הרב יהודה זולדן, באר יהודה – בבא קמא, עמ' 7-19

שיעור א

עונשים או אין עונשים ממון מן הדין

(בבא קמא ב ע"א)

פתיחה
א. תוספות: מחלוקת בין מכילתא דר' ישמעאל לבין משנת "ארבעה אבות נזיקין" ו"ש"ס שלנו"
ב. רשב"א: אין עונשים מן הדין – בבור ובקנס
סיכום

פתיחה

במשנה (ב ע"א)[1] נאמר:

> ארבעה אבות נזיקין: השור, והבור, והמבעה, וההבער.
> לא הרי השור כהרי המבעה, ולא הרי המבעה כהרי השור.
> ולא זה וזה [שור ומבעה] שיש בהן רוח חיים, כהרי האש שאין בו רוח חיים.
> ולא זה וזה [שור, מבעה ואש] שדרכן לילך ולהזיק, כהרי הבור שאין דרכו לילך ולהזיק.
> הצד השוה שבהן: שדרכן להזיק ושמירתן עליך.

המשנה פירטה את התכונות של כל אחד מארבעת אבות הנזיקין, את התכונות המשותפות לשניים או אף לשלושה מהם, והצד השווה המשותף והרחב לכל ארבעת האבות הוא שדרכם להזיק ומוטל על הבעלים של אבות הנזיקין הללו לשמור עליהם. בעקבות לימוד ה"צד השוה" במשנה, נעיין בדברי התוספות והרשב"א שעסקו בשאלה אם עונשים או אין עונשים ממון מן הדין.

א. תוספות: מחלוקת בין מכילתא דר' ישמעאל לבין משנת "ארבעה אבות נזיקין" ו"ש"ס שלנו"

במשנה נלמד על חובת התשלום של ארבעה אבות נזיקין מלימוד "הצד השוה". בתוספות (ב ע"א ד"ה ולא זה) נאמר:

> [א] וקצת קשה דמשמע דעונשין ממון מן הדין.
> [ב] ובמכילתא תניא "'כי יפתח... וכי יכרה', אם על הפתיחה חייב, על הכרייה לא כל שכן? אלא ללמדך שאין עונשין ממון מן הדין".
> [ג] ומיהו בפרק הפרה (לקמן מט: ושם) דריש ליה לדרשה אחרינא שעל עסקי פתיחה וכרייה באה לו. או להביא כורה אחר כורה שסילק מעשה ראשון (לקמן נא.).

להלן נעיין בדברי התוספות הללו שלב אחר שלב:

[א] "וקצת קשה דמשמע דעונשין ממון מן הדין". במשנת "ארבעה אבות נזיקין" למדו חכמים על החובה לשלם עבור נזק, ומכאן הסיקו תוספות שעונשים ממון מן הדין. מדברי התוספות הללו משמע שתשלומי נזק הם עונש. על כך הקשה הרב נפתלי טרופ ("בענין אין עונשין מן הדין ובענין ממונו המזיק", חידושי הגרנ"ט, סי' קטו):

---

1 כל המקורות המובאים בספר ללא ציון שם המסכת, הכוונה למסכת בבא קמא.

> והנה יש לחקור בהא דחייב בנזקי ממונו, האם הוי בגדר עונש, או שהחיוב הוא משום שהזיק לחבירו וחייב לשלם את הנזק. ולכאורה מהא דכתבו התוספות הכא ענין "עונשים ממון מן הדין", משמע דהוי בגדר עונש, דאי הוי חיוב על נזקי חבירו לא שייך הכא ענין "אין עונשים ממון מן הדין", דהא אין זה עונש אלא תשלום עבור נזק.

התשלום על נזקי בור הוא אכן גם עונש על יצירת תקלה ברשות הרבים (נדון בזה בהמשך כשנעיין בדברי הרשב"א בנוגע לעונשים מן הדין), אך התשלום עבור נזקי שור ואש – לכאורה אין זה עונש אלא תשלום עבור הנזק. נראה להסביר שבתשלום נזק יש גם ממד של עונש, על פי דברי התוספות בכמה מקומות (כתובות נו ע"א ד"ה הרי זו; קידושין יג ע"ב ד"ה מלוה; בכורות מח ע"א ד"ה מלוה) שכתבו: "פדיון הבן וערכין ונזקין וכיוצא בהן שלא נתחייבו, אם לא שחייבתו תורה". הרשב"א (קידושין שם) כתב מה חידשה התורה בחיוב על נזקין:

> נזקין אינו מחייב עצמו בסך ולא במיטב, והתורה חייבתו בסך ובמיטב... וכענין זה פירשו בתוס' וז"ל קרבנות ופדיון הבן וערכין ונזקין קורא מלוה הכתובה בתורה, שלא הייתי יודע כל עניני נתינת ממון הללו אם לא שחייבתם תורה בפירוש.

התורה חידשה הלכות הנוגעות לסך התשלום על הנזק וכן גם לקנסות, כמו חצי נזק בשור תם ונזק שלם בשור מועד, תשלום כפל על גניבה, תשלום ארבעה וחמישה על טביחה ומכירה, ועוד.[2] כמו כן חידשה התורה על טיב התשלום – מיטב, מהעידית, כאמור בתוספתא (א, א): "אחד נזקי אדם ואחד נזקי בהמה שמין להם מן העידית, שנאמר 'מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם'" (שמות כב, ד). ניתן להוסיף גם ששור תם משלם מגופו. התורה חידשה גם שיש מצבים בנזקים שהדין הוא פטור: טמון באש, כלים בבור, שן ורגל ברשות הרבים. כל אלו הם ביטוי לכך שיש גם ממד של ענישה על עשיית הנזק.[3]

[ב] "ובמכילתא תניא 'כי יפתח' ו'כי יכרה'... אלא ללמדך שאין עונשין ממון מן הדין". כוונת תוספות לאמור במדרש ההלכה (מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים – מסכתא דנזיקין פרשה יא):

> "וכי יפתח איש" (שמות כא, לג) אין לי אלא פותח, כורה מנין? תלמוד לומר "או כי יכרה איש" (שם). עד שלא יאמר יש לי בדין, אם הפותח חייב הכורה לא כל שכן? הא אם אמרת כן ענשת מן הדין. לכך נאמר "או כי יכרה", ללמדך שאין עונשין מן הדין.

את החיוב על כריית בור ניתן ללמוד בקל וחומר מהחיוב על פתיחת בור. אם על פתיחת בור חייב על אף שהוא לא יצר בור חדש אלא רק הסיר את הכיסוי והסיר בכך את השמירה ממנו, קל וחומר שיהיה חייב כשכרה בור ממש. אך מאחר שבתורה כתוב גם "כי יפתח" וגם "כי יכרה", מכאן שאין עונשים מן הדין. יש

---

2 בירושלמי (ד, ג) מופיע שאצל אומות העולם לא קיים הדין ששור תם משלם חצי נזק: "תני רבי חייה: שור של עכו"ם שנגח שור של עכו"ם אחר חבירו, אף על פי שקיבל עליו לדון בדיני ישראל, בין תם בין מועד משלם נזק שלם. על הדא איתאמרת ר' אבהו בשם ר' יוחנן: כדיניהן". ניתן לראות זאת גם בנזקים נוספים. הרמב"ם (הל' נזקי ממון ח, ה) כתב: "שור של ישראל שנגח שור של נכרי בין תם בין מועד פטור, לפי שאין הגוים מחייבין את האדם על בהמתו שהזיקה, והרי אנו דנין להם כדיניהן" (הרב נחום רבינוביץ', יד פשוטה, שם [עמ' ריז], ציין את המקור לדין זה אצל אומות העולם שאינם מחייבים בהמה שהזיקה). הראב"ד חלק על הרמב"ם וכתב: "שור של ישראל שנגח שור של נכרי. אמר אברהם: הטענה הזאת אינה מספקת, שהרי הם תופסים גוף המזיק ונפרעין ממנו". המגדל עז (שם) כתב: "שגם בזמן הזה אינו בכל המקומות. בא וראה בספרד שאין נוהגין אלא על הניזק להרחיק את עצמו, ורשות כל אחד בידו וכל דאלים גבר". כל אחד ציין את שמקובל בזמנו ובמקומו וגם כיום יש לכל מדינה מתוקנת דינים משלה אם משלמים על נזקים וגובה הנזק, ואם מדובר על תשלום או על עונש גופני או אחר. אשר על כן תשלומי נזקים שבתורה הם חידוש.

3 לעיון מעמיק בדברי התוספות והרשב"א הללו ראה: הרב מרדכי שטרנברג ("יסוד החיוב בנזיקין", שיעורי הרב מרדכי, בבא קמא, עמ' כא-לג). ראה גם: הרב יהושע ויצמן ("מנין מצוות הנזיקין", מיטב הארץ, עמ' 303-304).

להעיר שבמכילתא לא נאמר כדברי התוספות "אין עונשין ממון מן הדין", אלא נאמר באופן כללי: "אין עונשין מן הדין". תוספות הם שהוסיפו את המילה "ממון" לדברי המכילתא. במקום אחר כתבו תוספות (מט ע"ב ד"ה על) שבמכילתא נאמר "אין עונשין מן הדין", ולא הוסיפו את המילה "ממון".

[ג] "ומיהו בפרק הפרה..." – תוספות הפנו לשני אזכורים בגמרא מדברי המכילתא שבהם נזכר הקל וחומר בנוגע לפתיחה וכרייה של בור ומשמע שעונשים מן הדין. האזכור הראשון הוא דברי הגמרא (מט ע"ב – נ ע"א) שציינה מחלוקת בין ר' עקיבא לבין ר' ישמעאל בנוגע להגדרת "בור האמור בתורה". רבה פירט במה מסכימים ר' ישמעאל ור' עקיבא, ובמה הם חולקים:

> אמר רבה: בבור ברשות הרבים כולי עלמא [ר' ישמעאל ור' עקיבא] לא פליגי דמיחייב. מאי טעמא? אמר קרא: "כי יפתח" ו"כי יכרה", אם על פתיחה חייב, על כרייה לא כל שכן! אלא, שעל עסקי פתיחה ועל עסקי כרייה באה לו. לא נחלקו [ר' ישמעאל ור' עקיבא] אלא בבור ברשותו.

רבה אמר שלכאורה אין צורך לכתוב את שתי הפעולות – פתיחה וכרייה, כי ניתן ללמוד על חובת תשלום על כריית בור מקל וחומר מפתיחת בור. אם כן, למה נכתבו שתי הפעולות הללו בפסוק? כדי ללמדנו שחופר הבור אינו חייב משום שהבור שלו, אלא שהואיל והוא שפתח או כרה את הבור, הרי הוא חייב בנזקיו, על אף שהבור אינו שלו ואינו ברשותו. מכאן שרבה סבר שעונשים מן הדין. התוספות (בבא קמא מט ע"ב) כתבו על דברי רבה:

> על הכרייה לא כל שכן – במכילתא אמרינן מכאן שאין עונשין מן הדין, אבל בש"ס שלנו אין סובר כן, כדפרישית בריש המסכת (דף ב.).

בהמשך הציע רב יוסף הסבר אחר למחלוקת ר' ישמעאל ור' עקיבא:

> ורב יוסף אמר: בבור ברשות היחיד כולי עלמא לא פליגי דמחייב, מאי טעמא? "בעל הבור" (שמות כא, לד) אמר רחמנא, בבור דאית ליה בעלים עסקינן. כי פליגי בבור ברשות הרבים. רבי ישמעאל סבר: בור ברשות הרבים נמי חייב, דכתיב: "כי יפתח" ו"כי יכרה", אם על פתיחה חייב, על כרייה לא כל שכן? אלא שעל עסקי פתיחה ועל עסקי כרייה באה לו. ור' עקיבא? הנהו מיצרך צריכי...

יוצא שלפי רבה, ר' עקיבא ור' ישמעאל סברו שעונשים ממון מן הדין, ולפי רב יוסף, ר' ישמעאל מסכים לכך.

האזכור הנוסף בגמרא (נא ע"א) שגם בו נזכר הקל וחומר בנוגע לפתיחה וכרייה של בור ומשמע שעונשים מן הדין, הוא:

> דתניא: אחד החופר בור תשעה, ובא אחר והשלימה לעשרה – האחרון חייב; רבי אומר: אחר אחרון למיתה, ואחר שניהם לנזקין. מאי טעמא דרבנן? דאמר קרא: "כי יפתח" ו"כי יכרה", אם על פתיחה חייב, על כרייה לא כל שכן? אלא, להביא כורה אחר כורה שסילק מעשה ראשון. ורבי?...

על בור שעומקו תשעה טפחים חייבים על נזקים. אם אדם אחר חפר עוד טפח והשלים לעשרה טפחים – זהו בור שחייבים בו גם על מיתה, לפי חכמים רק האחרון יהיה חייב על נזקים ועל מיתה. הגמרא שאלה מה הטעם של חכמים שסברו שבכריית האדם האחרון הסתלקו מעשי ראשון ואפילו לעניין נזיקין, ורק האדם האחרון יהיה חייב? והתשובה היא שבפסוק כתובות שתי הפעולות – "כי יפתח" ו"כי יכרה" כפי שהוסבר לעיל, ואין צורך לכתוב את שתי הפעולות הללו, אלא "להביא כורה אחר כורה, שסילק מעשה ראשון".[4]

---

4 המהרש"א (מהדורה בתרא, מט ע"ב) כתב על דברי התוספות: "בתוס' בד"ה על הכרייה לא כל שכן, במכילתין אמרינן מכאן שאין עונשין מן הדין וכו'. ואם לדין יש תשובה. דכאן אין שייך לומר שהוא קל וחומר. דהא גבי כרייה גם עושה פתיחה, רק שעושה עוד דבר אחר אל הפתיחה דהיינו שכורה וגם פותח. ואם כן אף אם לא נפתח, מהיכי תיתי שיהיה פטור, הלא על כל פנים עושה פתיחה והיכן שייך לומר זה על ק"ו, שכל אחד הוא ענין אחר רק

ר' עקיבא איגר (גליון הש"ס, ב ע"א) כתב שגם בהמשך מדרש ההלכה (מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים – מסכתא דנזיקין פרשה יב) נזכר שאין עונשים מן הדין:

> "כי יגנב איש שור או שה וטבחו או מכרו" (שמות כא, לז), לחייב על זה בפני עצמו ועל זה בפני עצמו. "וטבחו", אין לי אלא טובח, מוכר מנין? תלמוד לומר "או מכרו". עד שלא יאמר יש לי בדין, אם הטובח חייב, מוכר לא יהא חייב? אם אמרת כן ענשת מן הדין. לכך נאמר "או מכרו", ללמדך שאין עונשין מן הדין.

במקרה זה מדובר על תשלום קנס שהוא עונש, וגם בקנס אין עונשים מן הדין, אך התוספות לא הפנו לשם. תוספות מיקדו את דבריהם רק במה שקשור לתשלומי ממון.

לפי תוספות יוצא כך: משמעות משנת ארבעה אבות נזיקין היא שעונשים ממון מן הדין, וכן "הש"ס שלנו" – רבה ורב יוסף, שהסבירו את דברי ר' ישמעאל ור' עקיבא שלפיהם עונשים ממון מן הדין, וכן הסתמא דגמרא שהסבירה את דעת חכמים במחלוקתם עם רבי. כל זאת בניגוד למדרש ההלכה במכילתא שם נאמר שאין עונשים ממון מן הדין.

בנוגע לכך ש"אין עונשים מן הדין" באופן כללי ולא בהקשר לענייני ממון, יש תנאים שחלקו וסברו שעונשים מן הדין. כך סבר ר' שמעון בר יוחאי ובנו ר' אלעזר (סנהדרין עד ע"א), וכך סבר ר' יצחק (כריתות ג ע"א). גם אמוראים חלקו בדבר (סנהדרין נד ע"א): "וקמיפלגי בפלוגתא דאביי ורבא. מר סבר: עונשין מן הדין, ומר סבר: אין עונשין מן הדין", וגם בסתמא דגמרא (מכות יז ע"ב; זבחים קו ע"ב) נאמר שיש מאן דאמר שעונשים מן הדין: "וכי מזהירין מן הדין? הא אפילו למאן דאמר עונשין מן הדין, אין מזהירין מן הדין".[5]

נוסף על כך, גם בהמשך המכילתא נזכר תנא שלמד קל וחומר בענייני ממון (מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים – מסכתא דנזיקין פרשה יב):

> "וכי יגוף" (שמות כא, לה) בכלל נגיפה: נגיחה, דחייה, רביצה, בעיטה, נשיכה – דברי רבי יאשיה. אבא חנן אומר משום רבי אליעזר: בכלל נגיפה – נגיחה, דחייה, רביצה, בעיטה. נשיכה מנין? תלמוד לומר: "ולא ישמרנו בעליו" (שם לו). והרי דברים קל וחומר, אם כששמרו ויצא והזיק חייב, לא כל שכן עד שלא ישמרנו בעליו? ומה תלמוד לומר "ולא ישמרנו"? הוסיף לו הכתוב עוד שמירה אחרת. ואיזו זו? זו נשיכה.

מדברי אבא חנן בשמו של ר' אלעזר משמע שעונשים מן הדין, ולפחות בנוגע לממון.[6]

שהוא יותר מסתבר לחייב, על זה אמרינן אין עונשין. מה שאין כן כאן, וכי בשביל שעשה עוד דבר אחר שכרה גם כן יפטור מן הפתיחה שעשה". המהרש"א פתח בביטוי שנאמר במקום אחר (משנה יבמות ח, ג; כריתות ג, ט): "אם הלכה נקבל, ואם לדין יש תשובה". אם הלכה זו היא מסורת – נקבל, אך אם זה קל וחומר – יש מקום לערער על הקל וחומר בהקשר של פתיחת בור וכריית בור. לפיו מי שכורה הוא גם פותח וגם כורה. הוא עושה פעולה נוספת מעבר לפתיחה, ועל כך אין צורך ללמוד בקל וחומר. רק אם מדובר על שתי פעולות שונות, יש מקום ללמוד קל וחומר. יש להשיב על דברי המהרש"א שאכן אלו שתי פעולות שונות. הפותח בור מסיר כיסוי של בור שכבר קיים, בעוד שכורה בור יוצר בור חדש. אלו שתי פעולות שונות, ועל כן ניתן ללמוד קל וחומר. דברים ברוח זו כתב הרב חיים פנחס שיינברג (משמרת חיים, ב, עמ' שפו-שפז), אך לא בהקשר לדברי המהרש"א הללו.

5 אחרונים נימקו את הכלל "אין עונשין מן הדין": את הקל וחומר ניתן לפרוך ועל כן מספק אין מענישים (הרב יוסף ענגל, אתוון דאורייתא, כלל כה); האיסור שנלמד בקל וחומר חמור יותר מהאיסור שמלמד, והעונש אינו מספיק (מהרש"א, סנהדרין סד ע"ב); מידת קל וחומר מלמדת רק על האיסור לא על העונש (הרב אליהו מזרחי, ויקרא יא, ח). כאמור, יש תנאים ואמוראים שלדעתם עונשים מן הדין.

6 בשיטה מקובצת (ב ע"ב ד"ה תולדה דקרן) נאמר בשם הגיליון שיש מחלוקת בין התנאים אם עונשים מן הדין בממון: "כתב מהר"א ז"ל קשיא לפי המכילתא דסבירא ליה אין עונשין מן הדין, אם כן לא מחייב אתולדות? ונראה לי דלא עיין במכילתא דמפיק להו מקראי דאמרינן התם..." ואז הובאה מכילתא זו. וכן בהמשך כתוב בשם גיליון: "תנא דמכילתא דאין עונשין מן הדין סבירא ליה כר' יאשיה, תנא קמא דרבי אליעזר דבכלל נגיחה נגיפה ורביצה ובעיטה ונשיכה יליף מקרא, ורבי אליעזר קאמר בכלל נגיחה רביצה ובעיטה, ונשיכה יליף מקרא. ובמכלתא מייתי

ממכלול המקורות הללו יש ללמוד שאין הסכמה גורפת שתמיד "אין עונשים מן הדין", וממילא יכול להיות שגם בנוגע לממון תהיה מחלוקת בעניין. אם כן, מה קושיית תוספות, אכן יש מחלוקת בין המכילתא ומשנת "ארבעה אבות נזיקין" ו"ש"ס שלנו", ומה בכך?[7]

כאמור לעיל, במכילתא עצמה לא נאמר שאין עונשים ממון מן הדין. שם נאמר באופן כללי "אין עונשין מן הדין", וכך גם גרסו התוספות (מט ע"ב ד"ה על). אלא כשהתוספות הקשו על הנלמד ממשנת ארבעה אבות, הם כתב שבמכילתא נאמר "אין עונשין ממון מן הדין". מה סיבת ההבדל?

נראה להסביר שתוספות הקשו שתי קושיות, שתוכנה של כל אחת מהן הוא סתירה בדברי ר' ישמעאל. כאמור, במשנת ארבעה אבות נזיקין למדו במידת "הצד השוה" על חובת התשלום על נזקים. תוספות הסיקו שמשמע מהמשנה ש"עונשין ממון מן הדין". לימוד מ"הצד השווה" הוא ממידת "בניין אב". מידת "בניין אב" מופיעה בברייתא דר' ישמעאל (ספרא, פרשה א): "אמר רבי ישמעאל: שלוש עשרה מידות שהתורה נדרשת בהן... בנין אב", וגם במדרש ההלכה (מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים – מסכתא דנזיקין פרשה יד) נזכר לימוד דומה מאוד למשנתנו ושם מופיע במפורש שהלימוד הוא מ"בנין אב... הצד השווה":

> "שלם ישלם המבעיר את הבערה" (שמות כב, ה). ...אין לי אלא המבעה וההבער, שאר **כל** המזיקין שבתורה מנין? הרי אתה דן **בנין אב** משניהם. לא הרי המבעה כהרי הבער, ולא הרי הבער כהרי המבעה, **הצד השוה** שבהן שדרכן להזיק וממונך ושמירתן עליך, וכשהזיק חב המזיק לשלם תשלומי נזק במיטב הארץ.

קושיית תוספות היא שלימוד "הצד השוה" במשנת ארבעה אבות נזיקין הוא לפי רבי ישמעאל, וגם האמור במכילתא בנוגע לכרייה ופתיחה של בור ש"אין עונשין מן הדין", גם הוא לפי ר' ישמעאל, שהרי זו מכילתא דר' ישמעאל! כאמור, במכילתא לא כתוב "אין עונשין ממון מן הדין" אלא "אין עונשין מן הדין", אך תוספות רצו לחדד שהלימוד במשנתנו מ"הצד השוה" הוא תשלומי ממון "ועונשין ממון מן הדין", וגם שם במכילתא מדובר על תשלומי ממון ושם "אין עונשין ממון מן הדין". קושיית תוספות היא הצגת סתירה בדברי ר' ישמעאל. אמנם לפי דברינו הסתירה היא בדברי המכילתא עצמה. מחד גיסא נאמר בנוגע לכרייה ופתיחה של בור שאין עונשים ממון מן הדין (פרשה יא), ומאידך גיסא נלמדת חובת תשלומים של נזקים, כמו במשנת ארבעה אבות נזיקין, "מבנין אב ...הצד השוה" (פרשה יד).[8]

יש לשים לב שהתוספות כתבו: "וקצת קשה, דמשמע [-מהמשנה] דעונשין ממון מן הדין". הרב יוסף סוקוביץ (פורת יוסף, ב ע"א) כתב על דברי תוספות הללו: "ולכאורה היא קושיא עצומה". לדברינו נראה שתוספות כתבו "וקצת קשה" כי הלימוד במשנה איננו מ"קל וחומר" אלא מ"הצד השוה", ובמכילתא נאמר ש"אין עונשין מן הדין" הוא כשהדין נלמד מ"קל וחומר". יש להוסיף עוד שבירושלמי עבודה זרה (ה, יב) נאמר אמנם בנוגע לאיסור כרת, וכן גם בירושלמי יבמות (יא, א) בנוגע לאיסור עריות: "רבי ישמעאל אמר: למידין

הך פלוגתא אקרא ד'כי יגח' [צ"ל: 'כי יגוף']". הרב נפתלי צבי יהודה ברלין, הנצי"ב (מכילתא דר' ישמעאל, פרשה יא, ברכת הנצי"ב) העיר על דברי התוספות שכתבו שלפי המכילתא אין עונשים מן הדין: "וזה תמוה וסותר כמה ברייתות במכילתא".

7 ממקורות אחרים בגמרא נראה שיש עוד תנאים שלומדים מקל וחומר על תשלומי ממון. ר' טרפון שחלק על חכמים וסבר ששור שהזיק ברשות הניזק משלם נזק שלם (כד ע"ב); ר' שמעון בן מנסיא שחלק על תנא קמא בנוגע לשור של הדיוט שנגח שור של הקדש (לז ע"ב) [הערת הרב יעקב צבי יאליש, מלא הרועים שם: "משמע דעונשין מן הדין, ועין בתוס' ריש מכילתין"]; שואל שחייב בגניבה ואבידה מקל וחומר משומר שכר (בבא קמא נז ע"ב; בבא מציעא צה ע"א) [הערת הרב נפתלי טרופ ("בענין אין עונשין מן הדין ובענין ממונו המזיק", סי' קטו)], ועוד.

8 הרב דוד הכהן, "הרב הנזיר" (הדר דוד, עמ' פא), כתב: "והנה הכלל אין עונשין מן הדין, מיוחד לדברי ר' ישמעאל, איננו נמצא בספרא, רק במכילתא וספרי, שהן דברי ר' ישמעאל". יש להעיר שפעם אחת נזכר בספרא (פרשת קדושים, פרשה ד פרק יא אות י) שאין עונשים מן הדין, אך אכן במכילתא ובספרי נזכר פעמים רבות. על מכילתא דבי ר' ישמעאל ראה עוד: הרב דוד הכהן (נזיר אחיו, ב, עמ' רה-רו). על הסתירה בדברי המכילתא עצמה ראה גם: הרב יצחק שילת (במסילה העולה – בבא קמא, עמ' יח).

מקל וחומר, ואין עונשין מקל וחומר". משמע שלפי רבי ישמעאל "אין עונשין מן הדין" הכוונה היא ללימוד קל וחומר.

הקושיה השנייה שהקשו תוספות היא מהאמור בפרק הפרה (מט ע"ב – נ ע"א), שם העמידו רבה ורב יוסף אוקימתא שלפיה ר' ישמעאל סבר את הקל וחומר מפתיחה וכרייה של בור. מכאן שלדבריהם "עונשין מן הדין" וזה שוב סותר את האמור במכילתא דר' ישמעאל, שם נאמר במפורש שמכאן יש ללמוד ש"אין עונשין מן הדין". התוספות (מט ע"ב ד"ה על הכריה) לא כתבו שלומדים "שעונשין ממון מן הדין", כי הסתירה היא באותו לימוד מפתיחה וכרייה של בור, ולכן כתבו: "במכילתא אמרינן מכאן שאין עונשין מן הדין".

תוספות המשיכו וכתבו: "אבל בש"ס שלנו אין סובר כן, כדפרישית בריש המסכת (דף ב.)". רבה ורב יוסף לא ציטטו בדבריהם את הברייתא. הם העמידו אוקימתא שלפיה ר' ישמעאל סבר שעונשים מן הדין, על בסיס הלימוד מקל וחומר מפתיחה ומכרייה של בור. אשר על כן כתבו תוספות: "אבל בש"ס שלנו אין סובר כן", וכוונתם לדברי רבה ורב יוסף האמוראים שהעמידו אוקימתא ולפיהם ר' ישמעאל סבר שעונשים מן הדין. וגם אחר כך (נא ע"א) הסתמא דגמרא למדה את הקל וחומר, אך התוספות שאלו בעיקר על האוקימתא של רבה ורב יוסף.[9]

"כדפרישית בריש המסכת (דף ב.)" – הכוונה למשפט המסיים של התוספות (ב ע"א ד"ה לא הרי): "ומיהו בפרק הפרה...". כאן לא כתבו תוספות "קצת קשה" אלא ציינו למחלוקת הברורה בין האמור במכילתא דר' ישמעאל בלימוד הקל וחומר על כרייה ופתיחה של בור ש"אין עונשין מן הדין", לבין דברי האמוראים ב"ש"ס שלנו".

התוספות לא יישבו את שתי הקושיות הללו, ורק ציינו לסתירות בדברי ר' ישמעאל בעקבות הבנתם את משנת ארבעה אבות נזיקין ואת סוגיית הגמרא בפרק פרה, לעומת האמור במכילתא דר' ישמעאל.[10]

התוספות כתבו פעם נוספת שבממון עונשין מן הדין. בגמרא (ד ע"ב) נאמר: "תני ר' חייא, עשרים וארבעה אבות נזיקין... עדים זוממים". תוספות (ד"ה ועדים זוממים) הקשו מדוע עדים זוממים נחשבים בין אבות הנזיקין, הרי עדים זוממים חייבים רק כאשר הם זממו לעשות כשעדיין לא הזיקו, אך הם אינם חייבים כאשר כבר נעשה דבר על פיהם, וכפי שנדרש מהפסוק: "ועשיתם לו כאשר זמם" (דברים יט, יט) ולא "כאשר עשה"

---

9 כאמור תוספות כתבו שלפי הש"ס שלנו "עונשין ממון מן הדין". בפסקי התוספות (פרק א אות א) כתוב: "אין עונשין מן הדין", וציין לתוספות (ד"ה ולא זה). הרש"ש (ב ע"א) העיר: "והנה כיון דהש"ס שלנו סובר דעונשין ממון מן הדין ראוי לפסוק כן. ותמיהני על פסקי התוספות שכתב דאין עונשין ממון מן הדין". כאמור כוונת תוספות היא לאוקימתא של רבה ורב יוסף בהבנת דברי רבי ישמעאל.

10 התוספות כתבו לפני הצגת הקושיות הללו ש"התנא האריך" ופירט את ההבדלים בין אבות הנזיקין על מנת לבאר את המאפיין והתכונה הייחודית של כל אב "להגדיל תורה ויאדיר". כך כתבו על משנתנו גם תוספות (ה ע"ב ד"ה להלכותיהן). ביטוי זה מופיע בגמרא (חולין סו ע"ב; נדה מא ע"ב) בנוגע לאפשרות זיהוי של דג טמא ודג טהור באמצעות סנפיר וקשקשת. על אף שאין מקום לטעות בין קשקשת לסנפיר, בכל זאת מוזכרים שניהם בתורה כדי שנדע ולא נטעה מה היא קשקשת. "ולכתוב רחמנא קשקשת ולא בעי סנפיר! אמר רבי אבהו, וכן תנא **דבי רבי ישמעאל**: 'יגדיל תורה ויאדיר' (ישעיהו מב, כא)". הראי"ה קוק (אגרות הראיה, א, עמ' קכו; מצות ראיה, עמ' קכא; עץ הדר השלם, אות נו [עמ' רסו]) כתב על דברי הגמרא הללו שבתורה לא כתובות ח"ו מילים מיותרות, וגם אם אין בהן לימוד הלכה למעשה, יש צורך בתוכן של המילים הללו ללמוד דברים אחרים. במה שקשור למשנתנו, ייתכן שתוספות רצו לומר שגם אופן הלימוד של משנתנו הוא על פי רבי ישמעאל. כאמור לעיל, דברי משנתנו מופיעים באופן מסוים במכילתא דבי ר' ישמעאל ורק שם, וכמו כן המכילתא דרבי ישמעאל (משפטים - מסכתא דנזיקין פרשה יד) היא גם המקור למה שהובא בגמרא (ו ע"ב): "'מיטב שדהו ומיטב כרמו' מיטב שדהו של ניזק ומיטב כרמו של ניזק, דברי רבי ישמעאל. רבי עקיבא אומר: לא בא הכתוב ללמדך אלא ששמין נזקין בעדית, קל וחומר להקדש". רק אחר כך נזכרת בגמרא (ז ע"א) מחלוקת ברורה בין ר' ישמעאל לבין ר' עקיבא בנוגע לפירוש הפסוק "מיטב שדהו": "אמר רב אשי, תניא בהדיא: 'מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם' – מיטב שדהו של ניזק ומיטב כרמו של ניזק, דברי רבי ישמעאל; ר' עקיבא אומר: מיטב שדהו של מזיק ומיטב כרמו של מזיק". אין כוונתנו לטעון שר' ישמעאל הוא התנא של משנתנו, וייתכן שר' ישמעאל עצמו ציטט משנה מ"תנא ירושלמי" (ו ע"ב). ראה בדברי המהר"ץ חיות (שם).

(רש"י דברים שם).[11] ריב"א השיב שיש מצב שעדים זוממים יהיו חייבים גם לאחר שהנזק נעשה כשזממו לחייב ממון, זאת מאחר שאפשר להחזיר את התשלום מהמקבל לנותן, ועל כן זה ייחשב תמיד בגדר "כאשר זמם" ולא ייחשב "כאשר עשה". כאשר אדם שילם בגלל עדותם, בכך הם הזיקו לו. תוספות כתבו הסבר נוסף בשם ר"י:

> ור"י מפרש דלא צריך להאי טעמא [- של ריב"א]. דגבי ממון מחייבינן להו בקל וחומר, דגבי ממון עונשין מן הדין. והא דאמרינן במכות (דף ה:) "הרגו אין נהרגים" – היינו משום דהתם אין עונשין מן הדין.[12]

לפי ר"י, עדים זוממים חייבים בממון גם כאשר כבר נעשה על פיהם, מקל וחומר: אם עושים לעדים הזוממים כאשר זממו כשעדיין לא נעשה דבר בגלל עדותם, קל וחומר שיש לעשות להם כאשר כבר נעשה דבר בגללם. אפשר ללמוד קל וחומר מעין זה כי בממון עונשים מן הדין, לעומת עונש מיתה שבו אין עונשין מן הדין (חולין יא ע"ב).

נראה שדברי ר"י הללו מבוססים על ההבנה שמשנת ארבעה אבות נזיקין עוסקת בענייני ממון ולמדו ממנה ב"הצד השוה" על חיוב תשלום, ומכאן שעונשים ממון מן הדין. מאחר שלדברי ר' חייא גם עדים זוממים הם אב נזיקין, אזי גם כאן אפשר ללמוד מקל וחומר שעדים זוממים יהיו חייבים לשלם גם לאחר שנעשה דבר על פיהם. גם כאן מיקדו תוספות וכתבו שרק ענייני ממון עונשים מן הדין.

מלשון התוספות משמע שר"י לא שלל את התשובה של ריב"א, ורק כתב שבעקבות הלימוד ממשנת ארבעה אבות נזיקין שעונשים ממון מן הדין, אין צורך בהסברו של ריב"א. הרב יוסף דב סולובייצ'יק (שו"ת בית הלוי, א, סי' לב, י) כתב שריב"א לא שלל את דברי ר"י שעונשים ממון מן הדין. הוא כתב שראה כמה שמבינים שריב"א ור"י חלקו בשאלה אם עונשין ממון מן הדין: "ובאמת לא ניתן להאמר כן, דהרי במסכת בבא קמא עצמה רבו מספר המקומות דיליף הגמרא תשלומין מקל וחומר... ועל כל פנים אי אפשר לומר דהריב"א יסבור דגם בממון אין עונשין מן הדין". הסיבה שריב"א לא פירש שהעדים זוממים חייבים גם כאשר כבר עשו על בסיס לימוד מקל וחומר, היא שניתן לפרוך את הקל וחומר מדיני נפשות שחייבים כשזממו והם פטורים כשעשו, ולכן הזכירו התוספות את דיני נפשות בסוף דברי ר"י.

ב. רשב"א: אין עונשים מן הדין – בבור ובקנס

הרשב"א (ב ע"ב) כתב גם כן:

> ואי קשיא לך דמשמע דאין עונשין מן הדין אף בנזיקין, וכדאמרינן במכילתא "תניא 'כי יפתח איש בור או כי יכרה', אם על פותח חייב על כורה לא כל שכן? ללמדך שאין עונשין מן הדין".
>
> מסתברא לי דלא אמרו כן אלא בנזקי בור מפני שהוא חדוש וליכא בכלהו נזיקין דכותיה: [א] לפי שאין דרכו לילך ולהזיק, [ב] ועוד שאינו שלו ואפילו הכי עשאו הכתוב כאילו הוא שלו, [ג] ועוד שהניזק בא לרשותו של מזיק דהיינו חלל הבור. ואין עונשין מדין כזה שאין לך בו אלא חדושו.
>
> אבל שאר נזיקין שממונו הולך ומזיק, עונשין בהן מן הדין, וכן אמרו בגמ' (ג ע"ב – ד ע"א) באוקמתא דרב יהודה דמפרש אליבא דשמואל: "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. ולאו קל וחומר הוא? ומה שן שאין כוונתו להזיק – חייב, קרן שכוונתו להזיק – לא כל שכן?", וכן במתניתין דקתני "לא ראי זה כראי זה" משמע נמי דעונשין מן הדין. דלא אמר אלא שאין ללמוד את הקל מן החמור, הא חמור מן הקל ילפינן.

---

11 כך הסביר תוס' רא"ש (שיטה מקובצת, ד ע"ב ד"ה ועדים) את הקושיה הנסתרת של תוספות. ראה גם מהר"ם.

12 הרב מנחם המאירי (בית הבחירה, מכות ג ע"א) הציג כך את דברי התוספות: "ובתוספות פי' הטעם שאף בנפשות היינו אומרים כן אי לאו דאין עונשין מן הדין, ובממון מיהא עונשין מן הדין".

הרב אלעזר מנחם מן שך (אבי עזרי, הל' נזקי ממון יב, ג) הסביר את דברי הרשב"א שבניגוד לשאר נזיקין שבהם אדם חייב לשלם כי ממונו הזיק, בבור אין הוא המזיק אלא הניזק בא ונתקל בו והבור הוא רק תקלה, ועל כן אין כאן דין חיוב ממון אלא מתחייב מפני שעשה תקלה, ואם כן התשלום הוא עונש, ובעונש נאמר הכלל "אין עונשין מן הדין". ניתן להוסיף עוד ששור יכול להזיק בקרן שן ורגל, ועל כן על הבעלים לשמור שלא יעשה כן, אך ייעודו חיובי ושימושי מאוד – משא, חרישה, שחיטה וכד'. כך גם בנוגע לאש שיכולה להזיק בשריפה, אך ייעודה חיובי ושימושי מאוד – בישול, חימום, מאור וכד'. זאת לעומת בור ברשות הרבים שייעודו הוא תקלה, "שכן תחילת עשייתו לנזק" (ג ע"ב).

דברים דומים כתב בקצרה גם הרב אריה לייב מאלין ("בדין אין עונשין ממון מן הדין", חידושי ר' אריה לייב, סי' מט), והוסיף עוד שכך גם בנוגע לעונש שהוא קנס. כמובא לעיל, ר' עקיבא איגר (גליון הש"ס, בבא קמא ב ע"א) הפנה להמשך מדרש ההלכה (מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים – מסכתא דנזיקין פרשה יב) שם נאמר שאין עונשים מן הדין בהקשר לאמור בפסוק: "כי יגנב איש שור או שה וטבחו או מכרו" (שמות כא, לז). אין אומרים שאם הטובח חייב, אזי בוודאי גם המוכר חייב, כי אין עונשים מן הדין. במקרה זה מדובר על תשלום קנס שהוא עונש, וגם במקרה כזה "אין עונשין מן הדין". זאת לעומת חיובי ממון אחרים של מזיק שאינם מטעם עונש אלא חיוב ממון כשאר חיובים, ולכן שם עונשים מן הדין.[13]

יש להעיר שהרשב"א לא הדגיש את היות תשלומי הבור עונש ולא תשלום ממון רגיל. הדגש בדבריו הוא שבבור יש שלושה חידושים שאין בשום אב נזיקין אחר. נראה להסביר בדרכם של הרב שך והרב מאלין, ובהדגש נוסף. לפי הרשב"א תשלום עבור נזקי בור הוא חידוש ולכן אין עונשים מן הדין. כך גם במקרה של אדם שגונב שור או שה וטובח או מוכר אותו, שעונשו הוא תשלום ארבעה וחמישה, ותשלום זה הוא עונש, קנס. בגמרא (כתובות לד ע"ב, לה ע"ב, לח ע"א-ע"ב) נאמר בהקשר לדיון שם: "חידוש הוא שחידשה תורה בקנס", ועל זה כתב רש"י (כתובות לד ע"ב ד"ה ור' מאיר; מכות ד ע"ב ד"ה שכן קנס): "כל משפט קנס, חידוש הוא". "כל משפט קנס" – כל מה שאדם משלם יותר ממה שהזיק (על פי רש"י, בבא קמא ה ע"א ד"ה עדים זוממין) כמו גנב שמשלם תשלומי כפל, וכן מי שגנב וטבח או מכר שור או שה שמשלם ארבעה וחמישה. נראה אפוא לנסח את דברי הרשב"א כך: תשלום שהוא עונש ויש בו חידוש, כמו בתשלום על נזקי בור, וכן תשלום במקרים שהתורה חייבה בהם לשלם קנס – בתשלומים אלו אין עונשים מן הדין.[14]

סיכום

במשנת "ארבעה אבות נזיקין" למדו מ"הצד השוה" על החובה לשלם על הנזק, ומכאן הסיקו התוספות שעונשים ממון מן הדין, ואילו במכילתא דר' ישמעאל למדו קל וחומר מהפסוקים העוסקים בפתיחה ובכרייה של בור, והלימוד נדחה בטיעון שאין עונשים מן הדין. עוד ציינו תוספות ש"ש"ס שלנו" אינו מקבל שאין עונשים מן הדין, כי בגמרא (מט ע"ב – נ ע"א, נא ע"א) קיבלו אמוראים את הקל וחומר מהפסוקים העוסקים בפתיחה ובכרייה של בור.

לדברינו תוספות לא ציינו רק מחלוקות בין המכילתא לבין משנת ארבעה אבות נזיקין, וכן לא ציינו רק מחלוקת בין המכילתא לבין "ש"ס שלנו". תוספות הציגו סתירות בין המקורות הללו, משום שכולם על פי ר' ישמעאל. המכילתא היא מכילתא דר' ישמעאל, ושם נאמר שאין עונשים מן הדין ובהקשר של לימוד קל וחומר לחייב תשלום בענייני ממונות, ואילו במשנת "ארבעה אבות נזקין" נלמד מ"הצד השווה", שהוא מידת

13 דברים דומים כתב גם הרב מרדכי אפשטיין (לבוש מרדכי – בבא קמא, מהדורא תנינא, סי' א [עמ' ב-ג]).

14 כמה אחרונים דנו בדברי הרשב"א הללו באופנים אחרים: הרב חיים רבינוביץ' (חידושי ר' חיים מטלז, סי' א); הרב שלום נתן רענן (בתוך: שמן רענן, ב, עמ' צג-צד); הרב ישראל גוסטמן ("אי עונשין ממון מן הדין", קונטרסי שיעורים – בבא קמא, סי' ב); מו"ר הרב שאול ישראלי ("חיובו של אדם בנזקי ממונו", שערי שאול – בבא קמא, עמ' טו-כב); מו"ר הרב אברהם אלקנה כהנא שפירא ("גורמי חיוב נזיקין", שיעורי מרן הגר"א שפירא, בבא קמא, עמ' יט-כא), ועוד.

"בנין אב" בברייתא שבה לימד ר' ישמעאל את שלוש עשרה המידות שהתורה נדרשת בהן, על החובה של המזיק לשלם. אמנם, סתירה כזאת יש בתוך המכילתא עצמה, שם נלמד מ"בנין אב... הצד השוה" באופן דומה מאוד למשנת "ארבעה אבות נזיקין". כך גם בנוגע לדברי תוספות ש"ס שלנו" חלק על המכילתא. האמוראים רבה ורב יוסף העמידו אוקימתא ולפיהם ר' ישמעאל סובר שעונשים מן הדין, ובהקשר של לימוד קל וחומר בנוגע לפתיחה ולכרייה של בור, בעוד שבמכילתא דר' ישמעאל נאמר במפורש שאין ללמוד קל וחומר זה כי אין עונשים מן הדין.

הרשב"א כתב שרק תשלום שהוא עונש ויש בו חידוש, כמו תשלום על נזקי בור, וכן תשלום על מקרים שהתורה חייבה בהם לשלם קנס, וכפי שנזכר גם במכילתא, אזי אין עונשים מן הדין. אך בענייני ממונות אחרים עונשים ממון מן הדין.