

נפרצה בלילה הבנת תוס' (ב"ק נה); הרב עדיאל בן-כזי

- א. מבוא
- ב. הצגת דברי התוספות
- ג. שאלות העולות מהתירוץ השני שבתוספות
- ד. דרכים שונות להבנת תירוץ ב' בתוס'
- ה. חקירת האחרונים בגדרי חיוב ממונו ויישומה לדברי התוספות

א. מבוא

בתחילת פרק הכונס (ב"ק נה) אומרת המשנה:

הכונס צאן לדיר ונעל בפניה כראוי ויצאה והזיקה פטור.
לא נעל בפניה כראוי ויצאה והזיקה חייב.
נפרצה בלילה או שפרצה לסטים ויצאה והזיקה פטור.
הוציאה לסטים, לסטים חייבים.

הניחה בחמה או שמסרה לחרש שוטה וקטן ויצאה והזיקה חייב. מסרה לרועה נכנס הרועה תחתיו וכו'...

בפשטות נושא משנתנו הוא גבולות החיוב על ממונו שהזיק, כלומר עד היכן נתבע האדם לשמור/ לשלם על ממונו שהזיק? מהמשנה עולות מספר הלכות בעניין זה:

1. אם יצאה והזיקה למרות שמירתו הראויה (נורמאלית) – פטור.
 2. אם יצאה והזיקה במצב שלא שמרה כראוי – חייב.
 3. אם נפרצה (הנעילה לכאוי) בלילה או ע"י לסטים והזיקה – פטור.
 4. אם הוציאה הליסטים והזיקה – חייבים הם (למרות שאינה ממונס)
 5. השאיר אותה במצב לא שמורה כגון בשמש/ חשי"ו והזיקה – חייב.
 6. מסרה לרועה (לשומר אחר) נכנס הוא להתחייב במקומו.
- שאלות ודיונים שונים שייכים לפשט משנתנו, חלקם נדונים בסוגיות הגמ' (כאן נה: ובהמשך) אולם במאמר זה נתמקד בעזרת ה' בדברי תוס' ד"ה נפרצה בלילה.

ב. הצגת דברי התוספות

שואלים התוספות: אע"פ דתנא נעל בפניה כראוי פטור, אצטריך...".
התוספות מתקשים בפשט המשנה, שהרי גם בדין נפרצה בלילה מדובר שנעל כראוי, שהרי אם לא כן פושע הוא וכבר למדנו במשנה שחייב (דין 2). יתר על כן, מעצם הלשון "נפרצה" / "פרצה" נשמע שפרצו דבר נעול. אם כן, לשם מה צריך לחזור על הדין שפטור כשנעל כראוי פעמיים?

מתרצים תוס' ב' תרוצים:

תרוץ א' – "אצטריך למתני נפרצה בלילה פטור כדדייק בפ"ק (דף י"ד) 'הא ביום חייב דקלא אית ליה למילתא, ומסתמא ידע שנפרצה!"
החידוש ב'נפרצה בלילה' הוא לחומרא ביום, וללמדנו בא שאם נפרצה ביום ויצאה והזיקה חייב משום שהאדם אמור לדעת מכך (יש פרסום לדבר) ולשוב לגדור. אדם מחוייב לתקן גדר שנפרצה בדיוק כפי שמחוייב מראש לכנוס צאן ולגודרו.
על תירוץ זה הקשו המפרשים [מהרש"א ועוד]: מדוע ברישא [דין 2] פטור ביום כשברחה הרי חייב לגדור כלומר להשיבה למצב גזור. על כך ניתן להשיב שברישא פטור משום שלא יכול לגדור, או כי לא אמור לדעת מה"בריחה" שהרי קול יש לפריצה ולא לבריחה (מהרש"א), או כי גם אם יש קול לבריחה, כשנודע לו שברחה כבר הספיקה להזיק (מסברא)

לסיכום תרוץ זה, דין "נפרצה בלילה – פטור" הוא אכן פשוט. ומצד עצמו אינו מחדש כלום בנוסף לרישא (דין 2), אולם הוא נכתב במשנתנו לרמוז על חידוש העולה ממנו ע"י דיוק שלגבי היום חייב, משום שיש פרסום להיפרצות ולכן חייב לגדור.

תרוץ ב': "אי נמי - בלילה אפילו נודע לו שנפרצה ויצתה הבהמה, אין לו לטרוח יותר מדאי לחזר אחריה באפילה".

החידוש בדין נפרצה בלילה הוא לקולא בלילה וללמדנו בא שהפטור בלילה אף לאחר נודע לו שנפרצה וברחה פטור מלחפשה באפילה.

ג. שאלות העולות מהתירוץ השני שבתוספות

התירוץ השני מעורר מספר שאלות:

(1) מה ההגיון וההצדקה לסבור ש-"טרחא יתירה" תהווה פטור מלשמור?

הרי אותה אחריות וחובה שמוטלת על בעלי הבהמה לכונסה לדיר ולנועלה שם מלכתחילה, צריכה ואמורה לחייבו להשיבה בחזרה למצב השמור הנדרש, על-מנת להיפטר כשתזיק? מדוע א"כ, טרחה יתרה מהוה סיבה לפטור כעת?

(2) תירוץ זה מופיע בניסוחים שונים: מחד גיסא, נאמר בתוס' ר' פרץ – "דאין דרך לחזר אחריה בלילה" כלומר – זוהי 'השתדלות מעל לנורמאלית' או 'זוהי השתדלות לא יעילה' כי חשוך. מאידך גיסא, נאמר בטור (חושן משפט שצ"ו) – "שאינו חייב לצאת ולטרוח אחרה בלילה כיון שהוא אנוס" – כלומר עשה מה שצריך וכעת אנוס מצידו.

יש לשאול, האם לשון מפרשים אלו חולקת על תוס' או שמהוה עבורנו באור לתוס' עצמם?

(3) משני התירוצים עולה שיש חיוב לגדור את מה שנפרץ, ברגע שנודע לו וטרם ברח, בין ביום ובין בלילה. יתכן לומר שאין כאן מחל' בין שני התירוצים אלא שתי אפשרויות. אולם, אם נבין שהתירוצים חלוקים נמצא שתרופ' א' לא קיבל את הפטור לטרוח בלילה, והשאלה היא מה נקודת המחלוקת בין שני התירוצים לגבי חובת השמירה/ הטרחה בשמירה?

ד. דרכים שונות להבנת תירוץ ב' בתוס'

ברור לחלוטין שאדם חייב לשמור על ממונו ברף מסוים, המכונה בסוגיא לעיל (מה:): שמירה פחותה או מעולה. אולם, כאשר מדובר באנוס אך הוא יכול לתקן, האם יידרש לכך גם במחיר טרחה רבה? כאן הצענו שתי הבנות שונות בתוס' :

(1) פטור בטרחה יתרה רק כשהתועלת רחוקה מלבוא.

(2) פטור בטרחה יתרה תמיד כי יש רף מאמץ שממנו פטור.

שוב חוזר הקושי: אם התורה מטילה על בעל ממון אחריות נזקי ממונו כאשר לא דאג לשמירה ראויה, הגיוני שכאשר כעת אין את מערך ההגנה המחוייב, יהיה הבעלים חייב, ומדוע שנבדיל בין היתה ונפלה ובין לא הייתה, בין מאמץ נמוך לגבוה?

ניתן להשיב על קושי זה בשלוש דרכים אפשריות:

דרך א'. הורדת רף הטרחה הנדרשת מן הבעלים עמ"י לשמור הנה תוצאה של דין "שמירה פחותה", שמיעטה התורה בשן ורגל (לקמן נה:)¹. כשם שדי

¹ כאחד מארבעה דברים שמיעטה תורה בשמירתן בור ואש שן ורגל.

בהגנה נורמאלית ("פחותה" = 'כראוי'), כך אם נפלה אותה ההגנה נגביל את הדרישה להחזיר את ההגנה רק במחיר טרחה סבירה (פחותה). הנפ"מ לפי"ז תהיה שכאשר כן דרושה שמירה מעולה, כגון בקרן לפי ר"מ או בקרן תמה לר' יהודה (לאור המשך סוגייתנו והסוגיא לעיל מה:), יסכימו תוסי' שכן יחוייב האדם לטרוח באפילה כשנפלה השמירה המעולה. הרווח בדרך זו הוא יישוב לקושי הכללי שלנו על תוסי', מדוע בגלל טורח נפטור אדם ממטלות שחייב בהם מראש כבעל הממון? התשובה לפי דרך זו היא שאין הכי נמי, דווקא במקום שהתורה הנמיכה את רף הדרישות (שן, רגל) הקלנו עליו מלטרוח כשברחה באפילה. הקושי בדרך זו – תוסי' לא ציינו כלל, שקולא זו נגזרת ממעוט השמירה שבשן ורגל.

דרך ב'. – תוסי' התכוונו כאן, לפטור האדם מטרחה שסיכוייה להועיל נמוכים בפני עצמם, כלומר גם אם תשקיע, ספק הוא ויש סבירות נמוכה שמשהו יועיל. לפי"ז לטרוח באפילה משמעו במצב חשכה שהסיכוי לתוצאות נמוך, מיותר ולא מוצדק להטריחו עבור כך. יתכן לומר – שכדרך זו נקטו תוסי' ר' פרץ (הני"ל) שאין דרך לחזר אחריה בלילה – משום שבני אדם לא משקיעים השקעה גדולה על סיכויים קלושים לתוצאות. הנפ"מ לפי"ז הן שתיים. ראשית, כאשר הסיכוי להשיג תוצאות מכח הטרחה יהיה סביר, אזי הבעלים כן יחוייב בטרחה לשמור, ואם לא שמר והזיקה ישלם. שנית, הפטור מלטרוח באפלה רלוונטי כמובן גם לדין שמירה מעולה (קרן לר"מ וכדו'). אולם, דרך זו עדין לא פתרה הקושי הכללי על תירוץ ב' בתוסי' – מדוע "טרחה" זה סיבה לפטור ממטלות בסיסיות? לכן נראה מסתבר יותר להבין את תוספות בדרך אשר נבאר להלן בעז"ה.

דרך ג'. – תוספות נוקטים שאף כאשר נדרשת שמירה מעולה (כגון בקרן לרבי מאיר) מדובר על רמת שמירה והגנה אך לא מדובר על רף המאמץ או ההשקעה להגיע לאותה שמירה מעולה. זאת אומרת, שלא נדרשת מהאדם טירחה מעולה אלא טירחה סבירה ונורמלית, שהיא הדרך שבה רוב בני האדם מגיעים לרמת הגנה גבוהה. לפיכך, מעבר למאמץ מסוג זה הבעלים פטור. יצוין כי תיתכן נפקא מינה חשובה העולה מכל שלוש ההבנות הני"ל

בתוסי'. ונסביר – במבט ראשון היה ניתן להבין בתוסי' שחייבו אדם לכנוס בהמתו בפעם הראשונה במצב שמור ויפטר בכך רק באונס גמור, ואולם רק אם ברחו יפטור אותו מלטרוח להתזיר אותה בפעם השניה. וכעת מסתבר לאור כל ההבנות בתוסי' שגם בפעם הראשונה יהיה פטור מלטרוח לחפש אותה באפילה (כגון שאדם ירשקנה בהמה משוטטת באפילה) משום שלא צריך שמירה מעולה לפי דרך א"י משום יחס ההשקעה והתוצאות לפי דרך ב', ואולם לדרך ג' (היותר נראית) משום שזו טרחה מוגזמת.

ה. חקירת האחרונים בגדרי חיוב ממונו ויישומה לדברי התוספות

יש מרבתינו האחרונים שסברו שהתירוץ השני בתוספות נמשך מההבנה הכללית ביסוד חיוב נזקי ממונו.

ניתן לומר שעילת החיוב לשלם על ממונו שהזיק היא פשיעת האדם והתרשלותו מלשמור על ממונו שלא יזיק. אם כך אכן סברו התוספות, הגיוני ומתבקש שכאשר מצד הבעלים כן עשה השתדלות סבירה ונורמלית, ובכל זאת נכשלה השמירה בנסיבות אשר ישנה טירחה גדולה לפתור את הבעיה באופן מיידי, ייפטר מתשלום. זאת, מפני שנשמטה ממנו סבת החיוב הבסיסית, שהיא הפשיעה. כך ניתן להבין אף בלשון רבינו פרץ הנ"ל "שאינן דרך לחזר אחריה באפילה". מאידך גיסא, ניתן לומר שסיבת החיוב על ממונו שהזיק תהיה ה-"ממונויות", כלומר שחידשה התורה שאדם צריך לשלם את מה שממונו חיסר והוא עצמו נכנס תחת ממונו לענין זה. נמצא שהפטור אם שמר כראוי הינו מטעמי אונס. לפי זה, גם כאשר קשה ולא נוח כגון לטרוח לחפש את הבהמה באפילה, עדיין אין כאן טיעון אונס על מנת להיפטר מן האחריות הממונית².

² חקירה מפורסמת זו במהות הנוזיקין חורזת חלק נכבד מהלכותיה וסוגיותיה של מסכתנו, ועל כן אין כאן המקום להאריך. אולם, יצויין כי מקום ישנו לכל אחד מצדדיה, כפי שהעירו מס' אחרונים. בהיעדר ממונויות נפטר גם אם פשע בעת שברחה והזיקה, כגון הפקירה לאחר מכן טרם עמידה בדין (לעיל יג:). מאידך, בהיעדר פשיעה וקיום מצבי אונס גם ייפטר הבעלים, כגון שמרה כראוי וברחה. אולם, במספר שאלות תיתכן נפק"מ, דהיינו יידרש לכאורה להכריע מהי העילה היותר מכרעת בחיוב נזקי ממונו. כך, למשל מביא הגר"ש רוזובסקי מקרה אפשרי, כאשר ישנו ויכוח בין בעל הממון שהזיק ובין הניזוק האם היתה שמירה ראויה או לאו, דהיינו שהכל מוסכם/מוכח (מוזיק, ניזוק ופעולת החיזוק) חוץ מהשאלה האם תנאי החיזוק מתייבס/פוטרים (כגון האם הוחזקה הבהמה). אם נאמר שעילת החיוב המרכזית היא היעדר השמירה יידרש הניזוק להוכיח שהמוזיק לא שמרה כראוי בתנאים שמורים או לאו? אולם, אם נאמר שהעילה הבסיסית היא הממון שמחייב את בעליו לממן את מעלליו, אזי המוזיק יידרש להוכיח שממונו פגע בנסיבות אונס. אכן כבר דחה הגרש"י אויערבך הכרח לנפק"מ זו, והוכיח מסוגית הבלא דבור שלא כן הוא, וכמו"כ הגר"ד פוברסקי טען לדחות, שנכון לתלות הנפק"מ אך בדיוק הפוך.

על כן, סברו האחרונים הנ"ל כי תירוץ א של תוספות נוקט שהעילה על נזקי ממונו היא ממוניות ובחקירה הזו נחלקו שני תירוצי התוספות.³ ציין, שגם רש"י הראשון במשנתנו (לגבי כונס צאן לדיר וברחה...פטור) ציין "דהא נטרה ומאי הוה ליה למיעבד." בפשטות דבריו, נראה כי נימוק האונס הוא הפטור. אולם, אם כן הוא, יוצא שלכאורה אין כלל סבה לחייבו מעיקרא כי אינו פושע, ואז מדוע צריך לומר לנו טיעון כמו מה יכול לעשות שברחה? אכן, ניתן היה לבאר שרש"י הדגיש את אי פשיעתו לאור עובדת מוגבלתו ואונסו, כלומר מה יכול היה לעשות יותר ממה שעשה שבגלל היעדר זה נחשיבהו לפושע. עם זאת, יש לעיין בדברי האחרונים הנ"ל:

(1) דברי הטור, שנימק את הפטור מ-"לצאת ולטרוח אחריה בלילה כיון שהוא אנוס", מורים לכאורה שניתן לסבור כתירוץ השני של תוספות, גם אם הפטור יהיה מטעמי אונס ולא מטעמי חוסר פשיעה (כדרך ב- ממוניות). אם כן, לכאורה, הטור לא הבין כאחרונים הנ"ל בתוספות.

(2) האם אכן ישנו הכרח לתלות תירוץ ב של תוספות בצד אחד של החקירה או שניתן לעקוף ולשחררו משעבוד זה.

על כן, בחרנו להבין בתוספות (על בסיס דרך ג הנ"ל) כך: בכל אופן שנבין את עילת חיוב נזקי ממונו (אשמה או פשיעה לעומת אחריות ממונית על רכוש), ואף אם ראוי היה מסברא לחייב על נזקי ממונו באופן עקרוני (מעצם הסברא), מכל מקום באה התורה והגדירה מחדש את הקריטריון הקובע לחייב אדם על ממונו שהזיק. התורה קבעה כי יסוד החיוב הוא אי-מילוי חובת השמירה על ממונו, לפי רף מאמץ סביר אצל בני אדם. לפיכך, כאשר טירחא גדולה או מוגזמת היא (כגון לחפשה בלילה וכדומה), אזי הינך פטור. זאת, בין אם נסבור שהפשיעניות מחייבת מובן שפטור, כי כאן אינו פושע, ואף אם נסבור שהממוניות מחייבת, ולכאורה צריך טיעון של אונס לפטור וטירחא הרי אינה אונס.

כיצד נבין זאת? ניתן להבין זאת דרך שאלה: אם עילת חיוב נזקי ממונו היא הממוניות מה קושר בין האדם לממונו עד כדי אחריות על פעולות וחסרון שפעל הממונו ולא האדם? אם זה לא אני ואף לא מצד פשיעתי (כפי שקיים בשומרים, לכאורה), אלא רק כי זה ממוני, אז בהחלט קשה על מה ולמה, הרי אף אין כאן גרמא, ומה קבעה כאן התורה? אולם, אם נבין שהאחריות הנדרשת מאדם היא

³ כאמור לעיל, אין הכרח לומר שתירוצי התוספות חלוקים, אלא רק שונים אולם אם יש ויכוח באיזה תירוץ לבחור כיחידני אזי מסתבר לאחרונים שבוה נחלקו.

לחסום או למנוע את מפגעי ממונו כלפי הזולת וזאת עיקר הגדרת התורה כאן⁴. חובה זו, כשלעצמה, לא תגדיר אותו כמזיק, שהרי סוף סוף זו גרמא ואף פחות מכך. אולם, היא תיצור את החיבור והייחוס בין הממון לבין בעליו. נמצא, שאותה חובת שמירה מעולה, הנדרשת להתיישם גם על-ידי רף טירחא סביר, תוכל להגדיר הן "אימתי זו פשיעה" בהיעדר שמירה דרושה (הבנה א), והן "אימתי ממונד נכנס תחתין לנוקיו" בהיעדר שמירה דרושה (הבנה ב). לפי זה, בהתקיימה של חובת השמירה שהגיעה לרף טירחא שממנו ומעלה הוא פטור, לא נכנס הממון תחתיו. נמצא, שגם בהבנת "ממוניות" ניתן להיפטר בפחות מאונס גמור.

לפי זה, ניתן לבאר שגם הטור, באמרו שפטור מ-"לצאת ולטרוח אחריה בלילה כיון שהוא אנוס", התכוון למדד של רף טירחא נורמלי, משום שאחד מהמדדים שלו זה אונס, וכפי שביארנו ברש"י לעיל מה יכול היה לעשות- במובן שמה נצפה ונדרוש ממנו לעשות יותר.

לפי זה תוסר כמובן תליית האחרונים הנ"ל את שני צדדי החקירה בשני תירוצי התוספות.

ראוי כעת לציין, כי דרך ב בתוספות לעיל, שסיבת הפטור היא השקעה מול סיכויי ההצלחה (קשה למוצאה בתנאים אלו), צויינה כסיבה של חוסר כדאיות להשקיע. לעיל התקשנו מדוע יש בכך סבה לפטור מחיובי שמירתו ותשלומיו. אולם, כעת לאור דרך ג ניתן לבאר כי השקעה לא כדאית היא גם טירחא לא סבירה אצל בני אדם (וזה הצעה להשתמש בדרך ב כחלק מדרך ג). אולם, הנפק"מ בין הדרכים תהיה שלפי דרך ב, כשלעצמה, טירחא אינה פוטרת וחוסר כדאיות כן פוטרת, ואילו לפי דרך ג, שתיהן עשויות לפטור במדה ותהיה חריגה מההשתדלות הנורמלית.

נמצא לפי דרך ג הנקפ"מ הן :

(1) הפטור מלטרוח ולחפשה באפילה נכון כמובן גם בקרן לרבי מאיר- כשצריך שמירה מעולה.

(2) גם כאשר יש סיכוי שימצא אותה באפילה נפטור אותו אם זו טירחא יותר מנורמלית.

(3) כשהסיכוי נמוך שימצא אותה בחושך גם זו סיבה לפטור אותו, ככל השקעה מוגזמת.

⁴ אחריות זו היא אחד מן החיובים הנגזרים מהיות הדבר של האדם, לפי דין התורה, כגון תן מעשר מפירותיך, תן בכור, אל תתן לעבודה זרה, וכך- אל תשאיר את ממונד ללא שמירה, או כניסוח של חיוב- שמור על ממונד!