

הגדרת אש ויסודות החיוב בנוקי ממון

גלעד וסרמן

מבוא

אנו יודעים, כי האדם מתחייב על נזקי שורו, בורו ואשו. אבל, צריך להבין, מה מוגדר כ'שורו' או 'בורו' של האדם? בלשון אחרת – מה מקשר בין האדם לבין הנזק? למשל, למה האדם מקושר לבורו שהזיק – במה הבור הזה שונה מבור שמישהו אחר חפר – מה הנקודה שמבדילה בין שני הבורות האלה? בשאלה זו יש לדון גם ביחס לנזקי האש ולנזקי השור.

האחרונים הרבו לדון בשאלה זו ביחס לאב 'בור', לגביו נראה שכבר התנאים נחלקו ביסודות המקשרים את האדם אליו. אנו נדון בקצרה בשאלה זו לגבי כל אבות הנזיקין, אך נרחיב את דיוננו באב 'אש' לאור חוסר הבהירות שניתקל בה באב זה.

יש להדגיש, ששאלה זו היא שאלה נפרדת משאלת 'יסוד החיוב בנוקי ממון', בה חקרו האחרונים (ר' שמעון שקופ סימן א, חידושי ר' שמואל סימן א ועוד רבים מהאחרונים). האחרונים הנ"ל דנו בהנחה שכבר ישנה זיקה לחפץ, מה מחייב בתשלומים ממוניים – האם מה שמחייב הוא הפשיעה בשמירה או האחריות (ה'זיקה') גרידא. כאן, אנחנו מנסים לברר מה יוצר את הזיקה הזאת לחפץ, את עצם החובה לשמור או את עצם האחריות. כלומר, אם ננקוט את הצד שפשיעה בשמירה היא המחייבת בתשלומים, אנו מנסים להבין למה בכלל לאיש פלוני יש חובת שמירה. על הצד שהמחייב הוא ה'אחריות', אנו דנים מה יוצר את האחריות הזאת דווקא כלפי איש פלוני.

א. מקור הקישור לנזקי ממון בתורה

מבוא

באופן פשוט אדם לא מתחייב בתשלום (בדיני אדם) על דברים שהוא לא עשה באופן ישיר, למשל: הלוואות שאביו לקח ואין לו להחזיר, אי-מניעת נזקים (טבעיים) שיכל

למנוע, ונזקים עקיפים שגרם להם ('גרמא'). אם כך, מה היסוד המחייב לכל 'נזקי ממון', מה בכלל הופך את הנזקים לקשורים אליו?

אפשר ללכת בשני מסלולים: א. הרחבת התחום שנכלל ב'מעשי האדם'. ב. הרחבת תחום האחריות של האדם.

במסלול הראשון, של הרחבת תחום 'מעשי האדם', החידוש של התורה יהיה שדבר מסוים ייחשב גם הוא כמעשה ישיר של האדם. הדבר יגרוור חיוב יסודי יותר ואולי אף חמור יותר (ב'אדם המזיק' יש חיוב גם בארבעה דברים: שבת, רפואה, צער ובושת), אך מצד שני מסתבר שלא יחול אם לא היה בפועל מעשה ממשי ואקטיבי מצד האדם¹. בנוסף, אדם לא יוכל לסחור באחריות הנובעת ישירות ממעשיו, אפילו לא לרשת מעשה מאביו (אפילו חיובים שכבר חלו על אביו הוא לא יורש, הגבייה היא רק מנכסי אביו).

במסלול השני, של הרחבת תחום האחריות של האדם, התורה בעצם מחדשת סיבות חיוב חדשות שלא קשורות ל'אדם המזיק', הלוואה, ערבות או כל חיוב ממוני אחר שאנחנו מכירים. פה אפשר לחדש גם חיובים שלא נובעים ממעשים אקטיביים של האדם, ואפילו שלא נובעים כלל מפשיעה. תיאורטית היה אפשר לחדש שכל פעם שכד נשבר (גם אם הוא נשבר מהרוח) האדם הקרוב ביותר (או הגבוה ביותר, או כל קריטריון שרירותי אחר²) יהיה חייב בתשלום. כמובן שגם מעשים אקטיביים של האדם יוכלו להוות קריטריון לקישור שלו לחפץ המזיק.

מכיוון שלא מצינו חיוב בארבעה דברים בשום נזקי ממון (פרט ל'אש' לחלק מהדעות) ברור שהחיוב בהן נובע מהדרך השנייה – סיבת החיוב איננה היות הנזק תוצאה ישירה של מעשה האדם, וממילא צריך להבין לפי אילו קריטריונים נחייב אדם מסוים (אף על פי שהנזק לא נוצר ישירות ממעשיו). מסתבר שכיוון שהחיובים בנזקי ממון הם חידוש ו'אין לך בו אלא חידושו' נצטרך למצוא מקור בתורה עצמה לקישור שבין אדם מסוים לנזק שהוא חייב עליו מבלי שהזיק אותו בידיים.

נעבור על אבות הנזיקין השונים ונפרט את האפשרויות להיקשר אליהם ונראה את מקורותיהם בפסוקים.

¹ אמנם האבני נזר (אורח חיים תקג, ח) כתב שאפשר לייחס לאדם פעולה כאילו עשה בידיים גם אם לא עשה כלל דבר אקטיבי בפשיעתו עיינו שם.

² כדוגמה לקריטריון שרירותי נציין את ההוה אמינא של הגמרא (לט, ב), שבכל פעם ששור של חרש שוטה או קטן יזיק – רבי יעקב הוא זה שיהיה חייב בתשלומי חצי נזק.

א.1. בור

האב הראשון שאינו אדם המחייב תשלומי ממון הוא 'בור':

וכי יפתח איש בור או כי יכרה איש בר ולא יכסנו ונפל שמה שור או חמור: בעל הבור ישלם כסף ישיב לבעליו והמת יהיה לו:

(שמות כא, לג-לד)

קל לראות שיש פה שני קישורים שונים שנעשים בין האדם לבין הבור: מצד אחד "וכי יפתח [...] או כי יכרה" העוסק בפעולה שיוצרת את המזיק, לעומת "בעל הבור" שעוסק בזיקה קניינית. אמנם יש מחלוקת ביחס לפירוש כל אחד מהביטויים, אך להלכה (דעת ר' עקיבא לפי פירוש רבה) כך אכן מוסבר בגמרא:

אמר רבה: בבור ברה"ר – כ"ע לא פליגי דמיחייב, מ"ט? אמר קרא: כי יפתח וכי יכרה, אם על פתיחה חייב, על כרייה לא כל שכן! אלא, שעל עסקי פתיחה ועל עסקי כרייה באה לו [רש"י]: שאין לו חלק בו אלא שכרהו או שפתחו דהיינו ברשות הרבים שאין הקרקע שלו³ [...] ר"ע סבר: בור ברשותו נמי חייב, דכתיב: בעל הבור, בבור דאית ליה בעלים קאמר רחמנא.

(בבא קמא מט, ב-ג, א)

כלומר, אדם יכול להתחייב באותה המידה, בין על בורות שבבעלותו ובין על בורות שהוא חפר. אמנם מצינו בדברי הרמב"ן שיש הבדל בחיובים כתלות בשאלה האם הקישור לבור נובע מ'בעלות' או מ'כרייה'.

הרמב"ן עוסק בעניין חיוב בנוק הנגרם מהתקלות בבור, כלומר הבור "דחף" את האדם והוא נפל, אך המכה בפועל קרתה מהתנגשות בקרקע שאינה חלק מהבור. כך כותב הרמב"ן:

ואני אומר שלא חייבו הדוחף אלא בממונו כגון אבנו שלא הפקירה שהוא חייב על הדחיפה כשור אבל בור שהפקירו אינו חייב על הדחיפה כיון שלא הוזק

³ בהמשך נדון האם מעשה הכרייה צריך להיות דווקא באיסור.

אלא בקרקע עולם ולא חייבתו תורה אלא בהבלא דכתיב ונפל עד שיפול דרך
נפילה ובבור ברשותו הא מודה רב.

(מלחמת ה' כג, ב)

נראה שאין להבין את דבריו בצורה קיצונית, שיש כאן שתי הלכות שונות לגבי שני סוגי
בורות שונים (כלומר שני אבות שונים), והקישור השונה לבור הוא למעשה מגדיר שני
סוגי בורות. נראה שהדיון הוא אילו נזקים מיוחסים למזיק בעקבות כל סוג של זיקה
לבור. כלומר, מה שהסברנו שיסוד החיוב (בעלות/ כרייה) הוא המקשר בין האדם
ל'מזיק' צריך להתנסח בצורה אחרת:

יסוד החיוב מקשר בין האדם לבין נזקים מסוימים. לדעת הרמב"ן, ביסוד חיוב של
'בעלות' בבור האדם נקשר לכל הנזקים הנגרמים בעקבות החפץ שבבעלותו, וביסוד
חיוב של 'כרייה' בבור האדם נקשר רק לנזקים הקורים בפועל על ידי החפץ המזיק שיצר.

א.2. קרן

האב הבא המופיע בתורה הוא 'קרן':

וכי יגף שור איש את שור רעהו ומת ומכרו את השור החי וחצו את כספו וגם
את המת יחצון: או נודע כי שור נגח הוא מתמול שלשם ולא ישמרנו בעליו
שלם ישלם שור תחת השור והמת יהיה לו:

(שמות כא, לה-לו)

כאן מופיעים גם הביטוי "שור איש" וגם הביטוי "בעליו" המצביעים על בעלות, אך אין
שום התייחסות בפסוקים לפעולה של אדם מסוים המקשרת אותו לנזק. ההתייחסויות
היחידות לפעולות אנושיות עוסקות בתשלום ובחלוקת השור. גם המילים "ולא ישמרנו"
מלמדות על חובת שמירה לאדם מסוים שכבר מקושר לשור המועד מכוח בעלותו. לא
הפשיעה וההתרשלות הן היוצרות את זיקת האדם לנזק (כי אז היה אפשר לשאול – למה
דווקא על אדם זה יש חובת שמירה ואיסור להתרשל) אלא עצם הבעלות⁴. לא כך הדבר
בכל אבות הנזיקין הקיימים בשור, נדון בכך לאחר העיון באבות שן ורגל.

⁴ כך הבין הגר"ד סולובייצ'יק מהמילים "שור איש" (רשימות שיעורים נו, ב). אין בזה סתירה לאמירת
האחרונים שאין לדרוש: "כי יגוף – ולא שיגיפוהו" (עיין ערוך השולחן חושן משפט שצה, א; ולבוש מרדכי ב, ז),

א.3. שן ורגל

את אבות הנזיקין שן ורגל לומדים חכמים בגמרא (ב, ב-ג, א) מהפסוק:

כי יבער איש שדה או כרם ושלח את בעירה (קרי: בעירו) ובער בשדה אחר
מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם:

(שמות כב, ד)

אמנם הביטוי היחיד שמקשר את נזקי השן והרגל לבעלים של הבהמה הוא המילה 'בעירה' המכילה כינוי שייכות – הַבְּעִיר (הבהמה) שלו – אך ברור שביטוי זה מספיק ללימוד זיקה לנזק ואחריות על בעל הבהמה. כך למדו התוספות (נו, ב ד"ה המעמיד) והאור החיים הקדוש (שמות כב, ד). אך עוד דרך להיקשר לנזקי השן והרגל היא על ידי פעולה של אדם המקרבת למימוש את נזקי הבהמה, דרך זו נובעת מהמילים "כי יבער איש" וכן "ושלח"⁵. וכך מפרש אור החיים הקדוש את הפסוק:

יתבאר על דרך מה שאמרו בהכונס (ב"ק נ"ו ב) אמר רב המעמיד בהמת חברו על קמת חברו וכו' חייב, ואמרו שם אפילו קם לה באפה ואפילו הכישה חייב⁶, והוא אומרו כי יבער איש פירוש אפילו אם [אין] הבעיר שלו.

(אור החיים שם)

ברור כי הצעה זו לפירוש הפסוק מבוססת רק על ההבנה שה'מעמיד' חייב מטעם שן ורגל (כדעת התוספות נו, ב ד"ה המעמיד)⁷. משהגענו לכך, וראינו כי אפשר להיקשר למעשי הנזק של הבהמה על ידי עשיית מעשה שמקרב את הנזק⁸, יש לשאול מדוע הדבר לא כך באב 'קרן', מדוע אפשר להיקשר לנזקי הקרן של הבהמה רק על ידי בעלות (מעבר ל'גזירת הכתוב')? הגר"ד סולובייצ'יק מציע הסבר:

"ל שעשיית המזיק שייכת רק במזיק שדרכו להזיק תמיד כמו המזיקים של אש⁹
בור שן ורגל. ואילו קרן תם משונה ואין דרכו להזיק. ואפילו מועד אין דרכו

כלומר שיש חיוב גם כאשר אדם אחר "משסה" את הבהמה. האחרונים מסבירים למה אין פטור מתשלומים לבעלים, לא שהמשסה חייב (עיין בגמרא כד, ב שברור שהמשסה פטור).

⁵ גם המילה "ובער" יכולה להתפרש כפעולת האדם, עיין תוספות (נה, ב) ד"ה עד דעביד כעין וביער. כלומר, אפילו אם לא היה מעשה קנייני כדוגמת משיכה ושינוי רשות ההופך את האדם לגזלן.

⁷ אמנם הרשב"א (נו, ב ד"ה המעמיד) לא פירש כן, אך לא נעסוק בשיטתו במאמר זה וכנראה שהוא יפרש את הפסוק אחרת ואין בזה קושייה על דברנו (שהרי כבר בתנאים הייתה מחלוקת בהבנת הפסוק של בור).

⁸ לרמ"ם וודאות של "ברי הזיקא" (כך יוצא מתוספות נו, ב ד"ה המעמיד).

⁹ לגבי היקשרות לאב אש נראה מחלוקת לקמן.

להזיק תמיד כמו שאר המזיקים אך אם הזיק אינו משונה כתם. משו"ה [= משום הכי ג.ו.] לא חל המחייב של עשיית המזיק בקרן כי אינו חפצא של מזיק גמור כשאר המזיקים, והמחייב של עשיית המזיק חל רק כשעושה חפצא של מזיק גמור שדרכו להזיק תמיד דהיינו שאר המזיקים ולא בקרן שאין דרכו להזיק תמיד ובכך אינו חפצא של מזיק גמור.

(רשימות שיעורים נו, ב)

א.א. 4. אש

ביחס לאב האחרון, האש, יש מבוכה רבה אם מנסים ללכת על פי דרכנו בהבנת הפסוקים:

כי תצא אש ומצאה קצים ונאכל גדיש או הקמה או השדה שלם ישלם המבער את הבערה:

(שמות כב, ה)

בפשט הפסוק לא מופיע שום קישור על ידי בעלות, רק על ידי מעשה האדם. אך לכאורה, בניגוד לאבות הקודמים, אין מעשה האדם מקשר אותו לחפץ שלאחר מכן יזיק (כמו הקישור לבור שאחר כך ייפלו בו, או לבהמה שאחר כך תזיק) אלא הקישור הוא ישיר לנזק עצמו ומעשה ההזיק ("הבערה") מיוחס לאדם. לכן, לכאורה יהיה זה 'נזק אדם' ולא נזק ממון, שכן אין דבר ממוני שעליו הבעלים אחראי. לא פלא שהגמרא דורשת:

כי תצא אש ומצאה קוצים – תצא מעצמה, שלם ישלם המבעיר את הבערה [...] פתח הכתוב בנזקי ממונו וסיים בנזקי גופו, לומר לך: אשו משום חציו.

(בבא קמא ס, ב)

וכמו שפירש רש"י:

פתח הכתוב בנזקי – שהזיק ממונו דכתיב כי תצא משמע מעצמה¹⁰ [...].

וסיים בנזקי גופו – שקראו מבעיר בידים.

¹⁰ כלומר הפעולה המובילה לנזק מיוחסת ל'אש' ולא לאדם, ורק על סמך מילים אלו האב היה אמור להיכנס תחת 'נזקי ממון' (בלי שנדע איזה אדם חייב).

הגדרת אש ויסודות החיוב בנוקי ממון

משום חציו – כזורק חץ שמזיק למרחוק דאיהו גופיה עביד הכא נמי איהו גופיה עביד¹¹ ונפקא מיניה לחייבו בד' דברים אם הוזק בה אדם כדאמרינן בפ"ב.

(רש"י שם)

הגמרא (כב, א) דנה בשאלה האם "אשו משום חציו", או "אשו משום ממון". לדעת ריש לקיש, החיוב הוא משום ממון, כלומר חיוב של נזקי ממון, ואילו לפי שיטת ר' יוחנן החיוב הוא משום חציו – חיוב דומה לחיוב אדם המזיק. רבא (כב, ב) פוסק כר' יוחנן על סמך הפסוק וברייתא הדורשת אותו כמו שראינו.

אלא שרבא (כג, א) מעלה בעיה – כיצד ניתן להחיל את הפטור של 'דין טמון' על 'אש' אם היחס אליה הוא ככל מעשי האדם (ואין פטורים לאדם המזיק¹²)? אומרת הגמרא שגם מי שאומר שהחיוב הוא משום חציו, מודה שיש חיוב גם משום ממון. מכיוון שחיוב 'חציו' תמיד חמור יותר מחיוב 'ממון' – ההשלכה בהבנה המחודשת לדעת ר' יוחנן תהיה רק במקום בו הגחלת הזיקה בסופו של דבר בצורה שהיא לא מכוח מעשיו של האדם ("כלו לו חציו", כלומר על ידי רוח שאינה מצויה¹³), אך הייתה לאדם יכולת לשמור והוא לא שמר. שם החיוב לא יהיה משום 'חציו' אלא חיוב משום 'ממון' בלבד¹⁴, ואז יהיה חיוב עם פטור 'טמון'. בהמשך נראה שתי הבנות שונות ביחס לעצם הגדרת ה'אש' עליה מחייבים משום ממון.

אם נרצה להבין כיצד ניתן להיקשר אל 'האש הממונית' (על ידי בעלות או מעשה יצירה וכדומה) נצטרך לבחון את הפסוקים המהווים את המקור שלה. אך עכשיו עולה השאלה מה בכלל המקור לחיוב 'ממון' לפי ר' יוחנן? הרי את הפסוק הוא מפרש על חיוב 'חציו'!

ההפלאה (כב, א) עונה על כך, שבאמת חיוב 'ממון' לא מופיע בפסוק, אלא שכיוון שיש לנו דרשה על פטור בטמון מהמילה "הקמה" – "מה קמה בגלוי אף כל בגלוי" (ס, א) – וכיוון שהפטור לא יכול להיות ב'אשו משום חציו' חייבים לומר שיש גם חיוב 'ממון'.

¹¹ ר' נחום (כב, א אות קמב) עומד על כך שגם לשיטת "אשו משום חציו" הנזק 'אש' הוא לא תחת האב 'אדם', אלא משויך לאב 'אש'. הסיבה שבעירה לא נחשבת ממש אדם המזיק יכולה להיות מובנת על ידי כך שבניגוד לנזקי אדם (למשל, חיצים ממש), הנזק הסופי אינו פרופורציוני לעוצמת הפעלת הכוח הראשונית.

¹² עיין רש"י (כג, א) ד"ה היכי משכחת לה; תוספות (כג, א) ד"ה טמון באש; וראשונים נוספים על אתר שמסבירים כך את הקשייה.

¹³ כך מסבירים את הביטוי 'כלו לו חציו' המאירי (סב, ב ד"ה כל שבארנו), והאמרי משה (סימן כט) למסקנה.

¹⁴ כך מקובל בראשונים להבין את מסקנת הסוגייה, לא נתייחס במאמר לדעת הרמב"ם ודומיו.

הסבר זה מקביל ממש למהלך הגמרא¹⁵. כך כותב גם הר"מ קאזיס (כב, ב ד"ה פתח הכתוב) ומעלה תירוץ נוסף: אפשר לומר שהפסוק עוסק בשני סוגי 'אש' והחצי הראשון, "כי תצא אש", עוסק בחיוב 'ממונו', כלשון הדרשה שהובאה לעיל "פתח הכתוב בנזקי ממונו"¹⁶.

בין אם נגיד שלהלכה (דעת ר' יוחנן) חיוב משום 'ממונו' מוזכר מפורשות במילים "כי תצא אש" ובין אם לא מוזכר כלל, על כל פנים, לא מוזכר ולו ברמז מי האדם הקשור אל האש הזו והאחראי עליה. לא מוזכר מי המשלם על הנזק של 'ממונו', שהרי התיאור "המבעיר את הבערה" בוודאי עוסק רק באחראי על חיוב 'חציו'!

נראה כי בנקודה זו נחלקו הראשונים והיא קשורה קשר הדוק להגדרה של 'האש הממונית' (ה'מזיק' אש לאחר ש'כלו לו חציו' והוא כבר לא נחשב כפעולה של האדם).

ב. אש

ראינו כי בכל האבות ניתן לדייק מלשונות הכתובים מה הוא יסוד הקישור של האדם לנזקם. אבל, בנזק האש הדבר לא מפורש בכתובים, ונראה כי נחלקו בנקודה זו הראשונים.

ב.1. שיטת רש"י

רש"י (כב, א ד"ה משום) כותב בתחילת הסוגייה, שהנפקא מינה בין דעת ריש לקיש שמחייב רק משום ממונו, לבין דעת ר' יוחנן שמחייב משום חציו היא במקרה בו אדם הדליק בגחלת שאינה שלו. לפי שיטת ריש לקיש, האדם לא מתחייב בכך שכן יש צורך שהגחלת תהיה ממונו של האדם, ולפי שיטת ר' יוחנן האדם כן מתחייב.

יש לשאול על שיטת רש"י מה בכלל פשר האמירה בנוגע לבעלות על 'אש', האם אפשר לסחור באש? ובלשון האמרי משה:

ואף שהגחלת שלו אבל אין הגחלת המזיק רק השלהבת ובשלהבת לא שייך שלו.

(אמרי משה כט, כב)

¹⁵ ועיין בהפלאה בהסברו לאופן בו ר' יהודה (שלא דורש מהפסוק פטור טמון) לומד חיוב 'ממונו' מצד שווה בין אבות אחרים.

¹⁶ אלא שיש בעיה קלה, ה'גילוי' ש"מאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו" בא רק לאחר שכבר פסקנו כדעת ר' יוחנן על סמך הדרשה הנ"ל. או שנגיד שאין חשיבות לסדר הגמרא, או שנגיד שהבנתנו את דרשת הברייתא השתנתה לאחר שהבנו שגם לר' יוחנן יש חיוב 'ממונו'.

הגדרת אש ויסודות החיוב בנוקי ממון

צריך להסביר לפי שיטת רש"י, שחיוב האב אש הוא למעשה חידוש התורה על "ממון דומם שהזיק". ראינו כי ישנו חיוב על 'שור' – חיוב אדם על נזקי בהמה (בכמה אבות שונים ודרכי היקשרות שונות). במקביל לכך, ישנו חיוב על אש – דבר זה הוא גם ממון (כלומר חפץ סחיר שיש בו ממש), אבל אין בו רוח חיים. כדי שגחלת תזיק (כשהיא מתקרבת לניזק, בניגוד לבור) צריך שיהיה בה כוח הזיק עצמי, שמזיק ומתקדם מעצמו – כאשר האש מתקדמת, אנחנו אומרים כי זה עדיין חלק מאותו כוח הזיק של הגחלת עצמה של האדם. כלומר, הגדרת האב 'אש' לפי שיטה זו היא ממון דומם שהזיק באמצעות כוח הזיק עצמי. לפי זה אולי יהיה יותר נכון לכנות את האב כ'גחלת'. יש לשים לב שרש"י מציע רק אופן היקשרות אחד ל'גחלת' – בעלות, החיוב הוא על גחלת שהיא ממון של האדם¹⁷. יותר מכך, לא רק פעולה כימית טבעית שמניעה את הדומם וגורמת לו להזיק היא 'אש', אלא אף מעורבות של גורמי הטבע, רוח מצויה, המניעים את חפציו הדוממים של האדם¹⁸.

ניתן לדייק דבר זה, בהבחנה שקיימת בשיטת רש"י, בין 'גחלת' לבין 'שלהבת'. כאשר רש"י מדבר על שיטת ריש לקיש, כותב רש"י שהנפקא מינה היא במקרה ש'הדליק בגחלת שאינו שלו'. לעומת זאת, כאשר רש"י מדבר על שיטת ר' יוחנן, שטוען שאין כאן חיוב משום ממון שכן באש אין ממש, כותב רש"י – "דשלהבת היא המזקת דאין לה ממש". לפי שיטת ריש לקיש, הדיון הוא בגחלת – הגחלת היא דבר שיכול להיות עליו בעלות, והבעלות הזו היא למעשה יסוד החיוב באש מצד 'ממונו', הסיבה שהאדם בכלל קשור לנזק שנגרם בעקבות השריפה¹⁹.

התוספות מקשים על הסבר רש"י לריש לקיש משלושה מקומות בהם נראה כי ניתן להתחייב על אש גם ללא בעלות:

¹⁷ נראה שכשיטה זו, סובר גם להלכה ערוך השולחן (חושן משפט תיח, ד-ו):
כמו דשורו של אדם חייב לשמרו שלא יצא מרשותו להזיק לאחרים כמו כן חייב לשמור אשו שלא יצא מחצירו וצריך לגדור בפניו [...] אמנם אם לא הדליק בעצמו אלא שימר גחלתו אינו חייב אלא על ממון שהגחלת תהיה שלו דדבר שאינו שלו אינו מחויב לשמרו [...] [וכאשר] האש שלו הוא אף על פי שאין רצונו בהאש מ"מ סוף סוף בוער את עציו ונעשה הגחלת שלו וחייב כשלא שמרה.

¹⁸ וכן אף אם פעלו בעלי חיים בחפצים הדוממים אנו רואים את החפץ הדומם ואת בעל החיים כשותפים בנוק, לפחות מצד 'ממונו', עיין רש"י כג, א (ד"ה ה"ג וליחייב נמי בעל הגחלת).
¹⁹ יסוד ההבחנה בין גחלת לשלהבת עולה כבר מדברי הרשב"א בסוגייתנו (כב, א ד"ה אשו), עיינו שם.

- א. הגמרא (נו, א) מדברת על אדם שכופף את קמת חברו בפני דליקה שהדליק חברו, ואומרת שאם האדם גרם לכך שעל ידי רוח מצויה הקמה תשרף, האדם מתחייב. כאן, האש היא לא ממונו של האדם, ולמרות זאת האדם מתחייב!
- ב. המשנה (סב, ב) מביאה מקרה של אדם שהכה בפטיש, ויצא ממנו גץ שהזיק. אומרים התוספות, שמן הסתם האדם מפקיר את הגץ הזה, ולמרות זאת הוא מתחייב!
- ג. אף אדם לא יתחייב בדליקה, שכן הוא מיד יפקיר את הגחלים!

נתרץ כעת את קושייתו הראשונה של תוספות, ובהמשך המאמר נדון בשאר הקושיות. אפשר לומר שכיוון שהאדם פעל בגוף הקמה (השיכולת) של חברו הוא נחשב 'אדם המזיק' שלא בגרמא, יש דרך ישירה לקשר את הפעולה אליו (כיוון שהוא פעל בגוף החפץ הניזק בניגוד לגרמא רגיל)²⁰.

להלכה שאנו פוסקים כר' יוחנן וכמעט תמיד החיוב הוא משום 'חציו', נראה שההלכה המרכזית לשיטת רש"י היא שחיוב יכול לנבוע גם ללא שום מעשה היזק: אדם היורש אש, או מי שכלב הביא גחלת לתוך חצרו ובעל החצר זכה בה²¹ – יהיו חייבים על נזקי האש ובהם, לכאורה, 'כלו לו חציו'; מעולם לא היו שום 'חציו'.

ב.2. שיטת התוספות

כאשר תוספות מסבירים את החיוב באש, הם כותבים:

דלא מיחייב משום אשו אלא אם כן עשה כל כך בפני עצמו בלא סיוע הרוח או דבר אחר שיוכל להזיק ברוח מצויה אחר גמר המעשה שלו.

(תוספות ס, א ד"ה ליבה)

כלומר, רק כאשר האדם פועל יש כאן חיוב משום אש. נראה שניתן לומר, שבניגוד לרש"י שהסביר שהחיוב של האדם על האש היא מכוח הבעלות על הגחלת, כאן

²⁰ ונראה שזו כוונת הגלינות בשיטה מקובצת (כב, א):
ונראה שאינו קשה דכופף קמתו של חברו הוא עושה ההיזק הילכך אין חילוק בין שיהיה שלו ובין שיהיה של אחר אבל גחלת שהוא ממונו שעושה ההיזק דיש לו לשמור ממונו שלא יזיק צריך שיהיה שלו.
²¹ כך סבורים תוספות שאנץ (מובא בשיטה מקובצת ה, ב).

הגדרת אש ויסודות החיוב בנוקי ממון

מסבירים התוספות שהחיוב נובע מהפעולה של האדם – כל מקרה בו האדם יצר מעשה שמזיק עם כוח אחר מצוי²².

אם כן, מה ההבדל בשיטה זו בין חיוב אש לבין אדם המזיק? נראה שלשם כך, דורשים התוספות תנאי נוסף – שתהיה רוח מצויה מעורבת ביצירה של הנזק. דבר זה עולה מדברי ההגהות מיימוניות (נזקי ממון יד, ו) שציטט את דברי ר"י המובאים בתוספות (כב, א ד"ה אשו משום חציו), והוסיף שצריך "דמטי ליה ברוח מצויה" (וכן הוא במרדכי רמז יט). כך נראה גם מדברי התוספות בסוגיית הכותל והאילן שנופלים לאחר אזהרת בית דין (ו, א-ו, ב ד"ה היינו בור): "יש לדמותו לאש כמו לבור דמאש חלוק במה שאין כח אחר מעורב בו ומבור חלוק במה שאין תחילת עשייתו לנזק". כלומר, מסבירים התוספות שאין הם נחשבים לאש שכן אין כוח אחר שמעורב ביצירתם. כך נראה גם מתוספות (כח, ב ד"ה והתניא) שהסבירו שנפילת כד זה אדם המזיק ולא אש (בניגוד לרמב"ן במלחמת ה' ג, א, למשל).

לכן, אומרים התוספות (כב, ב ד"ה אשו משום ממון), שגם אם אדם כופף את קמת חברו בפני הדליקה הוא מתחייב מטעם אש – הוא יצר מציאות בעקבותיה, בסבירות גבוהה, ייתרחש נזק. התוספות בסנהדרין (עז, א ד"ה סוף חמה לבוא) מוסיפים עוד יותר, שגם אדם שכפת את חברו במקום שסוף צינה לבוא ולהרוג אותו – חייב מדין אש.

למסקנת הסוגייה, שאנו אומרים שגם לשיטת אשו משום חציו יש מקרה של אשו משום ממון, יש כאן מסקנה מרחיקת לכת – האדם יכול להתחייב לא רק על דברים שיקרו כתוצאה ממעשיו באופן סביר (על ידי רוח מצויה), אלא גם על דברים לא מצויים, אם הוא היה יכול להציל ופשע²³. אלא שיש לסייג ולומר שאחריות מורחבת כזו לא מוטלת על כל מעשי האדם אלא רק על מעשה 'הבערה', מעשה שבאופן מצוי הוא עתיד להזיק (על ידי 'רוח מצויה'), ואז תהיה אחריות גם על השלכות רחוקות של המעשה (על ידי רוח שאינה מצויה)²⁴.

²² תנאי נוסף שנראה שהתוספות דורשים, הוא שהכוח הזה, צריך להיות כוח שעוד לא קיים במציאות. לכן, אדם שהסיר תריס בפני חץ פטור גם מדין אש (סנהדרין עז, ב), דווקא כיוון שהוא מזיק בלי 'כוח שעוד לא קיים במציאות' – הוא נחשב אדם המזיק, אך הוא פטור כיוון שהנזק הוא גרמא – הנזק לא נוצר מ'כוח' האדם. (וזה יוצר קצת אבסורד, שעל השלכות של המעשים [המעורבים עם רוח מצויה, 'אש'] מתחייבים יותר מעל המעשים הישירים עצמם).

²³ כמובן, כל עוד הנזק לא היה קורה בלי המעשה שלו (למרות שהמעשה שלו לא היה קשור כלל לכוח המזיק).
²⁴ כך ניסח זאת האמרי משה (לו, ט): "[...] במה שהקשיתי (בסימן כ"ט) מ"ט חייב בכלו לו חציו משום ממון כיון שהי' גדר הוי כרוח שאינה מצויה דפטור באש [...] י"ל דהגדר ה' של הניזק אבל הוא לא שמר האש כלל

אם נחזור לדברים שהובאו בתחילת המאמר, על שתי אפשרויות לקישור האדם לממונו, נראה שהתפיסות השונות של רש"י ותוספות לגבי הגדרת ה'אש' מביאות לידי הבנה שונה בצורת הקישור של האדם ל'אש'. לשיטת רש"י, הקישור של האדם לאש נובעת מהבעלות של האדם על הגחלת. לעומת זאת, לשיטת תוספות הקישור נובע ממעשיו שיצרו את האש (כלומר, יצרו את הסיטואציה בעלת היכולת המצויה להזיק).

נדון כעת מעט בדין טמון, ונראה כי מחלוקת זו של רש"י ותוספות משמעותית להבנת דין טמון.

ב.3. דין טמון

אנו יודעים כי אדם שהדליק בתוך שדהו, פטור על כל דבר טמון, ואילו כאשר הדליק בשדה חבירו פטור רק על דבר שהוא לא היה צריך להעלות על דעתו שנמצא בגדיש. אבל, דבר זה אינו מדויק – אין פטור גמור במקרים אלה, אלא רואים את המקום כאילו הוא מלא מהדבר בו הוא היה טמון, ועל זה האדם חייב לשלם. נראה ברור, שלעולם לא נחייב אדם על דבר שלא הזיק. אם כן, איך מוסבר העניין ש"רואין מקום כלים כאילו הוא מלא תבואה"? הרי הוא לא היה מלא תבואה והמזיק לא שרף דבר שלא היה קיים!²⁵ נהיה חייבים להסביר שבעצם 'מילוי התבואה' הזה היה צפון בתוך הכלים. כיצד? נראה שהחוב הוא באמת על הכלים עצמם שנשרפו אלא שאי אפשר לחייב את האדם על יותר מאשר נכלל בתחום האחריות שלו. כאשר האדם יוצר אש, עליו להעלות על דעתו כמה נזק יכול לקרות ממנה בצורה סבירה. החיוב שלו אמור להיות פרופורציוני לרמת הפשיעה שלו, על פשיעה שסביר שתזיק רק גדיש חיטים אחד אדם לא יתחייב שווי של ארנק. כמה השלכות להסבר זה:

1. מי שבשעת ההדלקה היה אמור להיות פטור על טמון ולפני שהאש הגיעה אל הגדיש חשפו את הטמון – יהיה פטור עליו. כך אכן סבר החזון איש (בבא קמא ו, ז), אבל ייתכן שחידושי הרי"מ (נו, א) חלק עליו.
2. במידה שהאדם היה צריך להעלות על דעתו שיהיו בגדיש גם כלים שדרכם להיות בגדיש, אז גם אם הוא שרף ארנק יקר שהיה טמון, הוא יצטרך לשלם

והי' יכול להזיק שאר דברים שלפני הגדר וע"כ גם כשהדליק מה שאחורי הגדר כשנפל חייב אף דלא הו"ל לאסוקי אדעתא דאין דנין על כל דבר בפרוטרוט, וכמו דחייב באש בליחכה נירו וסכסכה אבניו אף דלא שכיח". רעיון דומה מופיע בתרומת הכרי (שצב, א), שרק אם מעשה ההבערה הוא פשיעה ולא אונס (כלומר יכול להזיק על ידי רוח מצויה) יש חיוב.
²⁵ נניח, לצורך הדיון, שיש לנו עדים על המידע המציאותי.

הגדרת אש ויסודות החיוב בנוקי ממון

כשווי הכלים, ולא רק כשווי הגדיש. דבר זה יוצא מפורשות מדברי הראב"ד (סא, ב ד"ה אלא אמר רבא).

3. אדם שהדליק בתוך שלו והאש יכלה לשרוף שני גדישים שכל אחד היה צפוי להיות שווה 100 נח, ובסוף נדלק רק גדיש אחד אך עם הטמון היה שווה 200 נח – יתחייב תשלום מלא.

כללו של דבר: רואים את השווי המקסימלי שאדם 'לקח על עצמו' ברגע הדלקת האש על פי מה שהיה עלול להישרף ובסוף מחייבים אותו כמה שהזיק בפועל, כל עוד זה לא עובר את הסכום הנ"ל.²⁶

מעתה, נראה ברור שכל ההסבר הזה לדין 'טמון' מתאים רק אם נגיד שהמחייב על האש הוא מעשה ההדלקה, כשיטת התוספות.²⁷ אם יסוד החיוב הוא, כשיטת רש"י, הבעלות על הגחלת לא אמורה להיות מגבלה לשווי שאפשר להתחייב מחוסר השמירה על הגחלת. אין גבול לתשלומים הנובעים מהבהמה של האדם אם הוא לא שומר עליה כלל, כיוון שכל נזק שהיא יוצרת הוא חיוב הנוצר באותו הרגע ולא בירור של החיוב שכבר נוצר ברגע מעשה ההדלקה.²⁸ אם החיוב על 'אש' (ממונו) היה נובע מהבעלות על הגחלת, הבעלים היה צריך להתחייב במה שהזיק בפועל.²⁹ אמנם לפי רש"י לא נוצרת איזושהי סתירה בדינים, אך בעל כרחנו נצטרך לדחות את כל ההסבר ההגיוני שהצענו וכהסבר לדין טמון להסתפק בתשובה של 'גזירת הכתוב'.

²⁶ הסבר זה לא מסביר את פטור טמון במקרה שהיה גלוי בשעת ההדלקה ומכוסה בשעת השריפה (כך יוצא מדברי רב אשי בדף נו, א), ואולי אפשר לומר שמרגע שהקמה כוסתה ירדה רמת האחרייות של המדליק והיא לא יכולה לעלות ללא שיעשה מעשה חיוב נוסף. לפי ההסבר המוצע, לא יהיה חייב על קמת חבירו עד שיהיו גלויים ללא הפסק מרגע ההדלקה עד השריפה. אם לא נגיד כך נצטרך כנראה להגיד שפטור טמון הוא גזירת הכתוב. החזון איש (בבא קמא ו, ז) מתלבט בעניין זה.

²⁷ אין להביא ראיה מדברי הנימוקי יוסף (י, א ד"ה אשו משום חציו, העוסק בנר שבת) שטוען שרגע החיוב הוא רגע ההדלקה, כיוון שהוא דן לפי הצד של 'חציו'. בצד של חציו, גם רש"י מודה שרגע החיוב הוא רגע ההדלקה. אנחנו דנים לפי הצד של 'ממונו'.

²⁸ כמו שהסברנו, לפי רש"י, בכלל לא חייב להיות מעשה הדלקה כלשהו.
²⁹ ונראה שזו כוונת האמרי משה (כט, כג) שהקשה בקצרה: "ומדוע לא מצינו כן באש דבלא הפקיר יהי אש חייב בטמון. וסתמא משמע בכל דוכתי דגם באש שלו פטור על טמון. וע"כ משום דבאש לא שייך לחייבו משום ממונו לחדו כנ"ל" והוא מסיק מכוח הקושייה: "אבל במקום דאי אפשר לחייב על מעשיו. וכמו בהך דגמול דעל אש של כלבו לא חייבתו תורה. לא מחייב גם כן משום שהפשתן שלו".

ג. קישור על ידי מעשה היתר

לאחר שראינו שתי אפשרויות עקרוניות שונות ליצירת קישור בין מזיק לבין אדם שיתחייב עליו: זיקה הנוצרת עקב מעשה, וזיקה הנוצרת עקב בעלות שהיא סטטוס משפטי, ננסה להבין האם קריטריון האיסור במעשה הוא קריטי כדי ליצור זיקות אלו. לצורך כך נעיין תחילה בסוגיית "הצד השווה".

ג.1. סוגיית הצד השווה

הגמרא (ו, א) מביאה כמה מקרים, שנלמדים מ"הצד השווה" שבין שני אבות – למשל, אבנו סכיני ומשאו שהניחם בראש גגו לאחר שנפלו ברוח מצויה (להלן: אסו"מ), שם הנזק נלמד מבור ואש. נחלקו הראשונים, מה הדין כאשר נזק נלמד משני אבות – האם יש לו את הפטורים של שני האבות או לא. למשל, במקרה של אסו"מ, האם יהיה פטור של טמון, כמו באש?

הרא"ש (א, א) מביא שבמקרה זה יהיה דין של בור לכל דבר, כלומר יהיה פטור של כלים כמו בור, אבל לא יהיה פטור של טמון. לעומתו, הוא מביא את שיטת "יש מן הגדולים", הסוברים שהדין הנלמד מהצד השווה אמור לקבל את הפטורים של שני האבות.³⁰

לכאורה, היה נראה ברור כשיטת יש מן הגדולים – כאשר אנחנו לומדים נזק משני אבות, אי אפשר לחייב יותר מאשר החיוב של אותו האב. ניקח למשל חיוב על טמון במקרה של אסו"מ, נבוא ונדון – אי אפשר לחייב את זה מדין בור, כי "כוח אחר מעורב בו" (הסיבה שהגמרא שם מביאה למה זה לא בור), אם כך נדון מאש. אבל אין חיוב מאש במקרה הזה, שכן החפץ הניזוק היה טמון, אז אי אפשר לעשות צד שווה! אם כן, איך אפשר להסביר את דברי הרא"ש?

נראה להסביר על פי היסוד שדנו בו (ובאופן דומה כתוב בחידושי ר' נחום ו, א אות קצז), שצריך להפריד בין השייך לנזק, לבין צורת הנזק. כאשר התורה כתבה את ארבעת אבות הניזקין, היא קבעה למעשה בכל אב שני דברים שונים: קישור של האדם לנזק, וסיבת החיוב בנזק – צורת הנזק.

³⁰ הערת עורך [ד"ב]: להרחבה במחלוקת זו, ובשיטה נוספת בסוגייה זו, עיינו במאמרו של אהרן סקסונוב ("רמות אחריות בדיני הניזקין") באסופה זו.

הגדרת אש ויסודות החיוב בנוקי ממון

אפשר להיקשר לנזק באחת משתי אפשרויות: א. על ידי מעשיו של האדם ב. קשרים הנובעים מסטטוסים משפטיים.

כאשר אנחנו לומדים צד שווה, אנחנו לומדים למעשה את הצד שווה של הקישור לנזק, ולא את צורת הנזק – מצירוף שני סוגי היקשרויות של אבות שונים ניתן ללמוד האם מאפיינים מסויימים קריטיים לכך שהבעלים יקושר לנזק או שלא. אבל, הדינים יקבעו לפי צורת הנזק – האם הוא הולך ומזיק וכו'.

לכן, במקרה של אסו"מ, הקישור לנזק נלמד מהאבות בור ואש. אבל, הנזק בסופו של דבר הוא נזק של בור – הוא לא הולך ומזיק, ולכן יש לו את כל דיני בור. אם כן, כאשר אנו דנים בסוגייה זו על "הצד השווה", אנו דנים על הצד השווה של הקישור לנזק, ולא על צורת הנזק. מכאן, ננסה להבין נקודה בקשר של האדם לנזק באמצעות מעשה כרייה.

ג.2. כרייה איסור וכרייה היתר

האם כדי להיקשר לבור על ידי כרייה אדם חייב לעשות את מעשה הכרייה דווקא באיסור³¹? אנו יודעים כי יש איסור לחפור בור ברשות הרבים³², האם רק בגלל דבר זה יש חיוב על בור?

אם היה לנו רק את האב בור, היינו חושבים שכדי להיקשר לנזק של 'בור' אכן יש צורך דווקא במעשה איסור, אלא שהגמרא לומדת שמתחייבים על מעשה (אפילו ללא בעלות קניינית על הבור) גם בהיתר. ניתן לראות זאת בסוגיית "הצד השווה", בה עסקנו לעיל. שם, מביאה הגמרא את שיטת רב אדא בר אהבה, שלומד מהצד השווה את החיוב של "פותקין ביבותיהן" – אדם שמוציא ביוב לרשות הרבים, ואדם נתקל במים אלה. כאן זה מצב בו מותר לאדם לעשות זאת, ולמרות זאת הוא מתחייב. על כך אומרת הגמרא:

הצד השווה שבהן. לאתווי מאי? רב אדא בר אהבה אמר: לאתווי הא דתניא, כל אלו שאמרו: פותקין ביבותיהן וגורפין מערותיהן, בימות החמה אין להם רשות, בימות הגשמים יש להם רשות, אף על פי שברשות, אם הזיקו – חייבים לשלם. היכי דמי [...] בתר דנייה, היכי דמי [...] דאפקרינהו, ולא דמי לבור, מה לבור שכן שלא ברשות,

³¹ ואולי דווקא איסור הקשור קשר מהותי לכרייה ולא קשר מקרי – הרי ברור שאדם החופר בור בשבת לא יוגדר כחופר באיסור מכוח איסור השבת שהוא עבר עליו.

³² כמו שכותב רש"י (נג, א ד"ה נפל לפניו) – 'אסור לקלקל רה"ר'. אמנם, כתב המשנה למלך (רוצה ושמירת הנפש ב, ב): "איסור זה דמקלקל ברה"ר פשיטא דהוי מדרבנן", אך הנודע ביהודה (מהדורה קמא אבן העזר עח) כתב שלפי דברי המשנה למלך, לא מובן למה יהיה חיוב מדאורייתא במקרה של בור, לשיטת ר' יהודה (סב, א; ל, ב) שפוטר כל נזק שנעשה בהיתר – הרי מותר לחפור בור מהתורה, ולכן לכאורה לא אמור להיות חיוב מהתורה.

תאמר בהני דברשות? שור יוכיח! מה לשור שכן דרכו לילך ולהזיק; בור תוכיח! וחזר הדין.

(כבא קמא ו, א-ב)

לכאורה, אם באמת יש בבור יסוד חיוב של ממונו, כפי שראינו לעיל שקיים בבור ברשותו של אדם, למה הגמרא למדה זאת ב"צד שווה" רק על ידי צירוף האב של שור ולא הסתפקה בשני סוגי הבורות הללו? התוספות עמדו על נקודה זו:

מה לבור שכן שלא ברשות – דאפילו עשאו ברשות ואח"כ הפקיר כיון שהפקיר היינו שלא ברשות.

(תוספות ו, א)

כלומר, בניגוד לשור שאין שום בעיה עקרונית להיות בעלים עליו, בעלות על בור שנמצא סמוך לרשות הרבים היא אסורה. ולכן אנו חייבים להביא לימוד מה'בעלות' של שור כדי ללמוד זיקה לנזקי ממון שנובעת מהיתר. על ידי הצד השווה בעצם למדנו שהקישור ל'בור' שנעשה על ידי מעשה של האדם אינו חייב להיות באיסור, גם זיקה לבור שנעשתה על ידי מעשה היתר תחייב על נזקיו אם זיקה אחר כך בצורת נזק של 'בור'.

ד. בחזרה ליסוד חיוב האש

נחזור לאש לפי שיטת התוספות. לעיל, בדיוננו על אש והצורך לעשות מעשה 'הבערה', לכאורה יצא לנו בשיטתם שכדי להיקשר לאש שמחייבת המעשה חייב להיות בעל יכולת היזק מצויה של ממון הזולת. את הדין הזה היה ניתן להסביר בעזרת ההסבר שכל יסוד חיוב נזיקין שאינו נובע מ'בעלות' על החפץ המזיק נובע דווקא ממעשה איסור ולא מסתם מעשה. לכן, כדי שהמעשה יוגדר כמעשה איסור כבר בתחילתו, יש צורך שיהיה לאש כוח להזיק בצורה מצויה. אלא, שהסבר זה אינו מדויק.

אין איסור בעצם ההבערה של האש³³ (יצירת המצב שסביר שיזיק³⁴), האיסור להזיק יתממש רק אם אחר כך האש תשרוף בפועל – אם היא לא תשרוף כיוון שישמרו עליה הכל יהיה בסדר, בניגוד לבור שבעצם חפירתו היא אסורה ומהווה קלקול של רשות

³³ כך גם כותב במפורש הרשב"א (ה, ב ד"ה ושו"ן): "אש [...] אין תחלת עשייתו לנזק שזה מדליקו בתוך רשותו לצרכו והלכה חוץ מרשותו והזיקה".
³⁴ צריך לדון האם אין איסור גם כשהמבעיר מכוון שיקרה נזק (בדומה לשאלה האם יש איסור להזיק בגרמא).

הגדרת אש ויסודות החיוב בנוקי ממון

הרבים, גם אם מיד ישמרו עליו. למעשה, ראינו שהגמרא למדה מצד שווה שגם מעשה החפירה הקושר אדם ל'בור' לא חייב להיות באיסור.

אם כך מהו יסוד החיוב על האש? לפי רש"י הסברנו שזה הבעלות על הגחלת (ולא צריך שום מעשה מצד האדם). אך לפי תוספות אנחנו לא יכולים להסביר שזה מעשה איסור, כיוון שיתכן שהדלקת האש היא בהיתר. לכן נהיה חייבים לומר שהגורם המקשר הוא ה'הבערה', כלומר מעשה אף שהוא בהיתר, כמו שמצינו ב'פותקין ביבותיהן'.

אם יצא לנו שיסוד החיוב של אש, 'הבערה', זהה ליסוד החיוב של 'פותקין ביבותיהן' – מעשה היתר, איך נסתדר עם דעת ר' יהודה (ל, א) שפותר ב'פותקין ביבותיהן'³⁵? ולא רק הוא:

אמר אביי: רבי יהודה ורבן שמעון בן גמליאל ורבי שמעון כולהו סבירא להו: כל מקום שנתנו לו חכמים רשות והזיק – פטור.

(בבא מציעא קיח, ב)

ראשית, הפסיקה המקובלת בשלושת המקומות שאביי מפרט היא נגד דעות התנאים האלה. שנית, הדבר יכול להסביר למה ר' יהודה מוכרח שלא לדרוש את דרשת 'טמון' (סא, ב)³⁶ ולחייב במקרה זה: כיוון שמבחינתו על מעשה 'הבערה' (שהוא בעיקרו מעשה מותר) לא שייך לקשר נזקים לאדם שעשה אותו, הוא יהיה חייב להסביר את יסוד החיוב של 'אש' על סמך 'בעלות' (כמו שהצגנו את דעת רש"י). ממילא לא יהיה שייך הפטור של 'טמון' שנובע מאחריות מוגבלת שמעשה של אדם יכול לחייב אותו בו. ר' יהודה (לפי תוספות) התקשה בקושייה שהקשנו לעיל לשיטת רש"י, ולכן הוא באמת אמר שאין פטור טמון.

נעסוק כעת בנקודה אחרת בדיון של קישור האדם לנזקיו – האם אפשר "לבטל" קישור זה.

ה. הסרת אחריות

כיצד ניתן להיפטר מאחריות על נזקים שמשייכים לאדם? קודם כל, מניין שאפשר? היה אפשר לומר בפשטות שמרגע שאדם אחראי לנזקים מסוימים שעלולים לקרות הוא יהיה

³⁵ האמוראים (ל, א-ב) דנים בגבולות הפטור של שיטת ר' יהודה, לא נוכל לדון בכך במסגרת זאת.
³⁶ פטור טמון פה מתייחס רק לפטור של 'מוריגין' וכלי בקר' במדליק בתוך שלו (בהיתר), הפטור של 'ארנקי' תלוי בסברה ולא קשור דווקא ל'אש' (כך עולה מדברי התוספות (סב, א ד"ה מי מנחז)).

אחראי עליהם תמיד, לא משנה מה הוא יעשה. הדרך היחידה של אדם לבטל חיוב נזקים תהיה לבטל בפועל את היכולת של המזיק להזיק (או לשמור עליו כראוי לו תמיד, ואז זה בעצם מבטל את מימוש חיוב התשלומים בפועל אבל לא את האחריות).

אלא שמצינו שבחיוב שנובע מ'בעלות' אפשר להיפטר אם האדם מפקיר – מפקיר נכסיו לאחר נפילת אונס. הגמרא מביאה מחלוקת בין ר' מאיר לחכמים:

נשברה כדו ולא סלקו [...] ר"מ מחייב בהזיקן, וחכמים אומרים: פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים [...] ומודה ר"מ לרבנן, במעלה קנקנין על הגג ע"מ לנגבן ונפלו ברוח שאינה מצויה והזיקו – שהוא פטור.

(בבא קמא כח, ב-כט, א)

לאחר מכן נחלקו האמוראים כיצד להסביר את מחלוקתם. ישנה מחלוקת ראשונים בהסבר האמוראים השונים, אך לדעת חכמים על פי הסברו של ר' יוחנן – כפי שנפסק להלכה – יוצא בהכרח שמפקיר נזקיו שנוצרו בעקבות אונס פטור. ואם נלמד מתוך דין זה של בור את הדין העקרוני לכל האבות, נסיק כי הפקרה של בעלות יכולה להפקיע את האחריות, הקישור שבין האדם ל'מזיק', אם לא עשה שום מעשה מדעת ביצירת ה'מזיק'.

ניתן לדחות ולומר שבעצם ההפקר יועיל רק לכך שלא תיווצר אחריות על הנזק, אך הפקר לאחר שכבר יש לאדם אחריות לא יועיל. דבר זה עולה משיטת הריב"א (מובא בשיטה מקובצת כט, א ד"ה במפקיר). שם, כותב הריב"א כי מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס נפטר מאחריות רק כאשר לא היה לו זמן בו הוא היה יכול לסלק והוא לא סילק. אם כבר עבר זמן כזה – האדם מתחייב בנזק, וההפקר לא מועיל.

לפי זה, לכאורה הקישור של האדם לנזק לא נובע מעצם הבעלות (וכל עוד אין לו שהות לסלק הוא אנוס ולכן פטור), אלא שכל האחריות נובעת רק מחוסר השמירה של האדם על נזקים שבאחריותו. אבל, אם כך, יש כאן הגדרה מעגלית – צריך שהנזק יהיה תחת אחריותו של האדם כדי שחובת שמירה תחול עליו! לכן, חייבים לומר שבאמת הקישור של האדם לנזק נובע רק מעצם הבעלות, וכולם מודים שאפשר להפטר מאחריות זו³⁷. יסוד מחלוקת הראשונים היא בשאלה האם אפשר להיפטר רק מ'אחריות פוטנציאלית' או

³⁷ אולי פרט לאמוראים שמחייבים מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס, אך אנו עוסקים בדעות להלכה.

הגדרת אש ויסודות החיוב בנוקי ממון

גם מ'אחריות בפועל' – האם אפשר להיפטר גם מאחריות שבאה לידי יכולת מימוש. כלומר, אחריות שהסיבה היחידה שהאדם עוד לא התחייב עליה בתשלומים נובעת מסיבה מקרית שאינה קשורה לאדם (רוח מצויה, בהמה שעוד לא באה ונתקלה בבור וכדומה) ולא מסיבה עקרונית (למשל, שעוד לא עבר מספיק זמן לכך שישלך את השברים ולכן הוא נידון כאנוס). ברגע שאדם התחייב מכוח בעלותו, גם אם לא התחייב באמת – מספיק שמבחינתו של האדם הוא כבר היה יכול להתחייב, הוא כבר לא יכול להתנתק מהאחריות. וכלשון הסמ"ע: "לאו כל כמיניה להפקיר נזקיו שכבר חל עליו החוב לסלק התקלה" (סמ"ע תי, ה).

הרא"ש חולק על דברי הריב"א³⁸, וטוען שגם לאחר שהאחריות התממשה בפועל (ואפילו אם באמת כבר נגרם נזק שהאדם אחראי עליו) אפשר להסיר את האחריות הנובעת מבעלות ע"י הפקר – העובדה שהאחריות התממשה בפועל לא מונעת את ניתוק הקשר למזיק. לפי זה יהיה הבדל בין אחריות הנובעת מ'כרייה', ממעשה שמטיל אחריות בנקודת זמן אחת בעבר, לבין אחריות הנובעת מ'בעלות' שהאחריות עליה נובעת מההווה ולכן אפשר להסיר אותה³⁹.

ו. דירוגי אחריות

לאחר שראינו את שני יסודות החיוב: א. מעשה ב. בעלות, יש לדון איזה יסוד חיוב גובר. כלומר, במקרה של שני חיובים על אותו נזק, כשלאדם אחד נובע מבעלות ולאחר ממעשה, מי יתחייב?

המקרה המובא בראשונים לדבר זה, הוא אדם שלקח ממנו של חברו ושם אותו ברשות הרבים. כאן, מעשה הכרייה (מה שנתן לחפץ את היכולת להזיק) הוא של האדם ששם ברשות הרבים, אבל החפץ הוא בבעלות אדם אחר. זה מקרה מובהק שבו יש שני חיובי אחריות, שיש לדון מי מהם גובר. בדבר זה, מצאנו מחלוקת ראשונים.

³⁸ לגבי דעת הרא"ש יש גירסאות: הבית יוסף (חושן משפט תטז) מצטט את דעתו שפטור דווקא אם הפקיר לפני שהיה לו פנאי לסלק, אך בכתב היד שלפנינו (א, א) הוא כותב שזה גם אם הפקיר לאחר שהיה לו פנאי לסלק וכן מופיע בקיצור פסקי הרא"ש (א, א) וכן פסק הטור (חושן משפט תטז) וכן כתב תלמיד הרשב"א והרא"ש (ו, ב ד"ה עלה בידנו). לשם הנוחות נקרא לגרסה שלפנינו דעת הרא"ש.
³⁹ בניגוד לדעה הראשונה שסוברת שמרגע שהאחריות התממשה בפועל אי אפשר להסיר אותה. כלומר, לדעת הריב"א מעתה והלאה סיבת החיוב, גם אם המקור היה ה'בעלות', היא נקודת הזמן בעבר בה היה יכול להתממש בפועל חיוב על נזקים.

לדעת התוספות⁴⁰ (כט, א ד"ה פליגי), חיוב הבעלות גובר על חיוב הכרייה:

כיון דלא אפקרינהו עליה דידיה לסלוקינהו [...] ואפי' נתנו אחר שם [...] אע"פ שהוא לא עשה בור זה כיון דדידיה הוא עליה דידיה רמי לסלקו.

לעומת זאת, לשיטת הרמב"ן חיוב הכרייה גובר על חיוב הבעלות:

הא למה זה דומה לאבנו סכינו ומשאו שהצניען בביתו ובא אחר והניחן ברה"ר והזיקו שהשני חייב ולא הבעלים ואף על פי שהיה להם לסלקן זה הדין אינו נוהג בכור שיהיה זה חופר בור וזה מתחייב שיהא עליו מוטל לכסותו.

(מלחמת ה' טו, א)

מה יסוד המחלוקת? לכאורה, נראה ברור כדברי הרמב"ן. באופן אינטואיטיבי, אנו נוטים לייחס יותר אחריות ואשמה למעשה של אדם לעומת זיקות משפטיות-קנייניות, ולכן ברורה עמדתו של הרמב"ן. למה שבכל זאת תהיה יותר חומרה בזיקה הנובעת מ'בעלות'?

נראה להסביר, שה'כרייה' אמנם מבטאת הלך רוח 'מזיד' של האדם, אך דווקא של העבר, של האדם ההיסטורי שמאז אולי חזר בתשובה (ואולי לא, אבל העניין הוא שהאדם הוא אמנם המשך קיומי של אותו אדם, אבל רק המשך). לעומת זאת, זיקה שנובעת מ'בעלות' אינה כך – אמנם היא לא תלויה בשום כוונה או מעשה של האדם בשום שלב אבל זוהי גם נקודת החוזק שלה – הזיקה מבוססת על ההווה, על היות האדם כרגע הבעלים הקנייני של החפץ המזיק, ללא תלות בשאלות היסטוריות.

נראה שהסבר זה נכון רק אם אנו סוברים כמו הרא"ש (במחלוקתו על הריב"א) שמפקיר נכסיו לאחר נפילת אונס פטור אפילו אם היה לו שהות לסלק. ראינו כי לשיטת הריב"א, ברגע שהאחריות של האדם על ממונו התממשה בפועל אי אפשר להסתלק ממנה – יוצא מכאן, שגם אחריות מ'בעלות' תלויה בהיסטוריה, ולא בכך שהחפץ הוא ממונו של האדם כעת, ועל כן גם כאשר החפץ הוא לא ממונו של האדם יש לאדם עדיין זיקה אליו. לא הצלחנו למצוא סברה שבה ניתן לומר כשיטת הריב"א מחד, ומאידך סברה לחייב על 'בעלות' יותר מאשר 'כרייה'.

⁴⁰ אמנם, בפרק חמישי (מח, א ד"ה אע"ג) תוספות אומרים זאת בצורה מסויגת יותר, והם נשאים ב'צריך עיון', אך בדף כט הם אומרים זאת באופן מוחלט.

ו.1. הבנת שיטת רש"י בדין טמון

לאחר שהגענו להבנת המחלוקת בין הרא"ש לריב"א בנוגע לאופן בו ה'בעלות' מחייבת, נוכל להסביר יותר טוב את סברת רש"י בנוגע לאש, וכך נוכל לפטור את הקושייה שהצגנו בנוגע לדין טמון.

ראינו כי אם אנחנו סוברים שהחיוב על אש נובע מבעלות של האדם על ממונו, יש קושי בהבנת דין טמון, שמשמעותו הגבלת האחריות של האדם על פעולותיו. אם החיוב הוא מצד זה שהאש היא ממונו שמזיק תמיד, והאדם מתחייב בכל רגע מצד זה שממונו מזיק, לא אמורה להיות הגבלת אחריות בהתאם לשעה שבה האדם עשה את פעולתו בעבר.

כעת, ניתן להסביר את דברי רש"י. רש"י אכן סובר שמה שמחייב ב'אש' הוא ה'בעלות' על הגחלת, אך הוא סובר כריב"א⁴¹ שגם החיוב הנובע מ'בעלות' בעצם תלוי בנקודת זמן מסוימת בעבר – הרגע שבו לא הציל אף על פי שיכל להציל⁴². ממילא כל הקושייה על 'דין טמון' לא קיימת כיוון שגם לשיטתו חיוב ה'אש' הוא על סמך רגע היסטורי מסוים.

יש לשים לב שדבר זה גם מתרץ את שתי קושיות תוספות על רש"י שראינו לעיל. ראינו כי רש"י הסביר, שהנפקא מינה בין שיטת 'אשו משום חציו' ל'אשו משום ממונו' הוא במקרה שהדליק בגחלת שאינה שלו. התוספות הקשו על רש"י שלוש קושיות – קודם תירצנו את הקושייה הראשונה, וכעת ניתן לתרץ את שתי הקושיות הנוספות של התוספות.

תוספות הקשו על שיטת רש"י – המשנה (סב, ב) מביאה מקרה בו יצא גץ כתוצאה מהכאת אדם בפטיש, ואומרת שיש חיוב במקרה זה. אומרים התוספות – מן הסתם האדם מפקיר את הגץ הזה, ולכן לכאורה לא אמור להיות חיוב לפי שיטת רש"י! עוד הקשו התוספות, שאם אכן בלי שהאש תהיה ממונו של האדם הוא לא מתחייב, כל אדם יפקיר את האש לפני הנזק ואז לא יתחייב!

לפי שיטת רש"י (שסבור כריב"א) מרגע שיכולת ההיזק מצויה – הפקרת הנזק לא תשפיע כלל על האחריות שכבר חלה עליו. ולכן שתי קושיות תוספות אלה העוסקות בהפקר

⁴¹ כך גם טוען מסיבה אחרת ר' ישעיה (שיטה מקובצת מח, א ד"ה ולהא דפירש ריב"א), וכך גם מדייקים האחרונים (ראה למשל ר' נחום לא, ב) בדברי רש"י (לא, ב ד"ה תרגמה רב אדא בר מניומי).

⁴² זהו גם הרגע שממנו אם יפקיר את הגחלת כבר לא יהיה פטור, אמנם קרה אונס ו'כלו לו חציו' אך הוא לא הפקיר את ממונו עד שיכל להציל, ומכאן "לאו כל כמיניה להפקיר נזקיו שכבר חל עליו החוב לסלק התקלה" (סמ"ע, תי, ה).

לאחר שההיזק כבר מצוי – אינן מתחילות. אמנם לפי רש"י אכן יהיה חיוב אם הנזק נעשה מצוי לפני שהפקיר את הגחלת, אך במקרה שאדם מפקיר את הגחלת ואחר כך משתמש בה כדי לשרוף גדיש חברו הוא אכן יהיה פטור. דבר זה אינו שונה מהותית מכל היזק של גרמא שאדם פטור עליו (פרט למקרים מסוימים שאף על פי שהם גרמא התורה חייבה עליהם כ'נזקי ממון', ולפי פירוש רש"י אש שלא נובעת מבעלות לא כלולה בהם).

2. קישור שיטות הראשונים

יצא לנו שהקשר בין הדעות שהוצגו לעיל הוא:

דירוגי אחריות		מפקיר לאחר מימוש אחריות		יסוד החיוב באש	
בעלות חמורה מכרייה (תוספות)	→	גם מפקיר נזקיו לאחר שחל עליו חיוב בפועל פטור (רא"ש)	→	מעשה ההבערה (תוספות)	1
כרייה חמורה מבעלות (רמב"ן)	←	מפקיר נזקיו לאחר שחל עליו חיוב בפועל חייב (ריב"א)	←	בעלות על חפץ דומם (רש"י)	2

נסביר את הדברים בקצרה. אם אנחנו סוברים כתוספות לעניין דירוגי האחריות, שבעלות חמורה מכרייה, הרי שכדי להסביר זאת נצטרך לומר שהבעלות היא מעשה שחיובו בכל רגע, ולא מעשה מהעבר. לכן, ניתן גם להתנתק מאחריות זו על ידי הפקר. הכיוון השני לא הכרחי – ניתן לומר שיש חיוב בכל רגע, ועדיין ולהבין שהכרייה יותר חמורה מהבעלות כי יש כאן מעשה מזיד של האדם. לעומת זאת, אם אנחנו סוברים כמו הריב"א, שמפקיר נזקיו לאחר שחל עליו החיוב בפועל חייב, יוצא מכאן שהאחריות על בעלות היא מהעבר, ולא ניתן לומר כשיטת התוספות שהבעלות חמורה מכרייה. גם כאן, הכיוון השני לא הכרחי – ניתן לומר כרמב"ן שהכרייה חמורה מהבעלות, אבל עדיין הבעלות היא חיוב מאותו רגע, ולכן לסבור כרא"ש שניתן לנתק קישור זה.

אם אנחנו סוברים כרא"ש, שמפקיר נזקיו לאחר שחל עליו החיוב בפועל פטור, יוצא שהחיוב על הממון הוא חיוב מתחדש מכוח זה שהחפץ הוא ממון האדם. לכן, כדי לתרץ את הקושייה מדין טמון, נהיה מוכרחים לומר כתוספות שישוד החיוב באש הוא מעשה ההבערה. אם אנחנו סוברים כמו רש"י, שהחיוב הוא על חפץ דומם, כדי לדחות את הקושייה מטמון נהיה חייבים לומר שהחיוב הוא מכוח מעשה בעבר.

הגדרת אש ויסודות החיוב בנוקי ממון

יש לשים לב שניתן לסבור כתוספות באש, וכן כרמב"ן בדירוג האחריות (ועדיין האפשרויות לצדד ברא"ש/ בריב"א יישארו פתוחות), נראה לי שזו שיטת הרשב"א – שסובר עקרונית כתוספות באש (כך יוצא מהסברו ב'אשו משום ממנו'), ולגבי דירוג האחריות סובר כרמב"ן (כך יוצא מסוגיית 'שני קדרין').

ו.3. שיטת התוספות שאנץ

על הטבלה האחרונה המסכמת את כלל המהלך לכאורה ישנה קושייה עצומה באחד הראשונים⁴³. תוספות שאנץ (מובא בשיטה מקובצת ה, ב ד"ה וא"ת) אומרים, כפי שכבר אמרנו, שאפשר להתחייב על אש רק מדין בעלות, ללא שום מעשה הבערה:

אם בא האש לרשותו ממילא כגון שהביאו כלב בחררה או הביאו גוי שם והניחו ברשותו והלך לו הגוי והכלב זוכה בו בעל הבית והלך האש ברוח מצויה והזיק חייב אף על פי שאין מעשיו גרמו לו⁴⁴.

לכן לפי ההסבר לעיל הוא אמור לסבור שכרייה חמורה יותר מבעלות כרמב"ן, אלא שהוא אומר בדיוק להפך:

למה החופר הוא חייב בנוקי בעל החצר אם נפל שורו לבור הא אמרינן לעיל כיון דעליו למלייה כמאן דכרייה הוא דמי ואף על גב דלעיל איירינן כשחפרו שור אין דומה לחלק בין שור לאדם.

(שיטה מקובצת מט, ב ד"ה ברשות היחיד)

כלומר, שהבעלים חייב על הבור גם אם משהו אחר (שור, ואפילו אדם) חפרו. והסבר לכך יכול להיות רק אם יסבור כמו הרא"ש שהפקרת הגחלת גם לאחר פוטנציאל למימוש החיוב בפועל תפטור אותו מאחריות לגחלת. את זה אפשר להסביר רק על בסיס תפיסתו את הבעלות כחיוב שנובע מההווה וממילא קיימת עליו הקושייה מדין טמון. וזה לכאורה מצריך אותנו לוותר על אחד הקישורים בטבלה.

אלא שכל המהלך שלנו עד כה התבסס על כך שיש דרך קישור אחת לחיוב של 'אש משום ממנו'. ייתכן מאוד שלפי התוספות שאנץ אפשר להתחייב על נזק שנוצר על ידי

⁴³ ולא רק בראשונים, גם ערוך השולחן פוסק כתוספות בדירוג אחריות (חושן משפט תי, ג) ונראה שהוא פוסק גם כרא"ש לגבי מפקיר לאחר מימוש אחריות (חושן משפט תי, ו), למרות שהוא פוסק כרש"י באש (חושן משפט תיח, ו). ומכאן לכאורה קשה הקושייה שהקשנו מדין טמון.

⁴⁴ ואמנם ר' נחום (ה, ב אות קסז) מביא בשם ה'ברכת שמואל' הסבר אחר, כך שדברי התוספות שאנץ לא יסתרו את דברי התוספות שיש צורך במעשה הבערה, אך ר' נחום דוחה את דבריו, עיינו שם.

'אש' בשתי הדרכים – גם על ידי בעלות על הגחלת וגם על ידי מעשה הבערה. אמנם דבר זה לכאורה קשה שהרי בפסוקים לא מצינו שום דרך ליצירת זיקה בין האדם לנזקי האש (אולי אפילו עצם החיוב ב'ממונו' לא מופיע כלל בפסוק) ולכן מניין לו לחדש שתי דרכי יצירת זיקה לנזקי האש? מדוע שלא יסביר שיש רק דרך אחת, 'אין לך בו אלא חידושו', בין אם יסביר כרש"י שדרך ההיקשרות היא הבעלות ובין אם יסביר כתוספות שדרך ההיקשרות היא מעשה ההבערה?

נראה שאפשר להסבירו על פי דברי הגרי"ד סולובייצ'יק שהובאו לעיל. אמרנו שהסיבה היחידה שאין חיוב על 'מעשה' שיוצר אב נזק של קרן היא האפיון המיוחד של אב זה כ'משונה' ולכן לא שייך לדבר על יצירת דבר שאינו 'מזיק גמור'. לפי זה, על אף שאין הדבר מפורש בפסוק, אכן אמור להיות חיוב על יצירת האב 'אש'. בנוסף, החיוב על בעלות קיים בכל אבות הנזיקין ולכן אין סברה לא לחייב דווקא על בעלות של גחלת. כלומר, הסברה שיוצאת מתוך ניתוח כל הקישורים בין האדם למזיקים שהוא מתחייב עליהם מולידה שתמיד יהיה חיוב שנובע גם מבעלות על המזיק וגם ממעשה שיוצר את היכולת להזיק (פרט ליצירת היכולת להזיק בצורה משונה). ולכן על אף שאין לכך מקורות מפורשים, כדי להמשיך את הסברה הזו נצטרך לומר שגם לאב 'אש' אפשר להיקשר על ידי שתי הצורות הנ"ל: גם בעלות וגם מעשה.

אלא שעדיין אין זה מסביר איך יתרצו התוספות שאנן את הקושייה על פטור טמון, לפי תפיסתם שחיוב שנובע מבעלות הוא חיוב הנובע מההווה? ייתכן לומר שבאמת פטור טמון יהיה קיים רק אם ברגע השריפה הגחלת (הממון המזיק) אינה בבעלות האדם המתחייב. אפשרות זו העלה האמרי משה:

ומדוע לא מצינו כן באש דבלא הפקיר יהי' אש חייב בטמון. וסתמא משמע בכל דוכתי דגם באש שלו פטור על טמון. וע"כ משום דבאש לא שייך לחייבו משום ממונו לחוד כנ"ל.

(אמרי משה כט, כג)

אמנם הוא דוחה את האפשרות כיוון שהיא לא רמוזה בגמרא, ומכוח הקושייה הוא נוקט כשיטת תוספות שרק מעשה הבערה מחייב, אך ייתכן שכך אכן הבינו התוספות שאנן. לפי זה יוצא שהגרירה הלוגית שהראנו שמי שסובר כרש"י שבעלות על גחלת מטילה אחריות מוכרח לסבור כריב"א ביחס לאי היכולת להפטור מאחריות שנובעת מבעלות –

הגדרת אש ויסודות החיוב בנוקי ממון

לא קיימת אצל התוספות שאנץ. כל ההכרח הזה נבע מתוך הצורך להסביר את 'דין טמון', ולפי הסברנו את דברי התוספות שאנץ 'דין טמון' לא קיים כאשר אדם הוא בעלים על גחלת.

סיכום

התחלנו בהצגת שתי אפשרויות המקשרות אדם מסוים לנזקים שקורים שלא על ידי האדם: מעשה היוצר את יכולת הנזק ובעלות על החפץ המזיק. ראינו שלגבי כל אב מפורש בפסוקים על אילו דרכי היקשרות התורה מחייבת אותו, פרט לחיוב 'ממונו' של אש.

מתוך כך הגענו למחלוקת בהגדרת עצם האב אש (משום 'ממונו') בין רש"י לתוספות: האם האב 'אש' הוא סיטואציה הנגרמת בעקיפין ממעשה האדם או שהוא חפץ דומם שמזיק. הראנו שדין טמון לכאורה מוכיח כדברי תוספות – הוא מבוסס על רמת אחריות מוגבלת שנקבעת ברגע מסוים, רגע זה יכול להיות לא שרירותי רק אם הוא מבוסס על זמן המעשה של האדם.

מתוך דברי הראשונים על בור דנו במקרים בהם חפץ מסוים מקושר לשני אנשים שונים – האחד הפך אותו למסוגל להזיק והשני הוא הבעלים הממוניים שלו. ראינו שאפשר לנמק רמת אחריות גבוהה יותר לבעלים הממוניים רק על סמך היות הבעלות קישור הנובע מכך שבהווה הדבר בבעלותי, כלומר שאם אפקיר אותו עכשיו אהיה פטור על נזקיו העתידיים וזו אכן דעת הרא"ש. אך הריב"א חולק עליו, ומסתבר שהוא בהכרח יסבור שיוצר היכולת להזיק יותר אחראי מבעלי החפץ.

ממילא, על סמך שיטת הריב"א יהיה אפשר לתרץ את רש"י ביחס לדין טמון – גם יסוד החיוב של בעלות נובע מתוך נקודת זמן היסטורית מסוימת (מהרגע הראשון בו הייתה לי אפשרות למנוע את הנזק לאחר שנהיה סביר שהוא יקרה), גם אם אפקיר אותו מכאן ואילך אהיה חייב.

לבסוף ראינו כי סביר לומר שלדעת התוספות שאנץ שני יסודות החיוב יהיו קיימים באש – גם בעלות על גחלת וגם מעשה שיצר את יכולת ההזקה, על אף שאין הדבר מפורש בפסוקים ואין סיבה לחדש חיובים מעבר למינימום היוצא מהפסוק. החידוש מובן על פי סברתו של הגר"ד שבכל נזקי הממון שני הקישורים קיימים, פרט לאב 'קרן' שהגדרתו היא 'משונה' ולכן לא שייך לחייב על מעשה שיוצר יכולת להזיק בצורה משונה.