

תחילתו בפשיעה וסופו באונס בנוזיקין סוגיית "הכלב והגדי שקפצו מראש הגג" (כא ע"ב)

ראשי פרקים

פתיחה

ההבדל העקרוני בין תבו"ב בשומרים לתבו"ב בנוזיקין

תבו"ב בשני נזיקים

תבו"ב בהכשרת המזיק

הגדרת האונס בתבו"ב בנוזיקין

שיטת היש"ש: הרחבת אחריות הבעלים

שיטת השטמ"ק ובעה"מ: הגדרת המציאות המזיקה

פתיחה

הנושא שעומד לביור בסוגיה הוא דין "תחילתו בפשיעה וסופו באונס" בהלכות נזיקין. מקורו של דין זה הוא בהלכות שומרים (כ"מ מב ע"א). שם הובא מקרה:

ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה, אותבינהו בצריפא דאורבני, איגנוב. אמר רב יוסף: אע"ג דלעניין גנבי נטירותא היא, לעניין נורא פשיעותא היא, הוה תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב.

לא ניכנס לכל הדיון בדין תבו"ב בשומרים, ויותר נתמקד בהשוואתו לדין תבו"ב בנוזיקין. הגמרא אצלנו מקשרת את דין תבו"ב גם לנזיקין. במשנה (פ"ב מ"ג) הובא:

הכלב והגדי שקפצו מראש הגג ושברו את הכלים – משלם נזק שלם, מפני שהן מועדין.

ומכאן מדייקת הגמרא:

טעמא דקפצו, הא נפלו – פטור, אלמא קסבר תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור.

הגמרא מיישבת את הדיון גם למ"ד תבו"ב חייב, בכך שהיא מעמידה את דין המשנה באוקימתא:

דמקרי כלים לגבי כותל, דכי קפצי – בקפיצה לא נפלי עלייהו, ואפילו תחילתו בפשיעה ליכא.

במאמר זה נשווה בין דיני תבו"ב בשומרים ובניזקין, וננסה לבחון באלו מקרים בהלכות ניזקין שייך לחייב את בעל הגדי מחמת סיבה זו. לאור זאת, נעלה הגדרות עקרוניות בגדרי החיוב של הבעלים על נזקי ממונו, כפי שיבואר להלן.

ההבדל העקרוני בין תבו"ב בשומרים לתבו"ב בניזקין

נחזור להלכות שומרים, שבהם חייבנו את השומר מדין תבו"ב. ההסבר הפשוט לחיוב הוא, שלמרות שהכסף (בדוגמה שהביאה הגמרא ככ"מ) נאבד, בסופו של דבר, באונס – שהרי באו גנבים וגנבו אותו, ודבר זה לא היה צפוי – ככל זאת חייב השומר, משום ששם את הכסף במקום שלא היה צריך לשים אותו שם. אלמלא היה שם אותו בצריפא דאורבני – לא היה נגנב. אמנם הסיבה שאסור היה לו לשים את הכסף בצריפא דאורבני לא קשורה לאירוע של הגניבה, אלא הסיבה אחרת: בצריפא דאורבני הכסף לא מוגן מפני שריפה – וזאת היתה פשיעתו של השומר; אך מכיון שהפשיעה של השומר לגבי שריפה היא שאפשרה את האונס לגבי הגניבה, אנו מחייבים את השומר על פשיעתו.

דין זה מובן מאוד בגדרי שומרים, שהרי כל חיובו של השומר הוא על פשיעתו. השומר מחויב לשמור על הכסף שקיבל מהמפקיד, ומכאן שאם יפשע בשמירתו – הרי שמעל בתפקידו, והיא סיבת החיוב שלו כלפי המפקיד. לכן אם אירע נזק לפקדון בעקבות אי-שמירתו של השומר עליו – יש כאן סיבה מספקת להטיל עליו את האחריות למעשה. גם אם אי-השמירה גרמה לנזק באופן עקיף – כמו במקרה של תבו"ב, שמתוסר השמירה לגבי שריפה התגלגל אירוע הגניבה – אפשר לומר שפשיעתו של השומר היא שהביאה לאיבוד הפקדון, וחייב על כך שפשע בשמירתו.

[גם לשיטת הרי"ף, שבשומרים חייב בתבו"ב גם באופן שהאונס לא נגרם דווקא מהפשיעה, ואף אם לא היה פושע היה מתרחש האונס – ההסבר יהיה דומה, שהשומר חייב על כך שפשע בשמירה לגבי השריפה, ומעתה קיבל על עצמו את האחריות לכל מה שיקרה לפקדון, אפילו אם יקרה באונס. כלומר: גם לשיטה זו, חיובו של השומר היא על כך שפשע בשמירה, ופשיעתו היא סיבה מספקת בכדי להטיל עליו אחריות לנזק שקרה לפקדון, גם אם לא הפשיעה היא זו שהובילה באופן ישיר לנזק. ואכמ"ל].

כשאנו עוברים לדון בהלכות ניזקין, מתגלה הבדל גדול בסיבת החיוב בין המזיק לשומר. בעוד שבהלכות שומרים מתחייב השומר על כך שפשע בשמירתו, הרי שסיבת החיוב בהלכות ניזקין על נזקי ממונו איננה בגלל אי-השמירה על ממונו, אלא בגלל הנזק שנוצר בסופו של דבר. חיוב השמירה של הבעלים על ממונו איננו סיבת החיוב הממונית על הנזקים, אלא היא רק התנאי המאפשר לייחס לבעלים את נזקי הממון: בעלי-הממון מחויב בשמירתו, ולכן מטילה עליו התורה את החיוב על הנזקים שיעשה ממונו. מכאן שלא חיוב השמירה על המזיק הוא המהווה את סיבת החיוב בניזקין, אלא מעשה הנזק עצמו, שעשה הממון, הוא המחייב את הבעלים, וחיוב השמירה על הממון הוא רק התנאי המכשיר את החיוב הזה.

לאור הבדל זה, נצטרך לחלק בהלכות ניזקין בין מספר מצבים של תבו"ב, ולבחון כל מקרה לגופו.

תבו"ב בשני ניזקים

הגמרא (נב ע"ב) מסתפקת לגבי כיסוי בור:

איבעיא לן, כיסהו כיסוי שיכול לעמוד בפני שוורים ואינו יכול לעמוד בפני גמלים, ושכיחי גמלים, והתליע מתוכו – מהו: מי אמרינן מיגו דהוי פושע אצל גמלים הוי פושע נמי לעניין התלעה, או דילמא לא אמרינן מיגו?

ההתייחסות הפשוטה למקרה זה, היא כאל מקרה של תבו"ב: בעלי-הבור כיסה אותו בכיסוי שאיננו מספיק, משום שגמלים עלולים להסיר אותו, כלומר: הוא פשע לעניין הגמלים; ואף שבסופו של דבר לא באו גמלים, אלא הכיסוי הוסר מאליו בעקבות התלעה – שהיא מוגדרת כאונס – בכל זאת רוצה הגמרא לחייב את בעלי-הבור. בסוף הסוגיה מביאה הגמרא ראייה מברייתא:

ת"ש: "נפל לתוכו שור חרש, שוטה וקטן, סומא ומהלך בלילה – חייב; פיקח ומהלך ביום – פטור". ואמאי, נימא מדהוי פושע לעניין חרש הוי נמי פושע לעניין פיקח! אלא לאו שמע מיניה לא אמרינן מיגו.

ואכן, למסקנת הסוגיה אין מחייבים את בעלי-הבור. בעל המאור (כ ע"ב בדפי הרי"ף) שואל על המקרה המובא בכרייתא מדין תבו"ב בשומרים:

וקשיא לן, הא דאמרינן בווזי דההוא ראותבינהו בצריפא דאורבני... תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וקיי"ל הלכתא הכי!

הראב"ד, המובא בבעל המאור, מתרץ:

התם גבי וזוי אמרינן מיגו דהוי פושע לעניין נורא הוי פושע לעניין גנבי, משום דאינהו וזוי גופייהו איגניבו, אבל הכא בחרש פושע ובחרש לא אירע הנזק, אלא בפיקח לא פשע ולא מיד.

יסוד החילוק של הראב"ד בין תבו"ב בשומרים ותבו"ב בנזיקין נובע מההבדל שביארנו לעיל: החיוב בנזיקין איננו על הפשיעה בשמירה של הבעלים על ממונו, אלא על הנזק שקרה (מחמת שלא שמר). לכן יש לבדוק כיצד קרה הנזק, כדי לדעת אם יש סיבת חיוב על הבעלים; ואם הנזק קרה באונס – הרי שאין סיבה לחייב אותו. אילו היינו מחייבים את הבעלים על פשיעתו בשמירה, היה מקום לחייב גם במקרה כזה, שהרי בסופו של דבר פשיעתו הובילה למקרה האונס. אבל מכיון שאין חיובו של הבעלים נובע מאי-שמירתו, אלא ממקרה הנזק, הרי שכאן התרחש הנזק באונס: שור פיקח נפל לבור. זהו מקרה שלא היה על הבעלים להעלות בדעתו, ולכן אין הוא מהווה סיבת חיוב לבעלים. אמנם פשע הבעלים בשמירה מפני שור חרש, אבל למעשה לא קרה הנזק שעלול היה להתרחש מפשיעתו, ולא שור חרש נפל לבור, אלא שור פיקח – שור כזה לא היה אמור להינזק מהבור, ולגבי נזקין לשוורים פיקחים לא פשע בעלי-הבור, ומכאן שאי אפשר לחייבו על האונס שהתרחש.

חילוק זה שבין גרדי-החיוב בשומרים (על הפשיעה) לבין גרדי-החיוב בנוזיקין (על הנזק) נראה פשוט ומסתבר. אך בעה"מ לא מקבל את חילוקו של הראב"ד. יתירה מזאת: הוא מוסיף ומקשה עליו, שאף לשיטתו, אם נגריר את השור הפיקח והשור החרש כשני מקרי-נזק שונים (שלגבי אחד מהם פשע, ולגבי השני – היה זה אונס), יהיה קשה יותר לחלק בין שני המקרים האחרים שמובאים בברייתא: שור פיקח כיום ושור פיקח בלילה, ושם לכאורה יאלץ הראב"ד להודות שאין תירוצו מספיק. אמנם בעה"מ מביא, ש"שמעתי מפי תלמידיו, לילה ויום נמי כשני מינין שבנוזיקין דמו, ולא אמרינן מיגו דהוי פשיעותא להאי הוי פשיעותא להאי, כי היכי דלא אמרינן מחרש לפיקח" – אך כותב על כך: "וזה התירון מאוד מאוד דחוק".

דבריו של בעה"מ מצריכים ביאור, מפני שהחילוק שעשה הראב"ד בין מקרי נזק שונים נכון לכל שני גופים שונים שנמצא, שלגבי אחד מהם מוגדרת אי-שמירתו של הבעלים כפשיעה ולגבי השני – כאונס; ואם כן מה לי ההבדל שבין פיקח לחרש ומה לי ההבדל שבין פיקח ביום לפיקח בלילה? מהי ההדרגה שמוצא בעה"מ בין שני מקרים אלו? להלן נשוב לדון בדברי בעה"מ, ונסה למצוא את הבנתו בגרדי תבו"ב בנוזיקין.

תבו"ב בהכשרת המזיק

מכל מקום, בעה"מ ממשיך להקשות על הראב"ד מהמקרה הראשון שהביאה הגמרא:

דא פשטינא מהכא דלא אמרינן מיגו דהוי פושע לעניין גמלים הוי פושע לעניין התלעה, ואע"ג דפשיעותא דגמלים פשיעותא היא להנהו שוורים גופייהו, דמטו להו נזק לשוורים כי היכי דנורא וגנבי קא ממטו להו נזק להנהו זווי.

לכאורה, במקרה זה אכן הצדק עם בעה"מ (וגם הרמב"ן במלחמות, שקיבל את חילוקו של הראב"ד לעניין שני המקרים הקודמים, הסכים עם קושיית בעה"מ על המקרה השלישי). מצב זה שונה באופן מהותי משני המצבים הקודמים (של פיקח וחרש ושל פיקח ביום ופיקח בלילה). במקרה זה שייך לומר תבו"ב, בדיוק כמו בשומרים, שכן אין אנו דנים בנזק עצמו, אלא בהכשרת הנזק. כלומר: במקרה הקודם עסקנו בשני מצבי נזק שעלולים לקרות: חרש שייפול לבור, ופיקח שייפול; ועל כך אמרנו, בשיטת הראב"ד, שאין לקשר בין שני המצבים, ועל אף שלגבי המקרה הראשון – לגבי חרש – יתחייב הבעלים (אם יקרה), הרי שלגבי המקרה השני – של פיקח – אי אפשר לחייבו, מטעם אונס (והוא המקרה שקרה בפועל). אולם המקרה של פשיעה לגמלים ואונס להתלעה עוסק בשני אופני הכשרת המזיק: בעלי-הבור אמור היה לכסות את בורו בכיסוי טוב, והוא פשע וכיסה אותו בכיסוי שעלול להיות מוסר ע"י גמלים; ואמנם לא הגמלים הסירו אותו, אלא הוא התלע מעצמו (- אונס).

מכאן שהדיון בחיובו של הבעלים הוא שונה בשני המצבים. במקרה של פיקח וחרש הדיון נסוב על חיוב הבעלים בנזקי בורו, וכאן אמרנו שאי-אפשר לחייב אותו על נזק שקרה באונס (ולגבי לא פשע); אבל במקרה של גמלים והתלעה הדיון הוא לגבי אחריות הבעלים לכיסוי הבור (שהוא שלב שמקדים את חיובו של הבעלים בנזקי הבור), וכאן אפשר לומר שהוא פשע באחריותו. על הבעלים היה מוטל לכסות את בורו (בכדי שייפטר מנזקיו), והוא

פשע באחריותו; וכתוצאה מפשיעתו התגלגל מצב האונס, שהכיסוי התליע ויצר את המזיק. לכן כשנבוא לדון באחריות הבעלים ליצירת המזיק (ולא להתחייבות על הנזק שקרה אחר כך), נוכל לחייב אותו על פשיעתו – בדיוק כמו בדיני שומרים. לפי"ז נשאת הקושיה על הראב"ד, שלא חילק בין שלושת המצבים והגדיר את כולם כתבו"ב. ואכן, בעה"מ משווה בין שני הדינים של שומרים ונזיקין בעניין זה:

כי היכי דכי רמיא עליה נטירותא דניזק – כגון ההוא עובדא דזוזא, אמרינן בה מיגו דהוי פושע להאי עניינא הוי פושע להאי עניינא, והוי ליה תחילתו בפשיעה וסופו באונס, וחייב – הכי נמי גבי בור, דרמיא עליה נטירותא דמזיק, נימא מיגו דהוי פושע להאי עניינא הוה פושע להאי עניינא, דהא קיי"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, בין כי רמיא עליה נטירותא דניזק, כגון ההוא עובדא דזוזי, בין כי רמיא עליה נטירותא דמזיק.

יסוד ההשוואה בין שני הדינים הוא, כאמור, בכך שבמצב זה של תבו"ב בניזיקין אין אנו עוסקים בחיוב הבעלים על הנזק, אלא באחריותו לשמירת המזיק (שלא ייווצר בור שיגרם לנזק) – כפי שהשומר אחראי לשמירת הפקדון (שלא יינזק). למקרה זה של תבו"ב בניזיקין אפשר לצרף את הסוגיה שמביא הרמב"ן במלחמות שם, לגבי שמירת שור קשור ובור מכוסה (ט ע"ב), שגם אותה מכאר הרמב"ן כעוסקת בחיוב השמירה של הבעלים על ממונו שלא יהפוך להיות מזיק (ולא: "שלא יזיק", אחר שכבר הפך למזיק).

[לגבי קושיית בעה"מ והרמב"ן על הגמרא, שפטרה במצב תחילתו בפשיעה לגמלים וסופו באונס להתלעה – תירץ הרמב"ן, ששם לא שייך לחייב מדין תבו"ב, משום שאין האונס בא מחמת הפשיעה, והכיסוי היה מתליע בכל אופן (ועיין שם בתוס' ד"ה ושכיחי). בעה"מ מחדש בתירוצו, שנתייחד דין בור משאר האבות, שבו אין פטור של תבו"ב כלל.]

הגדרת האונס בתבו"ב בניזיקין

עד כה ראינו שני מצבים של תבו"ב בניזיקין: תבו"ב ביחס למעשה הנזק – בפשיעה לגבי חרש ואונס לגבי פיקה – שעל כך אמר הראב"ד שאין לקשר מקרה זה לדיני תבו"ב כלל; ותבו"ב ביחס ליצירת המזיק – בפשיעה לגמלים ואונס להתלעה – שהוא המצב הפשוט של תבו"ב בשומרים.

סוגיית הכלב והגדי שקפצו מראש הגג עוסקת, לכאורה, באופן הראשון של תבו"ב, שהרי כאן המקרה הוא שהיתה פשיעה של הבעלים לעניין קפיצה של הכלב, אך מקרה זה לא קרה, ומה שקרה בפועל היה נפילה של הכלב – ומקרה זה מוגדר כאונס. לכאורה חילוקו של הראב"ד יהיה נכון גם כאן, כיון שכאן הדיון הוא לגבי חיוב הבעלים בניזקי ממונו, ואם כן, איננו יכולים לחייב את הבעלים על כך שלא שמר את הכלב, כשהעלה אותו לראש הגג ואפשר לו לקפוץ על הכלים – שהרי אין זו הסיבה המחייבת בניזיקין – אלא רק על הנזק שקרה; אבל הנזק שקרה התרחש באונס! ובכל זאת הגמרא מבינה שיש לקשור מקרה זה לדיני תבו"ב, ולמ"ד שתבו"ב חייב – יש לחייב גם כאן.

כדי להבין את אופן החיוב במצב זה, עלינו לבחון מחדש את חיובו של הבעלים על נזקי ממונו. אי אפשר לומר בהלכות נזיקין, שחיובו של הבעלים הוא על פשיעתו בשמירה

(כבשומרים); על כן, אם נרצה לחייב את בעל הכלב במקרה שלנו, לא נוכל לומר שהוא חייב על הפשיעה. מכאן שעל כרחנו נצטרך לומר, שהוא מתחייב על הנזק שקרה – למרות שקרה באונס. דבר זה נוכל לעשות רק אם נגדיר שלמעשה לא היה כאן אונס כלל.

נבחן את פטור הבעלים במקרה של אונס. לכאורה, סיבת הפטור של הבעלים במקרה של אונס (כלב שנפל על כלים) היא מפני שהמעשה לא היה צפוי. אי אפשר לדרוש מהבעלים שייצפה שהכלב ייפול מראש הגג, כיוון שהתרחשות כזאת איננה שגרתית ואיננה צפויה כלל. הבעלים לא יכול היה לצפות שכך יתנהג הכלב, ולכן אם בסופו של דבר אכן הכלב נפל מראש הגג – לא נוכל להטיל את החיוב על הבעלים. לפי הגדרה זאת, באמת לא יובן מדוע מחייבת הגמרא את בעל הכלב על נפילתו מראש הגג, גם אם פשע לגבי קפיצתו, שהרי מבחינת הבעלים, אף שידע שהכלב עלול לקפוץ – כלל לא העלה על דעתו שהכלב ייפול. לכן לגבי הבעלים מקרה של נפילה הוא אירוע לא-צפוי, שמוגדר כאונס, ואי אפשר לחייב אותו על כך.

אבל אם נגדיר את פטור האונס באופן אחר, שלא מתייחס למעשה הכלב, אלא לתופעת הנזק – ניתן יהיה להבין את הדין. לפי הבנה זאת, אין הבעלים טוען, במקרה של אונס, ש"לא צפה שהמזיק יזיק", אלא ש"לא צפה שייקרה הנזק ע"י המזיק". וברוגמה שלנו: הבעלים טוען: "לא צפיתי שיישבר הכלי ע"י הכלב", והוא לכאורה צודק, משום שכדי שהכלי יישבר צריך הכלב ליפול עליו – ואירוע זה הוא דבר בלתי-צפוי. אלא שבמקרה שלנו לא יוכל הבעלים לטעון כך, שהרי כן היה יכול לצפות את שבירת הכלי – אם הכלב יקפוץ עליו! תופעת הנזק היתה צפויה מבחינתו, כשהעלה את הכלב לראש הגג, ולכן גם אם הנזק התרחש בסופו של דבר באופן לא צפוי – אין בזה בכדי לפטור את הבעלים.

הגדרה כזאת של פטור האונס של הבעלים צריכה לנבוע מתוך הבנה מחודשת של חיובו של הבעלים על נזקי ממונו. עד עכשיו הבנו שחיוב הבעלים הוא על מעשי ממונו: לבעלים יש כלב, שדרכו לעשות כל מיני מעשים, והתורה הטילה עליו אחריות על כל מעשיו – וממילא: על כל הנזקים שיתרחשו כתוצאה ממעשיו. אבל לפי הבנה זאת, יוכל הבעלים לטעון שמעשה הנפילה הוא בלתי-צפוי (גם אם מעשה הקפיצה הוא צפוי). לכן נגדיר אחרת את חיוב הבעלים, כחיוב על נזקי ממונו: לבעלים יש כלב, ודרכו לעשות כל מיני מעשים, שעלולים להזיק, והתורה כללה באחריותו של הבעלים את כל הנזקים שיעשה כלבו. לפי זה, נזק של שבירת כלי, שינבע מקפיצתו של הכלב עליו מראש הגג, נכלל באחריות הבעלים, ומכאן שאף אם למעשה הוא יתרחש באונס – לא נגדיר את הבעלים כאונס (שהרי ידע על אפשרות הנזק הזו, ואחריותו מוטלת עליו אם תתרחש), והוא יתחייב בסגנון אחר: בהגדרה הראשונה מתחייב הבעלים לשמור על הכלב, ואם לא יעשה כך – יצטרך לשלם על נזקיו; ובהגדרה השנייה מתחייב הבעלים לשלם על נזקי הכלב, וחיוב השמירה הוא רק אפשרות של הבעלים להימנע מלשלם עליהם.

יש לציין, שכדי להגדיר את הבעלים כ"לא-אנוס" על נזק הכלי, צריך להעמיד שהכלי שנשבר ע"י הנפילה הוא אותו הכלי שעלול היה להישבר ע"י הקפיצה, כך שאחריות הבעלים על נזקי כלבו כללה את שבירת אותו הכלי. כך מעמידים התוס' (ד"ה הא) והרשב"א את המקרה בגמרא (וראה להלן).

שיטת היש"ש: הרחבת אחריות הבעלים

מהמשך הסוגיה בגמרא עולה מקרה נוסף של תבו"ב בניזקין:

פעמים שאפילו נפלו נמי חייב [גם למ"ד תבו"ב פטור], משכחת לה בכותל רעוע.
 – מאי ניהו? דאיבעי ליה לאסוקי דעתא דנפיל ארחי? סוף סוף לא נפל ארחי, ונפול אינהו –
 תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא [ולמ"ד תבו"ב פטור - יפטור במקרה זה]!

המקרה המדובר הוא, שהגדיים שקופצים על הכותל הרעוע מועדים להפיל אריחים מן הכותל, שייפלו על הכלי ויישברו אותו (-פשיעה), ולבסוף נפלו הגדיים עצמם על הכלי ושברוהו (-אונס). כך מבאר הרשב"א את המקרה. גם במקרה זה נצטרך לבאר על-פי ההגדרה שראינו לעיל: הבעלים שהעלה את גדייו לגג צריך לקחת בחשבון את כל הנזקים שהם עלולים לעשות – וכעת כבר לא משנה כיצד בפועל יעשו הגדיים את הנזק, ואין לו טענת אונס. הפשיעה מגדירה לבעלים את פוטנציאל הנזק של הגדיים: גדיים על כותל רעוע עלולים להזיק לכלי (אם יפילו עליו אריח), וזה מספיק כדי להגדיר ש"ממונו הזיק את הכלי", גם בתבו"ב (כשנפלו על הכלי).

אמנם כל זה נכון כל עוד "ממונו הזיק", שבמקרה כזה אין לו טענת אונס על מעשי ממונו שאינם צפויים (אלא רק על נזקי ממונו שאינם צפויים, כמו בשור פיקח ושור חרש). אבל ברור שאם הבעלים יפשע בממונו, וכתוצאה מכך יקרה נזק ע"י ממון אחר (של הפקר, למשל) – הרי שנחזור להגדרה העקרונית שראינו לעיל בחיוב נזיקין (בשונה מחיוב שומרים), שחיוב הבעלים איננו על פשיעתו בשמירה (שהובילה לנזק), אלא על הנזק עצמו (שנבע מפשיעה בשמירה), ונאמר, שסוף-סוף מעשה הנזק שקרה לא התרחש ע"י ממונו של הבעלים, אלא ע"י ממון אחר. אמנם הנזק התרחש כתוצאה מפשיעתו של הבעלים בשמירת ממונו – אך, כאמור, אי אפשר לחייבו על עצם הפשיעה.

לאור זאת תמוה מאוד הסברו של היש"ש. היש"ש (ס"ו ט) מבאר את המקרה הנ"ל באופן שונה מהרשב"א. וזו לשונו:

ואפילו אם הכותל רעוע, שראויה ליפול ממנו אבנים ולשבר כלים, ולא נפלו, ונפלו הכלב או הגדי ושברו הכלים – משלם נזק שלם.

לפי הסברו, המדובר הוא בכותל רעוע, שאריחיו עלולים ליפול מעצמם ולהזיק את הכלי (-פשיעה), אך מה שקרה בפועל היה שגדיים טיפסו על הכותל ונפלו ממנו (-אונס). לכאורה הסבר זה קשה ביותר: כאן הרי התרחש הנזק כתוצאה מנפילת הגדיים, והגדיים הם אלו שהזיקו לכלי, ולא אריחי הכותל (שהם ממונו של בעל הכותל)! כיצד ניתן לחייב את בעלי הכותל על מעשי הגדיים, גם אם פשיעתו בשמירת הכותל היא שאיפשרה לגדיים להזיק? !
 ועוד: עד עכשיו ביארנו את חיוב תבו"ב בניזקין, במקרים של הסוגיה המדוברת, כנובעים מכך שהמצב לא מוגדר כ"אונס": אחריות הבעלים על נזקי-גדייו (לפי הסבר הרשב"א) היא שמחייבת אותו לשלם על שבירת הכלי, גם אם הגדיים שברו אותו באופן לא-צפוי. אולם לפי הסבר היש"ש – ודאי שמדובר כאן על אונס גמור, שהרי בעלי-הכותל לא אמור היה לדעת שיבואו גדיים ויטפסו על הכותל וייפלו ממנו. לכן גם אם נצליח לקשר

את מעשה הגדיים אל בעל הכותל, ככל זאת יהיה לו פטור של אונס גמור, כנפילתם של הגדיים!

לא נוכל, לפי זה, לתלות את החיוב בנזק עצמו (ע"י שלא נגדיר אותו כאונס, כפי שראינו לעיל בגמרא), ואם כן יהיה עלינו לחזור בנו מהחילוק העקרוני שעשינו בין הלכות שומרים להלכות נזיקין, ולהגדיר את חיובו של בעלי הממון כנובע מפשיעתו: בעקבות פשיעתו של בעלי-הכותל ואי-השמירה עליו התרחש נזק, וזו הסיבה המחייבת אותו. מוכן שהגדרה זו קשה מאוד.

יותר מזה: היש"ש עצמו שואל על המקרה הנ"ל, שהוא איננו עומד בגדרי דין תכו"ב,

דאפילו אם היה הכותל ברי, היה יכול שיפלו הכלב והגדי ממנו, וקיי"ל בפרק המפקיד היכא דלא בא האונס מחמת הפשיעה - פטור לכו"ע.

כלומר: כאן הפשיעה לא נבעה מהאונס, שכן הגדיים היו מטפסים על הכותל בכל מקרה, גם אם הוא היה כותל בריא, ואם כן לא נכון לומר שפשיעתו של בעל-הכותל היא שהביאה לנזק; הנזק היה קורה גם בלא פשיעתו. תשובת היש"ש:

זה אינו, דהאונס גם כן מחמת הפשיעה, דאם היה סותר כותלו לא היו עולים עליה הכלב והגדי ונפלי ומוקי.

כאן מוסיף היש"ש ומשנה את הגדרת הפשיעה במקרה הנדון. החיוב הוא על כך שהיה על הבעלים לסלק את כותלו, ולא סילק. אילו היה מסלק את הכותל – לא היו הגדיים מטפסים, והנזק היה נמנע. משום כך, מסביר היש"ש, נחשב כאן שהפשיעה הביאה לאונס, וחייב. דבריו אלו של היש"ש עוד יותר לא מובנים. שהרי גם אם נרצה לחייב את בעל הכותל על פשיעתו – אין פשיעתו בכך ש"לא סילק את הכותל", אלא בכך ש"שם מזיק" (או ש"כרשותו מזיק"). כך נאמר גם בשומרים: אם במקרה של צריפא דאורבני היה צריך השומר לבנות כותל על-מנת למנוע משריפה להגיע לכסף, ולא בנה; וכתוצאה מכך באו גנבים, שהצליחו להגיע אל הכסף משום שלא היה כותל שעצר אותם [מלבד העובדה שלא שכיחים גנבים בצריפא דאורבני – ובהקבלה למקרה שלנו: גם כשהגיעו הגדיים, הם הזיקו באונס, שהרי לא קפצו אלא נפלו על הכלין] – האם נגיד גם במקרה כזה שהפשיעה של השומר גרמה לאונס של הגנבים?!

נראה שכדי להבין את דברי היש"ש יהיה עלינו להגדיר באופן שונה מכפי שראינו עד כה את חיובו של הבעלים על נזקי ממנו. כאמת לא נגדיר שהחיוב הוא על הפשיעה, כבשומרים, אלא על הנזק; ובכל זאת קשה לומר שהכותל הזיק – שהרי הגדיים הם אלו שהזיקו; וקל-וחומר שאי אפשר לומר ש"אי-סילוק הכותל" נחשבת מזיק. לפי זה נראה, שהחיוב בהלכות נזיקין איננו תלוי כלל בפעולת המזיק, אלא החיוב הוא על עצם הנזק שקרה. הבעלים איננו אחראי על "מעשי הנזק שגרם ממנו" (וגם לא על "ממונו שעשה פעולה מזיקה"), אלא הנזק עצמו: לאדם יש מזיק שמועד להזיק לכלי; במציאות כזאת, שהמזיק עומד על-יד הכלי ומאיים להזיק אותו, באה התורה ומטילה על בעלי-הממון אחריות על נזקו של הכלי, שעלול לקרות מעצם מציאותו של המזיק לידו. עכשיו כבר לא משנה באיזה אופן יקרה הנזק: אם כתוצאה מפשיעה או באונס; ואפילו אין זה משנה אם

הנוק ייעשה ע"י המזיק עצמו או כתוצאה מהשתלשלות כלשהי של אירועים שיקרו מכך שיש כאן מזיק.

במילים אחרות: עד כה ראינו שתי הגדרות אפשריות לחיוב הבעלים על מעשה ממונו: בתחילה הגדרנו את חיוב הבעלים על המעשים עצמם, ומעשים מזיקים של ממונו מחייבים אותו בתשלום על הנזקים. הסבר זה הספיק כדי לבאר את פטור הבעלים במקרה של שור פיקח ושור חרש, אך לא הספיק לבאר את דין הכלב והגדי שנפלו מראש הגג. לכן הגדרנו, שמעשי הממונו אינם הגורם לחיוב, אלא הם מגדירים את אחריות הבעלים על פוטנציאל הנזק של ממונו (שמוגדר עפ"י מה שעלול לקרות כתוצאה מהמעשים), והבעלים אחראי על נזקי ממונו (שנובעים ממעשי ממונו). לפי היש"ש נצטרך להמשיך ולומר, שגם פוטנציאל הנזק של ממונו איננו הגורם לחיוב, אלא הוא מגדיר את כלל הנזקים שנכנסים תחת אחריותו של הבעלים, וכל נזק שיש לממונו פוטנציאל לעשות אותו ייכנס תחת אחריות הבעלים, שאם הוא אכן יתרחש – ואפילו לא ע"י מעשי ממונו, אלא ע"י עצם מציאות ממונו המזיק בלבד – יתחייב הבעלים.

לעניין חיוב בנזיקין הגדירה התורה את הבעלים על המזיק כ"בעלים על הנזק", והוא יהיה הכתובת שאליה יפנה הניזק כשירצה לתבוע את נזקו. לכן מובן מדוע אי-סילוק הכותל גורם את החיוב (למרות שבוודאי איננו נחשב פשיעה, כנ"ל): משום שעצם מציאותו של הכותל מאיימת על הכלי (אם יפלו אריחים), ולכן שמה התורה תחת אחריותו של בעל הכותל את נזקי הכלי, גם אם לא יפול עליו אריח, אלא יקרה מקרה משונה של גדיים שיטפסו ויפלו על הכלי, כאונס גמור; כיון שסוף סוף מציאותו של הכותל המזיק בטווח איום על הכלי היא שאיפשרה את הנזק לכלי, ואף שסופו באונס – תחילתו ב"פשיעה" (כלומר: באחריות על המזיק).

הבנה זאת מפליגה מאוד בהגדרת חיוב הבעלים על נזקי ממונו, אולם בכל זאת יש לה יתרון מסויים, משום שלפיה מתפרש המושג "תחילתו בפשיעה וסופו באונס" בהלכות נזיקין באופן דומה לפירושו בהלכות שומרים. לפי הבנת הרשב"א נאלצנו להגדיר את החיוב במקרה של תבוב – לא כחיוב על הפשיעה, אלא באופן כזה שאין כאן אונס כלל (בשונה מההגדרה בהלכות שומרים). אולם לפי היש"ש, יובן שאעפ"י שהאונס הוא אונס גמור, הרי שהחיוב הוא – כמו בשומרים – על ה"פשיעה"; אלא שהגדרת ה"פשיעה" בהלכות נזיקין היא שונה, כמובן, מהגדרתה בהלכות שומרים, והיא – הטלת אחריות על מציאות של מזיק; בניגוד לשומרים, שהפשיעה היא בחוסר השמירה.

שיטת השטמ"ק ובעה"מ: הגדרת המציאות המזיקה

ראינו את הגדרתו של היש"ש, שהיא אכן מחודשת, אמנם יותר פשוט להישאר בהגדרת הרשב"א בסוגיה.

נבחן כעת דעה נוספת המובאת בסוגיה. הבאנו לעיל את דברי הראשונים, שמוצאים אוקימתא למקרה, והיא שהכלי שנשבר בנפילת הגדי והכלב הוא אותו כלי שהיה מועד להישבר בנפילה. זאת מחמת קרשיית התוס':

היכי דמי: אי מקרבי כלים לגבי כותל – היכי מיתברי בקפיצה? והא אמרינן בסמוך דכי קפצי מאבראי קפצי. ואי מרחקי – היכי משתברי בנפילה?

על כך מיישבים תוס' (ושאר הראשונים):

וי"ל כגון שהיו לא מרוחקות ולא מקורבות, דמיתברי בין בנפילה בין בקפיצה. אי נמי, בכלי ארוך, שאי נפלי לצד הסמוך לכותל – מיתבר, ואי קפצי – מיתבר לצד המרוחק.

אולם בשטמ"ק מובאת דעה אחרת (בשם ה"ר ישעיה), שמיישבת את הקושיה באופן אחר. לדעתה, מדובר בשני כלים: האחד – מרוחק מהכותל, והוא שהיה מועד להישבר מהקפיצה; והשני – מקורב לכותל, והוא שנשבר בפועל.

דעה זו צריכה ביאור: הרי לפי כל ההגדרות האפשריות של תבו"ב, הצרכנו שהנזק שקרה באונס הוא אותו הנזק שמועד היה להתרחש בפשיעה, ורק משום פשיעתו של הבעלים לגבי הכלי הזה אפשר לחייב אותו על שבירתו. כאן מדובר בפשיעה לגבי כלי אחד (ואם הוא היה נשבר באונס – היה הבעלים מתחייב), אך הכלי השני – שהוא שנשבר בפועל – לא היה צפוי כלל שיישבר, ואם כן שבירתו נעשתה באונס גמור!

[ניתן ליישב, שיש להסתכל על שני הכלים כיחידה אחת: "ערימת כלים", ולגבי כל הערימה נחשב שהבעלים פשע (ודבר זה יסתבר יותר אם מדובר בכלים של בעלים אחד). אבל יישוב זה קשה, משום שאין סיבה אמיתית לצרף את שני הכלים ליחידה אחת, ומדוע לא יוכל המזיק לטעון שלא צפה את שבירת הכלי הקרוב לכותל?]

למעשה כבר ראינו טענה כזאת, שמגדירה מצב של פשיעה לניזק אחד ואונס לניזק אחר כתבו"ב, היא דעת בעה"מ שהבאנו לעיל. גם שם דובר על מזיק אחד – הבור – אך הפשיעה לגבי נפילת השור החרש חייבה את הבעלים, לדעת בעה"מ, על האונס של נפילת השור הפיקח. ואכן, גם על דעתו הקשינו למעלה מדוע נכלל מקרה זה כתבו"ב בנוזיקין.

כדי ליישב את שתי הדעות הללו, צריך להגדיר את הפשיעה באופן רחב יותר ממה שהגדרנו עד כה. בדרך כלל מצטמצמת הפשיעה למעשה אחד: "קפיצת הגדי והכלב על הכלי הרחוק"; "נפילת שור חרש לבור" – ואז לא מובן מדוע המקרה שקרה בפועל לא נחשב אונס גמור. אולם נראה שבעה"מ והשטמ"ק מגדירים את הפשיעה עפ"י המציאות הכללית של המזיק: "גדי וכלב בראש הגג"; "בור ברשות הרכים", ולא רק עפ"י המעשה המסוים שעלול לגרום לנזקים. גדי וכלב בראש הגג – הם מזיקים פוטנציאליים, שעלולים לגרום נזקים; ואמנם מה שצפוי לקרות, באופן מעשי, הוא רק הקפיצה, ונפילת הגדי והכלב איננה צפויה כלל, אך לעניין הגדרת הפשיעה של הבעלים – הקפיצה היא רק ה"היכי תימצוי" שגורם להגדיר את כל מציאות הגדי והכלב כמציאות מזיקה. במילים אחרות: כדי להגדיר את מציאות המזיק (וממילא – את פשיעת הבעלים ואת קבלת האחריות מצידו על הנזקים שיקרו), צריך לבחון אם קיימת מציאות מעשית של נזק, כלומר: אם יש מעשה מסוים שעלול לקרות (קפיצת הכלב והגדי, נפילת השור החרש לבור); אך לאחר שמצאנו מקרה כזה – כבר אין צורך להתמקד במעשה המסוים של המזיקים, והמעשה המזיק גורם לנו להסתכל על כל המצב הנוכחי כמצב מסוכן, שעלול להזיק, וממילא מוטלת אחריותו של הבעלים על כך: אם יקרה נזק כתוצאה ממצאותו זו – הגדי והכלב יפלו, שור פיקח יפול

לבור – ישא הבעלים באחריות על המצב, ועל אף שהנזק התרחש באונס, הרי שמציאות המזיק (גדי וכלב בראש הגג, בור ברשות הרבים) התחילה בפשיעה.

הגדרה זו מעלה את השאלה לגבי הגדרת גבולות המציאות של המזיק: איננו מתייחסים למעשה המסוים של המזיק, אלא מגדירים את כלל הימצאותו של המזיק כפשיעה. אם כן יש לבור כיצד אנו תוחמים את המציאות. האם, לאחר שהגדרנו את המזיק כמזיק – כל מה שיקרה עכשיו, ואפילו באונס, יהיה תחת אחריות הבעלים?

לגבי שני המקרים המובאים לעיל ההגדרה די פשוטה. בגדי וכלב בראש הגג, נראה להגדיר את הימצאותם "בראש הגג" דווקא כמציאות מסוכנת, משום שבעלי-חיים אלו לא היו אמורים להיות שם. לכן קל יותר לתחום את מציאות המזיק לגביהם, ולומר שכל נזק שיתרחש כתוצאה מהימצאותם על הגג יהיה באחריות הבעלים. אמנם גם כאן עלינו לשאול: ומה יהיה הדין בגג רחב מאוד? האם כל מעשי הנזק שייקרו על הגג – באונס – ייכנסו תחת אחריות הבעלים (למשל: אם הגדי והכלב יגיעו באופן משונה ובלתי-צפוי לצד השני של הגג ויזיקו שם)?

גם לגבי בור ברשות הרבים, קל לתחום את מציאות המזיק, שהרי במקרה זה למזיק הבור יש גבולות ברורים, ונוכל להגדיר את מציאות הבור כולו כ"מציאות מזיקה", לעניין כל מקרי האונס שיתרחשו בה. אדם שחפר בור ברשות הרבים – ונזק כלשהו עלול להיגרם מכך (שור פיקח שייפול לתוכו) – יוגדר כפושע לגבי כלל הימצאות הבור, וכל הנזקים שיתרחשו ייכנסו תחת אחריותו.

אולם כשנעבור להתכונן במקרים אחרים – נתקשה יותר להגדיר את התחומים: אדם שיוציא את שורו לרשות הרבים ולא ישמור עליו – מעשה שנחשב בפשיעה לגבי נזקי קרן שיעשה השור שם – האם נגדיר את כל "מציאות השור ברשות הרבים" כמציאות מזיקה, וגם אם יגיע השור לקצה השני של העיר ויזיק שם באונס נחייב את הבעלים? (ואולי נחלק בין אותו רחוב לרחוב אחר, וכו').

מכל מקום, נראה שהגדרת הגבולות היא שהביאה את בעה"מ להקשות על הראב"ד משני המקרים שמובאים בגמרא, באופן הדרגתי. שאלת בעה"מ היא: גם אם נסכים לראב"ד, ונגדיר את מציאות הבור כפושע רק לעניין שוורים חרשים, ולא לגבי שוורים פיקחים – כלומר: לא נסתכל על "מציאות הבור" בכללה כמזיקה לגבי כל השוורים, אלא רק לגבי חלק מהם – יהיה קשה יותר להגדיר את מציאות הבור כפושעת לגבי אותו השור, בזמנים שונים: "בור ברשות הרבים ביום" ייחשב מציאות מזיקה, אך בלילה תשתנה הגדרתו, והמציאות כבר לא תוגדר כמציאות מזיקה המחייבת את הבעלים.