

## ישי אנגלמן

### תחילתו בפשיעה וסופו באונס

- א. מבוא
- ב. יסוד הדין בדיני שומרים
- ג. תחילתו בגניבה ואבידה וסופו באונס
- ד. הקשר בין הפשיעה לבין האונס
- ה. יסוד הדין בדיני נזיקין
- ו. השלכות של ההבנות השונות בסוגיות בבבא קמא
  1. תחום האחריות
  2. רמת התשלומים- חיוב על הפשיעה או על האונס
  3. היחס בין תחילתו בפשיעה וסופו באונס לבין מיגו
  4. שיטת הראב"ד
  5. שור שדחף שור לבור
- ז. סיכום

#### א. מבוא

במאמר זה ננסה לעמוד על גדריו של דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס (להלן תחב"פ) בדיני שומרים ובדיני נזיקין. נראה כי יסוד הבנת דין זה קשור בסוגיות רבות, ובתפיסת יסודות החיוב בדיני שומרים ובדיני נזיקין. כיוון שעיקר הלימוד נעשה מתוך מסכת ב"ק בה עסקנו, רוב פרטי הדיון הוקדשו לדיון בדיני נזיקין, אך בחלקו הראשון נעסוק גם בדיני שומרים.

#### ב. יסוד הדין בדיני שומרים

תחילתו של הדיון עולה בסוגיה בפרק שלישי במסכת בבא מציעא (מב ע"א):

ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה, אותבינהו בצריפא דאורבני, איגנוב. אמר רב יוסף: אף על גב דלענין גנבי נטירותא [שמירה] היא, לענין נורא - פשיעותא היא, הוה תחילתו בפשיעה וסופו באונס - חייב. ואיכא דאמרי: אף על גב דלענין נורא פשיעותא היא, לענין גנבי נטירותא היא, ותחלתו בפשיעה וסופו באונס - פטור. והילכתא: תחילתו בפשיעה וסופו באונס - חייב.

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס

ההלכה נפסקה בראשונים כמסקנת הסוגיה,<sup>1</sup> אלא שדיונים רבים עולים לגבי גדרו של דין זה ומשמעותו.

התוספות (שם) במקום כותבים הגבלה בסיסית לדין תחב"פ:

ודוקא היכא שיכול להיות שהאונס לא היה נארע אם לא פשע בתחלה אבל פשע בה ויצאת לאגם ומתה פטור דמלאך המות מה לי וכו'

על מנת לחייב מדין תחב"פ חייב להיות קשר בין הפשיעה לבין האונס. לא מצאנו חולק על יסוד זה בראשונים, ובמהלך דיונו יחזור יסוד זה כמה פעמים, אך נראה שיש מחלוקת על משמעותו.

במסכת בבא מציעא (לו ע"ב) מובאת מחלוקת רבא ואביי לעניין שומר שפשע ונתן לבהמתו לצאת לאגם (=מקום שאין בהמה נחשבת בו לשמורה, כיוון שעלולה להיגנב) ובסופו של דבר מתה הבהמה כדרכה בפתאומיות:

אתמר, פשע בה ויצאת לאגם, ומתה כדרכה. אביי משמיה דרבה אמר: חייב, רבא משמיה דרבה אמר: פטור. אביי משמיה דרבה אמר: חייב... מאי טעמא - דאמרינן: הבלא דאגמא קטלה. רבא משמיה דרבה אמר: פטור... מאי טעמא - דאמרינן: מלאך המות, מה לי הכא ומה לי התם?

הראשונים נחלקו בביאור יסוד המחלוקת בין אביי לרבא: בשיטת הרי"ף (כ ע"א) נקטו הראשונים כי הוא מבין שלדעת אביי יסוד החיוב גם על מתה כדרכה אם פשע הוא מדין תחב"פ, וסברת אביי היא שאין צורך שיהיה קשר בין הפשיעה לבין האונס כדי לחייב מדין זה. על כך חולק רבא ואומר שאין חיוב בתחב"פ אלא במקרה שהפשיעה היא זו שגרמה לאונס, וללא הפשיעה לא היה מתרחש האונס. התוספות (עח ע"א ד"ה הוחמה) מביאים את דברי הרי"ף וחולקים עליהם. לדעתם גם אביי סובר שיש צורך בקשר בין הפשיעה לבין האונס, וסיבת החיוב במתה כדרכה היא ש"הבלא דאגמא קטלה", וניתן לתלות את המיתה במעשה הפשיעה.

כיוון שהלכה כרבא נגד אביי, יוצא שלדעת כולם יש צורך שיהיה קשר בין הפשיעה לבין האונס. נביא את פסקו של הרמב"ם (שכירות ג, י) בעניין:

פשע בה ויצאה לאגם ומתה שם כדרכה פטור שאין יציאתה גרמה לה שתבוא לידי אונס זה הואיל וכדרכה מתה מה לי בבית שומר מה לי באגם...

על מנת לעמוד על יסודו של הדין, נפנה לראות את דברי הרשב"א בסוגיה. לאחר שמביאה הגמרא את מחלוקתם של אביי ורבא, מקשה אביי קושיה על דברי רבא. הגמרא בעמוד הקודם דנה בדין שומר שמסר לשומר- שומר שקיבל על עצמו לשמור על בהמה, ובמקום לשמור עליה בעצמו החליט למסור אותה לבן דעת אחר, ללא דעת בעליה. מהגמרא עולה שבמקרה כזה אפילו אם הבהמה מתה כדרכה, חייב השומר הראשון בכל נזקיה.<sup>2</sup> מדין זה

<sup>1</sup> רמב"ם הל' שאלה פ"ד ה"ו; טור ושו"ע סימן רצא.

<sup>2</sup> אומנם רב חולק על דין זה, אך אביי ורבא מודים בו.

מקשה אביי שלפי דברי רבא, ששומר הוציא בהמה לאגם ומתה כדרכה פטור עליה בגלל שימלאך המות מה לי הכא מה לי התם, מדוע אין אומרים כך גם בשומר שמסר לאדם אחר ומתה הבהמה כדרכה? וכך מסביר הרשב"א (לו ע"ב ד"ה אמר ליה) את קושייתו:

כלומר דהא שומר שפשע בבהמה ויצאה לאגם הרי הוא כשומר שפשע ומסר לשומר אחר וכיון שפשע בה קמה ליה ברשותיה דשומר ואפילו לאונסין דכל שתחלתו בפשיעה אע"פ שסופו באונס חייב, ואפ"ה קא סברת דלאונסי מיתה לא קמה ליה ברשותיה, בשומר שמסר לשומר נמי אע"ג דחשבינן ליה פושע למיקם ברשותיה אפילו לאונסין באונס מיתה מיהא הוה לן למימר דלא קמה ברשותיה, אלא מדלא שני ליה הכין ר' אמי ש"מ לא שניא ליה מיתה משאר אונסין.<sup>3</sup>

לדעתו, אביי טוען שהסיבה ששומר שמסר לשומר חייב היא בגלל שפשיעתו מגדירה אותו כמעין 'גזלן', ברגע ששומר לא עומד בחיובי השמירה שלו הוא כבר לא מוגדר כשומר. ממילא הוא מאבד את זכויות הפטור המיוחדות למעמד השמירה שהוא קיבל, והבהמה נכנסת לתחום אחריותו אפילו אם תינזק באונסין. ממילא הוא מקשה: מדוע במקרה שפשע בה ויצאה לאגם פטור רבא על מתה כדרכה? על כך עונה לו רבא (שם) שהפשיעה של שומר שמסר לשומר היא פשיעה ברמה שונה מפשיעת שומר שהוציא בהמה לאגם:

אמר ליה: לדידכו דמתניתו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר - איכא לאותבה להאיא, לדידי דאמינא אנת מהימנת לי בשבועה והאיך לא מהימן לי בשבועה - ליכא לאותבה כלל.

הסבר הדברים הוא שקושיית אביי שייכת רק אם טעם חיוב שומר שמסר לשומר הוא משום שאין רצון הבעלים שבהמתו תהיה ביד מישהו שלישי, ועצם המסירה נחשבת לפשיעה. אך אם טעם החיוב הוא משום שאין אפשרות להישבע על כך שהבהמה מתה באונסין, כיוון שהבעלים לא מאמינים לאדם השלישי שאליו נמסרה הבהמה, אין קשר בין חיוב שומר שמסר לשומר לחיוב תחילתו בפשיעה וסופו באונס.

הראשונים נחלקו בפירוש מימרא זו, ולא ניכנס כאן לעובי הדיון שאינו מענייננו. הרשב"א מסביר את החילוק בין פשיעת שומר שמסר לשומר, לבין פשיעת שומר שהוציא לאגם. ננסה לדלות מתוך דבריו את היסודות לדין תחב"פ (ל"ו ע"ב ד"ה ופריק רבא):

דלא דמי פשיעה דשומר שמסר לשומר לפשיעה זו, דאלו למאי דסבירא לי דטעמא דהתם משום שאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר פושע גמור הוא ומדאפקה מרשותיה ומסרה לשומר אחר הו"ל כגזלן או כגנב וקמה ליה בהמה ברשותיה לגמרי ואפילו לאונסי מיתה... אבל פשע בהוצאה לאגם

<sup>3</sup> הבנה זו כבר כתובה בחידושי הרמב"ן שם:

"הא דאמרינן לדידכו דמתניתו אין רצוני איכא לאותובי. יש לפרש דהכי קאמר כיון דסבריתו דאין רצוני פשיעה היא הו"ל דומיא דגנב וגזלן, וכל זמן שברשותו אע"פ שמתה חייב דאי נמי שבקה מלאך המות בי שני הוה קיימא..."

תחילתו בפשיעה וסופו באונס

**פשיעה בשמירה היא ולא דידיה היא למיקם ברשותיה לכלהו אונסין אלא לאונסין שבאו מחמת אותה פשיעה אבל לא לאונסי מיתה דמה לי הכא מה לי התם.**

הרשב"א מחלק כאן בין פושע גמור שהבהמה הופכת להיות ברשותו לגמרי כגזלן, המתחייב אפילו על אונסי בהמה שמתה כדרכה, לבין שומר שעדיין נשאר בגדר שומר אלא שפשע בשמירה. שומר שפשע בשמירה לא איבד לגמרי את כל זכויות הפטור שלו ואינו מוגדר כגזלן לכל דבר, אלא רק לעניין האונסין שבאים מחמת הפשיעה.

נראה מדברי הרשב"א כי למרות שתנאי החיוב הוא שהאונס יבוא מחמת הפשיעה, הוא עדיין נובע מאותו היסוד כמו שהוצג בקושיה של אב"י הסובר שכאשר אדם פושע, הבהמה נכנסת לתחום אחריותו לעניין נזיקין לגמרי, ואילו רבא סובר שלאחר פשיעה הבהמה נכנסת לתחום אחריותו רק לעניין האונסין שבאו מחמת אותה הפשיעה, וכלפיהם הוא נחשב כגזלן, ומתחייב אפילו אם יקרה אונס.

נראה שתיאור המערכת שנוצרה לנו הוא כדלהלן: התורה קבעה כללים המגדירים את תחום השמירה של השומר ותחום החיוב שלו, אך במקרה שבו הוא פושע משתנים הגדרים. החידוש של דין תחב"פ הוא ששומר שהתנהג בצורה לא אחראית מבחינת חיובי השמירה שלו, גם תחום האחריות של החיוב שלו משתנה ביחס לכל הנזקים שמתרחשים בעקבות הפשיעה, והוא מתחייב גם על אונסין. רבא ואב"י נחלקו עד כמה הרחיבה התורה את גבול אחריות לעניין חיוב השומר בעקבות הפשיעה.

לעומת הגדרה זו של הרשב"א מצינו הגדרה אחרת ליסוד דין תחב"פ המפורשת בדברי תוס' רבנו פרץ (בבא קמא כג ע"א) ליסוד הדין:

**דהא מאן דמחייב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס עביד ליה כאלו היה סופו באותו סגנון דהוי אפשיעתו.**

נראה מדבריו שיסוד הדין הוא שאונס הבא בעקבות פשיעה מוגדר אף הוא כפשיעה, ולכן מקבל את הדינים של הפשיעה הראשונה.

נראה א"כ, שישנן שתי הגדרות שונות בראשונים ליסוד הדין של תחב"פ:

1. כאשר שומר פושע בשמירה, כל אונס שנגרר בעקבות הפשיעה הנ"ל מוגדר גם הוא כפשיעה, וממילא מתחייב עליו (שיטת תוס').

2. כאשר שומר פושע בשמירה, זכויות הפטור שקיבל השומר לכל העניינים שקשורים לפשיעה מתבטלים, והוא מתחייב גם על אונסים (שיטת הרשב"א).

לקמן נרחיב על משמעות הצורך בקשר שבין הפשיעה לבין האונס לפי כל אחת מהאפשרויות הללו.

### ג. תחילתו בגניבה ואבידה וסופו באונס

סוגיה נוספת המופיעה במסכת בבא מציעא (צג ע"ב) דנה במקרה של שומר שעלה לעיר והשאיר את הבהמות שבאחריותו ללא שמירה. מדעת אביי בסוגיה עולה ששומר שכר שעלה לעיר בזמן שדרך אנשי העיר לעלות ובהמותיו נאנסו, אינו מתחייב על כך. זאת למרות שחיובו של שומר שכר הוא גדול יותר מאשר דרך השמירה הסטנדרטית של בני אדם, והוא מחויב להיות עם בהמותיו כל הזמן ולהגן עליהם מפני כל אונס. התוספות (ד"ה אי) מקשים מדוע לפי אביי לא חייב שומר שכר מדין תחב"פ? מה מועילה העובדה שהוא עלה בזמן שדרך בני אדם לעלות אם הוא שומר שכר?

וא"ת לאביי נמי דמוקי לה בעידנא דעיילי אינשי מי ניחא והא מ"מ אם היה יכול להציל חייב אלמא תחילתו בפשיעה הוא וי"ל **דלא חשיב ליה פשיעה אלא גניבה ואבידה ויש ללמוד מכאן דתחילתו דכעין גניבה ואבידה וסופו באונס דפטור.**

תשובתם של התוספות היא שעלייה לעיר בזמן שדרך בני אדם לעלות אינה מוגדרת כפשיעה אלא כעין גניבה ואבידה (להלן - גו"א), והדין של תחב"פ אינו קיים ביחס לפשיעה לא גמורה.

יסוד זה מפורש בדבריהם של מספר ראשונים אחרים.<sup>4</sup> אך כאן אנו נצרכים לשאול: מה ההיגיון ליסוד זה? מדוע שלא נחיל את דין תחב"פ אצל שומר שכר במה שמוגדר כפשיעה לפי חיוב שמירתו?

נפנה לראות את דבריהם של ראשוני ספרד, שפירטו יותר בהטעמת הדין. תחילה בחידושי הרמב"ן (ב"מ צג ע"ב):

מ"מ כיון שלא פשע פשיעה גמורה מתחלה ועד סוף וסופו באונס גמור פטור. ושמעי' מהא דהא דאמר' תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב **דוקא בשפשע פשיעה גמורה** ששומר חנם מתחייב בה, אבל אם לא פשע פשיעה גמורה אע"פ שלא שמר כדרך שהיה לשומר שכר לשמור ותחלתו בכעין גנבה ואבידה וסופו באונס ששומר שכר פטור בו אף זה פטור, שאע"פ שלא שמר מתחלה כל צרכו כיון שלא פשע פטור הוא.

בדבריו מודגש שדוקא בפשיעה גמורה נאמר היסוד של תחב"פ. גם בדברי הריטב"א (שם) מודגש יסוד זה:

...בדעל בעידנא דעיילי אינשי אין זו פשיעה גמורה אלא כגנבה ואבדה וכל שתחלתו בגנבה ואבדה וסופו באונס פטור.

---

<sup>4</sup> עיין חידושי הרמב"ן, הריטב"א והמאירי על אתר.

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס

מדבריהם עולה שהסיבה שאין כאן דין תחב"פ היא שהדין נאמר דווקא בפשיעה גמורה, למרות שמדובר על מעשה שמתחייב עליו שומר שכר. נראה שלפי יסוד דין תחב"פ שהסברנו בשיטת הרשב"א ניתן להסביר מדוע הדין לא קיים בתחילתו בגו"א כך: החיוב בתחילתו בפשיעה נוצר בגלל שהשומר מוגדר כמעין 'גזלן' לעניינים מסויימים כיוון שהוא מתנהג בצורה בלתי אחראית שמוציאה אותו מגדרי שומר ביחס אליהם, למקרים הקשורים לסיטואציית הנוק. הגיוני מאוד לטעון שדווקא מעשה של פשיעה גמורה מפקיע מהשומר את זכויות הפטור הרגילים שלו ומחיל עליו דינים של גזלן לעניינים מסויימים. אמנם אם שומר שכר יפגע ברמה של גו"א הוא יתחייב, אך זה לא מכריח שפשיעה ברמה כזאת תחיל עליו את דיני תחב"פ שמשמעותם ביטול דיני שומר.

אך ע"פ היסוד שהעלנו בשיטת רבנו פרץ, ושמסתבר מפירוש התוספות למחלוקת אביי ורבא בדין מתה באגם כדרכה, לא ברור מדוע דין תחב"פ קשור דווקא בפשיעה גמורה ואינו קיים במקרה של גו"א הרי אם שומר שכר מתחייב על פשיעה ברמת גו"א, כל אונס שנוצר בעקבות פשיעה כזאת אמור להיות גם הוא מוגדר ברמת פשיעה של גו"א.

קושיה מעין זו הקשה הגרע"א (בי"מ לו ע"ב) על הסוברים שחיוב תחב"פ תלוי בקשר שבין הפשיעה לבין האונס:

**וגם לשיטת הרי"ף אפשר לומר דתחילתו בגניבה ואבידה וסופו באונס חייב, והיינו דדוקא התם באגם שלא בא האונס מחמת הפשיעה אלא דמ"מ חייב לאביי וע"כ מטעם דקם ליה ברשותו כגזלן משעת פשיעה... וא"כ פשיטא דיש לחלק דבגניבה ואבידה דקרוב לאונס לא קם ברשותי, אבל לרבא דבעינן אונס מחמת פשיעה ובפשיעה גמורה פטור וע"כ דלא קם ברשותי כגזלן ואפ"ה אם בא מחמת פשיעה דמה שנגרר מחמתו חל שם פשיעה אכולי י"ל הכי ג"כ בגניבה ואבידה דמה שנגרר מחמתו מקרי כולה גניבה ואבידה.**

הגרע"א מבין שלכל מי שאומר שיש צורך בקשר בין הפשיעה לבין האונס כדי לחייבו, יסוד הדין הוא שהאונס הנגרר מחמת הפשיעה מוגדר כפשיעה, ושבזה נחלקו אביי ורבא לפי פירושו של הרי"ף. ממילא הוא מקשה מדוע שלא יהיה כך גם כאשר הפשיעה היא ברמת גו"א, לפחות לשיטת רבא!

## יסוד חיוב שומר שכר בגניבה ואבידה

נציע שהבנת הדברים קשורה למחלוקת עקרונית הקיימת ביסוד החיוב של שומר שכר בגניבה ואבידה, שאותו ניתן להבין באחד משני אופנים:

1. **רמת האחראיות** של שומר שכר גבוהה מזו של שומר חנם, בדומה לדין של שואל החייב באונסין. סיבת החיוב בגניבה ואבידה אינה קשורה לכך שהשומר פגע בשמירה שהוא קיבל על עצמו, אלא לכך שהוא התחייב לשלם גם במקרים נוספים, כמו ששואל התחייב לשלם גם על אונס למרות שכלל לא היה אשם.

2. **רמת השמירה** של שומר שכר גבוהה מרמת השמירה של שומר חינוס, וכל ירידה מרמת שמירה זו מחייבת אותו **מדין פשיעה**, כמו שמתחייב שומר חינוס על פשיעה גמורה. מה שמבדיל בין שומר שכר לשומר חינוס הוא הגבול שמגדיר מה היא פשיעה, כיוון ששומר שכר קיבל עליו חובת שמירה גדולה יותר.<sup>5</sup>

נראה שבשאלה זו נחלקו התוספות והרא"ש מחד, למול בית המדרש של הרמב"ן ותלמידיו מאידך:

הגמרא בפרק הכונס (ב"ק נו ע"א) דנה בהגדרת מעשהו של ליסטים מזויין, האם זה נחשב לגניבה או לגזילה. התוספות שם (ד"ה כגון שטענו) דנים מה היחס בין גניבת ליסטים מזויין לכל גניבה אחרת שלא ניתן להתגונן ממנה:<sup>6</sup>

ונראה לר"י דכיון שחייב הכתוב שומר שכר בגניבה וסתם גניבה קרובה לאונס כדאמרין בהשואל **סברא הוא דבכל ענין שתהיה הגניבה יתחייב מגזרת הכתוב אפילו באונס גמור** ואף על גב דבלסטים מזויין דהיינו שבויה דקרא פטר בו הכתוב אף על פי שאין אונסו גדול יותר ודוחק.

לדעת ר"י יסוד החיוב בגניבה ואבידה אינו בגלל שיש על השומר יותר חיובי שמירה, שהרי גם בגניבת אונס יש חיוב למרות שלשומר לא הייתה שום יכולת התגוננות. כיוון שסוף סוף היא מוגדרת כגניבה, וחיובו תלוי באחריות שהוא קיבל כלפי מקרים שמוגדרים כגניבה, ולא בגלל רמת שמירה שהוא מחוייב בה. ממילא קשה מה בדיוק ההבדל בין גניבת אונס לליסטים מזויין (למ"ד שליסטים מזויים גנב הוא), וכן מדוע אין זו גניבת אונס שחייבים עליה? מ"מ מדברי ר"י עולה היסוד כי חיוב שומר שכר בגניבה ואבידה הוא מכיוון שרמת האחריות שלו עלתה ולא רמת הפשיעה.

כשיטה זו נוקט גם הרא"ש (פ"ו, ס"ה) בסוגיה שם:<sup>7</sup>

**אלא כל שם גניבה** אע"פ שבאת ע"י אונס גדול חייב עליו שומר שכר **ואע"פ שהאונס גדול**.

מפורש בדבריו שיסוד החיוב אינו בגלל פשיעתו של השומר אלא בגלל 'שם גניבה', סוג נזקים מסויים שכלפיו קיבל השומר אחריות.

הרשב"א ושאר ראשוני ספרד חולקים על הבנה זו בכמה מקומות בש"ס, נביא אחד מהם (חידושי הרשב"א, מסכת ב"ק מה ע"א):

<sup>5</sup> ראה: ר' דוד הנשקה, 'משנה ראשונה בתלמודם של תנאים אחרונים', עמוד 39-42, שהציע שבשתי האפשרויות הללו נחלקו כבר האמוראים.

<sup>6</sup> כגון שומר שהטמין את הפיקדון מאה אמה בקרקע (תוס' ב"מ מב, א, ד"ה אמר).

<sup>7</sup> וכך נראים גם דברי הרא"ש במסכת בבא מציעא פ"ג ס"י כא. גם מדברי התוספות במסכת ב"ק (קח ע"ב ד"ה נגנבה) משמע כך. ואמנם התוספות במסכת ב"מ (מב ע"א ד"ה אמר שמואל) מתלבטים בנקודה זו ואינם פושטים האם מתחייבים על גניבת אונס או לא. אך לענ"ד נראה שהתלבטותם אינה בגדר חיוב שומר שכר אלא האם להגדיר מקרה של גניבת אונס או כגניבה. הטענה המרכזית של הפוסטים שם היא ש"תמהון גדול הוא למה לא יהא אונס אם העמיק בקרקע ק' אמות", ומה ההבדל בין זה לבין ליסטים מזויין שלכו"ע מוגדר כאונס (ב"ק נו, א) ופטורים עליו?

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס

ולאו למימרא שאם שמר שמירה מעולה דהיינו שנעל בדלת הראויה לעמוד בפני כל רוח שיהיו שומר שכר והשוכר פטורין מלהשיב לבעלים, דאין שומר שכר והשוכר פטורין אפילו בשהקיפה חומה של ברזל עד **שיהא יושב ומשמר** וכדאמרין נמי בפרק הפועלים (צ"ג ע"ב) עד היכן שומר שכר חייב לשמור עד הייתי ביום אכלני חורב וקרח בלילה וכן אמרו עד ותפול שבא ותקחם.

ראשוני ספרד טוענים שישנו חיוב שמירה מיוחד הקיים דווקא אצל שומר שכר והוא להיות אצל החפץ ולשמור עליו בצורה אקטיבית כל הזמן. שומר צריך למלא רמת שמירה זו, ואם מלאה אינו מתחייב. לרמב"ן ולרשב"א מחלוקת צדדית בגבול של הדין הזה (במקרה שהאונס היה בגופו של השומר) שלא ניכנס אליה, אך כולם מסכימים שישנו חיוב שמירה יותר גדול על שומר שכר, ולא רק רמת האחריות היא שעולה.<sup>8</sup>

אם מקבלים הבנה זו, נראה שניתן לתרץ את קושייתו של הגרע"א שהבאנו לעיל באופן פשוט. כיוון שלשיטת התוספות החיוב בגו"א אינו בגלל שנחשב לפשיעה אלא בגלל שהוא בתוך תחום אחריותו, אין כלל מקום לחייב בתחילתו ככעין גניבה ואבידה וסופו באונס, כיוון שאין שום יסוד של פשיעה שניתן להשליך על האונס. הדבר דומה לשואל (שמתחייב באונסין) שנפטר במקרה של מתה מחמת מלאכה, למרות שתחילתו הייתה באפשרות למיתה באונסין, שהיה מתחייב עליה. אך לדעת הרשב"א שיסוד הדין של שומר שכר הוא שיש לו גדרים אחרים של פשיעה, כיוון שרמת השמירה שהוא מחוייב בה שונה, נראה שממילא ניתן לומר שיש פטור בתחילתו בגו"א וסופו באונס בגלל שהבין שיסוד הדין של תחב"פ הוא שהפשיעה מורידה מהשומר את זכויות הפטור שלו, וזה מתקיים רק בפשיעה גמורה,<sup>9</sup> וכנ"ל.<sup>10</sup>

ניתן להביא מעין ראייה נוספת לכך שהפטור בתחילתו בגניבה ואבידה נובע משתי סיבות שונות. לאחר שהתוספות בב"מ (צג ע"ב ד"ה אי הכי) מחדשים שאין דין תחב"פ כשתחילתו בגניבה ואבידה, הם מעלים הוא אמינא להביא לכך ראייה מסוגיית שומר שמסר לשומר. רב

<sup>8</sup> עיין עוד בחידושי הרמב"ן והרשב"א לב"מ דף מב ע"א.

<sup>9</sup> עיין בדברי הפלפולא חריפתא (פ"ו, ס"ה, ה, אות ו) שכתב על דברי הרא"ש שהביא את שיטת התוספות בחיוב שומר שכר בגניבת אונס: "דחמנא חייביה על כל גניבה ולא שייך ג"כ תחילתו בפשיעה וסופו באונס..." דבריו קצת סתומים אך ייתכן שרמז לדברינו.

<sup>10</sup> לעני"ד הדברים קשורים גם למחלוקתם של התוספות והרמב"ן בגדר אדם מועד לעולם. לדעת התוספות (ב"ק כז ע"א ד"ה ולשמאל) אדם חייב רק באונס כעין אבידה ולא באונס כעין גניבה, והקשה עליו הרמב"ן (בחידושו לב"מ פב ע"ב) איך ייתכן שחיוב אדם המזיק, שנאמר עליו שחייב גם באונס, הוא פחות מחיובו של שומר שכר החייב בגנו"א. הרשב"א גם הוא מחלק בין אונס גמור לאונס שאינו גמור אך אינו נוקט שאדם פטור מאונס שהוא כעין גניבה אלא רק מאונס גמור (עיין בחידושו לב"ק שם). נראה שלפי התוספות החיוב על אונס כעין גניבה אינו קשור למעשה פשיעה אלא לאחריות שמקבל השומר, ואחריות זאת אינה קיימת באדם המזיק כיוון שהוא חייב על מעשה פשיעה. באונס כעין אבידה יש כבר יותר מימד של פשיעה ואדם המזיק מתחייב עליו כיוון שהוא חייב גם באונס, אך חיוב שומר שכר אינו נובע מכך שפשע (שהרי אי"כ שיש משתווה לאדם המזיק) כיוון שמבחינת הפשיעה אין הבדל בין שומר שכר לשומר חייב, וחייבו גם באבידה וגם בגניבה הוא בגלל האחריות שקיבל. הרשב"א והרמב"ן נוקטים שחיוב בגו"א נובע מגדרי פשיעה, ולכן לא שייך לומר שחיובו של שומר שכר יהיה חמור מחיובו של אדם המזיק, שהוא מועד לעולם. ועיין בקונטרסי שיעורים לב"ק בדין אדם מועד לעולם, שקישר גם הוא בין שתי המחלוקות. (שיעור יד' אות ז', עמ' קכז-קכח).



(בב"מ לו ע"א) סובר ששומר שמסר לשומר פטור, אפילו במקרה ששומר שכר מסר לשומר חינם. מעשה כזה מוריד את רמת השמירה על החפץ, ולכאורה עצם מעשה ההעברה לשומר ששומר ברמה פחותה מהווה מעשה פשיעה של גו"א, ובכל זאת פוטר רב במקרה שהחפץ נאנס אצל השומר השני, למרות שתחילתו בגו"א. אך התוספות במקום ותוס' הרא"ש שם כותבים שלא ניתן להביא ראיה משם כיוון שלא בטוח שהשומר חינם לא ישמור בצורה שמספיקה גם לגו"א ואם כן הפשיעה היא לא מוחלטת. הרמב"ן (בחדושי שם) חולק, ולדעתו ניתן להביא משם ראיה. נראה שאם מבינים שיסוד הדין הוא שהפשיעה בהתחלה מגדירה את האונס כפשיעה, ניתן בהחלט להבין את סברת התוספות שבמסירה לשומר חינם אין פשיעה ודאית לעניין גו"א, כי ייתכן שהשומר ישמור. אך אם הנקודה היא שמעשה הפשיעה מגדיר שהאדם מפסיק להיות שומר אחראי, ואם כן הוא מאבד את זכויות הפטור שלו והחפץ נכנס לתחום אחריותו גם לעניין אונסין, לא משנה העובדה שיתכן ושומר החינם כן ישמור מפני גניבה ואבידה, אלא השאלה היא מה השומר עושה. ברור שכאשר שומר שכר מעביר את הפיקדון לשומר חינם הוא מפסיק להיות שומר לעניין גו"א, וזהו המעשה החמור ביותר שעל ידו הוא יכול להביע התנהגות הפוכה להתנהגות המצופה ממנו כשומר שכר. וזאת למרות שבמציאות יכול להיות שהשמירה החמורה עדיין קיימת. ממילא אם מעשה פשיעה של גניבה ואבידה היה חמור דיו בשביל להוריד את זכויות הפטור מהשומר ולהחשיבו כגזלן ביחס לחפץ, כן היה שייך דין תחב"פ בהעברה של שומר שכר לשומר חינם.

#### ד. הקשר בין הפשיעה לבין האונס

ראינו שלפי שתי האפשרויות שהעלנו החיוב על תחב"פ קיים רק כאשר יש קשר בין הפשיעה לבין האונס. ננסה להבין מה משמעות הצורך בקשר בין הפשיעה לבין האונס לפי כל אחד מהאפשרויות שהעלנו ביסוד הדין.

לפי ההסבר הראשון שעלה במפורש מתוך דברי רבנו פרץ, ברור מדוע צריך שיהיה קשר בין הפשיעה לבין האונס: על מנת שנוכל לומר שהאונס עצמו מוגדר כפשיעה, חייבים לומר שהאונס קרה בגלל פשיעה, אך אם אין שום קשר ביניהם אין סיבה שנתייחס אל האונס כפשיעה.

אך לפי ההסבר השני שהבאנו בשם הרשב"א יש לשאול: מה משמעות הצורך בקשר בין הפשיעה לבין האונס? לכאורה כיוון שהאדם פשע ואיבד את זכויות הפטור שלו, הדין נותן שיהיה חייב על כל האונסין שיבואו מכאן והלאה. אך בדברי הרשב"א לעיל ראינו שדין זה יהיה קיים רק במקרה שהשומר הפסיק את שמירתו לגמרי כגון שמסר את הפיקדון לאחר (דין שומר שמסר לשומר חייב). אך במקרה של פשיעה בשמירה יש צורך בקשר בין הפשיעה לבין האונס על מנת שאונסי הבהמה יהיו באחריות השומר. מדוע?

נראה שההסבר לכך עולה מתוך הסוגיה בבבא מציעא (לו ע"ב) עצמה. הגמרא אומרת שגם אביי מודה שאם שומר הוציא את הבהמה לאגם והחזירה לביתה, ורק לאחר מכן היא מתה כדרכה, לא יהיה חיוב מדין תחב"פ. לשיטת הרי"ף, שהחיוב של אביי במתה כדרכה באגם

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס

קיים גם כשאין קשר בין הפשיעה לבין האונס, מדוע משתנה הדין כאשר היא מתה כדרכה לאחר שחזרה לבית השומר? הרי הבהמה 'קמה ליה ברשותיה' לכל אונסין, ומרגע זה ואילך לכאורה דינו כגזלן. אלא שברור שגם לפי דעה זו השומר מקבל את חיובי האונסין **הקשורים לסיפור ולמציאות של הפשיעה**, ולא לסיטואציות שמתרחשות לאחר שכל האירוע של הפשיעה הסתיים. נראה לומר שלכוי"ע היסוד של תחב"פ הוא שכלפי כל הסיטואציות הקשורות למעשה הפשיעה, השומר מוגדר כגזלן שמתחייב באונסין. מחלוקתם של אב"י ור"ב היא למעשה מהו הגבול שתוחם ומגדיר את הנזק כחלק מהסיטואציה של הפשיעה. לדעת ר"ב רק דברים שקשורים מבחינה סיבתית לפשיעה מוגדרים כחלק מהסיפור של הנזק, ורק כלפיהם נחשב השומר לגזלן ומאבד את זכויות הפטור. לדעת אב"י, נראה כי כל עוד הפשיעה עדיין קיימת, השומר מקבל שם של גזלן כלפי כל מקרה שיקרה לפיקדון, אבל ברגע שהפשיעה מסתיימת הוא חוזר להיות שומר רגיל.

כמובן שהתוספות לא נצרכים כלל לכל המהלך הזה, לשיטתם גם אב"י סובר שהחיוב במתה כדרכה באגם קיים דווקא בגלל ההנחה שההבל של האגם הוא שגרם למוות, כך שיש קשר בין הפשיעה לבין האונס, וממילא ברור מה החילוק בין מתה באגם לבין מתה בביתה לאחר שהחזירה לאגם. כשמחזירה לביתה כבר לא קיימת הפשיעה של ההבל של האגם וממילא לא ניתן לתלות את האונס בפשיעה הראשונה.

אם כן, ניתן להבין בשתי אפשרויות יסודיות שונות את הצורך בקשר בין הפשיעה לבין האונס:

1. שיטת תוספות – האונס לא מוגדר כפשיעה אלא אם כן הוא נוצר מחמת הפשיעה הראשונה.
2. שיטת הרשב"א – החיוב על האונס חל רק כשהוא חלק מסיטואציית הפשיעה. העובדה שיש קשר בין הפשיעה לבין האונס היא ה**סימן** לכך שהאונס והפשיעה נחשבים באותה הסיטואציה שכלפיה הוגדר השומר כגזלן.

## סוג הקשר בין הפשיעה לבין האונס

נראה ששתי התפיסות הללו משפיעות גם על סוג הקשר שצריך להיות בין הפשיעה לבין האונס. כפי שראינו, מוסכם שלפחות לדעת ר"ב אין חיוב על אונס אם הוא לא קשור אל הפשיעה, השאלה היא מה רמת הקשר שצריכה להיות בין הפשיעה לבין האונס. המקרה הקלאסי הוא המקרה שבו פתחנו – צריפא דאורבני. האדם שם את החפץ במקום שאינו שמור מפני שריפות, אבל שמור מפני גניבה, ובסופו של דבר הוא נגנב. האדם לא היה אמור לחשוש שבמקום הזה תתרחש גניבה, אך בסופו של דבר הנחת החפץ במקום הזה היא זו שגרמה שהחפץ ייגנב, כיוון שהגנבים הגיעו דווקא לשם. כיוון שהאדם פשע בכך ששם במקום ההוא, יש **קשר סיבתי** בין הפשיעה לבין האונס – הסיבה לאונס הייתה מעשה הפשיעה. במקרה כזה כולם מסכימים שיש חיוב לפי פסק הגמרא שם.

נציג כאן מקרה יותר עדין מבחינת הגדרתו, שמופיע בדיני נזיקין ולא בדיני שומרים. בפרק הכונס בב"ק (נו ע"א) דנה הגמרא במקרה בו האדם שם את הבהמה מאחורי כותל רעוע שיש חשש שייפול וממילא הבהמה תצא ותזיק. בסופו של דבר הבהמה חתרה מתחת לכותל ויצאה החוצה, שזה מקרה שלא היה צריך לחשוש לו והיה יכול לקרות באותה המידה גם אם היה מדובר בכותל בריא. הגמרא אומרת כי לפי השיטה שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, הדין כאן צריך להיות שחייב. הקשה על כך הרא"ש (הובא בשטמ"ק בבא קמא נו ע"א):

וא"ת והלא לא בא האונס מחמת הפשיעה דאפילו שהיה הכותל בריא היה יכול לחתור. לפירוש רש"י ניחא שפירש שחתרה **והפילה הכותל** על ידי חתירתה הרי מחמת הפשיעה שהיה רעוע בא האונס שאם היה בריא לא היה נופל בחתירה...

לדעתו לא מדובר שהבהמה רק חתרה מתחת לכותל אלא שעל ידי החתירה הכותל נפל וממילא הבהמה יצאה כדרכה. וכן כתבו התוספות (נב ע"ב ד"ה ושכ"ח), וכן הוא בתוס' רבנו פרץ.

לעומתם מביא השטמ"ק את דעת הרא"ה:

תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא שהרי פשע כשהניחה שם, ומפני שהניחה שם גם כן בא האונס שחתרה.

אם כן, לדעת הרא"ה ההתייחסות למקרה זה היא כאל מקרה שבו האונס בא בגלל הפשיעה, ולדעת הרא"ש ובעלי התוספות לא. לכאורה דברי הרא"ש נראים יותר מובנים, איזה קשר יש בין העובדה שהאדם פשע ביחס לנפילת הכותל לבין העובדה שהבהמה חתרה מתחתיו? האם יש לפנינו מחלוקת בהגדרת המציאות גרידא? נראה שלא.

הרא"ה מטעים את דבריו. כיוון שהאדם פשע בהנחה מאחורי כותל רעוע, הרי הוא חייב על החתירה מכיוון שהחתירה נסובה בעקבות ההנחה. מה פירוש הדברים? הרי העובדה שהאדם הניח אותה במקום הזה היא מקרית, וגם אם היה מניחה במקום אחר ייתכן שהייתה חותרת באותו האופן!

אם כן נראה שלפנינו יסוד של קשר חדש בין הפשיעה לבין האונס. אין כאן קשר סיבתי מוחלט אלא קשר מקרי, כלומר, האונס קרה באותה הסיטואציה שבה התרחשה הפשיעה, שהרי הפשיעה הייתה ביחס לשימת הבהמה במקום שקל לצאת ממנו ע"י נפילת הכותל, ולבסוף קרה אונס שבו הבהמה יצאה מאותו המקום ממש על ידי חתירה מתחת לכותל. האם קשר כזה מספיק כדי לחייב מדין תחב"פ? נראה שהדבר תלוי ביסוד הדין של תחב"פ; אם מבינים שבתחב"פ האונס נגרר אחר הפשיעה והופך להיות גם הוא לפשיעה, יש צורך בקשר סיבתי משום שהסברה היא שכיוון שהפשיעה גרמה לאונס הוא מעין המשך שלה. אך אם מבינים את יסוד הדין כמו ההבנה השנייה שהעלנו בשיטת הרשב"א, הצורך בקשר אינו בשביל להגדיר את האונס כהמשך של הפשיעה אלא בשביל להגדיר את האונס כמשויד לסיטואציה של הפשיעה, וממילא גם קשר מקרי כמו כאן מספיק. כיוון שהאדם פשע בהנחה במקום, כל האונסים שקשורים ליציאת הבהמה מאותו המקום מתחייב בהם

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס

הפושע מדין תחב"פ, וכמו שכתב הרא"ה, "שהרי פשע כשהניחה שם ומפני שהניחה שם גם כן בא האונס שחתרה".<sup>11</sup>

### ה. תחילתו בפשיעה וסופו באונס בדיני נזיקין

עד לדיון האחרון עסקנו רק בדיני שומרים, שבהם קל יותר להבחין בין שתי האפשרויות ביסוד הדין. כיוון שלשומר יש אחריות על הבהמה שהוא מקבל, ניתן להבין את החיוב מדין תחב"פ או בגלל שהאונס מוגדר כפשיעה ממש או בגלל שהשומר מאבד את זכויות הפטור שלו לעניינים מסויימים ומתחייב להחזיר את הפיקדון בכל אופן. אך בדיון האחרון הסברנו ששני היסודות באים לידי ביטוי גם בדיני נזקי ממון. לפני שננסה להסביר את שתי האפשרויות בתוך המבנה של חיובי נזקי ממון, נפנה לראות את המקור המרכזי בגמרא (בבא קמא כא ע"ב) שממנו עולה הדין של תחב"פ בנזיקין:

**מתני'.** הכלב והגדי שקפצו מראש הגג ושרבו את הכלים - משלם נזק שלם, מפני שהן מועדין...

אדם המעלה את כלביו לראש הגג, זהו מעשה פשיעה כיוון שדרך הכלבים לקפוץ מהגג וממילא לשבור כלים דרך קפיצתם. דייקה מכך הגמרא:

**גמ'.** טעמא דקפצו, הא נפלו - פטור, אלמא קסבר: תחלתו בפשיעה וסופו באונס - פטור. תניא נמי הכי: הכלב והגדי שקפצו מראש הגג ושרבו את הכלים - משלם נזק שלם, נפלו - פטורין. הניחא למ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס - פטור, אלא למ"ד חייב מאי איכא למימר? כגון דמקרבי כלים לגבי כותל, דכי קפצי בקפיצה לא נפלי עליהו, ואפילו תחלתו בפשיעה ליכא.

בעל הכלב פשע בכך שהעלה את כלביו לגג, כיוון שהכלב יכול לקפוץ משם אל חצר חברו ולהזיק, אך הגמרא מניחה שלדעת האומרים "תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב", גם אם הכלב יפול מהגג באונס וישבור כלים, בעליו יהיה חייב בנזקו. אם כן, למדנו מכאן שדין תחב"פ שייך גם בנזיקין.

---

<sup>11</sup> גם מדברי הרמב"ם (נז"מ ד, א) משמע שיציאת הבהמה הייתה בלי להפיל את הכותל הרעוע, ובכל זאת חייב. היחזון יחזקאל" (השמטות לבי"ק, בחלק הראשון של דבריו) הקשה מדוע יש חיוב, הרי אין כאן קשר בין הפשיעה לבין האונס, והוכיח מכאן שלפי הרמב"ם בנזיקין אין צורך כלל שיהיה קשר בין הפשיעה לבין האונס. לפי זה הוא נצרך להסביר בדברי הרמב"ם שאין דין תחב"פ בבור, כיוון שהרמב"ם פוסק את הסוגיה שנביא לקמן, בדף נב עמוד ב, שאדם שכרה בור וכסה אותו כיסוי הראוי לשוורים ולא לגמלים, ובסופו של דבר הכיסוי התלע מתוכו באונס ונפלו בו גמלים ונזקו, פטור בעל הבור על הנזק, פושע לעניין גמלים והתלע מתוכו פטור, וכשיטת בעה"מ על הרי"ף (כב ע"ב), עיין שם. לפי דברינו אין בכך כל צורך כי ייתכן שסבר כמו שפירשנו בדעת הרא"ה, ודווקא באונס של "מה לי הכא מה לי התם" הוא פטור, ולכן גם אין חיוב על המקרה הנ"ל בבור.

נעיר כי גם הרשב"א שבמקרים רבים במסכתנו מביא את קושיות התוספות ותירוציהם לא הזכיר את האוקימתא של הרא"ש ושל התוספות לא בסוגיה כאן ולא בסוגיה בדף נב, ב שם מועלה העניין בתוך דברי התוספות.

הראשונים התלבטו בהבנת המשנה ע"פ ההעמדה הסופית של הגמרא. הגמרא מעמידה שיש כלים קרובים לכותל, וכלב שקופץ קופץ רחוק וממילא אין כאן תחילתו בפשיעה כיוון שלגבי הכלים הקרובים לא הייתה פשיעה, וממילא פטור אם נפל באונס (בנפילה, הנזק הוא רק לכלים הקרובים כיוון שלא נופלים רחוק). אך אם כן, לא ברור מהו המקרה בו שנתה המשנה שאם קפצו משלמים נזק שלם: אם הכלים קרובים איך ייתכן שבקפיצת הכלב עליהם הם נשברים?

הרשב"א הסביר את הגמרא בצורה מפתיעה ביותר, לדעתו כלבים כן יכולים גם לקפוץ קרוב אלא שאין דרכם בכך ולכן אין חיוב מדין תחב"פ:

וי"ל דלגבי קפיצה קרוב לכותל לא חשבינן ליה בתחלתו פושע גמור שיתחייב עליו אף על האונס שבסופו, דאפילו למ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב לא אמר אלא במקום פשיעה גמורה, אבל מ"מ כל שקפצו אפילו סמוך לכותל כיון דמדעתן קפצו ופעמים קופצים כן לא חשבינן ליה משונה ונזק שלם משלם, כנ"ל.<sup>12</sup>

יש לפנינו מקרה שלמרות שתחילתו בפשיעה, שאם הייתה מתרחשת קפיצה היה הבעלים מתחייב בנזק שלם, לא חל דין תחב"פ. מה ההיגיון לכך? איך ייתכן שיהיה חיוב מלא אם יתרחש הנזק בעקבות הפשיעה, ובכל זאת אם בסוף יהיה אונס לא יהיה חיוב, הרי כאן האונס חל מחמת הפשיעה לגמרי (בגלל שהעלם לגג הכלבים נפלו)?

דברים דומים עולים מתוך דברי הנימוקי יוסף בסוגיין. הנימוקי יוסף חולק על הרשב"א וסובר שאם הכלב יקפוץ על כלים קרובים, יתחייב רק חצי נזק כיוון שקפיצה כזו היא משונה, ועל כך הוא אומר:

...וגם לענין נפילה, אונס הוא, דאין דרכן ליפול ואין לחייב מטעם תולדה דקרו לומר שיוכלו לשנות בקפיצה שיקפצו סמוך לכותל על הכלים וחייבין חצי נזק... וא"כ כי נפלו נמי ליחייביה חצי נזק, דלגבי חצי נזק תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא, הא ליתא דכי אמרינן תחלתו בפשיעה [כו'] פשיעה גמורה קא אמרינן אבל שינוי דלאו אורחיה לאו פשיעה גמורה היא...

לשיטתו כיוון שהקפיצה מוגדרת כשינוי ומתחייב עליה בעיקרון רק חצי נזק, אם בסופו של דבר הכלבים נפלו אפילו חצי נזק לא ניתן לחייב מדין תחב"פ כיוון שהדין קיים רק אם בתחילה נעשתה פשיעה גמורה. נראה שגם הרשב"א וגם הנימוקי משתמשים כאן באותו העיקרון שעלה משיטת בית המדרש הספרדי בדין תחילתו בגו"א וסופו באונס בדיני שומרים: כיוון שיסוד דין תחב"פ הוא ביטול זכויות הפטור שיש לאחראי על הנזק, ביטול זה קיים רק אם ישנה פשיעה גמורה, וגם אם האדם עשה מעשה שמתחייב עליו (ולשיטת

<sup>12</sup> בעלי התוספות והרא"ש הסבירו בכיוונים אחרים שנובעים מאותו העיקרון, לא הבאנו את דבריהם כיוון שהם אינם תורמים לדיונו באופן ישיר.

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס

הרשב"א אפילו אם היה אמור להתחייב עליו נזק שלם!<sup>13</sup> אין זה אומר שהאונס יגרר אחר הפשיעה ויתחייב גם עליו, כיוון שאין זה יסוד הדין.<sup>13</sup>

אך לכאורה הסבר זה ברשב"א ובנימו"י משולל כל הבנה. מה עניין הסברנו בשיטתם ביסוד דין תחב"פ בשומרים לדיני נזיקין? בהבנה ראשונית, דווקא בשומרים ניתן לומר שיסוד הדין הוא שהשומר מאבד את זכויות הפטור שלו לגבי החפץ, שנכנס לגמרי לתחום אחריותו כגזלן, אך מה ניתן לומר לעניין נזיקין? חיוב נזקי ממון הוא על אי השמירה על הממון שהזיק, והחיוב יכול להתקיים רק אם נגדיר את האדם כפושע ביחס לנזק שקרה, ולכאורה נראה שדין תחב"פ יכול להתבאר רק לפי היסוד המגדיר את האונס הנגרר אחר הפשיעה כפשיעה.

ישנה חקירה בדבר יסוד החיוב בדיני נזיקין: האם החיוב נובע מפשיעת האדם בשמירה על ממונו, או שהחיוב נובע מעצם העובדה שממונו של האדם הזיק וסיבת החיוב לא נובעת מהפשיעה של האדם בשמירה, אלא שאם שמר יש לו פטור של אונס. ננסה להרחיב ולבאר את האפשרות השנייה, ועל פיה להסביר את יסוד הדין של תחב"פ בשיטת ראשוני ספרד.

נראה שאת היסוד של ממון המזיק ניתן להבין באחת משתי אפשרויות. ההבנה הפשוטה והנפוצה יותר היא שעצם העובדה שממונו של האדם הזיק מחייבת את בעליו, כיוון שהוא שיידך לו, וממילא גם מעשיו ונזקיו הממוניים משויכים אליו.<sup>14</sup> סיבת החיוב אינה הפשיעה של האדם שאפשרה לממון להזיק, אלא עצם העובדה שממונו הזיק מספיקה על מנת לחייב על בעליו, כאילו הוא עצמו זה שהזיק. גם לפי הבנה זו נראה שאין כל כך אפשרות לדמות את יסוד החיוב של תחב"פ שהעלנו בשיטת הרשב"א בדיני שומרים לדיני נזיקין. לפי הבנה זו, כדי לחייב את האדם על נזקי ממונו אנחנו שואלים האם הוא זה שגרם לנזק, וחיובו לשלם נובע רק משעת הנזק שקרה. עדיין אין מקום להתייחס אל האדם כמזיק או גזלן עוד קודם לשעת הנזק עצמו, ולכן אם הנזק היה באונס, למרות שתחילתו הייתה בפשיעה אי אפשר לומר שהפשיעה מגדירה את האדם כמעין 'גזלן'. ההבנה שהפשיעה מחילה על הפושע שם 'גזלן' אפשרית דווקא במקרה של שומר שיש כלפיו חיובים וזכויות עוד קודם לשעת הנזק עצמה, מכח האחריות שהוא קיבל כאשר הופקד אצלו החפץ, ולא בחיוב נזיקין שמתחיל רק משעת הנזק עצמו. אם כן, גם לפי הבנה זו ביסוד החיוב בדיני נזיקין נצטרך להסביר את החיוב בתחב"פ ע"פ שיטת התוספות, לפיה החיוב נובע מכך שהאונס נגרר אחר הפשיעה והוא עצמו נחשב כפשיעה שחייבים עליה בעלי הממון המזיק.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> לקמן נראה מקרה שהתוספות (כג, א) מציעים את דין תחב"פ בנזיקין גם כאשר בתחילה אין פשיעה גמורה.

<sup>14</sup> עיין לדוג' חידושי הגר"ש למסכת בבא קמא סימן א'.

<sup>15</sup> ניתן להבין ששיטה זו מאפיינת את שיטת רש"י. רש"י כותב בדף כב ע"א שלמאן דאמר שחיוב אש הוא משום ממונו ולא משום חיצו, לא מתחייב אדם אם מדליק אש בגחלת של חברו. נראה שלא ניתן להבין זאת אם לא מקבלים שלפי רש"י היסוד לחיוב הוא "ממונו הזיק", ואפילו אם האדם יצר את הנזק ופשע אינו קרוי ממנו ופטור. ישנן הוכחות נוספות להבנה זו ביסוד החיוב ברש"י ואכמ"ל. בנוסף, בדף י ע"ב (ד"ה והמת) כותב רש"י שזקקי ממון נחשבים להזיק בידיים של הבעלים כיוון ש"השור שהוא ממנו של מזיק נתכוון להזיק", ומשמע כהסבר זה ביסוד של ממון המזיק. באופן דומה מנסח רש"י גם בדף נג ע"א (ד"ה באנו), "דאבן נמי

אך ניתן להבין את יסוד המושג של 'ממון המזיק' בצורה אחרת לגמרי. יסוד החיוב על נזקי ממון נובע מכך שלאדם יש **אחריות על ממון**: העובדה שיש לאדם חפצים מסויימים ברשותו, מחייבת אותו בדאגה על נזקים העלולים לקרות מהם, ובכל מקרה בו ממון הפך להיות ממון המזיק (=פוטנציאל נזק), חלה עליו אחריות, שדומה לאחריות שמקבל שומר על פיקדון. לאחריות זאת יש כללים שונים התלויים בסוגי המזיקים השונים, ובכל המקרים יש פטור של אונס. אך כאשר הבעלים עושה מעשה פשיעה שהוא מנוגד בתכלית ליסוד האחריות שמוטלת עליו, הוא מתחייב גם באונסין כיוון שיש ברשותו פוטנציאל נזק שהוא לא ממלא כלפיו את חובותיו, בדומה לשומר שפושע בשמירה ובגלל זה הפיקדון מוגדר אצלו כגזילה לעניינים מסויימים. במילים אחרות, בעקבות ההתנהגות הלא אחראית של האדם על פוטנציאל הנזק שימופקד' ברשותו, הרחיבה את התורה את גבולות החיוב שלו והחילה את כל הנזקים הקשורים לסיטואציית הפשיעה בתוך תחום אחריותו.

נראה שלפי זה ניתן להסביר את שיטת הרשב"א, הנימוק"י והרא"ה (לעיל בדין חתרה מתחת לכותל רעוע). אם נניח שהם תפסו את יסוד החיוב בנזיקין כאחריות המוטלת מראש על אדם שיש ברשותו ממון שעלול להזיק, ניתן להבין שהחיוב בתחב"פ נובע משינוי גדרי האחריות של האדם על ממון והחלת חיוב מיוחד גם באונסין. ממילא ניתן להבין את שיטתם בדין כלב שנפל על כלים, כמו שראינו בשיטת הרמב"ן והריטב"א בדין תחילתו בגו"א וסופו באונס בשומר שכר, דווקא פשיעה גמורה היא מעשה שמגדיר את האדם כ"לא אחראי" שבעקבותיו אנו מחייבים אותו גם באונסין. פשיעה לא גמורה, אפילו אם חייב עליה חיוב שלם או חלקי (כיוון שהיא כלולה בתחום אחריותו הבסיסי) לא מפקיעה ממנו את הגדרים הרגילים של בעלים האחראי על ממון, ולכן כלב שנפל באונס על כלים קרובים לא מחייב את בעליו בשום חיוב.<sup>16</sup>

## ו. השלכות של ההבנות השונות בסוגיות בבבא קמא

### 1. תחום האחריות

בדף כג ע"א אומרת הגמרא שאם אדם הדליק אש שלא הייתה אמורה לעבור גדר מסויימת, והגדר נפלה באונס ולאחר מכן הזיקה האש – אם האדם מסוגל להשתלט על האש לאחר נפילת הגדר הוא חייב על נזקה, ואם לאו הוא אונס ופטור. זה למרות שהאדם הדליק את האש בכוונה ובאיסור. וכתב על כך הנימו"י (י ע"א בדפי הרי"ף):

היינו בור והזיקא בידים הוא". ממילא ברור מדוע רש"י נצרך לחדש שבמקרה של בהמה שחתרה בכותל רעוע מדובר שהפילה את הכותל, כיוון שבדין תחב"פ סבר כמו התוספות ולא יכל לקבל את סברת הרא"ה.

<sup>16</sup> כמובן ששלושת ההסברים הללו זקוקים לבירור ובחינה עמוקה ורחבה כאחד בפרטי דיני נזקי ממון בגמרא ובראשונים בכל הסוגיות העוסקות בכך, ובמאמר זה לא נדון בסוגיה יסודית זו. נישא וניתן רק במקורות הקשורים לדין תחב"פ שמהם עולות האפשרויות הנ"ל.

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס

וגם אי אפשר לחייבו מטעם תחלתו בפשיעה וסופו באונס שהרי חצר שניה לא קיימא בשמירתו כלל ולא אמרינן הכא **אלא בדבר המוטל עליו לשומר קצת** כדמוכח פרק שור שנגח את הפרה גבי פקח ביום.

הסברו הוא שאין חיוב על החצר שמעבר לגדר כיוון שבשעה שהוא פשע והדליק את האש, האש לא הייתה אמורה להגיע אל השדה השנייה והיא 'לא קיימא בשמירתו'.<sup>17</sup> לפי הסברנו בשיטת הרשב"א והנימו"י בדין תחב"פ, נראה שהאדם מקבל מראש אחריות על נזקי ממונו וכאשר הוא פושע, הוא מחייב את עצמו בכל הנזקים שנמצאים באחריות גם אם הם יינזקו באונס, אך זה רק לגבי דברים הנמצאים בתחום אחריותו ולא לגבי כל נזיקין שבעולם שאינם קשורים כלל לסיטואציה בה הוא פושע.<sup>18</sup>

התוספות בדף כג ע"א (ד"ה סתם) דנים במקרה שאדם פשע ביחס להיזק של גוף אחד ובסופו של דבר הנזק התרחש בגוף אחר, אם יש חיוב מדין תחב"פ:

דהתם ודאי לא אמרינן מגו משום דלגבי פקח או לגבי שוורים הניזקין לא פשעי כלל, אבל הכא פושע הוא בכלב זה לענין זה הגדיש להיות ניזוק בגחלתו בפשיעה... לכך יש להתחייב אפילו נזוקין באונס.

לדעתו, במקרה בו אדם פשע לעניין חפץ מסויים ולא פשע לעניין חפץ אחר (ובו אירע הנזק) לא יהיה דין תחב"פ, כיוון שהוא לא פשע כלל ביחס לחפץ זה. למעשה יש כאן מקרה שדומה מאוד למקרה של אש שעברה גדר לפי הנימו"י, וניתן לראות כי התנסחותם של הנימו"י והתוספות ביסוד הפטור היא הפוכה. התוספות מדגישים את היסוד של הפשיעה; השאלה היא האם הייתה פשיעה ביחס לחפץ שניזוק באונס, וכיוון שלא, לא ניתן לקשר את הפשיעה שהייתה בגוף אחד לפשיעה בגוף אחר. הנימוק"י מדגיש את היסוד של האחריות; האם **מראש** הייתה למזיק חובת שמירה ביחס לחפץ הניזוק.<sup>19</sup>

עיקרון זה שהעלינו מדברי הנימו"י יכול לשמש לפיתרון קושיה שהקשה בעל הלחם משנה על ההלכה הבאה ברמב"ם (נז"מ יד, טז):

<sup>17</sup> ניתן היה לומר שבמקרה דן לא הייתה כלל פשיעה כי האדם הדליק בחצרו והאש לא הייתה אמורה לעבור, ונראה שכך הבינו שאר הראשונים שלא מצאנו שהתקשו בכך. מדבריו של הנימו"י ברור שהבין שיש פשיעה במקרה הזה, כגון שהאדם הדליק במקום שאסור לו להדליק, אך הוא טוען שאין לחייבו על כל מה שהאש שלו הזיקה כיוון שהיא לא הייתה אמורה לעבור את הגדר הנ"ל.

<sup>18</sup> בסוף דבריו משווה הנימו"י את הדין לפטור בשור פיקח שנפל לבור ביום. גם שם נחלקו הראשונים ביסוד הפטור - מדברי התוספות בדף נג, א (בשיטתם נדון לקמן) נראה שפטור משום אונס, כיוון שלא היה אמור לחשוב ששור פיקח יפול, ובעה"מ (בדף כג, א מדפי הרי"ף) כותב שהפטור הוא בגלל ששור פיקח נחשב כמזיק עצמו. אך מהרמב"ן במלחמות (שם) עולה שיסוד הפטור הוא שאין כאן מעשה של יצירת תקלה כלפי שור פיקח, כיוון שהוא לא אמור ליפול לבור (אין ישם בורי ביחס אליו). נראה שלכך כיוון כאן הנימו"י - החיוב בניזיקין הוא על דברים שכלולים בתחום האחריות של האדם על נזקי ממונו, וכאשר אדם יוצר בור יש כאן נזק ממוני שמחיל עליו אחריות לדברים רבים, אך לא לגבי שור פיקח, כמו שכאשר אדם מדליק אש לא כל החצרות בעולם נכללות בתחום אחריותו וממילא לא שייך כלפיהם דין תחב"פ.

<sup>19</sup> הסבר דומה להסברם של התוספות מעלה המהרי"ט (מובא בשטמ"ק כא, ב) ביחס למקרה של כלב שנפל על כלים קרובים שפטור מדין אונס, למרות שפשע ביחס לכלים רחוקים שהיה עלול לקפוץ עליהם כיוון שבחס כללים הקרובים לא הייתה פשיעה.



כל תולדות האש הרי הן כאש, כיצד, הניח אבן או סכין או משא בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו חייב לשלם... ואם נפלו ברוח שאינה מצויה והזיקו פטור.

הלחם משנה מדייק, שמפשט לשון הרמב"ם משמע שאותם חפצים שהיו יכולים ליפול ברוח מצויה והיו מחייבים את מניחם, אם עפו ברוח שאינה מצויה והזיקו יש פטור אונס. ממילא עולה הקושיה: כיוון שהחפץ היה יכול להפוך לאש גם ברוח מצויה, הרי תחילתו בפשיעה וגם אם בסוף הזיק ע"י רוח שאינה מצויה חייב מדין תחב"פ!

לפי הסברנו בנימו"י הדברים פשוטים. החיוב בתחילתו בפשיעה הוא על דברים שהיו בתחום האחריות של ההיזק, וכל מה שהיה יכול להזיק ברוח מצויה נכלל בתחום האחריות ולכן יהיה חיוב גם אם הזיק באונס. אך כאשר מגיעה רוח שאינה מצויה היא מעיפה את החפצים למקומות שהחפצים לא היו אמורים להגיע אליהם,<sup>20</sup> וממילא הם לא כלולים בתחום האחריות שכלפיו נוצר החיוב של הפושע, ולכן אין דין תחב"פ.<sup>21</sup>

## 2. רמת התשלומין – חיוב על הפשיעה או על האונס?

בדף כג ע"א עוסקת הגמרא במקרה של כלב שנטל חררה מרשות הניזק ושרף איתה גדיש. מסיקה הגמרא שגם במקרה בו החררה הייתה שמורה מאחורי דלת נעולה, "סתם דלתות חתורות הן אצל כלב" והעובדה שהכלב הצליח להגיע לחררה אינה מוגדרת כאונס כלפי בעליו, ולכן הוא חייב. התוספות (ד"ה סתם) הקשו על כך; מדוע נצרכה הגמרא לומר שסיבת חיוב בעלי הכלב היא משום שדרכו לחתור מתחת לדלתות, וגם לעניין זה נחשב הבעלים פושע? הרי ניתן לחייבו גם אם נגדיר את החתירה כאונס על פי דין תחב"פ.

תימה דלמא משום דהוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס תחילתו בפשיעה משום פתיחה.

כיוון שהבעלים הניח את כלבו חופשי, הוא מוגדר כפושע לעניין בתים שדלתותיהם פתוחות, וממילא גם אם נמצא שהדלת נעולה והכלב הצליח לחתור מתחתיה, יתחייב בעליה מדין תחב"פ. התוספות מתרצים:

ויש לומר דא"כ לא מיחייב בחתירה כ"א רביע כי היכי דהוה מתחייב בפתיחה שהיה בעל הגחלת מתחייב מחצה.

<sup>20</sup> ברור שאין המקרה כאן שהרוח שאינה מצויה העיפה את החפץ למקום שהיה יכול לעוף ברוח מצויה כיוון שאז היה חייב גם בלי דין תחב"פ שהרי בכלל מאתיים מנה ובכלל רוח שאינה מצויה יש רוח מצויה.

<sup>21</sup> עיין בהערה מס' 12 על שיטת הרמב"ם בדין בהמה שחתרה תחת כותל, שהעלנו שהרמב"ם סבר כרא"ה, ודברי הרמב"ם כאן ושם מתאחדים בהבנת יסוד שיטתו.

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס

התוספות מחדשים שחייב האונס לא יכול להיות יותר גדול מהחייב בשעת הפשיעה, ואם הייתה מתרחשת הפשיעה היה משלם רק רבע מהנזק,<sup>22</sup> ולכן לא ייתכן שעל האונס שיארע בעקבותיו ישלם יותר מכך.<sup>23</sup> מה ההיגיון בדין זה?

בפשטות נראה שהדבר תלוי בשתי האפשרויות ליסוד הדין. אם יסוד הדין הוא שאנו מגדירים את האונס כנמשך אחר הפשיעה יוצא שהחייב נובע מהפשיעה הראשונה, וממילא מוכרחים דבריהם של התוספות, שהולכים כאן לשיטתם. אך אם מבינים שהיסוד הוא שכאשר האדם פשע פשיעה גמורה הוא מתחייב על האונסין הקשורים לפשיעה מצד עצמו, ייתכן שיתחייב על האונס גם אם התשלום גבוה יותר מהתשלום שהיה משלם על הפשיעה.

הסבר זה של דעת התוספות כמעט מפורש בדברי תלמיד רבנו פרץ המובאים בשטמ"ק שם:

דאי הוה חיובא משום דהוי תחילתו בפשיעה לא היה לו להתחייב בעל הכלב  
רק חצי ההיזק מידי דהוה אדלתות פתוחות שאז לא היה משלם על הגדיש  
רק מחצה ובעל הגחלת מחצה כיון ששניהם פשעו **דהא מאן דמחייב**  
**בתחילתו בפשיעה וסופו באונס עביד ליה כאלו היה סופו באותו סגנון דהוי**  
**אפשעתו.**

נסכם. החקירה האם החייב בתחב"פ נובעת מכך שהאונס נחשב גם הוא לפשיעה או שבעקבות הפשיעה האדם מתחייב גם באונסין משפיעה על רמת התשלומין - לפי האפשרות הראשונה (שיטת תוס') החייב על האונס לא יהיה גדול מרמת הפשיעה, לפי האפשרות השנייה (שיטת ראשוני ספרד) ייתכן שסיבירו שחייבים על האונס מצד עצמו גם אם הוא גדול מרמת הפשיעה.

### 3. היחס בין דין תחב"פ לדין מיגו

מקום מרכזי נוסף שבו דנים הראשונים בדין תחב"פ בנוזיקין, הוא בסוגיה (נב ע"ב) בעניין כיסוי בור. הגמרא דנה על מקרים שונים בהם אדם כיסה בור בכיסוי שטוב רק לחלק מבעלי החיים שעלולים לעבור על גביו, ומעלה את השאלה הבאה:

כסהו כסוי שיכול לעמוד בפני שוורים ואינו יכול לעמוד בפני גמלים, ושכחי  
גמלים, והתליע מתוכו, מהו? מי אמרינן מגו דהוי פושע אצל גמלים הוי פושע  
נמי לענין התלעה, או דלמא לא אמרינן מגו?

האדם כיסה את הבור כראוי ביחס לשוורים ולא ביחס לגמלים, ואם היו באים גמלים ומרעים את הכיסוי ואחר כך היו נופלים לתוך הבור שוורים, בעל הבור היה חייב בנוזקי

<sup>22</sup> שהרי יש לו שותף בנזק שהוא בעל האש שלא שמר על אישיו, וכל היזק אש ע"י כלב מוגדר כצרות ומתחייב רק חצי נזק.

<sup>23</sup> מתוספות זה מוכח שלא סבר כרא"ה בדף נג ע"א (יובא לקמן) הסובר שכאשר יש שני גורמים לנזק אין דין תחב"פ, כיוון שאין אף גורם שביטל מעליו את כל חובת האחריות שמוטלת עליו. וכן נראה שמחייבים על תחב"פ גם כאשר אין פשיעה גמורה (שהרי חייב צרות הוא רק חצי נזק) מצד הבעלים, שלא כשיטת הרשב"א והנימו"י לעיל.

השור, כיוון ששכיחים גמלים במקום זה. אך בסופו של דבר מה שקרה, זה שהבור התליע מתוכו, שזה דבר שנחשב לאונס גמור שבעל הבור לא היה יכול לצפות. האם אומרים שמיגו שפשע לעניין שיעברו גמלים וירעו, יתחייב גם במקרה שהבור התליע מתוכו?

המושג מיגו אינו ברור דיו, ויחסו לדין תחב"פ אינו מפורש. מתוך דברי הראשונים ננסה לעמוד על טיבו ומהותו, ונראה שיש קשר בין שיטות הראשונים בסוגייה זו לשתי השיטות שעלו עד כה בדין תחב"פ.

לאחר דיון ממושך מסקנת הגמרא היא שלא אומרים מיגו, והיא מביאה לכך ראייה מהברייתא האומרת שאם שור פיקח נפל לתוך בור פתוח ביום, פטור בעל הבור, כיוון שפשיעת בור גלוי היא רק ביחס לשוורים חרשים או לשוורים פקחים בלילה, ולא אומרים שמיגו שפשע לשור חרש הוי פושע לשור פיקח. הראשונים הקשו מדוע אין כאן את הדין הרגיל של תחב"פ, והביאו רובם את תירוצו של הריב"א בתוספות (ד"ה ושכיח):

ותירץ ריב"א דלא אמרינן תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אלא היכא שמחמת הפשיעה בא האונס אבל הכא לא בא האונס מחמת הפשיעה דאפי' היה מכוסה כראוי לשוורים ולגמלים היה מתליע.

התוספות מבינים שלמרות שאין כאן כלל יסוד לחייב מדין תחב"פ, כיוון שאין קשר בין הפשיעה לבין האונס, יש הו"א לחייב מדין מיגו. זאת אומרת שדין מיגו אינו דין המקביל לדין תחב"פ, והוא קיים גם כאשר אין קשר בין הפשיעה לבין האונס.

הרמב"ן במלחמות (כב ע"ב מדפי הרי"ף) מנתק גם הוא בין דין תחב"פ לדין מיגו, והוא מוסיף הסבר ברור ליסוד הדין של מיגו, שקיים למרות שאין קשר בין הפשיעה לבין האונס:

והכי קא מיבעיא לן אע"ג דלאו מחמת הפשיעה בא האונס, כל אימת דלא כסיה בור מיקרי ולעולם מחייב שלא פטרנו התורה אלא בכיסוי שהוא ראוי לכל דבר הלכך כיוון שאינו ראוי לגמלים לאו כיסוי הוא ולא מיפטר ביה שפשיעת כרייתו פשיעה היא לחיבו בכל דבר עד שיכסנו כיסוי הראוי אף לגמלים.

לפי הרמב"ן ישנה הוה אמינא לחדש דין מיוחד דווקא בבור כיוון שתחילתו להזיק, וכל מעשה השמירה של האדם עליו היא סיבה לפטור שהתורה מחדשת. כלומר התורה חידשה שאדם שחופר בור לא בכל מקרה חייב על הנזק שהוא גרם, ואם הוא מכסה אותו בכיסוי הראוי הוא נפטר. למרות שהיינו יכולים לחשוב שכורה בור לא נפטר עד שהוא אוטם אותו בחזרה כיוון שהוא יצר תקלה והיא באחריותו, זהו אחד מארבעה דברים שהתורה מיעטה בשמירתו (נה, ב). ממילא טוען הרמב"ן שיש סברא חזקה לומר שכל החידוש של התורה הוא דווקא כאשר האדם מכסה את הבור בכיסוי שהוא נחשב כיסוי לכל, כיסוי אובייקטיבי, אך אם הכיסוי אינו טוב לחלק מהדברים, ייתכן שהוא כלל לא בגדר כיסוי שהגדירה התורה וממילא חוזר הדין לעיקרו שהאדם חייב על כל נזקי הבור, בלי קשר לדין תחב"פ, שהרי אין כאן כלל אונס וסיבת פטור.

כך משמע גם מדברי הרא"ה המובא בשטמ"ק (על אתר):

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס

אף על גב דקיימא לן תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב. התם הוא כשבא האונס בדבר שפשע בו וכשבא גם כן מחמת הפשיעה, מה שאין כן בהתלעה שלא באה ודאי מחמת הפשיעה... ואפילו הכי מספקא לן אי אמרינן מיגו **משום דשאני בור שאינו אלא לנזק...**

נראה שכוונתו דומה למשמעות דברי הרמב"ן: כיוון שבור מתייחד בכך שתחילת עשייתו לנזק, החיוב של האדם נובע מהמעשה הראשון האסור (משא"כ בשור שאין איסור בעצם החזקת השור ברשותו, וכן באש) וישנה הוה אמינא שרק אם הבור מכוסה לגמרי יש לו פטור בור מכוסה.

קשה לקבל שהתוספות קיבלו הבנה זו, שהרי הקשו בהמשך דבריהם על פשיטת הגמרא את הספק:

אבל קשה לר"י דהיכי פשיט מנפל לתוכו שור חש"ו הא לא דמי כלל, דהא לענין פקח בדין הוא שלא יחשב פושע ע"י מגו **שהרי אין פושע לגבי שור פקח כלל** אבל בבעיא דידן הוא פושע לענין שוורים כי מרעי (לגבי) גמלים לכיסוי ולכך יש להועיל שם המגו להחשב פושע לענין שוורים אף לענין התלעה.

התוספות מקשים איך הביאה הגמרא ראייה לשאלתה מכך שאין חיוב לגבי נפילת שור פיקח ביום במיגו. הרי בשור פיקח הפשיעה הייתה ביחס לשור החרש ולא ביחס לשור הפיקח שניזוק, אך בהתלבטות של הגמרא הפשיעה הייתה לגבי שוורים והם גם אלה שבסופו של דבר ניזוקו באונס. לדעתם לא ניתן להשוות בין היסוד של מיגו בגוף אחד ליסוד שלו בשני גופים. התוספות מקבלים קושיה זו גם בתירוצם ובעקבותיה משנים בהמשך דבריהם את הבנת בעיית הגמרא:<sup>24</sup>

הרשב"א (על אתר) לא מקבל קושיה זו של התוספות, ולאחר דיון ארוך בשיטות הראשונים שלפניו הוא מסכם את הבנתו בסוגיה:

ומסתברא כדעת ריב"א ז"ל דכל דלא אתי האונס מחמת הפשיעה אי אפשר לומר בו תחלתו בפשיעה וסופו באונס, והיינו דלא קרי ליה הכא בבעיא זו הכי... אלא אי איכא לחיוביה משום מגו הוא דאיכא לחיוביה ובדידיה הוא דקא שקלי וטרי... **ושפיר פשטוה משור חרש ופקח דלא אמרינן מגו.**

הרשב"א כלל לא מסביר את דבריו האחרונים והם נראים לו פשוטים, וסביר להניח שהלך בעקבות רבו הרמב"ן לפיו יסוד הדין של מיגו הוא דין בכיסוי הבור, וממילא לא שייכת בו ההבחנה בין גוף אחד לשני גופים.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> מדברי הרא"ש בסימן יב מוכח שגם הוא קיבל את קושיית התוספות שהרי פסק רק את תירוצם לקושיה.

<sup>25</sup> זאת למרות שכאשר הוא דן בשיטת הראב"ד מוזכרת גם קושייה זו של התוספות, ובכל זאת הוא דוחה אותה למסקנה.

נראה שלפי סברת הרמב"ן והרא"ה כלל אין מקום לקושיית התוספות. הרי אם יסוד הדין של מיגו הוא שהכיסוי אינו נחשב לכיסוי, אין היגיון לחלק בין מיגו בשני גופים למיגו בגוף אחד. היסוד של מיגו אומר שאם הכיסוי לא מועיל לעניין מסויים הוא לא מוגדר ככיסוי וממילא חייב על הכל, זהו דין בכיסוי ולא בפשיעה כלפי השוורים. אם מבינים שיש סברה לחלק משמע שיסוד המיגו אינו דין בכיסוי הבור, אלא דין בקישור האונס אל הפשיעה. כיוון שהאדם פשע לעניין מסויים בשור, יש סברא לחייב אותו על כל מה שיקרה לשור, למרות שאין כאן דין של תחב"פ שהרי אין קשר בין הפשיעה לבין האונס.

הבנה זו של בעלי התוספות מקרבת את יסוד הדין של מיגו ליסוד של תחב"פ. כלומר כמו שבתחב"פ אנו אומרים שהאונס נמשך אחר הפשיעה וחייבים גם עליו בעקבות הפשיעה הראשונה, כך גם בדין של מיגו: כיוון שהאדם פשע ביחס לשור מסויים יש סברא שהוא יהיה חייב בכל מקרה על השור. אך אם הדבר אכן כך שוב אנו נדרשים לשאול: במה שונה דין זה מדין תחב"פ? מדוע כאן איננו נצרכים לקשר בין הפשיעה לבין האונס?<sup>26</sup>

נראה לומר שהבנת התוספות את דין מיגו קרובה מאוד להבנה של ראשוני ספרד הני"ל בדין הכללי של תחב"פ. התוספות מבינים שכאשר אין קשר בין הפשיעה לבין האונס ואין דין תחב"פ, יש יסוד אחר לחייב; לא מצד זה שהמעשה התחיל בפשיעה וממילא הוא מושך אחריו את האונס, אלא שמכיוון שהאדם יצר תקלה בהתחלה, הוא חייב על כל ההשלכות שלה. מצד זה הוא עשה מעשה נזק בהתחלה, וקיבל את האחריות על כל מה שקורה בעקבותיו. זהו דין שהגמרא מציעה לומר אותו דווקא בבור, כיוון שתחילת עשייתו לנזק, ומעשה הכרייה האסור מחיל אחריות על הכורה גם לעניין אונסים. בניגוד לנזקי ממון האחרים, בבור יש יותר סברא להתייחס אל האדם כאחראי על מעשה הנזק שהוא יצר עוד קודם לכן שקרה נזק בעולם בפועל. לפי זה קל להבין מדוע יש יסוד לחלק בין גוף אחד לשני גופים.<sup>27</sup> ייתכן שהאדם שכרה בור שיכול להזיק לשוורים מקבל אחריות על כל מה שהבור יזיק לשוורים בלבד, שכלפיהם הבור מוגדר כתקלה, אך על בע"ח אחרים כלל לא קיבל אחריות.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> ובאמת מפירושו של בעה"מ (כב ע"ב בדפי הרי"ף) נראה שהבין שאין הבדל בין המושג של מיגו למושג של תחב"פ. מההתנסחות של התוספות לא משמע כך, וגם מסוף דבריהם הני"ל נראה שלא הבינו כך, ועיין בתירוצם האחרון.

<sup>27</sup> בסוף דבריהם מוסיפים התוספות שכל היסוד לדין מיגו קיים דווקא אם הפשיעה הראשונה הייתה שכיחה, אך אם הגמלים אינם שכיחים, למרות שאם הם יבואו וירעו את הכיסוי יהיה חייב כיוון שפשע לעניין זה, אין זה מספיק כדי להחיל דין מיגו ולחייב במקרה שהכיסוי התלע מתוכו. נראה שיסוד זה דומה ליסוד שהעלה הרשב"א בסוגיית כלב שקפץ מראש הגג. דהיינו, למרות שאם הכלב יקפוץ על כלים קרובים יתחייב בעליהם נזק שלם, כיוון שזה נזק לא שכיח הוא לא מספיק כדי לחייב את האדם באחריות מלאה על נזקי האונס העתידיים כיוון שאינו מוגדר כפשיעה גמורה.

לפי הסבר זה בשיטת התוספות עולים סימוכין ברורים לניתוחו של הגרע"א (בב"מ לו ע"ב), שכתב שאם יסוד הדין של תחב"פ הוא היסוד של יקמה ליה ברשותו כגזלן, לא היה צריך להיות קשר בין הפשיעה לבין האונס. לפי הסברנו, התוספות באמת סוברים שבתחב"פ אין זה היסוד של הדין, אך במיגו זה אכן היסוד של הדין וממילא הוא מובחן מדין תחב"פ בכך שאין צורך בקשר בין הפשיעה לאונס.

<sup>28</sup> מעין הסברנו לעיל בדברי הנימוקי יוסף (י, א) בעניין אש שהתפשטה לחצר ע"י נפילת גדר.

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס

הדברים מתבארים עוד יותר במחלוקת סמויה נוספת בין התוספות לבין הרמב"ן והרא"ה בסוגיה, בעניין פטור שור פיקח שנופל לבור ביום. הראשונים דנו מדוע אין חיוב על נפילתו ביום, הרי לגבי הלילה הבור מהווה תקלה גם לשור פיקח, ומדוע אין דין תחב"פ מהלילה ליום?<sup>29</sup> הרמב"ן במלחמות (דף כב ע"ב מדפי הרי"ף) הסביר באופן הבא:

דכיון דביום ליכא פשיעה כל מה שאירע ביום אונס גמור הוא שאין אתה יכול לומר פשע **שעדיין לא בא זמן הפשיעה** ויכול לומר לך כי אתי ליליא מכסינא ליה **ועכשיו אין כאן שום פשיעה**.

לפי דבריו כיוון שבזמן היום אין פשיעה, אין דין של תחב"פ, זאת למרות שבסופו של דבר הנפילה קרתה בגלל הבור שהייתה כלפיו פשיעה בלילה הקודם. נראה שדבריו אלה מתקבלים אם מבינים שיסוד דין תחב"פ הוא שכיוון שהאדם עושה מעשה פשיעה, הוא מחיל על עצמו את כל החיובים שעלולים לקרות מחמת הנוק, בלי קשר לכך שהנוק הסופי נגרר אחר הפשיעה הראשונה, אלא בגלל הגדרתו כאדם פושע. מכיוון שכך, אם ברגע האונס האדם כלל לא נחשב פושע לשום דבר, אין מקום לחיבו מדין תחב"פ. לפי ההבנה שהפשיעה גוררת את האונס ומגדירה גם אותו כפשיעה, אין זה משנה שכרגע האדם לא פושע, מכיוון שאתמול בלילה הבור נעשה באיסור ובפשיעה, והבור ביום עומד בעקבות הפשיעה שהייתה אתמול בלילה.<sup>30</sup>

בצורה ברורה עוד יותר עולים הדברים מהרא"ה (בשטמ"ק שם), המסביר את פשיטת הגמרא לשאלה האם אומרים מגו, מהפטור על נפילת שור פיקח לבור ביום:

ואתינן למפשטה מדתניא נפל לתוכו שור חרש שוטה וקטן סומא ומהלך בלילה וכו' ואמאי נימא מדהוי פושע לענין חרש הוי פושע לענין פקח. **ומיהו תחילתו בפשיעה וסופו באונס ליכא למימר** שהרי לא בא האונס בדבר שפשע שהרי לא פשע מעולם לענין פקח ביום כלל **ואף על גב דאיכא פשיעותא גבי בלילה לילה מילתא אחרייתי היא אבל מיגו איכא למימר** דהא איכא פשיעה אפילו לענין פקח לגבי לילה מיהא, **וכיון דאיכא פשיעה כלל גביה איכא למימר מיגו** וכיון דאפילו הכי פטרינן ליה שמעינן מינה דלא אמרינן מיגו אפילו גבי בור.

הרא"ה מנגיד כאן בפירוש בין מיגו לדין תחב"פ. מדין תחב"פ לא ניתן לחייב משור פיקח בלילה לשור פיקח ביום, כיוון שבזמן היום אין כלל פשיעה, וכדברי הרמב"ן. אך מדין מיגו ניתן לחייב, ואין זה משנה האם כרגע ישנה פשיעה, כיוון שלפי הסברו והסבר הרמב"ן, ברגע שבשעה כל שהיא הכיסוי אינו מועיל, הוא לא מוגדר יותר ככיסוי ויהיה חייב על כל נזקי הבור שחפר (אם אכן אומרים מיגו).

<sup>29</sup> בעל המאור מביא בשם תלמידי הראב"ד שלילה ויום הוי כשני גופים, ולא אומרים תחב"פ מגוף לגוף.

<sup>30</sup> לא ייתכן לומר שהרמב"ן מדבר רק על מקרה ששור נפל לבור שנכרה בו ביום, כיוון שאז יצא שיש חיוב בשור פיקח שנפל ביום לבור שנכרה אתמול.

גם התוספות (שם) מתייחסים לשאלת פטור שור פיקח ביום, אך כותבים בפירוש את היסוד של 'כיוון שביום ליכא פשיעה' דווקא לגבי דין מיגו ולא לגבי דין תחב"פ. תוך כדי ניתוחיהם מדוע לא פשטו את הסתפקות הגמרא בדין מיגו ממקורות אחרים, כותבים:

ומהא דלא אמר מגו דהוי פושע בלילה הוי פושע ביום לא מצי למפשט מידי  
דלא דמיא כיון דבההיא שעתא הוא אנוס.

נראה שכוונתם היא בדיוק לסברא של הרא"ה והרמב"ן. לא ניתן לחייב מדין מיגו על שור פיקח ביום כיוון שביום אין כלל פשיעה, ולכן לא ניתן להוכיח מהפטור על נפילתו שלא אומרים מיגו. מוכח כאן שהתוספות הבינו את העיקרון של מיגו באותו המישור שהרמב"ן וסיעתו הבינו את העיקרון של תחב"פ, ולכן הם תופסים שלא ניתן לחייב על האנוס של פיקח ביום, כיוון שכרגע הבור לא מוגדר כתקלה לשום דבר ולכן לא ניתן לחייבו.

נסכם את דברינו בחלק זה. למחלוקת בעלי התוספות וראשוני ספרד ביסוד דין תחב"פ יש השלכה ליסוד הדין של מיגו. לדעת ראשוני ספרד, יסוד דין מיגו הוא בכך שברגע שנכרה בור, חל על כורהו חיוב תמידי אלא אם כן כיסה אותו בכיסוי הראוי לכל דבר. לדעת בעלי התוספות יסוד דין מיגו מקביל ליסוד דין תחב"פ לפי ראשוני ספרד; כיוון שהאדם כרה בור באיסור, הוא חייב על כל מה שיקרה בבור הקשור לסיטואציית הפשיעה שבמעשה הכרייה שלו. לכן לפי בעלי התוספות יש הבדל בין מיגו בגוף אחד למיגו בשני גופים, ולשיטת ראשוני ספרד אין הבדל. בנוסף, העלנו השלכה נוספת למחלוקתם ביסוד דין תחב"פ. לשיטת ראשוני ספרד דין תחב"פ לא חל במקרה שבשעת האנוס הפשיעה כבר לא מתרחשת (שור פיקח ביום) ולשיטת בעלי התוספות דווקא דין מיגו הוא זה שמתבטל בעקבות כך.

#### 4. שיטת הראב"ד

הראב"ד בפירושו לסוגיה דן גם הוא מדוע אין כאן חיוב מדין תחב"פ, אך לא מתרץ כלל את התירוץ של ריב"א שלא אומרים תחב"פ כאשר אין קשר בין הפשיעה לבין האנוס. בהשגותיו על הרמב"ם (ה'ל' נזקי ממון יב, ה) הוא מציע במפורש שהדין של תחב"פ אינו מצריך קשר בין הפשיעה לבין האנוס:

התליע מתוכו ונפלו בו שוורים אע"פ שהגמלים מצויין שם תמיד והרי הוא פושע לגמלים הואיל ומחמת שהתליע נפלו בו השוורים הרי זה פטור, וכן כל כיוצא בזה. *השגת הראב"ד*: התליע מתוכו ונפלו בו שוורים וכו' הרי זה פטור וכן כל כיוצא בזה. א"א הרב רבי יצחק לא הביא בהלכותיו מכל אותה הסוגיא כלום<sup>31</sup> דומה שאינה עיקר וסמך על מה שהסכימו בעלי הגמרא דתחלתו בפשיעה וסופו באנוס חייב וצריך עיון.

<sup>31</sup> כבר תמהו על כך הראשוניים, שהרי בדפוסים שלנו ברי"ף כן מופיעה הסוגיה, עיין לח"מ.

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס

נראה שלפי הראב"ד יסוד דין תחב"פ בנוזקי ממון הוא ביטול האחריות של האדם, שגורם לביטול הפטורים שיש לו בחיוב נזקי ממונו.<sup>32</sup> נמצא שהראב"ד חולק על הרשב"א והנימויי הסוברים שגם אם תופסים שיסוד דין תחב"פ הוא ביטול האחריות צריך איזה שהוא קשר בין הפשיעה לבין האונס, אך מסכים איתם עקרונית ביסוד הדין.<sup>33</sup>

הבנה זו בראב"ד עולה גם ממחלוקת נוספת שלו עם התוספות בפירוש סוגיה בפרק שישי. המשנה (ב"ק ו, ב) לימדה שבהמה הנופלת לגינה של אחרים באונס ובגלל זה אוכלת משדה אחר, אין מחייבים את בעליה לשלם על אכילתה אלא את מה שנהנית (ולא את מה שהזיקה).<sup>34</sup> על אתר כתבו התוספות (נו ע"ב) :

**נפלה לגינה והזיקה משלמת מה שנהנית** - והוא שאינה יכולה לירד דא"כ אפי' נפלה משלמת מה שהזיקה דתחילתה בפשיעה וסופה באונס הוא.

לדעת התוספות כל הדין של פטור בעלים מנזקי בהמה שנפלה באונס הוא רק אם הבהמה לא יכלה להגיע אל הגינה בדרך רגילה, מלבד נפילת האונס.

הראב"ד בחידושו על אתר חולק על כך ולא מקבל שאדם יתחייב על נזקי בהמתו שנפלה באונס גם אם יכלה לרדת כדרכה :

ולא נהיר וכי לא יעביר את צאנו ברשות הרבים... אלא ודאי כל נפלה פטורה.

ובמאירי (בחידושו שם) מובאים דברי הראב"ד בנוסח מעט שונה :

**שכל נפלה פטור** כסתמא דמתני' דקתני ירדה כדרכה דאטו מי שאינו רשאי להעביר צאנו ברשות הרבים **יאחזנה בזנבה וילך**.

נראה שלדעת הראב"ד הסיבה שלא יהיה חיוב במקרה שהבהמה הייתה יכולה לרדת לגינה גם ללא נפילת אונס הוא שבכל מקרה אין כאן **פשיעה גמורה** של בעליה, כיוון שלא ניתן לחייב את האדם לשמור עד כדי כך את בהמתו, ולכן לא שייך כאן דין תחב"פ. יסוד זה מקביל ליסוד שהעלנו לעיל בשיטת ראשוני ספרד הסוברים שדין תחב"פ חל רק אם האדם פשע פשיעה גמורה שמספיקה על מנת שנבטל ממנו את זכויות הפטור שלו, ונראה מכאן שגם הראב"ד הבין את יסוד דין תחב"פ בדומה לשיטת ראשוני ספרד ולא כשיטת בעל התוספות.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> עיין ב'אבן האזלי' על הלכה זו שהסביר באופן דומה.

<sup>33</sup> אם הבנה זו נכונה נראה שגם הראב"ד קיבל את הניתוח העקרוני של הגרע"א לעיל. ועיין בהערה 27 על שיטת התוספות.

<sup>34</sup> כדן שן ורגל ברשות הרבים.

<sup>35</sup> לא נראה שהראב"ד יאמר זאת גם במקרה רגיל של אי שמירה על בהמה המזיקה בשו"ר כיוון שמפורש בגמרא בהמשך הפרק שבהמה שירדה לגינה כדרכה והזיקה במי לידה שנפלו חייבים הבעלים גם אם נגדיר את ההיזק על ידי מים כאונס, מדין תחב"פ, וצ"ע להבין את היחס בין שני סוגי הפשיעה.



## 5. שור שדחף שור לבור

סוגיה נוספת שבה עולה מחלוקת כפולה בין התוספות לבין הרא"ה בגדרי תחב"פ, היא מחלוקת ר' נתן ורבנן שבפרק חמישי (ב"ק נע"א):

דתניא: שור שדחף את חברו לבור - בעל השור חייב, בעל הבור פטור; רבי נתן אומר: בעל השור משלם מחצה ובעל הבור משלם מחצה.

וכתב רש"י:

**רבי נתן אומר בעל הבור משלם מחצה** - שהרי בין שניהם המיתוהו אפי' הוי שור הניזק פיקח חייב דליכא למימר אבעי לך עיוני ומיזל דהא חברו דחפו.

לדעת רש"י, לפי ר' נתן בעל הבור חייב גם על שור פיקח שבדרך כלל אין כלפיו חיוב בבור, כיוון שיסוד הפטור של שור פיקח קיים רק כאשר השור נופל מעצמו, ואז יכול לטעון כלפיו המזיק שהשור פשע בעצמו בכך שלא עיין. אך אם הפילוהו אחרים לבור, לא יכול לטעון זאת כלפיו. התוספות לא מקבלים הסבר זה ומקשים עליו:

ובעל הבור משלם מחצה - בשוטה או מהלך בלילה קאמר דאי בפקח ביום הא תנינא לעיל דפטור וכי תימא ה"מ כשנופל מעצמו אבל הפילוהו אחרים חייב א"כ כשנופל נמי מעצמו ליחייב דתחילתו בפשיעה פן יפול ע"י שוורים וסופו באונס חייב.

התוספות טוענים כלפי רש"י שאם יש חיוב על נפילת שור פיקח ע"י אחרים, צריך להיות גם במקרה שנופל מעצמו מדין תחב"פ, כיוון שיסוד הפטור על נפילת שור פיקח מעצמו הוא אונס. נראה להסביר שלדעת רש"י יסוד הפטור במקרה שנופל מעצמו אינו אונס, אלא שהניזק הזיק את עצמו, ולכן לא שייך כאן הדין של תחב"פ.<sup>36</sup>

הרא"ה (מובא בשטמ"ק שם) מתמודד באופן ישיר עם דברי התוספות, ולאחר שהוא כותב במפורש שמדובר בסוגייתנו גם על שור פיקח הוא מביא את קושייתם ומתרץ באופן אחר:

וכי תימא ולהאי פירושא דילן למתניתא קמייתא אליבא דרבי נתן כיון דסבירא ליה בעל הבור פושע הוא, שור פקח ביום מאי טעמא פטור והא תחילתו בפשיעה וכו' שהרי תחילתו בפשיעה לענין דחיפה. ואפשר לי לומר דלא אמרינן תחילתו בפשיעה וכו' אלא היכא דמדין אותה פשיעה ראוי להתחייב לשלם הכל השתא נמי בסופו דהוי באונס משלם הכל אבל היכא דמדין אותה פשיעה אינו משלם אלא מחצה לפי שלא פשע אלא בחצי דבר הניזק סופו באונס פטור בכל... **דליכא למימר תחילתו בפשיעה וסופו באונס שגרמוהו גם כן אחרים.**

לפי הרא"ה הסיבה שלא אומרים כאן תחב"פ היא משום שבעל הבור לא פשע לבדו בנוק זה, שהרי יש איתו שותף בנוק. אפילו על מקרה שבו בעל הבור משלם לבדו הכל (כגון אם

<sup>36</sup> ביסוד הדין נחלקו במפורש הר"ה והרמב"ן בדיונם על הרי"ף בדף כג.

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס

שור הפקר דחף שור אחר לבור) אומר הרא"ה שהוא לא נחשב לפשיעה גמורה, כיוון שחיובו לשלם אינו נובע מכך שהוא עשה את כל הנזק אלא מכך שמחשיבים את הנזק באחריותו:

כיון דמדיון פשיעתו אינו מתחייב לשלם הכל מפני שיהא הוא מזיק לבדו, דהא ודאי שותפא אית ליה, אלא משום טעמא דחשבינן ליה לכל חד דכוליה היזקא עבד או משום דכי ליכא לשתלומי מהאי משתלים מהאי.

לשיטתו גם במקרים שמחייבים את בעל הבור בנזק שלם אין זה בגלל שהוא עשה את כל מעשה הנזק אלא בגלל שמייחסים אליו את כל האחריות על הנזק, ודין תחב"פ שייך רק כאשר הפשיעה היא ביחס לכל הנזק. נראה שדבריו כאן זהים לדברי הרשב"א והנימוקי בסוגיית כלב וגדי שקפצו מראש הגג, שרק מעשה פשיעה גמור מחיל על האדם אחריות נזקי אונסין. לפי הרא"ה גם כאשר אדם נוסף שותף בנזק א"א לחייב את הפושע מדיון תחב"פ כיוון שאין זה מוגדר כפשיעה גמורה.<sup>37</sup> נראה שמחלוקתם של הרא"ה והתוספות עולה בסוגיה זו בדיון נוסף.

לדעת רבנן במקרה ששור דחף שור אחר לבור, מחייבים רק את בעל השור בנזקו. הראשונים נחלקו מהו טעמם של רבנן הפוטרים את בעל הבור במקרה ששור דחף את חברו לבור, מדוע חייב בעל השור לבדו? התוספות (נג ע"א) כותבים:<sup>38</sup>

**בעל השור חייב - פי מחצה** ובעל הבור פטור לגמרי גזירת הכתוב מ'ונפל שמה שור או חמור' מעצמו ולא שיפילוהו אחרים...

לפי התוספות הפטור של בעל הבור נובע מגזירת הכתוב הפוטרת אותו מנזקיו שנגרמים ע"י אחרים.

הרא"ה בשטמ"ק (שם) חולק ומסביר באופן אחר:

בעל הבור פטור בנזקו **לפי שהוא אנוס עליו** שהלה דחפו לשם ובעל השור חייב מחצה

<sup>37</sup> מעניין להשוות בנקודה זו את שיטת הרא"ה לשיטתו של הרשב"א. הרשב"א בחידושו מביא גם את פירושו של רש"י וגם את פירושו של התוספות בשאלה האם מדובר על שור פיקח או חרש, ולא נוקט עמדה בפירוש. גם אם נאמר שהרשב"א סובר כתוספות, אין בכך סתירה ליסוד שיטתו כפי שביארנו; לדעת הרשב"א אם יש שני גורמים לנזק שפשעו, זה נחשב שכל אחד עשה ממש נזק שלם ופשע בצורה כזאת שמטילה עליו אחריות אונסין. שאלת ההתייחסות לשני גורמים בנזק תלויה במחלוקת הרא"ה והרמב"ן עם התוספות והרשב"א בהמשך הסוגיה, האם ניתן לחייב את אחד מגורמי ההיזק בנזק שלם (כאשר אי אפשר לחייב את השני) אם לא מתייחסים אליו כגורם מלא של הנזק בפועל. התוספות והרשב"א סוברים שלא ניתן לחייב בנזק שלם גורם שמייחסים אליו רק חצי נזק (פלגא היזקא עבד), מלבד בור שיש לו דין מיוחד כיוון שהוא גורם את מיתת הבהמה. הרא"ה (בשטמ"ק) והרמב"ן (במלחמות, כג ע"ב בדפי הרי"ף) סוברים שגם על הצד שכל אחד 'פלגא היזקא עבד' וגם על הצד שכל אחד 'כולה היזקא עבד', אין החיוב על **מעשה הנזק** כיוון שהוא אינו מיוחס לגמרי לגורם אחד, והחיוב נובע מהעובדה שהיה יכול להזיק את כל הנזק (נראה שבכך קיבל אחריות על כל הנזק שבעקבות פשיעתו). א"כ, הרשב"א מגדיר כל מקרה של חיוב נזק שלם כמקרה בו הנזק עצמו נעשה לגמרי מכח הגורם המתחייב, וממילא לא יכול לקבל את סברת הרא"ה ששור שנופל לבור אינו בדיון תחב"פ כיוון שאין בו פשיעה גמורה של בעל הבור. רק הרא"ה הסובר שכל החיוב בשני גורמים אינו נובע ממעשה ההיזק שבפועל אלא מהעובדה שיכל להזיק, יכול לומר שאין כאן פשיעה גמורה של בעל הבור לבדו, וממילא אין דין תחב"פ לשיטת ראשוני ספרד ביסוד הדין.

<sup>38</sup> לא ניכנס כאן למחלוקתם של רש"י ותוספות בסוגיה שאינה מעניינת, ונציג כאן רק את שיטת הרא"ה ותוס'.

לפי הרא"ה בעל הבור ובעל השור שניהם עשו את מעשה הנזק, אך רבנן סוברים שבעל הבור נחשב אנוס ביחס למעשה הנזק שלו ולכן אין לחייבו. כך גם הסביר הרא"ה את הדין אגב אורחא לפירושו (שם, נ ע"ב):

**והבור היה ראוי גם כן לחייב מחצה אלא שהוא פטור... דחשבינן ליה אנוס כדאמרינן לקמן לרבנן.**

ברם, דברי הרא"ה מעוררים בעיה. כאשר נדחף השור ע"י אחרים פטור בעל הבור כיוון שהדחיפה הייתה באנוס, ובעל השור שניזק מקבל רק חצי מנזקיו. זאת למרות שכאשר השור נפל מעצמו לבור היה כלפיו חיוב. מדוע לא נאמר שכיוון שתחילתו בפשיעה לעניין שיפול מעצמו, מתחייב בעל הבור גם אם סופו באנוס ע"י אחרים? הרא"ה בעצמו שואל שאלה זו בדף נ ע"ב ביחס למקרה שאדם דוחף שור לבור, שאז בעל הבור פטור לכו"ע,<sup>39</sup> גם כן סובר הרא"ה שיסוד הפטור הוא משום שהאדם שדחף את השור אנוס את בעל הבור:

ומיהו באדם שדחף שור לבור נסתלקו מעשי בעל הבור לגמרי דהא לא פשע כלל לגבי אדם שלא ידחף לשם **וליכא לחיוביה משום תחילתו בפשיעה וסופו באנוס**... דליכא למימר תחילתו בפשיעה וסופו באנוס לחייבו אלא ממילא, אבל שהזיקו מתוך **אנוס שאנסוהו אחרים** הוא דפטור (ואדם זה הדוחף חייב בכל דכיון דבן דעת הוא ודעתו היה להזיקו ודאי היה מזיקו אם לא בבור זה בבורות אחרים או בענין אחר).<sup>40</sup>

הרא"ה כאן מייסד חידוש נוסף בדין תחב"פ. אין חיוב מדין תחב"פ על אנוס שקורה בגלל גורם אחר. הרא"ה אומר את היסוד הזה בלי קשר למחלוקת רבנן ורבי נתן, כאשר אדם דוחף בכוונה שור לבור מסתלק החיוב מבעל הבור, אך נראה שאת אותו יסוד צריך לומר בהסבר שיטת רבנן בשור שדוחף לבור, שכיוון שלשיטת הרא"ה הפטור של רבנן נובע מכך שבעל הבור נחשב כאנוס לעניין זה, אין מקום לדין תחב"פ, כיוון שהאנוס מגיע ע"י גורם אחר והוא השור.

מה היסוד של פטור זה? נראה שאם מבינים שיסוד הדין של תחב"פ הוא שפשיעה הקשורה אל האנוס מגדירה את האנוס עצמו כפשיעה, וכשיטת בעלי התוספות, קשה להבין דין זה. הרי אם האדם חפר בור ובעקבות זאת דחף שור את חברו לתוך בורו, ודאי שיש כאן קשר בין הפשיעה של חפירת הבור לבין האנוס, ומדוע לא מגדירים את בעל הבור כפושע גם לעניין זה?

נראה שלפי היסוד של הרא"ה ושאר ראשוני ספרד בדין תחב"פ הדברים ברורים יותר. יסוד הדין של תחב"פ הוא באחריות שמקבל האדם על הנזק שנמצא ברשותו, וכאשר האדם

<sup>39</sup> אם האדם מזיק בכוונה, עיין בפירושי הראשונים לסוגיה בדף נג ע"ב לעניין שור ואדם שדחפו לבור ובתוספות בדף ו ע"א ד"ה לאתווי.

<sup>40</sup> נראה שמילים אלו מסבירות מדוע לכו"ע כאן האדם חייב בכל, משא"כ בשור שדחף לבור שלדעת רבנן שמחשיבים את בעל הבור לאנוס, מתחייב בעל השור רק חצי נזק, זה מכיוון שהשור אינו בר דעת ולכן מתייחסים אליו רק כעושה חצי מהנזק שהרי לא היה הורג את השור ללא הבור, משא"כ באדם שהיה הורג בכל מקרה.

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס

פושע ביחס לאחריות הבסיסית שיש כלפיו היא מחילה עליו חיוב גם במקרה של אונס. אך במקרה שישנו גורם בר חיוב אחר לנזק שבאונס, מתקבל מאוד על הדעת לומר שאין אנו זקוקים להחלת האחריות בכל תוקפה על הפושע הראשון, כיוון שיש גורם אחר שנכנס במקומו לקבל אחריות על הנזק והוא זה שמתחייב כיוון שתחילתו וסופו בפשיעה. אין לנו עניין להחיל אחריות נזיקין על אונסין כאשר יש גורם אחראי שעליו מוטלת האחריות מצד הדין הרגיל של מזיק בפשיעה.<sup>41</sup>

לאור מהלך זה, ניתן להבין את הצורך בחידושם של התוספות בסוגיה. כיוון שלשיטתם יסוד דין תחב"פ אינו קשור לגדרי אחריות אלא להגדרת מעשה האונס כפשיעה, לא ניתן היה להסביר את פטור בעל הבור במקרה ששור דחף שור לבורו, כיוון שפטור אונס אינו רלוונטי לשיטתו בהבנת דין תחב"פ. לכן נצרכו התוספות לחדש שהפטור נובע מגזירת הכתוב ייחודית הפוטרת את בעל הבור על נזק מעין זה, ואין זה חלק מהמערכת הרגילה של גדרי חיובי נזיקין אלא דין מיוחד בבור.

## ז. סיכום

במאמר זה העלנו שתי הבנות יסודיות בחידוש של דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס:

1. אפשרות אחת היא שהחיוב על האונס נובע מכך שהוא אינו מוגדר כאונס כיוון שהוא התרחש בעקבות הפשיעה, וחיובו של האדם הוא על הפשיעה הראשונה שפשע. הראינו כי גישה זו חורזת את דבריהם של בעלי התוספות הן בדיני שומרים והם בדיני נזיקין, וכנראה זו גם דעת הרא"ש.
2. אפשרות שנייה היא שהפשיעה משנה את תחומי החיוב של השומר, ומעתה והלאה הוא מתחייב גם על אונסין הקשורים אל הסיטואציה של מעשה הנזק. הבנה זו אפשרית הן בדיני שומרים והם בדיני נזיקין, אם מניחים שיסוד החיוב בדיני נזיקין נובע מאחריות שהחילה התורה על כל מי שנמצא פוטנציאל נזק ברשותו, ובעליו מהווה מעין 'שומר' על פוטנציאל הנזק, שיסוד חיובו חל עוד קודם למעשה הנזק עצמו. הבנה זו חרזה את דבריהם של חכמי בית המדרש הספרדי לדורותיו – הרמב"ן, הרא"ה, הרשב"א והנימוקי יוסף.

---

<sup>41</sup> בעיון מדוקדק נראה שיש כאן דין שנובע מהיסוד של **תחום האחריות** שהעלנו לעיל מהנימוקי יוסף בדף י ע"א מדפי הרי"ף בעניין דליקה שעברה באונס לחצר אחרת. כמו שחצר שהייתה מחוץ לתחום הסביר של האש לא הייתה בתחום האחריות של המדליק, כך היזק שיש כלפיו שני אחראים אינו נחשב לגמרי בתוך תחום האחריות של כל אחד מהם בפני עצמו.