

## שמירת הניזק

כאשר נכסיו של אדם אחד מזיקים לנכסי חברו, הנטייה הטבעית היא לתבוע מהמזיק את התשלום. מדוע בעצם הוא אחראי? הרי הבהמה שלו היא זו שהזיקה, וגופו לא הזיק? כידוע, ישנה חקירה מפורסמת האם החיוב על נזקי ממון נובע מעצם העניין ש'ממוני הזיק' או מכך שהאדם לא שמר ובעצם הוא 'יצר' את הנזק! אלא שצריך לזכור שבכל נזק קיים גם צד שני, של האדם שניזק. לעיתים הסיבה שהנזק נגרם איננה רק המזיק, וגם לניזק יש חלק ביצירה של הנזק, ויש צורך לדון במעשים שלו ובהשלכות שלהם לגבי החיוב של הנזק.

במאמר הבא בס"ד ננסה לעמוד על היחס בין חובת השמירה של המזיק לבין זו של הניזק. נבחן היכן ישנה חובה על הניזק להרחיק את עצמו, עד כדי שהמזיק לא יתחייב על הנזק, ומתי למרות שהניזק צריך לעזור ג"כ במניעת הנזק, חובתו לא פוטרת את המזיק מתשלום.

### א. סוגיית עיזי דבי תרבו

#### 1. הצגת הסוגיא ושיטות הראשונים

הגמרא (כג): מביאה מעשה לגבי רב יוסף:

"הנהו עיזי דבי תרבו דהוו מפסדי ליה לרב יוסף, א"ל לאבבי: זיל אימא להו למרייהו דליצנענהו. אמר ליה: אמאי איזיל? דאי אזילנא, אמרי לי: לגדור מר גדירא בארעיה. ואי גדר, שן דחייב רחמנא היכי משכחת לה? כשחתרה; אי נמי, דנפיל גודא בליליא".

היו עיזים שהיו מפסידות את נכסי רב יוסף, ורב יוסף ביקש מאבבי שיאמר לבעלי העיזים להצניע את העיזים ולמנוע אותן מלהזיק את נכסיו. אבבי אומר לרב יוסף שאין לו סיבה ללכת, כיוון שבעלי העיזים יוכלו לומר לו שעליו לגדור כדי שלא יזיקו לו. על כך מקשה הגמרא שאם כדי להתחייב על שן חייבים שיהיה מדובר במקרה בו ישנה גדר, כיצד יכול להיות חיוב על שן? הגמרא מתרצת שחיוב כזה יהיה במקרה שהבהמה חתרה מתחת לגדר או שהגדר נפלה בלילה ולא היה לבעל השרדה זמן כדי לדעת זאת ולטפל בכך.

---

1. במאמר הזה לא נקשר בין הסוגיא לחקירה הנ"ל ולשאר חקירות שניתן לתלות בהן את השאלה הנ"ל (כגון השאלה מהו המקור לאיסור נזק והאם מטרת התשלום על הנזק היא כפיצוי או כעונש) משום שאין לדבר סוף, ובר"כ ניתן לומר את הדברים לשני הצדדים באותה מידה, והדברים נתונים אך ורק למראית העין ולא ניתן להכריח בהם צדדים שונים בחקירה.

לפי אב"כ על הניזק להרחיק את עצמו כדי שלא יזיקו לו, ואילו רב יוסף סבר שהמזיק אחראי על הנזק. בפשטות, מחלוקתם של רב יוסף ואב"כ היא בעצם בשאלה על מי מוטלת חובת השמירה. לפי רב יוסף, אחריות השמירה מוטלת על המזיק, ולפי אב"כ חובת השמירה מוטלת על הניזק, והוא לא יכול להאשים את המזיק בנזק שנוצר. כיוון שכך, לפי אב"כ חיוב של נזק בצורה של שן יכול להיות רק במקרה בו הניזק עשה כל מה שיכול וגדר את שדהו, וכל עוד הוא השאיר פתח למזיק להכנס, ממילא האשמה של הנזק היא בו ולא במזיק והוא לא יוכל לדרוש תשלום על הנזק שנעשה.

הראשונים מקשים על דברי אב"כ ממשנה אחרת בפרק שני (יט): האומרת שבהמה שאכלה מתוך החנות משלמת. לפי סברת אב"כ, שעל הניזק להרחיק את עצמו ולדאוג שלא יזיקו לו, מדוע כאשר הבהמה אכלה מתוך החנות המזיק ישלם, הרי היה על בעל החנות לנעול חנותו כדי להגן על עצמו מן הבהמה?

כתוצאה מקושיה זו ביארו התוס' (ר"ה יכלי) שטענת אב"כ לא היתה טענה אמיתית, והוא רצה להשתמש מללכת לשם<sup>2</sup>. לפי"ז גם אב"כ מודה לסברתו של רב יוסף שהאדם שצריך לשמור ולמנוע את הנזק הינו המזיק ולא הניזק.

ר"ח, בניגוד לראשונים רבים, פוסק כשיטת אב"כ. הוא מנמק זאת בכך שרב יוסף לא השיב דבר על תשובתו של אב"כ לשאלתו, ומשמע שהודה לו. לפי דברי ר"ח חייב להיות תירוץ אמיתי וחילוק בין שני המקרים, שכן אם נאמר כדברי התוס' שאב"כ אמר את דבריו רק כדרך דחויא ודאי שלא ניתן לפסוק כשיטת אב"כ. הרא"ש (ב, י) אומר שצריך לחלק בין שדות לבין בתים:

"ומצאתי כתוב בשם ר"ח ז"ל דפסק הלכה כאב"כ. ומודה אב"כ דבעיר אם נכנסה לחצר הניזק ואכלה שחייבת שאין אדם יכול לנעול דלתי ביתו כל היום. והרועה יש לו לשמור הבהמה כשמוליכה דרך העיר שלא תיכנס לבית ותזיק אבל כשמתפשטים בשדה אינו יכול לשמור את כולם שלא יכנסו לשדות אחרים הלכך צריך אדם לגדור שדהו. והא דפריך שן דחייב היכי משכחת לה פי' שן דכתיב בקרא ובער בשדה אחר היכי משכחת לה".

כאשר הניזק יכול להרחיק את עצמו, עליו לעשות זאת והוא האחראי לנזק ולא המזיק. אדם אינו מחוייב לנעול את ביתו, ומשום כך בנזק של שן שיקרה בבתים המזיק יהיה חייב. בשדות, לעומת זאת, שייך לעשות גדר ולנעול את השדה, ואם הניזק לא גדר את שדהו אין אחריות למזיק על הנזק והוא פטור.

2. וכן כתבו הר"ף (י: מדפה"ר) ותלמיד ר"פ ור' ישעיה בשיטמ"ק, והנ"י כתב: "וכן כתבו כל המפרשים ז"ל דאשינויי לא סמכינן".

## 2. קושיה בדברי הרא"ש

בהבנה הפשוטה של דברי ר"ח נראה היה לומר שחובת השמירה מוטלת על הניזק לגמרי, ואם הניזק לא הרחיק את עצמו ממילא הוא אשם. בביאורו של הרא"ש לשיטת ר"ח מתגלה לנו שהדברים אינם כה פשוטים. אדם לא יכול לנעול דלתות ביתו כל היום, ולכן המזיק חייב. בפשטות זו סברה שאומרת שבאמת חובת השמירה מוטלת על הניזק, אלא שבמקום שהדבר הינו למעלה מיכולתו ממילא אנו מטילים את האחריות על המזיק. אלא שבהסבר הדין של השדה הרא"ש כותב שהמזיק אינו יכול לשמור את הבהמות, היות ומדובר בשטח גדול ולא ניתן לשמור את הבהמות שלא ילכו לשדות אחרים, ומכיוון שכך הניזק צריך לגדור את שדותיו. לכאורה יש בהצגת שתי סברות אלו בעייתיות מסוימת. היה די בסברה אחת מן השנים כדי להסביר את שני הדינים, ומדוע הרא"ש הביא שתי סברות הפוכות לדבריו, שיוצרות שתי הבנות שונות ביחס בין המזיק לניזק?

נבאר את הדברים. בהסבר המקרה של הבתים כתב הרא"ש שהסיבה שהבהמה חייבת הינה משום שאין אדם יכול לנעול דלתות ביתו כל היום. כלומר, כיוון שהניזק לא יכול להרחיק את עצמו במקרה של בתים, ממילא מי שצריך להרחיק את עצמו הינו המזיק. לפי הסבר זה מי שעליו להרחיק את עצמו הינו הניזק, ובמציאות בה הניזק לא יכול להרחיק המזיק אחראי לדאוג לנזק. הסברה לדבר זה הינה מובנת – אף אם נאמר שעל הניזק להרחיק את עצמו, אין פירוש הדבר שהמזיק הינו חף מפשע. גם המזיק הינו אחראי לנזק, רק שהניזק יותר אשם ולכן אנו מטילים את האחריות עליו, אך במקרה בו הוא לא יכול לקחת אחריות, מי שיקח אחריות הינו המזיק. לפי הסבר זה מובן שבשדות, שהניזק יכול להרחיק את עצמו ואין בעיה לנעול דלתות שדהו כל היום, המזיק יפטר עקב אחריותו של הניזק בסיפור.

אלא שהרא"ש נותן הסבר נוסף למקרה השני, בו הבהמות של המזיק נכנסו לשדה הניזק. הרא"ש מבאר שבמקרה זה אנו מטילים את האחריות על הניזק, היות והמזיק אינו יכול לשמור את הבהמות מלהכנס לשדות אחרים, כיוון שהן מתפשטות על שטח נרחב ואינו יכול להשגיח על כולן. לפי הסבר זה, מי שצריך לדאוג לנזק הינו המזיק קודם כל, ורק במקרה בו המזיק לא מסוגל לדאוג לנזק אנו מטילים את האחריות על הניזק. לפי הסבר זה ניתן להסביר גם את דין הבהמה שנכנסה לבית – שם המזיק יכול לדאוג לבהמה וממילא האחריות נשארת אצלו ולא עוברת לניזק.

יוצא א"כ שהרא"ש נותן לנו שני הסברים שונים בביאור הסוגיא מבלי לציין זאת כל עיקר, כאשר מדובר בהסברים הפוכים אחד מהשני לחלוטין בהבנה של היחס בין חובת המזיק לזו של הניזק. להבדל זה תהיה נפק"מ במקרה בו גם המזיק וגם הניזק יכולים להרחיק את עצמם, ושניהם בחרו שלא לעשות זאת. האם אז יתחייב המזיק לשלם? לפי ההסבר הראשון, על הניזק להרחיק את עצמו, וכיוון שהיה יכול להרחיק את עצמו ולא הרחיק המזיק פטור מלשלם, ואע"פ שהיה יכול לשמור. לפי ההסבר השני, המזיק אחראי לדאוג למניעת הנזק, וכיוון שלא מנע את הנזק על אף שהיה בכוחו לכך,

הוא חייב לשלם, ואע"פ שהניזק היה יכול להרחיק ג"כ<sup>3</sup>. וא"כ דברי הרא"ש לכאורה סותרים את עצמם מיניה וביה.

### 3. הוכחות היש"ש

היש"ש מקשה על שיטת ר"ח והפוסקים שפוסקים שעל הניזק להרחיק את עצמו כמה קושיות:

ראשית, נפסק להלכה שסתם רועים פסולים לעדות כגולנים, משום שמרעים את הבהמות בשדות אחרים. אם כל אדם צריך לגדור את שדהו כדי שלא יוזק מבהמות, מסתמא כל האנשים גודרים את שדותיהם. כיוון שכך, מציאות בה הרועה מכניס את הבהמה לתוך שדה חבירו ונעשה כגזלן על כך איננה שכיחה כ"כ, ומדוע פסלנו את כל הרועים והחזקנו אותם כגולנים?

בנוסף, המקור לפטור של שן ורגל ברה"ר הינו מן הפסוק "ובער בשדה אחר", ודורשים "בשדה אחר", של אדם אחר, ולא ברה"ר. אם אנו אומרים שברשות הניזק עצמה הניזק צריך להרחיק את עצמו ולדאוג שלא ינזק, מדוע יש צורך בפסוק להוכחה של פטור ברה"ר? הרי אפילו ברשות הניזק שאין לבהמה רשות להלך פטורה משום שהניזק לא הרחיק את עצמו, וק"ו שברה"ר שיש רשות לבהמה להלך תהיה פטורה משום שהניזק לא הרחיק את עצמו?

הש"ך (שצו, א) מתרץ את הקושיה הראשונה שפוק חזי ותראה שרוב בני אדם אינם גודרים שדותיהם, והסיבה לכך היא משום שאינם חוששים להיזק של הבהמות היות ודבר זה לא שכיח. הסיבה שהרועים הינם פסולים לעדות הינה משום שהם מרעים את בהמותיהם בשדות של אחרים, וכיוון שאין לשדה גדר הם נכנסים אליה בלא חתירה, ובכ"ז הם עושים מעשה אסור הואיל ומדובר בנזקי אדם.

לגבי הקושיה השנייה נראה שניתן לתרץ עפ"י סיבת הפטור בשן ורגל ברה"ר. הרי"ף (א: מדפה"ר) כותב ששן ורגל פטורים ברה"ר משום שזה 'אורחייהו', וכן כתב ר"ח עצמו (ה.). הרא"ש (א, א) מקשה שהרי יש מקור לכך מן הפסוק, 'ובער בשדה אחר' - ולא ברה"ר (כא:), ומדוע אנו צריכים לתוספת של סברה זו? הרא"ש מבאר שהרי"ף נתן טעם לפסוק, הגורם לחידוש דין מסוים. הסבר אחר לפירוש ה'אורחייהו' כותב הראב"ד (כח.) והרמב"ם (מורה נבוכים ג, מ) ששן ורגל היות ודרכם ללכת ברחוב, על הניזק להרחיק את עצמו ולשמור שלא יוזק. אם אנו אומרים שזה הטעם שהתורה

3. נראה שהנפק"מ לא תהיה גם במקרה בו שניהם אינם יכולים לשמור, משום שהגמרא אומרת שבמקרה בו הבהמה חתרה או שהגדר נפלה בלילה המזיק חייב. ודאי שבמקרה זה אין תוספת ביכולת השמירה של המזיק על הנזק, ובכל זאת הוא חייב.

אמנם, ניתן לדחות ולומר שבמקרה כזה גם תהיה נפק"מ. המזיק יכול לשמור על הנזק כאשר הגדר נפלה בלילה היות ואז מדובר בנזק של בהמה יחידה. כל מה שאמרה הגמרא שלא ניתן לשמור בשדה היינו משום שהבהמות מתפשטות וכמ"ש הרא"ש, ודבר זה שייך רק כאשר יש בהמות רבות, אבל בנזק של בהמה יחידה בלילה או במקרה שחתרה ניתן לשמירה.

פטרה שן ורגל ברה"ר, אין כל בעיה בכך שזה יהיה הטעם גם לפטור ברשות הניזק כאשר הניזק לא גדר את שדהו.

תירוץ נוסף כתב בדברי משפט (שצז, א) שהפטור של רה"ר קיים גם במקרה בו הבהמה לקחה את התבואה מרה"י והעבירה אותה לרה"ר, ויש צורך שגם מקום האכילה יהיה ברה"י כדי להתחייב (כג.). כיוון שכך, ניתן לומר שהצורך בפסוק הינו למקום בו הבהמה חתרה לרה"י גדורה והוציאה משם תבואה לרה"ר. לולי הפטור של שן ורגל ברה"ר, היינו אומרים שבמקרה זה חייב, משום שהבהמה חתרה והניזק הרחיק את עצמו כנדרש. לצורך כך בא הפסוק ולימד אותנו ששן ורגל פטורים ברה"ר, וממילא יוצא שגם במקרה הנ"ל הבהמה תהיה פטורה על אכילתה.

אך היש"ש מקשה קושייה נוספת. המשנה (כא:) אמרה שכלב שנטל חררה והלך לגדיש והדליקו - משלם על החררה נ"ש ועל הגדיש ח"נ. הגמרא (כג.) מקשה מדוע שלא יתחייב בעל הגחלת ג"כ ביחד עם הכלב על תשלום הגדיש, ומתרצת שמדובר ששימר גחלתו, ולכן רק בעל הכלב חייב. התוס' (ר"ה וליחייב (הב"י)) מקשה שאם אנו מטילים על בעל החררה לשמור על החררה שלו, היה מקום לגמרא להקשות ג"כ מדוע לא יפטור בעל הכלב מתשלום החררה, ומדוע הקשתה הגמרא אך ורק מדוע שלא יתחייב על הגדיש? מכך מוכיח התוס' שאדם צריך לשמור עצמו שלא יזיק יותר מאשר שלא יזיק:

"ונראה מכאן לדקדק דיותר יש לאדם ליזהר עצמו שלא יזיק אחרים משלא יזיק שמחויב לשמור גחלתו מן הכלב אף על פי שאין לו רשות ליכנס לביתו כדי שלא יזיק אחרים ואפשר לשמור עצמו כדי שלא יכנוס כלב כדי ליטול חררתו".

יש להעיר שהרש"ש בהגהותיו מעיר שצריך לגרוס אחרת בלשון התוס': "וא"צ לשמור עצמו כו' כ"נ דצ"ל ועי' בע"ב תד"ה יכלי". התוס' אליו מציין הרש"ש הוא התוס' שאומר שאביי אמר את דבריו בדרך דחוי בלבד. כלומר, בלשון התוס' שלפנינו משמע שיש אחריות מסוימת על הנזק, ועפ"י הגהת הרש"ש אנו אומרים שאין אחריות של הניזק על הנזק כל עיקר.

אם אנו אומרים שרמת האחריות לא להזיק גבוהה מאשר רמת האחריות לא להינזק, מוכח שבמקרה בו גם המזיק וגם הניזק לא הרחיקו את עצמם כראוי, המזיק יצטרך לשלם על הנזק. במקרה בו הבהמה אכלה בשדה של אדם אחר, אף אם אותו אדם לא גדר את השדה, היה מקום לחייב את המזיק. רואים בדברי הגמרא שהיא נקטה כדבר פשוט כשיטת רב יוסף ולא כאביי וחיובה על נזק שנעשה ברשות הניזק כאשר לא גדר את שדהו<sup>4</sup>.

4. וכן הביאו להוכיח לפסוק כרב יוסף תלמיד ר"פ ור' ישעיה בשיטמ"ק.

## ב. השוואה לנזקי שכנים

### 1. הצגת הקושיה

המשניות בב"ב בפרק שני מלאות בסוגים שונים של שימושים שאדם עושה בחצירו שעשויים לגרום נזק לשכניו, ומציינת את צורת ההרחקה שיש לעשות עבור כל אחד מהם. לא נכנס כאן לכל פרטי המקרים, היות ומדובר בסוגיא ארוכה ואין כאן המקום להאריך בפרטיה השונים, אך נביא את הצריך לענייננו. המשנה (ב"ב כה:): אומרת:

"מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמש אמה, ובחרוב ובשקמה - חמשים אמה, בין מלמעלה בין מן הצד. אם הבור קדמה - קוצץ ונותן דמים, ואם אילן קדם - לא יקוץ, ספק זה קדם וספק זה קדם - לא יקוץ; ר' יוסי אומר: אף על פי שהבור קודמת לאילן - לא יקוץ, שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו".

אנו רואים כאן מחלוקת תנאים לגבי שימושים של אדם בחצר שלו. לפי שיטת חכמים, גם כאשר אדם פועל בתוך שלו, הוא צריך להיות מודע להשלכות של מעשיו בחצר של שכנו והוא צריך למנוע נזקים שיקרו מהשימוש שלו. אמנם, אם השימוש הגורם לנזק קיים קודם לדבר שניזוק על ידו, יש 'חזקה' מסוימת על השימוש ולא ניתן למנוע את האדם להמשיך את השימוש המזיק. ר' יוסי חולק ולשיטתו אפילו אם אין שום חזקה לשימוש המזיק, אין כל בעיה בכך שהמזיק משתמש בתוך שלו והניזק משתמש בתוך שלו. נכון אמנם שישנה השפעה של השימוש שלי על הנכסים של השכן, אך אני רק משתמש ברשותי ולא שייך לחייב אותי על כך.

הגמרא פוסקת שהלכה כר' יוסי. מבואר בהמשך דברי הגמרא שאף שר' יוסי סובר שהמזיק לא צריך לקחת אחריות על מעשים אלו, ומותר לו לגרום לנזק בצורה כזאת, כל זה רק במקרה בו הנזק נעשה לאחר זמן. כאשר מדובר בגירי דיליה, כלשון הגמרא, גם ר' יוסי מודה שהמזיק צריך לדאוג לכך שהנזק לא יוצר ואף יתחייב לשלם במקרה שלא עשה כן.

לכאורה מחלוקת תנאים זו נוגעת בצורה ישירה לענייננו. לפי שיטת חכמים, אדם שרוצה לעשות מעשה שיכול לגרום לנזק צריך להזהר שלא להזיק. שיטה זו מוכרחת להסכים עם דבריו של רב יוסף, שהמזיק צריך להרחיק את עצמו ולדאוג לכך שלא יגרום נזק. ר' יוסי סובר שמי שצריך להרחיק את עצמו הוא הניזק, ולשיטתו בסוגיא שלנו בפשטות צריך לפסוק כמו אביי. כאמור, הגמרא בב"ב פוסקת במפורש במחלוקת זו כמו ר' יוסי, ולכאורה הדברים מכריחים לפסוק כשיטת ר"ח. כיצד ניתן מחד גיסא לפסוק כמו ר' יוסי בדיני שכנים ומאידך גיסא לפסוק כמו רב יוסף בסוגיא אצלנו, הרי כל המקרים המתוארים במשניות הללו נכנסים ממש לגדרי ד' אבות נזיקין?<sup>5</sup>

5. והתוס' (כו. ד"ה זיקא) באמת הקשה לגבי אחד המקרים המובאים בגמרא שיתחייב מדין אש ותירץ מה שתירץ, אך קושיה זו שייכת לגבי כל הדוגמאות המובאות שם בגמרות, כמו שכתב הנתיבות (קנח, א) שנביא בהמשך בהצגת הקושיה.

## 2. תירוץ הרמב"ן

הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי כתב:

"ואכתי איכא למידק ואי אזלי שרשין ומזקי ליה לבור מ"ט פטור מלשלם הא שורו [הוא] והוה ליה לטפויי באפייהו, לא קשיא דכיון דלאו גופיה דאילן קא מזיק אלא שרשים הוא דמזקי ושרשין ממילא קא אתו פטור אף על גב דממונו הוא, ומ"מ יש לזה רשות לקוץ השרשים, וליכא לדמויי לשורו שהזיק בצרורות, דשאני התם דכחו דשור הוא וכנגיחה דידיה דמי והתורה חייבתו, אבל הכא נולד הוא ופטור שאין שמירתן עליו ואינו כחו של אילן הנטוע, וליכא לדמויה לאש שהוא הולך ומזיק, שכיון שלכה את האש עיקר השלהבת הוא שמזיק והולך ואוכל ומזיק, אבל הנך נולד הוא ואף על פי שמחמת האילן הוא מזיק פטור, אי נמי כיון דשרשין הוא דמזקי ולא חזי להו לית ליה לטפויי באנפייהו דדמי למי שנפרצה בלילה (ב"ק נ"ה ב') שהוא פטור.

הרמב"ן מביא שני תירוצים לקושיה הנזכרת. התירוץ השני אומר שכיוון שאין אנו רואים את השורשים, דבר זה דומה למקרה של גדר שנפרצה בלילה. כוונתו לומר שזה נחשב לנזק הנעשה באונס, או שמדובר בנזק שאינו ניכר על פני השטח ואין חובה להשמר ממנו. תירוץ זה מועיל אמנם לגבי הנידון של שורשי האילן, אך במשניות בב"ב מוזכרים מקרים נוספים אותם התירוץ הזה לא יספק. דוגמא לנזק כזה מוזכרת לפני כן ברף כב: לגבי אדם המציב סולם בחצירו, שעליו להרחיק את הסולם ארבע אמות משובך חבירו, כדי שהנמייה לא תקפוץ בעזרת הסולם ותאכל את היונים. במקרה זה המזיק ניכר לעין, ובכל זאת יש הו"א בגמרא לומר שלפי שיטת ר' יוסי הוא יפטר מן הנזק.

תירוץ הראשון של הרמב"ן אומר שנזק זה לא מגיע מכוחו של האילן, היות ומדובר בנולד. הגדרה זו טעונה בירור, שהרי פשוט שאם בהמה של אדם תלד והולד יזיק לממון של אדם אחר, בעל הבהמה יתחייב על כך. אותו דין לכאורה צריך להיות גם כאן, שאם ממון של האדם יצר חפץ נוסף והחפץ הזיק, הוא יתחייב לשלם?

נראה שהחיוב שחל על הולד של הבהמה הינו לא משום שהולד הינו תולדה של הבהמה, אלא משום שהוא הופך להיות ממון של הבעלים וממילא הבעלים חייב עליו משום שלא שמרו או משום ש'ממונו הזיק'. שורשים של אילן, לעומת זאת, לא נעשים ממנו של אדם ככל הנראה. כיוון שכך, כל מה ששייך לחייב אותו הוא רק

---

6. עיין בדברי יחזקאל (מט, ה) שהביא בשם גדול אחד לבאר שהכוונה היא שלא מתחייב מדין אש משום ש'איש אש ולא שור אש'. והקשה עליו שהרי כל זה דווקא באש המגיעה ע"י מעשה שורו, אבל באש המגיעה ע"י מעשה האדם עצמו בנטיעת האילן ודאי שייך לחייבו מדין אש, שהרי זה בגדר של 'איש אש'. וביאר שכוונת הרמב"ן לומר שהתורה חייבה בתשלום נזיקין רק כאשר חל עליו חיוב שמירה קודם שהנזק נעשה, אך כאן המזיק נוצר תוך כדי שהנזק נעשה, וקודם לנזק המזיק לא היה בעולם ולא שייך לחייב עליו.

משום שהשורשים הם כמו כוחו של האילן, כמו שצדורות הינם כוחו של שור. על זה אמר הרמב"ן שלא שייך לחייב את הבעלים משום שמדובר בנולד, שזה לא נעשה ע"י כוחו של האילן.

### 3. תירוץ הנתיבות

הנתיבות (קנה, יח) מציג את הקושיה הנ"ל, ומציע תירוץ אחר:

"וע"כ צ"ל, דהר' אבות נזיקין אינו חייב עליהן רק כשאפשר להחזיק ברשותו ובשמירה שלא יזיקו, דאז רחמנא חייביה בשמירה וכשלא שמרו חייבין בתשלומין, אבל הני דחשיב בפרק לא יחפור, הוא באופן דכשיתחייב לשלם ההיזק אין אפשרות לו לעשות תשמיש זה ברשותו כלל, ויתבטל תשמיש זה מרשותו כיון דאי אפשר כלל בעשיה ובשמירה, ובביטול רשות לא חייביה רחמנא".

הנתיבות מבאר שכל מה שהטילה התורה על המזיק לשמור את נכסיו שלא יזיקו, זה רק כאשר יש לו יכולת לשמור עליהם, אבל במקרה שהוא לא יכול לשמור עליהם, לא חייבנו אותו בשמירה. היה מקום לומר שחובת השמירה תהיה כעת לסלק את הנזק, שלא יקיים תחת ידו דבר שיכול להזיק ואינו יכול לשומרו. כיוון שכך, מבאר הנתיבות שביטול של שימוש מסוים מרשותו לא נחשב כאפשרות של שמירה, והאדם לא מחוייב להפסיק ולעשות בחצירו שימוש שפוגע לאחר מכן בחצירו של שכינו.

תירוץ זה לכאורה אינו תואם את כל השיטות. בסוגיא בב"ק שממנה התחלנו (כג): ראינו ששיטת רב יוסף שהמזיק צריך להרחיק את עצמו, ושיטת אב"י היא שהניזק צריך להרחיק את עצמו. התוס' והרי"ף פסקו במפורש כשיטת רב יוסף, ומשמע שהם סוברים שהמזיק מחוייב אף בביטול של רשותו כדי שלא יזיק לאדם אחר, שהרי הרא"ש פירש את דברי הגמרא שבשדות בעלי הבהמות אינם יכולים לשומרם?

לכאורה היה ניתן ליישב שהתוס' שפסק כמו רב יוסף פירש שהגמרא מדברת על מקרה בו המזיק יכול להרחיק את עצמו, ובאמת במקרה בו המזיק אינו יכול להרחיק את עצמו גם רב יוסף יודה שהניזק צריך לדאוג לנזק. אך זה דוחק גדול, כי לפי"ז יוצא שהתוס' והרא"ש לא חלוקים אחד על השני, והרא"ש עצמו מביא את התוס' ולאחריו מביא את דברי ר"ח כדעה נוספת. ע"כ שהרא"ש הבין ששיטת התוס' נוגעת גם למקום בו המזיק אינו יכול להרחיק את עצמו, ובכ"ז הוא הטיל את האחריות על המזיק. הטעם לכך בפשטות יהיה משום שאף שהמזיק אינו יכול לשמור, ולכאורה היה צריך להפטר מדין אונס, כיוון שיש לו אפשרות להפסיק את השימוש הזה הוא חייב לעשות זאת. אם ביטול השימוש היה נחשב כאי יכולת לשמור ממילא המזיק היה פטור מדין אונס.

### 4. שיטה נוספת בראשונים

בביאור מחלוקת ר' יוסי וחכמים במשניות בב"ב, מצינו שיטה נוספת, לפיה אין כל קושיה בין הסוגיות השונות. נביא לדוגמא את לשונו של היד רמ"ה (ב"ב כה: אות קה):



"ואפילו במידי דלאו גיריה דקיי"ל כר' [יוסי] דמתניתין דאמר זה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו, הני מילי לכתחילה, אבל אם הזיק משלם מה שהזיק... דכל היכא דלרבנן משלם מה שהזיק לר' יוסי נמי אם הזיק משלם מה שהזיק. דכי פליגי ר' יוסי ורבנן במידי דלאו גיריה הני מילי לענין חיוב הרחקה לכתחלה, אבל לענין חיוב תשלומין היכא דארחיק כשיעור ואתא מיניה הזיקא לאחר זמן לא שייכא בפלוגתייהו אלא טעמא אחרינא באנפי נפשיה הוא... כיון דמגוף ממונו קא אתי לא גרעי מאשו דאיתלאי במידי דלאו ממונו והלכה והיזיקה, דאפילו היכא דפסקי גיריה מעיקרא מחייב עלה משום ממונו".

שיטתו של היד רמ"ה היא שכל מחלוקתם של ר' יוסי וחכמים איננה לגבי תשלומין, אלא אך ורק לגבי חיובו של האדם להרחיק את עצמו מלהזיק. לפי שיטת חכמים, המזיק צריך לדאוג לכך שלא יזיק לאדם אחר. ר' יוסי חולק וסובר שמי שצריך לדאוג שלא יקרה נזק הינו הניזק, אבל גם לפי שיטתו פשוט וברור שהמזיק צריך לשלם כאשר הנזק יארע שהרי ממונו הזיק?<sup>7</sup>

לפי שיטה זו קושייתם של הרמב"ן והנתיבות אינה מתחילה כל עיקר. ברור שהמזיק צריך להרחיק את עצמו לענין תשלום, ואם הוא לא הרחיק, אף אם לא היה מחוייב בכך מצד דיני הרחקה, הוא יתחייב לשלם. כל שיטתו של ר' יוסי שאנו פוסקים כמותה שעל הניזק להרחיק את עצמו, נוגעת אך ורק לשאלות של דיני הרחקה ומניעת נזקים, אך לא לדיני חיוב תשלומין לאחר שקרו נזקים.

אם נאמר כן, אין כל בעיה לפסוק כרב יוסף בסוגיא בב"ק ולחייב את המזיק בתשלום, זוהי חובתו של המזיק צריך להרחיק את עצמו לענין התשלום. ישנם מקרים בהם תהיה חובה של הניזק להרחיק את עצמו לענין הנזק, אך לא לענין התשלום.

שיטה נוספת בסוגייתנו על פיה הקושיה לא מתחילה היא שיטת הר"מ מסרקסטה (מובא בשיטמ"ק כאן):

"הלכה כרב יוסף ואם הזיקו העזים אף על פי שמצאו גדר פתוח משלמין בעליהן דהוו להו למנטריה וגיריה נינהו וקיימא לן דמודה רבי יוסי בגיריה דעל המזיק להרחיק את עצמו".

כמו שהזכרנו לעיל, ר' יוסי מודה שכאשר מדובר בגיריה חייבים על הנזק. אם נגדיר את המקרה כאן כגיריה יתחייבו לשלם עליו אף לשיטת ר' יוסי, וא"כ הקושיה לא

7. מקורה של שיטה זו היא בדברי העיטור (חלק ב אות מ- מודעה, דף נג) והובאה בנ"י (כ"ב י. מדפה"ד). בשו"ת הרא"ש (קח, י) פסק ג"כ שהמזיק צריך לשלם, ומקורו מתשובת רב מתתיה גאון המובאת בספר אבי אסף, אך טעמו שונה: הוא אומר שכאשר המזיק הרחיק כל צורכו, באמת הוא פטור, אלא שאם קרה נזק, ממילא מתברר שהמזיק לא הרחיק מספיק. כל ההרחקות שכתבה המשנה נכונות למצב הסטנדרטי, ואם יש מקרה בו אירע נזק, מתברר שבאותו מקום היה צורך בהרחקה גדולה יותר מפני סיבות חיצוניות. בתשובת הרא"ש הביא את דברי העיטור ורב מתתיה גאון ביחד, אך נראה שפסיקתם זהה מטעמים שונים, ועיין בסמוך שנבאר את דברי הרא"ש.

מתחילה היות וכאן גם ר' יוסי יכול להודות שעל המזיק להרחיק את עצמו.

### 5. ביאור חדש עפ"י תשובת הרא"ש

הרא"ש בתשובה (קח, י) מבאר כללים חשובים בהגדרות של היחס בין חובת השמירה של המזיק לבין זו של הניזק. הוא אומר שכל מה שר' יוסי אמר שעל הניזק להרחיק את עצמו היינו במקרה בו הוא יכול לעשות זאת בקלות והנזק הינו נזק קטן, אבל אם מדובר בנזק גדול, או שלניזק ההרחקה הינה קשה, גם ר' יוסי מודה שעל המזיק להרחיק את עצמו.

לכאורה גדר זה הינו תמוה. מדוע יש הבדל האם לניזק קל או קשה להרחיק את עצמו? אם הניזק אחראי לדאוג לכך שלא יהיה נזק, אם המשימה היא יותר קשה זו בעיה שלו, ומדוע שהמזיק יתחייב בתשלום?

נראה לבאר שכעיקרון מי שצריך לשמור הינו המזיק ולא הניזק, אך הסיבה לכך היא שונה בין שיטות הראשונים. לפי התוס', הסיבה שהמזיק צריך לשמור היא כי הממון שלו יכול ועלול להזיק, ועליו למנוע את הנזקים שעלולים לקרות. הניזק אינו מחוייב לשמור על הנזק, אלא חובתו היא לא לפשוע ולגרום לכך שיארע לו נזק, ואם הוא פשע ואפשר נזק, הוא לא יוכל לדרוש תשלום. ההבדל בין השמירה של המזיק לשמירה של הניזק היא שהמזיק צריך לעשות שמירה חיובית והניזק בסה"כ צריך לא לפשוע.

ההגדרה של פשיעה נובעת מכך שהאדם שינה מדרכם של רוב בני אדם. אם בני אדם 'ממוצעים' פועלים בצורה מסוימת, והאדם שינה ממנה, הוא פשע, אך כל עוד הוא פועל כמו שאר בני האדם, אין בכך פשיעה אף אם הוא גורם מסוים בנזק. כיוון שכך, סובר התוס' שאם הניזק לא גדר את שדהו, הוא לא שינה מדרכם של רוב בני אדם ולא פשע ולכן הוא יוכל לדרוש תשלום ופיצוי על הנזק שאירע לו למרות שהוא גם 'שותף' במעשה הנזק<sup>8</sup>.

הרא"ש סובר אחרת. לפי שיטתו, המחוייב העיקרי בשמירה הוא מי שיכול לשמור יותר. אם הניזק יותר יכול להשגיח על הנזק ולמנוע אותו, זו האחריות שלו ולא של המזיק. במקרה בו המזיק יכול לשמור בצורה יותר מוצלחת מן הניזק, זה תפקידו לשמור ואם לא יעשה כן הניזק יוכל לתבוע תשלום. במקרה בו שני הצדדים אינם יכולים לשמור, אנו חוזרים לסברה הראשונית וההגיונית שמי שצריך לשמור הוא המזיק. במקרה בו גם המזיק וגם הניזק יכולים לשמור, חובת השמירה שייכת לשניהם, ואנו צריכים לבדוק מי יותר יכול לשמור. אם הנזק הינו נזק גדול, יותר יש קושי לניזק בשמירה וממילא מי שצריך לשמור זה המזיק.

לפי"ז הקושיה בין דיני נזיקין לדיני שכנים לא מתחילה. הגדר בדיני נזיקין הינו

8. לכאורה יש להקשות מדברי התוס' (כג. ד"ה בשמימר) שאמר לגבי שמירת המזיק שכיוון ששמר כדרך בני אדם לא הטריחו אותו חכמים יותר, אך נראה שכל מה שכתב התוס' הינו אך ורק לגבי מקרה בו שמר בצורה טובה, אך שמר רק לגבי דבר אחד ולא לגבי דבר אחר (במקרה של התוס' מדובר שהוא שמר מפני כניסה של הכלב אך לא מפני חתירה שלו תחת הדלת).

שהמסוגל לשמור הוא זה שצריך לשמור, ובאמת גדר זה מתאים גם לדיני הרחקות ונזקי שכנים. גם הסתירה שהקשינו לעיל בדברי הרא"ש לא מתחילה כל עיקר, שכן באמת מי שצריך לשמור בעיקר הוא המזיק ולא הניזק, ורק במקרה בו הניזק מסוגל לשמור בצורה יותר טובה מן המזיק חובת השמירה עוברת אליו. אם המזיק והניזק יכולים לשמור בשווה, באמת מי שצריך לשמור הוא המזיק, כי הוא היוצר של הנזק וממילא תפקידו לשמרו.

## ג. ביאור סוגיות נוספות

### 1. נפלה לגינה ונהנית

המשנה (ב"ק נה:): אומרת: "נפלה לגינה ונהנית - משלמת מה שנהנית, ירדה כדרכה והזיקה - משלמת מה שהזיקה". התוס' (נז: ד"ה נפלה) כותב:

"נפלה לגינה והזיקה משלמת מה שנהנית - והוא שאינה יכולה לירד דא"כ אפי' נפלה משלמת מה שהזיקה דתחילתה בפשיעה וסופה באונס הוא וסיפא דקתני ירדה אורחא דמילתא נקט והוא הדין נפלה כיון שיכולה לירד".

שיטת התוס' הינה שכאשר הבהמה יכלה לרדת כדרכה, אף אם בסופו של דבר היא נפלה באונס, הבעלים חייב מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. מבואר בדברי התוס' שכאשר הבהמה יורדת ומזיקה פשוט שהבעלים חייב, ולכאורה היה מקום להקשות משיטת אביי הסובר שעל הניזק להרחיק את עצמו, ואם לבהמה יש אפשרות לרדת לשדה ולהזיק זו בעיה שהניזק צריך לפתור ולא המזיק. אמנם, לשיטת התוס' זה לא קשה, שהרי התוס' עצמם ביארו שאביי לא באמת סובר כך ולא אמר כן אלא כדי לדחות את רב יוסף ולהשתמט מללכת לכני בי תרבו, אבל הרא"ש שפסק כאביי כשיטת ר"ח כתב במפורש (ו, ו) כמו התוס', ולשיטתו היה מקום להקשות כן.

שיטה אחרת בראשונים טוענת שלא שייך להתייחס למקרה בו הבהמה יכלה להכנס לרשות הניזק כמקרה של 'תחילתו בפשיעה וסופו באונס', משום ש'וכי יאחזנה בזנבה וילך'. תירוץ זה מתבסס על דברי הגמרא לעיל (ט:): לגבי בהמה שכשכשה בזנבה והזיקה ברה"ר, שם אמרה הגמרא שלא שייך לחייב את בעל הבהמה, 'וכי יאחזנה בזנבה וילך'. לכאורה מהגמרא שם אנו רואים שסברה זו לא שייכת במקרה שלנו, שהרי במקרה שלנו מדובר בכניסה לרשות הניזק ולא רק בנזק שנעשה ברשות הרבים. נראה שאין כוונת הראשונים לומר שבמקרה בו הבהמה יכולה להכנס לרה"ר ועושה זאת היא פטורה, שא"כ היה להם לפסוק כאביי שסובר שגם בהמה שאכלה ברשות

---

9. הגר"א בהגהותיו על הגמרא מביא שהראב"ד חולק על התוס' וסובר כך, וכך מובא בדברי הרשב"א (נח. ד"ה הא דאמרין) בשם הראב"ד. בשיטמ"ק (נז:): הביא בשם הראב"ד בחידושו כשיטת התוס', והמאירי (נח. ד"ה זה שאמרנו) מבאר שהראב"ד חזר בו והלשון האחרונה היא זו שהובאה בשם הרשב"א ש'וכי יאחזנה בזנבה וילך'.

הניזק פטורה משום שהניזק היה צריך לגדור את שדהו. כל החידוש שבאו לומר כאן הינו שמקרה כזה לא מוגדר כתחילתו בפשיעה, אבל באמת יכול להיות שאם הבהמה תרד ותזיק האדם יתחייב על נזקה.

ניתן לדחוק ולומר שכל הדיון של המשנה הינו במקרה בו הגדר נפלה בלילה, כמו שביאר אביי בגמרא שלנו שזה המקרה שבו בכלל חייבים על שן. לפי"ז נצטרך לומר שמדובר במקרה בו בעלי הבהמה ידעו שהגדר נפלה ולכן היה מוטל עליהם לשמור. אך נראה שזה דוחק שהרי הרא"ש אמר שבעל הבהמות אינו יכול לשמור בהמותיו כשמתפשטות בשדה, ואף שבמקרה שגם הניזק לא יכול לשמור המזיק חייב בנזק, לא שייך לקרוא לדבר כזה תחילתו בפשיעה?

לפי מה שביארנו ניתן לבאר באופן אחר. במקרה של משנה זו, מדובר בגינה, וזהו שטח קטן בו הבהמות אינן מתפשטות וניתן למנוע אותן מלהזיק. מדובר א"כ במקום בו המזיק יכול לשמור על הבהמות מלהזיק, ואנו חוזרים לסברה הבסיסית שהמזיק צריך לשמור.

## 2. פטור מנזק ע"י שמירה

המשנה (מה): אומרת:

"קשרו בעליו במוסרה ונעל בפניו כראוי ויצא והזיק, אחד תם ואחד מועד - חייב, דברי ר"מ; רבי יהודה אומר: תם - חייב, ומועד - פטור, שנאמר: ולא ישמרנו בעליו, ושומר הוא זה; ר"א אומר: אין לו שמירה אלא סכין".

המשנה מציגה שלוש שיטות ברמת השמירה הנדרשת כדי להפטר מתשלום נזק: לפי ר"מ, כל עוד אדם לא שמר שמירה מעולה<sup>10</sup> הוא חייב על הנזק שבהמתו עשתה. שיטת ר' יהודה היא שבשביל להפטר מנזקי שור תם יש צורך בשמירה מעולה, וכשיטת ר"מ, אך בשביל להפטר מנזקי שור מועד די בשמירה פחותה. ר' אליעזר ג"כ מודה שבשור תם האדם נפטר ע"י שמירה מעולה בלבד, אך לשיטתו לשור מועד אין כל אפשרות שמירה ותמיד חייבים לשלם על הנזק שהוא יעשה.

המקור לשיטת ר' יהודה, עפ"י הסבר הגמרא, הוא שסתם שוורים הינם בחזקת שימור, והתורה אמרה שתם ישלם כדי שהאדם ישמור אותו שמירה מעולה. לאחר מכן כתבה תורה 'ולא ישמרנו' לגבי מועד כדי ללמד שצריך שמירה מעולה, ואין ריבוי אחר ריבוי אלא למעט ויוצא שאין צורך בשמירה מעולה לגבי שור מועד (ולא לומדים את הפטור הזה לשור תם משום שדורשים 'לא ישמרנו' - לזה ולא לאחר).

אלא שהמאירי על המשנה כתב טעם נוסף לפטור לשיטת ר' יהודה: "ונראה לי הטעם הואיל וקל (=קול) יש לו אף הבריות ראויות להשמר". כלומר, כיוון שיש קול לכך

10. ביאור המושגים (עפ"י הגמרא בדף נה:): שמירה פחותה הינה דלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה, אך לא ברוח שאינה מצויה. שמירה מעולה יכולה לעמוד גם בפני רוח שאינה מצויה. דלת שאינה יכולה לעמוד אף בפני רוח מצויה לא נחשבת לשמירה כלל.

שהשור מועד, וידוע שהוא נוגח, גם האנשים שמסתובבים ברחוב צריכים להזהר. לכאורה זו סברה תמוהה, שהרי המאירי עצמו פסק כשיטת רב יוסף ולא כאב"י, וא"כ מי שצריך להרחיק את עצמו זה המזיק ולא הניזק, ומדוע כאן הניזק יצטרך להרחיק את עצמו?

נראה שכוונת המאירי לומר שאחרי שהמזיק מרחיק את עצמו ג"כ, ועושה השתדלות מינימלית, מצופה מהאדם להתרחק מעצמו מדברים שיוודע שיכולים להזיק לו. אדם שהולך במקום בו יש סיבה טובה לחשוש מנזק, צריך לשמור עצמו שלא ינזק. דבר זה מובן עפ"י הסברה שאמרנו, שאף שהמזיק צריך לשמור, בכ"ז כאשר הניזק יכול לשמור יותר עליו מוטלת חובת השמירה. גם כאן הניזק יכול לשמור ולמנוע את הנזק היות והוא מדוע לנזק האפשרי, ולכן עליו מוטלת חובת השמירה<sup>11</sup>.

### 3. אין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים

המשנה (כז). אומרת שאם אדם הניח כד ברה"ר, ובא אחר ונתקל בו ושברו - פטור, ואם הוזק הנתקל בכד המניח חייב. אומרת הגמרא:

"אמאי פטור? איבעי ליה לעיוני ומיזל! אמרי דבי רב משמיה דרב: בממלא רה"ר כולה חביות; שמואל אמר: באפילה שנו; רבי יוחנן אמר: בקרן זוית... אמר ליה ר' אבא לרב אשי, הכי אמרי במערבא משמיה דר' עולא: לפי שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים".

הגמרא שואלת מדוע הנתקל בכד פטור, הרי היה לו להתבונן ולראות להיכן הוא הולך. תירוץ ראשון שהביאה הגמרא הינו תירוץ של רב שמדובר במקרה בו לא היתה דרך אחרת לעבור כיוון שאותו אדם מילא את כל רה"ר חביות. לפי תירוץ זה, כפי שהגמרא מדייקת בהמשך, ניתן אף לכתחילה לשבור את החביות כדי לעבור. לאחר מכן מביאה הגמרא סוג שני של תירוץ בשם שמואל ור' יוחנן, שמדובר במקרה בו האדם לא היה יכול להשמר מלהזיק, כגון שמדובר בלילה או במקום בו לא היה לו זמן כדי לעצור. לפי תירוץ אלו, כעיקרון המזיק חייב בתשלום הנזק למעט מקרה בו הוא לא היה יכול להשמר מלבצע את הנזק.

התוס' (כז: ד"ה אמאי) אומר שכל שאלת הגמרא היתה מדוע הנתקל פטור כשהזיק לכד, ולא מדוע בעל הכד חייב כאשר הוא ניזוק מן הכד. התוס' מבאר שהסיבה לכך היא שיותר אדם צריך לשמור עצמו שלא יזיק מאשר שלא יוזק (וכמו שהבאנו בשמו בהוכחות היש"ש לגבי סוגיית גחלת).

הגמרא מביאה תירוץ נוסף בשם ר' עולא שאומר שהמזיק לא חייב בכלל משום ש'אין דרך בני אדם להתבונן בדרכים'. לפי תירוץ זה, האדם לא צריך להשמר שלא יזיק

11. נכון אמנם שהמאירי עצמו פסק כמו התוס' ולא כמו הרא"ש, אבל הסברה העקרונית הזאת נשארת נכונה (ודאי לפי גרסתנו בתוס', שיש חובה מסיימת של הניזק לשמור, אך גם לפי גרסת הרש"ש שהניזק לא צריך לשמור כלל ניתן לומר כן בדוחק).

מעבר למקובל מסביב. לכאורה גדר זה הינו תמוה, שהרי פשוט שהצורה בה מקובל להתנהג מסביב לא אמורה להגדיר את חיובי הנזיקין של האדם, ומה מיוחד דווקא במקרה זה שההתנהגות של הסביבה מגדירה את דיני הנזיקין?

נראה שצריך לומר כפי שביארנו מקודם. בכל מקרה של נזק אנו צריכים לבדוק את רמת הפגיעה של כל צד, ומי שפגע יותר ממה שהיה עליו לשמור הוא אחראי לנזק. אדם צריך יותר לשמור שלא יזיק מאשר שלא יוזק, וכיוון שכך במקרה בו שניהם לא שמרו את עצמם אז המזיק חייב, כי הוא פגע יותר מן הנזק, שאי השמירה שלו הינה פגיעה פחותה יותר, כיוון שחובת השמירה שלו הייתה מראש קטנה יותר. במקרה בו המזיק לא שינה מדרך בני אדם, אף שיש צד של פגיעה בהליכה ללא הסתכלות, הנזק הינו פושע יותר בכך שהניח את כליו ברה"ר, ולכן המזיק יהיה פטור.

## סיכום

ישנה מחלוקת ראשוניים הנובעת ממחלוקת אמוראים ביחס בין חובת השמירה של המזיק לבין של הנזק. לפי שיטת התוס', המזיק צריך להרחיק את עצמו ולמנוע את הנזק, וחובת הנזק הינה שלא לעשות מעשה של פגיעה היוצר את הנזק. הרא"ש חולק וסובר שהמזיק והנזק הינם אחראים שווים למעשה הנזק, ומי שיכול יותר לשמור אחראי לתוצאות הנזק.

עפ"י ביאור זה תירצנו קושיה שמביאים הראשוניים ביחס אל הסוגיא בב"ב על דיני הרחקת נזיקין המטילה את אחריות השמירה על הנזק ולא על המזיק. הרמב"ן יישב שבמקרה זה מדובר בנולד או בנזק שנעשה באונס ולכן המזיק פטור, והנתיבות תירץ שהתורה לא חייבה את המזיק בביטול של רשותו. עפ"י מה שביארנו ניתן לומר באופן נוסף- במקרה שם מי שיכול לשמור יותר הינו הנזק ולא המזיק וממילא מוטל עליו לשאת בתוצאות הנזק ולא על המזיק.

לפי ביאור זה ניתן גם ליישב מקורות נוספים בראשוניים בהם רואים שיש חובה על הנזק להשמר בנוסף לחובת המזיק להשמר. המאירי אמר שהסיבה שבשור מועד די בשמירה פחותה היא היות ויש לו קול ועל האנשים להשמר. לפי מה שביארנו סברה זו מובנת- במקרה זה הנזק יכול להשמר יותר וממילא עליו מוטל לעשות כן.