

יסודות בסוגית מסר שורו לחש"ו

נחום ברנסון

יסוד חיוב תשלומי נזקים.

ישנן, כידוע, שתי גישות בסיסיות בהבנת טעמה של תורה בחייבה את האדם לשלם נזקי ממונו. גישה ראשונה: המטרה - מניעת היוזקים. התורה מטילה על הבעלים לשלם, כדי שישמרו על ממונם שלא יזיק או ככפרה על כך שלא עשו כן.

גישה שנייה: המטרה היא לפצות את הניזק על חסרונו. את החיוב הזה הטילה התורה על הבעלים שלהם ניתן להנות והינם האחראים להיווצרותו או קיומו. היא רואה במזיק בן חסות שהבעלים אחראים למעשיו או ידא אריכתא של הבעלים. [בניגוד למגמה לפצות את הניזק, התורה פוטרת בעלים ששמרו על ממונם שלא יזיק מלשלם. "פשרה" זו נובעת מתוך שאיפה לעודד מניעת היוזקים מעיקרם¹].

שיטת רש"י והרמב"ם.

הגמרא בדף י' ע"ב, אומרת שישנו חילוק בין שומר על מזיקים לבין שומר מפני מזיקים: שומר שפשע בשמירה על מזיק מתחייב "משום דממונא קא מזיק", ואילו שומר מפני מזיקים שפשע בשמירתו והוזק הפקדון חייב משום "דבגופא מזיק". שני השומרים פשיעתם גרמה להיזק, ואעפ"כ את השומר מפני מזיקים מחייבים על מעשיו (שלו) שפשע בשמירת הבהמה כמובא ברש"י²: "שומר שפשע כנזקי גופו חשיב ליה שהרי היה עליו לשמרה", לעומתו, השומר על מזיק אין מתחייב על פשיעתו (שלו) שלא שמר אלא משום ממונו³.

1. לפי גישה זו מסתבר שאין איסור להזיק, למרות שרוחה של תורה היא שאדם ישמור על ממונו שלא יזיק. כפי שמתבטא הדבר בפסוק התשלומים. אמנם עדיין ניתן ללמוד איסור להזיק מ"אהבת לרעך כמוך" או חשבת אבדה. עיין בקהילות יעקב ב"ק סימן א' חזן בענין זה.
2. ב"ק י' ע"ב ד"ה "שומר שכר".
3. חרב אברמסקי ב"חזון יחזקאל" בליקוסי הש"ס על ב"ק בסוגיא דף כ"א ע"ב.

משמע מהסבר רש"י בגמרא, ששיטתו היא כגישה השנייה, שחיוב התורה לשלם נזקים הוא עקב היות המזיק ממונו וכשפטע בשמירתו יתחייב לשלם, כיון שלא פטר עצמו מהאחריות על המזיק.⁴ זוהי גם שיטת הרמב"ם, שבפתח דבריו בהלכות נזקי ממון כותב ש"הבעלים חייבים לשלם שהרי ממונס הזיק"⁵.

דרישות השמירה ומהותה.

ה"ברכת שמואל" סוען בשיטות רש"י, רמב"ם ורמב"ן, על פי סברה, שבהמה לא שמורה שחתרה לתוך חצר שמורה והזיקה יתחייבו בעליה "דלא נסתלק מעליו חיוב השמירה רק כשהמזיק עשה את הגדר, אבל כשהניזק עשה את הגדר אזי אין פטור כלל"⁶. הדברים הינם לע"ד פשט הכתוב המחייב לשלם אם "לא ישמרנו בעליו"⁷.

הכתוב מדייק בלשונו: לא נאמר 'לא ישמר' או 'לא ישומר' שהיו מבטאים שדרושה שמירה אך גם שלא משנה אם עצם השמירה הינה על המזיק או על הניזק כמו במקרה שבהמה חתרה לחצר הניזק אלא נאמר "ישמרנו" בלשון המלמד שיש צורך בעשיית פעולה של שמירה בגוף המזיק. מתברר, שדרישות השמירה אינן מסתכמות בכך שתהיה סבירות נמוכה שהבהמה תזיק, אלא ישנה גם דרישה שהבעלים ישמרו את המזיק, וזאת בהתאם להבנתנו ברש"י והרמב"ם, שעצם הפיצוי הוא האידאל¹ ואלו הפטור מתשלומים הנובע מהשמירה מהוה חריגה ממנו. הנגרר מכאן הוא יחסנו לממון כ"יד אריכתא" או בן חסות, שהבעלים אחראים למעשיו, וכן תפיסתנו את השמירה כמנתקת קשר כפוי זה בין המזיק לבעלים.

הרעיון הטמון בשמירה, לדעתי, הוא - היותה בטוי להתנגדות הבעלים לחפשיות הממון להזיק, ע"י הגבלתו לתחום השמור בלבד. המזיק שהשתחרר מורד בבעליו ופועל נגד רצונו ושלא מדעתו. לכן בעלים שאינם רוצים לשלם צריכים לשמר ממונם, כדי לבטא את זה שהמזיק פועל למורת רוחם, ובאופן כזה שאפשרותו להזיק תהיה שלא מדעתם.

כעת נהירים דברי הרמב"ם: "הכונס צאן לדיר... לא נעל בפניהם כראוי ואם יצאת והזיקה - חייב ואפילו חתרה"⁸. כלומר, יתחייב אפילו באונס שלא בא מחמת הפשיעה ולא היה נמנע אפילו שמרו כראוי, מכיון שהבעלים לא הסירו מעליהם את האחריות לשלם ע"י שמירת המזיק שמירה ראויה. ובהסתכלות מוחשית: היה עליו

4. נראה לע"ד שיש לחבין את שתי הלשונויות ברש"י דף ס: על "כל שחבתי בשמירתו חכשרתי את נזקו" ע"פ גישה זו. שתי הלשונויות חולקות כיצד מתבטאת הגישה בלשון המסנה ע"פ חבנת מסמעות המלה "חכשרתי" ולא בעצם הגישה. דברי רש"י בלישנא הראשונה "שלא שמתיו יפה" מציינים מנוע חל החיוב, כדי להסביר את פירוש המלה חכשרתי, ולא שזוהי סיבת החיוב. עיין סס.

5. פ"א נזקי ממון ח"א.

6. ב"ק סימן ו'.

7. שמות כ"א, ל"ו.

8. פ"ד נזקי ממון ח"א.

להמצא כל העת ליד חדיר, כדי להשגיח שלא תצא עקב התרועעות הקירות, וכיון שכבר עומד שם הוא יכול וצריך למנוע אף היזקים בלתי צפויים כחתירת הבזמה⁹.

השומרים "נכנסו תחת הבעלים".

עד כה דנו בעצם חיוב התשלומים והשמירה הפוסרת מחיוב זה. נותר לברר חוליה נוספת קודם שניגש לסוגית חש"ו והיא-השומר.

מצינו במשנה: "מסרו לשומר חינם, לנושא שכר ולשוכר - נכנסו תחת הבעלים"¹⁰ כך שהבעלים נפטרים והשומר מתחייב. הדרשה מובאת במכילתא: "ולא ישמרנו" - להביא שומר חינם". והלימוד הוא משינוי לשון בפסוקים שונים בשור המזיק, באחד נאמר: "לא ישמרנו"¹¹ ובאחר: "לא ישמרנו בעליו"¹². בפשטות הכתוב "לא ישמרנו" מכוון לבעלים, וא"כ הוספה זו של "בעליו" היא, לכאורה, מיותרת. לכן לומדים שהלשון הסתמית "לא ישמרנו" אינה מתיחסת לבעלים דוקא, ומה שכתוב "בעליו" בפסוק האחר בא ללמד שהשומר בא כתחליף גמור לבעלים. ז"א שהשומר מתחייב ישירות לניזק כמו הבעלים ונפטך בשמירה כמותו, אך זאת רק בשומרים ש"נכנסו תחת הבעלים"¹³ ולא באלה שנכנסו תחת השומר "שהשומר שמסר לשומר-חייב"¹⁴.

לפי תפיסתנו שבה השומר הינו אחראי על המזיק במקום הבעלים ולא אחראי כלפי הבעלים כשהבעלים אחראים כלפי הניזק, ברור מדוע יתחייב אם מסר השומר לאחר ששמרו שמירה מעולה אך המזיק הזיק באונס, שהרי הניזק אומר לו: "למה לא שמרת אתה בעצמך ומסרת לאחר", תביעה שניתן לתבוע רק מאדם שאחראי כלפי כל העולם ככלל ואליו כפרט.

הרמב"ם כותב בצורה חד משמעית, שמדובר במסירת אחריות ולא במסירת שמירה: "המוסר בהמתו לשומר... נכנסו תחת הבעלים, ואם הזיקה - חייב השומר. במה דברים אמורים בזמן שלא שמרוה"¹⁵. וכן מצינו בבור - "המוסר בורו לשומר - חייב בנזקיו"¹⁶, כשאפשרותו ליפטר ע"י שמירה לא מוזכרת עקב היותה ענין משני בלבד הנובע מהאחריות.

9. ברכת שמואל ב"ק סימן ו'.

10. רף מ"ד ע"ב.

11. שמות כ"א, כ"ט.

12. שמות כ"א, ל"ו. וב"תורה תמימה" סימן רי"ד עיין שם. השוני בין "לא ישמרנו

בעליו" שבפרשת שור תם "ולא ישמרנו" שבפרשת שור חזרוג אדם צריך לחקור בו.

כדאי לעיין במלבי"ם העוסק בענין.

13. מיי' פ"ד נזקי ממון ה"ד.

14. שם ה"ט.

15. שם ה"ו.

16. מיי' פי"ב נזקי ממון ה"ח.

חש"ו כשומר וכמזיק.

תפיסתנו את השומר, התופס את מקום הבעלים כאחראי על המזיק, משתקפת בברור בתוספתא: "נעל כראוי (בעליו של המזיק)... מסרה לחולה ולזקן שיש בהן דעת - פסור. נעל שלא כראוי... מסרה לחש"ו שאין בהם דעת - חייב".¹⁷ ובחמש: "המוסר צאנו לשומר אפילו חיגר, אפילו חולה, אפילו לפניו כשלש מאות צאן - פסור. מסרו לחש"ו - חייב".¹⁷ פשוט שמזיק שנמסר לחולה בעל דעת לא נמסר לידיים טובות שישמרוהו וימנעו היוזקיו, ואף על פי כן הבעלים פטורים. רואים בעליל, אם כן, שאין נפטרים במסירה לשומר, מכיון שאפשר לסמוך עליו שישמור על המזיק, אלא מכיון שקיבל עליו האחריות לפצות את הניזקים. מסתבר אם כן לומר, שאף במסירת מזיק לחש"ו אין הבעלים חייבים מכיון שחוששים שהחש"ו לא ישמרהו כראוי או ישחררהו, אלא מכיון שעצם המסירה להם מהווה פגיעה בעלת אופי אחר באחריות.

חרש שוטה או קטן אינם מסוגלים לקבל על עצמם אחריות כל שהיא "שאלו אין בהם דעת"¹⁸, כך שבמסירת המזיק להם לא סרה מהבעלים האחריות לפצות את הניזק.

אף גישתנו למרות היחס בין המזיק לבעלים, שהמזיק פועל מדעת בעליו, יחס הנובע מידיעת הבעלים שהמזיק חופשי להזיק, לא שייכת בחסרי דעת. החש"ו אינו מאופייין כפגע רע שיזיק את השמירה. הבעלים מסרו את השמירה לחש"ו שראו בו שומר אחראי כשכלל לא צפוי שהקטן בן השתים-עשרה וחצי, למרות דעתו הדלה, וכן בן החמש בכוחו המועט, או חרש שפוי יתירו שור קשור שמסרו להם לשמרו. לא הווי ליה לאסוקי אדעתיה שהחש"ו יזיק את השמירה ויתיר הקשר בדיוק כמו שאין זה צפוי שילבה גחלת שהגמרא פוסרת במסירתה לחש"ו.

שמירה רעועה - סוגית מסר שורו לחש"ו על פי רש"י, רמב"ם

ורמב"ן.

"שור ובור שמסרן לחש"ו והזיקו - חייב לשלם... בשוך קשור ובור מכוסה... שור דרכיה לניתוקי ובור דרכיה לנתורי"¹⁹. רש"י והרמב"ן אומרים שמדובר כאן על מצב ביניים של שמירה. רש"י קורא לו "שמירה רעועה"²⁰ או "שמירה רעה"²¹. הרמב"ן מסביר זאת על פי הגמרא, שניתוק הקשר ע"י השור או התגלות הבור מרוב הדריסות הינו צפוי, ז"א שאם אכן יארע כד, לא יחשב אונס לבעלים "דניתק השור וניתר הבור... הא ודאי חייב"²². אף

17. תוספתא ב"ק פ"ו ה"ח. עיין שם.

18. מ"י' פ"ב נ"מ ה"ח.

19. ב"ק דף ס' ע"ב.

20. ד"ח "שור דרכיה לנתוקי".

21. ד"ח "לנתורי".

22. "מלחמות ה'" פרק חמישי, ד"ח "ועוד נימא מיגו".

ברמב"ם משמע כך: "מסר בהמתו לחש"ו הבעלים חייבים שדרך השור וכיוצא בו להתיר הקשר ולצאת ולהזיק"²³, וכן בבור שמסרן לחש"ו: "שחבור עשוי להתגלות"²⁴.

אולם אם ישתחרר המזיק באופן בלתי צפוי, ז"א שאדם או קוף יבוא וינתק את הקשר או יסיר את הכיסוי זה יחשב אונס לבעלים שיכולים לסעון שלולא באו ושחררו את המזיק לא היה משתחרר כלל, או שהיה משתחרר בזמן מאוחר יותר ועד אז היו מונעים את ההיזק או מתקנים את השמירה; שעל אף ששמירת השור והבור רעועים הם היו בכ"ז שמורים כראוי, כך שהאדם או הקוף שגילו את הבור עשו מעשה בלתי צפוי ואנסו בכך את הבעלים ולכן לכאורה צריכים הבעלים להיות פטורים. (ובניגוד לכותל דיר רעוע שאינו נחשב שמירה כלל "שלא נעל בפניהם כראוי"²⁵ ואפילו פרצו אחר - חייבים הבעלים, כיון שמעשיו של הפורץ היו גרמא בלבד ויתחייב רק בדיני שמיים)²⁶.

מצד שני בעליו של השור או הבור בכ"ז פשע בשמירתו "דהוי ליה למיתי לאחר זמן ולמחזי אי ניתק או ניתר ע"י הגמלים או רוב הדריסה ולא אתא - פושע הוא"²⁷. כלומר נדרש ממנו להיות ליד המזיק למען לא ישתחרר בעצמו מחמת היות השמירה כזו שמדרכה להשתחרר²⁷. ולכן: אדם בר דעת ששחררו הינו אחראי למעשיו ויתחייב עליהם שבפשיעה היו, שהוא ביטל את השמירה במו ידיו. לעומתו בעל השור יפטר, כיון שפשיעתו, שלא השגיח על המזיק כל הזמן ע"מ למנוע שישתחרר משמירתו, היתה עקיפה ביחס לשחרור המזיק בידי הגורם הלא צפוי.

לעומת זאת אם זה ששחרר את השור או גילה את הבור לא אחראי למעשיו, כגון קוף, או אפילו קטן בן שתיים עשרה הידוע כשומר אחראי בד"כ, ופעמים גם בעל אמצעים - אין מעשיהם נחשבים כפשיעה - לא שלהם עצמם שהרי אין להם דעת, ולא של הבעלים - שאין זה צפוי שהחש"ו יזיקו את השמירה, ורק פשיעתם העקיפה של הבעלים, שלא היו במקום שהיה עליהם להיות, הביאה לחיובם, שמחמת פשיעתם לא נמנע האונס. "ואע"פ שלא נתק ונתר אלא שגלהו מתחלה חש"ו - חייב, אע"פ שאין לחייבו על מעשיהם משום דה"ל תחלתו בפשיעה" - שלא עמד שם "וסופו באונס" - שהחש"ו שחררו²⁸.

23. מ"י פ"ד נ"מ ח"ו.

24. פ"ב נ"מ ה"ח.

25. פ"ד נ"מ ח"א.

26. פ"ד נ"מ ה"ב. (ועיין שם בחשובת הרמב"ם לחכמי לונזיל חמובאת במגדל עוז המסביר את חענין).

27. נראה שכוונת הרמב"ן במלים "לאחר זמן" היא שמוטלת עליו אחריות לבדוק שהשמירה לא נתרועעה אף לאחר זמן.

על אף שניתן להבין שהוא מתייחס לנקודה אחרת והיא החילוק בין זמן ששור קשור אינו מסוגל להשתחרר לזמן שהוא מסוגל להשתחרר בו בגלל אופי המשמר להתרועע. בתחילה השור אינו מסוגל להשתחרר שכן השמירה לא היתה רעועה מתחילתה אלא יציבה; והוא יתחייב אם חש"ו שחררו לאחר זמן כשהשמירה נעשתה רעועה. אך אילו שחרר את המזיק כשהשמירה עדיין יציבה יפטר.

בין כך ובין כך נראה שרמב"ם מתייחס לזמן שהשמירה היתה רעועה, ובאופן פשוט בשמירה שהיתה רעועה מתחילתה ש"דרך השור וכיוצא בו להתיר את הקשר ולצאת ולהזיק" (פ"ד נ"מ ח"ו).

אך אם שמרו הבעלים את הבחמה בשמירה שאיננה רעועה, ומסרו לחש"ו, והיא חתרה ויצאה והזיקה, יפטרו הבעלים²⁸ ואפילו החש"ו שחררה, כיון שאין זה צפוי שהמזיק ישתחרר, בין בכוחות עצמו ובין ע"י חש"ו, כשהשמירה היתה כזו שאינה דורשת בעלים שישגיחו עליה שלא תרועע.

דרך הרמב"ם.

ה"חזון איש" טוען בדעת הרמב"ם שאפילו אם חש"ו שחררו מזיק, אפילו היה שמור בשמירה רעועה יפטרו הבעלים²⁹. העמדתו שהרמב"ם והגמרא מדברים על מציאות שהמזיק השתחרר בכוחות עצמו בלבד קשה, שאם כן למה מזכירים שמסרו לחש"ו? הרי גם ללא חש"ו יתחייב, שהרי תחילתו בפשיעה שהמזיק יכול להשתחרר, ואף סופו בפשיעה שהמזיק אכן עשה זאת! ניתן היה, לכאורה, לתרץ שעצם החידוש הוא שחש"ו אינם יכולים לקבל על עצמם אחריות על המזיק ולכן שמירתם אינה פוטרת את הבעלים²⁹, אך זה קשה כיון שהגמרא טוענת שיש שוני בדין בין מסירת שור ובור לחש"ו לבין מסירת גחלת להם, שבמציאות זו, שהשור והבור השתחררו בעצמם משמירה רעועה והזיקו, גם גחלת שהזיקה לאחר זמן במקום שהונחה בו יתחייב המזיק בדיוק כמו שור ובור³⁰.

לכן נראה לומר בגמרא שמדובר כשהמזיק שוחרר באופן בלתי צפוי, שאז בשור ובור שרגיל שישתחררו - יתחייב, אך גחלת שאין רגילה להתלבות ולהזיק - יפטר אם ליבה אותה חש"ו שעל אף שהיא רעועה דרכה להתעמם³¹.

דברי הרמב"ם³² ברורים על פי דרכנו: "מסר בהמתו לחש"ו, אע"פ שהיה השור קשור - הבעלים חייבים" בין שניתק באופן צפוי ובין באופן בלתי צפוי (ע"י חש"ו), שעל כל פנים תחילתו בפשיעה היא "שדרך השור וכיוצא בו לחתיר הקשר, לצאת ולהזיק", ועליו אם כן לעמוד ליד המזיק ולתקן את השמירה, כדי שימנע ההיזק.

"אפילו שמרוה (החש"ו)³³ שמירה מעולה וחתרה ויצאה והזיקה - הבעלים חייבים", כיון שהבעלים האחראים על המזיק לא יכולים לסמוך על החש"ו שישמרו את המזיק וינעלוהו בדיר או שיכסוהו במכסה שלא יכול להתגלות או יתקנוהו לפי הצורך. אולם אם מסרו להם מזיק שמור כראוי יהיו פטורים לשלם אם הזיקה לאחר שנשתחררה באונס, שהרי הבעלים שימרוה כראוי. לסיכום נראה בפשיטות לאמר ששיטות רש"י, רמב"ם ורמב"ן חד הם.

28. אם נמסרה לחש"ו הסמכות או המפתחות לפתוח את הדיר מסתבר שיתחייב. יהיה עלינו לדון אם יתחייב מחרגע שיכולים לפתוח הדיר, הרגע שאמורים לפתוח, או שמא רק אם פתחוהו ממש (ואז יתחייב אפילו שימרו את הבחמה שנית כראוי).

29. ב"ק סימן י"ב ס"ק ו'. עיין שם.

30. שם ב"חזון איש".

31. ע"פ הגמרא דף ס' ע"ב: "גחלת כמה דשביק לה מעמיא עמיא ואולא".

32. פ"ד נ"מ ה"ו. עיין שם.

33. הרמב"ם משתמש במלה "בעלים" בתור מושג לבעל חממון שהוא יחיד, כגון אצלנו "מסר", "הבעלים חייבים", וכן במקומות רבים ברמב"ם, כך שלשון הרבים "שמרוה" מתיחס לחרש שוסט וקטן.