

תחילתו בפשיעה וסופו באונס (ב)

א. רמות אונס

בגמרא בב"ק כא:; לאחר הקושייה על מ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, מופיעה האוקימתא של מקרבי כלים לגבי כותל. לאוקימתא הזו מובאות בגמרא שתי גירסאות :

גירסה אחת - כגון דמקרבי כלים לגבי כותל, דכי קפצי בקפיצה - לא נפלי עליהו.

גירסה שנייה - כגון דמקרבי כלים לגבי כותל, דכי נפלי - לבראי נפלי.

בגמרא שלפנינו מובאת הגירסה הראשונה. אך בראב"ד מובאות שתי הגירסאות, והוא מבאר את הסוגייה על פי שתיהן. מדבריו הקצרים לגבי הגירסה השנייה, נצא לדון ברמות אונס שונות. מביאורו לגירסה הראשונה, נפתח דיון קצר ברמות פשיעה. נתחיל עם הגירסה השנייה, וכך מסביר אותה הראב"ד :

"כגון דמקרבי כלים לגבי כותל, דכי נפלי - לבראי נפלי. ואנסא דלא שכיח הוא, ומשום הכי נפלו פטורין..."

(בבא קמא כא: ראב"ד ד"ה כגון)

נזכור, שהדעה הנידונית בגמרא היא הדעה המחייבת בתחילתו בפשיעה וסופו באונס. אף על פי כן, קובע הראב"ד, באונסא דלא שכיח - פוטרים. ופה יש לבחון, מסברה, האם רמת האונס עשויה להשפיע על דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. כחלוקה ראשונית, נראה שיש לתלות את חידושו של הראב"ד בשתי הבנות הבסיס של דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. אם מדברים על כך שעצם הפשיעה משנה את מעמד הגברא, אזי - אין משמעות לרמת האונס. שהרי את הקביעה שמדובר בגברא החייב גם באונסין, אנו מקבלים עוד לפני שבכלל התרחש משוהו. לעומת זאת, ההבנה ה'מציאותית' בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס זקוקה לאירוע האונס עצמו. מגמתה היא להחיל מעמד פשיעתי גם על מקרים של אונס, אך כאן ניתן לטעון שהדבר תלוי ברמת האונס. אונסא דלא שכיח הוא מקרה כה נדיר ובלתי צפוי, שקשה לתלות בו את אשמת האדם - גם אם היה פה 'תחילתו בפשיעה'. חלוקה ראשונית, אם כן, תפריד בין הסברות הבסיסיות של תחילתו בפשיעה וסופו באונס. אך גם במסגרת ההבנה ה'גבראית', יש מקום לתת את הדעת. לשם כך, עלינו להצביע על שני יסודות הלכתיים שעשויים להניב פטור של 'אונסין' במקרים שאנו עוסקים בהם :

יסוד אחד - אונס של דיני שומרים.

יסוד שני - אונס של כל התורה כולה.

נפרט מעט את הדברים. קיים יסוד פוטר של אונס, יסוד מקומי בדיני שומרים (ואולי גם בדיני נזיקין). הפטור בנוי על כך שמלכתחילה - לא תובעים מן השומר לכסות כל אירוע. על אירועי אונס אין ציפייה מהשומר, ולכן הוא פטור בהם. כשם שחברת ביטוח שמתמחה בשריפות אינה משלמת לך אם החפץ נגנב, כך גם רוב השומרים אינם מתחייבים באונס.

יסוד מקומי זה של הלכות שומרים, הוא בר-הרחבה גם לתחום של נזיקין. זאת בעיקר אם בונים את חיובי הנזיקין על העניין של חיוב שמירה. מכל מקום, ראוי יותר לכנות אותו יסוד של אי-חיוב, במקום יסוד פטור. שהרי מהותו המרכזית היא הקביעה שיש מצבים שמראש לא מחייבים עליהם.

היסוד השני נלמד ישירות מפסוקי התורה בפרשת כי תצא :

”ואם בשדה ימצא האיש את הנֶעֱרָ המאֲרֶשֶׁה... ומת האיש אשר שכב עמו לבדו ולנֶעֱרָ
לא תעשה דבר...”

(דברים כ"ב כה-כו)

זהו יסוד שתחילתו בפרשייה של אונס, אך תחולתו - בכל התורה כולה. במצבים של אונס בכל תחום הלכתי, אנו יכולים לשלוף את הקלף של 'ולנערה לא תעשה דבר', כיסוד של פטור.

קעת נוכל לחזור לחידושו של הראב"ד באונסא דלא שכיח, ולסברה ה'גבראית' של תחילתו בפשיעה וסופו באונס. כל עוד מדובר באונס שכיח, לא נפעיל את היסוד של 'ולנערה לא תעשה דבר'. נוכל לדבר רק על כך שבדיני שומרים לא מחייבים על אונס. אלא שתחילתו בפשיעה כבר הסירה את החסינות הזו.

אך באונסא דלא שכיח, קיים גם היסוד של 'ולנערה לא תעשה דבר'. וכאן נוכל לפטור אפילו להבנה ה'גבראית' בתחילתו בפשיעה וסופו באונס. כי כל מהותה של הבנה זו הוא הסרת ה'חסינות' של שומרים כלפי מקרי אונס. אבל באונסא דלא שכיח אנו פוטרים בגין משהו הרבה יותר חזק - בגינה של מציאות הפוטרת כל אדם ובכל הקשר. ואת הזכות הזו לא מאבדים, גם כאשר תחילתו בפשיעה.

הצמדת יסוד הפטור של 'ולנערה לא תעשה דבר' דווקא לאונסא דלא שכיח, איננה שרירותית. ניתן לתמוך בה, אם מקבלים הגדרה מסויימת לאונסא דלא שכיח. המושג עצמו מופיע בעיקר בשני מוקדים :

מוקד אחד - בגיטין עג, בדיון על אדם שקיבל על עצמו כל אונסא דמתייליד.

מוקד שני - בכתובות ב-ג, ובסוגיות המקבילות של אונס בגיטין.

לא נרד לעומק הסוגיות הללו, אלא רק נציע אפשרות מסויימת להגדרת אונסא דלא שכיח, אפשרות שיש לה בסיס בסוגיות. אונסא דשכיח הוא אונס שהאדם היה מסוגל להעלות על דעתו. אונסא דלא שכיח הוא אונס שלא עלה על דעת האדם. ניתן לעגן חילוק זה במערכת יותר כללית, והיא האבחנה בין שני מושגי אונס ויישומם. יש ונקבעה הלכה ביחס לטיבו ואופיו של מאורע - האם הוא מוגדר כמעשה מאונס או מרצון. כך, לדוגמה, לגבי אשת ישראל שנבעלה לזר - אם זינתה מרצון, הרי היא נאסרת כסוטה ודאי. אם הביאה היתה באונס, הרי היא מותרת :

”... והיא לא נתפשה - אסורה, הא נתפשה - מותרת”

(יבמות נו:)

טיב האירוע קובע, כשלעצמו.

מאידך, ישנם תחומים בהם מצב האדם האנוס הוא שקובע. כך, לדוגמה, לגבי פטור עונשים וחיובים הנלמד מ'ולנערה לא תעשה דבר'. והרי במקרים מסויימים ייתכן שהמאורע מוגדר כאונס, אך האדם איננו אנוס. כגון - אונס ביום אחרון, כאשר האדם דחה יוזמה נדרשת לכשייפנה, ושוב נאנס ולא התפנה. או, כגון שיכול היה למנוע תרחיש מסויים, ולא נקט בצעדים הנחוצים - כאן נתיר את אשת הישראל לבעלה, אך לא נפעיל את הפטור של 'ולנערה'.

ואיברא, כי ייתכן שבכגון דא - נערה המאורסה שהותקפה לא תענש. אך יהיה זה מסיבה אחרת, מפני שאין כאן זדון במעשה העבירה, אך לא מדין אנוס. ונפקא מינה לגבי תשובה, וכפרה ועוד כמה הלכות. למשל - לראשונים הסוברים כי המזיק תחת איום נפשות פטור מלשלם¹ - במקרים כאלו יתחייב לשלם.

ואשר לענייננו - ניתן להצמיד את שני המושגים האלו, בהתאמה, לדרגות של אונסא דשכיח ואונסא דלא שכיח. אף בדשכיח - אונסא מיקרי, והמאורע מסווג כאונס. אך באשר להגדרת הגברא, הוא אינו מוגדר כאונס אלא כאשר ההתפתחות לא היתה ניתנת לצפייה. על רקע זה נשכיל להסביר את הראב"ד לאור יישום יסודות האונס השונים למקרים הנידונים.

את היסוד של 'ולנערה לא תעשה דבר', ניישם רק במקרה של אונסא דלא שכיח, במקרה שבו כל האירוע היה אירוע אונס. כי הפעלת היסוד הזה מעוגנת בחפותה המוחלטת של הנערה, כפי שהתורה מתארת.

1 עיין בסוגייה בב"ק קיז., ובראשונים על אתר.

בסיטואציה של אונסא דשכיח ניתן להעלות רק את היסוד הפוטר של דיני שומרים, ולכן - כשתחילתו בפשיעה וסופו באונס באונסא דשכיח, מתבטל היסוד הזה ומגיעים לתוצאה של חיוב.

ב. רמות פשיעה

התירוץ השני שבראב"ד, נשען על הגירסה השנייה. לפיה - נפילה מן הגג תשבור את הכלים, אך קפיצה מן הגג תחטיא אותם. במצב כזה, גם מ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב יפטור, וכפי שמבאר הראב"ד :

"... נהי דלאו מקום שמירה הוא, מיהו לאו פשיעה גמורה היא משום דלא שכיח, ובכי האי גונא - כיון דסופו באונס פטור..."

(בבא קמא כא: ראב"ד ד"ה כגון)

הראב"ד בונה חילוק בין רמות שונות של פשיעה. חילוק זה מופיע גם בראשונים בב"מ עח., סביב סוגייה שגם היא קשורה קצת לדין של תחילתו בפשיעה וסופו באונס. נעניין מעט בסוגייה ובדברי הראשונים. המשנה שם אומרת :

"... השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה, אם החליקה - פטור, ואם הוחמה - חייב. להוליכה בבקעה והוליכה בהר, אם החליקה - חייב, ואם הוחמה - פטור..."

(בבא מציעא עח.)

מהמשנה משמע שאם בדרך החדשה התרחש אירוע שסיכוייו התקטנו בעקבות שינוי הדרך - אזי פוטרים את השוכר. למשל - אם השוכר נצטווה ללכת בדרך ההר, והוא שינה לדרך הבקעה, אזי פוטרים אותו כאשר הבהמה החליקה. שהרי סיכויי ההחלקה גדולים יותר בדרך ההר. על עניין זה מקשים הראשונים מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס :

"וא"ת - למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, אמאי פטור? הא תחילתו בפשיעה היה, לענין החלקה..."

(בבא מציעא עח. תוס' ד"ה הוחמה)

התוס', כדרכם, מתרצים שמדובר באונס שלא מחמת הפשיעה². אך אין בכך כדי להעלות ארוכה לשיטת הר"ף ודעימיה. הם הרי סוברים שלאב"י - אף באונס שלא

² התוס' מתמקדים במקרה השני של המשנה - כשהוחמה בהר. במקרה שכזה ניתן ודאי לומר שאילו היה השוכר הולך בדרך הבקעה, כ"ש שהיתה הבהמה מתחממת, ולכן - האונס אינו

מחמת הפשיעה חייבים, ואם כן - הדרה קושיין לדוכתה. כיצד, לדעת אביי, פוטרת המשנה את השוכר שתחילתו בפשיעה?
ראשוני ספרד מציעים, שלא מדובר פה במצב של תחילתו בפשיעה. אמנם השוכר איננו טלית שכולה תכלת, אך גם פושע אינו :

"... שאין השינוי מהר לבקעה פשיעה, לפי שהזיקה מצוי בזה כמו בזה. ומיהו אינה שמירה למה שאמר משכיר... דכל כי האי גונא - אינה פשיעה ואינה שמירה. הילכך, אם סופו באונס - פטור, ואם סופו מחמת אותו שינוי - חייב..."
(בבא מציעא עח. רמב"ן ד"ה הא דאמר')

הריטב"א מספק הגדרה מוצקה יותר, למעמד של 'אינה פשיעה ואינה שמירה' שמתואר ברמב"ן על דרך השלילה. הריטב"א מגדיר את המצב כתחילתו בגניבה ואבידה וסופו באונס.

ביטוי זה מופיע גם בתוס', בסוף השוכר תניינא. הסוגייה דנה ברועה שנכנס לעיר, ובא זאב וטרף או אריה ודרס. ממהלך הגמרא עולה שאם הרועה נכנס בשעה סבירה (=בעידנא דעיילי אינשי) הוא פטור. זאת למרות שאילו היה שם - ייתכן שהיה מציל את העז משינוי הארי. על מסקנה זו מעירים התוס' :

"ואית - לאביי נמי, דמוקי לה בעידנא דעיילי אינשי, מי נחא? והא מי"מ אם היה יכול להציל - חייב, אלמא תחילתו בפשיעה הוא. וי"ל דלא חשיב ליה פשיעה אלא גניבה ואבידה, ויש ללמוד מכאן דתחילתו דבעין גניבה ואבידה וסופו באונס - דפטור..."
(בבא מציעא צג: תוס' ד"ה אי')

ייתכן שקביעה זו תלויה בהבנות הבסיסיות שלנו בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. אם מדברים על כך שהפשיעה מגדירה גם את האונס כפשע, אזי גניבה ואבידה משדרגת את האונס לכעין גניבה ואבידה. לפיכך - אם מדובר בשומר שכר (וכך הוא בב"מ צג; ובב"מ עח. - בשוכר), יש לחייב אותו.

מחמת הפשיעה. אבל בצלע הראשונה שבמשנה, כשהחליקה בבקעה, הדברים פחות נוחים. אמנם סיכויי ההחלקה בבקעה קטנים מאלו שבהר, אך בהחלט ייתכן שאילו הלכה הבהמה בדרך ההר - לא היתה מחליקה.
כדי ליישם את דברי התוס' גם במקרה זה, יש להניח שאם הבהמה החליקה בבקעה - כ"ש שהיתה מחליקה בהר. כך למשל סבור הריטב"א, בב"מ עח. ד"ה ואם הוחלקה. אך ברור שהנחה זו אינה פשוטה ואינה מוכרחת.

לעומת זאת, אם מתמקדים בשינוי מעמדו של הגברא, אזי יש מקום לומר שחיוב באונסין שמור לפושע בלבד. ההתחלה הלקויה של כעין גניבה ואבידה, אינה ראויה עדיין לתווית של 'חייב באונסין'.

תלות זו בהבנות של תחילתו בפשיעה וסופו באונס, תועיל להבהרת דברי הרמב"ן. הרמב"ן קבע שבאותו מצב של 'אי פשיעה ואי שמירה', יש לבדוק - האם האונס אירע מחמת אותו שינוי (ואז מחייבים), או במנותק ממנו (ואז פוטרים). לפי דברינו דלעיל, העניין מתיישב כמין חומר. שהרי היכולת לחייב גם על אונס שאינו מחמת השינוי, נעוצה בהבנה ה'גבראית'. הבנה זו בטילה כשמדובר בתחילתו בגניבה ואבידה, ולכן - פוטרים כשהאונס לא מחמת השינוי.

אך כשהאונס הוא מחמת השינוי, ניתן לחייב בגין ההבנה ה'מציאותית' של תחילתו בפשיעה וסופו באונס. והבנה זו תקיפה, גם במקרה של תחילתו בכעין גניבה ואבידה. לכן - אם האונס מחמת השינוי, קובע הרמב"ן שאפשר לחייב³.

בנקודה זו נוכל לחזור גם לראב"ד. אף הוא מציע מעמד דומה של אי פשיעה ואי שמירה, ומחדש שיש לפטור בו את זה שסופו באונס. אך יש בראב"ד יסוד מחדש, שלא מצוי בדברי התוס' הרמב"ן והריטב"א שנגענו בהם לעיל.

יסוד מחדש זה מובלע בהקשר של הדיון. התוס' מחד, והרמב"ן והריטב"א מאידך, עוסקים בשתי סוגיות של דיני שומרים. אך הראב"ד דן בסוגייה מובהקת של נזיקין. ופה יש לבחון מחדש את מידת התאימות לסברות שלנו.

כזכור - נטינו ליישם בדיני נזיקין דווקא את הסברה המציאותית של תחילתו בפשיעה וסופו באונס. אמרנו שקשה להדביק תווית של 'גברא החייב באונסין', כאשר מדובר במזיק.

אך דווקא לפי ההבנה המציאותית, עלינו להסיק שגם במצב של אי פשיעה ואי שמירה בתחילתו, יש לחייב כאשר בא האונס. מדעת הראב"ד נראה שאין זה כך, ולכן משוקע בדבריו חידוש גדול יותר מחידושם של התוס' והריטב"א.

³ לפי המהלך המוצע, אנו אמורים להסיק שכל החיוב, במשנה זו, נאמר מרמת שומר שכר ומעלה. אך שומר חינם ייפטר גם כשהאונס מחמת השינוי, היות שהוא פטור בגניבה ואבידה. דא עקא, שמהרמב"ן לא משמע כך, שהרי הרמב"ן מעמיד את המשנה גם בשומר חינם. אמנם הוא מחדש זאת בהקשר שונה ומשיקולים אחרים, אך מפשטות דבריו עולה שיש להעמיד את כל המשנה גם בשומר חינם, וצ"ע.

ג. רמות שמירה

חתך נרחב של רבותינו הראשונים, שילב את המושג של אונס מחמת הפשיעה - הן בבית המדרש הצרפתי של בעלי התוספות, והן בבית המדרש הספרדי בעקבות הר"ף. אך מושג זה אינו מפורש בסוגיית הגמרא, ונראה שבבית מדרשם של חכמי פרובאנס היה נקוט קו שונה⁴.

בעה"מ, על רקע הסוגייה בב"ק נב; מחלק בין מזיקים שונים ובין רמות השמירה שנתבעות כלפיהם. בתחילה הוא מציע זאת כקו עקרוני :

"... שאני בור, דהתורה מיעטה בשמירתו..."

(בעה"מ ב"ק כב: באלפס)

לפי הצעה זו, דין חיוב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס לא נאמר בבור. הטעם נעוץ בכך שהתורה מיעטה בשמירתו, כפי שהברייתא בב"ק נה: מציינת. אלא שהפירכה היא מיניה וביה. באותה ברייתא נאמר שהתורה מיעטה גם בשמירתם של שן רגל ואש. ואילו בשן ורגל מצינו מקרים מפורשים של תחילתו בפשיעה וסופו באונס.

לכן - נוסג בעה"מ מהתלות הכללית ביסוד של 'מיעטה בשמירתו', ומנסה בסוף דבריו לראות בבור מקרה מיוחד. גם זה בהתאם לקו הכללי של חלוקה בין אבות הנזיקין השונים, אולם בוריאציה אחרת.

אנו נפתח בהצעה המקורית של בעה"מ, שדחייתה נובעת מסוגיות סותרות, אך מסברה - בעה"מ לא שולל אותה. לפי הצעה זו, תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב רק באלו שדרושה בהם שמירה מעולה. קישור זה בין דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס לבין רמת השמירה הנדרשת, טעון ביאור.

לטובת ביאור זה, נקשור את רמת השמירה הנדרשת במזיקים השונים, לשאלה בסיסית ביותר בנוזקי ממון - מאין נובעים חיובי התשלום של המזיק. ניתן להציג שתי תפיסות יסוד עקרוניות בשאלה חשובה זו :

תפיסה אחת - חיוב התשלום נובע מחובת השמירה. אדם חייב לשמור על חפציו, וכשלא שמר עליהם והם הזיקו - עליו לשלם.

4 מעניין לראות את הדבר בשיטתו של הרב אב ב"ד. דברי חכם פרובנסאלי זה, מובאים בבעה"מ בב"ק כב: באלפס. בלשונו לא מוזכר ולו בחצי מילה, היסוד של אונס מחמת הפשיעה. בעה"מ תוקף את תירוצו של ר' אברהם, וקובע שהוא מאוד מאוד דחוק. להגנתו של הרב אב ב"ד, נחלץ הרמב"ן במלחמות. אלא שהוא מעביר את דבריו דרך המסנן של מושגי האונס מחמת הפשיעה, וספק אם לכך היתה כוונתו המקורית של הרב אב ב"ד.

תפיסה שנייה - חיוב התשלום נובע ישירות מהעובדה שממונך הזיק. בלי שום קשר לחובת השמירה, ובלי שום ניסיון לחפש אשמה כלשהי - אם שברת משהו, עליך לשלם אותו.

התפיסה הראשונה מיוחסת לרבו של רש"י. במשנה בב"ק ט: נאמר המשפט הסתום⁵ הבא :

"כל שחבתי בשמירתו - הכשרתי את נזקו..."

(בבא קמא ט:)

רש"י על אתר מביא שני הסברים למשפט, ואנו מעוניינים בשני :

"... לישנא אחרינא - הכשרתי את נזקו=עלי להכשיר ולתקן את נזקו, כלומר - אני חייב לשלם. מפי מורי"

(בבא קמא ט: רש"י ד"ה הכשרתי)

לפי הלישנא אחרינא, פירוש המילים הכשרתי את נזקו הוא 'אני חייב לשלם את נזקו'. ושיעור הכתוב במשנה יהיה - כל שחבתי בשמירתו, אני חייב לשלם את נזקו. זוהי ממש התפיסה הראשונה שהצגנו⁶.

אב טיפוס לתפיסה השנייה, הוא הרמב"ם. הוא מביע את התפיסה הזו בצורה חדה, בפתח ספר הנזיקין שלו :

"כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם שהזיקה - הבעלים חייבין לשלם. שהרי ממונם הוזק..."

(רמב"ם הלכות נזקי ממון א/א)

הרמב"ם לא נשען על חובת השמירה וכיוצא בה. הוא פונה לטיעון הפשוט של 'ממונם הוזק', ממש כדברי התפיסה השנייה שהוצגה לעיל⁷.

היות ששתי התפיסות הללו נוגעות בעקרונות הלכתיים יסודיים, הרי שמן הסתם יש מקום לשתייהן, ואלו ואלו דברי א-להים חיים. אלא שיש לצפות לכל מיני הבדלים

5 ככלל, לשון אותה משנה היא לשון אניגמטית. עובדה זו הניבה השערות שמדובר במשנה קדומה, מעולמם של תנאים ראשונים.

6 מקור חזק עוד יותר, הוא הגמרא בזבחים סו. - עיין בנוגע אליה בשיעורי הרא"ל בדינא דגרמי עמוד 177 הערה 15. עיסוק ישיר ומפורש בתפיסה הראשונה, מצוי בדברי הנתיבות בסימן קנ"ה סק"ח. עיין עליו בשיעורי הרא"ל בדינא דגרמי עמוד 190 הערה 1.

7 עיין בהקשר זה גם בברייתא בב"ק ג, שמאפינת את אבות הנזיקין גם בכך ששמירתן עליך וגם בכך שהם ממונך. אמנם התוס' בב"ק ג: ד"ה וממונך, מסייגים את הגורם הזה. לדעתם משמע שיש לנטות לתפיסה הראשונה שהוצעה.

בין התפיסות הללו. אחד ההבדלים עשוי להיות הפער שבין שמירה מעולה לבין שמירה פחותה.

נבהיר את הנקודה הזו. אם חיובו של האדם נובע מכך שממונו הזיק, בלי שום קשר לאשמתו בחוסר שמירה, אזי יש לקבוע - ברמה העקרונית - שהוא חייב תמיד. כידוע, יש מצבים שאנו לא מחייבים בהם, וההסבר הטבעי לכך יגדיר את המצבים הללו כאונס. אלא שכדי להגיע לכך נדרוש, מן הסתם, שמירה מעולה. רק אם אדם שמר שמירה מעולה ובכל זאת ממונו הזיק, רק אז יוגדר המקרה כמעין 'אונס', ונוכל לפטור.

מנגד, אם חיוב התשלום נובע מחובת השמירה, אזי קל יותר להגיע למצב של פטור. בכל מקום שבו התמלאה חובת השמירה - נפטור את האדם, ואפילו אם אירע נזק. וכאן כבר אפשר להסתפק בשמירה פחותה. גם אחרי שמירה פחותה גרידא, כבר לא ניתן לטעון כלפיך לחוסר שמירה, ולכן תפוג חובת התשלום.

כעת נחזור לעניין המרכזי שלנו, ונוסיף הנחה מסויימת בדין של תחילתו בפשיעה וסופו באונס. ההנחה היא שדין זה לא יוצר חיוב חדש, אך אם כבר יש בשטח מחייב הלכתי - אזי הדין הזה מסלק פטורים אפשריים מדרכו.

לפיכך - באבות הנזיקין שבהם נחוצה שמירה פחותה, אין מחייב בשטח. המצב של תחילתו בפשיעה וסופו באונס אמור ליצור את עצם המחייב, ואין בכוחו לעשות זאת. אך באלו הנוחצים שמירה מעולה - יש כבר מחייב, והוא עצם העובדה שממונך הזיק. אמנם כנגד מחייב זה קיים האונס כגורם פוטר, אבל הדין של תחילתו בפשיעה וסופו באונס מסוגל לסלק את הפטור הזה.

כאמור לעיל, בעה"מ דוחה את ההצעה הזו, מכוח סוגיות מפורשות. הוא מביא דוגמה ליישום של תחילתו בפשיעה וסופו באונס, הן בשן והן ברגל. גם אלו נכללות בברייתא של אבות הנזיקין שהתורה מיעטה בשמירתן, ולכן נסוג בעה"מ מאותו תירוץ אפשרי.

אך אפשר לחדד מעט את הקו של בעה"מ, ולהקצין את מעמדו של הבור גם בתוך אלו שהתורה מיעטה בשמירתן. אפשרות זו נרמזת כבר בלשון הברייתא של אותם ארבעה אבות :

"ארבעה דברים התורה מיעטה בשמירתן, ואלו הן - בור ואש שן ורגל. בור - דכתיב 'כי יפתח... ולא יכסנו, הא כסחו פטור. אש... עד דעביד כעין מבעיר. שן... עד דעביד כעין ובער. רגל... עד דעביד כעין ושלח"

(בבא קמא נה:)

בשן ורגל ובאש, חוזרת ומופיעה הדרישה של 'עד דעביד כעין X'. הטעם לקולתם של האבות הללו הוא שחיובם זוקק מעורבות מסויימת של האדם. אך בבור אין דרישה שכזו. בבור יש גורם פוטר מובהק - הכיסוי של הבור.

לכן - בשאר שלושת האבות, ניתן לומר שכאשר תחילתו בפשיעה כבר יש מעורבות מספקת של האדם - מעין 'ובער' וכיוצא בזה. אך בבור, מעורבות שכזו לא מספיקה. יש להפקיע יסוד פטור גמור של כיסוי הבור, ומשימה זו חורגת מכוחותיה של תחילתו בפשיעה.

לסיום המהלך נעיר, שאפשר לנסחו - בצורה ממותנת - גם כלפי שן ורגל ואש שהתורה מיעטה בשמירתן. אמנם לא נפטור בהם לגמרי, אך נוכל לצמצם את חיובם דווקא לאונס שמחמת הפשיעה. וכך יוצר ספקטרום משולש באבות הנזיקין של נזקי ממון :

דרגה ראשונה - בור. בבור אין מחייבים כלל בתחילתו בפשיעה וסופו באונס.
דרגה שנייה - שן ורגל ואש. אלו אבות שהתורה מיעטה בשמירתם, ולכן חיובם במקרי תחילתו בפשיעה וסופו באונס נאמר רק כשמדובר באונס שמחמת הפשיעה.
דרגה שלישית - קרן. זהו אב נזיקין שזוקק שמירה מעולה, והוא חייב תמיד אלא אם כן יש אונס הפוטר בו. בתחילתו בפשיעה - לא ניתן לומר בצורה שלימה שהיה אונס, ולכן נחייב גם כאשר האונס איננו מחמת הפשיעה.
 נסגור את המעגל בדברי בעה"מ עצמו, שמשמר את ייחודיות הבור אך פונה להיבט אחר של בור (ולא למיעוט שמירתו) :

"... מסתברא פטורה גבי בור, הואיל ופטר בו את הכלים, וכשם שנשתנה בזה לפטור - כך נשתנה בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס..."

(בעה"מ ב"ק כב:-כג. באלפס)

סָתַם בעה"מ ולא פירש - כיצד קשור דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס לפטור של כלים. ואף הרמב"ן במלחמותיו העיד עליו שתירוצו רחוק מאוד מאוד, כדרך שהעמיד בעה"מ את תירוצו של הרב אב ב"ד.

ד. פסיקת הרמב"ם

אנו נערוך את הדיון בפסקי הרמב"ם, סביב היסוד של אונס מחמת הפשיעה. בקשר ליסוד זה מתגלעת, לכאורה, מחלוקת בין שני פסקים סמוכים של הרמב"ם. בהלכות שכירות בונה הרמב"ם במפורש על אונס שמחמת הפשיעה :

"פשע בה ויצאת לאגם ומתה שם כדרכה - פטור, שאין יציאתה גרמה לה שתבוא לידי אונס זה..."

(רמב"ם הלכות שכירות ג/8)

אך בהלכות שאלה ופיקדון, קובע הרמב"ם בצורה קטגוריאלית ש'כל שתחילתו בפשיעה וסופו באונס - חייב'. ואמנם, כל עוד מתייחס שם הרמב"ם לסיפור של גניבת הכספים מצריף האורבנים, ניתן להעמיד את סתמא דהרמב"ם באונס שמחמת הפשיעה. אך הרמב"ם מתאר שם עוד מקרה :

"הפקיד אצל חבירו כספים בדרך להוליכם לביתו, או ששלח עמו מעות ממקום למקום - צריכין שיהיו צרורין ומונחין בידו, או קשורין כראוי על בטנו... ואם לא קשרן כדרך הזאת, אפילו נאנסו - חייב לשלם, שהרי תחלתו בפשיעה..."

(רמב"ם הלכות שאלה ופיקדון ד/ו)

בפשטות, זהו מקרה של אונס שלא מחמת הפשיעה. אף על פי כן, פוסק בו הרמב"ם לחיוב. אז ניתן להתעקש ולומר שגם כאן מדובר רק בתרחיש של אונס מחמת הפשיעה :

"צ"ל שהאונס בא מחמת הפשיעה, דאם היו קשורין מכנגד פניו - לא היה בא האונס..." (לחם משנה הלכות שאלה ופיקדון ד/ו)

כך גם טורח להעיר ההגה"מ על אתר, באות [ט]. אלא שאוקימתא זו דחוקה טובא, ואף המשנה למלך בהלכות שאלה ופיקדון ד/ו שמאמץ אותה בסופו של דבר, מעיר עליה שהיא בדוחק, וחותר בצ"ע.

8 וכך משמע גם מהלכות שכירות ג/ח, ביחס לרועה שנכנס לעיר וחלק מעדרו נטרף. הרמב"ם קובע שאם הרועה לא היה יכול להציל אפילו אילו נכח שם - הרי שהוא פטור, שכן מדובר באונס שלא מחמת הפשיעה.

9 ההגה"מ מפנה גם להלכות שכירות ד/א, שם מביא הרמב"ם את דין המשנה בב"מ עח, ופותר במצבים מסויימים. ההגה"מ שם באות [א] מזהה את מקרי הפטור הללו עם הסיטואציות של אונס שלא מחמת הפשיעה, וכשיטת ראשוני צרפת ואשכנז באותה סוגייה. אך הרמב"ם עצמו כלל לא מזכיר את הנושא של תחילתו בפשיעה וסופו באונס באותו הקשר, אלא משתמש בביטוי - 'שעבר על דעת הבעלים'. ולכאורה מנצל כאן הרמב"ם עקרונות הלכתיים שונים

אנו ננסה לשמר את הרושם הפשוט העולה מקריאת הרמב"ם, ונציע חלוקה בין המקרים הללו. נקודת המוצא תהיה שבהלכות שאלה ופיקדון ד/ו אכן מחייבים גם על אונס שלא מחמת הפשיעה. אלא שפה נצטרך לבסס הנחה מסויימת.

בהלכות שומרים אנו נתקלים, בהרבה מקרים, בשני סוגים של שומרים :

סוג אחד - שומר קלאסי, אדם שעיקר מגמתו לשמור.

סוג שני - שומר טרמפיסט, ש'קונה' את חובת השמירה בעקיפין.

ניקח למשל דוגמה של שומר שכר¹⁰. הסוג הראשון והנפוץ בשומרי שכר, הוא זה שמתואר בתורה. מדובר באדם שמקצועו בשמירה, ועל כך הוא מקבל תשלום. אך לצד זה, מציינת המשנה בב"מ פ: שכל האומנין שומרי שכר הם. כאן - מקצועו של האדם הוא טייס או נגר, וחובת השמירה מתגנבת מן הצד.

חילוק זה אינו נוגע רק לאופן יצירת מעמד השומר. הוא נוגע גם לתוכן השמירה ולרמתה. סביר לדרוש משומר מקצועי יותר ממה שדורשים ממוסכניק בשעה שהוא מתקן את המכונת שלך. להבדלי הדרישות הללו עושיים להיות ביטויים שונים, וייתכן שזה משתקף גם בדין של תחילתו בפשיעה וסופו באונס.

להלן ננקוט בגישה הגבראית בהסבר דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. לפי גישה זו, מעמד הגברא משתנה כשהוא מעביר על דעתו של בעל הבית. מעילה בהסכם המקורי עם בעל הבית, מכתימה ומחתימה את השומר בתווית של גזלן. ואם לא גזלן ממש, לכל הפחות אדם החייב באונסין.

כעת, שומר מקצועי ששינה מדעתו של המפקיד, אכן מעל בציפיות. לכן - נחייב אותו כשתחילתו בפשיעה, ואפילו כאשר האונס איננו מחמת הפשיעה. סוף סוף, שינוי מעמדו למעמד של אדם החייב באונסין, התקבע כבר בראשית הדרך - בשעת הפשיעה. מכאן ואילך אין צורך בדרישות נוספות (כמו אונס מחמת הפשיעה), והוא יתחייב בכל מה שיהא.

אך אם אדם קיבל חפץ לתיקון, גם אם לא שמר עליו שמירה נאותה, קשה לטעון שהוא מעל באמונו של בעל הבית. הוא לא פגע בהסכם, היות שההסכם היה לתקן את החפץ, ואת זה הוא ביצע היטב. כמובן - אם האונס מחמת הפשיעה, אזי ניתן לומר שבמידה מסויימת הוא פשע בחפץ לכל אורך הדרך, ולכן אפשר לחייב אותו. אולם כל

מאלו שמטיל ההגה"מ בדבריו.

¹⁰ במידה מסויימת, ניתן לטעון שהדוגמאות הן דווקא שומר חנם ושומר שכר. ייתכן שאחד ההבדלים בין שואל ושוכר מחד, ובין שומר חנם ושומר שכר מאידך, נעוץ בנקודה זו. שומר חנם ושומר שכר הם שומרים מקצועיים מן הסוג הראשון, ואילו השואל והשוכר מעוניינים בתשמישי החפץ, וחובת השמירה רק נטפלת אליהם אגב כך.

עוד האונס איננו מחמת הפשיעה, אפשר לחייב רק על רקע שינוי מעמד הגברא, ואת זה אין לנו.

היישום של הדברים הללו ברמב"ם עצמו, אינו חלק לגמרי. עלינו להניח שבהלכות שאלה ופיקדון מדבר הרמב"ם על שומר כספים מקצועי, ואילו בהלכות שכירות עוסק הרמב"ם בשמירה כתופעת לוואי.

הקביעה ששליח להעברת כספים הוא שומר מקצועי בטיבו, סבירה בהחלט. אבל האם מסירה לרועה, כפי שיש לנו בהלכות שכירות, תוגדר כשמירה רק בפן הצדדי והנלווה של העניין? נצטרך להניח שעיקר עבודת הרועה זה לרעות, והשמירה על הבהמות בסך הכל תופסת טרמפ על משימה זו.

בהחלט אפשר לחלוק על כך. ניתן לטעון שהרועה הוא ביסודו שומר¹¹. את הדשא שבאחו תאכלנה הכבשים מעצמן, ותפקידו העיקרי של הרועה מתמצה בשמירה עליהן.

והשתא דאתינן להכי, יש מקום פקפוק גם ביחס להלכות שאלה ופיקדון. שהרי הרמב"ם לא דן שם בשומר הרגיל, אלא בשליח להולכת כספים. עלינו להניח שעיקר תפקידו הוא השמירה, ולא העברת הכסף, ואף על הנחה זו יש מקום לבעל דין לחלוק. מכל מקום, גם אם נדחה את היישום ברמב"ם, יש לחלוק בין שני סוגי השומרים מקום עצמאי להתגדר בו.

11 עיין, למשל, בבראשית ל' לא.

