

רשויות כמגדיר-החיוב בנזקי שור

נתן אופנהיימר , יעקב נגן¹

מבוא

המשנה הראשונה של מסכת בבא קמא מונה את אבות הנזיקין , הם אותם אשר הינם סוגי ההיזק הבסיסיים: שור, בור, מבעה והבער. לדעת המשנה לכאורה החיוב יהיה על בסיס צורת ההיזק – כל אב והמאפיינים המיוחדים שלו.

המשנה השנייה של המסכת מעמידה את יסוד החיוב על עצם אחריות ה בעלים בשמירתם לשמור על ממונם: "כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו".

במאמר כאן נראה שישנם מקורות תנאיים , שדווקא לא נכללו בתוך המשנה , המלמדים על יסוד מחייב אחר. מתוך מקורות המ כילתא והתוספתא, ומתוך ברייתות המופיעות בתלמוד הבבלי והירושלמי , עולה אפשרות להגדיר את חיוב האדם על בסיס הרשות. זאת אומרת, כשאנו באים לדון במקרה מסוים של נזק, השאלה הבסיסית תהיה שאלת הרשות בה נעשה הנזק ; כאשר המזיק חורג מרשותו ופועל שלא בהיתר – חייב המזיק, וכאשר אין חריגה – פטור.

יוצא אם כן, שיש לנו שלושה יסודות בנזקי ממונ:

- | | | |
|-----------------|---|--|
| א. שם המזיק | – | משנה (בב"ק א,א) "ארבע אבות נזיקין" |
| ב. פשיעה בשמירה | – | משנה (בב"ק א,ב) "כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את בנזקו" |
| ג. חריגה מרשות | – | מכילתא |

מקורות תנאיים

מכילתא דרבי ישמעאל משפטים - מסכתא דנזיקין פרשה יד

ד' כללות היה רבי שמעון בן אלעזר אומר משום ר' מאיר בנזיקין:

- א. כל מקום שיש רשות למזיק ולא לניזק פטור,
- ב. לניזק ולא למזיק חייב בכל,
- ג. לניזק ולמזיק אפי' מיוחדת כגון חצר של שותפין והפונדק, לא לניזק ולא למזיק כגון רשות אחרת, על השן ועל הרגל חייב, ועל השאר, מועד משלם נזק שלם ותם משלם חצי נזק.
- ד. 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.

¹ תודתנו נתונה לנחום לוריא עבור הגהת המאמר.

רבי שמעון בן אלעזר חותם את דיני נזיקין במכילתא על ידי ארבעה כללים , אשר מגדירים את החיוב ע"פ הרשויות.

החיוב מוגדר על בסיס הרשות בה התרחש הנזק. את המושג 'רשות' ניתן להבין בשני מובנים:

1. רשות היא בעלות (ownership). מקום השייך לבעליו.
2. רשות היא היתר (permission). הרשות מתבטאת בהיתר שימוש (חופש פעולה). המושג "רשות" כאן אינו במשמעות בעלות, אלא של היתר פעולה. לשון המכילתא היא "רשות שיש ל...", במשמעות של היתר, ולא במובן של מקום השייך למישהו ("ברשות ה..."). ממילא, שאלת החיוב על פי המכילתא היא האם נהג המזיק ברשות או לא. את פרטי המכילתא ניתן לסכם כך:

שן ורגל	קרן	
1. רשות רק לניזק	חייב בכל	
2. רשות רק למזיק	פטור	
3. מיוחד לניזק ולמזיק, לא של ניזק ולא של מזיק	חייב	תם חצי נזק, מועד נזק שלם
4. רשות של כולם	פטור	תם חצי נזק, מועד נזק שלם

כאשר יש רשות לצד אחד ואין רשות לצד השני, נקבע באופן מוחלט האם יש חיוב או פטור. ממילא ברשות הניזק חייב על הכל ואילו ברשות המזיק פטור על הכל. השאלה מתעוררת כאשר יש שוויון ביחסי הכוחות שבין המזיק לניזק מבחינת רמת הרשות שיש לכל צד. במציאות כזו, יש צורך למצוא את האיזון הנכון שבין חופש הפעולה של בעל השור לבין זכות הגנה של בעל הפירות (אם מדובר לדוגמה על "שן"). יש כאן ייבוא של רוח מסכת בבא בתרא לדיני בבא קמא, שכן בבא קמא עוסקת באירועי היזק, ואילו בבא בתרא עוסקת בניסיון ליצור איזון בין האדם לסביבתו (כגון יחסי שכנות בין בני אדם). כלליו של ר"מ במכילתא משתילים את ליבה של ב"ב בב"ק, שכן הם נותנים משמעות לרשויות, וכאשר נפרצות הגדרות אז יש יסוד לחיוב, שכן פגעת בזכויותיו של שכנך, הניזק.² כאשר יש שוויון בין הצדדים, המכילתא מבדילה בין מציאות שיש רשות פרטית למציאות שיש רשות ציבורית. ברשות פרטית, כמו חצר השותפים, המכילתא מעדיפה את זכות הגנה של הניזק מעל פני חופש הפעולה של המזיק. לעומת זאת, רשות ציבורית, כמו רשות הרבים, היא ביסודה מקום של חופש פעולה ולכן הוא עדיף מזכות ההגנה. לסיכום, במשנה בבבא קמא יסוד החיוב של היזק הוא היותו אחד מ"אבות הנזיקין" (א:א) או לחלופין פשיעה בשמירה (משנה א:ב). המכילתא לעומת זאת מציגה אפשרות חדשה ליסוד מחייב ומגדירה אותו ע"פ הרשות הנתונה לבעלי הדין.

² יש לציין שכמו בבא בתרא, אשר לא מרבה לסמוך את דיניה על דרשות פסוקים אלא על סברות חברתיות (בניגוד לב"ק), כך גם רבי מאיר במכילתא נותן את ארבעת הכללים מסברה ולא מדרשה.

יסודות חיוב ע"פ המכילתא (ביחס לשן ורגל):

1. כל פעולה בלי היתר.
2. כל פגיעה ברשות מיוחדת של ניזק אפילו כאשר יש רשות למזיק.

הגישה הכללית של המכילתא המעניקה פטור למתנהגים ברשו ת, מבטאת תפיסה חדשה למה שמכונה "אבות נזיקין" (שור, בור אש). גישה זו גורסת כי אבות אלו אינם דברים רעים, אלא יסודות חיוניים לבנין החברה, וממילא אין לבלום אותם אלא להגדיר את המקום הלגיטימי של פעולותיהם.³

השור הינו אלמנט יסודי במסחר ובחקלאות. בור הוא סמל לייסוד התשתיות בעולם. מסופר בתוספתא⁴ על נחוניא בן הקנה שהיה חופר בורות ומוסרן לרבים, ואף שיבחו אותו על כך. אש היא מתנה מיוחדת שקיבל האדם מהקב"ה, והיא "מעין דוגמא של מעלה"⁵.

ממילא, כאשר מדובר בכוחות חיים כה יסודיים, אין מגמה לעצור ולמנוע אותם, אלא ליצור איזון עדין בגבולות השימוש בהם בחברה; מכאן נובע הצורך בהגדרת האחריות עליהם.

נקודה נוספת הראויה לציון הינה שיטת ר' טרפון המחייב קרן תם בנזק שלם ברשות הניזק. לעומת המשנה (פ"ב, מ"ה) בה הוצגה שיטתו כדעה דחויה וצדדית, המכילתא תופסת את דבריו כמובן מאליו ("לניזק ולא למזיק - חייב בכל"). יתכן לומר שהשוני נובע מהבדל בנקודת המוצא של הדברים. תפיסת המשנה את קרן היא כ'שם המזיק', וממילא שיטת ר"ט היא יוצאת דופן, שכן היא משנה את היסוד הקבוע של קרן האומר שתם משלם רק חצי נזק. המכילתא, לעומת זאת, תופסת את יסודות החיוב כשאלת האיזון ב ין הרשויות, וממילא פשוטה שיטתו של ר"ט לחייב נ"ש כאשר יש רשות לניזק, והמזיק פעל ללא רשות.

יחד עם זה, כאשר יש שוויון ביחסי הכוחות בין שני הצדדים מבחינת הרשות, בנוגע לקרן תמיד יחלקו את הנזק בין הצדדים. ייתכן שההבדל בין קרן לשן ורגל נובע מכך שקרן תם היא אירוע חריג ובלתי צפוי וממילא כאשר קורה מחלקים את הנטל שבין הצדדים. שן ורגל הם דרכה הטבעית של הבהמה, ולכן אם יש רשות (היתר פעולה) לבעל הבהמה היא תכלול פטור על תוצאות הצפויות מראש של התנהגות בהמתו.

תוספתא מסכת בבא קמא (ליברמן א, ט)

ארבעה כללים היה ר' שמעון בן לעזר או' בנזקין:

- א. כל מקום שיש רשות לנזק ולא במזיק חייב בנזק שלם,
- ב. למזיק ולא לניזק פטור מן הכל,
- ג. לזה ולזה כגון חצר השותפין והבקעה [על השן ועל הרגל פטור על נגיחה ועל נגיפה על נשיכה ועל רביצה ועל בעיטה מועד משלם נזק שלם ותם משלם חצי נזק,

³ ע"פ רעיון של הרב שמואל נוחם.

⁴ (תוספתא ב"ק ו, ה)

⁵ (פסחים נד).

ד. כל מקום שאין רשות לא לזה ולא לזה כגון חצר שאינה של שניהם 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

ר' אליעזר 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 שור המזיק ברשות הניזק כיצד נגח נגף נשך רבין בעט ר' מאיר אומר 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

גירסת התוספתא ל'ארבעה כללים' מציגה תפיסה פשוטה יותר מזו של המכילתא. בניגוד למכילתא, במקרה של חצר השותפין התוספתא פוטר את המזיק. לשיטת התוספתא ישנו עיקרון מנחה אחד בלבד, והיא השאלה האם המזיק פעל בהיתר. כלומר, כל עוד המזיק פועל ברשות הרי שתמיד יהיה פטור, אך אם יחרוג וייכנס למקום ללא רשות – חייב. ממילא, אדם המזיק ברשות המשותפת לו ולניזק יהיה פטור, שכן מותר לו להיות שם.

מחלוקת המכילתא והתוספתא עומדת על המתח בין חופש הפעולה הניתן לבעל הרשות, לבין זכות ההגנה של חברו השכן הרוצה לא להינזק. כאמור, מתח זה מטרתו להוות איזון ביחסי השכנות בין בני אדם. בפרק שני במשניות בבא בתרא מוצג מתח זה במחלוקת ר' יוסי וחכמים. ר' יוסי מרחיב את חופש פעולתו של האדם בתוך רשותו⁶, ולעומתו חכמים מצמצמים זאת לטובת הגנת השכנים.

בנוסף למקורות הנ"ל, ברייתת 'ארבע כללות' של רשב"א הובאה גם בבבלי ובירושלמי. בסך הכל ישנם ארבעה מקורות בהם מובא עיקרון 'ארבע כללות' בנזיקין, כאשר לכל אחד המסורת הייחודית שלו בעניין, עם שינויים מסוימים, קטנים או גדולים: 1. מכילתא 2. תוספתא 3. ירושלמי 4. בבלי. הברייתא בבבלי דומה עד מאוד לתוספתא ולכן נפנה למסורה המופיע בתלמוד הירושלמי:

ירושלמי

תלמוד ירושלמי מסכת בבא קמא פרק א דף ב טור ג/ה"ב

ארבעה כללות היה רבי שמעון בן אלעזר אומר משום רבי מאיר בנזיקין:

א. כל מקום שיש רשות לניזק ולמזיק כגון פונדקי וחצר השותפין וכיוצא בהן על השן ועל הרגל (פטור) [חייב]⁷ על הנגיחה והנגיפה והנשיכה והרביצה ועל הבעיטה והדחייה אם תם משלם חצי

נזק ומועד משלם נזק שלם מן העלייה

ב. לניזק ולא למזיק חייב בכל

ג. למזיק ולא לניזק פטור מן הכל

⁶ בתוספתא (ב"ב א, ט) מובאת סברתו של ר' יוסי: "שאומר לו [המזיק] כדרך שעשית בתוך שלך אף אני עושה בתוך שלי".
⁷ כך צריך להיות הנוסח על פי מפרשי הירושלמי המתבססים על רצף הסוגיה (ראה פירוש של ר' ישראל לוי לירושלמי ופירושו של שאול ליברמן בתוספתא כפשוטה).

ד. והכל מודין בשאין רשות לא לזה ולא לזה כגון בקעה ורשות הרבים וכיוצא בה על השן ועל הרגל פטור על הנגיחה ועל הנגיפה והנשיכה והרביצה והבעיטה והדחייה תם משלם חצי נזק ומועד משלם נזק שלם מן העלייה

הירושלמי מביא גם הוא את ברייתת 'ארבע כללות' עם גרסה ייחודית משלו. יוצא אם כן, שהירושלמי גורס בדיוק הפוך מהתוספתא. התוספתא פוטרת ברשות של שניהם אבל מחייבת ברשות שאינה של אף אחד מהם, ואילו הירושלמי מחייב בחצר של שותפים ופותר ברשות שאינה של שניהם.

ע"פ כל המסורות, אין מחלוקת במקרים בהם יש יתרון בעניין הרשות לצד אחד (רשות המזיק או רשות הניזק, או רה"ר). בכל המקורות יוצא גם שיש פטור ברשות הרבים. השאלה מתעוררת במציאות של תיקו בין הצדדים וזוהי אינה רשות הרבים. במקרים כאלו מתחילה המחלוקת, שכן השיקולים מחייבים התייחסות לשני הצדדים באופן השווה ביותר. ניתן לסכם את נקודות המחלוקת וההסכמה בין המקורות השונים:

- | | |
|-------------------------|-----------------------------------|
| } כ"ע לא פליגי | 1. ברשות ניזק – חייב |
| | 2. ברשות מזיק – פטור |
| | 3. ברה"ר – פטור |
| } מחלוקת – חייב או פטור | 4. ברשות מזיק וניזק (חצר השותפין) |
| | 5. ברשות של אדם שלישי |

השאלה הנשאלת היא מה עומד מאחורי אותם שינויים בין הגרסאות. ר' ישראל לוי מציג אפשרות מעניינת, לפיה, כפי שנפרט בהמשך, כל הבנת ארבעת הכללים נובעת מתפיסת מהות רה"ר. נראה שניתן לקחת את הצעתו עוד צעד קדימה, ולהכיל גם את שיטת המכילתא.

לדעת ר' ישראל לוי תפיסות שונות של מהות רה"ר, הובילו לפירושים שונים במצבי הביניים – מצבי שוויון בין הצדדים (לזה ולזה, לא לזה ולא לזה). פטור שו"ר ברה"ר נבע כנראה מהלכה קדומה.

התוספתא תופסת את רה"ר כמקום השייך לכל אחד ואחד.⁸ לגרסתה, "הבקעה" נכללת יחד עם חצר השותפין, מה שמוכיח שתפיסתה היא שרה"ר היא מקום הפתוח לכולם ולכולם יש רשות בה. ממילא, היא תסבור שכשם שהדין ברה"ר הוא פטור מנזקי שו"ר כך יהיה הדין בחצר המיוחדת לשניהם, שהרי לשניהם יש רשות בה ממש כרה"ר. בחצר של אדם אחר אין מציאות כזו, ולכן חייב. יסוד שיטתה מתומצת בכלל פשוט: נהגת ברשות – אתה פטור, חרגת מהמותר לך – חייב.

הירושלמי גורס "והכל מודין בשאין רשות לא לזה ולא לזה כגון בקעה ורה"ר וכיוצא בה". משמע שתפיסתו היא שרה"ר הינה רשות שאינה שייכת לאף אדם. ממילא מובן מדוע הוא יפטור ב חצר של אדם אחר, שכן

⁸ ראה תוספתא בהמשך (פרק ב' הלכה יג):

מעשה באחד שהיה מסקל מתוך שדהו ונתן לרשות הרבי' היה חסיד אחד רודפו אמ' לו מפני מה אתה מסקל מתוך שאינו שלך ונותן לתוך שלך? שחק עליו. לאחר זמן נצטרך אותו האיש ומכר את שדהו והיה מהלך באותו מקום ונתקל אמ' לא לחנם אמ' לי אותו האיש הרי אתה מסקל מתוך שאינו שלך לתוך שהוא שלך.

גם שם, בדומה לרה"ר, אין לאף אחד מבעלי הדין רשות במקום. ברשות המשותפת לשניהם מחייב הירושלמי, מכיוון שכדי להיפטר מתשלום דרוש חצר השייכת בלעדית למזיק, או שאינה של אף אחד. אצל הירושלמי שורש העניין הוא ההתחשבות בניזק, שכן כל מקום שיש בו רשות לניזק הרי שיש לו שם 'זכות הגנה' שנותנת לו כיסוי לכל נזק שיבוא עליו.

המכילתא מציגה גישה ייחודית, לפיה רה"ר הינה רשות המיוחדת לציבור, לא ליחיד. ממילא רק ברה"ר יהיה דין מיוחד של פטור על שו"ר, שכן בשאר הסיטואציות לא קיים מושג של ציבור. לכן ע"פ המכילתא יש חיוב במצבי הביניים, אשר בניגוד לרשות הרבים אין בהם רשות למזיק אך יש זכות הגנה לניזק:

ירושלמי	תוספתא (בבלי)	מכילתא	
חייב	פטור	חייב	חצר שותפים
פטור	חייב	חייב	לא לזה ולא לזה
פטור – לא של מזיק ולא של ניזק.	פטור – רשות שייך גם למזיק וגם לניזק	פטור – מקום ציבורי ולא של יחיד	רשות הרבים
פגיעה ברשות מיוחדת לניזק ('זכות הגנה') – חייב	מי שפועל שלא ברשות – חייב פועל ברשות - פטור	מי שפועל שלא ברשות – חייב מי שפוגע בזכות ההגנה – חייב	היסוד המחייב

בבלי

הבבלי (יג:) מביא מחלוקת אמוראים בין רב חסדא, הסובר שבחצר השותפין יש חיוב על נזקי שו"ר, ובין ר' אלעזר, שפוטר. מחלוקתם נסמכת על שתי הבנות אפשריות של המשנה (ב"ק א,ב):

...ובכל מקום חוץ מרשות המיוחדת למזיק ורשות הניזק והמזיק וכשהזיק חב המזיק לשלם תשלומי

נזק במיטב הארץ

מהמשנה נראה שיש דין כללי בניזיקין המחייב את המזיק בכל מקום, למעט מקום המיוחד למזיק. לגבי מקום המשותף גם לניזק וגם למזיק, ישנן שתי אפשרויות הבנה:

א. "ורשות הניזק והמזיק" – המשנה ממעטת מקום זה יחד עם רשות המיוחדת למזיק ולכן גם בה פטור המזיק.

ב. "ורשות הניזק והמזיק" – המשנה מציגה רשימה של גדרי חיוב: "נכסים שאין בהם מעילה", "נכסים המיוחדים" וכו', ואת הביטוי "רשות הניזק והמזיק" ניתן לראותו כהמשך לאותה רשימה של גדרי החיוב בה עוסקת המשנה.⁹

לשיטת ר"א ישנו רק עיקרון אחד לשון ורגל – אם אתה נמצא ברשות (היתר) הרי שאתה פטור על נזק, ואם אתה מסיג גבול והזקת – הרי אתה חייב. עיקרון זה מסביר את שיטתו בכל מצבי הרשויות שקיימים.

לעומת זאת, רב חסדא מפריד ואומר שגם אם יש לך רשות, כגון בחצר השותפין, תהיה חייב על נזק משום 'זכות ההגנה'; דהיינו, חיוב מתוקף זכותו של הניזק לא להיזק (ממש כמו שסברנו במכילתא, אשר רוצה להביא את 'לב' ב"ב לעניין זה – יחסי שכנות).

כאמור, לכל אחד מהאמוראים יש מקור תנאי העומד מאחוריו – התוספתא עם ר"א והמכילתא עם ר"ח. אולם הבבלי אינו מסתפק בהצגתם כחולקים במחלוקת תנאים, אלא בוחר ליצור הרמוניה ביניהם:

והא תני רב יוסף: חצר השותפים, והפונדק – חייב בהן על השן ועל הרגל, תיובתא דרבי אלעזר!

אמר לך רבי אלעזר: ותסברא מתניתא מי לא פליגי? והתניא... חצר השותפין והבקעה – פטור בה על השן ועל הרגל,

קשיא אהדדי!

כי תניא ההיא – בחצר מיוחדת לזה ולזה בין לפירות בין לשוורים,

ההיא דרב יוסף – בחצר מיוחדת לפירות ואינה מיוחדת לשוורים, דלגבי שן הוא לא חצר הניזק.

דיקא נמי, דקתני הכא דומיא דפונדק,

וקתני התם דומיא דבקעה, שמע מינה. (בבא קמא יד ע"א)

הבבלי מקבל כפשוטה דווקא את עמדת רבי אלעזר, האמורא הארץ ישראלי, הפוטר שן ורגל בחצר השותפים, ולעומת זאת עושה אוקימתא בעמדת רב חסדא המחייב. היא מצמצמת את חיוב ההיזק בחצר השותפים בברייתא של רב יוסף (התומכת לכאורה ברב חסדא) רק למקרה שהחצר משותפת לעניין פירות בלבד (ואינה מיוחדת לשוורים), וממילא לא הייתה לו רשות להכניס שם את שורו¹⁰ (ממש כסברת ר"א). ראוי לציין שכיוון זה מתאים למגמה הכללית של אמוראי בבל לצמצם את חיוב הניזקין, דבר שמצינו בכמה מקומות.¹¹

המהפך הגדול שעושה הבבלי הוא רק בשלב הבא של השקלא וטריא:

⁹ במבט ראשון האפשרות הראשונה נראית יותר פשוטה; ואולם, ישנן טענות רבות להסבר השני, שחלקן תפורטנה כעת. ראשית, לשון המשנה "בכל מקום" נושאת אופי אבסולוטי ונראית ככוללת את כל המצבים. שנית, משתמע מהפטור על רשות ה"מיוחדת למזיק", שאם הרשות אינה "מיוחדת" למזיק יהיה חיוב. ולבסוף, העובדה שהמשנה לכאורה מדברת גם על נזקי שור, כאשר בקרן ברור לכ"ע שחייב ברשות של שניהם.

¹⁰ נראה שהאוקימתא בנויה על כך שפונדק הינו מקום המיוחד לשניהם להנחת סחור ות, אך לא מקובל להכניס לשם בהמות; זאת בשונה מבקעה בה יש שיתוף אף לעניין חופש שיטוט הבהמות.

¹¹ דוגמה לכך הוא עניין "חס רחמנא עילויה דמזיק" (ב"ק טו ע"א, לד ע"ב), גישה זו מביטה במזיק כגורם שכמעט שווה בצרתו לניזק. הרחבה בנושא זה ניתן למצוא במאמרו של יעקב נגן על השתלשלות דין 'מיטב' (גולות ז).

מתקיף לה רבי זירא: כיון דמיוחדת לפירות, הא בעינן זבער בשדה אחר' (שמות כב:ד) וליכא:

א"ל אביי: כיון דאינה מיוחדת לשוורים, שדה אחר קרינא ביה.

א"ל רב אחא מדיפתא לרבינא: לימא, מדמתניתא לא פליגי, אמוראי נמי לא פליגי

אמר ליה: אין, ואם תמצא לומר פליגי, בקושיא דרבי זירא ובפירוקא דאביי פליגי. (שם)

ר' זירא מקשה על האוקימתא הנ"ל, בהצביעו על כך שאין כאן "שדה אחר", דהיינו – גם למזיק יש זכות לשים פירות בשדה. משמע שאצלו הפטור לא נובע מכך שהמזיק פעל בהיתר (שהרי במקרה דידן המזיק פעל שלא בהיתר, שלא הייתה לו רשות להכניס את שורו לחצר, ואעפ"כ הוא צריך להיות פטור לדעת רבי זירא). לדעת רבי זירא, גזירת הכתוב מלמדת שיש חיוב אך ורק ברשותו של הניזק אשר אינה רשות של המזיק. 'רשות' במובן זה אין הוראתה היתר פעולה אלא בעלות. העובדה שיש למזיק בעלות מה על השדה מעניקה לו את הפטור.

כזכור, "ארבע כללות בנזיקין" לא נסמכים כלל על פסוקים, אלא על סברה. ר' זירא מציג מהפך בכך שהוא מעלה על נס דווקא את גזרת הכתוב. אביי, שמתרץ את קושייתו של ר' זירא, סובר גם הו' שיש גזרת הכתוב, אלא שהוא מיישם אותה אחרת ממנו.

פשט המכילתא והתוספתא במקרה של רשות שהיא "לא לזה ולא לזה" הוא היזק בשדה השייך לאדם שלישי. ברם, הבבלי לא מקבל הסבר זה, שכן "בעינא וביער בשדה אחר – וליכא!":

מאי לא לזה ולא לזה? אילימא לא לזה ולא לזה כלל אלא דאחר, והא בעינא ובער בשדה אחר וליכא! אלא פשיטא לא לזה ולא לזה אלא דחד... רבינא משמיה דרבא אמר... ומאי לא לזה ולא לזה? לא לזה ולא לזה לפירות אלא דחד, לזה ולזה לשוורים, דלגבי שן הויא לה חצר הניזק, לגבי קרן הויא לה רשות הרבים. (שם)

בהסתמך על גזרת הכתוב הבבלי סובר שלא מספיק שהמזיק פעל שלא ברשות ע"מ לחייבו, אלא חייב להיות שהנזק התרחש ברשות הניזק. הגמרא מביאה את רבא המעמיד את הביטוי של "לא לזה ולא לזה" כמציאות של חצר המיוחדת לפירות רק לניזק, ולשוורים – לשניהם; משום שיש רשות בלעדית לניזק מבחינת הפירות הרי זה כשדה אחר וחייב. כך בעצם משלים רבא את שיטת ר' זירא: ר' זירא פוטר אף אם המזיק נהג ללא רשות, ורבא מחייב אף במציאות שהמזיק פעל ברשות. שתי המימרות הללו מבטאות את השיטה הבבלי, אשר בנויה אך ורק על דרשת הפסוק, הקובע חיוב במקום שיש בעלות לניזק ואין בעלות למזיק.

יסוד ההבדל שבין תפיסת הבבלי לבין התפיסה במכילתא ומקבילותיה, הוא שאלת היסוד המחייב בנזיקין. הבבלי נראה נאמן לרוח המשנה הרואה את החיוב כנגזרת של אחד מאבות הנזיקין (משנה א:א) או של פשיעה בשמירה (א:ב – ולא של פעולה שלא ברשות). ממילא באופן בסיסי החיוב על פי המשנה עומד ללא קשר לעניין הרשות. כאן בעצם נוצר הבסיס להתייחסות התלמוד הבבלי לפטור שן ורגל ברשות הרבים לא כסברה אלא כגזירת הכתוב.

נסיים בדברי הרא"ש המעלה את האפשרות להסביר את פטור שו"ר ברה"ר על פי סברה של היתר פעולה, ולבסוף דוחה ומראה שהבבלי לא סובר ככה (ב"ק פ"א סי' יז)¹² :

ושמעוי מינה דחצר שאין של שניהם פטור בה על השן ועל הרגל
ולא תימא "וביער בשדה אחר" אתא לאפוקי רה"ר לפי שהבהמה הולכת שם ברשות, אבל אם הכנים
ראובן פירותיו לחצר שמעון שלא בידיעת שמעון ונכנס שור של לוי ואכלתן שדה אחר קרינן ביה כיון
שאינן לו רשות ליכנס שם.

ובירושלמי פליגי תנאי חד תנא מחייב ליה ובפירושי כתבתי פירוש הירושלמי וטעמא דגמרא דידן
דפטר ליה.

ושמעין מינה משנויא דרבינא דחצר המיוחדת לאחד לפירות ולזה ולזה לשוורים חייב בה על השן ועל
הרגל אע"פ ששור המזיק נכנס שם ברשות קרינא ביה חצר הניזק כיון דמיוחדת רק לאחד לפירות.

¹² על פטור רשות הרבים כסברה ולא גזירת הכתוב ראה גם ראש פרק א, סימן א'