

הרב אלחנן וינברג

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס

### א.

#### השיטות

בגמ' ב"מ ל"ו א' יש מחלוקת האם תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב או פטור. ונחלקו אב"י ורבא לגבי מה הנידון.

רבא אומר שאונס שקרה בלי שום קשר לפשיעה, והיה קורה באותה מדה בבית השומר 'מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם', לכו"ע אין לחייבו מטעם תחילתו בפשיעה וסופו באונס.

לדעת התוס' (דע"ח א' ד"ה הוחמה) אב"י אינו חולק בזה. והביאו שם שרב אלפס (דף כ' א' מדפיו) מפרש שאב"י סובר שמאן דמחייב אפי' בהא מחייב.

והביא הרי"ף שיש שפסקו כאב"י, משום שהגמ' בע"ב אומרת שלהלכה תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, והם פירשו דקאי אפשע ויצאה לאגם דתלי בפלוגתא, והרי"ף גופיה מפרש דלא קאי אלא אעיקרא דמילתא בתחלתו בפשיעה דעלמא דמיחייב, אבל הכא הילכתא כרבא דלא חשיב תחב"פ משום דמלאך המוות מ"ל הכא מ"ל התם.

אב"י אומר שכו"ע מודים שנוק שקרה באונס כתוצאה מן הפשיעה, כגון שפשע בכך שהלך למקום מסויים, ושם היה דבר שמזיק כל מי שמגיע, אפי' שלא היה צריך לחשוש מכך - חייב, וכל הנידון בדבר שהפשיעה הייתה כעין היכי תימצא להביא את האונס.

ודעת בעל העיטור בפקדון (דף ע' טור ד') שכל שלא יכול היה להעלות על דעתו שיבא כזה אונס, פטור, והש"ך (סי' רצ"א י"ד) דחה סברא זו.

ולכאורה רבא מודה שבאונס שהוא תוצאה של הפשיעה ולכו"ע מתחייב. אך צ"ע א"כ מאי טעמא אמרינן דמודה רבא בנגנבה, ולא איירי טפי מהכי באונס שהוא תוצאה מהפשיעה. וי"ל דבעינן למימר דהוא מודה דלא נימא סברא ד'מלאך

המוות מ"ל הכא מ"ל התם'. ולבר מהכי מודה הוא גם בעיקר העניין (וכן מבואר בתוס' ב"מ ע"ח א' ד"ה ר' יוסי שרבא מודה להא).

ועכ"פ לכו"ע יש מחלוקת בין אביי לרבא אי תלינן דאיכא טעמא שהפשיעה הזיקה, כאביי, או שכל דלא ידעינן שיש דבר המזיקו ע"י הפשיעה א"א לחייבו, כדעת רבא. והכי קי"ל בחו"מ רצ"א ט' דחייב רק היכא דידעינן דמחמת הפשיעה הוא.



## ב.

### הקושיות

הגרע"א בחידושו לב"מ (דל"ו ב') חקר בגדר הך מילתא דהוא מתחייב על האונס. האם יסוד החיוב משום שכיון שפשע בה יצאה היא מרשותו ונתחייב עליה, ואין הוא יכול להשיבה אם יש אונס. ומחשבינן דבפשיעה נפסדה מן הבעלים, והחזרה אח"כ היא כהשבתה לרשות בעלים.

אך אין זה מתיישב, דבב"ק כ"א ב' ונ"ו א' אמרינן דאיכא הך פלוגתא גם לגבי שמירת נזקין, שאם פשע בבהמתו ולסוף הזיקה באונס מתחייב. ושם אין בפשיעה עצמה דבר המחייב.

או יסוד החיוב הוא משום שאונס שאירע לאחר הפשיעה יש לו שייכות אל הפשיעה. דמחשבינן לאונס כנגרם מחמת הפשיעה, ע"י שאם לא פשע לא היה קורה האונס.

אך ברשב"א ב"מ (ל"ו ב') מפורש הטעם לחייב משום דקיימא ברשותיה אפי' לעניין אונסין דשייכי לפשיעה. ועי"ש שהקשה לטעמא דרבא, דפוטר משום דמלאך המוות מ"ל הכא מ"ל התם, איך יתחייב בשואל. והרי שם אי"ז שייך לפשיעה כלל. ואפי' הכי טעמא דפטר הוא משום עיקר גדר האונס, עד שהקושיא היא מ"ש דבשואל אפשר לחיובי עלה. ולהלן נדון בדבריו.

ועוד ילה"ק דא"כ יתחייב ש"ש אפי' בתחילתו בגניבה ואבידה וסופו באונס, שהרי האונס שייך לכך שלא שמר מגניבה ואבידה, ומי שאפשר לחייבו מהך טעמא מדוע לא נחייבו גם על אונס דידיה. ומבואר בב"מ צ"ג ב' שאין לחייב ע"ז כפי שדקדקו התוס'.

והרי הטעם הראשון אינו עומד אלא לפי הרי"ף בדעת אב"י, שמחייב אפי' באונס שאינו שייך, ואילו לרבא ולשאר הראשונים ודאי אי"ו הטעם.

והטעם השני אינו מובן כל צרכו, דמה פשר הדבר לשייך את האונס אל הפשיעה, וכי צריך טעם לפטור אונס, עד שנאמר שמי שלא שמר לית ליה הך טעמא? הרי אין כלל סיבה לחייב אונס, שהרי לכאורה כל חיובו של שומר על כך שלא שמר, וכאן קרה דבר שיכול היה לקרות אפי' אם היה שומר, ועל מה יש לחייבו.

והנראה דאמת היא דאין שומר מתחייב על כך שלא שמר, ושע"י כך הנוק חשיב כנעשה בגרמתו, דהא לא הוי אלא כגרמא בעלמא ופטור. אלא טעם חיובו הוא משום שהממון נמסר לרשותו לקיימו לבעלים, וכל שיצא מידו ולא שב לבעלים, הרי הבעלים תובעו- ממוני שמסרתי לך השיבו לי<sup>(א)</sup>.

כלומר באמת טעם החיוב כמו הצד השני שע"י הפשיעה זה יצא מן הבעלים ומחוייב להשיבו, ומ"מ אפשר לחלק בין כמה סוגי אונס, שעל חלקם יתחייב ועל אחרים יפטור. ומה ששאלנו למעלה אם זה יצא מרשות הבעלים מה שייך לחלק בין מקרה אונס אחד לחבירו, וגם איך הנידון כאן האם יצא מרשות הבעלים לחייבו לעניין שמירה דומה לנידון לגבי פשיעה בנוזקין אם לחייבו על אונס שאירע אחר הפשיעה.

התשובה היא שבאמת כל פשיעה היחס אליה מורכב, ואינה דומה לממון שיצא בגניבה שאין אותו לבעלים כלל ועיקר, ואילו כאן לכל מילי כברשותו חשיבא, ואפי' אבידה אינה, וע"כ אין לומר שאינה כלל ברשות הבעלים, אלא שיצאה מרשות השמירה, מלהיותה ברשות השומר ותחת שמירתו. מה שמחייב שומר זה שהממון יצא מן הבעלים. וכן לא מודבר ביציאה שאין את הממון לבעלים, ולשאר מילי כברשותו חשבינן ליה, אלא שכלפי חיובו של השומר להעמידה אצלו לבעלים יש כאן יציאה מסויימת, אבל הרי הממון לא יצא מן הבעלים, ואפשר לראות את אי קיום השמירה כדבר צדדי לעצם מצב הממון שלא יצא מיד הבעלים.

(א). והאריך ידידי הרב שניאור זלמן קליימן שליט"א, בקונטרס 'באחריות יד שומרים', להראות שזוהי נקודת היסוד בדיני שומרים.

ולכן ברור שמה שניזק מאי השמירה עצמה, שלא שמר והלכה ונאבדה, הרי שכלפי שתוכל להאבד יצא מן הבעלים. והנידון כל הסוגיא כאן זה איך לדון את היציאה הזו כלפי מילי אחרינא, שלבסוף אותו יציאה משמירתו לא קרה ממנו כלום, ורק שקרה לממון אונס, ניתן לומר שאי השמירה זה מצב אחר בממון שאינו שמור לבעלים. וניתן לראות זאת כאופציה בלבד שהממון יכל להאבד, אך כל שלא אירע מידי למעשה ע"י אותה אי שמירה לא הייתה כלל יציאה מיד הבעלים, וע"כ אין לחייבו להשיב אם נאנס.

וכיון שאין הכרח שאם זה יציאה פירושו של דבר שאין את הממון כלל לבעלים, אלא שכלפי דברים מסוימים אין היא ברשותו למשל שמה שהיא באגם זה מצב שאינו שמור, ניתן לחלק שניזק שקשור לזה שהיא הייתה באגם, אפי' באונס, הרי זה יציאה עמידתה שם, ולא חזרה, וחייב אפי' אם באונס לא חזרה. אך אם יקרה נזק שאין לו כלל שייכות לעמידתה באגם ניתן לראותו ביחס לזה כאילו מעולם לא יצאה מרשות הבעלים (ולהלן נבאר איך מתבאר בסוגיא דשמירת נזיקין עפי"ז).

ולכן אונס שאירע ממש כתוצאה מן הפשיעה, כגון שפשע בה ויצאה לאגם, ושם היה באותו זמן ודאי אורא שהורג - מתחייב לכו"ע, שהרי יצא הממון מידו ומכח יציאה זו לא שב לבעליו.

וא"כ קוטב הנידון הוא סביב השאלה עד כמה הפשיעה מוגדרת כמצב בחפץ, שאפשר לומר שהממון לא שב ממנה. שהרי י"ל שזה חסרון חיצוני בעלמא, שלא עשה פעולת שמירה, ולא חלה הגדרה אחרת בממון עצמו. וע"כ כל שאירע אונס שאינו שייך לפשיעה א"א לחייב.

ולפי זה כל אונס שקרה מחמת הפשיעה ממש - לכו"ע מתחייב, משום שהפשיעה למעשה הוציאה מרשות הבעלים. וכל הנידון כשזה רק שימש כהיכי תימצא להביא את האונס, האם אפשר לדון את הפשיעה בתור מצב בפני עצמו אפי' שהפשיעה עצמה לא גרמה מידי<sup>ב</sup>.

(ב). ואמנם, אין הדברים פשוטים איך להגדיר את הפשיעה, וכגון בהניחה באגם ונכנס לביתו, שנסתפקו התוס' (ב"מ ע"ח א' ד"ה הוחמה וראה שם בראב"ד) האם גדר הפשיעה הוא שלא נשאר לשמור, ואז אם בא ארי נחשב שאי"ז כלל מחמת הפשיעה, או שהיה צריך לשים את הבהמות במק"א שמשמור על ידו. והכל מהך טעמא משום שהפשיעה היא דבר חיצוני לממון גופיה, יש קושי בהגדרה מה נחשב שייך

ועפי"ז יש להבין את קושיית הרשב"א על דברי רבא, דאמר דלכו"ע פטור דמלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם, דא"כ בשואל נמי ליכא לחיובי. דהא למאן דמחייב וס"ל שהפשיעה חלה בממון גופיה, להגדירו כאינו עומד על ידו לבעלים, א"כ טעמא דמאן דפטור ע"כ היינו משום שאי"ז שייך כלל להחזקתו, וכאילו הממון עצמו מוגבל. ולכאורה גם שואל יש לפטור מהך טעמא.

וז"ל: "מאי טעמא מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם. ושואל דחייב במתה כדרכה, משום דכיון שכל הנאה שלו אוקמה רחמנא ברשותיה לגמרי כאלו היא שלו חוץ ממתה מחמת מלאכה דא"ל לאו לאוקמה בכילתא שאלתיה".

הטעם של כל הנאה שלו זה גמרא בתחילת פרק השואל ולא חידוש של הרשב"א כאן.

הרשב"א כאן בא לשאול מה החילוק בין מה שהממון נעמד ברשותו ע"י שאלה או ע"י שפשע, והגם שהטעם הוא שונה, סו"ס אם העמדה ברשותו אחת היא יש לחייב בתרויהו באותם פרטים. וע"כ עונה הרשב"א לא שיש טעם שונה, שזה דבר שידענו גם קודם, ומעולם לא סברנו שטעם החיוב בפשיעה דמי בחד צד לשומר, מ"מ עלה על הדעת לטען ששתיהם באותו מצב שהממון עומד ברשותם וע"כ יש לחייב באותם דינים.

ומיישב הרשב"א שזה מין העמדה ברשותו שונה, ששואל מה שעומד ברשותו זה הממון עצמו. ולכן חייב גם על מיתה שהייתה מתרחשת גם בבית הבעלים, ואילו השומר שפשע אין לו שייכות לגוף הממון, אלא שהביא את המצב של החפץ לצאת מן הבעלים, וכל מילתא שיכלה לקרות גם אצל הבעלים אין לחייבו.

ומאן דמחייב אפי' שלא מחמת הפשיעה כלל, ס"ל דכיון שפשע בה ויצאה לאגם כשואל מחשבינן ליה. דעת מתקיימת עבורו, ואינו מקיימה לבעלים. ודיני החיוב אי משעת פשיעה אי משעת נזק, יהיו כדיני חיוב שואל אי מתחייב משעת שאלה או משעת הנזק.

ומה שלאביי חייב אפי' בספק היינו משום שהמצב של החפץ הוא כנמצא בפשיעה. ומאן דפטור ס"ל שע"י שידעינן שהפשיעה לא הועילה נחשב שיצא

לפשיעה (וראה עוד בתוס' שם בע"ב ד"ה (בע"א) ורבי יוסי, ששמא בשינה אי"ז נחשב כפשיעה, שיכל לשמור על הבהמה).

ממצב זה. ולרוב אי"ז מצב שחל כ"כ, ועד שלא נראה שאירע ע"י הפשיעה, לכו"ע אין לחייב<sup>2</sup>.

ג.

תחילתו בפשיעה וסופו באונס בגניבה ואבידה

והא דבגניבה ואבידה לא אמרינן הכי, הוא מפני שחייב גניבה ואבידה אין גדרו שע"י שלא שמר מגניבה ואבידה נחשב שיצא מרשותו. ואין שתי דרגות של יציאה בפשיעה ובגנו"א.

וראיה לדבר, שלדעת רוב הראשונים חייב בגניבה אפי' באונס, כמש"כ תוס' ב"ק (נ"ז א' ד"ה כגון שטענו), ורמב"ן ב"מ (צ"ג ב').<sup>3</sup> והרי א"א לחייבו משום שהוציאו מידו ע"י שלא שמר, שהרי לא היה כלל בידו לשמור.

וע"כ שגדר החיוב בגנו"א אינו על היציאה מרשותו, רק שעצם הדבר שאירע מידי בגנו"א חשיב שאירע בידו של שומר. ואי"ז כאונס שנחשב שקרה בחפץ עצמו.

וש"ח אין לחייבו אלא על מה שהוציאו מידו. אך מה שקרה להחזקה שלו שניזוקה א"א לחייבו, שהרי הוא מחזיק לבעלים. ורק ש"ש שמקבל שכר על החזקתו אפשר להגדיר את החזקה שהיא עבורו, ואם אירע דבר בהחזקה כמו גניבה, נחשב הדבר שלא שב הממון ממנו לבעליו.

וכיון שאי"ז בגדר של יציאה מרשות שמחייבת, לא שייך בזה דינא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, שאפי' שחייב לקיימו לבעליו כפי יכולתו, ולשמור מגנו"א, אם לא שמר, אין זה מוגדר כמצב בחפץ שיצא ממנו, שנוכל לחייבו בפשיעה.

ג). בני"ב לב"ק (דל"ט א' מדפי הרי"ף) מבואר שחייב בפשע ואינו יודע אם ניזוק מחמת כך, דהו"ל א"י אם פרעתיך. ול"ד להכא, משום ששם יש טעם לומר שיש פשיעה, אך שהיא ספק ובהא כו"ע מודו. וכאן הנידון בדלא ידעינן אי איכא פשיעה. ובתוס' ורמב"ן בכתובות ל"ד ב' מבואר שמשמע משעת פשיעה.  
ד). אמנם, התוס' ב"מ מ"ב א' ד"ה אמר שמואל חולקים.

## ד.

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס בשמירת נזיקין

בעיקר הא דאמרינן הך דינא בשמירת נזיקין. באבן האזל פ"ב מנזקי ממון ה"ה ללמד מזה שהחוב הוא על מה שלא שמר ממונו. אולם אי"ז מיושב, דסופו של דבר לא פשיעתו היא המזקת אלא הנזק נגרם מחמת דבר אחר.

וע"כ יש לומר דבממונו המזיק יש שתי הגדרות. אם נותן לו לילך הרי הוא כמשלחו, וכהא דאמרינן בריש הכונס 'עד דעביד כעין ושלח' ולא שמר אפי' שמירה פחותה. ואם הלך באונס דבעליו הרי שלא הוא שלח את הממון להזיק.

וע"כ כל שלא שמר ממונו, והוציאו מידו להיות משולח להזיק, הרי שנחשב כמזיק ע"י ממונו. וכל שהעמיד ממונו כמזיק, אין נ"מ אם לבסוף היה איזה אונס בדרך שהלך ע"מ להזיק. ונבאר בקצרה ביסוד חיוב נזיקין.

גדר החיוב של הבעלים על ממונו שהזיק, אין תחלתו על אי שמירתו, שהרי צריך טעם קדום לחייבו על הנזק ומכוחו יש מקום לחייב לשמור, אך לפני שיש טעם לחייבו על מה שממונו הזיק אין דרך להטיל עליו את השמירה. ומאידך יש ראיות שהחוב שייך לכך שהבעלים לא שמר כמו כאן לדוגמא שע"י אי שמירתו נהפך למתחייב גם על מה שהלה יעשה באונס.

ופשר העניין בקצרה, הוא שבעצם כאשר ממונו עושה הרי זה כמין עשיה שלו. וכמו שיש עשיה של גופו יש גם עשיה של ממונו להתחייב. והפטור בשמור אינו איזה תנאי חיצוני, אלא שכל שלא היה ביכולתו למנוע הרי זה עצמו מנתק בינו לממון, ומחשיבו כאינו שייך למה שממונו עושה.

משום שאין השייכות למה שממונו עושה להחשיבו כאחראי ועומד מאחורי העשיה אינה שייכות מוכרחת שא"א להתנתק ממנה, אלא שזה המצב הטבעי של הממון שפעילותו מהווה מימוש של מה שמונח בו ולכן מי שזה שלו עומד מאחוריו. אבל אם יש מה שמנתק בין הבעלים לממונו, כגון אונס שלא יכל למנוע מן הממון, לא הוי כעשיה שלו.

וכל שהייתה תחילתו בפשיעה ונתן לשורו וחמורו לנהוג כרצונם ע"י כך יצר עצמו להיות עומד מאחורי מעשיהם, והגם שקרה הנזק באופן שלא יכל להעלות

על דעתו, אין זה דין פטור שכל שנאנס אין לחייבו, אלא שאונס זה סיבה לראותו כמנותק ממה שקרה. אבל כאן שנתן לשור לעשות כרצונו ויכל לעשות הנזק כרצונו, ממילא הוא אחראי על אותם מעשים, ולא משנה איך הם קרו.

ולפי מה שביארנו בעיקר היסוד כולם מודים שאם נחשיב שיש כזה מצב שבו הגדיר הבעלים את עצמו כעומד מאחורי עשיות השור אין נ"מ איך יעשה זאת השור למעשה. וכל הנידון הוא האם פשיעה היא מצב אחר שהממון נמצא בו, ובו מוגדר שהבעלים נתן לשור לעשות כחפצו, וכן בעצם העמיד עצמו כשייך לפעולותיו, לא משנה איך יעשה זאת בפועל. או שמא הפשיעה אין לראותה כמצב אחר, אלא כאופציה בלבד שהניח בפני השור, ואם לא מימש את אותה אופציה, אין לזה כל משמעות. וממילא דנים רק על הנזק שנעשה בסוף, והוא נעשה באונס, ואין שייכות לבעלים.

וע"כ חדא מילתא הוא עם תחילתו בפשיעה וסופו באונס בשומרים, ובתרוייהו הנידון הוא מתי מוגדרת הפשיעה כמצב בממון שהוא מוצא מתחת ידו.

וכבר הביאו מה שכתב בתוס' ר"פ ב"ק כ"ג ב' דלא אמרינן האי דינא מאב לאב, משום שמה שהעמיד את הבהמה כמזיקה כלפי אב אחד, אינו מגדיר אותה כלפי אב אחר.

ויש להקשות באש שמתחייבת ברוח מצויה, נחייב גם ברוח שאינה מצויה אם לא שמר מרוח מצויה<sup>ה</sup>, ולא משמע הכי כלל.

ובב"ק כ"ג א' דיינינן מה הנ"מ בעינן לאתויי אשו דלכו"ע הויא משום ממונו, ולא משכחינן אלא בנפלה גדר עיי"ש, ואמאי לא אמרינן דכגון שהייתה תחלתו ברוח מצויה, וסופו ברוח שאינה מצויה, דמשום חציו ליכא לחיובי, דאי"ז מעשה שלו, ומשום ממונו איכא לחיובי, דהא לא שמר.

וכעין זה מצינו בבעה"מ בב"ק (כ"ב ב' מדפי הרי"ף) שכתב שבבור ליכא למימר תחילתו בפשיעה וסופו באונס, אבל התוס' ב"ק (דנ"ב ב' ד"ה ושכיחי) ורמב"ן (במלחמותיו שם) חולקים.

ונמצא א"כ שבשור לכו"ע אמרינן תחילתו בפשיעה וסופו באונס, ובאש לכו"ע לא אמרינן, ובבור יש בזה פלוגתא.

ה). אמנם רק בדבר שהיה יכול להנזק אפי' בפשיעה, כמבו' בתוס' בב"ק כ"א ב' ד"ה הא נפלו.

וביאור הדברים, שיש ב' צורות לפטור אונס. בשור ששמר עליו א"א לומר שאי"ז ממונו שהזיק, רק שיש דבר שמפקיע ביניהם, שהשור פועל באופן שאין הבעלים יכול למונעו, וע"כ אפי' שזה ממונו אין לו יחס עמו. וזה דינא דאונס, וכעין הא דאונס בגופו, דבעלמא חשבינן ליה דלא עביד<sup>ו</sup>, שכאשר גופו עושה באופן שאינו יכול למנוע בעדו אי"ז שייך אליו. אך צריך דבר שיצור את הניתוק, ובאופן טבעי הוא עומד מאחורי מעשיו אפי' אם לא התכוין, כל עוד אין דבר שיוצר חלוקה והגדרה שהגוף פועל בפני עצמו.

ואילו באש שהולכת ברוח שאינה מצויה אי"ז פטור אונס דעלמא, שהרי כל מה שיש לו כאן זה כח שמזיק באופן רגיל. והיותר מזה אינו כלל עשיה שלו, וכאילו נוצר כאן כח חדש שלא בא ממנו.

ודוג' לדבר מסוגיא דאומד למיתה ולנזיקין, דדיינינן בב"ק צ"א א' אי יש אומד לנזיקין, ששימינן אי מעשהו אמור להזיק עד כדי כך. והק' ע"ז ואי נימא דאונס הוא, מ"מ פשע בהכותו את חברו שלא כדין, ונחייבו משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס.

אולם הנידון שם אם יש אומד אינו שייך כלל לדינא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, אלא האם לייחס את התוצאות המוגזמות לעשיה עצמה או לגוף הנזק, שכאילו קיבל זאת בצורה מדי חריפה, ואז אין זה כלל עשיה של המכה. וע"כ אי"ז שייך לדינא דתחב"פ וסב"א.

ולכן לגבי אש נראה שזה מוסכם דלית ביה הך דינא, דרוח מצויה אינה רק אונס, אלא גם חוסר עשיה, שכל מה שהיה כאן זה כח שיכול להזיק ברוח מצויה. אבל שור הוא חפצא לעצמו שיכול להזיק, וכל שלא שמר בעליו, מעמיד עצמו כעומד מאחורי עשיותיו, ואין נ"מ שעשה זאת בצורה שלא עלתה על הדעת.

ובר זה מחלוקת, משום שמחד הוא חפצא לעצמו ויש לו צורה שהוא קיים, ואינו כאש, שכל מציאותה זה כוחה להזיק (וגם אבנו וסכינו ברוח מצויה שייכותם לאש

(1). ולמשל בירו' בגיטין פ' מי שאחזו ה"ו דנו אי אונס כמאן דעבד, לעניין קיום תנאי. ובשו"ע חו"מ סי' כ"א נפסק דלאו כמאן דעבד, ועיי"ש בש"ך סק"ג.

זה הכח שבהם). ומאידך תחילת עשייתו לנזק, וכל משמעותו היא בהיותו מזיק. וע"כ י"ל שאם מצד מעשיו עדיין לא הוי מזיק, אין לומר בזה תחילתו בפשיעה וסופו באונס, דסו"ס אינו מזיק מחמתו.



ה.

**דברי הרמב"ן בשינה מדעת בעה"ב**

כתב הרמב"ן ב"מ ע"ח א': "הא דאמרינן מ"ש רישא דלא מפליג ומ"ש סיפא וכו' ומתריצין כגון שמתה מחמת אויר ואובצנא והכישה נחש, דמשמע דאם מתה כדרכה פטור, יש מפרשים כולה סוגיא כרבא דאמר (ל"ו ב') מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, וכי פשע בה ושינה אותה מהר לבקעה והכישה נחש חייב דתחלתו בפשיעה וסופו באונס הוא דאונסו בא לו מחמת פשיעתו, הא אם שינה אותה מבקעה לבקעה אף על פי שהכישה נחש פטור דלא פשע בה דתחלתו וסופו באונס, אבל לאביי דאמר במתה כדרכה חייב משום תחלתו בפשיעה וסופו באונס הכא נמי חייב אפי' מתה כדרכה דהא פשע בשינוי דהר ובקעה, וסיפא דמתני' דקא מפליג אם הוחלקה פטור דוקא בהוחלקה דכש"כ דשכיח בהר חלקה, אבל מתה כדרכה חייב, ודקתני הוחמה חייב לאשמועינן פשיעותא דשינוי דמשום חמום הוא, ומהך פשיעותא מחייב נמי במתה כדרכה, ואין זה מחוור אצלי כלל דטעמא דאביי התם משום דכל שתחלתו בפשיעה משעה שפשע בה נעשית ברשותו להתחייב עליה בכל ענין ואפי' במתה כדרכה וכש"כ בהוחלקה, שחלקה של בקעה ושל הר שני דברים הם ושמא לא יארע לה חלקה בהר אף על פי שמצוי בו יותר, אבל הטעם הנכון במשנתנו שאין השינוי מהר לבקעה פשיעה לפי שהזיקה מצוי בזה כמו בזה, ומיהו אינה שמירה למה שאמר משכיר, הילכך אם הוחמה בעלייה בהר חייב שאמר לו לשמרה מחמום ולא שמרה, וכן כשאירע לה מיתת אויר שנשבה הרוח בהר באותו היום ומתה בו או נחש הכישה חייב, שאם שמר כמו שאמר בעה"ב לא אירע לה מיתה זו, דכל כה"ג אינה פשיעה ואינה שמירה, הילכך אם סופו באונס פטור ואם סופו מחמת אותו שינוי חייב, כנ"ל, עכ"ל.

התוס' ד"ה ורבי יוסי פירשו דלאביי יש לומר שאם הוחלקה בהר פטור, שהרי בעה"ב צוה עליו להוליכה בבקעה, ושם הרי יותר מועדת להחליק, וע"כ אין לדון זאת כנעשה מחמתו. ורמב"ן הקשה שאי"ז אותה החלקה, שמה שהחליקה בסלע זה היינו מחמת שהייתה כאן, ויש לחייב, ככל תחילתו בפשיעה וסופו באונס.

ע"כ פירש שלדעתו הך מילתא אינה מוגדרת כפשיעה כי היכי דנחייב עלה, ורק משום שבעה"ב תבע ע"ז נחשב שלא קיים שמירתו. ואינה מוגדרת כשמירה לפוטרו אם אירע מחמת המקום. ורק אם החליקה בהר פטור, כיון שבבקעה הייתה מחליקה יותר, וכלפי זה יש לדון תחב"פ וסב"א.

ולכאורה אינו מובן, אי נימא שלא אומרים ששם החלקה חד הוא, ובבקעה הייתה מחליקה טפי, כפי שטען הרמב"ן, איך מועיל מה שאי"ז לא פשיעה ולא אונס, לישיב קושייתו ע"ד התוס', דגם לדידיה ע"כ אמרינן דשם החלקה אחת היא.

וי"ל שיש הבדל. שאם האונס צריך לבא רק כהיכי תימצי שיכול היה להיות ע"י הפשיעה, הרי יש לדון שהחלקה הפרטית הזו קרתה משום שהביאה לכאן, וכמו אונס דעלמא. אך מצב זה שאינו אונס, אין לדונו בגדרי פשיעה דעלמא, ואין לדון שממש הוציא הבהמה מרשותו לחייב על כל פשיעה. ע"כ יש חילוק, אם אירע דבר שממנו הייתה שמורה כאן יותר, א"א לחייב. ואם אירע מילתא בעלמא שאין שמורה ממנו כאן יותר משם חייב.

ואילו היה זה מצב גמור של פשיעה, אין נ"מ שכלפי שם דבר זה הבהמה שמורה יותר, דסו"ס מה שנזקה כאן קרה דרך הפשיעה שהביאה לכאן. אבל אם אין ההגדרה כפשיעה מוחלטת, אם הגיעה לדבר ממנו הייתה יותר שמורה כאן, לא חזינן לה כנמצאת מחוץ לרשותו.

הרי שההגדרה שהדבר אינו ברשות הבעלים אינו ההגדרה של הממון עצמו, שהרי שמר עליו כרגיל. ורק שהבעלים מעמיד דבר זה כאינו ברשותו מצד חשש ההחלקה. וכל שאירע מילתא אחריתי עדיין עומד הדבר תחת מצב זה, שהביאו למקום שאינו ע"ד בעה"ב, וחשיב כפשיעה לחייב אכל מילי. אבל אם מגיע לצד כזה שהמקום הלז שמור ממנו יותר, ממילא אין לדונו שוב כפשיעה, היות שהגיע

לינזק מתוך שמירה טפי ממה שדרש בעה"ב, וכלפי מה שאירע בסוף א"א להגדיר שפשע ומחמת כן זה הממון ניזק".



ז). וא"כ החלוקה בדברי רמב"ן היא שיש לדון את ההחלוקה גם באופן נפרד. ואין הכרח לדון את שם ההחלוקה הכללי, ולומר שהמקום לא גרם לה. אך כאן לא באים לומר שהמקום לא גמר לה, אלא שכלפי שם החלוקה אין נחשב שהיה כאן כלל פשיעה, שהרי שמר מזה טפי, וממילא אין נ"מ מן השם הפרטי של ההחלוקה הזו.