סוגיית הכותל והאילן שנפלו

ברק אהרונוב

א. פתיחה
ב. הקדמה
ג. גירסת הגמרא
ד. כוחם ותפקידם של בית דין
ה. הבדל בתקנות בית דין
ו. מציאות היזק הכותל והאילן בסוגיה - אחר נפילה או בשעת נפילה
ז. סיכום:
ח. דמיון מקרה הכותל והאילן לבור או אש
ט. לסיכום:
י. היזק לאחר נפילה
יא. שיטת הרמב"ם

א. פתיחה

"אמר רב יהודה האי מאן דבעי למהוי חסידא לקיים מילי דנזקין" (בבא קמא ל ע"א).

"דרך התשובה היותר מקורית וטובה, הנובעת מאור התורה בעולם, היא השינון בחלק דיני ממונות וכל המשפטים שבין אדם לחברו הכלולים אצלנו בלימוד "חושן משפט", בכל הבקיאות הגרסאית היותר בהירה, וכל החריפות הישרה והרחבה היותר אפשרית. היא מתקנת את כל מכשולי הלב שבחיים ומעמידה את הצדק האלוקי על בסיסו הנאמן, ונוטלת את מחץ הספק והמבוכה מתוך הנשמה, ע"י שמאירה היא באורה הבהיר את דרך החיים המעשיים" (אורות התשובה יג, ה).

אל יחשוב כאשר קונה הידיעה בארבעה אבות נזיקין שהוא קונה הידיעה בשור ובור או שקונה הידיעה בענין האדם והנהגתו בלבד... אבל התורה היא גזירה מן השם יתברך ויתעלה שמו והיא לעול על האדם כמו שהיא כל התורה כולה שהיא גזירה ועול על האדם. לכך כאשר יקנה האדם הידיעה בהיזק ארבעה אבות נזיקין וכיו"ב ממשפטי התורה נחשב זה שקנה הידיעה בגזירת השם יתברך ויתעלה שמו אשר גזר על האדם הנהגתו". (מהר"ל תפארת ישראל, יא)

ב. הקדמה

הגמרא בפרק ראשון של מסכת בבא קמא עוסקת בארבעה אבות נזיקין המוזכרים בתורה, הגדרתם, פירוט תולדותיהם ותכונותיהם המיוחדות. לאחר שהגמרא עמדה בצורה מפורטת על יסוד כל אב, תכונותיו וכן הדעות השונות ביחס למספר האבות (אבות דר' חייא ודר' אושעיא), חוזרת הגמרא לדון בצד השווה של האבות, שממנו ניתן ללמוד תולדות מחודשות דרך הצמדת

שני אבות ומיזוג תכונותיהם. ארבע דעות קיימות ביחס למקרה הנלמד מן הצד השווה[1], שהאחרונה שבהן היא המקרה של הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו.

"הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו פטור מלשלם. נתנו לו זמן (בית דין) לקוץ את האילן ולסתור את הכותל ונפלו בתוך הזמן והזיקו - פטור, לאחר הזמן - חייב".

ג. גירסת הגמרא

הנדון הראשון בסוגיה עוד קודם העיסוק בה ממש הוא עצם גירסת הגמרא. האם במקרה הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו - פטור או חייב.

תוס' ד"ה "הכותל" - גירסת הגמרא שעמדה בפני התוס' היא שבמקרה הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו - פטורים הבעלים מלשלם. תוס' מסבירים שלא מסתבר לומר שאדם יתחייב במקרה זה של כותל ואילן (בצורתו הפשוטה ללא אזהרת בית דין) משום שאז היה נוצר מצב אבסורדי שבו במקרה רגיל של הכותל והאילן (ללא אזהרת בית דין) מתחייבים הבעלים, אך כשבית דין מזהירים את הבעלים ונפלו הכותל והאילן תוך הזמן לאחר אזהרת בית דין - פטורים הבעלים למרות האזהרה.

המהר"י כ"ץ - המהר"י כ"ץ גורס בשם ספרים אחרים שהבעלים במקרה הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו - חייבים לשלם. מסביר הוא את סיבת החיוב בכך שעל הבעלים היה להעלות על דעתם שאולי הכותל או האילן, הנמצאים ברשותם, יזיקו, ולכן יש צורך להקדים רפואה למכה ולהסיר אותם כדי למנוע את הנזק. לעומת זאת, במקרה של אזהרת בית דין כאשר התרחש הנזק תוך הזמן - ייפטרו הבעלים, מכיוון שכל השארת הכותל והאילן נעשתה ברשות בית דין, כך שהבעלים כלל לא העלו על דעתם שהכותל והאילן עלולים ליפול תוך הזמן שנתנו להם בית דין ולכן אם נפלו - פטורים.

ד. כוחם ותפקידם של בית דין

אחד הגורמים העיקריים המחייבים את בעל הכותל והאילן בסוגיה אצלנו הוא אזהרת בית דין הקובעת תחום זמן מסוים שבו מוטל על בעל הנזק לדאוג לכך שהתקלה שברשותו תסולק בכדי למנוע נזק לרבים. את תפקידם של בית דין במקרה זה של הכותל והאילן ובכלל, ניתן לראות בשני פנים: א. סמכות היכולה, מתוקף תפקידה, לברר בלבד האם גורם מסויים נחשב כסכנה לציבור ולכן יש לסלקו, אבל אין הכי נמי שגם אם יבוא אדם המומחה לענין זה של הגדרת נזקים ויראה גורם מסויים מועד להזיק כך שימצא לנכון להזהיר את הבעלים - הדבר יחשב כשווה ערך לאזהרת בית דין, אלא שעדיין רק לבית דין יש את הסמכות והתוקף לאסור

---

[1] אבנו, סכינו ומשאו שהניחן בראש גגו, בור המתגלגל, פותקין ביבותיהם וגורפין מערותיהם והכותל והאילן שנפלו לרה"ר והזיקו.

דבר על האדם, ואילו לאזהרת אדם רגיל, ואפילו מומחה, יוכל לטעון בעל הכותל והאילן שלמרות מומחיותו אין בידו את הכוח לאסור כבית דין ולכן אזהרתו לא תועיל. הסתכלות זו רואה בבית דין, לענין הכותל והאילן, סמכות שלטונית בלבד שתפקידה הוא לדאוג לסדר הציבורי. ב. ניתן גם לראות את תפקידם של בית דין בדווקא, כך שבית דין הם בעצם הסמכות היחידה המסוגלת להגדיר מציאות מסוימת כעתידה להזיק, להחיל עליה שם של נזק וממילא להכניסה לרשות הבעלים להתחייב עליה במקרה של נזק. בית דין מחילים שם נזק על הכותל והאילן, שנכנס לתוקפו בתום תקופת הזמן שנתנה לבעלים ובכך בעצם מסוגלים לקחת מציאות שהושמה בהיתר גמור ככותל והאילן ולהפוך אותה לדבר שתחילת עשייתו לנזק, מיד בתום הזמן שניתן לבעלים.

על פי הגדרה זו בתפקיד בית דין, המחילים שם נזק על ממונו של אדם, ניתן להסביר מדוע נתקיימה גירסת הגמרא במקרה בסתמא של הכותל והאילן שפטור ולא שחייב. לכאורה היה מקום לחייב את הבעלים במקרה הרגיל של הכותל והאילן (ללא אזהרת בית דין) כדברי המהר"י כ"ץ משום שצריכים היו הבעלים להעלות על דעתם שנזק עלול להתרחש. אלא שכעת ניתן להסביר, שבמקרה רגיל אע"פ שהיו צריכים הבעלים להעלות על דעתם שממונם עלול להזיק, כל זמן שלא באו בית דין, החילו שם נזק על הכותל והאילן והגדירום כדבר שתחילת עשייתו לנזק לא מתחיל החיוב על הבעלים ולכן פטורים.

הפן המיוחד המצטייר לכוחם של בית דין בסוגיה זו הוא היכולת להגדיר ולהכניס מציאות מסויימת לאחריותו של אדם במידה וראו את הדבר לנכון. כח זה של בית דין להכניס דבר מסויים לרשותו של אדם הוא כעין דאורייתא וזאת ניתן לראות ע"פ גזירת הכתוב בענין בור ברה"ר וחמץ בפסח (משש שעות ולמעלה). הגמרא בבבא קמא (כט ע"ב) מציינת ששני דברים אינם ברשותו של אדם ועשאן הכתוב (דאורייתא) כאילו הן ברשותו ואלו הן: בור ברשות הרבים וחמץ משש שעות ולמעלה. המשותף בין הדברים הוא שבבור ברשות הרבים המציאות העומדת בפנינו היא איסורית מחמת עצם החפירה באיסור ברשות הרבים ותפקידה של גזירת הכתוב הוא להוסיף את צד ההיזק שבבור ובכך להכניסו לרשות הבעלים להתחייב עליו. כך גם בכותל ובאילן, שבהם קיים צד ההיזק מחמת היותם מועדים ליפול ובית דין בכוחם באים ומחילים שם איסור על הדבר באופן כזה שלאחר הזמן שקבעו לבעלים הופכים הכותל והאילן להיות כדבר שתחילת עשייתו לנזק ועומד באיסור.

ה. הבדל בתקנות בית דין

בסוגיית הצד השווה מוזכרים שני מקרים שבהם נדרשת רשות בית דין ע"מ להתיר מציאות מסויימת. במקרה הראשון של אנשים הפותקין ביבותיהם וגורפין מערותיהם לרשות הרבים, על אף רשות בית דין בדבר, במידה ומתרחש נזק - האחריות מוטלת על הבעלים. אמנם במקרה הכותל והאילן רשות בית דין מאפשרת לבעלים להפטר לגמרי מן הנזק במידה ויתרחש הנזק

הזמן שנתנו בית דין. יסוד ההבדל בין המקרים הוא, שבמציאות של פותקין ביבותיהן וגורפים מערותיהם לרשות הרבים הבעלים נשאר תמיד בגדר חיוב ובאחריות מלאה על נזקיהם, אלא שבית דין באים ומתירים לו על תנאי את שפיכת מימיו לרשות הרבים, כל זמן שלא יזיקו ועדיין בלי לקחת את האחריות עליהם. לעומת זאת בכותל ואילן, כל זמן שלא באו בית דין, החילו שם נזק על המציאות והגדירו אותה כדבר שתחילת עשייתו לנזק, הבעלים לא נכנס כלל לגדר חיוב ולכן יפטרו במקרה של נזק. במידה וכן יתערבו בית דין ויתנו זמן לבעלים, בתומו יחול גדר החיוב והאחריות על הבעלים, אך קודם לכן כל המציאות היא בהיתר גמור.

ו. מציאות היזק הכותל והאילן בסוגיה - אחר נפילה או בשעת נפילה

בפשטות הסוגיה, כאשר מסתכלים על היזק הכותל והאילן ניתן להגדיר שתי אפשרויות עיקריות בהם התרחשה מציאות הנזק. **א.** הכותל והאילן היו נמצאים במצב של הטייה ליפול ובשעה שעבר אדם תחתיהם ניזוק מהם בשעת נפילתם. **ב.** הכותל והאילן נפלו לרשות הרבים ולאחר נפילתם עבר אדם ברשות הרבים וניזוק מהם.

תוס' ד"ה "היינו בור" - תוס' בוחרים להעמיד את מציאות הנזק בשעת נפילה מתוך דיוק בדברי הגמרא שלא נקטה את שאלת הדמיון בין הכותל והאילן לאש ("אי בהדי דאזלי קמזקי היינו באש"), כך שכנראה הברייתא כן רצתה לעסוק במציאות של שעת נפילה, אך עדיין לא דומה לאש, אלא באופן כזה שיילמד מן הצד השווה, וכן מכיוון שאפשרות העמדת המקרה במציאות של אחר נפילה גוררת בעקבותיה מספר קשיים:

א. אם מדובר שהנזק התרחש לאחר נפילה, מדוע פטורים הבעלים - הרי מוטלת עליהם החובה לסלק את נזקיהם מרשות הרבים?

ב. תקנת בית דין לבעל הכותל והאילן היא לקוץ את אילנו ולסתור את הכותל. במידה והיה מדובר לאחר נפילה, תקנת בית דין היתה צריכה להיות לענין סילוק ופינוי הנזקים מרשות הרבים ולא קציצתם וסתירתם. בסופו של דבר, תוס' בוחרים להעמיד את מציאות הנזק גם לאחר נפילה ומתרצים את כל הקשיים המתעוררים, באופן כזה שמדובר במציאות שבה הבעלים לא ידעו על הנזק או לא הספיקו לפנותו כך שבעצם אין סיבה לחייבם, וכן תקנת בית דין לעניין קציצה וסתירה מוסבת על מציאות הנזק בשעת הנפילה, שאז ודאי שייכת התקנה.

הרשב"א מדייק את דיוק התוס' מחסרון שאלת הגמ' ("אי בהדי דאזלי קמזקי") אלא שמסיק ממנו שאם הגמרא לא נקטה את שאלת הדמיון לאש, כנראה שלא רצו לעסוק בברייתא כלל במציאות הכותל והאילן בשעת נפילה אלא רק לאחריה דומיא דבור. הרשב"א ג"כ מתמודד עם הקשיים, שהעמידו התוס' על המציאות שלאחר נפילה ביחס לפטור הבעלים ותקנת בית דין ולכן בסוף דבריו, למרות שתירץ את רוב הקושיות, העמיד את מציאות הנזק גם בשעת נפילה.

ז. סיכום:

הן לתוס' והן לרשב"א, מציאות הכותל והאילן היא בין לאחר נפילה ובין בשעת נפילה אלא שדרכם הפוכה. לתוס', בתחילת דבריהם, פשוטה יותר המציאות של הכותל והאילן בשעת נפילה, שהיא לא דומיא דאש, אלא נלמדת מן הצד השווה וקמ"ל שמדובר גם לאחר נפילה. לרשב"א לעומת זה, פשוטה יותר מציאות הכותל והאילן לאחר נפילה דומיא דבור, וקמ"ל שמדובר גם בשעת נפילה.

נקודת ההבדל בין התוס' לרשב"א היא, שלמרות ששניהם דייקו מחסרון שאלת הדמיון הגמ' בין הכותל והאילן לאש, תוס' הבינו מן החיסרון שהברייתא עוסקת בשעת נפילה אך לא דומיא דאש ומאידך גם לא דומיא דבור אלא נלמדת מן הצד השווה[2]. הרשב"א לעומת זה הסיק מן החיסרון שהברייתא לא רצתה לעסוק כלל שמציאות של בשעת נפילה אלא רק לאחריה דומיא דבור. אך מכיוון שמשמע שכן ניתן להעמיד את הכותל במציאות של בשעת נפילה הדבר ייחשב כדומיא דאחר נפילה, שאז הדמיון לבור ודאי יותר ניכר.

ח. דמיון מקרה הכותל והאילן לבור או אש

תוס' ד"ה "היינו בור" - תוס' מסבירים שאכן ניתן לדמות את מקרה הכותל והאילן בשעת נפילה הן לבור והן לאש מכיוון שלשניהם יש צד חסרון מסויים בדמיון, אש - שכח אחר מעורב בו, ובכתל ובאילן - לא. בור - שתחילת עשייתו לנזק, והכתל והאילן - לא. כך שבעצם אין עדיפות לבור על אש בדמיון לכותל ולאילן במציאות ההיזק בשעת נפילה, אלא שיתרון הדמיון לבור נבחן דוקא במציאות שלאחר נפילה, שאז האפשרות היחידה היא לדמות את הכותל והאילן לבור בלבד ולאש בעצם אין אפשרות העמדה הזהה למצב הכותל והאילן המזיקים לאחר נפילה[3].

הרשב"א ג"כ מביא את הקל וחומר שממנו ניתן ללמוד את הכותל והאילן מבור אלא שקיים הבדל בין התוס' לרשב"א ביחס למציאות היזק הכותל והאילן בשעת נפילה. התוס' במציאות זו סוברים שהכותל והאילן אינם דומים לאש אך גם לא לבור, כך שאילולי העמידו התוס' את המקרה גם במציאות שלאחר נפילה שאז לא ניתן לדמות כלל את המקרה לאש, אולי לא היתה עדיפות לבור מלאש בנפילת הכותל והאילן. הרשב"א, לעומת זאת, גם במציאות של בשעת נפילה עושה חילוק מהותי בין הכותל והאילן והאש כך שבאש ללא הכח אחר המעורב בה, כל מציאות הנזק לא היתה יכולה להתרחש בעקבות אי יכולת התנועה ואילו הכותל והאילן לעומת

---

[2] כדמוכח מהמשך התוס' שבסוף דבריהם מסבירים שבשעת נפילה אין יתרון לבור בדמיונו לכותל והאילן מאשר לאש ("ואע"ג דבשעת נפילה יש לדמותו לאש כמו לבור").

[3] מה שכתבו התוס' שניתן ללמוד את הכותל והאילן בקל וחומר מבור, אינו מחייב שהמקרים בהכרח דומים, שהרי תוס' עצמם אמרו ביחס לכותל ואילן שהיזקם **עדיף** מן הבור ("דעדיף היזק דידהו מבור דהולכין ומזיקין").

זאת, נעשים מזיקים מצד עצמם ללא הזדקקות לכח אחר כלל - בדומה לבור, כך שבעצם יש עדיפות יתרה לבור בדמיונו לכותל ולאילן מאשר לאש.

הרא"ש בדבריו מזכיר את דברי התוס' שנסתפקו האם מקרה הכותל והאילן דומה לבור או לאש. לדבריו, מקרה הכותל והאילן ודאי דומה לבור יותר מאשר לאש משתי סיבות עקריות: **א.** בדומה לרשב"א, אומר הרא"ש שהכותל והאילן אינם דומים לאש מכיון שבאש כל היזקה מתחיל ע"י הכח אחר המעורב בה ומוליך אותה להזיק במשך כל זמן הבעירה. אמנם הכותל והאילן לא נעשו מזיקים מחמת כח אחר אלא ע"י עצמן כאשר כבר לא הצליחו להחזיק מעמד במקומן. **ב.** הנקודה המחודשת בהסברו של הרא"ש היא שאע"פ שהכותל והאילן יכולים להזיק גם בשעת נפילה מצב כזה לא גורע מן הדמיון לבור ("לא גריעי מחמת זה") משום שתתכן מציאות של בור גם אשר איננו עומד במקום אלא הולך ומזיק (בור משופר).

ט. לסיכום:

בצורה כללית ניתן להבחין בסדר הדיעות המובא להלן בהדרגתיות בצורת ההסתכלות ובדרך הלימוד ביחס למציאות הכותל והאילן בשעת נפילה. התוס' במציאות זו סוברים שהכותל והאילן הם לא דומיא דאש אך גם לא דומיא דבור אלא נלמדים מן הצד השווה כך שבעצם אין עדיפות לצד אחד על השני. הרשב"א מוסיף ואומר שחסרון הכח אחר מעורב בו בכותל ובאילן, נותן עוד יותר לדמות את המקרה לבור מאשר לאש ("יותר יש לדמותם לבור מלאש"). הרא"ש כמדריגה אחרונה מחדש עוד יותר שלא רק שחסרון הכח אחר מעורב בו בכותל ובאילן מבדילם מן האש אלא תכונת התנועה שלהם אינה גורעת כלל מן הדמיון לבור ("לא גריעי מחמת זה").

הפילפולא חריפתא מקשה על דברי הרא"ש וסובר שאכן ניתן לדמות את מקרה הכותל והאילן לאש. את הקושי מעניין הכח האחר המעורב בהיזק האש דוקא ולא בכותל והאילן, ניתן להסביר בכך שכח אחר איננו תנאי מוכרח באש אלא סימן לכך שהיזק האש הוא בדרך הליכתו אך לא תנאי בדווקא ולכן אם במקרה הכותל והאילן תתכן מציאות של היזק בשעת נפילה גם ללא כח אחר, מצב זה לא יגרע מן הדמיון לאש. למסקנה אומר הפילפולא חריפתא סברא בדברי הרא"ש כך שהדמיון לבור הועדף כי סוף סוף גם הכותל והאילן הם בגדר תקלה ויש מקום לדמות את כל התקלות לבור דווקא שהוא "אבי התקלות" גם אם קיים דמיון לאב נזיקין אחר[4].

ה"נחלת דוד" מתייחס לדברי הרא"ש וכן לקושיית ה"פלפולא חריפתא" ונותן הסבר מחודש מסברא לענין דמיון הכותל והאילן לבור דווקא. על אף היכולת של הכותל והאילן לילך ולהזיק

---

[4] סברא זו בדברי הפלפולא חריפתא ביחס לדמיון כל האבות אל הבור שהוא "אבי התקלות" בעצם מגלה הבנה מחודשת שבה בשורש כל האבות עומד תמיד הענין היסודי של התקלה שבאב בדומה לבור אלא שכל אב מחדש פן אחר באופן היזק התקלה. למשל: שור הוא תקלה בעלת כוונה להזיק וכן אש היא תקלה שכוח אחר מעורב בה.

שאינה קיימת בבור, קיים הבדל יסודי בין היזק האש והבור באופן כללי והוא שבהיזק האש הניזק תמיד נשאר במקומו ואילו האש בעזרת הכח אחר המעורב בה היא זו שעוברת ממקום למקום ובאה אל הניזק ופוגעת בו במקומו. לעומת זאת, בבור, הוא זה שנשאר במקומו והניזק מגיע אליו ונפגע באותו מקום שבו עומד הבור. עפ"י יסוד זה הכותל ואילן ודאי דומים לבור יותר מאשר לאש שהרי הם נטועים ועומדים במקומם ללא יכולת להתנתק ממקומם ולבוא אל הניזק כך שברגע שהניזק נמצא תחתיהם הם נופלים ומזיקים במקומם, בדומה לבור שבו הניזק ג"כ מגיע אל המזק. הגדרה מחודשת זו מרחיבה את אב הבור בכך שפוטנציאל היזק הבור הוא לא רק במקומו בלבד, אלא בכל מקום שאליו יכול הבור להגיע באופן תיאורטי תוך שמירה על מקום בסיס הבור הראשוני כמו במקרה הכותל והאילן (בור אריכתא[5]).

המהרש"א בד"ה "ומבור חלוק" מביא את דברי התוס' המציינים שההבדל המחלק את היזק הכותל והאילן מבור הוא בכך שאין תחילת עשייתם למזק כמו בור. מקשה המהרש"א על דברי התוס' שיותר ראוי שהחילוק בין הכותל והאילן לבור יהיה בכך שהם הולכים ומזיקים ואילו בור לא, יותר מאשר החילוק לענין תחילת עשייתו למזק. אמנם המהרש"א במהדורא בתרא מסביר בדברי התוס' שמה שאמרו שהיזק הכותל והאילן עדיפים מבור בכך שדרכם לילך ולהזיק, אין הכוונה שהולכים ומזיקים ממש אלא הולכים ומזיקים במקומם וזאת ניתן להוכיח משאלת הגמ' המעמידה שוני בין שור לכותל ואילן בכך ששור דרכו לילך ולהזיק ואילו כותל ואילן - לא.

ניתן להסביר את דברי המהרש"א על פי יסוד ה"נחלת דוד", כך שהתוס' לא העמידו את החילוק בין הכותל והאילן לבור בעניין ההליכה מכיוון שנפילת הכותל והאילן אינה נכנסת בגדר הליכה כי אם תנועה תוך התחום ולכן נקודת ההבדל הברורה שבין הכותל והאילן ובור היא ענין תחילת עשייתו למזק. מציאות היזק הכותל והאילן תוך כדי תנועה אינה גורעת מגדר אב הבור והדמיון אליו, אלא מציגה פן חדש של האב שבו תחום מזק הבור הוא לא רק במקומו אלא בכל ההיקף (רדיוס) שבו מסוגל הבור להגיע ולהזיק - ממקומו[6].

י. היזק לאחר נפילה

תוס' ד"ה "אי דאפקרינהו..." - התוס' בדבריהם מעמידים את האפשרות לפטור את בעל הכותל והאילן מן המזק לאחר הנפילה מדין מפקיר מזקיו לאחר נפילת אונס שהרי סוף סוף

---

[5] וצ"ע בהסבר הנחלת דוד בדברי הרא"ש מכיוון שכאשר הרא"ש רצה להוכיח את דבריו שאכן יש בור המזיק תוך כדי תנועה ועדיין יחשב בגדר בור הביא את המקרה של הקושר אבן ברגלי בהמתו והלכה לרה"ר והזיקה שמתחייב משום בור. הראייה ממקור זה מדברת לא על תנועה בתוך תחום הבור כפי שהגדיר הנחלת דוד אלא על **תנועה ממש**.

[6] ניתן להמחיש יסוד זה ע"י מקרה שבו מונחת מלכודת הכוללת סכין מקובעת לציר המונח ברה"ר, כך שכל כמה זמן עולה הסכין ופוגעת במי שנמצא בסביבתה. עפ"י יסוד הנחלת דוד בעל הסכין יתחייב, משום בור מכיוון שבסיס המלכודת לעולם ישאר קבוע ורק הסכין היא זו שנעה ומזיקה בתוך התחום.

הבעלים לא פשע בעצם בניית הכותל ונטיעת האילן שנעשו ודאי בהיתר. אולם מכיוון שבמקרה אצלנו מדובר במציאות שלאחר אזהרת בית דין לבעל הכותל לקצוץ ולסתור ועבר הזמן והבעלים עדיין לא דאג למקיו כך שבסופו של דבר נפלו והזיקו - אין המציאות נחשבת עוד בגדר אונס אלא פשיעה והמפקיר נכסיו לאחר נפילת פשיעה - חייב. במידה והנזק יתרחש תוך הזמן אזי יש מקום לפטור את הבעלים מן הנזק, אם בשעת הנפילה שאז ודאי פטורים שהרי לא היו צריכים להעלות על דעתם שמציאות הנזק תתרחש לאחר קביעת הזמן ע"י בית דין, וכן לאחר נפילה, כל זמן שלא נודע לבעלים, או לחילופין נודע ולא היה להם זמן לסלק.

הרא"ש ג"כ עוסק בעניין זה של נפילת הכותל והאילן תוך הזמן בין בשעת נפילה בין לאחר נפילה. אמנם מעבר לרשימת הפטורים שהציגו התוס' בדבריהם מוסיף הרא"ש עוד פטור והוא כאשר הבעלים ראו את הכותל והאילן והפקירו אותם. בפשטות בדברי התוס' ניתן לומר ששיטתם ביחס להפקר הנזקים תוך הזמן היא כדברי הרא"ש וכך משמע קצת מדברי התוס' ד"ה "אי דאפקרינהו" ששם כל הסיבה שהבעלים לא יכולים להפקיר היא, משום שמדובר לאחר זמן ובמפקיר נזקיו לאחר נפילת פשיעה, אך מכאן ניתן לדייק שתוך הזמן יהיה פטור כדין המפקיר נזקין לאחר נפילת אונס. אך עדיין קשה מדוע תוס' בד"ה "היינו בור" לא הכניסו את עניין ההפקר כאפשרות לבעלים לפטור את עצמם מן הנזק ולכן ניתן להסתפק בדברי התוס' ביחס לעניין הפקר הנזקים, באופן כזה שמרגע ידיעת בעל הכותל והאילן בממונם העלול להזיק, לעולם לא יוכל לפטור עצמו מאחריות ע"י הפקר בין בתוך הזמן שנתנו לו בית דין, וכל שכן לאחריו. הסברא שמאחורי אפשרות כזו, נובעת מההבנה שהנחנו לעיל בכוח בית דין המסוגלים להחיל שם נזק על דבר מסויים. כאשר בית דין הגדירו את הכותל והאילן כדבר שתחילת עשייתו לנזק, ההגדרה באופן עקרוני חלה מעתה, אלא שהבעלים פטור מדין אנוס תוך הזמן, כך שהגדר יחול באופן מעשי רק לאחר הזמן. אמנם ברגע שנודע לבעלים שממונם עומד להזיק ואפילו תוך הזמן, הרצון שלהם להפקיר את ממונם בעצם מגלה שהמציאות העומדת בפניהם היא נזק גמור ולכן מעוניינים הם להיפטר ממנו באמצעות הפקר, כך שמאותו רגע הכותל והאילן יהפכו להיות דבר שתחילת עשייתו לנזק אף בתוך הזמן ולא יהיה ניתן להפקירו.

יא. שיטת הרמב"ם

רמב"ם הל' נזקי ממון (יג, יט): "הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו - פטור מלשלם **ואע"פ שהפקירן** לפי שאינן דומין לבור **שהרי אין תחילת עשייתן לנזק**".

ישנן מספר נקודות לבירור בדברי הרמב"ם: **א.** מהי מציאות הנזק עליה מדבר הרמב"ם, בשעת נפילה או לאחריה? **ב.** מדברי הרמב"ם משמע שאע"פ שהפקיר הבעלים את נזקיו וכל שכן כשלא הפקיר - פטורים על היזק הכותל והאילן. וקשה שהרי בפרק "המניח" (כט.) בעניין כדו שנשברה ברשות הרבים ונתכוון לזכות בחרסיה - שחייב, מסביר רש"י במקום, שנתכוון לזכות

בחרסיה - הכוונה כל זמן שלא הפקיר הבעלים את נזקיו. לכן גם אצלנו כאשר בעל הכותל לא הפקיר נזקיו אמור להתחייב שהרי ממונו הזיק. **ג.** טעם הפטור לרמב"ם במקרה הכותל והאילן הוא משום שאין הם דומים לבור שתחילת עשייתו לנזק. לכאורה היה ניתן לפטור את הבעלים מסיבה פשוטה יותר והיא שמציאות הכותל והאילן הנמצאת בפנינו היא אונס גמור. **ד.** טעם הפטור לרמב"ם בכותל והאילן הוא משום שאין תחילת עשייתו לנזק. לכאורה טעם זה אינו מספיק לפטור שהרי ניתן לחייב מן הצד השווה של שור שהרי גם בו אין תחילת עשייתו לנזק וחייב.

ה"מגיד משנה" מעמיד את דברי הרמב"ם בשעת נפילה ולכן כל זמן שהנזק מתרחש תוך כדי תנועה, סיבת הפטור תהיה זו המוזכרת בדברי הרמב"ם (אין תחילת עשייתו לנזק), אך אין הכי נמי שלאחר נפילה שאז מדובר במקרה אונס רגיל, הדבר יהיה תלוי בהפקר הבעלים, כך שאם יפקירו - יפטרו מדין מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס, ואם לא יפקירו - יתחייבו מדין נתכוון לזכות בחרסיה.

טור הלכות נזקי ממון (חו"מ תטז) - הטור פוסק בדבריו כמו אביו הרא"ש - שאם התרו בבעל הכותל והאילן ונפלו לאחר הזמן - בין בשעת נפילה ובין לאחריה חייב מדין בור בין הפקירן ובין אם לא הפקירן. אמנם אם לא התרו בבעלים ונפלו או שהתרו בהם ונפלו תוך הזמן - בין בשעת נפילה ובין לאחריה - כל זמן שלא ידעו הבעלים או שלא היה להם פנאי לסלק את נזקיהם או שהפקירום - פטורים. אך במידה והיה להם פנאי לסלק ולא סלקו או שלא הפקירום - יתחייבו הבעלים. וסברת הדברים היא משום שמציאות נזק זו נחשבת כממונו שהזיק, כך שאפילו אם אחר יניח את כליו ברשות הרבים במקום שיוכל לפנות - חובת הפינוי מוטלת על הבעלים.

שו"ע הלכות נזקי ממון (חו"מ תטז) - במקרה הכותל והאילן גורס השו"ע כדברי הרמב"ם ש"הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו - פטור מלשלם אע"פ שהפקירן לפי שאינם דומים לבור שהרי אין תחילת עשייתן לנזק".

הסמ"ע במקום מעיר שהיה ראוי יותר לגרוס בדין הכותל והאילן שפטור אע"פ שלא הפקירן שהוא חידוש יותר גדול מאשר הפקירן, בזה שלמרות שהכותל והאילן עדיין בגדר ממון הבעלים ויש מקום אולי לחייבם ולהשתלם מהם - קא משמע לן שפטור. במסקנת הדברים מסביר הסמ"ע שגם בגי' "אע"פ שהפקירן" המופיעה בשו"ע ניתן למצוא חידוש, כך שאע"פ שהבעלים הפקירו את נזקיהם ברשות הרבים, שבעצם בני אדם מהלכים בה ועלולים להנזק בכל רגע - אפילו הכי לא נחייב את הבעלים שהפקירו.

הט"ז מתייחס לדברי הסמ"ע ואומר שאין צורך לדחוק להעמיד את סיבת הפטור, במקרה הכותל והאילן שהפקירן, בטעם של שוני הכותל והאילן מבור שהרי אין תחילת עשייתו לנזק שהרי בפשטות ניתן לתלות את סיבת הפטור בכך שמדובר כאן באונס והמפקיר נזקיו לאחר

נפילת אונס פטור[7].

הסבר בדברי הרמב"ם (אע"פ שהפקירן) ובטעם המיוחד הניתן בדבריו לשוני בין הכותל והאילן ובור (תחילת עשייתו לנזק), שהוא בעצם גם סיבת הפטור, ניתן למצוא ע"י הסבר מדוע פטור במצב של הפקר יכול להיות חידוש גדול יותר מאשר מצב שבו הבעלים עדיין לא הפקיר את נזקיו.

במקרה רגיל של הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים, כל זמן שהבעלים אינם יודעים שהיזקם מונח ברשות הרבים ועתיד להזיק או יודעים ולא היה להם זמן לפנות - כולי עלמא יודו שפטורים הבעלים מחמת חוסר הידיעה או מחמת אי היכולת למנוע את הנזק. החידוש הגדול יהיה במצב שבו קיימת ידיעה מצד הבעלים וכן קיימת אפשרות למנוע את הנזק ובכל זאת ייפטרו הבעלים. פעולת ההפקר הנעשית ע"י הבעלים מתרחשת בנקודת זמן שבה יש גם ידיעה מצד הבעלים וגם אפשרות מצידם למנוע את הנזק ולכן היתה הוה אמינא לומר שכמו שבית דין מסוגלים להחיל שם נזק על דבר ולהגדירו כתחילת עשייתו לנזק כך גם האדם עצמו, כאשר ידע על ממונו העלול להזיק וירצה להפקירו, המעשה יעיד על כך שהמציאות העומדת בפניו היא נזק גמור ודבר שיוגדר מעתה כתחילת עשייתו לנזק שלא ניתן להפקירו - קא משמע לן מדברי הרמב"ם שפטור, משום שרק **בית דין** מסוגלים להחיל גדר זה של דבר שתחילת עשייתו לנזק ואדם פשוט שיראה את ממונו שעלול להזיק וירצה להפקירו, המעשה יועיל "שהרי אין תחילת עשייתו לנזק" כל זמן שלא בא מכוח הגדרתם הבלעדית של בית הדין.

---

[7] וצ"ע בדברי הט"ז כיצד יישב את דברי הרמב"ם שנקט במפורש את הטעם לפטור בכותל והאילן משום אין תחילת עשייתו לנזק ולא מדין המפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס.