה, וכן מוסיפה גורמים ומרכיבים שלא נזכרו בה. כך, למשל, התוספתא עוסקת בהבדלי הדינים בין הרשויות השונות (רשות הרבים ורשות הניזק),<sup>15</sup> וכן מוסיפה מספר מקרים בהם משלם נזק שלם. את דין התזת צרורות מביאה התוספתא סמוך לדיני תם (פ"א ה"ה, עמ' 2 – (3):

הבהמה אינה מועדת לא ליגח ולא ליגוף... על כולן משלמת חצי נזק בין ברשות היחיד ובין ברשות הרבים. בהמה שהיתה מהלכת כדרכה, בין ברשות היחיד ובין ברשות הרבים, ונתזו צרורות מתחת רגליה ונפלו על הכלי ושוברתו, משלמת חצי נזק.

סמיכותה של הלכת בהמה המתזת צרורות לדיני שור תם מסייעת להבנה, לפיה חיוב בהמה המתזת צרורות הוא מטעם זה בדיוק.<sup>16</sup>

הלכה חשובה לדיוננו היא הלכה ח (שם, עמ' 4):

בהמה מועדת לילך כדרכה ולשבר, למעך את האדם ואת הפירות ואת הכלים. בין שהזיקה ברגלה כדרך הילוכה, ובגופה כדרך הילוכה, חמור במשוי שעליו כדרך הילוכה. סימכוס אומ' חזיר שהיה נוביר והזיק בחוטמו, משלם נזק שלם.

מקרים אלו מרחיבים את הדין הנזכר במשנה: "הבהמה מועדת להלך כדרכה ולשבר". משמעות הדבר היא כי חיוב הבהמה איננו רק על נזקים הנעשים באמצעות רגלה של הבהמה בדרך הילוכה, אלא גם על נזקים הנעשים באמצעות גופה או באמצעות דברים המוצמדים לגופה (כמשוי). בהקשר זה יש לראות גם את דברי סומכוס, המוסיף למקרים בהם מועדת הבהמה את "חזיר שהיה נוביר והזיק בחוטמו משלם נזק שלם". לדעת סומכוס, נזק בחוטמו של חזיר נובר מקביל לנזקי בהמה תוך כדי הילוכה כדרכה (כמו: "בגופה דרך הילוכה"), ועל כן

<sup>15</sup> פ"א ה"ה – ה"ו, וראו גם פ"א ה"ג – ה"ד.

<sup>16</sup> הסבר אחר מציע גולדברג, תוספתא, עמ' 13 – 14 ועמ' 44 – 45, ולפיו התוספתא צירפה כאן שני דינים בעלי צד משותף ("בלשון או בעניין"), והוא תשלום חצי נזק. הסבר אפשרי נוסף הוא שהחוט המקשר בין ההלכות השונות הוא דיני הנזקים ברשויות השונות.

משלם נזק שלם כדין מועד. במידה וחכמים חולקים על סומכוס, דעתם תהיה, כי חזיר איננו מועד להזיק בחוטמו תוך כדי נבירה, ומשלם חצי נזק כדין תם.<sup>17</sup>

הלכות נוספות הנוגעות לענייננו מופיעות בהמשך התוספתא (פ"ב ה"א, עמ' 5):

1. תרנגולין שהידסו את העיסה, ואת הפירות, או שניקרו, משלמין חצי נזק. הידסו עפר על גבי עיסה ועל גבי פירות, משלמין נזק שלם,

2. היו מחטחטין בחבלו של דלי, נפל ונשבר משלם נזק שלם. נפל ונשבר ושיבר כלי אחר, על הראשון משלמין נזק שלם ועל האחרון משלמין חצי נזק.

3. תרנגולין שירדו לגינה ושיברו את החליפין, וקיטמו את הירק, משלמין נזק שלם. סימכוס או' על הקיטום נזק שלם, ועל השיבור חצי נזק.

4. תרנגול שהיה פורח ממקום למקום והזיק בגופו, משלם נזק שלם. ברוח שבכנפיו, חצי נזק. סימכוס אומ' נזק שלם.

מפרשי התוספתא, ישנים וחדשים, התקשו בהבנת ההלכה הראשונה בתוספתא, בעיקר בשל קבלת דין צרורות כהבנתו בבבלי. בשל כך הפכו המפרשים את הגרסה, והתאימו אותה לגרסת הברייתא המופיעה בתלמוד הבבלי ובתלמוד הירושלמי, היינו: ברישא נזק שלם ובסיפא חצי נזק.<sup>18</sup> דא עקא, ששינוי זה נוגד את כל כתבי היד והדפוסים של התוספתא המצויים לפנינו,<sup>19</sup> והוא נובע מהבנה מאוחרת של המקורות, שאיננה בהכרח ההבנה המקורית.

נראה, לפיכך, כי יש לפרש את התוספתא בלא לשנות מנוסחתה, וזאת בהתאם לדרכנו לעיל בפירוש המשנה. על פי התוספתא, תרנגולים שהידסו את העיסה או את הפירות, היינו: שחפרו ברגליהם בעיסה ובפירות או שהרקידו והקפיצו את העיסה ואת הפירות ממקום למקום,<sup>20</sup> משלמים חצי נזק, כדין תם, שאיננו מועד לדבר. בדומה לכך, אף על ניקור משלמים חצי נזק מכוח תם, וכאן צריך לומר שמדובר בניקור פירות שאין רגילות

<sup>17</sup> על העדר זיקה בין מחלוקת זו לצרורות ראו גולדברג, תוספתא, עמ' 49. לאור הלכה זו תמוהה קביעתו של גולדברג (שם, עמ' 57), ש"סומכוס הוא המקל בתשלום בכל מקום שיש שאלה של שינוי".

<sup>18</sup> ראו חסדי דוד (בדפוס וילנא ובחסדי דוד השלם) ומפרשי התוספתא הנוספים המובאים בדפוס וילנא (למעט מנחת בכורים, הגורס נזק שלם ברישא ובסיפא). כן ראו עטרת יצחק, עמ' יד – טו; חזון יחזקאל, עמ' 14; הגיין אריה, עמ' ו; ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 16; גולדברג, תוספתא, עמ' 56.

<sup>19</sup> ליברמן וגולדברג, שם. נוסח התוספתא שלפנינו מסתייע גם מכתב יד פירנצה של הבבלי. בבבלי מובאת ברייתא זו במספר שינויים, בהם נדון בהרחבה להלן בפנים. אולם בכתב יד פירנצה מובאת הסיפא של הברייתא כנוסח התוספתא ("העלו עפר או צרורות משלמין נזק שלם"). ורק בגליון ובין השורות תוקן והותאם לנוסח שלפנינו, ראו להלן, הערה 33 (וראו בהערות שם שינויים נוספים בכתב יד זה, חלקם רומזים אף הם לנוסח הראשוני שבתוספתא, ראו הערה 29).

<sup>20</sup> בהתאם לפירוש "הידוס", לעיל הערה 12, וראו אפשרויות הפירוש הללו במפרשי התוספתא הנזכרים לעיל, הערה 18.

בדרך כלל לנקרם.<sup>21</sup> לעומת זאת, כאשר הידסו עפר על גבי עיסה ופירות, היינו: העלו עפר ברגליהם (תוך כדי ריצתם או חפירתם בקרקע) משלמים נזק שלם, כדין מועד לדבר, וזאת משום שבמהלכם של התרנגולים באופן טבעי מועלה עפר.<sup>22</sup>

בדרך זו מוסברים גם החלקים הבאים בתוספתא: ההלכה השנייה דומה לדין בהמה ("דרסה על הכלי... ונפל על כלי"), ולפיה חיטוט בחבל דלי הוא דבר רגיל, וכן מצוי שישבר הדלי כתוצאה מכך, אך שיבור כלי אחר הוא דבר שאיננו מצוי. בהלכות השלישית והרביעית מובאות שתי מחלוקות בין סומכוס לחכמים. "שיבור חליפין" לאחר נפילה לגינה, לדעת חכמים הוא מעשה שאיננו חריג והתרנגולים מועדים לכך ומשלמים נזק שלם, ולדעת סומכוס אינם מועדים, ומשלמים חצי נזק.<sup>23</sup> דעות שונות מופיעות ביחס לשבירת כלים באמצעות רוח הכנפיים: לדעת סומכוס מועדים, ולדעת חכמים אינם מועדים. למקרים אלו מכנה משותף, והוא שאלת המועדות, שהיא הציר המאחד את ההלכות הללו, אך אין להקיש מהאחד לשני, ובהחלט ייתכן שבמקרה אחד יסבור סומכוס שהמזיק מועד לכך ובמקרה אחר יסבור שאיננו מועד לכך, בניגוד לדעת חכמים. בשל כך, למשל, סבור סומכוס שחזיר שהזיק בחוטמו משלם נזק שלם, בניגוד לסברתו, שעל שיבור החליפין על ידי תרנגול משלם חצי נזק.

נסכם ונאמר, כי אף התוספתא מתבארת בדרך בה התבארה המשנה, היינו בחלוקה בין מועד המשלם נזק שלם לתם המשלם חצי נזק, כאשר מועד לדבר מסוים תלוי בשאלה האם הדבר חריג או לא. העולה מהתוספתא בפרטי הדברים הוא הרחבת דין רגל לכל נזק הנגרם בדרך הילוכה של הבהמה (בגופה, במשוי), וכמו כן דיון ברכיבים נוספים שאינם מצויים במשנה ביחס לנזקי תרנגולים. לגבי חלק מהמקרים הנדונים נחלקו הדעות:

<sup>21</sup> ניקור פירות על ידי ציפורים הוא דבר מצוי, ראו תוספתא תרומות, פ"ז ה"ז; ירושלמי מעשרות, פ"א ה"ב, מח ע"ד. אף תרנגולים מתאפיינים בניקור, בפרט ניקור עיסה, ראו למשל: טהרות פ"ג מ"ח; קידושין פ ע"א – ע"ב. צריך לפיכך לומר, שהתוספתא עוסקת בסוג פירות שאין רגילות לנקרם. אני מודע לכך שיש דוחק בפירוש המוצע בנקודה זו, אך יתרונו הניכר הוא בקיומה של הגרסה המקורית בתוספתא. לצד זאת, אף אם תועדף החלפת הגרסה, ניתן לפרש את הדברים כחלוקה בין דבר שרגיל לעשותו לדבר שאין רגילות לעשותו, בלא להזדקק לדין מיוחד בצורות (וכך פירש ר' ישראל לוי את הברייתא שבירושלמי, עמ' כד ובהערה, שם).

<sup>22</sup> לא נכנסנו בדיונו בהלכות התוספתא לשאלת היחס בינן לבין המשנה, שאיננה נוגעת ישירות לענייננו (ראו על נושא זה מבוא, סמוך להערות 50 – 52. שאלה זו משמעותית בדיונו בדין שן ברשות הרבים, ראו שער שני, פרק ה, סעיף ה.2). בדברינו השתמשנו לפיכך בטרימינולוגיה המקובלת, דהיינו: התוספתא כמפרשת את המשנה. נעיר רק, כי ביחס להלכת הידוס אין נראה שהתוספתא מרחיבה או מפרשת את ההלכה שבמשנה ("הסבה ספרותית" בלשונו של פרידמן, תוספתא עתיקתא, עמ' 10), אלא מציגה הלכה מקבילה לזו שבמשנה ("מהדס ומשבר את הכלים משלם חצי נזק"). באשר ליחס בין ההלכות הללו, אפשרות אחת היא כי המשנה והתוספתא עוסקות במקרים שונים, אך יש מקום להציע גם פירוש אחר: החלוקה שבתוספתא בין "הידסו את העיסה", שמשלם חצי נזק, ל"הידסו עפר על גבי עיסה", שמשלם נזק שלם, בייחוד על פי ביאורנו, מקבילה למבנה המוצע בברייתא בבבלי: "הידסו אינו מועד ויש אומרים הרי זה מועד" (ראה על אודות ברייתא זו להלן). ייתכן לפיכך, שיש לפנינו ביאור של התוספתא למחלוקת זו, מעין "מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי", כשהמשנה מציגה רק את הדעה האחת, הסוברת ש"הידסו אינו מועד". לפי זה, יש מקום לומר שהתוספתא כאן משקפת מקור קדום מהמשנה (כמסקנותיו של פרידמן ביחס לתוספתא פסחים, שם עמ' 46 – 49 ועוד, וכפי שהסקנו בעניין שן ברשות הרבים, ראו שער שני, שם).

<sup>23</sup> כך פירשו את מחלוקתם המפרשים במקום (אך לא בחלוקה בין תם למועד, אלא בחלוקה בין נזק כדרכו, אורחיה, לנזק משונה, לאו אורחיה), ראו במקורות שצוינו לעיל, הערה 18.

במקרה של חזיר נובר שהזיק בחוטמו, טוען סומכוס שמשלם נזק שלם (ולת"ק, ייתכן, חצי נזק), לגבי תרנגולים ששיברו את החליפין, טוען סומכוס שמשלמים חצי נזק (ת"ק – נזק שלם), ולגבי תרנגול שהזיק ברוח שבכנפיו טוען סומכוס שמשלם נזק שלם (ולת"ק – חצי נזק). מחלוקות אלו עוסקות במקרים שונים, שאין ביניהם זיקה מלבד שאלת המועדות, ואין להסיק ממחלוקת אחת לחברתה. על כן, לדוגמה, סומכוס חולק על תרנגול שהזיק ברוח שבכנפיו, אך לא מצאנו בתוספתא מחלוקת לגבי תרנגול שהעלה עפר על גבי עיסה. המכנה המשותף היחיד למחלוקות אלו הוא השאלה, האם נזק זה צפוי הוא, והמזיק מועד לכך, או לא, כאשר בחלק מהמקרים סומכוס מאפיין את המזיק כמועד ובחלק מן המקרים ת"ק הוא שמאפיין את המזיק כמועד.

### 1.3.1. מקורות תנאיים בתלמוד הבבלי

מספר מקורות בבבלי (ללא הפרשנות התלמודית שניתנה להם) ממשיכים את מגמת פשטות המשנה והתוספתא, היינו חלוקת הדינים השונים למועדים וללא מועדים, לדוגמה:

הידוס אינו מועד ויש אומרים הרי זה מועד (יז ע"ב).

הבבלי התקשה בהסבר ברייתא זו, והציע לה מספר פתרונות אפשריים (יז ע"ב, יח ע"א, יח ע"ב), וזאת לאור תפישתו ב"צורות", כפי שיובא להלן. על פי דברינו כאן, מתבארת הברייתא באופן הפשוט ביותר: נקודת המחלוקת היחידה היא האם תרנגול מועד להדס ומשלם נזק שלם, או שמא אינו מועד לכך ומשלם חצי נזק. בהתאם לכך גם אין צורך באוקימתא של הבבלי, המעמיד בהידוס והתז.<sup>24</sup>

באופן זה ניתן להסביר גם את מחלוקת התנאים לגבי כלב שנטל חררה והדליק את הגדיש (פ"ב מ"ג). על פי המשנה, בעל הכלב משלם חצי נזק על הגדיש, ובניגוד לכך סובר ר' אלעזר בברייתא,<sup>25</sup> שמשלם נזק שלם. על פי הסברנו, המחלוקת היא בשאלת מועדות להדלקת הגדיש, כשלדעת התנא במשנה משלם חצי נזק מגופו כדין תם, ואילו לדעת ר"א משלם נזק שלם מן העליה כדין מועד. הברייתא המובאת בבבלי על סוגיה זו, "משלם חצי נזק מגופו", היא לשיטת התנא במשנה בלבד.

<sup>24</sup> כך ביאר ר' ישראל לוי, עמ' כה בהערה, וראו גם אלבק, נזיקין, עמ' 137 (אך בהתבסס על ההבחנה בין קרן "משונה" לרגל, ולא בין רגל תמה לרגל מועדת).

<sup>25</sup> ראו יח ע"א בדיון בסוגיית כלב שנטל חררה: "לר' אלעזר נזק שלם מגופיה מי אשכחן". דעת ר"א לא הובאה כציטוט מברייתא, אך מסתבר שהגמרא הסתמכה על ברייתא שהיתה ידועה לה, וכן ביארו הראשונים במקום.



## 2.ז. תהליך התפתחות "צורות" כלי כללי וכמחלוקת תנאים, כפי שמסתמן במקורות תנאים

### בתלמוד הבבלי

בתלמוד הבבלי (יז ע"ב) מובאות מספר ברייתות, המשקפות שלב נוסף בהתפתחות דין צורות,<sup>26</sup> שעיקרו גיבוש מחלוקת בין סומכוס לחכמים במספר מקרים בעלי מכה משותף, ובכולם סוברים חכמים שמשלם חצי נזק, וסומכוס סובר שמשלם נזק שלם. תהליך זה עדיין איננו שלם בברייתות אלו, וסיומו הוא בפרשנות התלמודית להן, שנעשתה לאחר הגדרת דין צורות בימי האמוראים. להלן ציטוט ברייתות אלו:

1. תנו רבנן: בהמה<sup>27</sup> מועדת להלך כדרכה ולשבר, כיצד? בהמה שנכנסה לחצר הניזק, והזיקה בגופה דרך הלוכה, ובשערה דרך הלוכה, באוכף<sup>28</sup> שעליה, ובשליף שעליה, ובפרומביא שבפיה, ובזוג שבצוארה, וחמור במשאו משלם נזק שלם; סומכוס אומר: צורות,<sup>29</sup> וחזיר שהיה נזק באשפה והזיק<sup>30</sup> משלם נזק שלם.

2. תרנגולין שהיו מפריחין ממקום למקום ושברו כלים בכנפיהן משלם נזק שלם, ברוח שבכנפיהן משלמין חצי נזק; סומכוס אומר: <sup>31</sup>נזק שלם.<sup>32</sup>

3. תניא אידך: תרנגולין שהיו מהדסין ע"ג עיסה ועל גבי פירות וטינפו או ניקרו משלם נזק שלם, העלו עפר או צורות משלמין חצי נזק; סומכוס אומר: <sup>33</sup>נזק שלם.

4. תניא אידך: תרנגול שהיה מפריח ממקום למקום, ויצתה רוח מתחת כנפיו ושיברה את הכלים משלם חצי נזק.<sup>34</sup>

---

<sup>26</sup> זהו תהליך מצוי ברייתות הבבלי, המפותחות יותר מאשר מקבילותיהם שבמקורות תנאים אחרים, ופעמים רבות בהשפעת התלמוד הבבלי. ראו על כך פרידמן, הברייתות בתלמוד. תופעה דומה מצאנו גם בסוגיות אחרות בדיונו, ראו למשל שער ראשון, פרק ג, הערה 3; שער שני, פרק א, הערה 32; שער רביעי, פרק ט, הערה 47; שער חמישי, פרק י, הערה 41; מבוא, הערה 54. יש להדגיש, כי בסוגיית צורות ברייתות הבבלי משקפות שלב ביניים, ואינן משקפות את שלב ההתפתחות הסופי אותו אנו מוצאים בתלמוד, ראו להלן בפנים.

<sup>27</sup> בכתבי היד המבורג, מינכן, פירנצה וטיקן: "הבהמה", קרוב יותר לנוסח המשנה.

<sup>28</sup> בקטע גניזה קיימברידג' T-S NS 329, 52: "באיכוף". בקטע קיימברידג' T-S NS 329, 970: "באוכיף".

<sup>29</sup> "צורות" חסר בכת"י פירנצה, ושם: "חזיר". "חזיר" בלא ויו החיבור גם בכת"י מינכן, וייתכן שאף נוסח זה רומז לכך ש"צורות" לא היה חלק מהנוסח הראשוני, ראו דיונו להלן בפנים בהשוואה לנוסח התוספתא.

<sup>30</sup> בכת"י וטיקן: "והתיד" במקום "והזיק", ככל הנראה בטעות, ובהשפעת תיקון הבבלי שיובא להלן (אך בכת"י זה בדיון הבבלי בהמשך שנוי: "הזיק פשיטה", כנוסח הנפוץ של הברייתא).

<sup>31</sup> בכת"י המבורג נוסף: "משלמין".

<sup>32</sup> הקטע "ברוח... סומכוס... שלם" חסר בכת"י פירנצה. החלק הראשון של קטע זה, "ברוח שבכנפיה" משלם חצי נזק", הושלם בגליון.

<sup>33</sup> בכת"י פירנצה: "העלו עפר או צורות משלמין נזק שלם", ותוקן (מעל השורה ובגליון): "משלמין חצי נזק, סומכוס אומר נזק שלם".

<sup>34</sup> "ממקום למקום" חסר בכת"י המבורג. בהמשך, בכת"י וטיקן, במקום: "ויצתה... משלם": ושיברו את הכלים ברוח שבכנפיהן, משלמין.

הברייתא השנייה מקבילה לתוספתא (פ"ב ה"א), ובה נחלקו סומכוס וחכמים (ת"ק) לגבי נזק באמצעות רוח כנפי התרנגול: לדעת חכמים משלם חצי נזק, ולדעת סומכוס משלם נזק שלם. הברייתא השלישית, העוסקת בתרנגולים שהידסו, דומה לברייתא בתוספתא (שם), אך יש בה כמה שינויים מהותיים: הברייתא בבבלי נשנתה בהפך מהתוספתא, היינו על הידוס משלם נזק שלם ועל העלאת עפר משלם חצי נזק,<sup>35</sup> יחד עם העלאת עפר נוסף השימוש במונח "צרורות", ולבסוף, נוספה בבבלי מחלוקת בין סומכוס לחכמים, כשסומכוס מובא כמי שסובר שכשהעלו עפר וצרורות משלם נזק שלם, דעה שהובאה כסתם התוספתא. ייתכן, כי ברייתא זו הושפעה מהברייתא הקודמת לה, לפיה סובר סומכוס שמשלם נזק שלם על נזק הנגרם באמצעות רוח כנפי התרנגול. שוני (תנאי) הברייתא השלישית דימו בין המקרים, והניחו שגם בהעלאת עפר או צרורות ישנה מחלוקת דומה, וסומכוס מחייב בנזק שלם, ועל כן מן ההכרח לשנות בשיטת חכמים תשלום חצי נזק ובשיטת סומכוס נזק שלם. השינוי שחל בברייתא זו בין התוספתא לבבלי משקף תהליך של הרחבת מחלוקת סומכוס וחכמים, ייתכן בעקבות השלכה מהמחלוקת הנקודתית ברוח כנפיים למקרים אחרים, שהמשותף להם הוא נזק הנגרם באופן עקיף, לא ישירות על ידי גוף המזיק. תהליך דומה ייתכן שקיים גם בברייתא הראשונה המובאת בבבלי. לברייתא זו נוסף בדעת סומכוס: "צרורות",<sup>36</sup> וחזיר שהיה נובר באשפה והזיק משלם נזק שלם, לעומת התוספתא בה מוזכר רק חזיר שהיה נובר. אומנם, תשלום נזק שלם בחזיר נובר איננו מתאים לתשלום נזק שלם בצרורות (כלומר: חזיר נובר איננו נזק חיצוני לגופה), וקישורו לדין צרורות יעשה מאוחר יותר, על ידי סתם התלמוד, אך עצם הוספת דין צרורות בדברי סומכוס משתלבת אף היא עם התהליך, בו מעוצבת ומגובשת מחלוקת סומכוס וחכמים כמחלוקת רחבה, הכוללת כמה פרטים, המתאימים זה לזה, ולהם מכנה משותף.<sup>37</sup> המשכו של תהליך זה יחתום את הפיכת המחלוקת ממחלוקת נקודתית למחלוקת כללית, והמכנה המשותף יוגדר.

ניתן לסכם ולומר, כי מקצת מהמקורות התנאיים בבבלי מרחיבים את מחלוקת סומכוס וחכמים, כך שהיא כוללת מספר מקרים (שרק חלקם הופיעו בתוספתא, ובאחד מהם הדעות בבבלי הפוכות, ומתאימות למגמה הכללית בשיטת חכמים וסומכוס): צרורות (ברייתא א); תרנגולים שהזיקו ברוח שבכנפיהם (ברייתא ב); תרנגולים שהעלו עפר או צרורות (ברייתא ג). בכל המקרים הללו סוברים חכמים, כי משלם חצי נזק, ואילו

<sup>35</sup> התוספתא, לפי הנוסח שלפנינו, שונה בהידוס חצי נזק ובהעלאת עפר נזק שלם. יש שביקשו לשנות את נוסח התוספתא ולהתאימו לבבלי (ראו לעיל הערה 18), אך גם לדידם השינויים האחרים בין המקורות, שיווכרו להלן בפנים, במקומם עומדים. בדברינו לעיל, מכל מקום, העדפנו את נוסח התוספתא שלפנינו.

<sup>36</sup> אף סתם התלמוד חש, כי תוספת זו איננה במקום ("צרורות מאן דכר שמהו?"), ועל כן יוצר מחלוקת מפורשת בין חכמים לסומכוס בנקודה זו (ראו להלן בחלק העוסק בסתם התלמוד).

<sup>37</sup> ראו גם גולדברג, תוספתא, עמ' 26 – 27.

סומכוס סובר, כי משלם נזק שלם. השלב הבא, לפיכך, יהיה הגדרתה של מחלוקת זו על רקע מקורות אלו, הסברתה ומציאת הביסוס המשפטי לדעות השונות.<sup>38</sup>

### 3.ז. הכללת פרטי המחלוקת בין סומכוס לחכמים: הגדרת המונח "צורות" ודינו

הגדרת המחלוקת בין סומכוס לחכמים דורשת מתן מענה לשתי שאלות: 1. מה המכנה המשותף של המקרים עליהם נסבו מחלוקות אלו? 2. מה טעם המחלוקת בין סומכוס לחכמים? התשובה לשאלות אלו מובאת בתלמוד הבבלי (יז ע"ב) בשמו של רבא, בן הדור הרביעי לאמוראי בבל:<sup>39</sup>

1. אמר רבא: כל שזכב טמא בנזקין משלם נזק שלם, כל שזכב טהור בנזקין משלם חצי נזק.
2. אמר רבא: בשלמא סומכוס, קסבר: כחו כגופו דמי, אלא רבנן, אי כגופו דמי, כוליה נזק בעי לשלם, ואי לא כגופו דמי, חצי נזק נמי לא לשלם! הדר אמר רבא: לעולם כגופו דמי,<sup>40</sup> וחצי נזק צורות הלכתא גמירי לה.

בשתי מימרות אלו מאפיין רבא את המקרים השונים בהם סוברים חכמים שמשלם חצי נזק ומבאר את העיקרון העומד מאחורי מחלוקת סומכוס וחכמים. במימרה הראשונה קובע רבא את הכלל, לפיו תשלום חצי נזק הוא במקרים בהם זכב טהור, היינו מקרים בהם הזכב איננו נוגע ישירות בטהור, וכן בנזיקין אין מגע ישיר בין המזיק לניזק.<sup>41</sup> הגדרה זו היא לשיטת חכמים, ובאמצעותה נכללים המקרים השונים בתוך מסגרת אחת, כשלפי סומכוס בכל מקרה משלם נזק שלם (ולכן אין צורך בהגדרה כלשהי). במימרה השנייה דן רבא במחלוקת, ומבאר את העקרונות של השיטות השונות: נזק שאיננו נעשה באופן ישיר מוגדר בתור "כוחו", לעומת נזק הנעשה באופן ישיר, המוגדר בתור "גופו". לדעת סומכוס כוחו כגופו, ועל כן משלם נזק שלם גם על נזק שנעשה שלא במישרין, כדין נזק שנעשה באמצעות גוף הבהמה. אולם בדעת חכמים נקלע רבא לקשיים: אם כוחו כגופו צריך לשלם נזק שלם, ואם כוחו אינו כגופו צריך להיות פטור, מכיוון שהנזק אינו מוגדר כנעשה הבהמה. קושיה זו מאלצת את רבא לנתק את דין צורות מהמישור המשפטי הרגיל, ולהידחק ולאפיין אותו כדין חריג: "לעולם

<sup>38</sup> התהליך המתואר בפנים משקף שלב המשגתי ראשוני, המאפיין את המקורות התנאיים ואת ראשיתה של הספרות האמוראית, לעומת הפיתוח הניכר שנעשה בדברי רבא, ראו להלן בפנים, ולהלן הערות 43, 44.

<sup>39</sup> סדר הבאת דברי רבא כאן הוא על פי השאלות שהצגנו, בשונה מסדר המימרות בתלמוד.

<sup>40</sup> בכת"י וטיקן: "הדר אמ' רבא: לעולם כגופו דמי, נזק שלם אמאי לא דצורות ניהו, וחצי נזק צורות הילכת' גמירי לה".

<sup>41</sup> תוספות (ד"ה כל שזכב טהור) מציינים, כי הגדרה זו איננה מוחלטת: קנה בקומטו של זכ טהור, ואילו בנזיקין משלם נזק שלם. תוספות מיישבים לשיטת הגמרא, ש"כל האי כללא לא בא אלא למעט זורק". לשיטתנו נאמר, שכלל זה בא להגדיר את הדין, ומבחר אותו היטב, ואין כאן התייחסות ודיון בפרטים החריגים.

כגופו דמי, וחצי נזק צרורות הלכתא גמירי לה".<sup>42</sup> ההתלבטות והחידוש שבדברים אלו משתמעים אף מסגנון הבאת דברי רבא בתלמוד: "ה ד ר אמר רבא לעולם...".

בדבריו משתמש רבא בהגדרות משפטיות, כוחו וגופו, אך כשקובע את ה"הלכתא גמירי לה" הוא מאפיין על פי המקרה עליו מדובר: "חצי נזק צרורות". צרורות הוא המקרה המובהק של נזק הנעשה באופן שאיננו ישיר, מכיוון שמתייחס לנזקי בהמה ברגלה, שהיא המזיק הנדון במשנה. מכאן נטבע השימוש במונח "צרורות" כמתייחס לנזקים מסוג זה ולדינם המיוחד, וכך הפכו הצרורות ממקרה פרטי לעקרון משפטי.<sup>43</sup>

השאלה העולה כעת היא הרי הגדרת צרורות כנזק חריג וחייב תשלום מכוח היותו תם מבארת היטב את דעת חכמים, ומדוע התעלם רבא מהסבר זה, המונח בפשט המשנה? התשובה לשאלה זו טמונה בהבנת השינוי שחל עם הגדרת דין צרורות: ההסבר שניתן לתשלום חצי נזק, היינו: מעשה חריג שאיננו מועד, תלוי באופי כל נזק ונזק, ועל כן הוא מתאים למקרים פרטיים, ובכל מקרה יש לדון לגופו (כפי שמצאנו בתוספתא מחלוקות נקודתיות ללא אחידות בשיטות – לעתים חכמים מחייבים חצי נזק וסומכוס נזק שלם ולעתים להפך). מכיוון שדין צרורות הובן כדין כללי, קרי: כל נזק שלא נעשה ישירות על ידי גוף הבהמה, ובפרט לאור העובדה שקיימת בו מחלוקת כוללת, לא ניתן, לדעת רבא, לכלול את כל פרטיו תחת הכותרת "נזק שאיננו מועד", ואף סביר, שחלק מהמקרים לא יתאימו להסבר זה. על כן מעדיף רבא להסביר את דין צרורות על פי העיקרון של "כוחו", הנכון לכלל כולו והוא המאפיין את המכנה המשותף שלו, ומכאן הגיע לבעייתיות בשיטת חכמים.

במלים אחרות, תהליך ההמשגה אותו מסיים רבא מציע הסבר כללי ומופשט להלכה, אולם הוא דוחה את קיומו של ההסבר הפונקציונלי להלכה הקונקרטית, שהוא בוודאי מתאים יותר. תופעה זו מצויה רבות בתלמוד, ובפרט החל מן הדור הרביעי של חכמי בבל,<sup>44</sup> אולם במקרה דנן היא מובילה לתוצאה ייחודית – ניתוק ההלכה

<sup>42</sup> מילולית: הלכה למדו אותה, היינו: הלכה שאיננה במערכת המשפטית הרגילה. בפירוש המונח נחלקו הדעות: רש"י (ג ע"ב ד"ה בחצי נזק צרורות) מבאר: "דהלכתא גמירי לה למשה מסיני". לעומת זאת, הרמב"ם מגדיר צרורות כ"הלכה מפי הקבלה" (הלכות נזקי ממון, פ"ב ה"ג) או: "הלכה" לבד (פיה"מ, פ"ח מ"א), ובדעתו מבואר באחרונים, שאין מדובר בהלכה למשה מסיני, אלא ב"הלכה מקובלת בישראל" (ראו פירושו של הר"ק אפא, משנה תורה, הלכות נזקי ממון, פ"ב ה"ג), או, כלשונו של הנצי"ב, שאלתות, קדמת העמק, אות ב): "אבל בכל הני שאמרו הלכתא גמירי לה, אינו הל"מ (=הלכה למשה), אלא מקובל איש מפי איש עד אותו הדור שנגמרה אותה הלכה. ופירוש גמירי מלשון נמנו וגמרו...". ראו בהקשר זה גם הנשקה, תפיסת ההלכה של הרמב"ם, עמ' 106 הערה 13, בעניין "הימנעותו השיטתית של הרמב"ם משימוש במונח המלא 'הלכה למשה מסיני' בעניינים שלא צוינו במקורות חז"ל בדרך זו", כשמשמעות הדברים היא שאין הכרח שמדובר בהלכה למשה מסיני, כאמור לעיל.

<sup>43</sup> יצירת עקרונות משפטיים משקפת את תהליך ההמשגה הפוסט-תנאי. ליתר דיוק, יש לפצל בענייננו את "צרורות" מ"כוחו". הראשון הוא עקרון משפטי, והשני הוא מושג מטפיזי, בדומה ל"זה וזה גורם", ראו מוסקוביץ, המשגה, עמ' 333, ובדבריו שם בעניין מקומו של רבא ביצירה המשגתית שכזו, וראו גם שם, עמ' 300, בהתייחס לפיתוח טרמינולוגי למושג מופשט. תהליך דומה מצאנו בדיונו בעניין המונח "סתם שוורים בחזקת שימור", ראו שער ראשון, פרק ב, הערה 68.

<sup>44</sup> מוסקוביץ, המשגה, עמ' 349; 358 – 359 ועוד.

ממערכת השיקולים המאפיינת בדרך כלל את דיני הנזיקין, והצבתה כהלכה חריגה, שמקורה הוא "הלכתא גמירי לה".

רבא, אם כן, הוא כ"מכה בפטיש" לתהליכים שהבחנו בהם לעיל. רבא הגדיר את מחלוקת סומכוס וחכמים כדיון בנזק הנעשה באופן עקיף, סביב השאלה האם יש לחייבו נזק שלם או חצי נזק. מחלוקת זו היא מחלוקת גורפת ולא נקודתית (במקרים ספציפיים) בלבד, והוא מבארה: לדעת סומכוס, מדובר בנזק ככל הנזקים ("כוחו כגופו"), ומשלם נזק שלם. לעומת זאת, לדעת חכמים, מדובר בדין מיוחד: אומנם כוחו כגופו (ועל כן הארוע מוגדר כנזק וחייב), אך בשל "הלכתא גמירי לה" נקבע שישלם חצי נזק בלבד, שלא כשאר דיני הנזיקין.<sup>45</sup>

כאן המקום לבחון את הרעיון המוצג מול הסברים אחרים בסוגיה. לדעת אברהם וייס, צרורות נתפס מלכתחילה כדין כללי, היינו: בדבר שאיננו בגופה, ומיוחד בדינו: חצי נזק, כשהסברה בכך היא שיש להקל על המזיק משום שהנזק לא נעשה ממש על ידי הבהמה, אלא על ידי דבר החיצוני לה.<sup>46</sup> סומכוס אף הוא קיבל שיטה זו, אך חכמים וסומכוס נחלקו במספר מקרים שיש מקום להסתפק האם יש לשייכם לצרורות, כדוגמת רוח כנפי התרנגול. במקרה זה, בניגוד לצרורות, הנזק לא נגרם על ידי אובייקט ממשי שהתרנגול מתז, ועל כן ניתן ליחס את הנזק לגופו.<sup>47</sup> על פי שיטה זו, יש לבאר את דברי רבא (יז ע"ב): "בשלמא סומכוס קסבר כחו כגופו דמי" כמתייחסים לנזק ברוח כנפי תרנגולים בלבד, ומהם עולה כי ההלכתא גמירי לה איננה מחדשת את עיקר דין צרורות, אלא מרחיבה את הדין הקיים לכל נזק שלא נעשה בגופו ממש.<sup>48</sup> גם ספקו של רבא אשי (יט ע"א): "כח כחו לסומכוס" הוא ביחס לרוח כנפי תרנגולים, ודברי רבא (יז ע"ב): "כל שזב טהור" נאמרו על "תרנגולין שהיו מהדסין".<sup>49</sup> כל דברי האמוראים הללו, לפיכך, מתייחסים למקרים נקודתיים בלבד, לגביהם חולקים סומכוס וחכמים בברייתות המובאות קודם לכן, ואינם מימרות כלליות. הבנת מחלוקת סומכוס וחכמים כמחלוקת בעיקר דין צרורות היא מאוחרת, ייתכן אף בתר אמוראית, ובעקבותיה פירש התלמוד את המקורות השונים, ובכללם דברי רבא ורבא אשי.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> מהלכו של רבא בסוגייתנו מתאים לאפיונו כ"בעל הסברות", ראו: אורבך, ההלכה, עמ' 208. תרומתו הייחודית לנושא דיונו בעבודה זו תדון עוד רבות בפרקים הבאים, ותסוכם בסיומה של העבודה, ראו סיכום, סעיף 4.1.

<sup>46</sup> וייס, בבא קמא, עמ' 243, וראו גם הנ"ל, עמ' 224, המגדיר צרורות כ"תם שיש".

<sup>47</sup> בדרך זו פירשו את שיטת סומכוס בתוספתא ליברמן (תוספתא כפשוטה, עמ' 17) וגולדברג (תוספתא, עמ' 57) ובמקומות נוספים בחיבורו, וכן פירש כך ר' ישראל לוי (עמ' כה) את שיטת סומכוס בברייתא בירושלמי (אך את השינוי בהבנת שיטתו מייחס ל"אחרוני התנאים", כפי שעולה מברייתות הבבלי, ולא לשלב בתר אמוראי כויס, ראו להלן בפנים). בשיטת הירושלמי פירוש זה אפשרי גם לפי דרכנו, ראו להלן הערה 94.

<sup>48</sup> וייס, בבא קמא, עמ' 244 – 245.

<sup>49</sup> שם, עמ' 245 – 247.

<sup>50</sup> ראו סיכום שיטתו של וייס שם, עמ' 268 – 270. חוקרים אחרים המתייחסים לסוגיה לא עסקו בביאור התהליך שחל בהבנת צרורות, ומכל מקום אף הם הניחו כנקודת מוצא לדיונם את דין צרורות כדין כללי בלא לערער עליו, ראו למשל פירוש לסוגיה של הלבני, בבא קמא, עמ' ס – סט.

הדרך בה הלכנו כאן בביאור הדברים שונה בתכלית: מלכתחילה לא נתפסו צוררות כדין כללי, אלא כמקרה נקודתי עליו משלם חצי נזק במסגרת דיני תם, ולא הוזכרה לגביה מחלוקת. במשך הזמן הוגדרו צוררות כדין כללי, כשהגדרה זו היא חלק מתהליך הכולל את גיבוש מחלוקת סומכוס וחכמים. גיבוש המחלוקת והגדרת הדין הם שני מרכיבים המשולבים זה בזה, כשהשני נובע מן הראשון. מחלוקת רחבה זו נתקבלה על ידי האמוראים, ככל הנראה מימי רבא, המבאר את טעמה המשפטית כחריג במסגרת דיני הנזיקין. דברי רבא ורב אשי, לדרך זו, מתפרשים כפשוטם (על בעיותיהם של רבא ורב אשי ראו להלן). על פי דרכנו, ההתפתחות המשמעותית בסוגיה מיוחסת לרבא ושיקוליו ברורים, ואין כאן משגה של דורות מאוחרים בהבנת דברי קודמיהם.

שיטה אחרת הציע שמואל אטלס,<sup>51</sup> ודומה לו בהנחות היסוד גם ביאורו של ש' אלבק לדין צוררות.<sup>52</sup> לפי תהליך ההתפתחות אותו מציע אטלס, בפשט המשנה צוררות נתפסו כמשונה, שהוא (ככל משונה) תולדת קרן. בשלב שני הסתפקו האמוראים, האם צוררות הם קרן או רגל, והדברים מתבטאים, לדוגמה, בספקו של ר' ירמיה, האם חייב על צוררות ברשות הרבים (=קרן) או פטור (=רגל),<sup>53</sup> וכן בספק (אותו הוא מייחס לרבה<sup>54</sup>), האם יש העדאה לצוררות (=קרן) או אין (=רגל). בשלב שלישי, מימי רבא, הוכרע כי צוררות הם רגל, וחייב חצי נזק הוא משום הלכתא גמירי לה (ואין העדאה, ופטור ברשות הרבים).

ניתוחנו מקבל את הנחתו של אטלס, לפיה דין צוררות התלמודי הוא תוצאת תהליך התפתחותי, וכי בפשט המשנה צוררות שייכים למערכת הרגילה של דיני הנזיקין, אך הוא שונה ממנו הן בנקודת המוצא והן בהבנת השלבים השונים. הנחתנו היא, כי צוררות מלכתחילה נתפסו כרגל תמה ולא כקרן. בכך יש גם כדי לפרוך את השלב הבא, לשיטתו, לפיו הסתפקו האמוראים האם צוררות הם רגל או קרן, וזאת משום שספקות אלו עומדים אף בהנחת המוצא, לפיה צוררות הם רגל תמה:<sup>55</sup> לגבי שאלת העדאה, מחד, העדאה שייכת בכל תם, ולאחר

<sup>51</sup> ראו בעיקר אטלס, להתפתחות הסוגיא, עמ' א – ג.

<sup>52</sup> ראו אלבק, נזיקין, עמ' 136 – 140. אלבק מודע לכך ש"הלכתא גמירי לה" הוא קריטריון שאיננו מושתת על שיקולי דיני הנזיקין, ובשל כך – באופן די לא שגרתי עבורו – הוא מצביע על כך שבתלמוד משתקף תהליך התפתחותי בהבנתה של הלכה זו. בדומה לש' אטלס, אלבק מבאר את השינוי במעבר מתפיסת צוררות כתולדת קרן לתפיסתם כתולדת רגל, אולם הוא קרוב יותר לדרכנו בכך שממקד את השינוי בדור הרביעי של חכמי בבל. בדברינו להלן נתמקד בביקורת על שיטתו של אטלס, משום שהיא מציעה תהליך התפתחותי שלם לסוגייה, והדברים נכונים ביסודם גם כלפי אלבק (למעט הדיון בשלב הביניים המוצע על ידי אטלס והביקורת על כך, ראו להלן בפנים).

<sup>53</sup> אטלס, להתפתחות הסוגיא, עמ' ה.

<sup>54</sup> הנ"ל, עמ' ז – ח, וראו על כך בהרחבה להלן בסעיף הבא.

<sup>55</sup> לגבי התפיסה המאוחרת הרואה בצוררות דין מיוחד, הרי שגם בה עומדים הספקות הללו, כפי שהתלמוד מבארם. לא ברור, לשיטת אטלס, מדוע הצד שיש העדאה (ולפי פירוש אחד ברש"י, יח ע"ב ד"ה אלא, אפילו בצוררות רגילים) איננו קיים אם נאמר שצוררות הם רגל (ועל כן הוא מייחס ספק זה לרבה), ואילו הצד שצוררות משלמים מגופם (ספק נוסף של רבא, שאין חולק כי מיוחס לו) כן יכול להתקיים גם אם צוררות הם רגל. לדעתנו, ביחס לשניהם עומד ההסבר התלמודי: "לקרן מדמינן ליה או דלמא תולדה דרגל הוא", וראו להלן בסעיף הבא.

מספר פעמים נעשה תם זה למועד, ומשלם נזק שלם. מאידך, צרורות הרי נעשים בדרך הילוכה, ללא כוונה מצד הבהמה, כשהגדרתם כתם היא עקב היות נזק מסוג זה לא שכיח, ועל כן גם חזרה על מעשה זה מספר פעמים אינה משנה את אופי המעשה (המעשה נשאר מקרי בדרך הילוכה), ואין העדאה. לגבי הפטור ברשות הרבים, יש מקום להסתפק האם פטור זה הוא דין כללי ברגל, הלכה התקפה לכל פרטי הדין, ואף כשאנו מועד לכך פטור, או דין מיוחד לרגל מועדת, המבוסס על פטור משום שהבהמה מהלכת כדרכה, ועל כן חייב בצרורות.<sup>56</sup> באשר לשלבי ההתפתחות בהבנת הדין, הצגנו לעיל שיטה אחרת ביחס לשלבים השונים, שעיקרה איננו מעבר מקרן לרגל (שתוצאתו תמוהה, ולא ניתן לה ולמניעה הסבר), אלא גיבושו של דין מיוחד בתוך מערכת דיני רגל, שראשיתו בתהליך המתרחש במקורות התנאיים, ותוצאתו מעבר מחיוב כתם לחיוב כמועד. הגורם המרכזי, לשיטתנו, במעבר מהתפיסה הראשונית לתפיסה המאוחרת הוא גיבוש הדין ממקרה נקודתי לדין כללי, תהליך שמאפיין את התפתחות ספרות חז"ל גם במקומות אחרים, כמפורט לעיל.

#### 4. בעיותיהם של רבא ורבי אשי והיחס ביניהן

בתלמוד הבבלי מובאות מספר בעיות ביחס לצרורות, המתקשרות לתהליך שחל בדין זה, וניתוחן אף מצביע על המשך פיתוחו וביסוסו. ביסוד בעיות אלו עומדת השאלה הבאה: מאחר שצרורות הם כרגל רגילה, "אורחיה" כלשון התלמוד, וחיוכם איננו מכוח היותם תם, אלא מדין מיוחד להם, מה כולל דינם זה? בדברים להלן נתייחס לשתי בעיות של רבא ולבעיה אחת של רב אשי:<sup>57</sup>

1. בעירבא: חצי נזק צרורות, מגופו משלם או מעלייה משלם?<sup>58</sup>

מגופו משלם, דלא אשכחן חצי נזק דמשלם מעלייה, או דלמא מעלייה משלם, דלא אשכחן כאורחיה דמשלם מגופיה? (יח ע"א)

2. בעירבא: יש העדאה לצרורות, או אין העדאה לצרורות?

לקרן מדמינן ליה, או דלמא תולדה דרגל הוא? (יח ע"ב)

3. בעירבא: יש שנוי לצרורות לרביע נזק, או אין שנוי לצרורות לרביע

נזק?<sup>60</sup>

<sup>56</sup> לדיון בפטור שן ורגל ברשות הרבים הקדשנו את השער השלישי של דיוננו, ושם עסקנו בהרחבה בטעמו ובמקורותיו של פטור זה. בעניין רגל תמה ברשות הרבים אני מתכוון בע"ה לעסוק במקום אחר.

<sup>57</sup> בעיה נוספת של רב אשי דנה בשיטת סומכוס, סביב השאלה האם "כח כוחו ככוחו או לאו ככוחו" (יט ע"א). בעיה זו מתפרשת כפשטה, והיא נובעת מקבלת דברי רבא על ידי רב אשי. בעיות של אמוראים נוספים יוזכרו בחלקים הבאים.

<sup>58</sup> הכתוב בפיוור הוא גרעינה של הבעיה, ולאחריו מופיעה הפרשנות התלמודית שלה.

<sup>59</sup> בכת"י המבורג: "רבה" (וכן להלן, יט ע"א). לדיון בנוסח זה ראו להלן בפנים ובהערה 62.

<sup>60</sup> "לצרורות לרביע נזק" (באזכור השני) חסר בכת"י המבורג.

תפשוט ליה מדרבא, דבעי רבא: יש העדאה לצורות, או אין העדאה לצורות, מכלל דאין שנוי!  
דלמא רבא אם תמצוי לומר קאמר: אם תמצוי לומר אין שנוי, יש העדאה או אין העדאה?<sup>61</sup> תיקו. (יט

ע"א)

יש לבחון ראשית, האם יש מקום לספקות אלו על פי הפרשנות שהוצעה לעיל במשנה לפני קבלת דין צורות, ולפיה תשלום חצי נזק הוא משום שהבהמה אינה מועדת. לגבי הספק הראשון של רבא, מסתבר שישלם מגוף הבהמה כדין תם, זאת על סמך הדין הכללי המובא במשנה בסוף פרק א: "מה בין תם למועד אלא שהתם משלם חצי נזק מגופו ומועד משלם נזק שלם מן העלייה". לגבי שאלת העדאה, לעיל הראנו, כי היא עומדת גם בהבנה הראשונית של צורות. באשר לספק זה, ישנן גרסאות בהן מופיע רבה כבעל המימרה,<sup>62</sup> אך לפי דברינו אין בכך ראייה שתפיסת דין צורות (או חלקה) היתה מקובלת אף עליו. בהמשך הדברים, מכל מקום, נתייחס לבעיה זו במסגרת דין צורות, על פי הגרסה: "רבא". לגבי ספקו של רב אשי, ברור שאין שינוי לרביע נזק, מכיוון שתשלום חצי נזק הוא כדין תם, ובתם לא שייך שינוי נוסף.

העולה מהאמור הוא כי לפחות שניים משלושת הספקות הללו התעוררו כתוצאה מהגדרת דין צורות. לפי העיקרון שקבע רבא, מעיקר הדין צריך היה לשלם נזק שלם כדין רגל משום שכוחו כגופו, אך ההלכה הקלה עליו, וישלם חצי נזק בלבד. על פי תפיסה זו, צורות הם כרגל רגילה, ומוגדרים כמועד, אך זהו מועד חריג, המשלם חצי נזק. כעת, יש מקום להסתפק: התלבטותו של רבא היא בשאלה, מה היקף ההלכתא גמירי לה, כלומר: עד איזו מידה נדמה צורות לקרן תמה (לאחר שנדמתה לה בחצי נזק), ודוק בלשון הגמרא (בהסבר הבעיה השנייה, וכן יש להבין את הבעיה הראשונה): "לקרן מדמינן ליה, או דלמא תולדה דרגל היא". בעייתו של רב אשי מובילה לכיוון השני: ביסוד הספק עומדת השאלה עד כמה נדמה צורות למועד רגיל, כאשר משמעות הדברים היא כי צורות משונים ישלמו רביע נזק, חצי מצורות רגילים, מועדים. יודגש, כי בין לדעת רבא ובין לדעת רב אשי, צורות הם "אורחיה", אך רבא מסתפק, האם "אורחיה" זה ידמה יותר

<sup>61</sup> בכת"י וטיקן: "תפשוט ליה מדרבא דבעי רבא יש העדאה או אין העדאה מכלל דאין שנוי! רבא דילמא אם תמצוי לומר" [קאמר] אין שינוי, יש העדאה או אין העדאה? תיקו".

<sup>62</sup> כן בכת"י המבורג, וכן הוא בר"ח בדפוס, אך תוקן ל"רבא" (ראה גם הערת המהדיר לפירוש רבנו חננאל, עמ' לד הערה 20), וכן ברי"ף דפוס וילנא הגירסא "רבה", אך ראו הלכות רב אלפס וכן ברי"ף בכת"י ניו יורק – הקטע מ"בעי רבא [חצי נזק] צורות מגופו משלם" עד המשנה כלל איננו מופיע. כגרסת הדפוס נקטו כת"י מינכן, כת"י פירנצה, כת"י וטיקן 116 (אך ביט ע"א בדיון על ספקו של רב אשי מופיע פעמיים רבה ופעם רבא, ראו לעיל הערה 61) וחלק מהראשונים (רשב"א, רא"ש). ככלל, ספק אם ניתן להכריע מכתבי היד השונים בין רבא לרבה, וכבר קבע הרמב"ן: "שאינן הסופרי עשויין לדקדק בין רבה לרבא" (מובא אצל פרידמן, רבה, עמ' קמ), ראו על כך אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 364. פרידמן, שם, עמ' קמה והלאה, מסיק, כי ההבחנה בכתבי בין רבא לרבה היא תהליך מסוף תקופת הגאונים, כשבכתבים הקדומים נכתבו שניהם "רבא". לדבריו (שם עמ' קנב והערה 80), אין זה רגיל שרבא בר יוסף יכתב כרבה, ומכאן שבנדון דידן סביר יותר שהגורסים רבה התכוונו לרבה בר נחמני, ואין כאן חילוף. לענייננו, מכל מקום, גם אם קיימת הכרעה בכמה נוסחים שיש לגרוס רבה, היא מאוחרת יחסית, וכמו כן הפתח לטעויות עודנו רחב. יש להעיר עוד, כי ש' אטלס נקט, כאמור לעיל, כגרסה רבה, אך זאת על רקע שיטתו, ואין בכך הכרח.



ויותר לתם (העדאה, מגופו), ואילו רב אשי מסתפק, האם "אורחיה" זה ידמה יותר ויותר למועד רגיל. ומכאן, שלדעת רבא אין שינוי לצורורות לרביע נזק, מכיוון שנטייתו בספקותיו היא לדמות צורורות רגילים לקרן תמה, ופשיטא שלא נתייחס אליהם כאל מועד באופן זה שמשונה שלו ישלם חצי ממנו (רבע נזק). זוהי למעשה משמעות דברי הגמרא בדיון בדברי רב אשי: "תפשוט ליה מדרבא..."<sup>63</sup>.

ניתן לראות את המשך התפתחות "צורורות" במעבר בין רבא לרב אשי: אצל רבא, אשר הפך את צורורות מתם למועד חריג, קיימת עדיין הנטייה לדמות צורורות כמה שיותר לתם, נטייה הבאה לידי ביטוי באפשרות התשלום מגופו ובאפשרות ההעדאה. רב אשי, שני דורות אחר כך, כבר התבסס בתפיסה לפיה צורורות הם מועדים כרגל, ועל כן מסתפק עד כמה ניתן לראותם כמועד מוחלט, כאשר משמעות הדברים תהיה שלצורורות רגילים יהיה "משונה", עליו ישלם רביע נזק.<sup>64</sup>

## 5.2. קבלת דין צורורות והרחבתו על ידי סתם התלמוד ופרשנות המקורות הקדומים לאורו

נקודת המוצא של סתם התלמוד<sup>65</sup> בסוגיות השונות היתה קיומה של מחלוקת כוללת בין חכמים לסומכוס בדיון צורורות. תפיסה זו נשתקעה בסתם התלמוד בצורה מלאה, וביטויים של דברים הוא בכך שהיא נראתה כמובנת מאליה, ובכך שנדחקה כל פרשנות אלטרנטיבית, כפי שנראה להלן. על פי תפיסתו הסביר סתם התלמוד את המקורות התנאיים והאמוראיים ואת הסוגיות השונות, ולעתים אף נדחק להעמיד אוקימתות או לשינויים בגוף המקורות, ולדוגמה:

סומכוס אומר: צורורות וחזיר שהיה נובר באשפה והזיק משלם נזק שלם. הזיק פשיטא! אלא אימא

התיז והזיק משלם נזק שלם.<sup>66</sup> צורורות מאן דכר שמייה? חסורי מחסרא והכי קתני: צורורות כי

<sup>63</sup> ראו בדומה לכך אלבק, נזיקין, עמ' 140. אלבק מנתח כדרכנו את הדילמה שבדברי רבא, אך הוא לא עומד על השינוי שמשקפים דברי רב אשי. אלבק מייחס לרב פפא את התפיסה המזהה בין צורורות לרגל, אך למעשה זו עמדת סתם התלמוד, ולא עמדתו של רב פפא. ראו על כך להלן, סמוך להערה 83.

<sup>64</sup> הלבני, בבא קמא, עמ' סח, מבאר בניגוד לדרך זו, ולשיטתו בעייתו של רב אשי היתה קיימת כבר בימי רבא. למסקנה זו מגיע בשל קושיותיו מסגנונה של הסוגיה במקום (מדוע הגמרא בונה את רבא על גבי רב אשי: "דלמא רבא אם תמצא לומר קאמר", ולא את רב אשי, המאוחר יותר, על גבי רבא), אך אין הדברים מוכרחים.

<sup>65</sup> מהלך הדברים בפנים מציג יחד מקורות שונים של סתם התלמוד. אין בדברינו לקבוע, כי המקורות הללו משקפים רובד כרונולוגי אחד, אך מכל מקום עיקרם מאוחר כנראה לאמוראים שהובאו לעיל, ועל כן מוצג כשלב מתקדם יותר. ראו בעניין זה מבוא, סמוך להערות 44 – 49.

על ה"סתמאים" השונים ונסיונות למקמם על ציר הזמן ראו למשל הלבני, בבא קמא, עמ' 7 – 12; הנ"ל, בבא מציעא, עמ' 11 – 26. <sup>66</sup> "הזיק פשיטא... נזק שלם" חסר בכת"י מינכן ונוסף בגליון.

אורחיהו חצי נזק וחזיר שהיה נובר באשפה והתזו והזיק משלם חצי נזק.<sup>67</sup> סומכוס אומר: צרורות, וחזיר שהיה נובר באשפה והתזו והזיק<sup>68</sup> משלם נזק שלם (יז ע"ב).

ברייטא זו מפרש התלמוד בשני שלבים: שלב ראשון הוא העמדת אוקימתא בדברי סומכוס בחזיר: מדובר במקרה שהתזו והזיק, והיינו צרורות. לכך נזקק התלמוד משום שלא נמצאה כל פרשנות שתבאר את החידוש שבדין חזיר, במידה ולא מדובר בצרורות. שלב שני הוא הכנסת מחלוקת מפורשת בין חכמים לסומכוס בדין צרורות בדרך של "חסורי מחסרא".

דוגמה נוספת היא הברייטא הבאה:

הידוס אינו מועד, ויש אומרים הרי זה מועד. הידוס ס"ד... בהתזו צרורות ובפלוגתא דסומכוס ורבנן קמיפלגי (יז ע"ב – יח ע"א).

ברייטא זו, שהוסברה לעיל כדנה בשאלה האם הידוס הוא תם או מועד, מועברת גם היא על ידי התלמוד למישור אחר: "בהתזו צרורות", והמחלוקת בה היא מחלוקת סומכוס וחכמים.

לאחר קובץ הברייטות הראשון, הכולל מספר מקורות למחלוקת סומכוס וחכמים (מקורות ראשוניים ומקורות מעובדים על ידי התלמוד), מובאים דברי רבא, המעמידים את שיטת חכמים כ"הלכתא גמירי לה". בהמשך מובא כללו של רבא: "כל שבזב טהור בניזקין משלם חצי נזק", וכאן נאלץ התלמוד להידחק בהסבר הדברים. לשיטתו, לא ייתכן שרבא מחדש את עיקר דין צרורות, שהוא דין המונח ביסוד הסוגיות בתלמוד, ועל כן מעמיד התלמוד את חידושו של רבא ביחס למקרה חריג:

ורבא צרורות אתא לאשמועינן? ! לא, רבא<sup>69</sup> עגלה מושכת בקרון קא משמע לן.<sup>70</sup> (יח ע"ב)

בדומה לשיטתו בביאור המקורות התנאיים, מבאר סתם התלמוד גם מימרות אמוראיות בסוגיה זו. אמוראים רבים דנו במקרים הנוגעים לדיני צרורות, והתלמוד פירשם על פי תפיסתו בסוגיה, אף על פי שכלל לא מוכח, כי הכירו את חידושו של רבא. נתייחס לשתי דוגמאות הממחישות את הדברים:<sup>71</sup>

בהמה שהטילה גללים לעיסה, רב יהודה אומר: משלם נזק שלם, ורבי אלעזר<sup>72</sup> אומר: חצי נזק.

<sup>67</sup> "וחזיר... חצי נזק" חסר בכת"י פירנצה, ונוסף בין השורות (בלא "והזיק"). בהמשך: "סומכוס אומר חזיר", ובגליון: "צרורות וחזיר".

<sup>68</sup> "והתזו והזיק" חסר בכת"י המבורג.

<sup>69</sup> "רבא" חסר בכתבי היד המבורג, מינכן ופירנצה, וכן חסר בשני קטעי הגניזה שנזכרו לעיל, הערה 28.

<sup>70</sup> בכת"י פירנצה: "עגלה מושכת אתא לאשמועינן". "אתא" גם בכת"י וטיקן.

<sup>71</sup> מלבד שתי הדוגמאות המובאות כאן, ראו להלן בביאור שיטת רבנו חננאל דוגמה נוספת – ספקו של ר' אבא בר ממל.

<sup>72</sup> בכת"י פירנצה ובכת"י וטיקן: "אליעזר".

מאי לאו כגון דעבד תלתא<sup>73</sup> זמני, ובהא קמיפלגי... לא, בחד זימנא ובפלוגתא דסומכוס ורבנן קמיפלגי. והא משונה הוא?<sup>74</sup> דדחיק ליה עלמא. ולימא רב יהודה הלכה כסומכוס, ולימא רבי אלעזר הלכה כרבנן?<sup>75</sup> גללים איצטריכא ליה, ס"ד אמינא הואיל ובתר גופיה גרירין כגופיה דמי, קמ"ל (יח ע"ב).

התלמוד נדחק בביאור מחלוקת רב יהודה ור' אלעזר, ומקביל אותה למחלוקת סומכוס וחכמים. בשלב ראשון הוא אף מעמיד אותם כדנים בשאלת העדאה לצוררות, על אף שניתן להסביר הסברים אחרים פשוטים יותר, ולדוגמה: מחלוקתם היא האם מקרה זה מוגדר כמועד או כתם, בלא להיכנס לסוגיית צוררות.<sup>76</sup> תהליך דומה ניתן לראות ביחס למימרת רב הונא על משנת תרנגולים ("התרנגולים מועדין... היה דליל קשור ברגליו או שהיה מהדס ומשבר את הכלים משלם חצי נזק"). מימרת רב הונא המקורית מוסבת על משנה זו ומפרשת אותה (יט ע"ב):

אמר רב הונא:<sup>77</sup> לא שנו אלא שנקשר מאליו, אבל קשרו אדם חייב.

כעין זה גם בירושלמי (פ"ב ה"ב, ב ע"ד):

"התרנגולין מועדין" כול'. רב הונא אמ'. בשנקשר מאליו. אבל אם קשרו הוא משלם נזק שלם.

לפי דרכנו בפירוש המקורות התנאיים, רב הונא סבור, כי חיוב חצי נזק על נזקי דליל הוא רק כאשר הדליל נקשר מאליו, משום שארוע זה (הקשירה והנזק) איננו שכית. מאידך, כאשר האדם קושר את הדליל אחריותו מלאה, ועל כן חייב בנזק שלם.

סתם התלמוד איננו מכיר בהבנת המשנה כמחלקת בין תם למועד, ועל כן נתקשה בדברי רב הונא, ומציע אלטרנטיבות שונות. בסופו של דבר מפרש התלמוד את המשנה כעוסקת בצוררות, ומימרת רב הונא משתנה:

אלא, מתני' בדאדייה אדויי, וכי אתמר דרב הונא בעלמא אתמר: דליל הפקר, אמר רב הונא:<sup>78</sup> נקשר מאליו פטור, קשרו אדם<sup>79</sup> חייב.

<sup>73</sup> בכת"י מינכן: "תרי ותלתא", ובדומה לכך בכת"י פירנצה. בכת"י וטיקן נוסף "תרי" ביה"ש.

<sup>74</sup> בכת"י המבורג ובכת"י מינכן נוסף לפני "והא": "גללים". "משונה הוא" חסר בכת"י וטיקן ונוסף ביה"ש.

<sup>75</sup> בכת"י המבורג: "ולימא מר... ומר..."

<sup>76</sup> ראו ביחס לשיטת ר' אלעזר להלן, סעיף 6.ז.

<sup>77</sup> בכת"י וטיקן: "רבא" (אך בהמשך: "וכי איתמר דרב הונא").

<sup>78</sup> "אמר רב הונא" חסר בכת"י וטיקן. בכת"י פירנצה: "רב הונא אמ'".

<sup>79</sup> "אדם" חסר בכת"י וטיקן.

הדוגמאות שהובאו עד עתה ממחישות את קבלת דין צרורות על ידי סתם התלמוד הבבלי. הדוגמה שלהלן מעלה רובד נוסף, ובו משמש סתם התלמוד כשלב מתקדם בגיבוש דין צרורות. כוונתנו היא לסוגיית הפתיחה של המסכת, הדנה בשאלת "תולדותיהן כיוצא בהן או לאו כיוצא בהן". התלמוד דן בדברי רב פפא: "יש מהן כיוצא בהן ויש מהן לאו כיוצא בהן", ומעמידם כמתייחסים לצרורות:

וכי קאמר רב פפא אתולדה דרגל... בחצי נזק צרורות, דהלכתא גמירי לה.<sup>80</sup> ואמאי קרי לה תולדה דרגל? לשלם מן העלייה. והא מבעיא בעי רבא, דבעי רבא: חצי נזק צרורות, מגופו משלם או מן העלייה משלם! לרבא מבעיא ליה, לרב פפא פשיטא ליה. לרבא דמבעיא ליה, אמאי<sup>81</sup> קרי לה תולדה דרגל? לפוטרה<sup>82</sup> ברה"ר (ג ע"ב).

צרורות שונים מרגל בגלל "הלכתא גמירי לה", ומשלם חצי נזק בלבד, אך הם מוגדרים כתולדה דרגל, משום שמשלם מהעלייה. אף לרב פפא ניתן היה להעמיד שצרורות נקראים תולדה דרגל "לפוטרה ברשות הרבים", אך התלמוד מעדיף להעמיד את רב פפא בניגוד לרבא, וכמי שברור לו שעל צרורות משלם מן העלייה כדין מועד.<sup>83</sup> על פי דברים אלו, ניתן להצביע על סתם התלמוד כממשיך את מגמת עיצוב דין צרורות כדין חריג. בניגוד לרבא, שבשיטתו ניתן למצוא עדיין את זיקת צרורות לדיני תם, השלים סתם התלמוד, בהמשך למגמת דברי רב אשי, את הגדרת צרורות כמועד רגיל. על כן מעמיד כאן התלמוד אליבא דרב פפא שמשלם מן העלייה, ונותן לצרורות דינם הייחודי, תשלום חצי נזק, בלבד, ללא מאפייני תם אחרים.

מגמה אפשרית אחרת של סתם התלמוד עולה מסוגיית "פלגא נזקא", שם קובע התלמוד שיש מי שמשלם פחות ממה שהזיק ואיננו קנס, ולשונו, לפי זרם מרכזי בין עדי הנוסח:<sup>84</sup> "...דאיכא חצי נזק צרורות דהלכתא גמירי לה דמונא הוא" (טו ע"ב; כתובות מא ע"ב). ניתן לפרש (וכך משתמע קצת מרש"י ד"ה משום ובמקבילה בכתובות ד"ה כיון), שחצי נזק צרורות במקורם משלמים חצי נזק, ובאה ההלכתא גמירי לה והגדירם כמונא (ולא קנסא כחצי נזק בנגיחה). פירוש זה בעייתי, מכיוון שלפיו סוגיה מאוחרת זו

<sup>80</sup> בדפוס סלוניקי שכ"א נוסף (בהשפעת סוגיית פלגא נזקא, להלן בפנים): "דמונא הוא".

<sup>81</sup> בכת"י מינכן: "למאי הילכתא קרי ליה".

<sup>82</sup> בכתבי היד המבורג, מינכן ופירנצה: "לפוטרה". בקטע כריכה וינה B31: "לפוטרה".

<sup>83</sup> על מגמתו של סתם התלמוד עמד הרשב"א: "תמיה לי, כיון דמבעיא ליה לרבא, מי הזקיקם לשום מחלוקת בין רב פפא לרבא...? ונראה לי, משום דקים להו (=לחכמי התלמוד, עורכי הסוגיה) דמשלם מן העליה משום דכאורחיהו, ואף על גב דמספקא ליה לרבא, ניחא להו לאוקמי האי דרב פפא כהלכתא". הצעה אחרת ראו אצל הלבני, בבא קמא, עמ' ט – י', בעקבות המהרש"א, ולפיו חצי נזק צרורות ותשלום מהעלייה הם חלק ממימרת רב פפא המקורית (אך סתם התלמוד פיצל את המימרה ובנה על חלקה הראשון את הסוגיה כולה).

<sup>84</sup> כך בכת"י המבורג ובתיקוני כת"י פירנצה וכת"י וטיקן (להלן, הערה הבאה). כך הוא גם בקטע גניזה אוקספורד 82, 2827 ובקטע כריכה וינה B31. זהו גם נוסח הראשונים שיובאו להלן בפנים. בכתובות נקטו כך כל עדי הנוסח שראיתי (על פי דיווח עדי הנוסח שבמכון התלמוד הישראלי, יד הרב הרצוג): כת"י מינכן, כת"י וטיקן 112, כת"י וטיקן 130, כת"י וטיקן 487, כת"י לנינגרד פירקוביץ' 187 דפוס ונציה רפא ודפוס שונצינו רמ"ח.

("והלכתא") חולקת על סוגייתנו, הסוכרת שההלכתא גמירי לה שינתה את תשלום נזק שלם לתשלום חצי נזק, אך ללא כל טעם או קושי המהווים גורם לחידוש ההלכה לשיטתה (בניגוד לטעמים בשיטת רבא). נראה, לפיכך, כי יש להבין את המשפט בסוגייה הנ"ל באופן אחר: לא ברור שחצי נזק הוא קנס, מכיוון שיש את חצי נזק צורות, שדינו (חצי נזק) הוא הלכתא גמירי לה, והוא ממונא. כן פירשו הרשב"א (עיי' בפירושו השני כאן ובדף ג ע"ב) והרא"ש (סימן א), ולפי פירוש זה יש לפסק: "דאיכא חצי נזק צורות דהלכתא גמירי לה, דממונא הוא". פירוש זה מתיישב היטב עם גרסא אחרת שמצאנו בין עדי הנוסח: "דהלכתא גמירי לה, וממונא הוא".<sup>85</sup>

## 6.2. סוגיית הירושלמי

ראינו לעיל את ההסבר הפשוט במשנה ובחלק ניכר מהמקורות התנאיים ולעומתו את חידושו של רבא בדין צורות ומגמת סתם התלמוד הבבלי. לאור זאת יש לבחון כיצד התייחס הירושלמי ברבדיו השונים (אמוראים ותלמוד) לדין זה. הירושלמי, יש לציין, איננו עוסק במפורש בהגדרת דין צורות ובטעם החיוב בחצי נזק, ויש להסיק על עמדתו מבין השיטין.<sup>86</sup> החלק הראשון בסוגיית הירושלמי (פ"ב ה"א, ב ע"ד) מתמקד בדיון בדין צורות ברשות הרבים:

ואין דרכה להתיז צורות. אמ' ר' אמי. בשהיה כלי נתון בידי אדם. אבל אם היה מונח ברשות הרבים הואיל וזה מונח ברשות וזו מהלכת ברשות פטור. רבה בר ממל אמ'. בה שתי דרכים. אחת יש בה עשבים וצורות ואחת אין בה עשבים וצורות. הניחה את שאין בה עשבים וצורות והילכה בזו שיש בה עשבים וצורות אע"פ שהוא מונח ברשות הרבים פטור. ר' לעזר או'. כל דבר שהוא חוץ לגופה לא חלקו בו חכמ' בין [ב]רשות היחיד בין ברשות הרבים לחצי כופר.

ר' אמי, וככל הנראה גם רבה בר ממל,<sup>87</sup> סוברים, כי פטור על צורות ברשות הרבים. פטור ברשות הרבים אפשרי בין אם נניח כהבנה המאוחרת, שצורות הם כרגל מועדת, ובין אם נניח כהבנה הראשונית, שצורות הם כולם.<sup>88</sup> סגנון הצעת השאלה בתלמוד רומז להבנה המאוחרת: "ואין דרכה להתיז צורות?!" כלומר: צורות הן

<sup>85</sup> כגרסת כת"י מינכן, וכן גרסת כת"י פירנצה: "והלכתא גמירי לה מסוטה וממונא הוא", אך תוקן ל"דממונא הוא" (הביטוי "מסוטה" אין לו מקום כאן, והוא ככל הנראה בהשפעת חולין ט ע"ב ואחרים). בכת"י וטיקן 116: "[ד]ממונא הוא".

<sup>86</sup> באופיו הייחודי של ירושלמי נזיקין נגעו רבים, ראו סקירתו של זוסמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 55 - 65; 71 - 74. בפרט בולט בתלמוד זה העדרן - כמעט לגמרי - של סוגיות ארוכות ומפותחות והימצאותם בעיקר של פירושים והערות למשניות ומאמרי אמוראים ("תלמוד של שמועות, עם מעט מאוד שקלא וטריא"). ראו זוסמן, שם, עמ' 99 ועוד, וראו גם במבוא לעבודה זו, הערה 55.

<sup>87</sup> הלשון: "א ע פ שהוא מונח ברשות הרבים פטור" בדברי רבה בר ממל קשה, וראו הצעות שונות במפרשים. נראה, שמשמעות הלשון "א ע פ" במקרה זה היא "הואיל", הקיימת בלשון חז"ל לצד המשמעות הרגילה בלשוננו. ראו על כך שפיגל, אף על פי. שפיגל תולה שימוש זה בעיקר בלשון התנאים, ואילו בלשון האמוראים מוצא לכך רק דוגמה אחת (שפיגל, שם, עמ' 161). סוגייתנו, לפי זה, מצרפת מקרה נוסף של שימוש במשמעות זו בלשון האמוראים. כן קשה בדבריו הלשון "בה שתי דרכים", ויתכן שהמילה "בה" נוספה באשגרה מן ההמשך (וראו גם ר"י לוי, עמ' כא - כב).

<sup>88</sup> ראו לעיל סמוך להערה 56.

"דרכה", ועל כן יש לפטור אותו מתשלום ברשות הרבים. רובד נוסף ביחס לצורורות משתמע מדברי ר' אלעזר: ר' אלעזר חולק על ר' אמי, וסובר כי על "כל דבר שהוא חוץ לגופה" משלם חצי נזק בין ברשות היחיד ובין ברשות הרבים.<sup>89</sup> בדברי ר' אלעזר מוצאים הגדרה כוללת: "כל דבר שהוא חוץ לגופה", כלומר: צורורות אינם נתפסים כמקרה פרטי בלבד, אלא כדין כללי. בהמשך הסוגיה, אומנם, מובא בשם ר' אלעזר הדין: "הטילה גללים משלם נזק שלם", שהבבלי (יח ע"ב) רואה בו צורורות, אך אם זו שיטת הירושלמי נוצרת סתירה בדברי ר' אלעזר. ייתכן, לפיכך, שגללים נחשבים כגופה (כהווה אמינא בבבלי – "בתר גופיה גריין"), ועל כן משלם נזק שלם. עיקר הדיון בירושלמי בקטע זה איננו בדבר שהוא חוץ לגופה, אלא מתמקד בשאלת החיוב בדבר שדרכה בכך (מקביל לסוגיית "כשכשה בזנבה" שם ובבבלי, יט ע"ב), ועל כן אין הכרח לקשור בין הדברים.

הכיוון המסתמן בירושלמי כאן הוא כי צורורות הם דין מיוחד ("דבר שהוא חוץ לגופה"), וההתייחסות התלמודית אליהם היא כדבר שהוא "דרכה". יש בכך אומנם נטייה לכיוון הגדרתם בצורה חריגה, אך אין רמז ל"הלכתא גמירי לה", ואף אין צורך להגיע לפירוש זה (שהוא, כאמור, חידוש של רבא בבבלי), אלא ניתן להישאר במסגרת ביניים: דין מיוחד, הנובע מאופיו של הנזק (גם אם נאמר שהוא נזק שכיח), שהוא מגדירו כתם. בכך, שומרת פרשנות זו על קרבה לפשט המשנה, הרואה את החלוקה בין החייבים נזק שלם לחייבים חצי נזק כחלוקה בין תמים למועדים.

כפרשנות זו מסתמן מהמשך הסוגיה בירושלמי. הירושלמי מעלה לדיון את שאלת העדאה בצורורות:<sup>90</sup>

מהו שתקבל העדאה בדבר שהוא חוץ לגופה. ר' זעירא אמ'. מקבלת. ר' אילא אמ'. אינה מקבלת. אמ' ר' זעירא. מתנית' פליג' עלוי. שור שמתחכך בכותל ונפל על האדם והרגו חייב בכופר ופטור ממיתה. וכי יש כופר בתם. ואפי' כר' אילא לית היא פליג'. ולמה פטור ממיתה. כשהועדה להיות מפלת את הכתלים. כשהפילה את הכותל לא היה אדם שם.<sup>91</sup>

ר' זעירא ור' אילא נחלקו לגבי העדאה ב"דבר שהוא חוץ לגופה": לדעת ר' זעירא יש העדאה, ולדעת ר' אילא אין העדאה. על ר' אילא מקשה ר' זעירא מברייתא, לפיה שור שהפיל על אדם כותל שהתחכך בו (היינו: נזק בדבר שהוא חוץ לגופה) חייב בכופר ופטור ממיתה. טוען ר' זעירא, שחייב בכופר איננו יכול להיות בתם, אלא במועד, ומכאן שיש העדאה בדבר שהוא חוץ לגופה. מיישב התלמוד, שמדובר כשהועדה להיות מפלת את הכתלים בלא שהיה אדם תחת הכותל.

<sup>89</sup> כעין זה פשט דברי ר' יוחנן בבבלי, יט ע"ב, אך הבבלי על פי שיטת ר' זירא מעמיד אוקימתא בדבריו, וזאת משום שסובר שפטור ברשות הרבים. ראו על כך גולדברג, תוספתא, עמ' 45.

<sup>90</sup> השוו ספקו של רבא בסוגיה זו לעיל, וראו דיון שם (סמוך להערה 62) על רקע שאלת הגרסה: רבא או רבה, ונוגע גם לכאן.

<sup>91</sup> השוו בבלי מד ע"א.

גם סוגיה זו מתייחסת לצורורות כדין כללי: בנוסף לשימוש במינוח "דבר שהוא חוץ לגופה" (שייתכן כי הושפע מדברי ר' אלעזר בסוגיה הקודמת), ההשוואה בין המקרים השונים מלמדת על תפיסה הרואה בהם דין אחד. לצד זאת, הטרימינולוגיה בה משתמש ר' זעירא היא של "תם" ו"מועד", וייתכן, לפיכך, כי הבין אומנם את דין צורורות כדין כללי ולא כמקרה פרטי, אך טעם החיוב איננו טעם מיוחד לדין זה, אלא נובע מהגדרתו כתם. לפי זה, עומדת גישה זו בשיטת הביניים שהצענו לעיל.<sup>92</sup>

המשך הסוגיות בירושלמי נוטה אף הוא למגמה הרואה בצורורות דין כללי, ובדרך זו דן הירושלמי במקרים שונים של נזק שהוא חוץ לגופה (ראה בעיותיו של ר' ירמיה: נוד מלא שמן, טבלה מונחת וזכוכית עליה וכו'), וכן מוסיף ודן בשאלת הפטור ברשות הרבים. נקודה נוספת שיש להאיר ביחס לסוגיית הירושלמי היא הברייטא לגבי תרנגולים, הנשנית כבבלי ("תרנגולים שהידסו... משלם נזק שלם. הידסו עפר על גבי עיסה או על גבי פירות משלמין חצי נזק"), ולא כתוספתא,<sup>93</sup> וגם בכך יש סימן לתפיסת הירושלמי, הרואה בצורורות דין כללי, ועל כן שיטת רבנן בהעלאת עפר על ידי תרנגולים היא שמשלם חצי נזק.

לסיכום, הירושלמי הבין, ככל הנראה, את דין צורורות כדין כללי שהגדרתו היא נזק בדבר שהוא חוץ לגופה, ולא מקרה פרטי בלבד. שורשה של תפיסה זו הוא כבר בימי האמוראים, בדברי ר' אלעזר, ר' אילא ור' זעירא. לצד זאת, אין ראיה לכך שהירושלמי הכיר את חידושו של רבא לפיו דין צורורות נובע מ"הלכתא גמירי לה", ונראה, כי סבר שחיובו הוא מכוח הגדרתו כתם. שיטה זו היא שלב ביניים בהתפתחות דין צורורות: הוא אומנם מוגדר כדין מיוחד, אך שלא כבבלי, הגדרה זו לא הובילה להגדרה משפטית ייחודית לו, אלא הוא נותר בתחום דיני נזיקין ה"רגילים", היינו: בתוך מסגרת תמים ומועדים.<sup>94</sup>

## 7.2. מגמות פשטניות בשיטות ראשונים בסוגיה

דרך מקובלת בראשונים היא בהתאם לתפיסת התלמוד הבבלי, לפיה צורורות הם כרגל מועדת ("אורחיה"), אך ה"הלכתא" הפחיתה את חיוב התשלום מנזק שלם לחצי נזק. בדברים להלן נבחן – לסיום פרק זה – סימנים

<sup>92</sup> אטלס, להתפתחות הסוגיא, עמ' ח – י, רואה בשיטת ר' זעירא (=ר' זירא) סתירה לשיטתו בבבלי, שם סובר שפטור על צורורות ברשות הרבים, ובשל כך הופך את הגרסה בירושלמי, ולפי זה ר' זעירא סובר שאין העדאה. עמדה זו נובעת מהזיהוי בין הסובר שחיוב ברשות הרבים לבין הסובר שצורורות הם תולדת קרן, ובינם לבין הסובר שיש העדאה, אך כפי שהראנו בסעיפים הקודמים, אין בכך הכרח. בהחלט ייתכן שר' זעירא סבר שיש העדאה ככל תם, אך פטור ברשות הרבים ככל רגל, תמה או מועדת. להחלפת הגרסה, לפיכך, אין בסיס (וראו שם עמ' ט ראייתו ממהלך הסוגיה, וגם היא איננה מכריעה).

<sup>93</sup> ראו דיוננו בנוסח התוספתא לעיל, סעיף 1.2.

<sup>94</sup> כפירושנו נקט גם ר"י לוי, עמ' כב – כה (למשל, ביחס לדברי ר' אלעזר: "דחשיב היזק בכל דבר שהוא חוץ לגופה לשינוי" ועוד). ראו להלן גישה דומה בפירוש המשניות להרמב"ם, וראו גם וייס, לעיל סמוך להערה 46. העמדת המשנה על פי הירושלמי כמחלקת בין תמים למועדים מאפשרת את הבנת מימרת רב הונא ביחס לתרנגולים בלא צורך באוקימתות שבבבלי (ראו לעיל, סמוך להערות 77 – 79). באשר לשיטת סומכוס, הירושלמי אינו מבאר את הדברים, ועל כן ייתכן שנתפס כחולק על הכלל כולו, כהבנה האמוראית בבבלי, שהוצגה לעיל, או שהוא חולק נקודתית, כפי שהציעו ר' ישראל לוי כאן וחוקרים אחרים, ראו לעיל הערה 47.

בראשונים לתפיסה שהוצגה לעיל כפשט המשנה, היינו התיחסות לצוררות כרגל שאינה מועדת, ומתוך כך משלם חצי נזק.<sup>95</sup>

#### ז.1.7. רמב"ם, פירוש המשניות (פ"ב מ"א):

העיקר בכל הסוג הזה מן הנזקין שכל נזק הבא מהבהמה בעת שעשתה מה שדרכה לעשות תמיד או על הרוב וזהו שאומרים עליו כדרכה משלם נזק שלם. ושלם כדרכה, הוא שיהא אותו הדבר שעשתה אינה עושה אותו אלא במיעוט או שנעשה הדבר באמצעות פעולה אחרת ולא היתה הבהמה היא הפועלת אותו הדבר פעולה ישירה, בזה חייב חצי נזק, וזה החצי נזק שחייב בצוררות הניתנות מתחת רגליה דוקא הרי הוא משלם מן העליה כמו שנבאר בשמיני דמסכתא זו...<sup>96</sup>

ובפרק שמיני כתב הרמב"ם (מ"א, בעניין אי גביית קנס בבבל):

אבל חצי נזק צוררות שנזכר בפרק השני ממסכתא זו והוא אם היו צוררות מנתזין מתחת רגליה ושברו את הכלים משלם חצי נזק מן העליה לפי שהוא הלכה לא קנס וגובין אותו בחוצה לארץ... על פי הרמב"ם, צוררות מוגדרים "שלא כדרכה", אך אין זה בעקבות היותם לא שכיחים, אלא על סמך אופי הנזק המיוחד לצוררות, היינו: נזק שלא נעשה ישירות על ידי הבהמה (והגדרה זו מתאימה לכל פרטי צוררות). החלוקה במשנה, לפירוש הרמב"ם, ברורה: נזק כדרכה משלם נזק שלם, ונזק שלא כדרכה משלם חצי נזק, כאשר בסוג נזק זה קיימת חלוקה פנימית בין נזק שלא כדרכה מצד שכיחות המעשה ושלא כדרכה מצד האופן (צוררות). חלוקה זו דומה להסבר הפשוט במשנה, לפיו ישנה "רגל מועדת" ומשלם עליה נזק שלם, וזוהי רגל כדרכה, וישנה רגל שאינה מועדת, עליה משלם חצי נזק, וזוהי רגל שלא כדרכה.<sup>97</sup> מדברי הרמב"ם: "כי הוא ישלם מן העלייה" וההפניה לפרק שמיני, שם תולה הרמב"ם דבר זה בהלכתא גמירי לה, נראה כי הרמב"ם לא

<sup>95</sup> מבין האחרונים, ראו בדומה לכך פני יהושע (ג ע"ב, ד"ה לרבא דמיבעיא ליה), המשווה בשיטת רב פפא ש"פלגא נזקא ממונא" בין צוררות לבין קרן תמה, ומגדיר את שניהם כדבר ש"אורחא קצת", אך אינם אורחא כרגל. לשיטות דומות באחרונים ראו הרב דוב דומב, פירוש רבנו חננאל, עמ' לו הערה 33, וראו גם להלן הערה 104.

<sup>96</sup> מהדורת הרב קאפח, עמ' ט – י.

<sup>97</sup> על פי הרמב"ם, המאחד את צוררות (לאחר ההלכתא, כאמור להלן בפנים) ונזקים חריגים, מסתבר שלכולם הגדרה משותפת, וזוהי "רגל שאינה מועדת" (אך ראו דבריו במשנה תורה, הלכות נזקי ממון, פ"ב ה"א, כנראה בעקבות פירוש הרי"ף לסוגיית הפתיחה של המסכת, כדלקמן). כעיקרון זה, ככל הנראה, פירש הרי"ף (א ע"א בדפי הרי"ף) את קושיית הבבלי (ב ע"א) "תולדותיהן כיצא בהן או לאו כיצא בהן": האם תולדת מועד מועדת כמוהו או שאינה מועדת (ראה רמ"ש שפירא, קונטרס הביאורים, סי' א), ולפי זה ייתכנו תמות ומועדות בכל אבות הנזקין, ותולדה תמה של אב מועד תתאפיין בתשלום חצי נזק מגופו. עם זאת, מסקנת הגמרא איננה מקיימת את ההווה אמינא בכל אבות הנזקין ותולדותיהם, למעט צוררות. ראשונים אחרים (רש"י, בעלי התוספות), ככל הנראה בהשפעת סתם התלמוד במספר סוגיות (לדוגמא: טז ע"ב), מפרשים שכל "משונה" מוגדר כקרן תמה, ולפיהם כלל אין מציאות של תמות שאיננה באב הנזק קרן (ראו רש"י, יז ע"א, ד"ה היתה מבעטת, והשוו ב ע"ב, ד"ה בעיטה. "משונה" הוא המונח המשמש גם ביחס לתשלומי חצי נזק במקרים אחרים, ראו על "אכלה כסות או כלים" רש"י, יט ע"ב, ד"ה משלמת ח"נ).



התעלם מדברי הגמרא, וניסה לקשור בין הבנתו במשנה לסוגיית הגמרא. על תפיסה זו יקשה, מאחר שצורות מוגדרים כ"לא כדרכה", ועל כן משלם חצי נזק (כדין תם), מה הצורך בהלכתא?

פתרון מסתבר לבעיה זו טמון במשמעות ה"הלכתא גמירי לה". על פי הרמב"ם, אין מדובר בהלכה המנותקת מהמערכת המשפטית הכללית, אלא "הלכה מקובלת", שיש לשלבה בהגדרות המשפטיות הקיימות.<sup>98</sup> במקרה של צורות, לאחר שגובש הדין ונמצא לו מכנה משותף (נזק שאיננו נעשה ישירות על ידי גוף הבהמה), ללא החידוש בדין זה היינו אומרים שצורות הם נזק כדרכה, ואין להבדיל בינו לבין שאר סוגי הנזקים משום ש"כוחו כגופו", ומשלם נזק שלם. מחדש רבא, שלמרות האמור, "הלכתא גמירי לה" שאופן זה איננו נזק רגיל, אלא מכוח אופיו של הנזק הוא שייך לכלל הנזקים שאינם כדרכה, ובשל כך משלם חצי נזק בלבד.

ברם, גם לשיטת הרמב"ם אין זה נזק ככל נזק "שלא כדרכה". אשר על כן, לאחר שה"הלכתא" הציבה את צורות במערכת של "לא כדרכה" מסתפק רבא עד כמה הגדרה זו מוחלטת, או: עד כמה קיימת זהות בין שני סוגי נזק שלא כדרכה, ועולה השאלה, האם משלם מגופו או מהעלייה. למסקנת הסוגיות התלמודיות (על פי ספקן של רב אשי וסוגיית הגמרא, ג ע"ב), חצי נזק צורות איננו כ"לא כדרכה" מחמת השכיחות (שהוא קנס), אלא ממון הוא, ומשלם מהעלייה.

## ז.2.7. פירוש רבנו חננאל

בגמרא, על פי גרסת הדפוס, מובא הספק הבא (יט ע"א):

בעי מיניה ר' אבא בר ממל מר' אמי... היתה מהלכת במקום שאי אפשר לה אלא אם כן מנתזת, ובעטה והתיזה והזיקה,<sup>99</sup> מהו, כיון דאי אפשר לה אורחיה הוא, או דלמא השתא מיהא מחמת ביעוט קמנתזה צורות? תיקו.<sup>100</sup>

על פי גרסה זו, שאלת ר' אבא בר ממל היא האם צורות אלו, שאומנם נעשו בבעיטה, אך קיומם הוא מחוייב המציאות (מאחר ואי אפשר לה אלא אם כן מנתזת), מוגדרים כצורות רגילים או כצורות משונים (במידה שיש הבדל הלכתי בין צורות אלו לצורות רגילים, וראו שתי לשונות ברש"י).  
הר"ח מפרש שאלה זו באופן שונה:

<sup>98</sup> בהתאם לשיטתו בפירוש המונח "הלכתא גמירי לה", בניגוד לשיטת רש"י, ראו הערה 42.

<sup>99</sup> "והזיקה" חסר בכת"י המבורג ובכת"י מינכן.

<sup>100</sup> לחילופי נוסח בקטע זה ראו להלן, הערה 101.

בעי' ר' אבא בר ממל, היתה מהלכת במקום צרורות, שאי אפשר לה אלא אם כן מנתזת, ובעטה והתיזה, מהו? כיון שלא אפשר לסגויי אא"כ מנתזת אורחה היא, ורגל ברשות הניזק נזק שלם משלם, או דלמא השתא מיהת מחמת ביעוט נתזו וצרורות ניהו.

לפי דבריו, ספקה של הגמרא הוא האם מקרה זה מוגדר כרגל רגילה, ומשלם נזק שלם, או שמא מוגדר כצרורות.<sup>101</sup> משמעות הדברים היא כי במקרה שצרורות הם מחוייבי המציאות, הרי הם מוגדרים כ"אורחה" וכרגל מועדת, ומשלם נזק שלם, ואילו צרורות רגילים (או צרורות מחמת ביעוט כשאי אפשר לה אלא אם כן מנתזת, לצד השני בספק זה), מוגדרים כ"לא אורחה", ומשלם חצי נזק.

העולה מדברי הר"ח הוא כי צרורות מוגדרים כ"לא אורחה" וזאת בשל היותם מקרה חריג, ועל כן משלם חצי נזק. תפיסה זו היא כהבנה הראשונית בטעם החיוב בצרורות: חיוב חצי נזק מכח תם, ואף דין כללי אין כאן, משום שצרורות שיהיו מחוייבי המציאות יוגדרו כמועד (ובכך הר"ח אף יותר קרוב לפשט המשנה מהרמב"ם).

### ז.7.3. תפישתו של ר' אבא בר ממל בדין צרורות לאור דברי הר"ח

ספקו של ר' אבא בר ממל, על פי הנוסח שלפנינו, מבוסס על ההכרה בדין צרורות כרגל מועדת, וכן מתבסס על כך שיש דין ייחודי לצרורות משונים (רבע נזק או העדאה, ראה רש"י), כשהדין הוא לגבי צרורות על ידי שינוי במקרה שאי אפשר שלא תתזו צרורות. אין להוכיח מכאן, כי ר' אבא בר ממל (דור שלישי לאמוראי ארץ ישראל) וכן החכמים אליהם הפנה את השאלה (רבי אמי או ר' חייא בר אבא) הכירו את דין צרורות כפי שפותח מאוחר יותר בבבלי על ידי רבא (דור רביעי), וזאת מכיוון שההתייחסות לצרורות היא חלק מביאור סתם התלמוד לקושיתו: "היתה מהלכת... מהו? כיון דאי אפשר לה אורחה הוא, או דלמא...". גרעינו של הספק יכול להתפרש גם בדרכים אחרות, כגון: האם מוגדר כתם או כמועד, או: מה דינו ברשות הרבים, זאת בדומה לבעיותיו של ר' ירמיה בהמשך הסוגיה בבבלי, וכן ברוח דיונו בירושלמי.<sup>102</sup> על פי גרסת רבנו חננאל, גם לפי סתם התלמוד משמע שר' אבא בר ממל לא הכיר בדינם המיוחד של צרורות, וייתכן שיש כאן סוגיה החולקת על דברי רבא, ומביאה את ר' אבא בר ממל, המעמיד את המשנה כפשטה.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> גרסתו בסוגיית הגמרא היתה: "או דלמא השתא מיהת מחמת ביעוט נתזו וצרורות ניהו". גרסה זו מופיעה גם ברי"ף בדפוס וילנא, וראו הערה 62 לגבי נוסחאות המשמיות קטע זה מן הרי"ף. הרמב"ם גרס ככל הנראה כגרסת הדפוס, כמשתמע מדבריו במשנה תורה, מהם עולה שהספק הוא בין חצי נזק לרבע נזק, כספק בצרורות משונים (נזקי ממון, פ"ב ה"ו). בכתבי יד של התלמוד, כתב יד המבורג גורס: "כיון דאי אפשר לה אורחה הוא, או דיל' השתא מיהא מחמת בעוט קא אתיא תיקו". גרסה זו יכולה להתפרש הן כר"ח והן כפירוש המקובל. כת"י מינכן, כת"י פירנצה וכת"י וטיקן קרובים או שווים לגרסת הדפוס (בכת"י מינכן ווטיקן: "קא מנתזה צרורות", ובכת"י פירנצה: "קאתיין צרורות").

<sup>102</sup> אם כי אין זהות מוחלטת (השוו דבריו לעיל בפרק העוסק בירושלמי).

<sup>103</sup> אך בסוף ביאור ספק זה כותב הר"ח: "וכל הני שמעתתא דסלקא להו בתיקו קיימא לן דממונא לקולא ולא מפקין", ממנה משתמע כי ספק זה הוא להלכה. ליישוב הדברים יהיה צריך לומר, כי הספק מתקיים גם אליבא דרבא, אך לא בין נזק שלם לחצי נזק, אלא בין

סוגיה נוספת, בה מתייחס הר"ח לדברי ר' אבא בר ממל, היא סוגיית גללים (יח ע"ב), אך ממנה משתמעת גישה שונה: על העמדת הגמרא, שהטלת גללים איננה משונה משום "דדחיק ליה עלמא" וחייב חצי נזק כצורות, כותב הר"ח: "דדחיק ליה עלמא, כלומר: היה דחוק, ונתזו הגללים בתוך העיסה. כגון זה אינו שינוי, כדבעינן למימר לקמן – היתה מהלכת במקום שאי אפשר לה וכו'". לפי דברים אלו, הטלת גללים כשדחיק ליה עלמא (על פי המסקנה כאן: צורות) שווה להתזת צורות במקום שאי אפשר לה אלא אם כן מנתזת (בלא בעיטה), ולפי חכמים בשני המקרים משלם חצי נזק, וזאת בניגוד לדברי הר"ח בסוגיית היתה מהלכת.<sup>104</sup>

---

חצי נזק לרביע נזק או להעדאה. אפשרות נוספת היא להעמיד את הספק כלשונו גם אליבא דרבא, ולפרש את רבא במסגרת גרדי "אורחה" (אך הדברים דחוקים יותר מאשר ברמב"ם, משום שקשה יותר להכלילם, כאמור בפנים).  
<sup>104</sup> ראו רמ"ש שפירא, קונטרס הביאורים, סימן מו, המפרש את הר"ח כדרכנו בפנים, ובדומה לו את הרמב"ם בפיה"מ, וכן מבחין ביניהם בהתאם לדרך זו (היינו: לרמב"ם בכל מקרה יוגדר המעשה כמעשה שלא כדרכה, גם אם אי אפשר לה אלא אם כן מנתזת). יחד עם זאת, הוא איננו מציין במפורש שהחיוב הוא משום דין תם, אלא "מהלכה, משום שלא כדרכה" (ראו שיטות דומות לעיל, הערה 95). ראו עוד שם קושייתו מהשוואת דברי ר"ח בשתי הסוגיות הנזכרות בפנים. שאלתו שונה במיקודה משאלתנו, והוא איננו עומד על הסתירה בין הסוגיות המשליכה גם על הבנת דין צורות, אלא על שאלת ההכרעה בהגדרת המעשה כשינוי. ע"ש תירוציו, על פיהם ניתן ליצור הבחנה בין הסוגיות. על פירוש רבנו חננאל לתלמוד ומקורותיו, וכן בפרט בנוגע להשערת קיומם של מהדורות שונות בפירושו והבעייתיות בפירוש הנדפס, ראו צא שמע, הספרות הפרשנית, עמ' 120 – 139.

## שער שלישי – סיכום

בדברים לעיל הוצג התהליך שחל בהבנת דין צרורות במקורות השונים, החל מהמקורות התנאיים וכלה בסתם התלמוד. על פי דברינו, בתחילה הובן דין זה כמקרה נקודתי של נזקי רגל שלא כדרכה, המשלם חצי נזק ככל תם. במהלך השלבים השונים הלכה והתפתחה מחלוקת בין חכמים לסומכוס, שהוגדרה בימי רבא כמחלוקת בכל מקרה של נזק שלא נעשה ישירות בגוף הבהמה (וזהו דין צרורות המוכר). כתוצאה מתהליך זה השתנתה, לפי הפרשנות המקובלת, הבנת צרורות מנזקי תם לנזקי מועד (תולדת רגל מועדת) בעל דין מיוחד: "הלכתא גמירי לה" שמשלם חצי נזק. הסבר זה שונה מהסברו של אברהם וייס, ולפיו צרורות מראשיתו היה דין כללי ומיוחד בדינו, ורק העמדת מחלוקת גורפת בין סומכוס לחכמים היא תהליך מאוחר, בטר אמוראי, וכן שונה מהסברו של שמואל אטלס, המציג אף הוא התפתחות בדין צרורות, אך זו ראשיתה בהבנתו כקרבן, המשכה בספק וסופה בהבנתו כרגל, כשלא מוצע מניע לתהליך זה, ותוצאתו תמוהה.

שלבי התפתחות של דין צרורות, עליהם עמדנו בפרק זה, הם כדלקמן:

1. על פי פשוט המשנה, סוגי הנזקים נחלקים לשניים: תמים, המשלמים חצי נזק מגופם, ומועדים, המשלמים נזק שלם מן העלייה. על פי חלוקה זו, רגל, השוכרת בדרך הילוכה, מוגדרת כמועדת (וכן נזקים נוספים, המוזכרים בפרק א: שן, שור המועד וכו'). ברובד שני, מפרטת המשנה (פרק ב) את פרטי הדינים השונים שהוזכרו בפרק א. על פי פירוט זה, ישנם נזקים הנעשים על ידי הרגל אך אינם מועדים, לדוגמה: בעיטה וצרורות. אלו מקרים פרטיים, שאינם עונים להגדרת "הבהמה מועדת להלך כדרכה ולשבר", ובדומה לנזקים אלו מצאנו בשן – אכילת כסות וכלים. התוספתא מרחיבה את דיני רגל במספר מישורים (דיני רשויות, נזקים באמצעות גוף הבהמה). בנוסף להרחבות אלו עלו בתוספתא מספר מחלוקות נקודתיות בין סומכוס לחכמים. בחלק מהמקרים (חזיר שהזיק בחוטמו, רוח כנפי תרנגולים) סובר סומכוס שמשלם נזק שלם, על פי הפירוש הפשוט – משום שהמזיק מוגדר כמועד, ובמקרה אחר (שיבור חליפין על ידי תרנגולים שירדו לגינה) סובר סומכוס שמשלם חצי נזק – כתם. שלב מקביל הוא פשוטת הברייתא המובאת בבבלי: "הידוס אינו מועד, ויש אומרים: הרי זה מועד". המכנה המשותף למחלוקות אלו הוא שאלת המועדות.
2. במספר ברייתות המופיעות בבבלי ניתן להבחין בתחילת גיבושה של מחלוקת כללית בין סומכוס לחכמים, זאת על סמך הפיכת הדינים בתוספתא (תרנגול שהעלה עפר על גבי עיסה משלם חצי נזק) והוספת דעת סומכוס החולקת (סובר כי משלם נזק שלם), וכן הוספת תשלום נזק שלם בצרורות לדעת סומכוס (בסמוך לחזיר). המכנה המשותף למחלוקות אלו הוא נזק שלא נעשה ישירות על ידי גוף הבהמה.
3. רבא בבבלי, כשלב מסיים לתהליך שהחל בברייתות הנ"ל, הגדיר את דין צרורות ואת המחלוקת לגביו בעזרת ההשוואה לזב, המבארת את שיטת חכמים. הגדרת צרורות כמחלוקת כללית גרמה לפסילת ההסבר

הנקודתי (מועד / אינו מועד) לדינים השונים הכלולים בצרורות, והאפיונים: כוחו וגופו יצרו קשיים בהבנת שיטת חכמים. כפתרון לבעיות אלו העמיד רבא את דין צרורות כדין חריג, שאיננו עונה לקריטריונים המשפטיים המקובלים: אומנם כוחו כגופו, וצרורות הם ככל נזקי רגל מועדת, אך "הלכתא גמירי לה" שמשלם חצי נזק בלבד.

4. הגדרתו של רבא התקבלה על ידי רב אשי ועל ידי סתם התלמוד, ואצלם הוסיף והתגבש דין זה: רבא עודנו מסתפק, האם יהיו לצרורות מאפייני תם (ותהיה לו העדאה וכן ישלם מגופו), אך רב אשי נוטה להגדיר את צרורות יותר ויותר כמועד (ולו עצמו ייתכן שאף יהיה "שינוי" לרביע נזק). סתם התלמוד השלים את הבנת צרורות כרגל מועדת בעלת דין חריג, ולפי תפיסה זו ביאר את המקורות התנאיים השונים ואף שינה אותם והעמיד בהם אוקימתות המתיישבות עם תפיסתו. כן העמיד אליבא דרב פפא, שצרורות משלם מהעלייה כמועד רגיל, נקודה בה רבא עודנו מסתפק. בבבלי מובאים אמוראים נוספים (ארץ ישראלים ובבליים קדומים לרבא), וסתם התלמוד מעמיד את שמועותיהם על פי תפיסותיו בדין צרורות. מנגד, גרעינים של המימרות והספקות של חכמים אלו (ללא ביאורי התלמוד) איננו מצביע בהכרח על היכרות עם דינו של רבא. לאור תהליך זה ניסינו לאפיין את סוגיות הירושלמי. הירושלמי נמצא, ככל הנראה, בשלב ביניים: הוא מכיר בצרורות כדין כללי ("דבר שהוא חוץ לגופה"), אך אין ראיה לכך שהכיר את דינו כחריג, ומסתבר, שסבר כי משלם חצי נזק כתם. הסברנו זה דומה לפירושו של ר' ישראל לוי לסוגיות הירושלמי, הקרוב לתפיסתנו גם בפירושו למקצת המקורות התנאיים הנדונים.

מבין הראשונים הובאו שני פירושים, רבנו חננאל (ביחס למימרה אחת) והרמב"ם (לפיו ייתכן, כי כך פירש אף את סוגיות הבבלי), מהם משתמעת פרשנות הקרובה לפרשנות הראשונית, לפיה חיוב חצי נזק הוא מכוח הגדרת צרורות כתם, ונבחנה התאמתם לתפיסת דין צרורות.

התהליך שאיתרנו בתלמוד הבבלי הוא רב משמעות במסגרת הנושא הכללי של עבודתנו. לפנינו תהליך המשגתי, שבו הפך המקרה הפרטי לעקרון משפטי כללי. זהו כשלעצמו תהליך מוכר, בפרט בתלמוד הבבלי, וכאן ראינו כדוגמתו במידת מה גם בתלמוד הירושלמי. אולם הבבלי במקרה דנן, החל מרבא וכלה בסתם התלמוד, התקדם צעד נוסף. התהליך ההתפתחותי הנסקר, על אף שביסודו הוא תהליך משפטי פנימי, מוביל בסופו של דבר לניתוק ההלכה ממערכת דיני הנזיקין הסטנדרטית. בשל גורמים שונים, אותם ניתחנו לעיל, הוצב דין צרורות כהלכה חריגה, שמקורה הוא "הלכתא גמירי לה", ואין היא מבוססת על שיקולי חיוב ופטור "נזיקיים". לעת עתה אין בידנו לעמוד על מלוא משמעותה של תופעה זו; בשער הקודם ראינו תהליך אחר שתוצאתו דומה, ובשערים הבאים נבחן את תהליכי התפתחותם של יתר מקרי הפטור. כל אלו יאפשרו לנו בסיכומה של העבודה לנתח את התופעה בכללה.

## שער רביעי: טמון באש

### מבוא

נזקי אש מפורשים במקרא (שמות כב, ה) :

כִּי תֵצֵא אִשׁ וּמִצָּאָה קִצִּים וְנֹאכַל גְּדִישׁ אוֹ הַקֶּמֶה אוֹ הַשְּׂדֶה שְׁלֵם יִשְׁלַם הַמִּבְעֵר אֶת הַבְּעֵרָה :

אש הוא אב נזק ייחודי, בהשוואה לנזקי ממון אחרים, שכן אפשר לראותו כמי שנובע ישירות ממעשה האדם.<sup>1</sup> ואכן, יש במקורות חז"ל שראו בו נזקי גופו, או: מעין נזקי גופו. כך הם הדברים במחלוקת המפורסמת, האם "אשו משום חציו" או "אשו משום ממונו" (כב ע"א), וכן הוא במכילתא דר' ישמעאל (מסכתא דנזקין, פרשה יד, עמ' 297) :

כי תצא אש. למה נאמר, עד שלא יאמר יש לי בדין, הואיל וחייב ע"י קנוי לו לא יהא חייב על ידי עצמו? אם זכיתי מן הדין, למה נאמר כי תצא אש? אלא בא הכתוב לעשות את האונס כרצון ושאינו מתכוין כמתכוין ואת האשה כאיש לכל הנזקין שבתורה.<sup>2</sup>

פטור טמון באש מופיע בשלל המקורות התנאיים שבידינו. המכילתא דר' ישמעאל (שם) סומכת פטור זה לכתוב:

ונאכל גדיש. הכל במשמע, וכן סואר של קנים ושל קורות, וכן מדבך של אבנים ושל צרורות שהתקינו לסיד. או הקמה, אף האילן במשמע. או השדה, אפילו ליחכה את העפר; או אפילו היו לו כלים טמונים בגדיש והדליקן, תלמוד לומר או הקמה או השדה, מה השדה בגלוי אף הקמה בגלוי.

חלקו הראשון של המדרש מטיל חיוב רחב על נזקי אש – אבנים, עפר ועוד. החלק השני מצמצם את החיוב, וממעט כלים טמונים בגדיש. ההלכה איננה מבארת את טעמו של הפטור, אלא לומדת אותו מהכתוב: "תלמוד לומר או הקמה או השדה, מה השדה בגלוי אף הקמה בגלוי".

ענייננו בשער זה הוא בטעמו ומקורו של הפטור הנזכר, זאת לצד שאלת הגדרת נזקי אש, כנזקי אדם או כממונו המזיק, ושתי מטרות אלו, כפי שנראה, משולבות זו בזו. המכילתא סומכת אומנם פטור זה לכתוב, אך –

<sup>1</sup> השוו גם "פירוש הגאון למבעה זה אדם" ודיונו של הר' וינברג בעניין זה, שרידי אש, עמ' צו – קב. הגדרת נזקי אש כנזקי אדם מבארת את החיוב הרחב יחסית המוטל על המזיק, ראו להלן בפנים. גישה שונה במחקר תולה את ייחודיותו של אב הנזק אש באופי הנזק הנגרם על ידי המזיק, אשר בשלו מוטלת על מבעיר האש אחריות מוחלטת – האש מותירה אחריה הרס וחורבן, כך שקשה לעמוד על נקודת ההתחלה שלה ולהוכיח את קיומה של רשלנות מצד המזיק. ראו על כך לבמור, משפט השוואתי, עמ' 269 – 270. מקורות חז"ל לא נקטו בדרך זו, ונתייחס לכך להלן, בגוף דיונו בפטור טמון.

<sup>2</sup> לביאור מפורט של המכילתא ותפיסת נזקי אש המשולבת בה ראו להלן, ראש פרק ט.

וזו הרי דרכם של מדרשי ההלכה – אין בכך כדי לשלול את הטענה, שיש טעם העומד מאחוריו.<sup>3</sup> ואכן, כך עולה מחלק ניכר מהמקורות שבידינו. אולם מקורות אחרים, שעל זמנם ותפסתם נעמוד בדיוננו, מנתקות במידה מלאה או חלקית את הפטור מסברתו, ותולות אותו בכתוב בלבד.<sup>4</sup>

דיוננו יפתח בניתוח המקורות הישירים העוסקים בפטור ובקריטריונים להחלתו, אשר מתוכם ניתן יהיה ללמוד על הטעם העומד ביסודו של פטור זה. לאחר מכן נבחן את התהליך שבעקבותיו נותק הפטור מסברתו, ונעמוד על המניעים לתהליך זה.<sup>5</sup> במקביל, נדון בשאלת הגדרת נזקי אש. בדברינו נראה, כי לתפיסת פטור טמון היתה השפעה רבת משמעות על שאלה זו. כפי שנטען, פטור טמון הוביל לשינוי העמדה הדומיננטית, אשר זיהתה בין פטור טמון לבין אדם המזיק, ולקבלת העמדה המנוגדת, הרואה את נזקי אש במסגרת נזקי ממונו. ייתכן אף, כי שינוי זה הוא תוצאה ישירה של תהליך גיבושו של פטור טמון כפטור ייחודי וחריג, אותו נתאר בדברינו. זאת מאחר והסבתו של פטור טמון לאדם המזיק – כתוצאה מהגדרת אש כנזקי אדם – היא מהלך רב משמעות, שלא בנקל ניתן לשלבו עם החיוב הרחב בדרך כלל המוטל על אדם המזיק. כדרכנו, אף בעניין זה נבחן את העמדות השונות במקורות התלמודיים ובין פרשני התלמוד. מכל מקום, נפתח את עיוננו בדיון במקומו של פטור טמון בין דיני נזקי אש.

---

<sup>3</sup> ראו מבוא, סעיף 2.1; סיכום, סעיף 4.2.

<sup>4</sup> ראו מבוא, סעיף 2.2.

<sup>5</sup> על המתח בין תפיסת פטור טמון כמבוסס על שיקולים נזיקיים לניתוקו מן הסברא וביסוסו על הכתוב בלבד עמד ח"י לוין במאמרו "תשלומי נזקי טמון באש" (לוין, מכילתא, עמ' 229 – 251). בניגוד למוצע להלן, אין הוא רואה בכך תהליך התפתחותי, אלא שתי תפיסות שהתקיימו במקביל, במקורות התנאיים ובתלמודים (על נקודות בדבריו נעמוד בהערות הבאות. לסיכום עמדתו ראו שם, עמ' 249 – 251). כמו כן, אין הוא מקשר לעניין זה את שאלת הגדרת נזקי אש (בכך עסק לוין בנפרד, ראו להלן, 0, סמוך להערה 12).

## פרק ח

### פטור טמון, טעמו ומקורו

#### ח.1. טעמו ומקורו של פטור טמון בספרות התנאית

פטור טמון נדון במשנת פרק שישי. כך שנינו במשנה (פ"ו מ"ז [מ"ה]):

המדליק את הגדיש והיו בו כלים<sup>1</sup> ר' יהודה אומ' ישלם כל<sup>2</sup> מה שהיה שבתוכו<sup>3</sup> וחכמ' אומ' אינו משלם אלא גדיש של חטים או גדיש של שעורים.

היה גדי כפות בו<sup>4</sup> ועבד סמוך לו ונישרף עמו חייב עבד כפות לו וגדי סמוך לו ונישרף עמו פטור. ומודים חכמ' לר' יהודה במדליק את הבירה שהוא משלם כל מה שבתוכה שכן דרך בני אדם להניח בבתי.

בחלקה הראשון של המשנה נחלקו חכמים ור' יהודה בדינו של המדליק את הגדיש והיו בו כלים – ר' יהודה מחייב וחכמים פוטרים. חלקה השני של המשנה דן במדליק את הגדיש, ונישרפו עמו גדי ועבד.<sup>5</sup> חלקה השלישי של המשנה עוסק במדליק בית, שאף חכמים מודים, כי חייב על כל מה שבתוך הבית, וטעמם "שכן דרך בני אדם להניח בבתי".

מטעמם של חכמים במדליק את הבירה יש ללמוד לטעמם במדליק את הגדיש. מדליק את הבירה חייב, שכן דרך בני אדם להניח בבתי. מכאן, שמדליק את הגדיש פטור, משום שאין דרך בני אדם להניח כלים בגדיש. כך

<sup>1</sup> בכ"י מינכן ופירנצה של משנת הבבלי ובדפוס המשנה נוסף: "ודלקו". בדפוס נפולי של המשנה: "ונדלקו".

<sup>2</sup> "כל" חסר בדפוס, אך מופיע בדפוס נפולי. ייתכן שהדברים נובעים ממחלוקת הראשונים בשאלת היקף החיוב בשיטת ר' יהודה, ראו להלן הערה 52.

<sup>3</sup> שי"ן מיותרת (לא נוקדה על ידי מנקד כתה"י). הנוסח "שבתוכו" משקף את הגרסא המשמיטה "שהיה" (דהיינו: "משלם כל מה שבתוכו") כדלקמן, וכאן נשתלבו שתי הגרסאות "שהיה" ו"שבתוכו". "היה" חסר בכת"י פרמה, פרמה "ג", פריס ובדפוס, וכן חסר בכמה עדי נוסח של משנת הבבלי (כתבי היד מינכן, פירנצה, וטיקן וקטע ניו יורק, אדלר-שטרוק 117), וכן במשנת כ"י לידן של הירושלמי ובקטע אוקספורד 2666. בסיפא של המשנה מופיע "היה" בכת"י הוצ' לו ובכת"י פרמה, וכן מופיע בכת"י אסקוריאל וכת"י המבורג של משנת הבבלי, במשנת כת"י לידן ובקטע קיימברידג' T-S E2, 69. בכת"י קויפמן (המצוטט בפנים), כת"י פרמה "ג" וכת"י פריס חסר. אי היציבות בעניין זה עולה גם בסוגיית הבבלי בדברי רב כהנא ורבא (להלן בפנים): בכת"י המבורג ואסקוריאל מופיע "שהיה" בדברי רב כהנא ובדברי רבא. בכת"י פירנצה ובדפוס חסר בדברי רב כהנא ומופיע בדברי רבא. בכת"י מינכן חסר בדברי רבא.

<sup>4</sup> בכת"י הוצ' לו, בכת"י פרמה, פרמה "ג", פריס ובדפוס: "לו".

<sup>5</sup> דין זה מפריד בין שתי הבבות העוסקות בטמון. ניתן לומר, שהמשנה שנתה ראשית את כלל פרטי דינו של מדליק את הגדיש, ולאחר מכן שנתה את דינו של מדליק את הבירה (ראו לוין, מכילתא, עמ' 238 ; 241). בדרך אחרת הולך רבנו תם, וכמוהו כנראה הרמב"ם (נזקי ממון, פ"ד ה"י, וראו ראב"ד ומגיד משנה, שם), היוצרים זיקה עניינית בין פטור טמון לגדי, על בסיס שאלת הגדרת המעשה כ"אורחיה" או "לאו אורחיה", ומכאן שילוב דין זה במקומו הנוכחי במשנה (ראו גם פירושו של ר' אשר, המובא בספר ההשלמה, עמ' לא, הבנוי בתבנית זו, אך מקשר בדרך שונה בין חלקי המשנה). דברי רבנו תם מופיעים בספר הישר, סימן תקל"ח, ובשינוי בתוס', ד"ה והיה, כב ע"ב. על שיטת רבנו תם בספר הישר ובתוס' ראו בהרחבה להלן, סמוך להערה 19.



למד ר' אבהו בשם ר' יוחנן בירושלמי (פ"ו ה"ז, ה ע"ג): "רבי אבהו בשם רבי יוחנן מודין חכמי' לרבי יודן בכלי גורן שדרכן להטמין", והיינו: דבר שדרכו להטמין חייב לשיטת חכמים, ואפילו במדליק את הגדיש. לדעתנו, בדומה לדרכו של ש' אלבק,<sup>6</sup> העקרון המנחה כאן הוא קביעת אחריותו של המזיק לנזק בהסתמך על קריטריון הפשיעה, או: רשלנות. אחריותו של המזיק לנזק איש היא לדברים צפויים, שדרכם להיות במקום הנזק.<sup>7</sup> אולם לדברים שאינם צפויים, שאין דרכם להיות במקום הנזק, כגון כלים בגדיש, הרי אין מוטלת אחריות על המזיק. במונחים השאולים מדיני הנזיקין המודרניים, לא מוטלת על המזיק חובה לצפות את הנזק, ומכאן שאין עליו חובת זהירות.<sup>8</sup>

תפיסה זו מתבססת על הטעם המפורש בדברי חכמים במדליק את הבירה, וכן היא עולה מדיונה של משנתנו בעבר ובגדי, הקושר להלכה כל דבר שאין דרכו להיות במקום הנזק, ולא דווקא טמון.<sup>9</sup> זו גם המגמה העולה מהמשניות הסמוכות למשנתנו, שאף אותן מנחה העקרון הנזכר.<sup>10</sup> לצד זאת, בין הפרשנים ובמחקר מצאנו גישות אחרות, שיסודן בתפיסות חלוקות בתלמודים. מן הצד האחד, יש שפירשו את נזקי אש המקראיים כמושתתים על אחריות מוחלטת, וזאת בשל אופיה של האש, המותירה אחריה הרס וחורבן, כך שקשה לעמוד על נקודת ההתחלה שלה ולהוכיח את קיומה של רשלנות מצד המזיק.<sup>11</sup> לפי זה, פטור טמון יתפרש כהגבלת האחריות המוחלטת, והסבתה לדברים גלויים בלבד, שהרי אין לחיוב על נזקים טמונים סוף. לכך ניתן לקשור את שיטת ר' הושעיה בהמשך סוגיית הירושלמי הנזכרת לעיל (פ"ו ה"ז, ה ע"ג), המבטל למעשה את פטור טמון, ומפרשו כשאלה ראייתית: "אמ' ר' הושעיה. בשאין עדים. אבל אם יש עדים כל עמא מודו על הדא דר' יוסי!" (צ"ל "יהודה", כבכת"י אסקוריאל ובדפוס).<sup>12</sup> פשטה של משנתנו, מכל מקום, איננו כר' הושעיה, שכן

<sup>6</sup> אלבק, נזיקין, עמ' 75 – 77; 163 – 167.

<sup>7</sup> לניתוח "דרך" בלשון חז"ל ראו דאובה, סיבתיות, עמ' 322 – 327, ואזכור המקרה דנן, שם, עמ' 325 (מסקנתו של דאובה למשמעות המשפטית המקורית של "דרך השומרים" איננה משליכה לענייננו על אף הטרמינולוגיה המשותפת. "דרך השומרים" מאפיין את התנהגותו של השומר, וכך ניתן לראות כאן קריטריון אובייקטיבי, שיסוד חיובו של השומר בו הוא המעשה שאיננו ראוי, בניגוד לרשלנות [ראו בהרחבה דאובה, שם]. לעומת זאת, "דרך בני אדם להניח בבתי"ם מתייחס לניזק, ומכאן פירושו, כי הוא מבאר מדוע היה על המזיק לצפות את המצאותם של הכלים בבירה שהבעיר, ויסוד חיובו של המזיק בו הוא הרשלנות).

<sup>8</sup> ראו מבוא, הערה 85.

<sup>9</sup> אלבק, נזיקין, עמ' 164 הערה 5. זוהי שיטת רבנו תם בפירוש המשנה, ראו להלן, סמוך להערה 19, וראו בהערה הנ"ל דיונו בגדי ועבר. כך משתמע גם מן המכילתא דרשב"י, שלשונה במקור המקביל לדין בירה שבמשנה הוא כדלקמן (מכילתא דרשב"י, כב ה, עמ' 198): "המדליק בתוך שלו יצאת אש ואכלה בתוך של חבריו הרי זה חייב, שכן דרך חצר להיות מכנס את הכל לתוכה". החפצים שבחצר אינם טמונים, ואף על פי כן שאלת החיוב בנזקיהם נקשרת לדין טמון, ומוכרעת בהתאם לשיקולים המנחים לגביו. על הלכה זו במכילתא ראו גם לוין, מכילתא, עמ' 236; 239 – 241.

<sup>10</sup> למשל, פ"ו מ"ה – מ"ו [מ"ד]: "עיברה גדר שהוא גבוה ארבע אמות או דרך הרבים או נהר פטור. המדליק בתוך שלו עד כמה תעבר הדליקה וכו'".

<sup>11</sup> ראו לבמור, משפט השוואתי, עמ' 269 – 270.

<sup>12</sup> רמב"ן, מלחמת ה', כו ע"ב בדפי הרי"ף, מפרש בהתאם לשיטת ר' הושעיה גם את מדליק בתוך של חברו שבדברי רבא בבבלי (בהתאם לחלוקת הבבלי בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו, ראו להלן בפנים), ובדרכו הלך לוין, מכילתא, עמ' 241 – 248.

היא עוסקת בחיוב ובפטור ולא בדיני ראיות, וכן אין פשט משנתנו והקשרה המקומי והכללי משתלבים עם העמדה הרואה בנזקי אש אחריות מוחלטת, כעולה מדברינו לעיל.

הגישה הדומיננטית ביחס לפטור טמון מרחיקת לכת לצד השני. בין הפרשנים ובמחקר נתפרשה שיטת חכמים במדליק את הגדיש כפטור מוחלט, ואפילו על כלים שדרך להטמין בגדיש, והיינו: המזיק פטור גם אם שיקולי האחריות מטילים את הכף לחובתו.<sup>13</sup> פירוש זה מסתייע בשיקולים פרשניים מקומיים, כדוגמת דיוק מן המשנה<sup>14</sup> או קושיית רבא שבבבלי,<sup>15</sup> אולם נראה כי שורשו בתפיסת פטור טמון, כפי שנתפתחה בבבלי, ונדון בדברים במפורט להלן.

הבנתנו במשנה, כאמור, שונה, ולפיה שני חלקי המשנה הולכים בדרך אחת ומכוחו של עקרון אחד. עקרון זה מאפיין חלק ניכר מדיני הנזיקין התלמודיים, ולפיו אחריותו של המזיק מושתתת על קביעת רשלנותו במקרה הנזק הנדון. כמגמה זו מתפרשת גם התוספתא, אשר מוסיפה על המשנה ומצמצמת את אחריותו של המזיק במקרה של נזק ברשותו (פ"ו הכ"ד, עמ' 26 – 27):

המדליק את הגדיש והיו בו כלים, ר' יהודה או' ישלם מה<sup>16</sup> שהיה בתוכו, וחכמים או' אין משלם אלא דמי גדיש בלבד של חטין, או גדיש של שעורין, ורואין את מקום הכלים כאילו מלא תבואה. ומודה ר' יהודה לחכמים<sup>17</sup> במשאל מקום לחבירו להגדיש, והטמין, שאין משלם אלא גדיש, גדיש של חטין וגדיש של שעורין, ורואין את מקום הכלים כאילו מלא תבואה. השאילו לגדוש בו חטין, וגדש שעורין, שעורים, וגדש חטין, אין משלם אלא שעורין. היה גדיש של חטין ומחופה בשעורין, שעורין ומחופה בחטין, אין משלם אלא שעורין. היה אדם ישן בתוכו ודלק, אפי' שוגג פטור, מפני שנידון בנפשו.

---

בפנים קשרנו את שיטת ר' הושעיה לתפיסה הרואה באש אחריות מוחלטת, אולם היא עשויה לנבוע גם מתפיסת אש כמעין נזקי אדם (ראו להלן, ראש פרק ט, ואלו הם מניעיו של הרמב"ן ההולך בדרך זו, ראו שם, הערה 101), כאשר בשל החיוב הגורף על אדם המזיק, נזק ר' הושעיה לבטל למעשה את הפטור.

<sup>13</sup> ראו למשל: תוד"ה לפלוג; ראב"ד עמ' קנה; רשב"א עמ' שכב. כך סבור גם לוין, מכילתא, עמ' 232 ועמ' 236 הערה 26. ביחס לנקודת המחלוקת בין חכמים לר' יהודה (דברים שדרך להטמין בלבד, ובאחרים פטור לכולי עלמא, או מחלוקת גורפת, כאשר ר' יהודה מחייב אפילו בדברים שאין דרך להטמין בגדיש) נחלקו הראשונים, ראו שתי האפשרויות בתוס', שם, וראו רשב"א, המפרש כדרך הראשונה בתוס', ותוס' רבנו פרץ, המפרשים כדרך השנייה.

<sup>14</sup> תוד"ה לפלוג; לוין, מכילתא, עמ' 236 הערה 26.

<sup>15</sup> ראב"ד; תוס' רבנו פרץ, ד"ה גמרא, עמ' רא – רב. על הגישה הפרשנית העומדת ביסוד הדיוק מן המשנה ראו להלן, סמוך להערות 42 – 47.

<sup>16</sup> בכת"י ערפורט ובדפוס נוסף: "כל" (בדומה לחילוף במשנה, לעיל הערה 2, וראו שם ההפנייה למחלוקת הראשונים בשיטת ר' יהודה).

<sup>17</sup> ראו גולדברג, תוספתא, עמ' 135. גולדברג מציע, כי חכמים ור' יהודה נחלקו בפירוש משנתו הקדומה של ר' עקיבא – האם לקבלה בכל מדליק את הגדיש, או לצמצמה ל"משאל מקום לחברו" (ראו בדומה לכך שער ראשון, פרק ג, הערה 23, אך שם הדברים דחוקים יותר).

אף כאן, טעם הדבר הוא משום שאין מוטלת על המזיק אחריות לנזקים מסוג זה. אלא שכאן אחריותו של המזיק פחותה עוד יותר, שכן מדובר ברשותו שלו.<sup>18</sup>

כפי שנאמר בפתיחה לשער זה, המכילתא דר' ישמעאל סומכת את פטור טמון לכתוב, אך בכך אין לשלול את הטעם העומד מאחוריו, כיתר פרטי דיני הנזיקין, הנסמכים אף הם לכתובים. ואכן, כמה מן הראשונים מצאו את מקור ההלכה הפוסטת טמון בכתוב, ובד בבד תלו את טעם הדבר בשיקולי הטלת אחריות. כך עמדת רבנו תם על פי ספר הישר (חלק החידושים, סימן תקל"ח):

והכי פירושא התורה אמרה או הקמה או השדה. ואמרי' מה קמה בגלוי אף כל בגלוי. וגלוי לאו דוקא למעוטי כל טמון. שהרי שנינו ומדליק את הבירה שמשלם כל מה שבתוכה. ובגמ' נמי אמרי' כי העול וכלי הבקר אינו פטור עליהם משום טמון. אלמא קמה לאו למעוטי טמון אתא אלא כל דבר שאינו כי אורחיה ואורחיהו דכלי בקר בגדיש ואורחיהו דכל חפצים בבית ולכך חייב עליהם. אבל מידי דלאו אורחיה בהכי פטור.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> ראו דברי רש"י, ד"ה אלא: "דלא קביל עליה אלא נטירותא דגדיש", וראו גם להלן, פרק ט, סעיף 3. תפיסת הרשלנות במקורות הללו, בדומה למשפט המודרני, וכפי שטענו בפרקים הקודמים (שער שני, פרק ה, הערות 32; 35), ככל הנראה, איננה מושתתת על צפיות טכנית, אלא צפיות נורמטיבית. כלומר: הגבול שבתוכו צריך המזיק לצפות לנזק נקבע על ידי הקריטריונים ההלכתיים, ולא מוגבל ליכולתו הטכנית. גבולות אלו משתנים בהתאם לנסיבות העובדתיות והמשפטיות. במשאל מקום לחברו הגבולות מצומצמים יותר, ואין מטילים חובת זהירות מוגדלת על המזיק, אלא זו מוגבלת למה שהותר לניזק להגדיש או למה שרואות עיני המזיק. הטעם לכך הוא מכיוון שמדובר ברשותו שלו, וכן לאור היחס החוזי בין הצדדים (כדברי רש"י, המצוטטים לעיל, וראו גם צורי, משפט הנזיקין, עמ' 154 – 159). ניתן אומנם לחלק בין מקרה זה למקרה רגיל גם באפשרות הטכנית לצפות את הנזק, אולם חלוקה זו קשה יותר, והאפשרות הראשונה נראית עדיפה עליה.

<sup>19</sup> וכן עדותו של תלמיד ר"ת ור"א (תוספות תלמיד ר"ת ור"א, עמ' קי – קיא. אני מודה לד"ר רמי ריינר על הפנייתי למקור זה): "וזה לשון ספר הישר של רתנ"ע... אלא הכי פירושה דחכמים דאמרי דאינו משלם אלא חיתים או שעורים דדרשי או הקמה או השדה, מה קמה בגלוי דהוי אורחיה, ולא לאטמוני. כלים, כלומר כלים דלאו אורחיהו לאיטמוני, בהנהו פטר קרא טמון. דאי לא תימא הכי, טמון בתים היכי מחייבי, הא נפקא לן מאו הקמה חיובא דגלוי ולא דטמון. אלא ודאי (ב)טמון [ב]אורחיה תלה הכתוב, והכי קאמר ומודים חכמים לרבי יהודה בטמון בתים אע"ג דפליגי בטמון שדה". על פי זה מבאר רבינו תם את משנת "היה גדי כפות לו" (ראו ציטוטה לעיל, ראש סעיף זה) – על גדי כפות לגדיש חייב שכן "אורחיה הוא" (כלשונו בספר הישר: "ועתה באה משנתנו להגיד על הגדי שאפי' הוא כפות אורחיה הוא". המשך דבריו בספר הישר הם לפי ההוא אמינא – "שהיה לו לפוטרו משום דגדי כפות לאו אורחיה", וכן הוא בתוספות תלמיד ר"ת ור"א, שם: [ד]קס"ד אמינא לאו אורחיה למיכפתיה והוי טמון, קמ"ל דדירכיה למיכפתיה"), וזהו הטעם לכך שהלכה זו נשנתה סמוך לדין טמון.

הסברו של רבנו תם מנוגד לדרכו של רבא בבאור המשנה (סא ע"ב). רבא מחלק בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו, ובמדליק בתוך שלו פטור באופן גורף, ואפילו על דבר שאין דרך להטמינו (ראו להלן בפנים). מרבית הראשונים חילקו לאור זאת בין הלימוד מן הכתוב, המחיל פטור גורף, לבין הדין הנלמד מסברא, ומושתת על שיקולי אחריות. ראו להלן הערה 60). רבנו תם איננו מתייחס לחלוקה זו, וקושר את השיקולים המובאים על ידו לפטור הנלמד מן הכתוב. פטור זה הוא מחד פטור חלקי, רק על "דבר שאינו כי אורחיה", ומאידך איננו מוסב רק על טמון, אלא על כל דבר שעונה לקריטריון זה. המשנה לדברי רבנו תם היא יחידה אחת, ואף הרישא מתפרשת בהתאם לעקרון הנזכר. הוא איננו מבחין כרבא בין הרישא, הפוסטת טמון באופן גורף, לסיפא, בה מודים חכמים לר' יהודה במדליק את הבירה. יש לציין, כי מדברי התוספות (ד"ה והיה, כב ע"ב, וכן תוס' רבנו פרץ, ד"ה גדי, עמ' פא, ובשטמ"ק בשם ר' ישעיה, ד"ה וז"ל ה"ר ישעיה, עמ' 98) עולה שיטה שונה אליבא דרבנו תם. לפי שיטה זו, גדי איננו אורחיה, ובכל זאת חייב, שכן לא חל על גדי הפטור של טמון. זאת כאמור הפוך משיטת ר"ת בספר הישר, לפיה גדי הוא אורחיה, וזהו טעם החיוב, בהתאם

כשיטת רבנו תם מפורש בפירושו של תלמידו, רבנו יוסף בכור שור, לכתוב,<sup>20</sup> וייתכן גם, כי כך סבר הר"י מלוניל.<sup>21</sup> אולם בתלמודים, ובעקבותיהם במרבית פירושי הראשונים, מצאנו גם תפיסה אחרת, המנתקת את פטור טמון מטעמו, ותולה אותו בכתוב בלבד. בדיונו בפטור שן ברשות הרבים הבחנו בשלושה שלבים: בשלב ראשון נכלל הפטור במסגרת השיקולים המנחים בדיני הנזיקין. בשלב שני עמדנו על תפיסה פורמאלית של פטור זה, המנתקת אותו מטעמו, ומחילה אותו על כלל המקרים העונים לקריטריונים הנדרשים. בשלב שלישי הראנו כיצד מוסב פטור שן ברשות הרבים למערכת הלכתית נפרדת, ומוצג כמי שנובע מהלכה ייחודית הנדרשת מן הכתוב, הלוא היא "ובער בשדה אחר".<sup>22</sup> בהשוואה למסקנות אלו, כוונתנו כאן איננה רק לתפיסה פורמליסטית של הפטור. תפיסה זו עודנה משייכת את הפטור למערכת דיני הנזיקין, והיא עשויה אף להכיר בכך שטעם מסויים, אותו הצענו בדיונו הנזכר, הוא מקורו.<sup>23</sup> כוונתנו היא לתפיסה המנתקת את הדין הקונקרטי ממישור דיני הנזיקין, ורואה אותו כנובע מן הכתוב בלבד, מעין, כלשון הראשונים בסוגייתנו ובסוגיית שן ברשות הרבים, "גזרת הכתוב".<sup>24</sup> נבחן כעת את התהוותה של גישה זו.

לקריטריונים לפטור טמון, החלים אף כאן. העקרון שבדברי רבנו תם בספר הישר מובא בתוס' כהו"א בלבד ("וס"ד דכל דבר דלא אורחיה הכי לאו כעין קמה הוא ופטור"), ומנקודה זו גופה מוציאה המשנה, ומייחדת בכך את טמון. תפיסה זו היא בהתאם לשיטת התוס' על פי רבא בבבלי (להלן בפנים), לפיה הכתוב מלמד על פטור ייחודי וגורף לטמון, ואין לקשר לכאן את שיקולי האחריות הנזכרים (בניגוד לאלבך, נזיקין, עמ' 164 הערה 6). מצוי אומנם שרבנו תם חזר בו, אך במקרה דנן לפנינו שתי עדויות קדומות יחסית על עמדתו, בספר הישר ובתוס' תלמיד ר"ת ור"א, ועליהן יש להוסיף את בעל ההשלמה, עמ' לא: "פירש רבינו יעקב ז"ל... רישא רבואת קמ"ל דאפילו גבי כפות דרכו הוא וחייב" (אומנם, לדבריו, ר"ת העמיד חלק זה של המשנה במדליק בתוך של חברו, אך אין זה פשט דברי ר"ת, כנזכר לעיל). נראה, לפיכך, שיש להעדיף עדויות אלו על פני התוספות שלנו, המאחרים כנראה בזמנם. לפי זה, פרש רבנו תם את המשנה בסוגייתנו שלא על פי מסקנות הסוגייה העיקרית העוסקת בדין זה, הסמוכה למשנת "המדליק את הגדיש", אלא כפשטותה ובהקשרה המקומי בלבד.

<sup>20</sup> "ולפיכך פטרה תורה טמון באש, שעל הטמון לא היה לו ליתן לב, כיון שאין רואה אותו, ואינו חייב אלא על הטמון הידוע, שהוא כמו נראה, כגון כלי בית הטמוני בבית, וכלי המחרישה והמוריגין הטמוני בגדיש, כמו שאמרו רבותינו". בכור שור, עמ' קמה. על ר"י בכור שור, הוא ר' יוסף מאורליאנש, וזיקתו לרבנו תם ראו אורבך, בעלי התוספות, כך א, עמ' 132 – 140, וראו שם בעניין אופי פירושו למקרא (על דרך הפשט, בדומה לפירושי רשב"ם ור"י קרא).

<sup>21</sup> ר"י מלוניל, עמ' 170: "אבל על כלים הטמונים בהם פטור לגמרי דגזירת הכתוב הוא שלא חייב אלא על דבר שהוא נראה לעין והיה לו להשמר ממנו" (וכן בהמשך, עמ' 171, ביחס להבחנה בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו, וראו הערת המהדיר, הערה 193). הר"י מלוניל משלב את הסברא הזו במה שמכנה "גזירת הכתוב" (וכן כנראה כוונתו בפירושו לסוגייה, עמ' 188: "וגזירת הכתוב הוא דחם רחמנא עליה דלא לישלם אלא דמי חטים בלבד"). "גזירת הכתוב" לפי זה איננה הלכה בלא טעם, אלא אולי הלכה שטעמה איננו חד משמעי, והכתוב מכריע בעניינו. זו עמדת הרמב"ם במשנה תורה, ראו הנשקה, הגותו של הרמב"ם, עמ' 43 הערה 23. ראשונים אחרים לא נקטו כן, ראו להלן, סמוך להערה 24. כגישת הראשונים הללו נקט הרמב"ם בשלב מוקדם, כפי שעולה מספר המצוות, הרואה את גזרת הכתוב כמצווה "שאינו לה טעם כלל", ראו הנשקה, שם.

<sup>22</sup> ראו שער שני, פרקים ד, ה ו-ו בהתאמה.

<sup>23</sup> ראו מבוא, סמוך להערות 81 – 82, וראו גם שער שני, פרק ה, הערה 37.

<sup>24</sup> רש"י, סא ע"ב, ד"ה בתרתי. בסוגיית שן ראו למשל דברי הרא"ש, לעיל, שער שני, סיכום.

## ח. המפנה בתפיסת פטור טמון בתלמוד הבבלי ובתלמוד הירושלמי

מקורה של התפיסה שנזכרה בסוף הסעיף הקודם הוא בסוגיית הבבלי הסמוכה למשנתנו. סוגייה זו עוסקת במחלוקת חכמים ור' יהודה במשנה שנדונה לעיל, ומובא בה כדלקמן (סא ע"ב):

אמר רב כהנא: מחלוקת במדליק בתוך שלו והלכה ואכלה<sup>25</sup> בתוך של חברו, דר"י מחייב אנזקי טמון באש, ורבנן פטרי,<sup>26</sup> אבל במדליק בתוך של חברו דברי הכל משלם כל<sup>27</sup> מה<sup>28</sup> שבתוכו. א"ל רבא: אי הכי, אדתני סיפא מודים חכמים לר"י במדליק את הבירה שמשלם כל מה שבתוכה שכן דרך בני אדם להניח בבתים, לפלוג וליתני בדידה:<sup>29</sup> בד"א במדליק בתוך שלו והלכה ואכלה<sup>30</sup> בתוך של חברו אבל מדליק בתוך של חברו דברי הכל<sup>31</sup> משלם כל מה שהיה בתוכו! אלא אמר רבא:<sup>32</sup> בתרתי פליגי, פליגי במדליק בתוך שלו והלכה ואכלה בתוך של חברו, דר"י מחייב אטמון באש, ורבנן סברי לא מחייב;<sup>33</sup> ופליגי נמי במדליק בשל חברו, דר"י סבר משלם כל מה שבתוכו ואפילו ארנקי,<sup>34</sup> ורבנן סברי כלים שדרכן להטמין בגדיש כגון מוריגין וכלי בקר הוא דמשלם, כלים שאין דרכן להטמין בגדיש לא משלם.<sup>35</sup>

רב כהנא, ובעקבותיו, בדרך שונה, רבא, מחלקים בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו. ההפרדה בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו מצויה במכילתא דרשב"י, אך אין שם בסיס להשלכה דינית שיש לכך. אדרבה, במכילתא דרשב"י ככל הנראה הפרדה זו היא ביטוי להבחנה בין שאין מתכוין למתכוין, ומלמדת על הזהות ההלכתית בין השניים.<sup>36</sup> כלשון המכילתא (כב ה, עמ' 197 – 198):

<sup>25</sup> בכת"י וטיקן, פירנצה ומינכן: "ודלקה".

<sup>26</sup> בכת"י המבורג: "דר' יהוד' סבר מיחייב טמן ורבנן סברי לא מיחייב אטמון", וכעין זה גם בכת"י אסקוריאל. בכת"י וטיקן: "דר' יהודה מחייב אטמון באש ורבנן לא מחייב אטמון באש".

<sup>27</sup> בכת"י וטיקן: "משלמין מה שבתוכו".

<sup>28</sup> על עדי נוסח המוסיפים "שהיה" ראו לעיל, הערה 3.

<sup>29</sup> כך גם בכת"י וטיקן, בכת"י פירנצה ("וליפלוג" בוי"ו החיבור) ובדפוס שונצינו. בכת"י המבורג, במקום "לפלוג... בדידה": "אדרהיט ותני סופא ליפלוג בגווה", וכעין זה בכת"י אסקוריאל. בדומה לכך גם כת"י מינכן: "אדרהיט ותני סיפא ליפלוג וליתני".

<sup>30</sup> בכת"י וטיקן: "ודלקה" (וכן בכת"י פירנצה). בהמשך: "בתוך שלו", ככל הנראה בטעות. בכת"י מינכן: "ולנה".

<sup>31</sup> "דברי הכל" חסר בכת"י וטיקן.

<sup>32</sup> בכת"י המבורג חסר "רבא" ונוסף בין השורות. בכת"י אסקוריאל: רב פפא. בכת"י וטיקן: "רב". בכת"י מינכן: "רבה".

<sup>33</sup> בכת"י וטיקן ובקטע ניו יורק, אדלר-שטרוק 117, חסר: "דר"י... מחייב", ובמקום קטע זה: "כדאמרן".

<sup>34</sup> במאה שערים לבעל העטור: "ובנוסחא עתיקא דילן לא גרס אפילו ארנקי" (אוצר הגאונים, עמ' 135).

<sup>35</sup> בכת"י אסקוריאל נוסף: "ומודים חכמים לר' יהודה במדליק את הבירה". בקטע ניו יורק, אדלר-שטרוק 117: "כילים הראויין אין, מידי אחרינא לא, תניא נמי הכי וכו'".

<sup>36</sup> ראו גם לוין, מכילתא, עמ' 236; 238.

כי תצא אש. לעשות את שאין מתכוין כמתכוין. המדליק בתוך שלו יצאת אש ואכלה בתוך של חברו הרי זה חייב מה זה מיוחד עשה את שאין מתכוין כמתכוין כך כל דבר נעשה את שאין מתכוין כמתכוין...

מדליק בתוך שלו יצאת אש ואכלה גדישו וגדיש <ש> לחברו הרי זה חייב. היה בו כלים ודלקו חייב על הגדיש וחייב על הכלים דברי ר' יהודה וחכמים אומ' רואין את מקום הכלים כאילו מלא תבואה ואין משלמין לו אלא דמי גדיש בלבד. מודה ר' יהודה לחכמ' במשאל מקום לחברו להגדיש והטמין...

אין, לפיכך, לראות במכילתא דרשב"י מקור לדינו של רב כהנא, אולם תוכנה מאפשר את פיתוחה של ההבחנה הנזכרת. בבבלי מובאת ברייתא, המעמידה את מחלוקת ר' יהודה וחכמים במדליק בתוך שלו בלבד (סב ע"א): "במה דברים אמורים במדליק בתוך שלו והלכה ודלקה<sup>37</sup> בתוך של חברו, אבל מדליק בתוך של חברו (דברי הכל<sup>38</sup>) משלם כל מה שהיה בתוכו". רב כהנא איננו סומך את דינו לברייתא. יתרה מכך, הברייתא נראית כמעובדת – הלכת התוספתא מקבילה בשינויים קלים לברייתא זו, אולם הקטע העיקרי לענייננו, ההבחנה בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו, איננו בתוספתא.<sup>39</sup> לא תהיה זו השערה מופלגת לומר, שברייתא זו היא עיבוד מאוחר, תוצר שיטתו של רב כהנא, ואין היא מקור שיטתו.<sup>40</sup>

יהא מקור דינו של רב כהנא קדום יותר או סברת עצמו, דבריו משתלבים עם התפיסה שהוצגה לעיל ביחס לפטור טמון. בהתאם לשיטת רב כהנא, המשנה ("מחלוקת") עוסקת במדליק בתוך שלו. על פי דרכנו לעיל, יש מקום לפטור את המזיק במקרה זה מדברים שאין דרך להטמין. אך בדברים שדרך להטמין חייב, בדומה לבירה, ובדומה לכלי גורן לפי מימרת ר' אבהו בירושלמי. מדליק בתוך של חברו איננו כלול בדין המשנה, ולא עליו נחלקו ר' יהודה וחכמים, אלא, לפי רב כהנא, חייב בו על כל מה שבתוכו. אף כאן העקרון הוא בהתאם לשיקולים נזיקיים – יש להטיל אחריות רחבה יותר במקרה זה, בו פשיעת המזיק ישירה ומובהקת, ובלשון רש"י (ד"ה בתוך של חברו): "אין לו רשות והוי כמאבד בידים".<sup>41</sup>

<sup>37</sup> בכת"י המבורג, אסקוריאל ופירנצה, וכן בקטע אדלר ובקטע פורנטי III SM 14.1: "ואכלה".

<sup>38</sup> "דברי הכל" חסר בכתבי היד המבורג, אסקוריאל, מינכן, פירנצה ווטיקן, וכן בקטע אדלר (אך מופיע בדפוס שונצינו). בקטע פורנטי התיבות "אבל הדליק בתוך של חברו דברי הכל" הושלמו בגיליון.

<sup>39</sup> ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 62. ראו ציטוט התוספתא לעיל, סמוך להערה 8.

<sup>40</sup> תופעה זו מוכרת ביחס לברייתות הבבלי, ראו פרידמן, הברייתות בתלמוד. ראו גם לעיל, שער שלישי, פרק ז, סעיף 2.ז, על איחורם היחסי של המקורות התנאיים שבבבלי אל מול מקורות קדומים יותר במשנה ובתוספתא. לעניין ברייתא זו ויחסה לשיטת רב כהנא ולשיטת רבא ראו גם הלבני, בבא קמא, עמ' רנ.

<sup>41</sup> ביאורו של אלבק להבדל בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו, המושתת על שאלת הצפיית הטכנית ("לפי שהמדליק בתוך של חברו דרכו להעלות על דעתו נזקים רחוקים יותר", אלבק, נזיקין, עמ' 165), דחוק. מסתבר כדברינו בפנים, שההבדל מושתת על קביעה נורמטיבית של חובת הזהירות המוטלת על המזיק, וראו גם לעיל, הערה 18. יש בראשונים שהגדירו מדליק בתוך של חברו כמזיק בידים, ועל סמך זה הבחינו בינו לבין מדליק בתוך שלו. על שיטה זו ומניעה ראו להלן, הערה 74. בעניין מידת החיוב במדליק בתוך של חברו, ראו גם רשב"א, עמ' שכא – שכב, המפרש שגם לשיטת רב כהנא "לא נחלקו במה שאין ראוי לינתן בתוכו" (בניגוד

רבא מקשה על רב כהנא: "לפלוג וליתני בדידה". קושייה זו היא קושייה סגנונית ביסודה, ועיקרה תמיהה על המבנה הספרותי הבעייתי, לטענת המקשן, העולה מהמקור הנדון.<sup>42</sup> מכוח קושייה זו מחדש רבא את דבר קיומן של שתי מחלוקות בין ר' יהודה לחכמים, וכפי שנראה להלן, חידוש זה הוביל למהפכה של ממש ביחס לגדרי הפטור ולהבנת טיבו. מאליה מתעוררת השאלה, האם קושיית "לפלוג וליתני בדידה" מצדיקה חידוש פרשני שכזה. סבורני, לאור שיטתו הפרשנית של רבא, שהתשובה לכך חיובית.

קושיית "לפלוג וליתני בדידה", כפי שמצא י"מ שלזינגר,<sup>43</sup> נפוצה ברבדים אנונימיים של התלמוד, ובמספר פעמים היא מיוחסת מפורשות לאמורא, ואמורא זה הוא רבא. רבא מתאפיין בגישה דווקנית ביחס למשנה, וכבר דובר על כך במחקר בעבר.<sup>44</sup> לפי גישה זו, ללשונה של המשנה יש מעמד מחייב, קנוני אפשר לומר. לשון המשנה מתפרשת על פי דיוקים ודקדוקים סגנוניים, עד כדי דרישתה, בדומה ללשון המקרא.<sup>45</sup> קושיית "לפלוג וליתני בדידה" מתאימה למגמה זו, שכן היא דורשת מן המשנה דיוק קפדני בלשונה, ודורשת להלכה כל שינוי לכאורה מדווקנות זו. סביר לפיכך לשער, שרבא, בגישתו הייחודית למשנה, התווה את המתודה המתאימה, שעל בסיסה הציב הוא את הקושייה הנזכרת, ובגישתו זו הלך סתם התלמוד ברבדים מאוחרים יותר.<sup>46</sup> כך הם הדברים גם בענייננו, כאשר גישה זו הביאה את רבא לדיוק בלשונה של המשנה ולהצעת פירושו.<sup>47</sup>

הרישא של משנתנו עוסקת במדליק את הגדיש והסיפא במדליק את הבירה. טוען רבא, כי לפי רב כהנא צריכה היתה המשנה שלא לסטות מדיונה בגדיש, ולגלות בסיפא על חיובו המלא של המדליק את הגדיש כאשר הדליק בתוך של חבירו.<sup>48</sup> אולם המשנה לא בחרה לעשות כן, ומכאן הסיק רבא, שיש לדחות את החלוקה

לפשוט לשון רש"י, והשוו תוס', ד"ה לפלוג). שיטה זו אפשרית רק אם נפרש את שיטת חכמים במדליק בתוך שלו כפטור גורף, אפילו בדברים שדרך להטמין בגדיש (שהרי רק כך יהיה הבדל בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חבירו), ראו לעיל, סמוך להערות 13 – 15, ובהערה 13.

<sup>42</sup> ראו למשל הלבני, בבא קמא, עמ' קא: "...הוא שכיח כשמצינים מקרה מסוים המנוגד (פלוג) מגוף ההלכה, ואפשר היה לציין מקרה אחר הקרוב יותר להלכה גופא ("בדידה")." י"מ שלזינגר טוען, כי פעמים רבות הקושייה כולל בתוכה רובד תוכני, שעיקרו דיוק מהמבנה הנוכחי של המשנה, ומדיוק זה מקשה הסוגייה (ראו שלזינגר, לפלוג, עמ' 218 – 223). בסוגייתנו מצאנו כך בפירוש רש"י (ויש להוסיף זאת לדוגמאות המובאות על ידי שלזינגר בנספח למאמרו הנ"ל, עמ' 237 – 239): רש"י ("ד"ה במדליק את הבירה) מוסיף לקושייה את הקומה התוכנית, דיוק ממנו משתמע שבגדיש איננו חייב באופן גורף, בניגוד לרב כהנא ("ואפ"ה יהיב טעם... אבל גדיש לא"). אומנם, הדברים מתבססים על ההנחה, שמדליק את הבירה הוא מדליק בתוך של חבירו, ועל כן קשה מהדיוק לפיו בגדיש פטור. אולם הנחה זו איננה הכרחית, ראו להלן, הערה 48.

<sup>43</sup> שלזינגר, לפלוג, עמ' 212 – 213.

<sup>44</sup> ראו הנשקה, אביי ורבא, ושם, עמ' 193, הפניותיו לאזכורים נוספים של גישה זו.

<sup>45</sup> הנשקה, שם, עמ' 191 – 193.

<sup>46</sup> ראו שלזינגר, שם, עמ' 213, הערה 6.

<sup>47</sup> על נכונותו של רבא לראות את המשנה כמורכבת מכמה יחידות ומניעיו המשפטיים והטקסטואליים לכך ראו גם רדזינר, דיני קנסות, עמ' 214 – 226 (ובפרט עמ' 220 ועמ' 226).

<sup>48</sup> פרשני התלמוד דנו בשאלה, הרי גם לפי רב כהנא המשנה עוסקת "בדידה" – המשנה דנה במדליק בתוך שלו, ובתוך מדליק בתוך שלו, וזהו "בדידה", מחלקת בין מדליק את הגדיש למדליק את הבירה (ראו הלבני, בבא קמא, עמ' רמט – רג). רבא, מכל מקום, סבור כנראה שהעיסוק בגדיש הוא מהלך רציף יותר מבחינתה של המשנה, ייתכן בהשפעת הכתוב, המצוטט במשניות קודמות, ועוסק בכך.

המוצעת על ידי רב כהנא. לשיטת רבא, במדליק בתוך שלו נחלקו ר' יהודה וחכמים באופן גורף, כאשר לחכמים פטור בכל עניין. בשל כך, לא ניתן להציג באופן זה מקרה בו מודים חכמים לר' יהודה. אף במדליק בתוך של חברו קיים פטור, ועל כן אין המשנה יכולה "לפלוג בדידה", בגדיש. אולם הפטור הוא חלקי, וכאן יכולה המשנה למצוא מקרה בו מודים חכמים לר' יהודה – "במדליק את הבירה".

רבא איננו מוותר על ההבחנה העקרונית בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו, על אף שויתור על הבחנה זו מציב את הפרשנות הפשוטה ביותר למשנה, כפי שהצענו בראשית דברינו.<sup>49</sup> יש בראשונים התולים את מהלכו של רבא בדיוק מן הרישא של המשנה, ממנה משמע שחכמים מעניקים פטור מלא למזיק, אך קשה לראות בכך דיוק שיש בו כדי להכריע.<sup>50</sup> מסתבר יותר לומר, שרבא איננו דוחה את ההבחנה הבסיסית בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו, משום שזו הוכרה ונשתרשה בזמנו, אם מכוח המכילתא דרשב"י ואם מכוח הברייתא המובאת בבבלי, המצוטטת לעיל.<sup>51</sup> ומכך שהמשנה איננה משתמשת בהבחנה זו כדי ללמד על מקרה בו מודים חכמים לר' יהודה, מסיק רבא, שאף במדליק בתוך של חברו פוטרים חכמים, ונזקק לפיכך לחלק בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו בדרך אחרת.

תירוצו של רבא יוצר שתי מחלוקות בין ר' יהודה לחכמים, "בתרתי פליגי" – במדליק בתוך שלו פוטרים חכמים באופן גורף ור' יהודה מחייב.<sup>52</sup> במדליק בתוך של חברו מחייבים חכמים בכלים שדרכם להטמין בגדיש

בשל כך, יש להעדיף את העיסוק בגדיש תוך שינוי רכיב מקום ההדלקה על פני המעבר מעיסוק בגדיש לדיון בבירה. בראשונים מצאנו דרכים אחרות להתמודדות עם השאלה הנזכרת. רש"י מנטרל השגה זו על רבא בקביעתו, כי מדליק את הבירה: "בתוך של חברו הוא" (ד"ה במדליק את הבירה). ייתכן שהבחנה זו מושתתת על הריאליה של המקרה המדובר, אולם בלשון המשנה אין רמז לחלוקה מבחינת מקום ההדלקה בין "המדליק את הגדיש" ל"מדליק את הבירה". התוספות (תוד"ה לפלוג) מניחים, לעומת זאת, כי אף מדליק את הבירה הוא מדליק בתוך שלו: "וא"ת השתא נמי קא מפליג בדידה במדליק בתוך שלו". תירוץ של תוספות מבוסס על הדיוק מן המשנה, לפיו ברישא פטור לגמרי, ומכאן שמדליק בתוך שלו פטור, ואפילו בבירה. דיוק זה איננו הכרחי, ראו להלן בפנים.  
<sup>49</sup> ראו לעיל, סעיף ח.1.

<sup>50</sup> ראו תוספות, ד"ה לפלוג; תוס' רבנו פרץ, ד"ה אלא; ראב"ד. כך סבור גם הלבני, בבא קמא, עמ' רמט, אם כי בהמשך דבריו (עמ' רנ) מייחס דיוק זה לשלב מאוחר לרבא. אולם המשנה איננה מוכיחה בהכרח כך, ואין מניעה לפרשה כמתייחסת ל"כלים" רגילים, ולא למוריגים וכלי בקר, כשעל האחרונים חייב. כך, כזכור, פרש ר' אבהו בשם ר' יוחנן בירושלמי, ולא הוטרד מהדיוק הנזכר (ראו לעיל, סמוך להערה 6).

<sup>51</sup> ראו לעיל, סמוך להערות 36 – 40.

<sup>52</sup> הראשונים נחלקו במידת החיוב בשיטת ר' יהודה. על פי תוס' (ד"ה אלא), מחייב ר' יהודה באופן גורף גם במדליק בתוך שלו, וכך ננקט גם בחלק מעדי הנוסח של רש"י (כת"י טיקן 132, כת"י בריטיש מוזיאום 413 וכת"י קיימברידג' 478, וכן בדפוס וילנא). עדים אלו גורסים בפירוש דברי ר' יהודה (ד"ה בתרת): "ור' יהודה מחייב אטמון ובכלים ל"ש אותן שאין דרכן להטמין ול"ש אותן שדרכן להטמין". השיטה המנוגדת נשתמרה בכמה עדי נוסח של רש"י (כת"י פרמה 3055, כת"י וטיקן 157 וכת"י לונדון 411, וכן בדפוס שונצינו, דפוס פיזור, דפוס ונציה ופ"א ודפוס בסילאה, ראו פונקל, שנו"ס, עמ' תרכ"ב [בדפוס ונציה ש"ח נוסף ע"פ תוס']), הגורסים: "ור' יהודה מחייב אטמון ובכלים שדרכן להטמין". כך סבר גם הר"י מלוגיל על פי גרסת כתב יד אוקספורד: "דר' יהודה מחייב אטמון שלמוריגים וכלי בקר... ופטר בכלי כסף", ראו ר"י מלוגיל, עמ' 187, וראו דיונו של ש"י פרידמן בנקודה זו, שם הערה 571. שיטת ר' יהודה לפי הפירוש האחרון היא כשיטת חכמים אליבא דרב כהנא, בהתאם להצעתנו לעיל (סמוך להערות 40 – 41) ובהתבסס על סברות דומות.



ופוטרים בכלים שאין דרך להטמין בגדיש, ור' יהודה מחייב בכל מקרה ומקרה. השאלה העומדת על הפרק כעת היא מה משמעותה של הבחנה זו שיוצר רבא – האם עומדים אנו עדיין באותה מסגרת דיון, בדומה להבחנתנו לעיל בין רמות האחריות המשתנות במקרים המגוונים הנדונים באש (מדליק בתוך של חברו, מדליק בתוך שלו ומשאיל מקום לחברו)?

חוקרים אחדים טוענים, כי שיטת רבא עודנה במסגרת גישה זו, ועל פיה יש לפרש גם את הפטור המלא הניתן לשיטת חכמים במדליק בתוך שלו. בדרך זו הלך י"ש צורי, אשר תלה את הדברים במגמת הקולא שבנוזקי שכנים, המושתתת על "טעם חברתי, והוא להקל על השכנים החיים יחד בכדי שלא לצמצם יותר מדי את חופש פעולתם".<sup>53</sup> כמגמה זו נקטו גם ש' אטלס וש' אלבק, המבארים את הפטור הגורף במדליק בתוך שלו בכך שאין המזיק פושע גמור כמדליק בתוך של חברו, ועל כן האחריות המוטלת עליו במקרה זה מצומצמת יותר.<sup>54</sup> אינני סבור, שסברות שכאלו מצדיקות אכן פטור מוחלט, ואפילו בדברים שהיה על מבעיר האש להעלותם בדעתו. שהרי מדוע נבחין בין הגדיש עצמו, אותו רואה המזיק בעיניו, לבין דבר שאיננו רואה בעיניו, אך רואהו בעיני רוחו, שכן דרך להטמינו בגדיש. על כל פנים, גם אם יש מקום לסברא זו, לכל המאוחר בימי רב אשי היא לא התקיימה, ופטור טמון הושתת על שיקולים אחרים.

"הכופף קמתו של חברו בפני הדליקה", לפי ר' יהושע, דינו הוא "פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים" (נה ע"ב). רב אשי מבאר זאת כך (נו ע"א): "ורב אשי אמר: טמון אתמר, משום דשויה טמון באש" (רש"י: "שכיסה קמת חברו בסדינן כשראה דליקה אצלה והוא לא שלח את הבערה ושויה טמון וגרם להפסיד את הניזק ולפטור את המבעיר דפטור על טמון באש"). במקרה זה המזיק נפטר בשל דין טמון והניזק מפסיד, אך אין כאן נזק ישיר מצד הכופף את הקמה, ולכן הוא פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. פטור טמון, אותו מחילים על המזיק, איננו מושתתת על סברא, שכן שיקולי דיני הניזקין פועלים במקרה זה לרעתו. לפי קריטריונים של הטלת אחריות יש לחייבו, שהרי היתה זו הצתת גדיש רגילה. הפטור נובע מפעולתו של אדם שלישי, שנעשתה לאחר

<sup>53</sup> צורי, משפט הניזקין, עמ' 160. צורי מרחיק לכת, ומציע טעם זה לשיטת הר"י בתוספות, על אף שדבריו המפורשים אינם כן (ראו להלן, הערה 60).

<sup>54</sup> ראו הערתו של אטלס לחידושי הראב"ד, עמ' קנה – קנו, הערה כג; אלבק, נזיקין, עמ' 75 – 77 ועמ' 165 – 167. ראייתו של אלבק ממדליק את הבריה (שם, עמ' 76) איננה ראייה אליבא דרבא, שכן בירה שייכת למישור חיוב אחר גם לשיטתו, כפי שפרשו הראשונים, וכדרכנו בפנים. ראייתו מדברי הברייא "ורואין מקום כלים כאילו הוא מלא תבואה" (סא ע"ב) אפשרית אומנם לפי פירוש הנימוקי יוסף, אך אין היא הכרחית, והשוו לשון הרא"ה, שטמ"ק עמ' קכח, ד"ה אינו משלם: "שרואים מקום כלים כאילו מלא תבואה... ודבר הידוע לכל ושהכל סבורים כן דעומרים שבתוכו לא חשיב טמון". אלבק נוקט כתפיסה זו בצורה מוחלטת, בהתאם לדרכו העקרונית בפירוש הסוגיות. בניגוד אליו, אטלס מכיר בכך שתפיסה זו נשתנתה בהמשך תקופת האמוראים, אך מציע לתלות את השינוי ברב אשי ולא ברבא. על מימרת רב אשי ראו להלן בפנים.

פעולותיו של המזיק ובלא קשר אליהם, ואיננה משליכה על אחריותו של המזיק לנזק. פטור טמון משקף אם כן פטור גורף, שאיננו מושתת על סברא כלשהי.<sup>55</sup>

מהו הבסיס לתפיסה שכזו? פטור טמון נקשר לדרשת הכתוב, המובאת בבבלי על ידי רבא: "מה קמה בגלוי אף כל בגלוי" (ס ע"א). לעיל טענו, כי עצם קיומה של הדרשה איננו שולל את ביסוסו של הדין על טעמו.<sup>56</sup> אולם בדברי רב אשי ראינו הלכה העומדת בניגוד לטעמו של הפטור. רב אשי סבור, שיש לפטור במקרה נזק שכזה גם אם המזיק אחראי לנזק, וזאת לכאורה בלא כל טעם פנימי. נראה לפיכך, שדברי רב אשי מושתתים על תפיסה הלכתית-משפטית שונה, הרואה את מקורו של הדין בכתוב, וזאת בלא להיות כפוף בהכרח לשיקולי מערכת דיני הנזיקין.<sup>57</sup> לפי גישה זו, ההלכה הייחודית הנלמדת מן הכתוב מתנתקת ממסגרת השיקולים לחיוב ולפטור המשמשים בדיני אש בפרט ובדיני הנזיקין בכללם. אשר על כן, פטור טמון נתפס כפטור מלא, ואין הוא תלוי בשיקולי האחריות העומדים בבסיס דיני הנזיקין.

רב אשי, אם כן, משקף תפיסה שונה מזו שמצאנו ברבדים קדומים יותר. אולם האם הוא נקודת המפנה, או שמא יש לתלות זאת בשלב מוקדם יותר, ברבא עצמו? נראה לי, כי יש להקדים את הדבר לרבא. שהרי רבא הוא שיצר את המהפך הפרשני בהבנת המשנה, ומכוח מהפך זה נולד הפטור הגורף בנזקי טמון באש. אך טבעי הוא שפטור זה יוסבר כדרך שהוסברו הפטורים החריגים האחרים, כפי שהראנו במספר מקומות בעבודה זו, וכפי שמתבטא באופן מפורש במימרת רבא, המובאת בראש מסכתנו (ה ע"ב).<sup>58</sup> אף אין זה פלא, לפיכך, שרבא הוא בעל המימרא בבבלי (ס ע"א), המוסרת את דרשת הכתוב הפוטרת טמון באש.

תוצאת הדברים היא כי שתי מחלוקות התנאים הקיימות לפי רבא במשנה משקפות שתי רמות דיון שונות. המחלוקת האחרונה, מדליק בתוך של חברו, היא במסגרת השיקולים המנחים בדיני הנזיקין. קודמתה, מדליק בתוך שלו, נובעת מגורם חיצוני וייחודי, הכתוב, הפוטר באופן גורף טמון באש. יש כאן תופעה מעניינת, שכן תהליך הפיכתו של הפטור לפטור חריג, שבמקומות אחרים נעשה במלואו, ותוך דחייה מוחלטת של "הגישה הנזיקית" בפרשנות הפטור,<sup>59</sup> נעשה כאן באופן חלקי בלבד. דהיינו: על אף המעבר לפטור גורף, שאיננו כפוף

<sup>55</sup> ראו הערתו של אטלס לחידושי הראב"ד, עמ' קנה הערה כג. כדרך זו נקטו ראשונים נוספים, ראו למשל רי"ף, כו ע"א בדפי הרי"ף. הצעתו של אלבק לראות את רב אשי בשיטת ר' הושעיה בירושלמי (לעיל, סמוך להערה 12), לפיה הדיון הוא ראייתי, דחוקה (אלבק, נזיקין, עמ' 77, הערה 3, ועמ' 167). אף בסוגיית "בטש בכספתא" אין בכך צורך, ראו להלן, סמוך להערה 99.

<sup>56</sup> ראו דיונו בדרשת המכילתא במבוא לשער זה.

<sup>57</sup> ראו למשל דברי הראב"ד (עמ' קנה): "וטעמייהו דרבנן בטמון לאו משום דרך ולא דרך הוא, אלא מאו הקמה מה קמה וכו'", וראו ראשונים נוספים להלן, הערה 60.

<sup>58</sup> ראו על כך מבוא, סעיף 1. גישה זו לכתוב משתקפת גם בלימוד הדווקני והמקסימליסטי מכל מילה ומילה, ראו אלמן, רבא, ובפרט דיונו בעניין טמון, עמ' 235 – 237. חוקרי משפט עברי (כדוגמת צורי ואלבק, הנזכרים לעיל בפנים) נתקשו לקבל תפיסה זו, המשתיתה רכיבים בדיני הנזיקין על עקרונות חוץ-משפטיים. אולם תפיסה זו עולה בהקשר הקונקרטי הנדון כאן, וכן בהקשר הרחב יותר שהוזכר בפנים, ואין להימנע ממנה אך ורק בשל קונספציות אודות טיבם של דיני הנזיקין.

<sup>59</sup> כפי שמצאנו בדיונו בפטור שן ורגל ברשות הרבים, ראו שער שני, פרק ו.

לשיקולים נזיקיים, יש הכרה בכך שתחום מסויים בתוך פטור זה, מדליק בתוך של חברו, איננו כלול בהלכה הייחודית. בשל כך, הוא איננו מושתת על מקור חיצוני לדיני הנזיקין, אלא על השיקולים הסטנדרטיים להטלת אחריות על המזיק, והפטור בו הוא פטור חלקי, בהתאם ליישומם של שיקולים אלו. פרשנות זו, על המתח הטמון בה, נתקבלה ונשתרשה בין פרשני התלמוד, והיא הפרשנות הדומיננטית,<sup>60</sup> אף כי יש המכירים גם בקיומה של השיטה החולקת.<sup>61</sup>

כתפיסה האחרונה ביחס לפטור טמון נראה שנקט גם סתם התלמוד הירושלמי בסוגייה שלהלן. סוגייה זו מופיעה בסמוך למשנת "המדליק את הגדיש" ובשינוי קל סמוך למשנת פאה, פ"ו מ"י, העוסקת בדין שכחה בגידולים טמונים בארץ. משנת פאה שונה כך:

וכל הטמונים בארץ, כגון הלוף והשום והבצלים, רבי יהודה אומר אין להם שכחה וחכמים אומרים יש להם שכחה.

לפי משנה זו, פטר ר' יהודה טמון מדין שכחה, וחכמים מחייבים. על משנה זו מובא בירושלמי (פאה, פ"ו ה"ז, יט ע"ד) הדיון הבא:

מחלפא שיטתיה דר' יהודה. תמן הוא או' לרבות את הטמון וכא הוא אמר פרט לטמון. תמן ונאכל הגדיש או הקמה. ממשמע שנאמר קמה אין אנו יודעין שהגדיש בכלל ומה ת"ל גדיש לרבות את הטמון והכא שדך בגלוי פרט לטמון. מחלפא שיטתין דרבנין. תמן אינון אמרין פרט לטמון. וכא אינון אמרין לרבות את הטמון. תמן או הקמה או השד' מה שדך בגלוי אף כל דבר שהו' גלוי ברם הכא שדך בגלוי פרט לטמון קציר' בגלוי פרט לטמון והוי מיעוט אחר מיעוט ואין מיעוט אחר מיעוט לרבות הטמון.

הסוגייה משווה בין דין טמון בשכחה לדין טמון בנזקי אש. מהשוואה זו מקשה הירושלמי על סתירה בין השיטות, ומיישב, שמדובר בדרשות שונות של הכתובים. ניכר, כי הירושלמי איננו מבסס כאן את דין טמון באש על סברות פטור, שכן סברות הפטור בנזיקין מפקיעות כל נסיון להשוות בין דין זה לדין שכחה. על כרחנו,

<sup>60</sup> ראו למשל תוד"ה אלא, סא ע"ב: "וטעמייהו יש לפרש דר' יהודה לא פטר בטמון כלל, ורבנן במדליק בתוך שלו פטרי כדמשמע קרא כי תצא אש (ומשמע) דאירי דמדליק בתוך שלו, אבל במדליק בתוך של חברו מחייב בדבר שדרכו להטמין, דלא אשכחן דפטר ביה קרא טמון, ובדבר שאין דרכו פטרי מסברא, דלא אבעי ליה לאסוקי אדעתיה שיניח אדם ארנקי בגדיש". מעין זה גם בראב"ד, עמ' קנו – קנז, ברמב"ן, מלחמת ה', כו ע"א בדפי הרי"ף, ועוד (והשוו דרכים אחרות בדברי רבנו תם וראשונים נוספים, לעיל סמוך להערה 20). תהליך אחר בהתפתחות שיטת רבא, טקסטואלי בעיקרו, ומושתת על מניעים פרשניים, מציע הלבני, ראו הלבני, בבא קמא, עמ' רנ – רנא. אולם הצעתו מורכבת ומפותלת, ואיננה מסתברת (ואף היא משאירה בצ"ע). בדברים בפנים העדפנו לתלות את המהפך ברבא גופו, מתוך שיקולים ברורים ומוגדרים, המושתתים על תפיסה הלכתית-משפטית, שכדוגמתה מצאנו בסוגיות אחרות, ובפרט ביחס לרבא עצמו.

<sup>61</sup> הרמב"ן, למשל, מכיר בכך שבירושלמי אין הבחנה בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו: "מ"מ למדנו שמחלוקת ר' יהודה וחכמים בתקנת נגזל הוא לפי גמרא דבני מערבא, ולגמרא דילן נמי במדליק בתוך של חברו אית לן למימר דבהכי פליגי" (מלחמת ה', כו ע"ב בדפי הרי"ף).

שהירושלמי רואה את התחומים הללו כתחומים המשמשים בהם קריטריונים משותפים, ובשל כך ניתן להשוות בין האחד לשני. מכוח השוואה זו מסיק הירושלמי על סיבת השוני ביניהם – שוני זה נובע מדרשות שונות של הכתוב.

קושיית הירושלמי משקפת תפיסה הלכתית הרמוניסטית, המאפיינת את ההמשגה התלמודית הפוסט-תנאית, בעיקר בבבלי אך גם בירושלמי. גישה זו רואה בהלכה כולה, אם דיני הנזיקין ואם מצוות שבין אדם למקום, גוף אחד, החלים עליו עקרונות משותפים. במסגרת זאת היא מחילה עקרונות הלכתיים מתחום אחד למשנהו, על אף שקיים שוני מהותי בין התחומים הללו.<sup>62</sup> אולם בנדון דידן הירושלמי מתקדם צעד נוסף, ומשתלב עם תפיסת הבבלי, או: תפיסת רבא וממשיכיו. לפי תפיסה זו, דין טמון באש איננו מוכפף לשיקולי פטור או חיוב המשמשים ביתר דיני הנזיקין, אלא הוא מושתת על הכתוב בלבד. כללו של דבר, לפי הפיסה העולה מסוגיית הירושלמי, דין זה, ואולי, לפי הירושלמי, דיני הנזיקין בכללם,<sup>63</sup> כמו גם מצוות כמצוות שכחה, הן חלק ממערכת הלכתית אחת.<sup>64</sup> למערכת הלכתית זו משמש הכתוב כסמכות מכוננת, ואין לתת משקל לטעמים שונים העשויים לנמק דינים אלו.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> זוהי "אנלוגיה פורמלית", ראו אורבך, ההלכה, עמ' 119 – 121. ראו גם מוסקוביץ, המשגה, עמ' 324 – 329. בלשונו, תהליך זה מועדפת על פני שיטה משפטית מקומית, המושתתת על שיקולים פונקציונליים. המתח בין מגמה פורמליסטית לתפיסות פונקציונליסטיות נדון על ידינו במבוא לעבודה זו (ראו מבוא, סעיף 3.4). בדברינו הבחנו בין פורמליזם כמתודה פרשנית לבין פורמליזם במובן רחב יותר, כמאפיין של מערכת המשפט (המשפט הוא מערכת סגורה, בעלת הגיון וקוהרנטיות פנימיים, ללא מטרות אינסטרומנטליות לחוק, ראו וינריב, פורמליזם, עמ' 953 – 966, וראו מבוא, סמוך להערות 70 – 73). במובן הראשון של הפורמליזם, מתודה פרשנית ביחס לטקסט, עסקנו בעניין שן ברשות הרבים (ראו שער שני, פרק ה, סמוך להערות 1 – 2). במקרה דנן מדובר על פורמליזם המאפיין את מערכת המשפט – מערכת סגורה וכוללת, שיש לה שיקולים פנימיים המניעים אותה.

<sup>63</sup> ראו סיכום, סעיף 4.3.

<sup>64</sup> כך גם לגבי עגלה ערופה, שאף בה נידון דין טמון ("נמצא טמון בגל... לא היו עורפין", סוטה, פ"ט מ"ב), והתלמודים משווים בינו לבין דין שכחה, בדומה לסוגיית הירושלמי בפאה. ראו סוטה, מה ע"א (ושם יש ליחס הדברים לרבא, ראו אלמן, רבא, עמ' 232, ושם, הערה 56, והדברים משתלבים עם גישתו העקרונית העולה מסוגייתנו); ירושלמי, סוטה, פ"ט ה"ב, כג ע"ג (מקור זה נשמט ככל הנראה מדיון של אלמן, רבא, עמ' 234). ראו גם כהנא, ספרי זוטא, עמ' 292, המבאר את הסברא שבדין טמון בעגלה ערופה, אולם מגמת התלמודים, כאמור, שונה, ואיננה תולה זאת בסברא, אלא מושתתת על עקרונות אחרים, כדברינו בפנים. יש להעיר עוד, כי בסוגיות הירושלמי והבבלי בסוטה אין התייחסות לדין טמון באש, אך לא נראה שהדבר נובע מתפיסה הלכתית שונה של דין זה. ההתעלמות מדין טמון באש בסוגיות הללו היא משום ששיטת חכמים בדין טמון באש מתאימה לשיטתם בעגלה ערופה, וממעטת טמון, ועל כן מוזכרת ההלכה החולקת לכאורה, הלכת שכחה, בלבד.

<sup>65</sup> בספרי זוטא דברים מצאנו קישור מעניין בין מצוות שכחה לנוקי אש. קישור זה נעשה בדרשה המרבה קמה, כהצעת השחזור של כהנא, ספרי זוטא, עמ' 376: "מנין אפילו קמה ת"ל או הקמה", והיינו: חיוב מצוות שכחה בשכחת קמה נלמד מ"או הקמה" בנוקי אש, וייתכן אף בדרשה המרבה שדה: "מנין אפילו אילן תלם' לומ' או השדה", וראו התלבטותו של כהנא, שם, האם זהו לימוד לדין שכחה, או שמדובר בהעברה מדרשת ספרי זוטא לשמות. על אף הקישור בין התחומים, קשה להסיק מכאן למגמה דומה לזו העולה מן הירושלמי בענייננו. ניתן למקד את דרשת ספרי זוטא במשמעות המילולית הטמונה ב"שדך" הנוכח בפסוק, כאשר למשמעות מילולית זו ניתן להסתייע מ"השדה" הנוכח בנוקי אש (ראו כהנא, שם; אפשטיין, מלנה"מ, כרך א עמ' 64. מגמה מילולית שכזו מאפיינת את ספרי זוטא כחלק מהמדרשים דבי ר' עקיבא, ראו כהנא, שם, עמ' 185). אולם הירושלמי בענייננו, וכמוהו הירושלמי והבבלי בעניין עגלה ערופה, אינם משתיתים את הזיקה בין התחומים על קישור טכני-מילולי שכזה (אף אם נזקקים לו בסוף דרכם), אלא יוצאים

סוגיית הירושלמי מופיעה כאמור גם סמוך למשנת "המדליק את הגדיש" (פ"ו ה"ז, ה ע"ג). את שיטת ר' יהודה מבססת הסוגייה על דרשה, בדומה לסוגיית פאה, אך מעט בקיצור ובשינויי סגנון קלים:

מחלפה שיטת רבי יודן. תמן הוא או'. פרט לטמון. והכא הוא אמ'. לרבות הטמון. ולית רבי יודן דריש הכא אלא "גדיש". לאי זה דבר נאמר "גדיש". שמשלם כל מה שבתוכו.

אף בשיטת חכמים מקשה הסוגייה כסוגיית פאה, אולם המשך דבריה שונה:

מחלפה שיטת רבנין. תמן אמרין. לרבות טמון. וכא אמרין. פרט לטמון. ולא כן אמ' ר' אבהו בשם ר' יוחנן. מודין חכמ' לר' יודן בכלי גורן שדרכן ליטמן. אמ' ר' הושעיה. בשאין עדים...

יש מהמפרשים שטענו, וכך מסתבר לדעתנו, כי הקטע "ולא כן" פותח סוגייה חדשה, ואיננו תירוץ לשיטת חכמים. סוגייתנו מקבילה לסוגיית פאה, משם הועברה, אך חלקה האחרון נשמט.<sup>66</sup> מנגד, יש אפשרות לראות בדברי ר' אבהו תירוץ לקושיית הגמרא, ולפי זה מבחינה הסוגייה בין שיטת חכמים בשכחה לשיטתם בטמון על בסיס הסברא המשמשת בטמון. כלומר: חכמים הרי מודים לר' יהודה בכלי גורן שדרכן ליטמן, ומכאן שחיובם הוא בכלים שאין דרכם ליטמן, וזאת מהטעם המיוחד כלים אלו.<sup>67</sup> לפי דרך זו, סוגייתנו נשתנתה מסוגיית פאה בשאלת היחס בין ההלכות. לדידה של סוגייתנו, פטור טמון באש נובע מהעדר אחריות של המזיק, שכן מדובר בכלים שאין דרכם להטמין. בכך מחזקת דווקא ההשוואה לפאה את שילובו של דין טמון באש במסגרת דיני הנזיקין ובמסגרת השיקולים המשמשים בהם. עם זאת, מסקנה זו ביחס למגמת סוגייתנו איננה מוחלטת, שכן בשיטת ר' יהודה מקבלת הסוגייה את עמדת סוגיית פאה, ומבססת את הפער בין דינו באש לדינו בשכחה על

---

מנקודת הנחה הדורשת קריטריונים משותפים לכל תחומי ההלכה הללו. מהנחה זו נובעת קושיית התלמודים על הסתירה בדין טמון בהלכות הנדונות, ומכאן תירוצם, המבסס ניגוד זה על דרשות הכתוב. חשוב לראות, מכל מקום, כי הקישור כשלעצמו בין התחומים, בלא המשמעות הטמונה בקישור זה בתלמודים, מצוי כבר במקורות קדומים, כעולה מדרשת ספרי וזוטא (הספרי לדברים, פיסקא רפג, מהדורת פינקלשטיין עמ' 299, דורש את דינם של שכחת גדיש וקמה, לצד שדה ועומר הנזכרים בכתוב. ייתכן שיצירת הקבוצה: שדה, קמה וגדיש, מושפעת אף היא מהזיקה לכתוב בעניין אש, ויש אם כן להוסיף מקור זה לספרי וזוטא הנזכר).

<sup>66</sup> ראו פני משה על אתר: "ודרך ש"ס זה לקצר וסמך אדהתם". כדרך זו נקט גם בנתיבות ירושלים, עמ' לו. העתקת סוגיות ממסכתות שונות בירושלמי איננה תופעה ייחודית, והיא מצויה גם בירושלמי נזיקין, ראו זוסמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 87 – 95. לכך יש להוסיף את העובדה שמדובר בסוגייה המכילה משא ומתן תלמודי, כאשר ירושלמי נזיקין מתאפיין דרך כלל במימרות קצרות, ופחות בדיון מעין זה (זוסמן, שם, עמ' 78 – 82 ועוד), וסביר לפיכך שאין מקורה של הסוגייה כאן.

<sup>67</sup> ראו מהרא"פ, עמ' 20. משמע מדבריו, שמדובר בתירוץ לקושיית הגמ', וזאת בדומה לדרך המוצעת בפנים – עיקר טעמם של חכמים בדין טמון באש הוא מן הסברא, ועל כן יש להבחין בין דינם כאן לדין שכחה. הסברא לרבנן, לפירוש מהרא"פ, היא על פי דברי ר' הושעיה שבהמשך (ראו לעיל, סמוך להערה 12), כלשונו: "משום שאין אנו מאמינים לו שהטמין דבר בגדיש חוץ מכלי גורן שדרכן להטמין בגדיש". כמהרא"פ נקט ליברמן, תלמודה של קיסרין, עמ' 3 הערה 2 (מקרה זה נדון במסגרת "סוגיות שונות מהמקבילות", והוא מוצב תחת הכותרת: "תירוצים שונים לגמרי לקושיא אחת"), וכן סבור לוין, מכילתא, עמ' 230 – 231. ראו עוד שדה יהושע, עמ' 20, הרואה אף את מימרת ר' אבהו כחלק מהסוגייה, אך משלבה בקושיית הירושלמי, ומגמת הסוגייה, לפי זה, עודנה כסוגיית פאה.

הכתוב.<sup>68</sup> חוסר עקביות זה מטה את הכף לטובת האפשרות הראשונה שנזכרה בדברינו, דהיינו: מקורה של הסוגייה הוא בירושלמי פאה, ומשם הועברה לסוגייתנו בצורה קטועה. מכל מקום, להערכתנו, עיצובה הספרותי של הסוגייה כסוגיית סתם, כמו גם העמדה הקונספטואלית הייחודית העולה ממנה באשר לפטור טמון, אשר לא מצאנו כדוגמתה בירושלמי ביחס ליתר הדינים החריגים, ובבבלי מצאנוה ברבדים מאוחרים, מצביעים על שייכותה לרובד כרונולוגי מאוחר של תלמוד זה.<sup>69</sup>

נפנה כעת לדיון בשאלת גדרם של נזקי אש. כפי שצינו בפתיחה לשער זה, תפיסת פטור טמון כפטור חריג, אותה איתרנו מרבא ואילך, השפיעה בצורה דרמטית על האפיון התיאורטי שניתן לנזקי אש. נבחן כעת את הדברים, ובכך תונח לפנינו תמונה מלאה באשר לנזקי אש ולתהליך פיתוחו של פטור טמון באש בתוכם.

---

<sup>68</sup> לפי דרך זו יש לבאר את קיומן של המגמות המנוגדות בסוגייתנו בהסבר שיטת ר' יהודה ובהסבר שיטת חכמים על פי ההנחה, שסוגייתנו מאוחרת לסוגיית פאה, והיא מתבססת עליה. הסוגייה, לפי זה, מעבדת סוגייה קדומה לה, ומשנה את מגמתה, אך שינוי זה לא נעשה באופן מלא.

<sup>69</sup> דהיינו: סמוך לדורם של אביי ורבא בבבל, ראו זוסמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 132 – 133, הערה 187, וראו גם פרק סיכום, סעיף 4.1, ובעיקר סמוך להערות 28 – 34. מכל מקום, קביעה חדה יותר של זמנה של הסוגייה דורש מחקר נפרד באשר לטיבם של סוגיות סתמיות בירושלמי, אולם הדבר חורג מגבולות המחקר הנוכחי.

## פרק ט

### שאלת גדרם של נזקי אש וזיקתה לפטור טמון

#### ט.1. פתיחה

המכילתא דר' ישמעאל (מסכתא דנזקין, פרשה יד, עמ' 297), שהוזכרה לעיל בפתיחת פרק זה, רואה את נזקי אש כך:

כי תצא אש. למה נאמר, עד שלא יאמר יש לי בדין, הואיל וחייב ע"י קנוי לו לא יהא חייב על ידי עצמו? ! אם זכיתי מן הדין, למה נאמר כי תצא אש? אלא בא הכתוב לעשות את האונס כרצון ושאינו מתכוין כמתכוין ואת האשה כאיש לכל הנזקין שבתורה.

נזקי אש לפי המכילתא נעשים "על ידי עצמו", והם חמורים יותר מנזקי ממונו.<sup>1</sup> ככל הנראה, המכילתא מבססת את חיובו של המזיק על פעולת הדלקת האש, שהיא מעשה ידי האדם,<sup>2</sup> ואיננה תולה חיוב זה בפשיעת המזיק בשמירת התפשטותה של האש או בזיקה ממונית כלשהי בין האש לבעליה.<sup>3</sup> בכך מזהה המכילתא את נזקי אש עם אדם המזיק, ואיננה רואה מקרה זה כנזקי ממונו. בשל כך, אנו מוצאים את גדרי חיובו של המזיק באש כגדרי חיוב אדם המזיק: "לעשות את האונס כרצון ושאינו מתכוין כמתכוין ואת האשה כאיש לכל הנזקין שבתורה".<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> השוו לימודים דומים ביחס למבעה ולבור: "למה נאמר, עד שלא יאמר יש לי בדין, הואיל והשור ממונו והבור ממונו" (מכילתא דר' ישמעאל, מסכתא דנזקין, פרשה יא, עמ' 287); "למה נאמר, עד שלא יאמר יש [כך בכתה"] לי בדין, הואיל והבור [כך בכתה"] ממונו והבער ממונו" (שם, פרשה יד, עמ' 296). הבדלים אלו מחזקים את מסקנתנו בדבר מעמדם השונה של נזקי אש כנזקי אדם. בהמשך הדרשה המצוטטת בפנים, לפי נוסח הפנים של מהדורת הורוביץ-רבין (שם, עמ' 298): "לא הרי המבעה כהרי הבער... הצד השווה שבהן שדרכן להזיק ומונו נ' ושמירתן עליך". אולם הנוסח "וממונו" איננו בעדי הנוסח החשובים של המכילתא (כת"י אוקספורד, כת"י וטיקן וכת"י מינכן, וכן חסר בילקוט שמעוני, עמ' 572), ומצוי רק בדפוסים. מסתבר, שהנוסח "וממונו" איננו מקורי, והוא מושפע מהדיון בנוסח המשנה הראשונה של מסכתנו ומן הבבלי. לדיון זה ראו תוס', ג ע"ב, ד"ה וממונו, ותוס' ד ע"א, ד"ה אדם; ר"י מלוניל, עמ' 2 ועוד. הלבני, המשנה הראשונה, עמ' 109, מסתייע מהנוסח "וממונו" במכילתא דר' ישמעאל לקביעת נוסח המשנה (על פי ההנחה, שחלק זה שבמשנה לקוח מהמכילתא). מכך, בין היתר, מדייק הלבני, שרב הסבור "מבעה זה אדם" לא התכוון לפרש את המשנה שלפניו, הכוללת "וממונו". אולם לאור כתבי היד הנזכרים של המכילתא, ובהתאם לתפיסת נזקי אש במכילתא דר' ישמעאל (בדומה לטענת ר"י מלוניל, שם; תוס', ג ע"ב, ד"ה וממונו), אין לדיוק זה על מה שיסמוך.

<sup>2</sup> חיובו של המזיק הוא גם על נזק שנגרם במהלך התפשטות האש, ולהצדקת חיוב זה הוצעו מספר קונסטרקציות משפטיות. ראו דיונו במחלוקת ר' יוחנן וריש לקיש בירושלמי, להלן סעיף ט.2.

<sup>3</sup> בהתאם לתפיסות השונות באשר ליסוד החיוב בנזקי ממונו, ראו מבוא, סעיף 2.1.

<sup>4</sup> "לכל הנזקין שבתורה" פירושו, כי אש מלמדת לכל נזקי אדם, ולא לנזקי ממונו (ראו גם מכילתא דר' ישמעאל, פרשה ו, עמ' 269). זאת בניגוד למסקנתו של לוי, הרואה את אש כמלמדת לכל הנזקים, ונזקי ממונו ככלל. בהתאם לכך מוצא לוי במכילתא תפיסה מוגבלת וגמישה של נזקי עצמו, כאשר "ביחס לנזקי אדם ממש, האש נחשבת ממונו" (לוי, מדרשי ההלכה, עמ' 97). כדרכנו מתפרש גם הירושלמי, פ"א ה"א, ב ע"ב: "והאש מלמדת על כולהן שהוא חייב על האונסין" (בניגוד ללוי, שם, עמ' 98), וכן נקטו מפרשי הירושלמי (בהקשר זה הובאה מימרת ר' יוסי בהמשך: "אדם שחבל בחבירו תחילה אע"פ שנעשה נזק חייב". מימרא זאת מופיעה בכת"י לידן לפני הפיסקא: "וכשהזיק חב המזיק", כפירוש רידב"ז, ולא כהגהת מהרא"פ ופנ"מ, אשר כמותם מופיע בדפוס וילנא).

וכך אכן מצאנו במשנה (פ"ב מ"י מ"ו) ביחס לדינו של אדם המזיק, והדברים מוכרים ומוסכמים בתלמודים: "אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד בין ער בין ישן סמא את עין חברו ושיבר את הכלים משלם נזק שלם".

גדרי החיוב הללו עומדים לצד דין טמון המובא בהמשך המכילתא: "או אפילו היו לו כלים טמונים בגדיש והדליקן, תלמוד לומר או הקמה או השדה, מה השדה בגלוי אף הקמה בגלוי". השילוב בין דין טמון לבין אדם המזיק מעורר קושי, שהרי הוא נוגד את פשטותה של הקביעה "לעשות את האונס כרצון ושאינו מתכוין כמתכוין", אותה זיהינו עם "אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד". קושי זה הוא ציר מרכזי בסוגיות שיידונו להלן, והדברים עולים מעל לפני השטח בסוגיות הבבלי ובפרשנותן בראשונים. במרכזו הדיון סביב מידת מוחלטותה של הקביעה "לעשות את האונס כרצון", או: "בין שוגג בין מזיד", בלשון המשנה. היינו, השאלה האם לפנינו אחריות מוחלטת או מוגברת בלבד.<sup>5</sup> דיון זה מוכר כמחלוקת ראשונים ענפה, ובראשם הרמב"ן ובעלי התוספות,<sup>6</sup> אולם שורשיו נטועים במקורות התלמודיים, ונושא דיונו הוא חלק מדיון זה. האפשרות האחרונה, הרואה את אחריותו של המזיק כאחריות מוגברת, מאפשרת תמרון בקביעת חיובו של המזיק, ובמקרה דנן מאפשרת לפטור מנזקי אש במצבים מסוימים, שאין להטיל עליהם אחריות. האפשרות הראשונה, הרואה את אחריותו של המזיק כאחריות מוחלטת, נתקלת בקושי ביישום פטור טמון. בשל כך, היא עשויה להזדקק לפרשנות מצמצמת של הפטור, מעין שיטתו של ר' הושעיה בירושלמי, אשר מעמידה את פטור טמון כשאלה ראייתית, היינו: "בשאיין עדים", אולם כשיש עדים חייב לכולי עלמא.<sup>7</sup> דרך זו עשויה להוביל אף לדחייה מוחלטת של פטור טמון, וייתכן שזהו השיקול העומד מאחורי השיטה הפוסקת כר' יהודה, ואיננה מקבלת פטור זה.<sup>8</sup> בד בבד, יש מקום לפתור את הקושי העולה לאפשרות זו מכיוון אחר, המערער על עצם קביעת המכילתא, לפיה נזקי אש הם כנזקי "עצמו". ואכן, המקורות ופרשנותם נתפצלו גם בנקודה זו. להמחשת כיווני הפרשנות הללו, נבחן את לשונה של המכילתא דרשב"י (כב ה, עמ' 197):

<sup>5</sup> המתח בין גישות אלו קיים במשפט המודרני, וניתן לראותו כתפיסות שונות ביחס ליסודותיו של צדק מתקן, היינו: האם הטלת האחריות דורשת את יסוד האשמה, גם אם בצורה מוגבלת, או שמספיקה גרימת הנזק (ראו פוזנר, צדק מתקן, עמ' 193 – 196). יש להדגיש כמובן, כי תפיסת האחריות המוחלטת המוצגת בענייננו היא רק כלפי אדם המזיק, ואילו נזקי ממון מושתתים בדרך כלל על יסוד האשמה. ראו מבוא, סעיף 2.1, ושם, הערה 13, וראו שער ראשון, פרק א, הערות 16 – 17.

<sup>6</sup> כז ע"ב, תוספות ד"ה ושמואל; רמב"ן, בבא מציעא, פב ע"ב, ד"ה ואתא, וראו הפניות נוספות אצל פרנקל, ספר המפתח, עמ' קלו. בענייננו עולה מחלוקת זו בסוגיית "בטש בכספתא", ראו להלן סמוך להערה 99.

<sup>7</sup> ראו לעיל, פרק ח, הערה 12.

<sup>8</sup> לרעות הפוסקות את ההלכה כר' יהודה ראו להלן, הערה 91, ושם, ציטוט דברי רב האי גאון. יש להדגיש, כי תפיסה זו איננה כיתור הגישות המוצגות בפנים, שהן גישות פרשניות, המתמודדות עם הקושי הנזכר תוך פרשנות של אחד מרכיבי מתח זה. בשיטות אלו עיקר דיונו, שתכליתו הצגת תהליכי ההתפתחות בתפיסת נזקי אש ובהבנת פטור טמון. בניגוד אליהן, כאן מדובר בהכרעה הלכתית, הדוחה לגמרי את הפטור מן ההלכה. הצעתנו בפנים היא לראותה כמושתתת על שיקולים דומים, ובכך יש להמחיש את עצמתם, אולם אין היא מסייעת לניתוח המקורות, שכן שיטת חכמים נותרת בה בלא הסבר.



כי תצא אש לעשות את שאין מתכוין כמתכוין. המדליק בתוך שלו יצאת אש ואכלה בתוך של חבריו הרי זה חייב מה זה מיוחד עשה את שאין מתכוין כמתכוין כך כל דבר נעשה את שאין מתכוין כמתכוין. קטע זה איננו מגדיר – על כל פנים במפורש – נזקי אש כ"על ידי עצמו". כמו כן, האחריות המוטלת בו על המזיק מצומצמת יחסית: "לעשות את שאין מתכוין כמתכוין", בהשוואה למכילתא דר' ישמעאל: "לעשות את האונס כרצון ושאין מתכוין כמתכוין".<sup>9</sup> לשינויים אלו ניתן לייחס שתי משמעויות אפשריות, בהתאם לצירי הדיון שנזכרו לעיל. האחת, המכילתא דרשב"י איננה רואה את נזקי אש כנזקי אדם. בשל כך, אין היא מציינת את חיוב אונס כרצון. היא מחייבת אומנם "שאין מתכוין", אך בכך אין היא שונה ממקרים אחרים של ממונו המזיק.<sup>10</sup> השנייה, המכילתא דרשב"י מקבלת אומנם את הגדרת נזקי אש כאדם, אך היא מצמצמת את האחריות המוטלת על המזיק. בשל כך היא משתמשת בלשון מסוייגת יותר. היא מחייבת אומנם "שאין מתכוין", אך איננה מחייבת אונס כרצון. שתי דרכים אפשריות אלו פותרות את הבעייתיות שהעלנו במכילתא דר' ישמעאל, והן נשתנו זו מזו בקביעת מידת אחריותו של אדם המזיק, ומכאן – בתפיסת נזקי אש.

הכיוונים הנזכרים עולים, כפי שנאמר, מתוך הסוגיות התלמודיות הנסובות על ענייננו, ונעמוד על הדברים כסדרם. במהלך דברינו נראה את מרכזיותה בתלמודים של העמדה העולה מן המכילתא דר' ישמעאל, ולצד זאת נעמוד על השינוי שחל בה בהשפעת פטור טמון. עיקר דברינו יעסוק במעבר מתפיסת אש כנזקי אדם לתפיסתה כממונו המזיק, תהליך שלטענתנו הושפע מפטור טמון, אם כצורתו הראשונית ואם כהתפתחותו בעקבות רבא.<sup>11</sup> כרגיל בדיונינו, נתייחס לעמדותיהם של חוקרים אחדים אשר עסקו במקורות הנדונים, בעיסוק ישיר או בדרך הילוכם. כאן נציין רק לעמדתו של ח"י לוי, שניתח באריכות את השתלשלות המושג "אש מושג חציו".<sup>12</sup> לוי מציג תהליך התפתחותי, שנקודת המוצא שלו היא תפיסה הרואה באש חלק מנזקי ממונו, ואשר בשלב מאוחר

<sup>9</sup> ראו לוי, מדרשי ההלכה, עמ' 98 – 99.

<sup>10</sup> אב טיפוס של ממונו המזיק שלא בכוונה הם נזקי רגל. נזקי רגל מוגדרים כנעשים "בדרך הלוכה" של הבהמה (פ"ב מ"א), וראו גם רש"י, ג ע"א, ד"ה ומאי שנא שן: "כל היזק דרך הילוך שלא בכוונה הוי תולדה דרגל דהויקו מצוי ואין כוונתו להזיק". כדרך זו בפרשנות המכילתא דרשב"י נקט לוי, מדרשי ההלכה, עמ' 98 – 101. כאמור בפנים, אין מניעה לקבל פרשנות זו, וייתכן אף שיש לראות כשיטה זו גם את הברייתא המשווה בין שור, אש ובור – "חומר בשור שאין באש וכו'", כלשון התוספתא, פ"ה ה"ל, ובבלי, ט ע"ב – י ע"א, כדברי לוי, שם, עמ' 96. אולם הוא מבקש לקשור לכך גם את המכילתא דר' ישמעאל, אך פשט לשונה איננו מורה כן, ראו לעיל, הערה 4. אין לפיכך לקבל את מסקנתו הגורפת, שאיננה מכירה בכך שבתורת התנאים נתקיימה התפיסה הרואה באש "נזקי גופו ממש" (שם, עמ' 101), ואדרבה, מסקנתו בעניין זה ובעניין שיטות האמוראים שונה, והתהליך המוצע על ידנו הפוך משהציע, ראו להלן.

<sup>11</sup> לעיל, פרק ט, סעיף ח.2.

<sup>12</sup> לוי, מדרשי ההלכה, עמ' 97 – 117.

נוספו מימדי חיוב, המזהים את נזקי אש עם אדם המזיק. עיקרו של התהליך המוצע על ידינו הפוך, כנזכר לעיל, והוא מבואר בזיקה לדין טמון, כפי שיפורט להלן, בגוף הדברים ובהערות.<sup>13</sup>

## ט. 2. "אשו משום חציו" ו"אשו משום ממונו"

המחלוקת העיקרית והמפורשת בתלמודים, העוסקת ישירות בגדרי אש, היא מחלוקתם של ר' יוחנן וריש לקיש, המובאת בבבלי באופן הבא (כב ע"א – כג ע"א):

הכלב שנטל. אתמר: <sup>14</sup>ר' יוחנן אמר אשו משום חציו<sup>15</sup>, וריש לקיש<sup>16</sup> אמר אשו משום ממונו.<sup>17</sup>  
וריש לקיש מאי טעמא לא אמר כרבי יוחנן? אמר לך: <sup>18</sup>חציו מכחו קאזלי האי לא מכחו קאזיל.<sup>19</sup> ורבי יוחנן מאי טעמא לא אמר כריש לקיש? אמר לך: ממונא אית ביה ממשא הא לית ביה ממשא.<sup>20</sup>  
תנן: הכלב שנטל חררה כו'. בשלמא למ"ד אשו משום חציו, חציו דכלב הוא, אלא למ"ד אשו משום ממונו, האי אש לאו ממונו<sup>21</sup> דבעל כלב הוא!

---

<sup>13</sup> בהערות הבאות נתייחס לנקודות מתוך מחקרו של לוי. נעיר כאן לגבי נקודה אחת, הנקשרת לדינונו הקודם. לוי (מדרשי ההלכה, עמ' 113 – 117) "מודה במקצת", ומכיר בכך ש"מדליק בתוך של חברו" נתפס מלכתחילה כמזיק בידיים, זאת בשל אילוצים הנובעים מפשטי כמה מן המקורות. את דבריו הוא מסב למדליק בתוך שלו, שהוא "האש הכתובה בתורה" כי תצא אש", דהיינו מרשותו, ומקילים בה בתור נזקי ממונו" (שם, עמ' 114). דא עקא, שהבחנה זו מאוחרת, כפי שהעלנו בדיונונו בפרק הקודם (סמוך להערות 36 – 40), ואדרבה, תפיסת אש הראשונית, כפי שמשקף מפתור טמון, היתה כהלכה שיוחסה אחר כך למדליק בתוך של חברו, והיינו, גם לדברי לוי, מזיק בידיים.

<sup>14</sup> בכתבי היד השונים: "אתמר: אשו – ר' יוחנן אמר וכו'". בכת"י פירנצה, בכת"י וטיקן ובקטע וינה B31 דברי ר' יוחנן מובאים בהתאם לכך בלא "אשו", דהיינו: "ר' יוחנן אמר משום חציו". אולם בכת"י המבורג, בכת"י מינכן ובכת"י אסקוריאל נשתלב כנראה עם הנוסח שלפנינו, ובדברי ר' יוחנן "אשו" מוזכר שנית: "איתמר אשו ר' יוחנן אמר אשו משום חציו". בדברי ריש לקיש בכל כתה"י הללו מופיע "אשו", למעט גליון כ"י וטיקן שאינו חוזר על "אשו", ראו להלן, הערה הבאה. הקדמת "אשו" למחלוקת מחזקת את הטענה, שהאמוראים נחלקו בשאלת הגדרת הנזק ולא במקרה קונקרטי, ראו להלן בפנים.

<sup>15</sup> בקטע וינה B31: "חיצא" כאן ולהלן, ובהתאם לכך בהמשך: "קאזיל" בלשון יחיד. שינוי הנוסח למילה הארמית "חיצא" עשוי לרמוז לאיחורו של הביטוי. אולם אין צורך להסתמך על כך, ויש בנושא זה טיעונים ענייניים כבדי משקל. זהו הציר המרכזי של דיונונו, ראו להלן בפנים.

<sup>16</sup> בכת"י וטיקן חסר "וריש לקיש... ממונו", והושלם בגליון, ושם חסר "אשו", וכן מופיע "ממונא". בכת"י אסקוריאל: "ור' שמעון בן לקיש" כאן ולהלן.

<sup>17</sup> פירוש הדברים, כרש"י: "משום חציו – חייבו הכתוב דאיהו קעביד דהוי כזורק חץ. משום ממונו – כשורו ובורו שהזיקו. וקס"ד דאיכא בינייהו כגון שהדליק בגחלת שאינו שלו, דלרבי יוחנן חייב דחציו הן ולר"ל פטור דלאו ממונו הוא" (על משקלה של הזיקה הממונית בין מבעיר האש לאשו לשיטת ריש לקיש ראו גם להלן, בחלקה השני של הערה 44).

<sup>18</sup> בכת"י אסקוריאל: "אמ' לך". בכת"י מינכן חסר "אמר לך". בהמשך, בביאור דעת ר' יוחנן, חסר "אמר לך" בכל כתבי היד, למעט כת"י המבורג.

<sup>19</sup> בכת"י וטיקן: "מכוחו קא אתי... קאתי".

<sup>20</sup> בכת"י המבורג: "ממונו אית ביה מששא... מששא", וכן הוא בכת"י מינכן ובכת"י פירנצה. "מששא" גם בכת"י וטיקן ובדפוס שונצינו. "ממונו" גם בכת"י אסקוריאל.

<sup>21</sup> בכת"י אסקוריאל, בכת"י פירנצה ובדפוס שונצינו: "ממונא". בכת"י המבורג: "ממונא לאו דבעל".

אמר לך ריש לקיש: הכא במאי עסקינן דאדייה אדויי<sup>22</sup>, דעל<sup>23</sup> חררה משלם נזק שלם ועל מקום גחלת משלם חצי נזק, ועל גדיש כולה פטור. ורבי יוחנן, דאנחה אנוחי, על חררה ועל מקום גחלת משלם נ"ש ועל הגדיש משלם חצי נזק.<sup>24</sup>

סוגייה זו מובאת בסמוך למשנת: "הכלב שנטל חררה", ממנה היא מקשה על שיטת ריש לקיש. הסוגייה נראית כסוגייה מובנית, העומדת בפני עצמה, ועיקרה הוא מחלוקת האמוראים בשאלת הגדרת נזקי אש: משום חציו או משום ממונו. הצמדתה של הסוגייה למשנת "הכלב שנטל חררה" היא בשל אזכורה של משנה זו והדיון בה במהלך הסוגייה, כפי שמצאנו בעריכתן של סוגיות רבות אחרות.<sup>25</sup> מקבילה למחלוקת זו מופיעה בירושלמי בדרך שונה במקצת (פ"ב ה"ה, ג ע"א):

"כלב שנטל את החררה". ריש לקיש אמ'. במצית<sup>26</sup> את האור על כל שיבולת ושיבולת. ר' יוחנן אמ'. נעשה כזורק את החץ ממקום למקום.

נקודת מפתח בפירוש סוגיית הירושלמי היא מימרת ריש לקיש: "במצית את האור על כל שיבולת ושיבולת". מרבית מפרשי הירושלמי בארו זאת כמעין אוקימתא: החיוב הוא כאשר מצית בפועל כל שיבולת ושיבולת.<sup>27</sup> ר' יוחנן לעומתו איננו נזקק לכך, ומפרש שהחיוב חל גם כשמדליק מקום אחד וממנו התפשטה האש, כזורק חץ ממקום למקום. בניגוד לבבלי, בו הדיון הראשוני מופשט, ועוסק בהגדרות המשפטיות של נזקי אש, מדובר

---

<sup>22</sup> רש"י: "שזרקו" (וכן מלמד, מילון, עמ' 8: "אדויי – זרוק"; "אדייה – הרימו"), ולעומתו ר"ח: "בדרך ידידי הובאה אל הגדיש" (ראו מלמד, שם: "אדייה אדויי – גלגל גלגלו"). וראו גם תרגומו של סקולוף, ארמית בבלי, עמ' 81: "brought over". פרשנות "אדיי אדויי" מתעוררת גם בזיקה לסוגיית הירושלמי, ראו להלן, הערה 27.

<sup>23</sup> בכת"י מינכן (ככל הנראה בטעות): "בעל". בכת"י פירנצה: "ד(ב)על".

<sup>24</sup> בסוגייה קושיות נוספות, חלקן יוזכרו להלן. לדיונים מפורטים בחלקי הסוגייה הללו ראו וייס, בבא קמא, עמ' 334 – 339; הלבני, בבא קמא, עמ' פו – פח.

<sup>25</sup> ראו רוזנטל, עריכות קדומות, עמ' 155 – 156. השוואת סוגיית הירושלמי תעלה מסקנה שונה, ראו להלן הערה 28.

<sup>26</sup> בקטע פריימן (ראו אודותיו לעיל, שער שני, פרק ה, הערה 77): "נעשה במצית". כנוסח כת"י ליידן גם בקטע בולוניה (על קטע זה וזיקתו לכת"י ליידן ראו שער שני, שם), וכן הוא גם בכתב יד אסקוריאל (בשינויים קלים – "ר' שמעון בן לקיש", כדרכו של כת"י זה, ו"במצית את האור על כל שבולת", בלא הכפילות: "ושיבולת").

<sup>27</sup> ראו במפרשי הירושלמי על אתר, וראו גם לוין, מדרשי ההלכה, עמ' 102. כמה ממפרשי הירושלמי (מהרא"פ, פני משה ורידב"ז) פרשו, שמדובר כשזרק את הגחלת על כל שיבולת ושיבולת, וזאת בהשפעת פירוש רש"י ל"אדיי אדויי" (כב ע"א) ועל רקע סוגיית צורות בבבלי, אך בירושלמי אין הדברים כתובים. כוונת הירושלמי מתפרשת אומנם כדבריהם, שהדליק בפועל כל שיבולת, אך בלי זריקת הגחלת (כנוק משונה, וכרוח פירושו השני של רש"י, כב ע"א, ד"ה משלם, וראו לוין, שם. ראו גם לעיל, שער שלישי פרק ז, סעיף 1.ז, שם ראינו נזקים אלו כ"תם"). כך, להערכתי בהשפעת הירושלמי, פרש הרמב"ם (נזקי ממון, פ"ב הי"ז) את "אדייה אדויי" שבבבלי: "מגרר את החלה על הגדיש והולך ושוורף", והשוו פירוש ר"ח: "בדרך ידידי הובאה אל הגדיש" (הפירוש המילולי קרוב בין השניים, אך מיושם בצורה שונה. לעניין הפירוש המילולי ראו לעיל, הערה 22). על הקשר בין הרמב"ם לסוגיית הירושלמי ראו מאירי, עמ' 68 (בפירושו למשנה), ונתיבות ירושלים לסוגייתנו.

בירושלמי בדיון קונקרטי ביחס למעשה ההדלקה, ואין מפורשות בו קביעות עקרוניות ביחס לנזקי אש.<sup>28</sup> מפרשי הירושלמי בארו את תפיסת ריש לקיש בהתאם לשיטתו בבבלי, לפיה אשו משום ממונו, ועל כן יש צורך בכך שידליק בפועל כל שיבולת ושיבולת, שכן על התפשטות האש לא ניתן לחייב את בעל הכלב.<sup>29</sup> אולם אין הדברים מוכרחים. תפיסת נזקי אש יכולה להיות משותפת לריש לקיש ולר' יוחנן ומוסכמת על שניהם, ומחלוקתם היא במידת החלתו של הדין – מקום ההדלקה בפועל, שהוא המעשה הישיר של המזיק, או אף על מקום התפשטות האש.<sup>30</sup> הצעד הנוסף שנעשה בבבלי בהצגת מחלוקת האמוראים הופך אותה לעניין קונספטואלי בסיסי, באשר להגדרת טיבם של נזקי אש, אולם אין הוא מצוי בסוגיית הירושלמי.<sup>31</sup>

בפירוש מימרת ריש לקיש יש מקום לדרך נוספת, הנתמכת באחד מעדי הנוסח של הירושלמי. לפי דרך זו, אין בדברי ריש לקיש אוקימתא, אלא כר' יוחנן, באור לטעם החיוב בנזקי התפשטותה של האש. ר' יוחנן רואה את הנזק כחץ ההולך ומזיק, ומכאן חיובו, ואילו ריש לקיש רואה את המזיק כמי שהדליק בפועל כל נקודה ונקודה.<sup>32</sup> להבנה זו מסייע קטע פריימן של הירושלמי הגורס בדברי ריש לקיש: "נעשה במצית את האור על כל שיבולת ושיבולת".<sup>33</sup> על פי הבנה זו, ריש לקיש מתאים לעמדתו העקרונית של ר' יוחנן, הרואה את אש כנזקי

<sup>28</sup> מסתבר לפיכך, שהמחלוקת מוסבת היתה מראשיתה על משנת "הכלב שנטל חררה", ורק בשלב שני, בסוגיית התלמודית, היא הורחבה לכלל נזקי אש (ראו גם וייס, בבא קמא, עמ' 345, ושם הערות 77; 82). מסקנה זו, העולה מסוגיית הירושלמי, מנוגדת להשערת העריכה שהוצעה לעיל, סמוך להערה 25. בעניין זה ראו גם להלן, הערה 32.

<sup>29</sup> לבאור טעם הדבר ראו סוגיית הבבלי, כב ע"א, ושם, רש"י, ד"ה לאו ממונו, תוד"ה לאו ממונו וראשונים נוספים. הפרשנויות השונות תלויות בין השאר בשאלה, האם ריש לקיש מחייב במקרה שהאש איננה שלו, ראו תוד"ה אשו משום ממונו, וראו גם להלן, הערה 42. הטעם הפשוט בסוגייה הוא משום שאין לחייב על אש שאיננה שלו, כרש"י. מכאן הקושי המתעורר לשיטות המחייבות באש שאינה שלו אליבא דריש לקיש, אשר לפיהן לא ניתן לבאר את טעם הפטור על סמך העדר זיקה ממונית בין בעל הכלב לבין האש.

<sup>30</sup> מחלוקת האמוראים מתעוררת במשנת "כלב שנטל חררה" (ראו לעיל, הערה 28) ולא במשניות אש שבפרק שישי, העוסקות במקרים המובהקים של נזקי אש. נראה מכאן, שמחלוקתם איננה מוסבת על כלל נזקי אש – דיונום רלוונטי לסוגייה זו בלבד, שכן בעיית ייחוס המעשה למזיק עולה רק כאשר המדליק איננו אדם, ככלב במקרה דנן. לעומת זאת, ביחס לאדם המזיק, מסתבר שגם ריש לקיש יסכים להרחבת חיובו לכל מה שנגזר ממעשהו הישיר. ראו בפירושו של ר"י לוי, עמ' 55.

<sup>31</sup> ראו גם וייס, בבא קמא, עמ' 344 הערה 72; הלבני, בבא קמא, עמ' פו, ושם הערה 10. במקרה דנן, ההמשגה שבבבלי מפותחת יותר מאשר בירושלמי. לדוגמה מעין זו ביחס למימרא אחרת של ריש לקיש, המנוסחת בירושלמי בצורה קזואיסטית ובבבלי כעקרון הלכתי, ראו מוסקוביץ, המשגה, עמ' 306 – 309.

<sup>32</sup> על פי זה, מחלוקתם עשויה להיות עקרונית, וייתכן שלא הוסבה מלכתחילה על משנה מסוימת, מעין ה"איתמר" בבבלי. ראו גם מוסקוביץ, המשגה, עמ' 320 – 321, המוצא במחלוקת זו דוגמא לקונספטואליזציה פוסט-תנאית, המופיעה בתלמוד הירושלמי, ומיוחסת לאמוראים מוקדמים. פרשנות זו למחלוקת האמוראים שבה להצעת העריכה שהוזכרה לעיל, סמוך להערה 25, בניגוד למסקנה העולה מהאפשרות הקודמת בפירוש המימרא, לעיל הערה 28.

<sup>33</sup> ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 113, מקבל פרשנות זו במימרת ריש לקיש, ומציע לגרוס: "נעשה כמצית" (אולם בהמשך נוקט ליברמן כעמדת המפרשים, ומשווה בין מחלוקתם כאן למחלוקתם בבבלי, בניגוד לדרכנו בפנים). פרשנות זו הועלתה גם על ידי וייס, בבא קמא, עמ' 341 – 342, המציע אף הוא לגרוס "כמצית" (אך הוא לא הכיר את נוסח קטע פריימן). פרשנות מימרות ר' יוחנן וריש לקיש, בה נוקט וייס, דומה לדרכנו בפנים, אולם פרשנות הסוגייה בכללה ושילוב המימרות בתוכה דחוק. דבריו מתבססים על הצורך לזהות בין כלב שנטל חררה לקרן או צורות, ובכך לבאר את החיוב בחצי נזק, אולם אין בכך צורך, שכן המעשה החריג כשלעצמו הוא המחייב בחצי נזק, וראו לעיל, הערה 27, וההפנייה שם לסוגיית צורות. באשר לקטע פריימן, קשה להכריע בשאלת מקורותיו

אדם, וכמו כן שניהם מודים למעשה על חיובו של המזיק בנזקים אלו. מחלוקתם היא בקונסטרוקציה המשפטית המצדיקה זאת, היינו: מהי התבנית המשפטית שיש לחייב על פיה את המזיק על התפשטות האש – האם האש היא כחץ ההולך ממקום למקום, או שיש לראות את המזיק כמי שהדליק כל שיכולת ושיכולת.<sup>34</sup>

הירושלמי מוסיף ועוסק במחלוקת האמוראים בזיקה למקורות אחרים. סוגייה זו איננה קשורה ישירות לדיוננו, ונדון בה בנספח לפרק זה. לענייננו, מהדיון המובא עד כה ניכר, שמחלוקת ר' יוחנן וריש לקיש בשאלת הגדרת נזקי אש, כצורתה בבבלי, איננה מקורית, אלא פיתוח מחלוקת נקודתית יותר. על פי הפרשנות הראשונה לירושלמי שהוצעה לעיל, היא תוצאה של המשגת מחלוקת קונקרטית בהסבר משנת הכלב שנטל חררה, ואילו לפי הדרך השנייה שהוצעה לעיל, היא פיתוח ושכלול של קונסטרוקציות משפטיות של האמוראים ביחס לאש, אשר לא כללו מחלוקת בהגדרת נזקים אלו. בין כך ובין כך, אין בשיטת ריש לקיש בירושלמי מחלוקת על ההנחה הבסיסית באשר לטיבם של נזקי אש.<sup>35</sup> יתרה מכך, לפי הפרשנות השנייה למימרת ריש לקיש, נוכל לומר אף ביתר נחרצות, שריש לקיש רואה את נזקי האש כנזקי אדם. שהרי אם חיובו של המזיק הוא על פשיעתו בשמירת האש כיתר נזקי ממונו, הרי הוא חל על נזקי האש מכאן ולהלן, ואין צורך בקונסטרוקציה משפטית שתצדיק זאת. על כרחנו, שהאש מיוחסת לאדם, ובשל כך יש צורך בתבנית משפטית שתבאר כיצד זיקה זו נשמרת גם במהלך התפשטות האש. בטיבה של תבנית זו נחלקו, כאמור, ריש לקיש ור' יוחנן, האם "נעשה במצית את האור על כל שיכולת ושיכולת" או "נעשה כזורק את החץ ממקום למקום".

בסוגייה אחרת בירושלמי מצאנו עמדה הרואה את נזקי אש כנזקי ממונו. זוהי סוגיית הירושלמי על משנת "ארבעה אבות נזיקין" הכוללת בפשטות את אב הנזק אש בתוך "הכשר נזיקין", העומדים בניגוד ל"נזקי גופו".<sup>36</sup> סוגייה זו איננה מיוחסת לר' יוחנן או לריש לקיש, ולפיכך איננה נוגדת את דברינו לעיל אודות גרעין מחלוקתם

---

הנוסח שבו, שכן ייתכן שנוספה בו מילת "נעשה" בהשפעת מימרת ר' יוחנן שבהמשך. עם זאת, אין לטעון לחוסר מקוריותו של נוסח זה על סמך העדרו בכתב יד אסקוריאל בהסתמך על הזיקה שבינו לבין קטע פריימן. כתב יד אסקוריאל ככל הנראה מאוחר יותר, ועל כן ייתכן ששינוי הנוסח תלוי בו, וקטע פריימן הוא המקורי. על יחסו של כת"י אסקוריאל לקטע פריימן ראו רוזנטל, ירושלמי נזיקין, עמ' יג – טז וראו בהפניה לעיל, הערה 26. על שיקולי ההכרעה בין הגרסאות במקרה דנן ראו גם מוסקוביץ, המשגה, עמ' 320 הערה 122. מוסקוביץ מכריע בקטע פריימן ולפיו מפרש את הסוגייה, כפי שהובא לעיל, הערה קודמת.

<sup>34</sup> ראו גם ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 113: "ולפי פשוטו המחלוקת בין ר' יוחנן לריש לקיש היא, שלר' יוחנן החיוב הוא חיוב חד פעמי, וחייב רק בעד הדלקת האש (או בעד פשיעה בשמירתו), ודומה לזורק חץ שנתחייב רק בשעת הזריקה (...), אבל ריש לקיש סובר שעל כל שיכולת ושיכולת יש חיוב חדש, שהרי בנזקי אש אינו חייב בעד מעשה ההדלקה אלא בעד הפשיעה (...), וממילא אין חילוק בין שיכולת ראשונה לשנייה, ודינו כמצית את האור בכל שיכולת ושיכולת". וייס, בבא קמא, עמ' 344 – 345 מסיק אף הוא ששיטת ריש לקיש בירושלמי (בהתאם להגחתו, "כמצית", בדומה למסקנה העולה מקטע פריימן, ראו לעיל, הערה קודמת) איננה זהה עם סברת "אש מושם ממונו" (אולם הוא סבור שגם לפירוש זה מחלוקת האמוראים היא נקודתית, ביחס למשנת כלב שנטל חררה).

<sup>35</sup> במסקנה זו הקדימו אברהם וייס, ראו וייס, בבא קמא, עמ' 103 – 104. וייס איננו מפתח את משמעות קביעה זו לעניין פטור טמון, שהוא מטרת דיוננו כאן.

<sup>36</sup> ירושלמי, פ"א ה"א, ב ע"א: "אנן תנינן 'ארבעה אבות נזיקין'. ותני ר' חייה שלשה עשר... מה דתנינן אנן להכשר נזיקין. מה דתני ר' חייה בין להכשר נזקין בין לניזקי גופו". ראו על כך ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 1 – 2; עסיס, תשע עשרה שמועות, עמ' 68.

של אמוראים אלו. יתכן, שסוגייה זו הושפעה מעיצוב שיטת ריש לקיש שבבבלי, ובתופעה זו כשלעצמה, היינו: הקשר בין סתם התלמוד הירושלמי בירושלמי נזיקין לסתם התלמוד הבבלי, אין כדי להפתיע. הדבר תואר במחקר, והוא עולה בענייננו במקומות נוספים.<sup>37</sup> סוגייה זו היא אנונימית, ולא מן הנמנע, שהיא אף מאוחרת יחסית.<sup>38</sup> תימוכין להשערה זו ניתן למצוא בכך שבסוגיית הירושלמי על משנת "כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו" (פ"א ה"ב, ב ע"ג), הקרובה בעניינה לסוגייה הנזכרת, מובאים מקור תנאי וכמה אמוראים, ואלו נוקטים בגישה הרואה את אש כנזקי גופו. בסוגייה זו מובא כדלקמן:

"כל שחבתי בשמירתו" כול' תני ר' חייה. זה השור והבור. והאש לא תנה. אמ' ר' ירמיה. האש להכשר נזקיו. אמ' ר' יוסי. ואין כיני האש להכשר נזקיו מקבל עליו ההתרייה בדעת זו ולוקה. מאי כדון. האש להכשר נזקיו מקבל עליו נזק צער ריפוי שבת ובושת.

הסוגייה מבחינה בין אש לבין שור ובור, בהתאם לברייתת ר' חייה, ומחייבת למסקנה על נזקי אש כתשלומי אדם המזיק: נזק, צער, ריפוי, שבת ובושת. הסוגייה איננה מכירה את השיטה הרואה בנזקי אש נזקי ממונו, כפי שהעמידו אל נכון רבים ממפרשי הירושלמי – ברי הוא שהמקור התנאי המובא בסוגייה ("זה השור והבור") איננו סבור כך,<sup>39</sup> ונראה שזו גם עמדתם של ר' ירמיה ור' יוסי.<sup>40</sup> קשה להניח, שהסוגייה מתבססת על ההבחנה בין רגע ההדלקה לבין מהלך האש, כשהראשון הוא העומד מאחורי חיוב המזיק בתשלומים כאדם המזיק.

<sup>37</sup> ראו ליברמן, תלמודה של קיסרין, עמ' 17; זוסמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 96 – 99, ובהרחבה להלן, בנספח לפרק זה (נספח ד, הערה 5).

<sup>38</sup> ראו גם לעיל, פרק ח, סמוך להערות 68 – 69.

<sup>39</sup> ברייתת ר' חייה מפרשת את המשנה בהתאם לתפיסת אש כנזקי אדם, ולפיכך אש איננה כלולה ב"כל שחבתי בשמירתו" (ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 1 – 2). יש להדגיש, כי העמדה החולקת המובאת בסוגייה הקודמת (פ"א ה"א) נובעת מפרשנות תלמודית לטעמו של ההבדל בהגדרת אבות הנזיקין בין המשנה לבין ר' חייה, ועל כן אין היא בהכרח עמדת "משנתנו" (בניגוד לעסיס, תשע עשרה שמועות, עמ' 68). זו עשויה למשל לראות את אש כנזקי אדם, אך לצמצם את מניינם של אבות הנזיקין על פי ההבחנה בין אדם שהזיק אדם לבין אדם שהזיק ממונו, ראו סוגיית הבבלי אליבא דרב, ד ע"ב.

<sup>40</sup> לשונו של ר' ירמיה ("האש להכשר נזקיו") צריכה ביאור. מפרשי הירושלמי פרשו את "להכשר" כלמ"ד השימוש, ומכאן, יש שראו בדברי ר' ירמיה את תפיסת אש כממונו (רידב"ז, אולם לא באופן מלא, אלא בשילוב עם ראיית אש כנזקי אדם, כשיטת ר' יוחנן למסקנת הבבלי). אף לפי זה, מסקנת הסוגייה רואה את "הכשר נזקיו" זה ביחס לאש במשמעות של תשלומין כנזקי אדם, וזאת בהבחנה מנזקי שור ובור ומ"הכשרתי את נזקו" שבמשנה (פני משה). עם זאת, נראה כדעתם של ליברמן וח' אלבק (ליברמן, תלמודה של קיסרין, עמ' 2; הנ"ל, תוספתא כפשוטה, עמ' 1; אלבק, משנה, עמ' 407, וכך נקט גם לוין, מדרשי ההלכה, עמ' 106), כי אין מדובר כאן בלמ"ד השימוש, אלא בהבלעת האות אל"ף, והיינו: "להכשר" = "לא הכשר" (תופעה זו קיימת בספרות חז"ל, ובפרט מצויה בירושלמי, ראו אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1212 – 1220, וראו עמ' 1213, ושם הערה 3, ביחס להבלעת "לא" בירושלמי). הסוגייה מתפרשת לפי זה כפשוטה: האש איננה כהכשר נזקיו, אלא כנזקי גופו, ומכאן ההלכות הייחודיות לה, הכוללות חיוב בחמישה דברים (באם נפרש את מימרת ר' יוסי ואין כיני... ולוקה" כתמיהה, אזי הלכות ייחודיות אלו לא יכללו מלקות, ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 1 – 2; עסיס, תשע עשרה שמועות, עמ' 68; לוין, מדרשי ההלכה, עמ' 107). בדומה לכך פרשו מהרא"פ, עמ' ב, ונתיבות ירושלים, עמ' ד, וראו עוד הצעת ההגהה בפירושו של ר"י לוי, עמ' 33 – 34.

מסתבר, שהיא היא הגדרת נזקי אש, והיינו: המזיק באש הוא כאדם המזיק, וזאת על פי הקונסטרוקציה המשפטית או האוקימתא שנלך בה, לפי ריש לקיש או לפי ר' יוחנן, בהתאם לדיונונו לעיל.

בבבלי, כאמור, מוצגת המחלוקת כמחלוקת עקרונית באשר לטיבם של נזקי אש. כדרכו, שילב והרחיב הבבלי את תפיסתו גם לסוגיות נוספות. כך, למשל, מחלוקת ר' יוחנן וריש לקיש בשם חזקיה על משנת "השולח את הבעירה ביד חרש שוטה וקטן" (פ"ו מ"ד) נקשרת בסוגייתנו (כב ע"א) למחלוקת ר' יוחנן וריש לקיש בדין "אשו משום חציו" או "אשו משום ממונו" (ראו רש"י על אתר). אולם בסוגיית פרק שישי (נט ע"ב – ס ע"א), שם מובאת המחלוקת בעניין חרש שוטה וקטן וזהו מקומה, אין נזכרת המחלוקת בדין "אשו משום חציו" או "אשו משום ממונו", ואפילו ברובד הסתמאי של הסוגייה. רובד זה תולה את מחלוקתם באחריותו של המוסר למעשיו של החרש ("מעשיו קא גרמו לו" מול "צבתא דחרש גרמה לו"), ואיננו מקשר לכך את שאלת הגדרת נזקי אש. נראה לפיכך, שקשר זה הוא פרי מלאכתה של סוגיית פרק שני, ואיננו טעמה המקורי של המחלוקת.<sup>41</sup>

מעניין הוא, כי הסוגייה המקבילה בירושלמי, בעניין "השולח את הבעירה ביד חרש שוטה וקטן" (פ"ו ה"ד, ה ע"ג), מבחינה בין גחלת השייכת למוסר הגחלת לחרש לבין גחלת הפקר, ומקנה בכך משקל לזיקה הממונית שבין המזיק לאש. מפרשי הירושלמי קישרו סוגייה זו לשיטת ריש לקיש שבבבלי,<sup>42</sup> אולם לאמיתם של דברים ספק אם זו משמעות סוגיית הירושלמי. הסוגייה איננה תולה הבחנה זו במחלוקת ר' יוחנן לריש לקיש, ובוודאי שאין היא כסוגיית הבבלי בפרק שני, היוצרת הקבלה בין מחלוקות האמוראים הנזכרות. אדרבה, משמע מסוגיית הירושלמי, שלזיקה הממונית משקל גם לדעת ר' יוחנן.<sup>43</sup> נראה, לפיכך, שאף סוגייה זו מתפרשת כדרכנו לעיל,

<sup>41</sup> כך נקטו רבים ממפרשי התלמוד, לאור מסקנת הסוגייה: "למאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו", שאיננה מאפשרת לתלות את שתי המחלוקות זו בזו. ראו תוד"ה חציו, כב ע"ב; תוס' רבנו פרץ, ד"ה ולר"י, עמ' פב; גר"א על הרמב"ם, נזקי מוון, פ"ד ה"ה; הר"י וינברג, שרידי אש, עמ' קז – קח. השו"ג לוי, מדרשי ההלכה, עמ' 105 – 106, הנוקט כמגמת סוגיית פרק שני.

<sup>42</sup> הקישור בין שיטת חזקיה בירושלמי הנ"ל ומקבילתה בבבלי, הנמסרת על ידי ריש לקיש, לבין שיטת ריש לקיש שבבבלי זוקק לפרש בבבלי, שלמ"ד "אשו משום ממונו" חייב על אש שאינה שלו, כדוגמת "שלהבת הפקר" בסוגייתנו (ראו פנ"מ וירידב"ז, התולים זאת בכך ש"ברי היקא". אולם סברת ברי היקא בפשט הדברים נאמרה על שלהבת שלו, ראו רש"י, כב ע"ב, ד"ה ברי, בניגוד לשיטות המנתקות בין שתי המחלוקות, ראו לעיל, הערה 41). תיתכנה, אומנם, פיקציות משפטיות, שתגדרנה מעשים מסויימים כבעלות לעניין נזיקין (השוו מימרת ר' אלעזר בשם ר' ישמעאל ביחס לבור ברשות הרבים, כט ע"ב: "שני דברים אינם ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו", וראו גם דיונונו בעניין זה בהקשר לסוגיית בור, שער חמישי, נספח ו), וכך אכן למדו כמה מן הראשונים בפירוש שיטת ר"ל בבבלי (תוד"ה אשו משום ממונו, כב ע"א, וראו שיטת ביניים בשטמ"ק, כב ע"א, ד"ה וכן כתבו תלמידי הר"י. ראו גם נתיבות ירושלים לסוגייתנו, המוכיח מן השיטות הללו לפרשנות הירושלמי). אולם פשט סוגיית הבבלי איננו נוקט כן, ומשמע שחיוב "אשו משום ממונו" הוא כשיש זיקה ממונית ממשית בין מבעיר האש לאשו (למשל: "הא אש לאו ממונו דבעל כלב הוא", ראו: הלבני, בבא קמא, עמ' פה הערה 1. ראו גם תוס', ד"ה לאו ממונו, הנדחקים ביישוב הדבר). כפירוש הפשוט נקט רש"י, וכך נראה מפירוש הר"ח (רשב"א, עמ' קיט, ד"ה וריש לקיש), ומעיד הרשב"א על פירוש זה: "ועל דרך זה מתפרשת כל סוגיית השמועה יותר על נכון" (הראשונים הנזכרים נקטו בדרכים אחרות, על רקע הקשרים רחבים יותר, ראו למשל תוד"ה אשו משום ממונו, ובנתיבות ירושלים הנ"ל). נמצא, אם כן, כי יצירת הזהות בין השיטות גוררת דוחק בבאור שיטת ריש לקיש שבבבלי, ועל כרחנו שאין הירושלמי והבבלי הולכים בדרך אחת. לבד מכך, בירושלמי אין תפיסה זו מובאת כחלק ממחלוקת כלשהי, ראו להלן בפנים.

<sup>43</sup> ראו להלן, הערה הבאה.

הרואה את נזקי אש כמעשה של המבעיר. אולם יש חשיבות לזיקה הממונית בין האדם לבין האש, כתנאי הכרחי להטלת חיוב נזיקי על מי שאיננו מבעיר את האש בפועל, ואין בכך מחלוקת בין ריש לקיש לר' יוחנן. כך הם הדברים גם במקרה דנן, בו מדובר בגחלת ובמסירתה לחרש, שוטה וקטן, כאשר יש בזיקה הממונית כדי לחייב את בעל הגחלת.<sup>44</sup>

נשוב לעיקר דיוננו. מצאנו, שהגישה הדומיננטית במקורות שנדונו עד כה רואה את נזקי אש כאדם המזיק. גם בבבלי מכיר רבא בעדיפותה ובקדימותה של שיטה זו (כב ע"ב – כג ע"א):<sup>45</sup>

אמר רבא: קרא ומתניתא מסייע ליה לרבי יוחנן. קרא דכתיב: כי תצא אש, תצא מעצמה, ישלם המבעיר את הבערה, ש"מ אשו משום חציו. מתניתא דתניא: פתח הכתוב בנזקי ממונו וסיים בנזקי גופו, לומר לך<sup>46</sup> אשו משום חציו.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> לפי זה, פירוש קושיית הירושלמי על חזקיה הוא כך: "מי שראה גחלתו של חברו... שמא אינו פטור?!" – אלא, בהכרח, בעל הגחלת חייב, וכן גם כאן, על בעל הגחלת להתחייב אף אם מסרה לחש"ו. מתוך הירושלמי, שמדובר בגחלת הפקר, או בשלהבת הפקר אליבא דר' יוחנן (ראו במפרשים על אתר, וראו גם ראייתו של הריב"ז מ"כ"י מאקספארד", ומובא בשרידי ירושלמי, ובדומה לכך בכת"י אסקוריאלי, ושם: "הקדש". פירושו של לוי, מדרשי ההלכה, עמ' 105, על פי שרידי ירושלמי, דחוק), ועל כן פטור, שהרי איננו מבעיר האש, ואין זיקה ממונית שעל בסיסה ניתן לחייבו. יש להעיר עוד, כי חשיבותה של הזיקה הממונית במקום שאיננו מבעיר האש עולה גם מהדיון הדומה בבבלי על משנת "הכלב שנטל חררה", כג ע"א: "ולייחייב נמי בעל גחלת" (ראו רש"י, שם, ד"ה ולייחייב, ופני יהושע, עמ' לג; ראב"ד, עמ' נ – נא). תפיסה זו דומה לתפיסת הבבלי למסקנת סוגייתנו, "מאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו", לפי השיטה המפרשת זאת כתוספת במקום בו לא חל "אשו משום חציו" (להלן בפנים, וראו גם להלן הערה 66).

לפירוש אחר בירושלמי ראו וינברג, שרידי אש, עמ' קח – קי, הערה 6, וראו גם ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 120.

<sup>45</sup> לוי, מדרשי ההלכה, עמ' 110, מקשה על כך מסוגיית מג ע"ב, הדנה בדברי רבא: "אשו שלא ככוונה ע"פ עדים נשלם דמים". יסוד סוגייה זו לטענתו הוא תפיסת "אשו משום ממונו", בהתאם לפירוש רש"י, שם, ד"ה עבד כפות, וכן פירשו רבים מן הראשונים. אולם רש"י עצמו סותר דברים אלו קודם לכן, בד"ה אי הכי: "אשו נמי דליתיה בתורת כופר לישלם דמים שלא ככוונה דהא אש ישנה בתורת נזקין ומיהו ככוונה פשיטא לן דפטור דקם ליה בדרכא מיניה", וזהו פשט דברי רבא, המדגיש: "אשו שלא ככוונה ע"פ עדים נשלם דמים" (השוו תוס', ד"ה אשו. ראו גם ראב"ד, עמ' קיג, המעמיד אוקימתא: "בכוונה מאי היא שהצית בגופו של עבד", וראו שם, הערה כח; רשב"א, עמ' רלח, ושם הערה 306; פני יהושע, עמ' ע; חרשי הגרי"ז, הלכות רוצח ושמירת נפש, פ"ג ה"ב, עמ' ע). סוגייה זו, הזוקקת עיון נפרד, אין ממנה ראייה, וקרוב בעיני שהעיקר כדברי רש"י בד"ה אי הכי. הקטע הסותר מובא במסגרת משא ומתן תלמודי, שאיננו מגוף דברי רבא, ובו מובאת שיטת ריש לקיש בפרשנות משנת "עבד כפות לו וגדי סמוך לו... פטור" (אך גם בקטע זה אין הדברים נובעים בהכרח משיטת "אשו משום ממונו"). בראייה הרמוניסטית נאמר, שקטע זה הוא הצעה לאיתור מקור שיטת רבא (וצריך רש"י לציין בו במפורש את השינוי מלעיל: "דקסבר אשו משום ממונו"), ומאחר שנדחה, נדחית גם תפיסתו בעניין אש, ופשט דברי רבא עומד בעינו. אין לפיכך ראייה מסוגייה זו לעמדת רבא, ואין מקום לדחות בשלה את פשט סוגייתנו (הן ביחס לדברי רבא והן ביחס לקושיית אביי, שתדון להלן, שלא כלוין, מדרשי ההלכה, עמ' 111, המבאר את קושיית אביי בהתאם לדרכו של הגר"א, ראו להלן, הערה 65). לכל היותר רובד מאוחר בסוגייה נקט כשיטת אשו משום ממונו, ונקודה זו משתלבת דווקא עם התהליך המוצג להלן בפנים.

<sup>46</sup> בכ"י מינכן: "ש"מ" (אך בכתבי היד אסקוריאלי, המבורג, פירנצה ווטיקן כלפינו, ויתכן שנוסח כת"י מינכן הוא אשגרה מלמעלה). בהסתייע בנוסח כת"י מינכן טען הלבני, בבא קמא, עמ' פט, שהברייתא במקורה לא כללה את הקטע: "לומר לך אשו משום חציו" (ומכאן לשונו של רבא: "מסייע", שהרי לנוסח שלנו הברייתא היא דברי ר' יוחנן), וראו להלן, הערה הבאה.

<sup>47</sup> השו"ס ע"ב (דברי ר' יצחק נפחא), ושם מובא כיחידה אחת (דרשה ומסקנה הלכתית) – "כי תצא אש תצא מעצמה שלם ישלם המבעיר את הבערה... שמעתתא פתח הכתוב בנזקי ממונו וסיים בנזקי גופו לומר לך אשו משום חציו". הברייתא המובאת על ידי רבא איננה במקורות מקבילים (מקורות תנאיים ובתלמוד הירושלמי), ובפרט הלשון "אשו משום חציו" היא לשון הבבלי, ואיננה בירושלמי



אף על פי כן, שיקולים פנימיים מובילים את הבבלי להעדרת השיטה הרואה באש נזקי ממונו, שיטת ריש לקיש, כדלקמן (כג ע"א):

אמר רבא קשיא ליה לאביי: <sup>48</sup> למ"ד אשו משום חציו, טמון באש דפטר רחמנא <sup>49</sup> היכי משכחת לה? וניחא ליה, כגון שנפלה דליקה לאותו חצר, <sup>50</sup> ונפלה גדר שלא מחמת דליקה, והלכה והדליקה <sup>51</sup> והזיקה בחצר אחרת, דהתם כלו ליה חציו. אי הכי, לענין גלוי נמי כלו ליה חציו <sup>52</sup>! אלא, למאן <sup>53</sup> דאית ליה משום חציו אית ליה נמי <sup>54</sup> משום ממונו, וכגון שהיה לו לגודרה ולא גדרה, דהתם שורו הוא ולא טפח <sup>55</sup> באפיה. וכי מאחר דמאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו, <sup>56</sup> מאי בינייהו?

---

(ראו לעיל בפנים). יש להסתפק, אם כן, באשר למקוריותה של ברייתא זו (ראו פרידמן, הבריות בבבלי, וראו מבוא, הערות 54; 56, וראו הפניות בהערות הנ"ל למקומות נוספים בעבודה זו בהם נדון מעמדם של מקורות תנאיים המובאים בבבלי). ייתכן כי מדובר בעיבוד לרעיון הטמון בברייתת המכילתא דר' ישמעאל (הובאה לעיל, בפתיחה לפרק זה), הרואה את נזקי אש כנזקי גופו תוך השוואה לנזקי ממונו, ומסיקה על החיוב הרחב המוטל על נזקים אלו. מסקנתו של הלבני, בבא קמא, פח – פט, ביחס לברייתא דומה, וראו הצעתו שם באשר למקורה.

<sup>48</sup> הבאת דברי אביי על ידי רבא איננה תופעה מצויה כל כך (ראו הלבני, יומא, עמ' קמח), בדומה לדיאלוגים ישירים בין השניים, שאף הם נדירים (ראו קלמין, יחסים). ייתכן, שהפתרון טמון בנוסח אחר, לפיו בעל הקושייה איננו אביי – בר"ח, עמ' מה: "ר' אמי", ובדומה לכך בפי' קדמון המובא באוצה"ג, עמ' 111: "קשיא ליה לאמי", וכן בהמשך: "אמ' רבא כי א מ' היה מפריק בהדא קשיא וניחא ליה...". בגליון כתב היד שם נוסף: "אמ' רב האיי שהוא ראמי בר חמא" (אוצה"ג, שם, הערה ב). עדותו של רב האי גאון משתלבת עם הידוע לנו ממקומות נוספים על הקשר ההדוק בין רמי בר חמא לבין רבא. השניים למדו לפני רב חסדא (סוכה כט ע"א, ב"ב יב ע"א ועוד), נשאו ונתנו זה עם זה, ופעמים מספר מובא רבא כמי שמיישב את קושיותיו של רמי בר חמא (נדירים יא ע"ב, ב"מ צו ע"א ועוד). כמו כן, הקושייה והתירוץ בענייננו מתאימים לאופיו של רמי בר חמא, הידוע בחריפותו ובחידודו (ב"מ, שם), וראו אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 379 – 380.

<sup>49</sup> בכת"י המבורג: "דפטור".

<sup>50</sup> בכתבי היד מינכן, וטיקן ואסקוריאל: "לאותה חצר". בכת"י המבורג: "באותה חצר".

<sup>51</sup> "והדליקה" חסר בכתבי היד: פירנצה, מינכן, וטיקן, המבורג ואסקוריאל.

<sup>52</sup> בכת"י מינכן הקטע "אי הכי... חציו" נשמט מפני הדומות, ונוסף בגליון: "אי הכי לענין גלוי נמי".

<sup>53</sup> בכת"י המבורג: "ולא משכחת לה אלא מאן", וכעין זה (בלא "ולא") בכת"י פירנצה. בכת"י וטיקן: "אית לך למימ' למאן".

<sup>54</sup> "נמי" חסר בכתבי היד המבורג, אסקוריאל, וטיקן, פירנצה מינכן (וכן להלן, שורה הבאה, למעט כת"י מינכן), ושמא העדרה של מילה זו רומזת ללשון הראשונה שלהלן, היוצרת זהות כמעט מלאה בין השיטות (אין זו ראייה מכרעת, כלשון רש"י בכת"י וטיקן 157 אליבא דלשון זו [פרנקל, שנו"ס, עמ' תקצה]: "אית ליה נמי משום ממונו. בעי נמי דליהוי ממונו").

<sup>55</sup> בכת"י המבורג: "הוא דלא טפא". בכת"י אסקוריאל: "הא דלא טשה". כגרסת הדפוס מופיע בכת"י וטיקן, בכת"י מינכן ובכת"י פירנצה (בשני האחרונים: "דלא").

<sup>56</sup> רש"י במספר כתבי יד (כת"י וטיקן 157 וכת"י לונדון 411 [כת"י שווייס, פרנקל, שנו"ס, עמ' תקעח], כת"י קיימרידג' ADD 478 וכת"י בריטיש מוזיאום 413 [כת"י שווייס, פרנקל, שם] בלשון האחרונה, כת"י וטיקן 132 וכת"י פרמה 3055), לשיטה המקנה גם למסקנה משמעות ונפקות לשיטת "אשו משום חציו" (בהתאם לשתי הלשונות בפירושו, ראו להלן בפנים), לא גרס את הקטע: "וכי מאחר... משום ממונו", וכן כנראה לא גרסו הרשב"א (עמ' קכח – קכט, ד"ה ה"ג מאי בינייהו. הרשב"א דוחה גרסא דומה לזו שלפנינו: "ואיכא ספרים דגרסי אי הכי מאי בינייהו וא"א להולמה", ככל הנראה משיקולים דומים לשל רש"י, להלן). כך הם דברי רש"י בבאור טעמה של הגרסא ללשון זו, עפ"י כת"י וטיקן 157 (סמני הפיסוק שלי. לנוסח המלא של כתה"י הנוכרים ראו: פרנקל, שנו"ס, עמ' תקצו): "ולאהי לישנא לא גרסי' וכי מאחר, דהשתא נמי הוו בינייהו כל הנך דלעיל, גמל וכלב, הואיל ור' יוחנן בחיציו

איכא בינייהו<sup>57</sup>, לחייבו בארבעה דברים.

רבא מציג את קושייתו של אביי: "למ"ד אשו משום חציו טמון באש דפטור רחמנא היכי משכחת לה". לפי קושייה זו, לא ניתן לפטור טמון באש אליבא דמאן דאמר אשו משום חציו. קושייה זו נוקבת עד כדי כך, שהיא מובילה את אביי<sup>58</sup>, על פי עדותו של רבא, להעמיד אוקימתא דחוקה ביותר ביחס לפטור טמון: "כגון שנפלה דליקה לאותו חצר ונפלה גדר שלא מחמת דליקה והלכה והדליקה והזיקה בחצר אחרת דהתם כלו ליה חציו"<sup>59</sup>. קשה להניח, ששלל המקורות העוסקים בטמון דיברו על מקרה רחוק כל כך, ולא רק בשל העיסוק במקרה הנדיר כשלעצמו, אלא אף בשל העובדה שאין לכך רמז בדבריהם<sup>60</sup>, לולא, כאמור, מניע כבד משקל עומד היה מאחורי הדברים. הסוגייה התלמודית מקשה על האוקימתא המובאת בשם אביי, ונזקקת לתירוץ מהפכני<sup>61</sup>: "אלא למאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי"<sup>62</sup> משום ממונו". פרשני התלמוד – ורש"י הציע את שתי האפשרויות<sup>63</sup> – נחלקו במידת מהפכותו של תירוץ זה: גישה אחת רואה בו נסיגה כמעט מלאה מעקרון "אשו משום חציו",

---

בלא ממונו מחייב. והכי גריסין: מאי בינייהו, כלומר עיקר פלוגתייהו במאי, והוא הדין דמצי למבעי נמי אדקא סלקא אדעתין מעיקרא". ייתכן, שמדובר כאן בהגהה של רש"י, הנובעת משיקולים פרשניים. מנגד, בכת"י ובלשונות אחרים של רש"י (כת"י קיימרידג' ADD 478 וכת"י בריטיש מוזיאום 413 בלשון הראשונה, וכן בגליון כת"י וטיקן 132), וברש"י הנדפס, ד"ה וכי מאחר, וכן בתוספות, ד"ה מאי וראשונים נוספים (חלקם בשם רש"י, ראו שטמ"ק, ד"ה והרב ר' ישעיה וד"ה וז"ל הגליון), מובאת הגרסה שלפנינו גם לשיטה הנזכרת, ויש התמודדות עם הקשיים שהיא מעוררת. אף בעדי הנוסח השלמים למסכתנו, שנבדקו על ידי, מופיע משפט זה (בשינויים קלים – בכת"י אסקוריאל ובדפוס שונצינו: "ממונא").

<sup>57</sup> "איכא בינייהו" חסר בכת"י אסקוריאל.

<sup>58</sup> ראו מאידך הלבני, בבא קמא, עמ' פח הערה 2, הסבור שתירוץ זה הוא מסתמא דגמרא, וזאת מכיוון ש"סתירתו בצידו". השערה הפוכה, המרחיבה את מימרת אביי, אולם נובעת משיקולים דומים, העלה וייס, ראו להלן הערה 61.

<sup>59</sup> מעניינת ההפרדה בין עברית לארמית בתשובת רבא – החלק הראשון בעברית, והאחרון, "דהתם כלו ליה חציו", בארמית (ראו פרידמן, על דרך חקר הסוגייה, עמ' 301). החלוקה הפנימית בתוך דברי רבא אפשרית במספר דרכים (רבא – מקור קדום לו; רבא – סוגייה תלמודית), אך אין הן יוצאות מגדר השערה.

<sup>60</sup> ואכן, טיעון זה משמש במסגרת שיקולי הפרשנים, הדוחים אוקימתא זו למסקנה, ראו להלן בפנים, וראו למשל מגיד משנה, נזקי ממונ, פ"ד הט"ו.

<sup>61</sup> ראו וייס, בבא קמא, עמ' 332 הערה 15; 340. וייס מדייק מנוסח הרי"ף בכת"י, אשר איננו גורס "וניחא ליה", כי קושיית אביי כללה גם את השאלה "לעניין גלוי נמי", עד התירוץ: "אלא מאן דאית ליה" (ראו הלכות רב אלפס, כרך ב, עמ' רב, הע' 32, אך ברי"ף כת"י ניו יורק, וכן בדפוס קושטא רס"ט, כל הקטע: "וניחא ליה... דהתם כלו ליה חציו" חסר). דיוק זה ושיקולים פרשניים נוספים מובילים אותו להנחה, שיש כאן שקלא וטריא שכולה שייכת לדברי רבא, היינו: זהו דיון של אביי בינו לבין עצמו (או, לחילופין, בינו לבין רבא). מכוח השערה זו מעלה וייס, שהתירוץ "אלא למאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו" איננו מסתם התלמוד, אלא של אביי או רבא עצמם.

<sup>62</sup> "נמי" חסר בכתבי יד רבים, ראו לעיל, הערה 54.

<sup>63</sup> בדפוס נשמטה הלשון הראשונה, לה נוטה רש"י, אולם נשארו לה סימנים (כב ע"א, ד"ה משום ממונו: "וקס"ד..."; כג ע"א, ד"ה לחייבו: "אבל לשון ראשון נראה לי", ראו מהרש"א ומהר"ם לסוגייתנו). לשון זו מובאת בכתבי היד של רש"י (פרנקל, שנו"ס, עמ' תקצה – תקצו), וכן הביאה המהרש"ל בחכמת שלמה (ובסוגריים צ"ל: "בעי נמי דליהו ממונו", ראו פרנקל, שנו"ס, עמ' תקצה, וכן הוא בכתה"י של רש"י, הנזכרים לעיל).

והגבלתו לתשלום ארבעה דברים בלבד, ואילו יתר הקריטריונים לחיוב אש הם כשיטת "אשו משום ממונו".<sup>64</sup> גישה שנייה איננה דוחה את תפיסת "אשו משום חציו", אלא מוסיפה עליה. דרך זו רואה בתירוצי הגמרא את קבלת שיטת "אשו משום ממונו" במקרים בהם לא ניתן לחייב משום חציו, כדוגמת זה שבאוקימתת אביי הנזכרת לעיל. אולם שוכרה של השיטה השנייה בצידה, שכן היא נאלצת להעמיד בתוקפה את אוקימתת אביי, על שלל בעיותיה.<sup>65</sup> עיקרם של דברים, אף למסקנת הסוגייה, לא ניתן לשלב בין פטור טמון לבין שיטת "אשו משום חציו". פתרון הדברים הוא אם באמצעות אוקימתת לפטור טמון, תוך קבלה חלקית של שיטת "אשו משום ממונו", ואם באמצעות דחיית שיטת "אשו משום חציו", והעמדתה על קביעת התשלום בלבד, כאשר יתר הקריטריונים הם כשיטת "אשו משום ממונו". דברינו לעיל, מהם ניתן להסיק על הדומיננטיות של השיטה המזהה את נזקי אש כאדם המזיק במקורות קדומים ובמקורות מקבילים, והשערותנו, ששיטת "אשו משום ממונו" נתגבשה בצורתה זו בבבלי בלבד, מחזקים את מידת החידוש שבמסקנת הסוגייה.

מהי, אם כן, קושייתו של רבא?<sup>66</sup> רש"י מציע שתי אפשרויות (כג ע"א, ד"ה היכי משכחת לה):

אילו אדם זורק חץ והזיק בטמון לא מיחייב בנזק הא קיימא לן בהאי פירקין פצע תחת פצע לחייב את השוגג כמזיד ואונס כרצון. לישנא אחרינא האי חץ לעולם בטמון הוא נכנס ומזיק ולא שמעתי.

שתי הפרשנויות מושתתות על משמעות הצירוף "אשו משום חציו". האחת פונה לשוויון המהותי, התוכני, בין שתי צלעות הצירוף, והשנייה פונה לשוויון החיצוני, הצורני, ביניהן. נראה, כי לא די בקושייה האחרונה בכדי

<sup>64</sup> ראו דברי רש"י, לעיל הערה 54, וכן הזכיר פירוש זה ה"ר ישעיה בשטמ"ק, עמ' נא, ד"ה ועוד פירוש אחר, אך לא בשם רש"י (לפרשנות שונה במקצת של שיטה זו ראו שטמ"ק, עמ' נא, ד"ה וכן פי' תלמידי הר"י ז"ל). לשיטה זו, דברי הגמ': "וכגון שהיה לו לגדרה..." מבארים את מקרה החיוב ב"נפלה גדר שלא מחמת דליקה", ואינם התנאי לפטור טמון, שכן כל חיובי ופטורי אש הם כשיטת "אשו משום ממונו".

<sup>65</sup> כך שיטת ר"י מיגש (שטמ"ק, עמ' 100, ד"ה וז"ל ה"ר יהוסף הלוי); תוספות, ד"ה מאי בינייהו, כג ע"א; מאירי, כג ע"א, עמ' 70; רא"ש, סימן ח, ועוד. הרמב"ם נקט בדרך ביניים – מחד, הכריע כשיטת ר' יוחנן, תוך דחיית האוקימתות המובאות בסוגייתנו לשיטת "אשו משום ממונו" (נזקי טמון, פ"ב הי"ז ביחס לכלב שנטל את החררה; שם, פי"ד הי"י – הי"ג ביחס ליתר האוקימתות המובאות בבבלי לשיטה זו). מאידך, הרמב"ם לא קיבל להלכה את האוקימתת המובאת על ידי אביי בדין טמון (פי"ד הט"ו), על אף הצורך בה לשיטת "אשו משום חציו". ראו דברי המגיד משנה על הכרעת הרמב"ם, וראו גם הצעתו של הגר"א על אתר לפירוש הדברים, אך יש בהצעה זו קושי בפשט לשון הגמרא (בקושייה ובתירוצה). לשון הרמב"ם (שם) קרובה לפרשנות הראשונה של רש"י, שכן היא רואה באש נזקי ממונו, ו"אשו משום חציו" טפל לכך: "שאע"פ שאשו ממונו הוא הרי הוא כמי שהזיק בחציו". אולם ההשוואה בין אש לחציו רחבה יותר משיטת רש"י הנזכרת, שכן היא נוגעת לכלל פרטי ההלכה (בהם נאמרו אוקימתות לשיטת "אשו משום ממונו") ולא לחיוב ד' דברים בלבד.

<sup>66</sup> אינני סבור, שמדובר כאן בתהליך הפוך, כפי שקורה לעיתים בסוגיות התלמוד (ראו לדוגמא לעיל, שער ראשון, נספח א), בו לשם הצגת שיטה קיימת נולדה קושייה, ועיקר מטרתה הוא ספרותי, לצורכה של אותה שיטה. ראשית, בסוגייתנו רבא מעיד על הקושייה, אשר הובילה לתירוצו הנזכר, וקושייה זו היא בעלת משמעות (פירוק הקושייה והתירוצה לגורמים רחוק מן הדעת). שנית, התפיסה הדומיננטית היא מעין "אשו משום חציו" (לעיל בפנים, ראש סעיף זה), ומקורה של השיטה האמורה – במידה ונניח שאין הוא הקושייה המובאת בסוגייה – איננו ברור (הדמיון החלקי לירושלמי, לעיל הערה 44, איננו מעיד על זיקה בין המקורות, ולכל היותר יש כאן התפתחות רעיונית קרובה).

להוביל לתירוצים שנזכרו לעיל. שהרי ההשוואה לחץ, בדומה להשוואה לממון אליבא דשיטת ריש לקיש, איננה השוואה מלאה, היוצרת זהות מוחלטת בין השניים.<sup>67</sup> מטרת ההשוואה היא מציאת הקונסטרוקציה המשפטית, המבארת את החיוב בנזקי אש. קונסטרוקציה זו דומה בצורתה החיצונית לאש, אך לא באופן מלא, ועיקרה הוא שיוכה של אש לתבנית משפטית, שעל בסיסה מתחייב המזיק.

קושיית אביי נובעת, לפיכך, מהמעמד המשפטי שניתן לאש. מכיוון שהמזיק באש הרי הוא כאדם המזיק, אין לפטור טמון. רש"י מפרש זאת בהתאם לכללי החיוב באדם המזיק: "הא קיימא לן בהאי פירקין פצע תחת פצע לחייב את השוגג כמזיד ואונס כרצון". הקושייה נובעת, לפירוש זה, מהתנגשות עם עקרונות משפטיים קיימים, וזאת ברוח הקשיים שהעלינו בראש סעיף זה.<sup>68</sup> בשל התנגשות זו מחוללת הסוגייה את המהפך, אם בצמצום ניכר של פטור טמון וקבלה חלקית של עקרון "אשו משום ממונו" ואם בביטול כמעט מלא של תפיסת "אשו משום חציו", כאמור לעיל.

לצד פירוש רש"י, במפרשים מצאנו דרך נוספת, כלשון התוספות: "שבממון מצינו חילוקים בקרן שן ורגל להלכותיהן אבל באדם המזיק לא חלק הכתוב...".<sup>69</sup> דרך זו קושרת את סוגייתנו להקשרים רחבים יותר, אלו הם התפיסה המגובשת של כלל הדינים החריגים, כפי שעולה ממימרת רבא בפרק הראשון,<sup>70</sup> ולצידה ההתפתחות הקונקרטית של פטור טמון, כעולה מסוגיות פרק שיש, שנותרו לעיל. קישורים אלו אינם מאפשרים את שילוב פטור טמון במסגרת דיני אדם המזיק. לשיטת תוספות, אומנם, אחריותו של אדם המזיק איננה מוחלטת, אלא אחריות מוגברת, וניתן לפוטרו במצבים מסויימים.<sup>71</sup> אף התפיסה הראשונית של פטור טמון יכולה להשתלב עם שיטה זו, שהרי הסברא העומדת מאחוריו ניתן להחלה גם על אדם המזיק, כפי שמצאנו בסוגיית "בטש בכספתא".<sup>72</sup> אולם גיבושו של פטור טמון הבחין בין שיקולי הסברא, הנכונים ל"מדליק בתוך של חברו", לפטור הייחודי, המתקיים ב"מדליק בתוך שלו". הפטור הייחודי איננו מושתת על שיקולי הטלת אחריות, אלא מבוסס

<sup>67</sup> כלשון הבבלי (כב ע"א): "חציו מכחו קאזלי האי לא מכחו קאזיל... ממנוא אית ביה ממשא הא לית ביה ממשא"

<sup>68</sup> לעיל, סמוך להערה 5. זו גם מגמת רבא, העולה בפשטות מדין "הנותן דינר זהב לאשה" (להלן, סמוך להערה 78, וראו גם להלן, הערה 99, התמודדותם של התוספות עם מימרא זו).

<sup>69</sup> כ"ג ע"א, ד"ה טמון, וכעין זה גם בראב"ד, עמ' מט, וברשב"א, עמ' קכח. התוספות לפנינו מבליעים אומנם את הדברים בתוך פירוש רש"י (המשך דברי התוספות חוזר להדגשת החיוב המוחלט באדם המזיק, כפרשנות רש"י), וייתכן שמלכתחילה הובאו הדברים ליישוב שיטתו (כך משמע קצת מלשון הראש והרשב"א ז"ל ותוספות שאנץ, שהובאה בשטמ"ק, ד"ה טמון באש, על רקע קושיית בעלי התוספות על רש"י – הכיצד טמון נחשב כאונס, הרי בשאר הנזקים, קרן שן ורגל, חייב גם בטמון. ראו גם תוס' רבנו פרץ, כג ע"א, ד"ה טמון, עמ' פב), אולם תוספת זו משנה את מגמת הדברים, ומדובר למעשה בפרשנות שונה, כמבואר בפנים (וברשב"א, שם, במפורש: "ורש"י ז"ל פירשה בעניין אחר").

<sup>70</sup> ראו מבוא, סעיף 1. סגנון התוספות הוא כסגנונה של מימרא זו: "להלכותיהן".

<sup>71</sup> לעיל, הערה 6.

<sup>72</sup> להלן, סעיף ט.3.

על לימוד קונקרטי מן הכתוב, השייך למקרה זה בלבד ("גזרת הכתוב").<sup>73</sup> בנקודה זו משתלבת קשייתו של אביי – לפטור טמון יש מקום רק בנזקי ממון, אשר בהם מצאנו דינים כדוגמת זה, המחילים מקרי פטור ייחודיים על אבות הנזק השונים. אין לפטור שכזה מקום ביחס לאדם המזיק, בו לא מצאנו פטורים חריגים שכאלו.<sup>74</sup> יש לפנינו, אם כן, שתי פרשנויות אפשריות בשאלת הניגוד – התוכני<sup>75</sup> – בין טמון ל"אשו משום חציו". האחת, דרכו של רש"י, נקודתית יותר: פטור טמון, אף בלא עירובם של הקשרים רחבים יותר מסוגייתנו, איננו משתלב עם דיני אדם המזיק. השנייה, דרכם של התוספות לפנינו וראשונים אחרים, מושתתת על הקשרים רחבים מעבר לסוגייתנו, ומערכת הנחות יסוד מוקדמות ביחס לפטור טמון: פטור זה, כפי שפותח בסוגיות פרק שישי, ובהשתלב עם יתר הפטורים החריגים, איננו יכול לחול על אדם המזיק. קשה להכריע בין שתי הדרכים הללו. שכן על אף פשטותה של שיטת רש"י, יש מקום לערב כאן גם את ההקשר הרחב יותר. שהרי רבא הוא זה

<sup>73</sup> ראו לעיל, פרק ח, סעיף ח.2.

<sup>74</sup> בתוספות מצאנו הגדרת מדליק בתוך של חברו כמזיק בידים, לעומת מדליק בתוך שלו, המוגדר כפשעיה, ראו תוס' רבנו פרץ, סב ע"א, ד"ה הזיקתו, עמ' רב, וכן משמע מתוספות לפנינו, ראו להלן, הערה 89. מלשון רש"י, סא ע"ב, ד"ה בתוך של חברו, משמע כדרך זו ("אין לו רשות והווי כמאבד בידים"), אך ראו בתוס' רבנו פרץ הנ"ל, לפיהם רש"י סבר "דכל אש לא חשיב מזיק, שהרי אינו מזיק אלא בפשיעה בעלמא" (ראו גם רש"י, סב ע"א, ד"ה מאי, וראו באור שיטתו להלן). ההבחנה הנזכרת בתוספות משתלבת עם תפיסתם ביחס לפטור טמון – במדליק בתוך שלו חל הפטור הגורף, ובהתאם לקשיית אביי אין מבעיר האש יכול להחשב כאדם המזיק. מדליק בתוך של חברו, לעומת זאת, הוא כאדם המזיק, ובשל כך לא חל עליו הפטור הגורף, אולם יש מקום לפטור מסברא בהתבסס על שיקולי הטלת אחריות, כפי שניתן לפטור לשיטת תוספות אדם המזיק במקרי אונס (כנזכר בסוגיית "בטש בכספתא", ראו הפנייה לעיל, הערה 72). דומני כמו כן, שהדברים נקשרים לפרשנות תירוצ הגמ' בדף כג ע"א "אלא למאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממון". לדעת תוספות, תירוצ הגמ' איננו דוחה את שיטת "אשו משום חציו", אלא מוסיף עליה במקרה ש"כלו ליה חציו", ובהתאם לכך פטור טמון הוא כאשר "נפלה גדר שלא מחמת דליקה", שאז אין מדובר ב"חציו" (אדם המזיק), אלא בממונו (ראו לעיל, סמוך להערה 65 ובהערה הנזכרת). על רקע זה ניתן להבחין בין מדליק בתוך שלו (בהתאם לקריטריונים להחלת פטור טמון), לבין מדליק בתוך של חברו, כשהאחרון הוא אדם המזיק (השוו גם פירושו של ההשלמה, עמ' ל, לסוגייה – "דכל היכי דכלו לו חציו היינו מדליק בתוך (של חברו) [שלו]... והיכא דלא כלו לו חציו היינו מדליק בתוך של חברו". אולם מדליק בתוך של חברו מפרש בשונה מתוס', על רקע סוגיית "בטש בכספתא" – "ואע"ג דחציו הן [לא הוין] אלא בפשיעה", וזאת כאשר לא הדליק ממש את הגדיש, אך אם הדליק ממש את הגדיש חייב כמזיק בידים, והשוו שיטת המאירי, להלן הערה 89).

בעניין זה ראו גם פרנקל, ספר המפתח, עמ' רסו, המבדיל בין שיטת רש"י בעניין מדליק בתוך של חברו לשיטת תוס' (וכן ראו בהערותיו של הר"א אברהם י' וורטהיימר לפסקי הרי"ד, עמ' קו הערה 79). נראה לי ששיטת תוספות המוצגת על ידם כמנוגדת לתפיסת "מאבד בידים" שגויה, ועיקר הדברים הוא כאמור לעיל: מדליק בתוך של חברו, לפי תוספות, הוא כאדם המזיק. תפיסה זו משתלבת עם התפיסה לפיה לגבי מדליק בתוך של חברו לא נאמר פטור טמון, וכן עם פרשנות התירוצ: "אלא למאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממון". באשר לרש"י, הוא אומנם רומז לשיטה מעין זו בסוגיית סא ע"ב, אך בסוגייתנו לא משמע כך. שהרי רש"י מדגיש כאן את החיוב הגורף שבאדם המזיק, שבשלו לא ניתן להגדיר אש כ"חציו", ואם כן קשה לבסס את דין מדליק בתוך של חברו לפי רבא, שיש בו פטור חלקי, על הגדרת מבעיר האש כאדם המזיק. ייתכן גם, שנטייתו של רש"י לפרשנות הנסוגה כמעט לחלוטין מתפיסת "אשו משום חציו" (ראו לעיל, הערה 63, והדיון שם בגוף הטקסט), אף היא על רקע שיטה זו. שהרי לא ניתן לקיים למסקנה את תפיסת "אשו משום חציו", ואפילו לא לגבי מדליק בתוך של חברו, בו פוטרים חכמים בכלים שאין דרך להטמין בגדיש. לפיכך, אם ברצוננו להציג שיטה אחידה בפירוש רש"י בשתי הסוגיות (ואין, כמובן, הכרח בדבר), הרי העיקר בשיטת רש"י הוא כעולה מסוגייתנו, וכפי שנמסר במפורש בתוספות רבנו פרץ. את דבריו בסוגיית סא ע"ב יש לראות כפרשנות שיטת רב כהנא בלבד, שכן לרב כהנא החיוב במדליק בתוך של חברו הוא חיוב גורף, בהתאם לקריטריונים לחיוב אדם המזיק, כפי שנקט רש"י, אך אין הדברים אמורים בשיטת רבא.

<sup>75</sup> לצד הניגוד הצורני, המובא ברש"י, כג ע"א, ד"ה היכי משכחת לה, ונדון לעיל בפנים.

שמפתח את תפיסת טמון בפרק שישי, הוא שמציג בבבלי את מקורו של הדין בכתוב, והוא זה שמציג את כלל הדינים החריגים, ובהם דין טמון, כדינים שאינם חלק ממערכת דיני הנזיקין המקובלת.<sup>76</sup> יש בסיס לומר, לפיכך, שאף הקושייה המובאת על ידי רבא בסוגייתנו, בשם אביי אומנם, משתלבת עם מכלול תפיסותיו בעניין זה. הדרך האחרונה היא בעלת משמעות רבה לדיוננו. לפיה, תפיסת הדינים החריגים, ובפרט תפיסת דין טמון, הובילה למהפך הנזכר בשאלת אופיים והגדרתם של נזקי אש או לצמצום ניכר בפטור טמון, המלווה אף הוא בשינוי, גם אם מועט יותר, בתפיסת נזקי אש.<sup>77</sup> אומנם, גם הדרך הראשונה, שיטת רש"י, מציגה תהליך מעניין למדי, שאף לפיו משפיעה הלכת טמון על תפיסת נזקי אש, אם כי זהו תהליך פנימי למערכת דיני הנזיקין. במסגרת תהליך זה, עימות בין שתי מערכות דינים, בין דיני אדם המזיק לדיני טמון, שאת שתיהן ניתן להשתית על קריטריונים של הטלת אחריות, הוביל למהפך הנזכר בתפיסת דיני אש ובפטור טמון.

### ט. פטור טמון ואדם המזיק – סוגיית "הנותן דינר זהב לאשה" וסוגיית "בטש בכספתא"

נבחן כעת – להשלמת דיוננו בסעיף הקודם – שתי סוגיות נוספות המלמדות על הזיקה בין פטור טמון לבין אדם המזיק. סוגיות אלו מתקדמות צעד נוסף מדיוננו לעיל, שעסק ביחס בין פטור טמון לבין אש המוגדרת כאדם המזיק, שכן הן מלמדות על היחס בין פטור טמון לבין אדם המזיק ה"קלאסי". בסמוך לברייתת "המדליק את הגדיש והיו בו כלים"<sup>78</sup> מובאת מימרת רבא (סב ע"א):

אמר רבא: הנותן דינר זהב לאשה, ואמר לה הזהרי בו של כסף הוא, הזיקתו משלמת דינר זהב, משום דאמר לה: מאי הוה ליך גביה דאזקתיה;<sup>79</sup> פשעה בו משלמת של כסף, דאמרה ליה: נטירותא דכספא קבילי עלי, נטירותא דדהבא לא קבילי עלי.

<sup>76</sup> סא ע"ב; ס ע"א; ה ע"ב בהתאמה. לימוד הדין מן הכתוב כשלעצמו איננו ראייה, כאמור במבוא לשער זה. אולם העובדה שרבא הוא שמביא את הדברים בבבלי, והמשקל הניתן לכך על ידו עצמו במימרא הנזכרת שבפרק ראשון (בדומה למשקל הניתן בירושלמי לכתוב זה, ראו דיוננו לעיל, פרק ח, סוף סעיף ח.2), מצרפים מקור זה כסניף לאמור בפנים.

<sup>77</sup> לעיל, הערה 74, צרפנו כמה הסברים נקודתיים בשיטת תוספות לכדי דרך פרשנית אחת. דרך זו נקטה בפרשנות המצמצמת את השינוי בתפיסת נזקי אש למקרה ש"כלו ליה חציו", בו קיים פטור טמון, ומאפשרת החלת פטור מסבא על אדם המזיק. את השינוי הנזכר מחוללת תפיסת הדינים החריגים (לפירוט הדברים ראו בהערה הנזכרת). לצד זאת, יש מקום גם להליכה חלקית במשעול שבחרו התוספות, והיינו: קבלת הדינים החריגים כמחולל השינוי בתפיסת נזקי אש, אך לא רק לגבי "כלו ליה חציו", אלא תפיסת המהפך כמחולל, וכנוגע לאופיים והגדרתם של נזקי אש. לאחר מהפך זה קיימת אומנם הבחנה בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו (בהתאם לדרכו של רבא בפירוש משנת "המדליק את הגדיש") אולם זוהי הבחנה פנימית, בתוך נזקי ממון, ולא בין נזקי ממון לנזקי אדם.

<sup>78</sup> ראו לעיל, הערה 40.

<sup>79</sup> "משום... דאזקתיה" חסר בקטע ניו יורק, אדלר-שטרוק 117.

א"ל רב מרדכי לרב אשי:<sup>80</sup> אתון בדרבא מתניתו לה,<sup>81</sup> אנן ממתניתא פשיטא לן<sup>82</sup>: חטין וחיפן בשעורין, שעורין וחיפן בחטין אינו משלם אלא דמי שעורין בלבד; אלמא אמר ליה: נטירותא דשערי קבילי עלי, הכא נמי אמרה ליה: נטירותא דדהבא לא קבילי עלי.<sup>83</sup>

רבא קובע את מידת אחריותה של האישה בארוע הנדון לשני מקרי נזק – לנזק ישיר, שנעשה על ידה, ולנזק שנגרם כתוצאה מרשלנותה. במקרה הראשון החיוב הוא גורף,<sup>84</sup> ואילו כאשר נזק בפשיעה האישה פטורה. רבא מתאים בכך למגמה המתוארת לעיל, המחילה חיוב מלא על אדם המזיק, וכפי שכבר נאמר, יש מקום לומר שעמדה זו היא שהניעה את השינוי שחל בתפיסת מהותם של נזקי אש.<sup>85</sup>

רב מרדכי מקשר את מקרה הנזק השני המוזכר במימרת רבא לנזקי אש. "משאל מקום לחבירו" (לשון הברייתא, סב ע"א, בקטע שאינו מצוטט על ידו) שווה לפטור הניתן לאישה במקרה של רשלנות, המושתת על טענתה: "נטירותא דדהבא לא קבילי עלי", ובדומה לכך טוען מדליק האש: "נטירותא דשערי קבילי עלי". תפיסה זו משתלבת עם טענתנו בפרק זה, הקושרת את פטור טמון לשיקולי אחריות, ובאמצעותה מתבארת גם האחריות המצומצמת, יחסית למבעיר אש רגיל, המוטלת על משאל מקום לחבירו.<sup>86</sup> אולם, בהתאם למימרת רבא, אין להחיל שיקולים אלו על אדם המזיק, שחיובו בפשטות הוא מוחלט.<sup>87</sup> חשוב לציין, כי עמדתו של רב מרדכי איננה רומזת להבחנה בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו, ובפשטות היא איננה תלויה בתפיסת

---

<sup>80</sup> בספר הנר, סב ע"א, מובא בשם ר' ברוך הספרדי: "אזל רב מרדכי אמרה לשמעטא קמי רב אשי. אמ' ליה אתו מהכא מתניתו לה אנן ממתניתא פשטינן לה וכו'". רב מרדכי היה תלמידו של אבימי מהגורניא תלמיד רבא, ולאחר מכן ישב אצל רב אשי, ואף מסר לו שמועות בשם רבא (היימאן, תולדות, עמ' 902 – 903; אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 437 – 438. בנקודה זו יש לפיכך יתרון מסוים לגרסת ר' ברוך הספרדי). היו להם מסורות שונות, ומספר פעמים הם מציגים זה לזה את המסורת האלטרנטיבית בעניין הלכתי מסוים ("אתון... אנן"). בנוסף ר' ברוך הספרדי כאן מצאנו בכתובות פז ע"א: "אזל רב מרדכי אמרה לשמעטא קמיה דרב אשי... א"ל אתון אהא מתניתו לה, אנן אהא מתנינן לה וכו'". במקומות אחרים רב מרדכי הוא שמציג את המסורת האלטרנטיבית (מנחות מב ע"ב ועוד. ראו אלבק, שם; כהן, רבינא, עמ' 193 – 194).

<sup>81</sup> "אתון... לה" חסר בכת"י מינכן. בכת"י אסקוריאל ובכת"י המבורג נוסף קטע זה בגליון. בכת"י וטיקן: "מדרבא אמריתון לה".

<sup>82</sup> בכת"י פירנצה ובכת"י וטיקן: "מדברייא פשטינן לה". "פשטינן לה" גם בכתבי היד אסקוריאל, המבורג ומינכן.

<sup>83</sup> בקטע "אלמא... הכא נמי... עלי" ישנם שינויים בולטים בין כתבי היד. בכת"י המבורג הקטע נוסף בגליון, ובצורה מורחבת יותר: "אלמא אמ' ליה נטירותא דשערי קבילי עלי נטירותא דחטי לא קבילי עליא הכא נמי אמרה ליה נטירותא דכספא קבילי עליא נטירותא דדהבא לא קבילי עליא" (בחלק מהמלים הקריאה משוערת). בכת"י מינכן במקום קטע זה מופיע: "אלמ' א"ל נטירות' דשערי קבילי דחטי לא קבילי עליא". בכת"י אסקוריאל: "דאמ' נטירותא דשעורים קבילי עליא הכא נמי נטירותא דכספא קבילי עליא", ובדומה לכך בכת"י פירנצה ובכת"י וטיקן. בקטע פורנטרי III SM 14.1: "אלמ' א"ל נטירותא דשערי קבילי עליא הכא נמי נטירותא דכספא קבילי עליא".

<sup>84</sup> אך ראו להלן, שיטת תוספות בסוגיית "בטש בכספתא", ושם, הערה 99.

<sup>85</sup> ראו שיטת רש"י בבאור קושיית אביי (המובאת על ידי רבא), לעיל, סמוך להערה 68, ובהפנייה שבהערה הנוכרת.

<sup>86</sup> ראו לעיל, פרק ח, ושם סמוך להערה 18.

<sup>87</sup> במידה ורב מרדכי קיבל עקרון זה ולאור פטור טמון, הרי ההקבלה בין נזקי אש לבין פשיעת האישה נכונה לשיטתו גם ביחס למדליק אש רגיל, אף כי הפטור שם מצומצם יותר (ואולי סבר כשיטת "אשו משום ממונו", או כאוקימתת אביי, אך יישמה גם במדליק בתוך של חברו, ראו בפירוש המאירי, להלן, הערה 89). במקרה האחרון טענת המזיק, "נטירותא... לא קבילי עלי", איננה רלוונטית, אלא יש מקום לשיקולים אחרים, הקובעים את חובת הזהירות המוטלת עליו.

פטור טמון כפטור גורף (במדליק בתוך שלו), אותה העלנו לעיל מתוך מחלוקתם של רבא ורב כהנא.<sup>88</sup> הראשונים שילבו אומנם בין הדברים, והעמידו את דברי רב מרדכי במסגרת ההבחנה הנזכרת של רבא,<sup>89</sup> אולם כאמור אין לכך הכרח מתוך דבריו. בהחלט ייתכן, שרב מרדכי נקט בעמדה הרואה את מכלול הרכיבים של פטור טמון במסגרת שיקולי הטלת אחריות, כאשר באמצעותם באר את דינו של משאיל מקום לחברו.<sup>90</sup> הסוגייה הסמוכה עוסקת ב"תקנת נגזל באשו" (רש"י, ד"ה עשו: "כי היכי דתקנו רבנן לנגזל לישבע כמה גזלו ויטול... כך תקנו באשו שישבע מה הטמין ויטול"), לפי שיטת ר' יהודה, המחייב על נזקי טמון באש.<sup>91</sup> לאחר סוגייה זו מובא המעשה הבא:

ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה, שדייה בנהרא, אתא מריה ואמר הכי והכי הוה לי בגוה;<sup>92</sup> יתיב רב אשי וקא מעיין ביה, כי האי גוונא מאי?

<sup>88</sup> ראו לעיל, פרק ח, סמוך להערה 52.

<sup>89</sup> ראו תוס', ד"ה שאינו: "במדליק בתוך שלו איירי". על פי תוספות כאן עולה, כי סברת העדר הפשיעה משמשת במדליק בתוך שלו. ייתכן שהסברא לדידם היא אליבא דר' יהודה בלבד, שהרי תוספות, כמרבית הראשונים שהובאו בדברינו, רואים בפטור טמון במדליק בתוך שלו פטור גורף, שאיננו תלוי בשיקולים אלו. תוספות נזקקים להגדיר את המעשה כמדליק בתוך שלו בין השאר בשל הזיהוי בין מדליק בתוך של חברו למזיק בידיים (כך משמע מתוספות לפנינו, וראו גם תוס' רבנו פרץ, ד"ה הזיקתו, עמ' רב. לשיטת תוספות ניתן להחיל על מזיק בידיים פטור במקרה אונס, ועל כן זיהוי זה אפשרי. ראו בהרחבה לעיל, הערה 74). זיהוי זה מחייב העמדת המקרה הנדון כאן, המקביל ל"פשעה בר", כמקרה של מדליק בתוך שלו. המאירי בפירושו לסוגייתנו (עמ' 186), הולך בדרך אחרת, ומגדיר משאיל מקום לחברו כמדליק בתוך של חברו (וזאת מכיוון שהדליק בשטח שהשאיל לחברו), ועל כן לא חל עליו הפטור הגורף של מדליק בתוך שלו. מקרה זה קל יותר ממדליק בתוך של חברו, שכן עומדת ביסודו טענת קבלת השמירה, ועל כן הפטור כאן רחב יחסית (ובכך תשובה לקושיית תוספות, שם: "שעורין והגדיש חטין למה לא ישלם חטין כיון דחזי להו"). פירוש זה מתבסס, כמובן, על ההנחה, שאיננה מקבלת את הגדרת מדליק בתוך של חברו כאדם המזיק, ראו בהערה הנזכרת לעיל (ובהתאם לכך, מעמיד המאירי גם את "מדליק בתוך של חברו" כמקרה בו כלו חציו, ראו בפירושו, עמ' 186 – 188).

<sup>90</sup> לפי דברים אלו, רב מרדכי איננו מכיר את תפיסת רבא בדין טמון (הברייתא המצוטטת על ידו בפשטות איננה נוקטת כרבא, ראו לעיל, פרק ח, סמוך להערות 37 – 40), ויש לכך משמעות באשר לזיקתו לתורת רבא, ראו לעיל, הערה 80. לפי גרסת ר' ברוך הספרדי (ראו בהערה הנ"ל), הדובר הוא רב אשי. בהתאם לדברינו לעיל (בעניין "הכופף קמתו של חברו", סמוך להערה 55), רב אשי קיבל את שיטת רבא בדין טמון, ועל כן יש לפרש את סוגייתנו בהתאם לדרכם של הראשונים, המובאת בפנים.

<sup>91</sup> קיומו של הדיון אליבא דר' יהודה עורר מחלוקת בשאלת פסק ההלכה, ראו למשל ר"ח, עמ' ק, הפוסק כר' יהודה, ומתבסס על השיקול הפרשני הנזכר, וכנגדו רי"ף, כו ע"א בדפי הרי"ף, הפוסק כחכמים. פסק ההלכה כר' יהודה הוא כשיטת רב האי גאון, משפטי שבוועות, חלק שני שער כ, עמ' קכב – קכג: "המאבד ממון של חברו בידיים כגון טמון באש מהו דינו, והוא כגון ששרף שדה חברו בודון, שאמר הכתוב עליו שלם ישלם המבעיר את הבערה, הדין על זה לשלם דמי זרע השדה עם כל מה שטוען, כגון בגדים וכלים שנשרפו בתוכו". ראו גם לעיל, הערה 8, הצעתנו לראות את הבסיס המשפטי לפסק זה (לצד הסיוע הפרשני מן הסוגייה העוסקת בר' יהודה, כנזכר כאן) במסגרת המתח הכללי הנדון בפרק זה – פטור טמון הנוגד את ראיית אש כאדם המזיק (השוו לשון רה"ג: "המאבד... בידים" והחייב הגורף המוטל עליו).

<sup>92</sup> בכת"י וטיקן: "אתא מריה הוה טעין ואו' הוה ליה הכי בגוה". בכת"י מינכן: "ואתא מרא וקא טעין הוה לי הכי בגוה". בכת"י אסקוריאל חסר "אתא מריה", ובהמשך: "קא טעין הוה ליה הכי בגוה והוה לי הכי בגוה". בדומה לכך גם בכת"י המבורג, ללא: "הכי", שנוסף בגליון. בכת"י פירנצה: "והוה קא טעין ואו' הוה ליה הכי בגוה". בקטע קיימברידג' T-S N.S. 329, 670 ובקטע ניו יורק, אדלר-שטרופ 117 השינוי משמעותי יותר: "אתא מרה וקא טעין טובא".



א"ל רבינא<sup>93</sup> לרב אחא בריה דרבא, ואמרי לה רב אחא בריה דרבא<sup>94</sup> לרב אשי: לאו היינו מתניתין, דתנן: ומודים חכמים לר' יהודה, במדליק את הבירה שמשלם כל מה שבתוכו, שכן דרך בני אדם להניח בבתיים?<sup>95</sup>

אמר ליה: אי דקא טעין זווי הכא נמי, הכא (במאי עסקינן)<sup>96</sup> דקא טעין מרגניתא, מאי? מי מנחי אינשי מרגניתא בכספתא, או לא?<sup>97</sup> תיקו.

במעשה המתואר בעט אדם ב"ארגז שמניחין בו כספים" (לשון רש"י, ד"ה בכספתא), השייך לחברו. רבינא או רב אחא בריה דרבא טוענים, שיש לקבל את טענת הניזק, בהתאם לדין המשנה: "שכן דרך בני אדם להניח בבתיים". השוואה זו מתקבלת על ידי רב אשי ביחס להנחת כסף בארגז, אולם הוא מסופק, האם גם דרך להניח בתוכו מרגלית.

לעיל<sup>98</sup> הצגנו שתי אפשרויות ביחס לאחריות המוטלת על אדם המזיק, האם זו אחריות מוחלטת או אחריות מוגברת. בהתאם לתפיסות השונות בשאלה זו – שהשלכותיה על פטור טמון משמעותיות ביותר, וכבר דנו בדברים לעיל – מתפרש גם המעשה הנדון ודיון האמוראים הסמוך לו. ישנן שתי דרכים להבנת סוגייתנו, ונציגן זו לצד זו. הדרך האחת מפרשת את הסוגייה כפשטותה, כיחידה עצמאית, המשווה בין פטור טמון שבמשנה לדינו של המזיק הנזכר. פטור טמון – לכל הפחות, בהתאם להעמדתו של רבא, ביחס למדליק בתוך של חברו – מתבסס על שיקולי הטלת אחריות. שיקולים אלו נכונים גם ביחס לאדם המזיק "רגיל", ולפיכך, אם אין דרך בני אדם להטמין מרגלית בארגז שכזה, המזיק פטור. כשיטה זו נקטו התוספות.<sup>99</sup> הדרך השנייה רואה את אדם

<sup>93</sup> בכת"י אסקוריאלי בטעות: "רבא". על הקשר בין רב אחא בריה דרבא לרבינא ראו להלן, הערה הבאה.

<sup>94</sup> בכת"י פירנצה ככל הנראה בטעות: "דרבינא". רב אחא בריה דרבא הוא בן דורו של רב אשי, והקשר ביניהם מוזכר רבות בתלמוד. כך גם באשר ליחסים בין רבינא (בן דורו של רב אשי) לרב אחא בריה דרבא. מדובר באמוראים בני אותו דור, וככל הנראה האמורא השואל – לפי כל אחת מהלשונות שבתלמוד – היה כפוף לנשאל, אך לא תלמידו. ראו כהן, רבינא, עמ' 187 – 188, הערה 19; עמ' 228 – 229, ושם, הערה 62; עמ' 253.

<sup>95</sup> בקטע ניו יורק, אדלר-שטרוק 117: "שמשלם כל מה שבתוכה", בלא ההמשך.

<sup>96</sup> בכת"י המבורג, אסקוריאלי, פירנצה, מינכן ווטיקן: "אלא לא צריכא".

<sup>97</sup> בכת"י המבורג נוסף: "ולא ידעינן", וכן הוא בכת"י אסקוריאלי, בכת"י פירנצה ובכת"י מינכן (בלא וי"ו החיבור). בקטע ניו יורק: "אי קא טעין מידי דאורחיה לא קא מיבעיא לי, כי קא מיבעי לי דקא טעין מרגניתא, מי עבידי אינשי דמנחי מרגניתא בכספא אילא תיקו. איכא דאמרי: אי דקא טעין זווי הכי נמי לא צריכא דקא טעין מרגניתא".

<sup>98</sup> סמוך להערה 6.

<sup>99</sup> ראו תוספות, סב ע"א, ד"ה מי. תוספות, כדרכם, רואים זאת כעמדה כוללת, ולפיכך מפרשים בהתאם לכך גם את מימרת רבא: "הזיקתו משלמת דינר זהב, משום דאמר לה: מאי הוה ליך גביה דאזקתיה" (הובאה לעיל, סמוך להערה 78). הטעם המובא לחיובה של האשה מבטא בפשטות חיוב גורף של אדם המזיק, אולם תוספות שוללים זאת, ומעמידים מקרה זה כחלק ממדרג האחריות אותו הם יוצרים (היינו: מקרה זה איננו בלתי צפוי לחלוטין, ועל כן אשה המזיקה צריכה היתה לצפות זאת, בניגוד לצד הפוטר מרגניתא בכספתא). יש להעיר, אגב זאת, שהטעם הנזכר עשוי להיות שלא מגוף מימרת רבא, וזאת על בסיס ההבחנה הברורה בתוך המימרא בין הגרעין העברי להסבר הארמי (פרידמן, על דרך חקר הסוגייה, עמ' 301). אולם בראיית תוספות, על כל פנים כאן, זו הפרשנות המחייבת, וכדי להציע שיטה אחידה, נקטו בדרכם הנזכרת.

המזיק כבעל אחריות מוחלטת. בהתאם לכך, חיובו של המזיק הוא חיוב גורף, וסוגייתנו מתפרשת כעוסקת בשאלת נאמנותו של הניזק לטעון לגבי המונח בארגז. סוגייתנו מקושרת לדיון הקודם בעניין "תקנת נגזל באשו" – על אף החיוב העקרוני, יש מקום ל"תקנת נגזל", לפיה הניזק נשבע ונוטל. תקנה זו קיימת גם לשיטת חכמים, המחייבים במדליק את הבירה, אך היא חלה רק על דברים שדרך להניח.<sup>100</sup> מכאן ההתלבטות הנזכרת בדיונים של האמוראים בסוגייתנו באשר להנחת מרגלית בארגז.<sup>101</sup>

שתי הדרכים הללו בפרשנות הסוגייה אפשריות, שכן שתיהן נוקטות בשיקולים פרשניים לגיטימיים, המסייעים לעמדת המוצא ההלכתית-משפטית שלהם. האחת מפרשת את הסוגייה כיחידה עצמאית, העומדת בזיקה ישירה למשנה, ואילו השנייה מפרשתה בהקשר לקונטקסט בו היא מוצבת, העוסק בתקנת נגזל. אולם נראה שדרכם של התוספות פשוטה יותר בדברי האמוראים. הללו הרי אינם רומזים בדבריהם לשאלת נאמנותו של הניזק, וכך מלמד גם הקטע המצוטט על ידם מן המשנה, אשר דן בחיוב ובפטור של המזיק ולא בשאלות של נאמנות. על פי דברינו בפרק זה, נזקי אש מסתעפים מדיני אדם המזיק, ופטור טמון, אשר לב לבו מבוסס על שיקולי הטלת אחריות על המזיק, בתוכם. הפרשנות הנזכרת בסוגייה מלמדת על השיקולים המעורבים בקביעת פטור טמון, ומאשרת את הזיקה בין הקריטריונים להחלת פטור זה לבין הקריטריונים המשמשים באדם המזיק.<sup>102</sup> יחד עם זאת, רווחו גם תפיסות אחרות, ואפילו בשכנותה של סוגייה זו. הסוגייה הקודמת, מימרת רבא

<sup>100</sup> כך משתמע גם מהמשך הסוגייה: "אמר ליה רב יימר לרב אשי טעין כסא דכספא בבירה מאי אמר ליה חזינא אי איניש אמיד... משתבע ושקיל ואי לא לאו כל כמיניה" ("בבירה" חסר בכת"י המבורג ובכת"י מינכן. בכת"י וטיקן: "בב").

<sup>101</sup> כך דומני נקטו רוב מפרשי התלמוד (ראו בעל המאור ורמב"ן להלן, ואחריהם נמשכו ראשוני ספרד ופרובנס, וראו עוד למשל פסקי הרי"ד, עמ' קי, ושם הערה 99). זו גם דעת רב האי גאון, משפטי שבועות, חלק ב שער כ, אך לדידו הדברים נובעים מפסיקת ההלכה כר' יהודה, הדוחה את פטור טמון (ראו לעיל, הערה 91), הכרעה אשר איננה מאפשרת לפרש את הסוגייה כפטור ממשי, בדרכם של בעלי התוספות. בעל המאור מפרש כשיטה הנזכרת את הרי"ף, אף כי פשט לשון הרי"ף, לדעתי, איננו מורה כן (ראו רי"ף, כו ע"א בדפי הרי"ף, ובעה"מ, שם, ד"ה אמר רב, בניגוד ללוי, מכילתא, עמ' 242 הערה 39). כך נקט גם הרמב"ן, ראו בהערותיו לפירושו של בעל המאור לסוגייה זו. הרמב"ן, המקבל את התפיסה העקרונית של בעל המאור בהתאם לדרכו בעניין האחריות המוחלטת המוטלת על אדם המזיק (ראו לעיל, הערה 6), מתמודד עם הקושי שבפשט הסוגייה (חלקן הובאו להלן בפנים). בשל קושי זה אלו הוא מפרש את מחלוקת ר' יהודה וחכמים במדליק בתוך של חברו כמחלוקת בשאלת נאמנותו של הניזק ("תקנת נגזל"), אך החיוב העקרוני קיים גם לשיטת חכמים, וכך נוצרת הקבלה מלאה בין הדיון במשנה לדיונים של האמוראים בסוגייתנו. פרשנות זו מבוססת על שיטתו של ר' הושעיה בירושלמי, אך היא קשה בפשט המשנה (אפילו אם נקבל את ההבחנה בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו), וראו לעיל, פרק ח, סמוך להערה 12.

<sup>102</sup> כל זאת, יש לומר, בהסתייגות. רב אשי, לטענתנו לעיל (בדיונו בסוגיית "הכופף קמתו של חברו", פרק א, סמוך להערה 55), הכיר בחדושו של רבא, המבחין בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו, ורואה את פטור טמון במדליק בתוך שלו כפטור גורף. בהתאם לכך, דיונו של רב אשי כאן הוא ב"מדליק בתוך של חברו", שבו "מודים חכמים... במדליק את הבירה", ולגביו משמשים שיקולי הטלת אחריות. אולם, בהתאם לטענתנו בפרק הקודם, תפיסת הפטור ב"מדליק בתוך של חברו" משקפת את התפיסה הקדומה של פטור טמון, והיא הפשוטה במקורות התנאיים ובחלק מהמקורות האמוראיים. אשר על כן, יש בסוגייתנו כדי לגלות את מאפייני הראשוניים של פטור טמון, כפי שנקטנו בפנים. הדברים הם במעין פרפרזה לדברי הרמב"ן (לעיל, הערה קודמת), המזהה את שני הרבדים השונים בתפיסת פטור טמון, ולומד מן האחד לחברו: "מ"מ למדנו שמחלוקת ר' יהודה וחכמים... לפי גמרא דבני מערבא, ולגמרא דילן נמי במדליק בתוך של חברו אית לן למימר דבהכי פליגי".

ודברי רב מרדכי הסמוכים להם, שללו בפשטות את עירובם של שיקולי אחריות ביחס לאדם המזיק, ונגזרת מהם הנטייה להפריד בין נזקי אש לבין נזקי אדם המזיק.

## שער רביעי – סיכום

בשער זה עסקנו בדין טמון באש. דיוננו בעניין זה התפצל לשני ענפים, השלובים זה בזה. האחד, דיון בהתפתחות תפיסת פטור טמון במקורות התלמודיים, בעיקר בעקבות שיטת רבא בבבלי, וכפי שננקט לאחריו בתלמודים. השני, דיון בהגדרת נזקי אש, כנזקי אדם או כנזקי ממון. במהלך דיוננו הראנו, כיצד הלך והתגבש פטור טמון כדין ייחודי, המושתת על עקרונות חיצוניים לשיקולי מערכת דיני הנזיקין, בד בבד עם הניתוק הגובר של נזקי אש מתפיסתם כאדם המזיק.

התפיסה הדומיננטית ביחס לנזקי אש ראתה נזקים אלו במסגרת אדם המזיק. כתפיסה זו מצאנו מפורשות במכילתא דר' ישמעאל, וכן היא פרשנות מסתברת במכילתא דרשב"י. כמו כן, טענו, כי זוהי תפיסתם המשותפת של ר' יוחנן וריש לקיש, כפי שנשמרה בתלמוד הירושלמי. אולם בבבלי הוצגו ר' יוחנן וריש לקיש כחולקים בעניין הגדרת נזקי אש – האם "אשו משום חציו" או "אשו משום ממונו" (כב ע"א). עוד בתקופת האמוראים הכיר רבא בקדימותה ובעדיפותה של השיטה המזהה את נזקי אש עם אדם המזיק, שיטת "אשו משום חציו". אולם בסופו של דבר, בתהליך שהחל על ידי אביו ורבא והסתיים ברובד אנונימי של התלמוד, ככל הנראה רובד מאוחר, גברה השיטה המזהה את נזקי אש עם ממונו המזיק: "אלא למאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו" (כג ע"א). בדברינו קישרנו תהליך זה עם התהליך המקביל ביחס לפטור טמון, כדלקמן.

פטור טמון שימש במקורות התנאיים כפטור המושתת על שיקולים המשמשים במערכת דיני הנזיקין. בהתאם לשיקולים אלו, לא היה על המזיק לצפות את הטמנת הכלים, ועל כן פטור. תפיסה זו מפורשת במשנה, וכמוה נקטו אף כמה מן האמוראים, כדוגמת ר' אבהו בשם ר' יוחנן בירושלמי וככל הנראה גם רב כהנא בבבלי. כפי שטענו בפרק זה, רבא, בדור הרביעי לאמוראי בבל, חידש תפיסה שונה של פטור טמון. לתפיסתו, פטור זה איננו מושתת על שיקולי מערכת דיני הנזיקין הנזכרת, אלא זהו פטור ייחודי, המושתת על לימוד מן הכתוב. רבא, יש לציין, לא קבע את הדברים באופן גורף, אלא ייחס זאת לענף בתוך פטור טמון, למדליק בתוך שלו, ואילו מדליק בתוך של חברו נותר במסגרת שיקולי האחריות. בכך יכול היה רבא לשלב את תפיסתו עם פשט המקורות התנאיים, ובפרט המשנה, אליה התייחס ישירות. שינוי זה התקבל כצפוי על ידי התלמוד הבבלי, ומצאנו את רב אשי נוקט כמותו ומחדדו. אף סתם התלמוד הירושלמי, ככל הנראה ברובד מאוחר שלו, ראה את פטור טמון שלא במסגרת שיקולי האחריות, אלא כמבוסס על לימוד ייחודי מן הכתוב. אולם גם ברובד זה לא מצאנו בירושלמי רמז להכרת חידושו של רבא ביחס להבחנה בין שני ענפי פטור טמון.

בגוף דברינו קשרנו בין שני התהליכים הנזכרים – בין תהליך השינוי בהגדרת נזקי אש לבין תהליך גיבוש טמון כפטור ייחודי. פטור טמון, גם בתפיסתו הראשונית, מעורר קושי בשילובו עם הגדרת אש כאדם המזיק. שהרי שנינו (פ"ב מ"ו), "אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד..." , ואם כן, כיצד ניתן לפטור מזיק באש משיקולי

העדר אחריות לנזקי טמון. ר' הושעיה בירושלמי מבטל למעשה את פטור טמון, ומציבו כשאלה ראייתית, ויש אף שדחו את הפטור לגמרי מן ההלכה, ייתכן בעקבות קושי זה. אולם מרבית המקורות שבידינו לא הלכו בדרך זו, והכירו בקיומו של הפטור, ועולה לדידם הצורך בהתמודדות עם הקושי הנזכר. בבבלי מצאנו כאמור מגמת שינוי בתפיסת נזקי אש: הגדרתם כממון המזיק. אפיק פרשני אחד, בו הלך רש"י, מייחס מגמה זו לבעיית השילוב בין פטור טמון לבין עקרונות החיוב של אדם המזיק. עקרונות חיוב אלו מתאימים לתפיסה העולה ממימרת רבא ומדיון האמוראים הסמוך לה בעניין "הנותן דינר זהב לאישה" והשוואת מקרה זה לנזקי אש. בדרך זו מושפעת הגדרת נזקי אש מפטור טמון, אם כי אין הדברים תלויים בתהליך הנזכר של גיבוש הפטור כפטור ייחודי.

אפיק פרשני שני למגמת השינוי בתפיסת נזקי אש, בו הלכו בעלי התוספות, מושתת על דחיית תפיסת האחריות המוטלת על אדם המזיק כאחריות מוחלטת, בניגוד לדרכו של רש"י ולהנחתנו בקושייה לעיל. התפיסה המנוגדת המוצעת על ידם רואה באחריותו של אדם המזיק אחריות מוגברת, ומאפשרת לפטור אותו במקרים אחדים של העדר אחריות. לדרך זו, פטור טמון – כתפיסתו הראשונית או ביחס למדליק בתוך של חברו, על פי גיבושו המאוחר של הפטור – משתלב עם הגדרת נזקי אש כאדם המזיק ועם האחריות המוגברת המוטלת על מזיק זה. תפיסה זו היא כמדומה פרשנות הכרחית במכילתא דר' ישמעאל, הנוקטת מחד בפטור טמון, ומזהה מאידך בין אש לבין אדם המזיק, עליו חלה האחריות הנזכרת. כמו כן, זו הפרשנות הפשוטה לטענתנו לשיטות האמוראים המובאות בדינו של "ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה".

על פי הדרך האחרונה, תהליך השינוי בהגדרת נזקי אש איננו נובע משיקולי האחריות המעורבים בפטור טמון, שהרי הללו אינם נוגדים את אחריותו של אדם המזיק. יש לראות לפיכך את תהליך השינוי בהגדרת נזקי אש על רקע תהליך השינוי בפטור טמון, וזאת בדרכם של בעלי התוספות בפרשנות הסוגיות. פטור טמון הראשוני התקיים במסגרת שיקולי האחריות המוטלים על המזיק, ואדם המזיק בכלל זה. אולם גיבושו על ידי רבא הציבו כפטור ייחודי וחריג, ובכך מיקמו יחד עם הפטורים הייחודיים הקיימים בנזקי ממון. נזקי ממון מושתתים, בהתאם לתפיסה זו, על מערכת שיקולים משותפת, אולם בתוכם קיימים הפטורים הללו, שטעמם הוא חיצוני למערכת שיקולי האחריות המשמשים בדיני הנזיקין, ונובע בעיקרו מן הכתוב, כפי שעוד נרחיב בסיכומה של עבודתנו. תהליך זה, לבד מהשינוי הנקודתי בתפיסת פטור טמון, הוביל לשינוי בהגדרת נזקי אש. שהרי כעת השילוב בין אש לבין אדם המזיק קשה יותר, ובפרט במקרה בו חל פטור טמון, שכן מערכת הפטורים הנזכרת איננה חלה על אדם המזיק. גוברת לפיכך המגמה הרואה בנזקי אש – לכל הפחות ביחס לחלק מפרטיהם וממרכיביהם – נזקי ממון. זוהי תופעה יוצאת דופן, במסגרתה תהליך פנימי של גיבוש הפטור הייחודי הוביל לשינוי בתפיסת אופיו והגדרתו של אב הנזק כולו.

שתי הדרכים הפרשניות הללו מבארות עבורנו את הפער המעניין הנוצר בין שלביה השונים של סוגיית טמון. בשלב המוקדם יותר מופיעה הקביעה המוחלטת של רבא, "קרא ומתניתא מסייע ליה לרבי יוחנן", ולבסוף, סיכום הסוגייה התלמודית, שהוא תוצאה ישירה של משאם ומתנם של רבא ואביי, שחק את בסיסה של תפיסה זו: "למאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו".

## נספח ד

### סוגיית הירושלמי שעל משנת "הכלב שנטל חררה"

על משנת "הכלב שנטל חררה" מובאת בירושלמי הסוגייה הבאה (בבא קמא, פ"ב ה"ה, ג ע"א):

"כלב שנטל את החררה". ריש לקיש אמ'. במצית את האור על כל שיבולת ושיבולת. ר' יוחנן אמ'. נעשה כזורק את החץ ממקום למקום.

אמ' ר' יצחק בר טבליי.<sup>1</sup> מתנית' מסייעא לריש לקיש. "היה גדי כפות לו ועבד סמוך לו ונשרף עמו חייב. עבד כפות לו גדי סמוך לו פטור". אם אומר את שאין כזורק את החץ ממקום למקום. על<sup>2</sup> שיבולת הראשונה נתחייב מיתה. מיכן והילך תשלומין.

אמ' ר' יוסי. ואת שמע מינה. "שורו שהדליק את הגדיש בשבת חייב. והוא שהדליק את הגדיש בשבת פטור". אם או' את שאינו כזורק את החץ ממקום למקום. וייעשה כמי שחלו עליו תשלומין. מיכן והילך יהא חייב בתשלומין.

במחלוקתם של ר' יוחנן וריש לקיש עסקנו בהרחבה בגוף הדברים.<sup>3</sup> במסגרת הנוכחית נדון בסוגייה הסמוכה למחלוקת זו.

דבריו של ר' יצחק בר טבליי זוקקים שינויי נוסח. ר' יצחק בר טבליי מסייע לריש לקיש ממשנת "עבד כפות לו גדי סמוך לו פטור". אולם המשך דבריו הוא כשיטת ר' יוחנן: "אם אומר את שאין כזורק את החץ ממקום למקום על שיבולת הראשונה נתחייב מיתה מיכן והילך תשלומין", כלומר: תפיסת אש שלא כחץ איננה מבארת מדוע פטור, שכן החיוב הוא על שיבולת הראשונה בלבד, ועל האחרות חייב בתשלומין. בהתאם לכך הגיהו רבים ממפרשי הירושלמי וחוקריו את ראש דבריו על פי סופם, וגרסו "מתנית' מסייעא לר' יוחנן" במקום "לריש לקיש", או שינויים דומים.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> אודות חכם זה ראו אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 252 – 253.

<sup>2</sup> בכת"י אסקוריאל נוסף בין השורות: "ידי".

<sup>3</sup> פרק ט, סעיף ט.2.

<sup>4</sup> ראו למשל הצעתו של ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 113: "מתניתא מסייעא לר' יוחנן ופליגא על ר' שמעון בן לקיש". ראו גם פירושו של הפני משה, הנוקט כנוסח שלפנינו, אולם גם לפיו החלק השני הוא כשיטת ר' יוחנן (בתשובה לראייה לשיטת ר"ל). אפשרות אחרת היא לגרוס בדברי ר' יצחק בר טבליי (ובדומה לכך בדברי ר' יוסי): "אם אומר את [נמחק: שאין] כזורק את החץ ממקום למקום על שיבולת הראשונה נתחייב מיתה מיכן והילך תשלומין". הגהה זו אפשרית מבחינה טקסטואלית – מצאנו שינוי שכזה בבבא בתרא, פ"ח ה"ו, טז ע"ב, שם נוסף בכת"י לידן בטעות: "אם אומר את שאין יורשת אשה" (בשלושה אזכורים בסוגייה. בשני האזכורים הראשונים סומן "שאין" כמיותר על ידי מתקני מהדורת האקדמיה), ואילו בכת"י אסקוריאל חסר "שאין" בחלקם (ראו ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 102 – 103 ופירושו בעמ' 216). אינני מוצא פרשנות לירושלמי על פי הגהה זו. להגהה מרחיקת לכת יותר בגוף הסוגייה ראו וייס, בבא קמא, עמ' 342 – 344. פירוש זה שומר אומנם על ר' יצחק בר טבליי כסייעתא לריש לקיש, אולם ה"מחיר" בהגהת הסוגייה (מחיקת הקטע "אם אומר את... מיכן ואילך תשלומין" והעברתו לר' יוסי) ובפרשנותה (ביאור הכפילות בדברי ר' יוסי) נראה גבוה מידי.

בפרשנות מימרת ר' יצחק בר טבליי נקטו מפרשי הירושלמי בהמשך לדרכם, המושפעת מתפיסת הבבלי, ותלו את הדבר בהגדרת אש כממונו המזיק. על כן, חייב מיתה על רגע ההדלקה, שהוא מעשה האדם, ואילו על התפשטות האש חייב בתשלומין, והוא כנזקי ממון.<sup>5</sup> לפי דרכנו בגוף הפרק, אשר איננה משווה בין מימרת ריש לקיש בירושלמי לשיטתו בבבלי, ראייתו של ר' יצחק בר טבליי לשיטת ר' יוחנן היא כדלקמן: מכיוון שהדליק, או נחשב כמדליק,<sup>6</sup> כל שיבולת בנפרד, הרי ניתן להפריד בין חיובו מיתה על הדלקת העבד לבין חיוב בתשלומין על הדלקת הגדיש. לדעת ר' יוחנן, לעומת זאת, מדובר במעשה אחד, ולא ניתן להפריד בין חלקיו. כך יש לבאר גם את דברי ר' יוסי: יש להפריד בשיטת ריש לקיש בין הדלקת השיבולת הראשונה בשבת, עליה חל חיוב מיתה, לבין הדלקת יתר השיבולים, עליהם חל חיוב תשלומין, בניגוד למשנה. סברא זו היא כהו"א בסוגיית הירושלמי בכתובות (פ"ג ה"א, כז ע"ג, ובמקבילה בתרומות, פ"ז ה"א, מד ע"ד):<sup>7</sup> "משיבולת הראשונה נתחייב מיתה מכאן ואילך לתשלומין".<sup>8</sup> בסוגיית תרומות סברא זו מוצגת כהו"א רטורית, המעוררת קושייה על שיטה

<sup>5</sup> כך נקט לוין, מדרשי ההלכה, עמ' 103 (אולם מקור הדברים, לאור דרכו בפירוש מימרת ריש לקיש, איננו ברור, שהרי מנין שריש לקיש סובר "שהחיוב על אש נמשך כל זמן השריפה... כממונו שמזיק באותו רגע"). קבלת פרשנות זו בסוגיית הירושלמי מקרבת אותה לסוגיית הבבלי, בהתייחס לתפיסה התאורטית העומדת מאחורי שיטת ריש לקיש, אולם אין היא מחייבת לפרשנות גרעין מחלוקת האמוראים. הקרובה בין תלמוד ירושלמי נזיקין לתלמוד בבלי נזיקין, הרבה יחסית בהשוואה למסכתות הירושלמי האחרות, תוארה במחקר (ראו ליברמן, תלמודה של קיסרין, עמ' 17; זוסמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 96 – 99. זוסמן מודגיש שמדובר ב"קרבת מסורות"), וכאן אנו מוצאים אותה ביחס לרובד סתמאי של התלמוד. אף בסוגיית אש מצאנו כדמותה ביחס לתפיסת פטור טמון בסוגיית סתם הירושלמי, המנוגדת לעמדת האמוראים המובאים בסוגייה, ומתאימה לעמדתו של רבא, שנתקבלה בבבלי, כמתואר לעיל (פרק ח, סוף סעיף ח.2).

<sup>6</sup> בהתאם לשתי הפרשנויות האפשריות בדברי ריש לקיש, ראו דיונונו בגוף הפרק.

<sup>7</sup> סוגייה זו דנה במחלוקת ריש לקיש ור' יוחנן בעניין "לוקה ומשלם". הקטע המצוטט בפנים הוא בפשטות חלק מהדין בשיטת ריש לקיש, שאין לוקה ומשלם. ניתן, אומנם, להעמידו גם אליבא דר' יוחנן (ראו קרבן העדה לסוגיית כתובות, דפוס וילנא, יז ע"ב, ד"ה שכן הבא על אחותו), אולם קשה לנתק את ריש לקיש ממנו. באם נציע לפרש את הסוגייה על פי תפיסת ר' יוחנן ביחס לאש (בהתבסס על הדמיון לחסימה, הנדונה בסוגייה זו, אך בדוחק, בפרט לאור סוף הקטע, שיוזכר עוד להלן: "אלא על כל שיבולת ושיבולת יש בה התריית מיתה", הדומה לסגנון ותוכן שיטת ריש לקיש בדיני אש), הרי תעלה בדינו סוגייה, הדנה בריש לקיש, אולם איננה מכירה את שיטתו בדיני אש.

<sup>8</sup> הציטוט הוא על פי סוגיית תרומות, ובשינויים קלים בכתובות (ושם: "חייב מכות", ככל הנראה בטעות, וצ"ל "מיתה", כבהמשך, וכן על פי המקבילה בתרומות). קטע זה הוא חלק ממשא ומתן אמוראי המובא בסוגייה. בסוגייתנו, סוגיית אש, מובאים הדברים בשינויים קלים הן בדברי ר' יצחק בר טבליי והן בדברי ר' יוסי. לאור הקבלת חלק זה בשתי המימרות הללו, מסתבר שהדברים בסוגייתנו אינם מגוף דברי האמוראים, הכולל רק את הראייה או הטיעון מהמקור התנאי, אלא חלק מהפרשנות התלמודית לראייה זו, המשותפת לשתי המימרות (הבחנה זו מפורשת לפי פירוש הפני משה, הרואה בקטע זה את דחיית הראיה, ראו לעיל הערה 4). ייתכן, לפיכך, שסוגייתנו ניוונה מסוגיית תרומות (אם כי שם מדובר בהו"א דחוייה, כחלק מקושייה), או ממקור אמוראי מעין סוגייה זו, ובאמצעותם מבארת את דברי האמוראים. על הזיקה בין הסוגיות עמד מהרא"פ, עמ' ד, אשר מכיר בכך שהפרשנות התלמודית הסתמאית למימרא בסוגייתנו לקוחה מסוגיית תרומות. לפירוש, הקטע המצוטט מועתק מהסוגייה ההיא, ואיננו מדויק בסוגייתנו, שכן עוסקים אנו בחיוב מיתה על העבד, ואין מקום לומר "משיבולת הראשונה נתחייב מיתה", אלא לעניין שבת. פתרון אחר לאי התאמה זו, על ידי הגהת נוסח הירושלמי, הוצע על ידי ר"י לוי, עמ' 56, ובעקבותיו לוין, מדרשי ההלכה, עמ' 103. פתרוןם מחליף בין פרשנות מימרת ר' יוסי לפרשנות מימרת ר' יצחק בר טבליי, וגורס בר' יצחק בר טבליי: "ייעשה כמי שחלו עליו תשלומין..." ובר' יוסי: "על שיבולת הראשונה נתחייב מיתה". לגבי הנוסח בכתבי היד, בכתב יד לידן הנוסח הפוך, כמצוטט. בכת"י אסקוריאל דברי ר' יצחק בר טבליי הם בכתב יד לידן, ואילו הקטע הכולל את דברי ר' יוסי נחתך מכתב היד.



אמוראית קודמת, והדברים נדחים שם על הסף. אולם גם דחיית הדברים משתלבת עם פרשנותו למימרת ריש לקיש: "ולית את אמר הכין אלא על כל שיכולת ושיכולת יש בה התריית מכות [צ"ל מיתה<sup>9</sup>] והתריית תשלומין...". תפיסת נזקי אש העולה מסוגייה זו מייחסת את פעולת מדליק האש לכל שיכולת ושיכולת בנפרד. תפיסה זו איננה מכירה, גם אליבא דריש לקיש, בפרשנות הרואה במעשה ההדלקה את ממונו ההולך ומזיק.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> על פי הרישא, ונתחלף כאן על פי ההמשך, וכן הוא במקבילה בכתובות לקטע זה (ושם נתחלף "מיתה" ב"מכות" ברישא, ראו הערה קודמת).

<sup>10</sup> נטייתנו בגוף הפרק היא לקבל פרשנות זו למימרת ריש לקיש, בניגוד לפרשנות הבבלי. לפרשנות זו מספר יתרונות – שיקולים נקודתיים בסוגייה (שתיקת המקורות בעניין תפיסת אש כממונו, מול פשט לשונו של ריש לקיש, בעיקר על פי קטע פריימן), מקורות השוואתיים (סוגיית הירושלמי בתרומות ובכתובות) והקשרים רחבים יותר של תפיסת נזקי אש, לפיהם דומיננטית יותר השיטה הרואה בהם נזקי אדם המזיק, כמפורט בפנים. לפרשנות המקובלת יתרון מסוים בביאור מימרת ר' יוסי, לפיה לשיטת ריש לקיש יהיה חייב בתשלומין על הדלקת גדיש בשבת, ומכאן שאין הדבר נחשב כמעשה של מדליק האש. כנגד פרשנות זו הוצעה פרשנותו בפנים, ומכל מקום אף אם נקבלה, אין בכך לסתור את פרשנות גרעין מחלוקת ר' יוחנן וריש לקיש, וככל הנראה גם לא ביחס לגרעין דברי ר' יוסי (ראו לעיל, הערה 8), אלא רק להעיד על עמדתו של התלמוד הירושלמי, הקרוב בנקודה זו למקבילו הבבלי (ראו לעיל, הערה 5).

## שער חמישי: אדם וכלים בבור

### מבוא

אחריותו של חופר בור לבורו מפורשת במקרא (שמות כא, לג – לד):

וְכִי יִפְתַּח אִישׁ בּוֹר אוֹ כִּי יַכְהֶה אִישׁ בֹּר וְלֹא יִכְסְנוּ וְנָפַל שָׁמָּה שׂוֹר אוֹ חֲמוֹר: פֶּעַל הַבּוֹר יִשְׁלַם כָּסֶף יָשִׁיב לְבַעְלָיו וְהָמָת יִהְיֶה לוֹ:

ההלכה התנאית הכירה בכך שחיוב זה איננו חיוב מוחלט, ומקרים אחדים שנתה לפטור, בהם אדם וכלים. בפטור זה נדון בשער הנוכחי.

כרקע מקדים לדיוננו, נבחן את המעמד המשפטי של נזקי בור. למעמד המשפטי של נזקי בור, קרי: אופיו של המזיק וגדרי חיובו, יש משקל רב ערך. הם משליכים, מובן מאיליו, על עיקרו של החיוב, וכן, כפי שנטען בדברינו להלן, הם עומדים בזיקה לפטור אדם וכלים. כפי שנראה, שאלת מעמדם של נזקי בור השפיעה על תפיסת הפטור בשלבים מרכזיים של התפתחותו, כמו גם על פרטים הלכתיים שונים בתוכו. לאור זאת, נפתח את דיוננו בדיון בגדרם של נזקי בור. בשלב שני, ועל בסיס מסקנות החלק הראשון, נבחן את פטור אדם וכלים בבור.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> בדיוננו בעניין פטור טמון באש הקדמנו את הדיון בהשתלשלותו של הפטור לדיון בגדרי אב הנזק (שער רביעי, פרקים ח ו-ט בהתאמה). הבדל זה במבנה הפרקים נובע מתהליכי ההתפתחות השונים של הנושאים הנדונים. בפטור טמון באש השפיעה ההתפתחות שבתפיסת הפטור על גדרי המזיק, והדיון המוקדם בפטור טמון הכרחי היה להבנת שאלת גדרי המזיק. בנדון דידן, כפי שנראה בהמשך, התהליך הפוך – בשלבים אחדים השפיעה תפיסת המזיק על גדרי הפטור.

## פרק י

### גדרם של נזקי בור

#### י.1. פתיחה

התלבטותם של אחרונים בשאלת "יסוד החיוב של נזקי ממונו", האם כ"שיטת הפשיעה" או כ"שיטת הבעלות",<sup>1</sup> מקבלת משנה תוקף בנזקי בור. שהרי בור הנחפר ברשות הרבים איננו קניינו של חופרו, וחיובו ניתן לבססו – על פניו – רק על פשיעתו של המזיק.<sup>2</sup> ואם אומנם ננקוט כגישה השנייה, הרי נצטרך לצמצם את חיובו של המזיק למקרים בהם קיימת הזיקה הממונית הנדרשת. לחילופין, נזדקק לפיקציות משפטיות מתוחכמות, שיאפשרו את חיובו של המזיק גם במקרים בהם אין הבור שלו. כך הם למשל דברי ר' אלעזר בשם ר' ישמעאל (כט ע"ב): "שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו ואלו הן בור ברשות הרבים וחמץ ממש שעות ולמעלה", ובכך מקבלים אנו את "שיטת הבעלות", אך אין בה נפקות למעשה.<sup>3</sup>

בלשון הכתוב, כך נדמה, יכולות שתי התפיסות לצאת ידי חובתן. ראשית, מציג הכתוב את רשלנותו של המזיק כמעשה שבשלו הוא מתחייב: "וְכִי יִפְתַּח אִישׁ בּוֹר אוֹ כִּי יִכְרֶה אִישׁ בֹּר וְלֹא יִכְסֶּנוּ", ולבסוף, בקביעת חובת התשלום, מגדירו כ"בעל הבור". בכתוב עצמו, אומנם, אין כדי להכריע, אף כי נושאי השיטות השונות, שנציגם להלן, מצאו להם תימוכין במילותיו.

להלן נראה, כי לשתי התפיסות הללו מקום בתורת התנאים ובדברי האמוראים. הדברים מתבטאים במחלוקות גלויות וסמויות בעניין תחום החיוב בנזקי בור, כדוגמת המחלוקת הכפולה – מחלוקת התנאים

<sup>1</sup> ראו מבוא, סעיף 2.1, ושם, הערה 14.

<sup>2</sup> כך נקט ש' אלבק בהתאם לשיטתו העקרונית, וכדרכו ממקד זאת בשאלת הצפיות, ראו אלבק, נזיקין, עמ' 147 – 152. מידת הפשיעה ואופייה שנויים במחלוקת. כך, למשל, נחלקו הראשונים ביחס לחופר בור ברשותו, והפקיר רשותו ובורו. רש"י (נ ע"א ד"ה בעל התקלה; כח ע"ב, ד"ה דאפקרינהו) מגדיר בור זה כ"בור ברה"ר", ומכאן שמוטלת עליו אחריות על נזקי הבור, וזאת כנראה בשל הפקרת הבור ברשות הרבים. ראשונים אחרים, כדוגמת ר"י, המובא בתוס' ד"ה ה"מ, כח ע"ב (וכן הכריע הרא"ש, פ"ה סימן ז), ורמב"ם (נזקי ממון, פ"ב ה"ב, וראו מגיד משנה, שם, שכן נקטו "רוב מפרשים") פוטרם. ר"י (ובעקבותיו רא"ש, שם) מפרש זאת משום ש"חפר בהיתר וגם השתא דהפקיר לאו בעל הבור הוא", והיינו: קריטריון ה"פשיעה" המחייב הוא הכרייה או הפתיחה שלא ברשות. זאת בניגוד לחופר בור ברשותו סמוך לרה"ר, ש"באיסור חפרו", וכן בניגוד להפקיר רשותו ולא הפקיר בורו – "כיון דשלו הוא חייב להסיר התקלה". הנקודה האחרונה משמעותית, שכן לפיה שיטה זו רואה אומנם בפשיעת המזיק – בקריטריונים המחייבים – תנאי מספיק, אך מקנה משקל גם לבעלות על הבור, במקום בו אין מדובר בפשיעה המחייבת. יש כאן לפי זה שיטה המשלבת בין שתי התפיסות התיאורטיות הנדונות ("שיטת הפשיעה" ו"שיטת הבעלות"). זאת בניגוד לשיטות המבודדות את המרכיב התיאורטי הראשון, "שיטת הפשיעה", ראו להלן דיונו במכילתא דרשב"י ובתוספתא, וראו גם לוין, מדרשי ההלכה, עמ' 150 הערה 27. על כל פנים, עיקר דברינו יעסוק בניתוח הבסיס התיאורטי, והוא יתמקד במתח סביב הדיכוטומיה הנזכרת בפנים, ופחות נידרש ליישום הקונקרטי בפרטי הפרטים, כדוגמת השאלה מהי מידת הפשיעה הנדרשת כדי לחייב את המזיק.

<sup>3</sup> על מימרא זו וגישות קרובות לה ראו להלן, נספח ו. להתלבטות דומה בשאלת הגדרתם של נזקי בור, תוך ביסוס הפן הממוני על תפיסת "עשאן הכתוב ברשותו", ראו חדושי הגרנ"ט, בבא קמא, סימן קטז, עמ' יד, וראו שם הצעותיו לנפקות בין התפיסות.

ומחלוקת האמוראים בפירושה – המובאות בבבלי (מט ע"ב – נ ע"א), העוסקת בשאלה, מהו "בור האמור בתורה". לפי שיטת רב יוסף למשל, נחלקו התנאים בשאלה, האם חיובו של בור הוא ברשות היחיד בלבד, בדרכים שונות המצדיקות הטלת חיוב נזיקי על כורה הבור ("הפקיר רשותו ולא הפקיר בורו"),<sup>4</sup> או אף ברשות הרבים. ר' עקיבא, הסבור כשיטה הראשונה, רואה בבעלות על המזיק תנאי הכרחי להטלת חובת התשלום, ובהתאם לכך פוטר בבור ברשות הרבים. כנגדו, ר' ישמעאל, איננו רואה בבעלות תנאי הכרחי, ומחייב גם על בור שאין זיקה ממונית כלפיו.

שתי התפיסות הנזכרות מתבטאות גם בהבדלים רטוריים, הניכרים בדרכי הצדקה שונות ובהסברים תיאורטיים מנוגדים הניתנים לחיוב בור. נבחן למשל את הדרשה הבאה מן המכילתא דר' ישמעאל (מסכתא דנזקין, פרשה יא, עמ' 288 – 289):

וכי יפתח איש בור, למה נאמר, עד שלא יאמר יש לי בדין, הואיל והשור ממונו, והבור ממונו, אם למדת שהוא חייב על ידי שורו אינו חייב על בורו, לא, אם אמרת בשור שדרכו לילך ולהזיק, תאמר בבור שאין דרכו לילך ולהזיק, ת"ל וכי יפתח איש בור או כי יכרה איש, לפי שלא זכיתי בדין צריך הכתוב להביאו בפני עצמו.

נקודת המוצא של הדרשה היא תפיסת בור כ"ממונו". תכונה זו מספיקה היתה לדעת הדרשן לחייב את בעל הבור, כפי שמצאנו בחיובו של שור המזיק, אולם בור קל יותר משור, שכן "אין דרכו לילך ולהזיק". לתכונה האחרונה חשיבות אומנם, אולם ניכר מדברי המכילתא כאן, שבסיס החיוב הוא הזיקה הממונית שבין הבור לבעליו.<sup>5</sup> תפיסה אחרת מצאנו בהמשך המכילתא:

רבי יהודה בן בתירא אומר לא הרי פותח כהרי כורה ולא הרי כורה כהרי פותח, הצד השווה שבהן כל שהוא חייב בשמרו חייב בנזקו, אף כל שהוא חייב בשמרו חייב בנזקו.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> אף ל"שיטת הבעלות", אין הכוונה בהכרח לאחריית מוחלטת, אלא לתנאי הכרחי, הדורש שיקולים נוספים לחיובו של המזיק, כדוגמת המקרה המובא בפנים, בו "הפקיר רשותו ולא הפקיר בורו", וראו גם בהפנייה הנזכרת לעיל, הערה 1. בהתאם לכך, בדיכטומיה בין "שיטת הפשיעה" ל"שיטת הבעלות", הראשונה היא אקסקלוסיבית, ומהווה תנאי הכרחי ותנאי מספיק לחיובו של המזיק, בניגוד לחברתה, שאיננה בהכרח תנאי מספיק לחיוב המזיק.

<sup>5</sup> משקלה של התכונה "אין דרכו לילך ולהזיק" עולה מן הירושלמי, לשיטה הפוטרת מפקיר נזקיו ברשות הרבים: "ר' זירא ור' לא תריהון אמרין. מודה ר' יודה לחכמי במבקר שור שנגח ברשות הרבים שחייב. לא דומה נזק עומד לנזק מהלך". בתפיסת הירושלמי יש מוזגה של שתי השיטות התיאורטיות העקרוניות (ראו כדוגמת זאת לעיל, הערה 2), שכן בסיס החיוב הוא הזיקה הממונית, אולם ב"נזק מהלך" חייב גם כשהפקירו (אך ראו פירושו – והגהתו – של הנתיבות ירושלים, עמ' יג, לסוגיה). גם המכילתא מציינת תכונה זו כשיקול לחיוב, אולם היא איננה יכולה לעמוד בפני עצמה, ולכל היותר היתה הווא אמינא שהיא תידרש כתנאי הכרחי לצד הבעלות.

<sup>6</sup> זו גם העמדה המשתמעת מהקטע הקודם במכילתא, המובא בסתם ("ד"א... הקיש פותח לכורה וכורה לפותח, מה פותח ברשות פטור אף כורה ברשות פטור"), ראו וייס, בבא קמא, עמ' 86 – 87 (וראו דיונו בעניין "יסוד החיוב בתשלומי נזק", בין היתר בהקשר לקטע זה, שם, עמ' 77 – 89). בפנים התייחסנו לדברי ר' יהודה בן בתירא, המפורשים יותר בעניין.

לדעת ר' יהודה בן בתירא, התכונה המחייבת בור היא "כל שהוא חייב בשמרו חייב בנזקו", ומגמה זו מנוגדת למגמת הבעלות, הנזכרת בדרשה הראשונה שבמכילתא. אומנם, בהתאם לדברינו לעיל, אין מדובר בהכרח במחלוקת מעשית. ייתכן שהדרשנים יראו בעין אחת את מידת חיובו של המזיק, אולם הרטוריקה השונה המשמשת בשתי הדרשות מלמדת על התפיסות המנוגדות העומדות ביסודו של החיוב.

## י.2. משנת בור ברשות הרבים; בור ברשות היחיד

במשנה מצאנו הלכה אחת המציגה בסתם את חיובו של בור ברשות הרבים (פ"ה מ"ו [מ"ה]): "החופר בור ברשות הרבים ונפל לתוכו שור או חמור ומת חייב". שכנתה של משנה זו<sup>7</sup> מפרטת את דיני בור במגוון מקרים, המבחינים בין מקום כריית הבור למקום פתיחתו, רשות היחיד או רשות הרבים.<sup>8</sup> אולם אין נוסחתה אחידה בעדי הנוסח, ויש לה כמה ורסיות.<sup>9</sup> זרם אחד (להלן: נוסח א) שונה את מגוון המקרים כדלקמן (על פי נוסח המשנה בכתב יד קיפמן):

החופר בור ברשות היחיד ופתחו לרשות הרבים ברשות הרבים ופתחו [לרשות] הרבים אחר חייב.<sup>10</sup>

זרם שני (להלן: נוסח ב) שונה אף הוא מגוון מקרים, אולם בשינויים בולטים. כך הוא נוסח גליון כתב יד פרמה "ג", נוסח משניות הבבלי ודפוס המשנה ועוד:<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> בכת"י קיפמן ובעדים נוספים המשנה המובאת להלן (מ"ז) מאוחרת למשנה המצוטטת לעיל. בדפוס המשנה ובבבלי נתחלף סדר המשניות, והאחרונה מובאת ראשונה. ראו על כך אפשטיין, מלנח"מ, עמ' 1004 – 1005. חוסר היציבות שבמקומה של המשנה תומך בטיעון העיקרי שנציגו להלן, לפיו חלו ידיים בנוסחתה.

<sup>8</sup> ההבחנה בין מקום כריית הבור לפתיחתו מושתתת גם על הריאליה של חפירת בורות מים בארץ ישראל, ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 50; כשר, תורה שלמה, עמ' רעח – רפ (ושם, סיכומו של הר"ר כשר: "ולפ"ז בין ר' ישמעאל ובין ר' עקיבא וכן המשנה והתוספתא מדברים מרוב בורות של מים שהיו במציאות בארץ, ולא מסתם מקרה שאחד עשה כן וחפר מרה"י לרה"ר"). לכך מתייחס כנראה פילון, על החוקים לפרטיהם, פסקה 147, עמ' 115: "יש אנשים הנוהגים לירות בורות במעמקי האדמה, כדי לשאוב מעורקי המעינות או לקלוט את מי הגשמים, ומרחיבים אחר כך תעלות סמויות". דברינו להלן בפנים עוסקים במשמעות המשפטית של ההבחנה בין הרשויות, ולהלן אף נעסוק בצורך בהבחנה זו ובמניע ליצירתה. אין בכך כדי שלילת הריאליה הנזכרת, אך גם אין ההסבר הריאלי מספיק לבאור העיסוק הרחב כל כך בהבחנה בין מקום החפירה ומקום הנזק.

<sup>9</sup> לסיכום טבלאי של נוסחאות המשנה ראו נספח ה.

<sup>10</sup> מלבד כת"י קיפמן, כך הוא בקטע גניזה של המשנה, אוקספורד 3/2666, ובכתב יד פרמה. כך גם במשניות כת"י לידן של הירושלמי, שיש להן זיקה הדוקה לכת"י זה (פיינטוך, המשנה, עמ' 13 – 15) ובדפוס ונציה רפג (בדפוסים מאוחרים ובכת"י אסקוריאל של הירושלמי הנוסח כבבלי). זהו גם נוסח המשנה שעמד בפני ר' ברוך הספרדי. פרשנות המשנה המובאת בשמו בספר הנר עוסקת בשני מקרים: "החופר בור ברשות היחיד ופתחו לרשות הרבים... וכן נמי אם חפרו ברשות הרבים ופתחו ברשות הרבים אחר". כתב יד פריס של המשנה משתייך אף הוא לזרם זה, אך נוספה בו בבא אמצעית (כמבנה נוסח ב, להלן): "החופר בור ברשות הרבים ופתחו לרשות היחיד ברשות היחיד ופתחו לרשות הרבים או לרשות הרבים ופתחו לרשות הרבים אחר חייב". ראו גם ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 50. מסקנתו, שבכת"י קיפמן הושמט במשנת בור מפני הדומות, איננה מבטלת את ההבדל בין המסורות בבבא האחרונה (כפי שעולה מנוסח כת"י פריס), שבה עיקר דיונו כאן.

<sup>11</sup> הציטוט להלן הוא על פי נוסח הדפוס, ודומה לו גליון כת"י פרמה "ג", וכן הוא נוסח המשנה (בשינויים קלים) בכתבי היד של הבבלי ובדפוסים (למעט דפוס שונצינו, החסר את הבבא הראשונה, "ברשות היחיד ופתחו לרשות הרבים". מבחינה זו הוא כמבנה

החופר בור ברשות היחיד ופתחו לרשות הרבים או ברשות הרבים ופתחו לרשות היחיד ברשות היחיד

ופתחו לרשות היחיד אחר<sup>12</sup> חייב.

מבנה המשנה, תוכנה וסגנונה טרדו את מנוחתם של פרשנים וחוקרים,<sup>13</sup> ולהלן נראה כי אף גדולי האמוראים התלבטו בדברים. פתרונות שונים הוצעו להבנתה – פתרונות פרשניים ואחרים.<sup>14</sup> פחות מכך נדונו חילופי הנוסח שבמשנה, ולכל היותר נטען לגביהם, כי מדובר בטעויות סופר.<sup>15</sup> אולם לחילופי הנוסח הללו עדויות מוצקות, וכפי שהראנו לעיל, ניתן להבחין בהם בשני ענפים עיקריים, יציבים ומהימנים, כך שקשה לפותרם בלא כלום. דברינו להלן יצאו לפיכך מפן זה של העיון במשנה, ובמסגרתו נבקש לטעון, כי הברדלי הנוסח הללו משקפים

---

נוסח א, אולם ברכיב העיקרי שבו נשתנו הנוסחאות, הסיפא של המשנה, הוא כנוסח ב). כך הוא גם הנוסח בקטע גניזה אחר של המשנה, אוקספורד 5/2666, וכן בכת"י בר"מ 456 ובדפוס נפולי רנ"ב של המשנה. בכת"י הוצ' לו: "החופר בור ברשות היחיד ופתחו לרשות הרבים ברשות הרבים ופתחו לרשות היחיד חייב". אף כאן רשות היחיד משמשת תמיד, אולם לא מופיעה הבבא האחרונה (חפירה וכרייה במקום אחד), שהיא עיקר החילוף בין שתי הנוסחאות המופיעות בפנים (בבא זו מופיעה בכל הנוסחאות הנזכרות, וייתכן שכאן נשמטה). נוסח כלאיים נוסף מופיע בכת"י ברלין 568, השונה ברישא ברה"ר ופתחו לרה"ר, באמצע ברה"ר ופתחו לרה"ר ובסיפא ברה"ר ופתחו לרה"ר (בדומה למשנת המבקע לפי כת"י זה, ראו להלן הערה 17).

<sup>12</sup> מרש"י (ד"ה ברשות היחיד וד"ה חייב) עולה, שמדובר בשתי רשויות של אדם אחד. הצורך בכפילות "ברשות היחיד ופתחו לרשות היחיד אחר" הוא סגנוני, "דאגב אחריני נקט הכי" (לשון תוס', ד"ה ברה"ר). כמו כן, ניתן לבאר את "לרשות היחיד אחר" על פי מציאות חפירת הבורות בארץ ישראל, שהיא חפירה במקום אחד ופתיחה במקום אחר, ראו דברי הר" כשר בעניין זה (כשר, תורה שלמה, עמ' רפ), וראו לעיל, הערה 8. המילה "אחר" מופיעה ברוב רובן של נוסחאות המשנה, הן לפי נוסח א והן לפי נוסח ב (למעט כת"י הוצאת לו של המשנה, משנת כת"י פירנצה של הבבלי ודפוס נפולי, אך נוסף בין השורות), ואף הראשונים הנזכרים בהערה זו גרסו אותה (לדיון בנוסח רש"י ראו תוס' שאנץ בשטמ"ק, ד"ה ברשות, עמ' קיא. במאירי, עמ' 154, בציטוט המשנה המילה איננה מופיעה, אך נראה שהמאירי גרסה, והוא מפרש כרש"י: "ופתחו לרשות היחיד אחר שלו"). תפקידה של מילה זו הוא לשם הליטוש הסגנוני, לצורך ביאור הכפילות באזכור רשות היחיד, שהוא כשלעצמו נועד למטרה ספרותית או מתאר מציאות ריאלית, כאמור לעיל. יש ראשונים החולקים על רש"י, ומפרשים שמדובר בפתיחה לרשות השייכת לאדם אחר, ראו למשל פירוש ר"י בתוס' ד"ה ברה"ר: "ופתחו לרשות חבירו", וכן רמב"ם, נזקי ממון, פ"ב ה"ב, וראב"ד, עמ' קלג. כדרכם נקטו גם ר"י לוי, עמ' קנא (וראו שם הצעתו להגת המשנה), ולוין, מדרשי ההלכה, עמ' 142 הערה 2. ר"י בתוספות מבסס את פירושו על משנת "המבקע", המקבילה למשנתנו, ראו דיונו בעניין זה להלן, הערה 17. אולם פירושו של רש"י נתמך ממקבילות המשנה בתוספתא ובמכילתא דרשב"י, ראו להלן, הערה 34, וכמו כן, זו הרי משמעות המילה "אחר" גם בנוסח א – רשות הרבים שונה, שכמובן אין לומר לגביה, שהיא שייכת למאן דהו אחר. באשר להופעת "אחר" בלשון זכר, ספק אם ניתן להוכיח מכך שמילה זו איננה מוסבת ל"רשות" אלא לאדם אחר, כנוסח ב אליבא דר"י, שכן מצאנו חוסר עקביות במין ה"רשות". ראו למשל חילופי הנוסח במשנת עירובין ט א: "רשות אחת" מול "רשות אחד", ושם נוקט הענף הארץ ישראלי של המשנה בלשון זכר, "רשות אחד" (ראו גולדברג, עירובין, עמ' 253). לדוגמא בהקשרן של רשויות הבור ראו ילקוט שמעוני, שמא, הנוקט בנוסח הדפוס: "מרשות שאינו שלך", ואילו בכת"י אוקספורד: "שאינה".

<sup>13</sup> השאלה הבאה מתמצת, דומני, את הנושאים המוקשים שבמשנה: תמוהה ההבחנה כשלעצמה בין מקום הכרייה למקום הפתיחה, ויתרה מכך, ישנם מקרים בהם הבחנה זו מיותרת, שכן הכרייה והפתיחה הן ברשות אחת. מן הצד השני, אם נכיר בצורך שבהבחנה זו, אין היא כוללת את כל המקרים המתבקשים. ראו פירוט הדברים אצל לוין, מדרשי ההלכה, עמ' 142 – 143, וראו להלן, הערה הבאה. <sup>14</sup> ניתוח מפורט של משנה זו ופרשנותה נעשה על ידי לוין, מדרשי ההלכה, עמ' 141 – 157, וראו התייחסותנו לפרטים שונים מדבריו להלן, בהערות הבאות. קשיי המשנה הולידו אופני התמודדות שונים, ראו למשל לעיל, הערה 8 (פתרון ריאליסטי לתוכן המשנה וסגנונה); להלן, הערה 18 (פתרון פרשני הרמוניסטי של בעייה מבנית); ולהלן, ההפניות שבהערה 31 (פתרון "מדרשי" לבעיית תוכן המשנה וסגנונה).

<sup>15</sup> ראו למשל ליברמן, לעיל הערה 10.

חילוף בין מסורות ארץ ישראליות למסורות בבליות של המשנה. לחילוף מסורות אלו ניתן הסבר כולל, שעיקרו איתור המתח המשפטי, העומד בבסיס חילופי המסורות, והוא אשר מבאר את ההשתלשלות הספרותית-טקסטואלית, אשר הולידה את המשנה שלפנינו. מתוך כך נבאר את מכלול המקורות, התנאים והתלמודיים, הנוגעים לפרשנות המשנה, ונעמוד אף אנו על המבנה המורכב שלה ועל היחסים בין חלקיה. נבאר כעת את הדברים.

השינוי העיקרי<sup>16</sup> בין נוסח א לנוסח ב של המשנה הוא בבבא האחרונה שלה. בעוד שנוסח א שונה: "ברשות הרבים ופתחו לרשות הרבים אחר", נוסח ב מתייחס לרשות היחיד: "ברשות היחיד ופתחו לרשות היחיד אחר".<sup>17</sup> שינוי זה הוא בעל משמעות, שכן לפיו, לפי נוסח ב, אין במשנה זו איזכור לחיוב בור שכולו ברשות הרבים. בור ברשות הרבים נזכר אומנם במשנה הסמוכה, אולם בהלכה המפרטת את אופני החיוב ברשויות

<sup>16</sup> בדברינו נתמקד בשינוי בין הנוסחים בבבא האחרונה של המשנה. מתוך שינוי זה נבאר גם את השינוי הנוסף, חסרונה של הבבא האמצעית, "ברשות הרבים ופתחו לרשות היחיד", במקצת עדי נוסח א. שינוי זה איננו קיים בכתב יד פריס (לעיל, הערה 10), הנוקט בשינוי העיקרי הנדון בפנים ככתב יד קויפמן.

<sup>17</sup> משנת "המבקע" (פ"ג מ"ט מ"ז) מקבילה בסגנונה ובמבנה שלה למשנתנו (למעט בסדר שתי הבבות הראשונות לפי דפוס ונציה, דפוס שונצינו ודפוס וילנא של הבבלי, אולם בכל עדי הנוסח של הבבלי ושל המשנה המבנה הוא כמשנת בור. ראו אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1005), ושם הבבא האחרונה: "ברשות היחיד והזיק ברשות היחיד אחר חייב" (כנוסח ב במשנתנו) ברוב הנוסחאות, גם בכאלו הנוקטות במשנתנו כנוסח א – כך כמובן בדפוסים ובמשניות הבבלי; בכתבי היד פרמה (ובאופן אופייני גם במשניות כת"י לידן), פרמה ב, בר"מ 456 ופריס; בקטע גניזה של משנת הבבלי (השייך לנוסח א, ראו לעיל הערה 10. בקטע גניזה נוסף של המשנה, השייך לנוסח ב, ראו לעיל הערה 11, נשתמרה רק הרישא, ואף היא מתאימה לנוסח הרווח: "המבקע ברשות היחיד והזיק ברה"ר"); ובדפוס נפולי של המשנה. לצד זאת, במקצת נוסחאות מופיע גם במשנה זו מקרה בו רשות היחיד איננה נזכרת ("ברשות הרבים והזיק ברשות הרבים"), ולפיכך קשה להסיק מנוסח משנת "המבקע" לנוסח משנת בור (בניגוד לליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 50, וראו עוד בהמשך הערה זו). כך בכתב יד ברלין: "המבקע ברשות הרבים והזיק ברשות הרבים ופתחו לרשות היחיד ופתחו לרשות היחיד אחר חייב" ("אחר" איננו מתאים לסיפא, ויתכן ששנו בסיפא כנוסח הרווח), ולפי השערתו של אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1005 הערה 1, זה היה גם נוסח הרישא בכת"י קויפמן, אך הוא תוקן לנוסח הרווח. בכתב יד אסקוריאל של הבבלי: "המבקע ברשות היחיד והזיק ברשות הרבים ופתחו לרשות היחיד אחר חייב" (היחיד) ברשות היחיד אחר חייב". מבחינה עניינית משנת "המבקע" קרובה דווקא למגמת נוסח א, שכן החיוב בה מושתת על מעשה הפשיעה של המזיק (להלן בפנים), כפי שנקט גם בפרשנות הבבלי למשנה זו (לב ע"ב). אולם קשה להוכיח ממשנה זו לטעם החיוב במשנתנו, שכן מדובר בסוגי נזק שונים, אדם המזיק ובור. על כל פנים, יש מן הראשונים שסמכו על ההקבלה בין המשניות, והוכיחו ממשנת "המבקע" לפרשנות הבבא "ברשות היחיד ופתחו לרשות היחיד אחר" שבמשנתנו, שמדובר בפתיחה לרשות של אחר (על הדיון בפרשנות "אחר" ראו לעיל, הערה 12). רש"י כנגדם איננו מפרש כן, אלא נוקט בכל מקום בהתאם לעניינו.

יש מקום להאיר כאן נקודה מעניינת ביחס לנוסח משנת "המבקע", העולה מדרך עריכתה של משנת בבא קמא. כפי שראינו בעבודה זו (על פי ניתוחו של אברהם וייס, ראו שער שני, פרק ה סמוך להערה 17), ששת הפרקים הראשונים של המסכת משלבים משניות משני מסדרים שונים, כאשר המשניות שעד משנת "המבקע" שייכות למסדר הראשון, המזוהה עם שיטת רב בעניין "תנא שור וכל מילי דשור" (ג ע"ב). להלן נראה, כי רב נקט כתפיסת נוסח ב של משנת בור (ראו סמוך להערה 72). והרי ראינו, שהנוסח הדומיננטי במשנת "המבקע" מקביל לנוסח ב, ואם כן, נוסח זה משקף את שיטת רב בשני עניינים, בעניין "שור" ובעניין "בור" (בהנחה סבירה, שבפני רב כבר עמדה המשנה כולה, כולל פרקי המסדר הנוסף, שמהם משנת בור). כמובן, שלא ניתן לשלול את נוסח א שבמשנת בור על סמך נוסח משנת המבקע, שהרי היא אליבא דשיטת רב, וכן יש לדברים השלכות על זיהוי מקור נוסח ב (ראו להלן, הערה 73). אולם מאחר והדברים אינם יוצאים מגדר השערה, אין מקום להרחיב בעניינם כאן.

השונות אין ננקט כן.<sup>18</sup> לעיל ראינו, ועוד נדון בכך להלן, כי ישנה שיטה הסבורה, שאין לחייב על בור ברשות הרבים, שכן חסרה הזיקה הממונית בין הבור לחופרו, וזיקה ממונית זו היא תנאי הכרחי לחיובו. נוכל לשער, לפי זה, שהמשנה שילבה כאן שתי משניות המשתיתות את חיוב המזיק על שני יסודות תיאורטיים שונים – האחת, המחייבת ברשות הרבים, מתבססת על עקרון הרשלנות כתנאי מספיק לחיובו של המזיק, ואילו השנייה, משנת "החופר בור ברשות היחיד ופתחו לרשות הרבים", מתבססת כתנאי הכרחי על זיקת הבעלות כלפי המזיק. בשל כך, מעמידה שיטה זו את חיוב בור באופנים שיש בהם קשר שכזה בין בעל הבור לבין בורו, אם בפתחת הבור ואם בכרייתו. להלן, על כל פנים, עוד ניתן את הדעת למשמעות השילוב שבין שתי המשניות המנוגדות הללו.

כל זאת, כמובן, אך ורק לפי נוסח ב של המשנה. לפי נוסח א, מתאימה משנה זו לקודמתה, המחייבת על בור ברשות הרבים. כפי שכבר נאמר, קשה להניח שהחילוף בין נוסח א לנוסח ב הוא טעות סופר גרידא, אלא לפנינו שתי מסורות קיימות ויציבות. לאור האמור לעיל, נוכל למקד את נקודת ההבדל בין המסורות הללו. נוסח א של המשנה משקף תפיסה הנוקטת כ"שיטת הפשיעה", ולפיכך מחייב בבור ברשות הרבים. נוסח ב של המשנה משקף את התפיסה המנוגדת, הנוקטת כ"שיטת הבעלות", ומחייבת בבור ברשות היחיד בלבד.

מניין צמחו שתי המסורות הללו? נוסח א של המשנה מופיע בעדי נוסח שיש להן זיקה ארץ ישראלית מובהקת. בראשם כתב יד קויפמן של המשנה ולצדו כתב יד פרמה,<sup>19</sup> ולהלן אף נראה את מקבילותיו במקורות תנאיים אחרים, ובראשם התוספתא, שאף לה זיקה למסורת הארץ ישראלית של המשנה.<sup>20</sup> אנו סבורים, אם כן, כי זהו הנוסח הארץ ישראלי של המשנה. נוסח ב בניגוד לכך, מושרש בכתבי היד של משניות הבבלי,<sup>21</sup> ולהלן

<sup>18</sup> רש"י ופרשנים נוספים חשו אף הם בהעדרה של הבבא המחייבת ברשות הרבים (ראו גם לוי, מדרשי ההלכה, עמ' 141 – 143), אך פרשו את שתי המשניות בדרך הרמיוניסטית, ותלו לפיכך את העדרו של החיוב ברשות הרבים במשנתנו בפשיטות ההלכה שבו (אך בתוספתא מקרה זה מובא, ראו דברינו להלן, הערה 26). וזו לשון רש"י, ד"ה ופתחו לרה"ר, המעלה את השיקולים הנזכרים, לכאן ולכאן: "וכ"ש אם חפר ברה"ר ופתחו לרשות הרבים, ולא תימא דוקא חופר ברשותיה דהוה ליה בור דאית ליה בעלים אבל חפר ברה"ר פטור, דהא תני סיפא החופר בור ברה"ר ונפל לתוכו כו'". מעניין ניתוחו של הפני יהושע, מט ע"ב, ד"ה בפרש"י, עמ' עט, העומד על הנקודות הללו בפירושו רש"י, ומעלה את האפשרות שהמשנה הורכבה ממקורות שונים. לדבריו, החסרון בפירושו רש"י הוא: "דאיכא לדחוייה ולמוקמי כתרי תנאי רישא רבי ישמעאל וסיפא ר"ע אליבא דרב יוסף", והיינו: ניתן לבאר, שתנא משנתנו הוא ר"ע אליבא דרב יוסף, המחייב בבור שלו בלבד, בניגוד לתנא המשנה הסמוכה, ושתי משניות אלו נוקטות בשיטות מנוגדות בעניין זה (וראו שם הסברו למניע של רש"י, על אף ה"חסרון" שבפירושו).

<sup>19</sup> ראו אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1270 ועוד; זוסמן, כתבי יד, עמ' 220. להם מצטרף גם אחד מקטעי הגניזה, ראו לעיל, הערה 10, ולהלן, נספח ה. קטעי הגניזה משקפים בדרך כלל את המסורת הארץ ישראלית, ראו להלן, הערה 22.

<sup>20</sup> על התאמת התוספתא לנוסח משנת ארץ ישראל ראו פרידמן, תוספתא עתיקתא, עמ' 77 – 86 (במקרה דנן נוסחאות התוספתא אחדות, וכולן מתאימות לתפיסה זו, כך שאין טעם לערער על מסקנה זו. במקרים בהם כתב יד ערפורט שונה מכתב יד וינה עשוי הראשון להתאים למסורת הבבלי, ראו פרידמן, שם, וראו דברינו לעיל, שער שני, פרק ה, הערה 23).

<sup>21</sup> אין זו ראייה מכרעת לכך שמדובר בנוסח בבלי, ראו אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1269, והפניותיו, שם. אולם במקרה דנן טענה זו עולה מסוגיות הבבלי גופן, כפי שנראה להלן.



נראה, כי נוסח זה מתאים לתפיסה העולה מן הסוגייה בתלמוד הבבלי, ונבסס בכך את טענתנו, לפיה זהו הנוסח הבבלי של משנתו.<sup>22</sup>

### י.3. נוסח ארץ ישראל של המשנה לאור המקבילות בספרות התנאית

התוספתא ממשיכה את מגמת המשנה, ומבארת בהרחבה ובפירוש את יסוד החיוב בנזקי בור. וזו לשונה (פ"ו ה"ד):

חפר ברשות הרבים ופתח לרשות הרבים אפי' הוא של רבים חייב עד שימסור לרבים. אי זהו בור שאמרה תורה?<sup>23</sup> חפר ברשות היחיד ופתח לרשות היחיד יש לו רשות לחפור ויש לו רשות לפתוח.<sup>24</sup> ברשות הרבים ופתח לרשות הרבים אין לו רשות לחפור ואין לו רשות לפתוח. ברשות היחיד ופתח לרשות הרבים יש לו רשות לחפור ואין לו רשות לפתוח אבל יש רשות הרבים ליכנס לשם. ברשות הרבים ופתח לרשות היחיד אפי' היא של רבים פטור, ר' יוסי בי ר' יהודה מחייב עד שיעשה לו מחיצה גבוהה עשרה טפחים או עד שירחיק מן הכותל ארבעה טפחים כדי שיהלך אדם או עד שימסור לרבים.

העקרון המרכזי המחייב הוא חפירת הבור או פתיחתו שלא ברשות. בד בבד, משמשים כאן שיקולים נוספים, חלקם שנויים במחלוקת, כדוגמת רשותם של הרבים להכנס למקום הבור במצבים שונים (פתיחה ברשות הרבים מול פתיחה ברשות היחיד<sup>25</sup>). הבעלות על המזיק איננה מופיעה כאן כתנאי לחיוב, ואדרבה – דווקא חפר ברשות

---

<sup>22</sup> הפיצול בין נוסח ארץ ישראל לנוסח בבל של המשנה איננו חדש. ראו אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1400, מפתח, ערך "נוסח בבל ונוסח ארץ ישראל". אף בעבודה זו עמדנו על שכמותו, ראו למשל ביחס למשנת "קשרו בעליו במוסרה", שער ראשון, פרק ב, סעיף ב.3, ושם הערה 42. התופעה המעניינת כאן היא קטע הגניזה השני של המשנה (ראו לעיל, הערה 11, ולהלן, נספח ה). בדרך כלל קטעי משנה מן הגניזה (ללא בבלי) משקפים את המסורת הארץ ישראלית, אולם במקרה דנן קטע זה דומה דווקא למסורת המשנה של הבבלי. תופעה זו חריגה, ראו זוסמן, כתבי יד, עמ' 240 – 243, ושם, הערה 100. במקרה נוסף בו מתאימים כמה קטעי גניזה של המשנה למסורת הבבלי ראו הנשקה, הקהל, עמ' 177 הע' 2, המציע: "ואפשר שלעתים מסורת הבבלי אינה אלא אימוץ של אחת מן המסורות הארץ ישראליות, שהיו מהלכות בנוסח המשנה". אפשרות זו תהיה נכונה בענייננו אם מדובר בנוסח המשנה שהביא עמו רב בירידתו לבבל, ראו להלן הערה 73, ושם בפנים. אולם אם מדובר בשינוי שנעשה בזמנם של רבה ורב יוסף (ראו בהערה הנ"ל), אזי קטע גניזה זה ייחודי יותר, שכן הוא משקף נוסח בבלי של המשנה.

<sup>23</sup> ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 50: "ונראה יותר שהברייתא מבארת להלן את כל עניין הבור האמור בתורה", בניגוד למפרשים שביקשו להגיה "זה הוא בור", ולייחס משפט זה לרישא (כמבנה שבברייתא הבבלי, לעיל, סמוך להערה 35, ראו למשל חזון יחזקאל, עמ' 58).

<sup>24</sup> ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 50: "ובזה בוודאי פטור, ולא דברה תורה בו, שהרי יש לו רשות לחפור ויש לו רשות לפתוח", והיינו: פטור בהתאם לקריטריון לחיוב המזיק, התלוי ברשותו לכרות את בורו או לפותחו.

<sup>25</sup> תנא קמא מחייב רק ברשות הרבים, מעין שיטת ר' ישמעאל אליבא דרבה (מט ע"ב – נ ע"א, וראו גם הברייתות המובאות בבבלי, שם), אך הוא מוסיף עליו, שכן ניתן לפרש בר' ישמעאל, שחופר ברשות הרבים ופותח ברשות היחיד חייב, ומחלוקתו היא רק כשחפר ופתח ברשות היחיד (ראו בהרחבה להלן, סעיף י.4). עם זאת, השיקולים לשיטות אלו דומים, ראו להלן, סמוך להערות 60 – 62, דיונונו בשיטת ר' ישמעאל אליבא דרבה, ושם, הערה 63 ההשוואה בין שיטתו לשיטת תנא התוספתא. על הזיקה בין השיטות הנזכרות עמדות המפרשים, ראו ר' דוד פארדו (חסדי דוד השלם, ח ע"ב); לוין, מדרשי ההלכה, עמ' 145 – 148; וראו גם ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 51.

הרבים ופתח לרשות הרבים הוא המקרה הפשוט של חיוב המזיק.<sup>26</sup> גישה זו, היא כנוסח א של המשנה, הן מבחינת פרטי ההלכות הנדונות, ובעיקר "חפר ברשות הרבים ופתח לרשות הרבים", והן מבחינת הטעם לחיובו של המזיק, המתיישב עם הצעתנו לעיל לביאור נוסח א.<sup>27</sup>

עמדה דומה עולה גם מן המכילתא דרשב"י (כא לג, עמ' 184):

וכי יפתח איש בור או כי יכרה איש בור, הרי זה בא ללמד על החופר בתוך שלו ופתוח לרשות הרבים, אף על פי<sup>28</sup> שאין לו רשות לפתוח אבל יש לו רשות לחפור ויש לה רשות לבהמה להלך.<sup>29</sup> ועל החופר ברש' הרב' ופתוח לתוך שלו, שאף על פי שאין לו רשות לחפור אבל יש לו רשות לפתוח ויש לה רשות לבהמה להלך. לפי שמצינו בבהמה שאם הזיקה כדרך הילוכה ברש' הרב' פטור עליה, יכול אם הוזקה כדרך הילוכה ברש' הרב' יהא פטור עליה,<sup>30</sup> ת"ל כי יפתח איש בור או כי יכרה איש בור.

המכילתא תולה אף היא, בדומה לתוספתא, את החיוב הנזיקי בכך שהבור נחפר או נפתח שלא ברשות, ולכך מוסיפה את רשותה של הבהמה להלך. הבחנות אלו מבססת המכילתא דרשב"י על הכתוב, הכופל את מקרי החיוב בהם דן: "וכי יפתח... או כי יכרה". יחד עם זאת, אין זה נראה שמקורן של ההבחנות בין הרשויות הוא במתח פרשני שבכתוב. הלכות אלו נסמכות אומנם לכתוב, כדרך מדרש ההלכה, והכתוב משמש לביסוסן, אולם מקור ההלכה הוא ההתמודדות עם אופני חיוב המזיק בבור, לאור ההנחה אודות היסוד המשפטי העומד בבסיס החיוב.<sup>31</sup>

מצאנו אם כן, כי התוספתא והמכילתא דרשב"י נוקטות כנוסח א של המשנה, הרואה בשאלת הפשיעה תנאי מספיק לחיובו של המזיק. בד בבד, מתאימים מקורות אלו לנוסח א בשלילת היסוד התיאורטי השני. דעת

---

<sup>26</sup> אולם אין מקרה זה מובן מאליו, שכן הוא עומד בניגוד לתפיסה הדורשת זיקה ממונית בין בעל הבור לבורו, ועל כן יש לדון בו מפורשות (השוו גולדברג, תוספתא, עמ' 119).

<sup>27</sup> השוואה זו מבהירה גם את חסרונה של הבבא האמצעית, "ברשות הרבים ופתחו לרשות היחיד", במקצת עדי נוסח א – המשנה מתאימה לפי נוסחים אלו לדעת תנא קמא בתוספתא, הפוטר במקרה זה.

<sup>28</sup> ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 50, פרש זאת כנסמך ל"אבל יש לו רשות לחפור", אולם נראה לפרש את הדברים כ"לפי", ומצאנו שימוש שכזה בלשון חז"ל (ראו שפיגל, אף על פי).

<sup>29</sup> ניתן לפרש רכיב זה כשיקול לחיוב, ולפסק את המכילתא כך: "אף על פי שאין לו רשות לפתוח אבל יש לו רשות לחפור, ויש לה רשות לבהמה להלך", והיינו: חייב משום שאין לו רשות לפתוח למרות שיש לו רשות לחפור, וכן משום שיש לה רשות לבהמה להלך. פרשנות אחרת, המתיישבת יותר מבחינה לשונית, היא ראיית רשות הבהמה להלך כשיקול לפטור. אולם פרשנות זו קשה מן הסברא, וראו הצעה לבאור הדברים להלן, הערה הבאה.

<sup>30</sup> ההווה אמינא כאן קשה. ניתן לבארה כנסיון ליצור היסק פורמאלי, כפשט לשונה. כמו כן ניתן לבארה בהתבסס על שיקולים מהותיים, המגדירים את מידת האחריות המוטלת על אדם ברשות הרבים, ועיקרם מציאת איזון בין הגורמים השונים המהלכים בה ברשות. בהתאם לכך, ברשות הרבים הותרה התנהגות שגרתית של הבהמה, ובשל כך נפטר בעליה מנזק שהיא גורמת, ומנגד עליו לשאת בתוצאות נזק הנגרם לה.

<sup>31</sup> במונחים המקובלים, זהו "מדרש מקיים" ולא "מדרש יוצר", וראו להלן, פרק סיכום, סעיף 4.2. ראו מאידך ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 50; גולדברג, תוספתא, עמ' 120.

התוספתא, וכך משמע גם מפשט לשון המכילתא דרשב"י,<sup>32</sup> היא כי הבעלות איננה מספיקה לחיובו של המזיק. בשל כך החיוב הוא רק כאשר יש מרכיב של כרייה או פתיחה ברשות הרבים שלא בהיתר.<sup>33</sup> מקורות אלו חולקים על נוסח ב, המחייב גם כאשר חפר "ברשות היחיד ופתחו לרשות היחיד אחר",<sup>34</sup> ומקנה משקל לזיקה הממונית בהטלת החיוב על המזיק.

#### י. 4. נוסח בבל של המשנה לאור סוגיית הבבלי על משנת "החופר בור"

עלינו לבסס כעת את הטענה, כי נוסח ב הוא נוסח בבל של המשנה, וכן עלינו לתת את הדעת לתהליך היווצרותו, זאת באמצעות העיון בסוגיית הבבלי על משנתנו, עיון שאף ישפוך אור על מקורו של נוסח זה. בבבלי, סמוך למשנה הנדונה, מובאת ברייתא, שלשונה לפי מרבית עדי הנוסח (בשינויים קלים ביניהם) היא כדלקמן (מט ע"ב):

ת"ר: החופר בור ברה"י ופתחו לרה"ר, (ברה"ר ופתחו לרה"י) חייב,<sup>35</sup> וזהו בור האמור בתורה, דברי ר' ישמעאל; ר"ע<sup>36</sup> אומר: הפקיר רשותו ולא הפקיר בורו<sup>37</sup> זהו בור האמור בתורה.

<sup>32</sup> לוי, מדרשי ההלכה, עמ' 149. לוי מתבסס גם על המשך המכילתא דרשב"י (כא לג, עמ' 184): "יכול אף הפותח והכורה בתוך שלו ת"ל ובער בשדה אחר (שם כב ד) מה זה מיוחד שהוא חוץ מרשותו כך כל דבר שהוא חוץ מרשותו". אומנם, אין בכך ראייה מוחלטת, שכן ייתכן שמדובר במכילתא במקרה ה"קלאסי" של רשות המזיק, ולא במקרה דיונו שהוא מעין "הפקיר רשותו ולא הפקיר בורו". על כל פנים, המגמה העולה מהקטע המצוטט בפנים משתלבת עם הבנת קטע זה כדרכו של לוי, כשלילת החיוב בבור שאין בו רכיב רשות הרבים.

<sup>33</sup> כאשר לכרייה לבדה נחלקו התנאים בתוספתא, וראו לעיל, הערה 25.

<sup>34</sup> לדיון ב"אחר" ראו לעיל, הערה 12. לוי, מדרשי ההלכה, עמ' 150 – 151, בהתאם להבנת "אחר" כרשות של אחר (כר"י וכרמב"ם), מזהה את המכילתא דרשב"י עם שיטת המשנה גם לנוסח ב. עם זאת, לוי, בדומה לדברינו בסעיף הבא, מכיר בכך, שזו איננה הבנת רבה ורב יוסף בבבלי, ואף הוא מאתר את מקור הבנתם בברייתת הבבלי. אומנם, הבנת "אחר" כרשות של אחר איננה משתמעת ממקבילות המשנה. הן התוספתא והן המכילתא דרשב"י הבינו זאת להיפך, שמדובר בפתיחה לרשות היחיד שלו. בשל כך, הן אינן מביאות זאת בין מקרי החיוב שלהן, והתוספתא אפילו מציינת זאת כמקרה פטור. והרי ראינו, כי התוספתא והמכילתא דרשב"י עומדות בזיקה הדוקה למשנה, ועל כן התעלמותן מחיוב בחופר ופוחת לרשות היחיד היא בעלת משמעות. לו הבנתם היתה כמוצע על ידי לוי, וכדרכם של הראשונים הנזכרים, צריכות היו שתיהן לכלול גם מקרה זה בין חיובי בור, שהרי "אין לו רשות לפתוח" (לוי חש בחוסר זה במכילתא דרשב"י, אך יישובו דחוק. ראו דבריו, שם, עמ' 151). עולה לפיכך, שהמקורות הללו הבינו את החופר "ברשות היחיד ופתחו לרשות היחיד אחר" כדרכנו, בהתאם לפירושו של רש"י. בנקודה זו חלקו הן על ההלכה שבמשנה, או, לחילופין, כפי שאנו מציעים בפנים, לא ראו זאת כחלק מנוסחתה.

<sup>35</sup> בכת"י המבורג: "החופר בור ברשות (הרבים) [היחיד] ופתחו לרשו' הרבים חייב", וכן מובא בתוספות, מט ע"ב, ד"ה ת"ר: "וי"ס שכתוב בהן ברה"ר ופתחו לרה"ר, והכי מתניא בתוספתא וכו'". על גרסא זו ראו להלן, הערה 38 והערה 64. הנוסח המצוטט בפנים הוא לפי דפוס וילנא, וזהו נוסח כתבי היד אסקוריאל, וטיקן. פירנצה ומינכן ודפוס שונצינו, אך בלא הקטע המוסגר. קטע זה מופיע בדפוס סלונקי שכ"א, ובדפוס וילנא הוא הושם בסוגריים בעקבות מהרש"א ומהרש"ל, ככל הנראה מכיוון שעל פי רבה בבבלי (להלן בפנים) ר' ישמעאל פטור במקרה זה. ראו גם ביאורו של הר"ר כשר, תורה שלמה, עמ' רעט למשנתנו, לפיו נפילת הבהמה בכל אחד ממקרי המשנה ארעה ברשות הרבים, וכך מיישב נוסח זה גם אליבא דרבה, וראו שם הסברו למשנה ולחידושה בכל חלק וחלק.

<sup>36</sup> בכת"י פירנצה: "ר' יהודה".

הברייטא דנה בשאלה מהו "בור האמור בתורה". ר' ישמעאל ור' עקיבא מציגים מקרי נזק שונים, ובכולם משמש רכיב רשות היחיד, בצורה מלאה או חלקית.<sup>38</sup> מכאן, שמוסכם על שני התנאים, שזיקה ממונית היא תנאי הכרחי לחיוב בעל הבור בתשלומי נזקין, ועל כן "בור האמור בתורה" הוא בור שקיים בו רכיב זה. דיונם של ר' ישמעאל ור' עקיבא, הכולל את האוקימתות השונות לכתוב, נובע מהמתח בין דין בור לבין העקרונות המשפטיים הללו. היינו: מכיוון שחיוב נזיקי דורש בעלות ממונית על המזיק, הרי מתעוררת השאלה כיצד ניתן לחייב חופר בור. מחלוקת התנאים עשויה להיות פרשנית בלבד: מהי המציאות שבה ניתן לחייב בעל בור על בור שנחפר ברשותו.<sup>39</sup> כמו כן, למחלוקתם עשויה להיות גם השלכה הלכתית, ולפיה ר' ישמעאל דורש מעבר לזיקת הבעלות גם מעשה ברשות הרבים, שמשמעו התנהגות שלא ברשות. גם לדרך זו הזיקה הממונית בין המזיק לבעליו היא תנאי הכרחי.<sup>40</sup>

יש להעיר עוד, כי מסורת זו של מחלוקת התנאים יחידאית לתלמוד הבבלי,<sup>41</sup> אולם אין להתפלא על כך – זהו חלק ממכלול של נתונים, המצביע על העלייה בדומיננטיות של התפיסה הדורשת זיקה ממונית כדי לחייב בנזיקין. תפיסה זו הולכת יד ביד עם נוסח ב של המשנה, כפי שנרחיב עוד להלן.

בסמוך לברייטא מובאת מחלוקת אמוראים, המפרשת את מחלוקת התנאים כדלקמן (מט ע"ב – נ ע"א):

אמר רבה:<sup>42</sup> בבור ברה"ר כ"ע לא פליגי דמיחייב, מ"ט? אמר קרא: כי יפתח וכי יכרה, אם על פתיחה

חייב, על כרייה<sup>43</sup> לא כל שכן! אלא, שעל עסקי פתיחה<sup>44</sup> ועל עסקי כרייה באה לו; לא נחלקו אלא

<sup>37</sup> המציאות הריאלית של מקרה זה היא כמי שייעד את בור המים שחפר למכירה לרבים, ובשל כך הפקיר רשותו ולא הפקיר בורו. ראו הר' כשר, תורה שלמה, עמ' רפ, וראו גם לעיל, הערה 8.

<sup>38</sup> אין הדברים כן לפי גרסת כתב יד המבורג לפני הגהתו ולפי עדות התוספות, ראו לעיל, הערה 35. גרסא זו הושפעה אולי מנוסח א של המשנה, או אולי ממקורות אחרים, כדוגמת התוספות, כפי שמשערים התוספות, אך אלו, לפי טענתנו כאן, אוחזות בתפיסה שונה מן הברייטא. דברינו בפנים, על כל פנים, נוקטים כזרם המרכזי בין עדי הנוסח ובין הראשונים (בניגוד ללוי, עמ' 143 – 145, ושם, הערה 7). בהמשך נבחן גם את ההשלכות שיש לגרסת כתב יד המבורג על דיוננו, ראו להלן, הערה 64.

<sup>39</sup> השוו מחלוקת התנאים בדיון של שור תם, לעיל, שער ראשון, פרק ג, סעיף 2. בדיוננו במחלוקת זו טענו, שאין לראותה כמחלוקת פרשנית בלבד, וזאת מכיוון שדרכו של ר' מאיר, הנוטה באופן ניכר מפשט הכתוב, איננה מובנת. ברם במקרה דנן העמדת המחלוקת כפרשנית סבירה, שכן הצורך בכך ברור, כנזכר בפנים, ויש מקום לפתרונות שונים. על כל פנים, בפנים אנו מציעים גם דרך נוספת בבאור המחלוקת, המקנה לה נפקא מינה מעשית.

<sup>40</sup> דרך זו קרובה להסברו של רב יוסף בסוגייה, אך אין היא זהה עימה, שכן לדיון אין אלו שני תנאים הכרחיים, אלא שני תנאים מספיקים, ראו להלן בפנים.

<sup>41</sup> שאלת האותנטיות של מסורות תנאיות יחידאיות בבבלי נתונה במחלוקת במחקר (ראו מבוא, הערות 54; 56). בדיוננו בשערים הקודמים נתקלנו במקרים שכאלו, ראו שער ראשון, פרק ב, הערה 1; שער שני, פרק ה, הערה 67. בשני מקרים אלו נטינו לקבל את האותנטיות של מסורת הבבלי משיקולים שונים (ראו בהערות הנזכרות). בניגוד לכך להלן, פרק יא, הערה 78, נטען, כי שיטת ר' יהודה בברייטא, המחייבת כלים בבור, היא עיבוד של סוגיית הבבלי, ואף שם הדברים נתמכים משיקולים סגנוניים וענייניים. במקרה הנוכחי עיצובה של הברייטא מתאים למגמה הבבלית, ראו להלן בפנים, אולם קשה להכריע באופן חד משמעי בשאלה האם למחלוקת גרעין קדום יותר. דומה כי הדברים תלויים במידה רבה בהנחות היסוד באשר לטיבן של ברייתות הבבלי, ואשר על כן לא נקטנו בעמדה חד משמעית בעניין זה.

<sup>42</sup> בכת"י אסקוריאל ובכת"י וטיקן: "רבא" (ראו פרידמן, רבה).

בבור ברשותו, ר"ע סבר: בור ברשותו נמי חייב, דכתיב: בעל הבור, בבור דאית ליה בעלים קאמר רחמנא,<sup>45</sup> ור' ישמעאל סבר: בעל התקלה;<sup>46</sup> אלא מאי זהו בור האמור<sup>47</sup> בתורה דקאמר ר"ע? זהו בור שפתח בו<sup>48</sup> הכתוב תחלה<sup>49</sup> לתשלומין.

ורב יוסף אמר: בבור ברה"י כולי עלמא לא פליגי דמחייב, מאי טעמא? בעל הבור אמר רחמנא, בבור<sup>50</sup> דאית ליה בעלים עסקינן, כי פליגי בבור ברה"ר, רבי ישמעאל סבר: בור ברה"ר נמי חייב, דכתיב: <sup>51</sup> כי יפתח וכי יכרה, אם על פתיחה חייב, על כרייה לא כ"ש! אלא<sup>52</sup> שעל עסקי פתיחה<sup>53</sup> ועל עסקי כרייה באה לו. ור"ע? הנהו מיצרך צריכי, דאי כתב רחמנא כי יפתח, הוה אמינא פותח הוא דסגי ליה בכסוי,<sup>54</sup> כורה לא סגי ליה בכסוי<sup>55</sup> עד דטאים ליה;<sup>56</sup> ואי כתב רחמנא כי יכרה, הוה אמינא כרייה הוא דבעי כסוי משום דעבד מעשה, אבל פותח דלא עבד מעשה אימא כסוי נמי לא בעי, קמ"ל.<sup>57</sup> ואלא מאי זהו<sup>58</sup> בור האמור בתורה דקאמר ר' ישמעאל? זהו בור שפתח בו הכתוב תחלה לניזקין.<sup>59</sup>

<sup>43</sup> בכת"י המבורג ופירנצה ובקטע גניזה ניו יורק, אדלר-שטרוק 117: "אם על פותח... על כורה...", וכן בכת"י וטיקן, אך בה"א הידיעה. בכת"י מינכן: "פיתוח". בכת"י אסקוריאל: "פתוח".

<sup>44</sup> בכת"י המבורג, אסקוריאל וטיקן נוסף: "באה לו", וכן בקטע אדלר (בלא "לו").

<sup>45</sup> בכת"י המבורג: "ר' עקיבה סבר בעל הבור ישלם אמ' רחמ' דאית ליה בעלים עסקינן", ובדומה לכך בקטע אדלר (בלא "אמ' רחמ'"), ושם נוסף "בור דאית וכו'"). ביתר כתיב"י יש שילובים שונים של נוסח זה ונוסח הדפוס (למשל, בכת"י וטיקן: "ר' עקיב' סבר בור ברשותו נמי חייב בעל הבור אמ' רחמנ' בור דאית ליה בעלים").

<sup>46</sup> בכת"י המבורג ובקטע אדלר: "ור' ישמעאל סבר מאי בעל הבור בעל תקלה הוא דאמ' רחמ'", ובדומה לכך בכתבי היד פירנצה, מינכן, וטיקן ואסקוריאל.

<sup>47</sup> בכת"י פירנצה: "ואלא זה הוא האמור".

<sup>48</sup> בכת"י וטיקן: "שבו פתח".

<sup>49</sup> "תחלה" חסר בכת"י אסקוריאל, וטיקן ופירנצה.

<sup>50</sup> "בבור" חסר בקטע אדלר, בכתבי היד המבורג, פירנצה ומינכן ובדפוס שונצ'ינו וונציה. כן חסר בכת"י אסקוריאל, ושם: "בעל הבור ישלם אמ' רחמ' דאית...".

<sup>51</sup> "בור ברה"ר נמי חייב דכתיב" חסר בכת"י המבורג, בכת"י מינכן ובקטע אדלר.

<sup>52</sup> הקטע: "אם על פתיחה... אלא" חסר בכת"י המבורג ובכת"י וטיקן וכן בקטע אדלר. בכת"י אסקוריאל ובכת"י מינכן: "פותח חייב כורה לא כל שכן? שעל עסקי..." (בכת"י מינכן: "אל' שעל"). כעין זה בכת"י פירנצה: "אם על פותח הוא חייב על כורה לא כל שכן אלא וכו'".

<sup>53</sup> בכתבי היד המבורג, אסקוריאל ומינכן ובקטע אדלר נוסף: "באה לו". בכת"י פירנצה הסדר הפוך: "כרייה... פתיחה".

<sup>54</sup> בכת"י אסקוריאל נוסף: "דלא עבד ביה מעשה, אבל". "אבל" נוסף גם בכתבי היד המבורג, וטיקן, פירנצה ומינכן.

<sup>55</sup> "לא סגי ליה בכיסוי" חסר בכת"י וטיקן.

<sup>56</sup> בכת"י וטיקן נוסף: "כת' רחמנ' כי יכרה".

<sup>57</sup> בכת"י וטיקן במקום הקטע: "אימא... קמ"ל": "אפילו כיסוי נמי לא ליבעי קמלן". "אפילו" נוסף גם בכת"י המבורג, אסקוריאל ופירנצה.

<sup>58</sup> בכת"י המבורג: "(ו)אלא זהו".

<sup>59</sup> בכת"י וטיקן: "שפתח הכתוב לניזקין תחילה". בכת"י פירנצה: "זה בור שפתח הכתוב תחילה לניזק". בכת"י מינכן חסר "בו".

על פי רבה, בהתאם לפירוש הבבלי,<sup>60</sup> מודים התנאים בחיובו של בור ברשות הרבים. מחלוקתם היא בשאלת חיובו של כורה בור ברשות היחיד, במקרה בו עוסק ר' עקיבא: "הפקיר רשותו ולא הפקיר בורו". הן ר' עקיבא והן ר' ישמעאל מודים בכך שמעשה החפירה או הכרייה שלא ברשות הם תנאי מספיק לחיובו של המזיק, מעין "שיטת הפשיעה", שנזכרה לעיל,<sup>61</sup> אך הם נחלקו האם ניתן לחייב את המזיק גם במקרה בו הכרייה והפתיחה נעשו כולן ברשות. הצד המחייב לפי ר' עקיבא, בהתאם להסבר המובא בסוגייה, הוא הזיקה הממונית בין בעל הבור לבורו: "בעל הבור... דאית ליה בעלים", אולם לפי ר' ישמעאל זיקה זו איננה יכולה לשמש כגורם חיוב. קירבת הבור למקום הליכת הרבים, לפי ר' ישמעאל, איננה מספיקה כדי לחייב את המזיק, וזאת ממספר שיקולים אפשריים, כדוגמת הטענה: "דקסבר כי אפקרנא לך רשותי לאו לאחיובי אנא בהזיקא אפקרתי", או הטענה: "תורך ברשותי מאי בעי".<sup>62</sup> בכך מתאימה שיטה זו לעמדה העולה מדעת תנא קמא בתוספתא, בה עסקנו בסעיף הקודם.<sup>63</sup>

רב יוסף חולק על רבה. לשיטתו, מחלוקתם של התנאים היא בשאלה האם הזיקה הממונית בין בעל הבור לבורו היא תנאי הכרחי לחיובו של המזיק. ר' עקיבא סבור כאפשרות זו, ועל כן פוטר בבור שכולו ברשות הרבים. לדעת ר' ישמעאל מאידך, מעשה החפירה או הכרייה שלא ברשות אף הם תנאי מספיק לחיובו של המזיק, ואין צורך בזיקה ממונית בין בעל הבור לבורו. ר' ישמעאל מחייב לפיכך גם בבור ברשות הרבים.

<sup>60</sup> ניתן לשער אומנם, כי קיים היה גרעין מצומצם יותר למחלוקת האמוראים, אך במקרה זה ההבחנה בין גרעין המחלוקת לפרשנות התלמודית קשה, לאור העדר המקבילות למחלוקת ולאור העירוב בין עברית לארמית. גרעין המחלוקת יכול להיות הקביעה: "לא נחלקו אלא בבור ברשותו" או "ברשות הרבים" לרב יוסף (אך לפנינו בדברי רב יוסף מובא בארמית: "כי פליגי בבור ברה"ר", וראו הלבני, בבא קמא, עמ' רא הערה 1), ולצידו הפרשנות ל"בור האמור בתורה": "זהו בור שפתח בו הכתוב תחלה לתשלומין" או "לניזקין" (אלו הם משפטים עבריים, ומועטים בהם יחסית חילופי הנוסחאות. ראו פרידמן, על דרך חקר הסוגייה, עמ' 301 ועמ' 306). מכל מקום, גם הגרעין המוצע איננו שונה במגמתו מהפרשנות התלמודית שניתנה לו.

<sup>61</sup> כפירוש הר"י מלונל, עמ' 152, ל"בעל התקלה": "בעל ההיזק, כל' גורם ההיזק".  
<sup>62</sup> לשתי האפשרויות הללו ראו רש"י, מט ע"ב, ד"ה כ"ע לא פליגי דמחייב, ותוס', נ ע"א, ד"ה בבור, בהתאמה, וראו גם רשב"א, עמ' רסח, והערות המהדיר, שם, הערה 132. טענות אלו בפשטות עוסקות בחובת הזהירות הנורמטיבית המוטלת על המזיק, והשוו אלבק, נזיקין, עמ' 147 – 148, התולה זאת בשאלת הצפיות העובדתית (ראו בדומה לכך לעיל, שער שני, פרק ה, הערות 32, 35; שער רביעי, פרק ח, הערה 18).

<sup>63</sup> ראו ציטוט הברייתא לעיל, סמוך להערה 24: "ברשות הרבים ופתח לרשות היחיד אפי' היא של רבים פטור, ר' יוסי בי ר' יהודה מחייב עד שיעשה לו מחיצה גבוהה עשרה טפחים וכו'". מדובר שם אומנם בחופר ברשות הרבים, אך נקודת הדיון בין התנאים היא האם יש לחייב לאור רשותם של הרבים להכנס למקום, וראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 51.

באורם של רבה ורב יוסף איננו מתיישב עם לשון הברייתא.<sup>64</sup> שהרי ר' ישמעאל איננו עוסק בבור ברשות הרבים, אלא בבור שחלקו ברשות היחיד, ויש לו לפיכך בעלים, וברשות הרבים נמצאת מקצתו בלבד. בין לרבה, הסבור שר' עקיבא מודה לר' ישמעאל, ובין לרב יוסף, הסבור שדברי ר' ישמעאל הם נקודת המחלוקת בין התנאים, אין בפשט דברי ר' ישמעאל כדי ללמד על חיוב בור שכולו ברשות הרבים. יתרה מכך, יש כאן גם הרחבה של מחלוקת התנאים, וזו כשלעצמה מנוגדת בדרך כלל למגמת אמוראי בבל.<sup>65</sup> שהרי באור האמוראים למחלוקת התנאים מציב אותה כמחלוקת מהותית, בשאלת החיוב בנוקי בור ברשות היחיד או ברשות הרבים, ואילו לפי פשט לשון הברייתא ר' עקיבא ור' ישמעאל זהים בתפיסה העקרונית המחייבת בבור ברשותו בלבד, והם נחלקו בפרטים אחדים בתוך תפיסה זו וביישומה הפרקטי. מדוע העמידו לפיכך האמוראים את מחלוקת ר' עקיבא ור' ישמעאל באופן זה?<sup>66</sup>

התשובה לשאלה זו, לדעתי, היא תשובה פשוטה: מחלוקת האמוראים נועדה להתאים בין דברי התנאים שבברייתא לבין השיטה העולה מן המשנה. לפי שיטת המשנה הסמוכה למשנה בה אנו דנים כאן, "החופר בור ברשות הרבים ונפל לתוכו שור או חמור ומת חייב", ואילו לפי פשט לשון הברייתא נדרשת זיקה ממונית בין בעל הבור לבורו. רבה ורב יוסף מוצאים לפיכך בתוך שיטות התנאים שבברייתא גישה אחת או מספר גישות,

<sup>64</sup> כל זאת לפי מרבית עדי הנוסח, שהכרענו כמותם לעיל, ראו הערה 38. אם יבקש הקורא להכריע כגרסת כת"י המבורג לפני הגהתו וכעדות התוספות (הנוקטים בדברי ר' ישמעאל: "החופר בור ברשות הרבים ופתחו לרשות הרבים"), אזי דיוננו כאן ישתנה – פשוט הברייתא היא כי ר"ע ור' ישמעאל נחלקו באופן עקרוני בשאלת הפשיעה או הבעלות כסוד החיוב בנוקי בור, ואין זה חידושם של רבה ורב יוסף. רבה ורב יוסף מצמצמים זאת במידת מה, שכן לטענתם ביסוד אחד מתוך השניים "כולי עלמא לא פליגי". גם לדרך זו עומד בעינו הצורך להסביר את מהלכם של האמוראים, היוצרים את שיטות התנאים הממזגות בין יסודות החיוב. הדברים מתבארים בדיוננו להלן, לאחר הערה 68, ומסקנתנו שם נכונה גם לגרסה זו.

<sup>65</sup> על מגמת האמוראים להעביר את נקודת המחלוקת לעניין משני ראו גולדברג, צמצום מחלוקות, עמ' 137, ושם, עמ' 141 – 142, ביחס לרבה ורב יוסף. ראו עוד שם, עמ' 149 – 153, על מגמת "הפשטה", שאף היא מובילה לצמצום המחלוקת, בניגוד למקרה דנן.

<sup>66</sup> ניתן לפרש את מחלוקתם של רבה ורב יוסף בצורה מצומצמת, בדומה לדרך בה הלכנו בבאור פשט לשון הברייתא, היינו: לדעת רבה בבור ברשות הרבים חייב, אך זאת רק כשחלק מהבור הוא ברשות היחיד, ונחלקו בבור שכולו ברשותו; לדעת רב יוסף בבור שכולו ברשות היחיד חייב, ונחלקו בבור שאיננו כולו שלו. באור זה איננו מתיישב עם פשט לשונם של רבה ורב יוסף, אשר מעמידים זה מול זה "בור ברשותו" ו"בור ברשות הרבים" בסתם. כך עולה גם מהדיון הנרחב בטעמי המחלוקת (אף כי חלקו עשוי להיות מרובד תלמודי מאוחר יותר, ולא מגרעין המחלוקת, ראו לעיל, הערה 60), כגון: הדרשה "שעל עסקי פתיחה ועל עסקי כרייה באה לו", התולה את החיוב במעשה שלא ברשות, וכל שכן אם הן הכרייה והן הפתיחה נעשו ברשות הרבים (ראו רש"י, מט ע"ב, ד"ה באה לו: "שאינו לו חלק בו אלא שכרהו או שפתחו דהיינו ברשות הרבים שאין הקרקע שלו"). כך משמע גם מההדגשה בשיטת ר' עקיבא לפי רבה: "בור דאית ליה בעלים קאמר רחמנא" (וכן בדברי רב יוסף) לעומת שיטת ר' ישמעאל: "בעל התקלה", המלמדת על מחלוקת עקרונית בתפיסת החיוב בנוקי בור. אשר על כן, נקטנו בפנים בפרשנות הפשוטה של מחלוקת האמוראים, בהתאם למהלך הסוגייה, ומכאן יש מקום לדון בזרות הנוצרת בלשון הברייתא לאור מחלוקת האמוראים ובשיקולים המצדיקים זאת.

המכירות בחיובו של המזיק בבור ברשות הרבים, וכך ניתן לשלבם עם שיטת המשנה.<sup>67</sup> מגמה זו שכיחה, וכבר תוארו שכמותה במחקר,<sup>68</sup> וכאן היא גברה אף על שיקולים פרשניים אחרים, שהעלנו בטיעוננו לעיל.

אולם אין האמוראים מסתפקים בהצגת שיטה שתחייב בבור ברשות הרבים, שיטה שתתאים למגמתה של המשנה שצוטטה לעיל, אלא יוצרים שיטה שנכנה אותה "ממוזגת". דהיינו, אחד התנאים, אם ר' עקיבא לפי רבה ואם ר' ישמעאל לפי רב יוסף, מחייב הן על בור ברשות היחיד והן על בור ברשות הרבים. מדוע נזקקו האמוראים למהלך שכזה? גם כאן, התשובה היא התאמת שיטות התנאים למשנה, וכאן אנו מגיעים לעיקר טענתנו בסעיף זה: מחלוקת רבה ורב יוסף משקפת כבר את נוסח ב של המשנה ("ברשות היחיד ופתחו לרשות היחיד אחר"). מאחר ונוסח ב נסמך למשנה המחייבת בבור ברשות הרבים, הרי לפנינו השיטה הממוזגת, המקבלת הן את היסוד הממוני והן את יסוד הפשיעה כגורם לחיובו של המזיק. ואם כן, נחלקו האמוראים מיהו התנא שנקט בשיטה זו – לפי רבה, זו שיטת ר' עקיבא, ולפי רב יוסף המשנה היא כשיטת ר' ישמעאל.<sup>69</sup> מגמתו של רבה להעמיד את המשנה כר' עקיבא איננה צריכה הסבר,<sup>70</sup> אך היא דחוקה יותר, שכן לשונה של המשנה היא כלשונו של ר' ישמעאל. ייתכן, שזו הסיבה שבשלה פרש רב יוסף בדרך אחרת את מחלוקת התנאים והעמיד את המשנה כר' ישמעאל – הדמיון בין לשון המשנה ללשון ר' ישמעאל שבברייתא.

מחלוקת רבה ורב יוסף מצביעה, אם כן, על נוסח המשנה שעמד בפניהם, וזהו נוסח ב. כפי שכבר ראינו, עדי הנוסח שנוקטים כנוסח זה מזהים עם מסורת בבל, וכאן ישנו סיוע פנימי לטענה זו, מתוך הסוגייה התלמודית.<sup>71</sup> לטענתנו, נוסח זה משקף את הדומיננטיות בתלמוד הבבלי של העמדה המשפטית, הרואה את היסוד הממוני כיסוד מרכזי בחיובו של המזיק. היא מרכזית בפרט בעניין בור, ואנו פוגשים אותה בהמשך בדיונים שאינם קשורים ישירות למשנתנו – כך למשל במימרת ר' אלעזר בשם ר' ישמעאל, שהוזכרה בפתיחה לפרק זה, ותנוחת להלן בנספח, וכן הוא בשיטה אמוראית אחרת, שיטת רב בעניין "בור שחייבה עליו תורה", כפי שנציע בפרק

<sup>67</sup> ראו בדומה לכך תוס' רבנו פרץ, נ"ע"א, ד"ה ורב יוסף.

<sup>68</sup> על מגמות אמוראים שונים, בהם רב יוסף, למצוא לברייתא אסמכתא מן המשנה ("כאן שנה רבי") ראו הנשקה, משנה ראשונה, עמ' 308 הערה 13, וראו גם שם, עמ' 336.

<sup>69</sup> ראו רש"י, נ"ע"א, ד"ה לנזקין: "ואי קשיא מתני' מני, רבה מוקי לה כר"ע דמחייב אתרוייהו, ורב יוסף מוקי לה כר' ישמעאל". יש לציין, כי למפרשים "לרשות היחיד אחר" כרשות של אחר (לעיל, הערה 12), לשיטת רבה עשוי גם ר' ישמעאל להשתלב עם משנתנו, שכן על אף שפוטר בבור ברשותו, כאן מדובר בכרייה שלא ברשות.

<sup>70</sup> ידועים דברי ר' יוחנן, סנהדרין פו ע"א: "וכולהו אליבא דר' עקיבא". הזיקה ההדוקה בין בית מדרשו של ר' עקיבא לבין משנתנו נדונה רבות במחקר. ראו דיונונו בעניין שיטת ר' מאיר בפרשת שור תם לעיל, שער ראשון, פרק ג, סמוך להערה 63, וההפניה בהערה הנזכרת.

<sup>71</sup> בהשאלה ממונחיו של אפשטיין, המדע התלמודי, עמ' 7 ואילך, וראו אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 707.



הבא.<sup>72</sup> נקודת הזמן המדויקת שבה נתפצל הנוסח הבבלי מהנוסח הארץ ישראלי איננה ידועה לעת עתה, אך בידינו טווח זמן מסתבר – בין רב ומשנתו ועד לימיהם של רבה ורב יוסף.<sup>73</sup>

## י.5. סיכום

נסכם את השתלשלות הדברים עד כה. נחלקו המקורות בשאלה, האם החיוב בנזקי בור מותנה בקיומה של זיקת בעלות בין הבור לבעליו, או שניתן להעמיד את החיוב על פשיעתו של חופר הבור בלבד. מחלוקת מפורשת בעניין זה היא מחלוקתם של ר' עקיבא ור' ישמעאל אליבא דשיטת רב יוסף בבבלי, כאשר ר' עקיבא סבור כשיטה הראשונה, ור' ישמעאל כאחרונה. אולם ניתן לעמוד על קיומה של מחלוקת זו במקורות תנאיים נוספים, ואף קדומים לברייתא בה דן רב יוסף. במכילתא דר' ישמעאל מופיעות שתי השיטות כשתי דרשות נפרדות – האחת, דרשה המובאת בסתם, מגדירה את הבור כ"ממונו", ובכך משוותו לשור. השנייה, דרשתו של ר' יהודה בן בתירא, משתיתה את החיוב על רשלנותו של המזיק: "כל שהוא חייב בשמרו חייב בנזקו". דרשות אלו, אומנם, אינן מצביעות על נפקות למעשה ביניהן, אולם טענתנו היא כי הרטוריקה השונה המשמשת בהן להצדקת החיוב מלמדת על תפיסות מנוגדות בעניין זה. במשנה ההלכה מפורשת: "החופר בור ברשות הרבים חייב". כנגד זאת, מברייטא המובאת בבבלי עולה העמדה לפיה חיובו של בור הוא רק כאשר לכל הפחות חלקו נמצא ברשות היחיד, ובפשטות עמדה זו משותפת הן לר' עקיבא והן לר' ישמעאל.

המתח בין שתי המגמות הללו הוליד תהליך מעניין בהתפתחות נוסח המשנה. המשנה הסמוכה למשנה שצוטטה לעיל מציעה את מגוון הרשויות לחיוב בנזקי בור, ובאשר לנוסחתה נחלקו המסורות. מסורת ארץ ישראל שנתה כאן אופנים שונים של בור ברשות הרבים, בהמשך למגמת משנת "החופר בור ברשות הרבים חייב". במסורת זו תומכים מספר עדי נוסח של המשנה, המזוהים עם המסורת הארץ ישראלית, וכן מקורות תנאיים מקבילים, ובהם התוספתא והמכילתא דרשב"י. מאידך, המסורת הבבלית, המשתקפת בסוגיית הבבלי ובעדי נוסח המזוהים עם מסורת זו, שנתה כאן אופנים שונים של בור "ברשות היחיד", ובכך היא נותנת משקל לזיקה הממונית בין בעל הבור לבורו. בדברינו שיערנו, כי נוסח זה הוא תולדת התפתחות התפיסה המשפטית הבבלית, דהיינו: הוא משקף את העלייה בדומיננטיות של הדרישה לזיקה ממונית כדי לחייב בתשלומי נזיקין.

<sup>72</sup> סעיף יא.3.

<sup>73</sup> על פי הגדרותיו של ד' רזנטל (רזנטל, משנה, עמ' 6–7; 188), שתי האפשרויות שבקביעת זמן השינוי משמעותיות לשאלה, האם לפנינו "משנת בבל", דהיינו: נוסח המשנה שהובא בידי רב בירידתו לבבל, או "משנת הבבלי", דהיינו: נוסח המשנה שגובש על ידי התלמוד הבבלי, אשר הושפע במקרה דנן משיטתו של רב, שטרם שילב זאת בנוסח המשנה. על הזיקה למשנת רב ראו עוד בחלקה השני של הערה 17 לעיל, וראו גם לעיל, הערה 22. באשר לקביעת הגבול התחתון כימי רבה ורב יוסף, נוסח כתב יד המבורג, לעיל הערה 35, מעלה אפשרות נוספת: בפני רבה ורב יוסף עוד עמד נוסח ארץ ישראל של המשנה, והוא נשתנה והותאם לשיטה הממוזגת שפותחה על ידם. החסרון בפירוש זה הוא שאין זה ברור מהו המניע למהלך זה של רבה ורב יוסף (ראו לעיל, הערה 64), בניגוד להצעתנו בפנים.

מגמה זו עומדת כמובן גם מאחורי ברייתת הבבלי, שעמדתה הוזכרה לעיל. תוצאת הדברים היא פיתוחה של שיטה "ממוזגת" במשנה – שיטה המחייבת הן על בור ברשות הרבים, וזאת בהתבסס על פשיעתו של המזיק, והן על בור ברשות היחיד, בהתבסס על הזיקה הממונית שבין בעל הבור לבורו. השלמת התהליך נעשית בדרכים פרשניות במספר מימרות אמוראיות. אלו הן מימרת רב שתדון בפרק הבא ומימרת ר' אלעזר המובאת בנספח לפרק זה, אשר מפרשות גם את החיוב בבור ברשות הרבים בהתאם לתפיסה הדורשת זיקה ממונית בין בעל הבור לבורו, וזאת תוך שימוש בפיקציות משפטיות מתוחכמות. נוסח ארץ ישראל, מכל מקום, חולק על כך באופן גורף, וכלל איננו מכיר בקריטריון הבעלות כשיקול בעל משקל בקביעת אחריותו של המזיק לנזק.<sup>74</sup>

אמוראי בבלי, רבה ורב יוסף, קיבלו את התפיסה ה"ממוזגת" העולה מהנוסח הבבלי של המשנה. כדי להתאים בין הברייתא לבין המשנה העמידו האמוראים, איש איש בדרכו, את מחלוקת ר' עקיבא ור' ישמעאל שבברייתא ברוח שיטה זו. האמוראים נקטו בעניין זה בדרך פרשנית – הרחבת מחלוקת התנאים לשאלה העקרונית של חיוב בור ברשות הרבים או ברשות היחיד, אף כי פשט לשונם איננו מורה כן.

לבד ממשנת "החופר בור ברשות היחיד", מקורות נוספים, בעיקר משניות פרק ג והסוגיות התלמודיות הסמוכות להן, כדוגמת סוגיית "מפקיר נזקיו" בבבלי (כח ע"א – ל ע"א) ובירושלמי (פ"ב ה"ב, ג ע"ג), נוגעים בשאלת יסוד החיוב בנזקי בור. סוגיות אלו עניין רב בהן, שכן נדונה בהן במפורש מעמדה של הזיקה הממונית בין הבור לבעליו (ולמשל: "מפקיר נזקיו... פטור").<sup>75</sup> אולם הן מרחיקות אותנו יתר על המידה ממסגרת דיונו, שתכליתו ניתוח פטור אדם וכלים בבור, ולא נוכל לדון בהם כעת.<sup>76</sup> יש בניתוח משנת "החופר בור ברשות היחיד" שלעיל כדי מתן בסיס מספק להבהרת המתח בין מימד הבעלות למימד הפשיעה בחיוב בנזקי בור ולהכרת הזרמים העיקריים בעניין.

<sup>74</sup> על מחלוקת זו ביחס למשנה, המשתקפת למשל במכילתא דרשב"י אל מול סוגיית הבבלי עמד לוין, כפי שהובא בהערות הקודמות (ראו לעיל, הערה 32 ועוד). אולם לוין רואה זאת כמחלוקת פרשנית ביחס למשנה כצורתה לפנינו, ואיננו מעמיד את הדברים במסגרת התפתחותה ומסירתה של המשנה. כמו כן, אין הוא מציב את הדברים בהקשרים הטקסטואליים והמשפטיים הרחבים יותר, שהם נקודת המוצא לעניין זה, והיינו: המתח בין התפיסות המשפטיות השונות לחיוב בור, מהם נולדו מסורות המשנה והמקורות התנאיים האחרים שנדונו לעיל.

<sup>75</sup> מצאנו כמו כן דיון בחשיבותה של הזיקה הממונית בנזקי בור לעומת נזקי שור, ראו ירושלמי, פ"ג ה"ב, ג ע"ג: "ר' זירא ור' לא תריהון אמרין. מודה ר' יודה לחכמ' במבקר שור שנגח ברשות הרבים שחייב. לא דומה נזק עומד לנזק מהלך" (בכת"י אסקוריאלי: "במבקר שור נוגח").

<sup>76</sup> לניתוח סוגיות אלו ראו לוין, מדרשי ההלכה, עמ' 152 – 157. עיקרי מסקנותיו בעניין ההבדל בין הבבלי לבין הירושלמי בדיון בור (בהתבסס על הסברו למשנת "החופר בור ברשות היחיד", הקרוב במספר מרכיבים לדרכנו, ראו לעיל, הערה 74) משתלבים אף עם התפיסה המוצעת בדברינו לעיל ביחס למשנת "החופר בור ברשות היחיד" והמגמות המנוגדות הפועלות בהרכבתה ובהעברתה.

ועוד זאת יש לומר, כי במקצת מן הסוגיות הנזכרות המתח הנדון מפורש.<sup>77</sup> בדברינו בפנים בחרנו בדרך אחרת, ארוכה ומפותלת יותר, להצגת מתח זה, וזאת משתי סיבות מרכזיות. האחת, משום שניתוחנו מאתר את קיומו של המתח במקורות קדומים יותר, ומציג מסורות תנאיות שונות, שנחלקו בעניין זה. השנייה, שכן אגב ניתוחנו עלו בידינו מסקנות חשובות אודות הרכבה של המשנה שלפנינו, ואודות התפצלות המסורות, הבבלית והארץ-ישראלית, בעניינה.

---

<sup>77</sup> ראו למשל הדיון בשיטת ר' יוחנן ור' אלעזר בבבלי, כט ע"ב.

## פרק יא

### פטור אדם וכלים בבור

#### יא.1. טעמו ומקורו של פטור אדם וכלים

פטור אדם וכלים בבור מופיע במקורות התנאיים העיקריים שבידינו,<sup>1</sup> אולם מכוחן של דרשות שונות במקצת זו מזו, ולא באופן זהה.<sup>2</sup> כך, למשל, פטור כלים נלמד במרבית המקורות באמצעות מיעוט מן הכתוב "ונפל שמה שור או חמור", כלשון המכילתא דר' ישמעאל (מסכתא דנזקין, פרשה יא, עמ' 288 – 289): "שור ולא שור וכליו, חמור ולא חמור וכליו".<sup>3</sup> אולם בתוספתא (פ"ו הי"ד, עמ' 23) הוא נלמד בדרך אחרת: "ומכרו את השור החי וגו', יצאו כלים שאין להם אונאה, יצא אדם שאין הימנו אונאה כמותו".<sup>4</sup> במכילתא דרשב"י, במקום אחד מופיעה לעניין אדם דרשה דומה לזו שבתוספתא, ובמקום אחר דורשת המכילתא את פטור אדם, וליתר דיוק בן ובת, עבד ואמה, מהכתוב "שור או חמור".<sup>5</sup> בניגוד לאלו, בברייתא הבבלי נסמך פטור אדם לפטור כלים, ושניהם נלמדים מן הכתוב: "שור או חמור".<sup>6</sup> במכילתא דר' ישמעאל פטור אדם כלל איננו מופיע.

ברובד התנאי אין המקורות מגלים את הטעם העומד מאחורי פטור זה. אולם נקודת המוצא שלנו היא כי אין מדובר בפטור שרירותי, ללא טעם, אלא בפטור המושתת על שיקולי מערכת דיני הנזיקין.<sup>7</sup> כפי שכבר טענו בפרקים קודמים, הסמכת הדין לכתוב במדרשי ההלכה איננה מפקיעה את הטעם הנזיקי העומד מאחורי הדברים.<sup>8</sup> שלילת טעם זה מתקיימת במקרים בהם עומד לפנינו פטור מוחלט וגורף, שאיננו משתלב עם שיקולי

<sup>1</sup> משנה, פ"ה מ"ט [מ"ו]; תוספתא, פ"ו הי"ד, עמ' 23; מכילתא דר"ש, מסכתא דנזקין, פרשה יא, עמ' 288 – 289; מכילתא דרשב"י, כא לג, עמ' 185.

<sup>2</sup> ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 55; גולדברג, תוספתא, עמ' 124 – 125.

<sup>3</sup> המכילתא דרשב"י, כא לג, עמ' 185, והברייתא בבבלי, כח ע"ב ועוד, סומכות אף הן, בדומה למכילתא דר' ישמעאל, את דין כלים לכתוב זה. מקורות אלו וההבדלים ביניהם יידונו בהרחבה בהמשך הדברים.

<sup>4</sup> ברפוס: "במותו". לפירושה של דרשה זו ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 55 (דבריו ידונו להלן, הערות 65 – 66); גולדברג, תוספתא, עמ' 124 – 125.

<sup>5</sup> הדרשה הראשונה מופיעה במכילתא דרשב"י, כא לג, עמ' 185. בדרשה זו המכילתא דרשב"י רומזת לאפשרות לימודו של דין אדם מהכתוב "שור או חמור", אולם כהווא אמינא בלבד, ומשמע אף, שאין שני הלימודים, אדם וכלים, דרים בכפיפה אחת, ולו היה הכתוב ממעט אדם, לא ניתן היה ללמוד לפטור כלים, בלשון המכילתא: "ונפל שמה שור או חמור" מה אני צריך, אם ללמד על אדם שפטור, הרי כבר נאמר 'והמת יהיה לו' את שהמת שלו, יצא אדם שאסור בהנאה. מה ת"ל ונפל שמה שור או חמור, שור ולא כליו חמור ולא כליו". הדרשה השנייה, לעומת זאת, לומדת את עניין אדם מהכתוב הנזכר, ומשני חלקי הכתוב, בלא התייחסות לפטור כלים (מכילתא דרשב"י, שם, עמ' 186): "...מה ת"ל ונפל שמה שור או חמור, שור ולא בן ולא בת חמור ולא עבד ולא אמה" (בענייננו זיהינו בין "אדם" לבין "בן או בת עבד או אמה" כלשון המשנה, ראו להלן, סמוך להערות 17 – 25, והדיון שם). ייתכן, ששתי דרשות אלו הן משני מקורות נפרדים, שנבדלו בסגנונם, ומכאן הביסוס השונה מן הדרשה לפטור.

<sup>6</sup> בבלי, כח ע"ב, ועוד.

<sup>7</sup> על שיקולים אלו ראו מבוא, סעיף 2.1.

<sup>8</sup> ראו מבוא, שם; פרק סיכום, סעיף 4.2. זו היתה הנחת המוצא בדין טמון באש (שער רביעי, מבוא, סמוך להערה 3), הנחה שקיבלה את ביסוסה במקורות התנאיים (שם, פרק ח, סעיף ח.1).

דיני הנזיקין, וניכר, כי השיקולים המנחים לגביו הם חיצוניים למערכת זו.<sup>9</sup> ואכן, בהמשך דיונו נראה את פיתוחה של תפיסה שכזו גם ביחס לפטור אדם וכלים בבור. אולם בשלב זה, יש מקום לבחון את שילובו של הפטור במערכת השיקולים המנחה את דיני הנזיקין.

בפרקים הקודמים הצענו ביסוס במקורות להנחה האפריורית הנזכרת, וכך ננהג כעת. ראשית, כפי שצויין לעיל, המקורות התנאיים נחלקו בשאלת המקור בכתוב לפטור אדם וכלים, ובאשר לפטור אדם, במכילתא דר' ישמעאל הוא איננו מופיע, וייתכן לפיכך שהמכילתא חייבה גם על נפילת אדם בבור, בניגוד ליתר המקורות.<sup>10</sup> חילופי המסורות הללו מלמדים, שאין לפנינו "גזרת הכתוב",<sup>11</sup> או: הכרעה פרשנית הנובעת מן הכתוב גרידא, אלא עמדה הלכתית קיימת, שהמקורות, אם קיבלו אותה, נחלקו בביסוסה בכתוב,<sup>12</sup> ונקטו לשם כך בדרכים מדרשיות שונות.<sup>13</sup> שנית, המסגרת הספרותית בה ממוקם הפטור תומכת בהשערה, שאין מדובר בפטור שרירותי. פטור כלים נזכר בתוך מקבץ הלכות, העוסקות בחיוב ובפטור במסגרת דיני בור. כך, למשל, דין "נפל לפניו מקול הכרייה" נובע מהדרישה ל"דרך נפילה" או "דרך הילוכו".<sup>14</sup> בפשט הדברים, אין מוטלת אחריות על בעל הבור לנזקים שנגרמו כתוצאה מנפילה שאיננה בדרך שגרתית, היינו שאיננה בדרך הילוכה של הבהמה. בהתאם לעקרונות שעמדנו עליהם בפרקים קודמים,<sup>15</sup> ישנם מקרים בהם לא מוטלת חובת זהירות על בעל המזיק, וכך גם בעניין "נפל... לאחריו מקול הכרייה" אין המזיק חייב לצפות נזק שנגרם לבהמה שלא כדרך

<sup>9</sup> ראו למשל שער שני, פרק ו, סעיף 3.1; שער רביעי, פרק ח, סעיף ח.2.

<sup>10</sup> פילון ויוסף בן מתתיהו אינם מתייחסים לפרטי דין בור, ובכלל זה לפטור אדם וכלים, אולם ההשוואה ביניהם מעניינת לענייננו. יוסף בן מתתיהו מזכיר אומנם את החשש "שיפלו אנשים לתוכו", אך מקרה הנזק המובא על ידו הוא מיתת בהמה, כפשט הכתוב, ולגביו מחוייב בעל הבור בתשלום (יוסף בן מתתיהו, קדמוניות, ספר רביעי, פסקאות 283 – 284, עמ' 137). בניגוד אליו, פילון עוסק במיתת אדם, ומחייב במפורש על מקרה שכזה (פילון, על החוקים לפרטיהם, פסקה 148, עמ' 115): "ובכן, אם עובר אורח בדורכו בלי משים בחלל הריק, ייפול וימות, יקום כל הרוצה ויתבע לדין בשם המת את כורי הבור, ובית הדין יעריך מה עליהם לסבול או לשלם". בהתאם לדבריו המפורשים של פילון, יש מקום לומר, שהעדרו של פטור אדם במכילתא דר' ישמעאל משקף תפיסה הלכתית קדומה, שלא הכירה בפטור במקרה זה. מסקנה זו אמורה בזהירות הדרושה, שכן היא תלויה בהערכת מהימנותם של פילון ויוסף בן מתתיהו ביחס להלכה הקדומה, וזו שנויה במחלוקת, ראו הלברטל, מהפכות, עמ' 65, הערה 30.

<sup>11</sup> בניגוד לדעתו של גולדברג ביחס לתוספתא, ראו גולדברג, תוספתא, עמ' 125.

<sup>12</sup> אף בעניין טמון ישנם הבדלים בין המקורות, ראו לוין, מכילתא, עמ' 229 – 231, וכן הסקנו אף שם, כי פטור טמון מבוסס במקורו על שיקולים פנימיים למערכת דיני הנזיקין (ראו לעיל, הערה 8). אולם בעניין טמון לא ביססנו את הדברים על הבדלי המסורות בדרשת הכתוב, אלא על ראיות פנימיות מן המקורות. הבדלי הדרשות בדין טמון הם בעיקר במקורות מאוחרים, וניתן לראותם כתולדת המשא ומתן בסוגיות (ראו למשל סוגיות הירושלמי בעניין פאה וטמון באש, שער רביעי, פרק ח, סוף סעיף ח.2), ולכן קשה להתבסס עליהם. שונה הדבר בענייננו, בו המקורות התנאיים עצמם נחלקו במקורה של ההלכה ובפרטיה.

<sup>13</sup> מקובל לראות את הדברים כהבחנה בין "מדרש יוצר" לבין "מדרש מקיים", ולפי זה קרובה מסקנתנו לתפיסת "מדרש מקיים". אולם אין הדברים בהכרח כך, שכן הגדרת אופיו של המהלך המדרשי תלויה במידת הלגיטימציה הניתנת למעורבות של הפרשן ועולמו במסגרת פרשנות הטקסט. לדיון בעניין זה ראו פרק סיכום, סעיף 4.2.

<sup>14</sup> כך מסיק גם לוין, מכילתא, עמ' 215 – 216 ("ההלכה המופשטת הוא העיקר והמדרש טפל לה") ועמ' 227. על סוגייה זו ראו בהרחבה להלן, הערה 93.

<sup>15</sup> ראו לעיל, פרק י, הערה 62, והפניות, שם.

הילוכה. סמיכותה של הלכת כלים בבור להלכת "נפל לפניו מקול הכרייה" בשלל המקורות התנאיים<sup>16</sup> יש בה כדי ללמד, שפטור זה מושתת על עקרונות דומים. טענתנו היא לפיכך, שמקורה של ההלכה הוא בשיקולים נזיקיים. יש לבאר, לאור זאת, כיצד מובילים העקרונות הללו לפטור אדם וכלים.

נבחן ראשית את שאלת טעמו של פטור אדם. במשנה, לאחר פטור כלים, מוצגים זה מול זה שני הדינים הבאים (פ"ה מ"ט ט [מ"ו]):

נפל לתוכו שור חרש שוטה וקטן חייב, בן או בת עבד או אמה פטור.<sup>17</sup>

בתלמודים נתפרשה הרישא כמתייחסת לנפילת שור שהוא חרש שוטה או קטן.<sup>18</sup> כך נראית גם דעת התוספתא (פ"ו הי"ד), המוסיפה ל"נפל לתוכו"<sup>19</sup> חרש שוטה וקטן גם "שור סומה, המהלך בלילה". מכאן, שחידושה של המשנה הוא שעל אלו מוטלת אחריות על בעל הבור. הפירוש המסתבר ביותר לכך הוא כי על בהמות מסוג זה מוטלת חובת זהירות.<sup>20</sup> בניגוד אליהם מוצבים בן או בת, עבד או אמה. בהתאם לביאור חיוב המזיק על נפילת שור חרש שוטה וקטן, ובאופן ישיר יותר, על פי השיקולים העומדים בבסיס הדעה בבבלי (נד ע"ב) הפוטרת שור פיקח שנפל בבור,<sup>21</sup> כך מתבאר גם הפטור על נפילת בן או בת, עבד או אמה.<sup>22</sup> היינו: במקרים אלו אין מוטלת אחריות על בעל הבור, שכן היה על הניזק, באשר הוא אדם,<sup>23</sup> להיזהר. מעניין לציין, כי הדעה הפוטרת שור פיקח נתמכת בבבלי בברייתא, שלשונה לפי נוסח הדפוס הוא: "נפל לתוכו שור בן דעת פטור". אולם כל

<sup>16</sup> משנה, פ"ה מ"ט ט [מ"ו]; תוספתא, פ"ו הי"ג; מכילתא דרי"ש, מסכתא דנזקין, פרשה יא, עמ' 289; מכילתא דרשב"י, כא לג, עמ' 185.

<sup>17</sup> בכת"י מינכן של הבבלי: "נפל לתוכו חרש ושוטה". בהמשך, בדפוס נפולי רנ"ב: "בת או בן".

<sup>18</sup> בבלי, נד ע"א – ע"ב; ירושלמי, פ"ה ה"ט, ה ע"א. למובן "שור והוא קטן" ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 54 הערה 15, בהתבסס על הר"י מלוניל והמאירי, שפירושו קטן שלא הגיע ללמדו חרישה.

<sup>19</sup> בכת"י ערפורט נוסף: "שור", כנוסח המשנה לפנינו.

<sup>20</sup> שאלה שנחלקו בה אמוראים בבבלי (נד ע"ב) היא האם המשנה מחדשת, שגם על הבהמות הללו חייב, או שחידושה הוא כי חייב רק על בהמות אלו. לדיון בסוגייה זו ראו לוין, מדרשי ההלכה, עמ' 157 – 159. לענייננו, השיקולים המובאים בסוגייה לכאן ולכאן הם שיקולי אחריות: "לא מיבעיא שור שהוא פקח דחייב, אבל שור חרש שוטה וקטן אימא חרשותו גרמה לו קטנותו גרמה לו" לדעה האחת, מול: "שור והוא חרש... דווקא, אבל שור והוא פקח פטור, מאי טעמא דבעי ליה עיוני ומיזל".

<sup>21</sup> לעיל, הערה קודמת.

<sup>22</sup> ראו בניגוד לכך רש"י, נב ע"א ד"ה בן ובת: "כלומר אע"ג דקטנים הן וליכא למימר איבעי להו עיוני ומיזל אפ"ה פטור מגזירת הכתוב שור ולא אדם חמור ולא כלים". פירוש זה לומד בדרך אחרת את הניגוד שבמשנה, והוא נובע מתפיסת הבבלי ביחס לפטור, ראו להלן, הערה הבאה.

<sup>23</sup> כלשון הבבלי, אדם הוא "מין דעת". בהקשר זה, בבבלי אף מועלת כהוא אמינא פרשנות אחרת, לפיה פטור רק על נפילת אדם "בן דעת", אך אם נפל לתוכו אדם שאיננו בן דעת, חייב. דחייתה של ההוא אמינא זו על ידי רב אחא (או רב אחא מדפתי לפי כתבי היד השונים) היא בהתבסס על גזרת הכתוב: "שור ולא אדם כתיב", כתפיסה שנתשתרשה בבבלי, ראו להלן, סעיף יא.2, ובפרט סמוך להערה 85, וכן ראו בסיכום פרק זה.

כתבי היד השלמים של הבבלי שונים בה: "נפלו לתוכו אדם וכן דעת פטור".<sup>24</sup> קישור זה, בהתאם לדברינו, מלמד על טעם הפטור, המשותף לאדם ולשור בן דעת – "דבעי ליה עיוני ומיזל" (שם).<sup>25</sup>

טעמו של פטור כלים קשה יותר לפענוח, אולם ניתן לשער. ש' אלבק, כשיטתו הכללית, ועל פי דרכו של ר"י בכור שור בפירושו לתורה, מקשר גם פטור זה לחובת הזהירות המוטלת על המזיק. כדרכו, תולה אלבק את הדברים בשאלת פשיעתו של המזיק, ומשתית זאת על עקרון הצפיות הטכנית. לדידו, לא היה על המזיק לצפות לנזקי כלים, משום ש"דרכם של בני אדם כשהם מטעינים את עצמם או את בהמתם בכלים העשויים להשבר בנפילה, לעיין בלכתם ולהזהר שלא יתקלו ויפלו".<sup>26</sup> הסבר זה כמדומה דחוק הוא, והוא דורש הנחות עובדתיות, שספק אם יש להם על מה לסמוך.<sup>27</sup> יתרה מכך, בסעיף הבא נראה, כי פטור כלים במקורות התנאיים חל רק במקרה נזק לבהמה וכלים יחד, ואילו כשנזקו כלים בלבד חייב. לפי זה, אין אפשרות לבסס את הפטור על חובתו של המזיק לצפות את הנזק, שכן הצפיות בנוגע לנזקי כלים היא אינדיפרנטית לשאלה, האם הוזקה גם הבהמה יחד עימם.<sup>28</sup>

החלת פטור כלים במקרה בו נגרם נזק לבהמה ולכלים מלמדת, כי אין לפנינו פטור מעיקר חיוב הנזק, אלא פטור מחיוב משני בלבד. בהתאם לכך, חייב לשלם את נזקי הבהמה, וכן כאשר הוזקו כלים לבדם, הרי הם עיקרו וכל כולו של החיוב, וחייב לשלם את נזקם. פטור כלים, לפי זה, איננו מושתת על העדר אחריותו של המזיק, בניגוד לפטור אדם.<sup>29</sup> על המזיק מוטלת אחריות למקרה הנזק, אולם ישנה מגמה להקל עמו, מהטעם בו ניגע מיד, וחובת התשלום שלו מופחתת.

---

<sup>24</sup> כך בכתב יד המבורג, כת"י מינכן (ושם בטעות "אדם אדם"), כת"י פירנצה, כת"י וטיקן וכת"י אסקוריאלי (ושם "נפל").

<sup>25</sup> בהתאם לדברים בפנים, הקריטריונים לחיוב עשויים להיות משותפים גם כן – כפי שחייב על נזקי אדם, ופטור רק במיתו (ראו להלן, סמוך להערה 64), כך חייב גם על נזקיו של שור פקח. ראו כשיטה זו רמב"ם, נזקי ממון, פ"ב ה"ט (וראו השגת הראב"ד ומגיד משנה), ובשיעורי ר' פסח מקוברין, ב"ק סימן ב, עמ' ה, הסיק מכך: "משמע להדיא מדברי הרמב"ם דמיעוט דאדם הוא מטעם דאיבעי ליה לעיוני" (וכן בחדושי הגר"ט, בבא קמא, סימן קטז, עמ' יד). חיוב בנזקים באדם ובבהמה הוא משום שאין דרכם להזהר ממכשולות קטנים שכאלו (מגיד משנה, שם, ובעקבותיו ר' פסח מקוברין והגר"ט, שם).

<sup>26</sup> אלבק, נזיקין, עמ' 155, על פי פירושו של ר"י בכור שור, עמ' קמב. זו גם מגמתו של ר"י בכור שור בפירוש דין טמון (ראו שער רביעי, פרק ח, הערה 20) – בשני המקרים תולה הוא את ההלכה, הנלמדת מן הכתוב, בשיקולי הטלת אחריות.

<sup>27</sup> בראשונים מצאנו שימוש בטיעון שכזה למטרה ההפוכה – מכיוון שנזקי כלים שכיחים יותר מנזקי אדם, יש מקום לחייב בהם את המזיק. ראו תוספות תלמיד ר"ת, המצוטט להלן, הערה 29.

<sup>28</sup> ראו עוד להלן, הערה 49, הצעתו של אברהם וייס לטעם פטור כלים כשהוזקו עם הבהמה או האדם וחיוב בנזקם כשהוזקו הם לבדם, וראו שם הביקורת על הצעתו.

<sup>29</sup> ההבחנה בין פטור אדם, הנובע מהעדר אחריותו של המזיק לנזק, לפטור כלים, שאיננו נובע מטעם זה, קיימת בראשונים. ראו תוספות תלמיד ר"ת ור"א, נב ע"א ד"ה שור, עמ' רנו, וגליין התוספות לר"א מטון, י ע"א ד"ה אסור, עמ' רפז. בלשון תוס' תלמיד ר"ת: "מיהו י"ל משום דשכיחי כלים ליפול יותר מאדם לפיכך נראה לרבותם [=לעניין הטלת חיוב, לולא הדרשה, א"ו] יותר מאדם. אי נמי משום דאדם פקח הוא והוה ליה לעיוני טפי".

הכיצד זה קיימת מגמה להקל בנזקי בור? הרי מצאנו, כי בור נתפס כמי ש"תחילת עשייתו לנזק", והדברים אף מיוחסים למקור תנאי, כמובא בבבלי בברייתא המשווה בין אבות הנזיקין (ט ע"ב): "חומר בשור מבבור חומר בבור מבשור... שהבור תחילת עשייתו לנזק ומועד מתחילתו מה שאין כן בשור".<sup>30</sup> אלא ששוברה של הקושיה בצידה. גישה זו כלפי בור, הרואה אותו כיצירה שתכליתה היזק, מבטאת את עמדת התלמוד הבבלי בלבד. אולם במקורות התנאיים המקבילים, המשווים אף הם בין בור ליתר אבות הנזיקין, הרכיב הנזכר – "תחילת עשייתו לנזק" – חסר, ולדוגמא, ההלכה המקבילה בתוספתא שונה: "חומר בבור שהבור מועד לעולם מה שאין כן בשור".<sup>31</sup> המציאות הריאלית של ההלכות הללו מבהירה את טעמו של ההבדל בין המקורות – כריית הבור נועדה למטרה הכרחית, והיא הצורך בבורות מים במציאות הנדונה במקורות התנאיים הארץ ישראליים, צורך שבשלו אף מוצאים אנו פטור מלא הניתן למי ש"חפר ופתח ומסר לרבים".<sup>32</sup> לכך נוסיף עוד שבור "אין דרכו לילך ולהזיק",<sup>33</sup> ואם כן אף אם אומנם היה על בעל הבור לכסות את בורו, המעשה ככלל חיובי הוא, ומכאן ההפחתה בחובת התשלום המוטלת על המזיק. מתח זה ביחס לבור משתקף גם במקורות אגדיים העוסקים בו,<sup>34</sup> ויש שתלו בו פרטי הלכות אחרים המקלים עם המזיק בנזקי בור.<sup>35</sup> מבחינה זאת, דומה

<sup>30</sup> כך הוא גם בסוגיות שבדף ג ע"ב ובדף ו ע"א – ע"ב. הסוגיות הללו עוסקות בדברי אמוראים בני הדורות האחרונים, ומאפיין זה של בור מופיע בדברי סתם התלמוד, המאוחר לאמוראים ומתייחס אליהם. סוגיות אלו משקפות גם את התפיסה המאוחרת ביחס לפטור כלים בבור וביחס למחלוקת רב ושמואל בעניין זה, ראו וייס, רב ושמואל, עמ' 53 – 56, ולהלן, סעיף יא.3.

<sup>31</sup> תוספתא, פ"ו, הכ"ט, עמ' 28. רכיב זה חסר גם בהלכה שבמכילתא דרשב"י, העוסקת בדין חיה ועוף בבור, ומושתתת על השוואת בור לשור (כא לג, עמ' 186): "מניין לעשות שאר בהמה חיה ועוף כיוצא בשור? ודין הוא, מה השור שאין מועד לעולם עש' בו שאר בהמה חיה ועוף כיוצא בשור, בור שמועד לעולם אינו דין שנעשה בו שאר בהמה חיה ועוף כיוצא בשור...". עיצובו של המקור התנאי בבבלי לפי עמדת התלמוד איננה ייחודית, ראו פרידמן, הבריות בתלמוד, וראו הפניות לדיון בעניין מעמדן של המקורות התנאיים שבבבלי לעיל, פרק י, הערה 41.

<sup>32</sup> תוספתא, פ"ו ה"ה, עמ' 21 – 22; בבלי, נ ע"א. לסיכום נרחב של עניין בורות המים והשימוש בהם ראו קרויס, קדמוניות התלמוד, כרך שני, עמ' 97 – 107, וראו גם לעיל, הערה 8. בנוסף לפילון, המצוטט בהערה הנ"ל, זו גם המציאות המתוארת אצל יוסף בן ממתיהו, קדמוניות, ספר רביעי, פסקאות 283 – 284, עמ' 137, תוך התייחסות לסכנות הטמונות בכך: "החופרים באר או בור, יקפידו על כך, שיהיו סגורים בקרשים מוטלים עליהם, לא כדי למנוע אנשים לקחת מים, אלא שלא תהא סכנה, שיפלו אנשים לתוכו".

<sup>33</sup> טיעון זה ביחס לבור כשיקול לטובת המזיק מופיע בתוספתא, במכילתא דרשב"י ובברייתא הבבלי, שהובאו לעיל בפנים ובהערה הקודמת. כמו כן, הוא מופיע במכילתא דר' ישמעאל, מסכתא דנזקין, פרשה יא, עמ' 288 – 289. במקורות אלו הטיעון הנזכר מופיע כהוויא אמינא לפטור, אולם מצאנו לו גם נפקות למעשה. על פי הירושלמי, זהו הטעם שבשלו מפקיר נזקיו לשיטת ר' יהודה פטור, ואילו מפקיר שורו והזיק חייב, שכן, בלשון הירושלמי, "לא דומה נזק עומד לנזק מהלך" (ירושלמי, פ"ג ה"ב, ג ע"ג).

<sup>34</sup> כך במעשה בנחוניא חופר שיחין (בבלי, נ ע"א; ירושלמי, שקלים, פ"ה ה"א, מח ע"ד, שם מפוצל לשני מעשים, בנחוניא וב"חסיד אחד". אודות נחוניא חופר שיחין ראו לוריא, נחוניא). בין הבבלי לירושלמי מספר שינויים, אולם משותף לשניהם השילוב בין שני מוטיבים מנוגדים: מוטיב הישועה על "שהיה מכבד את בוראו במים והוא מקפחו במים?!" (לשון הירושלמי, שם) ומוטיב הענישה במיתת בנו בצמא. מסורת אגדית זו מלמדת על המתח בין המימד החיובי שבבור, ובפרט ביחס למקדש, שם רב הצורך במים (ראו לוריא, שם), לבין המימד הנזיקי שבו. מתח זה עומד לטענתנו ביסוד הפחתת התשלום של המזיק. יש להדגיש, כי מבחינה הלכתית "פורמאלית" נחוניא חופר שיחין הוא הסמל למי שעשה כהלכה ומסר בורו לרבים, ראו במקורות הנזכרים לעיל, הערה 32, ומכאן שלא מוטלת עליו אחריות נזיקית. אולם המסר הטמון באגדה משקף את העקרון ההלכתי שעומד בבסיס פרטי ההלכות הנדונים כאן (ראו לורברבוים, צלם אלוקים, עמ' 129 – 132), וממנו הסקנו לענייננו.



מקרה זה לדינו של שור תם הנוגח שור, לפי אחת התפיסות שאיתרנו בדיונו בהלכת חצי נזק: לפי הזרם הסבור כי מוטלת אומנם אחריות על בעל השור, אך יש לצמצמה שכן "בדין הוא דבעי לשלומי כוליה, ורחמנא הוא דחס עליה דאכתי לא אייעד תוריה" (טו ע"א).<sup>36</sup> וכך בענייננו, על אף האחריות המוטלת על המזיק, מצמצמת ההלכה את חובת התשלום שלו משיקולים שונים הנזקפים לזכותו.

ברקע הדברים עומדת החולשה המשפטית שיש לחיוב בנזקי בור ברשות הרבים. מבחינה משפטית-פורמאלית, בור סטנדרטי, שנחפר ברשות הרבים, חסר את הזיקה הממונית שבינו לבין "בעליו", וזיקה זו חשובה, אם לא הכרחית, להטלת חובת תשלום נזיקת. בנייתו לעיל בחנו את גדרם של נזקי בור, וראינו את מקומה המרכזי של דרישת הבעלות, אשר הובילה מקצת מן השיטות עד כדי מתן פטור מוחלט מנזקי בור ברשות הרבים, ואת האחרות זקקה לקונסטרוקציות משפטיות מתוחכמות.<sup>37</sup> אלו האחרונות, שאינן מעניקות פטור מלא למזיק, עשויות להתבסס על העדר הזיקה הממונית בין המזיק לבורו לכל הפחות לצורך הקלה בחיובו. יחד עם זאת, החולשה המשפטית הנזכרת נכונה לבור ברשות הרבים בלבד, אולם במקורות התנאיים לא מצאנו הבחנה בין סוגי הבורות לעניין החלת הפטור. דומה, אם כן, שטעם זה איננו מקור הפטור במקורות אלו, אף כי הוא מצטרף למערך השיקולים בשלב מאוחר יותר, ונעמוד על כך בהמשך הדברים.

כפי שנאמר לעיל, הנחתנו בדבר הטעם העומד מאחורי פטור כלים מושתתת על היקפו המוגבל של הפטור, אשר אין הוא פטור גורף, מכל נזקי כלים, אלא פטור מחיוב משני בלבד. הנחה זו יש לבססה, ובכך נעסוק כעת, תוך עיון בתפיסה הראשונית של הפטור ובהשתלשלותה. נפנה לפיכך לניתוח המקורות לפטור אדם וכלים.

## יא. היקפו וגדריו של פטור אדם וכלים במקורות התנאיים ועיבודם בתלמודים

המקורות נשתנו בשאלת היקף הפטור לנזקי כלים בבור. כפי שצינו אל נכון א' שווארץ וא' גולדברג,<sup>38</sup> במקורות התנאיים אין מדובר בפטור גורף, אלא מדובר בפטור על נזקי כלים, כאשר אלו ארעו יחד עם מיתת שור או חמור. זאת ניתן ללמוד מהשימוש בצירוף: "שור וכליו... חמור וכליו" במקורות השונים,<sup>39</sup> שעניינו

<sup>35</sup> ראו דבריו של ר"א שווארץ, בעניין הפטור לנזקי שור שאיננו "חרש שוטה וקטן, סומא המהלך בלילה" (כשיטה הפוסטרת במקרים אלו, ראו לעיל, הערה 20): "ובוודאי מעיקרא לא הי' שום חילוק בין שור לשור וחמור לחמור, אלא ברבות הימים שנתרבו הבורות ברה"ר ושמחו עליהן כעל כל הון, השתדלו החכמים למעט תשלומי נזקי הבור, ומאז ואילך התחילו להבדיל בין שור פקח לשור שוטה..."

<sup>36</sup> ראו על כך בהרחבה שער ראשון, פרק ב. הדיון בדבריו רב פפא, המצוטטים בפנים, מופיע שם, סעיף ב.4.

<sup>37</sup> ראו לעיל, פרק י, סעיפים 1.י; 5.י.

<sup>38</sup> הגיון אריה, עמ' כח, אות קלז; גולדברג, תוספתא, עמ' 125 – 126.

<sup>39</sup> ראו במכילתא דר' ישמעאל, במכילתא דרשב"י, במשנה ובתוספתא, הנזכרים לעיל, הערה 1.

פטור על כלים במקרה זה בלבד.<sup>40</sup> כך עולה גם מהלכת צלוחית, המופיעה בתוספתא, במכילתא דרשב"י ובתלמודים.<sup>41</sup> בתוספתא (פ"ו הי"ד) מופיע בהקשר לפטור כלים הדין הבא:

נפל לתוכו שור וכליו ונשתברו חמור וכליו ונתקעו חייב על הבהמה ופטור על הכלים שנאמר... למה זה דומה, למניח אבנו וצלוחיתו<sup>42</sup> ברשות הרבים, ובא אחר והוזק בהן, חייב על נזקי אדם ופטור על נזקי צלוחית. ואם הטה<sup>43</sup> את הצלוחית ונשברה, אף הוא חייב על נזקי צלוחית.

התוספתא מבחינה כאן בין מקרה בו ניזוקו האדם והצלוחית, לבין מקרה בו "הטה" את הצלוחית, שפירושו שבירת הצלוחית בהטחתה,<sup>44</sup> כאשר אין כאן נזק לאדם. במקרה הראשון חייב על נזקי אדם<sup>45</sup> ופטור על נזקי צלוחית, כדין "שור וכליו", ואילו במקרה השני אין נזק לאדם, ועל כן לא חל פטור כלים, וחייב על הכלים. המקבילות להלכת צלוחית במכילתא דרשב"י ובתלמודים מתפרשות אף הן – על אף השינויים ביניהן – בדרך זו, היינו: במקרה נזק לאדם ולכלים פטור על הכלים, ואילו במקרה נזק לכלים לבדם חייב.<sup>46</sup> פרשנים וחוקרים שונים, אשר עסקו במקורות אלו, הבחינו אף הם בין מקרי פטור לנזקי כלים בבור למקרי חיוב, מקצתם קרובים

<sup>40</sup> בניגוד לכך, ראו פני משה, פ"ה ה"ז, ד"ה שהיה בדין וד"ה תלמוד לומר. לשיטתו, קיימת הו"א לפטור כלים בפני עצמן ולחייב כלים כשניזוקו יחד עם הבהמה, ומכך מפקיעה הדרשה. לפי זה, פטור כלים בפני עצמן פשוט יותר, ומוסכם על שלל המקורות הנזכרים. זו נראית גם דעת הרמב"ם (נזקי ממון, פ"ג ה"א): "כלים שנפלו לבור ונשתברו בעל הבור פטור... א פ י ל ו נפל שור בכליו ומת השור ונשתברו כליו חייב על הבהמה ופטור על הכלים".

<sup>41</sup> ראו גולדברג, תוספתא, עמ' 126. במכילתא דרשב"י ובבבלי ההלכה מופיעה רק בחלקה, ראו להלן, הערה 46.

<sup>42</sup> בירושלמי ובבבלי (להלן, הערה 46): "ומשא" (בבבלי נוסף גם "סכינו"). "וצלוחיתו" כאן עשוי להיות באשגרה מפ"ב ה"ד (ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 55; גולדברג, תוספתא, עמ' 126), אף כי מסתבר שאין מדובר בטעות של מעתיקים מאוחרים, שכן גם הר"ח הכיר נוסח זה, כלשון הברייתא המובאת על ידו בסוגיית כח ע"ב (להלן, הערה 110): "אבנו וצלוחיתו". מכל מקום, אף לנוסח שלפנינו, המשך התוספתא, "ופטור על נזקי צלוחית", מתייחס לצלוחית שהיתה בידי האדם, והוזקה בחפציו של המזיק (גולדברג, שם).

<sup>43</sup> כעין זה בכת"י ערפורט: "אם היטה". אבל בדפוס: "אם הושם", ראו להלן, הערה הבאה.

<sup>44</sup> כך ("הטיח", "הוטחו") במקבילות להלכה זו במכילתא דרשב"י ובתלמודים, וכן הוא פירושו של ליברמן, בפירוש הקצר לתוספתא (פ"ו הי"ד, עמ' 23): "ואם הטה וכו'. כלומר, וע"י הטייתו נשברה, והוא היטה הוא הטיח". מפרשים רבים פרשו את התוספתא ברוח זה, אולם יש שפרשו אותה בפנים אחרים, ראו להלן, ובפרט הערה 47.

<sup>45</sup> החיוב על נזקי אדם מסתבר על בסיס ההבחנה בין מיתת אדם לנזקי אדם, ראו להלן, סמוך להערה 64. כן ייתכן, שמקור זה לא הכיר את פטור אדם, בדומה למכילתא דר' ישמעאל, ראו לעיל, סמוך להערה 10.

<sup>46</sup> בירושלמי, פ"ג ה"א, ג ע"ג, מובאת ההלכה בשם ר' יוחנן בשינויים קלים, סגנוניים ותוכניים (ראו וייס, רב ושמואל, עמ' 66. על ירושלמי זה ראו להלן, הערה 61. לר' יוחנן קשר הדוק לתורת התנאים, ראו אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 238 – 240). במכילתא דרשב"י (כא לג, עמ' 185) מובאת מקבילה לרישא בלבד: "או הוטחו כלים על קרקע הרי זה חייב על נזקי בהמה ופטור על נזקי כלים", ומדובר כמובן במקרה בו הוזקו הבהמה והכלים גם יחד (ראו גם גולדברג, תוספתא, עמ' 126). בבבלי (כח ע"ב) מובאת ברייתא המקבילה לסיפא בלבד: "לפיכך הטיח צלוחיתו באבן חייב", ויש לפרשה כהטחה בלא נזקי אדם, בהתאם לעקרון הנזכר. לדיון בברייתא זו ראו להלן, סמוך להערות 149 – 150, וראו גם פירושו של ר"ח לסוגייה, להלן הערה 110, המצטט גם את המקרה המשלים, בו הוזקו אדם וכלים.

למוצע על ידינו כאן.<sup>47</sup> בדרך דומה לדרכנו נקט 'י' לוי, אף כי דבריו בעניין זה אינם מפורשים דיים.<sup>48</sup> אברהם וייס נקט אף הוא כמוצע כאן, אולם הוא תולה הבחנה זו בהבדל שבמידת אחריותו של המזיק לנזק.<sup>49</sup> בכך הוא שונה מההסבר שהוצע על ידינו לעיל, התולה את הדברים שיקולים שונים להקלה בחיוב על המזיק, המתבטאים בפטור מחיוב משני הניתן למזיק.<sup>50</sup> כנגד אלו, מצאנו פירושים אחרים, כדוגמת ש' ליברמן, המבחין בין נפילה לבור לבין הטחה בדרך הליכתה של הבהמה, שאיננה בבור.<sup>51</sup> להבחנה המוצעת על ידינו שני יתרונות ניכרים. האחד, התימוכין לפרשנות זו במקורות המקבילים ובמקורות נוספים. זו למשל פשוטת המכילתא שתוצג במלואה להלן, המבחינה בין מקום "שלא חייב על הבהמה", ובו חייב על הכלים, למקום "שחייב על הבהמה", ובו פטור על הכלים, וזו משמעות דרשת פטור כלים שבמקורות התנאיים, הקושרת יחדיו "שור וכליו".<sup>52</sup> השני, יתרון קונספטואלי, והוא ביסוסו של החילוק שבתוספתא על ההבחנה המוגדרת שבין פטור מנזק משני לבין חיוב על נזק עקרי, העולה לפי הצעתנו. הבחנה זו מוצבת במסגרת מערך השיקולים העומד בבסיס דיני בור, כפי שנותח בהרחבה בסעיף הקודם.

תפיסה זו שבמקורות התנאיים נשתנתה בתלמודים. לצורך בחינת תהליך השינוי, נעיין תחילה בהלכה הראשונית, כפי שמופיעה במכילתא דר' ישמעאל (מסכתא דנזקין, פרשה יא, עמ' 288 – 289):

<sup>47</sup> מפרשים אחרים הוציאו הלכה זו מהלכות נזקי כלים בבור, ופרשו אותה כהלכה העוסקת בנזק צלוחית, אשר נגרם על ידי האדם המהלך ברשות הרבים, ראו חסדי דוד השלם, ט ע"א; עטרת יצחק, עמ' סה; חזון יחזקאל, עמ' 64.  
<sup>48</sup> ראו ר"י לוי, עמ' 70: "שאינו פטור על נזקי כלים בבור או באבן אלא כשנשברו מחמת בעלי חיים שנפלו לבור או נתקלו באבן אבל אם נשברו בקרקע הבור או באבן לעצמן חייב עליהן". הלבני, בבא קמא, עמ' קד – קה, מסתמך על ר"י לוי, אך פרשו ככל הנראה בדומה לדרכו של ליברמן (ראו להלן בפנים), כדבריו: "לפיכך (כשאנו בור) אם הטיח צלוחיתו באבן (עצמה) חייב".  
<sup>49</sup> ראו וייס, רב ושמואל, עמ' 67 – 68. לפי ביאורו, מידת אחריותו של המזיק למעשה משתנה – במקרה שנוזק כלים עם האדם, הרי זה "כאילו מחמתו ובאמצעותו", היינו: באשמת הניזוק. לעומת זאת, נזק לכלים לבדם נגרם על ידי המזיק באופן ישיר, ומכאן אחריותו של בעליו לנזק. ביאורו לדברים מחליש את תוקפה של ההבחנה שבתוספתא, ובמידת מה מעקר אותה לגמרי. שהרי אם נתקל האדם באבן ונפל, ובדרך מקרה לא ניזוק, ואילו הכלי ניזוק, מדוע אין זה נזק מחמת הניזוק? לחילופין, אם ניזוק האדם, ואף הכלים ניזוקו, אך היזקם נגרם באופן ברור מפגיעתם הישירה באבן, מדוע לא נראה בנזק זה את אחריותו הישירה של המזיק? קשה אם כן לתלות את שאלת אחריותו של המזיק לנזקי הכלים בנזק (המקרי) שנגרם לאדם.  
<sup>50</sup> ראו לעיל, סוף סעיף יא.1.

<sup>51</sup> ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 56, וראו גם יפה עינים, כח ע"ב, ד"ה הטיח: "וצ"ל דהטחה שאני שאין זה דרך בור" (וכן בהמשך דבריו, שם, נ ע"ב, ד"ה ושמואל). המכילתא דרשב"י, השונה "או הוטחו כלים על קרקע הרי זה חייב על נזקי בהמה ופטור על נזקי כלים" (כא לג, עמ' 185), איננה מתיישבת עם פירושו, שכן היא פוטרת על הטחת כלים. ליברמן מציע לגרוס במכילתא דרשב"י חייב, ולפרשה בהתאם להבחנה הנזכרת. בניגוד לכך, ראו פרשנותנו למכילתא דרשב"י, לעיל הערה 46, בהתאם לעקרון המוצע בפנים. לפרשנות זו יתרון בכך שאיננה זוקקת את הגהת המכילתא (וראו גם וייס, רב ושמואל, עמ' 64 – 65, הערה 49). בתוספתא, בניגוד למכילתא, הטחת הצלוחית מתארת מקרה בו נזוק כלים לבדם. מסורת זו נהירה יותר, שכן לפיה ברורה ההבחנה הסגנונית בין הרישא לסיפא: ברישא הנזק העיקרי הוא הנזק לאדם, ולכן המקרה המתואר הוא "ובא אחר והוזק בהן", ואילו בסיפא הנזק העיקרי הוא נזק הצלוחית, ולכן הדגש בתיאור הנזק הוא על הטחת הצלוחית.

<sup>52</sup> סגנון הדרשה תומך גם בהצעתו של ר"י לוי הקרובה להצעתנו (ראו לעיל, הערה 48), כפי שציין בדבריו, ראו ר"י לוי, עמ' 70, הערה 2. לתפיסות אחרות בין הפרשנים בעניין הדגשת "שור וכליו" בדרשה זו ראו לעיל, הערה 40. לדיון במקורות המקבילים ראו לעיל בפנים ובהערה הקודמת.

ונפל שמה שור או חמור... שור ולא שור וכליו, חמור ולא חמור וכליו.

שהיה בדיון, ומה אם במקום שלא חייב על הבהמה חייב על הכלים, וכאן שחייב על הבהמה אינו דין שיהא חייב על הכלים, ת"ל ונפל שמה שור או חמור, שור ולא כליו, חמור ולא כליו.

המכילתא פוטרת שור וכליו או חמור וכליו, ומכאן דבריננו לעיל, שכאשר ניזוק כלים לבדם, הרי הוא מתחייב. בפן נוסף של הלכה זו עוסק החלק השני של הקטע המצוטט: במקרה בו פטור על הבהמה, והיינו, כפי שנראה להלן בברייתת הירושלמי, בבור שאיננו עמוק דיו בכדי לחייבו במיתתה, חייב על הכלים. אף במקרה האחרון תשלום נזקי הכלים הוא התשלום העיקרי, ובהתאם לעקרונות דלעיל, חייב.

הלכה זו זוקקת את המכילתא לצריכותא – כאשר איננו מתחייב על הבהמה חייב על הכלים, ואם כן, נלמד מקל וחומר, שבמקרה החמור יותר, כאשר חייב על הבהמה, יתחייב גם על נזקי הכלים. משיבה המכילתא מהדרשה: "שור ולא כליו, חמור ולא כליו", שיש לפטור את הכלים במקרה האחרון.

במאמר מוסגר נעיר, כי אין בהצעת קל וחומר זה להוציא מדבריננו לעיל, לפיהם פטור כלים מושתת על שיקולים נזיקיים.<sup>53</sup> המשא ומתן הפנימי במכילתא משקף שיקול נזיקי אפשרי אחר, שמגמתו היא החמרה עם המזיק, ושעשוי היה לחייב את הכלים. זאת דוחה המכילתא, ומבססת את דבריה על מדרש הכתוב. כך מצאנו גם בדרשות אחרות, ולמשל דרשת המכילתא דר' ישמעאל, העוסקת בעיקר חיוב בור (מסכתא דנזיקין, פרשה יא, עמ' 288 – 289), ומסקנתה: "לפי שלא זכיתי בדיון צריך הכתוב להביאו בפני עצמו".<sup>54</sup> אף כאן, ודאי הוא שאין מדובר בתפיסה שאיננה מכירה בשיקולים נזיקיים לחיוב בנזקי בור. אולם היא מכירה בשיקול אפשרי אחר, שעשוי היה לפטור מחיוב בור, ובה הכתוב ומכריע ביניהם.<sup>55</sup>

נשוב לעיקר דיוננו. כפי שנאמר, השקלא וטריא שבמכילתא דר' ישמעאל מושתתת על ההבחנה בין מקרה בו חייב על הכלים בלבד לבין מקרה בו חייב על הבהמה, ומחדשת המכילתא דר' ישמעאל, שיש לפטור מנזקי כלים במקרה האחרון. זו גם משמעות הברייתא המקבילה בירושלמי (פ"ה ה"ט, ה"ע"א):

"ונפל שמה שור או חמור". "שור" ולא שור (ו) [ב]כליו. "חמור" ולא חמור (ו) [ב]כליו.

שהיה בדיון. מה אם בור נזקין שפטור מן המיתה חייב על הכלים. בור שלעשרה טפח' שחייב על המיתה אינו דין שיהא חייב על הכלים. ת"ל "ונפל שמה שור או חמור". "שור" ולא שור בכליו. "חמור" ולא חמור בכליו.

<sup>53</sup> ראו לעיל, סעיף יא.1.

<sup>54</sup> ראו ברייתא זו בשלמותה לעיל, פרק י, סעיף י.1.

<sup>55</sup> לעניין היחס בין מדרש הכתוב לשיקולי האחריות העומדים בבסיס ההלכה ראו הפניות לעיל, הערה 8.

העקרון העולה מבריייתא זו משותף למכילתא דר' ישמעאל,<sup>56</sup> אף כי ברייתת הירושלמי נראית מעובדת, שכן היא משתמשת בדבריה במונחים המחליפים את המונחים הסתומים יחסית שבמכילתא: "בור נזקין" במקום "במקום שלא חייב על הבהמה", ו"בור שלעשרה טפחים"<sup>57</sup> במקום "וכאן שחייב על הבהמה".

אלא שסגנון ברייתת הירושלמי רומז לשינוי משמעותי יותר. כוונתי היא לתהליך שבו הפטור והחיוב בנזקי כלים נעשים להלכות קטגוריות, התלויות באופי הבור בו נעשה הנזק, ואינן תלויות בשאלה הנקודתית-קונקרטית, האם ישנו חיוב נוסף בתשלומים או אין. כך נראה משינויי הסגנון הנזכרים שבירושלמי לעומת המכילתא, ובצורה ברורה יותר מופיעים הדברים ברובד אמוראי של הירושלמי ולאחריו בדברי סתם התלמוד. הללו, כאמור, מדגישים את ההבחנה בין סוגי הבור, ואינם תולים עוד את הדברים בשאלה, האם התשלום בנזקי הכלים נלווה – בפועל – לתשלום על בהמה או על נזקי אדם. כך הם הדברים בדברי ר' יצחק שלהלן (פ"ה ה"ז, ה ע"א):

כת' "כי יפתח איש בור" ו"כי יכרה איש בור". אחד בור לנזקין ואחד בור למיתה.<sup>58</sup>

אמ' ר' יצחק. אחד בור שלמיתה ואחר בור לנזקין שניהן ממקרא אחד נתרבו. וכשהוא בא לבור שלמיתה את מר. פטור על הכלים. וכשהוא בא לבור של נזקין את מר. חייב על הכלים.

לדעת ר' יצחק, על אף העובדה שמקור אחד בתורה לבור של מיתה ולבור של נזקין, ישנה הבחנה ביניהם לעניין פטור כלים. יש מקום לזהות את ר' יצחק זה כר' יצחק נפחא, בן הדור השלישי לאמוראי ארץ ישראל,<sup>59</sup> ודבריו עשויים לסמן את נקודת המעבר לתפיסה הקטגורית הנזכרת של הפטור.

תפיסה זו עולה בצורה מובהקת בפרשנות התלמודית למספר מימרות אמוראיות שבירושלמי, שהן כשלעצמן לא הכירו בכך.<sup>60</sup> כך, למשל, בסוגיית הירושלמי על הלכת צלוחית, המובאת בשם ר' יוחנן (פ"ג ה"א, ג ע"ג):

---

<sup>56</sup> ראו שבות יהודה, קט ע"ב (וראו שם ביקורתו על פירושו של בעל זית רענן); ר"מ איש שלום, מאיר עין, עמ' פח; הורוביץ בהערותיו למהדורתו המצוטטת בפנים; וייס, רב ושמואל, עמ' 67, הערה 61.

<sup>57</sup> ראו משנה, פ"ה מ"ה.

<sup>58</sup> בכת"י אסקוריאל: "אחד בור אחד ביר, בור למיתה וביר לנזקים", וכן באזכורים הבאים: "ביר לנזקים". ליברמן (ירושלמי נזיקין, עמ' 118) מסיק מכך, שהמילה העברית "בור" נתייחדה לבור גדול, ואילו המילה הארמית "ביר" שימשה אף לציון גומחות קטנות. יש להעיר, כי ברשב"א (עמ' רצא, ד"ה מתניתין), על אף זיקתו לכת"י אסקוריאל (ראו ההפניות המובאות לעיל, שער שני, פרק ה, הערה 77, ושם, הסתייגותו של זוסמן), ההבחנה בין בור לביר איננה קיימת. המשך דברי הרשב"א קרוב לכת"י אסקוריאל: "כשאתה בא לבור של מיתה ברשב"א, בדומה לכתב היד: "כשאתה בא", בניגוד לכת"י לידן: "וכשהוא בא".

<sup>59</sup> ראו אלבק, מבוא לתלמודים עמ' 252 – 253.

<sup>60</sup> מלבד מימרת ר' יוחנן, המוצגת כאן, ראו גם דיון הירושלמי במימרת רב, להלן, סמוך להערה 121. בדומה למסקנתו ממימרת ר' יוחנן, אף מדברי רב מסיק הירושלמי לקיומה של שיטה חולקת, הפוטרת מנזקי כלים גם בבור של נזיקין.

אמ' ר' יוחנן הניח אבנו ומשאו ברשות הרבים ובא אחר ונתקל בהן וצלוחיתו בידו. בין שנתקל באבן ונחבט בקרקע בין שנחבט באבן ונתקל בקרקע חייב על ניזקי אדם ופטור על ניזקי צלוחיתו.

מילתיה דר' יוחנן אמ'. בור שלנזקין פטור על הכלים.

ואם כדרך הטחה הטיח אפי' על ניזקי צלוחית חייב.<sup>61</sup>

ר' יוחנן מבחין, כפי שניתחנו לעיל, בין מקרה בו נגרם נזק לאדם ולכלים, אשר פטור בו על הכלים, לבין מקרה בו ניזוקו הכלים לבדם, כאשר במקרה זה חייב על הכלים. הירושלמי מניח את קיומה של ההבחנה הקטגורית בין בור של מיתה לבור של נזיקין, ומכאן מסקנתו: "מילתיה דר' יוחנן אמ' בור שלנזקין פטור על הכלים". מסקנה זו יוצרת שיטה חולקת על המקורות שהובאו לעיל – שיטה זו פוטרת כלים גם בבור שלנזקין. אולם ר' יוחנן ככל הנראה לא הכיר את הבחנת הירושלמי, אלא את ההבחנה הראשונית יותר, הפוטרת בנזקי כלים בגלל העובדה שחייב במקביל בנזקי אדם, ולא מכוח פטור גורף לכלים בבור שכזה. אין לפיכך מחלוקת בין ההלכות. בדין צלוחית פטור על הכלים שכן חייב בנזקי אדם, אולם במקרה מקביל, בו מתה בהמה ב"בור שלנזקין", פטור על הבהמה וחייב על הכלים.

יש להדגיש, כי הקטגוריזציה שבירושלמי עדיין איננה מפקיעה את הפטור ממערכת דיני הנזיקין, והיא עודנה משתלבת עם העקרונות שהוצעו בסעיף הקודם – פטור כלים מושתת על מגמה לצמצם את חיובו של המזיק, וזאת במקרה שחל עליו חיוב רחב, והיינו בבור של מיתה.<sup>62</sup> יחד עם זאת, בהפיכת הפטור לפטור קטגורי, בסוג בור מסויים, בלא בחינת פרטי המקרה, יש כדי צעד ראשוני בתהליך בו הפך פטור כלים לפטור ייחודי, שאיננו מושתת על עקרונות דיני הנזיקין, כפי שנראה להלן.<sup>63</sup>

צעד נוסף בגיבושו של פטור כלים נעשה בבבלי. בסוגיות הבבלי מצאנו הבחנה בין מיתה לנזקים, היינו: הפטור הוא רק במקרה של מיתה, ואילו במקרה נזק חייב, וזאת בהתייחס לאדם ולכלים גם יחד. כאשר לאדם, ההבחנה בין מיתה לנזקים מפורשת במכילתא דרשב"י (כא לג, עמ' 186): "יכול לא יהא חייב בנזק... ת"ל 'כסף ישיב לבעליו' לרבות את הנזקין", וכן היא עולה מהלכת צלוחית במקורות התנאיים השונים.<sup>64</sup> כאשר לכלים, הבחנה זו איננה מפורשת, אולם היא רמוזה בדברי התוספתא (פ"ו הי"ד, עמ' 23): "נפל לתוכו שור וכליו..."

<sup>61</sup> על דין צלוחית ראו לעיל, סמוך להערות 41 – 46. הקטע: "ואם כדרך הטחה וכו'" הוא המשך ההלכה (ובירושלמי הוא המשך מימרת ר' יוחנן), בדומה למקבילה בתוספתא. פרשנות הירושלמי משולבת בתוך המימרא.

<sup>62</sup> לפירוש מנוגד, התולה הבחנה זו בגזרת הכתוב, ראו פני משה, פ"ה ה"ו, ד"ה וכשהוא בא, וה"ז, ד"ה שהיה בדין.

<sup>63</sup> תהליך דומה אותה בדיונו בדין שן ורגל ובדין צרורות. בשני המקרים הללו, קטגוריזציה של ההלכה היתה שלב מקדים להפיכתה לדין ייחודי וחריג. ראו: שער שני, פרק ו, סעיף 3.1; שער שלישי, פרק ז, סעיף 3.2.

<sup>64</sup> לעיל, סמוך להערה 41, וראו הערה 45 ביחס לחיוב בנזקי אדם.

חייב על הבהמה ופטור על הכלים, שנ' ומכרו את השור החי וגו',<sup>65</sup> יצאו כלים שאין להם אונאה,<sup>66</sup> יצא אדם שאין הימנו אונאה כמותו".<sup>67</sup> הבבלי מאמץ את הדברים, ובכך הוא מסב את הבחנת הירושלמי בין בור של מיתה לבור של נזיקין מהבחנה קטגורית בין מקומות האירוע להבחנה בין תוצאותיו – מיתה מול נזק. זו ההבחנה היחידה בבבלי, ואין הוא מכיר בזו שבמקורות התנאיים או בהבחנת הירושלמי.<sup>68</sup> מהלך זה משמעותי בשני מישורים. האחד, הוא מחיל במפורש קריטריונים זהים ביחס לאדם ולכלים, על אף שטעמם ופרטיהם הראשוניים, עליהם עמדנו לעיל, שונים ונבדלים היו זה מזה. השני, מהלך זה מכיר עקרונית בהגבלת הפטור למקרה של מיתה, אך הוא יוצר דה-פקטו פטור גורף בכל מקרה של נזקי כלים, שכן "שבירתן זו היא מיתתן" (נד ע"א), ועל כן "לא מצינו בור שחייב בו את הכלים".<sup>69</sup> על פי מגמה זו ובהמשך לה, הוחל בראשונים הפטור על כל נזק שהוא, ואפילו אם הכלי עודנו ראוי לשימוש, שאין כאן בפשטות "מיתה". נצטט כאן את דברי הר"י מלוניל:<sup>70</sup>

וחמור בא למעט כלים, בין לשבירה ממש, שאין ראויין לשום מלאכה שבעולם, ובין שנשתייר מהם קצת להשתמש בהם, א"נ שהיו כלי מילת שיטונפו בו, אע"פ שראויין למלאכה, כיון שאינן ראויין למה שנעשו מתחתן פטור, דשבירתן ופסלותן ממלאכתן ראשונה זהו מיתתן.

<sup>65</sup> לעניין לימוד זה ראו הצעתו של ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 55, המבאר, כי הלימוד הוא מהשוואת בור לשור, אשר בשניהם נאמר "והמת יהיה לו" (וכן הוא בירושלמי, פ"א ה"א, ב ע"ב), וצריכה לפיכך להתקיים האפשרות ל"וגם את המת יחצון", שאינה בכלים. הלימוד מ"והמת יהיה לו" מופיע בראשונים, ראו דברי הראב"ד (כח ע"ב, עמ' 50): "והני מילי לענין קטלא דכתיב והמת יהיה לו במיתה קא מיירי ומינה קא ממעט אדם, אבל מנזקין לא...".

<sup>66</sup> ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 55, מפרש זאת על בסיס תפיסת הבבלי, המצוטטת להלן בפנים: "שבירתן זו היא מיתתן", והיינו: בטל שימושם, שכן "אין להם הנאה" (כך צ"ל), והרי הם כמת, כך שלא ניתן לומר לגביהם "ואת המת יחצון" (ראו הערה קודמת). עם זאת, בפשטות אין זה כפטור הגורף העולה מן הבבלי (להלן בפנים), שכן כלים שיש מהם עדיין הנאה, משמע שיהא עליו להתחייב. ליברמן עמד על פער זה, ראו תוספתא כפשוטה, עמ' 55, הערה 18 (זאת, כמובן, לצד הפער העיקרי בין התוספתא לבבלי, שאינו מקבל את ההבחנה בין נזק לבהמה וכלים לבין נזקי כלים לבדם, כחייב עיקרי ולא כחייב משני, כמבואר בסעיף זה).

<sup>67</sup> ראו לעיל, סמוך להערה 4, ובהערה הנזכרת.

<sup>68</sup> ראו להלן בפנים, וראו בפרט בהפניות שבדברי הרשב"א, להלן הערה הבאה.

<sup>69</sup> לא ע"א, וראו יישום הדברים במחלוקת רב ושמואל (כח ע"ב, ושם, רש"י, ד"ה וכלים פטורין), להלן סעיף יא.3. בירושלמי, על אף הקטגוריזציה של הפטור, הוא איננו גורף, בניגוד לבבלי, שהרי לפי הירושלמי חייב בנזקי כלים בבור של נזקין, כנזכר לעיל בפנים. על ההבחנה בין הפטור הגורף בבבלי לפטור החלקי בירושלמי עמדו הראשונים, ראו רשב"א, נג ע"ב, ד"ה מתניתין, עמ' רצא; מאירי, נג ע"ב, בפירושו למשנת "נפל לתוכו שור וכליו ונשתברו", עמ' 163; תוס' רבנו פרץ, ג ע"א, ד"ה בירושלמי, עמ' כב (ושם, הצעה אפשרית להתאמת הבבלי לירושלמי – "וצ"ע אם יש לפרש דאבנו נמי חשיב בור של מיתה דזמנין שיש בו כדי להמית ע"י שנתקל בו").

<sup>70</sup> נ ע"ב, עמ' 129. מעין זה הם גם דברי הר"מ מסרקסטה, שטמ"ק, כח ע"ב, עמ' 130, וכן הוא ברשב"א, כח ע"ב, עמ' קסב, בשם הראב"ד. בדברי הראשונים ניואנסים שונים, עיינו במובאות הנזכרות, ומכל מקום עיקרם הוא מתן פטור גורף לכל נזקי כלים. הערת המהדיר לחידושי הרשב"א, שם, הערה 54, על כך שהר"י מלוניל חולק על דעה זו, מבוססת על דבריו החלקיים שבפרק שלישי, המצוטטים בשטמ"ק, אך דבריו במלואם, כמצוטט בפנים, מלמדים שדעתו ודעת הרשב"א שוות לעניין זה.

ייחודו של הבבלי, אם כן, איננו רק בהבחנה בין מיתה לבין נזק, אלא – ובעיקר – בתפיסה הגורפת של פטור כלים, בשונה מיתר המקורות. תפיסה זו נתלת בהבחנת הבבלי בין מיתה לבין נזק ביחס לכלים, כפי שכתבנו לעיל, ואולי היא המניע ליצירתה של הבחנה זו, כלומר: התפיסה הגורפת של הפטור הובילה לשכלול ההבחנה שבירושלמי ולמעבר מחיוב כלים בבור של נזקין לחיוב כלים במקרה של נזקין, שהוא למעשה חיוב שאיננו קיים.

תפיסת הבבלי משתקפת בדרשותיו, השונות מהדרשות שנדונו לעיל. דרשת הבבלי לפטור אדם וכלים היא "שור ולא אדם חמור ולא כלים". לשם השוואה, לשונה של הדרשה לפטור כלים במכילתא דר' ישמעאל הוא "שור ולא שור וכליו, חמור ולא חמור וכליו", והיינו: כלי החמור וכלי השור.<sup>71</sup> "אדם" ו"כלים" שבדרשת הבבלי הם מונחים עצמאיים, וניתן לפיכך לפרש "כלים" ככלים באשר הם, ואין הכלים כלי החמור דווקא. מבחינה טקסטואלית, ייתכן שהמונח העצמאי "כלים" הוא תולדת סגנונה של המשנה, הקובעת את ההלכה: "ופטור על הכלים". כוונתה של המשנה, כפי שכבר נאמר, היא ל"שור... חמור וכליו", ולהלכה זו סומך סתם התלמוד הבבלי (נג ע"ב) את דרשת "חמור ולא כלים". הדרשה מובאת בבבלי גם כחלק מברייתא (כח ע"ב), ואף שם המקרה המתואר הוא "נפל לתוכו שור וכליו... חמור וכליו", בדומה ליתר המקורות התנאיים.<sup>72</sup> דבר מצוי הוא שסגנון של ברייתות הבבלי מושפע מן המשנה, וייתכן שכך היה גם בענייננו.<sup>73</sup> אולם מבחינה עניינית, בתלמוד הבבלי נותקה הדרשה מהקשרה במשנה, וכך התאפשרה הבנתה בהתייחס לכלל נזקי כלים בבור. מגמה זו עולה בדברי סתם התלמוד בכמה סוגיות,<sup>74</sup> אולם ראשיתה עוד בדברי ראשוני האמוראים. כתפיסה זו וכדרשה זו מוצאים אנו אצל שמואל במחלוקתו עם רב, כפי שמובא על ידי תלמידו, רב יהודה. במחלוקת זו ובתפיסת שמואל בתוכה נדון בהרחבה בסעיף הבא.

דרשת הבבלי, לבד מסגנונה, "כלים", מתייחדת במרכיב נוסף. היא כוללת בלימוד מן הכתוב "ונפל שמה שור או חמור" גם אדם, בניגוד ליתר המקורות התנאיים, הלומדים את פטור אדם בבור בדרכים אחרות.<sup>75</sup> שני השינויים הללו קשורים זה לזה. בדרשה המקורית נשנו "כליו" של השור או של החמור. הלימוד: "שור ולא שור

<sup>71</sup> לעיל, סמוך להערה 39.

<sup>72</sup> ראו במקורות שזכרו לעיל, הערה 1.

<sup>73</sup> ראו פרידמן, הברייתות בתלמוד, ולהלן, הערה 78. ניתן לראות בדרשה "שור ולא כליו" (דרשת המכילתא דרשב"י, וכן הוא אזכורה השני של הדרשה במכילתא דר' ישמעאל), שלב ביניים, בין הדרשה "שור ולא שור וכליו" לדרשת הבבלי. מדובר בדרשה זו אומנם ב"כליו", כסגנון הדרשה "שור ולא שור וכליו", אך הדרשה ממעטת את הכלים בפני עצמם – "שור ולא כליו", בדומה למבנה דרשת הבבלי.

<sup>74</sup> ראו למשל הדיון במחלוקת חכמים ור' יהודה בעניין פטור כלים, נג ע"ב – נד ע"א, סוגיית י"ע ועוד.

<sup>75</sup> הכוונה היא לתוספתא ולמכילתא דרשב"י, בניגוד למכילתא דר' ישמעאל, שכלל איננה דורשת את פטור אדם בבור. ראו לעיל, סעיף יא.1.



וכליו חמור ולא חמור וכליו" כבדרשת המכילתא דר' ישמעאל הוא אפשרי, ויש לו מובן, שכן על אף הכפילות העניינית שבו, הוא מתייחס לשני מקרים שונים, כלי שור וכלי חמור.<sup>76</sup> לעומת זאת, לאחר שהוסבה הדרשה ל"כלים" כמושג כללי, לא ניתן לדרוש "שור ולא כלים חמור ולא כלים", שכן הכפילות בכך היא נטולת משמעות. שינוי זה זוקק שילובה של דרשה חדשה, ומכאן פטור אדם בדרשת הכתוב הנוכחי. אף מבחינה עניינית, כפי שנאמר לעיל, צורפו שני הפטורים זה לזה, והושוו בקריטריונים להחלתם. שני השינויים בדרשת הבבלי משקפים אם כן את התפיסה, הרואה בפטור כלים פטור גורף, ומאחדת אותו עם פטור אדם, תוך ביסוסם של שני אלו על דרשת הכתוב. נראה, שלרובד זה שייך גם עיצובה של דעת ר' יהודה שבבבלי (נג ע"ב):

מתניתין דלא כר' יהודה דתניא ר"י מחייב על נזקי כלים בבור.

ר' יהודה איננו מכיר בפטור כלים בבור. השיטה מנוסחת באופן כוללני, כמחייבת בכל נזקי כלים בבור, ובכך היא מתמודדת עם הפטור המוחלט, המשקף, כפי שראינו לעיל, את תפיסתו של הבבלי. במקורות תנאיים אחרים ובתלמוד הירושלמי לא מצאנו מקבילה לשיטת ר' יהודה שבבבלי, ואפילו לא כמחלוקת ביחס לפטור הנקודתי של "שור וכליו".<sup>77</sup> העדרה של מקבילה לשיטת ר' יהודה במקורות הללו לצד ניסוחה של שיטת ר' יהודה על פי תפיסת הבבלי בעניין פטור כלים מוליכות למסקנה, כי אף שיטה זו, החולקת על הפטור, היא תולדת תהליך גיבושו של הפטור בבבלי.<sup>78</sup> המקורות המקבילים מצמצמים את פטור כלים בפרטים אחדים. ייתכן, לפיכך, שהם כשלעצמן מקורה של התפיסה שבברייתת ר' יהודה בבבלי. פירוש הדברים, מאחר ובבבלי נתפס פטור כלים בבור כפטור גורף, הרי אין מקום לחיוב חלקי, במצבים מסויימים בלבד. בהתאם לכך, הובנו השיטות המחייבות כלים בבור כשיטות החולקות על עיקרו של הפטור.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> יש מהמפרשים שניסו לבאר את הלימוד הכפול. ראו פני משה, באזכור המובא לעיל, הערה 40, המבאר את כפילות הדרשה כצריכותא לעניין הנזכר שם; יפה עיניים, נג ע"ב, ד"ה שור ולא אדם.

<sup>77</sup> ראו במקורות הנזכרים לעיל, הערה 1. פירוש של ליברמן למחלוקת רב הונא ורב בירושלמי (פ"ג ה"ג, ג ע"ג) נותן משנה תוקף למסקנה זו. לפי פירושו, ר' יהודה הכיר בפטור כלים בבור, אם בבור של מיתה בלבד לשיטת רב הונא, ואם אף בבור של נזיקין לשיטת רב. ראו דברי ליברמן והסוגייה עליהם הם מוסבים להלן, הערה 121.

<sup>78</sup> בעניין מקורות תנאיים המופיעים בבבלי בלבד ראו לעיל, פרק י, הערה 41. אומנם, יש החולקים על פרידמן בנטייתו לייחס חוסר מקוריות לברייתת הבבלי. אולם בדיונו מסקנה זו נראית מבוססת – לבד מהטענה להעדר מקבילות לברייתת ר' יהודה, ישנם שיקולים ענייניים, התומכים במסקנה זו, ועיקרם התאמתה של שיטת ר' יהודה, עניינית וסגנונית, לפטור הגורף כפי שנתפתח בבבלי.

<sup>79</sup> יש כאן דמיון מבני להשתלשלות שהובילה לפרשנות הירושלמי להלכת צלוחית (לעיל, סמוך להערה 59), וכן דומה הוא לתהליך שהוביל לתפיסת הבבלי בדברי רב, "היכא דלא אפקרינהו ממנו הוא" (להלן, סעיף הבא, וראו גם בסיכום פרק זה). בשלושת המקרים, קטגוריזציה של תפיסה מסויימת מולידה עימות עם תפיסות שאינן מקבילות אותה (ראו גם מוסקוביץ, המשגה, עמ' 337 – 340). אולם התוצאות משתנות – אם יצירת תפיסה חולקת ואם הגדרת תחום שונה, המופקע מההלכה הנדונה.

אם אכן השערנו נכונה, ומקורה של השיטה החולקת על פטור כלים שבבבלי במקורות המקבילים המחייבים במקרים נקודתיים בנזקי כלים בבור, יש לבחון את השאלה, על בסיס מה יוחסה השיטה לר' יהודה. שתי תשובות אפשריות לכך. האחת, טקסטואלית ביסודה, מתבססת על ברייתא בירושלמי, המחייבת אף היא בסיטואציה מסוימת בנזקי כלים בבור. ברייתא זו מובאת בשם רבי (פ"א ה"א, ב ע"א):

ר' תני. הניח גחלת ברשות הרבים ובא אחר ונתקל בה וצלוחיתו בידו. נשרפו כליו ונשברה צלוחיתו חייב על הצלוחית משום בור ועל הכלים משום אש.

הברייתא מתפרשת אף היא כחייב כלים במקרה בו נזקו הם לבדם, כשיטת המקורות התנאיים הנזכרים לעיל, או בדרכים אחרות, כדרכו של הירושלמי המחייב כלים בבור של נזקין.<sup>80</sup> ייתכן, שהבבלי הכיר מסורת זו או דוגמתה, ובשם ר' יהודה.<sup>81</sup> מכאן, בהתאם לדרך הנזכרת לעיל, הוצגה שיטת ר' יהודה כשיטה החולקת על פטור כלים בכללו.<sup>82</sup>

אפשרות שנייה לייחוסה של השיטה לר' יהודה הוא בהשפעת התהליך המקביל בפטור טמון באש. בעניין טמון באש נשנתה מחלוקת נקודתית בין ר' יהודה לחכמים, ולאחר תהליך גיבושו של פטור טמון, הוסבה מחלוקת התנאים כלפי עיקר קיומו של הפטור.<sup>83</sup> דין טמון דומה לענייננו באופיו של הפטור הראשוני, בתהליך עיצובו של הפטור ובתוצאתו, ומאפיינים אלו הובילו להשוואת התנאים החולקים בשני העניינים.

לפי דברינו, ברייתת הבבלי איננה משקפת את התפיסה התנאית המקורית, אלא משתקפת בה תפיסה תנאית מעובדת, בהתאם לעמדות שרווחו בתלמוד הבבלי. קשה להצביע במדויק על זמנו של תהליך זה, אולם רבא משמש בו כנקודת ציון מרכזית, שכן רבא הוא האמורא הראשון, המתייחס במפורש לשיטת ר' יהודה. כך מובא בסוגיית הבבלי, הדנה בדרשותיהם של חכמים ור' יהודה (נד ע"א):

---

<sup>80</sup> כפרשנות זו הציע במראה הפנים על אתר, והדברים משתלבים, כאמור, עם גישת הירושלמי בסוגיות אחרות, אולם בפני משה פרש בדרך אחרת, ראו להלן, הערה 129.

<sup>81</sup> החילוף בין רבי לר' יהודה מצוי, ראו אפשטיין, מלנה"מ, עמ' 1204 – 1205. אפשטיין מחלק זאת לשתי קבוצות, שתיהן אפשריות במקרה דנן. האחת היא טעויות סופרים, השייכת לשלב מסירת הנוסח, ובענייננו – אף הנוסח המקורי בירושלמי היה ר' יהודה. השנייה, חילוף מקורות שבברייתות, והיינו: שוני הברייתות ייחסו לעיתים את הברייתא לרבי במקום לר' יהודה. בענייננו, תהיה זו מסורת שונה של שוני הברייתות בירושלמי ובבבלי, האם הלכה זו נאמרה בשם רבי או בשם ר' יהודה.

<sup>82</sup> בין הפרשנים, יש שזיהו את רבי עם שיטת ר' יהודה (ראו למשל רידב"ז על אתר; נתיבות ירושלים, עמ' 2; שדה יהושע, עמ' א). התהליך המוצע בפנים דומה בתבניתו לתהליך שמשקף בפירוש זה של המפרשים: חיוב נקודתי בכלים הוסב לחיוב גורף, וזאת כתוצאה מגיבושו של הפטור כפטור כולל.

<sup>83</sup> ראו על כך באריכות לעיל, שער רביעי, פרק ח, סעיף ח.2.

...אמר קרא שור ולא אדם חמור ולא כלים. ולר' יהודה דקא מרבי להו לכלים, בשלמא שור ממעט ביה אדם, אלא חמור מאי ממעט ביה? אלא אמר רבא: חמור דבור לרבי יהודה, ושה דאבידה לדברי הכל – קשיא.

אף בלא ההקשר בסוגייה התלמודית, ניכר, כי רבא הכיר את מחלוקת ר' יהודה וחכמים ואת תלייתה של מחלוקת זו במילה "חמור" שבכתוב. זאת בהתאם לדרשת הבבלי, הלומדת את פטור כלים מהמילה "חמור" בלבד, לימור שמשמעו, כפי שניתחנו לעיל, תפיסת הפטור כפטור גורף, שאיננו מותנה ב"כלי" של שור או של חמור. הכרת שיטת הבבלי על ידי רבא איננה מוכיחה, אומנם, שמהלך זה גובש על ידו, אולם יש כאן לכל הפחות נקודת ציון, בה כבר ידועים היו עקרונותיה ומקורותיה של השיטה. לעיל הצענו, כי תהליך גיבושה של מחלוקת ר' יהודה וחכמים הושפע מהתהליך הדומה בעניין טמון באש. תרומתו של רבא לגיבוש דין טמון באש<sup>84</sup> מחזקת את ההשערה, שאף בענייננו יש משקל לתלמודו בעיצוב הסופי של הפטור.

התפיסה המגובשת של פטור אדם וכלים בבור, העולה מדברי רבא, נשתרשה בדברי האמוראים המאוחרים ובסוגיות סתם התלמוד שלאחריו.<sup>85</sup> יחד עם זאת, כפי שכבר הוזכר, יסודותיה של התפיסה הונחו לפני רבא, על ידי שמואל במחלוקתו עם רב. נבחן שתיים ממחלוקות רב ושמואל, הנוגעות לעניין זה.

### יא.3. מחלוקת רב ושמואל בעניין "בור שחייבה עליו תורה" ובעניין פטור כלים בבור

שתי מחלוקות של רב ושמואל נקשרות לשני הסעיפים הקודמים, לדיונינו בעניין גדרם של נזקי בור ובעניין היקפו של פטור כלים. בבבלי (נ ע"ב) מובאת מחלוקת רב ושמואל בעניין "בור שחייבה עליו תורה" כדלקמן:

אמר רב: בור שחייבה עליו תורה להבלו<sup>86</sup> ולא לחבטו. אלמא קסבר<sup>87</sup> חבטה, קרקע עולם הוא דמזקא ליה.<sup>88</sup> ושמואל אמר: להבלו וכ"ש לחבטו, וא"ת: לחבטו אמרה תורה ולא להבלו,<sup>89</sup> התורה העידה על הבור ואפילו מלא ספוגין של צמר. מאי בינייהו? איכא בינייהו דעבד גובה ברה"ר, לרב אגובה לא

<sup>84</sup> ראו שער רביעי, שם.

<sup>85</sup> ביחס לאדם הדברים עולים מפורשות בדברי רב אחא מדפתי לרבינא בנוגע לנפילת אדם שאיננו בן דעת בבור, ראו לעיל הערה 23. ביחס לכלים ראו להלן בפנים דיונו בסוגיות הסמוכות למחלוקת רב ושמואל, וכן הוא בסוגיות תלמודיות נוספות, ראו וייס, רב ושמואל, עמ' 56 – 61.

<sup>86</sup> בר"ח, עמ' צב: "לחבלו", ומפרש ר"ח: "פי' חבלו חמותו של בור". ראו בדומה לכך בכת"י מינכן, להלן הערה 89.

<sup>87</sup> בכת"י וטיקן נוסף: "רב". בהמשך, בכת"י זה ובכתבי היד המבורג ואסקוריאל: "חבטו" (בכת"י מינכן המילה חסרה).

<sup>88</sup> בכת"י וטיקן: "קרקע עולם הזיקתו".

<sup>89</sup> בכת"י מינכן: "לחיבלו".

מיחייב, לשמואל אגובה נמי מיחייב. מ"ט דרב? דאמר קרא: ונפל, עד שיפול דרך נפילה. ולשמואל?  
ונפל, כל דהו משמע.<sup>90</sup>

מחלוקת זו תמוהה למדי. קשה מבין השיטות דעת רב – שהרי ניכר שהחבטה היא הגורמת את נזקי הבור, ומדוע נזקק רב לתלות את החיוב בהבל הבור.<sup>91</sup> המשך הסוגייה מוצא נפקות בין השיטות החולקות, "דעבד גובהה ברשות הרבים", אך נפקות זו היא תוצאת המחלוקת, ואיננה המניע לה. אף הביסוס מן הכתוב, המובא לאחר מכן, איננו חד משמעי, שכן גם חבטה עונה להגדרת "דרך נפילה",<sup>92</sup> וקשה לראות בכך את המקור לדינו של רב.<sup>93</sup> הטעם העיקרי לשיטת רב, לפיכך, הוא הטעם המשפטי, המופיע בדברי התלמוד המובאים בסמוך להצגת עמדתו, שמקורם, כפי שנראה להלן, בדברי רב יהודה אמר רב:<sup>94</sup> "אלמא קסבר חבטה קרקע עולם הוא דמזקא ליה", היינו: לא ניתן לחייב על חבטה, שכן היא נגרמה על ידי "קרקע עולם", וזו, כדברי רש"י (ד"ה קרקע עולם), "אינו שלו". הבלו של הבור עומד בניגוד לקרקע עולם, שכן הוא יצרו, וניתן לשייך את ההבל לכורה הבור.

<sup>90</sup> "דאמר קרא" חסר בכתב יד פירנצה. בהמשך, בכתבי היד המבורג, מינכן, אסקוריאל ווטיקן: "כדרך נפילה. ושמואל אמר וכו'" ("ושמואל אמר" גם בכת"י פירנצה. בכת"י וטיקן בלא "אמר").

<sup>91</sup> השוו קושיית תוס' רבנו פרץ, ד"ה מאי, עמ' קעב, ותירוצו, שם.

<sup>92</sup> כך הוא בירושלמי, פ"ה ה"ט, ה"ע"א, בעניין פטור כלים (לשיטת ר' יוחנן וריש לקיש, ראו להלן, סמוך להערות 130 – 131): "אפילו נחבט בקרקעו פטור, דרך נפילה פטרה תורה", והיינו: חבטה כלולה ב"דרך נפילה", ומכאן שפטור כלים חל גם עליה.

<sup>93</sup> השוו מחלוקת רב ושמואל על משנת "נפל לפניו מקול הכרייה" (נב ע"ב – נג ע"א), הנקשרת בסוגייה למחלוקת שבענייננו: "רב לטעמיה דאמר רב בור שחייבה עליו תורה להבלו ולא לחבטו" (על סוגייה זו ראו לוין, מכילתא, עמ' 211 – 228). בסוגייה זו מובא: "תני רב חנניה לסיועי לרב ונפל עד שיפול דרך נפילה מכאן אמרו נפל לפניו מקול הכרייה חייב לאחריו מקול הכרייה פטור וזה בבור". לכאורה, יש כאן מקור תנאי המסייע מן הדרשה "עד שיפול דרך נפילה" לשיטת רב בעניין בור שחייבה עליו תורה. אולם למעשה אין הדברים כן. הקישור בין שיטת רב בדיוננו, "בור שחייבה עליו תורה להבלו", לבין שיטתו בפירוש משנת "נפל לפניו מקול הכרייה" הוא מלאכת הסוגייה התלמודית שם, ואיננו הכרחי בפשט הדברים (ראו גולדברג, תוספתא, עמ' 124 הערה 2). פירוש הדברים: הדיון בסוגיית "נפל לפניו מקול הכרייה" נסוב סביב הדרשה "לדרך נפילה", ואין הוא נוגע לחיוב בור להבלו. אלא, נחלקו האמוראים בשאלה מה מוגדר כדרך נפילה כאשר נפל מקול הכרייה – האם כל מקרה נפילה לבור, כשיטת שמואל, או רק נפילה לפניו, כשיטת רב (בעניין קול הכרייה בשיטת רב לפי הבבלי ראו לוין, מכילתא, עמ' 225 – 226; הלכני, בבא קמא, עמ' רטו הערה 9). כך משתמע מן המכילתא דרי"ש (מסכתא דנזקין, פרשה יא, עמ' 289), הנוקטת ככל הנראה כשיטת שמואל, ומבססת את דיונה על דיוק קרוב לברייתת הבבלי: "ונפל שמה בדרך הילוכו, מכאן אמרו נפל לפניו מקול הכרייה חייב, לאחריו מקול הכרייה פטור, אבל בבור בין לפניו ובין לאחריו חייב". היינו: "בדרך הילוכו" איננו כולל "נפל... לאחריו מקול הכרייה", אך כולל הוא נפילה לאחריו בבור (והשוו תירוצן הבבלי לברייתא מעין זו, נג ע"א, וראו גם ליברמן, תוספתא כפשוטה, עמ' 54; גולדברג, תוספתא, עמ' 123 – 124). דעת רב לפי זה היא כי נפילה מקול הכרייה לאחריו בבור איננה דרך נפילה, ועל כן פטור, ואין ללמוד מכאן לחיוב בור להבלו בלבד. הסוגייה התלמודית מאידך, מקשרת בין המחלוקת, ומאמצת בהתאם לכך את טעמה של זו להסברה של חברתה (והשוו מקומו של הלימוד בירושלמי, פ"ה ה"ט, ה"ע"א, הנזכר לעיל, הערה קודמת). ראו עוד לוין, מכילתא, עמ' 218 – 221 ועמ' 227 – 228. לוין מפרש את שיטת רב כפירוש הבבלי, אולם ביחס לברייתא המובאת כסיוע לרב הוא נוקט בדומה לדרכנו כאן, ומפרשה שלא על סמך שיטת רב בעניין "בור שחייבה עליו תורה". לטענתו, ההבחנה בין שיטת שמואל לשיטת הברייתא תלויה במחלוקתם של ר' נתן ורבנן, כאשר לכולי עלמא נפל לאחריו, גם בבור, הוא "שלא כדרך הילוכו".

<sup>94</sup> ראו להלן בפנים, ובפרט להלן הערה 114.

לשיטת רב, מעשה הכרייה כשלעצמו איננו מספיק על מנת להצדיק את הטלת החיוב, ויש צורך בדבר מה ממשי, שייחוס לכורה הבור. בהתייחס לתפיסות השונות בשאלת גדרי החיוב בנזקי בור,<sup>95</sup> רב קרוב לתפיסה הדורשת זיקה ממונית בין הבור לבין חופרו.<sup>96</sup> אולם רב עוסק בבור ברשות הרבים ובו הוא מחייב, בהתאם למשנתנו, ובמקרה זה לא קיימת הזיקה הממונית הנדרשת. על כן, נזקק רב לבסס את חיוב הבור על רכיב בתוכו, שהעובדה שהוא אשר יצר אותו היא המאפשרת להטיל מכוחו את החיוב.<sup>97</sup> תבנית זו איננה קיימת לשיטת שמואל, המחייב "להבלו וכל שכן לחבטו". שיטת שמואל מתאימה לתפיסה, התולה את חיובו של כורה הבור במעשה שלו, שהוא אשר הוביל לתוצאת הנזק.<sup>98</sup>

מחלוקת זו של רב ושמואל עומדת בזיקה הדוקה למחלוקתם שבפרק שלישי, העוסקת באופן ישיר בפטור כלים בבור, שהוא ענייננו בפרק הנוכחי. המחלוקת מוסבת על המשנה (פ"ג מ"א): "נשברה כדו ברשות הרבים והחליק בה אחר"<sup>99</sup> במים או שלקה בחרסיה<sup>100</sup> חייב, ומובא בה כדלקמן (כח ע"א – ע"ב):

אמר רב יהודה אמר רב: לא שנו אלא שטינפו<sup>101</sup> כליו במים, אבל הוא עצמו<sup>102</sup> פטור,<sup>103</sup> קרקע עולם

הזיקתו.

<sup>95</sup> לעיל, פרק י.

<sup>96</sup> מסתבר, שרב יכיר בחיוב העקרוני של בור ברשות היחיד. ראו בעניין זה דיונים של בעל המאור והרמב"ן, יג ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה ומסתברא בבעה"מ וד"ה ועוד כתב ברמב"ן. מסקנתנו כאן, לפיה רב מכיר בחיוב בור ברשות היחיד, איננה מתיישבת להסבר הראשון ברמב"ן, לפיו כל זיקה ממונית הופכת את הנזק לנזקי שור, ואפילו בבור רגיל ברשותו. ליתר השיטות הדברים מתיישבים, ואפילו אם רב פוטר במקרה זה, כדעת בעל המאור, הפטור נובע משיקולי אחריות, ולא מאופיו המהותי של הבור (ראו בדברי בעל המאור, וראו לעיל, סמוך להערה 62). הדברים תלויים בפיתוח שיטת שיטת רב בסוגיית הבבלי, ראו להלן בפנים, ובפרט הערה 117.

<sup>97</sup> כפי שכתבנו בפנים, ניכר כי החבטה היא הגורמת את עיקר הנזק, ועל כן בתלית החיוב בהבל הבור יש מימד של פיקציה משפטית. דרך דומה ננקטת במימרת ר' אלעזר בשם ר' ישמעאל (כט ע"ב): "שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו, ואלו הן: בור ברשות הרבים וחמץ משש שעות ולמעלה". אולם ר' אלעזר מרחיק לכת, ומשתמש בפיקציה משפטית "טהורה", דהיינו: בלא לתלות זאת בנתון עובדתי כלשהו, אלא רק: "עשאן הכתוב ברשותו" (ראו להלן, נספח ו).

<sup>98</sup> השו"י, רב ושמואל, עמ' 70 – 71. קישור מפורש בין מחלוקתם של רב ושמואל לתפיסות השונות בשאלת גדרי החיוב בנזקי בור מצאנו בר"י מלוניל, נ ע"ב, עמ' 153: "להבלו ולא לחבטו... אבל נפל לפניו למעלה, שלא מת מחמת הבל אלא מחמת חבט פטור, דקרקע שאין לו בעלים הזיקתו, דרב סבר דבור שיש לו בעלים דבר הכת'. ושמואל סב' ליה דהאי בעל הבור, בעל תקלה, ר"ל באיזה ענין שיזיק", היינו: הר"י מלוניל מבאר את סברותיהם של רב ושמואל על פי השיטות החולקות בשאלת חיוב בור ברשות הרבים ותוך שימוש במונחים הלקוחים מן הסוגייה התלמודית, המבארת מחלוקת זו (מט ע"ב – נ ע"א, ראו ציטוט הסוגייה לעיל, פרק י, סמוך להערות 42 – 59). מעניין הוא, כי גם הר"י מיגאש (שו"ת ר"י מיגאש, סימן קעד, בפירושו לסוגיית פרק שלישי, שתדון להלן) יוצר זיקה דומה בין שיטות רב ושמואל למונחים שבסוגייה הנזכרת (מט ע"ב – נ ע"א) אך הופך את השיטות (לרב) "בעל התקלה" ולשמואל "דאית ליה בעלים". טעם הדבר הוא משום שהר"י מיגאש סבור, שלרב כל בור ברשותו איננו מוגדר כבור, אלא כשור, וכך מפרש את סוגיית פרק שלישי. ראו על תפיסתו בעניין זה להלן, הערה 117.

<sup>99</sup> במשניות הבבלי: "והחליק אחד". "והחליק" גם במקצת נוסחאות המשנה (כת"י פרמה, כת"י בר"מ 456 ומשניות כת"י לידן של הירושלמי). "אחד" גם בכת"י פרמה ב, כת"י פריס ודפוס נפולי רנ"ב.

<sup>100</sup> במשנת דפוס הבבלי (למעט דפוס שונצינו): "בחרסית".

<sup>101</sup> בכתבי היד השלמים למסכתנו: "שנטפלו".

<sup>102</sup> "עצמו" חסר בכת"י פירנצה.

כי אמריתה קמיה דשמואל אמר לי: <sup>104</sup> מכדי אבנו וסכינו ומשאו <sup>105</sup> מבורו למדנו, וכולן <sup>106</sup> אני קורא בהן: שור ולא אדם, חמור ולא כלים. והני מילי לענין קטלא, <sup>107</sup> אבל לענין נזקין <sup>108</sup> אדם חייב, <sup>109</sup> וכלים פטורין. <sup>110</sup>

ורב, <sup>111</sup> הני מילי היכא דאפקרינהו, אבל היכא דלא אפקרינהו – ממונן <sup>112</sup> הוא.

לפי רב, חיובו של מי שנשברה כדו ברשות הרבים הוא כאשר נטפנו כליו במים, אך על גופו פטור, שכן "קרקע עולם הזיקתו". שיטה זו מנוגדת לפשטה של המשנה, העוסקת בנזקיו של האדם, ואיננה רומזת לנזקי כליו ("והוחלק בה... או שלקה בחרסיה"). אולם מניעה את רב התפיסה העקרונית, שאיננה מאפשרת לחייב את המזיק בבור על נזק הנגרם מ"קרקע עולם", וזאת כשיטתו בסוגייה שנדונה לעיל (נ ע"ב), המחייבת בור "להבלו ולא לחבטו". <sup>113</sup> טעם הפטור, "קרקע עולם הזיקתו", בסוגייתנו הוא ככל הנראה מגוף דברי רב יהודה אמר רב, ואילו בסוגיית פרק חמישי הוא מהפרשנות התלמודית לשיטת רב. <sup>114</sup> הקישור המילולי המפורש בין הסוגיות, מעשה הפרשנות התלמודית, משקף נכונה את השיטה ההלכתית המשותפת בשני המקרים. לפי שיטה זו, רב סבור, כי לא ניתן לחייב על נזק הנגרם מקרקע רשות הרבים. בסוגיית פרק חמישי הובילה שיטה זו לחידוש: "בור שחייבה עליו תורה להבלו ולא לחבטו", ובסוגיית פרק שלישי הובילה שיטה זו להעמדת המשנה כמחייבת

<sup>103</sup> בכת"י המבורג נוסף: "מאי טע' דאמ' ליה". בכת"י וטיקן "מ"ט" נוסף מעל השורה.

<sup>104</sup> בכת"י אסקוריאל, פירנצה ומינכן חסר "לי" (בהמשך בכת"י מינכן: "אכדי"). בכת"י וטיקן: "לו".

<sup>105</sup> בכת"י פירנצה נוסף: "כולן".

<sup>106</sup> בכת"י המבורג ומינכן: "כולן". בכת"י אסקוריאל: "וכלן קורא אני".

<sup>107</sup> בכת"י המבורג נמחק "לענין קטלא" ונכתב במקומו בגליון: "היכא דמת אדם".

<sup>108</sup> בכת"י אסקוריאל: "נזק".

<sup>109</sup> בכת"י פירנצה נוסף: "בהן".

<sup>110</sup> בר"ח: "אבל לנזקים אדם חייב נמי וכלים פטורים, דתניא למה זה דומה וכו' ותרצינא מה דומה לזה מניח אבנו וצלוחיתו לרשות הרבים והזקן בהן אחר חייב בנזקי אדם ופטור בנזקי צלוחית. ומשני רב היכא דאפקרינהו...". הקטע "דתניא" איננו לפנינו, ונראה שר"ח שילבו מתוך התוספתא (הלשון "ותרצינא מה דומה לזה" ככל הנראה נלקחה מהמשך הסוגייה, וראו הלבני, בבא קמא, עמ' קד הערה 9). קטע זה של הבריייתא הוא החלק החסר בבריייתא ר' אושעיא, בהשוואה למקבילתה שבתוספתא (ראו להלן, הערה 148). עם זאת, החלק הראשון דומה בסגנונו לתוספתא ("מניח אבנו וצלוחיתו"), בניגוד לחלק השני, שבבריייתא ר' אושעיא ("מניח אבנו וסכינו ומשאו"). מכאן השערתנו, שזוהי תוספת פרשנית של ר"ח, כנזכר לעיל.

<sup>111</sup> בכת"י וטיקן נוסף: "אמר".

<sup>112</sup> בכת"י המבורג: "ממוניה".

<sup>113</sup> ראו רש"י, ד"ה הזיקתו, וראשונים נוספים. ראו גם וייס, רב ושמואל, עמ' 70.

<sup>114</sup> בפרק חמישי טעם הפטור נבדל מגוף המימרא. הוא מופרד על ידי מילות קישור, "אלמא קסבר", במרבית כתבי היד נטשטה לשונו העברית, ואין בו יציבות טקסטואלית (ראו לעיל, הערה 88). בניגוד לכך, בסוגיית פרק שלישי, הטעם מובא במרבית כתבי היד ברצף עם המימרא (למעט כתב יד המבורג והוספה בכת"י וטיקן, ראו לעיל, הערה 103 ולהלן הערה 124), ובלשון עברית, כך שההפרדה בין המימרא לפרשנותה קשה יותר (בניגוד לעמדתו של הלבני, בבא קמא, עמ' קג הערה 2). ייתכן, עם זאת, שאין זה מדברי רב, אלא פרשנותו של רב יהודה להלכת רב, אך קשה להכריע בדבר.

על נזקי כלים במים בלבד. בשני המקרים הובילה עמדתו של רב באשר לבסיס החיוב בנזקי בור לדוחק, קונסטרוקציה משפטית ייחודית מחד ואוקימתא פרשנית מאידך.

שמואל, החולק על רב בסוגיית פרק חמישי, מחייב ב"נשברה כדו" שבפרק שלישי על נזקי אדם. קושייתו של שמואל על רב היא מחיוב המזיק על נזקי כלים, שהרי למדנו בנזקי בור "שור ולא אדם חמור ולא כלים". הסוגייה משיבה לשיטת רב: "הני מילי היכא דאפקרינהו אבל היכא דלא אפקרינהו ממונו הוא". בסוגיות אחרות, השייכות לרובד סתמאי של התלמוד, וככל הנראה מאוחרות לסוגייתנו,<sup>115</sup> הוגדר באופן מפורש נזק שלא הפקירו כנזקי שור: "כולם משורו למדנו".<sup>116</sup> תפיסה זו הפכה ליסוד מוסד בשיטת רב, ולפיה נזקי ממונו שלא הפקירם, כעין נשברה כדו ברשות הרבים, חיובם איננו מדין בור, אלא כממונו המזיק, וכדין שור.<sup>117</sup> אולם רב בדבריו איננו רומז לכך שהמימד הממוני משנה את הגדרת המזיק, ואדרבה, לפי דברינו לעיל, בור "קלאסי" לשיטת רב הוא בור שיש בינו לבין בעליו זיקה ממונית ממשית. יש מקום לפיכך לומר, שאף במקרה דנן המזיק מתחייב מדין בור, אולם זהו בור שחייב עליו בנזקי כלים.<sup>118</sup>

הכיצד ניתן לחייב כלים בבור? בדיוננו לעיל<sup>119</sup> במקורות התנאיים ובתפיסת הירושלמי ראינו גישות שונות, המבחינות בין מקרי פטור בנזקי כלים למקרי חיוב, ועל פיהן ניתן לבאר גם את שיטת רב. לפי תפיסת המקורות התנאיים הנזכרים, לא חל כאן פטור כלים, שכן פטור זה חל רק כשיש חיוב עיקרי לצידו, וכאן פטור על נזקי

<sup>115</sup> ראו וייס, רב ושמואל, עמ' 61.

<sup>116</sup> ג ע"ב ועוד. כך מפרש גם רש"י בסוגייתנו, ד"ה אבל: "ומשורו למדנו".

<sup>117</sup> בראשונים מצויות שיטות שונות בשאלה, האם כל בור שלא הפקירו חייב משום ממונו המזיק ולא משום בור, או שקיימת הבחנה פנימית. כשיטה הראשונה נקטו רש"י, ד"ה דאפקרינהו ("דסבר רב בור שחייבה עליו תורה בהפקיר רשותו ובורו הוא דחייבתו"); שו"ת ר"י מיגאש, סימן קעד (ראו גם לעיל, הערה 98); וכן סבור כך הרמב"ן באחד מפירושו (ראו לעיל, הערה 96). כדרך המנוגדת נקטו כמה ראשונים, ראו תוד"ה ה"מ, כח ע"ב; ראב"ד, כח ע"ב, עמ' 10 – 11; רמב"ן, שם (בפירושו האחרון, בקטע הפותח במשפט "ראפשר לפי גמרתנו") ועוד. זו אף פשטותן של סוגיות אחדות (כא ע"א; נג ע"א), המחייבות לדעת רב בבור ברשותו (ליישובן לשיטת רש"י ראו תוד"ה ה"מ, כח ע"ב; תוס' רבנו פרץ, כח ע"ב, ד"ה ורב, עמ' 11 – 12; רשב"א, כח ע"ב, עמ' 12; רשב"א, נג ע"א, עמ' 13; רפא [אך כן או כך מסתבר, שסוגיות אלו כלל לא הכירו את תפיסת "משורו למדנו"]). בהתאם לדרך האחרונה, מחלק הרמב"ן בין אבנו, סכינו ומשאו שלא הפקירם, הדומים לשור ("שהוא גוף הנזק וחבטה ידיה... הלכך היכא דלא אפקרינהו לשור המועד מדמינן ליה וחייב על הכל משום דדמי ליה טפי מבור"), לבין בור שלא הפקירו, ולגביו מודה רב שחייב כבור ולא כממונו המזיק. הראשונים התלבטו בשאלת גדרו של "ממונו המזיק" שכזה, ראו ר"י מיגאש, שם, וראו גם ראב"ד, שם, המתלבט אם לראותו כקרבן מועדת או מעין נזקי אדם ("מזיק בממונו הוא ואהני ביה פשיעת גופו לחייבו בנזק שלם וברשות הרבים", אך ברשב"א, כח ע"ב, עמ' 12, קסא, מובא בשם הראב"ד בשינוי מה).

<sup>118</sup> אברהם וייס מסיק אף הוא, שפרשנות הבבלי למחלוקת רב ושמואל, ובפרט תפיסת רב העולה ממנה, איננה הביאור המקורי. ראו וייס, רב ושמואל, ובפרט סיכומו, עמ' 72 – 74. לפי באורו למחלוקת האמוראים, רב ושמואל מסכימים לפרטי דיני בור (היינו: חיוב בנזק צלוחית כשהטיח צלוחיתו באבן, ראו לעיל, הערה 49), ומחלוקתם היא רק בשאלת הערכת המקרה הספציפי הנדון (האם הוא כהטחה או כמקרה רגיל של נזקי כלים בבור). להלן נלך בדרך שונה בביאור המחלוקת, בהתבסס על ניתוח מחלוקת זו גופה ועל הקשרים רחבים יותר במקורות. לפי דרכנו, מחלוקת רב ושמואל איננה מחלוקת נקודתית, אלא מחלוקת בטיבם ובפריטיהם של הלכות כלים בבור, המושתתת על מחלוקת האמוראים בעקרונות היסוד של החיוב בנזקי בור.

<sup>119</sup> סעיף יא.2.

אדם, משום ש"קרקע עולם הזיקתו". הבחנת הירושלמי בין בור של נזיקין לבור של מיתה מבארת אף היא את שיטת רב, שכן אבנו, סכיננו ומשאו הם בור של נזיקין, וחייב בהם על נזקי כלים. קשה להניח, אומנם, שרב הכיר את הבחנת הירושלמי, אולם הירושלמי מיישם אותה גם כאן, כפי שנוקט ביחס למימרת ר' יוחנן.<sup>120</sup> הדברים עולים בסוגיית הירושלמי על משנת "השופך את המים ברשות הרבים והזק בהן אחר חייב בנזקו" (פ"ג ה"ג, ג ע"ג):

רב הונא אמר. בשנחבט בקרקעו. אבל אם נתלכלכו כליו חייב.<sup>121</sup> רב אמר. אפי' נתלכלכו כליו פטור. מלתיה דרב אמרה. בור שלנזקין פטור על הכלים.

השיטה הפוטרת כאשר נתלכלכו כליו סבורה, שפטור כלים הוא אף בבור של נזיקין. מכאן, שבת פלוגתה, השיטה המחייבת אם נתלכלכו כליו, נסמכת על השיטה המחייבת כלים בבור של נזיקין. בסוגיית המקבילה בבבלי, שיטת רב במשנת "השופך את המים" היא כשיטה המחייבת על נזקי כלים (ל ע"א): "אמר רב<sup>122</sup> לא שנו אלא דנטפן<sup>123</sup> כליו במים אבל הוא עצמו פטור<sup>124</sup> קרקע עולם הזיקתו",<sup>125</sup> והיא היא השיטה המובאת על ידי רב יהודה בשם רב על משנת "נשברה כדו ברשות הרבים", הן מצד תוכנה והן מצד סגנונה.<sup>126</sup> משמעות הדבר היא כאמור: החיוב בנזקי כלים בדברי רב נובע מכך שמדובר בבור של נזיקין.

בפרשנות דברי רב יש מקום גם לדרך נוספת, שחשיבותה המרכזית היא בכך שקושרת בין שיטת רב בדין כלים בבור לתפיסתו העקרונית בשאלת יסודותיו של החיוב בנזקי בור. דרך זו מושתתת על גרעין סוגיית הבבלי, והיא מסתייעת מן הירושלמי. כמו כן, מתבארים באמצעותה דברי רב אושעיא, המובאים במסגרת סוגיית

<sup>120</sup> ראו לעיל, סמוך להערה 60.

<sup>121</sup> סגנון המימרא קשה, שהרי המשנה מחייבת "בשנחבט בקרקעו", והניגוד, "אבל", המחייב כאשר נתלכלכו כליו, איננו מתאים. לקושי זה הוצעו פירושים שונים בין מפרשי הירושלמי, ראו למשל פני משה על אתר. חלק מהפירושים נזקקים להגהת הסוגייה, ראו למשל נתיבות ירושלים, המציע לגרוס: "בשנחבט בקרקעו פטור" (ובכך משווה בין הירושלמי לבבלי, להלן בפנים). בניגוד אליהם, ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 114, מקבל את הגרסה שלפנינו (המקויימת מלבד בכת"י לידן גם בכת"י אסקוריאל ובקטע פריימן [ראו אודותיו לעיל, שער שני, פרק ה, הערה 77]), ומבאר, שהפסקה מסומנת כאן שלא במקומה, וכי המימרא התייחסה במקור לדברי ר' יהודה שבמשנה הקודמת ("נשברה כדו... ר' יהודה אומ' במתכוון חייב ובשאינו מתכוון פטור"), אשר ביחס אליה נחלקו רב הונא ורב האם פוטר ר' יהודה אף כלים אם לאו. לענייננו, על כל פנים, חשובה הפרשנות המוצעת בירושלמי לשיטת רב, ושאלת ייחוסה לכאן או לכאן איננה מכריעה (בדומה לבבלי, להלן בפנים).

<sup>122</sup> בכת"י אסקוריאל: "אמר רב יהודה אמר רב". בכת"י המבורג: "אמר רב הונא אמר רב".

<sup>123</sup> בכתבי היד: "שנטפן".

<sup>124</sup> בכת"י המבורג נוסף: "מאי טע'".

<sup>125</sup> רב הונא מקשה בבבלי על רב, אך קושייתו היא על הפטור מנזקי אדם, ואיננו חולק על חיוב כלים. חילופי השיטות בין הבבלי לירושלמי היא תופעה שכיחה, וכאן נתחלפו השיטות בדעת רב.

<sup>126</sup> ייתכן, שמימרא אחת לפנינו, ומסורותיהם של תלמידי רב (או, אולי: סורא ופומבדיתא, ראו וייס, רב ושמואל, עמ' 69) נשתנו בשאלת מקומה (והשוו קושיית הבבלי, ל ע"א: "ותרתי למה לי", הנובעת גם מהכפילות בדברי רב, כפירוש רש"י על אתר), ראו הלבני, בבא קמא, עמ' קג הערה 1.



הבבלי, בצורה, כך נדמה, הטובה ביותר.<sup>127</sup> סוגיית הבבלי יוצרת את הדיכוטומיה בין "אפקרינהו" לבין "לא אפקרינהו". מהסוגייה משמע, כפי שנאמר לעיל, שהבחנה זו משנה את הגדרת המזיק, וכן מפורש בסוגיות אחרות, אולם ניתן לפרש את דברי רב על בסיס הבחנה זו, אך לצמצמה לפטור כלים בלבד. היינו: פטור כלים חל בנזקי בור שאיננו שלו, כדוגמת בור ברשות הרבים. אולם כאשר מדובר בבור שלו,<sup>128</sup> כדוגמת נשברה כדו ברשות הרבים, אזי ניתן לחייבו גם בנזקי כלים. פירוש זה מתבסס, אם כן, על הכרה בגרעין הסוגייה הבבלי – בהבחנה מעין אפקרינהו ללא אפקרינהו וביישומה לדברי רב – כגרעין מקורי, אך ללא הפיתוח הנוסף, הנוגע לשינוי בהגדרתו של המזיק.<sup>129</sup>

פרשנות זו קושרת בקשר פנימי בין שיטת רב בסוגייתו לשיטתו בעניין "בור שחייבה עליו תורה", עליה עמדנו לעיל. שיטתו בסוגייתו ניתנת להסבר כנובעת מאילוצים פרשניים נקודתיים: מכיוון שרב פוטר אדם שניזוק בקרקע עולם, בהתאם לשיטתו בעניין "בור שחייבה עליו תורה", אין לו אלא לייחס את החיוב המובא במשנתו לנזקי כלים שנטפנו במים. אולם הסתכלות זו נותנת הסבר טכני בלבד לחיוב בנזקי כלים, ואין היא מספקת טעם ממשי לחיוב. לטענתנו, קיים טעם מהותי בשיטת רב, העומד כבסיס משותף לשיטתו בשתי מחלוקות האמוראים הנדונות. רב מחדש את שיטתו בעניין "בור שחייבה עליו תורה" מכוח נקודת המוצא שלו, הדורשת זיקה ממשית בין המזיק לבעליו. חידוש זה מלמד על החולשה המשפטית שבחיוב המזיק בנזקי בור, וחולשה זו עומדת גם מאחורי צמצום החיוב המוטל על המזיק, שביטוי הוא פטור כלים בבור. אולם כאשר קיימת זיקה ממשית בין המזיק לניזוק, כדוגמת משנתנו, בה מדובר על נזק לכליו של אחר מממיו של המזיק, וכן יהיה כנראה ביחס לכל בור ברשותו,<sup>130</sup> הרי אנו עוסקים במזיק ככל המזיקים. במקרה זה לא תחול ההפחתה בתשלום, ויתחייב גם על הכלים.

לפרשנות המוצעת בשיטת רב סיוע מסוגייה אחרת בירושלמי. על משנת "נפל לתוכו שור וכליו ונשתברו חמור וכליו ונתקרעו חייב על הבהמה ופטור על הכלים" מובאת המחלוקת הבאה (פ"ה ה"ו, ה"א):

<sup>127</sup> גרעין סוגיית הבבלי וסוגיית הירושלמי ידונו כעת. הדיון בקושיית רב אושעיא שבבבלי יידון להלן, סוף סעיף זה, וראו בפרט הערה 152.

<sup>128</sup> ליתר דיוק, בהתאם לדברינו לעיל, סמוך להערות 95 – 97, רב דורש זיקה ממשית בין בעל הבור לבורו, וייתכן שהחיוב יתקיים גם אם בפועל הפקיר את בורו. קשה להכריע בנקודה זו, ועל כן בדברים בפנים נצמדנו דרך כלל להבחנה שבתלמוד הבבלי.

<sup>129</sup> כך מפרש הפני משה את מימרת רבי בירושלמי, פ"א ה"א, ב ע"א: "ר' תני. הניח גחלת ברשות הרבים ובא אחר ונתקל בה וצלוחיתו בידו. נשרפו כליו ונשברה צלוחיתו חייב על הצלוחית משום בור ועל הכלים משום אש". לדבריו, בור שלא הפקירו מוגדר אומנם כבור, אך חייב בו על הכלים. בלשוננו של הפנ"מ (ד"ה הניח גחלת): "בשלא הפקיר מיירי, וקסבר דאע"ג דכל תקלה מבור למדנו ופטור בהן הכלים, הני מילי היכי דאפקרינהו, אבל לא אפקרינהו לא דמי לגמרי לבור, וחייב בהן את הכלים. הלכך חייב על הצלוחית משום בור". פירושו של הפנ"מ מסייע לדברינו בפנים בכך שמקיים את ההבחנה שהצענו. עם זאת, מהמקורות התנאים ומההקשר הרחב בירושלמי עולות פרשנויות אחרות למימרא זו, ראו לעיל, סמוך להערה 80.

<sup>130</sup> בהתאם לשאלת החיוב במקרה זה, ראו לעיל, הערה 96.

שמואל אמ'. בשהתריפו מחמת אורו. אבל אם נחבט בקרקעו חייב. ר' יוחנן וריש לקיש תריהון אמרין.

אפילו נחבט בקרקעו פטור. דרך נפילה פטורה.

הסוגייה מקבילה למחלוקת רב ושמואל בפרק חמישי שבבבלי בכמה שינויים. ציר הדיון בשני התלמודים הוא ההבחנה בין נזק בהבל הבור, או: "מחמת אורו" כלשון הירושלמי, לבין נזק בחבטה. הבחנה זו מעוררת את השאלה, בה נחלקו האמוראים, האם להחיל את דין בור על הבל בלבד או על הבל וחבטה כאחד. אלו הם השלד והגרעין המשותפים לשתי המסורות שבתלמודים, הבבלי וירושלמי. מבחינה מבנית, צורנית, דעת שמואל בירושלמי היא כשיטת רב בבבלי, שכן שניהם יוצרים הבחנה בין הבל לחבטה. אולם בירושלמי נתחלף רב בשמואל, תופעה נפוצה ומוכרת בין התלמודים.<sup>131</sup> בד בבד, הוסבה הסוגייה לפרט ענייני שונה מאשר בבבלי.<sup>132</sup> בירושלמי המחלוקת איננה עוסקת בעיקר חיוב בור, אלא בפטור כלים. בהתאם לכך, שמואל מחיל את פטור כלים על נזק בהבל הבור בלבד, ומחייב אם הוזקו בחבטה.<sup>133</sup> זאת כנגד הדעה החולקת בירושלמי, שיטת ר' יוחנן וריש לקיש, אשר איננה מבחינה בין הבל לחבטה, ופוטרת בכל מקרה נזקי כלים בבור.

מעניין להעיר עוד, כי אף הירושלמי לומד מן הכתוב לקיומו של הקריטריון "דרך נפילה", אולם גם כאן בשונה מן הבבלי. בראש ובראשונה, דרך נפילה בירושלמי כולל נזק בחבטה, בניגוד לדרשת הבבלי אליבא דשיטת רב.<sup>134</sup> שנית, הלימוד מוסב לפטור כלים ולא לעיקר חיוב בור. מכוח שינויים אלו מובא הכתוב כסיוע לשיטה החולקת, שיטת ר' יוחנן וריש לקיש – "אפילו נחבט בקרקעו פטור".

שיטת שמואל בירושלמי מצמצמת את פטור כלים בבור. היא מחילה פטור זה רק על מקרה שהכלים ניזוקו בהבל הבור, אולם במקרה סטנדרטי, בו ניזוקו כלים בחבטה, חייב. בדומה לכך הצענו לעיל בשיטת רב בבבלי: פטור כלים חל במקרה שהחיוב הוא על נזקי הבל הבור, אולם כאשר החיוב הוא על נזקי הבור גופו, וזאת בבור שיש בינו לבין בעליו זיקה ממשית, אזי לא חל פטור כלים. התבנית להבחנה בין פטור כלים לחיוב בשיטת שמואל בירושלמי היא כתבנית ההבחנה בשיטת רב בבבלי, אף כי אין בין המקורות זהות מלאה – בירושלמי

<sup>131</sup> הלבני, בבא קמא, עמ' קו הערה 23. התיאור בפנים מבוסס על תהליך התפתחותי מן הבבלי לירושלמי. זהו התהליך המסתבר במקרה זה, בעיקר לאור העובדה שמדובר במחלוקת בבבלי ביסודה.

<sup>132</sup> חילוף שכזה בין התלמודים, המציבים סוגייה ביחס לפרטי הלכה שונים, מוכר אף הוא, ומצאנו כדוגמתו בדיונונו בעניין "כשכשה בזנבה". ראו שער שני, פרק ו, סעיף 2.1.1.

<sup>133</sup> כך נקטו רבים ממפרשי הירושלמי, אולם הם נחלקו בטעם שמאחורי מימרת שמואל. הרמב"ן (מלחמת ה', יג ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה ועוד כתב) מעמיד זאת בבור ברשותו, ומפרש שחייב כשיטת רב בבבלי, לפיה "היכא דלא אפקרינהו ממונו הוא" (לעיל בפנים, ושם, הערה 117). בדרך קרובה לפירושו נקט הפני משה (ד"ה שמואל, ובמראה הפנים), אולם הוא תולה זאת בדיוק מן המשנה, ולא בהשתלשלות מימרת רב שבבבלי. לפירושים אחרים ראו ר"י לוי, עמ' 155; הלבני, בבא קמא, עמ' קז.

<sup>134</sup> ראו לעיל, הערה 92.

נתלית ההבחנה במציאות העובדתית, בצורת הנזק בפועל, ואילו בבבלי היא נתלית בקונסטרוקציה המשפטית, המצדיקה את חיובו של המזיק.

נמצאנו למדים, אם כן, שיש לפנינו בשיטת רב – או: שיטת שמואל בירושלמי, אך לענייננו, כאמור, נתחלפו נושאים של המסורת בין התלמודים – שני פנים של שיטה אחת. טענתנו היא כי מערכת השיקולים המנחה את שיטת רב בפרק חמישי שבבבלי, התולה את חיובו של בור ברשות הרבים בנזק מהבל הבור, היא גם מערכת השיקולים המנחה את צמצומו של הפטור למקרה נזק זה בלבד. בירושלמי נשתמרה השיטה ביחס לפטור כלים ולא ביחס לעיקר חיובו של בור ברשות הרבים, כאשר בנקודה זו הירושלמי בפשטות מחייב בכל עניין. אולם בבבלי נשתמרו שתי השיטות, האחת בסוגיית "בור שחייבה עליו תורה להבלו" והשנייה בחיוב כלים בסוגיית "נשברה כדו ברשות הרבים". יחד עם זאת, העקרונות העומדים בבסיס תפיסה זו אינם מפורשים בבבלי, ושיטתו פורשה בסוגייה התלמודית בדרכים אחרות, כפי שיתואר עוד להלן.

שיטת רב, ובפרט גלגולה כשיטת שמואל בירושלמי, מגבילה באופן ניכר את החלת פטור כלים בבור. שיטה זו מתחמת את הפטור, ומייחסת אותו למקרים בהם קיימת ממילא חולשה משפטית באשר לחיוב בתשלומי נזקי בור.<sup>135</sup> לעומת זאת, במקרים אחרים, בהם החיוב בתשלומים נעשה על פי כללי החיוב שבדיני הנזיקין, הפטור איננו חל. בהתאם לכך, מאחר ולתפיסה זו הנקודה העיקרית היא הבעלות על המזיק, הרי כשזו מתקיימת חייב גם על נזקי כלים. יש בכך פרשנות מצמצמת של הפטור, שמשמעה הוא הכרה עקרונית בכך שכאשר מתמלאים שיקולי החיוב הכלליים, יש להחיל אותם גם על נזקי כלים. הפטור עודנו קיים לשיטה זו, אך קיומו מוגבל.<sup>136</sup> על עמדה זו חלקו שמואל בבבלי ור' יוחנן וריש לקיש בירושלמי. ר' יוחנן וריש לקיש, בסוגיית הירושלמי שצוטטה לעיל, מחילים את פטור כלים בכל מקרה נזק, "אפילו נחבט בקרקעו". שיטת ר' יוחנן כאן, המרחיבה את הפטור, משתלבת עם המגמה המאוחרת שבתלמוד הירושלמי, המסיק לשיטת ר' יוחנן: "מילתיה דר' יוחנן אמ' בור שלנזקין פטור על הכלים" (פ"ג ה"א, ג ע"ג).<sup>137</sup>

בדומה לר' יוחנן, נוקט שמואל בבבלי במגמה המרחיבה את פטור כלים בבור. נשוב ונעיין בדבריו, המובאים על ידי רב יהודה:

כי אמריתה קמיה דשמואל אמר לי: מכדי אבנו וסכינו ומשאו מבורו למדנו, וכולן אני קורא בהן: שור ולא אדם, חמור ולא כלים. והני מילי לענין קטלא, אבל לענין נזקין אדם חייב וכלים פטורין.

<sup>135</sup> תיאור זה רואה בחולשה המשפטית שבחיוב בור בסיס שבדיעבד לצמצומו של פטור כלים בבור. אפשרות זו נראית עדיפה על האפשרות הרואה בחולשה המשפטית את המקור לפטור כלים, ראו דיוננו לעיל, סוף סעיף יא.1. טעמו ומקורו של פטור אדם וכלים.

<sup>136</sup> ראו בדומה לכך הסבר שיטת ר' מאיר בדין חצי נזק, לעיל, שער ראשון, פרק ג, סמוך להערות 59 – 61, ושם, סעיף ג.7. על משמעות שיטה פרשנית זו נעמוד בסיכום העבודה, סעיף 3.3.

<sup>137</sup> ראו לעיל, סמוך להערה 60.

שמואל חולק על שני החלקים שבדברי רב, חיוב כלים ופטור אדם. מבין שני אלו, מרכז הכובד של דבריו הוא פטור כלים. לשיטתו, אבנו, סכיננו ומשאו הם כבור, וחל עליהם הפטור "שור ולא אדם חמור ולא כלים". מכאן, צריכים היינו להסיק לפטור אדם, אולם, קובע שמואל<sup>138</sup> – "לעניין נזקין אדם חייב וכלים פטורין".<sup>139</sup> תפיסת שמואל ביחס לכלים רואה את הפטור כפטור גורף. אין משתמע מדבריו, שפטור כלים תלוי בכך שאדם חייב, כפי שנזקק היה לומר לו היתה מנחה אותו תפיסת המקורות התנאיים, אותה ניתחנו לעיל.<sup>140</sup> אדרבה, התהליך כאן הפוך. משמע מדברי שמואל, שפטור כלים הוא פטור מוחלט, ונובע מהזהות בין אבנו, סכיננו ומשאו לבין בור, כאשר זהות זו כשלעצמה יוצרת את הפטור. חיוב אדם נדון רק בשלב שני, לאחר ההכרעה על פטור כלים. באותה מידה, שמואל איננו מכיר בהבחנות אחרות, כדוגמת הבחנת הירושלמי, המחייבת בנזקי כלים בבור של נזיקין, שהרי כאן מדובר בבור של נזיקין.<sup>141</sup> כמו כן, הוא איננו מכיר בהבחנה בין בור שלו לבור שאיננו שלו, אותה העלנו בשיטת רב. שמואל איננו תולה את החיוב בנזקי בור בזיקה שבין הבור לבעליו, אלא במעשה כריית הבור, ואפילו ב"קרקע עולם", כפי שהעמדנו בדיוננו בעניין "בור שחייבה עליו תורה".<sup>142</sup> אין לפיכך הבדל בין סוגי הבור, ואין כל טעם בהבחנה בין בור אחד למשנהו לעניין חיוב ופטור בנזקי כלים.

בדבריו מסתמך שמואל על הדרשה: "שור ולא אדם חמור ולא כלים". הדרשה בצורתה זו משקפת את תפיסתו של שמואל, הרואה בפטור כלים פטור גורף. לעיל ראינו, כי דרשת הבבלי שונה מהדרשה במקורות התנאיים, ומשקפת את תפיסת הפטור שבתלמוד זה. נוכל כעת לומר, כי נקודת המפנה בעניין זה היא תלמודו של שמואל, ואולי עיצובה ועיבודה של הדרשה אף הוא שייך לנקודת זמן זו. אל מול רב, המגביל את חלותו של פטור כלים, בהתאם לשיקולים שונים שהוצעו לעיל, שמואל פוטר בכל מקרה נזק. דרשתו, המבססת עמדה זו בכתוב, מופיעה אף היא בדבריו – "שור ולא אדם חמור ולא כלים".<sup>143</sup>

<sup>138</sup> החלק הראשון של דברי שמואל רובו ככולו (למעט מילת הקישור "מכדי") בעברית, ואילו בחלק העוסק באדם משמשת יותר הארמית (אך ראו נוסח כ"י המבורג, לעיל הערה 107). יחד עם זאת, אין זה מסתבר לנתק בין שני החלקים, שכן החיוב בנזקי אדם הכרחי לשיטה הפוטרת כלים לצורך באורה של המשנה, המזכירה חיוב במקרה זה. כמו כן החיוב בנזקי אדם משתלב עם תפיסת שמואל לאור הקשרים רחבים יותר, ראו בהערה הבאה, ובהפנייה שם. בשל כך, ראינו את הדברים כגוף דברי שמואל, או, לכל היותר, מסקנתו של רב יהודה לשיטתו.

<sup>139</sup> חיוב אדם עשוי להיות מושתת על שיקול פרשני מקומי – המשנה הרי מחייבת במקרה הנדון, ואם פטור על נזקי כלים, לא נותר אלא לחייב בנזקי אדם. עם זאת, נראה שהטעם לחיוב נזקי אדם בבור מבוסס יותר, והוא עומד בזיקה לתהליכים המצויים במקורות אחרים. ראו דיוננו בעניין זה לעיל, סמוך להערה 64.

<sup>140</sup> סעיף יא.2.

<sup>141</sup> כך מסיקים כמה מהראשונים, ומכאן טענתם, לפיה הבבלי חולק על הירושלמי בעניין זה. ראו ההפניות לרשב"א ולתוס' רבנו פרץ, המתייחסים מפורשות לסוגייתנו, לעיל הערה 69.

<sup>142</sup> לעיל, סמוך להערה 96.

<sup>143</sup> השוו תפיסתו הגורפת של שמואל בעניין פטור שן ורגל, בפרט במחלוקתו עם רב בדין "מחזרת". ראו על כך שער שני, פרק ו, סעיף 2.1, וראו גם פרק סיכום, סעיף 4.1.

שתי נקודות אלו, הפטור הגורף ופיתוחה של הדרשה המתאימה לפטור שכזה, הן בעלות משמעות רבה לדיוננו. לטענתנו, הן משקפות את המעבר מתפיסה הרואה את הפטור במסגרת מערכת דיני הנזיקין לתפיסה המנתקת אותו מטעמו ומבססת אותו על שיקולים חוץ-נזיקיים, ובמקרה דנן: דרשת הכתוב. מסקנה זו משתלבת עם מסקנת ניתוחינו בפרקים קודמים, ונרחיב בעניינה להלן, בסיכום פרק זה.

להשלמת דיוננו במחלוקת רב ושמואל, נבחן את קושיית רב אושעיא,<sup>144</sup> המובאת בהמשך הסוגייה (כח ע"ב):

מתבי רב אושעיא:<sup>145</sup> ונפל שמה שור או חמור, שור ולא אדם, חמור ולא כלים, מכאן אמרו: נפל לתוכו שור וכליו ונשתברו, חמור וכליו ונתקרעו,<sup>146</sup> חייב על הבהמה ופטור על הכלים, הא למה זה דומה... אלא מאי<sup>147</sup> דומה לזה? אבנו וסכיננו ומשאו שהניחן ברה"ר והזיקו, לפיכך אם הטיח צלוחיתו באבן חייב. רישא קשיא לרב, וסיפא קשיא לשמואל...

הברייתא מקבילה להלכת צלוחית שבתוספתא.<sup>148</sup> אף בתוספתא מובאת ההלכה בסמוך לפטור כלים, ושם פרשנו את הדברים בהתאם לתפיסת פטור כלים שבמקורות התנאיים, היינו: פטור כלים חל רק כאשר ישנו חיוב עיקרי לצד חיוב הכלים. אולם כאשר נזוקו כלים לבדם, חייב.<sup>149</sup> אף ברייתת רב אושעיא משתלבת עם תפיסה זו: החיוב על הטחת צלוחית הוא כשנזוקה צלוחית לבדה, ואין בכך סתירה לפטור כאשר "נפל לתוכו שור וכליו ונשתברו חמור וכליו ונתקרעו".<sup>150</sup>

רב אושעיא מקשה מן הברייתא לרב ולשמואל.<sup>151</sup> על פי באורנו, שמואל רואה את פטור כלים כפטור גורף, ולפיכך "סיפא קשיא לשמואל", שהרי שנינו בסיפא חיוב בנזקי צלוחית. רב, בהתאם להצעתנו, מבחין בין בור

<sup>144</sup> על רב אושעיא ראו אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 221. ככל הנראה היה רב אושעיא גם תלמידו של רב יהודה, ומכאן היכרותו עם המסורת שבסוגייתנו.

<sup>145</sup> בכת"י המבורג: הושעיה. בכת"י אסקוריאל ופירנצה: אושעיא.

<sup>146</sup> בכת"י פירנצה: "נפל שמה שור (או) [ו] כליו ונשתברו חמור או כליו ונתקרעו" ("ונקרעו" גם בכת"י מינכן).

<sup>147</sup> בכתה"י השונים: "מה".

<sup>148</sup> ההקבלה המפורשת היא לקטע: "לפיכך..." בלבד, ראו לעיל, הערה 46. הברייתא כצורתה לפנינו נראית חסרה, שכן הקטע "לפיכך" איננו המשך ישיר לחלק הקודם, ואיננו נגזר ממנו. נראה לאור זאת, ולאור המקבילות לברייתא, שאף החלק הקודם עוסק בצלוחית, ובבבלי חלק זה נשמט, או נתקצרה לשון הברייתא (וראו ר"ח, לעיל, הערה 110), והרישא, המדמה אבנו, סכיננו ומשאו לבור, עוסקת אף היא בעניין צלוחית (בדומה ללשון התוספתא – "למה זה דומה... חייב על נזקי אדם ופטור על נזקי צלוחית", ראו בהערות הנזכרות). זו גם מסקנתו של הלבני, בבא קמא, עמ' קד (אך לא קיבלנו את פרשנותו לסוגייה, ראו להלן, הערה 151).

<sup>149</sup> ראו דיוננו בעניין זה לעיל, סמוך להערות 41 – 46. הנוסח הייחודי שבכת"י פירנצה, "חמור או כליו" (לעיל, הערה 146) נראה כאשגרה מלשון הפסוק, ואיננו משקף שיטה חולקת.

<sup>150</sup> על לשונה של הדרשה בברייתת הבבלי ראו דיוננו לעיל, סמוך להערה 72.

<sup>151</sup> לפי הפירוש שיוצע להלן בפנים, הקביעה "רישא קשיא לרב, וסיפא קשיא לשמואל" היא חלק אינטגרלי מדברי רב אושעיא. השוו לעניין זה וייס, רב ושמואל, עמ' 71; הלבני, בבא קמא, עמ' קג – קח. וייס סבור, שברייתת רב אושעיא הובאה במקורה כנגד השגת שמואל על רב בלבד. הקביעה "רישא קשיא לרב וסיפא קשיא לשמואל", לפי דבריו, היא מסתם התלמוד, ואיננה משקפת את קושיית

שלו לבור שאיננו שלו, ולפי הבחנה זו היה על המזיק להתחייב כאשר נזוקו כלים באבנו, סכיניו ומשאו. אולם הברייתא משווה בין בור לבין שלושת אלו, ומכאן: "רישא קשיא לרב".<sup>152</sup>

הבבלי, אשר לא הכיר הבחנות אלו, וראה בפטור כלים פטור גורף, או, לחילופין, חיוב גורף אליבא דשיטת ר' יהודה,<sup>153</sup> התקשה ליישב את הברייתא כצורתה, ולפיקך הקשה: "ולטעמך, תיקשי לך היא גופא: (קשיא)<sup>154</sup> רישא פטור, וסיפא חייב". אומנם, בהתאם לדברינו, הברייתא כשלעצמה מיושבת, והיא משקפת את התפיסה הראשונית של פטור כלים. אולם פיתוחו של פטור כלים על ידי האמוראים, איש איש לשיטתו, איש איש ודרכו, האחד לצמצום והשני להרחבה, הוליד את חוסר ההתאמה שבין שיטותיהם לבין הברייתא.<sup>155</sup>

---

רב אושעיא במקורה. אף הלבני סבור, שקשיית רב אושעיא במקורה לא הופנתה לרב ולשמואל גם יחד, והוא מעלה השערות שונות בדבר פרשנות הסוגייה. מסקנתו מרחיקת לכת, והוא תולה בבבלי מעשי עריכה מופלגים, שאין להם רמז במקורות. הפירוש המוצע כאן חולק על הצעותיו של הלבני בכמה צמחים מרכזיים בסוגייה זו ובסוגיית פרק חמישי.

<sup>152</sup> בדיונו בשיטת רב העלנו את האפשרות, שהוא נוקט כתפיסה התנאית של פטור כלים (ראו לעיל, סמוך להערה 119). אם אכן כך הם הדברים, הברייתא איננה קשה לרב. לכל היותר, קשיית רב אושעיא יכולה לסמוך על סגנון הדרשה, הנוקט בפטור גורף, אך ספק רב אם יש מכך בלבד קשייה, שהרי הדרשה בפירושה הגורף, כפי שנקטנו כאן, איננה מקור ההלכה, אלא תוצאתה (ראו דיונו לעיל, סמוך להערות 71 – 74). מנגד, על פי דרכנו בפנים, הקשייה על רב מסתמכת מפרט הלכתי – פטור כלים באבנו, סכיניו ומשאו.

<sup>153</sup> לעיל, סמוך להערה 78.

<sup>154</sup> "קשיא" מופיע בדפוס ונציה, אך חסר ביתר הדפוסים ובכתה"י השונים. בהמשך, בכת"י המבורג: "רישא אמרת פטור וסופא אמרת חייב" (וכן הוא בכת"י מינכן ופירנצה, ושם: "סיפא").

<sup>155</sup> הבבלי מיישב את הברייתא לפי שתי השיטות: "רב מתרץ לטעמיה: במה דברים אמורים כשהפקירן, אבל לא הפקירן חייב, לפיכך הטיח צלוחיתו באבן חייב; ושמואל מתרץ לטעמיה: השתא דאמרת אבנו סכיניו ומשאו כבורו דמי, לר' יהודה דמחייב על נזקי כלים בבור, לפיכך הטיח צלוחיתו באבן חייב." יישובים אלו דחוקים, וכוללים אוקימתא או הוספה שאיננה בכתוב (ראו וייס, רב ושמואל, עמ' 63 – 67. בעניין "רישא ר' פלוני וסיפא ר' אלמוני" ביחס למשנה ראו הנשקה, משנה ראשונה, עמ' 283 – 293). המגמה המנחה את הבבלי היא הצורך להתאים בין המקור התנאי לבין שיטות האמוראים. אולם בעיקרם של דברים קיים שוני בין הברייתא לשיטות אלו, שוני הנובע מתהליך עיצובו של פטור כלים, כמבואר בפנים.

## שער חמישי – סיכום

בפרק יא עסקנו בפטור אדם וכלים בבור. בניתוחנו עמדנו על מספר שלבים בעיצובו של הפטור, אם לצמצומו ואם להרחבתו. על פי הצעותינו, השלבים השונים מושתתים על עמדות חלוקות באשר לטעמו ולמקורו של פטור זה – בשלב ראשון, כפי שמצאנו בעניינים נוספים, היה הפטור חלק ממערכת דיני הנזיקין, ונבע משיקולים פנימיים למערכת זאת. בשלב ביניים הפטור עודנו נתפס במסגרת מערכת זאת, אולם הוא סוייג והוגבל. בשלב שלישי, שהיא התפיסה הדומיננטית בתלמוד הבבלי, נותק הפטור מטעמו ונתלה בכתוב בלבד, תוך הצבתו כפטור גורף ומוחלט.

במקורות התנאיים ישנה הבחנה בין פטור אדם לפטור כלים. פטור כלים איננו פטור מלא, אלא פטור מחיוב משני בלבד. היינו: כאשר ישנו חיוב עיקרי, כגון חיוב על מיתת בהמה ("שור וכליו"), אזי פטור מנזקי כלים. אולם כאשר נזקו כלים לבדם, הרי הם החיוב היחיד, והפטור איננו חל. הטעם להלכה זו, לפי הצעתנו, הוא המגמה להפחית מחובת התשלום המוטלת על המזיק, ככל הנראה בשל התועלת החברתית העומדת בבסיס מעשהו, וייתכן גם בשל האחריות המופחתת המוטלת עליו לאור אופיו של המזיק. פטור אדם מופיע אף הוא במקורות התנאיים, אף כי לא בכולם, וככל הנראה מנותק היה בראשיתו מפטור כלים ואולי אף שנוי במחלוקת. לפי טענתנו, פטור זה נובע משיקולי אחריות, דהיינו: על המזיק לא מוטלת אחריות למיתת אדם, שכן היה על הניזק להיזהר בדרכו. ביחס לפטור זה מצאנו במקורות התנאיים הבחנה בין מיתה לבין נזיקין, ואף הבחנה זו יש לקשרה לשיקולי האחריות הנזכרים.

התהליכים המרכזיים בענייננו הם ביחס לפטור כלים. בתלמודים מצאנו שיטות, המצמצמות אותו יתר על המפורש במקורות התנאיים. זו, לפי פירושנו, שיטת רב, המעמיד את הפטור כאשר המזיק איננו שלו. לצמצום הפטור ביטוי קיצוני יותר בתלמוד הירושלמי, שם מובאים הדברים בשם שמואל, המעמיד את הפטור במקרה ייחודי בו נגרם הנזק לכלים כאשר "התריפו מחמת אורו", אך לא כאשר "נחבט בקרקעו". שיטה זו נקשרת לתפיסה הדורשת זיקה ממונית בין בעל הבור לבורו, ואיננה מסתפקת במעשה הפשיעה כדי לחייב את המזיק בתשלומים. על תפיסה זו עמדנו בפרק י, ובו הראנו את השלכותיה, עד כדי מתן פטור מלא לנזקי בור ברשות הרבים. רב מקבל את עקרוניתה, ובשל כך נזקק לקונסטרוקציה משפטית מתוחכמת על מנת לחייב בנזקי בור – "בור שחייבה עליו תורה להבלו ולא לחבטו". משמעותה של התפיסה לעניין פטור כלים היא כי כאשר קיימים שיקולי החיוב הסטנדרטיים, ככל נזקי ממון, אזי אין לפטור כלים בבור. אולם כאשר קיימת "חולשה משפטית" בחיוב בנזקי הבור ניתן להחיל את הפטור הנזכר. זוהי גישה מצמצמת, שמשתקפת ממנה אי נוחות באשר לעצם קיומו של הפטור, ועל כן היא מיישמת אותו למקרים בהם בסיס החיוב חלש ממילא. בהתמודדות עם פטור זה,

אין שיטת רב מייחדת את הפטור ומוציאה אותו ממסגרת דיני הנזיקין, אלא נוקטת בדרך פרשנית, המגבילה את תחולתו.

כנגד שיטה זו מצאנו מגמה אחרת. ראשיתה בתלמוד הירושלמי, המחיל את פטור כלים על מקרי נזק ב"בור של מיתה", להבדיל מ"בור של נזקין". הירושלמי יוצר בכך קטגוריזציה ראשונית של הפטור, ובד בבד עומד על כמה שיטות, הפוטרות בצורה רחבה יותר מהשיטה הנראית דומיננטית בדבריו. כל זאת למרות ששיטות אלו במקורן נקטו בהבחנות אחרות, כפי שעמדנו במסגרת ניתוחנו, וראיתן כעמדות המרחיבות את הפטור נובעת מהצבתן בהשוואה להבחנה הקטגורית שבירושלמי. המשכה של מגמה זו הוא בתלמוד הבבלי. הבבלי איננו מקבל את ההבחנה בין בור של מיתה לבור של נזקין, אלא מבחין בין מקרה מיתה למקרה נזקין. זוהי הבחנה דה-יורה בלבד, שכן בכלים "שבירתן זוהי מיתתן". בכך, דה-פקטו, הופך פטור כלים לא רק לפטור קטגורי, אלא גם לפטור גורף ומוחלט, עד כדי הקביעה "לא מצינו בור שחייב בו את הכלים".

ההבחנה בין מקרה מיתה למקרה נזק מאחדת בבבלי בין הקריטריונים לפטור כלים לקריטריונים לפטור אדם. במקביל, התפתחה דרשת הפטור, ואף היא כעת קושרת יחד את שני אלו, ומציבה אותם כפטור אבסולוטי: "שור ולא אדם חמור ולא כלים". זהו שלב מסיים לתהליך שהזכרנו לעיל, שכן כעת ניצב הפטור במלואו, תוך שהוא משלב בתוכו אדם וכלים, וללא טעם נזיקי נראה לעין. לצידו, עומדת דרשת הכתוב, שהיא הנתפסת כבסיס וכמקור שממנו צמח פטור זה. בדיונינו הקודמים טענו, כי התפיסה הגורפת של הפטורים הנדונים מוליכה לראיתם כמי שאינם מושתתים על שיקולי חיוב ופטור המשמשים בדיני הנזיקין, אלא, בדרך כלל, על דרשת הכתוב.<sup>1</sup> לטענתנו, כך הדברים גם בסוגייתנו, כפי שמתבטא בתהליך גיבושו של הפטור ובתהליך עיצובה של דרשת הכתוב, התומך בפטור שכזה. שני אלו יחד מוליכים למסקנה, שאף כאן נתפס הפטור כהלכה הנלמדת מן הכתוב, ואיננה נתמכת בשיקולים נזיקיים.

יש לציין עוד, כי ביטוייה הפרקטי של המגמה האחרונה מנוגד תכלית הניגוד לקודמתה, שיטת רב, שכן שיטת רב מצמצמת את פטור כלים בבור ואילו חברתה מרחיבה פטור זה. עם זאת, מבחינה תיאורטית יש קירבה מעניינת בין שתי הגישות הללו. שתיהן מכירות בכך, ששיקולי אחריות סטנדרטיים אינם תומכים במתן הפטור, ומכאן נתפצלו, אם לצמצמו ואם להוצאתו ממסגרת שיקולי דיני הנזיקין.

באשר לזמנו של תהליך זה, ראשיתו ככל הנראה בדברי שמואל, אשר הציג את התפיסה הגורפת של הפטור, וייתכן אף שדרשת הכתוב כצורתה בבבלי התפתחה בעקבות תלמודו. לצד שמואל, נקודת ציון משמעותית בתהליך זה היא רבא. מדברי רבא עולה תפיסת הפטור והכרת דרשת הכתוב, כפי שמצאנו בדברי שמואל. בד

<sup>1</sup> ראו שער שני, פרק ו, סעיף 3.1; שער רביעי, פרק ח, סעיף 2, וראו בסיכום העבודה (פרק סיכום, סעיפים 3.3.2; 4).



בבד, יש בדברי רבא התייחסות לשיטה חולקת, שיטת ר' יהודה, המופיעה בברייתא יחידאית בבבלי, ואשר שוללת את הפטור. להשערותנו, מקורה של השיטה החולקת הוא בתפיסות תנאיות המצמצמות את הפטור, אשר כעת, לאחר שנתקבל הפטור במלואו, נתפסו כחולקות על כולו.

התלמוד הבבלי קיבל במלואה תפיסה זו, תפיסתם של שמואל ורבא. כדרכו של התלמוד, היא יושמה כלפי מקורות אחרים, אף שלא נקטו כמותה. כך היה ביחס לשיטת רב, יישום שהוליד תפיסה מחודשת הנוגעת ללב ליבם של אבות הנזיקין – "היכא דלא אפקרינהו ממונו הוא". המהלך התלמודי בסוגייה זו, באופן קונקרטי, דומה בתבניתו לזה שבסוגיית טמון<sup>2</sup> – תפיסה תלמודית גורפת של הפטור, המתנגשת עם מאפיינים דינאמיים בתוכו, ומוליכה לשינוי משמעותי בהגדרת המזיק. בנזקי אש מוליך פטור טמון כתפיסתו התלמודית לשלילת ההגדרה הראשונית, "אשו משום חציו", ולראיית אש כממונו המזיק. במקרה דנן, מוליך פטור כלים לתפיסה לפיה נזק שלא הופקר איננו בור המזיק, אלא "כולם משורו למדנו". התהליך כאן יוצר תופעה מעניינת – על מנת לשמר את פרטי ההלכה יחד עם תפיסה תיאורטית נוקשה של הפטור משתנה הבסיס המושגי הניתן לסוג נזק מסויים, כך שאיננו סותר את העקרון הדוגמטי הפוטר כלים בבור באופן גורף. כל זאת, על אף שמקורם של פרטי הלכה אלו הוא בגישות חולקות, שאינן מקבלות את תפיסת הפטור כצורתו המוכרת והמגובשת שבבבלי.

---

<sup>2</sup> ראו שער רביעי, פרק ט, ובעיקר סמוך להערות 69 – 77, ובסיכום הפרק.

## נספח ה

### נוסחאות משנת "החופר בור"

להלן טבלת נוסח משנת "החופר בור" (פ"ה מ"ה [מ"ז]) לפי עדי הנוסח השונים:

| שמות כתבי היד                        | החופר    | ופתחו | או ב... | ופתחו | ב... | ופתחו            | הערות   |
|--------------------------------------|----------|-------|---------|-------|------|------------------|---|
|                                      | בור ב... | ל...  |         | ל...  |      | ל...             |   |
|                                      |          |       |         |       |      | אחר <sup>1</sup> |   |
| קויפמן; פרמה; קטע משנה               | רה"י     | רה"ר  | —       | —     | רה"ר | רה"ר             | נוסח א'   |
| אוקספורד 2/2666 <sup>2</sup> ; משנת  |          |       |         |       |      |                  |   |
| כת"י לידן של הירושלמי; דפוס          |          |       |         |       |      |                  |   |
| ונציה רפג; ר' ברוך הספרדי            |          |       |         |       |      |                  |   |
| גליון כת"י פרמה "ג"; בר"מ            | רה"י     | רה"ר  | רה"ר    | רה"י  | רה"י | רה"י             | נוסח ב'   |
| 456; קטע משנה אוקספורד               |          |       |         |       |      |                  |   |
| 5/2666 <sup>3</sup> ; דפוס נאפולי של |          |       |         |       |      |                  |   |
| המשנה; דפוסים וכת"י של               |          |       |         |       |      |                  |   |
| הבבלי                                |          |       |         |       |      |                  |   |
| כת"י פריס                            | רה"ר     | רה"י  | רה"י    | רה"ר  | רה"ר | רה"ר             | מבנה נוסח ב', מאפיין עיקרי (רה"ר לרה"ר) כנוסח א'. |
| דפוס סלוניקי                         | רה"ר     | רה"י  | —       | —     | רה"י | רה"י             | מבנה נוסח א', מאפיין עיקרי כנוסח ב'.              |
| כת"י הוצאת לו                        | רה"י     | רה"ר  | רה"ר    | רה"י  | רה"י | —                | חסר.  |
| כת"י ברלין 568 (95 I)                | רה"ר     | רה"ר  | רה"ר    | רה"י  | רה"י | רה"י             | מעורב.  |

<sup>1</sup> המלה "אחר" מופיעה במרבית הנוסחאות, ראו בגוף הפרק, הערה 12.

<sup>2</sup> מספר סרט במכון לתצלומי כתבי יד: F21287, עמ' 7. סימונו בארכיון יד הרב הרצוג: 78/12.

<sup>3</sup> קטע זה מופיע בהמשכו של הסרט הנזכר לעיל, הערה קודמת, עמ' 9. סימונו בארכיון יד הרב הרצוג: 78/17.

## נספח ו

### מה לדיני נזיקין אצל חמץ בפסח?

#### 1. מימרת ר' אלעזר בשם ר' ישמעאל

...דאמר רבי אלעזר משום רבי ישמעאל: <sup>1</sup> שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאו הכתוב כאילו <sup>2</sup> הן ברשותו, <sup>3</sup> ואלו הן: בור ברשות הרבים וחמץ משש שעות <sup>4</sup> ולמעלה. (בבלי, פסחים, ו ע"ב; בבא קמא, כט ע"ב).

מימרא זו, הנמסרת בבבלי מפי ר' אלעזר בשם ר' ישמעאל, <sup>5</sup> היא נושא דיוננו. הנחת היסוד של המימרא היא כי יש צורך בזיקה ממונית על מנת לחייב את בעל בור המזיק בנזקי בורו, וכן יש צורך בזיקה שכזו על מנת לעבור על איסור חמץ בערב פסח. אולם בשני המקרים באופן פורמאלי מושא הדיון איננו שייך ל"בעליו", וכיצד אם כן ניתן לחייבו? ר' אלעזר נזקק לצורך פתרון הדברים לפיקציה משפטית: "עשאו הכתוב ברשותו". בכך, נחשבים הבור והחמץ כאילו הם שייכים לבעליהם, וניתן להטיל את החיוב הממוני או ה"איסורי". <sup>6</sup>

בגוף דיוננו ראינו, כי קיימת שיטה לפיה בור ברשות הרבים פטור עליו. טעם הדבר הוא משום שחסרה הזיקה הממונית בין בעל הבור לבין בורו. תפיסה זו מרחיקת לכת, ואף קשה במידת מה מן הסברא – וכי כיצד זה נפטור את חופר הבור מאחריות לנזקי חברו? התפיסה המנוגדת חולקת בנקודה זו גופה, וסבורה שמעשה הפשיעה כשלעצמו יש בו כדי לחייב את המזיק. לדידה, החופר בור ברשות הרבים חייב בתשלומים, וטעם החיוב הוא מעשה החפירה.

את התפיסה הפוטרת בור ברשות הרבים מצאנו מפורשות בדברי רב יוסף, המייחס זאת לר' עקיבא ("הפקיר רשותו ולא הפקיר בורו זהו בור האמור בתורה"). דיון דומה מובא בבבלי בהקשר ל"מפקיר נזקיו" (ב"ק, כט

<sup>1</sup> "משום ר' ישמעאל" חסר בפסחים במספר כתבי יד (כת"י לונדון, כת"י וטיקן 134 וכת"י מינכן) ובדפוס וילנא, אך מופיע בכת"י אחרים (כת"י קולומביה X893-T14, כת"י וטיקן 109, כת"י וטיקן 125 וגליון כת"י ביהמ"ל [להלן]) ובראשונים (ר"ח ועוד). בבבא קמא האזכור מופיע בדפוס ובכת"י מרכזיים (כת"י פירנצה, כת"י וטיקן וכת"י המבורג), ויש שם ששנו: "שמעון" (כת"י מינכן וכת"י וטיקן). כך גם בפסחים בכת"י תימני ביהמ"ל אנלאו 271, וצוין בגליון: "נ"א ישמעאל". החילוף בין ר' ישמעאל לר' שמעון הוא חילוף מצוי, שנוצר ככל הנראה מהקיצור ישמ', ממנו נשלה יו"ד, והוא פורש כשמעון).

<sup>2</sup> "כאילו" חסר בפסחים בכת"י ביהמ"ל.

<sup>3</sup> הקטע "של אדם ועשאו הכתוב כאילו הן ברשותו" חסר בדפוס סלוניקי שכ"א לבבא קמא.

<sup>4</sup> "שעות" חסר בדפוס שונצינו, דפוס ונציה ודפוס סלוניקי לבבא קמא, אך מופיע בדפוס וילנא ובכתבי היד. בכת"י קולומביה לפסחים: "משש שעות ומחצה ולמעלה".

<sup>5</sup> זו המסורת הדומיננטית (ראו לעיל, הערה 1), ואליה נתייחס בדברים להלן.

<sup>6</sup> ראו אלון, המשפט העברי, עמ' 102 – 103.

ע"ב), האם חייב או פטור.<sup>7</sup> הסוגייה מצטטת את מימרת ר' אלעזר בשם ר' ישמעאל, ומסיקה ממנה, שר' אלעזר סובר "מפקיר נזקיו חייב".<sup>8</sup> ר' אלעזר נוקט אם כן בגישה המחייבת בור ברשות הרבים. אולם אין הוא תולה את הדברים במעשה הפשיעה של המזיק, אלא: "עשאן הכתוב ברשותו".

לדברים אלו משמעות רבה. עמדתו העקרונית של ר' אלעזר היא כגישה התולה את החיוב בנזקי בור בזיקה הממונית בין הבור לבעליו. אלא, שכאן נתקל ר' אלעזר בבעייה, שכן לפי גישה זו יש לפטור את החופר בור ברשות הרבים. ראינו לעיל, כי יש מאן דאמר שאכן כך הם הדברים. אולם ר' אלעזר מחייב את המזיק, ובשל כך הוא נוקט בפיקציה משפטית: "עשאן הכתוב ברשותו". אין משמעות הדבר, שהתפיסה התיאורטית ביחס ליסוד חיוב הנזיקין משתנית. היא עומדת בעינה, אך מבחינה תיאורטית בלבד. שכן מבחינה מעשית אנו מתייחסים גם למי שאיננו עומד בקריטריונים הנדרשים מכוח תפיסה זו כמי שעונה לקריטריונים אלו.

מעניין הדבר, שגישה זו מיוחסת על ידי ר' אלעזר לר' ישמעאל. בדברי רב יוסף בסוגיית פרק חמישי מצאנו, כי בעניין החיוב ברשות הרבים זוהי אכן שיטתו של ר' ישמעאל, בניגוד לשיטת ר' עקיבא. אולם רב יוסף תולה זאת בכך שר' ישמעאל נוקט בגישה תיאורטית המחייבת את המזיק על מעשיו ולא על הזיקה הממונית – "שעל עסקי פתיחה ועל עסקי כרייה באה לו", וזאת בניגוד לעמדתו של ר' עקיבא. לדעת ר' אלעזר, לעומת זאת, ר' ישמעאל מסכים לגישתו העקרונית של ר' עקיבא, ותולה את חיובו של המזיק בזיקה הממונית שבין הבור לבעליו. אולם הוא מכיר בחיובו של בעל בור ברשות הרבים מכוח "עשאן הכתוב ברשותו".

בדומה לבור, אך במישור הלכתי אחר, הקריטריון לאיסור חמץ בפסח הוא הזיקה הממונית – על צורותיה השונות<sup>9</sup> – בין בעל החמץ לחמצו. כלשון הדרשה המובאת בבבלי (פסחים, ה ע"ב):

‘לא יראה לך שאר’: שלך אי אתה רואה, אבל אתה רואה של אחרים ושל גבוה.

חמץ משש שעות ולמעלה אסור מן התורה, ואסור אף בהנאה. איסור זה מפקיע למעשה את החמץ מרשותו של האדם, וכאן מתעוררת השאלה, בה עוסקת מימרת ר' אלעזר: הרי החמץ איננו שלו ואיננו ברשותו, וכיצד אם כן מתחייב על החזקתו, שהלוא "שלך אי אתה רואה, אבל אתה רואה של אחרים ושל גבוה".

<sup>7</sup> המחלוקת בדיון מפקיר נזקיו נקשרת ישירות לדיון העקרוני בשאלה, האם החיוב בנזקי בור נובע מהזיקה הממונית בין בעל הבור לבור או ממעשה הפשיעה שלו. עם זאת, בסוגייה שם משולבים משתנים נוספים, נתקל פושע או לאו, המשפיעים על הדיון. לפי מהלך הסוגייה, אין זהות הכרחית בין מאן דאמר מפקיר נזקיו פטור לבין השיטה הדורשת זיקה ממונית בין הבור לבעליו, שכן ייתכן שהפטור נובע מכך ש"נתקל לאו פושע הוא", ואף לשיטה הדורשת מעשה פשיעה לא ניתן לחייבו. בסוגיית הבבלי שבפרק חמישי ההבחנה בין השיטות מפורשת יותר. כך נקטנו גם בגוף העבודה, דהיינו: הצגת השיטות השונות העולות מסוגיית פרק חמישי כאב טיפוס של העמדות התיאורטיות המנוגדות.

<sup>8</sup> אך למסקנת הסוגייה, זו שיטת ר' ישמעאל, אולם ר' אלעזר עצמו חולק על כך ("הא ידידה הא דרביה").

<sup>9</sup> פסחים, ה ע"ב, וראו גם הנשקה, חמץ.

הפיקציה המשפטית, אותה ניתחנו לעיל ביחס לדין בור ברשות הרבים, משמשת גם כאן. דהיינו, החמץ אומנם איננו ברשותו, אך הכתוב עשאו כאילו הוא ברשותו. פיקציה זו מאפשרת להתייחס לחמץ כחמץ "שלך", ומכאן שבעליו עובר על איסור "לא יראה לך".

מאחר וכבר ניתחנו את דברי ר' אלעזר לעיל, בעניין בור, וכבר הורגלנו ברעיון הטמון בהם, הרי פתרון זה נראה על פניו טריוויאלי, אולם הדברים אינם מובנים מאליהם. בדבריו של ר' אלעזר טמון חידוש רב, שכן בדומה לבור, הוא משלב באמצעות "עשאן הכתוב ברשותו" שתי הנחות סותרות – ההנחה שמושא הדיון, חמץ או בור, איננו שייך לבעליו, וההנחה המנוגדת, שיש לחייב רק על דבר מה שיש בינו לבעליו זיקה ממונית. נמחיש את המפנה שבדברי ר' אלעזר מתוך דיונם של רבותיו הארץ-ישראליים, ר' יוחנן ור' שמעון בן לקיש (ירושלמי, פסחים, פ"ב ה"ב, כט ע"א):<sup>10</sup>

הבביר<sup>11</sup> חמצו בשלשה עשר, לאחר הפסח מהו? רבי יוחנן אמר: אסור, רבי שמעון בן לקיש אמר: מותר.

מתיב רבי יוחנן לרבי שמעון בן לקיש: אין את מודה לי משש שעות ולמעלה שהוא אסור?

אמר ליה: תמן איסורו גרם לו, הכא מה אית לך למימר?

סוגייה זו איננה עוסקת ישירות בנושא דיונו של ר' אלעזר. האמוראים אינם דנים באיסור "לא יראה לך", ודבריהם אינם נוגעים לשאלת הזיקה הממונית הנדרשת לצורך איסור זה. אולם הסוגייה משיקה לדברי ר' אלעזר בכך שעוסקת בהגדרת מעמדו של החמץ לאחר שש שעות, ובאופן קונקרטי יותר – בשאלה האם הוא חמץ שהופקר או לאו.

ר' יוחנן ור' שמעון בן לקיש נחלקו בדינו של חמץ שהופקר ב"ג בניסן לפני זמן איסורו. לדעת ר' יוחנן החמץ אסור לאחר הפסח, ואילו לדעת ר' שמעון בן לקיש החמץ מותר.<sup>12</sup> ר' יוחנן מקשה מדינו של חמץ משש שעות ומעלה, שהוא אסור. ההנחה בבסיס קושייתו היא שחמץ זה שווה לחמץ שהפקירוהו, ומכאן מבקש ר' יוחנן להסיק לדינו של חמץ שהופקר בשלושה עשר. משיב ר' שמעון בן לקיש: "תמן איסורו גרם לו", והיינו: אין הוא חמץ שהופקר, שכן האיסור גורם לו את הפקרתו.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> ר' אלעזר היה תלמידם של רב ושמואל בבבל ושל ר' יוחנן וחכמים אחרים בארץ ישראל, ראו אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 224 – 227.

<sup>11</sup> זהו הנוסח הנכון, ולא "הפקיד", ראו ליברמן, הירושלמי כפשוטו, עמ' 397 – 399.

<sup>12</sup> בהמשך הסוגייה: "אמר רבי יוסה לרבי פינחס נהיר את כד הוינן אמרין אתייה לרבי יוחנן כרבי יוסה ודרכי שמעון בן לקיש כרבי מאיר, אינה כן, אלא רבי יוחנן חשש להערמה ורבי שמעון בן לקיש לא חשש להערמה". במסגרת הנוכחית לא נכנסנו לדיון בשאלת היחס בין פרשנות זו למחלוקת לבין הקטע המצוטט בפנים.

<sup>13</sup> כך פרשו ראבי"ה והמאירי, ראו ליברמן, הירושלמי כפשוטו, עמ' 399.

כפי שנאמר, אין האמוראים עוסקים ישירות בנושא דיונו של ר' אלעזר, אולם ניתן להסיק מדבריהם לענייננו. לדעת ר' יוחנן, חמץ משש שעות שווה לחמץ שהפקירו. ר' שמעון בן לקיש, מאידך, אינו סבור כן, אלא מוצא חולשה בהגדרתו של חמץ משש שעות כחמץ שהפקירוהו, שהרי האיסור הוא זה שהוציאו מרשותו, ובשל כך ניתן לאוסרו לאחר הפסח. ר' אלעזר באופן מעשי קרוב לתפיסתו של ר' שמעון בן לקיש, אותה הוא מיישם לעניין אחר, איסור בל יראה. אולם מבחינה מושגית אין הוא זהה לו, אלא משלב את תפיסותיהם של שני רבותיו גם יחד. נבאר את הדברים: לדעת ר' יוחנן, חמץ משש שעות הוא כחמץ שהפקירוהו. ר' אלעזר מסכים לנקודת המוצא הזו, שהרי הוא קובע: "שני דברים אינם ברשותו של אדם", והיינו: חמץ משש שעות הוא כבור ברשות הרבים, שכלל אין קיימת זיקה ממונית בין בעליו לבינו. ר' שמעון בן לקיש סבור, שהחמץ אינו זהה לחמץ שהפקירוהו, שהרי הוא נאסר מכוח האיסור המוטל עליו, ומכאן, נוכל אף לראות זיקה ממונית ממשית, שעודנה קיימת בין החמץ לבעליו. ר' אלעזר מקבל גם מסקנה זו, אך הוא אינו משנה את הנחת היסוד, בה נקט כשיטת ר' יוחנן. המהלך בו נוקטת מימרת ר' אלעזר משלב את השתיים זו בזו, תוך שהיא מאפיינת את המעבר מהאחת לשנייה באמצעות היסוד הפיקטיבי אותו בארנו לעיל, ובלשונו של ר' אלעזר: "אין ברשותו של אדם ועשן הכתוב כאילו הן ברשותו".

## 2. בור וחמץ – עירוב תחומין?

מימרת ר' אלעזר מוסרת לנו על שני תחומים הלכתיים שונים, בור ברשות הרבים וחמץ בפסח, אשר הדין בהם זהה. האם לפנינו צירוף מקרי בין שני תחומים, שיש לגביהם תופעה הלכתית דומה? אני סבור, שהתשובה לכך היא שלילית. בעיקרם של דברים, הקישור התוכני והעיצוב הספרותי המיוחד מלמדים על כך, שיש לתחומים הללו מכנה משותף בסיסי יותר מאשר התופעה ההלכתית כשלעצמה. שני התחומים הללו הוצבו ועוצבו יחד במימרת ר' אלעזר, תוך שהוא מצביע על מכנה משותף, מקור הסמכות המאפשרת את הפיקציה המשפטית בה עסקנו לעיל – "עשן הכתוב ברשותו". בכך הוא קושר את שתי ההלכות ברשת מטה-הלכתית אחת. רשת זו מושתתת על תפיסה הרמוניסטית של ההלכה, המחברת יחד את ההלכה הנזיקית מצד אחד והלכות איסור והיתר מן הצד השני, ואיננה מתחשבת בשיקולים פונקציונאליים של כל אחד מן התחומים הקונקרטיים.<sup>14</sup> דהיינו, אם ביקשנו להשתית את דיני הנזיקין על שיקולים ענייניים, הקובעים את מידת אחריותו של המזיק לנזק, הרי כעת הדבר קשה יותר. שהרי אם זהו הבסיס לדיני הנזיקין, אין מקום למכנה משותף בינם לבין תחום הלכתי אחר, ששיקולים שכאלו אינם רלוונטיים לגביו.

<sup>14</sup> זוהי אנאלוגיה פורמאלית, ראו אורבך, ההלכה, עמ' 119 – 121; מוסקוביץ, המשגה, עמ' 324 – 329, וראו גם בהפנייה שבהערה הבאה. לעניין הקישור בין שני התחומים הללו ראו גם אלון, לעיל הערה 6.

אפיון שכזה לתפיסת ההלכה התלמודית איננו חדש, ואף בעבודה זו עמדנו על כך.<sup>15</sup> ייחודיותו של המקרה דנן הוא בכך שאנו מוצאים את הדברים ברובד אמוראי מוקדם יחסית, ר' אלעזר, בן הדור השלישי לאמוראים,<sup>16</sup> והוא אף מציג את הדברים כתפיסה תנאית. יחד עם זאת, עיון במקורותיה ומקבילותיה של המימרא מעלה סימני שאלה באשר לאוטנטיות שלה, ובפרט בשאלת ייחוסה התנאי. כפי שנראה מיד, עיצובה הסגנוני והתוכני של המימרא עשוי להיות דווקא פרי פועלם של שלבים מאוחרים יותר בתלמוד הבבלי.

ניתוח השתלשלותה של המימרא תלוי בראשונה בשאלה, האם ובאיזו מידה ניתן למצוא את שורשיה במקורות קדומים לר' אלעזר. בעניין חמץ בפסח, בהתאם למקבילה בירושלמי שנדונה לעיל,<sup>17</sup> אנו יכולים לעמוד על מקורותיה של התפיסה המשתקפת במימרא בדברי ר' יוחנן וריש לקיש. כך גם בעניין בור, ראינו כי ההלכה העולה מדברי ר' ישמעאל מתאימה לעמדתו לפי שיטת רב יוסף. אולם קישור זה הוא חלקי וראשוני. שכן לא מצאנו בדברי ר' ישמעאל או בדברי ר' יוחנן וריש לקיש דמיון לעיצובה הסגנוני הנוכחי של המימרא ובעיקר לא מצאנו דמיון לפיקציה המשפטית אותה היא מציעה. ייתכן אם כן לומר, כי ר' אלעזר מציע כאן את תפיסותיהם של רבותיו הארץ ישראלים ביחס לחמץ ואת עמדתו של ר' ישמעאל ביחס לבור,<sup>18</sup> אולם העיצוב והסגנון, ובעיקר – הפתרון המשפטי הייחודי המיישב את ההלכה הקשה, משלו הוא.

ביחס לבור, ישנה בירושלמי מימרא העשויה להתפרש כמשקפת את העמדה בה אנו דנים כאן. זוהי המימרא

הבאה:

דמר ר' אמי<sup>19</sup> בשם ר' לעזר. שמירת נזקין כשמירת קניין. (פ"א ה"ב, ב ע"ג; פ"ד ה"א, ד ע"א)

מימרא זו מובאת במספר סוגיות, והיא נתונה לכמה פרשנויות אפשריות, בהתאם להקשרים בהם היא מובאת.<sup>20</sup> אחת הפרשנויות האפשריות<sup>21</sup> היא כי הצלע הראשונה בדברי ר' אלעזר נסמכת לצלע השנייה, וכאן מחדש ר'

<sup>15</sup> ראו דיונו במאפייניה הפורמליסטיים של ההלכה כמערכת משפטית, בדרך כלל ברבדים מאוחרים, מבוא, סעיף 3.4.

<sup>16</sup> אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 224 – 227.

<sup>17</sup> סמוך להערה 11.

<sup>18</sup> בניגוד למסקנת הבבלי, ראו לעיל הערה 8.

<sup>19</sup> ר' אמי איננו מופיע באזכור השני של המימרא (פ"ד ה"א), ושם רק: "אמר ר' לעזר".

<sup>20</sup> בהקשר שבו מובאת המימרא בפעם הראשונה (פ"א ה"ב, ב ע"ג) הפרשנות הפשוטה הפוכה מהפרשנות המוצעת בפנים, ועיקרה הוא כי "שמירת קניין" גוררת חיוב "שמירת נזקין". לווריאציות שונות של פירוש זה ראו רמב"ן במלחמת ה', ראש פרק שור שנגח ארבעה וחמשה (יז ע"ב בדפי הרי"ף), מהר"א פולדא, פני משה, רידב"ז ור"י לוי על אתר (במקבילה למימרא זו, פ"ד ה"א, ד ע"א, מפרשים הפני משה ור"י לוי בדרכים אחרות). פרשנות זו מיושבת אומנם יותר בסוגייה ההיא, אך היא איננה מתיישבת עם פשט המימרא, שכן לפיה הצלע השנייה נסמכת לראשונה ("שמירת קניין" גוררת חיוב "שמירת נזקין"), ואילו דברי ר' אלעזר הפוכים מכך. מלבד הפרשנויות שהוזכרו, ישנה פרשנות שלישית למימרת ר' אלעזר. פרשנות זו תלויה בדברי ר' אלעזר בסוגייה אחרת בירושלמי, הנקשרת למשנת "קשרו בעליו במוסרה" (פ"ד ה"י, ד ע"ג). אני מקווה בע"ה לדון בפרשנות זו במקום אחר.

<sup>21</sup> פרשנות זו איננה מסתייעת בהקשרים רחבים יותר בהם ממוקמת המימרא, ראו לעיל, הערה קודמת. אם אכן מימרת ר' אלעזר שבבבלי היא עיבוד של המימרא המצוטטת, אזי צריך לומר שזו האחרונה פורשה כמימרא עצמאית, בלא ההקשר שבמקבילותיה.

אלעזר, שכאשר קיימת חובת "שמירת נזקין", הרי היא כחובת שמירת קניינו של אדם. והיינו, החובה העיקרית היא חובת שמירת ממונו, ולכך מוסיף ר' אלעזר גם חובת שמירת נזקין כאשר המזיק אינו קניינו. הרעיון הטמון כאן קרוב לרעיון המובע במימרת ר' אלעזר שבבבלי – מרכיב הבעלות הוא רכיב הכרחי בחיובו של המזיק, וזו נקודת המוצא של ר' אלעזר. החידוש בדבריו הוא כי גם כאשר רכיב זה נעדר, ההתייחסות לדברים זהה. עם זאת, הדברים אינם מפותחים כפי שהם במימרא שבבבלי, שכן בירושלמי ר' אלעזר אינו מבאר את המהלך בו הוא נוקט, המאפשר מבחינה פורמאלית את הזיהוי הנזכר. במימרא שבבבלי מתוארת הפיקציה המשפטית המאפשרת זיהוי זה, וזאת בראיית הדבר הנדון כקניינו של בעליו, על ידי "עשן הכתוב ברשותו". ייחודיותה של המימרא שבבבלי, כמו גם העובדה כי משתקפים ממנה עמדה מאוחרת באשר לטיבה של ההלכה ומהלך קונספטואלי המאפיין דורות מאוחרים לר' אלעזר, מעלים את האפשרות, כי המימרא כצורתה אף אינה משקפת את דבריו המקוריים של ר' אלעזר, אלא פרי עיבוד מאוחר של תפיסה הלכתית קדומה. שורש אחד של תפיסה הלכתית זו הוא במסורת ארץ ישראלית, מפי רבותיו של ר' אלעזר, והשני מצאנו את יסודותיו בדברי ר' ישמעאל ואולי את הרחבתו בדברי ר' אלעזר בירושלמי. בבבלי, בהתאם לכך, יוחסה המימרא המפותחת לר' אלעזר בשם ר' ישמעאל.<sup>22</sup>

נסכם את הדברים. מימרת ר' אלעזר בבבלי משקפת רעיון ייחודי, הבא לידי ביטוי בקונסטרוקציה המשפטית המתוחכמת אותה הוא בונה, וזאת בכדי להצדיק שתי הלכות: חיובו בנזיקין של בור ברשות הרבים והאיסור המוטל על חמץ בערב הפסח. ראינו אומנם, כי שורשה של המימרא קיים בתפיסות מוקדמות לר' אלעזר, אך עיצובה וסגנונה, ובעיקר הפיקציה המשפטית אותה היא יוצרת, ייחודיים למימרתו ולניסוחה הבבלי. קשה לראות בדברים כצורתם מסורת תנאית, כפי שנמסר בבבלי, שהרי אין לכך עדויות במקבילות תנאיות או אמוראיות, והקירבה בין אלו למימרא זו היא ראשונית בלבד. בדרך של השערה ביקשנו לומר, כי שמא הדברים אף אינם מסגנונו של ר' אלעזר עצמו, אלא פיתוח מאוחר, אשר קיבל את עיצובו הבבלי בהתאם לתפיסה מטה-הלכתית הרמוניסטית, שרווחה בבבלי בשלבים אלו. דהיינו, העמדה ההלכתית הראשונית היא אכן מסורת ארץ ישראלית ואולי אף מסורת תנאית, וכפי שראינו ניתן לבסס את הדברים. בבבלי יוחסה עמדה זו לר' אלעזר, לאור

<sup>22</sup> לדוגמא של ייחוס מאוחר של מימרא לאמוראים ארץ ישראליים (ר' יוחנן ור' אלעזר) ראו פורסטנברג, גיטין, עמ' 104, ושם, הערה 4. תופעה זו נובעת ממספר גורמים אפשריים, כגון, שיקולים ספרותיים: תשובה למסכת קושיות, שלפי עמדת התלמוד ראוייה היתה להיאמר על ידי האמורא. לחילופין, יתכן שהגורם לכך הוא הכרת מסורת ארץ ישראלית וייחוסה לחכם ארץ ישראלי מפורסם או לחכם המוסר בדרך כלל מסורות אלו (פעמים רבות זהו ר' יוחנן, ראו למשל בנובין, שבועות, עמ' 80 – 81). במקרה דנן התופעה האחרונה היא המתאימה, דהיינו: המסורת הארץ ישראלית נמסרה בבבלי, שם היא נוסחה בהתאם לתפיסה ההלכתית הרווחת, תוך שהיא מיוחסת לר' אלעזר.



שורשיה בדברי רבותיו ובמימרא אחרת שנמסרה בשמו, תוך שעיצובה הקונקרטי, המשלב קונספציות מאוחרות יותר באשר לטיבה ההרמוני של ההלכה על שלל תחומיה, הוא מעשה ידיים מאוחרות.

## **פרק סיכום**

### **מגמות בפיתוח ובגיבוש הדינים החריגים במערכת דיני הנזיקין**

#### **1. פתיחה**

בפרק זה, פרקה האחרון והמסכם של העבודה, נשרטט בקווים עיקריים את תהליכי פיתוחם וגיבושם של הדינים החריגים ואת מקומם במערכת דיני הנזיקין. עד עתה התמקד דיוננו במקרים הפרטיים, תוך נסיון לעמוד על התהליכים המאפיינים כל אחד ואחד מהם. במסגרת זאת נדונו מרכיבים ייחודיים לכל אחד מהפרקים, ובד בבד נרמזו המכנים המשותפים לתהליכי ההתפתחות השונים. אלו האחרונים הם תכליתו של פרק זה, ובהצגתם ישתקפו המסקנות הכלליות העולות מהניתוח הפרטני של מקרי הפטור החריגים.

בחלק הראשון של פרק זה נסקור את עיקריה של כל הלכה והלכה ונפרט את השתלשלותה, בהתאם לניתוחינו בפרקים הקודמים. לאחר מכן נוכל לדון במגמות העיקריות המשתקפות מתהליכי ההתפתחות של ההלכות הללו. זהו השלב העיקרי של דיוננו כאן, ובו תוצג תבנית כללית המאפיינת את התפתחות הדינים החריגים. תבנית זו תיתן את התמונה המתבקשת באשר לפיתוחו של הדין החריג ובאשר למעמדו במסגרת דיני הנזיקין התלמודיים.

#### **2. מקרי הפטור החריגים – סיכום תהליכי ההתפתחות**

כתשתית לבחינת המגמות העיקריות ביחס למקרי הפטור החריגים נשוב ונזכיר את עיקרי מסקנות הפרקים הקודמים ואת תמצית דיוננו בהם.

עיוננו בדין חצי נזק עסק באופן נרחב בתורת התנאים, שהיא המכילה את עיקר המקורות הנוגעים לבסיס התיאורטי ולפרטי ההלכות של דין זה. במסגרת זאת הראנו את המתח בין שני זרמים באשר לטיבו של שור תם הנוגח שור. האחד נקט בגישה לפיה אין מוטלת אחריות על בעל השור המזיק. חציית הנזק לפי תפיסה זו מבטאת חלוקה של תוצאות הנזק בין הצדדים המעורבים ואיננה משקפת אשמה של מי מהצדדים הללו. הזרם השני נקט בגישה לפיה מוטלת אחריות על בעל השור המזיק, ועל כן מוטלת עליו חובת תשלום, אך זו מוגבלת למחצית הנזק. השיקול להפחתת הנזק לפי זרם זה איננו מפורש בדברי התנאים, אולם מצאנו לו טעם בתורת האמוראים. לפי טעם זה, אחריותו של המזיק לנזק קיימת אומנם, וראוי היה מכוחה לחייב בתשלום מלא, אולם ישנו אינטרס להקל מעט בתשלום – "ובדין הוא דבעי לשלומי כוליה, ורחמנא הוא דחס עליה דאכתי לא אייעד תוריה" (דברי רב פפא, טו ע"א).



מצמצמת שלה, תוך החלתה במספר מועט של מקרים. כפי שנראה בהמשך, זהו שלב ביניים, המכיר בצורה מוגבלת בקיומו של הדין החריג. אולם טרם מצאנו את העמדה הרואה בדין שכזה הלכה שאיננה תלויה במערכת השיקולים העומדת בבסיס דיני הנזיקין, עמדה שאחריה תרים אנו בעבודה זו, ואשר הרחבנו בתיאורה במבוא. בהמשך דברינו נמצא עמדה שכזו ביחס לדינים החריגים האחרים, ועל בסיס זה נוכל לראות סימנים לה גם בהלכת חצי נזק.

בדין שן ורגל ברשות הרבים יצא דיוננו מרבדיה הקדומים של תורת התנאים והסתיים ברבדים המאוחרים של התלמוד. הבסיס להורות ולידתו של הפטור הוא המשנה הקדומה של מסכתנו (פ"א מ"ב): "חוץ מרשות המיוחדת למזיק ורשות הנזק והמזיק וכשהזיק חב המזיק". במשנה זו טמונה ההבחנה הראשונית בין הרשויות, וכבר המקורות התנאיים נחלקו בפרשנותה ובישומה. מהבחנה זו התפתחו מספר דינים, הנוגעים לרשויות שונות ולכמה אבות נזיקים. לפי טענתנו, פטור שן ורגל ברשות הרבים הוא אחד מני דינים אלו, וזהו מקורו. דינים אלו נתפצלו בהתאם למידת אחריותו של המזיק לנזק, אם לחיוב מלא או חלקי ואם לפטור. ומכאן, אין מדובר בפטור ייחודי לנזקי שן ורגל, אלא זהו דין המושתת על שיקולים נזיקיים, ונובע מאופיו של הנזק וממקומו.

במקורות התנאיים, ובפרט בתוספתא, ניתן ביטוי למגמתה המקורית של ההלכה. מקורות אלו תולים את פטור שן ורגל בשיקולי אחריותו של המזיק לנזק. בהתאם לכך, עשויים להיות מקרים בהם על אף העובדה שהנזק התרחש ברשות הרבים, המזיק יהיה חייב, וזאת כאשר הבהמה שינתה מדרכה. מגמה זו נשתמרה גם בכמה תפיסות אמוראיות, המכירות בכך ששיקולים אלו הם הדומיננטיים בקביעת החיוב או הפטור של המזיק. בד בבד, מצאנו בחלק מהשיטות הללו נטייה לצמצם את תחולתו של הפטור, ולמשל בדברי ר' אושעיא בירושלמי, המחיל פטור זה על נזק שנעשה בעת הליכתה בפועל של הבהמה, ובניגוד לכך "עמדה ואכלה חייבת". טענתנו היא כי תפיסות אלו סבורות אכן, ששיקולי אחריות הם העומדים ביסוד מערכת דיני הנזיקין שפטור זה הוא חלק ממנה, אולם לדעתן שיקולים אלו מטילים את הכף לחיובו של המזיק. אלא, שבפניהן עומד הפטור המפורש במקורות הקדומים, ובשל כך נוקטות הן בפרשנות מצמצמת, המגבילה את תחולתו. הסבר זה דומה להנחתנו בעניין שיטת ר' מאיר בדין חצי נזק, אותה הזכרנו לעיל, ועוד נרחיב בכך להלן.

במעמדו של פטור שן ורגל ברשות הרבים חלה תפנית משמעותית אצל אמוראי בבל, אך השורשים לכך הם כבר בתורת התנאים. במשנה מוצג הפטור כפטור גורף, ולא ניתן ביטוי לשיקולים שהנחו את יצירת הפטור. בדיוננו ביחס בין המשנה לתוספתא הראנו, כי המשנה נוקטת בקו פורמליסטי יותר, שאיננו מתחשב בשיקולים מהותיים בהכרעה ההלכתית. עם זאת, בניגוד לשלבים מאוחרים יותר, אין מדובר בהפקעת הדין ממערכת דיני

הנזיקין.<sup>3</sup> משמעות הדברים היא כי לאחר שנקבעה ההלכה, הקריטריונים להחלטה הם קריטריונים נוקשים, שאינם מתחשבים בטעמה. מגישה זו נובעת תפיסת הפטור כפטור מלא וגורף, בכל מקרה של נזק שן ורגל ברשות הרבים. זו העמדה העולה מן המשנה, והיא קיבלה ביטוי מפורש ומרחיק לכת יותר באחד מהזרמים שבתורת האמוראים – כך נוקט שמואל, הן בסוגיית מחזרת במחלוקתו עם רב, והן בהלכה המעניינת המובאת על ידו, המחילה את הפטור על "ארי ברשות הרבים".

בתורת האמוראים ובתלמוד הבבלי קיבל פטור שן ורגל ברשות הרבים, על פי התפיסה הגורפת ששורשיה במשנה, משמעות חדשה. במקורות התנאיים ההבחנה בין הרשויות השונות נקשרת לכתוב: "ובער בשדה אחר", אולם בדרך כלל הכתוב משמש למעט נזק ברשות המזיק, פטור המונע בוודאי מכך שאין המזיק אחראי לנזק הנעשה ברשותו. בתלמוד הבבלי קיבל הכתוב משמעות מרחיבה יותר, ולפיה הוא ממעט נזק ברשות הרבים, או, לחילופין, דורש שהנזק יעשה ברשות הנזק. אולם אין זאת משיקולי האחריות הנזכרים לעיל, ופעמים רבות אף בניגוד מובהק לשיקולים אלו. בדברי האמוראים, החל מר' זירא הנושא ונותן עם אביו, דרך רבינא בשם רבא וכלה בסתם התלמוד, מתחדדת הדרישה לנזק ברשות הנזק כדרישה פורמאלית, שאיננה תלויה בטעם הפטור. בשל כך, לפי ר' זירא הנזכר, רשותו של המזיק להכניס את פירותיו מבטלת את הפטור, על אף שהיא אינדיפרנטית לאחריותו של המזיק לנזק. בדומה לכך, בדברי רבינא בשם רבא, רשותו של המזיק להכניס את שורו איננה פוטרת את המזיק, וזאת מאחר ולעניין פירות זוהי רשות הנזק בלבד. ואף לדידו, משתמע, שלו היתה זו רשות המזיק לעניין פירות, היה פטור מנזק לפירותיו של חברו. דרישה זו נתלית בדברי האמוראים ובסתם התלמוד בקביעה שבכתוב "ובער בשדה אחר". ומכאן, נזק שנעשה במקום המוגדר כרשות הרבים פטור את המזיק, מאחר ולא מתקיים כאן כתוב זה, ובכך משלים התלמוד הבבלי את התהליך שהחל במשנה. בסיכומם של דברים, הפטור כעת הוא פטור שמקורו חיצוני למערכת שיקולי האחריות שבבסיס דיני הנזיקין, והוא חל גם אם הוא נוגד שיקולים אלו. עיקרו מבוסס על ההלכה הנלמדת מן הכתוב.

ביחס לאב הנזק רגל נגענו בעניין נוסף, דין צרורות. במשנה מופיע נזק מצרורות שהתיזה הבהמה, עליו מתחייב חצי נזק. דין זה מושתת במשנה על ההבחנה בין תם למועד, דהיינו: הבהמה איננה מועדת להזיק בדרך זו, ועל כן משלם חצי נזק בלבד. הלכה זו מתבססת על השיקולים שהזכרנו לעיל בעניין חצי נזק, ואין היא יוצאת מגדר דיני הנזיקין.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> בעניינה של הגישה הפורמליסטית בהלכה בכלל ובדיני נזיקין בפרט הרחבנו במבוא, שם הסברנו את הטענה לפיה גישה זו עודנה מתבססת על שיקולי האחריות הנזיקיים. ראו מבוא, סעיף 3.4, ושם, סמוך להערות 81 – 82.

<sup>4</sup> ראו גם להלן בפנים.

בכמה מהמקורות התנאיים, בעיקר במקורות תנאיים המופיעים בבבלי, התעצב דין צרורות כדין העומד בפני עצמו, וכן הלכה ונוצרה מחלוקת גורפת ביחס אליו בין סומכוס לחכמים. השלמת התהליך נעשתה על ידי רבא, אשר הגדיר את דין צרורות כדין קטגורי, הנוגע לכל נזק עקיף שאיננו ישירות באמצעות גופה של הבהמה ונתון במחלוקת בין התנאים הנזכרים. כעת עומד דין צרורות כהלכה כללית, שאיננה תלויה בהכרח במידת אחריותו של המזיק לנזק. זהו שלב של קטגוריזציה, שאף הוא מוכר בהלכה התלמודית ובמשפט בכלל. אולם כאן הוביל מהלך זה את רבא להוצאת דין צרורות ממערכת השיקולים המוכרת בדיני הנזיקין, והעמדתו כדין חריג, המושתת על מקור חיצוני למערכת זו: "הלכתא גמירי לה". תפיסת רבא השתרשה בדברי אמוראים מאוחרים ובסתם התלמוד הבבלי, וכבמקרים אחרים היא הנחתה בפרשנות המקורות הקדומים, על אף שאינם בהכרח נוקטים כמגמתה.

נקודת הפתיחה של דין צרורות, הרואה הלכה זו כחלק מההבחנה בין תם למועד, והנסיגה ממנה בדברי רבא מאפשרות לנו לשוב ולבחון את ההתפתחות הפנימית שבתפיסת דין חצי נזק. לפי התפיסה הראשונית, שהבסיס לה הוא פרק שני של משנת בבא קמא, ההבחנה בין תמות למועדות איננה בנזקי קרן בלבד, אלא נכונה גם לנזקים אחרים. בהתאם לכך, עומדת הבחנה זו מאחורי חובת תשלום חצי נזק במגוון של נזקים, ובהם נזקי קרן, שן ורגל, המופיעים בפרק הנזכר של המשנה.<sup>5</sup>

הרחבת חובת תשלום חצי נזק למקרים נוספים איננה יכולה לראות בדין זה דין ייחודי לקרן. היא מתבססת לפיכך על תפיסה הרואה את דין חצי נזק במסגרת שיקולי דיני הנזיקין, ומכאן האפשרות להתאים את ההלכה למגוון רחב יותר של נזקים. מגמה זו יכולה להיות על פי הזרם הראשון הנזכר לעיל, הרואה במקרים שכאלו מקרים בהם אין מוטלת עליו אחריות, וחובת התשלום היא למעשה השתתפות של שני הצדדים בתוצאות הנזק. מגמה זו דומיננטית במקורות דבי ר' עקיבא, ואף המשנה נקטה כמותה בעניין שור תם, ועל כן זו האפשרות המסתברת גם בענייננו. כן ייתכן, שגישה זו נקטה כזרם השני, הסבור שמוטלת אחריות על המזיק, ובארה את הדברים בדומה לרב פפא, ולפיכך ניתן היה ליישם את ההלכה המפחיתה בתשלום המזיק גם למקרי נזק נוספים.<sup>6</sup>

ברבדים מאוחרים יותר של התלמוד הבבלי נשתנתה הגישה כלפי חצי נזק. רבדים אלו הכירו במגוון המקרים הרחב יחסית, שבו חל דין חצי נזק, אולם מבחינה מושגית שללו את ההרחבה של ההלכה לאבות נזק נוספים. חצי נזק נעשה לפי תפיסה זו חלק אינטגרלי מהגדרת אב הנזק שור, או: קרן. זו המגמה העולה מסוגיית

<sup>5</sup> ראו שער שלישי, פרק ז, סעיף 1.ז.

<sup>6</sup> אולם קשה להניח הרחבה שכזו לפי ר' מאיר, הנוקט כזרם השני ותוך מגמה המצמצמת את תחולתו של דין חצי נזק, מגמה אותה סקרו לעיל. יש להניח שר' מאיר יחייב במקרים שכאלו נזק שלם, ראו שער ראשון, פרק ג, סעיף 7.ג, ושם, הערה 66; שער שלישי, פרק ז, סמוך להערות 2 – 8.

ארי תרבות (טז ע"ב), והיא באה לידי ביטוי מפורש בדברי הראשונים, שהושפעו מסוגייה זו ודומותיה.<sup>7</sup> בכך מביאה גישה זו להרחבת גדר אב הנזק קרן, דהיינו: הגדרת כל "משונה", עליו חייב חצי נזק, כקרן, על אף שאינו עונה למאפיינים הבסיסיים של נזקי קרן, ולא דווקא נגיחה ותולדותיה, הנזכרים במקורות.<sup>8</sup>

אני סבור, כי מגמה זו היא חלק מתפיסה הרואה בדין זה דין חריג. תפיסה שכזו אנו מבקשים לראות במימרת רבא שצוטטה בראש המבוא לעבודה זו ("אלא למאי הלכתא כתבינהו רחמנא? להלכותיהן: קרן לחלק בין תמה למועדת..."), ה"ע"ב,<sup>9</sup> ואשר מצאנו אותה ביתר הדינים החריגים, אותם אנו סוקרים כעת. לפי תפיסה זו, מאחר ודין חצי נזק, כיתר הדינים הללו, נלמד מהכתוב המיוחד לו, ואיננו מושתת על שיקולי מערכת דיני הנזיקין, שהרי לשם כך "כתבינהו רחמנא", לא ניתן ליישם אותו בדיני שן ובדיני רגל. המקורות התנאיים השונים המחייבים חצי נזק נתפרשו לפיכך כחלק מנזקי קרן, אף אם למעשה משתייכים הם לאבות נזק אחרים. שונה מהם הוא דין צרורות, שלא נתפרש במסגרת נזקי קרן, אלא הועמד כ"הילכתא גמירי לה", בהתאם לתהליך המיוחד שדין זה התאפיין בו.

נשוב לסקירת הדינים החריגים. נזקי אש הם השער הרביעי של דיוננו, ובו עסקנו בפטור טמון באש. בדומה לנזקי שן ורגל, אף פטור טמון מושתת במשנה על העדר אחריותו של המזיק לנזק, ובאופן קונקרטי יותר, העדר חובת זהירות כלפי נזקים שנגרמים לחפצים טמונים. הדברים עולים מפורשות מתוך הטעם הניתן במשנה לחיוב מדליק את הבירה, "שכן דרך בני אדם להניח בבתים". ומכאן, שפטור טמון הוא משום שאין דרך בני אדם להניח את כליהם במקום זה. תפיסה זו קיימת היתה בין האמוראים, אשר הבחינו על בסיסה בין נזקי טמון אשר לגביהם חל הפטור לבין נזקי טמון שהיה על המזיק להעלותם על דעתו וחייב. לצד תפיסה זו, גם בפטור טמון מצאנו גישות המצמצמות אותו בצורה ניכרת. גישות אלו סייגו את פטור טמון למדליק בתוך שלו, ואחרות הרחיקו לכת, והציבו אותו במסגרת דיני הראיות, תוך הכרה בכך שהחוב העקרוני קיים בכל מקרה.

בניגוד למגמות הנזכרות, החל מרבא מצאנו גישה הרואה את פטור טמון כפטור גורף, אף כי בהסתייגות – ביחס למדליק בתוך שלו בלבד. לפי גישה זו, הפטור איננו מושתת על שיקולי אחריותו של המזיק לנזק, שהלוא פטור הוא גם במקרים שיש מקום להטיל עליו אחריות, ואלו הם, בלשונה של הסוגייה, "כלים שדרכן להטמין בגדיש". בדומה לפטור שן ורגל ברשות הרבים, תפיסה זו נתבססה על דרשה, וכאן היא נקשרה לדרשת הכתוב "או הקמה", המובאת בבבלי על ידי רבא. לטענתנו, רבא נוקט בתפיסה הרואה את פטור טמון כפטור ייחודי

<sup>7</sup> ראו: שער שני, פרק ה, הערה 66, וראו שם המהדורות השונות שבפירוש רש"י; שער שלישי, פרק ז, הערה 97. לא כל הראשונים נקטו כך, ראו שיטת הרמב"ם, שם.

<sup>8</sup> ראו במקורות המובאים בסוגיית הבבלי, ב"ע"ב, ושם נזכרים המאפיינים הבסיסיים של קרן: "כוונתו להזיק וממונוך ושמירתו עליך". מגמה זו רחוקה מתפיסתו של ר' מאיר (לעיל, הערה 6), ומניעים אותה שיקולים אחרים, ראו להלן בפנים.

<sup>9</sup> ראו מבוא, סעיף 1.

וחרגי, שאיננו מושתת על שיקולי מערכת דיני הנזיקין, כאשר במקרה זה הזרו לתהליך יצירת הפטור הוא עמדתו הפרשנית באשר לטיבה ולאופייה של המשנה. אלא שלצד המניע הפרשני ליצירתו של הפטור, מפורשים שיקולי האחריות במשנה, ועל כן יישם רבא את התפיסה הגורפת באופן חלקי – ביחס למדליק בתוך שלו, ואילו מדליק בתוך של חברו נותר כעומד על בסיס השיקולים הללו. תפיסה זו נתקבלה כצפוי על ידי אמוראים מאוחרים לרבא, והיא מופיעה גם בסתם התלמוד הירושלמי, בסוגייה המשווה בין הלכות טמון להלכות פאה. אמוראי הירושלמי, מכל מקום, המשיכו את תפיסת המשנה, וחלקם אף נקטו במגמה המצמצמת הנזכרת לעיל.

יצירתו של הפטור החרגי בעניין טמון נקשרת לשינוי מרחיק לכת בתפיסת אב הנזק אש. זרם מרכזי במקורות התנאים, וכן לטענתנו בין האמוראים, ראה את נזקי אש כנזקי אדם. בבבלי הדברים הוצגו כשנויים במחלוקת, אולם גם בבבלי הכיר רבא בעדיפותה ובקדימותה של השיטה המזהה בין נזקי אש לבין נזקי אדם. יחד עם זאת, בשל שיקולים הנוגעים להקשרים רחבים יותר, מעמעמת סוגיית הבבלי זיהוי זה, ומעצימה את הזיקה בין אש לנזקי ממון. בסוגייה זו הבחנו בין שני זרמים פרשניים בראשונים, התלויים בין השאר בעמדות מוצא ביחס לאדם המזיק, וקשה היה להכריע ביניהם בענייננו. לפי זרם מרכזי, בו נקטו בעלי התוספות, וזו נקודה משמעותית בדיוננו, השיקול העיקרי אשר הוביל לשינוי בהגדרת נזקי אש הוא פטור טמון, כפי שהתפתח על ידי רבא בתהליך שנוכר לעיל. בתפיסתו הראשונית משתלב פטור טמון עם הגדרת נזקי אש כאדם המזיק, זאת בהתאם לעמדת תוספות, לפיה מוטלת על אדם המזיק אחריות מוגברת, אך לא מוחלטת, ויתכנו מקרים בהם יהיה פטור. אולם בעקבות גיבושו של הפטור על ידי רבא והצבתו כפטור ייחודי וחרגי, לא ניתן יותר לזהות את אש כאדם המזיק, מאחר והפטור הגורף מנוגד לעקרונות החיוב של אדם המזיק, וחל על נזקי ממון בלבד.

הנושא האחרון בו עסקנו בדיוננו הוא פטור אדם וכלים בבור. פטור זה מצוי במדרשי ההלכה וביתר המקורות התנאים, אולם לא בדמותו ובצורתו המאוחרת, כפי שנתקבלה בבבלי.

בשלב ראשון נבדל פטור כלים מפטור אדם. האחרון היה כצורתו לפנינו, פטור ממיתת אדם בבור, והוא נסמך לשיקולי האחריות המאפיינים את דמותם הראשונית של יתר הפטורים שנסקרו לעיל. הראשון, פטור כלים, שונה היה מדמותו בפיתוחה המאוחר. במקורות התנאים פטור כלים איננו פטור מוחלט, אלא פטור מחיוב משני בלבד, דהיינו: במקום בו מוטל על המזיק חיוב עיקרי, כגון חיוב על מיתת בהמה או על נזקי אדם, אזי הוא נפטור מחובת התשלום על נזקי כלים. בדיוננו הצענו לראות את הטעם לכך כחלק ממגמה להקל עם המזיק, הנובעת מאופיו הריאלי והמשפטי של הבור – כריית הבור היא מעשה שביסודו הוא נצרך וחיובי, לצד העובדה שכמזיק יש לבור חולשה משמעותית, שכן אין דרכו לילך ולהזיק. שיקולים אלו אינם מסירים את אחריותו של המזיק, אולם יש בהם כדי להפחית מחובת התשלום המוטלת עליו.



תפיסה זו רואה את פטור אדם וכלים בבור במסגרת מערכת השיקולים המאפיינת את דיני הנזיקין. ואף כאן מצאנו גישות המצמצמות את הפטור, ונובעות לטענתנו מנקודת המוצא שיש לחייב את המזיק. גישות אלו קשורות לשאלה רחבה יותר, הנוגעת לגדרם של נזקי בור, ובפרט לשאלת החיוב בבור ברשות הרבים שאין בינו לבעליו זיקה ממונית. לפי תפיסה זו, החיוב בנזקים, דורש – לפחות כתנאי הכרחי – בעלות של הנזק על המזיק. בעלות שכזו איננה קיימת בבור ברשות הרבים, וחיובו של המזיק זוקק פיקציות משפטיות מתוחכמות. בהתאם לכך, כחלק מהמגמה המצמצמת הנזכרת, הוחל פטור כלים על בור שכזה בלבד, ואילו בבור רגיל, בו קיימת זיקה ממונית, חייב בתשלומים אף על נזקי כלים.

פטור כלים בבור נשתנה בתהליך בן שני שלבים עיקריים. בתלמוד הירושלמי מצאנו קטגוריזציה ראשונית של הפטור. לפי תלמוד זה, ההבחנה בין נזק עיקרי לנזק משני לעניין פטור כלים, התלויה במקורות התנאיים במיתת הבהמה,<sup>10</sup> נתפסה כהבחנה בין סוגי הבור, דהיינו: בין נזק כלים ב"בור של מיתה" לנזק כלים ב"בור של נזיקין". הבבלי מתקדם צעד נוסף. ההבחנה בין מיתה לנזיקין איננה מתייחסת בבבלי לסוג הבור, אלא לטיבו של ארוע הנזק, כאשר הפטור חל על מקרה מיתה בלבד. ברם, ביחס לכלים דה-פקטו זהו פטור מוחלט, שכן "שבירתן זוהי מיתתן". באמצעות הצבת הפטור על כל מקרה מיתה בלא להבחין בין נזק ראשוני לנזק משני הבבלי משווה למעשה בין פטור כלים לפטור אדם. תהליך זה משתלב בבבלי עם פיתוח הדרשה "'שור' ולא אדם 'חמור' ולא כלים" (נד ע"א ועוד), המשמשת כמקור לפטור אדם וכלים. דרשה זו כוללת כעת את שני הפטורים הללו יחד, וכמו כן שנויה בסגנון כוללני, בניגוד למופיע במקורות התנאיים. לצידה, אגב, מופיעה בבבלי מחלוקת תנאים, וכנגד העמדה הפוטרת מופיעה שיטת ר' יהודה, המחייבת בכל מקרי נזק לכלים בבור. מחלוקת זו נקשרת על ידנו בדיוננו בעניין בור לתהליך יצירת הפטור החריג, שעיקרו תואר לעיל.

סיכומו של דבר, אף פטור כלים בבור הופך אט אט לפטור גורף, שאיננו תלוי יותר בשיקולים נזיקיים, כאשר לצידו מתפתחת הדרשה המבססת פטור זה. הופעתם יחדיו של שני התהליכים הנזכרים מוליכים למסקנתנו, כי אין מדובר אך ורק בקיבוע קריטריונים פורמליים להחלת ההלכה. השינוי כאן משמעותי יותר, והוא תפיסת כלים בבור כפטור חריג, שלגביו הכתוב, והכתוב בלבד, הוא מקורה של ההלכה. יש עוד להזכיר, כי גם במקרה זה הקרין עיצובו של הפטור החריג על הגדרתו של אב הנזק גופו, כפי שמצאנו בעניין טמון באש. במקרה הנוכחי השפיעה התפיסה הגורפת של הפטור על הפרשנות התלמודית שניתנה למחלוקת רב ושמואל על משנת "נשברה כדו ברשות הרבים" (כח ע"א – כח ע"ב), העוסקת כעת בהגדרת אב הנזק: האם "כולם מבורו למדנו" או "כולם משורו למדנו" (ג ע"ב ועוד).

<sup>10</sup> דהיינו: אם הבהמה מתה, אזי נזקי הכלים הם נזק משני ופטור, ואילו אם רק הכלים נשברו, אזי זהו הנזק העיקרי, וחייב.

### 3. מסקנות – הדין החריג, פיתוחו וגיבושו

על בסיס הניתוח הפרטני של תהליכי ההתפתחות המאפיינים את מקרי הפטור החריגים, נבקש כעת להציג תבנית כללית ככל הניתן לתהליכי פיתוחו וגיבושו של הדין החריג. זוהי תבנית בת כמה שלבים, אשר קו פרשת המים ביחס אליהם הוא השאלה, האם הדין החריג כלול במערכת דיני הנזיקין, או מופקע ממערכת זו.

#### 3.1. הדין ה"חריג" בתוך מערכת דיני הנזיקין

ככלל, דיני הנזיקין במשנה ובתלמודים מושתתים על שיקולי הטלת אחריות, ועסקנו בכך בהרחבה במבוא לעבודה זו.<sup>11</sup> וגם אם אומנם שיקולים אלו משתנים, ואחדים מהם שנויים במחלוקת, הרי המאפיינים המרכזיים העומדים ביסודם משותפים הם. זאת ועוד, אף על פי שמדובר במערכת משפטית שביסודה ובתודעת חכמי מקורה הוא אלוקי, הנחות היסוד שלה ומערכת שיקוליה הם בעלי הגיון פנימי ותוכן רציונאלי, וכמותם מצאנו במערכות משפט מקבילות. בהתאם לכך, עומדים בבסיס מערכת דיני הנזיקין שיקולים כגון רשלנות, וריאציות של אחריות מוחלטת וכן שיקולי מדיניות משפטית וחברתית שונים, שהם המשליכים על החיוב או הפטור הניתנים למזיק.

בשלב ראשון, היה הדין ה"חריג" חלק אינטגרלי ממערכת דיני הנזיקין, דהיינו: הדין החריג לא היה חריג כלל וכלל. הפטורים המלאים או החלקיים הללו הושתתו כולם על שאלת אחריותו של המזיק לנזק ומידת אחריות זו, כאשר המאפיינים הקונקרטיים של כל הלכה והלכה הנחו בקביעת חלותו של הפטור ובשאלת היקפו. בהתאם לכך, נפטר בעל הבהמה מנזקי שן ורגל ברשות הרבים, שכן זהו מקום הילוכה של הבהמה, ולא מוטלת עליו חובת זהירות מדברים הנעשים בדרך הילוכה; מצית אש נפטר מנזק לכלים טמונים, שלא היה לו להעלות על דעתו את המצאותם בגדיש; וחופר בור פטור מאחריות על מיתת אדם, שכן היה על הנופל להזהר בדרכו מפני בור שכזה.<sup>12</sup> ביחס לתשלום חצי נזק, הכולל ברובד הנוכחי של דיונונו מספר אבות נזק, ולא דווקא קרן, זרם דומיננטי בהלכה התנאית הכיר בכך שלא מוטלת אחריות על המזיק במקרים בהם חלה הלכה זו. אולם נקבעה כאן הלכה ייחודית, הדורשת את השתתפות הצדדים בתוצאות הנזק. לפי דעות אחרות, המזיק אחראי לנזק, אולם משיקולים שונים הופחת התשלום המוטל עליו. ומעניין, כי עקרון דומה של הפחתת תשלום קיים לטענתנו במקום נוסף – ברובד התנאי של פטור כלים בבור. במקרה זה המזיק אחראי אומנם לנזק, אולם שיקולי

<sup>11</sup> מבוא, סעיף 2.1.

<sup>12</sup> אגב אורחא נציין, כי הסברים אלו מזכירים כמובן את הסבריו של שלום אלבק לסוגיות השונות. ואכן, כפי שהראנו בכל מקרה ומקרה, וכפי שצינו במבוא לעבודה זו (ראו מבוא, סעיף 4, סמוך להערות 97 – 104), הפשיעה – עליה משתית אלבק את דיני הנזיקין התלמודיים כולם – היא יסוד מרכזי בדיני הנזיקין התלמודיים. אולם גישתו הדוגמאטית של אלבק איננה מכירה ביסודות תיאורטיים אחרים המעורבים בהלכות אלו, אותם חשפנו במהלך פרקי העבודה, ולמעשה ההלכה היא דינאמית גם מבחינה תיאורטית. דינאמיות זו היא מוקד דיונונו כאן, וממנה עולים מאפייניהם הייחודיים של מקרי הפטור החריגים.

מדיניות שונים הביאו להפחתת התשלום המוטל עליו, ועל כן כאשר נפלה בהמה וכליה לבור, פטור מתשלום על הכלים. בדין חצי נזק ובפטור כלים בבור, אם כן, אין מדובר בפטור מלא, אלא בפטור חלקי – פטור ממחצית התשלום או פטור מחיוב משני, לצד חיוב בנזק העיקרי. ובכל מקרה, כאמור, פטורים אלו הם חלק ממערכת דיני הנזיקין, והשיקולים העומדים ביסודם הם השיקולים המנחים מערכת זו.

### 3.2. שלב ביניים – פטור קטגורי

בכמה מהפטורים הנזכרים לעיל איתרנו שלב ביניים, שככל הנראה שימש כזרז לתהליכי ההתפתחות הבאים. בשלב זה הפך הפטור מפטור נקודתי, דהיינו: פטור החל במקרים קונקרטיים, והוא נובע משיקולים נקודתיים, לפטור קטגורי. הפטור הקטגורי חל על קבוצת מקרים בעלי מאפיינים משותפים, אם באשר למקום הנזק (רשות הרבים), אם באשר לאופיו של הנזק (צרורות) ואם באשר למאפייניו של המזיק (בור של מיתה ובור של נזקין). גם אם אחדים מן המקרים אינם מתאימים במלואם לטעמיו של הפטור. שלב שכזה איננו חריג בעולמה של ההלכה בפרט ובמשפט בכלל, והוא נקשר לתהליך ההמשגה המאפיין את הספרות התלמודית ואשר התייחסנו אליו במבוא לעבודה זו, ואין הוא מפקיע את ההלכה ממערכת השיקולים העומדים ביסודה.<sup>13</sup>

התפתחות זו מצאנו כאמור מספר פעמים בדיוננו וברבדים שונים של הספרות התלמודית. בדין שן ורגל מצאנו כבר במשנה קביעה כללית, לפיה קיים פטור בנזקי שן ברשות הרבים. פטור זה נתפס כפטור כולל, שאיננו תלוי בהכרח במאפיינים הספציפיים, העומדים מאחורי השיקולים המסירים את אחריותו של בעל הבהמה לנזקה. בדין צרורות התבטא תהליך הקטגורизציה בתחום אחר – הפשטת המקרה הקונקרטי והגדרתו כהלכה כללית. את ראשיתה של התפתחות זו מצאנו במקורות תנאיים בבבלי, וסיומה הוא בדברי רבא. בהתאם להתפתחות זו, הפך צרורות לדין קטגורי, הנוגע לכל נזק עקיף שאיננו ישירות על ידי גוף הבהמה, ובו חייב המזיק בתשלום חצי נזק. בנזקי כלים מצאנו התפתחות שכזו ברובד כרונולוגי מאוחר יותר, ככל הנראה החל מ'יצחק, בן הדור השלישי של אמוראי ארץ ישראל. במסגרת זאת הוחל הפטור באופן כולל על נזקי כלים בבור של מיתה, וזאת להבדיל מההלכה הקודמת, שהחילה את הפטור במקרה מיתה, דהיינו: במקרה בו נתלו נזקי הכלים לנזק עיקרי, מיתה בהמה.

<sup>13</sup> על תהליך ההמשגה ראו מבוא, סעיף 3.3. על מעמדם של השיקולים הפונקציונליים העומדים ביסוד ההלכה לאור תהליך זה ראו שם, סעיף 3.4, סמוך להערות 77 – 80. ניתן לראות כאן גם תהליך של סטנדרטיזציה, דהיינו: קביעת אמות מידה אחידות להחלתם של הפטורים, וזאת באשר למקום הנזק, לאופיו של הנזק או למאפייניו של המזיק. אף תהליך זה מוכר בעולמה של ההלכה, והוא משקף התפתחות משפטית פנימית, בדומה לתהליך ההמשגה הנזכר לעיל. ראו לדוגמא בעניין "בן שלש עשרה למצוות", גילת, פרקים, עמ' 19 – 31, ובעיקר עמ' 28 – 29.

משמעותה של הקטגוריזציה היא החלה רחבה של ההלכה, אף אם לעיתים המקרה הקונקרטי איננו מתאים במלואו לעיקר. אולם זהו תהליך אופייני להלכה התלמודית, ואין בו בהכרח ערעור על מערך העקרונות העומד בבסיס ההלכות הללו.<sup>14</sup> אלא שבנדון דידן היה במהלך זה גם כדי להניע או לזרז תהליך, שבו הוחרף העימות שבין הדינים הנדונים לבין העקרונות העומדים בבסיס מערכת דיני הנזיקין, ובסופו של דבר אף "הוצאו" מקרי הפטור החריגים ממערכת הלכתית זו.

### 3.3. הדין החריג בעימות עם מערכת דיני הנזיקין

כמה גורמים הובילו לעימות בין הדינים החריגים לשיקולי מערכת דיני הנזיקין. היו אלו תהליכי הקטגוריזציה, שהוזכרו לעיל, בפרט כאשר יישומן של ההלכות נעשה בדרך פורמליסטית, בלא להתחשב במניעים הפונקציונאליים של ההלכה.<sup>15</sup> במקרים שכאלו נוצרו פרטי הלכה שאינם משתלבים עם העקרונות שהניעו את ההלכה הכללית, וכך התחדדה הסתירה בין הפטורים לבין העקרונות הללו. היו אלו גם תהליכים אחרים, כגון שינויים תיאורטיים ביחס לדיני הנזיקין, ובפרט עיצוב מחודש של תפיסת האחריות, שהניחו את אחריותו של המזיק בניגוד לפטור שקובעת ההלכה. בין שינויים אלו ניתן למנות את דין חצי נזק לפי שיטת בית מדרשו של ר' ישמעאל, אשר גרס כי יש להטיל אחריות על המזיק, בניגוד להפחתת התשלום שבדין המקראי, וכן תפיסות אמוראיות ביחס למקרי פטור אחרים, שנזכרים מיד, שאף הן סברו כי יש להטיל אחריות על המזיק. עימות זה הוליד שתי דרכי התמודדות. האחת, התמודדות פרשנית פנימית למערכת דיני הנזיקין, והשנייה נגדירה כהתמודדות חיצונית, ונבהיר זאת להלן. נבחן ראשית את הדרך הראשונה.

#### 3.3.1. פרדיגמה א – התמודדות פרשנית פנימית

דבר מצוי הוא במערכת משפטית, שתפיסת עולמו של הפרשן תכתיב הלכה השונה מלשון החוק המונח לפניו. הפרשן, המחוייב לחוק, עשוי לנקוט בטקטיקות פרשניות שונות, שיפרשו את החוק בהתאם לעמדתו.<sup>16</sup> גם בהלכה מצאנו כזאת. מ' הלברטל הראה, כיצד פרשות במקרא, שהועמדו מול מערכת שיקולים מוסרית, פורשו

<sup>14</sup> ראו בהרחבה במבוא, לפי ההפניות שהובאו לעיל, הערה קודמת.

<sup>15</sup> ראו מבוא, שם.

<sup>16</sup> זו כמובן אמירה כללית, והדברים תלויים בתורת המשפט המנחה אותנו. פורמליזם משפטי עשוי לדחות טיעון זה (ראו מבוא, סמוך להערות 70 – 73), אולם קשה להתעלם מכך שהלכה למעשה הדברים נפוצים למדי. ישנו ספקטרום רחב של תיאוריות פרשניות ותיאוריות בתורת המשפט, המבארות את הדברים (ראו גם בהפנייה שלהלן, הערה הבאה) – החל מפרשנות תכליתית, המעניקה לגיטימציה לפרשנות המושפעת מעקרונות כלליים, ממטרות המערכת המשפטית וכיו"ב, גם אם פרשנות זו מתיישבת אך בדוחק עם הפרשנות הלשונית של החוק (ראו ברק, פרשנות תכליתית, עמ' 195 – 231, בנוגע ל"תכלית אובייקטיבית", ושם, עמ' 323 – 340, ביקורתו על טקסטואליזם לגונווי), וכלה בגישות ביקורתיות ביחס למשפט (Critical Legal Studies), אשר תולות את המהלכים הפרשניים באינטרסים של השופטים ובמאבקי הכוחות החברתיים (ראו קייריס, פוליטיקה).

בהתאם לשיקולים אלו, ועוד כהנה וכהנה. הלברטל ניתח תופעה זו בהרחבה, תוך שהוא מציע לגיטימציה פרשנית לטקטיקות שננקטו במקרים אלו. שכן בהלכה בפרט, לאור העובדה שהיא מתייחסת לחוקי התורה, צו ה', יש צורך בהבהרת המלאכה הפרשנית, המאפשרת לפרשן לשלב שיקולים שאינם מצויים מפורשות בטקסט שלפניו.<sup>17</sup>

בענייננו, מצאנו בכמה מקרים נטייה לפרשנות מצמצמת של הפטור. במסגרת זאת ניתנה העדפה ברורה להגבלת תחומי החלתו של הפטור. הגבלה זו באה לידי ביטוי גם במקרים בהם אין הבדל מעשי מבחינת אחריותו של המזיק, וההבחנה בין אחריותו של המזיק להעדרה היא נורמטיבית, כמעט אפשר לומר שרירותית, בלבד. פעמים אחרות, מרחיקות לכת יותר, רואים אף את הנטייה לביטול המוחלט של הפטור יחד עם התמודדות פרשנית עם המקורות בהם הוא נזכר.<sup>18</sup>

מגמה זו מצאנו ברובד תנאי בעניין חצי נזק, בנטייתו של ר' מאיר לצמצם את תחולתה של ההלכה, תוך שהוא מחייב במקרים שונים בתשלום שעשוי להגיע עד נזק שלם. בפטורים האחרים ראינו מגמה שכזאת ברובד אמוראי, בדרך כלל בין אמוראים בני הדורות הראשונים. בדין שן ורגל ברשות הרבים, רב, ר' הושעיה ואילפא מגבילים את הפטור למקרים בהם הבהמה הלכה בפועל, ומחייבים על נזק שנעשה בעת עמידת הבהמה.<sup>19</sup> כל זאת אף על פי שאכילת בהמה בזמן עמידתה איננה שונה באופן מהותי מאכילתה בהליכה. בדין טמון מצאנו את שיטת רב כהנא, המצמצם את ההלכה למדליק בתוך שלו, ומחייב בתוך של חברו באופן גורף. אמוראים אחרים, בהם ר' הושעיה בירושלמי וייתכן גם רב בבבלי, הולכים כאן צעד נוסף, ומבטלים הלכה למעשה את פטור טמון. המקורות הקדומים בהם מופיע פטור זה מתפרשים לידם כדיון ראייתי, כאשר החיוב העקרוני קיים בכל מקרה, ואף לגבי טמון באש. רב מייצג גישה מצמצמת גם ביחס לפטור כלים בבור. כך עולה מדבריו בבבלי, וביתר שאת מן הירושלמי. לפי מסורת הירושלמי (המובאת שם בשם שמואל), פטור כלים בבור חל רק במקרה של נזק מאוויר הבור, אולם במקרה הנפוץ יותר, בו ניזוקו הכלים בקרקע הבור, חייב המזיק גם על נזקי כלים.

<sup>17</sup> ראו הלברטל, מהפכות, עמ' 168 – 181. למודלים הפרשניים המוצעים על ידו להצדקת המלאכה הפרשנית ראו שם, עמ' 181 – 203.

<sup>18</sup> מצאנו זאת גם בענפים הלכתיים אחרים. ראו למשל בעניין ארבע מיתות בית דין (לורברבוים, צלם אלוקים, עמ' 170 – 175; 370 – 372): תפיסת בריאת האדם בצלם אלוקים השפיעה על עיצובם הפרקטי של עונשי המוות בהלכה, והגבילה את הפגיעה בגופו של הנדון. בד בבד, הובילה תפיסה זו לביטול כמעט מוחלט, אם כי לא פורמאלי, של עונשים אלו (כדוגמת דבריהם המפורסמים של ר' טרפון ור' עקיבא: "אילו היינו בסנהדרין לא נהרג בה אדם מעולם", מכות, פ"א מ"י). אף כאן, אם כן, תפיסתם של חכמי ההלכה הובילה להתמודדות פרשנית מצמצמת עם ההלכה, ולעתים אף לביטולה דה-פקטו.

<sup>19</sup> הצגה זו היא בעיקר לפי הירושלמי. תמונה דומה עולה גם מן הבבלי, אולם התפיסות הללו מובאות בו בוריאציה מעט שונה. ראו שער שני, פרק ג, סעיפים ה.3; ה.4.

הפרשנות המצמצמת קיימת כאן כתופעה חוזרת, ומצביעה על מגמה להגביל את תחולתם של הפטורים השונים. היא מלמדת לטענתנו, כי נושאה של דרך זו סבורים, שיש להטיל במקרים אלו אחריות על המזיק. ושמא מצויה כאן גם שיטה כללית יותר, הנוקטת בעמדה עקרונית, לפיה יש להרחיב את האחריות המוטלת על המזיק בדיני הנזיקין. משום כך מטילה שיטה זו חובת זהירות נורמטיבית רחבה, בלא לדרוש מהניזק דרישה מקבילה, ונזקקת לפיכך להגביל ככל האפשר את מתן הפטור למזיק. בין כך ובין כך, תפיסה זו מוליכה לעימות עם הפטורים השונים, והטקטיקה הננקטת על ידי החכמים היא טקטיקה פרשנית – לפטורים הללו ניתנת פרשנות מצמצמת. הם אומנם נותרים בעינם, אולם תחולתם מוגבלת.

לפי דרך זו, אכן לפנינו מערכת של פטורים חריגים, שאיננה מתיישבת עם השיקולים להטלת אחריות על המזיק. אולם ההתמודדות עם פטור זה עודנה במסגרת דיני הנזיקין. בכותרת הסעיף הגדרנו התמודדות זו כהתמודדות "פנימית", שכן אין היא רואה את הפטורים הללו כחלק ממערכת נפרדת ליתר דיני הנזיקין. לכל היותר היא מכירה באי התאמתם, ועל כן מצמצמת את תחולתם. מדיניות שכזו, כפי שנאמר לעיל, מאפיינת גם מערכות משפטיות דינאמיות אחרות. אף בהלכה היא קיימת, כנזכר, ומכל מקום כעת, על בסיס דיוננו בפרקים השונים, מצאנוה במערכת הלכתית נוספת, דיני הנזיקין התלמודיים.

### 3.3.2. פרדיגמה ב – התמודדות חיצונית

את דרך ההתמודדות השנייה נכנה "התמודדות חיצונית". משמעה, הכרה בפער ובעימות שבין הדין החריג למערכת דיני הנזיקין, ופתרונה באמצעות תיוג הדין החריג כמי שמשתייך למערכת הלכתית נבדלת. זוהי דרך מהפכנית ביותר מבחינה תיאורטית. היא מכירה בכך שקיים רובד נוסף, מעבר לרובד ההלכתי הסטנדרטי, השונה ממנו בעקרונותיו ובתכניו.

לפי תפיסה זו, קיימים להם אכן שיקולי אחריות, שהם המנחים בהכרעה ההלכתית בדיני הנזיקין. אולם במקרים ייחודיים ההכרעה ההלכתית איננה כפופה למערכת שיקולים זו. מקרים ייחודיים אלו הם הדינים החריגים, והם מתבססים דרך כלל על לימוד נקודתי מן הכתוב ולא על עקרון משפטי רחב יותר. הכתוב – כאמור למעלה: כפי שנתגבש בתלמוד הבבלי, יחד עם גיבושם של הפטורים כפטורים גורפים ומוחלטים – מלמד על הדין הייחודי שבכל מקרה ומקרה. דרך התמודדות זו עם מקרי הפטור החריגים מייחדת כמובן את דיני הנזיקין התלמודיים ממערכות משפט מקבילות.

דיוננו בפרקי העבודה המחיש את התהליך שבו התפתחו הפטורים הנדונים עד לשילובם בתפיסה הנזכרת, ותארנו בקצרה את הדברים בראש פרק זה. עיקרם של דברים הוא תהליך התפתחותי פנימי, שבסופו התעוררה דילמה פרשנית עימה התמודדו החכמים: ההלכה בעיצובה המאוחר פוטרת את המזיק גם במקום בו עקרונות דיני הנזיקין מובילים לחיובו, ויש לפיכך צורך להצדיק פטורים אלו. ככל שהעימות בין ההלכה הקיימת לבין

התפיסה המשפטית התעצם והתחדד, כן גבר הצורך בפתרון הנותן לגיטימציה לשני הצדדים הללו. פתרון זה הוא ההכרה בענף מקרי הפטור החריגים.

נקודה זו נותנת מענה לשאלה המרכזית שהצבנו בראש העבודה, המבקשת לבחון את תהליך יצירתם ופיתוחם של מקרי הפטור החריגים בדיני נזקי ממון התלמודיים. העמדתם של מקרי הפטור החריגים בתור מערכת הלכתית נפרדת היא נקודת הסיום של תהליך ההתפתחות המתואר, ובסעיפים הבאים נוסיף מעט בתיאור פניה השונים של תפיסה זו. בד בבד, ניתן את הדעת לנקודה נוספת, שאף היא כלולה בשאלת המחקר שהצבנו בראש העבודה. עלינו לבחון כעת את מקומם של המקרים החריגים, כמו גם מקומו של תהליך ההתפתחות המאפיין אותם, בתוך מערכת דיני הנזיקין התלמודיים.

## 4. מקרי פטור חריגים כמערכת הלכתית נבדלת

### 4.1. נקודות ציון של אישים, זמן ומקום

כפי שהזכרנו במבוא לעבודה, תפיסת הדינים החריגים כמי שמשתייכים למערכת הלכתית נבדלת מתומצתת במימרת רבא שבראש מסכתנו.<sup>20</sup> לפי מימרא זו, הכתוב נועד לגלות את ההלכות הייחודיות של כל אחד מאבות הנזיקין: חצי נזק בקרן, שן ורגל ברשות הרבים, אדם וכלים בבור ופטור טמון באש. לאלו הוספנו גם את דין צרורות, שאין לו אומנם מקור בכתוב, אולם התהליך המאפיין אותו ותוצאתו, הגדרתו כ"הלכתא גמירי לה", משמעותם זהה למקרי הפטור האחרים.

לא בכדי רבא הוא זה שמציג יחד את מכלול הדינים החריגים. לרבא עצמו יש תרומה משמעותית בעיצובם הקונקרטי של כמעט כל אחד מן הפטורים הללו. ואין זה מפתיע, שהרי לרבא יש השפעה כבירה על כל אגפיו וענפיו של התלמוד הבבלי.<sup>21</sup> בהתאם לכך, מצאנו את רבא כמי שחותם את הגיבוש הקונספטואלי של דין צרורות וכמי שמגדירו כדין חריג.<sup>22</sup> כן מצאנו את רבא כמי שקובע את גדריו של פטור טמון באש ומציב אותו כדין חריג, בד בבד עם העובדה שרבא הוא המוסר בבבלי את הדרשה המבססת פטור זה.

<sup>20</sup> ראו לעיל, סמוך להערה 9, והפנייה בהערה הנזכרת.

<sup>21</sup> לשם המחשה, לרבא יש תרומה נכבדה לעיצוב המתודולוגיה הפרשנית של הבבלי ביחס למקורות חז"ל המשמשים אותו (הנשקה, אביי ורבא) ולעיצוב התפיסה הקונספטואלית של הבבלי (ראו למשל אורבך, ההלכה, עמ' 208, המכנה אותו "בעל הסברות"; מוסקוביץ, המשגה, עמ' 333). כמו כן, רבא משמש כצומת דרכים בהעברת המסורות שבבלי, כולל מסורות ארץ ישראליות (דור, תורת א"י, עמ' 11 – 12).

<sup>22</sup> לפי טענתנו למעלה, התהליך בו הוגדר צרורות כדין חריג עומד בזיקה הדוקה לתפיסת תמות ומועדות וייחוסה לקרן בלבד. ייחוס תמות ומועדות לקרן נקשר בידינו להחלת עקרונות הדין החריג ביחס למקרה זה (ראו לעיל, סמוך להערות 5 – 9), ועל כן לא מן הנמנע שגם השינוי התפיסתי האחרון קשור לזמנו ולתורתו של רבא, אולם קשה להכריע בכך (לעיל מצאנו סימנים לדבר בסוגיות של סתם התלמוד המאוחרות כנראה לרבא, ראו סמוך להערה 7).

תרומתו של רבא לפיתוחם של הדינים החריגים עולה גם במקרים אחרים, אומנם בצורה ישירה פחות. בעניין שן ורגל ברשות הרבים ראינו, כי סמוך לזמנו של רבא התגבשה ההשקפה הרואה בכתוב "ובער בשדה אחר" דרישה פוזיטיבית לצורך חיוב בנזקי שן ורגל, תהליך שהוביל לתפיסת פטור שן ורגל ברשות הרבים כפטור חריג המתבסס על כתוב זה. תפיסה זו מצאנוה במשאם ומתנם של ר' זירא ואבאי, אך היא קיבלה משנה תוקף בפרשנותו של רבא, הנמסרת על ידי רבינא, לברייתא המוקשה שנדונה בסוגייה, וככל הנראה מימרא זו של רבינא בשם רבא משקפת כבר את התפיסה המוגמרת של דין שן ורגל ברשות הרבים.<sup>23</sup> בעניין פטור אדם וכלים בבור לא ראינו אומנם מפורשות את תרומתו של רבא לפיתוחו של הפטור, אולם הנתונים שבסוגייה הצביעו על השפעתו גם במקרה זה. הפיכת פטור אדם וכלים לפטור גורף המושתת על הכתוב השתלבה עם תהליך גיבושה של התפיסה החולקת, שיטת ר' יהודה שאיננו מכיר בפטור כלים בבור. וכאן מצאנו, כי רבא הוא האמורא שמדבריו משתקפת לראשונה ההלכה בכללותה, על כל מרכיביה, עקרונותיה ובני הפלוגתא שבה, והוא נושא ונותן בה. עקב כך שיערנו בדברינו, כי לתלמודו של רבא יש משקל מכריע בעיצובו ובגיבושו הסופיים של הפטור, בדומה לפטורים האחרים.

רבא, אם כן, הוא האמורא המרכזי בתהליך עיצובם של הדינים החריגים, הן מבחינת קביעת פרטיהם ההלכתיים והן מבחינת התפיסה התיאורטית המונחת ביסודם. בעקבותיו הפכה תפיסה זו לדומיננטית, וראינו את משקלה בדבריהם של האמוראים שלאחרי רבא, כדוגמת רב אשי בעניין צורות ובעניין טמון באש, וברבדים מאוחרים יותר של התלמוד הבבלי.

לצד המשקל המרכזי שיש לרבא בעיצובם של הדינים החריגים, מדובר הרי בתהליך התפתחותי בעל שלבים מספר, ועל כן השורשים לתפיסת הדינים החריגים קדומים לרבא. מצאנו לכך מספר דוגמאות, חלקן ייחודיות להלכה פלונית או אלמונית וחלקן משותפות למספר הלכות. בין אלו ניתן למנות את הקטגוריזציה, לה התייחסנו לעיל, אשר אותרה במספר מקרים בספרות התנאית וברבדים מוקדמים של התלמוד הבבלי, והיתה להערכתנו זרז לפיתוחם של הדינים החריגים.<sup>24</sup> גם הגישה המצמצמת, שנסקרה לעיל,<sup>25</sup> היא במידה רבה תשתית לפיתוחה של תפיסת הדינים החריגים. שהרי גישה זו – הקודמת לתפיסת הדינים החריגים – מכירה בעימות בין מקרי הפטור לבין שיקולי האחריות, אלא שנוקטת במתודה פרשנית "פנימית", מתודה שהשתנתה בתפיסת הדינים החריגים בה אנו עוסקים כעת. לכך יש להוסיף מכנה משותף אחר לחלק מן ההלכות – עמדה הלכתית

<sup>23</sup> ראו שער שן ורגל, פרק 1, סעיף 3.1.

<sup>24</sup> ראו לעיל, סעיף 3.2.

<sup>25</sup> סעיף 3.3.1.



קרובה לתפיסת הדינים החריגים, אשר ניתן לראות בה את שורשיה של האחרונה. בעמדה זו נוקט שמואל, בן הדור הראשון לאמוראי בבל.

במקרה אחד, פטור אדם וכלים בבור, ראינו, כי שמואל הוא שמייצג את התפיסה הגורפת של הפטור, והוא שמבסס אותה על הכתוב. דהיינו, אל מול גישות המחילות את הפטור רק במספר מוגבל של מקרים,<sup>26</sup> שמואל פוטר בכל מקרה ומקרה. על טעמו מעיד תלמידו, רב יהודה: "וכלן אני קורא בהן: שור ולא אדם, חמור ולא כלים" (כח ע"ב). ביחס לדין זה הרי הזכרנו, כי השינוי בתפיסת הדין החריג איננו מיוחס לרבא, אלא לכל היותר מדבריו משתקפת חתימת התהליך. ואם כן, נקודת המפנה ביחס לדין החריג, מצאנוה כעת בדברי שמואל. עמדתו, תפיסת הפטור כפטור גורף וביסוסו בכתוב, משקפת לטענתנו את העמדה הרואה בדין הנדון פטור חריג, שמקורו איננו שיקולי אחריות אלא דרשת הכתוב.

מקרה שני הוא דין שן ורגל ברשות הרבים. כפי שזכר, גיבושו של הפטור שייך לדור הרביעי של חכמי בבל. הוא מסתמן מתוך משאם ומתנם של ר' זירא ואבבי, והוא מתחדד בדברי רבא, המובאים על ידי רבינא. בהלכה זו תארנו שלב ביניים, בו ננקטת גישה פורמליסטית ביחס לפטור, והוא נתפס כפטור גורף, שאין משקל לטעמו בהכרעת הדין. ואומנם, גישה זו איננה מוציאה את הפטור ממערכת דיני הנזיקין, אולם היא משמשת כבסיס לפיתוחה של עמדה כזו בדורות מאוחרים, ועמדנו על הדברים בהרחבה לעיל ובשער הרלוונטי. שלב הביניים עולה מן המתח בין התוספתא למשנה, כאשר המשנה נוקטת בדרך הפורמליסטית הנזכרת. ומעניין, כי המשנה לא זכתה באחת בבכורה, והמגמות המנוגדות הללו נמשכו עוד בתקופת האמוראים. וכאן מוצאים אנו את שמואל – בניגוד לבר פלוגתו רב – כמי שהולך בדרכה של המשנה, ומוסיף ומקצין את העמדה העולה ממנה.<sup>27</sup> הרי לפנינו תהליך בן כמה שלבים, בו התפתח והתגבש פטור שן ורגל ברשות הרבים, כאשר שמואל מסמן את אחד משלבי ההתפתחות הללו. אף כאן היה לעמדתו משקל רב, שאת תוצאותיו רואים אנו בדין החריג בצורתו הסופית. עמדתו בסופו של דבר היא אשר הפכה לדומיננטית, בניגוד לעמדה אותה מצאנו בדברי אמוראים אחרים, ובהם רב, אילפא ור' הושעיה.

לאחר שמצאנו את תפקידו של שמואל ביצירת הפטורים החריגים ואת משקלו המכריע של רבא בתהליך זה, נוכל להצביע על מקום התרחשותו – בבל. בחינת הסוגיות השונות בתלמוד הירושלמי מלמדת על כך שאמוראי ארץ ישראל נקטו כגישות שאינן מוציאות את הדין החריג ממערכת דיני הנזיקין,<sup>28</sup> ומאששת את מסקנתנו בדבר מיקומו של התהליך הנזכר בבל. בין אמוראי הירושלמי איתרנו אומנם את שלבי הביניים ביחס לכמה מן

<sup>26</sup> על המניעים לשיטות אלו עמדנו בדיונונו בדין בור, ראו שער חמישי, פרק יא, סעיף יא.3.

<sup>27</sup> כך עולה מתפיסת שמואל בעניין מחזרת, וביתר שאת מעמדתו בעניין ארי ברשות הרבים. ראו שער שני, פרק ו, סעיף ו.2.

<sup>28</sup> כך מצאנו למשל בעניינו של טמון באש, בדברי ר' אבהו בשם ר' יוחנן, ראו שער רביעי, פרק ח, סעיף ח.1.

הפטורים החריגים, אך גם באלו הדין החריג עודנו נתפס כחלק ממערכת דיני הנזיקין. כך למשל, בדין צרורות אמוראי הירושלמי נוקטים בתפיסה הקטגורית של הפטור, אך אינם מכירים בחידושו של רבא, המגדירו כ"הלכתא גמירי לה".<sup>29</sup> כחריג לעניין זה, ברובד סתמי של התלמוד הירושלמי מצאנו פעם אחת גישה המתאימה לעמדת הסיום של התלמוד הבבלי, וכוונתנו כאן היא לסוגייה העוסקת בדין טמון באש, לה התייחסנו במבוא לעבודה זו ובפירוט רב במקומה,<sup>30</sup> וראו על אפיונה להלן.

מסקנתנו בדבר מקומו של הירושלמי בתהליך יצירתם של הפטורים החריגים משתלבת עם הידוע לנו על טיבו של התלמוד הירושלמי בכלל ועל תלמודה של מסכת בבא קמא בפרט, ותאר את הדברים בהרחבה י' זוסמן. ירושלמי נזיקין הוא בעיקרו "תלמוד של שמועות", החסר משא ומתן אמוראי.<sup>31</sup> בשל כך בענייננו העדר הפיתוח הקונספטואלי, העומד בבסיס יצירת הפטורים החריגים, איננו מפתיע. ובאשר לסוגייה העוסקת בדין טמון באש, מקורה כנראה איננו בירושלמי נזיקין, אלא היא הועברה ממסכת אחרת, ומסכתות אלו הן בדרך כלל מפותחות יותר מאשר הסוגיות בירושלמי נזיקין.<sup>32</sup>

מיקומו של הירושלמי בתהליך המתואר מתיישב גם לאור הנתונים הכרונולוגיים על החומר האמוראי המרכיב את הירושלמי. בירושלמי מצויה אומנם תורת חכמי ארץ ישראל עד לסוף תקופת אמוראי ארץ ישראל,<sup>33</sup> וכן יש בו מקבילות רבות לתורת חכמי בבל, אך רק מן הדורות הראשונים של אמוראי בבל. מן הדור השלישי ואילך הולכים ומתמעטים אמוראי בבל מן הירושלמי בכלל, ובירושלמי נזיקין מועטים הם עוד יותר. בני הדור הרביעי, אביי ורבא ואחרים, נדירים מאוד בירושלמי, ובירושלמי נזיקין כנראה שהם כלל אינם מופיעים.<sup>34</sup> פסגת פיתוחם של הדינים החריגים התרחשה בתקופה זו, ולפיכך אין לה הדים בירושלמי נזיקין.

למסקנתם של דברים, יצירת הדינים החריגים היא תהליך מתמשך. יש לתהליך זה סימנים ראשונים במקורות התנאים, והוא הולך וגובר בין אמוראי בבל. מבין אלו, לשמואל תרומה נכבדה ביצירת הדינים החריגים או בביסוס שלבי הביניים של התפתחותם, בניגוד לשיטותיהם החולקות של אמוראים מוקדמים אחרים, שהבולט ביניהם הוא רב. לרבא, מספר דורות אחר כך, תרומה משמעותית יותר לתהליך המתואר כאן – הוא השלים את

<sup>29</sup> ראו שער שלישי, פרק ז, סעיף 6.ז.

<sup>30</sup> שער רביעי, פרק ח, סמוך להערות 61 – 69.

<sup>31</sup> זוסמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 78 – 82; 99 ולאורך המאמר כולו.

<sup>32</sup> הסוגייה העוסקת בדין טמון באש ייחודית לירושלמי נזיקין לא רק בשל מסקנתה, אלא גם בשל תוכנה וסגנונה, שכן היא כל כולה "תלמוד" בניגוד למאפיין של ירושלמי נזיקין הנזכר בפנים. סוגייה זו מופיעה במספר מקבילות, ויתרה מכך, בירושלמי בבא קמא היא כנראה קטועה (ראו שער רביעי, פרק ח, סמוך להערות 61 – 68). על כך מבוססת מסקנתנו בפנים, לפיה מקורה של סוגייה זו איננו בבבא קמא, אלא היא הועברה בצורה לא שלמה ככל הנראה מהסוגייה המקבילה בפאה (פאה, פ"ו ה"ז, יט ע"ד). תופעה ההעברות איננה ייחודית, והיא קיימת בכל הירושלמי וגם בירושלמי נזיקין, ראו זוסמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 87 – 95.

<sup>33</sup> זוסמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 64, ושם, הערה 35.

<sup>34</sup> זוסמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 98 – 99, ושם, הערות 178א; 179.

עיצובם ופיתוחם של כלל הדינים החריגים והפך את הדברים לתפיסה עקרונית וכוללת באשר לתפקידו של הכתוב במסגרת דיני הנזיקין: "למאי הלכתא כתבינהו רחמנא? להלכותיהן". לאחר ימי רבא הופכת תפיסת הדינים החריגים להיות דומיננטית, והיא שמנחה את האמוראים המאוחרים ואת התלמוד בסוגיות שונות. תהליך זה איננו מתקיים בירושלמי, אף כי תוצאתו משתקפת בו בסוגייה אחת. לכל היותר הירושלמי מצוי במקרים אחדים בשלבי ביניים, אך ללא המהפך העיקרי בתפיסת הפטורים החריגים.

#### 4.2. על הכתוב כמקור מכונן – מערכת הלכתית נבדלת ומשמעותה

מקרי הפטור החריגים מתבססים על מקור חיצוני למערכת דיני הנזיקין, בדרך כלל דרשת הכתוב. הדרשה קובעת הלכה אשר חלה באופן גורף, בלא תלות בשיקולי האחריות המנחים את דיני הנזיקין התלמודיים ולעיתים אף בניגוד אליהם. אולם דרשת הכתוב נתפסת כבסיס מרכזי להלכה בכל שלביה, ובפרט בענייננו, הכתוב הרי שימש כמקור עיקרי ומחייב גם בתפיסה הסטנדרטית של דיני הנזיקין.<sup>35</sup> מהו, אם כן, ייחודה של התפיסה הנוכחית מבחינת מעמדו של הכתוב ביצירת ההלכה?

מעמדו של הכתוב ביצירת ההלכה נדון רבות במחקר, ונתייחס אליו כעת בתמצות ובמידה הדרושה לדיוננו. בטרמינולוגיה המחקרית הקלאסית מקובלת ההבחנה בין "מדרש יוצר" לבין "מדרש מקיים". הראשון משמעו, כי מדרש הכתוב הוא אשר יוצר את ההלכה, דהיינו: פרשנות הכתוב היא המקור שממנו צמחה ההלכה. השני משמעו, כי המדרש סומך הלכה קיימת לכתובים, דהיינו: הפרשנות נעשית בדיעבד, על מנת להצדיק הלכה שקיומה ידוע כבר לפרשן.<sup>36</sup> הבחנות אלו – בדומה לעניינים אחרים שעמדנו עליהם במבוא – נובעות פעמים רבות מהנחות מוצא ומאידיאולוגיה מחקרית, המנחות בפרשנות המקורות השונים.<sup>37</sup> בשל כך, מדרשים רבים עשויים להתפרש לכאן או לכאן, בהתאם להנחות המוצא הנזכרות. לא זו אף זו. הדיכוטומיה בין מדרש יוצר למדרש מקיים תלויה בתפיסות מסוימות באשר לטיבו של התהליך הפרשני הנקט על ידי הדרשנים. דהיינו: ההבחנה בין מדרש יוצר למדרש מקיים רואה את הפרשנות כתהליך מודע של בחירה בין אפשרות אחת, פשוטו של מקרא, אל מול אפשרות אחרת, הרחוקה מן הפשט, ומשקפת ייחוס בדיעבד של תפיסותיו של הפרשן כלפי הטקסט. אולם שילובן של תיאוריות הרמנויטיות מודרניות מעמעם הבחנה זו, בד בבד עם הגדלת הלגיטימציה הניתנת למעורבותו של הפרשן ועולמו בתהליך הפרשני. לדוגמא: גאדמר מתאר את הפרשנות כתהליך של

<sup>35</sup> הדברים תוארו בהרחבה במבוא, ראו מבוא, סעיף 2.

<sup>36</sup> הדעות במחקר נחלקו באשר לאפיונם של דרשות חז"ל, מחלוקת שנקשרו בה גם נימות אידיאולוגיות שראשיתן במאבק בין זרמיה השונים של היהדות במאה ה-19. ראו אפשטיין, מבואות, עמ' 505, 508, 511 ועוד; אלבק, מבוא למשנה, עמ' 40 – 43; אלון, המשפט העברי, עמ' 243 – 256; הלברטל, מהפכות, עמ' 13 – 15 והפניותיו, שם; פרידמן, תוספתא עתיקתא, עמ' 76 – 77.

<sup>37</sup> ראו בעיקר מבוא, סעיף 3.2, ושם, הערה 37. להנחות המחקריות המלוות את העניין הנדון כאן ראו לעיל, הערה קודמת. ניתן כמובן להכיר בתפקיד הכפול שיש לדרשה – פעמים כיוצרת הלכה ופעמים כמקיימת הלכה ידועה. ראו אורבך, ההלכה, עמ' 69 – 88.

“מיוזג אופקים” בין הטקסט, המייצג אופק אחד, לבין הפרשן, לו “דעות קדומות” (במובן החיובי), שונות, ומייצג לפיכך אופק שני. ולפי זה, המדרש המיישם את עמדותיו של הדרשן איננו רק לגיטימציה בדיעבד להלכה המבקשת ביסוס, דהיינו: “מדרש מקיים”, אלא פרשנות לגיטימית של הטקסט.<sup>38</sup>

כיוצא בזה בענייננו, במערכת דיני הנזיקין הסטנדרטית, לפי ניתוחנו, מעורבים שיקולי אחריות. לעיתים הם עולים מן הטקסט המקראי, אך לעיתים הם אינם תלויים בו, אלא משקפים את עמדת המוצא של חכמים.<sup>39</sup> אולם אין זה אומר שמבחינת המהלך הפרשני ההלכה קדמה במקרים שכאלו למדרש. דיני הנזיקין יכולים להתבסס על תפיסה הרואה בפרשנות הכתוב מקור להלכות חדשות, מעין מדרש יוצר, כאשר הגורמים המניעים את הפרשן והעומדים בתודעתו בבואו לפרש את הכתוב הם שיקולי האחריות הנזכרים.<sup>40</sup> וגם אם מקורם של שיקולים אלו איננו הטקסט עצמו, ההלכה המוצעת עודנה תוצר פעילותו הפרשנית של הדרשן.<sup>41</sup>

באשר למערכת הדינים החריגים, לפי המודל ההתפתחותי שלהם, אותו הצגנו במבוא<sup>42</sup> והמחשנו בפרקי העבודה, זו מערערת מעצם טיבה על הדיכוטומיה בין מדרש יוצר למדרש מקיים. אין לומר במערכת זו, כי המדרש יוצר את ההלכה. למשל: דרשת “ובער בשדה אחר” במובנים רבים מאוחרת להלכה הפוטרת שן ורגל ברשות הרבים, שהרי הלכה זו מתחילה לא נזקקה ללימוד מיוחד מן הכתוב. מן הצד השני, המדרש איננו רק מקיים הלכה ידועה, שהרי פניה של ההלכה השתנו לבלי היכר בתהליך אחד עם יצירת הדרשה. ובדוגמא הנזכרת, “ובער בשדה אחר” הוא מדרש היוצר את ההלכה החריגה, הדין הגורף, הפוטר שן ורגל ברשות הרבים ומגביל אותם למקום המוגדר באופן פורמאלי כרשות הנזק, “שדה אחר”. הרי לפנינו תהליך התפתחותי, שבו הלכה קיימת הולכת ומתעצבת בהשפעת מספר גורמים, ובהם הכתוב. מדרש הכתוב במקרה זה יוצר את ההלכה ומקיימה כאחד.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> בעניין הפער בין הטקסט המקראי לבין פרשנותו במדרשי ההלכה ראו הלברטל, מהפכות, עמ' 168 – 203, וראו גם סקירתה של רביב, פרשנות, עמ' 1 – 4. מגמות אלו קיימות גם בחקר מדרש האגדה, דהיינו: ראיית המדרש כפעילות פרשנית מורכבת, ובכך ניתנת לגיטימציה פרשנית לטשטוש ההבחנה בין הטקסט לבין מדרשו (ראו למשל בויארין, אינטרטקסטואליות, וראו מבוא, סעיף 3.5, והפניות שם, הערה 94). בהתאם לאמור, לפי התפיסה הפרשנית הגאדמריאנית המובאת בפנים, אין לשלול את עצמאותו של הטקסט, אך ישנה בד בבד הכרה במעורבותו ובמשקלו של הפרשן ועולמו בתהליך ההבנה. תהליך ההבנה הוא תהליך “מיוזג אופקים” בין הטקסט לבין ההווה, בו נמצא הפרשן. התבוננותו של הפרשן על הטקסט היא מתוך האופק בו הוא נמצא, המתעצב והולך באופן מתמיד. ראו גאדמר, אמת ומתודה, עמ' 302 – 306. להקשרים מתודולוגיים אחרים, בהם נגענו בתפיסתו של גאדמר, ראו מבוא, הערות 5; 87.

<sup>39</sup> ראו מבוא, סעיף 2.1, ושם, סמוך להערות 10 – 16.

<sup>40</sup> ראו, מפרסקטיבה רחבה יותר מהענף הנדון בדברינו, אלון, המשפט העברי, עמ' 246.

<sup>41</sup> ראו בדומה לכך הלברטל, מהפכות, עמ' 15, וראו גם רביב, הפעולה הפרשנית.

<sup>42</sup> ראו מבוא, סעיף 2.2.

<sup>43</sup> פיתוח בסיס דרשני להלכות קיימות גבר בתקופת האמוראים, ראו אורבך, ההלכה, עמ' 78, וראו גם להלן, הערה 58. טיעוננו בדבר תפקידם של האמוראים בעיצוב מקרי הפטור החריגים מתאים להשקפה זו, ומוסיף עליה: הביסוס הדרשני נעשה בד בבד עם עיצובה של ההלכה ו”התאמתה” לתפיסה המתוארת.

ברם, יש להבחין בין הניתוח ההתפתחותי-היסטורי לבין תודעתם של חכמים. מבחינת תודעתם של חכמים, ברובד בו אנו מתמקדים כעת, הרובד בו גובשה מערכת הדינים החריגים למערכת הלכתית נבדלת, התמונה שונה. להלן נשתמש במינוח הויטגנשטייני "משחקי שפה" לשם תיאור השוני בין המערכת ההלכתית החדשה שמקרי הפטור החריגים משתייכים אליה לבין תפיסתם הקודמת של דינים אלו כחלק מהמערכת ההלכתית. משמעות הדבר היא כי יצירת הדינים החריגים איננה רק פיתוח נקודתי של ההלכה, בו נוסף משתנה חדש – דרשות הכתוב כמקור להלכה. שהרי הכתוב שימש כמקור להלכה גם בתפיסה הסטנדרטית של דיני הנזיקין, כפי שהזכרנו לעיל. אלא, יש כאן שינוי תודעתי, המתבטא בתפיסה הלכתית רחבה של יחידה שלמה העומדת בניגוד למערכת דיני הנזיקין הסטנדרטית. זו כעת מערכת הלכתית שיש לה שיקולים ומניעים שונים, ואשר בבסיסה עולם מושגים אחר, במונחיו של ויטגנשטיין: "צורות חיים" שונות.<sup>44</sup>

בתודעתם של חכמים השייכים לשלב בו אנו עוסקים, מדרש הכתוב הוא המקור העיקרי להלכה. אין הכוונה רק לתפיסה פוזיטיביסטית,<sup>45</sup> המשולבת אולי עם פרשנות פורמליסטית נוקשה של לשון החוק.<sup>46</sup> תפיסה שכזו מוליכה אומנם להסתמכות על "כתוב", שהוא מקורה היחיד של ההלכה, אך זאת במסגרת המערכת המושגית הפנימית עליה מושתתת השיטה המשפטית.<sup>47</sup> ואילו בנידון דידן אנו עוסקים בתפיסה שהתקדמה צעד נוסף: הלכות אלו נתפסו כמי שאין להן קיום מנותק מדרשת הכתוב, ואשר ממנו הן נובעות והוא הוא טעמן, וזאת תוך הבחנתן מיתר דיני הנזיקין. בהתאם לכך, גם פרטי ההלכות הללו, דהיינו: תכניה של המערכת ההלכתית החריגה, שונים מיתר דיני הנזיקין ופעמים רבות מנוגדים להם. אין מדובר לפיכך בקביעה פנימית באשר למקורות ההלכה ומקורות המערכת המושגית שלה, אלא יצירת ענף נפרד למערכת זו, שגם מבחינה מושגית איננו כפוף לעקרונותיה של המערכת הקודמת, דהיינו: הכתוב יוצר מערכת הלכתית שונה מהמערכת הסטנדרטית, ומערכת הלכתית זו מנותקת ניתוק מלא משיקולים אחרים הרלוונטיים ליתר דיני הנזיקין. אם להשתמש בלשון נוקבת, זו איננה תיאוריה משפטית פנימית, אלא תיאוריה שעיקרה נטרול המימד המשפטי מענף זה של ההלכה.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> ראו להלן, סמוך להערות 49 – 52.

<sup>45</sup> דהיינו: לחוק מקור מוגדר וגבולותיו מתוחמים, ולא ניתן לראות במערכת עקרונות חיצוניות, כדוגמת המוסר, מקור לחוק. כך לדוגמה בתפיסתו של הארט, אשר מה שמגדיר לדידה את החוק הוא "כלל ההכרה" (הארט, משפט, עמ' 94 – 95). למובנים נוספים ראו לורברבוים ושמירא, איגרת השמד, עמ' 359 – 360, וראו בזיקה להלכה שם, עמ' 364 – 369.

<sup>46</sup> ראו מבוא, סמוך להערות 70 – 73.

<sup>47</sup> ראו מבוא, סמוך להערות 81 – 82; לורברבוים, צלם אלוקים, עמ' 113 – 117; 120 – 123.

<sup>48</sup> בהתאם לכך הבחנו לעיל בין התמודדות משפטית פנימית לבין "התמודדות חיצונית", בה אנו עוסקים כעת, ראו סעיף 3.3.

אני מבקש לפרש עמדה זו ביחס לדין החרג על פי מונחיו של ויטגנשטיין כשינוי במשחק השפה (או: "משחק לשון").<sup>49</sup> מונח זה מבטא בראש ובראשונה עמדה באשר לתפיסתנו את השפה, הלשון המדוברת על ידי בני אדם. כאשר אל מול הנסיון למצוא תבנית פילוסופית נוקשה ויציבה לתיאורה של השפה והסבר יחסה לאובייקטים אותם היא מתארת, מציע ויטגנשטיין עמדה פרקטית, המושתתת על השימוש בפועל שנעשה בשפה, כאשר שימוש זה הוא שמעניק לה את משמעותה.<sup>50</sup> אולם אין מדובר רק ביחס בין המלים למציאות שהן מתארות. "משחק השפה" מבטא שינוי משמעות הנובע ממערך חברתי-תרבותי שלם, "צורות חיים" שנבדלו זו מזו.<sup>51</sup> הבדלים אלו משליכים על הקריטריונים המשתנים לקביעת המשמעויות בהן נעשה שימוש בשפה, על נסיבות משתנות המשפיעות על מובנה של השפה, על תפיסות כלליות באשר למובנם של הדברים ועוד,<sup>52</sup> ומכאן מגוון האפשרויות הטמון בשימושים השונים שבשפה.

ובענייננו, ברובד המאוחר, אותו חשפנו במהלך העבודה, משמשים לעיתים מינוחים משפטיים דומים לאלו המשמשים גם ברבדים מוקדמים יותר, ובכלל זה משותף לכל השלבים הללו גם השימוש בכתוב כבסיס להלכה. אולם בין הרבדים הללו מסתתר פער משמעותי.<sup>53</sup> ברובד המאוחר, המערכת ההלכתית של הדינים החרגיים – ואולי יותר ממנה – נתפסת בצורה שונה מהתפיסה הסטנדרטית של דיני הנזיקין. במסגרת דיוננו התייחסנו

<sup>49</sup> ויטגנשטיין, חקירות פילוסופיות, פסקה 7, עמ' 39. לתפיסה זו, שתוסבר בהרחבה להלן, שורשים מוקדמים יותר בכתביו של ויטגנשטיין, ראו בקר והאקר, ויטגנשטיין, עמ' 47 – 51 ("עליית משחקי השפה"). למעשה, עד היום קיים קושי בניתוח תורתו של ויטגנשטיין ונפלות בעניינה מחלוקות רבות, ראו שטרן, הפילוסופיה של ויטגנשטיין, עמ' 442. לצורך דיוננו כאן נציג כמה עקרונות יסוד, המוסכמים על רבים מפרשניו של ויטגנשטיין, ואשר הם מעניקים בסיס מספיק כדי להבהיר את טיעוננו בפנים.

<sup>50</sup> מתח זה בין ויטגנשטיין למבקריו הודגש על ידי קאוול (Cavell), במסגרת ניתוח תורתו של ויטגנשטיין המאוחר וההגנה עליה. ראו קאוול, ויטגנשטיין המאוחר, עמ' 56 – 57; 62 – 63 ועוד. מתח זה מבטא את המעבר בין ויטגנשטיין המוקדם (ב"מאמר לוגי פילוסופי") לויטגנשטיין המאוחר. ויטגנשטיין המוקדם דגל בגישה לוגית, לפיה משמעותה של השפה מתגלית על פי ערכי אמת ושקר שלה, ואילו בהגותו המאוחרת הדגיש כאמור את השימוש המעשי כביטוי למשמעותה של השפה (ראו למשל סטורד, מחשבה, עמ' 301 – 302).

<sup>51</sup> "מה שבני אדם אומרים הוא נכון או לא נכון; והם מסכימים ביניהם בשפה. אין זו הסכמה בדעות, אלא בצורת חיים" (ויטגנשטיין, חקירות פילוסופיות, פסקה 241, עמ' 122). בפרשנות המונח "צורות חיים" ניתן להרחיק לכת עד כדי ייחוס מציאות שונה לתרבות זו או לתרבות אחרת (ראו לדוגמא עמדתו של פיטר וינץ' ביחס לאמונה בכישוף, וינץ', הבנת חברה פרימיטיבית). לדידנו אין צורך בכך, אלא נסתפק בהצגת תפיסתו של ויטגנשטיין כמי שרואה את צורות החיים כפרספקטיבה שונה ביחס לעולם המושגים, ביחס לתפיסות חברתיות-תרבותיות וכמובן, לענייננו, ביחס לגישות משפטיות. ראו להלן בפנים ובהערה הבאה.

<sup>52</sup> ראו בקר והאקר, ויטגנשטיין, עמ' 54 – 55; קנפילד, ויטגנשטיין, עמ' 70 – 78, וראו שם ביקורתו על גישות המגבילות את יצירת המשמעות לפי ויטגנשטיין ל"קריטריונים" (סימנים ומאפיינים שבאמצעותם ניתן להעריך את הדבר הנדון) משתנים בלבד. בהתאם לביקורת זו צוינו בפנים מספר גורמים המשפיעים על המשמעות, ובכלל זה נסיבות, תפיסות כלליות וכדו'.

<sup>53</sup> למעשה, במקרים רבים שבהם השפיעה שיטת משפט אחת על חברתה, נוכל למצוא חוקים הדומים זה לזה בטרימינולוגיה המשמשת אותם, אולם משמעותם של החוקים שונה. דהיינו, לחוק במערכת המשפט האחת תהיה פונקציה שונה מאשר במערכת המשפט השנייה, על אף שהיא עשויה להיות מקורו ה"היסטורי" של החוק (ראו ג'קסון, היסטוריה, עמ' 22; 26). אלא, שבמקרה דנן אנו עוסקים בצירי היסטורי של מערכת משפט אחת, שבו שינויי המשמעות נובעים מתהליך התפתחותי פנימי. בד בבד, וזו הנקודה העיקרית בדיוננו כעת, פערי המשמעות משמעותיים יותר, ומבטאים גישות מנוגדות באשר לטיבה של המערכת המשפטית, כמבואר בדברינו בפנים.

לשינויי פרדיגמה בהתייחס לדיני הנזיקין התלמודיים, למשל: במעבר מצדק מתקן לצדק חלוקתי, אך לא לכך הכוונה כאן. שינויים אלו עודם נמצאים בתוך השדה המשפטי, בתוך משחק השפה הסטנדרטי. לעומת זאת, ברובד אליו אנו מתייחסים כעת, המקור השונה המעניק תוקף להלכה, דהיינו: הכתוב בלבד, ומערכת השיקולים המנחה בעיצובה של ההלכה, למשל: ההצמדות לכתוב גם בניגוד לשיקולי אחריות "סטנדרטיים", כל אלו משקפים עולם משמעות שונה, "צורת חיים" אחרת, המשמשים רובד זה. הגדרת הדינים החריגים כשינוי במשחק השפה מבטאת לפיכך את התפיסה לפיה שינוי זה מבטא מבט שונה בתכלית ביחס להלכה, עולם משמעויות שיש להבחין מקודמו. מבט זה מנתק את מערכת הדינים החריגים ממה שכינינו מערכת דיני הנזיקין. מהן מערכות המושגים ותפיסות העולם<sup>54</sup> המאפשרות את פיתוחה של השקפת עולם הלכתית זו? אני סבור, שפועלים כאן מספר גורמים אשר הולידו את התפיסה המתוארת, ולמעשה אלו שלושה תהליכים המשתלבים זה עם זה ומשלימים זה את זה. כוונת הדברים היא להעצמת המימד הדתי של ההלכה, לטקסטואליזציה של ההלכה ולתיאורטיזציה שלה. נבאר את הדברים.

ההלכה המצטיירת ברובד הנדון היא הלכה "בית מדרשית", הלכה תיאורטית שאיננה בהכרח משקפת את חיי היומיום.<sup>55</sup> אומנם, התלמוד עוסק בשאלת הסמכות לדון דיני נזיקין בבבל,<sup>56</sup> אולם העדויות על יישומם המעשי של ההלכות הללו מועטות, וככל הנראה אין בהן ביטוי להשקפות העולות מתפיסת הדינים החריגים.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> כל אלו מרכיבים את "צורת החיים", המעניקה משמעות למלים במשחק השפה בו אנו נתונים. ראו לעיל, הערה 52.  
<sup>55</sup> ניתוק ההלכה מחיי היומיום והפיכתה ל"אקדמית" היא תופעה מוכרת גם בענפים הלכתיים אחרים, ראו ג'קסון, מחקרים, עמ' 2 – 3. תהליך דומה המתואר על ידנו, דהיינו: ניתוק ההלכה מטעמה המקורי וביסוסה על הכתוב כ"חידוש" או "גזרת הכתוב", בעניין עדים זוממים (ראו מבוא, הערה 32), יוחס על ידי הנשקה לגורם הנזכר בפנים: "מאלף הדבר כי מוסד ההזמה נהיה לפלא רק לאחר שכבר לא נהגו דיני נפשות כל עיקר... החידתיות המופלאה של ההלכה צמחה אפוא על רקע ביטולה המעשי; ואילו בשעה שנהגו הדברים בפועל, לא הייתה בהם כל תמיהה. דומה שהשתלשלות זו אופיינית לתולדות ההלכה, ואידך זיל גמור" (הנשקה, עדים זוממים, עמ' 381 – 382).

<sup>56</sup> ראו למשל פד ע"א – ע"ב. על סוגייה זו ראו רדזינר, דיני קנסות, עמ' 161 – 193.  
<sup>57</sup> דוגמא אפשרית ליישום המעשי של התפיסה הנדונה היא המעשה בעיזי דבי תרבו (כג ע"ב). במעשה זה מסרב אביי לדרוש מבי תרבו לשמור את עזיהם, שכן הללו יאמרו לו "לגדור מר גדירא בארעיה". הדרישה מהניזק לגדור את חצרו מבטאת את הטלתה של חובת הזהירות עליו (בהנחה שהדברים נובעים מעמדה הלכתית, ואינם דחייה גרידא, כפי שסבורים תוס' ד"ה יכלי, שם), והיא נמצאת בטווח שיקולי האחריות. הדיון שאחר כך, "ואי גדר שן דחייב רחמנא היכי משכחת לה? כשחתרה, אי נמי דנפיל גודא בליליא", מתבסס על ההנחה שחייב המזיק הוא אך ורק ברשות הניזק (בדומה לסוגיית פי פרה, המשתמשת אף היא בלשון דומה, ראו שער שני, פרק ו, סעיף 2.1). בכך הוא משקף תפיסה גורפת של פטור שן ברשות הרבים, ומסתבר שהדבר הוא מכוח העמדה הרואה בפטור שן ורגל דין חריג (לדיונו בעניין זה ראו שער שני, פרק ו, סעיף 3.1). יחד עם זאת, סביר לדעתי שקטע זה איננו מגוף דברי אביי, אלא שייך לרובד אנונימי של התלמוד, ומאוחר לאביי (אך השור ר"ח בסוגייתנו). בשל כך, אין להסיק ממנו, שעמדה הלכתית זו ננקטה למעשה. יתרה מכך, מהמשך הסוגייה ניתן ללמוד על כך שבמציאות הריאלית יושמה דווקא השיטה המנוגדת לתפיסת הדינים החריגים. הכרתו של רב יוסף על דינם של "עיזי דשוקא" (שם) מצביעה בפשטות על כך, שבמקרים בהם שיקולי האחריות הם לרעת המזיק ניתן לחייבו גם ברשות הרבים, בהתאם לתפיסה הראשונית של פטור שן ורגל ברשות הרבים, ראו שער שני, פרק ה, סעיף 2.2. (הראשונים פרשו את דברי רב יוסף בדרך כלל כמקרה נזק ברשות היחיד, וזאת בהתאם לתפיסה המאוחרת של פטור שן ברשות

מאפיין זה מאפשר ומזרז את הצבתה של ההלכה במסגרת מערכת שיקולים פנימית ייחודית לה, אשר איננה מעוצבת על ידי מערכות מושגיות "משפטיות", הנשענות על צרכים חברתיים או על שיקולים פונקציונאליים אחרים.

אופייה של מערכת השיקולים הייחודית מושפע משני הגורמים הנוספים שהוזכרו לעיל. חכמי ההלכה ברובד בו אנו עוסקים מסתמכים באופן מוגבר על הטקסט המקראי,<sup>58</sup> כאשר הם רואים בו מקור סמכות אלוהי.<sup>59</sup> אך טבעי הוא לפיכך, שבמקרה כשלנו, בו פרטי ההלכה, כפי שהלכו והתעצבו ברבדיה השונים של הספרות התלמודית, נוגדים את הסברא, או: את שיקולי האחריות של חכמים, כפי שתארנו לעיל, יימצא להם הביסוס בכתוב. וכך, הכתוב הוא אשר יצדיק את ההלכה, בו ייתלה טעמה, והוא ייתן לה את התוקף הדרוש.

כללו של דבר, השילוב בין שלושת הגורמים הנזכרים מאפשר את פיתוחה של מערכת הלכתית סגורה, הכפופה למקור מכונן אחד, שהוא הקובע את תכניה והוא המעניק לה את הלגיטימציה, בלא לערב מימדים נוספים.<sup>60</sup> ואפילו רובד "משפטי" מובהק כדיני הנזיקין, ולפחות ענף אחד בתוכו, מוכפף לשיקוליה של תפיסה זו.<sup>61</sup>

#### 4.3. דיני הנזיקין התלמודיים לאור מקרי פטור חריגים

במבוא לעבודה זו דנו בהרחבה בבסיס התיאורטי של דיני הנזיקין התלמודיים. כפי שראינו שם, דיני הנזיקין התלמודיים, בדומה לדיני הנזיקין המקראיים, מושתתים על שיקולי אחריות, כגון: השאלה האם המזיק התרשל במעשיו. תפיסה זו איננה שוללת את תפקידו של הכתוב במסגרת מערכת הלכתית זו, ולעיל הוספנו לטיעון זה את מורכבות ההבחנה בין תפקידו היוצר של המדרש לתפקידו המקיים. טענו עוד במבוא, והמחשנו זאת לאורך

---

הרבים. אולם ראו מאירי על אתר בשם יש מפרשים, המעמיד הלכה זו גם ברשות הרבים. ברם, אף הוא מפרש, שאין כאן חיוב בתשלומי נזק, אלא שחיטת מנע של העזים "הואיל ולשחיטה הן עומדות".

<sup>58</sup> ראו דברי אורבך, ההלכה, עמ' 78: "...לעומת זאת נפרצו הגבולות בתלמודים... נוצרות והולכות דרשות חדשות, הממציאות אסמכתות להלכות, שמקורן ושורשן במנהגים ובמעשי בית דין, ואף מסמיכים דרשות לדיעות דחיות ולחידושיהם של האמוראים עצמם. התלמודים מקיימים הלכה למעשה ש'אפילו מה שתלמיד ותיק עתיד להורות לפני רבו כבר נאמר למשה מסיני'".

<sup>59</sup> פן זה הודגש על ידי קירשנבאום (בעניין הרשעה עצמית, שאף היא מתאפיינת בתהליך דומה למתואר בעבודה הנוכחית, ראו מבוא, הערה 32), תוך שהוא מקשר זאת לשני הרבדים שבהם פועלת ההלכה, רובד אידיאלי-תיאורטי ורובד מעשי, ראו קירשנבאום, הרשעה עצמית, עמ' 423 – 433; 517 (בהתאם לשיטתו המפורסמת של הר"ן, ראו הפניותיו, שם).

<sup>60</sup> יש לחזור ולהדגיש כאן נקודה נוספת. ההשקפה המתוארת קשורה למגמות המאפיינות את הרובד הכרונולוגי בו אנו עוסקים, בעיקר מן הדור הרביעי לחכמי בבל, כגון: הקונספטואליזציה של ההלכה והעלייה במימד הפורמליסטי שלה (ראו מוסקוביץ, המשגה, עמ' 27 – 29, ולעיל, מבוא, סעיף 3.4, ושם, סמוך להערות 77 – 80). מגמות אלו מניחות את התשתית להשקפה אותה איתרנו במחקר זה (ראו לעיל, סעיפים 3.2 – 3.3), אולם היא – דהיינו: תפיסת הדינים החריגים – מרחיקת לכת מהן, כפי שניתחנו בהרחבה בפנים (וראו גם סמוך להערות 45 – 48).

<sup>61</sup> עניין זה משליך על המחלוקת המפורסמת על טיבו של "המשפט העברי" בין אלון, אנגלרד ואחרים, ראו אנגלרד, מחקר; אלון, עוד, וראו לורברבוים, צלם אלוהים, עמ' 123 – 124. מחלוקת זו, כמו גם יישומם הנרחב של הגורמים המתוארים בפנים בענפים אחרים של ההלכה, צריכים להבחן בהקשרים רחבים יותר, ואלו חורגים לצערי מהמסגרת של המחקר הנוכחי.



פרקי העבודה, כי אין מדובר במשטר אחריות אחד, אלא בכמה משטרי אחריות, המשתנים לפי העניין. וכן ראינו, כי משטרי האחריות עליהם מבוססים דיני הנזיקין התלמודיים אינם סטטיים, אלא דינאמיים. ולמשל, טעמן של מספר הלכות מתפרש בדרכים שונות בתקופות שונות, פעמים תוך התאמתן למשטר האחריות הרווח, משטר הרשלנות. במקרים אלו, הנסיון להתאים את ההלכה עם משטר האחריות המתבקש משליך גם על פרטיהן ההלכתיים של ההלכות.<sup>62</sup>

דיוננו נגע אם כן בפנים אחדים של דיני הנזיקין בכללם. ברם ענייננו בסעיף הנוכחי איננו מתמקד בדיני הנזיקין התלמודיים בפני עצמם, אלא עוסק בבחינת זיקת הגומלין בין דיני הנזיקין התלמודיים לבין המערכת הייחודית בה עסקנו. מהי אם כן השפעתם של מקרי הפטור החריגים על מערכת דיני הנזיקין התלמודיים? לשאלה שהעלנו כמה פנים. ראשית, מקרי הפטור החריגים משפיעים על פרטי ההלכות המרכיבות את דיני הנזיקין התלמודיים. בכל אחד מן המקרים הנדונים, עיצובו ההלכתי של פטור מסויים קובע את גבולותיו של אב הנזק. כולו. למשל, אם בעניין טמון באש הציבו חכמים את הפטור בהתייחס למדליק בתוך שלו, הרי שגבולותיו של אב הנזק השתנו אף הם – החיוב המלא בנזקי אש כעת הוא בתחום מצומצם יותר, מדליק בתוך של חברו. כך גם לגבי דרישת "שדה אחר", הנדרשת בכדי לחייב בנזקי שן ורגל ועוד כהנה וכהנה.

ברם, למקרי הפטור החריגים השפעה משמעותית יותר, וכוונת הדברים היא לתפיסה התיאורטית של כל אחד מאבות הנזיקין. עיצובם של מקרי הפטור החריגים הוא תהליך דינאמי, והשפעתו המושגית איננה מצמצמת למקרי הפטור בלבד. כשם שתהליך זה מקרין מבחינת פרטי ההלכות על כלל דיני הנזיקין, כך הוא מקרין מבחינת התפיסה המושגית של מכלול זה. וכך, במסגרת תהליך עיצובם של מקרי הפטור החריגים משתנה תפיסתם המושגית של אבות הנזיקין. כך מצאנו בעניין בור, בו טענתנו תפיסת פטור אדם וכלים בבור השפיעה באופן ישיר על הגדרותיו של אב הנזק:<sup>63</sup> בצורתם הסופית של הדברים, בפרשנות התלמודית המאוחרת של שיטת רב, צומצמה הגדרת אב הנזק למקרים בהם אין זיקה ממונית בין המזיק ל"בעליו" (ג ע"א – ג ע"ב): "אי דאפקרינהו בין לרב ובין לשמואל היינו בור, ואי דלא אפקרינהו, אי לשמואל דאמר כולם מבור למדנו היינו בור, ואי לרב דאמר כולם משורו למדנו היינו שור". כך מצאנו גם בעניין אב הנזק קרן – כפי שהראנו למעלה, תפיסת חצי נזק כדין חריג נקשרת להרחבה ניכרת של אב נזק זה, ומכאן לצמצומם של אבות נזקים אחרים. ובהתאם לכך, קרן מוגדר ברובד התפתחותי זה ככולל כל "משונה", ואילו אבות הנזקים האחרים,

<sup>62</sup> כך לדוגמא בדין חצי נזק לפי בית מדרשו של ר' ישמעאל, ראו בעיקר שער ראשון, פרק ג.

<sup>63</sup> ראו שער חמישי, פרק יא, סעיף יא.3, ובפרט סמוך להערות 115 – 118.

שן ורגל, מאבדים את ההבחנה בין תמות למועדות, וכוללים כעת נזק שלם בלבד.<sup>64</sup> לצד דוגמאות אלו, השינוי הקונספטואלי המשמעותי ביותר, אותו קישרנו לתהליך התפתחותם של מקרי הפטור החריגים, הוא השינוי בתפיסת אב הנזק אש. כפי שראינו, התפיסה הראשונית של אב נזק זה ראתה בו וריאציה של אדם המזיק. אולם לאחר שגובש בתוכו הפטור החריג, לא ניתן היה יותר לזהות בין אש לבין אדם המזיק,<sup>65</sup> ואב הנזק השתנה מן הקצה אל הקצה – כעת אש היא ממונו המזיק. שינוי זה מלווה כרגיל במאמץ פרשני ליישב תפיסות קדומות יותר. נושאי השינוי הכירו את התפיסה המזהה את אש עם אדם המזיק, ואף הסכימו על עדיפותה במקורות השונים ("קרא ומתניתא מסייע ליה", כב ע"ב). אולם מכוח תפיסת הפטור בה עסקנו נוצר המהפך התיאורטי: "למאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו".

ובכן, ראינו כי תהליך פיתוחם של מקרי הפטור החריגים מעצב יחד עימו את פרטי ההלכות של אבות הנזיקין הסטנדרטיים. וכן ראינו, כי תהליך זה מעצב גם את התפיסה התיאורטית של אבות הנזיקין. כעת מבקשים אנו להתקדם צעד נוסף. תפיסת מקרי הפטור החריגים איננה רק שינוי בגישה כלפי נזק פלוני או אלמוני, אלא מבטאת עמדה תיאורטית באשר לטיבו של ענף הדינים החריגים כולו. ואם כן, האם תפיסת מקרי הפטור החריגים משליכה גם על התפיסה התיאורטית של מכלול דיני הנזיקין הסטנדרטיים?<sup>66</sup>

מסקנות המחקר הנוכחי נותנות כיוון לפתרון השאלה שהעלנו, אולם כדי להשיב עליה באופן מלא נדרש מחקר רחב יותר. בשורות הבאות אציג לפיכך מספר כיווני מחשבה העולים מהמחקר הנוכחי, וזאת כבסיס למחקר עתידי. אין הדברים מתיימרים להציג ניתוח כולל של השאלה; אלו הן מילות סיום הפותחות את השער בפני מחקר נוסף.

לטעמי, תפיסת הדינים החריגים המתוארת עוסקת אומנם בענף שנבדל מכלל דיני הנזיקין, אולם תפיסה זו מקרינה על המערכת כולה. כדי לאפשר לכתוב להפקיע הלכות מסוימות ממסגרתה של המערכת הסטנדרטית, יש להכיר בכפיפותה של כלל המערכת אליו. במלים אחרות, דיני הנזיקין הם חלק ממערכת סמכותית אחת,

<sup>64</sup> ראו לעיל, סמוך להערות 7 – 8. פן אחר של אב הנזק קרן הושפע כמובן גם מהשינוי בתפיסת אב הנזק בור, המתואר לעיל בפנים, שכן על פי השינוי הנזכר, מה שאיננו בור מוגדר כשור. גבולותיו ומשמעויותיו המדויקים של שינוי זה נתונים במחלוקת בין הראשונים, ראו שער חמישי, פרק יא, הערה 118.

<sup>65</sup> כך לפי זרם מרכזי בין הפרשנים, ראו שער רביעי, פרק ט, סמוך להערות 69 – 77.

<sup>66</sup> כפי שהצהרנו במבוא (ראו בעיקר מבוא, סעיף 5, ושם, הערה 105), החריגים מלמדים בשונותם על אופיו של המרכז, אולם בד בבד הם משפיעים עליו. פן זה האחרון, היינו: התהליך הדינאמי של עיצוב הגבולות, הוא המשמעותי בדיונו כעת. תבנית זו, כפי שצינו במבוא הנזכר לעיל, משמשת בתחומי דעת רבים, ראו למשל באחטין, הדיבר ברומן, עמ' 83 (במסגרת דיונו בפוליפוניה; היינו: רב דיבוריות): "בכל רגע נתון של חייה ההיסטוריים, הלשון [=ההשקפה על העולם, צורה להמשגתו המילולית וכדו', ראו שם, עמ' 84] היא אפוא רב דיבורית כל כולה... "לשונות" אלו של רב דיבוריות חוצות זו את זו באופנים רבים ויוצרות "לשונות" חדשות אופייניות לחוג חברתי מסוים" (אני מודה לידידי חזקי שוהם על שהפנה אותי למקור זה).

כאשר זו מבחינה בין הענף המרכזי, בו פועלת מערכת שיקולים מסויימת, לענף חריג, בו פועלת מערכת שיקולים אחרת.

לכאורה, מדובר בשינוי סמנטי בלבד ביחס לתפיסה שאחזנו בה קודם. שהרי הלכה למעשה גם לפי התמונה האחרונה מערכת דיני הנזיקין הכללית מושתתת על שיקולי אחריות אלו או אחרים, ומה אם כן משמעות הטענה, כי בעולמם של חכמים אף מערכת שיקולים זו היא חלק מהמכלול ההלכתי, שמקורו אחד. ברם, אני סבור שלא כך הם פני הדברים. במידה ואכן כך נתפסת ההלכה הנזיקית, אזי נראה ברבים מאוחרים של ההלכה התלמודית, דהיינו: ברבים מקבילים או מאוחרים מבחינה כרונולוגית לתפיסת הדינים החריגים, משקל יתר להסתמכות על הכתוב, ואפילו בתחומים הלכתיים סטנדרטיים. בכך ניתן לראות דמיון בין תפיסת הדינים החריגים לבין המקרים הללו ואולי אף השפעה של תפיסת דינים החריגים על תחומים אלו. מסתבר, למשל, שסוגיות דרשניות מפותלות, המאפיינות רבדים מאוחרים של התלמוד, ואשר מבקשות לבסס כל פרט ופרט על לימודים מן הכתוב, נובעות מתפיסה שכזו.<sup>67</sup> ופעמים, שסוגיות שכאלו מתקדמות צעד נוסף, ומוצאות את הסימוכין להן בכתוב בלבד. כך ראינו בדיוננו בסוגייה העוסקת בחובת השמירה של שור תם ושור מועד, המבססת את תפיסתו התמוהה לכאורה של ר' יהודה על הכתוב, "בקראי פליגי", ומוצאת בכך מענה מספק לקשיים ששיטה זו מעוררת.<sup>68</sup>

הסגנון התלמודי המתואר, המבקש את ביסוסו המלא בכתוב, מצוי בתחומים הלכתיים רבים, הלכות נזיקין כמו גם איסור והיתר. אף בכך משתקפת קירבה לתפיסת הדינים החריגים:<sup>69</sup> התורה, דבר ה', היא מקורה של מערכת דיני הנזיקין, כמו גם של יתר אגפי ההלכה. בחלקה היא משתלבת עם מערכות שיקולים נוספות, ובחלקה, בדינים החריגים, הכתוב בלבד הוא מקור הדברים.

<sup>67</sup> ראו הלבני, עיונים, עמ' 105, וראו גם אורבך, לעיל הערה 58.

<sup>68</sup> ראו שער ראשון, פרק ב, סעיף ב.3, ובפרט הערה 50.

<sup>69</sup> לדוגמא בעלמא, ראו במסכתנו, נד ע"ב. המשנה שונה "אחד שור ואחד כל בהמה לנפילת הבור ולהפרשת הר סיני ולתשלומי כפל ולהשבת אבידה, לפריקה, לחסימה, לכלאים ולשבת, וכן חיה ועוף כיוצא בהן. אם כן, למה נאמר שור או חמור? אלא שדבר הכתוב בהווה". הסוגייה התלמודית על אתר מבססת כל אחד מהמקרים המובאים במשנה על דרשה ספציפית, כאשר בחלק מן המקרים היא סומכת – גם כאן: באמצעות דרשות מפורשות – תחום הלכתי אחד למשנהו: "לנפילת הבור, 'כסף ישיב לבעלי' כתיב, כל דאית ליה בעלים, כדאמרן... לפריקה, 'ליף חמור חמור משבת וכו'". דוגמא זו כוללת את שני הפנים של התופעה הנדונה בפנים: ראשית, היא משקפת את הצורך בביסוסו עד תום בדרשת הכתוב של כל פרט הלכתי, בין אם נלמד מן הסברא ובין אם יש לו מקור ראשוני בכתוב. שנית, היא ממחישה את העדר ההבחנה בין תחומים הלכתיים נבדלים והסתמכות על הכתוב כמקור המשותף לכולם.

## רשימה ביבליוגרפית

### מקורות ראשוניים

לרשימת המקורות העיקריים מספרות חז"ל המצוטטים בעבודה (מדרשי הלכה, משנה, תוספתא, תלמוד ירושלמי ותלמוד בבלי), כולל המהדורות וכתבי היד בהן נעשה שימוש, ראו בראש העבודה, פרק הערות טכניות.

אריסטו, אתיקה:

אריסטו, אתיקה, מהדורת ניקומאכוס, תרגם ג' ליבס, ירושלים ותל אביב: שוקן, תשמ"ה.

ילקוט שמעוני:

ילקוט שמעוני על התורה לרבנו שמעון הדרשן, ספר שמות: מוסד הרב קוק, ירושלים תש"ם.

כתב יד הוצאת לו:

המשנה, אשר עליה נוסד התלמוד הירושלמי מראשיתה ועד סופה, ירושלים: ספרית מקורות, תשכ"ז (כתב יד קיימברידג'; דפוס צילום).

כהנא, ספרי זוטא:

מנחם י' כהנא, ספרי זוטא דברים, ירושלים: מאגנס, תשס"ג.

ירושלמי כת"י אסקוריאל:

א"ש רוזנטל ו' ליברמן, ירושלמי נזיקין, ירושלים: האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, תשמ"ד.

מדרש לקח טוב:

מדרש לקח טוב, מהדורת ש' בוכר, ירושלים: דפוס ש' מונזון, תש"ך.

מכילתא, מהדורת לויטערבאך:

**Mekilta de-Rabbi Ishmael: a critical edition on the basis of the manuscripts and early editions**, with an English trans., introd. and notes by Jacob Z. Lauterbach, Philadelphia: Jewish Publication Society of America, 1933 – 1935.

### ספרות פרשנית

אוצר הגאונים:

ב' מ' לוין, אוצר הגאונים, כרך שנים עשר, מסכת בבא קמא, ירושלים: ח' וגשל, תדש"ם.

בכור שור:

פירוש רבי יוסף בכור שור על התורה, מהדורת יהושפט נבו, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשנ"ד.

גליון התוספות לר"א מטוך:

שיטת הקדמונים על מסכת בבא קמא, יוצא לאור על ידי הר' משה יהודה הכהן בלוי, ניו יורק: הוצאת המהדיר, תשל"ז.

הגיון אריה:

א' שווארץ, התוספתא לפי סדר המשניות דמסכת נזיקין, בבא קמא, פראנקפורט דמיין: זאנגער אונד פריעדבערג, תער"ב.

הלכות רב אלפס:

הלכות רב אלפס, על פי דפוס קושטא רס"ט, יו"ל על ידי הרב ניסן זק"ש, כרך שני, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשכ"ט.

העמק דבר:

הרב נפתלי צבי יהודה ברלין, חומש שמות, עם פירוש העמק דבר, ירושלים: ועד הישיבות בארץ ישראל, תדש"מ.

הפלאה:

הרב פנחס הלוי הורוויץ, ספר הפלאה, ירושלים: הפלאה, תש"ך.

השלמה:

ר' משולם ב"ר משה מבדרש, ספר ההשלמה לסדר נזיקין, יו"ל על ידי י' לובעצקי, כרך ראשון, ירושלים תשכ"ז.

חדושי הגרי"ז:

הרב יצחק זאב הלוי סולוביצ'יק, חדושי מרן רי"ז הלוי, ירושלים: הוצאת בני המחבר, תשנ"ח.

חדושי הגרנ"ט :  
 הרב נפתלי טרופ, **חידושי הגרנ"ט השלם על סדרי נשים נזיקין**, ירושלים : אורייתא, תשמ"ט.  
 חדושי ר' שמעון שקאפ :  
 ר' שמעון יהודה הכהן שקאפ, **חדושי רבי שמעון יהודה הכהן**, ירושלים : נכדי המחבר, תשנ"ג.  
 חזון יחזקאל :  
 הרב יחזקאל אברמסקי, **תוספתא חזון יחזקאל**, חלק ששי, בני ברק : נצח, תשל"א.  
 חסדי דוד השלם :  
 ר' דוד פארדו, **חסדי דוד**, חלק שני, ללא מקום הוצאה, תשל"א (דפוס צילום, ליוורנו, תק"נ).  
 ים של שלמה :  
 ר' שלמה לוריא, **ים של שלמה**, ירושלים : מכון אבן ישראל, מכון משנת דוד, תשנ"ו.  
 מאיר עין :  
 מאיר איש שלום, **מכילתא עם פירוש מאיר עין**, ללא מקום הוצאה, תשנ"ו (דפוס צילום, וינה תר"ל).  
 מאירי :  
 בית הבחירה על מסכת בבא קמא, מהדורת קלמן שלזינגר, ירושלים : דפוס דף חן, תשל"א.  
 מהר"א פולדא (מהרא"פ) :  
 שיטה מקובצת על הירושלמי - השלמה לירושלמי, ירושלים : הוצאת מקור, תשל"א.  
 מיכל המים :  
 שיטה מקובצת על הירושלמי - השלמה לירושלמי, ירושלים : הוצאת מקור, תשל"א.  
 נועם ירושלמי :  
 ר' יהושע אייזיק שפירא, **נועם ירושלמי**, חלק שני, ירושלים תשכ"ח.  
 נתיבות ירושלים :  
 ר' ישראל חיים דייכס, **נתיבות ירושלים על הירושלמי ב"ק ב"מ**, ברוקלין תשנ"ב (דפוס צילום, וילנא תר"ם).  
 ספר האגודה :  
 ספר האגודה, מהדורת א' בריזל, ירושלים : ישיבת פאר ההלכה, תשנ"ב.  
 ספר הישר :  
 ספר הישר לרבינו תם, חלק החידושים, מהדורת שמעון שלמה שלזינגר, ירושלים : קרית ספר, תשל"ד.  
 ספר המקח :  
 ספר המקח והממכר לרבינו האי גאון, בני ברק : מיכל יהודה ליפקוביץ, תשנ"ד.  
 ספר השרשים :  
 ר' יונה בן גנאח, **ספר השרשים**, ירושלים : מקיצי נרדמים, תשכ"ו (דפוס צילום, ברלין תרנ"ו).  
 עטרת יצחק :  
 ר' יצחק שבדרון, **עטרת יצחק על התוספתא למסכת בבא קמא**, ירושלים : מכון דעת תורה, תשל"ח.  
 פירוש רבנו חננאל :  
 הרב דוב דומב, **פירוש רבנו חננאל**, מסכת בבא קמא, ירושלים : מוסד הרב קוק, תשנ"א.  
 פני יהושע :  
 הר' יעקב יהושע פאלק, **פני יהושע השלם**, חלק חמישי, ירושלים : אור החכמה, תשנ"ח.  
 פסקי הרי"ד :  
 פסקי הרי"ד לרבנו ידעיה דטראני הזקן ז"ל, יו"ל על ידי הרב אברהם יוסף וורטהיימר, ירושלים : מכון התלמוד הישראלי השלם, תשל"ו.  
 פרנקל, ספר המפתח :  
 ש' פרנקל, **ספר המפתח – ספר שנויי נוסחאות**, בני ברק : ישיבת אהל יוסף ושבתי פרנקל, תשנ"ו.  
 ראב"ד :  
 חידושי הראב"ד על מסכת בבא קמא, מהדורת שמואל אטלס, ירושלים – ניו יורק : קריה נאמנה, תשכ"ג.  
 ריטב"א, קידושין :  
 חידושי הריטב"א, מסכת קידושין, ירושלים : מוסד הרב קוק, תשמ"ה.  
 ר"י מיגאש :  
 שאלות ותשובות הר"י מיגאש, ירושלים תש"ם.

ר"י מלוניל : פירוש רבינו יהונתן הכהן מלוניל על המשנה והרי"ף מסכת בבא קמא, יוצא לאור על ידי שמא יהודה פרידמן, ירושלים – ניו יורק: פלדהיים, תשכ"ט.

רי"ף כת"י ניו יורק : ספר הלכות רבתי לרבינו יצחק אלפסי, יו"ל על ידי שמא יהודה פרידמן, ירושלים: מקור, תשל"ד.

רלב"ג : פירושי רלב"ג על התורה, מהדורת הרב יעקב לייב לוי, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשנ"ה.

רמב"ם, מורה נבוכים : ר' משה בן מימון, מורה הנבוכים, מהדורת הרב קאפח, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשל"ז.

רמב"ם, משנה תורה : ר"י קפאח, משנה תורה לרבינו משה בן מימון עפ"י כתבי יד תימן עם פירוש מקיף, ספר נזיקין, קרית אונו: מכון משנת הרמב"ם, תשנ"ד.

רמב"ם, פיה"מ : ר"י קאפח, משנה עם פירוש רבינו משה בן מימון, סדר נזיקין, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשכ"ה.

רשב"א : חידושי הרשב"א, מסכת בבא קמא, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשמ"ז.

רש"ר הירש : רש"ר הירש, חמשה חומשי תורה, ירושלים: מוסד יצחק ברויאר, תשל"ד.

שאלתות : שאלתות דרב אחאי גאון עם פירוש "העמק שאלה", ירושלים: מוסד הרב קוק, תשכ"ז.

שבות יהודה : ר' יהודה נג'אר, שבות יהודה, מהדורת צילום, בתוך: קובץ מפרשי המכילתא, ירושלים: ח' וגשל, תשמ"ט.

שדה יהושע : שיטה מקובצת על הירושלמי - השלמה לירושלמי, ירושלים: הוצאת מקור, תשל"א.

שטמ"ק : שיטה מקובצת השלם, בני ברק תשמ"ט.

שיעורי ר' פנחס מקוברין : ר' פסח פרוסקין, שיעורי מרן ר' פסח מקוברין, בני ברק: הוצאת משפחת המחבר, תשל"ב.

שפירא, קונטרס הביאורים : רמ"ש שפירא, קונטרס הביאורים למסכתות בבא קמא ומציעא, בני ברק תשמ"ו.

תוספות רבנו פרץ : תוספות רבנו פרץ, בבא קמא, ירושלים: אור הספר, תשמ"מ.

תוספות תלמיד ר"ת ור"א : שיטת הקדמונים על מסכת בבא קמא, יוצא לאור על ידי הר' משה יהודה הכהן בלוי, ניו יורק: הוצאת המהדיר, תשל"ז.

תרומת הכרי : הרב יהודה כהנא, תרומת הכרי, ירושלים: מכון ירושלים, תשנ"ז.

## ספרות מחקרית

אורבך, בעלי התוספות : אפרים אלימלך אורבך, בעלי התוספות, ירושלים: מוסד ביאליק, תשנ"ו.

אורבך, ההלכה : אפרים אלימלך אורבך, ההלכה, מקורותיה והתפתחותה, גבעתיים: יד לתלמוד, 1984.

אורבך, חז"ל : אפרים אלימלך אורבך, חז"ל: פרקי אמונות ודעות, ירושלים: מאגנס, תשל"ו.

אזר, כיצד : מ' אזר, "כיצד" לפרש או להגביל? , תעודה, ט (תשנ"ה), עמ' 19 – 32.

אטינגר, עמדות פורמליסטיות: שמשון אטינגר, "עמדות פורמליסטיות ואנטי פורמליסטיות בהלכה", בתוך: ספר היובל לכבוד פרופ' מנחם אלון (טרם פורסם).

אטלס, להתפתחות הסוגיא: שמואל אטלס, "להתפתחות הסוגיא וההלכה", XVII, HUCA (1942-3), עמ' א – יב.

אלבק, מבוא למשנה: חנוך אלבק, מבוא למשנה, ירושלים: מוסד ביאליק, תשמ"ג.

אלבק, מבוא למשפט העברי: שלום אלבק, מבוא למשפט העברי בימי התלמוד, רמת גן: בר אילן, תשנ"ט.

אלבק, מבוא לתלמודים: חנוך אלבק, מבוא לתלמודים, תל אביב: דביר, תשכ"ט.

אלבק, מחקרים: חנוך אלבק, מחקרים בברייתא ותוספתא ויחסן לתלמוד, ירושלים: מוסד הרב קוק, תש"ל.

אלבק, משנה: ששה סדרי משנה, מפורשים בידי חנוך אלבק ומנוקדים בידי חנוך ילון, סדר נזיקין, ירושלים – תל אביב: מוסד ביאליק ודביר, תשי"ט.

אלבק, נזיקין: שלום אלבק, פשר דיני הנזיקין בתלמוד, תל אביב: דביר, תשכ"ה.

אלבק, פירושים במסכת בבא קמא: שלום אלבק, "פירושים במסכת בבא קמא", בתוך: ספר היובל לרבי חנוך אלבק, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשכ"ג, עמ' 17 – 29.

אלבק, תשובה: ש' אלבק, "תשובה", דיני ישראל, טו (תשמ"ט-תש"ן), עמ' רלא – רלד.

אלון, המשפט העברי: מנחם אלון, המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, ירושלים: מאגנס, תשמ"ח.

אלון, עוד: מנחם אלון, "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי", משפטים, ח (תשל"ז), עמ' 99 – 137.

אלמן, רבא: יעקב אלמן, "רבא ודרכי העיון הארץ ישראליות במדרש ההלכה", בתוך: מרכז ותפוצה (עורך: ישעיהו גפני), ירושלים: מרכז זלמן שזר, תשס"ד, עמ' 217 – 242.

אנגלרד, מחקר: יצחק אנגלרד, "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו", משפטים, ז (תשל"ו-תשל"ז), עמ' 34 – 65.

אנגלרד, נזיקין: Y. England, *The Philosophy of Tort Law*, Aldershot, Hampshire: Dartmouth, 1993.

אפשטיין, למשנת רבי יהודה: יעקב נחום אפשטיין, "למשנת רבי יהודה [לחקר מקורות המשנה]", מחקרים בספרות התלמוד ובלשונות שמיות, ב, כרך ראשון, ירושלים: מאגנס, תשמ"ח, עמ' 21 – 33.

אפשטיין, מבואות: יעקב נחום אפשטיין, מבואות לספרות התנאים, ירושלים – תל אביב: מאגנס ודביר, 1957.

אפשטיין, מלנה"מ: יעקב נחום אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה, כרכים א – ב, ירושלים: מאגנס, תש"ס.

אשל, שיטה פרשנית: אסתר אשל, "שיטה פרשנית של התורה בימי בית שני, לאור החומש השומרוני ומגילות מדבר יהודה", מחניים, 3 (תשנ"ג), עמ' 60 – 69.

באחטין, הדיבר ברומן: מיכאל באחטין, הדיבר ברומן, תל אביב: ספרית פועלים, תשמ"ט.

בויראין, אינטרטקסטואליות: Daniel Boyarin, *Intertextuality and the Reading of Midrash*, Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 1990.

- בויארין, המדרש והמעשה:  
דניאל בויארין, "המדרש והמעשה: על החקר ההיסטורי של ספרות חז"ל", בתוך: **ספר הזכרון לר' שאול ליברמן** (עורך: ש"י פרידמן), ניו יורק וירושלים: בית המדרש לרבנים באמריקה, תשנ"ג, עמ' 105 – 117.
- בויארין, ללקסיקון התלמודי:  
דניאל בויארין, "לקסיקון התלמודי IV", **מחקרי תלמוד**, ב (תשנ"ג), עמ' 13 – 24.
- בויארין, מן האור הגנוז:  
דניאל בויארין, "מן האור הגנוז – לנוסח המקורי של המכילתא דר' ישמעאל", **סידרא**, ב (תשמ"ו), עמ' 5 – 13.
- בורגנסקי, מכילתא:  
אברהם חיים בורגנסקי, **מכילתא דרבי שמעון בן יוחאי – עיונים במקורות ובררכי העריכה**, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן, רמת-גן תשנ"ז.
- בנובין, שבועות:  
משה בנובין, **פרק שבועות שתיים בתרא**, ניו יורק וירושלים: בית המדרש לרבנים באמריקה, תשס"ג.
- בקר והאקר, ויטגנשטיין:  
Gordon P. Baker and Peter M. S. Hacker, **Wittgenstein: Meaning and Understanding**, Oxford: Basil Blackwell, 1984.
- ברודי, ספרות הגאונים:  
ירחמיאל ברודי, "ספרות הגאונים והטקסט התלמודי", **מחקרי תלמוד**, א (תש"ן), עמ' 237 – 303.
- ברודי, סתם התלמוד:  
ירחמיאל ברודי, "סתם התלמוד ודברי האמוראים", **דברי הקונגרס העולמי הארבעה עשר למדעי היהדות** (בדפוס).
- ברק, פרשנות תכליתית:  
אהרן ברק, **פרשנות תכליתית במשפט**, ירושלים נבו, תשס"ג.
- גאדמר, אמת ומתודה:  
Hans-Georg Gadamer, **Truth and Method**, London: Sheed & Ward, 1993.
- גולאק, יסודי המשפט העברי:  
אשר גולאק, **יסודי המשפט העברי**, ספר שני, ברלין: דביר, תרפ"ג.
- גולדברג, כיצד:  
אברהם גולדברג, "לטיב ניב לשון המשנה: "כיצד" כמילת הגבלה", **לשונונו**, מא (תשל"ז), עמ' 6 – 20.
- גולדברג, עירובין:  
אברהם גולדברג, **פירוש למשנה, מסכת עירובין**, ירושלים: מאגנס, תשמ"ו.
- גולדברג, צמצום מחלוקות:  
אברהם גולדברג, "דרכים של צמצום מחלוקות אצל אמוראי בבל", **מחקרי תלמוד**, א (תש"ן), עמ' 135 – 153.
- גולדברג, תוספתא:  
אברהם גולדברג, **פירוש מבני ואנליטי לתוספתא מסכת בבא קמא בצירוף לוח מקבילות של נוסחי המשנה והתוספתא**, ירושלים: מאגנס, תשס"א.
- גילת, פרקים:  
י"ד גילת, **פרקים בהשתלשלות ההלכה**, רמת גן: אוניברסיטת בר אילן, תשנ"ב.
- גינצבורג, פירושים:  
לוי גינצבורג, **פירושים וחדושים בירושלמי**, ניו יורק: ביהמ"ד לרבנים באמריקה, תש"א.
- גלעד, עוולת הרשלנות:  
ישראל גלעד, "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי", **עיוני משפט**, יד (תשמ"ט), עמ' 319 – 370.
- ג'קסון, אחריות:  
Bernard S. Jackson, **Liability to Animals: An Historical-Structural comparison**, 1975 (un published).



ג'קסון, היסטוריה:

Bernard S. Jackson, "History, Dogmatics and *Halakhah*", in: **Jewish Law in Legal History and the Modern World** (Bernard S. Jackson ed.), Leiden: E. J. Brill, 1980, pp. 1 – 26.

ג'קסון, חכמה:

Bernard S. Jackson, **Wisdom-Laws – A Study of the *Mishpatim* of Exodus 21:1-22:16**, Oxford, Oxford University Press, 2006.

ג'קסון, מחקרים:

Bernard S. Jackson, **Essays in Jewish and Comparative Legal History**, Leiden: E. J. Brill, 1975.

דאובה, סיבתיות:

David Daube, "Direct and Indirect Causation in Biblical Law", 11 *Vetus Testamentum* (1961), pp. 246 – 269 (= **Collected Works of David Daube** (ed. By Calum M. Carmichael), Volume 3, Biblical Law and Literature, Berkely: University of California at Berkeley, 1992.

דאובה, רשלנות:

David Daube, "Negligence in the Early Talmudic Law of Contract", **Collected Works of David Daube** (ed. By Calum M. Carmichael), Volume 1, Talmudic Law, Berkely: University of California at Berkeley, 1992, pp. 305 – 332.

דוורקין, זכויות:

Ronald Dworkin, **Taking Rights Seriously**, London: Duckworth, 2002.

דור, תורת א"י:

צבי משה דור, **תורת ארץ ישראל בבבל**, תל אביב: דביר, תשל"ב.

דורהם, שמות:

John I. Durham, **Word Biblical Commentary, Exodus**, Waco: Word Books, 1987.

דירקהיים, חלוקת העבודה:

Emile Durkheim, **The division of labor in society**, trans. by George Simpson, New York: Free Pr., 1933.

האופטמן, התוספתא:

Judith Hauptman, "The Tosefta as a Commentary on an Early Mishnah", **JSIJ**, 4 (2005), pp. 109 – 132 (<http://www.biu.ac.il/JS/JSIJ/4-2005/Hauptman.pdf>).

האופטמן, המשנה:

Judith Hauptman, **Rereading the Mishnah**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

הארט, משפט:

Herbert L. A. Hart, **The Concept of Law**, Oxford: Clarendon Press, 1994.

הבלין, החתימה הספרותית:

שלמה ז' הבלין, "צל החתימה הספרותית כיסוד החלוקה לתקופות בהלכה", בתוך: **מחקרים בספרות התלמודית, יום עיון לרגל מלאת שמונים שנה לשאול ליברמן**, ירושלים: האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, תשמ"ג, עמ' 148 – 192.

הופמן, מדרשי התנאים:

ר' דוד צבי הופמן, "לחקר מדרשי התנאים", בתוך: **מסלות לתורת התנאים**, תרגום א"ז רבינוביץ, תל אביב: דפוס אחדות, תרפ"ח.

היאט, שמות:

J. P. Hyatt, **Commentary on Exodus**, London: Oliphants, 1971.

הידט, צדק מתקן:

Kathryn R. Heidt, "Corrective Justice from Aristotle to Second Order Liability: Who should Pay When the Culpable Cannot", 47 **Wash & Lee L. Rev** (1990), pp. 347 – 377.

היימאן, תולדות:

אהרן היימאן, **תולדות תנאים ואמוראים**, ירושלים: קריה נאמנה, תשכ"ד.

היינמן, אגדות ותולדותיהן :  
 יוסף היינמן, **אגדות ותולדותיהן**, ירושלים: כתר, תשל"ד.

הלבני, בבא קמא :  
 דוד הלבני, **מקורות ומסורות, מסכת בבא קמא**, ירושלים: מאגנס, תשנ"ג.

הלבני, בבא מציעא :  
 דוד הלבני, **מקורות ומסורות, מסכת בבא מציעא**, ירושלים: מאגנס, תשס"ג.

הלבני, המשנה הראשונה :  
 דוד הלבני, "על הרכבה של המשנה הראשונה בבבא קמא", **עיונים בספרות חז"ל, במקרא ובתולדות ישראל, מוקדש לפרופ' עזרא ציון מלמד** (עורכים: י"ד גילת, ח"י לוין וצ"מ רבינוביץ), רמת גן: אוניברסיטת בר אילן, תשמ"ב, עמ' 108 – 114.

הלבני, יומא :  
 דוד הלבני, **מקורות ומסורות, ביאורים בתלמוד לסדר מועד, מיומא עד חגיגה**, ירושלים: בית המדרש לרבנים באמריקה, תשל"ה.

הלבני, עיונים :  
 דוד הלבני, "עיונים בהתהוות התלמוד", **סידרא**, כ (תשס"ה), עמ' 69 – 117.

הלברטל, הרטמן :  
 משה הלברטל, "דוד הרטמן והפילוסופיה של ההלכה", בתוך: **מחויבות יהודית מתחדשת, על עולמו והגותו של דוד הרטמן** (עורכים: א' שגיא וצ' זוהר), כרך ראשון, ירושלים: מכון שלום הרטמן והקיבוץ המאוחד, תשס"ב, עמ' 13 – 35.

הלברטל, מהפכות :  
 משה הלברטל, **מהפכות פרשניות בהתהוותן: ערכים כשיקולים פרשניים במדרשי הלכה**, ירושלים: מאגנס, תשנ"ט.

הנשקה, אביי ורבא :  
 דוד הנשקה, "אביי ורבא – שתי גישות למשנת התנאים", **תרכיץ**, מט (תש"ם), עמ' 187 – 193.

הנשקה, הגותו של הרמב"ם :  
 דוד הנשקה, "לשאלת אחדות הגותו של הרמב"ם", **דעת**, 37 (תשנ"ו), עמ' 37 – 51.

הנשקה, הקהל :  
 דוד הנשקה, "אימתי הוא זמנו של 'הקהל' ? (לתלמודם של התנאים)", **תרכיץ**, סא (תשנ"ב), עמ' 177 – 194.

הנשקה, חמץ :  
 דוד הנשקה, "חמץ של אחרים: פרק בתולדות ההלכה", **תעודה**, טז-יז (תשס"א), עמ' 155 – 202.

הנשקה, עדים זוממים :  
 דוד הנשקה, "עדים זוממים: לפתרונה של חידה עתיקה (בעקבות ספרי זוטא דברים)", **תרכיץ**, עב (תשס"ג), עמ' 345 – 387.

הנשקה, משנה ראשונה :  
 דוד הנשקה, **משנה ראשונה בתלמודם של תנאים אחרונים**, רמת גן: בר אילן, תשנ"ז.

הנשקה, שמחת הרגל :  
 דוד הנשקה, **שמחת הרגל בתלמודם של תנאים**, ירושלים: מאגנס (בדפוס).

הנשקה, תפיסת ההלכה של הרמב"ם :  
 דוד הנשקה, "ליסודי תפיסת ההלכה של הרמב"ם", **שנתון המשפט העברי**, כ (תשנ"ז), עמ' 103 – 149.

ויטגנשטיין, חקירות פילוסופיות :  
 לודוויג ויטגנשטיין, **חקירות פילוסופיות**, ירושלים: מאגנס, תשס"א.

וייס, בבא קמא :  
 אברהם וייס, **דיונים ובירורים בב"ק**, ירושלים-ניו יורק: פלדהיים, תשכ"ז.

וייס, לחקר התלמוד :  
 אברהם וייס, **לחקר התלמוד**, חלק א, ניו יורק: פלדהיים, תשט"ו.

וייס, מבעה :  
 אברהם וייס, "הפלוגתא בפירוש מלת מבעה בבבלי ובירושלמי", **על המשנה**, תל-אביב: בר אורין ואוניברסיטת בר אילן, תשכ"ט, עמ' 1 – 15.

וייס, מחקרים בתלמוד :  
 וייס, **מחקרים בתלמוד**, ירושלים: מוסד הרב קוק ואוניברסיטת בר אילן, תשל"ה.

וייס, משניות ספורות:  
 משה וייס, "משניות ספורות" בראש מסכת, "סידרא, א (תשמ"ה), עמ' 33 – 44.  
 וייס, רב ושמאל:  
 אברהם וייס, "היכא איתמר שרב ושמאל חולקים בתקלה ברה"ר שלא הפקירה", בר אילן, ו (תשכ"ח), עמ' 53 – 74.  
 וינברג, שרידי אש:  
 הרב יחיאל יעקב וינברג, שרידי אש, חלק רביעי, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשל"ז.  
 וינץ, חברה פרימיטיבית:  
 פ' וינץ, "הבנת חברה פרימיטיבית", בתוך: חשיבה היסטורית, קובץ מאמרים בפילוסופיה של ההיסטוריה, עורך אלעזר וינריב, תל אביב: האוניברסיטה הפתוחה, תשמ"ה, עמ' 207 – 232.  
 וינריב, פורמליזם:  
 Ernest J. Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", 97 *Yale Law Journal* (1988), pp. 949 – 1016.  
 וסטרייך, צורות:  
 אבישלום וסטרייך, "גיבושו ופיתוחו של דין צורות בדברי התנאים, בדברי האמוראים ובתלמודים", סידרא, יט (תשס"ד), עמ' 77 – 100.  
 וסטרייך, שן ברשות הרבים:  
 אבישלום וסטרייך, "דין שן ברשות הרבים – מגמות בתורת התנאים", דיני ישראל, כג (תשס"ה), עמ' 59 – 94.  
 וסטרייך, שן ורגל:  
 אבישלום וסטרייך, "לתולדות דיני הנזיקין בתלמוד: עיון בדין שן ורגל ברשות הרבים", דברי הקונגרס העולמי הארבעה עשר למדעי היהדות (בדפוס).  
 ורהפטיג, אחריות:  
 זרח ורהפטיג, "יסוד האחריות על נזקים במשפט העברי", מחקרים במשפט העברי, ירושלים: אוניברסיטת בר אילן, תשמ"ה, עמ' 211 – 228.  
 זהר, שור הנסקל:  
 נעם זהר, "בעלי חיים כאישים מוסריים: סודן של הלכות שור הנסקל", בתוך: מחשבת חז"ל (עורכים: צ' גרונר ומ' הירשמן), חיפה תש"ן, עמ' 67 – 83.  
 זוסמן, ירושלמי כתב יד אשכנזי:  
 יעקב זוסמן, "ירושלמי כתב יד אשכנזי" וספר ירושלמי, תרביץ, סה (תשנ"ו), עמ' 37 – 63.  
 זוסמן, ירושלמי נזיקין:  
 י' זוסמן, "רשוב לירושלמי נזיקין", מחקרי תלמוד, א (תש"ן), עמ' 55 – 133.  
 זוסמן, כתבי יד:  
 י' זוסמן, "כתבי יד ומסורות נוסח של המשנה", דברי הקונגרס העולמי השביעי למדעי היהדות (תשמ"א), חלק ז III, עמ' 215 – 250.  
 זוסמן, פרקי ירושלמי:  
 יעקב זוסמן, "פרקי ירושלמי", מחקרי תלמוד, ב (תשנ"ג), עמ' 220 – 283.  
 זילברג, כך דרכו של תלמוד:  
 מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד, ירושלים: מפעל השכפול, תשכ"ד.  
 טוויג, המבעה:  
 אריה טוויג, "סוגית המבעה: הנוסח והדין בראי העדויות הקדומות", תרביץ, לט (תשל"ל), עמ' 223 – 231.  
 כהן, רבינא:  
 אבינועם כהן, רבינא וחכמי דורו: עיונים בסדר הזמנים של אמוראים אחרונים בבבל, רמת גן: בר אילן, תשס"א.  
 כהנא, אקדמות:  
 מנחם כהנא, אקדמות להוצאה חדשה של ספרי במדבר, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשמ"ב.  
 כהנא, המכילות:  
 מנחם כהנא, המכילות לפרשת עמלק, ירושלים: מאגנס, תשנ"ט.

כהנא, כתבי יד :  
 מנחם כהנא, **אוצר כתבי יד של מדרשי ההלכה**, ירושלים : האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, תשנ"ה.  
 כשר, תורה שלמה :  
 הר' מנחם מ' כשר, **חומש תורה שלמה**, חלק יז, ניו יורק : האחים שלדינגר, תשט"ז.  
 לבמור, משפט השוואתי :  
 Saul Levmore, "Rethinking Comparative Law: Variety and Uniformity in Ancient and Modern Tort Law", **61 Tulane Law Review** (1986), pp. 235 – 287.  
 לוי (ר"י לוי) :  
 ר' ישראל לוי, **מבוא ופירוש לתלמוד הירושלמי**, ב"ק, ירושלים : קדם, תש"ל.  
 לוי, משנת אבא שאול :  
 ר' ישראל לוי, "קטעים ממשנת אבא שאול", בתוך : **מסלות לתורת התנאים**, תרגום א"ז רבינוביץ, תל אביב : דפוס אחדות, תרפ"ח.  
 לוין, מדרשי ההלכה :  
 חיים יצחק לוין, **מחקרים במדרשי ההלכה ובספרות התלמודית**, רמת גן : אוניברסיטת בר אילן, תשמ"ז.  
 לוין, מכילתא :  
 חיים יצחק לוין, **מחקרים במכילתא ובמשנה פסחים ובבא קמא**, תל אביב : דביר, תשל"ב.  
 לורברבוים, צלם אלוקים :  
 יאיר לורברבוים, **צלם אלוהים : הלכה ואגדה**, ירושלים ותל אביב : שוקן, תשס"ד.  
 לורברבוים ושפירא, איגרת השמד :  
 יאיר לורברבוים וחיים שפירא, "איגרת השמד" לרמב"ם : ויכוח הרטמן-סולובייצ'יק בראי הפילוסופיה של המשפט", בתוך : **מחויבות יהודית מתחדשת, על עולמו והגותו של דוד הרטמן** (עורכים : א' שגיא וצ' זוהר), כרך ראשון, ירושלים : מכון שלום הרטמן והוצאת הקיבוץ המאוחד, תשס"ב, עמ' 345 – 373.  
 לוריא, נחוניא :  
 בן ציון לוריא, "נחוניא חופר שיחין", **בית מקרא**, כא (תשל"ו), עמ' 3 – 6.  
 ליברמן ורוזנטל, ירושלמי נזיקין :  
 ירושלמי נזיקין, יוצא לאור על פי כתב יד אסקוריאל בצירוף מבוא על ידי א"ש רוזנטל, עם מבוא ופירוש מאת ש' ליברמן, ירושלים : האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, תשמ"ד.  
 ליברמן, יוונית ויוונית :  
 שאול ליברמן, **יוונית ויוונית בארץ ישראל**, ירושלים : מוסד ביאליק, תשכ"ג.  
 ליברמן, הירושלמי כפשוטו :  
 שאול ליברמן, **הירושלמי כפשוטו**, ניו יורק וירושלים : בית המדרש לרבנים, תשנ"ה.  
 ליברמן, תוספתא כפשוטה :  
 שאול ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, חלקים ט-י, סדר נזיקין, ניו-יורק וירושלים : בית המדרש לרבנים שבאמריקה, תשס"א.  
 ליברמן, תלמודה של קיסרין :  
 שאול ליברמן, **תלמודה של קיסרין**, ירושלים תרצ"א.  
 ליונס, פורמליזם ואינסטרומנטליזם :  
 D. Lyons, "Legal Formalism and Instrumentalism – A Pathological Study", **66 Cornell Law Review** (1980-1981), pp. 949 – 972.  
 ליונשטם, שור נגח :  
 ש"א ליונשטם, "שור נגח", **אנציקלופדיה מקראית**, כרך ז, ירושלים תשל"ו, עמודות 602 – 607.  
 לנגזם, סקירה :  
 Harold Langsam, "Book Reviews: Risks and Wrongs, by Jules L. Coleman", **The Philosophical Review**, 104 (1995), pp. 477 – 479.  
 מאוטנר, ירידת הפורמליזם :  
 מנחם מאוטנר, **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי**, תל אביב : מעגלי דעת, תשנ"ג.

- מוסקוביץ, המשגה:  
Moscovitz, Leib, **Talmudic Reasoning – From Casuistics to Conceptualization**,  
Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.
- מירסקי, בין שקיעה לזריחה:  
שמואל ק' מירסקי, **בין שקיעה לזריחה**, ירושלים – ניו יורק: סורא, תשי"א.  
מלמד, מילון:  
עזרא ציון מלמד, **מלון ארמי עבי לתלמוד בבלי**, ירושלים: המוסד ע"ש שמואל ואודט לוי, תשס"א.  
משונים, סוציולוגיה:  
ג'ון ג' משונים, **סוציולוגיה**, תל אביב: האוניברסיטה הפתוחה, תשנ"ט.  
נעם, מסורות נוסח:  
ורד נעם, "מסורות נוסח קדומות בהגהות רש"י בתלמוד", **סידרא**, יז (תשס"א – תשס"ב), עמ' 109 – 137.  
סוקולוף, ארמית בבליית:  
Sokoloff, Michael, **A Dictionary of Jewish Babylonian Aramic of the Talmud and Geonic Periods**, Ramat Gan: Bar Ilan University, 2002.
- סטרוד, מחשבה:  
Barry Stroud, "Mind, Meaning and Practice", in: **The Cambridge Companion to Wittgenstein** (Hans Sluga and David G. Stern eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 1996, pp. 296 – 319.
- עסיס, תשע עשרה שמועות:  
משה עסיס, "לפירושן של תשע עשרה שמועות בירושלמי בבא קמא", בתוך: **ספר הזכרון לר' שאול ליברמן** (עורך: ש"י פרידמן), ניו יורק וירושלים: בית המדרש לרבנים באמריקה, תשנ"ג, עמ' 65 – 78.  
פוזנר, צדק מתקן:  
R.A. Posner, "The concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law", 10 **Journal of Legal Studies** (1981), pp.187 – 206.
- פוקו, ארכיאולוגיה:  
מישל פוקו, **הארכיאולוגיה של הידע**, תל אביב: רסלינג, 2005.  
פורסטנברג, גיטין:  
יאיר פורסטנברג, "מסכת גיטין, פרק חמישי", בתוך: **חמש סוגיות מן התלמוד הבבלי עם פרשנות על דרך המחקר** (עורך: שמא י' פרידמן), ירושלים: האיגוד לפרשנות התלמוד, תשס"ב, עמ' 95 – 114.  
פורת, עוולת הרשלנות:  
אריאל פורת, "דיני נזיקין: עוולת הרשלנות על פי פסיקתו של בית-המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית", **ספר השנה של המשפט בישראל** (תשנ"ו), עמ' 373 – 415.  
פורת, רשלנות:  
אריאל פורת, "רשלנות וסיכנון העצמי של המזיק", **עיוני משפט**, כו (תשס"ב), עמ' 321 – 335.  
פיינטוך, המשנה:  
ישראל צבי פיינטוך, "על המשנה שלפני הירושלמי כתב יד ליידן", **מסורות ונוסחאות בתלמוד**, עורך: דניאל שפרבר, רמת גן: אוניברסיטת בר אילן, תשמ"ה, עמ' 13 – 50.  
פילון, על החוקים לפרטיהם:  
**פילון האלכסנדרוני, כתבים**, כרך שלישי, ספר המצוות, חלק שני, עורכת סוזן דניאל-נטף, ירושלים: מוסד ביאליק והאקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, תש"ס.  
פיש, קהילה פרשנית:  
Stanley Eugene Fish, **Is there a text in this class?: The authority of interpretive communities**, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
- פלורסהיים, חצי נזק:  
יואל פלורסהיים, "חצי נזק – קנס או ממון?", **קובץ הציונות הדתית**, ד (תשס"ב), עמ' 471 – 477.  
פלורסהיים, סוגיות בבליות:  
יואל פלורסהיים, "סוגיות בבליות בירושלמי נזיקין", **סיני**, קכ (תשנ"ז), עמ' נג – פה; קסא – קפב.  
פס"ד ועקנין:

ע"א 145/80 שלמה ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פ"ד לז(1), 113.

פס"ד יערי:

ע"פ 186/80 זיו יערי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 769.

פרידל, נזיקין:

דיני ישראל, יג-, Steven F. Friedell, "Some Observations on the Talmudic Law of Torts",

יד (תשמ"ו-תשמ"ח), עמ' 65 – 110

פרידל, תשובה:

דיני Steven F. Friedell, "Liability Problems in Nezikin: A Reply to Professor Albeck",

ישראל, טו (תשמ"ט – תש"ן), עמ' 97 – 105.

פרידמן, הבריות בתלמוד:

שמא י' פרידמן, "הבריות בתלמוד הבבלי ויחסן למקבילותיהן שבתוספתא", עטרה לחיים, מחקרים בספרות התלמודית והרבנית לכבוד פרופ' חיים זלמן דימיטרובסקי (עורכים: ד' בויארין ואחרים), ירושלים: מאגנס, תש"ס, עמ' 163 – 201.

פרידמן, לאופיין של הבריות:

שמא י' פרידמן, "לאופיין של הבריות בתלמוד הבבלי: "בן תימא" ו"בן דורתי", בתוך: נטיות לדוד, ספר היוכל לדוד הלבני (עורכים: י' אלמן ואחרים), ירושלים: אורחות, תשס"ה, עמ' קצה – רעד.

פרידמן, על דרך חקר הסוגיא:

שמא י' פרידמן, "פרק האשה רבה בבבלי, בצירוף מבוא כללי על דרך חקר הסוגיא", מחקרים ומקורות, א (תשל"ח), עמ' 275 – 441.

פרידמן, פורמליזם וערכים:

דניאל פרידמן, "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי", המשפט 21 (תשס"ו), עמ' 2 – 9.

פרידמן, פירושי רש"י:

שמא י' פרידמן, "פירושי רש"י לתלמוד – הגהות ומהדורות", בתוך: רש"י, עיונים ביצירתו (עורך: צ"א שטיינפלד), רמת גן: אוניברסיטת בר אילן, תשנ"ג, עמ' 147 – 175.

פרידמן, פירקוי בן באבוי:

מרדכי עקיבא פרידמן, "על טענת פירקוי בן באבוי בדבר מציאת ספרים גנוזים של הירושלמי", סיני, פג (תשל"ח), עמ' 250 – 251.

פרידמן, רבה:

שמא י' פרידמן, "כתיב השמות "רבה" ו"רבא" בתלמוד הבבלי", סיני קי (תשנ"ב), עמ' קמ – קסד.

פרידמן, שינויי הגרסאות:

שמא י' פרידמן, "להתהוות שינויי הגרסאות בתלמוד הבבלי", סידרא ז (תשנ"א), עמ' 67 – 102.

פרידמן, תוספתא עתיקה:

שמא י' פרידמן, תוספתא עתיקה, רמת גן: בר אילן, תשס"ג.

פרידמן, תלמוד ערוך, הנוסח:

שמא י' פרידמן, תלמוד ערוך, פרק השוכר את האומנין, הנוסח, ניו יורק וירושלים: בית המדרש לרבנים באמריקה, תשנ"ז.

פרידמן, תלמוד ערוך, הפירושים:

שמא י' פרידמן, תלמוד ערוך, פרק השוכר את האומנין, הפירושים, ירושלים תשנ"א.

פרידמן, ירושלמי בבא קמא:

אברהם ח' פרידמן, "קטע של ירושלמי בבא קמא", תרביץ, ו (תרצ"ה), עמ' 56 – 63.

פרנקל, דרכו של רש"י:

יונה פרנקל, דרכו של רש"י בפירושו לתלמוד הבבלי, ירושלים: מאגנס, תשל"ה.

פרנקל, שנו"ס:

ש' פרנקל, ספר המפתח – ספר שנויי נוסחאות, בני ברק: ישיבת אהל יוסף ושבתי פרנקל, תשנ"ו.

צורי, משפט הנזיקין:

י"ש צורי, תורת המשפט האזרחי העברי, משפט הנזיקין, חלק ראשון, לונדון: אורים, תרצ"ז.

צילדס, שמות:

Brevard S. Childs, Exodus: A Commentary, London: SCM Press, 1974.

קאוול, ויטגנשטיין המאוחר:

Stanley Cavell, "The availability of Wittgenstein's Later Philosophy", in: **Must We Mean What We Say?**, Cambridge: Cambridge University Press, 1976.

קולמן, סיכונים:

Jules L. Coleman, **Risks and Wrongs**, Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

קון, מהפכות:

תומאס ס. קון, **המבנה של מהפכות מדעיות**, תל אביב: המכון הישראלי לפואטיקה ולסמיוטיקה, תשל"ז.

קיריס, פוליטיקה:

David Kairys, "Introduction", in: **The Politics of Law, a progressive critique** (David Kairys ed.), New York: Pantheon Books, 1998, pp.1 – 22.

קירשנבאום, הרשעה עצמית:

אהרן קירשנבאום, **הרשעה עצמית במשפט העברי**, ירושלים: מאגנס, תשס"ה.

קלימנטס, שמות:

R. E. Clements, **The Cambridge Bible Commentary, Exodus**, Cambridge: Cambridge University Press, 1972.

קלמין, יחסים:

Richard Kalmin, "Relations Between Fourth-Generation Masters in the Babylonian Talmud", **HUCA**, 61 (1990), pp.125 – 158.

קנפילד, ויטגנשטיין:

John V. Canfield, **Wittgenstein: Language and World**, Amherst: University of Massachusetts Press, 1981.

קסוטו, שמות:

מ"ד קאסוטו, **פירוש על ספר שמות**, ירושלים: מאגנס, תשכ"ט.

קרויס, קדמוניות התלמוד:

שמואל קרויס, **קדמוניות התלמוד**, כרך שני, חלק ראשון, תל אביב: דביר, תרפ"ט.

רביב, הפעולה הפרשנית:

רבקה רביב, "לשאלת מהותה של הפעולה הפרשנית על פי היגדים שונים במכילתא דרבי ישמעאל", **תרכ"ץ**, ע (תשס"א), עמ' 177 – 188.

רביב, פרשנות:

רבקה רביב, "על ההבחנה בין פרשנות ביאורית לפרשנות מדרשית בראשיתה של ספרות חז"ל", **דברי הקונגרס העולמי השלושה עשר למדעי היהדות**, <http://www.jewish-studies.org/PDFs/23.pdf>, עמ' 1 – 12.

רדזינר, דיני קנסות:

עמיחי רדזינר, **יסודות 'דיני קנסות' במשפט התלמודי**, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן תשס"א.

רדזינר, הפקר:

עמיחי רדזינר, "הפקר בית דין הפקר – במקורות התלמודיים", **סידרא**, טז (תש"ס), עמ' 111 – 133.

רוזן צבי, סוטה:

ישי רוזן צבי, **טקס הסוטה בספרות התנאית: עיונים טקסטואליים ותיאורטיים**, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת תל אביב, תל אביב תשס"ד.

רוזנטל, המורה:

אליעזר שמשון רוזנטל, "המורה", **PAAJR**, 31 (1963), עמ' א – ע"א.

רוזנטל, 'הגניזה' האיטלקית:

דוד רוזנטל, "על תרומת 'הגניזה' האיטלקית לחקר הנוסח של המשנה, התלמוד הבבלי והתלמוד הירושלמי", בתוך: **הגניזה האיטלקית, קובץ מחקרים** (עורכים: א' דוד וי' תבורי), ירושלים תשנ"ח, עמ' קא – קט.

רוזנטל, ירושלמי נזיקין:

א"ש רוזנטל ושל' ליכרמן, **ירושלמי נזיקין**, ירושלים: האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, תשמ"ד.

רוזנטל, משנה:

דוד רוזנטל, **משנה עבודה זרה - מהדורה ביקורתית ומבוא**, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית, כרך ב, ירושלים תשמ"א.

- רוזנטל, עריכות קדומות:  
דוד רוזנטל, "עריכות קדומות המשוקעות בתלמוד הבבלי", **מחקרי תלמוד**, א (תש"ן), עמ' 155 – 204.
- שאור, חריגים:  
Frederick Schauer, "Exception", 58 **University of Chicago Law Review** (1991), pp. 871 – 899.
- שאור, פורמליזם:  
Frederick Schauer, "Formalism", 97 **Yale Law Journal** (1988), pp. 509 – 548.
- שטרן, הפילוסופיה של ויטגנשטיין:  
David G. Stern, "The Availability of Wittgenstein's Philosophy", in: **The Cambridge Companion to Wittgenstein** (Hans Sluga and David G. Stern eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 1996, pp. 442 – 476.
- שלינגר, לפלוג:  
יצחק מ' שלינגר, "'ליפלוג וליתני בדירה': פרק בהרמנויטיקה של הבבלי", **סידרא**, כ (תשס"ה), עמ' 211 – 240.
- שפיגל, אף על פי:  
יעקב ש' שפיגל, "'אף על פי' בלשון חז"ל והגאונים", **בר אילן**, טז-יז (תשל"ט), עמ' 149 – 165.
- שרמר, נוסח התוספתא:  
עדיאל שרמר, "למסורת נוסח התוספתא", *JSIJ*, 1 (2002), <http://www.biu.ac.il/JS/JSIJ/1-2002/Schremer.doc>, עמ' 11 – 43.
- תא שמע, בעל המאור:  
ישראל מ' תא שמע, **רבי זרחיה הלוי בעל המאור ובני חוגו: לתולדות הספרות הרבנית בפרובנס, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשנ"ג.**
- תא שמע, הספרות הפרשנית:  
ישראל מ' תא שמע, **הספרות הפרשנית לתלמוד באירופה ובצפון אפריקה: קורות אישים ושיטות, ירושלים: מאגנס, תשנ"ט.**



## ABSTRACT

The Talmudic system of torts includes the “four primary torts” (*"arba'a avot nezikin"*) which, according to one interpretation of the Babylonian Talmud, includes the pit, man, fire, and the ox, the latter comprising goring (*keren* = the horn), grazing (*shen* = the tooth), and trampling (*regel* = the foot). These primary torts have their sources in the Bible. However, Rava, the famous fourth generation Amora among Babylonian scholars, had difficulty in accepting the reasoning behind this (bBK 5b): There is a sufficient broad common denominator that would facilitate deriving the four primary torts from each other, and hence, why did Scripture have to mention the various torts at all? Rava himself resolved this issue by observing that the primary torts were written in the Bible for their respective laws, i.e., there are particular laws for each tort, usually cases of complete or partial exemptions, where the primary torts differ from one another. These laws grant each of the primary torts a singular aspect that differs from the others. In order to teach these features, the Bible had to write the passages containing the various torts. The cases of exemptions are the subject of this study.

This study examines the generating process and development of the exceptional cases of exemption in the Talmudic laws of torts. Included are three secondary objectives: The first is a hermeneutic objective, i.e., a literary-textual analysis of the Talmud passages involved. The second objective, based upon the hermeneutic analysis, is to identify and characterize the developmental processes behind the cases of exceptional exemptions. The third goal of this study, again based upon both the hermeneutic discussion and the results of the classification of the exemptions, is to shed light on the entire corpus of laws of torts.

This study is characterized by its interdisciplinary methodology: literary-textual analysis, including a comparative survey of the sources discussed and their diachronic analysis, and theoretical research that deals with the conceptual range of

the Talmudic tort laws and the cases of the exceptional exemptions. All this takes into account the hermeneutic processes and assumptions accompanying the various strata found in the literature of the Sages, whether in their relationship to Scripture or to each other. The literary-textual analysis deals with significant issues: What is the relationship between different rabbinic sources? For example: Are the Mishna and the Tosefta parallel sources or does one source (the Tosefta) explain the earlier? What is the status of tannaitic sources in the Babylonian Talmud in relationship to parallel sources in tannaitic literature? How can one characterize the Jerusalem Talmud of tractate *Nezikin*, and what is its relationship to the Babylonian Talmud? Finally, the literary-textual analysis suggests an interpretative analysis of the separate stratum comprising each of these sources, and a description of the change from one stratum to another. The conceptual analysis will locate the legal principles at the basis of Talmudic tort laws, and will essentially describe the nature of the exceptional exemptions within the system of tort laws.

The study deals with five cases of complete or partial exemptions: half liability for damages incurred by the goring ox; the exemption of damages incurred by the ox grazing or trampling in the public domain; the half liability for damages caused by flying objects thrown by the hooves of a walking animal (*tz'rorot*); the exemption of hidden objects in cases of damages incurred by fire; the exemption of injury caused to humans or vessels by their falling into a pit. In all these cases, the study reveals the hermeneutic processes and the theoretical assumptions existing at each stratum of the literature of the Sages, resulting from a scrupulous analysis of the sources discussed. This analysis reveals a fascinating pattern of development common to all the cases of exceptional exemptions. In these cases, one finds conceptual changes from (1) viewing the exemption as part of the Talmudic legal and conceptual system of tort laws to; (2) interpretative handling of the exceptional law due to a number of obstacles discussed at length within the study, to (3) depicting the exemption within a

new conceptual system, detached from the entirety of the laws of torts and the reasoning which determines them.

Alongside the common pattern, each one of the cases of exemption have unique factors and components which characterize its evolution: In the law of half damages, there is tension – for the most part in tannaitic literature – between a unique theoretical concept that places no responsibility on the damager but demands all sides participate in the results of the damage, i.e., distributive justice, and the concept of negligence that would combine Jewish Law with the more common rule of liability. In the law of grazing and trampling in the public domain, there is a jurisprudential metamorphosis from an essential view to a formalistic stance that regards the exemption as absolute and sweeping. This latter position acted as a catalyst in the development in which this rule was defined to be an exceptional law. Concerning the law of flying objects thrown by an animal's hooves, the essential characterization is the categorization of the law which found expression in the law changing from a concrete case to an abstract legal concept – all this before becoming defined as an exceptional law. The exemption of hidden objects during conflagrations develops as the result of a hermeneutic stance taken with regards to the Mishna, leading to the definition of the exemption as being similar to other exemptions. Simultaneously, this law is singular with a novel theoretical design of its primary tort. Whereas the early Halakha identified damages caused by fire and with those caused by man, the later Halakha expanded the concept of damages incurred by fire to be like damages caused by property. The discussion of the exemption of man and vessels that fall into a pit is unique because of the tension drawn from the primary tort, which reflects upon the scope of the exemption and its content. This is a double tension – legal and genuine – and finds expression with a pit excavated in the public domain, for the person having dug it is guilty although he has no property rights to the pit; the pit is potentially dangerous, but has great social benefits.

By means of identifying the sources under discussion, comparing and contrasting the parallel sources, and by classifying the hermeneutic processes inherent in them, this study have discovered active exegesis and dynamic Halakha. The laws of torts are not narrow nor based upon a single theory, but are part of a Halakhic system based upon various legal foundations, which serve and develop one another. However, the developments characterizing the exceptional cases do not reflect standard dynamics of law. They do not express just theoretical changes or shifts from one Halakhic paradigm to another. The cases of exceptional exemptions manifest a singular evolvement that essentially created a separate Halakhic system, which was totally different from the earlier one. At the end of its development, two systems stand side by side, and both have their own world of concepts and fundamental assumptions (or in Wittgenstein's terms – different language games). One is a normative system of tort laws, whose laws are based upon responsible reasoning, as found in other legal systems. The other is a system of exceptional laws, whose sources are based upon biblical passages alone, even if they defy standard reasoning within the realm of torts. This system reflects a distinct *Weltanschauung* concerning the Halakhic source, the authority that established it, and its sundry details.

# CONTENTS

|   |          |
|---|----------|
| <b>Abstract .....</b>   | <b>I</b> |
| <b>Introduction .....</b>   | <b>1</b> |
| <b>Part I: The Laws of an Innocent Goring Ox (<i>Tam</i>) – From the Bible to the <i>Talmudim</i></b>                                   |          |
| Introduction .....  | 31       |
| Chapter I: The Laws of the <i>Tam</i> in the Bible .....  | 33       |
| Chapter II: Tendencies and Positions of the Tannaim .....   | 39       |
| Chapter III: Review of R. Meir's Position on a <i>Tam</i> .....   | 60       |
| Summary .....   | 81       |
| Appendix A: The Babylonian and Jerusalem Talmud Passages Concerning the Mishna Dealing with an Ox that Gored Three or Four Oxen .....   | 84       |
| <b>Part II: The Laws of a Grazing or Trampling Animal in the Public Domain</b>  |          |
| Introduction .....  | 87       |
| Chapter IV: The Source of the Exemption of Grazing in the Public Domain in Tannaitic Teachings .....                                    | 90       |
| Chapter V: The Reasoning and Limits of the Exemption of Grazing in the Public Domain – Tendencies in the Doctrines of the Tannaim ..... | 100      |
| Chapter VI: The Evolution of the Exemption of Grazing and Trampling in the Public Domain in the Babylonian Talmud .....                 | 123      |
| Summary .....   | 136      |
| Appendix B: The Different Sources for the Laws of "Four Rules" .....  | 139      |
| Appendix C: The Law of Goring in Different Domains .....  | 145      |
| <b>Part III: The Laws of Paying Half Damage for <i>Tz'rorot</i></b>   |          |
| Introduction .....  | 151      |
| Chapter VII: The Crystallization and Evolution of the Laws of <i>Tz'rorot</i> in Tannaitic, Amoraic and Talmudic Traditions .....       | 153      |
| Summary .....   | 179      |
| <b>Part IV: Hidden Objects in a Fire</b>  |          |
| Introduction .....  | 181      |
| Chapter VIII: The Reason and Source of the Exemption of Hidden Objects in a Fire .....  | 183      |
| Chapter IX: The Legal Definition of Damages by Fire and Their Relationship to the Exemption of Hidden Objects .....                     | 198      |
| Summary .....   | 219      |
| Appendix D: The Jerusalem Passage Concerning "The Dog that Took a Cake" .....   | 222      |
| <b>Part V: Man and Vessels in a Pit</b>   |          |
| Introduction .....  | 225      |
| Chapter X: The Legal Definition of Damages Caused by a Pit .....  | 226      |
| Chapter XI: The Exemption of Man and Vessels in a Pit .....   | 243      |
| Summary .....   | 270      |
| Appendix E: The Variant Readings of the Mishna of "Digging a Pit" .....   | 273      |
| Appendix F: Ownership in the Tort Laws and in the Laws of Leavened Bread on the Passover .....  | 274      |

|  |            |
|--|------------|
| <b>Summation: Trends in the Evolution and Consolidation of the Exemption Laws<br/>in the System of Tort Laws .....</b> | <b>281</b> |
| <b>Bibliography .....</b>  | <b>307</b> |
| <b>Hebrew Abstract .....</b>   | <b>x</b>   |

This work was carried out under the supervision of

Professor David Henshke, Talmud Department, Bar-Ilan University

And

Professor Yair Lorberbaum, Faculty of Law, Bar-Ilan University

**HERMENEUTICS AND DEVELOPMENTS  
IN THE TALMUDIC THEORY OF TORTS  
AS REFLECTED IN  
EXCEPTIONAL CASES OF EXEMPTION  
  
AVISHALOM WESTREICH**

**The Program for Hermeneutics and Culture Studies  
Interdisciplinary Studies Unit**

**Ph. D. Thesis**

**Submitted to the Senate of Bar-Ilan University**

**Ramat-Gan, Israel – January 2007**