

# היסוד החיובי של נזיקין

רוצה אני לעמוד כאן על שתי נקודות יסודיות בחיובי נזיקין. יש כידוע, שני סוגי נזיקין: נזקי אדם, כלומר: אדם שהזיק בגופו את חברו או את ממון חברו, ונזקי ממון, כלומר: ממונו של אדם שהזיק את ממון חברו. ובכל אחד משני הסוגים הללו אני רוצה לעמוד על נקודה מיוחדת. בראשון, בנזקי אדם, הנקודה היא במהות החיוב, ובשני, בנזקי ממון, הנקודה היא בסיבת החיוב.

ובכן, לראשונה, נזקי אדם. המקור בתורה לאדם שהזיק את ממונו של חברו מפורש בכתוב: "ומכה נפש בהמה ישלמנה" (ויקרא כד, יח). וכך כתב רש"י בב"ק (ד) "ואדם דאזיק שור היכא כתיב, דקרי ליה אב? דכתיב: 'ומכה נפש בהמה ישלמנה'". וכן כתב הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק (פ"ו, ה"א): "המזיק ממון חברו חייב לשלם נזק שלם בין שהיה שוגג... שנאמר: 'ומכה בהמה ישלמנה'". אבל בנוגע לאדם שהזיק אדם, המקור לא כל כך פשוט. בתורה (ויקרא כד, כ) כתוב: "עין תחת עין שן תחת שן, כאשר יתן מוס באדם כן ינתן בו". ובהלכה, כידוע, נתפרש 'עין תחת עין' – ממון. אין חלקנו, כמובן, עם אלה החוקרים הרואים בזה התפתחות מהלך המחשבה ההלכותית. אנתנו עומדים על בסיס יהדות נצח, על בסיס זאת התורה שלא נשתנתה ולא תשתנה. והרמב"ם (שם פ"א, ה"ו), לאחר שהזכיר איזה מלימודי חכמים שהתשלום בעד נזקי הגוף הוא בממון, כתב: "ואף על פי שדברים אלו נראים מענין תורה שבכתב וכולם מפורשים הם מפי משה רבינו מהר סיני, כולם הלכה למשה הן בידינו, וכזה ראו אבותינו דנין בבית דינו של יהושע ובבית דינו של שמואל הרמתי ובכל בית דין ובית דין שעמדו מימות משה רבינו ועד עכשיו". אלא שאחרי כל דרשות חז"ל ולימודיהם ואחרי הקבלה "מימות משה רבינו ועד עכשיו" נשאלת סוף סוף השאלה: למה בכל זאת אמרה התורה "עין תחת עין" וחזרה והדגישה "כאשר יתן מוס באדם כן ינתן בו", והוצרכה אחר כך ללמד בדרשות מיוחדות ובעל פה בהלכה למשה מסיני, שהכוונה היא על תשלום ממון, ולמה לא אמרה באופן ישיר מיד שישלם ממון?

וכאן אני בא לנקודה היסודית של מהות החיוב בנזקי אדם: החיוב בעצם וראשונה הוא באמת עין תחת עין ממש, אלא שהתורה עצמה החליפה את עין המזיק בתשלום ממון. והו פירוש הגמרא בבבא קמא (פג ב): "יכול סימא את עינו מסמא את עינו, קטע את ידו מקטע את ידו, שיבר את רגלו משבר את רגלו... הרי הוא אומר: 'לא תקחו כופר לנפש רוצח אשר הוא רשע למות', לנפש רוצח אי אתה לוקח כופר, אבל אתה לוקח כופר לראשי אברים שאין חוזרין". כלומר:

"סיני", כך נ.



החיוב הוא באמת לסמא את עינו של זה, לקטע את ידו ולשבר את רגלו, אלא ששוב אמרה התורה שתקחו כופר בעד ראשי האברים. התשלום הוא בגדר כופר בעד העין, היד והרגל של המזיק. והדברים מפורשים יותר ברמב"ם (שם, הלכה ג): "זה שנאמר בתורה: 'כאשר יתן מום באדם כן ינתן בו', אינו לחבול בזה כמו שחבל בחברו, אלא שהוא ראוי לחסרו אבר או לחבול בו כאשר עשה, ולפיכך משלם נזקו, והרי הוא אומר 'ולא תקחו כופר לנפש רוצח', לרוצח בלבד הוא שאין בו כופר, אבל לחסרון אברים או לחבלות יש בו כופר".

ועם יסוד זה נבין הלכה אחת בפסקי הרמב"ם, שכל המפרשים תמהו עליה. בחובל ומזיק (פ"ה, ה"ו) פוסק הרמב"ם, שמי שהודה בעצמו שחבל בחברו ולא היו שם עדים פטור מן הנזק וחייב רק בשבת ובושת וריפוי. תמהו עליו הראב"ד והמגיד משנה ושאר המפרשים: הרי נזק הוא ממון ולא קנס, שנאמר מודה בקנס פטור, ובבבא קמא (ד ב) אמרו בפירוש, שכל חמשה הדברים — נזק, צער, ריפוי, שבת ובושת — הם ממונא, ובממון הרי, אדרבה, הודאת בעל דין כמאה עדים. ועוד, שבכתובות (מא א) אמרו במשנה: האומר פתיתי את בתו של פלוני משלם בושת ופגם על פי עצמו, והרמב"ם עצמו (הל' נערה בתולה פ"ב, ה"ב) פסק כן, ופגם זהו נזק. לדברינו יתבארו הדברים יפה. מכיון שהחיוב של חובל בעצם הוא לא ממון אלא עין, ממילא לא שייך כאן כלל הגדר של הודאת בעל דין כמאה עדים. אין כאן בעל דין כלל! פירוש הדברים: האדם איננו בעל-הבית על גופו ועל איבריו, אינם שלו כלל ולא ניתנו לו מאת הקב"ה, אלא להשתמש בהם ('אדם לעמל יולד'), ולא יותר.

מנין לנו היסוד הזה מבחינה הלכותית?

העירנו לראשונה על יסוד זה לשונו של הרב בעל התניא בשו"ע שלו. שהאדם אסור לחבול בעצמו — מבואר במשנה וגמרא בב"ק (צ ב, וצא ב) ובפוסקים (רמב"ם חובל ומזיק פ"ה ה"א; טוש"ע חו"מ תכ, לא), אלא שבמקום שכל אותם המקורות כתוב ש"אינו רשאי" או ש"אסור", ניסח הרב דין זה בלשון זו: "אסור להכות את חברו אפילו הוא נותן לו רשות להכותו, כי אין לאדם רשות על גופו כלל להכותו". הביע הרב בנעימה דרך אגב, נקודה נפלאה: "אין לאדם רשות על גופו כלל"!

אך עיקר דינו של הרב, שהאיסור להכות את חברו הוא גם באופן כשנתן לו חברו רשות על כך, אינו מבואר בגמרא ופוסקים. מה שנאמר במשנה (שם צב א): "האומר סמא את עיני... על מנת לפטור חייב", אינו ענין לזה, כי שם הנידון הוא על חיוב התשלומין ולא על איסור הפעולה. ובמקום אחר, במאמרי על "משפט שיילוק לפי ההלכה" הבאתי ראיות לדברי הרב, והשגתי על שנים מגדולי האחרונים שלא כתבו כן, והוכחתי שהחזקה של שיילוק-אנטוניוס, לפי ההלכה הוא בטל ומבוטל מעיקרו, כי איבריו של האדם אינם ברשותו כלל ולא יוכל לעשות



בהם שום משא-ומתן, מלבד שיעבודים של מלאכה ועבודה, ואינם נתפסים במכירה ומתנה ומשכנתאות ואפותיקאות וכדומה.

וסברא זו, של הרב, שאין הגוף ברשותו של אדם כלל מבצבצת ועולה אף מלשון הרמב"ם (הל' רוצח פ"א, ה"ד): "ומוזהרין בית דין שלא ליקח כופר מן הרוצח, ואפילו נתן כל ממון שבעולם, ואפילו רצה גואל הדם לפוטרו, שאין נפשו של זה הנהרג קנין גואל הדם, אלא קנין הקב"ה". לא הסתפק הרמב"ם בזה שאין נפש הנהרג קנין גואל הדם, אלא הוסיף ביאור: "אלא קנין הקב"ה".

והרדב"ז בבאורו להרמב"ם (סנהדרין פ"ח, ה"ו) כתב: "ואפשר קצת טעם (על שאין הורגים ואין מלקים אדם על פי עצמו), לפי שאין נפשו של אדם קנינו אלא קנין הקב"ה, שנאמר: 'הנפשות לי הנה' (יחזקאל יח, ד), הילכך לא תועיל הודאתו בדבר שאינו שלו, ומלקות פלגא דמיתה היא, אבל ממונו הוא שלו, ומשום הכי אמרינן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, וכמו שאין אדם רשאי להודות על עצמו שעשה עבירה שחייב עליה מיתה, לפי שאין נפשו קנינו".

וכשתימצי לומר, יש להוציא יסוד זה אף מסוגיא בסנהדרין (עג א): מניין לרואה את חברו שהוא טובע בנהר או חיה גוררתו או לסטים באים עליו שהוא חייב להצילו? תלמוד לומר 'לא תעמוד על דם רעך'. שאלו: והא מהכא נפקא, מהתם נפקא: אבדת גופו מניין (וברש"י: "כגון נטבע בנהר מניין שאתה מצווה על השבתו")? תלמוד לומר: 'והשבותו לו'!! ותירצו מה שתירצו. ולכאורה אין הקושיא מובנת: אם נאמר שכל החיוב להציל את חברו, הוא רק מאותו הפסוק של השבת אבדה ('והשבותו לו') בלבד, הרי יצא לנו שאם הוא מאבד עצמו לדעת אין כל חיוב להצילו, שהרי כך הוא הדין באבידה מדעת, כמבואר בבבא מציעא (כה ב), ואם כן הרי אנו צריכים לפסוק 'לא תעמוד על דם רעך', ללמד שגם באופן כזה יש חיוב להצילו. וראיתי לאחד גדול, שבא מתוך כך למסקנא תמוהה ומוזרה, שבמאבד עצמו לדעת אין בו גם הלאו 'לא תעמוד על דם רעך'. ובודאי שישתקע הדבר ולא יאמר, וח"ו לומר שאם אחד השליך עצמו לנהר וכדומה, שהרואים לא יהיו מחוייבים להצילו. אבל באמת נראה הדבר להיפך, שאף העשה 'והשבותו לו' יש במאבד עצמו לדעת, לפי שכל המושג של אבידה מדעת לא שייך בחייו של אדם! ממונו של אדם הוא שלו וברשותו ויכול לאבדו מדעת, אבל נפשו וחיייו אינם שלו ("קנין של הקב"ה" כלשון הרמב"ם), ואין הוא הבעלים שלהם שיוכל לאבדם מדעתו וברצונו.

וייתכן שיש להוציא יסוד זה אף מלשון הכתוב. מה הלשון אומרת (בראשית ט, ה) "ואך את דמכם לנפשותיכם אדרוש"? הלשון דרישה במובן של תביעה לא מצינו בשום מקום על עבירות שבין אדם למקום. מצינו רק הלשון "פקודה". "פוקד עון אבות על בנים" (שמות לד, ז ועוד), "ואפקוד עונה עליה" (ויקרא יח, כה), "ותפקוד עלי עון האשה" (שמואל ב' ג, ח), ועוד. כמושג "דרישה" משתמשים במקרא על תביעת דבר של אחרים, אם ממון או נפש, כמו "עד דרוש אחיך אותו" בהשבת



אבדה (דברים כב, ב), "וּדְרַשְׁתִּי אֶת צִאֲנֵי מִידָם" (יחזקאל לד, י), "וגם דמו הנה נדרש" (בראשית מב, כב), וכאלה עוד. אם מאבד עצמו לדעת הוא עבירה בלבד, כאכילת מאכלות אסורות, למשל, וכיוצא, אין הלשון "דרישה" הולמת את הענין. סימן, שיש כאן פגיעה בדבר שאינו שלו, כשופך דמו של אחרים, אשר "דורש דמים אותם זכר" (תהלים ט, יג). ואף כאן הקב"ה תובע מן האדם את הדם והנפש שנמסרו לו והוא אבדם.

<sup>אוצר החכמה</sup> ומעתה, בצירוף שתי הנחות אלו: שהאדם אינו "בעל הבית" על עצם גופו ואבריו, ושהחיוב של חובל בחברו בעצם וראשונה הוא לחסר גופו של המזיק מאותו האבר שהחסיר לחברו, עין תחת עין ממש, בצירוף שתיים אלו יהיו מובנים היטב דברי הרמב"ם במה שפסק, שהמודה בעצמו שחבל בחברו ולא היו שם עדים פטור מן הנזק וחייב רק בשבת ובושת וריפוי בלבד. אין כאן הודאת בעל דין כלל, שנוכל לומר הודאת בעל דין כמאה עדים, כי הוא אינו בעל דין של העין, העין אינה שלו כלל, ולכן לא יוכל להתחייב בהודאת עצמו, וממילא פטור גם מן התשלום בממון, שאין הממון אלא כופר על העין, ואם אין עין אין כופר. וממילא מובן גם מה שבמפתח פסק שמתחייב בהודאת עצמו על פגם, שהוא נזק. חיוב הפגם הרי אינו בגדר של עין תחת עין, ותחילת חיובו הוא רק ממון, ונלמד בגמרא מפסוק מיוחד, ולכן שם הוא בעל דין על ממונו, ויוכל להתחייב בתורת הודאת בעל דין.

ולא כאן המקום להוסיף ולהרבות עוד דברים לביסוס הנקודה של מהות החיוב של נזקי אדם, כי לפנינו עוד הנקודה השנייה על סיבת החיוב של נזקי ממון. אלא שאם בנקודה הראשונה קבענו יסוד, הרי בנקודה השנייה לא נקבע יסודות, אלא נעמוד על שתי השקפות שונות שישנן בדבר:

ביסוד החיובי של הנזקין בכללם, היינו שהאדם חייב לשלם בעד הנזק שהדבר השייך לו מבחינה הקניינית הזיק לחברו, ושכא לידי ביטוי בארבעה אבות נזיקין השנויים במשנה הראשונה של סדר נזיקין, הם ותולדותיהם — ביסוד החיובי הזה יש להסתפק ספק עקרוני. לא מצינו ספק זה מפורש, כמות שהוא, בתלמוד וראשונים, אבל עוסקים בו הרבה בחוגי הישיבות הגדולות ובכמה מחיבוריהם של ראשי ישיבות שבדור האחרון. ומעניין: בחקירה זו עוסקים גם חוקרי המשפט העברי, הרחוקים מפלפולי הלכה של בית המדרש הישן, כמו גולאק, רב צעיר (צ'רנוביץ), ועוד. אנחנו נלד בעקבותיהם של בעלי ההלכה מבית המדרש הישן.

אין בדעתנו לקבוע כאן מסמרות ולברר באופן פסקני את הספק הנידון. כוונתנו רק לעמוד על צדדי הספק ועל מקורות בתלמוד וראשונים, עד כמה שאפשר לכוונם לצד זה או אחר של הדיון.

וזהו הספק: אם יסוד חיוב התשלומין הוא בשביל שהאדם לא שמר את המזיק שלו, או שברשותו, שלא יזיק, שכל אדם מחוייב לשמור את ממונו שלא יזיק לאחרים, וכשלא שמר הרי זו פשיעה מצד האדם, ובעד פשיעתו זו חייבתו תורה



לשלם; או שיסוד החיוב הוא לא מפני פשיעתו בשמירה, אלא מפני בעלותו על הדבר המזיק, שהאדם בעצם חייב לשלם בעד ממונו שהזיק, שכשם שהוא עצמו אם הזיק בגופו חייב לשלם, כך אמרה תורה שגם בעד ממונו חייב, אלא שאם שמר כראוי הוא פטור מפני שהוא בגדר אנוס, ואנוס רחמנא פטריה, או שאף אם לא נאמר שהפטור כששמר הוא בגדר אנוס, ונאמר שהתורה חייבתו בעד ממונו שהזיק בהגבלה ידועה, כשלא ישמרנו, ורק בתנאי זה חייבתו התורה, הרי סוף סוף עצם החיוב הוא לא משום שלא שמר אלא מפני שחייב בעצם על ממונו שהזיק. משל למה הדבר דומה? לאדם שהרג את הנפש באופן שנתכוין להרוג את זה והרג את זה. להסוברים שפטור, כלום נאמר שעיקר החיוב כשנתכוין אליו הוא בשביל הכוונה, הלא החיוב הוא בשביל שהרג אדם, וכמו שכתוב (שמות כא, יב): "מכה אדם ומת מות יומת", אלא שהגבילה תורה חיוב זה בתנאי שיתכוין אליו, ואף כאן עיקר החיוב הוא בשביל שממונו הזיק, אלא שהגבילה התורה חיוב זה בתנאי אם לא שמר אותו.

כשנתבונן כיצד פותחים שנים מפוסקי הלכות הראשונים את הלכות נזקי ממון שלהם נראה שינוי בלשונם, שינוי שנותן מקום לומר שבכך נחלקו. הרמב"ם והטור — הם השנים. זה לשון הרמב"ם בפרק א, הלכה א של נזקי ממון: "כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם שהזיקה, הבעלים חייבים לשלם, שהרי ממונם הזיק". ולשון הטור בריש נזקי ממון שלו (חור"מ, סימן שפט): "כשם שאסור לאדם שיזיק את חברו ואם הזיק חייב לשלם, כך צריך לשמור ממונו שלא יזיק ואם הזיק חייב לשלם". הרמב"ם הדגיש: "שהרי ממונם הזיק", והטור: "כך צריך לשמור ממונו שלא יזיק". אמנם, הטור השווה ממונו לאדם עצמו, ואמר כשם שאדם שהזיק חייב כך ממונו שהזיק. אבל כשנדקדק בלשונו נראה, שאין ההשוואה על חיוב התשלומין כשהוא לעצמו, אלא כשם שבאדם הוא אסור להזיק ואם הזיק חייב, כך בממונו צריך לשמרו ואם הזיק חייב. נקודת המוצא היא אפוא חיוב השמירה ואחר כך אם הזיק חייב לשלם.

וכבר אפשר היה לומר שהדבר תלוי בגירסת המשנה של "ארבעה אבות" (בבא קמא ב א). לפנינו הגירסא: "הצד השוה שבהן שדרכן להזיק ושמירתן עליך וכשהזיק חב המזיק לשלם". משמע, שחיוב השמירה הוא הגורם לחיוב התשלומין. וכן במשנה הבאה (ט ב): "כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו", וברש"י שם שני פירושים: א) "כל שנתחייבתי לשומרו... אם הזיק — הכשרתי וזימנתי אותו הזיק, שלא שמרתיו יפה"; ב) "הכשרתי את נזקו — עלי להכשיר ולתקן את נזקו, כלומר: אני חייב לשלם". לשני הפירושים נראה שסיבת אחריותו של האדם היא "שנתחייבתי לשומרו". אולם גירסת הרי"ף והרא"ש במשנה הראשונה היא: "הצד השוה... וממונך ושמירתך עליך". משמע, שקובע מה שהמזיק הוא ממוןך. אמנם "ושמירתך עליך", אבל חיוב שמירה זה ייתכן שהוא תנאי והגבלה בחיוב, אבל נקודת המוצא של החיוב הוא: "ממונך". לפי זה אף מן המשנה של "כל שחבתי



בשמירתו" לא תהיה סתירה. אף שם ייתכן לומר, שלא תלו הדבר בחיוב שמירתו אלא שלא יהיה אנוס בדבר, לצד הראשון שאמרנו למעלה שהפטור בשמירתו שהוא כאנוס, או שתלוי ב"חבתי בשמירתו" בנוגע לתנאי ההגבלה, כאמור למעלה, אבל לא לעיקר חיוב התשלומין, שזה נובע מזכות הבעלות שיש לו על ממונו. אלא שבנמוקי יוסף על הרי"ף במשנה הראשונה כתב לפרש בזה הלשון: "ושמירתן עליך, שנתחייבת בשמירתן מחמת שהם ממונך או שנמסרות לך לשמרן או שעשית בהם מעשה שחייבך בשמירתן". הרי, שאפילו לגירסת הרי"ף הוא מדגיש את חיוב השמירה ליסוד החיוב של התשלומין, אלא שמפרש, "שנתחייבת בשמירתן מחמת שהם ממונך", כלומר: "ממונך" משמש סיבה לחיוב השמירה, שאין אדם חייב לשמור דבר שאינו שלו, אלא אם כן נמסר לו הדבר לשמירה, ולכן אמר שלשה אופנים שחייב בשמירתן: מחמת שהם ממונך, או שנמסרו לך לשמרן או שעשית בהם מעשה שחייבך בשמירתן, וכוונתו לבור שחפר ברשות הרבים, ואם כן על כל פנים חיוב השמירה הוא הגורם ל"כשהזיק חב המזיק לשלם".

אולם לפי זה יהיו דברי הנימוקי יוסף כאן סותרים את דבריו במקום אחר, באותה מסכת. בריש פרק ו מבואר בגמרא ששמירת השור מנוקין של שן ורגל היא כשמירתו של שומר חנם – בשמירה פחותה, בנעילת הדלת באופן שיכולה לעמוד ברוח מצויה, אף שאינה יכולה לעמוד ברוח שאינה מצויה. ואמרו, שאם נפלה בהמתו לגינה על ידי כך שחברותיה דחפוה, סובר רב כהנא שחייב לשלם, פשיעה היא, שהיה לו להעבירן אחת אחת. והקשה בנמוקי יוסף שם, הלא בבבא מציעא (צג ב) מבואר, ששומר חנם שהעביר את בהמותיו שניתנו לו לשמירה על גשר ודחפה אחת לחברתה ונפלה במים פטור, ודוקא בשומר שכר אומרים שם שחייב, מפני שלכך נתנו לו שכר כדי שיטרח יותר והיה לו להעבירם אחת אחת, הרי שבשומר חנם אין אומרים היה לו להעבירם אחת אחת. ראשונים אחרים סוברים, שבאמת מחלוקת אמוראים היא ומי שמחייב כאן מחייב גם בשומר חנם, אבל הנמוקי יוסף כתב שם בשם הרא"ה: "אף על גב דשומר חנם פטור בשלא שמר כלל, היכא שדרך בני אדם לעשות כן בשלהם, כיון דלאו אורחא דעלמא בשלהם לאעבורי חדא חדא, מכל מקום גבי נזקין, אף על גב דנטר כדנטרי אינשי, כיון שבאותה שעה אינן שמורות כלל הרי הוא חייב על נזקיהן". אנו רואים אפוא, שפשיעה בשמירה אין כאן, שהרי "נטר כדנטרי אינשי", ושומר חנם פטור באופן כזה, אף על פי שעל פשיעה בשמירה גם שומר חנם חייב, ובכל זאת בנזקין הוא חייב, ובעל כרחנו שהחיוב הוא מפני שממונו על כל פנים הזיק, אלא שאם היו שמורות היה פטור משום אנוס, אבל "כיון שבאותה שעה אינן שמורות כלל", הרי איננו אנוס, וחייב אף שלא פשע.

ונחלקו בדברי "נימוקי יוסף" הללו הנהו תרי גיסי, הרמ"מ אפשטיין ז"ל ב"לבוש מרדכי" לבבא קמא והרא"ז מלצר ז"ל ב"אבן האזל" על הרמב"ם.





ב"לבוש מרדכי" הוכיח מכאן, שהחיוב הוא משום ממונו ולא משום חיוב השמירה. וב"אבן האזל" כותב, שראה שמביאים ראיה זו מהנמוקי יוסף ודוחה. תמצית דחייתו, בתוספת ביאור, הוא: עד כאן לא השוו שמירת נזקין לשמירת שומר חנם אלא בנוגע לאיכות השמירה. שמירה פחותה המועילה לאופן רגיל, אף על פי שאינה מועילה למקרה שאינו מצוי — בלשון הגמרא: דלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה ואינה יכולה לעמוד ברוח שאינה מצויה — זוהי השמירה המספיקה גם לשומר חנם וגם לנזקין. אבל בנוגע לחיוב השמירה, מעולם לא השוו כלל נזקין לשומר חנם. חיוב השמירה של שומר חנם הוא מפני שהוא עצמו קיבל עליו, ולא קיבל עליו לשמור אלא בזמן שדרכו לשמור את שלו, אבל בזמן שאין דרך בני אדם לשמור, וגם שלו אינו שומר, מעולם לא קיבל עליו לשמור את של חברו. אבל נזקין, התורה היא שתייבתו לשמור, ואינו תלוי בקבלתו כלל, וחייב לשמור אף כשאין דרך בני אדם לשמור, כל שלענין זה אינן שמורות, שדוחקות זו את זו. ויש מקום לומר, שהדבר תלוי במחלוקת רש"י ותוספות בב"ק (כב א). הרי שהדליק אדם אש בגחלת שאינה שלו, והאש נתפשטה והזיקה ממון של חברו, מה דינו של המדליק בחיוב תשלומין? השאלה היא לפי ריש לקיש הסובר אשו משום ממונו, כלומר: אין המדליק נחשב כמזיק בידים, כזורק חץ, כדעת הרי"ף ורוב החכמים הסוברים אשו משום חציו, אלא כממונו שהזיק, וגחלת זו שאינה שלו אם חייב עליה או לא? רש"י (שם ד"ה "משום") כתב: "שהדליק בגחלת שאינה שלו... לריש לקיש פטור דלאו ממונו הוא", והתוספות (שם ד"ה "אשו") חולקים וסוברים אפילו הדליק באש של אחר חייב. ייתכן, שלדעת רש"י עיקר חיוב התשלומין הוא משום הבעלות שיש לו על ממונו, ואין השמירה באה לחייב אלא לפטור, שאם שמר נפטר מתשלומין, ולכן באש שאינה שלו והוא אינו בעליה פטור, ולדעת התוספות החיוב הוא מפני שלא שמר, וכל שהדבר הוא ברשותו עליו החיוב לשמור, ואף זה שהדליק באש של אחר, אף על פי שאין אש זו ממונו, מכל מקום חייב בשמירתה, שהוא הדליק והאש ברשותו, ולכן חייב לשלם.

כיוצא בדבר נחלקו רש"י ותוס' בכלב שנטל אש של אחר והדליק את הגדיש, שלרש"י אין בעל הכלב חייב, ו"האי אש לאו ממונו דבעל כלב הוא" שאמרו בגמרא הוא כפשוטו, שאין האש שלו, והתוס' לשיטתם שאף על אש של אחר חייב, הוצרכו לפרש ש"על אש של כלבו לא חייבתו תורה", ואף על פי שבכור הוצרכנו ללימוד מיוחד: "כי יכרה איש בור" ולא שור בור, מכל מקום ידעה הגמרא שיש איזו דרשה לפטור על אש של בהמתו. ובשיטה מקובצת שם בשם תלמיד הר' פרץ כתב: "שנאמר 'כי יבער איש', ולא שורו וכלבו". והדבר תמוה, כי פסוק כזה 'כי יבער איש' אין כלל באש. על כל פנים שוב אותו היסוד: לרש"י מה שהוא ממונו קובע, ולתוס' חיוב השמירה הוא הקובע.

מצינו, אמנם, מזיק בדבר שאינו שלו וחייב לדברי הכל, והוא בור ברשות הרבים, שלא הרשות שלו ולא הבור שלו. ואם נאמר שעל ממונו אינו חייב אלא



בדבר שהוא שלו, למה חייב על בור ברשות הרבים? ואם נאמר שכיון שהוא עשה את התקלה הרי זה נחשב כממונו, אם כן אף באש של אחר יקרא משום זה ממונו? אבל באמת שם הרי אמרו: שני דברים אינם ברשותו של אדם ועשאם הכתוב כאילו הן ברשותו, ואלו הן בור ברשות הרבים וחמץ בפסח. הרי שגזירת הכתוב הוא, ודין מיוחד בבור. וכמו שכתבו התוספות לשיטתם לענין "איש בור" ולא שור בור, שאין ללמוד אש מבור לפטור אש של כלבו, אלא שדרשה מיוחדת באש היתה לבעלי הגמרא, כך אין ללמוד מבור שיקרא ממונו למי שעשה תקלה. וראיתי לאחד מגדולי ראשי הישיבות, ר' שמעון שקופ ז"ל, שהוא מן הסוברים שהחיוב הוא מפני שממונו הזיק, ולא בשביל שלא שמר, וכתב שבבור שחייבתו תורה הרי זה גם כן על מה שהמזיק שלו הזיק, שלפי "שהוא הכין את המזיק על ידי זה נקרא הבעלים עליו", והסביר: "כמו שבדברים שנוגעים לזכות האדם מוסכם על פי דיני התורה ודיני העמים שכל מי שממציא דבר חדש בעולם הוא הבעלים עליו לכל דבר זכות, כמו כן קראה התורה לאיש המכין תקלה בשם בעל הבור ובעל האש וחייבה בנזקין את בעל המזיק". ואיני יודע למה הוזקק כאן ל"זכות המצאה", וכי גם בחמץ בפסח יש מין "פאטנט" כזה שבשבילו נחשב החמץ לשלו? הרי אין זה אלא גזירת הכתוב בשני אלה, בור ברשות הרבים וחמץ בפסח, שאף על פי שאינם שלו החשיבה התורה כאילו הם שלו לענין שיתחייב עליהם, בבור בתשלומין ובחמץ בלאו של כל יראה וכל ימצא.

ונקודה חדשה בבור. ייתכן, שדוקא בבור ובשור — חיוב קרן שבשור — החיוב הוא לא משום ממונו, אלא מצד חיוב שמירה ופשיעה בשמירה, ולא בנזקין אחרים. חידש סברא זו ר"ח אלבק בפירושו למשנה. ושתי ראיות לו: אי בעית אימא קרא ואיבעית אימא גמרא. קרא, שכן בשני אלה מפורש בתורה ענין השמירה. בשור: "או נודע כי שור נגח הוא וגו' ולא ישמרנו בעליו שלם ישלם", ובבור: "וכי יפתח איש בור וגו' ולא יכסנו" וגו', וכיסויו הוא שמירתו. וגמרא, שכן אמרו בירושלמי על המשנה "כל שחבתי בשמירתו": "תני ר' חייא, זה השור והבור", וכן בתוספתא. בבבלי פירשו הברייתא בשור ובור שמסרם לחרש שוטה וקטן, ובזה הוא שיש חילוק בין שור ובור לאש, מטעמים שאמרו שם בגמרא, אבל הוא מפרש כפשוטו: בשור ובור בלבד החיוב הוא משום שמירה. ולא באש ושן ורגל, שהחיוב הוא משום ממונו, אלא שבאש הוא משום חציו, כר' יוחנן בבבלי, והוא אדם המזיק בגופו, ובשן ורגל כתוב "ושלח", וחיובו כאילו הוא עצמו שילח. ואמנם ניתנו הדברים להיאמר לפי הירושלמי, אף על פי שמפרשי התוספתא והירושלמי לא פירשו כן, אבל אין זו שיטת הבבלי בפירוש המשנה והברייתא.

ובדברי אחד הראשונים, הרמב"ן, יש לראות שתי ההשקפות, אם חיוב התשלומין בממונו שהזיק הוא משום חיוב השמירה, או משום הבעלות על ממונו. הרמב"ן בסוף בבא בתרא הקשה על אותה ששנינו: מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמש אמה, מפני שהשרשים המתפשטים מן האילן מקלקלים את הבור,





ור' יוסי אומר: זה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו, והלכה כר' יוסי. ושאל הרמב"ן: הרי השרשים הם ממונו של בעל האילן ויתחייב לשלם משום ממונו שהזיק, כמו שור שלא נעל בפניו (והשאלה היא אף לדעת המחייבים להרחיק, שאינו אלא בתורת הרחקת נזיקין, אבל בתשלומין פטור, שגרמא בנזיקין פטור מלשלם אבל אסור לעשותו). והשיב הרמב"ן שתי תשובות. לראשונה אמר, שאינו דומה לשור שמזיק בגופו או בכחו, אבל השרשים "ממילא קא אתו ונולד הוא ופטור, שאין שמירתן עליו". והדברים בלתי מובנים לכאורה, ואם נולד הוא מה בכך, וכי בשביל זה אין השרשים ממונו? והוא עצמו כתב שם: "פטור אף על גב דממונו הוא", ואם כן מה לנו מתי נעשו ממונו, בתחילה או אחר כך? אבל אם נאמר שאין החיוב כלל משום ממונו שהזיק, אלא משום פשיעה בשמירה, יובנו הדברים, וסברת הרמב"ן היא שכל המושג של שמירה נופל רק על דבר שישנו בעולם, ועל דבר שלא בא לעולם לא שייך שמירה, ולכן גוף האילן וכן השרשים שכבר נתפשטו ועדיין לא הגיעו לכדי נזק הבור, הם הרי לא הזיקו ולא יזיקו, ומי הם המזיקים — אלה שעדיין לא נתפשטו ואינם בעולם, וכשיתפשטו גם הם יגיעו לבור הרי כבר הזיקו, ולכן לא שייך שמירה עליהם, כי קודם שהזיקו אינם בעולם ואחרי כן כבר הזיקו. אלא שיש שם ברמב"ן תירוץ אחר על קושייתו: מכיון שהשרשים הם שמזיקים ואינו רואה אותם לא היה יכול לנעול בפניהם והרי זה דומה לנפרצה הדלת בלילה בפני השור, שפטור. לסברא זו יש לומר, שהחיוב הוא משום ממונו שהזיק, אלא שכשם שנפרצה בלילה פטור מפני שאנוס הוא, כך השרשים כיון שאינו רואה אותם הרי הוא כאנוס, שלא היה יכול לשמור עליהם. ובכן שני התירוצים של הרמב"ן מתאימים לשתי הסברות, אם חיוב התשלומין הוא על הפשיעה בשמירה או משום ממונו שהזיק.

יש ויש עוד להרבות דברים ולכוין כמה מקורות בתלמוד וראשונים לצד זה או זה של הספק, אלא שאין כאן המקום להאריך.

ותרשוני לסיים הדברים בהעברת נקודה זו של "שמירתן עליך" מהלכה לאגדה. השמירה המתאימה מנזקי אדם היא התורה. בברכות (ה א) אמרו: "כל הקורא קריאת שמע על מטתו מזיקים בדלים הימנו, שנאמר: 'ובני רשף יגביהו ענף', ואין ענף אלא תורה" וכו'. ואף על פי שהפירוש הפשוט הוא שהמזיקים בדלים מהאדם, שהם, המזיקים, לא יזיקו אותו, אבל במובן שני ניתנו הדברים להתפרש, שהאדם כשאנוס עוסק בתורה יש לו הרבה כוחות מזיקים שבהם הוא מזיק את חברו, ועל ידי התורה המזיקים בדלים הימנו, שנבדלים ונפרשים ממנו כוחות המזיקים, שלא יזיק הוא עצמו את האחרים.

ארבעה אבות הנזיקים ישנם באדם גופו. השור, שור נגח, גדרו בגמרא הוא כוונתו להזיק, ויש לך אדם שבמתכוין ובמזיד הוא מזיק את אחרים, נזק לשם נזק. גדרו של שן בגמרא הוא שיש הנאה להזיקה וכך יש אדם שבמתכוין לא ילך



להזיק לשם נזק, אלא שבמקום שהדבר נוגע להנאתו הפרטית הוא עלול לשבר ולמגר ולהזיק ובלבד למלא הנאתו. ורגל גדרה שמזיקה דרך הילוכה, וייתכן שאדם המזיק בתורת רגל הוא גרוע יותר. אינו מתכוין להזיק ואף אין הנאה להזיקו, אלא שהולך לפי דרכו ואינו מתעניין כלל לדעת אם בדרך הילוכו הוא פוגע במי שהוא. כל כך אין בני אדם נחשבים אצלו למאומה עד שאינו חושב עליהם כלל ואינם תופסים אצלו שום מקום, ואם עבר ורמס וטרף ואין מציל. אש מרמזת על רתיחות הדמים ואש זרה של הגוף ורציחה וכיוצא, והבור גורם במעשיו שעל ידי כך יכשלו וינזקו אחרים, "כי יפתח איש בור" "וכי יכרה איש בור", וכך בכל מעשיו ופעולותיו אינו נזהר מליצור אבני נגף וצורי מכשול לאחרים, בחינת אבנו, סכינו ומשאו שהניחן ברשות הרבים.

וזה לעומת זה. יש בתורה ענין של שור, כמו שאמרו: לעולם ישים אדם עצמו כשור לעול לתורה (עבודה זרה, ה ב), וכן אמרו: ספי ליה כתורא (כתובות, ג א). וקבלת עול תורה של גדר השור שומר את האדם שלא יהיה למזיק בשור לכל גדריו: קרן, שן, ורגל. אף השן של קדושה, האכילה של מצוה, האכילות שבכותן מקיימים מעשים טובים, שומרות בפני נזקי השן של הנאות ותאוות אסורות. וכן הרגל של מצוה, הרגל של "ההולכים בתורת ה'" (תהלים קיט, א) ושל "ואשיבה רגלי אל עדותיך" (תהלים קיט, נט), שומרת בפני הרגל המזיקה בדרך הילוכה. אף האש של "מימינו אש דת למו" (דברים לג, ב) היא "אש אוכלת אש", אש זו של מעלה שורפת ומכלה את האש זרה של רתיחות הדמים. ובבור כתוב: "והבור ריק אין בו מים" (בראשית לז, כד) ואמרו: מים אין בו, אבל נחשים ועקרבים יש בו (עי' רש"י). והרי זה כלל גדול: כשאינ מים, מי התורה, ככתוב: "הוי כל צמא לכו למים" (ישעיהו נה, א), אז נחשים ועקרבים יש בו. וכשהבור אינו ריק, אלא יש בו תורה, בטוחים אנו בו ואין שם נחשים ועקרבים. מי שיש בו תורה לעולם לא ישוך ולא יזיק למי שהוא. מי שלומד הלכות חובל ומזיק לעולם לא יהיה לא חובל ולא מזיק. צאו וראו מי ומי הם "בני הטובים" ושאנם כל כך טובים שעוסקים בחבלות ונזיקין ותיוכחו שאף אחד מהם אינו חניך בתי האולפנא ללימוד תורה. אם "ושמירתן עליך" הרי התורה היא השמירה, ככתוב "ושמרתם ועשיתם" (דברים ד, ו), ופירש רש"י: "ושמרתם" זו משנה". וכן אמרו בקדושין (יז א): "'אשר תשמרון', זו משנה". ושמירתן עליך!