

מאמר זה מוקדש לזכר אבשלום יצחק בן נחמיה ערמוני

## מעמדו המשפטי של שומר שהפסיק לשמור

### מבוא

חלקו האחרון של הפרק השביעי וחלקו הארי של הפרק השמיני במסכת בבא מציעא<sup>1</sup> עוסקים בארבעה מקרים שבהם שומר עשוי להתחייב: פשיעה, גנבה, אבדה ואונס. שומר חינם מתחייב במקרה של פשיעה, שומר שכר ושוכר מתחייבים גם בגנבה ואבדה והשואל מתחייב אף במקרה של אונס (בבא מציעא ז, ח; רמב"ם שכירות א, ב; שם ב, ג). אלו החיובים הידועים בדיני שומרים שבמבט ראשון כוללים את סך האפשרויות השונות לחיוב השומר בתשלומים במקרה שבו החפץ לא נשמר כראוי. אולם, בפרק השלישי במסכת אנו מוצאים סדרה של מקרים מיוחדים שבהם ישנו דיון על חיובים שבמבט ראשון נראים בעלי אופי אחר. המכנה המשותף למקרים אלו הוא: התנהגות של השומר שמשמעה הפסקתה של השמירה בפועל.

במאמר זה אנסה דרך שלוש סוגיות בפרק שלישי<sup>2</sup> להצביע על קיום מחלוקת עקרונית בין ראשוני ספרד לרמב"ם והתוספות בשאלה האם יש אפשרות לחייב את השומר בעקבות הפסקת השמירה על הפיקדון, ובהבנת סיבת החיוב - האם זהו חיוב הנובע מארבעת חיובי שומרים המוכרים או שמא במקרה זה השתנה מעמדו המשפטי כשומר ויש לחייבו מדינים אחרים, כגון גזל וכדומה.

### שומר שמסר לשומר

נחלקו האמוראים (לו, א) מה דינו של שומר שמסר לשומר, האם הוא חייב או פטור. לדעת רב שומר שמסר לשומר פטור כיוון שמסר לבן דעת, בעוד שלשיטת רבי יוחנן ורבא הוא חייב. רבי יוחנן סובר שחייב מפני שיכולים הבעלים לטעון שאין ברצונם שיהיה הפיקדון ביד אחר. רבא, אשר דעתו נפסקה להלכה (רמב"ם שכירות א, ד; שו"ע חו"מ רצא, כו), סובר שחייב, אך מטעם אחר - הבעלים יכולים לטעון שרק השומר הראשון נאמן עליהם בשבועה. הראשונים נחלקו בהסבר שיטות האמוראים ובהבנת המקרה שעליו דנה הגמרא.

1. סתם הפניה במאמר זה למסכת בבא מציעא.
2. במאמר זה הוצגו רק עיקרי הדברים. לעיון רחב יותר בביאור הסוגיות עיין במאמרי שיפורסם ב'מדבריה - בבא מציעא'.

רש"י (לו, א ד"ה רב) מפרש שהדיון הוא על מקרה שמחוץ לתחום אחריותו של השומר הראשון שמוסכם שממשיך להתחייב בחיוביו הקודמים, ורב ורבי יוחנן נחלקו האם זו פשיעה למסור לשומר אחר ויש לחייבו מעבר לחיוביו הרגילים. רש"י סובר שרבא מקבל את דעת רב שאין זו פשיעה, אלא שיש לחייב את השומר הראשון כיוון שהוא אינו נפטר בשבועת השומר השני<sup>3</sup>. החיוב לדעת רבא הוא רק מתוך כך שהשומר אינו יכול לפטור עצמו בשבועה ובמקרה ואין צורך בשבועה (במקרה שיש עדים או שהשומר הראשון יודע להישבע) יהיה פטור.

באופן דומה, התוספות (לו, א ד"ה אין) מסבירים שהסיבה שמתחייב לשיטת רבי יוחנן היא שהשומר פשע בכך שמסר לשומר אחר. לשיטתם (לו, ב ד"ה את), רבא סובר שאין זו פשיעה ועל כן השומר הראשון פטור אם יכול להישבע או שיש עדים על מקרה הפוטר.

לעומתם, הרמב"ן (לו, א ד"ה שומר) מסביר אחרת את הסתפקות הגמרא. לשיטתו, הגמרא כלל אינה מתלבטת האם שומר שמסר לשומר פשע, אלא האם הוא הפך את השומר השני לשומר ובכך נפטר מחיוביו לחלוטין. לדעת רב השומר השני הוא השומר ולכן השומר הראשון נפטר לגמרי, אפילו על מקרים שהיו בתחום אחריותו. את דעת רבי יוחנן מסביר הרמב"ן בתוך סוגיית תחילתו בפשיעה וסופו באונס (לו, ב):

יש לפרש דהכי קאמר כיון דסבריתו דאין רצוני פשיעה היא הוה ליה דומיא דגנב וגזלן... במפקיד אצל אחר משעה שנכנסה לרשותו יצאת מרשות ראשון והרי היא אבודה אצלו.

לדעת רבי יוחנן השומר השני כלל אינו שומר ולכן כאשר מסר לו כאילו הפקיד את הפיקדון והתחייב עליו כגנב וכגזלן. יש לשים לב שאין זה חיוב רגיל של פשיעה, אלא שינוי במעמדו של השומר. בפשיעה רגילה השומר חייב רק על אונסים הקשורים לפשיעה, בעוד שבמקרה זה יתחייב אף על אונסים שאינם קשורים לפשיעה<sup>4</sup>. למרות שרבא מסכים עם רב שאין במסירה סיבת חיוב, נראה שהוא אינו חולק על רבי יוחנן ששומר שהפסיק להתנהג כשומר משתנה מעמדו לגנב וגזלן, אלא שרבא אינו מקבל שמסירה לשומר אחר מוגדרת כהפסקת השמירה<sup>5</sup>.

3. ניתן לדייק זאת מכך שרש"י (לו, ב ד"ה "לדידכו") מפרש שאם השומר הראשון נשבע הוא פטור לשיטת רבא.
4. יש לשים לב שזהו הסבר רבא בדעת רבי יוחנן ולא הסברו של אב"י, הסובר לדעת הרמב"ן שתמיד בתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב גם כאשר האונס אינו קשור לפשיעה. בהמשך נעסוק בהרחבה בסוגיית תחילתו בפשיעה וסופו באונס ונראה שהסבר זה אכן תואם את שיטת הרמב"ן שם.
5. ניתן לדייק זאת מלשונו של הרמב"ן, בהסבר טענת רבא שהקושיה מהמשנה קשה על רבי יוחנן אליבא דאב"י (לו, ב ד"ה אבל) - "כיון דסבריתו דאין רצוני פשיעה היא הוה ליה

לעומתם, הרמב"ם (פירוש המשנה ג, ב) מעמיד את המשנה דווקא כאשר נתן המפקיד רשות, זאת על אף שהרמב"ם פוסק כרבא (שכירות א, ד)! ככל הנראה, הרמב"ם הבין שהקושיה מהמשנה קשה אף על שיטת רבא. השוכר היה אמור להיות חייב ועל כן יש להעמיד את המשנה דווקא במקרה שהמפקיד נתן רשות למסור את הפיקדון. אף על פי שבמשנה מדובר על מקרה שהשומר הראשון יודע להישבע, ללא קבלת רשות מהבעלים יהיה חייב על העברתו לשומר אחר<sup>6</sup>. יש להתלבט האם עצם המסירה מהווה סיבת חיוב ועל כן השומר אינו יכול להיפטר בשבועה, או שמא המסירה רק מפקיעה מהשומר את היכולת להישבע אך אין בכך סיבת חיוב. על מנת לברר זאת נעייין בעוד הלכה ברמב"ם שממנה עולה לכאורה שהמסירה מהווה פשיעה (שאלה ה, ח):

אם מסרן לאחר הרי זה פושע וחייב לשלם אלא אם כן הביא השומר השני ראיה שלא פשע כמו שביארנו.

השומר הראשון הוא פושע בכך שמסר וחייב על הפיקדון אלא אם כן יביא ראיה שהשני לא פשע. ניתן להבין בשתי דרכים את הדין כאשר יש ראיה שהשני לא פשע:<sup>7</sup> א. במקרה זה הראשון פטור אף על פי שאנו רואים בו פושע. ב. במקרה זה השומר הראשון כלל אינו פושע<sup>8</sup>. על הצד הראשון, שהשומר נפטר למרות היותו פושע, קשה מדוע הרמב"ם מסתפק בעדים שהשני לא פשע? הרי גם אם השני לא פשע, יהיה הראשון חייב מצד תחילתו בפשיעה וסופו באונס כל עוד שייתכן שהאונס קרה בעקבות המסירה<sup>9</sup>. גם בהלכות שכירות (א, ד) חוזר הרמב"ם על כך שאם יביא עדים שהשומר השני שמר כראוי ונאנס יהיה פטור ולא מסייג דווקא במקרה שהאונס לא קשור לפשיעה<sup>10</sup>. בעקבות קושיה זו, נראה לי לפרש את דברי הרמב"ם בדרך השנייה. השומר הראשון אינו פושע כאשר הוא מוכיח שהשני לא פשע.

דומיא דגנב וגזלן". רבא טוען שלשיטת רבי יוחנן המסירה היא פשיעה ועל כן השומר מוגדר כגנב וגזלן. נראה שרבא חולק רק על עצם נקודת המוצא שהשומר הפסיק לשמור ולא על עצם המהלך, אחרת היה צריך להוסיף ולומר "וכיון דסבריתו דהוה ליה דומיא דגנב וגזלן".

6. המ"מ (שכירות א, ד ד"ה עבר) הבין שלפי הרמב"ם אם השומר הראשון ישבע הוא יפטר. אמנם, לפי דברי הרמב"ם בפירוש המשנה ברור שהשבועה לא תועיל לשומר אם אין לו רשות למסור. בנוסף, גם בהלכות לא מזכיר הרמב"ם שום אפשרות שהשומר הראשון ישבע.
7. התלבטות זו תלויה בלשון הרמב"ם - האם המילים 'אלא אם כן' מוסבות על ה'חייב לשלם' או על 'הרי זה פושע'.
8. כאפשרות השנייה פירש גם הרב יונתן רוזין בשיעורו הכללי בישיבה.
9. כך מקשה גם הרב משה בלייכר בספרו 'עמק חברון' (תשס"ג) עמ' רלב ד"ה "עוד".
10. את ההלכה שם פותח הרמב"ם בכלל שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, דבר המעצים את הקושי. כך הקשה גם הלחם משנה (הלכות שכירות א, ד ד"ה עבר).

ההיגיון העומד מאחורי הלכה זו פשוט – לשומר יש חובה לדאוג לשמירת הפיקדון. כל עוד לא התברר לנו ששמר בצורה טובה, אנו מניחים שהוא פשע. לאחר שמתברר לנו על ידי עדים שהשומר השני שמר כראוי, אנו מגלים שבמסירה לא הייתה כלל פשיעה, שכן השומר השני שימש ככספת טובה של הראשון. עצם המסירה אינה פשיעה, אך השומר הראשון אינו נאמן בשבועה כיוון שבמסירתו לשומר אחר הוא פוגע באמון של המפקיד. השבועה נובעת מהאמון הקיים בין המפקיד לשומר, וכאשר השומר מפסיק להתנהג כשומר האמון מופר ואין באפשרותו להיפטר בשבועה<sup>11</sup>. הפסקת ההתנהגות כשומר אינה מפקיעה את מעמדו כשומר ומשנה את החיובים אלא רק מונעת ממנו להישבע, ולכן הוא יכול להיפטר באמצעות עדים.

מתוך דברינו יוצא שהרמב"ם מסביר את שיטת רבא, אשר נפסקה להלכה, באופן דומה לעיקרון העומד מאחורי ההסבר של הרמב"ן לשיטת רבי יוחנן – השומר הפסיק להתנהג כשומר. אלא שכאן יש הבדל עקרוני – לשיטת הרמב"ם, כאשר שומר מפסיק להתנהג כשומר הוא אינו יכול להישבע, אך הוא אינו מתחייב על הפיקדון. מאידך, לשיטת הרמב"ן, כאשר שומר מפסיק להתנהג כשומר הוא משנה את מעמדו המשפטי ומוגדר כגזלן. הרמב"ם אינו מוכן לקבל שההתנהגות של השומר תשפיע על מעמדו המשפטי ותחייב אותו כגזלן.

### תחילתו בפשיעה וסופו באונס

המקור לדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא סוגיית 'צריפא דאורכני' (מב, א). שומר חנם שמקבל כסף בפיקדון ובמקום להטמינו בקרקע מחביא אותו בתוך צריף פושע בשמירתו. אמנם הצריף הוא מקום בטוח כקרקע לעניין גנבה, אך בניגוד לקרקע הצריף אינו מוגן מפני שריפות. הגמרא דנה מה יקרה אם הכסף ייגנב מהצריף. מצד אחד, השומר שמר כראוי מפני גנבה, אך מצד שני, השמירה בצריף אינה שמירה טובה מפני שריפות ואם השומר היה מטמין את הכסף בקרקע כנדרש הגנבים שהגיעו לצריף לא היו גונבים אותו. הגמרא מגדירה מקרה זה כתחילתו בפשיעה וסופו באונס ומביאה מחלוקת האם פטור או חייב. להלכה פוסקת הגמרא שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב.

### סיבת החיוב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס

מצאנו בראשונים מחלוקת מדוע השומר מתחייב במקרה של תחילתו בפשיעה וסופו באונס. נראה שמחלוקת זו תלויה בשאלה האם השומר משנה את מעמדו המשפטי בעת שמפסיק לשמור ובעקבות כך מתחייב אף על אונסים.

11. גם אם לבסוף יתברר שהשומר השני שמר כראוי, עדיין השומר הראשון הפסיק להתנהג כשומר ופגע באמון המפקיד, שהרי היה אסור לו למסור את הפיקדון לשומר אחר (ברמב"ם הלכות שכירות א, ד).

**שינוי במעמד השומר**

הרשב"א<sup>12</sup> (לו, ב) מסביר את סיבת החיוב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס:

פשיעה בשמירה היא ולא דידה היא למיקם ברשותיה לכלהו אונסין אלא לאונסין שבאו מחמת אותה פשיעה.

הרשב"א מבין שהפשיעה משנה את מעמד השומר וגורמת לו להתחייב גם על מקרי אונס. ניתן להסביר ששינוי מעמד השומר נובע מכך שהפסיק להתנהג כשומר והתנהג כבעלים. בעקבות כך הפיקדון נכנס תחת אחריות השומר באופן מלא, כפי שהוא תחת הבעלים, לכל הפחות למקרים הנובעים מפשיעתו.

**חיוב על הפשיעה**

תוספות רבנו פרץ מבאר שאנו מסתכלים על האונס כהמשך הפשיעה, התוצאה שלה:

מאן דמחייב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס עביד ליה כאלו היה סופו באותו סגנון דהוי אפשיעתו<sup>13</sup>.

(שיטמ"ק ב"ק כג, א)

אבל יצאת ממילא לאגם מעיקרא פשע בה תלינן כל ריעותא דאיכא למיתלי דשמא הבלא דאגמא קטלה והוה ליה כולה פשיעותא ומשום הכי חייב.

(שיטה מקובצת לו, ב)

במקרה אונס רגיל השומר פטור כיון שאין לו אחריות על כך, אך כשהשומר פושע ומתנהג בחוסר אחריות, כל מקרה שיתכן ונובע מפשיעתו נחשב כחוסר אחריות שלו וכתוצאה של הפשיעה ולא כאונס.

התוספות וראשוני ספרד כאן הולכים לשיטתם בסוגית שומר שמסר לשומר. כפי שראינו שם, לשיטת התוספות אין אפשרות להתחייב בגלל שינוי במעמד והפיכה לגזלן, בעוד שלשיטת הרמב"ן כאשר השומר מפסיק להתנהג כשומר מעמדו משתנה לגזלן והוא מתחייב. בהתאם לכך בסוגייתנו ראשוני ספרד מפרשים שמעמדו המשפטי של השומר משתנה בעקבות פשיעתו וכעת מחייב אותו אף במקרי אונס. לעומתם, התוספות סוברים שחיובי השומר לא השתנו, אלא שהאונס אינו מוגדר כאונס במקרה זה.

12. וכן ברמב"ן (עח, א ד"ה הא) ובר"ן (עח, א ד"ה אמרי). אמנם ראה שמסבירים כך דווקא את שיטת אב"י במחלוקת שנציג בהמשך בגוף הדברים, אך נראה שעל יסוד הדברים אין מחלוקת, כפי שנראה מדברי הרשב"א.

13. אמנם הדברים נאמרו לגבי תחילתו בפשיעה וסופו באונס בחיובי נזק, אך נראה שניתן להשליך מכך גם על תחילתו בפשיעה וסופו באונס בשומרים. להרחבה בנושא זה עיין במאמרו של הרב ישי אנגלמן במעליות ל (התשע"ג) עמודים 98-125 ובייחוד בעמוד 111.

נעבור כעת לבחון סוגיה שבה באה לידי ביטוי מחלוקת הראשונים לגבי סיבת החיוב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס.

#### מחלוקת אביי ורבא

הגמרא (לו, ב) מציגה מחלוקת בין אביי לרבא במקרה ששומר פשע בשמירתו ובעקבות כך הבהמה ברחת לאגם ומתה שם במוות טבעי. אביי סובר שבמקרה זה השומר חייב ואילו רבא סובר שהוא פטור. לכאורה, נראה שזה מקרה רגיל של תחילתו בפשיעה וסופו באונס.

אולם, אביי ורבא טורחים לציין שדעותיהם נכונות ללא תלות במחלוקת האם תחילתו בפשיעה ואונס פטור או חייב. אביי סובר שאף מי שפוסק שתחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור יודה שבמקרה זה חייב כיון שחום האגם הרג את הבהמה. לעומת זאת, רבא סובר שאף מי שפוסק שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב יודה שבמקרה זה פטור. ב'צריפא דאורבני' ללא הפשיעה יתכן שהאונס לא היה מגיע, שהרי אם הכסף היה נשמר בקרקע יתכן שהגנבים שהגיעו לצריף לא היו גונבים אותו. אולם, במקרה זה, כיון שמוות טבעי לא תלוי במקום ומתרחש במידה שווה בבית ובאגם גם ללא הפשיעה האונס היה מתרחש<sup>14</sup>.

הראשונים נחלקו בהבנת שיטת אביי. הרי"ף<sup>15</sup> (כ, א) הביין שאביי מחייב מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס אף במקרה שהאונס אינו קשור כלל לפשיעה. נראה שהוא דייק זאת מלשון אביי שרק לשיטת הפוסק בתחילתו בפשיעה וסופו באונס יש צורך בטעם שהבל האגם הרג את הבהמה<sup>16</sup>. בעקבות כך ניתן להסיק שהמחייב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס יחייב אף אם ברור שהבל האגם לא הרג את הבהמה ואין קשר כלל בין הפשיעה לבין האונס. לעומתו, התוספות<sup>17</sup> (לו, א ד"ה אין) סוברים שאם אין קשר בין

14. ר"ח (לו, ב) הביין שסוגיה זו מקבילה לחלוטין למקרה של צריפא דאורבני ופוסק שהלכה במקרה זה כאביי כיון שהגמרא פסקה שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב. המאירי (לו, ב) מסביר שלפי ר"ח, דבריהם של אביי ורבא שדעותיהם נכונות ללא תלות במחלוקת על תחילתו בפשיעה הם רק חיזוק לשיטתם ובלשון המאירי 'תחבולות'. בניגוד לר"ח, כל הראשונים הבינו את הגמרא כפשטה שאין תלות בין המחלוקות.

15. וכן הרמב"ן (לו, ב ד"ה הא), הרשב"א (שם ד"ה ולענין), הר"ן (עח, א ד"ה אמרי), הנימוקי יוסף (כ, א ד"ה מה), ריב"ם (בתוספות בבא קמא נב, ב ד"ה ושכיחי), תוספות שאנץ' (מובא בשיטה מקובצת לו, ב) ותוספות רא"ש (לו, ב ד"ה דאמרי').

16. התוספות (עח, א ד"ה הוחמה), הריטב"א (לו, ב ד"ה אביי) ורבנו פרץ (שיטה מקובצת לו, ב בשם תלמיד רבנו פרץ) מעלים אפשרות לדייק כך אך לא מקבלים זאת. ריב"ם (בתוספות בבא קמא נב, ב ד"ה ושכיחי), תוספות שאנץ' (מובא בשטמ"ק לו, ב) ותוספות רא"ש (לו, ב ד"ה דאמרי') מקבלים דיוק זה.

17. וכן הריטב"א (לו, ב ד"ה אביי), רבנו פרץ (מובא בשיטה מקובצת לו, ב בשם תלמיד רבנו פרץ), תוספות תלמיד רבנו תם (בבא קמא נב, א ד"ה אי').

הפשיעה לבין האונס השומר פטור אף לאביו, ועל כן מפרשים שסברת הבלא דאגמא קטלה נדרשת גם לשיטה המחייבת בתחילתו בפשיעה וסופו באונס<sup>18</sup>. לפי הסבר זה יוצא שמחלוקת אביו ורבא היא צדדית ולא עקרונית - האם הבל האגם<sup>19</sup> גורם למיתה. מדוע התוספות לא קיבלו את האפשרות שאביו מחייב אף כאשר אין כלל קשר בין הפשיעה לבין האונס?

ניתן להבין זאת לאור מחלוקת הראשונים לגבי סיבת החיוב בתחילתו בפשיעה. לפי דעת הרשב"א, ניתן לקבל את פירוש הרי"ף ולהסביר שאביו מרחיב את חיוב הפושע גם למקרים שאינם נובעים מהפשיעה. מעמד השומר השתנה וכעת הוא מתחייב אף על מקרי אונס. לעומת זאת, לפי דעת רבנו פרץ לא ניתן לקבל את פירוש הרי"ף, שהרי במקרה שאין קשר בין הפשיעה לאונס ברור שהאונס אינו באחריות השומר ואינו תוצאה של חוסר אחריותו.

נעסוק כעת בסוגיה נוספת שבה מחלוקת זו באה לידי ביטוי ודרכה הדברים יתחדרו.

#### תחילתו בגנבה ואבדה וסופו באונס

הראשונים דנים על מקרה שהפשיעה לא הייתה גמורה ולבסוף קרה אונס. לדוגמה, שומר שכר מחויב להעביר את הבהמות אחת אחת על גשר צר, אך שומר חנינם אינו מחויב בכך (צג, ב). כיוון ששומר חנינם אינו מחויב בכך, ברור שאין זו פשיעה גמורה להעביר אותן שתים שתים, שהרי שומר חנינם מתחייב על פשיעה. הראשונים קוראים למקרה ששומר שכר התנהג כשומר חנינם 'תחילתו בגנבה ואבדה', כיוון שהשומר פשע רק כלפי החיובים המיוחדים שיש לו בתור שומר שכר. התוספות (צג, ב ד"ה אי הכי) והרמב"ן (צג, ב ד"ה אי הכי) סוברים שבמקרה של תחילתו בגנבה ואבדה וסופו באונס השומר פטור ומוכיחים זאת משיטת אביו בדף צג עמוד ב. לאור שיטת הרשב"א לגבי סיבת החיוב בתחילתו בפשיעה דין זה מובן. אמנם השומר פשע, אך הוא לא הפסיק להתנהג כשומר ולא התנהג כבעלים אלא רק כשומר חנינם ועל כן מעמדו המשפטי לא השתנה.

לעומת זאת, לשיטת רבנו פרץ ניתן להתלבט האם שומר שכר שהתנהג כשומר חנינם התנהג בצורה חסרת אחריות. נראה שהתלבטות זו תהיה תלויה בשאלה האם שומר שכר מחויב לשמור בצורה יותר טובה משומר חנינם, שהרי אם הוא מחויב בכך ולא

18. הראשונים (רשב"א לו, ב ד"ה הא, ריטב"א שם ד"ה אביו, שיטה מקובצת שם בשם תלמיד רבנו פרץ) מסבירים שמותר לשומר להוציא את הבהמה לאגם כיון שהסיכוי שהיא תמות הוא נמוך, ורק במקרה שפשע אנו תולים את המוות בפשיעה. לעומת זאת, המאירי (לו, ב ד"ה ענין וכך יוצא לפי תירוצו השני של הריטב"א שם ד"ה אביו) סובר שנחלקו אביו ורבא האם מותר להוציא את הבהמה לאגם.

19. תוספות (לו, א ד"ה אין, עח, א ד"ה רבי) מפרשים שהמחלוקת אינה דווקא באוויר של האגם, אלא תמיד אביו חושש שהמיתה נגרמה בעקבות האוויר של מקום המוות.

ביצע זאת יש בכך חוסר אחריות. אולם, אם שומר שכר אינו מחויב לשמור בצורה יותר טובה, וההבדל בינו לשומר חנם הוא רק בהיקף חובת התשלומים ולא בהיקף חובת השמירה, אין בהתנהגות כשומר חנם כלל חוסר אחריות, שהרי לא הוריד את רמת השמירה הנדרשת.

כפי שראינו, התוספות מסבירים את סיבת החיוב בתחילתו בפשיעה כרבנו פרץ, ובנוסף לכך פוסקים שתחילתו בגנבה ואבדה וסופו באונס פטור. אם כן, על מנת ששיטתם תעלה יפה, ננסה להוכיח שלשיטתם אכן שומר שכר אינו מחויב לשמור באופן טוב יותר משומר חנם. אמנם הגמרא (בבא קמא יא, ב) מגדירה שמסירה משומר חנם לשומר משכר היא העלאה בשמירה, אך תוספות (שם ד"ה דעלויי) אינם מקבלים את דברי הגמרא כפשטם ושואלים מדוע מסירה זו נחשבת כהעלאה בשמירה ומתריצים: "העילוי והגרעון הוי דשומר שכר מסר נפשו טפי לשומר משומר חנם". מדברי התוספות עולה ששומר שכר אינו חייב לשמור בצורה טובה יותר, אלא שמצוי ששומר שכר מוסר את נפשו יותר על השמירה כיוון שהוא מחויב ביותר מקרים<sup>20</sup>.

אם כן, עלה בידנו ששומר שכר שהתנהג כשומר חנם, כיון שלא פשע פשיעה גמורה אינו חייב מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. לשיטת הרמב"ן הטעם לכך הוא שהשומר שכר לא התנהג כבעלים, הפשיעה לא הייתה גמורה ועל כן מעמדו לא השתנה. לשיטת התוספות הטעם לכך הוא שמעשה זה אינו מוגדר כחוסר אחריות. אולם, ניתן לראות שהרמב"ם פסק שאף בתחילתו בגנבה ואבדה וסופו באונס חייב (שכירות ג, ט):

וכן רועה שהעביר הבהמות על הגשר ודחפה אחת מהן לחבירתה ונפלה לשבולה הנזהר הרי זה חייב שהיה לו להעבירן אחת אחת שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה והואיל ופשע בתחלה והעבירן כאחד אף על פי שנאנס בסוף בעת הנפילה הרי הוא חייב.

במקרה ששומר שכר פשע ולא העביר את הבהמות אחת אחת ונפלה אחת מהן פוסק הרמב"ם שהשומר חייב מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס<sup>21</sup>. הוא פוסק כך אף על

20. מדברי הגמרא (צג, ב) ששומר שכר צריך להעביר את הבהמות על הגשר אחת אחת אין ראייה שעליו לשמור יותר טוב, אלא רק שמתחייב גם על מקרה זה כיוון שאין הוא מוגדר כאונס.

21. הערת עורך (א.ר.): נראה שהחיוב כאן אינו מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס הרגיל, אלא שהאונס מוגדר כחלק מהפשיעה ואין כאן אונס. כלומר, הפשיעה היא הכנסת הבהמה למקום שבו השומר לא יוכל לשמור עליה היטב. מצב זה אינו דומה לא דומה לבקתה: שם השומר לא פשע כלל לגבי הגניבה אלא רק לגבי האש, וכאן הפשיעה היא לגבי הנפילה: הסיבה שהדבר מוגדר בכלל כפשיעה היא הכנסת הבהמה למצב שבו לא יוכל לשמור עליה מנפילה.

פי שבמקרה זה הפשיעה אינה גמורה, שהרי לשומר חינום מותר להעביר כך את הבהמות. כיצד מתיישב הרמב"ם עם הוכחת הראשונים משיטת אביי (צג, ב) שתחילתו בגנבה ואבדה וסופו באונס פטור?

ניתן ליישב את דברי הרמב"ם על בסיס הסבר רע"א (ל, ב כח-כט) לשיטת הרי"ף. לפי דבריו, אביי ורבא נחלקו מהי סיבת החיוב בתחילתו בפשיעה: לשיטת אביי סיבת החיוב היא השינוי במעמדו המשפטי של השומר שכעת מתחייב על מקרים נוספים, וכשיטת ראשוני ספרד. מאידך, רבא סובר שסיבת החיוב היא חוסר האחריות שבו נהג שהאונס נתפס כתוצאתו, וכשיטת רבנו פרץ. אמנם, לשיטת רבא, שנפסקה להלכה, אפילו תחילתו בגנבה ואבדה וסופו באונס חייב, שכיון שנהג בחוסר אחריות האונס נחשב כחלק מכך. כפי שראינו לעיל, לשיטת רבנו פרץ דין תחילתו בגנבה ואבדה וסופו באונס תלוי בשאלה האם יש לשומר שכר חובה לשמור טוב יותר משומר חינום. אם הוא חייב לשמור טוב יותר משומר חינום, הרי בכך שהתנהג כשומר חינום יש חוסר אחריות. אך אם הוא אינו חייב בכך, התנהגותו כשומר חינום אינה נחשבת כחוסר אחריות. ניתן לדייק מלשון הרמב"ם שציטטנו ששומר שכר חייב לשמור טוב יותר משומר חינום: "שאיין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה", אם כך ברור שיש חוסר אחריות בשמירה כשומר חינום ועל כן יתחייב אף בתחילתו בגנבה ואבדה וסופו באונס.

לעומת זאת, לשיטת אביי שמבססת את הדין על שינוי במעמד השומר, רק פשיעה עושה זאת ולא התנהגות כשומר חינום. לפיכך, הוכחת הראשונים משיטת אביי על דין תחילתו בגנבה נכונה, אך היא אינה מוסכמת על רבא ואינה נפסקת להלכה.

לפי דברינו שיטת הרמב"ם תואמת את שיטתו בסוגיית שומר שמסר לשומר. הרמב"ם נאמן לדרכו שאין אפשרות לשומר להפסיק להיות שומר ולהתחייב עקב כך, בניגוד לשיטת הרמב"ן והרשב"א<sup>22</sup>. בסוגיית שומר שמסר לשומר, על אף שהשומר מפסיק להתנהג כשומר מעמדו המשפטי אינו פוקע לשיטת הרמב"ם, וזאת בניגוד לשיטת הרמב"ן הסובר ששומר שמפסיק להתנהג כשומר מתחייב כגזולן. בתחילתו בפשיעה וסופו באונס סיבת החיוב לשיטת ראשוני ספרד היא שהשומר הפסיק להתנהג כשומר והפיקדון נכנס תחת אחריותו גם לעניין אונסים שקשורים לפשיעה, כלומר מעמדו

תגובת הכותב (י.ק): הפשיעה של השומר הייתה בכך שהוליד את הבהמות שתיים וסיכן אותן בנפילה מחמת הדוחק, אך האונס לבסוף היה שבהמה דחפה את חברתה. כמובן שאם בהמה הייתה נופלת בגלל הדוחק הייתה זו פשיעה רגילה.

22. אמנם ראה את פירוש הרב משה בלייכר בספרו 'עמק חברון' (התשס"ג) עמודים רלב-רלז אשר מפרש את דברי הרמב"ם בשתי הסוגיות באופן דומה להסברנו בשיטת ראשוני ספרד. על אף שהסברנו את הרמב"ם באופן אחר, העובדה שהעלה את האפשרות להתחייב בגלל הפסקת השמירה ולא מחמת החיובים הרגילים מחזקת את שיטתנו הכללית (ראה שם בעמוד רלב ד"ה "אבל" והערה ה שם).

המשפטי של השומר השתנה. הרמב"ם אינו מקבל זאת בדעת רבא וסובר שסיבת החיוב היא שהאונס מוגדר כהמשך הפשיעה וחוסר האחריות של השומר. אמנם הרמב"ם מקבל את שיטת הרמב"ן בהסבר דעת אביי. נעסוק כעת בשיטת הרמב"ם בשליחות יד, אשר ממנה עולה לכאורה סתירה לשיטתו וראיה שקיימת אפשרות להתחייב מצד הפסקת השמירה ושינוי המעמד המשפטי.

## שליחות יד

### מבוא

סוגית שליחות יד מורכבות מאוד ואין בכוונתנו להיכנס לכל פרטיה. נתמקד רק בנקודה מסוימת בשיטת הרמב"ם. יש מחלוקת על הגדרת שליחות יד, אך בפשטות ניתן לומר שהכוונה למקרה שבו השומר לוקח לעצמו את הפיקדון ועל כן מתחייב באונסיו<sup>23</sup>.

על מנת לדרון בשיטת הרמב"ם יש להקדים שני דינים בסיסיים בשליחות יד:

- א. במשנה (ג, יב) נחלקו בית הלל ובית שמאי האם בשביל להתחייב בשליחות יד צריך לכצע מעשה קניין בפיקדון. לדעת בית שמאי מספיקה מחשבה בלבד, ואילו לשיטת בית הלל צריך להגביה. להלכה נפסק כדעת בית הלל (רמב"ם גולה ואבדה ג, יא).
- ב. רב ולוי נחלקו האם שליחות יד צריכה חיסרון (מא, א)<sup>24</sup>. להלכה נפסק כשיטת לוי, ששליחות יד אינה צריכה חיסרון (רמב"ם שם).

### סוגית הגמרא ושיטת הרמב"ם

המשנה (מג, ב) מחלקת בין שני מקרים - כאשר הגביה את החבית ונטל ממנה יין, מתחייב על כל החבית, אך כאשר נטל יין מהחבית ולא הגביהה מתחייב רק על היין שנטל. שמואל (מד, א) מחדש שדין המשנה שמתחייב על כל החבית כאשר הגביהה נכון אף אם לא נטל את היין בפועל ורק הגביהה על מנת ליטול. הגמרא מדייקת ששמואל סובר ששליחות יד אינה צריכה חיסרון, שהרי אם לא נטל בוודאי לא חיסר.

23. אומנם נראה שהרמב"ם סבר שהחיוב בשליחות יד הוא מטעם גזל (ועל כן הכניס דינים אלו בהלכות גזלה ואבדה), אך אין שליחות יד שווה לחלוטין לגזל בכל הדינים. לדוגמה, כפי שנראה לקמן, רב סובר שעל מנת שהשומר יתחייב בשליחות יד צריך חיסרון ולא מספיק רק מעשה קניין. ניתן להסביר שיותר קשה להגדיר שומר כגזלן מפני שהפיקדון הגיע לידו בהיתר, כפי שמפרש רש"י (מג, ב ד"ה כי).

24. ניתן להתלבט במשמעות המושג חיסרון, האם הכוונה לנטילה של הפיקדון או לכילוי, אך ברור שמי שסובר שלא צריך חיסרון לא מצריך אפילו נטילה. ניתן להוכיח זאת מכך שהגמרא (מד, א) מקשה מתוך דברי שמואל, המחייב בשליחות יד אף כשלא נטל, רק על הדעה ששליחות יד צריכה חיסרון.

הגמרא דוחה דיוק זה ומסבירה שאין צורך בנטילה במקרה זה מפני שנוח לו שהיין ישתמר בחבית<sup>25</sup>. לשיטה ששליחות יד אינה צריכה חיסרון דברי שמואל פשוטים.

רב אשי מסתפק האם דברי שמואל נכונים גם במקרה בו הגביה ארנק על מנת ליטול דינר מתוכו והגמרא נשאת בתיקו. בפשטות, השאלה היא האם גם במקרה זה נוח לו שהדינר ישתמר אגב שאר הדינרים וממילא יתחייב גם ללא נטילה אף לשיטה ששליחות יד צריכה חיסרון. על פניו דברי רב אשי נאמרו רק על הצד ששליחות יד צריכה חיסרון, אך לשיטה ששליחות יד אינה צריכה חיסרון פשוט שיתחייב במקרה זה. ממילא כיון שאנו פוסקים להלכה ששליחות יד אינה צריכה חיסרון אין כל מקום להסתפקות של רב אשי להלכה<sup>26</sup>.

על כן קשה מדוע הרמב"ם הביא הסתפקות זו להלכה (גולה ואבדה ג, יב) על אף שפוסק ששליחות יד אינה צריכה חיסרון<sup>27</sup>:

הגביה את החבית ליטול ממנה רביעית נתחייב באונסיה אף על פי שלא נטל, אבל אם הגביה את הכיס ליטול ממנו דינר וכיוצא בכיס מדברים שאינן גוף אחד הרי זה ספק אם נתחייב בכל הכיס או לא נתחייב אלא בדינר בלבד.

יש לעמוד על שתי בעיות נוספות בהלכה זו ברמב"ם. הראשונה, מדוע בכלל הביא הרמב"ם את דברי שמואל על החבית, הרי כבר בהלכה י"א פסק ששליחות יד אינה צריכה חיסרון ואם כן אין כל חידוש במקרה זה. הבעיה השנייה, הרמב"ם מרחיב את ההסתפקות של רב אשי לכל המקרים בהם הפיקדון אינו גוף אחד, ויש להבין מה פשר הרחבה זו.

על מנת להסביר את שיטת הרמב"ם יש לעמוד על דיוק בלשון הגמרא. כאשר הגמרא מעמידה את דברי שמואל אף לשיטה ששליחות יד צריכה חיסרון היא מנמקת זאת בכך ש"ניחא ליה דתיהוי הא חבית כולה בסיס להא רביעית". לעומת זאת, כאשר הגמרא מציגה את צדדי הספק של רב אשי, היא מסבירה שהסיבה שחייבים בחבית היא ש"חמרא הוא דלא מינטר אלא אגב חמרא". נראה להציע שאלו שני מושגים נפרדים המתייחסים לדיונים שונים. המושג הראשון, "ניחא ליה דתיהוי הא חבית כולה בסיס להא רביעית", פוטר את בעיית החיסרון לשיטה ששליחות יד צריכה חיסרון. המושג השני, "חמרא הוא דלא מינטר אלא אגב חמרא", מתייחס לדין נפרד

25. נחלקו הראשונים בביאור הגמרא, הצגנו את ההבנה העולה מפשט הגמרא. עיין רש"י (מד, א ד"ה דניחא ליה) וריטב"א (שם ד"ה והא וד"ה והקשו).

26. הרי"ף (כה, א) הביא את דברי שמואל אך השמיט את ההסתפקות של רב אשי ומוכח שהבין כך את הגמרא.

27. קושיה זו הקשה הראב"ד על אתר. לתירוצים נוספים על קושיה זו עיין במגיד משנה ובמרכבת המשנה על אתר.

לחלוטין ששייך אף לשיטה ששליחות יד אינה צריכה חיסרון. נבאר כעת מהו אותו דיון.

שמואל אומר שעל אף שהשומר תכנן ליטול רק חלק מהיין שבחבית, הוא מתחייב על כולה. מדוע כאשר השומר שולח יד רק בחלק מהפיקדון הוא מתחייב על כולו? הרי ניתן היה לומר שאין כל קשר בין החלקים השונים בפיקדון והשומר יתחייב רק על החלק ששלח בו יד.

כדי להבין נקודה זו יש להעמיק ביסוד החיוב בשליחות יד. כאשר אדם שולח יד בפיקדון, הוא מפסיק את השמירה עליו ועל כן הוא מתחייב. במקרה שהפיקדון אינו בר חלוקה, כמו בהמה, מובן שהשמירה עליו היא שמירה אחת ואם שולח יד בחלקו מפסיק את השמירה על כולו. מאידך, במקרה שאין כל קשר בין חלקי הפיקדון, כגון שתי בהמות, על כל בהמה יש שמירה בפני עצמה וכאשר הפסיק את השמירה על אחת לא פגע בשמירה על השנייה.

שמואל מחדש שבחבית, מאחר שהיין נשמר רק אגב שאר היין, השמירה על כל החבית היא שמירה אחת והפסקת השמירה על חלקה היא הפסקת השמירה על כולה. רב אשי מסתפק האם עיקרון זה נכון גם במקרה של ארנק. מצד אחד, יש יתרון בשמירה על דינרים מרובים וייתכן שגם במקרה זה השמירה היא אחת.<sup>28</sup> מצד שני, ניתן לשמור על כל דינר בנפרד ולכן אפשר לומר שאלו שמירות נפרדות.<sup>29</sup>

לאור דברינו מובן מדוע הרמב"ם פסק את ההסתפקות של רב אשי על אף פסיקתו ששליחות אינה צריכה חיסרון, שכן גם לפי הלכה זו עדיין ניתן להתלבט האם כאשר שולח יד בחלק מהפיקדון מתחייב על כולו במקרה שהפיקדון איננו גוף אחד. בנוסף, מובן מדוע הרמב"ם פסק את דברי שמואל, שהרי מתחדש בהם שמתחייב על כל החבית אף על פי ששלח יד רק בחלקה.

יש לעמוד על נקודה נוספת בדברי הרמב"ם. הרמב"ם מביא את ההסתפקות של רב אשי רק במקרה שלא נטל בפועל דינר, אלא רק התכוון ליטול. משמע מדבריו שכאשר נטל בפועל אין מקום להסתפקות וברור שמתחייב על הכל (דיוק זה נכון גם בדברי רב אשי עצמו). לפי דברינו, לא מובן מדוע ברור שמתחייב על כל הפיקדון, הרי הפסיק את השמירה רק על חלקו.

ניתן להציע הבחנה בין שני מושגים. עד כה עסקנו בשמירה (בחפצא) על הפיקדון וביארנו שבחפצים שאינם גוף אחד הפסקת השמירה על חלק אחד של החפץ אינה

28. המאירי (מג, ב ד"ה הגביהה) מסביר שההסתפקות איננה דווקא על דינר, אלא בכל מקרה יש יתרון כאשר שומר על דבר מרובה, כיון שישקיע יותר בשמירה עליו: "מ"מ אדם רגיל לעשות שמירה מעולה בהרבה יותר מבמועט". לפיכך ניתן להבין מדוע הרמב"ם הרחיב את ההסתפקות של רב אשי לכל מקרה שהפיקדון איננו גוף אחד.

29. בדרך דומה הולכים הנתיבות (ביאורים רצב ד) ואבן האזל (גולה ואבדה ג, יב).

בהכרח הפסקת השמירה על כולו, כיון שיייתכן שהשמירה היא על כל חלק בנפרד. אך נראה שקיים מושג נוסף - מעמדו של הנפקד כשומר (בגברא). כאשר הנפקד מקבל פיקדון שאינו גוף אחד, ייתכן שהשמירה על כל חלק היא שמירה בפני עצמה, אך כל השמירות הנפרדות הללו נובעות מהגדרתו כשומר. כאשר הנפקד מתכוון ליטול חלק הוא מפסיק את השמירה על אותו החלק (ואולי על כל הפיקדון, אם השמירה היא אחת), אך הוא אינו מפקיע את מעמדו כשומר, שכן אין במחשבה בלבד כדי להפקיע את הגדרתו כשומר. לעומת זאת, כאשר השומר נוטל חלק בפועל לעצמו, הוא מוגדר כגזלן והגדרה זו מפקיעה את מעמדו כשומר, ועל כן הוא מתחייב על כל הפיקדון<sup>30</sup>.

לפי דברינו יוצא שהסיבה שהשומר מתחייב בשליחות יד על כל הדינרים היא מפני שהפסיק את השמירה<sup>31</sup>. אמנם, אם נסביר כך תצא לנו סתירה בשיטת הרמב"ם, שהרי ראינו בסוגית שומר שמסר לשומר שלשיטתו אין אפשרות לשומר להפקיע את מעמדו המשפטי. נראה להסביר שיש הבדל בין מקרה ששומר מפסיק להתנהג מבחינה מציאותית כשומר לבין מקרה שהוא מוגדר כגזלן. כאשר שומר מוסר את הפיקדון לאדם אחר הוא מפסיק להתנהג כשומר מבחינה מציאותית, אך כפי שראינו אין בכך כדי להפקיע את מעמדו כשומר מבחינה משפטית ועל כן אין במעשה זה סיבה לחייבו. לעומת זאת, כאשר השומר מוגדר כגזלן הוא מתחייב על כל הפיקדון, כיון שבמקרה זה מעמדו המשפטי כשומר פוקע. מעשה מציאותי אמנם אינו מפקיע את מעמדו המשפטי, אך מעמד משפטי אחר, גזלן, בהחלט כן. כיון שלא ייתכן שיהיה מעמד משפטי של גזלן ושומר ביחד, שהרי הם סותרים זה את זה ואינם יכולים לרור בכפיפה אחת, כאשר השומר מוגדר כגזלן מעמדו כשומר פוקע ועל כן חייב על כל הפיקדון.

### סיכום ומסקנות

במאמר זה הצגנו מחלוקת שיטתית בין ראשוני ספרד לבין הרמב"ם, רש"י ובעלי התוספות. לשיטת ראשוני ספרד כאשר השומר מפסיק להתנהג כשומר מעמדו המשפטי משתנה, דבר המוביל להרחבת חיוביו. הוכחנו זאת מהסבר ראשוני ספרד לשיטת רבי יוחנן בשומר שמסר לשומר ומהסברם לסיבת החיוב בתחילתו בפשיעה

30. כמובן שאם יופקדו שני חפצים בזמנים שונים אם הנפקד ישלח יד באחד לא יתחייב על השני כיון שעל כל פיקדון הייתה העמדה נפרדת כשומר. יש להתלבט מה הדין כאשר יופקדו שני חפצים שאין ביניהם קשר בבת אחת. האם זו אותה העמדה כשומר או שאלו שתי העמדות שונות.

31. על מה שנטל או התכוון ליטול הוא מתחייב משום שגזל, אך על שאר הפיקדון (במקרה שנטל או במקרה שהפיקדון הוא גוף אחד) מתחייב כיון שהפסיק את השמירה.

וסופו באונס. בשני המקרים ראשוני ספרד מפרשים שהמעמד של השומר השתנה לגזלן ובעקבות זאת הוא מתחייב אף על אונסים.

לעומת זאת, הראשונים האשכנזיים והרמב"ם אינם מקבלים הסברים אלו, ומפרשים את דעת ר' יוחנן בסוגיית שומר שמסר לשומר מדין פשיעה המוכר, ומבארים כי החיוב בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס נובע מכך שהאונס מוגדר כהמשך הפשיעה. אמנם, הרמב"ם מודה לראשוני ספרד שכאשר השומר מוגדר משפטית כגזלן, כגון ששולח יד ונוטל חלק מהפיקדון, מעמדו המשפטי כשומר פוקע ועל כן יתחייב על שאר הפיקדון.