

הרב מיכאל הרשקוביץ שליט"א

## על תכונת המזיק ופשיעת הבעלים<sup>1</sup>

א. אומרת הגמ' (ג):

"אמר מר ושילח זו הרגל, וכן הוא אומר משלחי רגל השור והחמור. טעמא דכתב רחמנא משלחי רגל השור והחמור, הא לאו הכי במאי מוקמת לה, אי קרן כתיב אי שן כתיב. איצטריך, סד"א אידי ואידי אשן, והא דמכליא קרנא הא דלא מכליא קרנא, קמ"ל. והשתא דאוקימנא ארגל, שן דלא מכליא קרנא מנלן, דומיא דרגל, מה רגל לא שנתא מכליא קרנא ולא שנתא לא מכליא קרנא, אף שן לא שנתא מכליא קרנא ולא שנתא לא מכליא קרנא. אמר מר וביער זו השן, וכן הוא אומר כאשר יבער הגלגל עד תומו. טעמא דכתב רחמנא כאשר יבער הגלגל עד תומו, הא לאו הכי במאי אוקימנא לה, אי קרן כתיב אי רגל כתיב. איצטריך, סד"א אידי ואידי ארגל, הא דאזיל ממילא הא דשלח שלוחי, קמ"ל. והשתא דאוקי אשן, רגל דאזלה ממילא מנלן. דומיא דשן, מה שן לא שנתא שלחה שלוחי ל"ש דאזל ממילא, אף רגל לא שנתא שלחה שלוחי לא שנתא אזלה ממילא".

והיינו שברגל פשוט היה שאין להבחין בין מכליא קרנא ללא מכליא קרנא מה שאין כן בשן, ומאידך בשן פשוט שאין להבחין בין שלח שלוחי לאזלא ממילא מה שאין כן ברגל. אלא שהוסיפה הגמרא ושאלה למה לא נלמד מ"ושילח" גם שן וגם רגל שהרי מקרא זה משמע רגל שהרי כתוב: "משלחי רגל השור והחמור", ומשמע שן שהרי כתוב: "ושן בהמות אשלח במ". ותרצה הגמרא שאם היינו לומדים משם היינו אומרים שחיובו דוקא בדשלח שלוחי ולא בדאזלא ממילא, ולכן הוצרכנו למקרא המיוחד לשן. ונחלקו ראשונים מה טעם היה פשוט לגמרא שברגל אין להבחין בין מכליא קרנא ללא מכליא, ומה טעם היה פשוט לה שבשן אין להבחין בין שלח שלוחי לאזלא ממילא.

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

נראה שמה שפשוט לו כן גבי האבחנה שבין שלחה שלוחי לאזלא ממילא, הוא משום שסובר שאבחנה זו הינה אבחנה בשיעור פשיעת הבעלים ולא בתכונת המזיק, ולכן היא שייכת באותה מדה בכל נזקי ממון. שכן בששילח הרי זוהי פשיעה גדולה יותר שלהם מאשר באזלא ממילא. ואולם מאידך החילוק שבין

<sup>1</sup> עיקרי הדברים נדפסו לפני כמה שנים, ואולם נפלו בהם לצערנו שיבושים, ומלבד זה יש דברים ששינינו מאז, לכן נראה לי שכדאי למסרם בשנית כשהם מתוקנים יותר.

מכליא קרנא ללא מכליא הרי הוא חילוק בתכונת המזיק, ולכן הוא שייך בשן דוקא שעיקר ענינה הוא בכילוי, מה שאין כן ברגל שעיקר ענינה בלא כילוי, וכמו שכתב. על פי שיטתו זו מחוורים דברי הגמרא בהמשך, שתירצה שאילו היינו למדים גם שן וגם רגל רק מן המקרא: "ושילח" היינו אומרים שכל זה דוקא בדשלח שלוחי ולא בדאזלא ממילא, שהרי מצד הסברא אף בשן יש להבחין בין שלח שלוחי לאזלא ממילא, ולכן אם המקור היחיד לשן היה אף הוא מן המקרא: "ושילח", היינו מבחינים אף בשן בין שלח שלוחי לאזלא ממילא.

דעה אחרת מצאנו בדברי הגליון שהובאו בשטמ"ק שם בד"ה: "אידי ואידי אשן". שיטה זו סוברת שאף הטעם שאין לחלק בשן בין שלח שלוחי לאזלא ממילא גם הוא מסברא.

לדעה זו, מכיון שבשן עושה להנאתה, אין שליחותם של הבעלים משנה שהרי בשל תאותה עושה הבהמה ולא מחמת שליחות הבעלים. מה שאין כן ברגל, שאין הנאה להיזקה, ולכן בלא שליחות הבעלים אינה נוטה לילך מעצמה. ועל כן ברגל יש לחלק בין אם שלחה הבעלים לבין אם מעצמה הלכה והזיקה. והיינו שסוברת שיטה זו שאף החילוק בין שלח שלוחי לבין אזלא ממילא, הוא חילוק בגדר תכונת המזיק, ולא בדרגת פשיעת הבעלים.

אכן על פי זה תירוץ הגמרא בסופה, שאם היינו לומדים גם שן וגם רגל מ"ושילח" היינו אומרים שאין החיוב אלא בדשלח שלוחי, לכאורה צריך עיון, שהרי לדעה זו בשן אף מצד הסברא אין להבחין בין שלח שלוחי לאזלא ממילא. ואכן בגליון שם העיר על קושי זה לשיטה זו, וסבר לתרץ שהאמור לקמן: "הני מילי היכא דשלחה שלוחי" אינו אלא על רגל. אלא שלפי זה הקשה על דברי התוספות ועיין שם מה שתירץ, ויש לעיין עוד בדברים אלו.

ב. התוספות (ד"ה הא דלא מכליא קרנא) פירשו ש"לא מכליא קרנא" היינו שטינפה פירות להנאתה, והוסיפו שאף על פי שלפי זה ישנו מקור מפורש המלמד על חיוב זה, מכל מקום קרויה טניפת פירות (לקמיה בדף ג.) תולדה, משום שעיקר המקרא באכילה שהיא מכליא קרנא הוא עוסק. ואולם הרשב"א הקשה על דברי התוספות וחלק עליהם.

ראייתו כנגד דברי התוספות היא מרגל, שבה אזלא ממילא אינה חשובה תולדה, ובפשטות מכיון שהיא נלמדת משן כאילו נכתבה מפורש בתורה ולכן חשובה אב. ואם כן לכאורה אין דברי התוספות מחוורים, שהרי ברגל אף שעיקר המקרא בשלח שלוחי הוא עוסק מכל מקום אף אזלא ממילא חשוב אב משום שיש לו מקור בתורה. ואם כן הוא הדין יש לומר בשן, שאף שעיקר המקרא במכליא קרנא הוא עוסק מכל מקום אף לא מכליא קרנא צריך שיחשב אב משום שיש לחיובו מקור בתורה.

והנראה, שאם נאמר שהאבחנה שבין שלח שלוחי לאזלא ממילא אינה בתכונת המזיק אלא בפשיעת הבעלים, וזו שבין מכליא קרנא ללא מכליא היא בתכונת המזיק - יש להלום דברי התוספות. שמכיון שההבדל בין מכליא קרנא ללא מכליא הוא בתכונת המזיק, יש לומר שמכליא קרנא שבו עוסק המקרא הוא אב ואולם מזיק בעל תכונה שונה ממנו דהיינו לא מכליא קרנא, אינו אלא תולדה. מה שאין כן גבי ההבדל שבין שלח שלוחי ואזלא ממילא, שבוה תכונת המזיק בשניהם שוה, וכל ההבדל אינו אלא בפשיעת הבעלים, שבוה מכיון שאין הבדל בתכונת המזיק הכל חשוב אב.

ואכן הרשב"א, הסובר (כפי שכבר הראינו לעיל) כחילוק זה שבין ענין מכליא קרנא לענין שלח שלוחי - מכל מקום סובר שלענין גדרי אב ותולדה אין זה משנה, שכן לדעתו אין להבחין בין גדרי תכונת המזיק וגדרי דרגת פשיעת הבעלים לענין הגדרת אב ותולדה, ולכן הקשה על דעת תוספות וחלק על שיטתם.

ג. על דברי הגמרא (בסוגיא הנ"ל ג.): "סד"א אידי ואידי אשן הא דמכליא קרנא הא דלא מכליא", הקשו ראשונים למה צריכים לשני מקראות שהרי די במקרא: "ושילח" ללמד על שן דלא מכליא קרנא ונלמד מכל שכן משם על מכליא קרנא. רש"י תירץ:

"אי מהאי קרא ה"א האי אתי להיכא דמכליא, אבל לא מכליא לא, הלכך איכא למימר ודאי אידי ואידי אשן אי לאו דכתב רחמנא משלחי רגל השור".

והתוספות תירצו שאם היה כתוב רק המקרא: "ושילח" היינו אומרים שדוקא בשלח שלוחי יתחייב ולא בדאזלא ממילא.

- בפשטות נראה שתוספות נחלקו על רש"י ולא פירשו כמותו, משום שלדעתם הטעם שהיתה סברא לחלק בין מכליא קרנא בשן ללא מכליא הוא משום שנאמר: "וביער", ומקור לכך יש מרגל שלמדנו מ"ושילח" שאמרה הגמרא שאין לחלק בין מכליא קרנא ללא מכליא, ובפשטות משום שדוקא במקום שנאמר "וביער" יש לחלק. ולכן אילו היינו למדים שן מ"ושילח" אין לכאורה יסוד לומר שדוקא במכליא קרנא מקרא זה עוסק<sup>2</sup>. אכן כך נראה לכאורה בפשטות שסובר אף רש"י במה שכתב לקמן בד"ה: "מה רגל לא שנא כו" שפירש שברגל אין לחלק בין מכליא ללא מכליא משום שלא נכתב בה "וביער". לאור זאת לכאורה צריכה שיטתו של רש"י עיון, ובעיקר שדבריו לפי זה נראים כסותרים אהדדי.

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

ומה שתירצה הגמרא שאילו היינו למדים גם שן וגם רגל מ"ושילח" היינו אומרים שכל זה הוא דוקא בדשלח שלוחי, פירש רש"י כפשוטו שהן ברגל והן בשן הדברים אמורים. לכאורה היה נראה לפרש לדעתו כנ"ל בדעת הרשב"א שזה משום שאבחנו זו שבדרגת פשיעת הבעלים שייכת מסברא באותה מידה גם בשן וגם ברגל. ואולם בפשטות לאור מה שאנו מתרצים שיטתו יש לכאורה קושי לפרש כן בדעתו. שהרי פירשנו שסובר שבמה שמצד הסברא לבד יש לחלק, וכגון גבי שן שמצד הסברא יש לחלק בין מכליא קרנא ללא מכליא, אף שהיינו למדים מושילח היינו אומרים שכל זה דוקא במכליא קרנא, ואף שלא כתוב וביער.

על פי זה אם נאמר שסובר רש"י כרשב"א שאף גבי שן מסברא יש לחלק בין שלח שלוחי לאזלא ממילא, למה פירש שבשן אין לחלק בין שלח שלוחי לאזלא ממילא משום דלא כתיב ושילח, והרי אף בלא שיהא

<sup>2</sup> ע' תלמיד הר"ר פרץ שהו"ד בשטמ"ק, וע' גם בדברי מהרש"א מהר"ם ונחלת דוד מה שכתבו.

כתוב ושילח יש לחלק מסברא. משום כך בפשטות נראה, לאור תירוצו הנ"ל בדעתו, שסובר כדעת הגליון הנ"ל החולק על הרשב"א וסובר שהטעם שבשן אין לחלק בין שלח שלוחי לאזלא ממילא מטעם שמכיון שעושה להנאתה, מסברא אין לחלק.

לפי זה לכאורה יש קושי בדעת רש"י. וכמו שהקשה בגליון כנ"ל, שלאור שיטתו, מהו שתירצה הגמרא במסקנת הסוגיא, שאילו היינו למדים שן ורגל מושילח היינו אומרים שכל זה דוקא בששלח שלוחי, ובפשטות הן על שן והן על רגל נאמרו הדברים. אלא שלדעת רש"י יש לומר שהוא לשיטתיה אזיל, וכמו שאמר, על פי פירושונו בשיטתו, שברגל שעיקר עניינה בדריסה וקלקול, ומצד הסברא היינו אומרים שחייב אף בלא מכליא קרנא, מכל מקום אם היה אמור בה "וביער" היינו אומרים שרק במכליא קרנא חייב, אם כן הוא הדין גבי שן שאף שמצד הסברא היינו אומרים שאף בשלא שלח שלוחי חייב, מכל מקום אם נלמד מושילח היינו למדים שדוקא בששלח שלוחי חייב, ושוב אין קושי לדעתו בתירוץ הגמרא. והגליון שהקשה והוצרך לתרץ כמו שתירץ ע"ש, אפשר שסבר שאף שנלמד מ"ושילח" מכל מקום אם מצד הסברא אין לחלק בין שלח שלוחי לאזלא ממילא, לא יועיל המקרא לומר שנחלק, וצ"ע. אכן התוספות סוברים כאמור שהאבחנה בשן בין מכליא קרנא ללא מכליא נובעת מהלימוד מ"וביער", והאבחנה שבין שלח שלוחי לאזלא ממילא ברגל נובעת מהלימוד מ"ושילח" ולכן נחלקו על דעת רש"י בזה.<sup>3</sup>

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

בדף ו. דנה הגמרא מה בא הצד השווה שבמשנה לרבות, וכמה תירוצים נאמרו שם בזה. אביי פירש באבנו סכיננו ומשאו, שמבור ואש למדנו שאף שכח אחר מעורב בהם חייב. לדעת רבא אנו עוסקים בבור המתגלגל, שמבור ושור למדנו שאף שלא מעשיו גרמו מכל מקום חייב. רב אדא בר אהבה העמיד בדין הפותקים ביבותיהם וגורפים מערותיהם וכו', שמבור ושור למדנו שחייב אף שעשה ברשות. ורבינא תירץ בכותל ואילן שנפלו לרשות הרבים, שמשור ובור למדנו שאף שאין תחילת עשייתן לנזק חייב. יש מן הראשונים שכתבו שבכל אלו רק חיובים שיש בשני המלמדים יש בנלמד.

הרא"ש בפסקיו (סימן א) הביא שיטה זו, הוא הוסיף שיש שנסתפקו בדבר, ואולם הוא עצמו סובר שבכל ההלכות האלו שבדף ו דין בור יש להם. הוא הוכיח כן ממה שלשמואל הסובר תנא שור לרגלו, שור שממנו למדנו היינו רגל, ואם כן במה שלמדנו משור ובור כיצד מחייבים ברשות הרבים והרי רגל שאף ממנה למדנו פטורה ברשות הרבים. אלא על כרחין נראה שהלימוד בעיקרו הוא מבור, שכן בור גמור הם אבנו

<sup>3</sup> ויעויין עוד בזה בדברי ה"ר ישעיה, הגליון, ורבנו פרץ, שהובאו דבריהם בשיטה מקובצת.

סכינו ומשאו לבתר דנייחי, וכן בור המתגלגל וכן כותל ואילן וכן הפותקים ביבותיהם וכו', והלימוד מן המלמד השני אינו אלא לסלק את הפירכא.

עוד הוסיף והראה הרא"ש שאף התוספות (ו. ד"ה תאמר בהני דברשות) סוברים כדבריו. תוספות שם הקשו למ"ד תנא שור לרגלו איך אמרו שור יוכיח שאף ברשות חייב והרי ברגל אינו חייב אלא ברשות הניזק שאינו ברשות. ותימצו שיש ללמוד מרגל בשהלך ברשות הרבים והתיז והזיק ברשות היחיד שחייב. ולכאורה יש קושי בדבריהם אלו של התוספות, שהרי מכיון שברגל פטור ברשות הרבים אי אפשר ללמוד מרגל על הפותקים ביבותיהם וכו' לחייב ברה"ר ועדיין לכאורה אין לימוד זה מחוור. ומתוך כך הראה הרא"ש שאף תוספות סוברים כדעתו, והיינו שעיקר הלימוד הוא מבור שעל נזקיו חייבים ברה"ר, והלימוד משור אינו אלא לסילוק הפרכא ולכן אין קושי במה שכתבו.

אכן מעתה לאור הבנה זו של הרא"ש בשיטת התוספות בדף 1, לכאורה אין דבריהם אלו עולים בקנה אחד עם דברי התוספות שבדף ג: הנ"ל הסוברים לכאורה בפשטות שבדבר הנלמד מבמה הצד תנהג כל קולא שיש באחד מן המלמדים וכו', ולכאורה כשיטה הראשונה שהביא הרא"ש בדבריו וחלק עליה.<sup>4</sup>

ואף בדעת הרא"ש יש לעיין שכן מן הדברים שבתוספי תוספותיו שהובאו בשטמ"ק (ג): נראה שאף הוא סובר כדברי התוס' שם, שכן אף לו הוקשה מה שהקשו התוס', והוצרך לתרץ שמבור ושור דנויקין למדנו, ע"ש בדבריו. וא"כ לכאורה אין זה עולה בקנה אחד עם מה שכתב בפסקיו על ההלכות הנ"ל בדף 1.<sup>5</sup>

הנראה מכל זה שהרא"ש מבחין בנידון דידן, בין דרגת פשיעת הבעלים לבין תכונת המזיק. דרגת פשיעת הבעלים, הינה תכונה משותפת לכל נזקי ממון ושייכת באותה מידה בכלם, ואולם הפטורים היחודיים שיש בכל אחד מאבות הניזקין נעוצים בתכונותיו המיוחדות לו. לכן מכיון שהגדרים - כח אחר מעורב, מעשיו גרמו, ברשות, ותחילת עשייתו לנזק - כל אלו הם גדרים בדרגת פשיעת הבעלים, והפרכות הנ מצד גדרים אלו, על כן מה שלמדנו מאב נוסף לסילוק פרכות אלו אינו אלא לענין דרגת פשיעת הבעלים השייכת בכל אבות הניזקין באותה מידה. והיינו שבא האב הנוסף ללמד שאף בדרגת פשיעה זו שהיא פחותה יותר חייבה תורה. לכן אין לומר שפטורים שיש באב נוסף זה יחולו על הנלמד, שהרי לא בדרגת פשיעת הבעלים באב זה נעוץ הפטור אלא בתכונתו העצמית שאינה דומה לתכונתו העצמית של הנלמד, שתכונתו העצמית היא כשל המלמד הראשון דהיינו בנידון דידן בור.

הוא שכתב הרא"ש שכל הלכות אלו שבדף 1 יש לדמות לבור שכן מצד תכונת המזיק העצמית דומים כולם לבור. אכן בדברי התוספות בדף ג: היתה הפרכא על הלימוד משור, שכן בעל חיים וכוונתו להזיק, שזוהי פרכא מצד תכונת המזיק, ולפיכך מה שלמדנו מבור הוא לענין תכונת המזיק, ולכן הקשו התוספות שיש

<sup>4</sup> ע' יש"ש ס' ח, וביד דוד דף 1 תוד"ה תאמר, שהעירו כן. ובפשטות לכך נתכוין גם הפלפולא חריפתא על הרא"ש שם אות ש. וע' עוד בספר עצמות יוסף לקדושין ב. תוד"ה בפרוטה.

<sup>5</sup> ע' בספר יד דוד שם שהעיר כן.

ויעויין גם בשטמ"ק (ב): על דברי הגמרא שאמרה שאם היתה נאמרת רק קרן תלושה היינו אומרים שמחוברת כולה מועדת היא, שהביא משם תוספי הרא"ש, שהביא משם הר"י ממיץ שתירץ: "דהכא מיירי אליבא דמאן דאמר פלגא נזקא ממונא, אבל למאן דאמר פלגא נזקא קנסא יהא פטור לגמרי, דמתלושה לא גמרינן דאין לך בו אלא חידושו, ואי אתיא מקרן וחד מהנך, מקרן ובור אם כן לא מחייב אכלים, מקרן ומאש אם כן לא מחייב אטמון, מקרן ושן ורגל אם כן לא מחייב ברשות הרבים, והא דנקט תלמודא דלא כהלכתא, משום דהסוגיא אתא לפירושי מלתא דרב פפא ואיהו סבירא ליה פלגא נזקא ממונא". ובפשטות נראה ממה שהביא הרא"ש דבריו, שאינו חולק על מה שפשוט בדבריו שאם נלמד מקרן ובור אין לחייב על כלים, ואם נלמד מקרן ואש אין לחייב על טמון, ואם נלמד מקרן ושן ורגל אין לחייב ברשות הרבים.

לפטור כלים כבבור, שהרי לאור זאת דומה הנלמד בתכונתו העצמית לבור, ולכן צריך פטור זה הנעוץ בתכונתו העצמית של בור לחול אף בו. לאור זאת יעלו בקנה אחד דברי הרא"ש בפסקיו עם דבריו שבתוספי תוספותיו (ג), וכן דברי התוספות שבדף ג: עם דברי התוספות שבדף ו. שעל פי הבנת הרא"ש<sup>6</sup>. לאור זאת, יש לעיין בטעמה ויסודה של שיטת הרא"ש והתוספות, המחלקים כנ"ל בין פשיעת הבעלים לתכונת המזיק.

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

ה. הנמוקי יוסף על הרי"ף (א): כתב שאבנו סכיננו ומשאו שנתקלו בהם בני אדם והוזקו לבתר דנייה, תולדה דבור הם שהרי הם כבורו המתגלגל. ואף על פי שלא הזיקו במקום שהניחו, מבמה הצד משור ובור למדנו שחייב. והוסיף:

"ומיהו כיון דמדינא דשור ובור אתיא לא מחייב אלא בקל שבשניהם, דהיינו בור שפטור ממינת אדם ונזקי כלים. וליכא למימר בקל דקרו תמה, דכי אתיא משור, מקרן מועדת דשור הוא דאתיא, דהיא היא שדרכה לילך ולהזיק. וליכא למימר דכי אתיא משור, משן ורגל קאמר, דהא מחייבין ליה ברשות הרבים ושן ורגל פטור ברשות הרבים".

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

<sup>6</sup> הפלפולא חריפתא על דברי הרא"ש שם רצה להוכיח גם מדברי התוספות (טו: ד"ה והשתא דאמרת), שסוברים כרא"ש. שתוספות שם כתבו שלמ"ד פלגא נזקא קנסא חשוב כלבא דאכל אמרי רברבי תולדה של קרן שהרי שניהם משונים הם, ואף על פי שקרן כונתו להזיק. ופירש הפלפולא חריפתא שצריך לומר לדעתם שאף ששונה קרן מכלבא דאכל אמרי רברבי שכן קרן כונתו להזיק, מכל מקום משן ורגל למדנו שחייב ואף שאין כונתם להזיק. והעיר שלפי זה צריך היה לפטור ברשות הרבים כשן ורגל, ומכאן הוכיח שעל כרחין בעיקרו דומה כלבא דאכל אמרי רברבי לקרן והוה עיקר חיובו, ולא למדנו משן ורגל אלא לסלק הפרכא, וכסברת הרא"ש. אכן לאור מה שכתבנו בביאור דעת הרא"ש, דבריו צריכים לכאורה עיון. שהרי הפירכא היא מצד שכלבא דאכל אמרי רברבי אין כונתו להזיק, והיינו לכאורה מצד תכונת המזיק, ומה שלמדנו משן ורגל בא לסלק פרכא זו, והרי זה כנידון דהתוספות הנ"ל בדף ג:; ואם כן אף לדעת הרא"ש לאור דבריו צריך לכאורה שיחולו הפטורים שיש בשן ורגל. והיינו בפשטות שהפלפולא חריפתא אינו סובר כחילוק שכתבנו בדעת הרא"ש והתוספות בין הנידון שבתוספות בדף ג: לבין ההלכות שבדף ו. ואכן הוא בסוף דבריו שם העיר שמדברי הרא"ש קשה על מה שהקשו תוספות הנ"ל שבדף ג:; ולדבריו אין בכך כאמור כל קושי. אלא שמעתה לאור דבריו, אם נפרש דברי התוספות שבדף טו כפלפולא חריפתא, לכאורה לא יעלו דברי תוספות אלו עם דברי תוספות בדף ג:; ושמא אין הכרח לפרש דברי תוספות שבדף טו כמו שפירשם הפלפולא חריפתא, אלא כמו שפירשום תלמידי הרי"ש שהובאו דבריהם בשטמ"ק שם.

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

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

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

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

בשטמ"ק הובא גם מה שפירש הר' משה דאיוורא וזו לשונו:

"דאף על גב דאתי במה הצד השוה משור ובור, מיהו כיון דדמי לשור, דין הוא לחייבם בכלים, דאטו מלתא דאתיא בהצד השוה דכלהו אבות כגון פותקין ביבותיהן נקל עליהן כל קולות האבות, חצי נוק ורשות הרבים וכלים, זה לא יתכן".

בפשטות אף דעתו כדעת מהר"ם הנ"ל<sup>5</sup>.

ז. אומרת הגמ' (ג):

"אמר רב יהודה תנא שור לקרנו ומבעה לשינו. והכי קאמר לא ראי הקרן שאין הנאה להזיקו כראי השן שיש הנאה להזיקה, ולא ראי השן שאין כוונתו להזיק כראי הקרן שכוונתו להזיק. ולא ק"ו הוא, ומה שן שאין כוונתו להזיק חייב, קרן שכוונתו להזיק לא כ"ש. איצטריך ס"ד אמיא מירי דהוה אעבד ואמה וכו'. אלא פריד הכי, לא ראי הקרן שכוונתו להזיק כראי השן שאין כוונתו להזיק, ולא ראי השן שיש הנאה להזיקו כראי הקרן שאין הנאה להזיקו".

ויש לפרש את טעם ההו"א וטעם המסקנה, וכבר העירו על כך הראשונים. והיינו שבתחילה סברו לומר שחמור קרן משן שכן קרן אין הנאה להזיקו ושן יש הנאה להזיקו, ומאידך חמור שן מקרן שכן שן אין

כוונתה להזיק וקרן כוונתה להזיק, ופירשו התוספות ועוד ראשונים, שבשאינ הנאה להזיקו גדולה יותר היא פשיעת הבעלים, משום שבקל יכול היה לשומרו מה שאין כן בשיש הנאה להזיקו. ובאין כונתו להזיק גדולה יותר היא פשיעת הבעלים, משום שאין יצרה תקפה ובקל יכול היה לשמרה מה שאין כן בשכונתו להזיקו. אכן למסקנה נקטו איפכא, והיינו שכונתו להזיק חמור יותר מאין כוונתו להזיק ויש הנאה להזיקה חמור יותר מאין הנאה להזיקה.

בטעם קושית הגמרא: "ולאו ק"ו הוא וכו'" ומסקנתה, לדעת התוספות בפירוש ההו"א, מצינו בדברי הראשונים שתי שיטות: מהר"י כ"ץ (הו"ד בשטמ"ק בראש דף ד.) פירש במה ששאלה הגמרא ולאו ק"ו הוא: "ומה שן שאין כוונתו להזיק ולא היה לו לאסוקי אדעתיה לנטורי, קרן שכונתו להזיק לא כל שכן, דהוי ליה לאסוקי אדעתיה לנטוריה, דכיון שכונתו להזיק הוי פושע".

ובפשטות מפרשת שיטה זו כעין זה גם במה חמור יש הנאה להזיקו מאין הנאה להזיקו, והיינו שביש הנאה היה לו לאסוקי אדעתיה לנטוריה והוי פושע מה שאין כן באין הנאה להזיקו<sup>7</sup>. והיינו שלשיטה זו מסקנת הגמרא היא שאדרבא, גם מצד דרגת פשיעת הבעלים יש חומרא גדולה יותר בכונתו להזיק מאין כוונתו להזיק וביש הנאה להזיקו מאין הנאה להזיקו. אכן מהר"י (שהו"ד גם כן בשטמ"ק שם) כתב וז"ל: "דהאי דקאמר ולאו קל וחומר וכולי, לא קאי אקולא וחומרא דשן ורגל אבעלים, אלא אבהמה ושפיר פריד".

והיינו בפשטות שאמנם אם נדון מצד הבעלים, והיינו פשיעת הבעלים, אכן חמור יותר אין הנאה להזיק מיש הנאה להזיקו, ואין כוונתו להזיק מכוונתו להזיק, מן הטעם שכתבו התוספות והראשונים בפירוש ההו"א. אלא שעם כל זאת איפכא מסתברא, שכן מצד הבהמה, והיינו תכונת המזיק, חשוב כוונתו להזיק מזיק גדול וחמור יותר מזה שאין כוונתו להזיק, וחשוב יש הנאה להזיקו מזיק גדול וחמור יותר מזה שאין הנאה להזיקו<sup>8</sup>.

אכן יש לעיין בדעת מהר"י למה למסקנת הגמרא עדיפה לדעתו תכונת המזיק לענין קביעת החומרא, מדרגת פשיעת הבעלים. בפשטות נראה שסובר, שלמסקנה יסוד החיוב בנזקי ממון אינו נעוץ בפשיעה, אלא בכך שחשוב מזיק והוא ממונו, ולכן אין לתלות את עיקר החומרא שבכל אב נזיקין בדרגת פשיעת הבעלים שבו, אלא בדרגת היותו בגדר מזיק. ואולם אפשר שאף אם הפשיעה היא יסוד החיוב, עם כל זאת מכיון שגדר מזיק תנאי הוא להחשבת פשיעתו לחייב עליה, לכן מ"מ בתכונת המזיק נעוצה החומרא וצ"ע. ומהר"י כהן צדק, נראה בפשטות שהוא חולק וסובר שאף למסקנה בדרגת פשיעת הבעלים הכל תלוי.

דרך אחרת יש לו לראב"ד בפירוש הסוגיה. בפירוש ההו"א כתב:

"לא ראי הקרן שאין הנאה להזיקה, וכיון שהוא מזיק ולא נהנה דין הוא שיהא חייב. אבל שן דלהנאתו הוא מתכוין ולא להזיק לא נתחייב. ולא ראי השן שאין כונתו להזיק ואיבעי ליה לאסוקי אדעתיה דאכיל ומפסיד, אבל קרן שכונתו להזיק ומשונה הוא לא בעי ליה לאסוקי אדעתיה ויהא פטור".

ובפירוש קושית הגמרא כל שכתב:

"ולאו קל וחומר הוא אדרבא שן דאין כונתו להזיק יהא פטור, וקרן שכונתו להזיק יהא חייב".

<sup>7</sup> ויעיין עוד בשטמ"ק שם שהביא תרוצים נוספים על דברי רשב"ם ואכ"מ.

<sup>8</sup> כמו שכתב רש"י וכפי שהשיב הר"י אבן מיגש בתשובתו שהובאה בשטמ"ק, שהקושיה על שני הצדדים, שהרי למסקנה חזרה בה הגמרא משני הצדדים, גם ממה שסברה לומר שאין הנאה להזיקו חמור יותר, וגם ממה שסברה שאין כוונתו להזיק חמור יותר.

לדעתו להו"א טעם החומרא באין הנאה להזיקו הוא משום שמכיון שאינו עושה להנאה אלא להזיק, חשוב מזיק, מה שאין כן כשעושה להנאה ולא להזיק אינו חשוב מזיק שחייבה עליו תורה, והיינו מצד תכונת המזיק<sup>9</sup>. ומאידך הטעם להחמיר בשאין כוונתו להזיק הוא משום שמכיון שאין כוונתו להזיק איבעי ליה לאסוקי אדעתיה דאכיל ומפסיד, מה שאין כן בשכוונתו להזיק שמשונה הוא ולכן לא בעי ליה לאסוקי אדעתיה ולכן יהא פטור, והיינו מצד דרגת פשיעת הבעלים. כלומר שסברה הגמרא להו"א, שגם תכונת המזיק וגם שיעור פשיעת הבעלים קובעים לענין החומרא, ולכן יש לדון שמצד תכונת המזיק חמור אין הנאה להזיקו מיש הנאה להזיקו, ואולם מצד דרגת פשיעת הבעלים חמור אין כוונתו להזיק מכונתו להזיק. ויש לפרש לדעתו מה הקשתה הגמרא על כך "ולאו ק"ו הוא" ומה סוברת למסקנה.

ובעיקר שהרי לדעתו בהו"א הטעם לחומרא בשאין הנאה להזיקה הוא משום שנמצא שכל כוונתה להזיק ולא להנאה, ואם כן אף להו"א סברה שיש חומרא בכוונתו להזיק מאין כוונתו להזיק. וכן הטעם בהו"א לחומרא בשאין כוונתה להזיק הוא משום שאין זה משונה ולכן היה לו לאסוקי אדעתיה, והיינו שאף להו"א סברה הגמרא שיש חומרא ביש הנאה להזיקה מאין הנאה להזיקה. ולפי זה מהו שהקשתה ולאו ק"ו הוא, שהרי גם בהו"א סברו שאם מצד תכונת המזיק חמור כוונתו להזיק מאין כוונתו להזיק, ואם מצד פשיעת הבעלים חמור יש הנאה להזיקו מכונתו להזיק ומשונה הוא, משום דלא בעי ליה לאסוקי אדעתיה. ואפשר שלדעתו קושית הגמרא היא שבכל מה שסברה הגמרא בהו"א איפכא מסתברא. שכן אף אם נדון מצד פשיעת הבעלים איפכא מסתברא, שהרי גם מצד זה חמור כוונתו להזיק מאין כוונתו להזיק. ויש לפרש כדרך שפירש מהר"י כ"ץ שאדרבא בכוונתו להזיק היה לו יותר לאסוקי אדעתיה. ומאידך גם אם נדון מצד תכונת המזיק - איפכא מסתברא, משום שגם מצד זה חמור יש הנאה להזיקה מאין הנאה להזיקה. ובטעם הדבר יש לומר שמכיון שביש הנאה להזיקה, נזקיה שכיתים יותר מזו שכוונתה להזיק שמשונה היא ואין היזקה מצוי כל כך, על כן ביש הנאה להזיקה יש לה גדר מזיק יותר מאשר בכוונתה להזיק, שכן מסתבר יותר שגדר מזיק תלוי בשכחות נזקיה של הבהמה ולא בכך שכל כוונתה להזיק. עוד אפשר שיש לפרש כדברי רב כלוף ז"ל בר אברהם בשאלתו את הר"י מיגש שהובאה בשטמ"ק בסוגיה זו. בדבריו העלה אפשרות לפרש סברת ההו"א שאין הנאה להזיקה חמור יותר, כדרך שפירש הראב"ד, ובפירוש המסקנה על פי דרך זו, כתב שסוברת הגמ' שאומר הניזק למזיק "ממונא אית לי גבך לפי שכבר הרווחת דמי מאכל הבהמה שהיית מאכיל אותה אותו יום", לעומת קרן שאין לבעלים הנאה בהזיקה. כמסקנת הגמרא, והיינו שכוונתו להזיק ויש הנאה להזיקו הם טעמים להחמיר, מצינו במקומות נוספים, ובפשטות יש לפרש כשיטות הראשונים האלה.

ח. בסוגית דף ג: אמרה הגמרא גבי אבנו סכיננו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו, "היכי דמי אי בהדי דאזלו קא מזקי, היינו אש, מ"ש אש דכח אחר מעורב בה וממונגן ושמירתו עליך, הני נמי כח אחר מעורב בהן וממונגן ושמירתן עליך. אלא תולדה דאש כאש".

- בפשטות נראה מדברי הגמרא שהחויב באש נעוץ גם בתכונה זו שכח אחר מעורב בה, והיינו שתכונה זו יש בה חומרא. וכך פירש רש"י שכתב בד"ה: "דכח אחר מעורב בה": "והוה ליה לאסוקי אדעתיה".

<sup>9</sup> כעין טעם זה כתב גם רב כלוף ז"ל בר אברהם בשאלתו לר"י אבן מיגש הו"ד בשטמ"ק.

וכדברים אלה יש בסוגית הגמרא בדף ו. שאף שם נאמר שחייב אבנו סכיננו ומשאו שהניחן בראש גגו והזיקו בהדי דקא אזלי, יש ללמוד מאש שכח אחר מעורב בה וממונך ושמירתו עליך.

אלא שבהמשך סוגית הגמרא בדף ו שם נזכרת תכונה זו שכח אחר מעורב כטעם להקל. שגבי אבנו סכיננו ומשאו שהניחן בראש הגג ונפלו ברוח מצויה והזיקו בתר דנייחי, אמרה הגמרא:

”אי דאפקרינהו בין לרב בין לשמואל היינו בור, מאי שנא בור שכן תחילת עשייתו לנזק וממונך ושמירתן עליך הני נמי תחילת עשייתן לנזק וממונך ושמירתן עליך. אלא דלא אפקרינהו, לשמואל דאמר כולם מבורו למדנו היינו בור. לעולם דאפקרינהו ולא דמו לבור, מה לבור שכן אין כח אחר מעורב בו, תאמר בהני שכח אחר מעורב בהן. אש תוכיח וכו”.

ועוד הוסיפו התוספות בדף ב ע”א והוכיחו שכח אחר מעורב אינו חומרא מתוך שלא מצינו שנזכרת תכונה זו כחומרא שיש באש מבשור. ומשום כך נחלקו התוספות על פירוש רש”י הנ”ל שבדף ג, ופירשו את דברי הגמרא בדרך אחרת. לדעתם כונת הדברים היא: ”מאי שנא אש שאע”פ שכח אחר מעורב בו ראוי להתחייב בו משום שהוא ממונך ושמירתו עליך”. והיינו שלעולם תכונה זו שכח אחר מעורב קולא היא. וגם רבנו פרץ בתוספותיו הראה מסוגית דף ו כנ”ל, שתכונה זו שכח אחר מעורב, קולא היא, ולכן פירש אף הוא בסוגית דף ג: כדרך שפירשו התוספות.

ואולם הרשב”א בחדושי (ג): בד”ה: ”מאי שנא אש דכח אחר מעורב בו” פירש בסוגיא כדרך שפירש רש”י וכתב:

”טעם זה של כח אחר מעורב בו פעמים שתופסו לקולא ופעמים שתופסו לחומרא, כל אחד לפי מקומו, דודאי קולא וחומרא יש בו. וכאן תופסו לחומרא ולומר שעל כן חייבה בו תורה שאע”פ שבעל התקלה אינו מדליק את הגדיש ממש, מ”מ מיד שהוא מדליק את האש מצוי הוא להתערב עמו מיד כח אחר שמוליכו ומזיק, וכן הטעם באבנו וסכיננו שהניחן בראש גגו שמצויין ליפול ברוח מצויה”.

ובפשטות נראה שרצונו לומר שאם נדון מצד דרגת פשיעת הבעלים ומעורבותם בהזיק, מכיון שאף כח אחר מעורב פחותה היא דרגת פשיעת הבעלים. ואולם מצד תכונת המזיק, מכיון שמיד לאחר שהאש הודלקה יש אפשרות שיתערב בה כח אחר שיוליכנה להזיק, חשובה היא מטעם זה מזיק גדול וחמור. אכן רש”י פירש חומרת אש מצד שכח אחר מעורב בכתבו: ”והוה ליה לאסוקי אדעתיה” והיינו בפשטות שמכיון שכח אחר מעורב היה להם לתת דעתם על כך שההזיק מזומן ולכן פשיעתם גדולה היא. ודומה לשיטת מהר”י כ”ץ הנ”ל גבי כונתו להזיק ויש הנאה להזיקה. והיינו שלדעת רש”י אף מצד דרגת פשיעת הבעלים לבדה, יש צד לומר שחשוב כח אחר מעורב קולא, ויש צד לומר שחשוב חומרא וכנ”ל.

ולכאור’ אפשר היה לומר שאף הרשב”א לכך נתכוין, ורק פירש מה טעם הוה ליה לאסוקי אדעתיה, אולם מתוך שלא הזכיר כלל פשיעת הבעלים, נראה בפשטות שלדעתו נעוצה החומרא בתכונת המזיק בלבד וצ”ע.