

תחילתו בפשיעה וסופו באונס

יחיאל לב

פתיחה

טעם הדין

א. "פשיעה הגורמת לאונס"; הסבר התוס'

ב. הסבר הראב"ד

הגדרת הפשיעה

א. שומר שמסר לשומר - פשט הסוגיה

ב. פסיקת הרמב"ם

ג. הגדרת הפשיעה באופן אחר

ד. 'קהילות יעקב'; פשיעה בעצם המסירה

ה. מחלוקת התוס' והרא"ה

סיכום

פתיחה

הסוגיה בב"מ מב, א עוסקת באדם שקיבל כסף מחבירו על מנת לשומרו אצלו בתורת פיקדון, אלא שהשומר פשע בשמירתו: במקום לטמון את הכסף באדמה ובכך לשומרו באופן הראוי, החליט אותו שומר להשאיר את הכסף שהופקד אצלו ב'צריפא דאורבני' - צריף העשוי מענפי ערבה. הסיבה שדרך השומרים היא לשמור כסף בתוך האדמה היא מפני שבכך הכסף נשמר גם מפני גנבים וגם מפני נזקי אש. ב'צריפא דאורבני' לעומת זאת, הכסף אמנם נשמר מפני הגנבים שאינם מעלים בדעתם ששם מוחבא ממון, אולם עדיין הצריף חשוף לנזקי אש העלולים לגרום לכיליון מוחלט של כל הרכוש הנמצא בתוכו.

כיוון שהצריף בכל זאת שמור מפני גנבים, מעשהו של השומר לכאורה אינו מוגדר כפשיעה גמורה, שהרי אם הכסף ייגנב מהצריף יטען השומר שיש כאן אונס גמור ואין האשמה מוטלת עליו. אלא שמכל מקום, למדנו בסוגיה שגם במקרה כזה ניתן לומר שהאחריות על הנזק תוטל על השומר והוא יתחייב לשלם. מקרה כזה מוגדר כ'תחילתו בפשיעה וסופו באונס' (להלן יצויין: תחב"פ וסוב"א). כלומר, השומר שלא טמן את הכסף באדמה כדרך השומרים פשע בשמירתו, ולכן 'תחילתו בפשיעה', אולם כיוון שהכסף נגנב מהצריף ולא נשרף, נחשב ש'סופו באונס'.

בגמרא שם מובאת מחלוקת אמוראים בשאלה האם חייב או פטור השומר במקרה כזה. לדעת רב יוסף - חייב, ולדעת החולקים - פטור. למסקנת הגמרא: "והלכתא: תחילתו בפשיעה וסופו באונס - חייב".

אולם, רב יוסף לא ביאר את הסברא מאחורי דין זה: מדוע כך הוא הדין? מדוע העובדה שהמקרה התחיל בפשיעה גורמת לכך שהשומר חייב באחריות גם כאשר לבסוף אירע אונס? בדברינו להלן נראה מעט מן הגדרים של דין זה העולים מתוך דברי הגמרא ומדברי הראשונים בסוגיות שונות, מתוך כך נוכל להבין מהי סברת היסוד בדברי רב יוסף.

טעם הדין

א. "פשיעה הגורמת לאונס"; הסבר התוס'

התוס' במקום אחר (ב"מ עה. ד"ה 'הוחמה') מתייחסים למקרה הנידון בסוגייתנו ומתוך דבריהם ניתן להבין את הגדרים של דין זה. הם מבארים כי הסיבה לכך שהשומר חייב היא מפני שיש קשר מסוים בין מעשה הפשיעה לבין הגניבה. אמנם, מצד רמת השמירה מפני גנבים אין הבדל בין קרקע לצריפא דאורבני, ולכן לכאורה הגניבה לא נגרמה באופן ישיר כתוצאה מפשיעתו. אולם סוף סוף הגנבים הגיעו דווקא לצריף הזה, ואולי אם המעות לא היו מונחות באותו הצריף הם לא היו נגנבות. יוצא אפוא לדברי התוס', שכיוון שמעשה הפשיעה גרם באופן עקיף לכך שהמעות נגנבו לכן האחריות מוטלת על השומר והוא חייב בתשלומים. ממילא, במקרים אחרים שיתחילו בפשיעה ויסתיימו באונס, אם נוכיח שאכן אין שום קשר אפילו עקיף בין הפשיעה לאונס, זה כבר לא ייחשב תחב"פ וסוב"א והאדם יהיה פטור.

כעת גם ניתן להבין מהי סברת היסוד לחייב את השומר לשיטת התוס'. נגדיר זאת כך: אונס שנגרם כתוצאה מפשיעה, אפילו אם רק באופן עקיף, כבר לא נחשב כ"כ לאונס. אמנם במבחן המציאות אכן הגניבה עצמה קרתה באונס גמור, אך המעות לא היו אמורות להימצא בצריף ובכל זאת הושמו שם ונגנבו דווקא משם - עובדה זו מגלגלת את כל האחריות על השומר והוא ייחשב יותר פושע מאשר אונס.

ניתן להוכיח את העיקרון של התוס' מדברי רבא בסוגיה בב"מ לו, ב. בסוגיה שם מדובר על אדם שקיבל בהמה לשמור והוא פשע ולא שמרה כראוי, מה שגרם לכך שהבהמה ברחזה לאגם. האגם הוא מקום בו הבהמה כמובן אינה שמורה מסכנות הטבע כגון חיות טרף, גנבים וכדו'. לבסוף, הבהמה 'מתה כדרכה', דהיינו מתה באופן פתאומי בלי סיבה ברורה, מעין התקף לב. נחלקו שם אב"י ורבא האם חייב השומר או פטור כיוון שהמיתה היתה באונס. רבא טוען שהשומר פטור, והוא אף מוסיף שאף למאן דאמר שתחב"פ וסוב"א חייב - כאן יהיה פטור, כיוון ש'מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם'. כלומר, מלאך המוות יכול לפגוע בהמה בכל מקום, גם אם היתה שמורה היטב בביתו של השומר, ולכן השומר פטור.

אם כן, כבר מדברי רבא עולה כי הוא סבור שכדי לחייב את השומר צריך שיהיה קשר מסויים בין האונס לפשיעה, וממילא כיוון שמלאך המוות יכול לפגוע בכל מקום ויציאתה לאגם של הבהמה וודאי לא השפיעה על נסיבות מותה, אין סברא לחייב את השומר.¹

ב. הסבר הראב"ד

בדבריהם של כמה מן הראשונים מצינו שחלקו על התוס' ולשיטתם אפילו אם אין שום קשר בין הפשיעה לאונס, עדיין השומר יתחייב בתשלומים.² כך למשל יוצא מפסיקת הראב"ד בסוגיה בב"ק נב, ב :

הסוגיה שם עוסקת באדם שפתח בור ברשות הרבים וכיסהו בכיסוי שיכול לעמוד בפני שוורים אך לא עומד בפני גמלים. לבסוף הכיסוי של הבור התליע מתוכו ונהרס ונפלו בו שוורים, והגמרא שם דנה האם יהיה חייב בעל הבור. הריב"א שם מעיר שבעל הבור פשע לא רק ביחס לגמלים אלא אף ביחס לשוורים, שהרי אם היו עוברים שם גמלים היו רומסים את הכיסוי של הבור שאינו בנוי לעמוד בפניהם, וממילא השוורים שהיו מגיעים אחריהם היו נופלים אל הבור. ואם כן, שואל ריב"א (תוס' ד"ה שכיחי), מדוע הגמרא לא דנה מצד תחב"פ וסופ"ב? הרי אף אם בסוף כיסוי הבור נפל באונס מחמת התולעים, בתחילה וודאי היתה פשיעה !?

ותירץ בפשטות שאין שום קשר סיבתי בין הפשיעה לבין התולעים שבאו באונס, שהרי אף אם היה כיסוי מעולה לגמלים היו באות התולעים, ולכן וודאי פטור לכו"ע מדין תחב"פ וסופ"ב. אף הרמב"ם הלך בדרכם של בעלי התוס' ופסק להלכה שאכן בעל הבור יהיה פטור במקרה כזה (נזק"מ יב, ה) .

¹ כך הסבירו את דברי רבא התוס' בסוגיה בב"מ מב, א (ד"ה 'ר"ח'), וריב"ם בסוגיה בב"ק נב, ב (תוס' ד"ה 'ושכיחי').

² שיטה זו נמצאת כבר בדברי אב"י החולק על רבא בסוגיה לעיל, כפי שהסביר הרי"ף את שיטתו (ב"מ לו, ב). אלא שכיוון שנפסקה הלכה כרבא ממילא אין לדברי הרי"ף הללו משמעות הלכתית.

אלא שהראב"ד משיג שם על הרמב"ם, וז"ל:

א"א הרי"ף לא הביא בהלכות מכל אותה סוגיא כלום דומה שאינו עיקר וסמך על מה שהסכימו בעלי הגמרא דתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב וצ"ע עכ"ל.

יוצא אפוא לשיטתו שגם במקרה שאין שום קשר בין האונס לפשיעה, האדם שפשע יתחייב לשלם את הנזק. לשיטה זו ניתן לצרף גם את דעת הרא"ה כפי שהביאו בשיטמ"ק בסוגיה נוספת העוסקת בדיון שלנו (ב"ק נו, א). ויש מי שרצה לומר שניתן לצרף אף את ר"י שהובא בתוס' לעיל והביא תירוץ אחר לקושיה של הריב"א (ראה בהערה למטה).³ מהי אם כן הסברא לחייב לפי לשיטה זו? מדוע במקרה של הבור שהתליע מתוכו יתחייב בעל הבור לשלם אעפ"י שהיה זה באונס גמור?

נראה להציע כי בשיטת הראב"ד ודעימיה טמונה הבנה אחרת ביסוד החיוב בדיון תחב"פ וסוב"א. הסיבה בגינה חייב לשלם היא מפני שבעצם כך שפשע בתחילה, איבד את זכותו להיפטר במקרה של אונסין. מוקד הדיון לפי הבנה זו איננו בשאלה המציאותית האם האונס נגרם כתוצאה מהפשיעה, אלא הדיון כאן הוא ברמה המשפטית: האם במקרה שלפנינו עדיין עומדת לאדם הזכות שנתנה לו התורה להיפטר במקרים מסויימים מתשלומים. אם כן, בכל מקרה שהתחיל בפשיעה האדם לעולם יהיה חייב, וכלל לא משנה אם הנזק נעשה באונס כזה או אחר.

אלא שכעת יש להקשות על שיטה זו מהסברא שהובאה בדברי רבא לעיל, בגינה הוא פטר את השומר שפשע: "מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם". לכאורה מפורש בדבריו שכאשר אין קשר בין האונס לפשיעה - השומר פטור, כיצד אפוא יענה הראב"ד על הוכחה זו?

ישנו חילוק בין סוג האונס המוזכר בדברי רבא לבין שאר סוגי האונסים שפגשנו בסוגיות השונות. האונסים אותם ראינו לעיל כגון גניבה של הבהמה, בור שהתליע וכדו' הם כאלו ששייכים לסדרי הטבע בעולם, יש לפעמים גנבים ויש לפעמים תולעים וזה עדיין לא חורג מגדר הטבע. לעומת זאת, במקרה המדובר אצל רבא, הבהמה מתה פתאום בלי שום סיבה נראית לעין, מעין 'התקף לב'. מוות כזה הוא מעל סדרי הטבע המקובלים וכיוון שכך, אנו לא דנים אותו בגדרים של אונס רגיל, אלא זה משהו מיוחד. גם אם הגדרנו שהשומר איבד את זכותו להיפטר מאונסין ברגע שפשע, כאשר מגיע אונס מסוג כזה הוא בכל זאת יהיה פטור.

מוות פתאומי שכזה הוא מעין התערבות של 'שמיא' בסדרים המקובלים של הטבע, לכן טוען רבא שלא שייך בכלל לחייב את השומר בתשלום הנזק, למרות שהוא פשע ואיבד את זכויותיו. זוהי כוונת דבריו: "מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם". דהיינו, כאשר מלאך המוות פוגע ישירות בבהמה, זה בכלל לא נכנס לחשבונות הרגילים של חיוב ופטור, כיוון שזה יכול לקרות בכל מקום ובכל זמן ללא שום זיקה למעשינו.⁴

³ ר"י שם הסביר את פשט הסוגיה באופן מסוים, וציין שדווקא לפי פירושו מובן מדוע הגמרא לא דנה מצד תחב"פ וסוב"א. ולכאורה משמע שלא מסכים לדברי ריב"א, ולולי שהיה מעמיד את הסוגיה כפי שהעמיד, היה סבור כי וודאי היה שייך לחייב את בעל הבור מדין תחב"פ וסוב"א, אף שאין קשר בין הפשיעה לאונס. (הסבר זה שמעתי מהרב משה לסקר - ר"מ בישיבת הגולן)

⁴ סברא זו שמעתי מהרב משה לסקר. אמנם יש בתירוץ זה קצת מן הדוחק, אך לטעמי יש בו גם כדי ליישב את הקושיה על שיטת הראב"ד ודעימיה.

הגדרת הפשיעה

כעת, ברצוננו לחזור לשיטת התוס' ודעימיה ולהציג חקירה עקרונית שיש לה השלכות רבות על פסיקת ההלכה במקרים השונים. ביארנו לפי התוס' שכדי לחייב את האדם שפשע צריך לקבוע כי יש קשר מסויים בין הפשיעה לאונס, גם אם רק קשר עקיף. אולם, כדי לקבוע שהאונס אכן נגרם כתוצאה מהפשיעה, צריך קודם להגדיר מהי בדיוק הפשיעה. בדברינו להלן נראה מספר מחלוקות ראשונים בסוגיות השונות וניווכח כי השאלה הלכאורה פשוטה, מהי הפשיעה, לפעמים הופכת לשאלה מורכבת והיא זו הקובעת האם חייב או פטור.

א. שומר שמסר לשומר - פשט הסוגיה

בסוגיה בב"מ לו, א מופיעה מחלוקת אמוראים בשאלה מהי מידת האחריות של שומר שקיבל בהמה לשמור ומסרו לשומר אחר ללא רשותו של המפקיד. השאלה העומדת לדיון היא האם לאחר שמסר הוא נשאר עם אותה רמת פטור ביחס לנזקים כמו שהייתה לו עד עכשיו, או שמא כיוון שמסר לשומר אחר, יהיה חייב השומר הראשון על נזקים שאם היו קורים אצלו היה נפטר. למשל, שומר חינם שבדר"כ פטור בגניבה ואבידה שמסר לשומר אחר והבהמה נגנבה, האם יהיה פטור או חייב?

ישנן שלוש דעות בסוגיה: לדעת רב, השומר הראשון פטור, ואפילו אם מסר את הפיקדון לשומר ברמה פחותה ממנו, כגון שומר שכר שמסר לשומר חינם, כיוון שמסר לבן דעת. לדעת ר' יוחנן, השומר הראשון חייב באחריות ומעשהו מוגדר כפשיעה, כיוון שאומר לו בעל החפץ 'אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר', ולכן אפילו אם מסר שומר חינם לשומר שכר שרמת האחריות שלו יותר גבוהה, בכל זאת חייב. לדעת רבא, השומר הראשון חייב, אבל לא מטעם פשיעה, אלא כיוון שבעל החפץ טוען 'את מהימנת לי בשבועה', אחר לא מהימן לי בשבועה'.

ב. פסיקת הרמב"ם

בהלכות שכירות (א, ד) הרמב"ם פוסק הלכה במחלוקת זו. בתחילת דבריו הוא מגדיר שהשומר הראשון אינו רשאי למסור לשומר אחר, אבל הוא לא כותב שיש כאן גדר של פשיעה, אעפ"י שהוא מנמק את הדין כדברי ר' יוחנן: 'אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר'. אלא שבהמשך ההלכה, כאשר הרמב"ם מדבר על מקרה של שומר שמסר לשומר אחר שהמפקיד סומך עליו בדר"כ, שם הרמב"ם כותב שאם מיעט בשמירתו, כגון שומר שכר שמסר לשומר חינם - 'פושע הוא ומשלם'. דבריו של הרמב"ם לא מתאימים לאף אחת מן השיטות בגמרא ונראה לומר שהוא נקט בשיטה ממוצעת בין דעות האמוראים. כאשר השומר מוסר לשומר אחר ששווה לו, הרמב"ם סבור שלמרות שהוא לא קיבל רשות לכך אין כאן גדר פשיעה, אך אם מיעט בשמירתו - וודאי פושע הוא כדעת ר' יוחנן.

ג. הגדרת הפשיעה באופן אחר

בהלכה הבאה ממשיך הרמב"ם וכותב כך:

ואם הביא השומר השני הראייה שיפטר בה שומר ראשון כדין שמירתו - הרי זה פטור. כיצד? שומר שכר שנתן הבהמה השמורה אצלו לש"ח, אם הביא השומר השני עדים שמתה הבהמה כדרכה, הרי השומר הראשון פטור. וכן כל כיוצא בזה.

פסיקה זו מתייחסת למקרה המתואר בסוף ההלכה הקודמת, שם השומר מסר לאדם אחר שהמפקיד סומך עליו בדר"כ, אלא שמיעט בשמירתו ולכן הרמב"ם הגדירו כפושע. כעת הרמב"ם מוסיף ואומר שאם הביא השומר השני ראייה שאכן הבהמה ניזוקה באופן שהיה נפטר השומר הראשון, כלומר באונס - אכן פטור.⁵

⁵ לעולם אנו מוכרחים לומר שהנזק שנגרם לבהמה היה באונס. שהרי, לפי הרמב"ם שומר שמסר נקרא פושע רק אם מיעט בשמירתו, ואם כן, מדובר לפחות בש"ש שמסר לש"ח ואז יוצא שרק אם היה אונס השומר הראשון נפטר, כי בגניבה ואבידה ש"ש חייב ממילא. אמנם הרמב"ם הביא את הדוגמה של בהמה שמתה כדרכה, ושם יש סברא מיוחדת לפטור כיוון שאין קשר בין האונס לפשיעה, אך וודאי שכוונתו לכל סוגי האונסים, כפי שסיים הרמב"ם: "וכן כל כיוצא בזה", וכן כתב בקה"י ב"מ סי' לא'. (וראה תירוצו הראשון של הלח"מ).

והקשה הלח"מ, מדוע יהיה פטור? הרי תחילתו בפשיעה וסופו באונס? והרי הרמב"ם בתחילת ההלכה פסק 'כל שומר שפשע בתחילתו אעפ"י שנאנס בסופו - חייב'!

הלח"מ מביא תירוץ ראשון אך כותב שהוא דוחק, ולכן הוא מביא תירוץ נוסף:

והנכון לתרץ בזה הוא דלא אמרינן שתחלתו בפשיעה וסופו באונס אלא כשהאונס בא לו מחמת הפשיעה... אבל הכא מצי למימר נפקד למפקיד אם אתה היית נותן לשומר זה לשומרו בשכר והיה נאנס היה פטור וא"כ פשיעתו לא עשה כלום:

הוא מגדיר כאן באופן מדויק מהי הפשיעה של השומר, לפי דבריו יוצא שאין קשר בין האונס לפשיעה וכך ברור מדוע פסק הרמב"ם שהשומר פטור, ונבאר את הדברים.

במבט ראשון נראה כי הגדרת הפשיעה היא בכך שהשומר הראשון מסר את הבהמה לשומר אחר שרמת האחריות שלו פחותה משלו, ללא רשות הבעלים. אלא שהלח"מ טוען שזו לא הגדרה מדויקת, אלא כך צריך לומר: הפשיעה היא לא עצם המסירה לשומר השני, אלא העובדה שאותו שומר לא הוגדר כשומר שכר. כפי כתב הרמב"ם בתחילת ההלכה, מסירה לשומר אחר היא דבר שאינו ראוי אך איננה מוגדרת כפשיעה, רק אם 'מיעט בשמירתו' אז נקרא פושע. אם כן, טוען הלח"מ, הפשיעה היא רק בכך שהוא לא שילם שכר לשומר השני והשאיר אותו שומר חינם, אך עצם הימצאות הבהמה בביתו של השומר השני זו לא פשיעה!

על פניו נראה שיש כאן סתם משחק מילים ואין שום משמעות להגדרות השונות של הפשיעה, אבל הלח"מ טוען כי רק כך ניתן להבין את דברי הרמב"ם. הרי כל יסוד החיוב בדין תחב"פ וסוב"א לדעת הרמב"ם הוא משום שיש קשר בין האונס לפשיעה, ואילו במקרה שלנו, לפי ההגדרה הראשונה של הפשיעה יוצא שאין קשר בינה לבין לאונס. שהרי, אם הפשיעה היא עצם המסירה לשומר, אז בהחלט יכול לטעון המפקיד שהאונס קרה דווקא אצל השומר השני ואולי בביתו של הראשון לא היה קורה כך, ולכן יש קשר עקיף (כמו ב'צריפא דאורבני'), וממילא השומר הראשון אמור להיות חייב!

אך כיוון שכעת מתחדש שלא זו הפשיעה, ניתן להבין מדוע אין קשר בין האונס לפשיעה. הפשיעה היא אך ורק העובדה שהשומר השני לא הוגדר כשומר שכר, וכי יעלה על הדעת שעובדה זו היא הגורמת לכך שקרה אונס לבהמה? הרי גם אם הוא מקבל שכר על שמירתו, הוא אמנם היה שומר יותר טוב, אך וודאי שלא היה יכול למנוע מהאונס להגיע ולפגוע בבהמה! למשל, אם מקרה האונס המדובר הוא ביתו של השומר שנשרף, וודאי שדבר זה היה קורה גם אם אותו שומר היה שומר שכר. כעת מובנים דברי הרמב"ם שפטור את הראשון במקרה שיש עדים שנאנסה הבהמה ולא חייבו משום שתחילתו בפשיעה.⁶

ד. 'קהילות יעקב'; פשיעה בעצם המסירה

הקה"י (ב"מ, סי' לא') לא מוכן לקבל את חידושו של הלח"מ:

ויש לפקפק, דמ"מ אאופן כזה (שאינן השני ש"ש) לא היה רשאי למסור לו, ונמצא דעצם המסירה הוי פשיעה שהיה מסירה שלא כדין, וממילא הדר הוי האונס בא מתוך הפשיעה, שהרי אילו לא מסר לו אפשר שלא היה בא האונס בבית שומר הראשון.

⁶ הקה"י (לעיל, ד"ה 'והלח"מ תירץ') מבאר שהסבר זה מובן דווקא בגלל שהרמב"ם שם דיבר על מקרה בו הבעלים רגילים להפקיד גם אצל השומר השני, ולכן אין בעצם המסירה שום פשיעה, וכלשונו: "דמכיון שהבעלים רגילים להפקיד אצל זה השני, ממילא נמצא שעצם המסירה לרשות השני אינה פשיעה כלל, וכל פשיעתו הוא דמאחר שהוא ש"ש היה צריך לעשות גם את השני ש"ש, שישמרנו גם מגנו"א, ולגבי פשיעה זו (שלא עשהו ש"ש) הרי אין האונס בא מחמת אותה פשיעה, כיון שאפילו אילו עשהו ש"ש היה בא האונס...".

אם כן, הוא נשאר עם ההבנה הפשוטה שהפשיעה היא בעצם המסירה לשומר השני.⁷ בהמשך דבריו, הוא מציג לומר ששני הצדדים הללו בהגדרת הפשיעה מונחים ביסוד מחלוקת ראשונים בסוגיה אחרת.

בסוגיה בב"מ צג, ב מובא דינו של רועה שקיבל עליו אחריו על עדר בהמות של אדם אחר, אלא שהוא פשע בשמירה: הוא הפקיר את העדר במקום המרעה והלך לעיר ב'עידנא דלא עיילי אינשי', דהיינו בזמן בו הוא לא אמור לעזוב. הדין הוא שאם בא אריה וטרף, עושים אומדן: בהנחה שהרועה היה נשאר, היה יכול להציל את העדר מיד האריה? אם כן - חייב, אם לא - פטור. ושאלה הגמרא, גם אם נאמר שלא היה יכול להציל מיד האריה, הרי תחילתו בפשיעה שעזב את העדר וסופו באונס שבא אריה, אז צריך להיות חייב?! והגמרא שם מעמידה אוקימתא ומתרתת.

והקשה הר"ף, מדוע בכלל הגמרא רוצה לחייבו משום תחב"פ וסוב"א? הרי האונס כלל לא קשור לפשיעה, כי גם אם הרועה היה שם לא היה יכול להציל, ואם כן לא שייך לחייב משום שתחילתו בפשיעה!

הר"ף עצמו תירץ שהסוגיה פה הולכת לשיטת אב"י המחייב גם במקרים כאלו, כפי שראינו לעיל במחלוקת שלו עם רבא בסוגיה של 'ברחה לאגם'. אולם הראב"ד חולק ומסביר איך בכל זאת הסוגיה מתיישבת גם לשיטת רבא. הוא טוען כי גם במקרה הזה האונס נגרם באופן עקיף כתוצאה מהפשיעה. לדבריו, פשיעתו של השומר אינה בכך שהלך לעיר והפקיר את העדר לבדם ללא שידאג לשומר אחר במקומו, אלא הפשיעה היא בכך שלא לקח עימו בהליכתו לעיר. אם כן, וודאי שיש קשר בין הפשיעה לאונס, שהרי אם העדר היה בעיר יחד עם השומר, האריה לא היה טורף אותם.

מחלוקת ראשונים זו מקבילה לשני האפשרויות בהגדרת הפשיעה בסוגייתנו. שיטת הראב"ד מתאימה להגדרה של הקה"י שאמר כי השומר הראשון פשע בכך שהשאיר את הפיקדון ביד שומר חנם ולא לקחו עימו לביתו כדי שישמר כראוי, ובעצם השארת הפיקדון בבית השומר השני היא הפשיעה, ולא השינוי בהגדרת רמת השמירה. כך בדיוק סובר הראב"ד: הפשיעה איננה השארת העדר במרעה ללא שומר אחר שישגיח, אלא הגדרת הפשיעה היא בכך שהרועה השאיר את העדר במקום המרעה ולא לקח עימו לעיר.

לעומתו, הר"ף סבור כי הפשיעה היתה בכך שהשאיר את העדר במרעה לבדם ולא דאג לכך שיקבלו את השמירה הראויה להם, בין אם הוא היה נשאר לשמור ובין אם היה מביא שומר אחר, אך וודאי לא מצופה ממנו לקחת את העדר עימו לעיר ולכן טוען הר"ף שאין קשר בין האונס לפשיעה.⁸ סברא זו מתאימה בדיוק להגדרת הפשיעה שראינו לעיל בדברי הלח"מ: השומר הראשון פשע בכך שהשאיר את הפיקדון ביד שומר ברמה פחותה ולא דאג לשומרו כמו שצריך. לדברי שניהם, הפשיעה קשורה להורדת רמת השמירה בלבד ולא למקום הפיזי בו היה אמור להימצא הפיקדון; במקרה הראשון הפיקדון נשאר בידי שומר חנם ובמקרה השני העדר הופקר לגמרי ונשאר ללא שמירה.⁹

⁷ אם הקה"י נשאר בצ"ע על הלח"מ, אז כיצד יתורצו דברי הרמב"ם? בתחילת הסימן (ד"ה 'ונלענ"ד') הוא כותב הסבר משלו בביאור דברי הרמב"ם. הוא מבסס את דבריו על שיטת התוס' בב"מ צג, ב (ד"ה 'אי הכי') שכתב שכאשר שומר שכר ממעט משמירתו ומסתפק בשמירה פחותה זה לא נחשב פשיעה לעניין 'תחילתו בפשיעה וסופו באונס'. ישנם שני סוגי פשיעה בדרגות חומרה שונות. האחד הוא כאשר שומר לא עושה את תפקידו כראוי וממילא נקרא פושע, אבל הפשיעה היותר חמורה היא כאשר שומר מפקיר את הבהמה ולא שומר עליה את השמירה הפחותה המינימלית, אז החפץ נחשב כאבוד מהעולם, כיוון שהוא פרוץ בפני כל נזק אפשרי. טוען הקה"י, הפשיעה עליה דיבר הרמב"ם היא כזו מהסוג הראשון, והיא לא נחשבת פשיעה לעניין דין תחב"פ וסוב"א, אלא רק פשיעה חמורה מן הסוג השני נכללת בדין זה. כך מתורצים דברי הרמב"ם.

⁸ וביתר ביאור: עצם הבאת העדר למקום המרעה נעשתה בדרך היתר, שהרי הרועה היה שם כדי להשגיח עליהם וזהו מקומו של העדר. כיוון שכך, טען הר"ף שהפשיעה היא בכך שלא לקח עימו, אלא בכך שלא דאג לשומר אחר שיבוא במקומו.

⁹ על אף כל האמור, הקה"י טוען במסקנת דבריו שיש הבדל בין שני המקרים, ובאמת גם הר"ף יסכים לדבריו בסוגיית שומר שמסר לשומר, וכך כתב: "אכן לענ"ד יש לחלק דהתם גבי על בעידנא דלא עיילי אינשי הרי היה הבאת העדר לשדה בהיתר, שהרי הרועה הלך עמהן, וחסרון השמירה נעשה אח"כ ע"י הליכתו לעיר,

בסוגיה בב"ק נו, א מצינו מחלוקת ראשונים נוספת בדין תחב"פ וסוב"א. ברצוננו להציע כי שורש מחלוקתם הוא בשני הצדדים שהצגנו בהגדרת הפשיעה.

הגמרא שם דנה בדבריו של רבה שנאמרו כלפי אחד מן הדיינים המופיעים במשנה בתחילת פרק 'הכונס', שם נאמר לגבי בהמה שיצאה והזיקה: "נפרצה בלילה או שפרצוה לסטים ויצאה והזיקה - פטור". לפי ההבנה הראשונה בגמרא, רבה אמר שהפטור האמור תקף רק כאשר הבהמה חתרה תחת הכותל, אבל אם הבהמה פרצה את הכותל עצמו ויצאה, הבעלים חייב. הגמרא מעמידה את דברי רבה דווקא במקרה שהכותל היה רעוע, ועל כך מקשה הגמרא, כיצד רבה אמר שפטור במקרה שחתרה? הרי תחילתו בפשיעה (כותל רעוע) וסופו באונס (חתרה)!

התוס' (נב, ב ד"ה 'ושכיחי') תמה על דברי הגמרא הללו. גם אם האדם פשע בכך ששם את הבהמה מאחורי כותל רעוע, האונס כלל לא קשור לפשיעה, שהרי הבהמה היתה חותרת גם תחת כותל בריא! אז מדוע הגמרא מגדירה את המקרה הזה כתחילתו בפשיעה וסופו באונס? הוא מתרץ על פי דברי רש"י שכתב שם שמדובר באופן שהבהמה חתרה וע"י החתירה הפילה את הכותל הרעוע ויצאה דרך הפירצה בכותל. א"כ, וודאי שהאונס קשור לפשיעה, שהרי אם היה כותל בריא, שמא הוא לא היה נופל גם אם חתרה.

בשיטת"ק שם (ד"ה 'והרא"ה') הובאו דבריו הקצרים של הרא"ה, ונראה שגם הוא בדבריו מתרץ את מה שהוקשה לתוס', וכך כתב: "שהרי פשע כשהניחה שם ומפני שהניחה שם גם כן בא האונס שחתרה". הוא לא מעמיד את הגמרא באוקימתא כמו תוס' ורש"י, אלא הוא סובר שגם אם הבהמה חתרה ויצאה דרך מקום החתירה מבלי להפיל את הכותל, עדיין דברי הגמרא מתיישבים. בניגוד לרש"י שהבין כי הפשיעה היא בכך שבחצר בה היתה שמורה הבהמה לא היה כותל בריא, הרא"ה מגדיר את הפשיעה באופן אחר: עצם ההנחה של הבהמה דווקא בחצר הוה היא הפשיעה. דהיינו, הרא"ה תפס שאם השומר היה נוהג כראוי הוא היה מניח אותה בחצר אחרת מאחורי כותל בריא, ואולי שם הבהמה לא היתה חותרת או לכל הפחות החתירה לא היתה מצליחה; לכן, הפשיעה היא בכך ששמרה דווקא בחצר הזו שבה קרתה החתירה וממילא ברור מדוע יש קשר בין הפשיעה לאונס.

דבריו אלו של הרא"ה מתאימים לשיטת הקה"י: עצם ההנחה בחצר הוה או עצם המסירה לשומר השני - היא הפשיעה. לעמת זאת, תוס' סבור כי עצם ההנחה דווקא בחצר הזו איננה פשיעה, שהרי גם בחצר זו היה יכול השומר לבנות כותל בריא. לכן לדבריו הפשיעה היא בכך שהשאיר את הכותל הרעוע ולא שיפץ אותו, כך הוא מקביל לשיטת הלח"מ שהגדיר את הפשיעה כשינוי ברמת השמירה.

1. סיכום

פתחנו בהצגת הדין הבסיסי של תחילתו בפשיעה וסופו באונס וראינו כי ישנה מחלוקת אמוראים האם פטור הפושע או חייב. לאחר מכן, ניסינו להתחקות אחר הסברא של רב יוסף המחייב וראינו כי ישנם שתי גישות בראשונים: לדעת התוס' ודעימיה החיוב הוא משום שיש קשר בין האונס לפשיעה וממילא האונס כבר לא פוטר את האדם מאחריות, ולגעת הראב"ד ודעימיה ברגע שפשע האדם הוא איבד את זכותו להיפטר במקרה של אונסין, אף אם אין הוא אשם כלל באונס שנגרם.

לאחר מכן, הצגנו חקירה עקרונית בשאלה העקרונית כיצד להגדיר את הפשיעה במקרים שונים. ראינו את חידושו של הלח"מ שטען כי השפיעה היא בשינוי רמת השמירה ולא דווקא קשורה למעשה שנעשה בפועל כגון מסירת הפיקדון לאדם אחר. לתפיסה זו ישנה השלכה על חיובו של השומר, ואכן ראינו כי לשיטה זו שומר שמסר לשומר פטור, כיוון שאין קשר בין הפשיעה לאונס. לעומת תפיסה זו, ראינו את

ומשו"ה חשבינן לרי"ף מעשה ההליכה לפשיעה. אבל הכא ... הרי מכיוון שהשני איננו שומר כפי שהתחייב הראשון הא מעשה המסירה לרשות השני הוי עיקר הסיבה לחסרון שמירתו.

דברי הקה"י שנשאר עם ההגדרה הפשוטה שבוחנת את כל המקרה במבט כולל, ולכן למשל שומר שמסר לאחר, פשע בעצם המסירה ולכן יהיה חייב.

סיימנו בכך שהראינו בשתי סוגיות שונות מחלוקות ראשונים בדין הנ"ל, והצענו כי בעומק הדברים ניתן לראות כיצד גם הם נחלקו בשאלה כיצד להגדיר את הפשיעה, כאשר כל אחד מהם נקט כפי אחד מהצדדים שהצגנו בדברינו.