

נזקי ממון כמבנה הלכתי

חגי שלזינגר

ראשי פרקים:

פתיחה

א. סוגית הפתיחה

ב. עיון במשנה

ג. קרן, משונה ואורחיה

ד. מאי מבעה

ה. רב ושמואל בסוגיות נוספות

ו. רמב"ם

סיכום

פתיחה

הבא לעיין בדיני נזקי ממון, עליו לשאול את השאלה: מהו המבנה שעל פיו בנויים הלכות אלו? רצוני לומר, כי ללומד - המתבונן כמשפטן - ישנו צורך לקחת את המקרים המופיעים בתורה, ועל פיהם לבנות מערכת שתוכל להכיל את כל המקרים של נזקי ממון ולהתמודד עמם; ועליו לברר, כיצד בנויה ופועלת מערכת זו. שאלה זו נשאלת לא רק על ידי המתבונן אפריורית, אלא בעיקר על ידי הלומד המצוי בתוך הסוגיות השונות, שכן השאלה מצויה בקפלי הסוגיות, והתשובה הניתנת לה במהלכן איננה אחידה.

במאמר זה נבחן את 'שולחן העבודה' שעליו מושתתות הסוגיות, תוך עיון במספר סוגיות בתחילת המסכת, ובמקורות נוספים. המאמר כתוב בתמצות, ואינו כולל את כל הסוגיות בהן היה ראוי לעסוק; כמו כן הוא מנוסח כפונה ללומד המצוי במידת מה במושגים שבמסכת, ומומלץ לעיין בסוגיות המובאות בו ביתר עיון והרחבה.

נקדים, כי השאלה עמה אנו מתמודדים מצויה כבר בסוגיה הראשונה, אשר בה משתמשת הגמרא במינוח 'אבות ותולדות', ולפיכך יש לברר כיצד מתפרטים האבות לתולדות, ומהם היחסים ביניהם. המצוי בסוגיות המסכת העוסקות באבות ובתולדות, ידע כי האבות הם ארבעה (ובפועל חמישה¹) אבות-טיפוס של פעולת נזק שכל אחד מהם מוגדר כפעולה בעלת מאפיין מסוים, ותולדותיהם הן פעולות נוספות המוגדרות על פי אותו המאפיין. למשל: שן - היזק שעל ידי אכילה - מוגדרת כ'יש הנאה להיזקה'², ולפיכך כל נזק שיש הנאה להיזקו (כגון טינפה

¹ היינו: קרן, שן, רגל, אש, בור.

² ג.א.

פירות להנאתה) יהיה 'תולדת שן', ודינו יהיה כדין השן³. מבנה זה מוצג ללומדי המסכת כבר בסוגיית הפתיחה, כבסיס לדיני נזקי ממון. ברצוני לדון במבנה זה, ולהראות כי אין הוא פשוט בכל הסוגיות. לאחר מכן נציע כיוונים נוספים לפתרון שאלה זו, שאף כי מבחינת העיון בגמרא יש בהם מן החידוש, נדמה כי הם חוזרים לקריאה פשוטה של רבים מן המקורות שעמדו לפני הגמרא.

א. סוגית הפתיחה

המסכת פותחת בשאלה 'תולדותיהן כיוצא בהן או לאו כיוצא בהן', וכפי הנראה זו שאלה בעלת השלכה הלכתית, לאמור - האם דין התולדות כדין האבות⁴. השאלה העומדת ברקע לשאלה זו היא, מהו בעצם היחס בין האבות והתולדות - מהו המגדיר פעולה כתולדה של אב נזיקין מסוים. הגמרא איננה מבררת נקודה זו, ובעיה זו היא חריפה ביותר, מפני שלאורך כל המשך הסוגיה הגמרא מציגה עמדה ברורה בנושא זה: הגמרא מניחה כי התולדות הם פעולות בעלי מאפיין משפטי זהה למאפיין של האב. לפי הנחה זו, אין שום מקום לחלק בין דין האב לדין התולדה. ובאמת, כאשר רב פפא משיב את התשובה העמומה 'יש מהן כיוצא בהן ויש מהן לאו כיוצא בהן', הגמרא מתקשה ביותר למצוא דוגמא ש'לאו כיוצא בהן', והדוגמא שמניחה את דעת הגמרא - חצי נזק צרורות - גם כן יוצאת מהמבנה הרגיל של הנזיקין על ידי 'הלכתא'. ואם כן, יש לשאול: מהו היסוד לשאלת הגמרא - מעיקרא מאי קסבר?

מי ששם לב לכך הוא המהר"י כ"ץ שהובא בשיטה מקובצת:

"תימה, דמהפך סברתו, דלקמן כל הסוגיא מוכחת תולדותיהן כיוצא בהן, והכא בעי אי לאו כיוצא בהן. ותירץ מורי הרב דהאי דקא בעי תלמודא כיוצא בהן או לא אמלתייה דרב פפא סמיך דאמר לקמן יש מהן כיוצא בהן ויש מהן שאין כיוצא בהן".

(שיטה מקובצת, ב', א', ד"ה "תולדותיהן כיוצא בהן וכו'")

בעקבות קושייתנו, המהר"י כ"ץ טוען שאכן מעולם לא הסתפקה הגמרא באפשרות שאין התולדות כיוצא באבותיהן, אלא שמפני שרב פפא אמר מימרא בנושא, והגמרא מעוניינת לברר דבריו, היא ניסחה זאת באופן של בעיא. אין השאלה אלא שאלה מתודית, ולא שאלה עניינית. למהר"י כ"ץ לא נותרה הברירה, אלא לטעון כי השאלה שבפתיחת הסוגיה איננה שאלה אמיתית. אפשר ללכת בדרך דומה, אך להשאיר את שני חלקי הסוגיה רלוונטיים - לחלק בין ה'מקשן' ל'תרצן': לתרצן אכן ברור מהם אבות ומהם תולדות, אך למקשן, שהציע כי

³ חשוב לציין, כי שמות האבות והגדרתם מקורם בדברי הגמרא (וחלקם בכרייתות שמביאה הגמרא) ולא בדברי המשנה. שכן, על אף שהמשנה מביאה את האבות - שמותיהם ותכונותיהם במשנה שונים משל הגמרא. הדבר יוצר פערים בין המשנה והגמרא בכמה סוגיות [למשל: ע"פ המשנה לכאורה היה די בכתיבת הבור ע"מ ללמוד את כל הנזיקין; אך מכיון שהגמרא הביאה גם חומרא המאפיינת את הבור, רבא אומר כי 'כולהו כי שדית בור בינייהו אתיא כולהו במה הצד' (ו,א), היינו יש צורך ב'בור וחדא מהנך' (רש"י) ע"מ ללמוד את כולם. וכהנה רבות, ואכמ"ל].

⁴ וכך ברש"י, ד"ה הכא מאי (ב,ב).

'תולדותיהן לאו כיוצא בהן', היו כמה אפשרויות להבנת האבות והתולדות. וכך כתב באוצר שיטות לרבני שאלוניקי:

"דזה המקשן... פשוטים היו לו דנשיכה היא תולדה דשן ובעיטה דרגל הואיל ונפקא מרגל... אבל אכתי היה מסופק ואומר דנימא כיון דנשיכה נפקא משן גופה ליהוי כיוצא בה ואע"ג דלא דמו שהאב יש הנאה להזיקו ונשיכה לא, או דילמא כיון דלא דמיינ אהדדי... לא יהיו כיוצא בו, מאי..."

(ספר 'אוצר שיטות'⁵, כרך ב', עמ' י' ד"ה "גמ' תולדותיהן כיוצא בהן")

הצעה זו, שהיא בהחלט מרחיקת לכת, גורסת כי איבעיית הגמרא היא רק לפי האפשרות שהתולדות הם תולדה דימויית-ציורית מהאב, ולא תולדה מהותית. אפשר, על בסיס כיוון זה, שמה שהסתפק המקשן הוא מהו המגדיר תולדה. וכפי שנראה בהמשך, ייתכנו מספר תשובות לכך. ועל כל פנים, למתן הבעיית מבנה האבות והתולדות ברור: אנו מגדירים פעולה מסוימת כ'תולדה', כאשר היא תואמת את המאפיין המשפטי של האב. לפי פירוש זה, יש לדון: מה יסבור רב פפא, שאמר שיש תולדות כיוצא בהן ויש לאו כיוצא בהן. אמנם ראינו, כי התרצן נדחק בפירוש דברי רב פפא והעמיד אותם במקרה מאוד ספציפי, אך יש לשאול האם המקשן יבין דבריו אחרת.

ב. עיון במשנה

לפני שנבחן סוגיות נוספות במסכת, נראה כי כבר במשנה הפותחת את המסכת, ישנן מספר אפשרויות לבניית מערכת דיני הנזיקין. מניסוח המשנה עולה כי היא בעצמה מתחבטת בשאלה זו, וכך שנינו:

"ארבעה אבות נזיקים:

השור, והבור, והמבעה, וההבער;

לא הרי השור כהרי המבעה, ולא הרי המבעה כהרי השור;

ולא זה וזה שיש בהן רוח חיים, כהרי האש שאין בו רוח חיים;

ולא זה וזה שדרכן לילך ולהזיק, כהרי הבור שאין דרכו לילך ולהזיק.

הצד השווה שבהן, שדרכן להזיק ושמירתן עליך,

וכשהזיק חב המזיק לשלם תשלומי נזק במיטב הארץ"

(בבא קמא א', א')

בפשוטה של משנה ישנם קשיים רבים, ובעיקר בהבנת היחס בין כל חלק וחלק במשנה. אולם, אין כאן המקום לדון בקשיים אלו, וברצוני רק להציג באופן כללי מה עולה מכל חלק במשנה ביחס לשאלת החיוב על נזקי ממון. ניתן לראות, כי המשנה מחולקת לשלושה חלקים כלליים. חלקה הראשון של המשנה מציג את ארבעת האבות, וניתן לקוראו באופן מינימליסטי: ישנם ארבעה מקרים שעליהם חייבים לשלם, והם המקרים הכתובים בתורה - השור, הבור, המבעה וההבער. מלבד אלו, לא יתחייב הבעלים תשלום כלל. החלק השני של המשנה עוסק בהשוואה בין כל המקרים הללו, מתוך נסיון לבאר מהו הצורך בכל אחד מן המקרים. בחלק זה, המשנה מוצאת מאפיין לכל אחד מן המקרים, וניתן לומר שסוגיית הפתיחה בנויה על מהלך

⁵ הוצאת מפעל אור המזרח, מכון ירושלים, תשל"ט

זה, ובונה גם היא מאפיין לכל אחד מהאבות⁶. מתוך כך מגיעה הסוגיה להבנה שהביטוי 'אבות' שברישא מעיד על כך שישנם תולדות לאבות אלו - עוד מקרים בעלי מאפיין זהה, החייבים גם הם בתשלום. לעומת זאת, סיומה של המשנה, 'הצד השווה שבהן', מצביע על כיוון נוסף. המשנה מסיקה, כי לכל האבות ישנו 'צד שווה' - מאפיין המגדיר את כולם. יתכן לומר, כי למסקנת המשנה אין מתחייבים על נזק מסוים בגלל שהוא תולדה של אב זה או אחר, אלא מפני שהוא ממלא את ההגדרה הכללית 'דרכן להזיק ושמירתן עליך', וכל נזק הממלא הגדרה זו - יחוייב בתשלום. לפי זה, הצורך של המשנה בארבעת האבות הינו רק כדי ליצור לפיהם מכנה משותף לכל הנזקים המחייבים בתשלום. אין זה אומר, שלא יהיו שימושים הלכתיים אחרים באבות הנזיקין: ישנם פרטי דינים הנלמדים מן האבות (כמו למשל פטור טמון באש, פטור חמור וכלים בבור וכיוצא בזה) ויתכן שפטורים אלו יחולו רק על אבות נזיקין מסויימים ותולדותיהן. ברם, לגבי שאלת עצם החיוב, הקריטריון הקובע הוא האם 'דרכן להזיק ושמירתן עליך'⁷.

לאחר שראינו, כי המשנה בעצמה איננה חד משמעית באשר לתפקיד אבות הנזיקין במערכת חיוב התשלומין, יקל עלינו להבין את התלבטות הגמרא בתחילת הסוגיה, האם תולדותיהן כיוצא בהן או לא. ועל כל פנים, המשך הסוגיה נוטה לקבל את המבנה המייחס לכל אב מאפיין משפטי שונה, הגורם לחיוב בתשלום, כפי שנראה יותר בחלקה השני של המשנה, כאמור. ברצוני כעת להציג מספר סוגיות שאינן עולות בקנה אחד עם הבנה זו, ולראות כי הבנה זו אכן איננה מוחלטת גם בתוך סוגיות הגמרא.

ג. קרן, משונה ואורחיה

המערך של דיני נזיקין כפי שהוא משתקף בסוגיית הפתיחה הוא מערך הרמטי, שבו כל נזק משוייך לאב מסוים. כל נזק שבוצע, מחייב תשלום בגין תכונת האופי ה'אבהית' שלו, כגון 'יש הנאה להיזקה' וכדומה. נזק שאין לו אף אחת מן התכונות האלו, לכאורה יפטר מן התשלום, ולא יחשב כלל כ'נזק'. האופן היחיד שבו ניתן לרבות חיוב לנזקים שאינם מתאימים בדיוק לאף אחד מן האבות, הוא על ידי שכלול מערך האבות - צד שווה בין שני אבות⁸. ברם, בעיון בכמה סוגיות נראה כי ישנו פער ביניהן ובין מבנה זה, המתבטא בתולדות הקרן.

הגדרת נזקי קרן בסוגיית הפתיחה היא 'כוונתו להזיק' - מעשה שעשתה הבהמה במתכוון על מנת להזיק. גם תולדותיה - נגיפה, נשיכה, רביצה, בעיטה - מבוארות ע"י רש"י ככאלו שכוונתן להזיק, למשל:

⁶ כבר הערנו (לעיל הערה 3) שרוב ההבדל בין המאפיינים שבמשנה ושבגמרא, שכן המשנה רק מחפשת צריכותא בהבאת כל המקרים בתורה (ובפשטה של משנה - נכשלת בכך) ואילו מטרת הגמרא היא לאפיין את האבות מבחינה משפטית. על כן, יש להדגיש כי יהיה זה בלתי נכון לזהות בין המשנה והגמרא באופן מוחלט.

⁷ בחרתי שלא להרחיב כאן בהיקף ההגדרה של 'דרכן להזיק ושמירתן עליך', אם כי כבר הרחיבו בזה האחרונים.

⁸ דף ו,א: 'הצד השווה שבהן לאיתווי מאי?'. הסוגיה לא מבינה שהצד השווה הוא להביא 'כל שדרכו להזיק ושמירתו עליך', כפשט המשנה, שכן זו חריגה מן המערכת של אבות ותולדות; היא מחפשת דוגמא ספציפית, שעדיין תהיה מקושרת למערכת, כגון בור המתגלגל ברגלי אדם - תולדת בור ושור.

”רביצה. שראתה כלים בדרך הלוכה והלכה ורביצה עליהן כדי לשברן... ואהכי הווי תולדה דקרן, דכוונתן להזיק כי קרן...”⁹

לנזקי קרן ישנו דין מיוחד, של תם ומועד - נזק שאין הבהמה רגילה לעשותו מחייב רק חצי נזק, עד שיועד השור ג' פעמים¹⁰. מאידך, הגדרת שן ורגל היא אכילה ורמיסה כדרכה, באופן נורמלי - 'כאורחיה', כפי שנראה בכמה מקומות¹¹. מה יהיה דין נזק שאינו נעשה כדרך הבהמה, אך גם אין כוונתה בו להזיק? על פי הנתון לנו עד כה, לא יחוייב הבעלים בתשלומי נזק. אלא, שבמהלך הסוגיות ברור שאין הדבר כן. הגמרא, בכמה מקומות, מניחה שכאשר הבהמה עושה פעולה שאיננה נורמטיבית - פעולה זו מוגדרת כ'משונה' או כ'לאו אורחיה', ומשלם עליה חצי נזק. נביא דוגמא לכך:

”והשתא דאמרת פלגא נזקא קנסא, האי כלבא דאכל אימרי, ושונרא דאכלה תרנגולא - משונה הוא, ולא מגבינן בבבל. והני מילי ברברבי, אבל בזוטרי אורחיה הוא”¹²

כלומר, כאשר כלב אכל כבשה או כאשר חתול אכל תרנגול, זהו נזק משונה; והיות וחצי נזק הוא קנס, ודיני קנסות לא נוהגים בבבל, הרי שאין גובים תשלום על נזק זה בבבל. ברם, אם אכלו כבשה או תרנגול קטנים - זהו 'אורחיה', ונזק זה הוא תולדת שן. בפסקה זו אנו רואים את שתי התופעות שציינו: ראשית, ברגע שהמעשה אינו נורמטיבי אלא משונה, הוא כבר לא מוגדר כתולדת שן. שנית, המזיק חייב לשלם עליו חצי נזק על אף שלכאורה איננו תולדת קרן. מהו הגורם לחיוב חצי נזק על פעולה משונה? למיטב ידיעתי, הגמרא אינה מציינת את גורם החיוב הזה באף אחת מן הסוגיות העוסקות בכך¹³, מלבד במקום אחד. הגמרא (ט"ז ע"ב) מציינת לגבי מקרה מסוים, כי מדובר במקרה שהוא 'לאו אורחיה':

”כי תני מתניתא... לאו אורחיה. אי הכי, חצי נזק בעי לשלומי! דאייעד. אי הכי, מאי האי דקתני לה גבי תולדה דשן? גבי תולדה דקרן בעי למיתנייה! קשיא.”

בלי להיכנס לסוגיה, מפורש כאן כי נזק משונה הוא תולדת הקרן¹⁴. ואכן, הנמוקי-יוסף מסיק מסוגיית 'כלבא דאכיל אימרא' את המסקנה:

⁹ ב,ב ד"ה רביצה, בעיטה.

¹⁰ תשלום חצי נזק בשור תם נתון במחלוקת אם הוא 'קנסא' או 'ממונא' (טו,א-ב), ומחלוקת זו תלויה בשאלה האם סתם שוורים בחזקת שימור עומדים או לא. לפיכך, מה שכתבנו למעלה אינו אלא לדעת מי שאומר כי פלגא נזקא קנסא (כפי שהוכרע להלכה), לאמור: כל עוד לא הועד השור, אין הוא רגיל לעשות נזק כזה ומן הדין בעליו פטור מתשלום, אלא שהתורה קנסתו.

¹¹ הדרישה שנוזקי שן ורגל יהיו כאורחיה דווקא (מלבד הדרישה שיש הנאה להיזקה או שהיזקה מצויה) מופיעה בכמה סוגיות, למשל: טו,ב - 'כלבא דאכיל אימרי'; יח,א - 'חבל משונה הוא'; יח,ב - 'תרנגול שהושיט ראשו'. ועיין בתוד"ה והנחש (טז,א) הטוען כי הכשת הנחש היא תולדת השן, על אף שאין הנאה להיזקו, רק מפני שזוהי אורחיה. הרי"ף (א,ב) טוען כי פטור נזקי שן ורגל ברה"ר נובע מהיות פעולות אלו נורמטיביות עבור הבהמה: "ישן ורגל ברשות הרבים פטורין, משום דאורחיהו הוא", ויש לכך השלכות למעשה (עי' ברא"ש פ"א סי' א').

¹² טו,ב; ועיין גם בסוגיית 'פכין גדולים', טז,א.

¹³ ומעטות גם כן הסוגיות המציינות שמשלם על פעולה 'משונה' חצי נזק. בד"כ הגמרא מציינת רק כי אין זהו שן או רגל, אלא 'משונה', ללא ציון גובה התשלום.

¹⁴ יש לציין, כי גם כאן אין אמירה גורפת לגבי הכללתו של נזק משונה כתולדת הקרן; מקרה זה עוסק בנזק משונה שהועד, ויתכן שכל עוד לא הועד - אין הוא נחשב כתולדת קרן.

"מכאן שמענו דכל מילי דלאו היינו אורחיה אע"ג דיש הנאה להיזקה תולדה דקרן הוי לכל מילי... ואי הוי אורחיה, בשן הויא תולדה דשן וברגל תולדה דרגל"

(נימוקי יוסף ו', א', ד"ה "בוטרי")

ברם, ברי כי אין הגדרותיו אלו תואמות את הגדרת הקרן והשן שבסוגיית הפתיחה הוגדרו הקרן כמעשה היזק מכוון והשן כמעשה שיש בו הנאה, ואילו כאן הגדרת השן היא מעשה 'כאורחיה', והגדרת הקרן היא מעשה שאיננו כזה¹⁵. נראה, שיש כאן מערכת חדשה לבחינת דיני הנזיקין - המערכת של תמות ומועדות. המערכת הפנימית של נזקי קרן עצמה השתלטה כביכול על כל המערכת, וכולה אינה מורכבת אלא מנזקים שהם 'כאורחיה' ו'משונה' (ושאלת התולדות אינה אלא למה שהגדיר רבא 'להלכותיהן'¹⁶ - הדינים היחודיים להם¹⁷). כיוון זה יכול לנבוע מן המשנה האחרונה בפרק א', משנת 'חמישה תמין', שכן במשנה זו (שבמובנים רבים היא המשנה ההלכתית הראשונה של המסכת¹⁸) ישנה חלוקה של כל הנזקים ל'תם' ו'מועד'. אמנם, כפי שניסח זאת הנמוקי-יוסף, הראשונים מבינים בעקבות הסוגיה בדף טז, ב, שהובאה לעיל, שכאשר הנזק הוא משונה הרי הוא תולדת קרן - אך אין הדבר מוכרח. יתכן ששאלת התמות והמועדות אינה נוגעת בשאלת האב והתולדה, וכשם שבקרן יש תם ומועד יש גם שן תמה ומועדת וכו'. הנפקא מינה בין שני אלו תהיה בפרטי דין הנזק המשונה - האם חלים עליו דיני האב ה'מקורי' שלו. למשל: האם שן משונה (כלבא דאכיל אימרי למשל) תהיה פטורה ברשות הרבים?

כיוון זה, של בניית דיני הנזיקין על גבי מערך של תמות ומועדות מצינו במכילתא דרשב"י: "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. יכול על הכל משלם נזק שלם? ודין הוא: והלא שור שהזיק את חברו בכלל היה, ולמה יצא - להקיש אליו: מה שור מיוחד שהזיק כדרכו בשאין ראוי לו, בתם משלם חצי נזק ובמועד נזק שלם; כך כל דבר שהזיק כדרכו בשאין ראוי לו בתם משלם חצי נזק ובמועד נזק שלם"¹⁹.

כאן ישנו החלת הדין הפרטי של קרן על כל דיני נזקי ממון, באמצעות בנין אב. החלה זו אינה באה על חשבון האבות והתולדות, אלא על גביהן.

¹⁵ התוספות (טו, ב, ד"ה והשתא) הבחינו בבעיה זו, והעירו כי ההבנה כי נזקי 'משונה' זהים לנזקי קרן נובעת מההכרה כי 'שוורים בחזקת שימור קיימי' ואין כוונתם להזיק ובכל זאת משלמים חצי נזק אם הזיקו. הגדרה זו, שהוגדרה רק בסוגיה בדף יד, מתגברת על ההגדרה של 'כוונתן להזיק'.

¹⁶ ה, ב.

¹⁷ כלומר: "שן ורגל לפוטרו ברשות הרבים, בור לפטור בו את הכלים... אש לפטור בו את הטמון..." (שם). כמובן שאין כוונת רבא לטענה שהועלתה למעלה, כפי שברור למי שיעיין בסוגיה שם, ולא הבאנו את דבריו אלא מפני שהוא מציג את הייחודיות שבכל אב.

¹⁸ שלשת המשניות הראשונות של הפרק הם מעין הקדמה. ניכר כי משניות אלו משניות קדומות הם, הן בתוכנם והן בצורתם, כפי שדייק אף הבבלי (ו, ב) 'תנא ירושלמאה הוא דתני לישנא קלילא', והן מהוות מעין קודר הלכתי לכל דיני הנזיקין. הדבר ניכר גם מהתוספתא, שדורשת משניות אלו בכעין מדרש הלכה, ע"מ לפענח את הקודר. רק במשנה האחרונה של הפרק ישנה התייחסות ראשונה לפרטים - סוגי נזק שונים וגובה התשלום עליהם.

¹⁹ כב, ה עמ' 196.

כיוון זה, של החלת התמות והמועדות על כל סוגי הנזיקין, ניתן לראות בקריאה פשוטה של המשניות בפרק שני. משנה א', בה מצויים דיני הרגל, מחולקת לשניים: הסטנדרטית, המחייבת נזק שלם, והלא סטנדרטית, המחייבת רק חצי נזק. אותו הדבר מופיע במשנה ב' לגבי נזקי שן. המעניין הוא, שבפשט המשנה נכללים גם המקרים הלא-סטנדרטיים בסיוג "במה דברים אמורים - ברשות הניזק; אבל ברשות הרבים פטור".

ראינו, כי במקרים מסוימים אין הגמרא בוחנת האם מעשה הנזק מחייב תשלום, ומהו מקור חיוב זה, אלא היא בוחנת האם המעשה הוא מעשה תם או מעשה מועד (וממילא, האם הוא מחייב בחצי נזק או נזק שלם). מבנה זה תואם להבנה, כי כל מעשה אשר נכלל בהגדרה 'דרכן להזיק ושמירתן עליך' מחייב בתשלום, וממילא הניסיון לאתר מקור לחיוב התשלום לכשעצמו לא מעסיק אותנו. על גבי זה בונה הגמרא את שאלת גובה התשלום, כאשר הקריטריון של תמות ומועדות רלוונטי בכל מקרה ומקרה, לאו דווקא בהקשר של נזקי 'קרן'.

לסיכום, ראינו שני כיוונים שונים כיצד לבנות את החיוב בנזקי ממון: הכיוון הראשון בונה את כל החיוב על בסיס ארבע אבות הנזיקין ותולדותיהן, ואילו הכיוון השני אינו מתעסק בעצם החיוב, אלא בגובה התשלום, כאשר מבנה זה בנוי על בסיס שאלת התמות-מועדות. ראינו כי המבנה הראשון הוצג בסוגיית הפתיחה, והמבנה השני מוצג בסוגיות בהמשך פרקים א' וב'. הראשונים נוטים להסביר את כל הסוגיות כבנויות על מבנה האבות-תולדות, כאשר בכלל זה ישנם חריגות מסוימות, כמו 'משונה' וצורות. הכיוון השני מופיע בסוגיות הגמרא מתחת לפני השטח, והוא מקבל ביטוי דווקא אצל התנאים - במכילתא דרשב"י ובמשניות.

ד. מאי מבעה

ברצוני לעסוק כעת בסוגית 'מאי מבעה'²⁰, סוגיה שבמבט ראשון נראית תמוהה ולא עניינית. הגמרא מתלבטת בפירושו של ה'מבעה' שבמשנה: שמואל אמר כי הכוונה היא לנזקי שן, ורב אמר כי הכוונה היא לנזקי אדם. מתוך מהלך הגמרא, שאין ברצוני להיכנס לפרטיו, ברור כי טעמיהם של רב ושמואל אינם נובעים מתובנות לשונית או דיוקים במשנה אלא מתובנות הקשורות למערך דיני הנזיקין²¹. רב לא מקבל את האופציה שמבעה הוא שן, מפני שלדעתו הוא כבר כלול באב 'שור': "תנא שור וכל מילי דשור". לכן, הוא טוען כי אב זה הוא האדם - על אף הזרות שבדבר. לעומתו, שמואל טוען כי אי אפשר שפירושו של המבעה הוא אדם, כי "בנזקי ממון קמיירי, בנזקי גופו לא קמיירי".

טענתו של רב, כי משמעות ה'שור' שבמשנה כולל את נזקי הקרן, השן והרגל, יכולה להיות בעלת משמעות מרחיקת לכת. משמעות הדבר היא שמושג האבות המופיע במשנה אינו כפי שנתפס עד כה - ארבעה מאפייני-פעולה, אלא ארבעה סוגי אובייקטים מזיקים. כל אובייקט יכול להכיל כמה סוגי נזק שונים בתכלית, שהמקשר ביניהם אינו אלא הדמיון הציורי ביניהם -

²⁰ ג, ב - ד, ב

²¹ בסוגיה משמשות שלשת סוגי הטענות בערבוביא, אך יש לברור מתוכם את נקודות היסוד של כל שיטה, כפי שיבואר בפנים, ואכמ"ל. המורכב במהלך הגמרא הוא, שאינה מבררת במפורש מהו טעמם של רב ושמואל אלא רב מאי טעמא לא אמר כשמואל' ולהפך.

כולם נעשים ע"י בהמה. על פי הבנה זו, מובן כיצד רב מכניס את האדם לרשימה זו, על אף שמבחינה דינית אין הוא שייך לכאן ('בנזקי גופו לא קמיירי') - זהו עוד אובייקט מזיק, ששייך לרשימת המזיקים (אדם, בהמה, מכשול ואש).

במהלך המשנה האבות מושווים זה לזה, ולפי הבנתנו עד כה, נראה כי אנו משווים בין סוגים שונים של מחייבי-תשלום, כאשר ההשוואה ביניהם היא במישור של צריכותא - דין פשוט מול דין מחודש; לפי רב אין הדבר כן. לפי רב אין מכה משותף מהותי בין האבות השונים, וההשוואה היחידה שניתן לעשות ביניהם היא במישור של פרטי דיניהם. וכך הגמרא מבארת את המשנה אליבא דרב: "לא ראי השור שמשלם את הכופר כראי האדם שאין משלם את הכופר, ולא ראי האדם שחייב בארבעה דברים כראי השור שאין בו ארבעה דברים". אין כאן השוואה של קל מול חמור, אלא של פרטי-דינים שונים.²²

אין פירושו של דבר, שרב לא מקבל את נזקי שן ורגל כנזקים שמוגדרים על פי מאפיין, אלא שהוא סבור שהאבות המופיעים במשנה אינם מהסוג הזה. יוצא, שרב סבור שעולם הנזיקין אינו בנוי על אבות עקרוניים בלבד. כלומר, יתכן נזק שאינו תולדת אב מסוים בדווקא, אלא נובע מההגדרה 'דרכן להזיק ושמירתן עליך'. רק כאשר אותו הנזק מותאם לאחד מן ה'אבות' של הגמרא - חלים עליו דיני אותו האב הספציפי. לעומת רב, שמואל תופס את האבות באופן משפטי הרבה יותר. כל אב הוא מאפיין משפטי מסוים, וההשוואה ביניהם היא בכלים משפטיים - חומרא וקולא. כל זה הוא במסגרת המסוימת של 'נזקי ממון', ואינו עניין לנזקים אחרים.²³

כעת נשוב לסוגיית הפתיחה. לפי דברינו, כל מהלך הסוגיה המברר את דברי רב פפא בנוי על מה שנקרא לו להלן באופן כללי 'בית מדרשו של שמואל',²⁴ כלומר: תפיסת האבות והתולדות כמערך הרמטי ובלעדי של דיני נזקי ממון. ברם, את הסתפקות הגמרא מעיקרא, וכן את דברי רב פפא, ניתן לבאר כהסתפקות זו ממש: האם האבות הם עולם הגדרות משפטי מוחלט, ולכן כל התולדות יהיו כיוצא באבותיהם; או שישנם האבות, וישנן תולדות שאינן ממש ממשיכי האבות באופן משפטי, אלא הן תולדות מסיבות אחרות: תולדת הצד השווה, תולדה ציורית (כרבני שאלוניקי דלעיל), תולדה כללית - 'דרכן להזיק ושמירתן עליך', או כל אפשרות אחרת. כפי שראינו בפרק הקודם, במהלך הסוגיות אכן מיטשטשות ההגדרות הנוקשות של סוגיית הפתיחה ה'שמואלית', ומתקבלות הגדרות אחרות, כגון העדפת המערך של תמות ומועדות על פני מערך האבות והתולדות. שינוי זה מתאים לשיטת רב, שלפיה אין בלעדיות לאבות

²² וראה בתוס' ד, א ד"ה כראי, שהדגיש שם שאין פרטי הדינים הללו נובעים מקולא וחומרא, אלא מנתונים חיצוניים.

²³ נעיר, כי לאחר סוגיית 'מאי מבעה' ישנה הרחבה של השימוש במושגי האבות והתולדות שלא כצורתם המשפטית. הגמרא (ד, ב - ה, א) מביאה ברייתות בשם ר' אושעיא ור' חייה, ובהם מנויים 13 אבות נזיקין או 24 אבות נזיקין. ברור, כי אין אבות אלו משמשים כאבטיפוס של עקרונות משפטיים המחייבים תשלום, אלא אלו בסך הכל מקרים בהם חייבים לשלם על נזק שבוצע.

²⁴ ברור כי אי אפשר, על סמך הראיות שהובאו לעיל בלבד, לטעון לחלוקה של 'בתי מדרש' ובוודאי שלא לתייג את השיטות השונות לאמוראים ספציפיים (רב ושמואל במקרה זה). הדבר נעשה כאן לצורך הפשטה ולנוחיות כתיבת המאמר בלבד.

ולתולדות. סוגיות הגמרא באופן מובהק נוטות להבנה של שמואל, ליחס כל מעשה לאב שלו. אמירה זו נכונה כבר מסוגיית הפתיחה, ומודגמת יפה בסוגיות שבפרק שני: כל מקרה המופיע במשניות כמקרה עליו משלמים חצי נזק, מקבל הסבר משלו: 'צרות' הוא הלכתא למשה מסיני, 'אכלה כסות או כלים' הם 'משונה' (וממילא - תולדת הקרן) והפטור שלהם ברשות הרבים מקבל הסבר: 'כל המשונה ובא אחר ושינה בו - פטור'. למרות האמור, ישנן סוגיות שנוותר בהם רמז להכרעות הלכתיות שלא על פי מערך האבות והתולדות, ונביא כמה מהם להלן.

ה. רב ושמואל בסוגיות נוספות

בתחילת פרק שלישי ישנה מחלוקת רב ושמואל באשר למהותה של תקלה שהניח אדם ברשות הרבים:

"משנה. נשברה כדו ברה"ר, והוחלק אחד במים או שלקה בחרסית - חייב..."

גמרא. אמר רב יהודה אמר רב: לא שנו אלא שטינפו כליו במים, אבל הוא עצמו - פטור, קרקע עולם הזיקתו. כי אמריתה קמיה דשמואל, אמר לי: מכדי אבנו וסכיננו ומשאו מבורו למדנו, וכולן אני קורא בהן: שור - ולא אדם, חמור - ולא כלים...²⁵.

עמדתו של שמואל היא ברורה: כל תקלה ברשות הרבים היא למעשה בור, וממילא נגזרים דיני מדיני הבור, וכלים שהוזקו במים לא יחייבו בתשלום, מדין גזרת הכתוב 'חמור ולא כלים'. לעומתו, סבור רב כי נזק זה מחייב בתשלום. לפי רב, מהו המקור לחיוב על תקלה שהונחה ברשות הרבים? לפי דרכנו, אפשר לומר כי לפי רב אין מקור מוגדר ללימוד שהמניח תקלה ברשות הרבים חייב, שכן אין בכך צורך, אלא נלמד הדבר מההגדרה הכללית 'דרכן להזיק ושמירתן עליך'. לפי רב, הבור שבתורה אינו אבטיפוס בעל מאפיין כלשהו (תחילת עשייתו לנזק²⁶) של סוג הזיק, אלא ציור מאוד ספציפי של אדם החופר בור ברשות הרבים. רק לגבי בור כזה, אמרה תורה את פרטי הדין של בור - 'שור ולא אדם, חמור ולא כלים', ולא לגבי תקלה אחרת, כבנידון דידן. ברם, שיטת הגמרא אינה בדיוק כך. הגמרא מבררת בסוגיה את עמדתו של רב:

"ורב? הני מילי היכא דאפקרינהו, אבל היכא דלא אפקרינהו - ממונו הוא"

לפי הגמרא, רב יודה כאשר האדם הפקיר את התקלה שהניח. נראה, כי הגמרא סבורה שגם לפי רב ישנו מאפיין לבור - דבר שאינו ממון האדם שהזיק²⁷, אך כאשר התקלה היא ממון של אדם, אינה יכולה להיכלל בגדר בור²⁸. לכאורה, יש כאן קירוב של דעת רב למערכת המאפיינת

²⁵ כח, א-ב

²⁶ הגדרה (החיובית) של בור, לשיטת הגמרא: ג, ב; ט, ב; ועוד.

²⁷ לפי זה, יתכן שרב קורא את המשנה הראשונה במישור הממוני: האדם עצמו, ממון שהזיק (שור), דבר שאינו ממון שהזיק באשמתו (בור), דבר שאינו יכול להיות ממון כלל, שהזיק באשמתו (אש).

²⁸ רש"י (ד"ה אפקרינהו, אבל לא אפקרינהו) מבאר כי המחלוקת בין רב ושמואל מבוססת על מחלוקת אחרת בנזקי בור: האם הנזק האמור בתורה (ועליו חלים גזרות הכתוב) הוא במקרה שהפקיר רשותו ובורו או במקרה שלא הפקיר בורו. מחלוקת זו, הנידונה בהרחבה בסוגיות בור (מט, ב - ג, א), אכן עוסקת בשאלה מהיכן מגיעה האחריות של האדם על בורו: מהשייכות הממונית או מהאשמה שבמעשה הכרייה. רב, התופס כי בור איננו

של שמואל, אך יש לשים לב, כי במקרה של 'לא אפקרינהו', הגמרא לא ביארה מהו מקור החיוב. הדבר מתבאר בדרך אגב בסוגית הפתיחה (ג,ב), בדיון על נזקי בור:
 "...אי דלא אפקרינהו, אי לשמואל, דאמר כולם מבורו למדנו, היינו בור! ואי לרב, דאמר כולם משורו למדנו, היינו שור!"

במונחים הרגילים, ה'שמואליים', של אב ותולדה, בודאי לא ניתן ללמוד משור את נזקי תקלה ברשות הרבים²⁹, שכן יש כמה וכמה פירוכות ביניהם. מפני הבעייתיות שבכך, הציגו התוספות כי:

"... דאתי מבור ושור ממה הצד"

(תוספות ג,ב ד"ה "משורו למדנו")

כלומר, הכוונה כאן אינה ל'שורו' בלבד, אלא לצד השווה בין שור ובור. פירוש זה, המופיע בווריאציות שונות אצל ראשונים נוספים, יוצר קושי גדול. ראשית, מפני שאין רמז לחידוש זה; שנית, הוא יוצר אמירה הפולשת לסוגיית 'הצד השווה לאתויי מאי' (ו,א) ודורשת שינויי גירסאות גדולים בסוגיה זו³⁰; שלישית, הוא מצריך דיון בשאלה עד כמה דין התולדות הוא כיוצא באבות במקרים של שימוש בצד השווה, דיון היוצר קשיים רבים³¹.
 אינני מעוניין להציע הצעה לביאור דברי רב שלא כפירושי הראשונים, אך גם לפירושים אלו בסופו של דבר רב לא מחוייב עד הסוף למערכת הלימוד הנוקשה של אבות ותולדות על ידי חומרא וקולא³².

ראיתו של רב את הבור לא כמאפיין אלא כמקרה ציורי ספציפי, נראית גם במחלוקת אחרת של רב ושמואל בקשר לנזקי בור:

"אמר רב: בור שחייבה עליו תורה - להבלו ולא לחבטו, אלמא קסבר: חבטה, קרקע עולם הוא דמזקא ליה; ושמואל אמר: להבלו וכל שכן לחבטו, ואם תאמר: לחבטו אמרה תורה ולא להבלו, התורה העידה על הבור ואפילו מלא ספוגין של צמר"

(בבא קמא נ,ב)

בלי להיכנס לנושא ה'הבלא' שהוא נושא מורכב מבחינות רבות, אנו רואים כי רב תופס את הבור כהיזק מאוד ספציפי - הבל הנוצר בבטן האדמה, ע"י חפירה. לעומת זאת, שמואל סבור

²⁹ 'ממונו', יסבור כי בור הוא דווקא כאשר הפקיר בורו, ושמואל סובר ההפך. ברם, התוספות (ד"ה הני מילי) דחו את הכרחיות הקשר שיצר רש"י והסבירו, כי יתכן לקרוא את המחלוקת באופן עצמאי.

²⁹ ובייחוד שאין אב נזקין 'שור', ובין אם נפרשו כאן כקרן, שן או רגל - הלימוד קשה. הניחא לשמואל, המפרש במשנה 'שור' כקרן או רגל - יתכן שגם כאן זו הכוונה; אך לפי רב, שלשיטתו 'שור' במשנה כולל את 'כל מילי דשור' - מה פירוש הדבר ללמוד משור?

³⁰ ראה ו,א תוס' ד"ה אי לרב ובראשונים נוספים

³¹ התוספות הנ"ל מניחים בפשיטות כי על תולדת שני אבות חלים גזרות הכתוב של שניהם, ולפי זה קשה מדוע חייב במקרה זה על הכלים, כמבואר בפרק המניח. באשר לדיון זה, ראה ברא"ש, ובמגוון דעות שהובא בשטמ"ק, ובחדושי רי"ז לרמב"ם הל' נזקי ממון.

³² ואין צורך לציין שלרב איבד השור (קרן, לדעת תוס' הנ"ל) את משמעותו ככוונתו להיזק, אלא שאין לו אפילו את משמעותו כנזק משונה [והעיר על כך ברשימות שיעורים לגרי"ד, עמ' כא, הערה 36]. כל שנותר ממנו הוא מושג כללי ביותר של 'ממונו'. כל הקשיים הללו נוצרו בעקבות נסיונה של הגמרא להכניס את שיטת רב לתוך כללי שיטת שמואל, משום שהגמרא קיבלה את שיטת שמואל על כל פנים כמסגרת כללית להגדרת דיני הנזיקין.

כי הבור הוא אב מאפיין של 'תקלה', ולכן מתחייבים לא רק על ההבל אלא על כל חבטה שנוצרת בעקבות הבור.³³ הגמרא מביאה נפקא מינה בין שתי השיטות:

"מאי בינייהו? איכא בינייהו דעבד גובה ברה"ר, לרב - אגובה לא מיחייב, לשמואל - אגובה נמי מיחייב"

לפי זה, רב פוטר את הניזוק מן הגובה, אך יש לשים לב לנקודה חריפה יותר: כל שכן, שרב לא יחייב את הניזוק מאבנו סכינו ומשאו.³⁴ הבנתו של רב את הבור כנזק ציורי ספציפי ועקר (מבחינת ההתפתחות שלו כלפי מקרים אחרים) מצטרפת להבנתו את השור בסוגיית מאי מבעה כמקרה כזה, של אובייקט מזיק חסר הגדרה משפטית - 'שור וכל מילי דשור'.

נחזור לדון בהבנת שמואל את מערך דיני הנזיקין. שמואל סבור, כפי שהוצג בסוגיית הפתיחה, שכל דיני הנזיקין מחולקים לאבות ולתולדות: כל נזק צריך להיות מוגדר ע"י אחד מן האבות, ולפיו יקבע דינו. נביא דוגמה מוקצנת לשיטת שמואל, ונראה כיצד הדבר מגיע לידי אבסורד. על משנת 'הזאב והארי' (א,ד) מביאה הגמרא את דברי שמואל:

"אמר שמואל: ארי ברשות הרבים, דרס ואכל - פטור, טרף ואכל - חייב; דרס ואכל - פטור, כיון דאורחיה למידרס הוה ליה כמו שאכלה פירות וירקות, דהוה ליה שן ברשות הרבים ופטור; טרף - לאו אורחיה הוא."

(בבא קמא טז,ב)

שמואל טוען כי הדריסה (אכילה מן הטרף בעודו בחיים) היא פעולה שהיא כאורחיה, ולכן היא נכללת בנזקי שן; לעומת זאת, הטרפיפה (הריגה ואח"כ אכילה) היא פעולה המשונה לאריה, ולכן איננה כלל נזק שן, אלא קרן החייבת גם ברשות הרבים (חצי נזק). מימרת שמואל נובעת מתפיסתו כי כל פעולת נזק מוגדרת באופן משפטי מסוים, ולפיכך פעולת אכילת האריה גם היא מוגדרת ע"י אחד מן האבות. אם פעולה זו היא הנאה נורמטיבית של האריה, הרי שהיא מוגדרת כשן ופטורה ברשות הרבים. היוצא מכך הוא מצב אבסורדי: אדם ששחרר את האריה שלו להסתובב ברשות הרבים, והלה דרס ואכל שם כרצונו - בעליו ייפטר מתשלום היות ובאופן משפטי המעשה מוגדר כשן!³⁵ את הבעייתיות בדברי שמואל, וההבנה כי בעייתיות זו מקורה בשימוש בקטגוריות משפטיות, מדגיש המהרש"ל:

"אבל פליאה גדולה על מה שמסקינן שאותן ה' חיות אם טרפו ואכלו ברשות הרבים פטורים ברשות הרבים משום שן, הלא אין דומה לשן כלל! הלא שן ורגל פטורים ברשות הרבים משום דיש לה רשות להלוך ברשות הרבים ואין הבעל צריך כל פעם לילך עמהם וכל מאי דמצאה ברשות הרבים לאכול בראוי בוודאי אוכלת, להכי פטרי רחמנא ברשות הרבים וחייב ברשות הניזק. אבל ארי שדורס ואוכל בהמות וכי כהאי גוונא נאמר אורחיה לפטור?! אם כן לא יהיה רשות לחברו להניח בהמתו לילך ברשות הרבים מפני ארי של זה... וכי בזה פוטרו

³³ נציין, כי בעוד לרב הבור הוא דווקא להבלו, לשמואל הוא להבלו וכל שכן לחבטו - הבור בעיקרו הוא נזק הגורם חבטה, וההבל הוא רק סעיף של נזק זה.

³⁴ כפי שאכן טען בסוגיה בדף ג,ב. אינני רוצה להיכנס כאן לשאלת היחס בין אמירה זו לאמירה בדף כח,ב שבאפקרינהו הוי תולדת הבור - רק נציין כי גם כאן נראית האמירה המיוחסת לרב בדף כח,ב כחריגה מדעת רב המקובלת. וראה בנושא זה דברי התוספות ושאר ראשונים.

³⁵ יהיה זה לא הגון לתלות את דברי שמואל בסברא זו בלבד. יתכן לקשר אותה לחקירות נוספות - הפטור ברשות הרבים כגזה"כ או כסברא; פטור זה כזכות המזיק או כפשיעת הניזק.

התורה?! ... לכן מוכרח אני לומר: מאחר שאין זה מן המצוי לחיות בישוב כמו שכתב הרמב"ם בפירוש המשניות, אם כן התורה לא חילקה בנזקי שן ורגל ולעולם פטורים ברשות הרבים..."

(ים של שלמה פ"א סי' מ"ז)

יש לשים לב, כי על אף שהמשנה (א,ד) מגדירה את חמשת החיות המופיעים בה כמועדים, לפי שמואל אין הם מועדים יותר משאר כל החיות: כאשר עשו מעשה משונה - חייבים; כאשר עשו מעשה כדרכם - חייבים ברשות הניזק, ופטורים ברשות הרבים. הסיבה לכך היא, שעל פי מבנה נזקי הממון שיצר שמואל, אין מקום לטעון שבעל חיים מסוים יהיה מועד יותר מטבעו³⁶. לפי האפשרות האחרת שהעלנו בדעת רב, אפשר היה לפסוק כאן אחרת: במקרה זה אין הדמיון לשן עולה יפה, מכיון שאין סברא לפטור את בעל האריה, ולכן יתחייב בעליו בתשלום - ונזק זה לא יהיה תולדה של אב מסוים, אלא נזק ש'דרכו להזיק ושמירתו עליך', ולכן חייבים על היזק.

לאחר שראינו כי בכמה מן המקורות התנאיים ובכמה סוגיות בגמרא, ישנם קריטריונים שונים לקביעת דיני הנזיקין מאשר הקריטריון המקובל של אבות ותולדות, ברצוני לבחון כיצד נושא זה מופיע בפסק ההלכה. ברצוני לעיין בדברי הרמב"ם, מפני שלדעתי ניתן לראות גם בדבריו נטיות לכיוונים אלו.

ו. רמב"ם

בפסיקותיו של הרמב"ם בהלכות נזקי ממון, ניתן לראות כי הרמב"ם נוטה להשתמש יותר במערך התמות והמועדות מאשר במערך האבות והתולדות. נטיה זו נראית לעין, כבר בפתיחתו של הרמב"ם להלכות אלו:

"א. כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם שהזיקה הבעלים חייבין לשלם שהרי ממונם הזיק שנאמר (שמות כ"א כ"ה) כי יגוף שור איש את שור רעהו וכו', אחד השור ואחד שאר בהמה חיה ועוף, לא דיבר הכתוב בשור אלא בהווה.

ב. וכמה משלם, אם הזיקה בדברים שדרכה לעשותם תמיד כמנהג ברייתה כגון בהמה שאכלה תבן או עמיר או שהזיקה ברגלה כדרך הילוכה חייב לשלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו שנ' (שמות כ"ב ד') מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם. ואם שינת ועשת מעשים שאין דרכה לעשותם תמיד והזיקה בהן כגון שור שנגח או נשך חייב לשלם חצי נזק מגוף המזיק עצמו שנ' (שמות כ"א ל"ה) ומכרו את השור החי וחצו את כספו וגו'.

³⁶ שם לב לכך הנמוקי-יוסף (ו,ב ברי"ף, ד"ה הזאב), שכותב: "...והא דפלגינהו תנא משן ורגל דבהמה, משום דמשונות מהן שדורסין ואוכלין כו' משא"כ בבהמה. "ודבריו דחוקים. ברם, הריא"ז (פסקי ריא"ז, פ"א ה"ד, סע' א-ב) מבין כי במקרה שדרס ואכל - חייב נזק שלם, אע"פ שמקרה זה הוא לאו כאורחיה: "...אבל אם טרף והרג בהמה או חייה ואחר כך אכלה - הרי זה שינו אצלו שאין דרך אכילתו בכך ומתולדות הקרן הוא, ואפילו ברשות הרבים חייב כו' ומשלם נזק שלם לפי שהוא מועד מתחלתו כמו שביארנו. " - לפי זה, יש שוני בין הזאב הארי וכו' ובין שאר החיות - בנזקי הקרן שלגביהם הם מועדים מתחילתן. גם לפי פירוש זה, שמואל מצמצם את המועדות של חיות אלו לנזקי קרן בלבד, שם ישנם מושגי תם ומועד, והוא אינו מוכן לכופף את המערכת במקום שיותר קשה לעשות זאת - בנזקי שן ורגל.

ד. העושה מעשה שדרכו לעשותו תמיד כמנהג ברייתו הוא הנקרא מועד, והמשנה ועשה מעשה שאין דרך כל מינו לעשות כן תמיד כגון שור שנגח או נשך הוא הנקרא תם, וזה המשנה אם הורגל בשינויו פעמים רבות נעשה מועד לאותו דבר שהורגל בו שני (שמות כ"א ל"ו) או נודע כי שור נגח הוא.

(רמב"ם הלכות נזקי ממון, פ"א)

את בסיס דיני נזקי ממון הרמב"ם בונה על שאלת 'דרכה/אין דרכה לעשות': אם עשתה הבהמה דבר שדרכה לעשות תמיד כמנהג ברייתה - משלם נזק שלם, ואם אין דרכה לעשותו - משלם חצי נזק. הסיבה שעל נזקי שן ורגל משלם נזק שלם היא מהיותם מועדים (עוד בטרם הוגדרו כנזקי שן ורגל). רק בהלכה י' יופיע המושג של אבות ותולדות, וגם שם באופן חלקי (אבות השור).

מתוך חלוקה כזו, אין לרמב"ם מניעה להגדיר את חמשת החיות שבמשנה האחרונה בפרק א' כמועדות בהגדרתן, ולא בהתאם לפעולותיהן:

"חמשה מיני בהמה מועדין מתחלת ברייתן להזיק ואפילו הן תרבות, לפיכך אם הזיקו או המיתו בנגיחה או בנשיכה ודריסה וכיוצא בהן חייב נזק שלם, ואלו הן: הזאב והארי והדוב והנמר והברדלס..."

(רמב"ם הלכות נזקי ממון, פ"א, ה"ו)

חיות אלו מועדות לכל מעשה שיעשו, שכן הגדרתן כמועדות קודמת את בחינת מעשיהם כתולדות לאבות הנזיקין. לכאורה, סותר ניסוח זה את דברי שמואל על משנה זו, שהובאו בפרק הקודם (מלבד העובדה הפשוטה שהרמב"ם השמיט דבריו³⁷), ולפיהם אין שוני מהותי בין חיות אלו לבין השור - לשניהם יש אותה המערכת המחייבת: האבות והתולדות. בעוד שבהלכה זו הדיון הוא במישור הניסוחי בלבד, הרי שבהלכה אחרת הרמב"ם סותר במפורש את דינו של שמואל:

"חיה שנכנסה לרשות הנזיק וטרפה ואכלה בהמה או בשר משלם נזק שלם שזה הוא דרכה, אבל כלב שאכל כבשים קטנים או חתול שאכל תרנגולים גדולים הרי זה שינוי ומשלם חצי נזק"

(רמב"ם הלכות נזקי ממון, פ"ג, ה"ז)

הלכה זו מבוססת על ברייתא שהובאה בסוגיה הדנה בדברי שמואל (טז, ב), אך שם פרשוה בעקבות דברי שמואל 'לצדדין': טרפה להניח, או דרסה ואכלה (עיין שם), ואילו כאן הרמב"ם נטה אחרי פשט הברייתא והתעלם מדברי שמואל³⁸. אחרונים רבים נתנו דעתם לשאלה מדוע דחה הרמב"ם את דברי שמואל באין חולק עליו. לפי דברינו עולה, כי דברי שמואל נובעים

³⁷ וכן עשה הרי"ף.

³⁸ יש להקשות, שהרי בהלכה זו הביא הרמב"ם את הברייתא כלשונה - 'בחצר הנזיק', ומשמע לכאורה שאם טרפה ברשות הרבים תהיה פטורה, כדעת שמואל (ולפי זה הרמב"ם אינו חולק על המערכת של שמואל, אלא על טענתו הספציפית לגבי טריפה, וזה תמוה). נראה, שהתירוץ הוא שאין הרמב"ם מכוון באומרו 'חיה' לחיות המועדות מתחילתן, אלא לחיה סתם. וצ"ע.

מתפיסתו את מערך דיני הנזיקין בכללותו, מערך שהרמב"ם אינו מחויב לו, וממילא איננו מחויב לדין הפרטי שיצר שמואל³⁹.

סיכום

מי שילמד את מסכת בבא קמא באופן פשוט, יראה כי מערך החיוב בנזקי ממון בנוי על פי אבות ותולדות, באופן די ברור. במאמר זה ניסיתי להציג כיווני מחשבה אחרים העולים מקריאת המשניות ומדרשי הלכה, ומתהדדים גם בסוגיות הגמרא; כיוונים אלו הועלו מתוך עיון בסוגיות השונות הסוטות מהמעריך הרגיל.

קצוות רבים נותרו פתוחים במאמר זה; הן דברים שהשארתי לעיון מאוחר, ולא הגעתי אליהם, הן שאלות שנשאלו ולא נענו, והן רעיונות ומבנים שהוצגו בצורה בוסרית ומתומצתת. כמו כן, סוגיות נוספות וראשונים רבים היכולים לשפוך אור בנושא זה, מחכים לעיון. ואף על פי כן, תקוותי כי הרעיונות שהועלו במאמר יסייעו ללומד המעיין בסוגיות המסכת, ותן לחכם ויחכם עוד.

³⁹ דא עקא, שהרמב"ם לא סבור שישנו קשר בין מחלוקת זו למחלוקת רב ושמואל באשר לנזקי בור, שכן הוא פוסק כשמואל, שכולם מבורר למדנו (פי"ג ה"ב). יתכן שהוא תופס מחלוקת זו כעצמאית או כתלויה במחלוקת אחרת, כפי שכבר הצענו בדרך אגב.

⁴⁰ הגרי"ד [רשימות שיעורים עמ' קלג] הציע כי פסק הרמב"ם נובע מתפיסתו את פטור נזקי שן ורגל כפטור מסברא - "אם בשן ורגל הזיקה כדרכה הרי זה פטור מפני שיש לה רשות להלך בכאן ודרך הבהמה להלך כדרכה ולאכול ולשבר כדרך הילוכה" (נזקי ממון פ"א, ה"ח), בעקבות הרי"ף (עייין לעיל הערה 12). אין מקום להשתמש בסברא זו כאשר מדובר באריה המסתובב ברשות הרבים.

יתכן, ויש קשר בין טענת הגרי"ד לטענתנו. בעוד ששמואל בונה את מערכת אבות הנזיקין כהגדרות משפטיות 'יבשות', הרמב"ם תופס כל אב נזיקין כדין פרטי, בעל סברא עצמית. מכח תפיסה זו יכול הרמב"ם להכריע שעל אף שמעשה מסוים נראה מבחינה משפטית כתולדת השן, אין להחיל עליו דיני שן מפני שאינו שייך לסברא. מאותו הטעם יכול הרמב"ם לפסוק דווקא כשמואל באשר לנזקי בור (לעיל הערה 46) - משום שהוא תופס את הבור כ"תקלה המונחת ברשות הרבים", ואינו מחלק בין אפקרינהו ללא אפקרינהו ושאר פרטים משפטיים. וצ"ע כמובן.