

חיוב התורה בנזקים על מעשים נורמליים ולא נורמליים

מבוא

מסכת בבא קמא עוסקת בששת פרקיה הראשונים בנושא אחד מרכזי - דיני נזקים. אדם הזיק בגופו, במעשיו או בממונו, והש"ס עוסק בשאלה מתי המזיק צריך לשלם וכמה.

ההבנה הפשוטה והאינטואיטיבית בדיני נזקים רואה את התשלומים כפיצוי. ראובן הזיק את שמעון וחסר אותו ממון, ולכן עליו להחזיר לו את שווי הנזק ולהחזיר אותו למעמדו הכלכלי הראשון.¹ אמנם, נדמה שאפשר להציע זווית נוספת לבחון את דיני נזקים על ידי בחינת המעשה שהזיק. האם המעשה שגרם לנזק היה לגיטימי או שהוא מלכתחילה לא היה אמור לקרות? נדמה שבאינטואיציה ברור לרובנו שיש הבדל בין אדם שנוהג ללא רישיון, אדם בעל רישיון שנוהג ומתעסק בטלפון, או אדם בעל רישיון שנוהג כראוי ופתאום איבד ריכוז וממילא את השליטה על רכבו.

אותה שאלה ואותו חילוק אפשר להציע גם בדיני נזקים. האם המזיק התרשל במעשיו שגרמו לנזק? אולי הוא בכלל נהג כראוי, ובמקרה נגרם הנזק? האם דין ילד ששובר את משקפי חברו במשחק כדורגל זהה לדין ילד שמרביץ לחברו ושובר את משקפיו?

* תודה יקרה לרב ישי אנגלמן, ר"מ בישיבת ברכת משה מעלה אדומים, אשר זכיתי ללמוד אתו בחברותא את מסכת בבא קמא. רבים מהדברים שנכתבו כאן התלבנו והתבררו תוך כדי הלימוד שלנו, בבחינת "נועם" - אלו תלמידי חכמים שבארץ ישראל, שמנעימין זה לזה בהלכה" (סנהדרין כד, א).

1. המחנה אפרים (נזקי ממון א) והחזון איש (בבא קמא ו, ג) אף דנים בהרחבה במקרה בו ראובן הזיק את שמעון בחפץ ששווה סכום מסוים של כסף, ועד העמידה בדין שווי החפץ עלה או ירד. מה אופי הפיצוי? האם להחזיר לניזק את החפץ אותו הוא איבד או את השווי הכלכלי שיכל להיות לו כרגע?

חשוב לציין שדיונם של המחנה אפרים והחזון איש אינו פוגע בהצעה שנציע בהמשך המאמר. המחנה אפרים והחזון איש דנים בגובה התשלום, ובדין זה הגיוני מאוד לשים את הדגש על אופי הפיצוי. אמנם, במאמר עצמו אנו רוצים לדון בשאלה מתי בכלל יש חובת תשלום, ולשאלה זו נציע כיוון אחר.

בנושא זה נדון במאמר שלפנינו. נציע דרך חדשה לבחון את שאלת החיוב על נזקים, וננסה לברר את גבולות הגזרה ואת אופייה של דרך חדשה זו. איך היא משפיעה על הגדרות הרשויות השונות לענייני נזקים, ואילו מעשים מותרים במקומות שונים?

מעשים לגיטימיים ולא לגיטימיים

הברייתא בבבא קמא (בגמרא יד, א) מונה ארבע רשויות שונות לענייני נזקים:

ארבעה כללות היה ר' שמעון בן אלעזר אומר בנזקין:

כל שהוא רשות לניזק ולא למזיק - חייב בכל.

דמזיק ולא לניזק - פטור מכל.

לזה ולזה... - פטור בה על השן ועל הרגל, על הנגיחה... תם - משלם חצי נזק, מועד

- משלם נזק שלם.

לא לזה ולא לזה, כגון חצר שאינו של שניהם - חייב בו על השן ועל הרגל, על

הנגיחה... תם - משלם חצי נזק, מועד - משלם נזק שלם.

הברייתא מלמדת שאדם שנכנס לרשות חברו והזיק, חייב בכל. אם הזיק ברשותו, פטור בכל. ברשות משותפת, פטור משן ורגל וחייב בקרן. מפשטות הברייתא עולה שברשות של אדם שלישי המזיק חייב בכל, אך הגמרא (שם) עושה אוקימתא ומסבירה שלרשות של אדם שלישי יש דין דומה לרשות משותפת, שפטור משן ורגל וחייב בקרן.

מה יסוד ההבדל בין הרשויות השונות? ועוד צריך לשאול, מה ההבדל בין קרן לשן ורגל, שיש מקומות שחייב על אחד ופטור על האחר?

המשנה (א, א) מונה ארבעה אבות נזיקין - שור, בור, מבעה והבער. שמואל (בגמרא ג, ב) מפרש שמבעה פירושו שן, והגמרא מציעה לבאר לפי זה ש"שור" מתייחס לקרן. הגמרא (ד, א) ממשיכה ושואלת למה המשנה הייתה צריכה לכתוב גם נזקי שן וגם נזקי קרן, ומסבירה שלא היה אפשר ללמוד מקרן לשן בגלל ש"קרן - כוונתו להזיק".² לכאורה תמוה, שכן כוונה להזיק רק מקשה על היכולת לשמור וממילא ראוי שתהיה סיבה לפטור, כפי שסברה הגמרא שהוא אמינא וכפי

2. הצעה זו נדחית למסקנה, והגמרא מפרשת את האב "שור" כמתייחס לרגל, אך הגמרא דוחה את ההצעה הראשונה מסיבה צדדית לענייננו.

שמסביר תוספות (ג, ב' לא ראי'). מה יש בכוונה להזיק שהופך את הנזק לחמור יותר, וממילא מצריך לפרט במשנה גם שן וגם קרן?³

נראה להציע שעולה מכאן יסוד כללי: התורה לא מחייבת אדם על כל נזק שבהמתו גרמה, אלא דווקא על נזק שנגרם כתוצאה ממעשה המוגדר 'לא לגיטימי', כלומר, מעשה שבעיקרו פן שלילי. או במילים אחרות, מעשה שמלכתחילה אין לו מקום. נזקי שן ורגל נעשים כתוצאה ממעשים לגיטימיים, ולכן לא משלמים עליהם. מעשה לגיטימי פירושו מעשה חיובי ביסודו אלא שנלווה לו פן שלילי, ואילו מעשה שאינו לגיטימי פירושו מעשה שיש לו רק פן שלילי.

בפירוש הביטוי "כוונה להזיק" נחלקו הראשונים. משיטת הרמב"ם עולה שהוא סובר שהכוונה למעשה שמהותו היא נזק ולא דווקא למעשה שנעשה עם כוונה להזיק,⁴ ולפי זה ברור שהמעשה אינו לגיטימי. משיטת תוספות עולה שהם

3. הברכת אברהם (ד, א) מסביר שמכיוון שבהנאה ובכוונה הבהמה יותר רוצה להזיק, קשה מאוד לניזק לשמור על עצמו מהנזק, וממילא יש יותר מקום לחייב את הבעלים כדי לוודא שהוא מונע את הנזק. עולה מדברי הברכת אברהם שהסוגייה כולה סובבת סביב אותה נקודה - הקושי לשמור על הבהמה שלא תזיק. בהו"א הגמרא חשבה שזו סיבה לפטור את הבעלים, מכיוון שהוא כעין אנוס, ולמסקנה הגמרא מבינה שזו סיבה לחייב את הבעלים, כדי שימנע את הנזק. לכאורה קשה, והרי אם באמת הבעלים הוא כעין אנוס, כפי שהגמרא חשבה בהו"א, מה תעזור הטלת הנזק על הבעלים? נדמה שצריך לומר שאכן הגמרא מבינה שהנזק הוא בלתי נמנע, אך במקרים כאלה ראוי להטיל את האחריות לנזק על המזיק כדי שישכח את היווצרות המצב הבעייתי. אמת הוא שכשהבהמה נמצאת ברשות הניזק ויש לידה פירות, קשה מאוד לשמור שלא תאכל את הפירות, אך ביכולתו של המזיק לוודא שבהמתו לא מגיעה לרשות חברו במצב מועד-לפורענות כזה.

4. הגמרא (טז, א) מביאה בשם רבי אלעזר שרק בפכים גדולים יש דין תמות, אך פכים קטנים הם אורחיה ומשלם נזק שלם. כך גורסות הלישנא קמא ולישנא בתרא, ואילו הלישנא האמצעית פוסקת שאין הבדל אלא בכל מקרה חייב חצי נזק.

נחלקו הראשונים איך לפסוק, והרמב"ם (א, ה) ובעקבותיו השו"ע (שפט, ז) פוסקים כמו לישנא קמא ובתרא, שבפכים קטנים משלם נזק שלם. רש"י (על אתר) מסביר בפשטות שחיוב נזק שלם הוא תולדה של רגל, ולכן פטור גם ברשות הרבים. אמנם, מדברי הרמב"ם מוכח שהוא סובר שהחיוב הוא מדין קרן מועדת.

הרמב"ם (שם) מבחין בין שן לרגל לפכים קטנים ואומר על כל אחד משלושת הדינים שהוא מועד מתחילתו, וכך מציין ר' נחום (טז, א). הרמב"ם מתייחס בהלכה זו ל'בהמה', 'שן' ו'רגל'. בהמה בפשטות מתייחסת לקרן, ולבסוף הרמב"ם אומר ש'בהמה מועדת מתחילתה לרבוץ על פכין קטנים', ומשמע אם כן שהחיוב הוא מדין קרן.

מפרשים את הכוונה להזיק כפשוטה, שהשור רוצה להזיק במעשהו,⁵ וגם לפירוש זה נראה להסביר שמעשה שנעשה עם כוונה להזיק אינו לגיטימי ולכן חייבים עליו בכל מקום.⁶

נדמה שהבנה זו עולה בבירור מדברי הראב"ד במקום אחר. הגמרא בכמה מקומות (ג, ב; כח, ב ועוד) דנה במחלוקת רב ושמואל בהגדרת נזק שנגרם מממונו של אדם שהונח ברשות הרבים והזיק (כשמישהו התנגש בו/החליק עליו וכדומה). רב סובר שהחיוב הוא מדין "ממונו", שכן ממנו הזיק, ואילו שמואל סובר שהחיוב הוא מדין "בור", שכן הנזק נעשה בצורה של בור.

הראב"ד (כח, ב) מקשה שלכאורה שיטת רב אינה מובנת - הרי אין אב של "ממונו" אלא שלושה אבות של שור - שן, רגל וקרן. סכין שהונחה ברשות הרבים ופלוני דרך עליה ונפצע אינה נכנסת לאף אחת מהקטגוריות - אין דרכה של הסכין ללכת להזיק, אין הנאה להיזקה ואף אין לה כוונה להזיק. הראב"ד (ובעקבותיו הרשב"א) עונה כך:

בנוסף, בהמשך הפרק הרמב"ם (א, י) מונה שלושה אבות בשור - קרן, שן ורגל, ומונה את הרביצה בתוך תולדות הקרן. הרמב"ם לא מחלק בין פכים גדולים לפכים קטנים, ומשמע שבכל מקרה הנזק הוא תולדה של קרן.

דיוקים אלה אינם מוכרחים, אך ישנה עוד הוכחה ניצחת שהרמב"ם סובר שרביצה על פכים קטנים היא מעשה קרן שמועד מתחילתו. הרמב"ם (א, ח) דן בפטור ברשות הרבים ואומר שתולדות השן והרגל פטורים ברשות הרבים, ואילו קרן חייבת ברשות הרבים. הרמב"ם ממשיך ומונה את תולדות הקרן - נגיחה, נגיפה, רביצה וכו', ואומר עליהם "אם תמה היא משלם חצי נזק, ואם מועדת משלם נזק שלם". מדברי הרמב"ם מוכח שכל רביצה חייבת ברשות הרבים, אלא שיש רביצות של חצי נזק ויש רביצות של נזק שלם. רביצה על פכים קטנים היא מעשה שהבהמה עושה בלי לחשוב, ולכן משלמים עליה נזק שלם. מכך שהרמב"ם מתייחס לרביצה על פכים קטנים כקרן (מועדת) מוכח שהכוונה להזיק של קרן אין פירושה רצון של הבהמה להזיק אלא שהפעולה המזיקה היא פעולת היזק במהותה.

המגיד משנה מדייק מלשון הרמב"ם (א, ו) שהוא סובר שאריה וכדומה משלמים נזק שלם מדין קרן מועדת מתחילתה. האריה בוודאי טורף להנאתו ולא בשביל לאכול, ומוכח שההגדרה של קרן אינה הרצון להזיק אלא היות הפעולה המזיקה פעולת היזק במהותה, כמו טריפה.

5. כך עולה בבירור מדברי תוספות (ג, ב) שמסבירים שקשה יותר לשמור על שור ממעשים שכוונתו להזיק בהם, שכן "יצרו תקפו" והוא רוצה להזיק, "ואין יכול לשומרה כל כך יפה".

6. החיוב הנמוך של חצי נזק צדדי לענייננו, ומה שחשוב זה עצם התשלום.

האי לאו ברשות קא מנח להו ודמי כשכונתו להזיק בקרן מועדת דשכיח היזיקה.

הראב"ד בתשובתו חוזר בו מהנחת המוצא שהכוונה להזיק שמגדירה קרן היא ממש כוונה אמיתית של הבהמה להזיק. הראב"ד מסביר שפשיעת הבעלים שהתבטאה בהנחת הסכין ברשות הרבים מספיקה כדי להגדיר את הנזק "כוונתו להזיק", ומכיוון שמדובר בממונו של האדם שהזיק הנזק מוגדר כקרן.

השפעת הרשות על לגיטימיות המעשה

לאור דברים אלו, נראה לחזור ולהסביר את חלוקת הרשויות בברייתא שהוזכרה בפתיחת המאמר. אם נזקי שן ורגל נוצרים תמיד כתוצאה ממעשים לגיטימיים ולכן פטורים עליהם באופן עקרוני, למה אם כן יש חיוב על שן ורגל ברשות הניזק? השאלה נכונה גם לצד השני – אם נזקי קרן פירושים נזקים שנגרמים ממעשים לא לגיטימיים, למה פטורים עליהם ברשות המזיק?

נדמה שבדיני הרשויות מתחדש יסוד נוסף ולפיו הלגיטימיות אינה תלויה רק במעשה לכשעצמו אלא גם במקום שבו הוא נעשה. נוכחות המזיק ברשות הניזק אינה לגיטימית, וממילא כל מעשיו ייחשבו לא לגיטימיים והמזיק יתחייב עליהם. רשות המזיק הפוכה במהותה, שכן מותר לאדם לעשות ברשותו מה שהוא רוצה, אפילו מעשים שברשות הרבים אין לגיטימציה לעשות אותם, ולכן בחצר המזיק פטור על הכל. הגמרא (ג, א) אומרת שאם אדם נכנס לחצר חברו ברשות, אין לחצר זו דין רשות המזיק (אם שור בעל הבית יזיק את האורח) ונדמה שאף לא תהיה לה דין חצר הניזק (אם שור האורח יזיק את בעל הבית). יסוד דין רשות המזיק ורשות הניזק הוא הבלעדיות של המזיק והניזק ברשות זו, וממילא בסיטואציה בה לאדם אחר יש רשות להיכנס לשם בהיתר, בלעדיות זו מאבדת מתוקפה.

הרמב"ם (א, ז) מביא את הדרשה של "ובער בשדה אחר" (שמות כב, ד) כשהוא פוסק את הפטור ברשות המזיק. הרמ"א (שפט, י) תמה על דבריו, שכן כפי שראינו לעיל הגמרא (יד, א) מביאה אותו על הפטור ברשות הרבים. המכילתא (דרבי ישמעאל נזיקין יד) אכן דורשת את הפסוק על חצר המזיק, כשיטת הרמב"ם, אך לכאורה קשה על שניהם – הרי הפסוק "ובער בשדה אחר" בוודאי מתייחס לנזקי שן ורגל,⁷ ואיך אפשר ללמוד ממנו דין כללי בכל נזקי שור?

נדמה שלדברינו שיטת המכילתא והרמב"ם מיושבת, שכן היסוד של "ובער בשדה אחר" זהה בשני המקרים, גם ברשות הרבים וגם בחצר הניזק. כשהתורה אמרה "ובער בשדה אחר" היא לימדה שאין למדוד את הלגיטימיות של מעשה אך ורק

7. ראה בגמרא (ב, ב-ג, א) שמאריכה ללמוד מפסוק זה על חובת התשלום בנזקי שן ורגל.

על פי אופי המעשה אלא גם על פי המקום בו הוא נעשה, ולכן נזקי שן ורגל חייבים ברשות הניזק. בשביל קרן, כל מקום מחוץ לחצר המזיק הוא "שדה אחר" (=מעשה לא לגיטימי) ולכן חייבים עליה גם ברשות הרבים.

רשות ניזק חלקית

הקביעה שברשות הרבים אסורים רק מעשים שנעשים בכוונה להזיק ומעשים שכל עניינם הוא להזיק אינה מדויקת, ונדמה שיש מצבים בהם נאסרים ברשות הרבים מעשים נוספים. כשראובן נמצא ברשות הרבים, נוכחותו יוצרת סביבו מעין 'הילה' של רשות-ניזק-חלקית, במובן זה שאחרים צריכים להתאים את מעשיהם לנוכחותו ואסור להם לעשות מעשים שיפגעו בו. הליכתו של ראובן 'פוגעת' כביכול בשמעון, בכך שהיא מונעת ממנו לעשות דברים מסוימים, אך כך זה עובד ברשות הרבים – לכולם יש רשות ללכת פה ולכן מי שמגיע ראשון מרוויח. הר"י מלוניל (יד, א) מביע עקרון זה בהקשר של שני אנשים שהולכים ברשות הרבים, כשהראשון הולך עם חבית והשני הולך עם קורה. אם בעל החבית נעצר ומודיע על עצירתו לבעל הקורה שהולך אחריו, בעל הקורה אחראי לעצור ולוודא שהוא לא מתנגש בחבית:

אם הודיעו ולא רצה לעמוד – חייב בעל הקורה, שהיה לו להסיר קורתו בארץ וינפש גם הוא עם חברו או שיחזיר הקורה לאורך רשות הרבים או שימתין אותו במקומו והקורה על כתפו, כיון שלזה בעל החבית שהוא ראשון יש לו להלך ברשות הרבים כמוהו כיון שהקדימו ימתין אותו.

הר"י מלוניל מסביר שמי שהקדים את חברו להיכנס לרשות הרבים הוא המחליט מתי ללכת ומתי לעצור, והשני שהולך אחריו צריך להתאים את עצמו (בגבולות הסביר כמובן, כפי שנסביר מיד לקמן). הדוגמאות לעיקרון זה רבות ומסתברות, ונציין אחת נוספת – סתם כך מותר לשמעון להתאמן בקרטה ברשות הרבים, אך אסור לו לעשות זאת כשהוא עומד סמוך לראובן ועלול לפגוע בו.

הרשות שנוצרת סביב ראובן היא רשות-חלקית, שכן נוכחותו של ראובן אינה יכולה למנוע מהרבים הכל – יש מעשים שרשות הרבים מיועדת בשבילם, ונוכחותו של ראובן לא יכולה למנוע את עשייתם. המעשה הפשוט ביותר לו רשות הרבים מיועדת הוא הליכה, וממילא ראובן לא יכול למנוע משמעון ללכת ברשות הרבים. אם יש פארק-כושר שמיועד לריצות, ראובן לא יכול להישכב שם ולדרוש מהרבים שלא ירוצו כדי שלא להיפגע מהאבק. נדמה שעיקרון זה עולה מכמה סוגיות שונות, ונציע שתיים מהן.

ריש לקיש (כ, א) אומר שאם בהמה רובצת ברשות הרבים, בהמה אחרת שתבעט בה תהיה פטורה. "כל המשנה ובא אחר ושינה בו - פטור", והרביצה ברשות הרבים הינה מעשה משונה. רבא (כד, ב) חולק וסובר שלבהמה השנייה מותר רק ללכת על הבהמה הרובצת ולא לבעוט בה, וכך נפסק ברמב"ם (ב, כ) ובשו"ע (שפט, כ). רביצת הבהמה ברשות הרבים מפריעה לבהמות אחרות ללכת שם,⁸ אך הרבים יכולים להתעלם מכך ולהמשיך ללכת כרגיל. אי אפשר למנוע מהרבים ללכת ברשות הרבים ולכן מותר לבהמות אחרות להמשיך ללכת כדרכן למרות הנזק שעלול להיגרם לבהמה הרובצת. לבעוט אינו מייעודה של רשות הרבים ולכן כשבהמה נמצאת ברשות הרבים אסור לבהמות אחרות לבעוט בה.⁹

המשנה (כז, א) אומרת שאם אדם הניח כד ברשות הרבים וחברו נתקל בו ושברו, פטור. הגמרא (כז, ב) שואלת למה לא לחייב, שהרי מחובתו של ההולך ברשות הרבים להתבונן איפה הוא הולך, ואם כן זו אחריותו.¹⁰ שמואל ורבי יוחנן מסבירים שמדובר בסיטואציה שההולך לא היה יכול לראות את החביות, כמו בחושך או בקרן זווית. רב מציע הסבר אחר ולפיו הנתקל פטור למרות שידע שהוא ישבור את החביות - "במלא רשות הרבים כולה חביות". רב פפא ורבא מסבירים שלפי רב מותר אפילו לשבור בכוונה את החביות ולא רק הנתקל פטור. מה יסוד הפטור? נדמה להסביר בפשטות שאין לאדם רשות להגביל את חברו ברשות הרבים, ואם אדם מתנהג בצורה שמגבילה את הרבים, מותר לרבים להתנהג כרגיל למרות הפגיעה במגביל.¹¹

8. למרות שהגמרא (לב, א) מדגישה שהבהמה אינה ממלאת את המעבר כולו, ברור שהרביצה מפריעה לבהמות אחרות לעבור. ובכל מקרה נחלקו המפרשים האם האוקימתא הזו בגמרא נשארת להלכה, ואכמ"ל.
9. ואם ניתן דוגמא מעשית - אדם שנמצא בשוק מחנה יהודה בשעות העומס שלו אינו יכול לעמוד באמצע השוק ולצפות שכל ההולכים בשוק ילכו סביבו ויזהרו לא לדחוף אותו.
10. תוספות (כז, ב), הרא"ש (ג, א) ור"י מלוניל (גמרא יב, א) שואלים למה אין פה פטור מדין 'כל המשנה', ועונים שבאדם המזיק אין פטור של כל המשנה. תלמיד רבינו תם (כז, ב) מציע לומר שהנחת הכד והחבית אינה משונה, שכן דרך בני אדם להניחם בגלל כובדם.
11. הנחלת דוד (כז, ב) מציע לומר שזה מדין 'עביד איניש דינא לנפשיה', מקשה על אפשרות זו ומסיק לבסוף שזה פטור שדומה לאונס. הנחלת דוד מתקשה לפי זה למה רב פוטור אפילו במקרה שההולך שבר את החביות, ומציע בדוחק להסביר שאולי רב פפא ורבא אכן סוברים שהפטור הוא מדין 'עביד איניש דינא לנפשיה' למרות שרב לא בהכרח סובר כך. הדוחק במהלך ברור, ונדמה שההסבר הפשוט הולך בכיוון שנקטנו בגוף המאמר.

הגדרת מעשה לגיטימי

עד כה הסברנו בפשטות שהמעשה היחיד שהינו לגיטימי תמיד ברשות הרבים הוא הליכה, שכן זהו ייעודה של רשות הרבים. בפרק זה נבחן שתי סוגיות, "קופצת" ו"מחזרת", ונחדד מתוכן הגדרה זו. נראה שיש מחלוקת אמוראים אם הגדרת מעשה לגיטימי מצטמצמת רק למעשה שרשות הרבים מיועדת בשבילו או שיש להרחיבה לכל מעשה שמהווה חלק מההתרחשות השגרתית ברשות הרבים. אילפא (כ, א) מחדש שגב בהמה נחשב כחצר הניזק, ולכן בהמה שפשטה צווארה ואכלה מעל גבי חברתה חייבת. רבי אושעיא מוסיף דין אחר ומחייב בהמה שנעמדה ברשות הרבים ואכלה פירות, ורבא מסביר שמדובר שהיא קפצה כדי לאכול.¹² הגמרא מנסה להביא לאילפא ראייה מברייתא שמחייבת במקרה של בהמה פשטה צווארה ואכלה מקופה שעל גבו של אדם, ודוחה ואומרת שגם שם אפשר להסביר כרבא שמדובר בקופצת, וממילא הברייתא הינה ראייה לרבי אושעיא ולא לאילפא.

הרמב"ן (מלחמות ח, א) מסביר שאילפא סובר שלמרות שדרכה של הבהמה להושיט ראשה ולאכול והחיוב מדין שן, אין כאן פטור של רשות הרבים.¹³ הפטור ברשות הרבים מתייחס דווקא לנזק שנעשה אגב הילוכה, ונדמה שהיסוד לדברים הוא כפי שהצענו. לבהמה מותר תמיד ללכת ברשות הרבים, והליכה זו עלולה לגרום לנזקים לכלים ולפירות שמונחים ברצפת רשות הרבים. נזקים אלה הם חלק מההליכה ולכן הם נחשבים לגיטימיים, ובעל הבהמה לא חייב עליהם. סיבוב הראש כדי לאכול אינו נעשה דרך הילוכה וממילא אי אפשר לומר שהאכילה היא חלק מההליכה, ולכן אילפא מחייב גם ברשות הרבים.

מה שיטת רבי אושעיא? הברייתא שמובאת בבבלי מופיעה גם בירושלמי ובתוספתא, ושם יש התייחסות גם לגובה התשלום. הירושלמי (ב, ד) אומר שבמקרה שהבהמה אכלה מהקופה היא משלמת נזק שלם, וגם התוספתא (א, ז) אומרת שמשלמת 'מה שהזיקה'. הנימוקי יוסף (ח, א-ב) מבין שהבבלי בוודאי

12. כנראה שמדובר שהבהמה נעמדת על שני רגליה ומניחה את השתיים האחרות על חברתה או על הקופה, כפי שמפרשים הראב"ד (כ, א) והנימוקי יוסף (ח, ב), אך אפשר להסביר גם כמו המאירי (כ, א) שאומר שהבהמה עלתה עם כל ארבע רגליה על חברתה.
13. כך סוברים גם תוספות (כא, ב) וראשונים נוספים, ושלא כמו רש"י (כא, ב) שאומר שלפי אילפא החיוב הוא מדין קרן.

מתייחס למקור תנאי זה ועליו רבא אמר שמדובר בקפיצה, ומוכיח שבמקרה שהבהמה קפצה משלמת נזק שלם.¹⁴ כך משמע בבירור גם מדברי הרי"ף (ה, א-ב):¹⁵

אמר אילפא בהמה ברה"ר ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה חייבת, מאי טעמא על גבי חברתה כחצר הניזק דמי, והוא דקפצה אבל עמדה לא דהיינו אורחה.

הרי"ף מסביר שיש חיוב בקפיצה על גב הבהמה שכן גב חברתה כחצר הניזק.¹⁶ אם החיוב בקפיצה היה מדין קרן, לא היה צורך לומר שגב הבהמה כחצר הניזק ומוכח אפוא שהרי"ף סובר שהחיוב מדין שן. מה פירוש שגב הבהמה כחצר הניזק, ואם גב הבהמה כחצר הניזק למה צריך שהבהמה תקפוץ כדי להתחייב?¹⁷

הנימוקי יוסף (ה, א-ב) פותח בדבריו פתח, ומסביר שגב הבהמה אינו רשות הניזק גמורה:

פירוש קופצת היינו שזקפה רגליה ועמדה על הבהמה ואכלה זקופה והיינו לישנא דעמדה ואכלה ובכי האי גוונא יש לה דין אוכל ברשות הניזק ומשלמת נזק שלם, אבל אם עמדה מעט כדי לפשוט צוארה לא הוי רשות הניזק דבכה"ג עמדה נמי אורחא הוא כדאמרן ופטורה. וטעמא דמילתא משום דבהמתו לאו רשות הניזק גמור הוא, אבל ברשות הניזק גמור כגון ביתו חייבת ואפילו אכלה כדרכה.

הנימוקי יוסף מחדש שבמקרה שלנו מדובר ברשות הניזק שאינה גמורה, שיש בה חיוב רק אם הבהמה קפצה. ברשות הניזק גמורה הבהמה חייבת אפילו אם אכלה כדרכה (כפי שסובר הרא"ש בכל רשות הניזק), אך בהמה ואדם שהולכים ברשות

14. כך סוברים גם הרא"ה והריטב"א (בנימוק"י), וכן הרי"ף מלוניל (גמרא ה, ב). שלא כרש"י (כ, א), תוספות (כא, ב) ובעל המאור (ח, א) שמסבירים שהחיוב בקפיצה ברשות הרבים נובע מכך שמדובר במעשה משונה ובתולדה דקרו.

15. וכן בדברי הרמב"ם (ג, י), שנעסוק בהם בהמשך.

16. וכן מעיר הרמב"ן (מלחמות ח, א), שהרי"ף סובר שרבי אושעיא מודה לאילפא שגב הבהמה נחשב כחצר הניזק, אלא שהוא סובר שבחצר כזו יש חיוב רק אם הבהמה קפצה לתוכה.

17. הרא"ש (ב, ד) מסביר שהקפיצה היא סימן לכך שהנזק נעשה ברשות הניזק, ותלמיד הרשב"א והרא"ש (כ, א) מסביר ש"לפי זה כל שיכולה לאכול בפשיטות צוארה, אפילו קפצה ואכלה פטורה". הקפיצה לכשעצמה לא עושה שום דבר, אלא שהצורך בקפיצה הוא סימן לכך שהרשות מוגדרת כרשות הניזק. אמנם, קשה לפי זה שלכאורה אין משמעות לכך שהרי"ף פסק את דברי אילפא שגב הבהמה כחצר הניזק - כל מקום שהבהמה צריכה לקפוץ כדי להגיע אליו מוגדר כרשות הניזק, והימצאות הפירות על גב הבהמה הינה חסרת משמעות.

הרבים לא יכולים ליצור לעצמם רשות גמורה אלא רק חלקית. איך עובד הצירוף הזה של 'רשות הניזק שאינה גמורה' שיש בו חיוב רק אם הבהמה קפצה? נדמה שניתן להסביר את דברי הנימוקי יוסף בפשטות לפי המהלך שהצענו עד כאן. יסוד החיוב של קרן ברשות הרבים, בניגוד לשן ורגל, הוא שזק של קרן הוא מעשה נזק במהותו. נזקי שן ורגל הם נזקים שנעשים אגב מעשים לגיטימיים, לעומת מעשה נגיחה (למשל) שהוא מעשה לא-לגיטימי ביסודו. ברשות הניזק יש חיוב על שן ורגל, שכן נוכחות הבהמה ברשות הניזק לכשעצמה אינה לגיטימית, וממילא כל מעשה שתעשה יהיה מעשה לא לגיטימי. אפילו הכנסת הראש לתוך רשות הניזק אינה לגיטימית, ולכן יש על כך חיוב.¹⁸

כשבהמה נמצאת ברשות הרבים, היא יוצרת סביבה רשות-חלקית שמונעת מבהמות אחרות לעשות בה פעולות שונות שיזיקו אותה, למרות שפעולות אלה לגיטימיות בדרך כלל. רשות-חלקית זו לא יכולה למנוע מהבהמה לעשות מעשים רגילים שהם חלק מהשגרה של רשות הרבים. הליכה ברשות הרבים היא מעשה פשוט ורגיל ולכן כל נזק שנעשה אגב הליכה זו יהיה פטור, ואילפא מחדש שכל מעשה שחורג מכך אינו לגיטימי, שהרי הבהמה השנייה כבר תפסה את המקום הזה, וממילא יש על כך חיוב. רבי אושעיא חולק על אילפא, וסובר שהליכה (והנזקים שנעשים אגבה) אינה המעשה היחיד הלגיטימי, וישנם מעשים נוספים לגיטימיים – כגון סיבוב הראש וכדומה. לפי זה, רבי אושעיא מודה לאילפא שכל מקום שהבהמה נמצאת בו הוא רשות-חלקית.

18. מדברי הרמב"ן (מלחמות ח, א) עולה כיוון אחר, ומשמע שהוא למד בשיטת רבי אושעיא שיסוד החיוב הוא היציאה מרשות הרבים, והקפיצה היא סיבת היציאה. ברשות הניזק גמורה בוודאי לא צריך קפיצה, שכן הבהמה אינה ברשות הרבים. רבי אושעיא מחדש שיש מצבים בהם למרות שרגלי הבהמה מונחות ברשות הרבים, היא כאילו יצאה ממנו. רבי אושעיא מודה לאילפא שגב חברתה כרשות הניזק, אך הוא סובר שאם הבהמה סתם אוכלת משם זה נחשב שהיא ברשות הרבים. כשבהמה קופצת על דבר אחר. היא מתנתקת מרשות הרבים שהיא נמצאת בו, וכביכול מעבירה את מרכז הכובד שלה לרשות של גב חברתה, ולכן זה נחשב כאילו היא ברשות הניזק. ברשות ניזק אמיתית מספיק שהבהמה רק תכניס את ראשה לרשות הניזק כדי שיהיה נחשב כאילו היא שם, אך ברשות ניזק ניידת צריך שהבהמה תעשה מעשה ש'יוציא' אותה מרשות הרבים ו'יעביר' לרשות הניזק הניידת.

הסמ"ע (שצא, טז) וערוך השולחן (שם, יח) מחדשים שאפילו ברשות ניזק אמיתית הבהמה צריכה לעבור בכל גופה לרשות הניזק, וכבר הנחלת דוד (כא, א' ושיטת התוס') העיר על כך שלכאורה מפורש בדברי הרמב"ן וראשונים נוספים נגד פירוש זה, והם מדגישים שהצורך במעבר כל הגוף הוא דווקא ברשות ניזק חלקית.

נדמה שכיוון זה מתאים ללשון הנימוקי יוסף. הנימוקי יוסף מסביר בשיטת רבי אושעיא שכשהבהמה קופצת "יש לה דין אוכל ברשות הניזק". גב הבהמה נחשב רשות חלקית של הניזק ולכן רק כשהבהמה קופצת יש לה דין של אוכלת ברשות הניזק.

כך נדמה שעולה גם מדברי הרמב"ם (ג, י):

היתה מהלכת ברשות הרבים ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה ואפילו עמדה משלם מה שנהנית שכן דרך הבהמות לאכול זו מעל גבי זו, ואם קפצה ואכלה על גבי חברתה משלם מה שהזיקה שגבי חברתה כחצר הניזק הוא חשוב.

הרמב"ם אומר שאם בהמה אכלה פירות שעל גב חברתה, פטורה, "שכן דרך הבהמות לאכול זו מעל גבי זו", ואם היא קפצה משלמת נזק שלם שכן "גבי חברתה כחצר הניזק הוא חשוב". ברור מהרמב"ם שהמציאות הכללית זהה בשני המקרים, וההבדל רק בשאלה אם הבהמה בחרה לקפוץ או לא. מכך שהבהמה יכלה לאכול בלי לקפוץ מוכח שהרמב"ם מבין שגב חברתה נחשב כחצר הניזק תמיד, שלא כדברי הרא"ש. בנוסף, הרמב"ם מסביר שההבדל בין קפיצה לסתם הושטת הראש יסודו בשאלה אם דרך בהמות לנהוג כך. נדמה אפוא שהרמב"ם הבין שגב חברתה נחשבת חצר-ניזק-חלקית ולכן בהמה פטורה מדברים שדרך בהמה לעשותם, אך חייבת על דברים שאינם דרכה.

מחלוקת דומה עולה מסוגיה נוספת, העוסקת בבהמה שאכלה מחנות שהניחה פירות בקצה רשות הרבים. המשנה (יט, ב) אומרת שהבהמה פטורה במקרה כזה: "אכלה... מצדי הרחבה משלמת מה שהזיקה, מפתח החנות משלמת מה שנהנית", והגמרא (כ, א) מביאה שרב העמיד את החיוב בצדי הרחבה במקרה שהבהמה יכלה לאכול את הפירות תוך כדי הילוכה בלי לסובב את הראש. אם הבהמה סובבה את הראש כדי לאכול מהפירות, "מחזרת", היא חייבת, וזה המקרה של פתח החנות. שמואל חולק וסובר שגם אם הבהמה סובבה ראשה היא פטורה, והמקרה בו המשנה מחייבת הוא דווקא אם הבהמה הלכה ונעמדה בצדי הרחבה, במקום שבהמות לא אמורות ללכת בו.

הפירוש המקובל הוא שהחיוב הוא מדין רשות הניזק, כלומר רב סובר שיש דין של רשות הניזק בכל מקרה שהבהמה סובבה את הראש לפירות שבצדי הרחבה, ואילו שמואל סובר שדין זה קיים רק אם הבהמה נעמדה בצדי הרחבה. נדמה אם כן שיסוד המחלוקת דומה למחלוקת אילפא ורבי אושעיא. רב סובר כמו אילפא שלשום מעשה חוץ מהליכה אין לגיטימציה מוחלטת ברשות הרבים. ייתכן שרב אף יותר קיצוני מאילפא, שכן יכול להיות שאילפא יודה שסיבוב הראש אינו מעשה משמעותי מספיק כדי להיחשב לא לגיטימי. שמואל על כל פנים בוודאי

סובר כמו רבי אושעיא, שיש מעשים נוספים חוץ מהליכה שלגיטימיים תמיד ברשות הרבים, ולכן בשביל להתחייב מדין רשות הנזק צריך שהבהמה תלך ותעמוד במקום שמיועד להנחת פירות, מקום שאין שום לגיטימציה שתעמוד בו. לסיכום ביניים, התורה מבחינה בין שני סוגים של נזקים, נזק לגיטימי ונזק שאינו לגיטימי. אם בהמה הולכת ברשות הרבים ושוברת כלים קטנים דרך הילוכה, הנזק הינו לגיטימי. אם היא הולכת לצדי הרחבה או לרשות הנזק ואוכלת שם פירות, או לחילופין נוגחת בחברתה, הנזק אינו לגיטימי (מסיבות שונות). כדי לסבר את האוזן נמשול משל לימינו – חבורה של ילדים המשחקת בכדורגל ותוך כדי המשחק עף הכדור ושובר לאחד הילדים את המשקפיים. לכאורה צריך לחייב את השובר כדין אדם המזיק,¹⁹ אם כי יש שיטות שסוברות שהשובר פטור מכיוון שההשתתפות במשחק כדורגל טומנת בחובה מחילה על נזקים שייגרמו כתוצאה מהמשחק.²⁰ לדברינו השאלה לא מתחילה, שכן מוקד הסוגייה אינו בנזק שנגרם למשקפיים אלא בבעיטה שגרמה לשבר. בעיטת הכדור בוודאי הייתה לגיטימית, שכן זו מטרתו של משחק הכדורגל וזה חלק מההתרחשות הנורמלית במגרש הכדורגל, ולכן אין מקום לחייב את השובר.²¹ כמובן יכול להיות שיש מקום לחלק בין נזקי ממון לבין נזקי אדם המזיק, אך נדמה שהדוגמא מבהירה את היסוד שהתחדש עד כה במאמר.

יישומים

להבנה שהצענו בדיני נזקים יש כמה השלכות, ונעסוק בחלק מהן.

19. בהנחה שהילדים מעל גיל בר מצווה, כמובן.
 20. כך סובר למשל הרב דב ליאור (שו"ת דבר חברון א, קא, עמוד 230), ומסיק לפי זה שאם המעשה ששבר את המשקפיים היה לא-חוקי (פאול) על פי כללי המשחק, חייב.
 21. ולפי זה בפשטות נפטור את השובר גם אם המעשה ששבר את המשקפיים היה לא חוקי, ראה ההערה הקודמת. במיוחד שבמשחק כדורסל עשיית מעשים לא חוקיים היא חלק מהמהלך השגרתי של המשחק.
- נפקא מינה אפשרית נוספת יכולה להיות במקרה שהילד הניזוק לא השתתף במשחק, כשהרב דב ליאור אולי יחייב ואילו לפי דברינו בוודאי פטור. ועיין בתיק מספר 19774-10-05 בבית משפט השלום בירושלים שדנו במקרה כזה, והשופט פטר את המזיק בטענה שאי אפשר לראות את הבעיטה כמעשה רשלני מצדו. לפסק הדין: <http://bit.ly/PsakEyeGlasses>

צורות וקורה

הרי"ף (א, ב) מתייחס לנזקי שן ורגל ולפטור שלהם ברשות הרבים, ומסביר שהפטור נובע מכך שהם נעשים אגב 'אורחיה' של הבהמה, כלומר תוך כדי הילוכה. הרא"ש (א, א) תמה מדוע הרי"ף צריך להביא טעם כשיש גזירת הכתוב, ומציע שאולי הרי"ף הביא טעם זה בגלל הנפקא מינה שלו – "היה עץ ארוך מונח מקצתו ברה"ר ומקצתו ברה"י ודרסה עליו ברה"ר ושברה ברה"י כלים, כיון שדרכה לילך ולדרוס עליו פטורים".²²

דברים אלה של הרא"ש הינם מחודשים מאוד, ולכאורה נדמה שהם סותרים גמרא מפורשת. הגמרא (יט, א) אומרת שאם בהמה התיזה צורות מרשות הרבים לרשות הניזק, חייבת (רבי זירא בתחילה סבר לפטור, אך רבי ירמיה הוכיח לו משלוש ברייתות שחייב). לכאורה מקרה זה מקביל לגמרי לקורה, ומה המקום לחלק?^{23 24}

22. הרא"ש מציין שר' יצחק בר' שמואל חולק וסובר שבעל הבהמה חייב, שכן הנזק נעשה ברשות הניזק, וכך נדמה שסובר תוספות (ו, א 'תאמר') שאומר שיש חיוב רגל רק ברשות הניזק במקום שאין לבהמה רשות ללכת.

23. הפלפולא חריפתא (יד, כג) תמה עוד ומביא קושיות נוספות ממקומות שונים בהם יש פטור של שן ורגל ברשות הרבים למרות שהטעם של אורחיהו אינו קיים: 1. הגמרא (יד, א) דנה בחצר שאינה של שניהם, ואומרת שהמזיק פטור מדין 'ובער בשדה אחר', והרי הטעם של אורחיהו שייך רק ברשות הרבים. 2. הגמרא (כג, א) פוטרת במקרה שבו הפירות היו בחצר הניזק, והבהמה הוציאה את הפירות לרשות הרבים ואכלה אותם שם. נדמה שכדי להסביר את הפטור במקרים אלו מוכרחים לומר שמדובר בגזירת הכתוב פורמלית, כפי שאומר תוספות (כג, א 'תפשוט'). אמנם, הרי"ף אומר שהפטור ברשות הרבים הוא מכח סברת "אורחיהו", ולכאורה קשה? ר' נחום ור' אריה לייב (סה) מסבירים שלפי הרא"ש יש שני פטורים ברשות הרבים: (א) גזירת הכתוב בלא קשר לטעם לפיה חייבים על נזקי שן ורגל ברשות הניזק בלבד. (ב) סברת אורחיהו שאין לחייב בהמה שהולכת ברשות הרבים כדרכה. הסברה מוסיפה על גזירת הכתוב במקרה שהבהמה דרסה על דף ארוך, שם מגזירת הכתוב אין לפטור אך אפשר לפטור מכח הסברה.

מה המקור של שני פטורים אלה? ר' לייב נדחק ומסביר שיש שתי דרשות נפרדות של 'ובער בשדה אחר': (א) אחת שאומרת שהנזק צריך להיעשות דווקא ברשות הניזק, וזו גזירת הכתוב בלא טעם (ב) השנייה שממעטת את רשות הרבים באופן מיוחד, וזה מכח סברת אורחיהו.

הבנה זו למקור בוודאי מחודשת מאוד, והרב אריאב עוזר (בשיעור מוקלט) מציע מקור פשוט יותר לשני סוגי הפטור: דרשה של גזירת הכתוב וטעמא דקרא. המשנה למלך אומר שהטעם שפדיון הבן נעשה אחר שלושים יום הוא שאז הבן יצא מחזקת נפל, ולכן לומדים משם למקומות רבים בתורה שלאחר שלושים יום הוא אינו נפל. אולם, גם

ניתנו לקושייה זו תירוצים שונים, ונדון פה באחד מהתירוצים העיקריים.²⁵ מלא הרועים (יט, א' לא התיזה) מסביר שההבדל יסודו בהבדל בין רגל לצורות. נזק של

במקרים בהם ברור שהוולד אינו נפל אין לפדות לפני שעוברים שלושים יום, שכן אנו פוסקים כנגד רבי שמעון שדורש טעמא דקרא ולא פוסקים נגד הלימוד המפורש מכח סברה. למרות שאפשר ללמוד את הטעמא דקרא ולהשתמש בו במקומות שהתורה לא התייחסה אליהם, לא פוסקים על פי טעמא דקרא כנגד דין מפורש בתורה. כך גם אצלנו. התורה אמרה "ובער בשדה אחר", וברור אפוא שבשום מקרה לא יהיה חיוב אם הנזק לא נעשה ברשות הניזק, אך מטעמא דקרא אפשר לפטור במקרים שבהם סברת אורחיהו מתקיימת.

24. הרי"ף לא מביא את הדין של צרורות, והשלטי גיבורים (עמוד ב אות ב) מציע להסביר שהרי"ף אכן השמיט את הסוגייה הזו בגלל שהיא הולכת לשיטת רבי זירא. הקובץ שיעורים (ביאורים יא) מציע לבאר עוד על פי מחלוקת בין רבי זירא לאבבי (יד, א) בדין חצר משותפת לפירות ולא לשוורים, כשאבבי מחייב בה על שן ורגל (שכן שוורים לא אמורים להיות בה) ואילו רבי זירא פוטר, שכן "בעינא ובער שדה אחר וליכא", שהרי יש למזיק דריסה בחצר זו (ע"פ רש"י שם). הקובץ שיעורים מציע להסביר שרבי זירא סובר שהדין של "ובער בשדה אחר" הוא פורמלי, והרי"ף חולק ופוסק כמו אבבי שמדובר בדין בסברא. מכיוון שכן, גם כאן הרי"ף פוסק נגד רבי זירא. אמנם, הקובץ שיעורים דוחה הסבר זה בטענה שלא סביר שהרי"ף יבין שטעמא דקרא יכול לבטל את גזירת הכתוב, כפי שנראה לקמן.

הקובץ שיעורים מציע הסבר אחר, שרבי זירא ואבבי נחלקו בשאלה האם הולכים אחר פעולת ההיזק שהשור עשה (אבבי) או אחר ההיזק שנעשה לפירות (רבי זירא). במקרה שבהמה התיזה צרורות מרשות הרבים לרשות הניזק, פעולת ההיזק נעשתה ברשות הרבים ואילו ההיזק עצמו נעשה ברשות הניזק. הרי"ף פוסק כאבבי שהולכים אחר פעולת ההיזק ולכן פוטר בצרורות.

25. נציין פה שני תירוצים נוספים: (א) המהרש"ל (א, ד) מתרץ שצרורות אינם אורחיה של הבהמה, כלומר לא מדובר בתוצאה נלווית פשוטה של הליכת הבהמה. לכאורה קשה, וכך מקשה ר' נחום (יט, א, נא), שכן אם צרורות אינם 'אורחיה' למה הם פטורים ברשות הרבים? ר' נחום מסביר על פי המהלך לעיל שצרורות פטורים ברשות הרבים מכח גזירת הכתוב גם בלא סברת אורחיהו. בהתנת צרורות מרשות הרבים לרשות הניזק אין אורחיהו וגם אין גזירת הכתוב לפטור, שכן הנזק נעשה ברשות הניזק, ולכן יש חיוב. (ב) הנחלת דוד (יז, ב' ובמאי דמשני') מציע שהניזק התרשל בהנחת הפירות ליד הקורה. לעומת זאת בצרורות אין שכיחות גבוהה שהצרורות יפגעו דווקא בכלי הזה, והוא לא היה צריך להימנע מהנחתם בכל החצר, וממילא בהנחת הפירות בחצר אין רשלנות של הניזק.

איך הרשלנות משפיעה על סברת "אורחיה"? הרב אריאב עוזר הסביר בשיעור שסברת אורחיה וסברת הזקת הניזק הן סברות תאומות, שכן צריך ליצור איזון בין הרצון לאפשר

רגל פירושו נזק שהבהמה עושה בגופה או בדבר שמחובר לגופה, ו"אם כן ההיזק נמשך אחר גופה", ולכן הימצאות הבהמה ברשות הרבים מחשיבה את הנזק כנעשה ברשות הרבים. "אבל צרורות ההיזק אינו נמשך אחר גופה, דאילו היה גופה ממש היה משלם נזק שלם". מה שמחייב את בעל הבהמה זה כחה, ו"נמצא הכח הזה שאנו מחייבין עליו הוא ברשות היחיד וגם הכלי הניזוק הוא ברשות היחיד וההיזק נעשה ברשות היחיד", ולכן חייב. באופן דומה מסבירים גם ר' מאיר שמחה (שם 'התיזה') ור' חיים מבריסק (ו, א). בצרורות הצרור הוא המזיק, ואילו בעץ ארוך הבהמה היא המזיקה.

במבט פשוט נדמה לכאורה שהסבר זה לא קשור ישירות לדברי הרא"ש. הרא"ש מסביר שטעם הפטור בקורה הוא "אורחיהו", שדרכה של הבהמה ללכת ברשות הרבים ולדרוך על הדברים שמונחים שם, ואילו מדברי מלוא הרועים משמע שהפטור נובע מגדר פורמלי של רשות הרבים, כשהחידוש הוא שהגדרת הרשות נעשית על פי המזיק ולא על פי הניזק.²⁶

אפשר להציע שהדברים אכן קשורים, וההליכה בקורה אחר הבהמה היא שגורמת להגדרת הנזק כאורחיהו. לפי דברינו, היסוד של אורחיהו אינו שמדובר בנזק שקשה למנוע ולכן פוטרים אותו מתשלומים, אלא שאדם אינו חייב על נזקים שבהמתו עושה כל עוד המעשה לגיטימי במהותו. דריסה על קורה אינה מעשה נזק אלא חלק מהליכת הבהמה ולכן בעל הבהמה פטור. לעומת זאת, בצרורות, המבט אינו מתמקד בבהמה שהלכה כדרכה ועשתה מעשה לגיטימי, אלא באבן שעפה בצורה לא לגיטימית וחדרה לרשות הניזק. נוכחות האבן בחצר הניזק אינה לגיטימית ולכן בעל הבהמה יתחייב על כל נזק שהיא תעשה.

כליא קרנא

הגמרא (ב, ב - ג, א) אומרת שיש מקום להוא אמינא לחייב בנזקי שן רק במקרה של "כליא קרנא", אך כמובן שיש חיוב גם ב"לא כליא קרנא". הראשונים מציעים כיוונים שונים,²⁷ אך לרשב"א דרך מיוחדת בביאור הסוגיה.

לאנשים להוליך שוורים ברשות הרבים לבין הרצון להגן על בעלי הפירות. כשאדם מניח פירות ברשות הרבים, מעדיפים את בעל השור מסברת "אורחיהו" ולכן הניזק הזיק את עצמו. כשאדם מניח פירותיו ברשותו, מעדיפים את בעל הפירות על פני בעל השור ולא אומרים שבעל הפירות הזיק את עצמו אלא שבעל השור אחראי לנזקיו.

26. ראינו לעיל שכך רצה להסביר הקובץ שיעורים (יא) במחלוקת אביי ורבי זירא, כשאביי שפוסקים כמותו סובר שהולכים על פי המזיק.

27. רש"י (ג, א 'אידי') מפרש "לא כליא קרנא" כמתייחס למקרה שאדם הזיק צמח והצמח עתיד להשתקם, אך בצורה פחות איכותית. עיינו בפני שלמה ('דמשמע כגון') וברשימות

הרשב"א מסביר ש"לא כליא קרנא" מתייחס למקרה שלבעל השחת יש אינטרס שיאכלו אותה, כדי שהיא תצמח שוב בצורה טובה יותר. עד כדי כך, שכנראה שאילולא הנזק בעל השחת עצמו היה קוצר את השיבולים כדי להצמיח את השחת שוב. במקרה כזה בעל הבהמה לא צריך לשלם את כל שווי השיבולים שנאכלו, אלא רק את ההפרש בין שווי השיבולים שנאכלו לבין התועלת שהייתה לשחת באכילתם (או הסכום שבעל השחת היה מוכן לשלם כדי שמישהו יקצור את שיבולי השחת). לפי זה, הרשב"א מסביר ש"כליא קרנא" פירושו נזק טהור ללא רווח, כמו בהמה שנגחה בכלי או אכלה סל של תפוחים. הגמרא חשבה בהו"א שרק במקרה כזה המזיק ישלם, ולא כשיש לנזק רווח נלווה. מה הייתה ההוא אמינא של הגמרא? מה זה משנה אם מעשה הבהמה הזיק באופן בלעדי או שהוא גם גרם לתועלת מסוימת?

על פי דברינו נדמה להציע שסברת הרשב"א היא שבשביל שהמזיק יתחייב לשלם צריך שיהיה "מעשה נזק", בעוד שמעשה שגורם גם לתועלת אינו מעשה נזק. הגמרא דוחה ואומרת שלמסקנה יש חיוב גם ב"לא כליא קרנא", אך ממהלך הגמרא לא נראה שמדובר בשינוי מהותי. מכיוון כך, נדמה שלמסקנה הגמרא מבינה שגם מעשה שכזה יכול להיחשב מעשה נזק.

מסירת אש לחרש, שוטה וקטן

המשנה (ו, ד) פוטרת אדם שנתן אש לחרש, שוטה וקטן (להלן: חרש). הגמרא (נט, ב) מביאה שריש לקיש מעמיד את המשנה בגחלת (אש כלואה), אך אם הפקח נתן לחרש שלהבת (אש חיה) הוא מתחייב. כך פוסק הרמב"ם (יד, ה), בניגוד לשיטת רבי יוחנן שם בסוגיה. הגמרא (ט, ב) מדייקת מהמשנה (א, ב) שבמקרה מקביל שאדם מסר לחרש שור או בור לשמירה, הוא מתחייב בנזקי השור והבור, ומסבירה שהמקרה המקביל לגחלת הוא מקרה שהשור קשור והבור מכוסה. הראשונים (על אתר) מציעים דרכים שונות להבין את הסוגיה. רש"י והראב"ד בפשטות מבינים שמדובר שהשור אינו קשור כראוי ולכן יש חיוב, ואילו תוספות

שיעורים לגרי"ד ('הא דלא' א) לביאור אחד לדבריו, וביעורי ר' דוד (ג, א, קמא) לביאור נוסף.

תוספות (שם 'הא דלא') ותלמיד ר"ת (שם 'הא דלא') מפרשים שהבהמה "טינפה פירות להנאתה" ("שנתגלגלה עליהן כדרך סוסים וחמורים" (רש"י 'נתחככה'), אך רבינו חננאל מפרש שמדובר שהבהמה עשתה צרכיה על הפירות), כך שהפירות עדיין קיימים בעולם אלא שהם איבדו את ערכם. ועיינו בדבריו הנפלאים של הנצי"ב במרומי שדה ('הא דמכליא') בביאור שיטת תוספות.

והרשב"א סוברים שמדובר שהשור קשור כראוי ואף על פי כן יש חיוב מכיוון שהחרש עלול לפתוח את הקשר.²⁸

אמנם, בשיטת הרמב"ם הדברים סבוכים יותר. בהלכות שור הרמב"ם (ד, ו) פוסק שאם הפקח נתן לחרש שור לשמור, הוא חייב אפילו אם השור היה קשור כראוי, ומנמק - "שדרכו של שור וכיוצא בו להתיר הקשר ולצאת ולהזיק" - דרכו של השור ולא של החרש, ולמרות שהשור היה קשור כראוי. בהלכות בור הרמב"ם (יב, ה) פוסק שהפקח חייב אפילו אם הבור מכוסה כראוי, ומנמק - "שהבור עשוי להתגלות ואלו אין בהן דעת". מהי כוונת הרמב"ם?

אבן האזל (שם) מציע להסביר את הרמב"ם על בסיס דברי הרמב"ן.²⁹ הרמב"ן (מלחמות השם כב, ב) מחדש שדרכם של שור ובור להתנתק ולהתגלות מעצמם, גם אם הם קשורים ומכוסים כראוי, ולכן באופן עקרוני זו פשיעה לעזוב אותם ללא השגחה. מכיוון שכך, הוא מפרש את הסוגייה שלנו בדרך שלישית - מדובר בשור קשור כראוי, ואף על פי כן הבעלים חייב אם לא חזר להשגיח עליו שלא ישתחרר ויזיק. כך מתאים בפשטות להסביר גם ברמב"ם, שעזיבת השור ללא השגחה היא פשיעה ולכן הבעלים חייב אפילו אם החרש התיר את הקשר, למרות שמדובר באונס.

אמנם, אבן האזל מקשה שתי קושיות: (א) "נתת דבריך לשיעורין", שכן מדברי הרמב"ן משמע שלפני הזמן שהשור היה יכול להשתחרר מעצמו, הבעלים ייפטר אם החרש התיר את השור. (ב) מהסוגייה בה עוסק הרמב"ן משמע שלא בכל מקום יש חשש שהשור ישתחרר מעצמו, ואילו מדברי הרמב"ם משמע שהוא אומר את דבריו באופן כללי.

נראה להציע כיוון מחודש, המבוסס על דברי הרמב"ן, אך בתוספת דברינו לעיל. הרשלנות והפשיעה של הפקח אינן בכך שלא חזר לבדוק מה מצב שורו ובורו, אלא בעצם המסירה של השור והבור לחרש לשמירה. סתם כך אדם שקשר את שורו והלך לא נחשב פושע, שכן אין שום מעשה שעשה שבו הוא פושע. הוא אמנם מתח את הגבול בצורה קיצונית, אך סוף סוף לא נעשה מעשה מסוים לא

28. להרחבה עיין בדברי ההלכה למשה על אתר שמסכם בצורה בהירה את שיטות הראשונים בסוגיה.

29. המגיד משנה (ד, ו) מציע להסביר שהרמב"ם מפרש את הסוגייה כמו תוספות, שהבור והשור מכוסים כראוי אלא שהחרש פוגם בשמירה. אמנם קשה, כפי שמעירים אבן האזל ופרשנים נוספים, שכן מלשון הרמב"ם משמע שדרכם של השור והבור להתנתק ולהיפתח מעצמם ולא באשמת החרש.

תקין. במסירת השור לחרש, המסירה לכשעצמה היא מעשה פשיעה שאינו לגיטימי, ועל הפשיעה שבמסירה הבעלים מתחייב. נדמה שהדבר מדויק גם מההקשר בדברי הרמב"ם. הרמב"ם מזכיר את הפשיעה בבור באותה נשימה עם מסירה לשומר פקח. גם בהלכות שור הרמב"ם מזכיר את הפשיעה בפרק ד' העוסק בדיני שמירה ושומרים. נדמה שיסוד דברי הרמב"ם הוא שבמסירה לשומר הבעלים לוקח צעד אחורה ומתנער מאחריות השמירה על החפץ המזיק. מסירה לשומר חרש היא יציאה מהתמונה בצורה לא אחראית, וממילא הבעלים מתחייב על הנזקים שייגרמו לבסוף.

מדליק בתוך שלו ומדליק בשל חברו

נדמה שהיסוד שראינו מתבטא באחד החילוקים המשמעותיים ביותר בנזקי אש, ההבחנה בין מדליק בתוך שלו למדליק בשל אחרים. בסוגיות רבות מופיעים פטורים שונים למי שהדליק אש בתוך שלו והיא התפשטה והזיקה (או חיובים שונים למדליק אש בתוך רשות של אחרים שהתפשטה והזיקה, תלוי בנקודת המבט), ונדמה שאפשר לבאר את ההבחנה הזו על פי דברינו עד כה. נדגים את אחד ההבדלים, בסוגיית ההרחקות הפוטרות מנזקי אש. רבי סידר במשנה כמה דינים שעוסקים בהרחקות הפוטרות מנזקי אש, והגמרא (סא, א-ב) דנה בהם כשתי סוגיות נפרדות:³⁰

מתני'. עברה גדר שהוא גבוה ד' אמות, או דרך הרבים או נהר - פטור. ... מתני'. המדליק בתוך שלו, עד כמה תעבור הדליקה? רבי אלעזר בן עזריה אומר: רואין אותו כאילו הוא באמצע בית כור, ר"א אומר: ט"ז אמות כדרך רה"ר, רבי עקיבא אומר: חמשים אמה, ר"ש אומר: שלם ישלם המבעיר את הבערה - הכל לפי הדליקה.

גמ'. ... אמר רב יוסף אמר רב יהודה אמר שמואל: הלכה כר' שמעון. וכן אמר רב נחמן אמר שמואל: הלכה כרבי שמעון.

הראשונים מבארים את הסוגייה בכמה דרכים, וניגע בדרך המרכזית של הרי"ף והרמב"ם.

הרי"ף לא הביא את כל הסוגייה, והרא"ש (ו, יג) מעיר שכנראה להבנתו רבי שמעון חולק באופן גורף על כולה וסובר שבכל סוגי האונס הכל לפי הדליקה. כך סובר

30. מקור ההבחנה כבר במשנה, שבאמצע דיני ההרחקות פותחת מחדש: "המדליק בתוך שלו, עד כמה תעבור הדליקה".

במפורש גם הרמב"ם (יד, ב-ג) שפוסק באופן כללי שהכל לפי הדליקה.³¹ הרמב"ם מוסיף עוד ואומר שהסוגייה עוסקת רק במדליק בתוך שלו, ואילו מדליק בתוך שדה חברו חייב תמיד.

מה ההיגיון לחלק בין מדליק ברשותו למדליק ברשות חברו? ועוד צריך לשאול, מה הדין במדליק ברשות הרבים, כדין מדליק ברשותו או כדין מדליק ברשות חברו? הרא"ש והמאירי מסבירים שאדם שהדליק ברשות חברו "הדליק שלא ברשות", ואילו אדם שהדליק ברשותו הדליק ברשות. מה הכוונה? נדמה שכדי לעמוד על כך צריך לעמוד על שאלה נוספת: האם אש שעברה גדר או דרך הרבים וכדומה נחשבת אונס או לא?

מדברי המאירי משמע שמעבר גדר ונהר אינו אונס. המאירי מסביר ש"היה טועה בסבתו והיה חושב שלא תעבור הדליקה". לכאורה תמוה, וכי ממתני פוטרים אדם בשל טעותו? נדמה שמדובר בפטור מיוחד שנובע מכך שההדלקה הינה שימוש רגיל בחצר. הדלקת אש היא חלק מהשימושים הבסיסיים בחצר, ולכן פוטרים את מדליק האש כל עוד שהתנהל בצורה סבירה והרחיק הרחקה הגיונית. בשביל לפטור אותו אין צורך בהגדרת ההתפשטות כאונס, אלא די בכך שהדלקת האש המקורית תהיה סבירה. לפי הסבר זה, המאירי יפטור רק ברשותו ולא ברשות הרבים.

אמנם, הרי"ף והרמב"ם מתנסחים שהפטור במדליק ברשותו נובע מכך שמדובר במכה בידי שמים. אפשר להסביר שהרמב"ם רק מצטט את הרי"ף, והרי"ף משתמש בלשון זו באופן מושאל. אמנם, הביטוי "מכה בידי שמים" נשמע כמו לשון של אונס. יתירה מזו, הרמב"ם (חובל ומזיק ו, ד) פוטר אדם המזיק בסיטואציות של "מכה בידי שמים", למרות שבתחילת דבריו הוא אומר שאדם המזיק חייב אפילו באונס, ונדמה בפשטות שהכוונה שמכה בידי שמים פירושה שהנזק כלל לא מתייחס לאדם (הדוגמא שם היא של אדם שטיפס בסולם חזק ופתאום שליכה אחת נשברה והוא נפל). יוצא לפי זה שהרמב"ם קיצוני כאן מאוד בחיובו בדיני אש, וסובר שאדם שהדליק אש ברשות חברו חייב תמיד, אפילו במקרה שהאש אינה מתייחסת אליו כלל.³²

31. חוץ מאשר נהר (ושם המגיד משנה מדגיש שלפי הרמב"ם יש פטור אפילו בדליקה גדולה), וצריך עיון מה מיוחד בנהר.

32. הראב"ד והרי"ף מלוניל (בשטמ"ק סא, ב) מתייחסים לפטור טמון במדליק בשל חברו ומתנסחים שהמדליק בשל חברו נחשב כמו אדם המזיק בידיים ממש, שחייב אפילו כשהוא אונס, ולפי זה גם אם האש התפשטה ברוח שאינה מצויה הוא חייב. מדברי הרמב"ם עולה תפיסה קיצונית אף יותר, שאדם שהדליק אש בתוך של חברו חייב אפילו במקרים שבהם אדם המזיק פטור.

נדמה להסביר על פי מה שראינו עד כה, שיש הבדל בין נזק שנגרם ממעשה לגיטימי לנזק שנגרם ממעשה לא לגיטימי. נזקי אש רגילים נגרמים מאש לגיטימית שיצאה משליטה. אדם הדליק אש בחצירו לצרכיו (או אולי אפילו ברשות הרבים) והאש התפשטה ויצאה משליטה. המזיק פעל כראוי ולכן הוא יהיה פטור באונס.

אמנם, יש מקרים שבהם מלכתחילה האש לא הייתה אמורה להידלק, כמו ברשות חברו. עצם קיומה של האש הוא מעשה חמור, ולכן אין פטור אפילו באונס. לפי זה, נדמה שאדם שידליק אש ברשות הרבים ייפטר אם היא תעבור גדר או נהר וכדומה, שכן מדובר במכה בידי שמים.³³

יסוד החיוב בנזקים

ההתבוננות האנושית האינטואיטיבית על דיני נזקים עוסקת בתוצאות הנזק - איך לפצות את הניזק, כיצד להעניש את המזיק ולמנוע הישנות נזקים עתידיים. כאמור לעיל, כשהתורה דנה בדיני נזקים היא לא עוסקת רק בתוצאה, אלא במעשה הנזק, מעשה שמלכתחילה לא היה אמור לקרות. כמובן שאם לא נוצר נזק, אין לתביעה נקודת אחיזה ואין כסף שאפשר לדרוש ממנו, אך באופן עקרוני מה שמעניין את מערכת המשפט בדיני נזקים זה המעשה המזיק ולא הנזק שנגרם.³⁴

למה התורה אכן מתייחסת באופן שונה זה לנזקים, ולא באופן האינטואיטיבי? נדמה שמבחינת התורה לא שייך למקד את המבט בנזק שנגרם לבסוף, שכן היחס לנזק הוא כאל יד ה'. גם מבחינת המזיק וגם מבחינת הניזק, הנזק שנעשה ברשלנות לא היה בשליטתם המלאה ולא בבחירתם, ואם כן היחס אליו צריך להיות כאל גזירה אלוקית. אדם שהתקלקלה לו מכונית הכביסה לא מחפש

33. אם כי צריך עיון, ולכאורה הדבר יהיה תלוי במקובל מבחינה חברתית, האם נהוג להדליק אש במקום זה.

34. עיין במאמרו של ישראל פורת: "ariel/rishcreation~hebrew.pdf", שדן בפרקו הראשון בהיבטים שונים של חיוב על יצירת פוטנציאל נזק ללא נזק ממשי שנגרם לבסוף. עיין גם במאמרו: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1904&context=faculty_scholarship, שדן בהצעות שונות לחלוקה שונה של הפיצויים, ומציע שאדם יתחייב אך ורק על פוטנציאל הנזק הסטטיסטי שגרם, בלי קשר לשאלה מה הנזק שנגרם לבסוף. אם אדם נהג בכביש במהירות הגבוהה ב-10 קמ"ש מהמהירות המותרת, יחייבו אותו מיידית על סכום שישוקלל על בסיס הסטטיסטיקה כמה האצה זו מגדילה את מספר התאונות. הכסף ילך לקופה כללית, ומתוכה יפצו את הניזקים.

אשמים אלא מבין שמדובר בגזירת גורל שנפלה עליו או בגזירה אלוקית, תלוי בדרגתו,³⁵ ואותו יחס צריך להיות גם כלפי נזק שנגרם כתוצאה מרשלנות. הנטייה לחפש אשמים אמנם טבעית, אך אינה נכונה מבחינת ההתכוונות הנפשית של האדם, והתורה אינה מחפשת את האשם בנזק אלא אומרת לניזק להתמודד אתו ולהמשיך הלאה (לפחות ברמה העקרונית).

גם מבחינת המזיק, הנזק שנגרם אינו נמצא בשליטתו, ורשלנותו לא תוביל בהכרח לנזק, וגובה הנזק אינו מושפע רק ממעשיו.³⁶ התורה לא פונה אל מה שנמצא מעבר לשליטתו של האדם, והמעשה הוא שנמצא תחת שליטתו. יש מעשים שלא אמורים להתרחש במציאות, ועל מעשים כאלה צריך להיענש. אמת שהבעיות לעיל עדיין קיימות, אך הן אכן שוליות וצדדיות לדיון הכללי בדיני נזקים, והן מתייחסות רק לפרט צדדי של היכולת לחייב וכמה.

ניתן להציע הסבר נוסף, משלים להסבר הראשון, והוא שהתורה רואה את הנזקים שנגרמים כתוצאה ממעשים נורמליים כחלק מהמהלך הטבעי של החיים. ילדו של ראובן בעט בכדור ושבר את המשקפיים של ילדו של שמעון, אך מחר יכול להיות שילדתו של שמעון תקרע בטעות את חבל הקפיצה של ילדתו של ראובן.³⁷ אם אדם יתחייב על כל נזק שייגרם מחמתו, ההתנהלות החברתית תיתקע שכן אנשים יחששו על כל צעד ושעל פן יזיקו לחבריהם.

מבט ייחודי זה של התורה על דיני נזקים יכול להביא לניצול לרעה של חלק מהכללים. בשביל להתחייב על נזקי שן ורגל צריך שמעשה האכילה יהיה לא תקין, וזה קיים דווקא כשהבהמה אוכלת ברשות הניזק. אם אדם יאמן את בהמתו להוציא פירות מרשות הניזק לרשות הרבים ושם לאוכלם, יהיה צורך בהתמודדות פרטנית עם הבעיה הזו ולשם כך יש את המלך, את תקנות הקהל,

35. ועיין בדבריו המפורסמים של הרמב"ם במורה נבוכים (ג, יח) שטוען שמידת ההשגחה הפרטית על האדם תלויה בצדקתו ובקרבתו לקב"ה. נדמה להציע על בסיס מקורות שונים שישנם קריטריונים נוספים לרמת ההשגחה הפרטית, כמו רמת המקריות שבנזק (כתובות ל, א-ב לגבי צנים ופחים, אריות וגנבים) ואמונתו של האדם בהשגחה פרטית ובחירתו להאמין בהשגחה פרטית (פסחים קי, ב ועיין גם רמב"ן ויקרא כו, יא) ואכמ"ל.

36. ועיין במאמרים לעיל בהערה 34, שדנים בחסרון זה של האקראיות בנזק הסופי. ישראל פורת מתייחס לשתי הבעיות שהעלנו בגוף המאמר, גם שעצם הנזק אינו מוחלט וגם שהיקף הנזק אינו מוחלט. יכול שראובן פשע הרבה אך גרם לנזק של 100 ₪ בלבד, וזה כל החיוב שהוא יתחייב בבית הדין. שמעון לעומת זאת יפשע מעט מאוד אך יגרם לנזק של 100,000 ₪, וזה יהיה הסכום אותו יתחייב לשלם.

37. למען הסר ספק, מדובר כמובן שכולם מעל גיל מצוות, אך במציאות של ימינו כנראה שבכל מקרה לא הילדים ישלמו אלא הוריהם.

סמכויות חריגות של בית הדין וגורמים נוספים.³⁸ התורה מתייחסת לאנשים נורמליים שבאופן עקרוני מתנהגים בצורה הגיונית וסבירה, ובאה להתמודד עם חריגות מהנורמה, חריגות שהן טבעיות להתנהלות חברתית. במקרה שהחברה מקולקלת ומחפשת את הפרצות בחוק, יהיה צורך בתקנות ממוקדות שתטפלנה בבעיה בכל מקרה לגופו.

ונסיים בדבריו הנפלאים של הרב קוק שיש בהם בכדי להוות סיכום למאמרנו:

העונשים החברתיים, בייחוד בשביל היזק ממון, יש להם שני מקורות נפשיים: טוב ורע. האחד נובע מתוך ההכרה שאסור לעשות עוולה, והעושה עוול צריך שייסר כדי שתתחזק ההכרה הטובה הזאת; והשני בא מתוך צרות עין, שהאיש האחר אין לו ליהנות בשלי, או לנגוע בשלי, מפני שההרגשה של ה'שלי' ושל ה'אני' היא חזקה ומגושמת באין שיעור. כל המשפטים שהם הולכים בלא מקור אלהי יונקים ממקור הרע, וכל המשפטים האלהיים אין בהם כלום מהרע, כי אם הכל נובע ממקור הטוב של האמת והיושר כשהוא לעצמו (שמונה קבצים ב, רסז).

תוספת דברים/ הרב ישי אנגלמן

נראה כי ניתן לראות בעוד מספר מקומות את העיקרון לפיו החיוב בדיני נזקי ממון מתרכז באופי מעשיו הלא אחראיים של המזיק, ובהגדרת המעשה כ'מעשה נזק' שאיננו מעשה לגיטימי ונורמאלי. נציע בקצרה את חלקם:

'שימר גחלתו' – פטור בעל החררה וחיוב בעל הכלב

הגמרא בכג, א דנה במקרה של כלב שנטל חררה והזיק איתה, ומדייקת שדווקא בעל הכלב מתחייב בנזקי החררה אך לא בעל החררה, ועל כך שואלת הגמרא מדוע לא מתחייב גם בעל החררה ש'אשו' יצאה מחוץ לרשותו והזיקה. הגמרא מסבירה שמדובר על מקרה שהבעלים שימר גחלתו, אלא שלמרות השמירה הצליח הכלב להיכנס, אך בעל הכלב חייב למרות שכלבו נכנס על ידי חתירה כיוון ש'סתם דלתות חתורות הן אצל כלב'.³⁹ והקשו התוספות (ד"ה בשימר), אם כן "מה

38. נדמה שהתמודדות מעין זו מופיעה כבר בגמרא, כשרב יוסף (כג, ב) אומר שאם אדם נותן לבהמתו לרעות בשדות אחרים ולא מונע ממנה להזיק, אפשר להתרות בו כמה פעמים ואז לשחוט את בהמותיו ולתת לו את הבשר. דין זה נפסק ברמב"ם (ה, א) ובשו"ע (שצז, א) אם כי מתוך סייגים, אך על כל פנים נדמה שהעיקרון הראשוני מופיע כבר פה.

39. וראה מחלוקת הראשונים שם האם אילולא סברת 'סתם דלתות חתורות הן' היה בעל הכלב פטור לגמרי או חייב חצי נזק מדין 'משונה'.

שמירה היא זו כיון שיכול הכלב ליכנס שם", ותחזור השאלה מדוע נפטר בעל החררה בשמירה מעין זו (וראה שם תירוץ התוספות, והשווה לתירוץ הראב"ד להלן).

בחידושי הראב"ד שם תירץ שלגבי בעל הגחלת שמירה מעין זו מועילה, שהרי מבואר בגמרא בריש פרק הכונס (נה, ב) שהתורה מיעטה בחיוב השמירה של אש, ולכן בעל החררה נפטר גם בשמירה כזו אף שאינה שמירה מוחלטת. ודברי הראב"ד תמוהים, שהרי באותה גמרא מבואר שלא רק ברמת השמירה על נזקי אש מיעטה תורה, אלא גם בנזקי שן ורגל, ותחזור השאלה מדוע חייב בעל הכלב נזק שלם במקרה זה, בעוד שבעל החררה פטור לגמרי! ונראה להסביר שהראב"ד למד שיסוד הדין של 'מיעטה תורה בשמירתן' הוא שכל עוד האדם עשה פעולת שמירה, אף אם אינה שמירה מלאה ואין בה בכדי למנוע את הנזק באופן מוחלט, סוף סוף הוא נפטר מתשלומים על מה שיארע על ידי ממונו, כיוון שמרגע ששמר שמירה פחותה אי אפשר להגדירו כמי שעושה מעשה נזק, שהרי סוף סוף הוא שמר, גם אם לא באופן מלא. אשר על כן במקרה בו האדם נעל את החררה מאחורי דלת, אף שיכולים להיכנס כלבים, אי אפשר להגדירו כמזיק, והוא נפטר על נזקי אשו. מה שאין כן בעל הכלב שלא שמר על כלבו כלל, ניתן לחייבו כיוון שהתנהג כמזיק, אף שהכלב צריך לחתור בשביל ליצור את הנזק.⁴⁰

'אין עונשין מן הדין' בדיני נזקי ממון

על פי יסוד זה ניתן להבין את שיטת המכילתא (מכילתא דרבי ישמעאל מסכתא דנזיקין פרשה יא), שהובאה בתוספות בריש המסכת (ב, א ד"ה ולא זה זה, וראה עוד תוספות מט, ב ד"ה ועל הכרייה), לפיה בדיני נזקי ממון חל הכלל של 'אין עונשין מן הדין'. ולכאורה דיני נזיקין אינם עונש, אלא חיוב ממוני-משפטי רגיל!⁴¹ אך לפי המתבאר כאן יש לומר שהחיוב הממוני הינו תוצאה של אחריות פלילית אותה אנו מטילים על המזיק, והטלת אשמה זו היא הבסיס לחיוב התשלומים, ועל כן מובנת שיטת

40. וסברה מעין זו מצינו בדברי הראב"ד במקום נוסף, בסוגיה בדף יג, ב לגבי בעלים שהשאל את בהמתו מבלי להעביר אל השואל את האחריות על השמירה, שלדעת הראב"ד הוא מתחייב בנזקי הבהמה אפילו אם פרצוה ליסטים, כיוון שמדובר במצב בו הבהמה לא שמורה כלל, עיי"ש, ואכמ"ל בהסבר המלא של דברי הראב"ד ויחסם לדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס, שגם אותו ניתן לקשר ליסוד שהתבאר במאמר זה.

41. ואף אם נזיקין נחשבים למלווה הכתובה בתורה, כפי שמופיע בתוספות בכתובות (נו, א ד"ה הרי זו) ובקידושין (יג, ב ד"ה מלווה, והשווה לתוספות הרא"ש שם), הכוונה היא שלולי קביעת התורה לא היה כאן חיוב ממוני-משפטי, אך לאחר שקבעה, בפשטות יש כאן חיוב ממוני לכל דבר.

המכילתא שחל כאן הכלל של 'אין עונשין מן הדין'.⁴² וראה עוד בעניין זה בהרחבה בקונטרסי שיעורים לרב גוסטמאן, שיעור ב אות ג, שהציע שנחלקו המקורות התנאיים אם חיוב תשלומי נזיקין הוא חיוב ממון או עונש, ולדברינו גם אם לכו"ע חיוב ממון יש כאן, יש לו אופי מסוים של עונש בשל היותו מבוסס על הטלת אחריות פלילית על המזיק.⁴³

בור י' למיתה ובור ט' לנזיקין

דין נוסף שיש לבאר על פי יסוד זה הוא החלוקה הקיימת בדיני בור בין 'בור י' ל'בור ט'. במשנה בפרק חמישי (ג, ב) מבואר כי דווקא בבור בעומק י' טפחים הבהמה הנופלת לתוכו עלולה למות (באופן נורמאלי), ואם מתה מחמת נפילה לבור הפחות מ' טפחים, פטור. בגמרא שם מובאים דברי רב נחמן – שנאמרו במקורם לגבי דיני טריפות – המחלק בין מצב בו הבהמה נפלה לבור תוך כדי גלגול לבין מצב בו נפלה בבת אחת משפת הבור אל קרקעיתו, אז אין צורך בי' טפחים בכדי להגיע לאפשרות של מיתה, כיוון שכריסה של הבהמה גבוהה מהקרקע לפחות ד' טפחים, וממילא גם בבור הגבוה ו' טפחים יש אפשרות של המיתה. למרות קביעה זו, סובר הרשב"א (בחי'ושיו שם) שבדיני נזקי ממון לעולם אין לחייב על מיתת הבהמה אלא בבור י', שיש בו בכדי להמית בכל דרך של נפילת הבהמה.⁴⁴ ולכאורה שיטת הרשב"א תמוהה, מה היסוד לפטור באופן כזה, והרי מבחינה מציאותית הבהמה מתה באופן טבעי מחמת בור זה, ומדוע נפטור את בעל הבור! וגם אם נאמר שיש כאן גזירת הכתוב (כך ניתן להעלות מדברי הגמרא בדף ג, א) יש להבין את יסודה.

42. ייתכן שגם השיטה החולקת על המכילתא תסכים שיש כאן עונש – במובן המוסבר למעלה – אך לשיטה זו כן עונשין 'ממון' מן הדין, ראה שני תירוצי התוספות בדף ד, ב ד"ה ועדים זוממין, ואכמ"ל בעניין זה.

43. בספרי לבמדבר (המשויד גם הוא ל'דבי רבי ישמעאל') בריש פרשת נשא (פיסקא א) מובא הכלל ש'אין עונשין מן הדין' גם כלפי דין שילוח טמאים מן המחנה, ושם ודאי לא מדובר על 'עונש' ממש, אלא על דין. ונראה ששיטת המכילתא היא שכל החלת דין הגורם להגדרת האדם ומתוך כך מחייבו בניהוגים מסוימים הינה סוג של עונש שצריך להיות מפורש בכתוב ואי אפשר ללומדו מן הדין. ואם כן גם כאן, אין רק חיוב פיצוי בתשלומין, אלא חיוב הנובע מהגדרת האדם כ'מזיק', ועל כן קיימת הגבלת אין עונשין מן הדין. וראה עוד תוספתא לב"ק א, ב (מלמד שכל דבר שהוא קנס' וכו').

44. זאת לעומת שיטת הרמ"ה שאליה הוא רומז בדבריו, הוזכרה בפירוש בטור סימן טי, והיא גם שיטת רבנו אפרים שנדפסה לצד דפי הרי"ף, כבא אות א, המחייבים בנזיקין גם בבור פחות מ' במקרה של נפילה ישירה.

ונראה להסביר שכאשר אדם חופר בור י', הוא מתחייב מעתה אם תמות בהמה בבורו מכיוון שהוא עשה מעשה שבאופן מובהק יש בו אפשרות של המתה, ולכן חפירת בור מסוג זה מחייבת אותו באחריות על מיתת בהמות. מה שאין כן בחפירת בור פחות מ' טפחים, אין כאן מעשה מובהק של יצירת אפשרות מיתה לבהמה, ועל יצירת בור כזה לא הטילה עליו תורה אחריות לגבי מיתה, אלא רק לגבי נזיקין.

והנה, שיטת הירושלמי (פרק ה הלכה ו) היא שפטור בור בכלים הוא דווקא בבור של מיתה, אך בור של נזיקין, הפחות מ' טפחים, חייבים בו על הכלים.⁴⁵ ותמוה שלכאורה בור של י' כולל בתוכו גם בור ט', ואם בבור ט' חייב על כלים כיצד ייתכן שבור י' יהיה פטור! ונראה שיסוד דברי הירושלמי הוא שבבור י' האדם עשה מעשה נזק שיש בו אפשרות למיתת הבהמה, וממילא האחריות המוטלת עליו היא כל כך חמורה, שאיננו מתייחסים כלל לנזקי כלים. מה שאין כן בבור ט' בו האדם יצר נזק שלפי הגדרת התורה הוא בעייתי במישור של נזיקין בלבד, אין הבדל מהותי בין נזקי כלים לנזקי בהמה, ויצירת הבור נחשבת למעשה נזק גם כלפי כלים (ויש כאן דמיון מסוים לדין קלבד"מ).⁴⁶

חצי נזק צרורות

הסברים שונים נאמרו מדוע במקרה בו בהמה מזיקה כדרכה באופן לא ישיר מתחייב הבעלים חצי נזק בלבד. לאור מה שהתבאר ניתן להציע שרק כאשר בהמה הולכת ותוך כדי כך מזיקה באופן ישיר, המעשה עצמו מוגדר באופן מוחלט כמעשה נזק (כאמור לעיל, בנזקי שן ורגל המקרה לא יוגדר כמעשה נזק כל עוד הוא נעשה ברשות שמותר לבהמה ללכת בה). אך כאשר היא הולכת מבלי לעשות נזק ישיר, והנזק נגרם באופן עקיף מהמעשה כמו במקרה של תעופת צרורות אגב הליכתה, אי אפשר להגדיר את מעשה הבהמה כמעשה נזק מוחלט, כיוון שיש הפרדה בין עצם ההליכה לבין הנזק שמתרחש מכוחה, במנותק ממנה, ואף שנזק זה נעשה מחמתה, אין זה מספיק בשביל להגדיר את מעשה הבהמה

45. וראה שיטה מקובצת ג, ב בשם הרא"ש שתירץ את קושיית התוספות שם (ד"ה משורו) על פי ירושלמי זה.

46. המעיין יבחין שבתוך דברי הרשב"א הנ"ל נראה שהוכיח מדברי הירושלמי הללו את יסודו לפיו ישנה חלוקה מהותית בין בור י' לבור ט' וחייב על מיתת הבהמה הוא רק בבור י'. וראה עוד בכל עניין זה בחידושי ר' אריה לייב מאלין סימן נא.

עצמו כמעשה נזק מוחלט.⁴⁷ ולכן יש חיוב של חצי נזק בלבד, כביכול המעשה מוגדר כמעשה נזק רק באופן חלקי.

טמון

על פי מהלך זה ניתן לקרב מעט אל שכלנו את יסוד הפטור המחודש של טמון בנזקי אש. לא נוכל לפרוס כאן כראוי את רוחב היריעה בעניין זה, ורק נפנה לדברי ה'בכור שור' בפירושו לתורה (שמות כב, ה) המסביר דין זה כך:

שלם ישלם המבעיר את הבעירה: שהיה לו לשמור האש שלא ילך מתוך שלו, ולתת לב על הנזק שהאש יכול לעשות. ולפיכך פטרה תורה טמון באש, שעל הטמון לא היה לו ליתן לב, כיון שאין רואה אותו.

ונסביר בקצרה על פי כל הנ"ל: נראה שהמצב הנורמאלי של נזקי אש שעליהם חייבה תורה הוא כאשר אדם מדליק בתוך שלו (אז גם קיים פטור 'טמון' באופן מלא, ראה הסוגייה בדף סא, ב ובראשונים שם), מעשה לגיטימי ונורמאלי לכשעצמו, ואף הכרחי בימים עברו בהם היה צורך תמידי בשימוש ביתי באש. אחריות האדם על הנזק והגדרת המעשה כמעשה 'פלילי' אינה מחמת עצם הדלקת האש, אלא מצד מחויבותו 'להרים ראש' ולראות את מה שסביבו, את נכסי שכנו העלולים להינזק מחמת מעשיו. אי תשומת הלב לסביבתו ואולי אף חוסר האכפתיות כלפי מה שראו עיניו הוא המוביל להגדרת המעשה כ'מעשה נזק' שאיננו לגיטימי, וכדי להביע יסוד זה פטרה תורה על מה שטמון, שכן הוא לא היה כלול ביצירת המרכיב הפלילי למעשה.

לסיום נעיר כי עיבוד העיקרון היסודי המתבאר במאמר זה יכול לתרום רבות גם בלימוד הנושא של נזקי אדם; חיוב 'אדם מועד לעולם' וגבולותיו, וכללי החיוב והפטור בדיני גרמא וגרמי בשיטת כמה ראשונים, אלא שעניין זה מזקיק מאמר לכשעצמו.

47. כמובן שהנתק המסוים בין הבהמה לבין מה שנעשה מכוחה קשור לכך שמדובר על בהמה שאין לה דעת ואחריות.