

הרב יעקב מדרן

תחילתו בפשיעה וסופו באונס*

א. פתיחה

אדם שמוטל עליו לשמור על חפץ, כסף או על בעל חיים (שמא יאבד או שמא יזיק), והוא התרשל בשמירתו, ובסופו של דבר קרה האובדן או הנזק – אך שלא מחמת התרשלותו, או מחמתה רק בעקיפין. כאן עולה השאלה: האם יש לראות בו אחראי לאובדן או לנזק, או לראותו כאנוס ולפוטרו? סוגיות לא מעטות בגמרא עוסקות בשאלה זו, ישירות או בעקיפין – הן ביחס לשמירת בעל חיים שלא יזיק, והן ביחס לשמירת פקדון של הזולת שלא יאבד ולא יינזק. הראשונים נוטים לרוב להשוות בין הסוגיות, אך במאמר זה נציין דווקא את המאפיינים הייחודיים לכל סוגיה.

הסוגיות העיקריות בדיני שומרים מקומן במסכת בבא מציעא והן: א. צריפא דאורבני (דף מב.). ב. פשע בה ויצאת לאגם (שם לו:). ג. רועה שהניח את העדר ובא לעיר (שם צג:). ד. שוכר בהמה להוליכה בעמק והוליכה בהר והוחמה (שם עח.).

הסוגיות העיקריות בדיני נזיקין מקומן במסכת בבא קמא והן: ה. כלב וגדי שקפצו או נפלו מראש הגג ושברו כלים בחצר הנזיק (שם כא:). ו. חפר בור, כיסהו כראוי לשוורים ולא לגמלים, הכיסוי התליע ונפל לתוכו שור (שם נב:). ז. הכלב שהוציא חררה והדליק גדיש (שם כג:).

* אני מודה לעורכים, ישעיה קליין ואריאל אפל, על עבודתם ועל תרומתם למאמר.

ב. צריפא דאורבני

מקור דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא בגמרא בבבא מציעא:

ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה, אותביניהו בצריפא דאורבני, איגנוב. אמר רב יוסף: אף על גב דלענין גנבי נטירותא 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. (בבא מציעא מב.)

צריפא דאורבני הוא בית קטן המשמש מחסה לציידים ועשוי מעץ ערבות (רש"י על אתר) או גדר קנים (רמב"ם שאלה ופקדון ד', ו¹). כסף נשמר שם היטב מפני גנבים, שמסתבר שלא יבואו לחפש שם; אך שריפה עלולה לפרוץ ולשרוף את העץ, ולהביא גם לאובדנו של הכסף. יש כאן אפוא פשיעה מצד השומר לגבי שמירת הכסף משריפה, אך שמירה טובה לגבי גניבה, וכך כשהכסף נגנב תחילתו של המעשה בפשיעה (ביחס לשריפה) וסופו באונס (ביחס לגניבה). בגמרא הובאו שתי לישנות להכרעה בדין זה, ולהלכה היא קבעה שחייב לשלם. מדוע?

1. סברת תחילתו בפשיעה וסופו באונס

תיתכן סברה לחייב: קיים היגיון, שעל כל שומר על בהמת חברו, וכן בעל בהמה הצריך לשמרה מהיזק, יוטל חיוב אחריות גמור והם יתחייבו גם באונס. אמנם התורה מיעטה בחיוב שמירתם, כהתחשבות בשומר ובעל הבהמה המזיקה, אך רק בתנאי שהם מתנהגים בשמירתם כשורה. ממילא, אם פשעו בשמירתם, שב החיוב המלא על כנו. זוהי סברה המדגישה את ה'גברא', השומר (או בעל הבהמה המזיקה), וכן היא יוצאת מהנחה עקרונית של אפשרות חיוב באונס – והפוטר במקרה של 'תחילתו בפשיעה' יכול לחלוק הנחה זו.

¹ וזו לשונו (שם): "מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חברו והניחם במחיצה של קנים והיו טמונים בעובי המחיצה ונגנבו". וכך מסתבר לענ"ד.

תיתכן גם סברה 'למדנית' לחיוב, היוצאת מהנחת בסיס של פטור באונס: הפוטר סובר שהשומר התחייב **למנוע פגיעה**, ולא לשמור באופן פעיל. במקרה שלנו, הוא התחייב למנוע גניבה, וכשנגבב הכסף מצריף עץ הערבות (או ממחיצת הקנים) הוא פטור, כי הוא שמר מפניה כראוי והגניבה שלבסוף קרתה אינה צפויה ולא מחובתו לשמור מפניה. לעומת זאת, המחייב סובר שהשומר התחייב **לשמור באופן פעיל** ולהקיף את הפקדון בטבעת שמירה. הוא לא עשה זאת, שהרי צריף עץ ערבות אינו שמור מפני שריפה, ולכן הוא נחשב פושע וחייב באחריות; העובדה שהכסף נגנב ולא נשרף היא משנית. כלומר, בניגוד לסברה הראשונה שבה החיוב הוא על האונס, לפי הסברה הזו חוסר מימוש חובת השמירה מגדיר אותה כפשיעה. שאלה דומה ניתן לנסח ביחס לנזיקין: ניתן להבין שהבעלים התחייב לשמור באופן פעיל שבהמתו לא תזיק, ותמורת זה הוא קיבל את זכות הקניין. אם לא שמר על הבהמה הוא חייב בנזיקה, גם אם היא הזיקה בנפילה או בקפיצה, מכיוון שלא הייתה שמורה. אך אם הבעלים התחייב למנוע את קפיצתה כמעשה נזק, היא לא קפצה, ועל נפילתה לא התחייב. כלומר, השאלה היא האם השמירה היא מטרה חיובית עצמאית שהשומר חייב לקיים, או שמא כל שמירתו היא רק לשם מניעת נזק. צד מניעת הנזק בנזיקין קשור לחיוב האחריות על מעשה הבהמה בלא חיוב שמירה. סברה זו מדגישה את ה'חפצא', את טיב השמירה.

לפי הסברה השנייה (ה'למדנית') יש מקום ברור לחלק בין דיני שומרים, שקיבלו עליהם במפורש שמירה, ומשמע – שמירה פעילה על הכסף; לבין דיני נזיקין, שבפשטות אין בהם אלא מניעת נזק, ולכן תחילתו בפשיעה וסופו באונס אמור להיפטר. אמנם הרמב"ם לא חילק, ופסק (נזקי ממונ ב', טו) שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב גם בנזיקין. הגמרא לא פסקה כך בפירוש, והרמב"ם שאב את פסק ההלכה בנזיקין מפסיקת הגמרא מצריפא דאורבני (=דיני שומרים), שם נפסק להלכה שבתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב. אפשר שהוא סובר כסברתנו הראשונה, העוסקת בגברא המחויב שמירה, ובה יותר מקום להשוות דיני נזיקין לדיני שומר; אך אין הכרח בכך.

ניתן להביא נפקא מינות נוספות בין שתי סברותינו לעיל לחיוב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס:

- א. האם יש צורך בקשר נסיבתי בין הפשיעה לאונס, וממילא באחריותו העקיפה של הפושע לאונס. דין בגברא כסברתנו הראשונה ייטה לחומרא, ולחייב גם כשאין קשר כזה – עצם העובדה שהשומר לא נהג כשורה מחזירה אותו לחיוב היסודי הקיים גם באונס. האפשרות ה'למדנית' שהבאנו הממוקדת בחפצא של אופי השמירה הנדרש תדרוש לפחות קשר עקיף בין הפשיעה לאונס כדי לחייבו על פשיעתו.
- ב. פשיעה ואונס מאבות נזיקין שונים. דין בגברא לא ימהר לחלק בין אבות שונים, ויחמיר עליו מחמת עצם פשיעתו האישית. דין בחיוב יצירת טבעת השמירה יכול לטעון שיש חובה עצמאית ביחס לכל אב נזיקין, ופשיעה באחד מהם לא משפיעה על אחריותו ביחס לאבות האחרים.
- ג. לכאורה יש נפקא מינה נוספת בדין תחילתו במעין גניבה ואבדה וסופו באונס. לפי האפשרות שהחיוב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא מחמת מעילתו של השומר בתפקידו, בתחילתו במעין גניבה ואבדה קשה לראות מעילה בתפקיד. אך לשמירתו הפחותה יחסית יש תפקיד עקיף בגרימת האונס, וזו סיבה לחייבו לאפשרות השניה.²
- בדברינו להלן נעיין בסוגיות השונות הכרוכות בדין תחילתו ובפשיעה וסופו באונס, ונבחן כיצד ההבנות השונות שהצענו באות לידי ביטוי.

² להלן נדון בכך, ונמצא בראשונים פטור במקרה כזה; אך רק כשאין קשר ישיר בין שמירתו הפחותה לבין האונס, וממילא לא נוכל להוכיח לעניינינו לכאן או לכאן.

ג. הכלב והגדי שקפצו מראש הגג

1. פתיחה

מתני'. הכלב והגדי שקפצו מראש הגג ושברו את הכלים – משלם נזק שלם, מפני שהן מועדין ...
 גמ'. טעמא דקפצו, הא נפלו – פטור, אלמא קסבר: תחלתו בפשיעה וסופו באונס – פטור. תניא נמי הכי: הכלב והגדי שקפצו מראש הגג ושברו 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. (בבא קמא כא:)

מן המשנה עולה, שקפיצתם של כלב וגדי לחצר היא מעשה רגיל, ונזקם יוגדר כ'רגל'. על בעליהם היה לשומרם בעת שעלו לגג והיו עלולים לקפוץ לחצר שכנו (שהרי על רגל חייב רק ברשות הניזק). אך אם נפלו מראש הגג לחצר ושברו כלים הוא אונס לבעל הכלב והגדי. במקרה זה, מכיוון שהבעלים פשע באי-שמירתם מפני קפיצה, לפנינו 'תחילתו בפשיעה וסופו באונס'. הגמרא בבבא מציעא (מב.) פסקה שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ולכן הבעלים אמור להתחייב גם במקרה שנפלו על כלים, למרות שהנפילה הייתה באונס. אולם על פי הדיוק מן המשנה, שפטור כשנפלו, למרות שלא שמר מקפיצה, משמע שתחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור. הגמרא דוחה דיוק זה, באמרה שמדובר בכלים שהיו צמודים לקיר. הכלב והגדי קופצים למקום רחוק מן הקיר, וכשנופלים, הם נופלים צמוד לקיר. במקרה זה הכלים הצמודים לקיר מעולם לא היו בסכנת פגיעה כתוצאה מקפיצה, ולכן הנפילה נמדדת כשלעצמה, וללא קשר ליכולתם לקפוץ בפשיעת הבעלים, והוא פטור על שבירת הכלים הקרובים לקיר באונס הנפילה.

2. תחילתו בפשיעה וסופו באונס בשני אבות נזיקין שונים ובמסגרות ניזק ומזיק שונות

בהמשך סוגיית הגמרא, רב זביד מחדש שבמקרה של כותל רעוע הבעלים יתחייב גם בנפילה:

אמר רב זביד משמיה דרבא: פעמים שאפילו נפלו נמי חייב, משכחת לה בכותל רעוע. מאי ניהו? דאבעי ליה לאסוקי דעתא דנפיל ארחי? סוף סוף לא נפל ארחי ונפול אינהו, תחלתו בפשיעה וסופו באונס הוא! לא צריכא, בכותל צר [ואם נפלו ממנו זו פשיעה; י"מ]. (שם)

ר"ח פירש (על פי פשט הגמרא), שאם האריחים עלולים ליפול, ונפלו הגדיים, לפנינו דין תחילתו בפשיעה (נפילת האריחים) וסופו באונס (נפילת הכלב והגדי) וחייבים עליו, למרות שמדובר בשני נזיקין שונים. מדבריו עולים שני חידושים: א. אין כל קשר סיבתי בין הפשיעה בנפילת האריחים לאונס בנפילת הכלב והגדי. ב. נפילת האריח היא נזק שונה הנלמד מאב שונה מהנזק שבנפילת הגדי. חידושים אלה אינם תלויים זה בזה, וגם מי שיקבל את החידוש הראשון ויחמיר גם כשאין קשר בין הפשיעה לאונס³ יוכל שלא לקבל את החידוש השני, ולהקל בשני אבות נזיקין שונים לפשיעה ולאונס; אך ר"ח מחמיר למרות שתי הקולות שהזכרנו.

כר"ח כתב גם מהרש"ל בים של שלמה:⁴

ואפילו אם הכותל רעוע, שראויה ליפול ממנה אבנים ולשבר כלים, ולא נפלו, ונפלו הכלב או הגדי ושברו הכלים משלם נזק שלם. משום דהוה תחילתו בפשיעה לגבי לבנים, וסופו באונס לגבי נפילת כלב וגדי, וחייב. (בבא קמא ב', יט)

³ עיינו שיטת ראב"י ובעל המאור על בור להלן.

⁴ לשיטתם לא התבאר במפורש מחמת איזה אב נזיקין חייב בעל האריחים (שהוא גם בעל הגדי) כשהאריחים נפלו. אריחים אינם לגמרי דומים לאבנו, סכינו ומשאו שנפלו מראש הגג והזיקו (בבא קמא ג; ו), משום ששם כוח אחר, כרוח מצויה, מעורב בנפילתם. אפשר שחייב משום בור, וכפי שעולה מן הרא"ש (בבא קמא א', א); ולא נאריך בכך כאן.

אכן, בניגוד לר"ח ולמהרש"ל, הרא"ש ותלמיד ר"ת אמרו במפורש שאין לחבר פשיעה מחמת אב נזיקין אחד עם אונס מחמת אב נזיקין אחר לכלל של תחילתו בפשיעה וסופו באונס; וכן אין לחבר בין מזיקים שונים (כאריחים וגדי בדברי ר"ח ושני שוורים בדברי תלמיד ר"ת).⁵ נביא את דבריהם:

סתם דלתות חתורות. הקשו בתוספות דילמא משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס וכו'. ותירץ הרא"ש ז"ל דמאב לאב לא אמרינן תחילתו בפשיעה וכו' כדשינן לעיל גבי כלב וגדי; ופתוחות הוי שן וחתורות הוי קרן, שהוא משונה. (שיטה מקובצת בבא קמא כג., בשם הרא"ש)

ברא"ש מצאנו הסתייגות רק מאבות שונים. בתלמיד ר"ת יש הסתייגות גם ממזיקים שונים:

כלבא בזקירה וגדיא בסירכא [וזה אינו כדרכם; י"מ]. וא"ת כיוון דאפשר ליה לקפוץ כי אורחיה, כלבא בסירכא וגדיא בזקירא [וזה כדרכם; י"מ], תחילתו בפשיעה ויהיה חייב נזק שלם, דלא עדיף ממה ששינה באונס ותחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב. ונראה דלא דמי, דאם כן הכי מצינן למפרך על כל משונה בחצר הניזק אמאי אינו משלם נזק שלם, והא תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא לגבי שן, אלא לא שייך למימר הכא תחילתו בפשיעה כיוון ששינה הוי קרן ותחילתו בפשיעה הויא רגל ככה"ג אין תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, דשן ורגל וקרן כמו שלושה מזיקים הם. והא פשיטא דאילו פשע באש לא היה חייב בשור, דלא פשע בו כלל. או אם פשע בשור אחד לא הוי חייב מחמת ההיא פשיעה על שור אחר שלא פשע בו אלא שמרו. (תוספות תלמיד ר"ת בבא קמא כב.)

התוספות מגיעים למסקנת הרא"ש ותלמיד ר"ת, אך לא מטעמים שאין מסגרת אחת לקרן ולרגל אלא מטעם הקשור בחזקת שימור:

⁵ בסוף הפרק הקודם (על צריפא דאורבני) עמדנו על נקודת מחלוקת אפשרית ביניהם לבין הר"ח.

דאפיך מיפך [=כלב דרכו לנעוץ ציפורניו בכותל אך קפץ, וזה שינוי; י"מ] – וא"ת למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, לחייב נזק שלם דתחילתו בפשיעה דאורחיה וסופו באונס דלאו אורחיה. וי"ל דלא אמר משום דתחילתו בפשיעה לגבי רגל לחייב נזק שלם לגבי קרן, **דאפילו פושע גמור לענין קרן לא חייבתו תורה אלא חצי נזק**, דאי לאו הכי ארי שנכנס לחצר הניזק וטרף [ולא דרס, כדרכו; י"מ] ואכל לחייב נזק שלם, דתחילתו בפשיעה לענין דריסה, וכן כל קרן בחצר הניזק תחילתו בפשיעה לענין שן ורגל. (תוספות שם כב.)

נראה לנו, שבהוה אמינא ראו התוספות את דין חצי נזק בקרן כקולא הנובעת מחזקת שימור של השור. התוספות טוענים שאין להקל בחזקת שימור כשלא שמר מפני דברים מועדים כרגל ושן, ונזק הקרן קרה מחמת פשיעתו לענין שן ורגל. אך למסקנת התוספות דין חצי נזק בקרן מוחלט, ואינו תלוי בחזקת שימור. אפשר שהוא מוחלט מחמת גזירת הכתוב שקיבעה את גבולותיו של נזק הקרן, ואפשר שישנו סיבות אחרות לתשלום חצי הנזק, כניתוק אחריות הבעלים מנזק בלתי צפוי והעברתו לחיה עצמה ובתשלום מגופה, ועוד. ממילא ישלם גם בדין על קרן חצי נזק בלבד ולא כתשלומי השן והרגל שפשע בהן.

זה דין נפרד ושונה מדברי הרא"ש ותלמיד ר"ת על כך שאין מסגרת אחת של תחילתו בפשיעה וסופו באונס לקרן עם שן ורגל. יתר על כן, אפשר שהתוספות חולקים על עקרון ההפרדה בין אבות שונים לענין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. ביחס לחידוש הנוסף העולה מפירושו של רבנו חננאל, ולפיו תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב גם ללא כל קשר בין הפשיעה והאונס, נציין שאין הכרח לפרש את רב זביד כרבנו חננאל, וממילא אין הכרח בחידושו. הרשב"א פירש ברב זביד, שאם הכותל רעוע הגדי היה עלול ליפול (וזו הפשיעה), ולא האריח; בפועל נפל הגדי גם ללא שהכותל התמוטט (וזו האונס). אך לרבנו חננאל הפשיעה היא נפילת האריח על הכלים, ותחילתו בבור וסופו ברגל.

אנו מעדיפים ללמוד את רב זביד בדומה לרשב"א, שהכותל הרעוע נפל, ומחמת שנפל, נפלו הכלב והגדי על הכלים, ויש כאן פשיעה גמורה על נפילת הגדי.⁶ נסכם בקצרה חלק מפרק סבוך זה:

- א. יש מחלוקת מפורשת בין ר"ח ומהרש"ל לבין הרא"ש ותלמיד ר"ת, אם אומרים תחילתו בפשיעה וסופו באונס כשבפשיעה היה אב נזיקין שונה מאשר באונס וכל אב הוא חיוב נפרד מחברו, או ששם נזק חד הוא.
- ב. חידוש נוסף בר"ח ומהרש"ל הוא חיוב תחילתו בפשיעה וסופו באונס בשינוי המזיק. לדוגמא, הפשיעה על נפילת לבנים והאונס על נפילת גדי. שיטתם בכך תימה בעינינו. תלמיד ר"ת חולק גם על כך.

3. אונס גמור ואונס רגיל, פשיעה גמורה ופשיעה מועטת

כאמור, הגמרא (כא:): הסבירה שמשנתנו לא נאמרה רק בשיטת הסובר שתחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, מכיוון שמדובר במקרה שהכלים קרובים לכותל מאוד כך שהם לא ישברו אותם בקפיצתם ועל כן אין כאן פשיעה. הראב"ד מביא גרסה דומה לזו בגמרא כ"נוסחא אחרינא", אך לפניו מביא גרסה אחרת⁷:

כגון דמקרבי כלים לגבי כותל, דכי נפלי לבראי נפלי ואונסא דלא שכיח הוא,

[אם נפלו סמוך מאוד לכותל. והוא פטור יותר מאונס רגיל; י"מ].

נוסחא אחרינא: דכי קפצי לבראי קפצי, ומעיקרא נמי נהי דלאו מקום

שמירה הוא, מיהו לאו פשיעה גמורה היא משום דלא שכיח, ובכי האי גוונא

כיוון דסופו באונס פטור. (חידושי הראב"ד ב"ק כא:)

לפי גרסתו הראשונה האונס הוא עצם הנפילה: בכל נפילה נופלים הכלב והגדי על הכלים שאינם מאוד קרובים, וזהו אונס שכיח; אולם כאן הנפילה הייתה על כלים הצמודים לכותל, והיא אונס גדול ובלתי צפוי כלל, ובו גם הסובר שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חיוב, יודה שבעל הכלב והגדי פטור. פטור על אונס כזה

⁶ מהר"י כ"ץ בשיטה מקובצת דחה אפשרות זו מסיבות טכניות בסוגיה.

⁷ גרסה זו מופיעה לפנינו בכתב יד המבורג 165 של מסכת נזיקין. על גבי כתב היד יש תיקון סופר, שמשנה את הנוסח לגרסת הדפוסים.

נלמד מן הפסוק 'ולנערה לא תעשה דבר' שהוא פטור מוחלט השייך בכל התורה כולה, שלא כאונס 'רגיל' שהתורה מיעטה משמירת אבות הנזיקין (כנראה בגלל שרצתה שגם הניזק ישקיע בשמירת רכושו מנזיקין), ובתחילתו בפשיעה חייב באונס כזה.

בגרסה השנייה (שהיא כאמור, כגרסת הגמרא שלפנינו) טוען הראב"ד (ודומה לו הרשב"א) שקפיצה הסמוכה לכותל, אף שאינה משונה, וקל וחומר שאינו אנוס בקפיצת הגדי הסמוכה לכותל, עדיין נחשבת כלא שכיחה ולכן אין כאן פשיעה גמורה. לכן, פשיעה זו אינה מגדירה אותו כמי שמעל בשמירתו ואחראי גם לאונס שמחמת כך. היא אינה הופכת לדין בגברא, למעילת השומר, ואין בה כדי לחייב אותו על האונס.⁸ לכן אין בו חומרת הדין של תחילתו בפשיעה וסופו באונס, וגם מי שבדרך כלל מחייב בדין זה יפטור במקרה של המשנה.

נסכם את אפשרויות נחיתת הגדי לחצר הניזק על פי הראב"ד: 1. פשיעה רגילה (קפיצה למרחק מן הכותל). 2. פשיעה שאינה שכיחה ואינה גמורה (קפיצה סמוך לכותל). 3. אונס רגיל (נפילה קצת סמוך לכותל). 4. אונס גמור שאינו שכיח (נפילה ממש צמוד לכותל).

המקרה הרגיל של תחילתו בפשיעה וסופו באונס (שחייב) הוא פשיעה רגילה (1) ואונס רגיל (3). המקרה שבו גם המחייב יודה שפטור, לפי נוסח א' בראב"ד הרי הוא פשיעה רגילה (1) ואונס גמור שאינו שכיח (4), ולפי נוסח ב' בראב"ד הוא פשיעה שאינה גמורה (2) ואונס רגיל (3).

⁸ יסוד זה דומה לנושא שיידון בהמשך הדברים, תחילתו בגניבה ואבדה וסופו באונס.

ד. פשע בה ויצאת לאגם – קשר נסיבתי בין הפשיעה לבין האונס

1. מחלוקת אביי ורבא על הבל האגם

אתמר: פשע בה ויצאת לאגם, ומתה כדרכה. אביי משמיה דרבה אמר: חייב, רבא משמיה דרבה אמר: פטור. אביי משמיה דרבה אמר: חייב... לא מבעיא למאן דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, דחייב; אלא אפילו למאן דאמר פטור, הכא חייב. מאי טעמא? דאמרינן: הבלא דאגמא קטלה. רבא משמיה דרבה אמר: פטור... לא מיבעיא למאן דאמר: תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, דפטור; אלא אפילו למאן דאמר חייב, הכא פטור. מאי טעמא? דאמרינן: מלאך המות, מה לי הכא ומה לי התם? (בבא מציעא לו:)

במקרה של צריפא דאורבני (לעיל חלק א') יש קשר נסיבתי בין הפשיעה לאונס. אילו השומר לא היה שם את הכסף בערבות או בגדר הקנים, והיה שומר אותו בדרך בה לא יישרף, הכסף לא היה נגנב, שהרי הגנב חיפש דווקא בצריף עץ הערבות. לעומת זאת, הנדון בסוגיה הוא מקרה שאין בו קשר נסיבתי, הנקרא בלשון ההלכה על שם דברי רבא: 'מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם'. תחילת המקרה היא פשיעה, ומחמתה ברחו הפרה לאגם. אך מוות כדרכה היה קורה ברפת השמורה כשם שקרה באגם. רבא פוטר במקרה כזה גם אם על תחילתו בפשיעה וסופו באונס בצריפא דאורבני חייב. אביי, לעומתו, מחייב. ניתן להבין שלדעתו הפשיעה מחייבת אותו חיוב קבלני בהשבת הבהמה לבעליה, כמו גזלן, וממילא לעולם יהיה חייב גם ללא כל קשר בין הפשיעה והאונס.⁹

⁹ לשיטה זו, הגמרא אמרה את הסברה הדחוקה 'הבלא דאגם קטלה' רק למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור.

כך נראה שהבין הר"ף. הר"ף פוסק כרבא, וכדי להסביר את הסוגיה בפרק שביעי בבבא מציעא (צג:) שמשמע ממנה שחייב גם ללא קשר בין הפשיעה והאונס, הוא מייחס גישה זו לאביי:

ואי קשיא לך הא דגרסינן בפרק השוכר את הפועלים (בבא מציעא צג:):
 'איתיביה אביי לרבה: רועה שהיה רועה והניח עדרו ובא לעיר, ובא זאב
 וטרף ארי ודרס, אין אומרינן: 'אילו היה שם – היה מציל', אלא אומדינן אותו:
 אם היה יכול להציל – חייב, ואם לאו – פטור'. מאי לאו דעל בעידנא דעיילי
 אינשי? לא, דעל בעידנא דלא עיילי אינשי. אי הכי אימא סיפא: 'ואם לאו –
 פטור', אמאי פטור? תחלתו בפשיעה וסופו באונס הוא, וחייב! 'דשמעינן
 מינה דהיכא דתחלתו בפשיעה, אפילו איתניס שלא מחמת פשיעה, חייב –
 ההוא מימרא דאביי ורבה הוא, ולא עדיף מהאי מימרא דאית להו הכא, וכבר
 דחיה רבא.
 (בבא מציעא כ. באלפס)

וכן הביא ריב"ם בשמו:

ובסוף הפועלים, גבי רועה שהניח עדרו ובא לעיר ובא ארי ודרס, דפריך
 אביי 'תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא דאי על בעידנא דלא עיילי אינשי
 אפילו לא היה יכול להציל אם היה שם חייב' והתם לא בא האונס מחמת
 הפשיעה דמה לי הכא ומה לי התם כיון שאינו יכול להציל – אומר ריב"ם
 דפי' רב אלפס דלאביי ודאי חייב, אף על פי שלא בא האונס מחמת הפשיעה,
 כדמשמע בהמפקיד. (תוספות בבא קמא נב: ד"ה ושכיחי)

שלא כר"ף וריב"ם, רוב הראשונים הבינו שלאביי אין חיוב השבה קבלני בכל
 מקרה, ואם יתברר לנו שאין קשר נסיבתי בין הפשיעה לאונס, השומר יפטור.
 אביי החמיר על השומר בגלל האפשרות לקשר בין הפשיעה לאונס מחמת טענת
 "הבלא דאגם קטלה", שאילו הייתה הפרה כלואה היטב ברפת לא הייתה מתה.

הנפקא מינה בין הר"ף לשאר הראשונים היא במקום שאין סברת "הבלא דאגם"
 או סברה הדומה לה שתקשר בין הפשיעה לבין האונס. ניתן לכך שלוש דוגמאות:
 א. כיסוי שאינו עמיד לגמלים (ולכן תחילתו בפשיעה, אם יעבור עליו גמל
 ויחליש אותו עד שלא יהיה עמיד גם לשוורים) והתליע ונפל לתוכו שור,

- וברור לנו שהיה מתליע וקורס גם אילו היה עמיד גם לגמלים (בבא קמא נב): ממסקנת הגמרא עולה שפטור, והראשונים להלן דנים בכך).
- ב. רועה שנטש את צאנו ובא העירה, ובא אריה ודרס את הבהמה שבשמירתו (בפשטות) היה יכול לדורסה גם בנוכחות הרועה, אילו היה שם ולא פשע בהליכתו העירה (בבא מציעא צג): ממסקנת הגמרא עולה שחייב, והראשונים להלן דנים בכך).
- ג. שכר בהמה להוליכה בבקעה, העלה אותה להר, והוחמה בהר. וודאי הייתה נזקת מן החום גם בבקעה (בבא מציעא עח.. מדברי המשנה עולה שפטור, והראשונים להלן דנים בכך).
- כאמור, לפי הראשונים החולקים על הר"ף, אביי צריך עקרונית לפטור במקרים אלו. לעניות הבנתנו ישנם מאפיינים שונים לכל אחד מן המקרים, ונדון בהם בע"ה להלן.
- נבהיר נקודה נוספת: הר"ף (לעיל) פסק כרבא ולא כאביי, לפי הכלל שבכל הש"ס הלכה הגמרא כרבא במחלוקותיו עם אביי (פרט ליע"ל קג"ס). אולם ר"ח (ב"מ לו:): פסק כאביי, ונדמה שהוא חרג מהכלל כי אביי ורבא נחלקו כאן לא מסברה עצמאית אלא במסורת על דברי רבה, ומחלוקת מעין זו לא נכללת בכלל הפסיקה הרגיל.¹⁰

2. מידת הסבירות הנצרכת לטענת 'הבלא דאגמא קטלה'

כאמור, מדברי הראשונים החולקים על הר"ף עולה שאביי מחייב ב'פשע בה ויצאת לאגם' רק מחמת הספק, שמא הפשיעה, שמחמתה ברחא הבהמה לאגם, היא שגרמה מחמת הבל האגם למותה של הבהמה. ראשונים אלו מתחלקים לטעמנו לשלוש קבוצות (מלבד שיטת הר"ף והריב"ם):

שיטת התוספות (ד"ה אין רצוני)

לכאורה, נראה שאף אם הבל האגם מציאותי וקיים, הרי הסברא לתלות בו היא דחוקה ובלתי סבירה. אולם מן התוספות נראה, שהבלא דאגם היא סברה

¹⁰ כך הסביר הנצי"ב (העמק שאלה כ', יד).

מציאותית נכונה וטובה, וראייתה מכך שהפרה לא מתה ברפת בבית השומר, אלא דווקא באגם:

לכך פריך לקמן אביי לרבא שפיר, ואפי' למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור הכא כשמסר לשומר אחר חייב; דהתם בצריפא דאורבני לא היה האונס ראוי להיות נארע עד שבאו גנבים, אבל הכא אגלאי מילתא שאותו הבל ואותו מקום היה מסוכן יותר להמית בהמה זו דמיד שבאת שם התחיל החולי. וכן קאמר אביי לקמן דאפילו למ"ד פטור, הכא חייב. (תוספות בבא מציעא לו. ד"ה אין רצוני)

רבא, שאינו סובר זאת, ותולה את מות הפרה במלאך המוות, נחלק אפוא על אביי במציאות, האם נכון לתלות את מותה בהבל האגם.¹¹

שיטת הרמב"ם והראב"ד

לעומת התוספות, נראה שהרמב"ם רואה בהבל האגם בדברי אביי ספק הדומה לספק שקול, ואז יש להכריע בו לטובת התובע, ועל הנתבע יהיה להוכיח שמתה מחמת מלאך המוות ולא מחמת הבל האגם (וכנראה לעולם לא יוכל להוכיח זאת). רבא סבור, שספק הבל האגם הוא ספק דחוק ואינו שקול, ויש להניח בו שהפרה מתה מחמת מלאך המוות וללא קשר לפשיעה. לעומת זאת, במקרה של שומר שהניח את עדרו הוא מעמיד בספק שקול, ובכך יודה לדעתו גם רבא, שמספק חייב השומר לשלם:

רועה שהניח עדרו ובא לעיר, בין בעת שדרך הרועים להכנס ובין בעת שאין דרך הרועים להכנס, ובאו זאבים וטרפו ארי ודרס; אין אומרים: 'אילו היה שם – היה מציל', אלא אומדין אותו: אם יכול להציל על ידי רועים ומקלות – חייב, ואם לאו – פטור, ואם אין הדבר ידוע – חייב לשלם. (שכירות ג', ח)

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. (שם, י')

¹¹ להלן נראה בדיבור אחר בתוספות סברה הפוכה מכך.

וכך מסביר האור שמח:

... אם כן כאן שפשע, או לא עשה כפי חובת שמירתו, תו איתחייב נכסיה, וצריך להביא ראיה שנאנס אח"ז, והוי כספק פרעון, דאיני יודע אם פרעתין חייב לשלם (ב"ק קי"ח) [=גם; י"מ] בלא הו"ל למלוה למידע.

(שכירות ג', ח)

על פי הסבר זה מובן גם פסקו של הרמב"ם במקרה הבא, בספק שקול ללא ראיה לכאן או לכאן, שחייב השומר לשלם מספק, שמא יש קשר בין האונס לפשיעה:

12

הפקיד אצל חברו כספים בדרך להוליכם לביתו, או ששלח עמו מעות ממקום למקום, צריכין שיהיו צרורים ומונחים בידו או קשורים כראוי על בטנו מכנגד פניו עד שיגיע לביתו ויקברם כראוי. ואם לא קשרן בדרך הזאת, אפילו נאנסו, חייב לשלם – שהרי תחלתו בפשיעה. (שאלה ופקדון ד', ו)

בדרך שהעלינו ברמב"ם (לפי האור שמח), שהשומר מתחייב בגלל הספק (השקול) בהבל האגם, ניתן לראות גם את דברי הראב"ד והרמב"ן ביחס לשאלה על השומר שבא העירה ומתחייב גם ב'בא אריה ודרס את הצאן', למרות שוודאי לא יכול היה לשמור מפניו:

הא דאיתמר פשע בה ויצאת לאגם ומתה כדרכה וכו' ורבא משמיה דרבה אמר פטור. פסק רבנו הגדול ז"ל כרבא, דקי"ל דכל היכא דפליגי אביי ורבא הלכתא כוותיה דרבא בר מיע"ל קג"ם, וקשיא ליה הא דאמרי' בפ' הפועלים 'לא, דעל בעידנא דלא עיילי אינשי. אי הכי אמאי פטור? תחלתו בפשיעה וסופו באונס הוא!', אלמא אף על פי שאין האונס בא לו מחמת הפשיעה –

12 אמנם הגהות מיימוניות ולחם משנה העמידוהו במקרה שוודאי האונס בא מחמת הפשיעה, אך לא התברר לי איך דייקו זאת מלשונו או מסברתו לאור דבריו הנ"ל בהלכות שכירות.

חייב, ואתיא כאביי; ופריק: ההיא סוגיא אביי גופיה הוא דקאמר לה, ואלבא דנפשיה אמרה.¹³

אבל יש לומר בפירוק קושיא זו, הנתם כיון דעל בעידנא דלא עיילי אינשי, הוה ליה לעיולינהו בהדיה, והא דשבקינהו התם פשיעה הוה ומשום הך פשיעה אירע בהן אונס, ואנן לא מחייבינן ליה משום דעל ולא יתיב גבייהו, אלא משום דכיון דעל הוה ליה לעיולינהו בהדיה, ואלו עיילינהו לא מטי להו פסידא כלל, הילכך חייב. זה כתב הראב"ד ז"ל.

(רמב"ן בבא מציעא לו:)

לפי תירוצו של הראב"ד אין כאן תחילתו בפשיעה וסופו באונס (שאז היה הרועה פטור בגלל שאין קשר בין הפשיעה לאונס), אלא פשיעה גמורה. פשיעתו אינה בכך שנכנס לעיר שלא בזמן, אלא בכך שלא הכניס את הצאן עמו, ואז הארי לא היה טורפם.

הכרעתו של הראב"ד אינה מובנת מאליה: היה מקום להסתפק איך להעריך את מעשהו של הרועה, האם בכך שלא הכניס את הצאן עמו הוא נחשב כפושע גמור, או שלא נותר עם הצאן בשדה ואז הוא דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. שתי האפשרויות שוות, ויש כאן ספק 'בעצם'. לראב"ד כאמור הולכים לחומרא ורואים את הפשיעה באי הכנסת הצאן עמו לעיר כפשיעה גמורה, ולכן עליו להוכיח שפשיעתו לא גרמה את הנזק, לרי"ף¹⁴ הולכים לקולא, ומפרשים שהיה עליו להישאר עם הצאן בשדה, וממילא לא נגרם הנזק מחמת פשיעתו. כיוון שהוא מוחזק ובעל הצאן הוא התובע הוא יהיה פטור¹⁵.

גם לפסקי הרמב"ם לעיל וגם לדברי הראב"ד כפי שביארנו אותם עולה השאלה, מדוע מספק נחייב את השומר ולא נותיר על כנו את הכלל 'המוציא מחברו עליו

¹³ כאמור לעיל, ה"ח וכמוהו הרב אלברצלוני, פסקו ברועה שהניח צאנו ובא לעיר כאביי ולא כרבא.

¹⁴ וכן לתוספות, להלן.

¹⁵ אפשר שזו חקירתו של קהילות יעקב (בבא מציעא לח) אם השומר מתחייב מדין מזיק ואף שהוא בגרמא, ואז בספק נלך לטובת השומר ונאמר שאינו מזיק, או שמתחייב בגלל חיוב האחריות שקיבל עליו להשיב את הפקדון, והאחריות קיימת גם בספק האם עשה השומר את שלו.

הראיה', ונלך לקולא לטובת השומר, הנתבע. ה'אור שמח' לעיל פתר זאת בטענה שנכסי השומר השתעבדו משעת הפשיעה, וכבר יש לו חזקת חיוב, שהיא עדיפה מחזקת הממון של השומר. אנו נעדיף את ניסוחו של הש"ך:

אלא נ"ל דהטעם כיון דאין הדבר ידוע, א"כ הרי השוכר מחויב לישבע – ואינו יכול לישבע, שהרי אינו יודע! וכל שומר מחויב לישבע שיודע בבירור שנאנסו, אבל אם ישבע שספק לו הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ... והוא פשוט בכמה דוכתי, וא"כ גם בשומר חנים הדין כן, ועל כן לא חלק הרמב"ם בדבר. (ש"ך חו"מ ש"ג, י')

נראה לשיטתו, שכשם שעל השומר להישבע על טענת פטור של אונס וללא שבועה אינו נאמן, כך במקרה של ספק לא קיים את חובתו כשומר לתת למפקיד תשובה מספקת על האובדן; מחויבות השומר למפקיד היא להשיב את הפקדון, או להשיב תשובה מספקת על סיבת האובדן. בספקות שלפנינו לא נתן תשובה כזאת, ולכן חייב לשלם.

במקרים שלפנינו, הספק 'בעצם' שלדעתנו עולה מדברי הראב"ד, הוא ספק שאינו במציאות ולא בדין אלא בשתי אפשרויות שקולות של ניתוח שכלי; וכן הספקות בשיטת הרמב"ם, בנוגע לרועה שאומדים אם היה יכול להציל ובנוגע למחזיק את הכסף בחגורתו שלא כנגד פניו, הם ספקות שהשומר אינו טוען בהם ודאי ואינו יכול לטעון זאת, וממילא אינו יכול להישבע על טענתו, וחייב ככל שומר שאינו נשבע.

המחויבות הבסיסית של שומר לתשובה מספקת בטענת ברי ובשבועה על כל טענה שיטען עולה מדברי הראב"ד גם בספיקות אחרים, והרמב"ן אכן נחלק עליו בכך. נביא את הדברים בלשונו של הריטב"א:

מתני' השוכר פרה מתברו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר וכו'.
ואם אין שם עדים, אומר רבנו הרמב"ן ז"ל שנשבע השוכר שאינו יודע אם מתה כדרכה או אם נגנבה ויפטר, דהו"ל כאומר 'מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם הלוייתי' שהוא פטור. אבל הראב"ד ז"ל סובר דאי ליכא עדים ואינו יכול לישבע – חייב לשלם, דה"ל כאומר 'איני יודע אם פרעתיך' שהוא חייב. (בבא מציעא לה:)

הש"ך (ח"מ רצ"א, מד) דן בכך בהרחבה ונקט כראב"ד, הן מצד חיובו למפרע בהשבה והן מצד שכל חיובו בשבועה הוא חיובו לברר מה קרה לבהמה, ואין בכך טענת איני יודע.¹⁶

שיטת הריטב"א והתוספות (ד"ה הוחמה)

מדברי הריטב"א נראה בשיטת אב"י, שתולים את אובדנה של הפרה בהבל האגם גם כתלייה רחוקה שאינה מסתברת כלל מבחינה מציאותית, ועל כך חלק רבא. נראה שבספק גמור יודה גם רבא שחובת הראיה מוטלת על השומר:

ו"ל דעד כאן לא אמר אב"י התם אלא בשתחלתו בפשיעה גמורה, כגון שפשע בה ויצאת לאגם או שהעלה לראשי צוקין; דהא תלינן בכל מאי דאפשר לתלות ולא אמרינן מלאך המות קטלה.
(ריטב"א בבא מציעא עח. ד"ה ואם הוחלקה)

כך נראה גם מדברי התוספות:

וא"ת שילחי הפועלים, גבי הניח עדרו ובא לעיר ובא ארי ודרס פטור, ומוקי לה רבה דעל בעידנא דלא עיילי אינשי ופריך אב"י תחילתו בפשיעה לענין גנבי וסופו באונס הוא לענין ארי, והתם אפילו לא פשע הוא ולא בא לעיר היה נארע האונס, ומאי פריך? ו"ל דשמא אם היה שם היה מוליכין למרעה אחר קודם ביאת ארי, כי כן דרך הרועים לרעות חצי היום בשדה זו וחצי היום בשדה אחר; או שמא אם היה שם הארי היה ירא לבא שם, או היה מקיים ביה גם את הארי ואת הדוב הכה עבדך.¹⁷ ובלאו הכי צריך לפרש הפשט התם כך, דקאמר 'אין אומרים

¹⁶ כך נקט גם התרומת הדשן (סימן שלג), אך הנימוקי יוסף (בבא קמא לט. באלפס) חלק עליו.

¹⁷ לכאורה אומר הראב"ד דבר דומה לתוספות ביחס בין הרועה לאריה: "ועוד תירץ הוא (=הראב"ד) ז"ל דאמרינן 'שמא אילו היה שם לא היה הארי טורף', ומקיים ביה 'ומוראכם וחתכם יהיה על כל חית הארץ' (ריטב"א בבא מציעא צג: ד"ה אי הכי). זה לא יתאים לשיטתו של הראב"ד שהבאנו לעיל, שרק בספק סביר השומר חייב ולא בספק בלתי מציאותי. נדמה שיש לחלק בין דברי הראב"ד לתוספות: הראב"ד מעלה אפשרות שהאריה, בראותו את השומר, יחפש את מזונו בעדר אחר וייסוג מהתמודדות עם השומר. זו אפשרות סבירה. התוספות מעלים אפשרות שהשומר

אילו היה שם היה מציל' אלא אומרים 'אם היה יכול להציל חייב ואם לאו פטור', ואי אפשר לפרש בע"א. (תוספות שם, ד"ה הוחמה)

התוספות טוענים שהרועה שהניח את עדרו ובא לעיר חייב, שמא היה מקיים 'גם את הארי ואת הדוב הכה עבדך' ומציל את הצאן. זוהי אפשרות רחוקה מאוד, המקבילה בסבירותה המציאותית לסברת "הבלא דאגם", ולמרות זאת לדעת התוספות היא מחייבת את הרועה בתשלום. זה נראה לנו כדברי הריטב"א.

מדוע נתלה בדבר לא סביר נגד השומר הנתבע? נראה לנו, שהריטב"א מסכים עקרונית לשיטת הר"ף בדברי אב"י, שהפשיעה של השומר יש בה הפרת חוזה, והיא מחייבת אותו בהשבת הפקדון לבעליו. אמנם השומר הפושע אינו גזלן, ואונס גמור פוטר אותו מהשבה ככל פטור אונס בתורה, אך כיוון שקיים עליו חיוב השבה יסודי, חלה עליו חובת הראיה שהמקרה שלפנינו הוא אונס גמור; וכל עוד ישנה סברה מעין 'הבלא דאגם', ולדעת התוספות אפשרות רחוקה של יכולתו לגבור על האריה, חובת הראיה עליו שסברות אלה לא שייכות, וחייב לשלם.

מהלך זה מבוסס על השוואת הסוגיות. אך לולא דברי הני רבוותא, גדולי הראשונים, היה נראה לנו לחלק בין המקרה של רועה שהניח את עדרו ובא לעיר (בבא מציעא צג:) לבין המקרה של פשע ובה ויצאת לאגם (בבא מציעא לו:). פשע בה ויצאת לאגם עוסק במקרה בו השומר שם מנעול לא טוב על פתח הרפת וכדומה, או שבהסח דעת הפרה ברחח לו. במקרים אלו הוא נותר השומר, ויש לדון בהם בזיקת האונס שאירע לבהמה לפשיעתו, וכמו שנתברר לעיל. אולם שומר שנטש את עדרו ובא לעיר הפקיר בעליל את שמירתו, הפר את חוזה השמירה והוא מחויב בהשבה גמורה גם ללא צורך ביכולתו התיאורטית להתגבר על האריה וללא צורך למצוא קשר אחר בין פשיעתו לאונסו.

יגבר על האריה במאבק ביניהם ויכה אותו. זה נראה לנו בלתי סביר, ולמרות זאת התוספות מחייבים את השומר לשלם. כראב"ד כתב גם הרא"ש בבא מציעא ג', ז.

ה. השוכר את הבהמה להוליכה בהר והוליכה בבקעה

מתניתין: השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה, אם החליקה – פטור, ואם הוחמה – חייב. להוליכה בבקעה והוליכה בהר, אם החליקה – חייב, ואם הוחמה – פטור; אם מחמת המעלה – חייב.

(בבא מציעא עח.)

הגמרא מציעה מספר הסברים לדין המשנה, וכאחד מהם היא מעמידה אותה בשיטת רבי מאיר:

רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן: הא מני רבי מאיר היא, דאמר: כל המעביר על דעת של בעל הבית נקרא גזלן. (שם)

אך לכאורה סברה זו תמוהה. בפשטות, אם החמור הושכר להולכה בהר, כשמוליכו בבקעה הוא גזלן גמור – ולא רק לרבי מאיר, שהרי על דעת זו לא השכירו לו! מקרה זה אינו דומה למקרים שהובאו בגמרא שם כדוגמאות לשיטת רבי מאיר: כשהצָבֵעַ צָבֵעַ את הצמר בצבע אחר, עדיין הצמר הוא של הבעלים אלא אם כן נאמר שקנאו בשינוי, אך כאן כאילו נטל חמור שלא הושכר לו. גם במקֶבֶת פורים שנטל בה רצועה לסנדלו אפשר שאין קפידא של הנותן עד כדי ביטול המתנה והגדרתה כמתנת טעות, שהרי לא רצה אלא לעשות לעני טובה. כך גם במתנה לעני לצורך חלוק או בגד אחר. לעומת זאת, שכירות לצורך שימוש שונה היא גזלה גמורה.¹⁸

על כרחנו נעמיד את המקרה כשלא עשה זאת בזדון, אלא דרך ההר היתה בלתי עבירה (כגון שהיתה חסומה על ידי משמרות הרומאים), ועקיפה דרך הבקעה, כשכבר היה החמור טעון במשא באמצע דרכו, היתה הרע במיעוטו. כאן השוכר אינו גזלן, אך עליו ליטול אחריות על כל מה שלא הוסכם ביניהם.

או נאמר כפי שעולה לענ"ד מן התוספות, שהמשכיר לא הקפיד על בקעה והר אלא על חימומה או על החלקתה. לכן אם הקפיד על החלקתה (ולכן ביקש לקחתה רק בבקעה) והוחמה בהר פטור, וללא קשר לסוגיית תחילתו בפשיעה וסופו

¹⁸ וכן הקשה כאן 'תורת חיים': "נמצא כל שאינו מוליכו למקום שהתנה בחזקת בעלים הוא והוי גזלן וקמה ליה ברשותיה להתחייב בכל אונסין".

באונס ומלאך המוות. אך התוספות אכן מקשרים בין סוגייתנו לדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס:

הוחמה בהר פטור – וא"ת, למ"ד לעיל 'תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב', אמאי פטור? הא תחילתו בפשיעה היה לענין החלקה! וי"ל, **דלא מחייב אלא באונס שיש לתלות שאם לא היה משנה אפשר שלא היה בא האונס**, כי ההיא דצריפא דאורבני, דאונס בא מחמת הפשיעה שאם היה מצניעם תחת הקרקע כדשמואל לא היו נגנבים; אבל הכא, כי הוחמה בהר, כ"ש דאם לא שינה והיה הולך בבקעה דהוה הוחמה. והכי אמר רבא בהמפקיד, גבי פשע בה ויצאת לאגם, 'אפילו למ"ד חייב – הכא פטור, דמלאך המות מה לי הכא מה לי התם'. (תוספות שם)

אם זו אכן סוגיית תחילתו בפשיעה וסופו באונס, סברת התוספות בהוחמה בהר, שאין קשר נסיבתי בין הפשיעה לאונס, נכונה. אך עדיין תמוהה סברת התוספות במקרה ההפוך, שהמשכיר דרש לקחתה רק בהר, והוחלקה בבקעה. האומנם ודאי הייתה מחליקה גם בהר? אף שבהר מועדת יותר להחלקה, בנסיבות שונות שמא לא הייתה מחליקה, שהרי כל החלקה היא בנסיבות שונות.

לכן לולא דברי התוספות היינו לומדים, שהואיל ונאנס להולכה בדרך השנייה או הואיל והבעלים לא הקפיד היכן יוליכנה אלא על החלקתה או חימומה, אין בו דיני פשיעה כלל, אלא קבלת אחריות על מה שהבעלים חשש ממנו ולכן נמנע מלהשכירה בבקעה, ואין סוגיה זו נוגעת בעניין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. נראה שכך הבין הרמב"ן:

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 אור, שנשבה הרוח בהר באותו היום ומתה בו או נחש הכישה, חייב, שאם שמר כמו שאמר בעל הבית לא אירע לה מיתה זו; דכל

כה"ג אינה פשיעה ואינה שמירה. הילכך אם סופו באונס – פטור, ואם סופו מחמת אותו שינוי¹⁹ – חייב. (רמב"ן שם)

נראה שתוספות סוברים שהתנאי של המפקיד הדוק יותר, והיא כפשע בה ויצאת לאגם:

אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר – אין לפרש דטעמא דחייב לר' יוחנן אליבא דאביי משום דשינה מדעת המפקיד, ולכך יתחייב בכל האונסין אפי' באונסין שהיו ראוין לבא ברשות שומר הראשון... אלא י"ל דהטעם הוא דחשיב כאילו פירש לו שאם ישנה מדעתו, כגון שימסרנה לאחר, שיהיה כאילו פשע בה וכל אונסין שיארעו לה שנוכל לתלות שאם לא מסרה לאחר שלא היו נארעים חייב בה – כגון אם מתה בבית שומר שני, דיש לתלות דהבלא דאותו בית קטלה²⁰ ושמא אם הייתה בבית שומר הראשון לא הייתה מתה, שבריא בית אחד יותר מאחר; והוי כפשע בה ויצאה לאגם, שהוא מרעה שמן וטוב, ומתה – דחייב לאביי, דאמר דהבלא דאגמא קטלה, וכן לרב אם מסרה לחרש שוטה וקטן ומתה ברשותן חייב מהאי טעמא ... ואפילו למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, היינו דוקא כמו צריפא דאורבני דאפשר אם לא פשע מתחילה לא היה נארע אונס של גניבה. (בבא מציעא לו. ד"ה אין רצוני)

הרמב"ן חולק על התוספות, ומבין ש'אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר' הוא פשיעה גמורה והעברה מדעת בעלים – לא בגלל השמירה השונה, אלא בגלל עצם שהות הפקדון ביד איש זר, ולכן חייב בכל מקרה. ואף למ"ד כל המשנה מדעת בעלים אינו גזלן, כשהוציאה מרשותו לרשות אחר יש כאן מעשה גזלה גמור, וחייב אף ללא סברת הבלא דאגם קטלה:

¹⁹ וזה תחילתו בפשיעה וסופו באונס רגיל, כהכרעה נחש, וזה שלא כראב"ד בנפלו סמוך לכותל, שאם אינו פשיעה גמורה אינו חייב על האונס. לכאורה מחלוקתם בתחילתו בגניבה ואבדה וסופו באונס, שהרמב"ן מחייב וראב"ד פוטר.

²⁰ להבנתנו, משמעות הדברים היא שאינו מקפיד על פקדונו שלא יהא ביד אחר, אך מקפיד דווקא על שמירתו של הראשון. אם מסרה הראשון לשני, כאילו מסרה לחרש שוטה וקטן, וכאילו חדל לשמור עליה והיא כפשע בה ויצאת לאגם.

הא דאמרינן לדידכו דמתניתו אין רצוני איכא לאותובי – יש לפרש דהכי קאמר: כיון דסבריתו ד'אין רצוני' פשיעה היא, הו"ל דומיא דגנב וגזלן, וכל זמן שברשותו אף על פי שמתה חייב; דאי נמי שבקה מלאך המות בי שני הוה קיימא. ולא מיבעיא למ"ד כל המשנה מדעתו של בעל הבית נקרא גזלן, דכיון ששינה השוכר נתחייב באונסין, אלא אפילו למ"ד לא נקרא גזלן ה"מ במשנה ברשותו, אבל במפקיד אצל אחר משעה שנכנסה לרשותו יצאת מרשות ראשון והרי היא אבודה אצלו. (רמב"ן שם לו: ד"ה הא דאמרינן)

לסיום פרק זה נסכם בקצרה את דרגות הפשיעה השונות שעסקנו בהן:

- (א) המשנה מדעת הבעלים הנחשב גזלן ומחויב בהשבה בכל מקרה, ללא קשר לזיקתו לאובדן.
- (ב) אדם שהזניח את כל שמירתו, כרועה שבא העירה שלא בזמן והצאן נטרף על ידי ארי. הוא מחויב בהשבה גמורה מכוח הפסקת שמירתו והפרתו את חוזה השמירה. זו הייתה דעתנו, אך בראשונים אפשר שאם יוכיח שהאובדן אינו קשור כלל בשמירתו, ייפטר.
- (ג) פשיעה רגילה, כמו נעל בפני הבהמה שלא כראוי וברחה לאגם. לדעת הר"ף מחויב בהשבה גמורה, ופשיעתו היא התרת חוזה השמירה. לראשונים האחרים חייב רק לאביי, ורק בסברת הבלא דאגם למדרגותיה השונות.
- (ד) פשיעה 'קטנה', שהפקדון אינו נחשב כשמור, וחייב בפשיעתו. לדעת הראב"ד אין בפשיעה זו חומרת תחילתו בפשיעה וסופו באונס, ולדעת הרמב"ן יש בה דין זה.

1. כיסוי הראוי לשוורים ולא לגמלים

כסהו כראוי, ונפל לתוכו שור או חמור ומת - פטור; לא כסהו כראוי, ונפל לתוכו שור או חמור ומת – חייב ...

כסהו כסוי שיכול לעמוד בפני שוורים ואינו יכול לעמוד בפני גמלים, ושכיחי גמלים, והתליע מתוכו, מהו? מי אמרינן מגו דהוי פושע אצל גמלים הוי פושע נמי לענין התלעה, או דלמא לא אמרינן מגו? ... ת"ש: נפל לתוכו שור חרש שוטה וקטן סומא ומהלך בלילה – חייב, פקח ומהלך ביום – פטור; ואמאי? נימא: מדהוי פושע לענין חרש הוי נמי פושע לענין פקח! אלא לאו שמע מיניה: לא אמרינן מגו, שמע מיניה.

(בבא קמא נב.-:)

כיסוי הבור במכסה שאינו עמיד לגמלים (כשגמלים מצויים) הוא פשיעה. הגמרא אומרת שאילו גמל היה סודק את הכיסוי ושור היה נופל לתוכו, הייתה כאן פשיעה גמורה של בעל הבור כלפי השור הנופל; אך הכיסוי לא נסדק על ידי גמל, אלא התליע – והוא היה מתליע גם אילו היה חזק ועמיד לפני גמלים. ממילא הדין המתבקש הוא מעין 'מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם', ולפנינו מקרה של אונס (התלעה) שאינו קשור לפשיעה על כל המשתמע מכך.

זוהי הדרך הפשוטה ללמוד את הסוגיה, וכך למדוה התוספות (שם ד"ה ושכיחי). עדיין נראה לנו, שישנה דרך נוספת ללמוד את הסוגיה, וגם את הקשר בינה לבין סוגיות תחילתו בפשיעה וסופו באונס.

כיסוי הבור אינו מבטל את מציאותו של הבור כמזיק ברשות הרבים. הכיסוי הוא בגדר שמירה על הבור מפני נפילת בעל חיים לתוכו. השמירה המספקת על בור במקום שמצויים גמלים היא כיסוי העמיד גם לפני גמלים. התורה מיעטה בשמירת בור (כנראה משום שהבורות, גם ברשות הרבים, נצרכים למילוי מים לשתייה ולהשקיה), ולכן די בכיסוי מתאים, ואז חופר הבור פטור מנזקיו גם אם הכיסוי הוסר על ידי אלמוני או התפורר מחמת התלעה באונס. אך אם הכיסוי אינו עונה על כל הדרישות, מעולם לא הוסרה האחריות לעצם חפירת הבור מן הבעלים, ואם הכיסוי יתליע, הוא עלול להיות חייב גם על עצם מציאות הבור ולא רק על אובדן הכיסוי, גם אם הכיסוי אבד שלא מחמת הפשיעה לגמלים.

לסברה זו קוראת הגמרא 'מיגו': מתוך שאין הכיסוי ראוי לגמלים, אינו נחשב כראוי גם לשוורים והבור נחשב כפתוח ועומד. נדגיש: אפשר שאין חשש שהגמל יסדוק את הכיסוי כך ששור יפול לבור המכוסה בו. הגמל עלול לשבור את הכיסוי וליפול בעצמו לבור, אך השור שיבוא אחריו לא ייפול גם הוא לבור, כך שהפשיעה לעניין גמלים אינה בהכרח גוררת פשיעה לעניין שוורים. אך אם הכיסוי אינו מגן מפני גמלים, אין זה כיסוי ראוי, וממילא חייב הכורה על עצם מציאות הבור. בדרך דומה למד את הסוגיה רבי אברהם בר יצחק אב"ד (בעל 'האשכול'. להלן: ראב"י) שהובא בבעל המאור: נראה שבעל המאור הסכים עם דרך לימודו, אף שחלק על מסקנתו ממנה.

סברת "מיגו" שכזו קיימת עקרונית גם בכיסוי שאינו ראוי לגמלים שהתליע, ונפל לתוכו שור. אם ניצמד לסברתנו בתחילתו בפשיעה וסופו באונס, במקרה הנזכר אין קשר בין הפשיעה לגמלים והאונס שהתליע ונפגע השור. על פי סוגיות תחילתו בפשיעה וסופו באונס היה עלינו לומר בהתליע: התליע מה לי הכא (בכיסוי הראוי לגמלים) מה לי התם (בכיסוי שאינו ראוי לגמלים), והיה עלינו לפוטרו. אך בסברת מיגו יש מקום (גם אם לא הכרח) לחיבו, שהרי אם אינו ראוי לגמלים אינו נחשב להלכה כבור מכוסה, וממילא חייב מצד עצם כריית הבור ברשות הרבים, והכיסוי אינו פוטרו מכך.

כאן יש לדון בשאלה עד כמה פסול הכיסוי, המונע את שחרור הכורה מאחריות, עובר ממקרה אחד לחברו. הגמרא טוענת, וסברתה ברורה, שהעובדה שהבור מסכן שור שוטה, העלול ליפול בתוכו, אינה מחייבת את אחריות כורה הבור גם לשור פיקח, שהרי השור הפיקח לא היה אמור להיכשל בבור. הגמרא מסיקה מכך, שגם אין אומרים "מיגו" מגמלים לשוורים. כלומר, בור עם מכסה שאינו עמיד לגמלים ומסכן אותם, אינו מחייב את כורה הבור באחריות על שור שנפל לתוכו כשהתליע באונס, ואין אומרים מיגו שמסוכן לגמלים יתחייב באחריות גם על שוורים.

אך לכאורה עצם ההוה אמינא לקיום ההשוואה תמוהה, שהרי ודאי לא נאשים את כורה הבור (הפתוח) בנפילת שור פיקח לתוכו בגלל סברת מיגו משור שוטה, שהרי אשמת הנפילה של השור הפיקח היא על השור עצמו. נבאר את הגיונה של ההשוואה: שור פיקח הנופל לבור הוא מקרה גבולי בין אשמת הבור לאשמת

השור שנפל.²¹ לכן, לולא הסכנה לשור חרש (שלא ניתן להאשים) היינו נוטים להקל, ולחייב את השור הפקח להיזהר מהבור. כיוון שיש כאן שם מזיק לבור כלפי שור חרש, מוטלת על בעל הבור אשמה, ויש סברה שהיא תחייבנו גם במקרה הגבולי כלפי שור פיקח. למסקנה איננו עושים הכללה זו ("מיגו").²²

מכל מקום, ראב"י לא למד כאן את דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס מצד הקשר הנסיבתי בין הפשיעה לאונס אלא מדין מיגו, כסברתנו השנייה לעיל:

וה"ר אברהם ז"ל פריך ליה להאי קושיא הכי: התם, גבי זווי, אמרינן 'מגו דהוי פושע לענין נורא הוי פושע לענין גנבי', משום דאינהו זווי גופייהו איגניבו; אבל הכא בחרש פושע, ובחרש לא אירע הנזק אלא בפקח – לא פשע ולא מיד.

(בעל המאור בבא קמא כב: באלפס)

ראב"י מבדיל לעניין מסגרת המיגו בין ניזק אחד, הכסף בצריפא דאורבני, שאומרים בו מיגו שפשע השומר לעניין שריפה פשע גם לענין גניבה; לבין ניזקים שונים שהם בעלי דין שונים – בעל השור ובעל הגמל – שאין מעבירים מיגו מזה לזה.

כאמור, השיטה שהבאנו כאן מתאימה לדבריו של ראב"י היא שלא כתוספות (בבא קמא נב:): לעיל, המזהים את סוגיית כיסוי לגמלים שהתליע עם הקשר וחוסר הקשר בין הפשיעה והאונס בסוגיית תחילתו בפשיעה וסופו באונס. הם אינם מתחשבים בדברי ראב"י על כך שהכסף הניזק בצריפא דאורבני משותף לפשיעה והאונס ואילו נזק לגמלים אינו משותף לנזק לשוורים.

²¹ לכן בהנחה שאומרים מיגו, במקרה של שור פיקח ההולך אחרי שור חרש ונפל הפיקח לבור – בעל הבור חייב עליו, לדעת בעל המאור.

פירוש: שוורים עלולים ללכת זה אחר זה, וכך שור פיקח עלול ליפול לבור בעקבות שור חרש, באופן בו השור הפיקח לא נושא באחריות לנפילתו. לדעת בעל המאור, זהו מקרה רחוק אך אפשרי, ולכן הוא יוצר תחום אפור שבו ניתן לחייב את בעל הבור באמצעות סברת מיגו: הבור נחשב ללא מכוסה כלפי שור חרש, ולכן בעל הבור יהיה חייב גם בנזקי שור פיקח כאשר הוא נופל בעקבות השור החרש. למסקנה הגמרא לא מקבלת את סברת מיגו, ולכן בעל הבור יהיה פטור גם במקרה הזה.

²² לסברתנו הראשונה בפרקנו השני (צריפא דאורבני) שעל תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב כדין בגברא, שכיוון שלא שמר כדינו אין התורה ממעטת בשמירתו, יש יותר מקום להחמיר במיגו בבור שפיקח נפל אליו ובבור שכיסויו אינו מתאים לגמלים, והתליע ונפל לתוכו שור, וכן השווה ביניהם בעל המאור להלן, אך השוואה זו אינה הכרחית.

כאמור לעיל, מדבריו של ראב"י אב"ד עולה שגם דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא מטעם מיגו. ממילא אין חשיבות עיקרית לקשר הנסיבתי בין הפשיעה לאונס, אלא למסגרת המשותפת להם המייצרת את המיגו. בצריפא דאורבני (עץ ערבות או גדר קנים שהשומר טמן בהם את צרור הכסף) – מתוך שהצרור נחשב לא שמור לעניין שריפה, הוא אינו מוגדר כשמור גם לעניין גניבה, כיוון שהשמירה היא אחת. לכן רועה שבא העירה והותיר את העדר בשדה ובא ארי ודרס יתחייב לשלם, אף שפשיעתו לא גרמה את האונס, כיוון שהעדר לא נחשב שמור מזמן הדריסה, וזה כשיטת הר"ף והריב"ם. אך גם לראב"י אין מסגרת אחת בבור בעניין שור פיקח וחרש, כי הם ניזקים שונים.

בעל המאור שואל על ראב"י, מדוע לא ייחשב בור בלילה ובור ביום למסגרת אחת במסגרת אותו הבור.

וקשיא לן על הדין פירווקא: והרי פושע אף לענין פקח, במהלך בלילה,
ואפילו הכי ביום פטור ולא אמרי' מגו!
(שם)

פתרון אפשרי לדעתנו הוא שהבור נחשב כאינו שמור בלילה, אך ביום הוא נחשב שמור כי יש ביד הבעלים לכסותו. לכך כנראה כיוונו תלמידיו של ראב"י:

ושמעתי מפי תלמידיו: לילה ויום נמי כשני מינין שבניזקין דמו, ולא אמרי'
מגו דהוי פשיעותא להאי הוי פשיעותא להאי כי היכי דלא אמרי' מחרש
לפקח. וזה התירוין מאד מאד דחוק.
(שם)

גמלים ושוורים הם שני "נשמרים" אחרים, ואין בהם מיגו, אך פיקח המהלך ביום ובלילה הוא ניזק אחד במצבים שונים – בדומה לכסף בצריפא דאורבני. אך תלמידי ראב"י טענו שזמנים שונים מחלקים, וזה נראה מן הסיבה שכתבנו לשיטתנו, שבשעת הנזק הבור נחשב שמור ומכוסה. בעל המאור לא מקבל חלוקה זו, ומחלק לעניין המיגו בין נזקי בור לאבות הנזיקין האחרים. התוספות כאמור, חולקים על דרכו של הראב"י וכן על בעל המאור שמקבל אותה באופן עקרוני, ומחלקים בין סוגיית תחילתו בפשיעה וסופו באונס בצריפא אורבני, וכן כל מקרה שיש קשר נסיבתי בין הפשיעה לאונס, לבין סוגיית מיגו בגמלים ושוורים או שור

פיקח ושור שוטה, שאין שם קשר נסיבתי. כזכור, למסקנה הגמרא קובעת שאין אומרים מיגו.

ז. תחילתו בגניבה ואבדה וסופו באונס

בפרק ג' הבאנו את דברי הראב"ד בעניין כלב וגדי שקפצו קפיצה לא שגרתית, שנחשבו שמורים ממנה, ולכן אין בקפיצתם פשיעה גמורה; וביאר הראב"ד פשיעה כזאת אינה מחייבת את השומר או את בעל הבהמה המזיקה באונס שקרה מחמת הפשיעה שאינה גמורה. לכאורה, לשיטתו זה יהיה הדין גם בתחילתו בגניבה ואבדה וסופו באונס. הבאנו גם את דברי הרמב"ן החולק עליו, ומחייב גם בפשיעה שאינה גמורה על סופו באונס. אך לא ברור אם הרמב"ן יחמיר גם אם תחילתו אינה פשיעה שאינה גמורה, אלא מעין גניבה ואבדה. מצאנו שהתוספות והריטב"א הקלו בתחילתו כעין גניבה ואבדה. אך ראייתם לענייננו אינה חזקה, משום שהפטור שפסקו הוא במקרה מעין פשע ובה ויצאת לאגם, שם אין קשר נסיבתי בין הפשיעה לבין האונס:

אי הכי אמאי פטור תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא - 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 ואבדה. ויש ללמוד מכאן דתחילתו דכעין גניבה ואבדה וסופו באונס, דפטור. (תוספות בבא מציעא צג:)

כמותם כותב גם הריטב"א:

ואם הוחלקה פטור. וליכא למימר תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, כיון דכש"כ שאירע האונס אם לא שינה, כאמור לעיל, ופשוט הוא זה. אבל איכא למידק, דממתניתין משמע דאילו מתה כדרכה פטור, מדלא קתני חיובא אלא בהוחלקה בהר או אם הוחמה בבקעה - הא אם מתה פטור; ומאי שנא מפשע בה ויצאת לאגם ומתה, שהוא חייב לאביי? דאמרינן בפרק המפקיד דכל כה"ג אמרינן אירא דהר קטלה או אובצנא קטלה, הכא נמי נימא הכי! וי"ל דעד כאן לא אמר אביי התם אלא בשתחלתו בפשיעה גמורה, כגון שפשע בה ויצאת לאגם או שהעלה לראשי צוקין דהא תלינן בכל מאי

דאפשר לתלות ולא אמרינן מלאך המות קטלה; אבל כל שלא פשע בה בתחלתו פשיעה גמורה לא אמרינן הכי וכדפרישנא התם, והכא מפני ששינה מהר לבקעה ומבקעה להר אין זו פשיעה גמורה, כי דרך כל בהמה לילך בהר ובבקעה, אלא כל זה כעין גנבה ואבדה [שהבעלים ביקשו שמירה מיוחדת על בהמתם שלא תחליק בהר והוחמה בו; י"מ]. וכל שתחלתו בגנבה ואבדה וסופו באונס שלא בא האונס מחמת הפשיעה לדברי הכל פטור. (ריטב"א שם עח.)

ח. סיכום

בפרק הראשון הבאנו שבע סוגיות בש"ס העוסקות בתחילתו בפשיעה וסופו באונס. שלוש מהן עוסקות בשומר שפשע ונאנס בשמירתו, שלוש במזיק שלא שמר היטב על בהמתו או על בורו ואחת העוסקת בתחום הביניים, בשוכר בהמה להוליכה בהר והוליכה בבקעה ולהיפך, שדינו גם כמזיק וגם כשומר.

בפרק השני עסקנו בשתי סברות עיקריות לחיוב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס: א. עקרונית חייב גם באונס לולא פטור מפורש כי התורה חסה עליו. לשם כך עליו להיות נקי וראוי לרחמי התורה, ואילו בתחילתו בפשיעה אינו ראוי לרחמים. המקל בתחילתו בפשיעה וסופו באונס סובר שהפטור מאונס הוא מעיקר הדין ולא משום רחמים. ב. הסיבה לחייב משום שהתחייב להקיף את הנשמר בטבעת שמירה הכוללת את כל סוגי הנזק (למשל: גניבה ושריפה). במקרה שלפנינו לא שמר היטב. הפוטר סובר שהוא התחייב למנוע מיני נזקים שונים וכל אחד כשלעצמו, ולא כטבעת שמירה אחת. השריפה עתה אינה מענייננו, כי החפץ נגנב, והגניבה הייתה באונס. הבאנו נפקא מינות שונות בין שתי הסברות, וראוי לעיין בהן.

נדגיש שלעניות דעתנו בסברות אלו קיים הבדל גדול בין חיובו של הבעלים לשמור על רכושו לבין חיובו כשומר על רכוש חברו, וזיקת הגומלין בין דיני נזיקין לבין דיני שמירה היא זיקה חלשה. אך דעת רוב הפוסקים להשוות דיני נזיקין לדיני שומר, וכאן כאמור, נפקא מינות רבות.

בפרק השלישי עברנו לדיני נזיקין בכלב וגדי שקפצו מגגו של בעליהם לחצר שכנו והזיקו בקפיצתם את כליו. שם עסקנו בתחילתו בפשיעה וסופו באונס גם במעבר מאבות נזיקים לאבות אחרים, וגם במקרה שאין נזק סיבתי הקושר בין הפשיעה לאונס. כאן עלה דיון מגוון בשאלות אלו בראשונים השונים. סוגיה זו הופכת למורכבת יותר במעבר מקרן לרגל ולהיפך, שמלבד היותם אבות שונים, גם תשלומיהם שונים.

עוד הבדלנו בזיקה בין הפשיעה לאונס לעניין חיוב באונס בין אונס גמור לאונס רגיל ובין פשיעה גמורה לפשיעה שאינה גמורה.

בפרק הרביעי עסקנו בזיקה הנסיבתית הנצרכת בין הפשיעה לבין האונס שקרה לבהמה. המקרה הידוע ביותר הנידון בזיקה זו הוא 'פשע בה ויצאת לאגם ומתה כדרכה' (לכאורה שלא מחמת הפשיעה). לשון אחרת: מהי מידת הסבירות הנצרכת לטענה צדדית הקושרת (בדרך העשויה להישמע כמלאכותית) בין הפשיעה לבין האונס ('הבלא דאגמא קטלה').

בפרק החמישי (על השוכר בהמה להוליכה בבקעה והוליכה בהר) עשינו בעיקר הבחנה בין דרגות פשיעה שונות של השוכר בשינוי שעשה מדעתו בתנאי עם המשכיר, ובנפקא מינות בין דרגות אלו לגבי חיובו.

בפרק הששי עברנו לדיני בור, ושם עסקנו רבות בשאלת הקשר בין תחילתו בפשיעה וסופו באונס לבין דין 'מיגו' במיגו דהוי פושע לעניין גמלים הוי פושע לעניין שוורים, דין שלדעתנו עשוי להיות ייחודי לדיני שמירת בור.

חתמנו את המאמר בפרק השביעי בדין תחילתו ב'גניבה ואבידה' וסופו באונס, האם 'תחילתו' משפיעה על דין האונס בסופו, או שהלכה זו נוהגת רק בתחילתו בפשיעה, כשאשמתו של השומר היא אשמה אישית גדולה.

תמה יריעתנו ויבש קולמוסנו בסוגיה עשירה ומרתקת זו, ועדיין אנו בתחושה, שצלילה לעומקה דורשת מאמץ נוסף, ויעשו אותו אלו שיבואו אחרינו.