

## בא הרא"ש והעמידן על אחת: העיקרון היסודי

### של דיני הנזיקין

#### הרב תמיר גרנות

- א. כמה אבות נזיקין הן?
- ב. חידושו של הרא"ש בסוגיית בהמה שאכלה מעל גבי חברתה וקופצת
- ג. השלכות נוספות של חידושו של הרא"ש
- ד. חיוב המזיק אפילו כשהוא פועל בהיתר
- ה. מקורות לחידושו של הרא"ש שהניזק הוא הגורם את החיוב או הפטור
- ו. נזק בחצר השותפים וכיו"ב – מה הדין כששני הצדדים נוהגים כשורה?
- ז. זכות הקניין וזכויות אחרות כגורם בדיני הנזיקין
- ח. סיכום
- ט. רשימו – מבט נוסף לעומק

#### א. כמה אבות נזיקין הן?

המשנה הראשונה במסכת בבא קמא פותחת: "ארבעה אבות נזיקין", ומיד הולכת ומונה את האבות. האבות, כפי שמבארת הגמרא, הם הקטיגוריות הראשיות של עולם הנזיקין, והם מאפשרים לנו לסווג כל אחד מאינסוף המצבים האפשריים בעולם הנזיקין תחת אחת או יותר מארבע הקטיגוריות. הסיווג משמעותי משתי בחינות עיקריות:

קביעת החיוב או הפטור – רק אם ניתן לסווג מקרה תחת אחת לפחות מארבע הקטיגוריות, ניתן לחייב את המזיק באותו מקרה.

הסיווג מאפשר לדעת מהם החיובים והפטורים הספציפיים החלים על המקרה, שהרי יש הבדל בין הדינים הפרטניים של כל אחד מהאבות (שן ורגל פטורים ברשות הרבים, קרן תמה חייבת חצי נזק מגופו, אש פטורה בטמון, בור בכלים וכיו"ב), וכפי שאומרת הגמרא (ה ע"ב): "ולמאי הלכתא כתבינהו רחמנא – להלכותיהן".

אמנם, לאחר שנלמד הצד השווה בסיפא של המשנה הראשונה: "שדרכן להזיק (וממונך) ושמירתן עליך", אין כבר צורך יותר בסיווג ספציפי כדי לקבוע את עצם החיוב, שהרי כל מה שדרכו להזיק ושמירתו על האדם חייב, ואם כן ארבעת אבות הנזיקין נותרו רק בשביל קביעת הדינים הספציפיים, כאמור בסעיף ב. בכך שונים

אבות הנזיקין מאבות מלאכות שבת מבחינת מעמדן בתוך המערכת. מעשה שעושה אדם בשבת ייחשב מלאכה רק אם יש לו התכונות המסוימות המשייכות אותו לאב מלאכה מסוים, ואין בכלל אלא מה שבפרט, לאמור: מלאכה בשבת היא רק מעשה הדומה מספיק לאחת מל"ט האבות כך שניתן לסווגו תחת אותה מלאכה. אם איננו מסווג תחת אחד האבות – אין המעשה איסור מלאכה כלל. אולם בנזיקין, המצב שונה, שכן די שבמעשה נזק יתקיימו המאפיינים הכלליים של נזק – דרכו להזיק ושמירתו עליך – והרי הוא חייב, אף שאיננו דומה לאף אחד מארבע אבות הנזיקין.<sup>1</sup> למסקנה, יש מתח בין הרישא של המשנה, שלפיה עומדים דיני הנזיקין על ארבעה עקרונות יסוד, ובין הסיפא, שממנה נראה כי יש עקרונות ראשוניים ופשוטים יותר מארבעה אבות.<sup>2</sup>

החלוקה לארבעה אבות נזיקין נלמדת, כפי שכתבנו במקום אחר, מפרשות הנזיקין שבתורה בפרשת משפטים.<sup>3</sup> אלא שההנחה שפרשות התורה כפי שהן מלמדות על ארבע קטיגוריות יסוד, כפי שהבינה זאת המשנה, איננה הכרחית, ויש דרכים שונות להבין את תפקידן של ארבע פרשיות אלה. כפי שהראינו במקום אחר, נראה שרוב הבין שפרשת שור שנגח שור (קרבן) מלמדת על הדין הרוחבי של נזק משונה, ואיננה מוסיפה קטיגוריה (אב) חדשה ועצמאית.<sup>4</sup>

כל מערכת הגיונית, ובכלל זה מערכת משפטית, חותרת לאחדות ולפשוטות. מערכת שבבסיסה עקרונות רבים היא מסובכת הרבה יותר וודאית הרבה פחות ממערכת שעומדת על שניים, שלושה או ארבעה עקרונות פשוטים, ובוודאי על עיקרון אחד בסיסי. החתירה לקראת מציאת העיקרון היחיד או האידיאה היחידה, שכל הפרטים השונים במערכת כלשהי נובעים או מוסקים ממנו באופן הגיוני – מאפיינת את החשיבה הפילוסופית, המדעית והמשפטית בכלל, ואת ההלכה בפרט: !! "בא חבוק

1 מובן שבמצב כזה נסתפק מהם דיניו של אותו נזק, ויש בין האחרונים שפוטרים אותו בכל הפטורים של כל האבות, ויש שמחייבים, ואכמ"ל.

2 מתח זה קשור במקורות עריכתה של המשנה. נראה שהרישא מקורה במכילתא דרשב"י שם מופיעה המערכת של ארבע אבות, ואילו הסיפא מקורה במכילתא דר"י שם מופיע הצד השווה, ובמשנה אוחדו שני בתי המדרש לתפישה אחת מורכבת.

3 ראה: "שיטת רבא בנזקי ממון: מעמדה המשונה של הקרבן" בקובץ זה. וראה רש"י על המשנה הראשונה במסכתנו. על הפרשה במשפטים יש להוסיף את פרשת החובל בחברו, ויקרא כד.

4 ראה במאמר שם.

והעמידן על אחת", "אמר רבי עקיבא: ואהבת לרעך כמוך זה כלל גדול בתורה" ועוד כיוצא באלו.<sup>5</sup>

רבים הם הנושאים בהלכה ובמוסר שהעמידום חכמים על ארבעה או שלושה יסודות: על שלושה דברים העולם עומד או קיים, ארבע מידות בתלמידי חכמים, יציאות השבת שתיים שהן ארבע, כנגד ארבעה בנים דיברה תורה, ועוד. נראה שהקביעה כי שלושה או ארבעה עקרונות מסכמים בתמצית תחום שלם, מבטאת את השאיפה לפשטות ולמציאת הכללים שביסוד הפרטים. במקרים אלה, המספרים שלושה וארבעה הם טיפולוגיים ואינם בהכרח דווקאיים, כלומר, הם סמליים ומבטאים את האידאה של ההכללה.

נראה שגם בתחום הנזיקין הקביעה שיש ארבעה אבות ממלאת תפקיד דומה. יכולים היו להיות שלושה או חמישה אבות, כפי שאומר הירושלמי בתחילת המסכת, ובאמת מבחינה הגיונית אין סיבה שלא להגיע למסקנה כזו, שהרי אנו מונים: קרן, בור, שן, רגל, אש ואולי אדם. בסך הכל יש חמישה או שישה אבות, אלא שהמספר ארבע נבחר כדי לסמל את אידיאת האחדות והכלליות של המערכת שיש בה, כאמור, ריבוי אינסופי של מצבים, אך יסודותיה פשוטים למדי.

מעתה ניתן לשאול: האם המספר ארבעה הוא אכן המספר הקטן ביותר של יסודות שעליהם ניתן לבסס את תורת הנזיקין, או שניתן, כפי שמשתקף גם מפסקת ה"צד השווה" שבמשנה, להצביע על כללים יסודיים עוד יותר מאבות הנזיקין, שמספרם קטן יותר. הפרק הבא במאמר יציג את הטענה שהרא"ש, בפירושו לדברי הרי"ף באחת מסוגיות שן בפרק השני, מנסח למעשה את "כלל כל הכללים" של דיני הנזיקין, ומעמיד את תורת הנזיקין כולה "על אחת". בפרקים הבאים נבסס את מרכזיותו של העיקרון הכללי העולה מדברי הרא"ש ונברר את מקורותיו, את היבטיו השונים ואת יישומו בסוגיות שונות.

## **ב. חידושו של הרא"ש בסוגיית בהמה שאכלה מעל גבי חברתה וקופצת**

במשנה שנינו (יט ע"ב) כי בהמה האוכלת מזון שאינו שלה ברשות הרבים פטורה מתשלום נזק, ומשלמת רק מה שנהנית, כלומר מה שנשתכר בעליה על ידי חסכון המזון שהיה נותן לה בעצמו. בסוגיית הגמרא דנים האמוראים ביוצאים מכלל זה,

---

5 בבלי מכות כד ע"א; ירושלמי נדרים ט ד.

ובין השאר נדון מקרה של בהמה האוכלת ברשות הרבים ממוזן המונח על גבי חברתה:

אמר אילפא: בהמה ברשות הרבים, ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה - חייבת; מאי טעמא? גבי חברתה כחצר הניזק דמי

(כ ע"א)

אילפא קובע שעל אכילה כזו, אף שהיא נעשית ברשות הרבים, חייב בעל הבהמה לשלם נזק שלם שכן אכילה מעל גבי הבהמה נחשבת כאכילה ברשות הניזק. אילפא איננו נותן הסבר לקביעה ש"גבי חברתה כחצר הניזק דמי", אך הגמרא מביאה חיזוק לדבריו מברייטא:

לימא מסייע ליה: היתה קופתו מופשלת לאחוריו, ופשטה צוארה ואכלה ממנו - חייבת; כדאמר רבא: בקופצת, הכא נמי בקופצת. והיכא איתמר דרבא? אהא דאמר רבי אושעיא: בהמה ברשות הרבים, הלכה ואכלה - פטורה, עמדה ואכלה - חייבת; מאי שנא הלכה? דאורחיה הוא, עמדה נמי אורחיה הוא! אמר רבא: בקופצת.

המקרה הנדון בברייטא, בהמה האוכלת מסל המופשל מאחורי גבו של אדם, נראה דומה למצב עליו דיבר אילפא - אכילה מעל גבי חברתה - אך איננו זהה. הגמרא דוחה את הראייה כשהיא מנצלת תירוץ של רבא שנאמר במקום אחר, ומעמידה את הברייטא בבהמה הקופצת ואוכלת. גם אמירה זו מובאת ללא נימוק, ולא נתברר מדוע הקפיצה משנה את הדין מפטור לחיוב. דברי רבא נאמרו במקור כדי לתרץ מימרא של רבי אושעיא, אשר הבחין בין בהמה שאוכלת תוך הליכתה ברשות הרבים - שפטורה, ובין בהמה האוכלת בשעה שעומדת - שחייבת. התלמידים נתקשו בחלוקה זו, שכן בין הולכת בין עומדת הרי היא עושה כדרכה ("אורחיה"), והדין שתהיה פטורה בשניהם; על כך תירץ רבא שהחיוב במקרה שעומדת הוא רק אם עומדת וקופצת. גם כאן לא נתברר ההבדל בין עומדת סתם שפטורה ובין קופצת שחייבת.

רש"י דילג בפירושו על דינו של אילפא במקרה שאכלה מעל גבי חברתה, אך על חידושו של רבא בנוגע לקופצת פירש שהחיוב נובע מהיותו של הנזק משונה, שכן אין דרכן של בהמות לאכול בקפיצה, ועל כן חייב הבעלים על נזקי בהמתו מדין קרן שחייבת חצי נזק ברשות הרבים. רש"י הבין שדין הקופצת שונה מפני שצורת האכילה משונה, אף שהמיקום זהה. הקושי בפירושו הוא ההנחה שהברייטא ורבי אושעיא כשאמרו "חייבת" נתכוונו לחיוב חצי נזק, אף שבדרך כלל הכוונה לנזק שלם.

הרי"ף בהלכותיו, כשהוא מביא את הסוגיה, מוסיף ביאור במקומות החסרים:

בא הרא"ש והעמידן על אחת

אמר אילפא: בהמה ברשות הרבים ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה חייבת. מאי טעמא? על גבי חברתה כחצר הניזק דמי. והוא דקפצה, אבל עמדה לא, דהיינו אורחה, דאיתמר: אמר רבי הושעיא: בהמה ברשות הרבים הלכה ואכלה פטורה, עמדה ואכלה חייבת. ואמרינן: מאי שנא הלכה דאורחה הוא, עמדה נמי אורחה הוא? (ואמר רבא) בקופצת

(דפי הרי"ף ח ע"א)

בסוגיית הגמרא פועלים שני גורמים המשפיעים, לכאורה, על קביעת ההלכה: מיקומה של הקופה שבה נמצא המזון, והתנהגותה של הבהמה. הרי"ף חיבר אותם לאחד: מצד אחד קבע שבהמה שאכלה מעל גבי חברתה חייבת, כי גבי חברתה כחצר הניזק דמי; אבל מצד שני העמיד את דברי אילפא במקרה שקופצת דווקא, והסביר שאם עומדת פטורה מכיוון שאכילת בהמה בעמידה היא כדרכה, ורק אם קופצת חייבת. לכאורה הכוונה היא שחייבת מפני שקפיצה היא אכילה משונה, והרי אילפא אמר שהיא חייבת מפני שמעל גבי הבהמה כרשות הניזק דמי? זאת ועוד, אם חייבת מדין שינוי כקרן – חיובה חצי נזק, ואם חייבת מפני שעל גבי בהמה נחשב כרשות היחיד – חייבת נזק שלם, אז כיצד אפשר ליצור זהות בין הדינים? נראה שבעוד שהסוגיה לפי פשוטה, לכאורה, הבחינה בין דברי אילפא ובין הברייתא והמימרא של רבי אושעיא, והעמידה רק את האחרונות בקופצת, הרי"ף חיבר ביניהן, ומכאן נובע הקושי בהסברו. ואמנם, בעל המאור הצביע על הסתירה בדברי הרי"ף, והבין שיש בסוגיה שני דינים עצמאיים. הוא פירש שרבא לא חלק על אילפא ולא צימצם את דבריו לקופצת בלבד, אלא שתי הלכות שונות ונפרדות נאמרו בסוגיה:

אמר אילפא בהמה ברה"ר ופשטה צוארה וכו'. מה שפסק בה הרב ז"ל לא מסתבר, אלא כל על גבי חברתה חייבת בין שקפצה בין שעמדה והיינו דאילפא, וברה"ר בלא גב חברתה חייבת ח"נ בקופצת, והיינו דרבי אושעיא. ולא פליגי אהדדי, אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא

(בעל המאור שם)

לדעת בעל המאור, אילפא אומר שעל כל מקרה של על אכילה גבי חברתה חייב, מפני שמיקום זה נחשב כרשות היחיד, וחייב נזק שלם מדין שן ברשות היחיד. רבא אמר דין אחר, בעקבות רבי אושעיא – שכל קופצת חייבת חצי נזק מדין משונה, כקרן.

ממבט ראשון נראה שצודק בעל המאור המחלק את הסוגיה לשני חלקים שמופיעים בהם שני עקרונות שונים. ראשית, מפני שהאוקימתא כרבא בקופצת הובאה בגמרא

כדי לרחות את ניסיון הסיוע לאילפא מהברייתא של "קופתו מופשלת לאחוריו", ולא כביאור לדברי אילפא. ושנית, מפני שקשה לראות איזו זיקה קיימת בין האוקימתא של בהמה הקופצת (שזה לכאורה מעשה משונה) ובין הגדרת אכילה על גבי הבהמה כרשות הניזק.

נראה כי היתרון המובהק של פירושו של הרי"ף הוא השארת הדיון כולו במסגרת הלכות שן, ולכן גם החיוב, כאשר יש חיוב, הוא תמיד נזק שלם. כיוון שהגמרא עצמה לא חילקה בין חיוב חצי נזק לחיוב נזק שלם וכתבה בסתמא "חייב", יש להניח שהוא מפרש נכון את כוונת הגמרא. אלא שקשה לשיטתו, כיצד הקריטריון של "קופצת" משפיע על הלכות שן במסגרת הלכות שן? אם הוא הופך אכילה כזו לתולדה של קרן - נוחא, אבל אז ישלם חצי נזק כשיטת רש"י ובעל המאור; ואם לאו – כיצד שן ברשות הרבים יכולה להיות חייבת בנזק שלם, והרי שן ברשות הרבים פטורה?

הרא"ש מציע להבין את כוונת הרי"ף כך: בסוגיה זו הגדרת פעולת הבהמה כמשונה אין תכליתה להגדיר את הפעולה כקרן, אלא היא באה לפטור את הניזק מחובת שמירה על רכושו (המזון שעל כתפיו או בהמתו) במקרה כזה:

ומיהו כי מעיינת ביה שפיר דברי רב אלפס ז"ל עיקר, דבהמה שקופצת למקום גבוה ואוכלת לאו שינוי הוא, דאמר לעיל כיון דאורחה למיכל ליפתא, אורחה נמי לסרוכי ולמיסק. אלא הך דאילפא ודברי אושעיא וברייתא דהיתה קופתו מופשלת טעם אחד להם, דכל היכא דיכולה בהמה לאכול כדרכה דרך הילוכה בלא קפיצה, אין לו לאדם רשות להניח שם פירותיו והוי רשות הרבים ופטורה. אבל היכא דאין יכולה לאכול אלא בקפיצה יש לו רשות להניח פירותיו ומיקרי חצר הניזק... וכיון שאין יכולה לאכול אלא בקפיצה לאו אורחה הוא, ויש לו רשות להניח שם פירותיו, וכמו מחזרת לרב ושבקה לרחבה לשמואל... וכיון שאין יכולה לאכול אלא בקפיצה קרינא בה שדה אחר, כי יש לו רשות להניח שם פירותיו.

על פי העיקרון המשפטי שמציע הרא"ש, המזיק פטור מתשלום נזק כאשר הניזק לא מילא מצידו את חובת ההתגוננות שלו מפני נזקים פוטנציאליים. כאשר בהמה מזיקה ברשות הניזק, מן הסתם אין לבוא בתלונה אל הניזק, שהרי רכושו נפגע כשהוא שמור ברשותו (וראה להלן שגם הנחה זו מתערערת בסוגיה בהמשך). לעומת זאת, אם הנזק הוא נדיר או משונה כך שהניזק לא היה צריך להעלות בדעתו שהוא אמור להתגונן מפני מאורע כזה של נזק, אזי המזיק יהיה חייב, ולא יוכל לתלות את הקולר בצוואר הניזק.

לפיקך, העמדתו של רבא את דברי רבי אושעיא בקופצת יש לפרשה כך: כיוון שהבהמה יכולה הייתה לאכול מאותו מזון רק בקפיצה, ואכילה בקפיצה היא פעולה חריגה, הרי שלא היה כל מחדל בכך שהניזק הניח את המזון בקופה שהייתה מופשלת לאחוריו או על גבי הבהמה, ולכן המזיק חייב נזק שלם. ואם תשאל: הרי הנזק נעשה ברשות הרבים, ושן ורגל פטורים ברשות הרבים? ישיב הרא"ש: הגדרת הרשויות לעניין נזיקין איננה חופפת את הגדרתם בתחומים אחרים. רשות הרבים של שבת, של טומאה, או של עניינים אזרחיים, יש לה הגדרה משלה. הגדרת הרשות לעניין נזיקין חופפת את רשותו של המזיק לנוע באותו תחום בחופשיות עם ממונו, או לעשות בו פעולות רגילות אחרות שיש בהן משום מימוש זכות הקניין שלו, ובמקביל היא חופפת לתביעה מהניזק שיגן על רכושו מפני נזקים הצפויים מפעילות נורמאלית של אנשים ובעלי חיים אחרים. רשות היחיד, לפי הגדרה זו, משמעותה מקום או הקשר שבו למזיק אין רשות לעשות פעולות על ידי ממונו או בעצמו, ומצד שני היא חופפת למצב שבו ניתן לומר כי הניזק הגן על ממונו הגנה ראויה.

מכאן שאם בהמת המזיק אכלה ממקום שאליו היא יכולה להגיע רק על ידי קפיצה, ואכילה בקפיצה איננה פעולה רגילה של בהמות, הרי זו אינדיקציה לכך שהניזק הניח את פירותיו במקום מוגן דיו, כלומר במקום שאיננו חשוף לפגיעה מפעולות שגרתיות. זו כוונת דברי אילפא, "על גבי בהמה כחצר הניזק דמי": לעניין הדין, כשם שחצר הניזק נחשבת מקום מוגן, ולכן אין מחדל מצד הניזק אם פלשה לשם בהמת המזיק, והמזיק חייב, כך גם אין מחדל מצד הניזק בהנחת המזון על גבי בהמה ברשות הרבים במקום גבוה דיו, והמזיק חייב כדין רשות היחיד.

לפי דברי הרא"ש בעקבות הרי"ף, בסוגיה שלפנינו הקפיצה מוגדרת כנזק "משונה" אך לא משונה שמסווג את הנזק תחת קרן, אלא משונה שגורם שהנזק ייחשב כנעשה ברשות היחיד, ויחייב את המזיק. יש לשאול על פי הרא"ש: מהי ההגדרה המבחינה בין נזק משונה כגון קופצת שגורם לחיוב נזק שלם גם כשנעשה במרחב רשות הרבים, ובין משונה של קרן (כגון אכלה כסות וכלים או בעיטה) שגורם שהאכילה או ההליכה לא תחשב כשן ורגל, והחייב עליה יהיה רק חצי נזק? ונחדד עוד: אליבא דהלכתא נפסק שחצי נזק קנס הוא, כלומר שמעיקר הדין קרן הייתה פטורה לגמרי מרשות הרבים, והתורה קנסה כדי לגרום לבעלים שישמרו טוב יותר. ואם כך, נמצא שהשינוי גורם שתי תוצאות הפוכות: שינוי כגון קפיצה גורם שבהמה שהייתה אמורה להיות פטורה מאכילה ברשות הרבים תחייב נזק שלם, ושינוי של בעיטה או

אכילת כסות וכלים גורם, לעתים, שבהמה שהייתה חייבת נזק שלם, למשל ברשות היחיד, תיפטר מכל וכל, אלא שקנסה אותה תורה. כיצד ייתכן ששינוי גורם פעמים לחיוב ופעמים לפטור?

נראה שיש להבחין בין שני סוגים של פעולות. הראשון, פעולות רגילות שהן חלק אינטגרלי של מנגנוני החיים של בעלי חיים (אכילה, הנאה, הליכה). ברשות הרבים הבעלים איננו חייב בשמירת בהמותיו מפני פעולות כאלה, כדי לאפשר את פעילות השוק הנורמאלית וכדי להגן על אפשרות המימוש של זכות הקניין. כלומר, מפני שהן פעולות רגילות הבעלים פטור ברשות הרבים. מאותה סיבה, כאשר פעולות רגילות כאלה נעשות ברשות הניזק, כיוון שהבעלים יכול וצריך לצפות נזק כזה, הוא חייב בנוק שלם. הסוג השני הוא פעולות משונות או חריגות, בגלל היותן נדירות או בגלל היותן תוצאה של גירוי חיצוני פתאומי, כגון נשיכה או נגיחה. באופן עקרוני הבעלים איננו צריך להישמר מפניהן (לשיטה שחצי נזק הוא קנס), כיוון שקשה לצפות אותן וקשה להגן מפניהן, ובכל זאת התורה החמירה וקנסה בחצי נזק כדי שהבעלים ייזהרו וזהירות יתרה. שינוי מסוג זה הוא סיבה לפטור ולא לחיוב.

השינוי עליו מדובר בדין קופצת איננו שינוי בפעולה, שהרי מדובר על בהמה שאוכלת אוכל רגיל, ואין ספק שזה חלק מהמנגנון הטבעי שלה, לכן ודאי שאין מדובר בקרן. השאלה שלפנינו היא האם האכילה תסווג כאכילה ברשות הרבים והבעלים ייפטר, או כאכילה ברשות היחיד והבעלים יתחייב. הרא"ש חידש שהתשובה לשאלה זו איננה מצויה בהלכות רשויות, אלא בהלכות נזיקין. השאלה היא האם המזיק נהג כשורה והמחדל הוא של הניזק, או שהניזק נהג כשורה והמחדל של המזיק. נקודת המבט המכריעה, על פי הרא"ש, היא זו של הניזק. כלומר אם לא נעשה מצידו מחדל בהגנה על רכושו, אזי הפגיעה ברכושו תוטל באופן שלם על המזיק, כלומר היא תחשב פלישה לרשות היחיד. משמעות הקפיצה במקרה זה איננה שהיא גורעת מחובת השמירה של המזיק, שהרי כאמור מדובר בפעולת אכילה רגילה, אלא שמנקודת המבט של הניזק הוא לא היה צריך לצפות שהבהמה תאכל באופן ובמיקום כזה, ולכן אין בהנחת המזון על גבי בהמתו או על גבו מחדל, והאחריות תוטל על כתפי המזיק שלא נזהר.

פירושו של הרא"ש לרי"ף מקבל חיזוק מהערה קצרה של הרי"ף על סיבת הפטור של שן ורגל ברשות הרבים: "ושן ורגל ברשות הרבים פטורין משום דאורחיהו הוא" (דפי הרי"ף א ע"ב).



יש לשאול על הרי"ף: ראשית, הרי אנו לומדים את הפטור ברשות הרבים מדברי הפסוק "ובער בשדה אחר". ועוד, לכאורה, כיוון שקרן חייבת רק חצי נזק מפני שהנזק אינו דרכה, ולכן אין המזיק חייב לשמור, הרי שמצב של "אורחיהו" צריך להיות נימוק לחיוב ולא לפטור. ונראה שכוונת הרי"ף היא כדברינו למעלה, שהתורה פטרה מזיק ברשות הרבים כדי לאפשר לאנשים לממש את זכותם להתנהל נורמאלית ברשות הרבים בפעולות שהן רגילות, ואז מוטלת חובה על הניזקים הפוטנציאליים לשמור את רכושם מפני נזקים שבאורחיהו. אבל אין הניזקים צריכים להישמר מפני נזק משונה הפוגע בזכות השימוש שלהם ברשות הרבים, וזו ההלכה של בהמה הקופצת.

### ג. השלכות נוספות של חידושו של הרא"ש

חידושו של הרא"ש הוא באיחוד של שתי קטיגוריות מרכזיות בעולם הניזקין: הגדרת הרשויות והגדרת "אורחיה" ו"משונה". ממבט ראשון היה נראה כי בסוגייתנו שתי הקטיגוריות הללו מופיעות בשני שלבים נפרדים: מיקומה של הקופה ומיקום המזון על גבי הבהמה, ואכילה בקפיצה. והנה, הרא"ש מאחד את שני העקרונות ומעמיד הלכה למעשה את כל תורת הניזקין על שאלה אחת פשוטה: האם המעשה שעשה המזיק וגרם לנזק נעשה ברשות, והאם במעשה שעשה הניזק ואפשר את הנזק היה מחדל. בסוגייתנו נדמה שהרא"ש מעדיף להתמקד בנקודת המבט של הניזק, ובהמשך נרחיב על כך.

מה אם כן המשמעות של קטיגוריות השינוי לאור שאלה זו? הרא"ש עושה להן רדוקציה אל השאלה העיקרית – הערכת הלגיטימיות של מעשה הניזק: הניזק צריך להיזהר מנזקים שייגרמו כתוצאה מפעולות של המזיק המוגדרות כאורחיה, דהיינו שהן מימוש של זכותו הטבעית לגדל בהמות או להשתמש באופן רגיל ברכושו. אם הניזק לא נזהר מנזקים המוגדרים כאורחיה (בסוגייתנו – אם הניח את קופתו במקום הזמין לבהמות בקלות) הרי זה מעשה שלא ברשות, ומקום ההנחה יוגדר רשות הרבים. אם הניח את קופתו במקום גבוה שאליו הבהמה מגיעה רק בקפיצה, לא כדרכה, הרי הפירות מוגדרים כמונחים ברשות היחיד וחייב המזיק.

ומה המשמעות של קטיגוריות הרשויות? רשות הרבים ורשות היחיד לפי הרא"ש הן מונחים פנימיים של תורת הנזקים, שאינם דומים למונחי הרשות בתחומים אחרים. מעמדה של הקופה המונחת על גב הניזק כרשות הרבים או כרשות היחיד אינו

משתנה בגלל הרמתה בכמה סנטימטרים, אבל לעניין הנזקים הגדרת פלישה לרשות היחיד היא שהמזיק לא שמר על בהמתו מפני עשיית מעשה שהניזק לא היה צריך להישמר ממנו, בגלל חריגותו, או בגלל זכויותיו של הניזק.

ברור מדברי הרא"ש שפירושו לדברי הרי"ף כאן איננו פירוש מקומי בלבד, אלא הוא מכונן כאן עיקרון כללי, שהרי הוא מסביר באופן דומה גם את סוגיית מחזרת. הגמרא להלן מביאה את מחלוקת רב ושמואל בפירוש המשנה האומרת: "אכלה מתוך הרחבה משלמת מה שנהנית, מצידי הרחבה משלמת מה שהזיקה" (יט ע"ב):  
 כיצד משלמת מה שנהנית וכו'. אמר רב: ובמחזרת, ושמואל אמר: אפילו מחזרת נמי פטור. ולשמואל, היכי משכחת לה דמחייב? כגון דשבקתה לרחבה ואזלה וקמה בצידי רחבה.

(כא ע"א)

הרא"ש מסביר כי לדעת רב, בהמה העומדת ברשות הרבים ומחזרת ראשה לצדי הרחבה - חייבת, כי כיוון שהבהמה אוכלת שם רק בהסטת הראש, סבור רב שיש לניזק רשות להניח שם פירותיו – והרי זה נחשב כמי שהניחם ברשות היחיד. שמואל סובר שכיוון שדרכה של בהמה לחזור אין לניזק רשות להניח שם פירותיו, ורק אם עזבה הבהמה את רשות הרבים ועברה בפועל לצדי הרחבה תהיה חייבת. העיקרון הוא אותו עיקרון לדין בסוגיית האוכלת על גבי חברתה וקופצת. מחזרת דומה לקופצת מפני שמדובר בפעולת אכילה רגילה, שנעשתה בצורה או במיקום לא רגילים. רב שמחייב סבור בדיוק כמו שקבע רבא בסוגייתנו, שכיוון שהניזק לא היה צריך לצפות או לכל הפחות לא היה צריך להיזהר מנזק כגון זה, אין מחדל במעשהו, ולכן האחריות מוטלת על המזיק.

בחידושו של הרא"ש יש שני מרכיבים יסודיים:

- א. הוא מגדיר מחדש את מושג הרשויות דיני הנזיקין ככפוף למושג "אורחיה", כלומר עניין קביעת הרשות הוא יחסי ותלוי במנהגי השוק, הנורמות המקומיות וטבע בעלי החיים.
  - ב. הוא קובע שפעולותיו של הניזק, אם נהג כראוי או שיש מחדל במעשהו, הם הגורם המכריע בקביעת החיוב.
- ראיה חזקה למודל התיאורטי שמציע הרא"ש עולה מסוגיית "עיזי דבי תרבו" החותמת את דיוני הגמרא בנזקי שן:

נהו עיזי דבי תרבו דהוו מפסדי ליה לרב יוסף, א"ל לאביי: זיל אימא להו למרייהו דליצנעניהו. אמר ליה: אמאי איזיל? דאי אזילנא, אמרי לי: לגדור מר גדירא בארעיה.

(כג ע"ב)

הגמרא מספרת על העיזים של משפחת בית תרבו שהיו גורמות נזק לשדותיו של רב יוסף, ורב יוסף שלח את אביי כדי שיזהיר אותם שיצניעו את עזיהם. בקשת רב יוסף מאביי נשענת על ההנחה הנראית מובנת מאליה שבי תרבו חייבים לשמור על עיזיהם מפני פלישה לרשות היחיד שלו. אולם אביי טוען שהם יכולים לטעון כלפי רב יוסף שיגדור את שדותיו. משמע שלדעת אביי יכול המזיק לטעון כלפי הניזק: הגן אתה על רכושך מפני נזקים של ממוני. טענה זו נשמעת מוזרה מאוד, במיוחד על רקע הידוע לנו מהמשניות והסוגיות העוסקות בנזקי שן, שלפיהן ברור כי המזיק את חברו על ידי בהמותיו ברשות הניזק חייב נזק שלם, וכאן נראה כאילו אביי כופר בכך.

טענתו של אביי נראתה לתוספות כל כך מוזרה וחורגת מדרך המלך של סוגיות שן ורגל, עד שטענו שדברי אביי נאמרו בדרך דיחוי ותרופן, כדי להשתמט מהמשימה שהטיל עליו רב יוסף, אבל להלכה ברור שצודק רב יוסף. לפי פשט הגמרא קשה לקבל שדברי אביי נאמרו שלא ברצינות, ואכן רבנו חננאל, הרא"ש וראשונים אחרים פירשו את דברי אביי כפשוטם. יש שפתרו את הקשיים שהעמידו תוספות בכך שפסקו הלכה כרב יוסף, ששיטתו מתאימה לרוב הסוגיות, אבל יש גם מי שפסק כאביי.

טענת אביי סימטרית בדיוק לדברי אילפא ולדין קופצת, לפי הרא"ש. בדברי אילפא רשות הרבים הופכת לרשות היחיד, שהרי גב הבהמה והקופה נחשבים כרשות היחיד כי הם מקום מוגן מפני נזקים כאורחיה. אביי טוען שכיוון שמנהג העיזים לרעות באופן חופשי וזו דרכן, וכנראה שאין הרועים יכולים לשמור אותן לגמרי מלהיכנס לשדות פרטיים, הרי שלרשותו של רב יוסף אין מעמד של רשות היחיד לדיני הניזקין אלא אם יגדור אותה, ואחרת ייחשבו העיזים האוכלות בה כרועות ברשות הרבים! בדברי אילפא השמירה הראויה של הניזק על רכושו מחייבת את המזיק בנזק שהתרחש ברשות הרבים, ובסוגיה דעיזי דבי תרבו המחדל של הניזק (רב יוסף) פוטר את בי תרבו (המזיקים) מנזק שנעשה ברשות היחיד.

יש לשים לב שעמדתו של אביי הולכת צעד נוסף מעבר לאילפא, שכן אילפא מחייב את הניזק שיגן על רכושו, דהיינו שלא יניח את האוכל במקום זמין לבהמות ובזה יימנע ממחדל מצידו, ואילו אביי דורש מהניזק יותר: כדי לשמור על זכותו לתבוע

את המזיק בדין ולהטיל עליו את האחריות לנזק, כלומר להגן על מעמד השדות שלו כרשות היחיד לעניין דיני הנזיקין, הניזק אף חייב לעשות מעשה חיובי ולהוציא הוצאה כספית, שמשמעותה בנידון דידן - לגדור את שדותיו.

נראה שהרא"ש נתן דעתו לזיקה שיש בין הסוגיות: אף שהביא את דברי התוספות שדחה את דברי אב"י כהשתמטות, ואף שהרי"ף פסק כרב יוסף נגד אב"י, סיכם הרא"ש כרבנו חננאל לפסוק כאב"י, והוסיף והציע לחלק בין מרעה בעיר לבין מרעה בשדה על פי עיקרון היסוד שקבע בסוגיה דאילפא:

ומצאתי כתוב בשם ר"ח ז"ל דפסק הלכה כאב"י. ומודה אב"י דבעיר אם נכנסה לחצר הניזק ואכלה שחייבת 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 פ' שן דכתוב בקרא ובעיר בשדה אחר היכי משכחת לה:

(רא"ש ב' י')

בעיר אין לתבוע מהניזק לנעול את דלתות ביתו, ובעיר גם יכול הרועה לשמור את צאנו או בהמותיו, ולכן שם הדין שונה והוא משתקף במשנה העוסקת בשן בדף יט ע"ב, שלפיה אכלה מצידי הרחבה משלמת מה שהזיקה. בשדה, לעומת זאת, החופשיות של מרעה העיזים היא מטבעם של הצאן ושל מלאכת רעיית הצאן, ולכן מוטלת חובה מעשית של מניעת נזק על הניזק! מובן שאם גודר בעל השדה את שדותיו, חוזרת החובה לשמור מפני נזקים ומוטלת על רועה הצאן – המזיק.

ניתוח שתי הסוגיות נעשה בידי הרא"ש על פי עיקרון אחד: איזון בין הרצון להגן על הפעילות הנורמאלית של בעלי הרכוש (צאן ובהמות), המחייבת את הניזקים הפוטנציאליים להיזהר בשמירת רכושם מפני נזקים, מחד גיסא; ובין ההגנה על רכושם של הניזקים, המחייבת את המזיקים לשמור על רכושם שלא יחרוג מהפעילות הנורמאלית שלו, מאידך גיסא. לכן, הן רבנו חננאל והן הרא"ש מפרשים את האוקימתא של "קופצת" כמצדיקה את התנהגותו של הניזק, שלא פשע, שכן זהו נזק חריג שלא היה צריך להישמר מפניו. מזאת משתמע כי אילו היה זה נזק נורמאלי, כלומר שהבהמה הייתה אוכלת בדרך הליכתה, עומדת או שהיה המזון מונח במקום נמוך, היה המזיק פטור, כי אז על הניזק להישמר. שניהם פוסקים כאב"י המחייב את רב יוסף הניזק להגן על שדותיו מפני רועי הצאן, שהרי במקרה זה הוא אמור להתגונן

מפני רעיית הצאן הפולשת לתחומו, שהיא הדרך התדירה והנורמאלית של מלאכה  
זו.<sup>6</sup>

#### ד. חיוב המזיק אפילו כשהוא פועל בהיתר

על פי העיקרון שקבע הרא"ש ניתן להסביר כמה הלכות במשנת התנאים. בגמרא (ו'  
ע"א) חוקרת הגמרא מה בא ללמד הצד השווה במשנה הראשונה: "הצד השווה  
שביניהן שדרכן להזיק ושמירתם עליך". היא מביאה את דעת רב אדא בר אהבה:  
רב אדא בר אהבה אמר: לאתויי הא דתניא, כל אלו שאמר: פותקין ביבותיהן  
וגורפין מערותיהן, בימות החמה אין להם רשות, בימות הגשמים יש להם רשות,  
אף על פי שברשות, אם הזיקו - חייבים לשלם.

מדוע אם יש להם רשות חייבים לשלם? נראה להסביר על פי הרא"ש, שהגורם לחיוב  
גם כאן הוא העדר מחדל של הניזק. כיוון שלא מדובר בפעולה שגרתית ורגילה בכל  
השנה, והניזק – במקרה זה בעל בהמות שהולכות ברשות הרבים וכדומה – עושה  
פעולה נורמאטיבית, הרי שהניזק נהג כשורה ואין לו להיזהר מנזק כזה של המזיק.  
אף שהתירו למזיק לעשות את הפעולה, אין זה הופך אותה לפעולה כ"אורחיה"  
שהרי אסרוה בזמנים אחרים, ולכן המזיק, בעל הביוב, הוא האחראי, ולא בעל  
הבהמות.

במשנה בפרק השישי נחלקו חכמים ורבי יהודה בדינו של המדליק נר חנוכה ושרף  
פשתן שהיה על גבי גמל ברשות הרבים:

גן שיצא מתחת הפטיש והזיק - חייב. גמל שהיה טעון פשתן ועבר ברשות  
הרבים, ונכנס פשתנו לתוך החנות ודלקו בנרו של חנוני והדליק את הבירה -  
בעל גמל חייב, הניח חנוני נרו מבחוץ - החנוני חייב; רבי יהודה אומר: בנר  
חנוכה – פטור.

(סב ע"ב)

לדעת רבי יהודה, אם התירו למזיק לעשות את המעשה הוא פטור עליו, וזו הסיבה  
שבדרך כלל שן ורגל פטורים ברשות הרבים, ומי שמדליק נר חנוכה שהוא חובה עליו  
– בוודאי פטור. אולם תנא קמא חולק וסובר שאף שהתירו לו להדליק - לא פטרוהו  
מנזקיו, ושמא אף פעם אין למזיק פטור אוטומטי. מדוע? מפני שהניזק במקרה כזה

---

6 בעניין סוגיית עיזי דבי תרבו, ראה להלן במאמרו של אריה אברהם שלוסברג:  
"המעשה ב"עיזי דבי תרבו" – בין חיוב התשלום למניעת הנזק".

לא התרשל בשמירת רכושו ואין במעשים שלו כל מחדל, שהרי ההיתר להדליק נר חנוכה איננו הופך את המעשה ל"אורחיה", ואיננו יכול לשנות את הרגלי השמירה של הניזקים שהולכים בשוק כדרכם, ועל כן המדליק חייב לשלם לבעל הגמל על פי העיקרון שקבע הרא"ש. נמצא כי לפי רבי יהודה קובעת נקודת המבט של המזיק, ואם הוא פועל ברשות הוא פטור, ולפי התנא קמא קובעת נקודת המבט של הניזק, ואם הוא פועל ברשות הרי הוא פטור.

### ה. מקורות לחידושו של הרא"ש שהניזק הוא גורם החיוב או הפטור

הרא"ש חידש, כאמור, שאם הניזק פועל באופן לגיטימי, דהיינו על פי ההגדרה דלעיל הוא נזהר מפני נזקים אפשריים המוגדרים כאורחיה – הרי הוא פטור, אבל אם לא נזהר – חייב. נבדוק אם יש תימוכין לעמדה זו, ותחילה נשאל: האם מעשה של הניזק שיש בו מחדל, כלומר שהניזק לא נשמר כראוי, אכן גורם לפטור של המזיק, גם אם המזיק בעצמו חרג מרשותו? האם מחדל של הניזק די בו כדי לפטור את המזיק אף שהמזיק גם הוא פשע? בבואנו לדון בשאלה זו עלינו להבחין בין מחדלים שונים של הניזק, מהם חמורים ומהם קלים, ונוכל להביא ראיות לכך מכמה סוגיות.

**אבדה מדעת** - בגמרא (כו ע"ב) פוסק רבא שהמשליך כלים שלו מראש הגג (לפירוש רש"י) ובא אחר ושברם – פטור. זהו מקרה של "מחדל קיצוני" שבו הניזק עושה פעולה שהיא כאבדה מדעתו, או שהכלים נחשבים כבר כשבורים על שם סופם, והמזיק פטור. ברור במקרה כזה שהניזק גורם לפטורו של המזיק, מפני שהוא כמפקיר נכסיו או מפני שגרם לאבדן ערכו של החפץ עוד לפני הנזק.<sup>7</sup>

**תורך ברשותי מאי בעי** - ברור מהמשנה ומהמכילתות שאם הניזק פלש לרשות המזיק והניח שם את בהמתו או את רכושו, המזיק פטור על נזקיו שכן הניזק פשע. בהקשר זה אומרת הגמרא: "תורך ברשותי מאי בעי", ולדעת התוספות המסביר כך את שיטת רבי ישמעאל בבור (ג ע"א) המחייב כשהבור שייך למזיק אף שהפקיר את רשותו, הניזק לא יכול לתבוע ממנו את הנזק כיוון שיכול לומר לו: "תורך ברשותי מאי

---

7 ראה מאמרם של עמיחי פרידמן ויאיר וייגלר: "זרק מראש הגג" בקובץ זה.

בעי"8. הגמרא (כא ע"ב) אכן אומרת שאם הנזק אירע ברשות המזיק אין אנו צריכים פסוק (ובער בשדה אחר) כדי ללמוד את פטורו של המזיק, שכן הוא יכול לומר לניזק "תורך ברשותי מאי בעי", דהיינו שיש אחריות לניזק לשמור את רכושו.

**כל המשנה ובא אחר ושינה בו** - הספק העיקרי מתעורר במקרים שבהם ברור שהניזק לא ויתר על ממונו, והוא איננו אשם במעשה לא חוקי, אלא רק בחוסר זהירות מספקת, או בשינוי מהנורמה. שני מצבים בעייתיים במיוחד לפנינו, שבהם מעמד שני הצדדים שווה:

א. כשהן המזיק והן הניזק סטו מעט מההתנהגות נורמטיבית לגבי ממונם, אף שלא פשעו פשיעה גמורה (פשיעה גמורה לעניין זה תהיה פלישה לרשות הניזק או גרימת נזק בודון).

ב. כששניהם נהגו כשורה, למשל כששניהם הולכים ברשות הרבים, ואף אחד מהם איננו פושע בשמירת ממונו.

בגמרא (כ ע"א) דנו האמוראים במשנה העוסקת בשן, ושאלו מדוע אם בהמה שינתה ואכלה כסות או כלים תהיה פטורה ברשות הרבים. אמנם רבי יוחנן ושמואל פירשו שהפטור ברשות הרבים לא נאמר על אכילת כסות וכלים אלא רק אם אוכלת את הראוי לה, אבל בהמה האוכלת כלים ברשות הרבים חייבת חצי נזק כקרן, אבל רב סובר שגם בהמה שאכלה כסות וכלים פטורה, אף ששינתה. ההסבר לשיטתו נמצא בעיקרון שקבע ריש לקיש:

אכלה כסות וכו'. אהייא? אמר רב: אכולהו, מאי טעמא? כל המשנה ובא אחר ושינה בו - פטור; ושמואל אמר: לא שנו אלא פירות וירקות, אבל כסות וכלים - חייבת. וכן אמר ריש לקיש: אכולהו. ואזדא ריש לקיש לטעמיה, דאמר ריש לקיש: שתי פרות ברשות הרבים, אחת רבוצה ואחת מהלכת, בעטה מהלכת ברבוצה - פטורה, רבוצה במהלכת - חייבת. ורבי יוחנן אמר: לא שנו אלא פירות וירקות, אבל כסות וכלים - חייבת. לימא, רבי יוחנן לית ליה דריש לקיש אפילו בשתי פרות! לא, לעולם אית ליה, כסות עבדי אינשי דמנחי גלימי ומתפחי, אבל בהמה לאו אורחה.

(כ ע"א)

---

8 ראה ברש"י שם שלדעתו בעל הבור פטור מפני שיכול לומר לבעל השור: על דעת שתהלהך ברשותי בחוסר זהירות ותחייבני בנזקיי - לא הפקרת. אך לפי התוספות די בכך שהבור הוא ברשותו של המזיק כדי לפטורו.

מדברי הגמרא משתמע שהאמוראים כולם מסכימים לחידושו העקרוני של ריש לקיש: אם הניזק שינה, דהיינו נהג באופן החורג מהסביר ביחס לרכושו, כגון שהניח את כליו ברשות הרבים או שבהמתו רבצה, הרי שהמזיק פטור על נזקיו. אף שבהמת המזיק בעטה, ואמורה להתחייב משום קרן ברשות הרבים, יש לפטור אותה שכן הניזק איבד את ההגנה המשפטית שיש לו בשעה שפשע. זהו מקרה מהסוג הראשון שהזכרנו למעלה, שבו גם המזיק וגם הניזק אשמים בפשיעה ברמה מסוימת, שניהם "שינו".<sup>9</sup>

בנתקל – ובנזקי אדם – יש להוסיף שהעיקרון של ריש לקיש, שכל ניזק המשנה ובא אחר ושינה או הזיק בו פטור, נתון כנראה במחלוקת אמוראים בנוגע לאדם המזיק. בתחילת פרק המניח את הכד ברשות הרבים, אומרת המשנה: "המניח את הכד ובא אחר ונתקל ושברה פטור" (כו"א). משמע שכיוון שהניזק עשה שלא כהוגן, מהמזיק אינו יכול לתבוע את המזיק. אבל הגמרא שואלת: "איבעי ליה לעיוני ולמיזול"? כנראה כוונתה שמפני שהוא אדם המזיק – ואדם המזיק מועד לעולם – אין אנו אומרים כריש לקיש שכיוון שהניזק שינה והניח כד ברשות הרבים נפטור המזיק, אלא אדם המזיק חייב, ואם כך מדוע פטרתו המשנה? והאמוראים תירצו כל אחד לפי דרכו, והעמידו את המשנה במצבים שבהם לא היה הנתקל יכול או שלא היה צריך להיזהר. ומשמע שהסכימו לחילוק בין נזקי אדם ובין נזקי ממון, ואין אדם המזיק נפטור בגלל שינוי שעשה הניזק – אלא אם כן הוא אנוס לגמרי. ואכן כתבו התוספות שבאדם המזיק אין אנו אומרים "כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור" (שם ד"ה אמאי). אלא שלמסקנה נסוגה הגמרא ואמרה בשם עולא שהנתקל פטור, לפי שאין דרכם של בני אדם להתבונן בדרכים, ולכן אפילו אדם המזיק פטור, אף שאיננו אנוס לגמרי. נראה שזה מפני שהניזק שינה והניח כד ברשות הרבים – ואם כך לפי המסקנה דינו של ריש לקיש, שפשיעת הניזק פוטרת את המזיק, נכון גם באדם המזיק, ודברי התוספות צריכים עיון.

9 רבי יוחנן נחלק על ריש לקיש ואומר שהבהמה חייבת על כסות וכלים. אפשר היה לטעון שהוא חולק על כל חידושו של ריש לקיש, ולדעתו אם המזיק פשע יש לחייבו אף שהניזק היה לא בסדר, ובאמת שיטת רבי יוחנן מדגישה את נקודת המבט של המזיק, ובמקרה זה לחיוב; אך הגמרא ממוזעת את המחלוקת וטוענת שניתן לפרש את רבי יוחנן כחולק רק במקרה המסוים של כסות וכלים מפני שאין בכך סטייה מנורמת התנהגות סבירה, אבל בבהמה הרובצת יודה רבי יוחנן שזהו שינוי הגורם לפטור של המזיק – וכריש לקיש.



לחזיון הבנה זו נתבונן בהמשך דברי הגמרא שם, אשר מקשה משתי הכרעות דין של שמואל ושל רבא שחייבו את הנתקל כנגד דין המשנה:  
הוה עובדא בנהרדעא וחייב שמואל, בפומבדיתא - וחייב רבא. בשלמא שמואל כשמעתיך, אלא רבא, לימא כשמואל ס"ל! אמר רב פפא: קנרא דעצרא הוי, דכיון דברשות קעבדי איבעי ליה לעיוני ומיזל.

(כז ע"ב)

באשר לשמואל הגמרא מניחה שחייב את הנתקל כי היה זה ביום, והרי הוא עצמו העמיד את המשנה בנתקל בלילה שאז זה אונס גמור, וכיום לדעתו אדם צריך להיזהר – אף שהניזק שינה בהנחת הכד ברשות הרבים. במחשבה ראשונה נראה שבאמת זה מתאים לשיטת התוספות ששינוי הניזוק איננו פוטר את האדם המזיק, ולא דיבר ריש לקיש אלא בנוזקי ממון. אך בעיון שני נראה נכון יותר לומר ששמואל לשיטתיה בסוגיה לעיל, שהרי הוא שאמר שבהמה שאכלה כסות וכלים חייבת חצי נזק, ואינה פטורה מפני פשיעת הניזוק. שמואל חלק על ריש לקיש, ומכאן שחלק על כל העיקרון של "כל המשנה ובא אחר ושינה בו", והדגיש את אחריות המזיק כקובעת ומכריעה ולא את אחריות הניזוק. נראה שלכן דחק שמואל לפרש שהנתקל יהיה פטור רק אם הנזק קרה בלילה והוא אנוס לגמרי, כדי שלא תהיינה המשניות סותרות זו את זו, שכן שתי המשניות מדברות בניזוק ששינה והניח כסות או כלים או כד ברשות הרבים, ואם במשנה בפרק השני חייב המזיק מפני שבהמתו פשעה ושינתה באכילת כסות או כלים, ראוי שגם אדם המזיק יהיה חייב, והוא אותו דין בדיוק. לכן פסק שמואל לחייב את הנתקל ביום, ונשארו דברי התוספות צריכים עיון.<sup>10</sup>

---

10 ואמנם נראה שהרי"ד חולק על הנחה זו של התוספות, והוא סובר שדיני נזקי ממון ונזקי אדם שווים בכך. ואף שאדם מועד לעולם, אם שינה הניזוק ואחר כך הוזק בידי המזיק, ואפילו פשע המזיק – פטור, כשיטת ריש לקיש, ורק אם נתכוון המזיק להזיק – חייב. וכך כתב: "ואמ' רבה: נכנס לחצר בעל הבית שלא ברשות והזיקו לבעל הבית, או בעל הבית הוזק בו חייב, הזיקו בעל הבית פטור. פי' הזיקו הוי בידים ואפי' שלא בכונה, והוזק הוא שזה היה עובר במקומו ובא בעל הבית ונתקל בו והוזק בו. אמ' רב פפא לא אמרן אלא דלא הוה ידע ביה אבל הוה ידע ביה חייב, מאי טעמ' משום דאמ' ליה נהי דאית לך רשותא לאפוקאי אבל לאזוקאי לית לך רשותא. פי' האי הזיקו בעל הבית שלא בכונה הוא, דהא מוקי ליה רב פפא בדלא ידע ואפי' הכי היכא דידע ליה חייב דאדם מועד לעולם, וכגון דניזק לא פשע אנפשיה ולא הוה ליה לאיזדהורי, אבל היכא דניזק פשע אנפשיה דהוה ליה לאיזדהורי ולא איזדהר לא אמר' אדם מועד לעולם אלא כיון שאינו מתכוין פטור." (פסקי הרי"ד מח ע"א)

אך עדיין קשה פסיקת רבא, שכן הוא לא דחק את פירוש המשנה כשמואל. הגמרא מעמידה את פסיקתו של רבא במקרה שבו הכדים שהונחו ברשות הרבים היו של סוחרים שמותר היה להם להניח את מרכולתם, וכיוון שהניזקים פעלו בהיתר – אין לנתקל פטור והוא חייב. ברור מתירוץ הגמרא שהיא הבינה שהסיבה שהנתקל במשנה פטור היא שהניזק שינה בהנחת הכד ועשה שלא כהוגן, וכפי שמסביר הרמב"ן את פטורו של אדם המזיק באונס – כאשר הניזק פושע (ראה בסעיף הבא). תירוץ הגמרא כאן מצטרף להנחתנו הכללית על פי הרא"ש שנקודת המוצא של החיוב או הפטור היא הניזק, כלומר: ברגע שהניזק עושה מעשה ברשות – יש חיוב על המזיק להיזהר, ולהיפך – אם הניזק משנה – הוא חייב בכל מקרה, גם אם המזיק התרשל. בשני המצבים המזיק פועל בדיוק באותו אופן, ורק שינוי הסטטוס של מעשה הניזק הוא הגורם את הדין.

**אדם מועד לעולם חוץ מפשיעת הניזק** – גם מדברי הרמב"ן עולה שהתנהגות הניזק היא המכריעה לחייב או לפטור, לא רק בנזקי ממון אלא גם בנזקי אדם. התוספות מוכיחים ממקומות שונים ואף מהירושלמי (ראה תוספות כז ע"ב ד"ה ושמואל, ועוד רבים) שאף ששנינו: "אדם מועד לעולם בין ער בין ישן" (כו ע"ב) ובברייתא בגמרא אמרו: "בין אונס ובין רצון" (כו ע"ב), הרי זה נאמר במעשה שאמנם איננו בזדון אבל יש בו צד פשיעה, השווה לפשיעת שומר באבידה. אבל באונס חמור ובוודאי באונס גמור, גם אדם המזיק פטור. הראיה החזקה של תוספות היא מקרה שהובא בתלמוד הירושלמי: אדם שישן ובא אחר והניח כליו לידו, והזיק הראשון את כלי השני – פטור עליו, והרי זו ראייה שאין אדם חייב באונס גמור. אבל הרמב"ן הוכיח

---

ברוח זו בדיוק הוא מפרש גם את סוגיית נתקל:

"דהיכא אמרי' אדם מועד לעולם היכא דניזק לא פשע אנפשיה, אבל היכא דניזק פשע אנפשיה כי הכא דאיבעי ליה בעל החבית לעיוני כיון שהיו באים זה כנגד זה פטור, אבל אילו היה בעל החבית ראשון ובעל קורה אחרון דלא הוה ליה לניזק לעיוני אף על פי ששיברה שלא בכונה חייב הוא, והא הכי נמי בשנים מהלכין ברשות הרב' והזיקו זה את זה שלא בכונה, כיון דניזק פשע לעצמו דאיבעי ליה לעיוני ולאידהורי מיניה פטור. והאי דאמרי' הכא הזיקו זה את זה חייבין מיירי כגון שלא היו באין זה לקראת זה, דלא הוה ליה לניזק לאידהורי, הילכך בין שניהן ברשות, בין שניהן שלא ברשות אם הזיקו זה את זה בידים אפי' שלא בכונה חייבין, משום דאדם מועד לעולם, אבל אם הזיקו זה בזה פטורין כיון שלא הזיק בידים ושניהן ברשות או שניהן שלא ברשות, אבל אם היה האחד ברשות והאחר שלא ברשות, ברשות פטור ושלא ברשות חייב." (שם, מח ע"ב)

מהמימרות אצלנו בסוף פרק שני, בנוגע לאדם שנפלה אבן מחיקו ולמי שנפל מהגג ברוח שאינה מצויה (כו ע"ב - כז ע"א), שיש לחייב גם באונס גמור. באשר לראיה שהביאו תוספות מהמקרה של שבירת כלים תוך כדי שינה, תירץ הרמב"ן:

ומצאתי בתוספות בב"ק (כ"ז ב') שמפרשים אותה משום אדם המזיק, וא"כ למה פטרוהו לדברי האומר אנוס הוא, והלא אדם מועד לעולם בין באונס בין ברצון, והם השיבו שאינו חייב באונסין גדולים, וסמכו אותה מן הירו' שאמרו ביטול ובה חבירו וישן אצלו הוא המועד. ואי אפשר להעמידה דהתם משום דשני פשע בעצמו, וכן מה שאמרו באם היה בעל קורה ראשון ובעל חבית אחרון וכולה מתני', וכן מה שאמרו לפי שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים, כלם כשהם אדם המזיק משום פשיעה דניזק פטרו בהם.

(רמב"ן בבא מציעא פב ע"ב)

נראה שאף הרמב"ן סבר כמסקנת סוגיית נתקל שפשיעת הניזק היא הגורמת, כלומר שאם פשע הניזק אין לחייב את האדם המזיק, אלא אם עשה ממש מעשה בידיים, אבל פשיעת המזיק לכדה ברמה של רשלנות או טעות איננה מחייבת אם קדם הניזק ושינה או פשע. "שינוי" ו"פשיעה" בהקשר זה אינם בהוראת מעשה אסור, ואפילו לא בתחום השמירה, אלא הכוונה שהוא לא נזהר בשמירת חפציו. דהיינו שעל הניזק מוטלת חובת הזהירות והשמירה על רכושו, ואי ביצועה הוא מחדל ששולל ממנו את ההגנה שיש לו בדרך כלל בדין.

אם אחד משני האנשים פשע יותר מהשני, בין אם הוא מזיק ובין אם הוא ניזק, החיוב יוטל על זה שפשע פחות. אבל אם שניהם שווים, יהיה הדין תלוי בניזק: אם נהג הניזק כשורה – חייב המזיק, ואם פשע הניזק – יהיה המזיק פטור. כך למשל הדין בשניים ברשות הרבים, האחד רץ והשני מהלך, כאשר זה שרץ הוא המשנה, למעט בערב שבת שאז התדירות היא לרוץ (בבא קמא לב ע"א). כך מנסח זאת רבנו יונתן כאן:

והכי פירושו: אף על גב דמי שהוא רץ ברשות הרבים נראה משונה, דאין דרך לרוץ, ואם פגע והזיק רץ במהלך דינא הוא שיהיה חייב לשלם כוליה נזק, דאדם מועד לעולם, אבל כיון שהוא ערב שבת דאדם טרוד לקנות צרכי שבת או לקנות שמן לנו של שבת, דרך הוא למי שהוא בן ברית לרוץ. על כן אם הזיק זה את זה נפטר, שהרי יש לו רשות לרוץ בדרך ועל הניזק היה להרחיק את עצמו, אבל בחול דוקא כשניהם רצים דשניהם משונים דמיפטר המזיק, שהרי לא שינה המזיק יותר מן הניזק ועל הניזק היה לו להרחיק את עצמו שלא יזיקוהו, אבל אחד רץ ואחד מהלך אם הזיק רץ משלם נזק שלם. ה"ר יהונתן ז"ל.

(שיטה מקובצת לב ע"א)

**פי פרה** – ספק זה של הגמרא הטריד את דעתם של ראשונים ואחרונים. הגמרא שואלת האם פה של פרה נחשב כחצר המזיק או הניזק. בפשטות, השאלה היא אם פי פרה האוכלת מזון שאינו שלה נחשב כחצר הניזק - ואז חייבת כדין שן ברשות הניזק, או שהיא נחשבת כרשות המזיק, שהרי הפרה היא בבעלותו של המזיק ולכן גם פיה, ואם כך האכילה נעשית ברשות המזיק והמזיק פטור. מובן היא שהאפשרות השנייה תמוהה ביותר, שכן אם כך בטל דין שן מן העולם, כיוון שכל פרה שלוקחת מזון ברשות הניזק ואוכלת אותו – ייחשב הנוק כנעשה ברשות המזיק (בפיה) וייפטר המזיק! לדעת השיטה המקובצת יש לבאר את האיבעיא של "פי פרה" על רקע המתח היסודי שעלה מדברינו עד כאן, בין חובת המזיק להיזהר לאחריות הניזק להישמר. ראשית נתבונן בתחילת דבריו, שבהם הוא מבאר מה אינו מוטל בספק:

ונראה לי ליישב הסוגיא לפי שיטת רש"י ז"ל, דהכי קא בעי לה: פשיטא לי היכא דנעל ביתו ונטר כדנטרי אינשי ונפל גודא בליליא או פתח הדלת מי שאינו בר חיוב ונכנסה הבהמה ואכלה דחייב, דקרא כתיב ובער בשדה אחר.

במציאות כזו הניזק לא פשע כלל והמזיק פשע – ולכן פשוט שחייב.

ופשיטא לי נמי דאם פשע בחררה פשיעה גמורה ונכנסה הבהמה ואכלה דפטור, כיון שהניח ביתו פתוח, דקא סלקא דעתיה דכמו שיש לו לאדם להזהר שלא יזיק את אחרים כך יש לו להזהר שלא יזיק.

כאן השטמ"ק מאמץ בחום את שיטת הרא"ש ונקודת המבט של הניזק, ולכן אם הניזק לא הגן כלל על רכושו – אין לו כל תביעה מהמזיק.

ובהני גונוי לא שייך למימר פי פרה כחצר הניזק או כחצר המזיק, שאם לא פשע הוי כחצר הניזק ואם פשע הוי כחצר המזיק.

לדעת השיטה המקובצת, את הדיון סביב מעמד "פי פרה" יש לקרוא כדיון סימבולי, ולא כדיון בהגדרת רשויות. הטענה שפי פרה כחצר המזיק מסמלת מציאות שבה הניזק פושע, ולכן אנו רואים את הנוק כאילו נעשה ברשות המזיק, כלומר שנעשה בנסיבות שבהן המזיק איננו פושע. כפי שלמדנו בדברי הרא"ש, דיני הניזקין אינם תלויים בדיני רשויות אוביקטיביים, אלא שאלת רשות המזיק או הניזק היא למעשה השאלה אם המעשה שעשה כל אחד מהצדדים נעשה ברשות או לא. לפי תפישה זו כאשר הניזק עושה מעשה מובהק שלא ברשות, הרי זה אומר שהמזיק פועל ברשות, ובמובנים מטאפוריים – הנוק כאילו נעשה ברשות המזיק. ממשיך השיטה מקובצת ומבאר את ההסתפקות:

כי קא מיבעיא לי, כגון ששמר שמירה פחותה ולא נעל ביתו כראוי ונכנסה הבהמה ואכלה, מאי? כיון דאכיל להו ברשות הניזק פי פרה כרשות הניזק דמי,

או דילמא מצי אמר ליה כיון שלא שמרת כראוי והנחת הפירות בדוכתא דמצוי בהמתאי למיכלינהו מאי בעי פירותיך בפומא דפרתי, דפי פרתי כרשותי דמי כיון דלא נטרתי כדנטרי אינשי.

כאשר הניזק שומר שמירה פחותה, כלומר כשאין במעשיו מחדל חד משמע המטיל עליו את האחריות והופך את המזיק לפועל ברשות, מחד גיסא, אך הוא גם לא עשה כל מה שיכול היה כדי למנוע את הנזק הפוטנציאלי מאידך גיסא, וכמובן גם המזיק אחראי על התרשלותו בשמירת בהמותיו – במקרה כזה יש ספק אם עצם הימצאותה של הבהמה ברשות הניזק הוא פשיעה המחייבת, או שמא יכול המזיק לטעון שכיוון שלא הייתה הגנה ראויה על רכוש הניזק, אין לבוא אליו בתביעה, שכן זו אחריות הניזק לשמור שמירה מקובלת מפני נזקים, וכפי שלמדנו בדברי הרא"ש.<sup>11</sup> פירושו של השיטה המקובצת מקבל אישור מהקשר הכללי של איבעיית "פי פרה", שהרי בהמשך הסוגיה שם מביאה הגמרא את המעשה בעיזי דבי תרבו שממנו עולה, כפי שלמדנו לעיל, חובתו של הניזק לשמור את רשותו מפני נזקים. לפי השיטה המקובצת שאלת פי פרה עוסקת באותו עניין עצמו – הטלת האחריות על הניזק להגן על נכסיו, והאיוון בין חובתו לחובת המזיק.

**זה נהנה וזה לא חסר** - הגמרא דנה בשאלת החיוב של מי שדר בחצר חברו שלא מדעתו, תחת הכותרת המהותית: "זה נהנה (הדר) וזה לא חסר (בעל הדירה)" (כ"ע"א ואילך). גם בסוגיה זו מתקיים דיון במשתמע בהשלכות מעשי הניזק על הכרעת הדין. רמי בר חמא רצה להוכיח ממשנתנו (יט"ע"ב) שכיוון ש"אכלה מתוך הרחבה משלמת מה שנהנית" – הרי יש ראייה שהדר בחצר חברו שלא מדעתו חייב לשלם לו שכר הנאתו, שהרי גם המקרה של הבהמה האוכלת הוא בגדר "זה נהנה וזה לא חסר". מדוע לא חסר? מפני שהתורה הרי פטרה את המזיק מתשלומי נזק ברשות הרבים, ואם בכל זאת המשנה מחייבת על הנאה, מכאן ראייה שגם כאשר אין לצד השני

---

11 אמנם בסוף דבריו, השטמ"ק מקהה קצת את פירושו: "והיינו לישנא דקאמר מאי בעי ריפתך בפומא דכלבאי, אף על גב דאיהו נטלה, דע"כ לא איבעיא ליה אלא משום דאיכא תרתי לריעותא: חדא דפשע בעל הבית קצת, ותו שהבהמה נטלה בפיה ואכלתן. אבל אם הזיקתן במקומן לא מיבעיא לי, וליכא טעמא דפי פרתי רשותי הוא, והשתא לא מצי למיפשט מהנך מתנייתא דאיכא לאוקמי דנטר פירותיו כדנטרי אינשי." לפי דבריו בסוף, יש גם צד ממשי בטענה שפי פרה ברשות המזיק ולא רק מטאפורי, ואנחנו פירשנו לפי עיקר דבריו.

תביעת תשלומים נזיקית על החיסרון שנגרם לו – מוטל על הנהנה, בעל הבהמה או הדר בבית חברו, לשלם על הנאתו. רבא תוקף את רמי בר חמא וטוען כלפיו, בצדק, שאין הנדון דומה לראיה; הרי במשנתנו בעל הפירות הפסיד את הפירות בפועל, ועל כן יש להגדיר את הסיטואציה במשנה: "זה נהנה וזה חסר". אמנם התורה פטרה את בעל הבהמה מחיוב בדיני נזיקין, כי הנזק נעשה ברשות הרבים, אך למעשה הניזק חסר, וכיוון שהמזיק נהנה הוא חייב על הנאה המביאה לידי חסרון. לכן, טוען רבא, לא ניתן להוכיח ממשנתנו למקרה שבו אדם גר בדירת חברו שאיננה עומדת לשכירות, שהרי שם יש הנאה טהורה ללא שום חסרון. הגמרא משיבה בשם רמי בר חמא שניתוחו של רבא את המקרה איננו נכון, ובאמת אין לדון בו כ"זה נהנה וזה לא חסר", שכן הניזק בהניחו פירות ברשות הרבים מן הסתם הפקיר אותם, וויתר על ממונו, ולכן לדינא אין במקרה זה חסרון והתשלום הוא רק על ההנאה. מסתבר שרמי בר חמא לא מתכוון לומר שההפקר הוא גמור – שהרי אין מי שסובר שיכול כל אדם לבוא ולקחת את הפירות הללו לעצמו, אלא שההפקר של הפירות הוא לנזיקיהם בלבד. כיוון שהניזק לא התחשב בנזקים דאורחיה הצפויים ברשות הרבים, הוא ויתר מראש על תביעת נזיקין, כלומר הפקיר את הפירות לעניין זה. מכאן שמחדלו של הניזק בשמירת פירותיו הוא הגורם לדעת רמי בר חמא לכך שאכילת הפירות איננה נחשבת כחסרון, והמזיק חייב רק מפני שנהנה, ומכאן מוכח שזה נהנה וזה לא חסר חייב.

רבא כנראה חשב שמעשה הניזק בהנחת פירותיו אינו סטייה כה משמעותית מהנורמה, ולכן אין לראות בו ויתור על זכותו הממונית, אף שיש בו שינוי ואי שמירה מספקת שבגללן המזיק פטור מחיוב על הנזק. ייתכן גם שלפי רבא התורה פטרה שן ורגל ברשות הרבים כדי לאפשר לבעל הבהמה ללכת כדרכו, ולאפשר לחיי המסחר להתנהל כרגיל, אבל לא שהניזק גורם לפטור, ולכן, לדעתו, המצב כאן מוגדר כ"זה נהנה וזה חסר", אף שזהו חסרון שאין לשלם עליו בדיני נזיקין. תשובת רמי בר חמא, המתמקדת במעשה הניזק והשלכתו על הדין, מתאימה אם כן לגמרי לתפישת הרא"ש שלהתנהגות הניזק יש השפעה מכרעת על הדין, ואם הוא הניח פירותיו כשהם חשופים לנזקים דאורחיה, אין הוא יכול עוד לתבוע את נזקיו ואין זה נחשב חסרון.

**ו. חצר השותפים ורשות הרבים – מה הדין כששני הצדדים נוהגים כשורה?  
שנינו במכילתא דרבי ישמעאל:**

ד' כללות היה רבי שמעון בן אלעזר אומר משום רבי מאיר בנזקין, כל מקום שיש רשות למזיק ולא לניזק פטור, לניזק ולא למזיק חייב בכל, לניזק ולמזיק אפי' מיוחדת כגון חצר של שותפין והפונדק, לא לניזק ולא למזיק כגון רשות אחרת, על השן ועל הרגל חייב, ועל השאר, מועד משלם נזק שלם ותם משלם חצי נזק. בכל מקום שיש רשות לניזק ולמזיק והבקעה ורשות הרבים וכיוצא בהן, על השן ועל הרגל פטור, ועל השאר, מועד משלם נזק שלם ותם משלם חצי נזק.

(מכילתא דרבי ישמעאל משפטים פרשה יד)

מדברי רבי שמעון בן אלעזר במכילתא עולה שבכל מקום שבו רשותם של המזיק והניזק שווה, כגון רשות של שניהם, בקעה (שדה פתוחה) או רשות הרבים, פטור המזיק מנזקי שן ורגל. כן מפורשים הדברים בנוסחאות של דברי ר"ש בן אלעזר אלה בתוספתא ובגמרא.

המשמעות העקרונית של הדברים היא שנקודת המבט של המזיק היא הקובעת, שכן הניזק הרי יכול לטעון: מה עוויתי ומה פשעתי, רשותי היא ורק מימשתי את זכותי! מסתבר שר"ש בן אלעזר הבין שאי אפשר להטיל חיוב על המזיק אלא אם המזיק שינה ופשע בעצמו. השוואת רשות הרבים לרשות השותפים ולבקעה היא משמעותית, שכן בעוד שברשות הרבים ניתן היה להבין את הפטור של המזיק כחלק מתפישה המעדיפה לכתחילה את חופש העיסוק והתנועה של בעלי הבהמות, ומגדירה כך את תכלית רשות הרבים, הרי פשיטא שאי אפשר לומר זאת ברשות השותפים, שבה יש לכל אחד מהצדדים כוח טענה שווה: הניזק טוען – ברשותי ובשלי השתמשתי, והמזיק טוען – אף אני כן. מסקנת דברי ר"ש בן אלעזר היא שהתנגשות שתי הטענות הצודקות גורמת לפטורו של המזיק, שכן אי אפשר לחייב אדם על נזק אם לא פשע כלל.

מהי עמדת משנתנו בסוגיה זו? שנינו רשימה של רשויות לחיוב ולפטור: "נכסים שאין בהן מעילה, נכסים של בני ברית, נכסים המיוחדים ובכל מקום חוץ מרשות המיוחדת למזיק ורשות הניזק והמזיק" (פרק א משנה ב). לפי פשוטה של המשנה הפריטים המופיעים בחלק הראשון הם החייבים, ואחר כך נזכרים היוצאים מכלל החיוב בלשון: "חוץ מ...". מכאן שברשות המיוחדת למזיק וברשות הניזק והמזיק (כגון חצר השותפים והבקעה) פטור המזיק. לפיכך הרי דינה של משנתנו לפי פשוטה זהה לשיטת ר"ש בן אלעזר במכילתא ובתוספתא.

אבל בגמרא (יד ע"א) מובאת ברייתא ששנה רב יוסף: "חצר השותפין והפונדק חייב בהן על השן ועל הרגל". ברייתא זו חולקת הן על שיטת ר"ש בן אלעזר הן על משנתנו, כפי שאומרת הגמרא שם. ברייתא זו משקפת כנראה מגמה אחרת במשנת

התנאים, וייתכן שמגמה זו היא המקור למחלוקת האמוראים אודות פירושה הנכון של משנתנו, כפי שהיא מובאת בגמרא (יג ע"ב):

ורשות הניזק והמזיק. אמר רב חסדא אמר אבימי: חצר השותפין - חייב בה על השן ועל הרגל, והכי קאמר: חוץ מרשות המיוחדת למזיק דפטור, ורשות הניזק והמזיק - כשהזיק חב המזיק; ורבי אלעזר אמר: פטור על השן ועל הרגל, והכי קאמר: חוץ מרשות המיוחדת למזיק, ורשות הניזק והמזיק נמי פטור, וכשהזיק חב המזיק לאתויי קרן.

רבי אלעזר מפרש את המשנה כפשוטה, וכפי שאמרנו, שדין רשות המשותפת כדין רשות המזיק שפטור בה על נזקיו, וכדברי ר"ש בן אלעזר במכילתא. אך רב חסדא קורא בדוחק את המשנה ומניח את הפסיק מוקדם יותר. לפי קריאתו המשפט "ורשות הניזק והמזיק" פותח משפט חדש, וכוונת המשנה לחייב ברשות המשותפת. לפי רב חסדא מתאימה המשנה לשיטת הברייתא של רב יוסף, אך לא לשיטת ר"ש בן אלעזר. נראה ברור שקריאתו של רב חסדא איננה הצעה פרשנית גרידא, שהרי זו קריאה דחוקה מאוד במשנה, אלא הצעה לתרץ את המשנה לפי הברייתא של רב יוסף ולתאם ביניהן. דבריו נובעים כנראה מתוך הבנה שהברייתא שהביא רב יוסף, שלפיה ברשות השותפים המזיק חייב על נזקיו, היא קצה קרחון של עמדה שיש לה שורשים עמוקים ורחבים, כפי שנראה להלן.

נסה להיכנס לעובי הקורה בהבנת מחלוקת האמוראים (רב חסדא ורבי אלעזר) ומחלוקת התנאים (ברייתא דרב יוסף ור"ש בן אלעזר), ונפתח בשאלה תיאורטית: הרי ברשות הרבים יש רשות לשני הצדדים, גם למזיק וגם לניזק, וברשות הרבים פשוט שהתורה פטרה שן ורגל, אז מדוע סוברים רב חסדא והתנא שהביא רב יוסף שדין חצר השותפים שונה? הרי לשניהם יש רשות, והדין נותן שפטור המזיק כמו ברשות הרבים, וכפשט משנתנו ושיטת ר"ש בן אלעזר?

יש לומר ששורש המחלוקת הוא זה: לר"ש בן אלעזר ולמשנתנו לפי רבי אלעזר, ניתן לחייב את המזיק רק כאשר הוא פועל שלא ברשות, או כאשר איננו ממלא את חובתו בשמירה על ממונו. כאשר המזיק פועל ברשות, כלומר כשמונו נמצא ברשות שלו או ברשות שמותר לו להיות בה, וכאשר הוא איננו חורג מהתנהגות נורמאלית, אין עליו חיוב על נזקים. זו הסיבה שהתורה חייבה רק "בשדה אחר", מפני ששם יש חריגה מרשות ופלישה, שהיא פעולה שלא ברשות.

אבל לדעת רב יוסף ומשנתנו לפירושו של רב חסדא, מוקד החיוב והפטור הוא הניזק. גם במקום שיש רשות למזיק, אין זה פוטר אותו מחובת שמירה כלפי אחרים שגם



להם יש רשות כמותו; רק כאשר הניזק פועל שלא ברשות, אין לו הגנה משפטית שהרי הוא פשע ואיפשר את הנזק. אבל אם הניזק מתנהג באופן לגיטימי, על המזיק לשמור. לפי הברייתא של רב יוסף ולפי רב חסדא, דיני הניזקין מחייבים תשומת לב למצבו של הזולת, ואין די בזה שאדם מבחינה אישית עושה מעשה חוקי. החוקיות של המעשה של המזיק היא רק נקודת מבט אחת חלקית, אבל אם יש שם גם אדם אחר זולתך, הוא או רכושו המונח שם באופן לגיטימי, חובה עליך להיזהר שלא יזקוק, ואם הזקת – תשלם.

משנתנו לפי רבי אלעזר ור"ש בן אלעזר הניחו שה"מזיק" איננו צריך לדאוג לכל הנזקים הפוטנציאליים, אלא הוא חייב דין וחשבון רק לחוק. אם מעשהו הוא חוקי, כלומר הוא פועל ברשות ואחראי על שמירת ממונו בכל מצב לפי תנאיו, הוא מוגן משפטית מפני תביעה. לפי תפישה זו יש העדפה לנורמליות של החיים, לקצב המהיר והזורם שלהם. לעומת זאת, לפי שיטת רב יוסף ורב חסדא יש העדפה לזכויות הזולת הפגיע והגנה עליהם.

נראה שלפי ר"ש בן אלעזר הפטור ברשות הרבים נובע מהרשות שיש למזיק להלך שם, וזה לבדו מספיק, ולכן קבעה תורה: "ובער בשדה אחר", כלומר במקום שאין לו רשות בו. אבל רב חסדא ורב יוסף פירשו ש"שדה אחר" איננו מקום שלמזיק אין רשות להיות בו, אלא כל מקום וכל מצב שבו יש "אחר" לגיטימי, "אחר" שיש לו זכות ורשות, אפילו אם גם למזיק יש רשות. לפי דעתם פטרה תורה ברשות הרבים מפני שברשות הרבים אין רשות לאדם להניח את פירותיו או כליו, שהרי היא מיועדת למעבר העוברים ושבים. מי שבכל זאת הניח פירות וכלים, גם לשעה, הרי זו אחריותו לדאוג שלא ייזקו. מה שאין כן בבקעה או בחצר השותפים שאינם מקום מעבר הרבים, ולכן שם זכות בעל השור וזכות בעל הפירות שווה, ולפי שלניזק יש זכות והוא לא פשע - גוברת זכותו, ועל המזיק מוטלת החובה להישמר מפני נזקים. נראה שהמקור הקדום לשיטת רב חסדא ורב יוסף נמצא במכילתא דרשב"י, שם נאמר שאם נתן המזיק רשות לניזק להגדיש ברשותו, הוא חייב על נזקיו ואפילו שזו רשותו של:

ובער בשדה אחר ולא בשדה בעל הבית. יכול אף על פי שנתן לו רשות בעל הבית לגדוש? ת"ל ובער בשדה אחר, מכל מקום.

(מכילתא דרשב"י פרק כב)

נראה שהמכילתא דרשב"י חולקת על המכילתא דרבי ישמעאל שהיא מקור שיטת ר"ש בן אלעזר ומשנתנו, וקובעת שברגע שיש לניזק רשות, הרי זה נחשב "שדה

אחר" והמזיק חייב, אף שגם לו יש רשות. שיטת המכילתא דרשב"י מרחיקה לכת עוד יותר מרב חסדא ורב יוסף, שהרי זו רשות המזיק ממש, ואף על פי כן הרשות שניתנה לניזק לגדוש בשדהו, אפילו אם ניתנה כמחווה מצד המזיק, הופכת אותו לאחר לגיטימי, ולפי דרשת המכילתא דרשב"י: "בשדה אחר" – מכל מקום.<sup>12</sup> יש לפרש ששדה אחר איננו דווקא מקום שבבעלותו של הניזק, אלא כל מקום שיש לו לניזק רשות בו. "שדה אחר" כאן אין פירושו "שאינו של המזיק", אלא שהמזיק פוגע ב"רשות" הלגיטימית – המשפטית או הקיומית-מעשית של ה"אחר" – הניזק, אפילו איננה בבעלותו כלל.

נמצא שיש מחלוקת בין שתי המכילתות בנוגע למקור החיוב בנזיקין. לפי המכילתא דרשב"י בשדה השותפים ואפילו בשדה המזיק אם נתן לו רשות – חייב, שכן לניזק יש רשות – וזו נקודת המבט הקובעת, אף שגם המזיק פעל ברשות, אלא שלא נתן דעתו לנזקים הצפויים לזולת הלגיטימי. ואילו המכילתא דרבי ישמעאל ומשנתנו לפי פשוטה (רבי אלעזר) חולקים וסוברים שהמזיק חייב רק כאשר הוא עושה פעולה שאיננה לגיטימית, והלגיטימיות מוגדרת ביחס לחוק ולא ביחס לזולת.

נראה ששיטת רב חסדא ורב יוסף מבוססת תיאורטית גם על רבי טרפון במשנתנו: שור המזיק ברשות הניזק כיצד? נגח, נגף, נשך, רבץ, בעט, ברשות הרבים - משלם חצי נזק, ברשות הניזק - רבי טרפון אומר: נזק שלם, וחכמים אומרים: חצי נזק. אמר להם רבי טרפון: ומה במקום שהקל על השן ועל הרגל ברשות הרבים שהוא פטור, החמיר עליהן ברשות הניזק לשלם נזק שלם, מקום שהחמיר על הקרן ברה"ר לשלם חצי נזק, אינו דין שנחמיר עליו ברשות הניזק לשלם נזק שלם! אמרו לו: דיו לבא מן הדין להיות כנדון, מה ברשות הרבים - חצי נזק, אף ברשות הניזק - חצי נזק. אמר להם: לא אדון קרן מקרן, אני אדון קרן מרגל, ומה במקום שהקל על השן ועל הרגל ברשות הרבים - החמיר בקרן, מקום שהחמיר על השן ועל הרגל ברשות הניזק - אינו דין שנחמיר בקרן! אמרו לו: דיו לבא מן הדין להיות כנדון, מה ברשות הרבים - חצי נזק, אף ברשות הניזק - חצי נזק.

(כד ע"ב)

12 יש להעיר שבגמרא הלהן נתפרשו משניות העוסקות במזיק שנתן רשותו שבהן המזיק חייב, כיוון שבהזמינו את הניזק קיבל עליו שמירת נזקיו (ראה פרק ה משניות ב-ג ובגמרא שם). מובן שאם קיבל עליו, במפורש או במשתמע, אין זה נוגע לנדון שלנו; אבל אי אפשר לפרש כך במכילתא, שהרי במכילתא דרשב"י חיובו של המזיק נלמד מהפסוק "בשדה אחר" – מכל מקום, והרי הוא חיוב מעיקר הדין, כפי שהסברנו למעלה.

נראה שרבי טרפון מעדיף את העיקרון של הרשות כעיקרון מכריע על פני העיקרון של תכונת הנזק, ואילו חכמים אומרים: לכל נזק יש "אופי" – תכונה עצמית – והיא הקובעת את עצם החיוב ואת היקפו. לכאורה זה מפורש גם מהקל וחומר שרן רבי טרפון מרגל לקרן, המדגיש את הדומיננטיות של הרשות בחיוב או בפטור, בעוד חכמים מתעקשים שקרן היא קרן ואין לחייב עליה יותר מחצי נזק. רבי טרפון סובר שהעיקרון של הרשויות הוא המכריע בנויקין, ולכן קרן ברשות היחיד משלמת נזק שלם, שכן ברשות היחיד החיוב הוא תמיד נזק שלם, ואילו חכמים סוברים שקרן ברשות היחיד חייבת חצי נזק, שכן תכונת הנזק היא המכריעה. נראה שעמדתם מעדיפה את נקודת המבט של המזיק, שצריך לשמור על ממונו, ולכן הגורם המכריע הוא אם זה נזק כאורחיה שאז החיוב ברשות היחיד הוא מלא, או נזק משונה שאז החיוב הוא חצי נזק, כי זו פעולה לא צפויה. מהי המשמעות של עמדת החכמים? שהגורם העיקרי לחיוב הוא חובת השמירה הפורמאלית של המזיק על ממונו. אם בהמתו מזיקה נזק שאיננו כדרכו – נגיחה, חובת השמירה שלו מופחתת או איננה קיימת מעיקר הדין (לשיטה שפלגא נזקא קנסא). אולם רבי טרפון אומר שכל זה רלוונטי רק ברשות הרבים, ששם אין לניזק רשות יותר מאשר למזיק, אבל ברשות הניזק הרי הפלישה אל רשותו של הניזק, כלומר אי תשומת הלב לזולת, היא המחייבת – לכן חייב נזק שלם ואין זה משנה מהי צורת הנזק. נקודת מבט זו דומה לזו של המכילתא דרשב"י ורב חסדא ורב יוסף, שכן היא מדגישה את התודעה של המזיק כלפי הזולת, הניזק הפוטנציאלי, ואיננה מסתפקת בדיון אודות המזיק בינו לבין עצמו או לבין ממונו. יש להעיר שאכן בתוספתא הובאה שיטת רבי טרפון מפי רבי שמעון, להוציא משיטת חכמים, והיא אמנם שיטת המכילתא דרבי שמעון כפי שנאמר, שברגע שיש לניזק רשות – המזיק חייב. אף שלא ניתן להוכיח זאת, ייתכן שהבאת שיטת רבי טרפון בסיפא של דברי ר"ש בן אלעזר בלשון: "על הכל משלם נזק שלם" משקפת מחלוקת לא רק על גובה החיוב, חצי נזק או נזק שלם, אלא גם על העיקרון של החיוב. ומפני שרבי טרפון סובר שהעיקרון המחייב הוא הפגיעה בניזק, הרי הוא מכריע לחייב גם את המזיק בחצר השותפין, שכן גם שם הניזק נפגע והמזיק חייב בנויקו, ושלא כר"ש בן אלעזר.

נחזור ונעיין במקרה של אילפא ובמשמעותו לאור מסקנת סוגיה זו. לפי רב יוסף ורב חסדא בחצר השותפין חייב המזיק מפני שיש שם רשות לניזק להניח את ממונו, והוא צריך לשמור את עצמו ואת ממונו ולקחת זאת בחשבון, אבל רבי אלעזר והברייתא

של ר"ש בן אלעזר פוטרים את המזיק אף שיש לניזק רשות שם. לכאורה, לפי שיטה זו שהמזיק פטור, כל שכן שאם אכלה הבהמה ברשות הרבים מעל גבי חברתה או בקופה המופשלת יהיה המזיק פטור, שהרי אם אפילו ברשות שיש לניזק בה בעלות המזיק פטור, הרי ברשות הרבים המיועדת להליכת הרבים עם בהמותיהם, ושלניזק אין רשות בה - על אחת כמה וכמה שיהיה המזיק פטור אם בהמתו אכלה ברשות הרבים. לכל הפחות לא יהיה מעמד הניזק, המניח את מזונו על גבי בהמתו או בסלו ברשות הרבים, טוב יותר מזה של הניזק המניח את פירותיו ברשות שלו ממש. לכאורה יש להוכיח מכאן ששיטת אילפא שחייב את המזיק כאילו הוא ברשות היחיד, להבנת כל המפרשים, וכן שיטת רבא ורבי אושעיא בברייתא המחייבים במקרה שקופצת לפירוש רבנו חננאל והרא"ש, שהדין הוא ברשויות ולא בקרן, היא כשיטת רב חסדא ורב יוסף; הרי הם טוענים שזכות המזיק איננה מעלה ואיננה מורידה, ואם רק הניזק לא פשע (זהו המצב של מניח על גבי בהמתו או ושל בהמה שקופצת) הרי המזיק יהיה חייב. אך הגמרא לא קישרה בין הסוגיות, ולא תלתה את דברי אילפא ורבא בשיטת רב חסדא ורב יוסף, וצריך עיון.

הרשב"א התייחס לבעיה זו. בעיקרי הדברים הוא פירש את הסוגיה כדברי הרא"ש, ועוד חידד אותם מבחינה מושגית ועמד על הזיקה בין שתי הסוגיות:

וקופצת דקאמר וקפצה על גבי האדם שהקופה מופשלת לאחוריו וכן בקופצת ע"ג איצטבא שברה"ר דכיון דאורחיה למיכל שעורים או כרשינין שבקופה אף היא דרכה לקפוץ שם ולאכול. וטעם חיובן של אלו מפני שכל שקופתו מופשלת לאחוריו או שמשאו ע"ג בהמתו כרשות הניזק היא ואף על פי שהן עומדין ברשות הרבים מפני שיש להן רשות לעבור שם עם משאן ובאותה שעה הרי הם כחצר הניזק...

וכן כשהי' משאו מונח באיצטבא שברשות הרבים כיון שיש לו רשות להניחו שם וזו יצאה מן הרשות וקפצה ואכלה הרי זה כאלו נכנסה לרשות הניזק ואכלה, ושמה אפילו מאן דפטר בחצר השותפין כרבי אלעזר ורבי זירא (י"ד א') מודים בהא, משום דחצר השותפין יש לכל אחד מהשותפין קנין גוף ממש בחצר ולפיכך לא קרינא ביה שדה אחר, אבל הכא כל שזה מניח שם משאו הרי הוא כרשותו לענין זה שלא יבא בו שורו של חברו ויאכל, כנ"ל

(רשב"א כ"ע"א)

נהירים הם דברי הרשב"א המודגשים בפנים, שמושג הרשות בתחום הניזקין איננו מושג קנייני פורמאלי אלא הוא מושג המתאר את הלגיטימיות של פעולות המזיק או

הניזק. רשות הניזק היא מושג קיומי ומשפטי המסמל את המקום שיש לאדם רשות להיות בו אף שאיננו שלו, או גם את הפעולות שמותר לו לעשות – אפילו ברשות אחרת. כיוון שהליכה עם משא על גבי בהמה או על תיק שעל גבי אדם ברשות הרבים היא מעשה סביר ונורמטיבי, הרי אכילה משם תתואר כאכילה ב"רשות הניזק", לא במובן בעלותי-קנייני אלא במובן משפטי-פורמאלי. מכאן שעל המזיק להישמר פן יפגע בניזק, מה שאין כן בפירות שהונחו ברשות הרבים ונאכלו שם – או אז מעשה הניזק אינו סביר, והוא איננו מבטא שימוש ראוי, בדרך כלל, ברשות הרבים. לכן אין אכילת הפירות מוגדרת כנוק ברשות הניזק, והמזיק פטור. באמת זהו פשט דברי הגמרא בהסבר אילפא: "על גבי חברתה כרשות הניזק דמי". כ' הדמיון כאן תפקידה להגדיר את הסטטוס הפורמאלי של רכוש הניזק, ולא לתאר את המקום שבו הוא נמצא או להגדירו במונחים קנייניים. הגדרת הרשב"א הולמת היטב את ניסוח המכילתא דרשב"י למילים "בשדה אחר" שיכולות להיות נכונות אפילו בשדה המזיק גופו – אם רק נתן המזיק רשות לניזק להניח שם פירותיו.

אמנם הרגיש הרשב"א שביאורו בשיטת אילפא מתאים לשיטת רב חסדא ורב יוסף, מפני שנקודת המוצא שלו הוא מעשה הניזק, ואם במעשה הניזק אין סטייה מהנורמאטיביות מוטל על המזיק להישמר מפני הנזק, ולכן חייב המזיק גם בחצר השותפים וברשות הרבים פטור רק אם הניח שם הניזק את ממונו – דבר שאיננו חלק משימושי רשות הרבים. ניתן דעתנו לכך שדברי הרשב"א שונים בנקודה זו מדברי הרא"ש, שכן האחרון כתב שאם המזיק עושה פעולות כאורחיה ברשות הרבים על הניזק להתגונן מפניו, ואילו הרשב"א כותב להיפך וכשיטת רב יוסף – שעל המזיק לשים לב גם לזולת הלגיטימי, והוא שחייב לשמור על ממונו שלא יזיק אותו. הבדל זה נובע מהחיבור שעשה הרא"ש בין קטיגורית משונה בדין קופצת ובין ההגדרה כרשות הניזק. לדעת הרא"ש, הנחת המזון על גבי בהמה היא ברשות, באשר בהמת המזיק יכולה לאכול משם רק בשינוי, וכן בקופה המופשלת; לדעת הרשב"א די בכך שזו פעולה לגיטימית מצד עצמה, כלומר כך דרך העוברים ברשות הרבים להניח את מזונם ומזון בהמותיהם, כדי לחייב את המזיק. אמנם, בהגדרה הדינמית והפורמאלית של מושג הרשויות, ובמרכזיותה של נקודת המבט של הניזק - הרשב"א והרא"ש שותפים לגמרי.

ובכן, שואל הרשב"א, מדוע הגמרא לא יצרה זיקה בין המחלוקת? הוא מתרץ שאולי אפילו רבי שמעון בן אלעזר שבתוספתא ורבי אלעזר יודו לאילפא שכאן

המזיק חייב, שכן חובתו של המזיק ברשות הרבים כלפי הניזק גדולה מזו שבחצר השותפים, וזאת מפני שברשות המשותפת יש להם זכות שווה הנובעת מהבעלות המשותפת. כיוון שיש לו למזיק בעלות שלמה, לא ניתן להגביל את זכותו כלפי הניזק, ויש בכך פגיעה ממשית בזכות הקניין שלו. אבל ברשות הרבים, שבה כמובן אין לו בעלות המייצרת זכות, אלא שההלכה מאזנת בין האינטרסים המנוגדים של הניזק ושל המזיק, חובה על המזיק להישמר מפני נזקים שאינם בדרך הילוכה או פעילותה הרגילה של בהמתו.

### ז. זכות הקניין וזכויות אחרות כגורם בדיני הניזקין

מתירוצו של הרשב"א עולה התביעה לשקלל גם את זכות הקניין של המזיק במסגרת מערכת האיזונים שבין חובת המזיק לשמור את עצמו ורכושו מפני נזק ובין חובת הניזק להגן על רכושו, כדי לאפשר את הפעילות התקינה והנורמאלית של חיי המסחר והשוק. הרשב"א קובע כי כיוון שלמזיק יש בעלות ברשותו, סוברים רבי שמעון בן אלעזר בין התנאים ורבי אלעזר בין האמוראים כי הגבלת זכותו להסתובב חופשי ברשות שהיא שלו איננה מידתית. אם נמנע מאדם את האפשרות שבעלי חיים שלו יסתובבו באופן חופשי ברשותו, פגענו פגיעה ממשית בזכות הקניין שלו. אמנם, יש לזכור שלדעת רב יוסף ורב חסדא גם שיקול זה איננו גובר על זכותו של הניזק וחובת המזיק כלפיו.

הסיוג שמציע כאן הרשב"א להגבלת חובת המזיק לשמור נובע מאחד הביטויים היסודיים של זכות הקניין, במקרה זה קניין של חצר או של רשות בכלל: הזכות להיות פטור משמירה על רכוש ברשותו של האדם עצמו.

נראה שמבחן דומה מעמיד הרשב"א גם בסוגיה אחרת, ובכך הוא נותן תוקף כללי לתירוצו כאן. הגמרא (יט ע"ב) מדווחת על דיון שהתקיים בין רבי יהודה נשיאה לרבי אושעיא בעניין בהמה שכשכשה בזנבה ברשות הרבים וגרמה לנזק. אחד מהם חשב לחייב את בעל הבהמה על הנזק, והשני השיב: "וכי יאחזנה בזנבה וילך?" משמע: כיוון שזו דרישה מוגזמת, אין אנו תובעים אותה מהמזיק, ולכן גם אין הוא חייב על נזק שנעשה בעקבות פעולה שאיננו יכול להישמר מפניה במאמץ סביר. הרשב"א שם ניסח את תירוץ הגמרא הזה ניסוח עקרוני:

נ"ל דהכי פירושו, אם אתה מחייבו על כשכושה, אי אפשר לו אלא שתהא רגל בהמתו כלויה מן השוק או שיאחזנה בזנבה, ולא חייבתו התורה בכך.

אין להטיל חובת שמירה על המזיק, אומר הרשב"א, אם וכאשר בפועל היא שוללת ממנו את אפשרות התנועה, או בהרחבה – כל צורת שימוש בסיסית אחרת בממונו. לאמור: זכות הקניין של האדם, אשר ממנה נובעות זכויות משניות כגון חופש התנועה עם קניינו, שימוש חופשי ברשותו וכיוצא באלו, מגבילה ומסייגת את חובת השמירה המוטלות על בעלי הממון כדי שלא יזיקו.

היחס המתוח בין זכות הקניין כזכות יסודית, ובין מערכת דיני הנזיקין וחובת השמירה של האדם על רכושו, עולה בדברים עקרוניים של בעל נתיבות המשפט. לשם הקיצור נציג את דבריו על רקע ההלכה הנקודתית שנפסקה בשולחן ערוך שבה דן, אם כי הפרובלמטיקה שהוא מציג נטועה עמוק ביחס בין שתי מערכות דינים ושתי מסכתות: דיני הנזיקין של מסכת בבא קמא לעומת דיני שכנים של הפרקים הראשונים של מסכת בבא בתרא. בשולחן ערוך נפסק למשל:

מי שעשה גורן בתוך שלו, או קבע בית הכסא או מלאכה שיש בה אבק ועפר וכיוצא בהם, צריך להרחיק כדי שלא יגיע העפר או ריח בית הכסא או האבק לחבירו, כדי שלא יזיקו; אפילו היתה הרוח הוא שמסייע אותו בעת שעושה מלאכתו ומוליכה את העפר או נעורת הפשתן והמוץ וכיוצא בהן ומגיעתן לחבירו, הרי זה חייב להרחיק, כדי שלא יגיעו ולא יזיקו, ואפילו ע"י רוח מצוייה, שכל אלו כמי שהזיקו בחיצו הן; ואף על פי שהוא חייב להרחיק כל כך, אם הולכה הרוח המצוייה המוץ והעפר והזיקה בהן, פטור מלשלם, שהרוח הוא שסייע אותו.

(שולחן ערוך הלכות נזקי שכנים, חושן משפט קנה לד)

הלכה זו היא דוגמה לאחד משני סוגים של הלכות נפוצות בהלכות שכנים. הסוג האחד הוא שימושים תעשייתיים, חקלאיים או מסחריים שעושה אדם ברשותו, וחכמים לא אסרו על האדם לעשותם אף שיש בהם פוטנציאל ניכר של נזק, כגון הפעלת כוורת דבורים וכיוצא בזה. הסוג השני הוא ההרחקות המגויות בפרק שני של בבא בתרא, שקבעו חכמים שיעשה אדם כשהוא משתמש ברשותו כדי שלא יפגע בשכניו, וההלכה שלמעלה היא מטיפוס זה. כך היא למשל התקנה להרחיק את מלאכת הבניין, או הגורן, או הדלקת אש מפני העשן ועוד. וקבעו חכמים שבכל אותן ההרחקות שקבעו להרחיק, אם הזיק – פטור מלשלם. תהה הנתיבות כיצד יש ליישב קביעה זו עם העקרונות היסודיים של דיני הנזיקין במסכת בבא קמא; הרי כל המקרים שמדובר בהם בבבא בתרא הם נזקי ממון, אבות או תולדותיהן. מהם נזקי אש, כגון אש ממש או עפר המזיק ברוח מצוייה, מהם נזקי ממונו כגון דבורים, ועוד.

ואם כך הוא, כיצד ניתן לפטור את השכן המזיק – הרי הוא חייב מדין תורה בהלכות נזיקין? נקרא את הבעיה בלשונו של הנתיבות:

לכן נראה לפענ"ד, דהנה לכאורה קשה על כל ההרחקות שמונה שם בפרק 'לא יחפור' בב"ב, ומביאן (הרמב"ם) והמחבר בהלכות נזקי שכנים, וכן הא דב"ב דף י"ח (ע"א) בסוגיא דחרדל קשה, הא כשהדבורים אוכלין החרדל או היונים בשדות, שורו ממש הוא ... ומד' אבות נזיקין הן, ואמאי אמרי רבנן דא"צ להרחיק, ומשמע דאפילו בדיעבד פטורים, דהא אפילו בהרחקות שמחויבין להרחיק פטור מלשלם בדיעבד, וא"כ קשה אמאי, הא הוי כד' אבות נזיקין... וכן כל הדברים דחשיב בפרק לא יחפור ובהלכות נזקי שכנים לכאורה בכלל ד' אבות נזיקין הן כשתדקדק בהן, כגון היזיקא דמתונתא שהמים הולכין ומזיקין, מי גרע מבור המתגלגל ברגלי אדם או מהיזק שהולך ע"י רוח מצויה דחייב, ומכ"ש במה ששיערו חכמים שילך המזיק בעצמו, וכיוצא בהן הרבה. ומהתימה על התוספות בב"ב ל"ו (ע"א ד"ה זיקא) שהקשו גבי רקתא, דהיינו אש, ולא הקשו אדבורים ויונים דהיינו שור, ועל כל הדברים היה להן להקשות כך דמד' אבות נזיקין הן.

(נתיבות המשפט שם סעיף קטן יח)

תשובת הנתיבות נוגעת בעקרונות שקבע כבר הרשב"א, ומרחיבה אותם. המזיק חייב לשמור ולהימנע מפעולות שיש בהן פוטנציאל של נזק, הוא מסביר, כל עוד אין בכך פגיעה גורפת בזכות הקניין. אבל אם ההימנעות שלו ממעשה כדי למנוע נזק פוטנציאלי לא תאפשר לו כלל להשתמש ברשותו או ברכושו, הרי שאז אין לחייב אותו על נזקים שיארעו כתוצאה משימוש סביר ברכושו, והאחריות עוברת אל הניזק – שירחיק הוא את ממונו כדי למנוע נזקים שייגרמו לו:

... דהד' 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 בעשייה ובשמירה, ובביטול רשות לא חייביה רחמנא.

הנתיבות מציע כאן תיאוריה כללית: חיובי הנזיקין יסודם בחובת שמירה המוטלת על המזיק שישמור את ממונו. חובת השמירה מוטלת על המזיק כאשר היא איננה סותרת את זכות הקניין שלו. אם החובה להישמר מפני נזק גורמת לכך שנשללת ממנו לחלוטין אפשרות השימוש ברשותו לשימוש כלשהו, או אפשרות שימוש רגילה באחד מקנייניו, אזי לא תדחה חובת השמירה את זכות הקניין, והאחריות תעבור אל הניזק, שיישמר מפני הנזק. כמובן, העברת האחריות תלויה בכך שתוצאה דומה לא תיגרם לניזק, שהרי פשוט שאם הניזק יאבד את זכות הקניין שלו – לא תהיה עדיפה זכותו של המזיק על זכותו. זאת ועוד, העברת האחריות להישמר מפני הנזק אל הניזק



אפשרית בהלכות שכנים מפני שמדובר בנזקים צפויים וידועים, וההתמודדות איתם היא במישור של התארגנות מראש ותכנון נכון של הבנייה, של השימושים השונים בחצר וכיצא באלו; מה שאין כן בדיני הנזיקין בכבא קמא, שברבים מהם מדובר בנזק אקראי, שמבחינת הנזיק הגורם המסוים שלו איננו ידוע מראש, ולכן קשה יותר להטיל על הנזיק את האחריות להישמר:

...ומשו"ה סובר ר' יוסי בב"ב (כ"ה ע"ב) דעל הנזיק להרחיק, דמהיכי תיתי יבטל רשות המזיק, יבטל רשות הנזיק, דהא כשהנזיק ישמור עצמו לא יזוק, מה שאין כן בד' אבות נזיקין, אי אפשר להנזיק לשמור דאין הנזיק ידוע מתי יבוא המזיק, ולמזיק אפשר בשמירה, ובהנך דבבא בתרא הוא להיפך, שהמזיק אי אפשר לשמור הנזק כי אם בביטול התשמיש מרשותו, משום כך לא חיביה רחמנא להמזיק. ולפי זה אתי שפיר נמי בהא דאילן דסמוך לבור (שם כ"ה ע"ב), דלא תקשה הא השרשין היוצאין הן שלו וכשמזיקין ליהוי כשורו ובורו שמזיקין דחיב. ולפי מה שכתבתי לא קשה, כיון דאי אפשר להחזיקו בשמירה כי אם בביטול רשות מנטיעת אילנות, ולנזיק אפשר להרחיק ולשמור עצמו, בזה לא חיביה רחמנא למזיק.<sup>13</sup>

---

13 דומה שקדם הרי"ד לנתיבות בניסוח העקרון המבחין בין דיני הנזיקין לדיני שכנים. כבר הראינו למעלה שהרי"ד סובר כי הכלל "כל המשנה ובא אחר ושינה פטור" תקף גם בנזקי אדם, ומשמע שתולה את החיוב או את הפטור במעשה הנזיק, האם שמר כראוי או היה מחדל במעשיו. והנה, אומר הרי"ד שכאשר המזיק משתמש ברשותו שימוש ראוי, האחריות להישמר עוברת אל הנזיק, והמזיק יכול לעשות כרצונו. כך הוא מפרש שדין אבנו סכינו ומשאו שנפלו מראש הגג והזיקו חל רק ברשות הרבים, שם אין הרבים יכולים לצפות את הנזק, אבל ברשות היחיד יכול המזיק לומר לנזיק: אני משתמש בגג שלי, אתה הרחק את עצמך. וזו לשון הרי"ד:

"דבי מריון בר אבבי נפצי כיתנא הוו, הוה קא אזלא רקתא ומזקא אינשי, אתו לקמיה דרבינא אמ' להו כי אמרי' מודה רבי יוסי בגיריה, הני מילי היכא דקא אזלי מכוחו, אבל הכא זיקא הוא דקא ממטי להו. מתקיף לה מר בר רב אשי מאי שנא מזורה ורוח מסייעתו, פי' דחשיב מעשה לענין שבת והכא נמי מעשיו הן חשובין, ולרבינא מאי שנא מגן היוצא מתחת הפטיש ויצא והזיק חייב, התם ניחא ליה דליזיל הכא לא ניחא ליה דליזיל. וקשיא לי טובא דהינו תולדה דאש, שכל דבר שהרוח מוליכו מאש ילפינן ליה כמו אבנו וסכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלה ברוח מצויה והזיקו, ואטו רבינא לית ליה דכל תולדה דאש חייב, ומר בר רב אשי דאהדר ליה נמי מאי שנא מזורה ורוח מסייעתו אמאי לא אמ' ליה הינו אש דזיקא ממטי ליה וחייב, ונר' לי לתרץ, דודאי כי אש גמור הוא ולא קשיא, דכיון דסבר רבי יוסי דעל הנזיק להרחיק את עצמו, אם יעשה אש בשלו והנזיק עומד בציוד ורואה אותו והזוק ממנה אין המזיק חייב, כי אומ' לו היה לך להרחיק את עצמך שאני עושה בתוך שלי מה שאני רוצה

## ח. סיכום

1. כפי שראינו בתחילה, המשנה הראשונה המדברת על ארבעה אבות נזיקין קובעת את עקרונות היסוד שעל פיהם ניתן לדון בכל דיני הנזיקין.
2. הברייתא על "ארבעה כללות" של רבי שמעון בן אלעזר גם היא ניסיון לסכם את העקרונות של דיני הנזיקין על יסוד ארבעה כללים פשוטים. אלא שעיון בברייתא מוכיח שלמעשה ארבעת הכללות הם ארבע רשויות, ולפיכך ניתן לצמצמם לעיקרון פשוט אחד: על כל נזק שנעשה ברשות שהיא של המזיק או גם שלו – הוא פטור, ועל כל נזק שנעשה ברשות שאיננה שלו – הוא חייב. לשיטת חכמים יש להוסיף גם את אפיון הנזק כרגיל או משונה (קרן) שכן אז חייב חצי נזק, אבל לשיטת רבי טרפון ברשות היחיד תמיד חייב נזק שלם, ונמצא עיקרון הרשויות גובר, וברשות הרבים זהו קנס גרידא, כך שלמעשה יש לפיו רק עיקרון אחד. גם הרא"ש בפסקיו קובע שההבחנה בין משונה לאורחיה משרתת בסופו של חשבון את העיקרון הראשי של קביעת הרשות, וכדלהלן.
3. ראינו ששיטת ר"ש בן אלעזר נתונה במחלוקת תנאים ואמוראים, אך המחלוקת איננה על העיקרון היסודי. לכולי עלמא ניתן לבנות תיאוריה שלמה של דיני הנזיקין על עקרון הרשויות, אלא שלפי ר"ש בן אלעזר נקודת המבט של המזיק גוברת – ואם יש לו רשות הוא פטור, ולפי בעלי מחלוקתו רשות הניזק גוברת ואם יש לניזק רשות על המזיק לשמור, אחרת הוא חייב.

---

ועליך להרחיק את עצמך, או שתשמור עצמך מן הנזק, אך אם האש חשובה חיציזו מודה רבי יוסי שעל המזיק להרחיק את עצמו, ומשום דסבר רבינא שאין האש חיציזו ממש מפני שהרוח מוליכה היה מתיר להני דנפצי כיתנא, שעל איזו אש היה מחייב רבי יוסי כגון שהדליק בתוך שלו ויצאה והזיקה גדישו של חברו שלא היה ניזק שם שיוכל לשמור או להרחיק את עצמו, או אינו יכול להרחיק כל הגדיש, וכן באבנו וסכיננו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו בדרך הליכתו, מפני שלא ראו אותם עוברי ברש' הרבים שייזהרו מהם ולא יעברו משם, אבל אם היה גגו של ראובן סמוך לחצרו של שמעון ושם ראובן חפציו בגגו, והיו לו לשמ' כלים בחצרו, אינו יכול לומר לו פנה חפצייך מעל הגג שלא יפילם הרוח וישברו את כליי, מפני שעל הניזק להרחיק את עצמו, והכא נמי הני דנפצי כיתנא בתוך שלהן היו מנפצים, והעוברים ברש' הרב' רואין אותן ויכולין להרחיק את עצמן ואל יעברו סמוך להם ולא ינזקו, ומשום הכי התיר להם רבינא לנפץ (פסקי רי"ד בבא בתרא כו ע"א)

4. עיון רוחבי בעקרון הרשויות מעלה שמושג הרשות שבו מדובר בהלכות נזיקין איננו קשור לבעלות או למונחי רשות הלכתיים כללים, אלא הוא מושג משפטי-פורמאלי וסמלי, המבטא את הלגיטימיות שיש או אין לכל אחד מן הצדדים לעשות את המעשה שקדם לנזק, שאיפשר אותו או שגרם לו. לתפישו זה שותפים רבנו חננאל, הרשב"א והרא"ש.

5. המחלוקת על חיוב או פטור המזיק בחצר השותפין היא קצה קרחון של מחלוקת כללית ויסודית בהלכות הנזיקין, האם קובעת נקודת המבט של המזיק או של הניזק. אם זו של המזיק קובעת, הרי די לו למזיק שיפעל על פי החוק, כלומר שיבטא את זכות הקניין שלו, שלא יחרוג מרשות ומסבירות ושיפעל על פי כללי השמירה שבהלכה, ואזי הוא פטור. אם זו של הניזק קובעת, הרי מוטל על המזיק שישים לב שעל ידי מעשיו, גם אלו שנעשים ברשות, אין הוא פוגע ברכושו של הזולת.

6. השאלה רשותו של מי גוברת, של המזיק או של הניזק, נובעת בין השאר ממתח בין שני ערכי יסוד: מחד גיסא ההגנה על רכושם של היחידים מפני נזקים – המטילה חובה עיקרית על המזיק, ומאידך גיסא הערך של חיי מסחר ושוק תקינים ונורמאליים, וההגנה על זכות הקניין של בעלי הממון, אשר מחייבים יתר חופש פעולה למזיקים והגנתם מפני מגבלות שיקשו על מימוש הערכים הללו.

7. אם מגבלה שנובעת מהלכות נזיקין פוגעת פגיעה אנושה או גורפת בזכות הקניין, או באחת מזכויות השימוש המהותיות של בעל הממון, אזי היא מבוטלת, ואין למזיק חובת שמירה במקרה כזה, אלא היא עוברת לניזק – שיגן על עצמו וירחיק את עצמו מנזקים. כך עולה מדברי הרי"ד והנתיבות, וביסוד הדברים אף מדברי הרשב"א.

### ט. רשימו – עוד מבט לעומק

נחدد כאן נקודה מרכזית אחת, ונעמיק לחשוב על משמעותה. ראינו את מחלוקת התנאים והאמוראים באשר לחיוב המזיק בחצר השותפים. רב חסדא ורב יוסף מחייבים אותו אף שהוא פועל ברשות, ואף ששמירת בהמותיו תפגע בזכות הקניין שלו ברשותו (רשב"א בחידושיו), ואילו לפי פשט משנתנו ופירוש רבי אלעזר ושיטת רשב"א במכילתא, המזיק פטור שכן לא פשע ופעל ברשות. מי שפוטר את המזיק סובר שהמזיק צריך לשאול את עצמו רק שאלה אחת: האם המעשה שלי לגיטימי, כלומר האם הוא חוקי ונעשה ברשות. אם זה אכן כך, וזה אמנם המצב ברשות השותפים ובמידה רבה גם ברשות הרבים, אזי כאשר אין סטייה מהנורמה המזיק

פטור. מי שמחייב את המזיק סובר שבשאלה זו אין די; בעל הממון, שהוא המזיק הפוטנציאלי, אחראי לא רק כלפי החוק אלא גם כלפי הזולת, שייתכן שגם מעשיו חוקיים ונעשים גם הם ברשות, והוא צריך לדאוג לכך שאף אדם אחר לא ייפגע גם מהפעולות הלגיטימיות שלו.

לאמתו של דבר, ברבים מאוד מהסכסוכים המשפטיים והלא-משפטיים שיש בין אנשים, לא ניתן להצביע על צד אחד שאשם באופן מובהק, ואפילו לא על צד שפשע בהתנהגותו או שחרג מהנורמה. כאשר יש צד אחד שפשע, שינה, או חמור מכך – אשם בגרימה של הנזק, אזי אין לנו ספק על מי מוטלת האחריות. אבל ברוב המצבים האנושיים, הקונפליקט הוא תוצאה של התנגשות בין שני צדדים שלשניהם יש זכות, שניהם פועלים כשורה ובמסגרת הנורמה, אלא שהזכויות או שהפעולות שלהם מתנגשות. גם כאשר שני הצדדים פושעים או משנים מהנורמה במידה שווה – מתעוררת שאלה דומה, שכן אין צד שעליו ניתן להטיל את האחריות באופן מובהק.

דומה כי המחלוקת על חצר השותפים (לצד המחלוקות המקבילות) משקפת שתי תפישות יסודיות ששורשן בפילוסופיה של המוסר, וענפיהן נשלחים לתחום דיני הניזקין. לפי התפישה הראשונה, המעשה הטוב והצודק הוא המעשה שמתאם לחוק. על האדם לשאול את עצמו: האם המעשה שלי חוקי, לגיטימי, נורמטיבי? אלה שאלות חשובות, שכן החוק איננו מופע שרירותי או אקראי, אלא ביטוי של עקרונות כלליים המאפשרים לאדם לארגן את עצמו ואת ההפעלה של קנייניו במציאות. התיאוריה המוסרית הקובעת שעל האדם להיות אחראי כלפי החוק, כלומר לפעול ברשות ובמסגרת הנורמה, היא פשוטה ביותר להפעלה, ומקלה על התכנון ועל הביצוע, שכן מעטים בה היסודות הבלתי צפויים. המציאות כמוכן מפתיעה, אבל החוק הרי הוא ידוע. על כן, מי שפעל בהתאם לחוק יהיה תמיד פטור על תוצאה בלתי צפויה של מעשיו, שכן אותו חוק שהוא נאמן לו, מקנה לו הגנה.

התפישה המחייבת את המזיק בחצר השותפים נשענת על תיאוריה מוסרית שונה, שבמוקדה לא מצוי החוק אלא הזולת. הנאמנות לחוק איננה מספיקה, והלגיטימיות איננה המבחן היחיד. הרי מובן שאדם יכול לממש את זכויותיו וברב לבדו לפגוע באדם אחר. כדי שאדם יהיה אחראי במלוא האחריות על עצמו ועל מעשיו, עליו לקחת בחשבון את התוצאות האפשריות של מעשיו כלפי הזולת, גם אלה שאינן צפויות. אמת, תביעה כזו עלולה להטיל עליו מגבלות לא פשוטות, אך יתרונה המוסרי הוא בכך שהיא מעמידה במרכז לא את ה"אני", זה שיש לו זכויות שמבקשות מימוש,

אלא את הזולת, שכמובן גם לו יש זכויות, ואלה מכוננות את ההתנהגות של המזיק הפוטנציאלי עוד לפני שזכויותיו שלו מופיעות כשיקול בדרך לפעולה. שיטת רב חסדא ורב יוסף מתרגמת את התיאוריה המוסרית הזו לדיני הנזיקין, כשהיא מעמידה בראש את החובה של המזיק לדאוג לשמירת זכויות הנזיק גם על חשבון זכויותיו שלו. דומה שהשאלה אם המוסר ראשיתו ועיקרו ביחיד שנאמן לערכים מוחלטים המתבטאים בחוק המוסרי או המשפטי, או שראשיתו ועיקרו ביחיד שדאגתו לזולת ולהשלכות מעשהו על הזולת היא בראש מעייניו, היא השורש של שתי התפישות אותן פגשנו.<sup>14</sup> בניסוח שונה במעט, אפשר לומר שבעוד שר"ש בן אלעזר ורבי אלעזר מחזיקים בתיאוריה של זכויות ולכן מעדיפים את מימוש זכות הקניין של המזיק, הרי שרב חסדא ורב יוסף סבורים שלא רק הזכויות מכוננות את מעשיו של האדם, אלא החובה כלפי הזולת היא הגורם הראשון במעלה.

---

14 הגישה הראשונה, לפיה יסוד המוסר הוא בנאמנות לחוק כללי, פותחה על די הפילוסוף הגרמני עמנואל קאנט, שניסח את הערון הכללי של המוסר כך: "עשה כל מעשה כך שהכלל המעשי על פיו אתה פועל יהיה מתאים לחוק הכללי". קאנט דיבר אמנם על החוק הכללי של המוסר, שהוא חוק תבוני, אך התפישה מכוננת לנאמנות לחוק שהוא נכון תמיד, וחוקי המשפט יכולים להיות כאלה. לעומתו, הדגישו פילוסופים במאה ה-20 את מרכזיותו של האחר בעיצוב התודעה המוסרית. בין אלה ניתן למנות את מ. בובר, א. קאמי ובמיוחד עמנואל לוינס. לדידם – נאמנות לחוק איננה מספיקה, והתודעה המוסרית ראשיתה ברגישות לזולת ולמצבו.