

## חבל נחלתו

י) שכתב שבפשיעת שומר כעין גניבה ואבידה הוי המוציא מחבירו ועליו הראיה והמשכיר פטור.

### מסקנות

אם הפרגולה היתה בנויה כראוי והרוח היתה לא מצויה הרי על ביתו ועל בית חבירו – בעל הפרגולה פטור, והמשכיר של כל בית חייב בתיקון עבור השוכר.

אם הפרגולה לא היתה בנויה כראוי, בעל הפרגולה פטור על נזקי חבירו וממילא המשכיר חייב, אבל חייב בנזקי ביתו.

על הפרגולה עצמה אם נבנתה שלא כראוי יכול לתבוע את הבונה, אבל אם נבנתה כראוי הרי זה אונס, ובעליה הניזק יעשה כרצונו.

האמורה בש"ש לשמירה האמורה בש"ח שמירה האמורה בשומר חנם כיון ששימר כל צרכו פטור, שמירה האמורה בשומר שכר אפילו הקיפוח מחיצה של ברזל חייב ואמרי' בפ' הפועלים (צג ע"ב) עד מתי שומר שכר חייב לשמור עד כדי הייתי ביום אכלני חורב וקרח בלילה, אלמא יושב ומשמר בעיניו, וכ"כ רב אחא משבחא גאון ז"ל בשאלתא דוישב יעקב וכן נמצא בתשובה לרב צמח גאון ז"ל וכן דעת הרנב"ר ז"ל.

נראה על כן שלגבי ביתו כיון שלא שמר כראוי אין המשכיר צריך לתקן אלא עליו עצמו החובה לתקן את הדירה שלא שמר עליה כראוי. ועדיין צ"ע שכן על פשיעה פטור, ורק אם יחשב כמזיק יתחייב עליה כאמור בתשובת הרא"ש (כלל פז סי' ו). וראיתי בפתחי החושן (שכירות פ"ו ס"ד הערה

## סימן נז

### שומר שעבודתו נעשתה בידי אחרים

#### תשובה

א. השאלה העיקרית לכאורה אותה צריך לברר היא: האם ניתן למכור שעבוד לפעולות מעין אלו, האם סיכום מוקדם או תשלום מראש או כל דרך הקנאה יגרמו להעברת החובה לשכיר, בעוד שהחייב עצמו יוצא מן התמונה, ולכן הן רווח והן הפסד הוא של השכיר ולא של מי שהוטלה עליו מלכתחילה חובת השמירה. במידה וניתן להעביר את חובת השמירה לשכיר רווחים שיווצרו כתוצאה מהשמירה כגון השאלה שלפנינו שייכים

#### שאלה

על ראובן היתה מוטלת חובת שמירה מטעם הישוב ביום מסויים כמה שעות. הוא שכר את שמעון שישמור במקומו ושילם את שכרו מראש. במקרה באותו יום שומר קבוע במשכורת החליט לבוא כמה שעות מוקדם יותר ושמר במקום ראובן ושמעון.

האם הנשכר משמירת השומר הוא ראובן או שמעון, והאם שמעון צריך להחזיר לראובן את התשלום שקיבל מראש?

זהו דבר שאין בו ממש ולכן אינו נקנה בקניינים. כדברי הרמב"ם (הל' מכירה פ"ה הי"ד): "הדברים שאין בהן ממש אין הקנין מועיל בהן, כיצד הרי שכתב בשטר וקנינו מפלוני **שילך** בסחורה עם פלוני, או **שיחלקו** השדה שביניהם, או שישתתפו שניהם באומנות, וכיוצא בדברים אלו כולן, הרי זה קנין דברים ואינו מועיל כלום, שהרי לא הקנה לחבירו דבר מסויים וידוע, לא עיקר ולא פירות עיקר הידוע". היינו, לא ניתן להקנות פעולה מאחד לשני.

ובאר המגיד משנה: "הדברים שאין בהם ממש וכו'. זה מוסכם ונלמד מהסוגיא דריש פ"ק דב"ב (דף ג) וכי קנו מידן מאי הוי קניין דברים בעלמא הוא גבי חלוקת חצר וה"ה לכל כיוצא בזה".

רש"י בבבא בתרא (ג ע"א) כתב: "קנין דברים הוא – ואין חליפין קניין אלא דבר הנקנה או מכר או מתנה או שטעבוד קרקעות שהקנין חל עליו או מטלטלין".

ד. אולם תוספות (כתובות נד ע"ב) הסבירו לגבי קנין דברים: "משמע בכל ענין אע"פ שאין מקנה לו שום נכסים אלא **שמשעבד גופו לזה החוב** מעתה ולכשיהיו לו נכסים חל שטעבודו מעתה ואין זה קנין דברים בעלמא דקנין דברים לא הוי אלא כהויא דריש בבא בתרא (דף ג). שקנו מידם לחלוק חצר שאין בה דין חלוקה אבל מה שמשעבד גופו להתחייב לדבר זה משטעבד ואין זה קנין דברים בעלמא".

הרא"ש (כתובות פ"ה ס' א) מבאר יותר את דברי תוספות: "שאלו את רבינו אליהו ז"ל היאך יכול האדם לשעבד לו עצמו על מאה מנה כיון שאין לו עכשיו וגם אינו מחוייב בהן בשלמא כשהוא מחוייב ממון יכול לשעבד לו הואיל וגופו מחוייב דאע"ג דאין אדם מקנה

לשכיר ולא לשוכר אותו. כמו"כ אם מחמת האונס השכיר לא יוכל להגיע למשמרתו עליו למצוא מחליף. וה"ה אם הוא נעדר ממשמרתו ולפי תקנון הישוב ישנו קנס על העדר ממשמרתו – על השכיר לשלם ולא על השוכר.

יש להעיר כי סדרי הישוב הם שהמחליף קיבל את חובותיו וזכויותיו של הרשום לשמירה. היינו, הרשום משלם ו'שוכח' מחיוביו.

ב. נראה כי חובת השמירה היא בעיקרה חובה ממונית. אין היא מוטלת על אנשי הישוב כחובה לשמור בגופם, כל אחד יכול למצוא לעצמו מחליף לשמירתו או לשכור מחליף. כמו"כ הקביעה שעל פלוני לשמור בא' בחודש ועל אלמוני בט' בחודש היא שרירותית. ולכן יש ישובים שבהם יש חברת שמירה בשכר וכל אחד מחליט אם הוא מעסיק את החברה במקומו או ששומר בעצמו.

דוגמא לשאלת חובת השמירה ניתן לצייר אם שנים החליפו ביניהם את ימי שמירתם. מה יהיה הדין אם אחד כבר שמר בזמן של חבירו וחבירו שהחליף לזמן מאוחר לא הגיע לשמירה או לחילופין בא אחר ושמר עבורו בחינם – מי המרויח או המפסיד? עפ"י מנהגי המקום השמירה 'שייכת' למחליף הן לגבי רווח והן לגבי הפסד. היינו בהחלפה שביניהם הוא 'קנה' את השמירה.

אין בדברים אלו ראייה ברורה לאפשרות הקניה של שמירה, שכן הדבר תלוי במנהגי המקום ובסוגי החובות המוטלים על אנשים. אבל יש ללמוד מכאן על היחס לחובות אלו.

ג. בפשטות אי אפשר למכור 'שמירה'

## חבל נחלתו

"האומנין שנשתתפו באומנות אע"פ שקנו מידם אינן שותפין, כיצד שני חייטים או שני אורגים שהתנו ביניהם שכל שיקח זה וזה במלאכתו יהיה ביניהן בשוה **אין כאן שותפות כלל שאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם**, אבל אם היו לוקחין הבגדים בממון עצמן ותופרין אותן ומוכרין ולוקחין השתי והערב ממעותיהן ואורגים ומוכרין ונשתתפו במעות שלוקחין בו הרי אלו שותפין וכל מה שירויחו בשכר מלאכתן ובמשאן ובמתנן הרי אלו לאמצע".

והראב"ד השיג: "א"א ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקניין כדין עבדים וכשם שמצינו באומרת יקדשו ידי לעושיהן".

היינו, לפי הרמב"ם שותף אינו יכול לשעבד עצמו בקניין לשותפות שכן כל השקעותיה ורווחיה של השותפות היא דבר שלא בא לעולם. הראב"ד חולק וסובר שאדם יכול לשעבד עצמו לשותפות בקניין כיון שגופו משתעבד.

בספרי חבל נחלתו ח"ה סי' מ הוכחתי שלגבי שותפות נפסקה הלכה כראב"ד ולא כרמב"ם. ונראה שה"ה לכאן.

וכן הראב"ן בבבא מציעא (תחילת פ"ד) פסק: "אבל ראובן שהקנה בקניין בעדים לתת ליטרא פשיטים ללוי קנה לוי וחייב ראובן לתת לו ליטרא פשיטים, דהא שיעבד עצמו בקניין לתת לו ואין אחר קניין כלום, כדתנן נושא שכר אינו משלם אם נאבד דבר של הקדש בשמירתו, ורמינן עלה [נ"ח א] השוכר את הפועל לשמור לו את הפרה עד אחריות שבת עליו וחייב לשלם, ומתרג' האי דקתני חייב לשלם כשקנו מידו אלמא אע"ג דפטור מדאורייתא **משעבד נפשיה בקניין**. וכן נמי מתני' [צ"ד א] מתנה שומר חנם

דבר שלא בא לעולם משעבד הוא דבר שלא בא לעולם הואיל וכתב דאנא עתידי למיקני כדאמר' בפ' מי שמת (דף קנו א) דאקני קנה ומכר משתעבד וגם אם היו לו נכסים היה יכול לשעבד לחוב זה שחייב לאח"כ אבל זה שאין לו נכסים וגם אין משעבד עצמו לחוב זה שיתחייב מיד אלא לכשתתאלמן או תתגרש ומתני' דהכא איכא לאוקומי בדאית ליה אבל קשה על המנהג שלנו דנהגו לשעבד עצמו בכתובה גדולה אע"פ שאין לו כלום והשיב דמצינו כענין זה בפ' השוכר את הפועלים (דף צד א) מתנה שומר חנם להיות כשואל ופריך במאי ומשני כשקנו מידו ומשמע דאיירי בכל ענין אפי' אין לו נכסים עכשיו וגם אינו חייב לו כלום עד שיבא האונס **ומשעבד עצמו לכשיתחייב**. ואין זה קנין דברים דלא מיקרי קנין דברים אלא כי הוא דריש ב"ב שותפין שהתנו לחלק שאין לו לקנין על מה לחול אבל הכא **הוא משעבד עצמו לחוב גמור** מעכשיו והנכסים כשיקנה חל עליהם השעבוד..."

וכן כתב תוספות (ב"ב ג ע"א): "קנין דברים בעלמא הוא – בפרק השוכר את הפועלים (ב"מ דף צד.) דתנן מתנה ש"ח להיות כשואל ומוקי לה בקנו מידו התם לאו קנין דברים הוא אלא קנין גמור הוא **משעבד את עצמו** שאם יאנס שישלם".

לפי"ז אם קנו מידו של השכיר שהוא ישמור במקומו של המשכיר אין זה קנין דברים, אלא הוא משעבד גופו לפעולה זו. וא"כ אין הוא שכיר של החייב בשמירה אלא הוא משועבד לעשית הפעולה עבור הישוב או אחראי השמירה.

ד. וכן מצינו מחלוקת האם ניתן להשתעבד שעבוד הגוף לגבי שותפות. הרמב"ם (הל' שלוחין ושותפין פ"ד ה"ב) פסק:

## סימן נו – שומר שעבודתו נעשתה בידי אחרים

להיות כשואל ואמר' במאי בדברים ומתציין בשקנו מידו".

ה. לפי דברינו יכול אדם שאין זה זמנו לשמור, לשעבד עצמו לשמירה אע"פ שבפועל אין מקנים לו כלום, אלא הוא משעבד עצמו לשמור במקום פלוני ביום פלוני.

אולם פעולה זו צריכה להיות לא כלפי המשכיר אלא כלפי הישוב, ולפני הממונה על סדרי השמירה. ולכאורה לא נעשה שום קנין סודר על כך. אולם ניתן לראות ברישום על גבי רשימת השמירה מחיקת שמו ורישום מחליפו כפעולת סיטומתא כשבפעולה זו השומר בפועל התחייב לשמור והרשום ברשימת השמירה פקעה חובתו.

רש"י בבבא מציעא (עד ע"א) פרש: "סיטומתא – חותם שרושמן החנונים על החביות של יין, שלוקחין הרבה ביחד ומניחין אותו באוצר הבעלים, ומוליכין אותו אחת אחת למכור לחנות, ורושמן אותם לדעת שכל הרשומות נמכרות".

וא"כ כשם שמועיל רישום ע"ג חבית כדי להקנות אותן לקונה כפי שאמרו שם בגמרא: "ובאתרא דנהיגו למקני ממש – קנו". ה"ה כאן כיון שכיונו להחליף שמירה או להקנות שמירה הקנאה זו מועילה, ואי"צ להעמיד את השומר החדש אצל האחראי

ולהודיעו שהם החליפו את שמירתם או הקנו זל"ז את חובת השמירה. וא"כ אין זו שכירות, כלומר השומר החדש אינו שכירו של הראשון לשמור במשמרתו אלא התחייבות לשמור שחלה עליו. ואין הוא יכול לחזור בו בחצי היום אלא זו משמרת שהוא חייב בה כלפי הישוב והאחראי על השמירות ולגבי שכר ידון עם המוכר.

ו. ועי' בערוך השולחן (ח"מ סי' רא ס"ג) שפסק שסיטומתא מועיל הן לגבי דבר שלא בא לעולם והן לגבי אסמכתא ז"ל שם: "ומהרשב"א שהביא המגיד משנה פ"ז ממכירה משמע ג"כ דמועיל בכל עניין כיון דהמנהג כן והוי דין גמור וכן עיקר לדינא ואפילו באסמכתאות יש קניין אם נהגו כן..." וא"כ אפילו לפי הרמב"ם שאדם אינו יכול לשעבד עצמו, ניתן לומר שכיון שבסיטומתא יכול לשעבד עצמו לכך וכיון שכן הרישום על הדף (או אפילו שיחת טלפון) מועילים לחייב את המתחייב לשמור מדין סיטומתא.

### מסקנה

השומר מתחייב לשמור לא כשכיר של הרשום בדף אלא כשומר בפני עצמו והוא הזוכה אם בא אחר ושמר בחינם, והוא נענש אם לא הופיע לשמירתו כתקנות הציבור באותו מקום.