

גדרי חיובי השומרים בסוגיה דכיצד הלה עושה

(ב"מ דף לה, ב)

מוקדש לזכרם של תלמידי הישיבה היקרים — שלמה סולומוביץ ומשולם שורץ — אשר עלו בסערה השמימה במלחמת יום הכיפורים. במחיצתם נתחדשו ונתבהרו דברים בסוגיות אלו, ומתוכן נפרדנו.

תוכן הדברים

1. הקשיים בסוגיה

- א. מאי טעמא דר' יוסי.
 - (1) הלא השוכר ששילם שכר זכות שימוש השאיל זכותו זאת חנם לשואל ולכן השואל שכל ההנאה שלו התחייב כלפיו.
 - (2) למה לא יאמר השואל למשכיר — 'לאו בעל דברים דידי את'.
- ב. אמר ליה רב אידי בר אבין לאביי ולימא ליה וכו' דל אנת ודל שבועתך וכו'.
 - (1) תמוהה הטענה: 'דל אנת ודל שבועתך', דבמה נפגמת זכותו של השוכר בכך שהמשכיר ויתר לו על שבועתו.
 - (2) באיזו טענה יבוא המשכיר לשואל שאינו בעל דברים שלו כלל.
 - (3) לא מובן כלל התירוץ של אביי 'מי סברת בשבועה הוא דקני במיתה הוא דקני'.
- ג. בשיטת הרמב"ן בסוגיה דשוש"ל^ש, שם הוא נקט דגם האחריות עוברת אל השומר השני ובאם פשע פטור הראשון, מבואר דהברירה בידי הראשון להעביר את התביעה אל השומר השני או להיתבע על ידי המפקיד ואחר כך לתבוע מהשומר השני וכדשנינו במשנתנו 'ישבע השוכר' וכו'. וקשה, כיצד ייתכן דין כזה, דאם אמנם גם לדעת הרמב"ן תיתכן מעיקרא העברת שמירה ללא העברת אחריות, אבל היאך יובן דהדבר תלוי ועומד עד שעת התביעה.

2. 4 קושיות בגדר חיובי השומרים

- א. קושיית הגרעק"א בבבא מציעא דף מח, א בתוספות ד"ה 'זהא בעי' על הא דגרסינן 'כשם שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים'. וקשה מה טיבו של קניין משיכה, הא הוא אינו זוכה כלום, ולהיפך — המפקיד היה צריך לעשות קניין על מנת לחייב את השומר ולזכות בחיובו.

ב. גרסינו בבבא מציעא דף צד, א "ומתנה שומר שכר להיות כשואל, במאי, בדברים?
אמר שמואל בקנו מידו" וכו', עיין שם. וקשה, למה קניין מיוחד ולמה לא יוכל
להתחייב השואל בקניין השומרים הרגיל.

ג. בבבא מציעא דף נח, א מבואר דקרקעות עבדים ושטרות נתמעטו מדיני שמירה, ברם
אם קנו מידו מתחייב באחריות. וקשה למה לן לקניין מיוחד, דהא בלי קניין כלל אינו
מתחייב גם במלטלטלין ואם עשה קניין השומרים שוב יתחייב על ידו גם בקרקעות.
ד. בבבא מציעא דף מב, א בסוגיה דההוא אפוטרופא מבואר בחידושי הרישב"א
החדשים, דאין אדם יכול למנות שומר ולחייבו באחריות אלא על דבר שהוא שלו.
וקשה מאי טעמא?

3. גדר חיובי השומרים

א. מחלקת רש"י ורמב"ם עם התוספות והרא"ש בכלל של תיקנו משיכה בשומרים.

לרש"י ולרמב"ם הקניין בא לחייב את השומר באחריות.

לתוספות ולרא"ש למנוע מהמשאיל ומהמשכיר חזרה.

ב. קושיית הרא"ש וסברתו הגדולה

הקושיה: הלא גרסינו דהנח לפני — שומר היגם בלי קניין כלל.

סברתו: וז"ל: "וסברא גדולה לחלק בין חזרה לאונסין וכו' אבל לענין אונסין מיד

שפילק בעל הבחמה שמירתו מעליה מרעת השומר כמה לה ברשות השומר לשומרה".

ג. הגדר של סילוק שמירת הבעלים לפי המחנה אפרים והקהילות יעקב

למחנה אפרים: (הלכות שומרים סי' ז) מדיני ערב או מדינא דגרמי וכמראה דינר
לשולחני.

לקהילות יעקב: (בבא מציעא סי' לד) חיובו מדין מזיק דחידוש התורה מחייבו אהאי
גרמא שפילק שמירתו.

ד. סילוק שמירת הבעלים — הלכה מיוחדת

כשם שקיימת הלכה של שמירת נזקי ממונו ואחריותו עליהם וכדשנינו 'ארבעה אבות
בזיקין', הכי נמי קיימת הלכה בשומרים של חיוב שמירה ואחריות כשפילק שמירת
הבעלים.

4. ישוב הקושיות בגדר חיובי השומרים

א. גם לרמב"ם ולרש"י הרי מדין התורה מתחייב השומר באחריות בעקב סילוק

שמירת הבעלים. תקנת חכמים באה לקבוע את הרגע הברור של סילוק שמירת הבעלים

— רגע הקניין, ומיושבת קושיית הגרעק"א — משיכת השומר קובעת את רגע סילוק
שמירת הבעלים.

ב. מתנה שומר שכר להיות כשואל כשקנה מידו.

קניין השומרים הקובע סילוק שמירת הבעלים אינו יכול לחייבו אלא בגדר ההלכה

שנשנתה בתורה כל שומר כדינו, באם הוא רוצה לחייב את השומר מעל לדינו, על המפקיד לעשות קניין שיזכה בו התחייבות נוספת וכקושיית הגרעק"א.
ג. אין חיובי שומרים בקעו"ש אלא בקנו מידו, קניין השומרים הרגיל שהשומר עושה בחפץ וכגון חזקה בקרקע הקובע את סילוק שמירת הבעלים לא נשנה בקעו"ש ולכן בעיני קניין סודר שעל ידו יתחייב השומר כלפי המפקיד וכקושיית הגרעק"א.
ד. חידוש הריטב"א, דאין אדם ממנה שומר אלא על פי הבעלים תוצאה ישירה מגדר חיובי השומרים שהוא סילוק שמירת הבעלים ובמקרה זה הרי לא סולקה שמירת הבעלים על ידו כלל.

5. ישוב הקושיות בסוגיה 'דכיצר הלה עושה סחורה בפרתו של חברו'

- א. ההבדל בין שומר שממנה שומר לאדם זר שמסר לשומר שהוא בתרתי. האחת: השומר הראשון הוא שלוחם של הבעלים, ידו כידם, ובסילוק שמירתו מסולקת שמירת הבעלים על ידי השומר השני. והשנית: לשומר הראשון זיקה עצמית לחפץ על ידי חיוביו לשמירה ולאחריות ומשום כך מזכותו למנות שומר באופן שסילוק שמירתו של הראשון מחייבת את השני כלפיו בכל הלכות שומרים.
ב. ביאור המחלוקת בין רבנן לר' יוסי והסבר לשיטת הרמב"ן.
לר' יוסי: הגורם הראשון קובע דהוא הבעלים העיקרי ועל כן השומר השני הוא שומרם של הבעלים.
לרבנן: שני הגורמים קיימים ומזכותו של השומר הראשון להעביר את התביעה אל השני שסילק את שמירתו בהסכמתם של הבעלים. או להיתבע על ידי הבעלים ולתבוע את השומר השני על יסוד זיקתו לחפץ הני"ל.
נקודת המחלוקת ביניהם: לרבנן הברירה בידי השומר הראשון להעביר את התביעה או להיתבע ואילו לר' יוסי הברירה היא בידי הבעלים לתבוע את הראשון או את השני, דכיצר הלה עושה סחורה וכו'.

6. דרכו של החזון איש בביאור הסוגיה.

7. דרכו של הגאון ר' שמעון שקופ בביאור הסוגיה.

8. דיון בדברי האור שמח בהלכות שכירות ה' 1.

שנינו: "השוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ומתה כדרכה, ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר. אמר ר' יוסי, כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, אלא תחזור פרה לבעלים".

והנה לכאורה טעמם של רבנן מאד מבואר, דהלא השוכר שילם עבור זכות שימוש בפרה ולכן אין דינו אלא כשומר שכר. אבל השואל, שזכות שימוש זו קיבל חינם וכל ההנאה שלו, מן הדין שיתחייב באונסין. ומכיוון שהשוכר הוא שנתן לו זכות זו עבורה שילם, בחינם, מן הדין שחייב האונסין של השואל ישלם לו. טענתו של ר' יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, אינה מובנת כלל.

בר מן דין קשה, באיזה טענה יבוא המשכיר אל השואל, ולמה לא יטען השואל כלפיו — לאו בעל דברים דידי את!

גרסינן: "אמר ליה רב אידי בר אבין לאבבי, ולימא ליה משכיר לשוכר, דל אנת ודל שבועתך ונאנא משתעינא דינא בהדי שואל: אמר ליה אבבי, מי סברת בשבועה הוא דקני, במיתה הוא דקני, ושבועה כדי להפיס דעתו של בעל הבית".

תמוהה מאד כל סוגיית הגמרא, דנראה דמוסבר לה שפיר דעתו של ר' יוסי ומקשה על דעתם של רבנן, והלא לכאורה דברי ר' יוסי הם הטעונים הסבר. אין מובנת לנו כלל טענתו של רב אידי בר אבין דל אנת ודל שבועתך, דכמה נפגמת זכותו של השוכר בכך שהמשכיר ויתר לו על חיוב השבועה. גם אין מובן לנו כלל, באיזו טענה יבוא המשכיר אל השואל שאינו בעל דברים שלו כלל. באותה מידה אין מובנת לנו כלל תשובתו של אבבי, מי סברת בשבועה הוא דקני במיתה הוא דקני, מה היא הזכות שהוא קונה בפרתו המתה, כיצד נקנית לו זכות זו ומה עניינה לגבי זכותו בחיוב האונסין הנובע מהשאלת זכות שימוש לשואל בפרה החיה.

הרמב"ן הנוקט דשול"ש בגוונא דהוא פטור, הפטור הוא גם במקרה שהשומר השני פשע, דהן חיוב השמירה והן חיוב האחריות עברו אל השומר השני העומד לגמרי במקום הראשון וכלשונו אוקמית גברא בחריקאי, תמה על שיטתו מהא דלרבנן השואל משלם לשוכר ואמאי הלא בשול"ש עומד השני לגמרי במקום הראשון. וז"ל: "ואי קשיא לך אי הכי היכי תנן והשואל משלם לשוכר לבעלים בעי שלומי". ומתריץ הרמב"ן: "לאו מילתא היא, דכיון דהראשון ניהא ליה לאשתעויי דינא בהדי בעלים מצי עביד הכי דלדידיה אפקיד... אבל היכא דא"ל ראשון זיל אישתעי דינא בהדי שני לא מצי בעלים למימר ליה לאו בעל דברים דידי הוא".

הווי אומר, בדדידיה דהשומר הראשון הוא להעביר את התביעה אל השני או להיתבע על ידי המפקיד ואחר כך לתבוע מהשומר השני וכדשנינו במתניתין "ישבע השוכר" וכו'.

וקשה, כיצד ייתכן דין זה, דאם אמנם גם לדעת הרמב"ן תיתכן מעיקרא העברת שמירה ללא העברת אחריות, דבעת המסירה הוא יכול להתנות ולקבוע, האם העביר גם את האחריות או דהאחריות נשארה אצלו והשומר השני אחראי כלפיו, אבל היאך ייתכן דהדבר תלוי ועומד ונקבע לפי החלטתו שבעת התביעה.

סוגיה זו תתבאר לנו עם בירור גדרי חיובי השומרים בסוגיות הגמרא ובדברי הראשונים. גרסינו בבבא קמא דף עט: "אמר ר' אלעזר, כשם שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים". והנה תקנה זו תמוהה מאד, דהא משיכה בלקוחות משמעותה שעל ידי משיכת החפץ מרשותו של המוכר, הלוקח זוכה בבעלות מאת המוכר, ואם כן בשומרים, שהמפקיד הוא הרוצה לזכות בדיני השמירה מהשומר ולהליבו לשמירה ולאחריות, היה מן הדין שהמפקיד יהיה העושה מעשה הקניין, וכיצד יובן הדבר שמשרכת השומר זוכה את המפקיד בחיובי השמירה שבהם מתחייב השומר כלפיו.

ועיין בחידושי הגאון ר' עקיבא איגר, בבא מציעא דף מח, א, דמתמה כן זו"ל: "בתוס' ד"ה והא בעי למימשך תספורת וכו', ונלענ"ד דכל קנין משיכה, אין המשיכה עושה קנין להתחייבות המושך, אלא דהמשיכה עושה שיזכה בדבר המושך, וממילא מתחייב בתשלומיה וכו', ובאמת מהאי טעמא אינו מובן כראוי לשיטת הסוברים (עיין ח"מ סי' רצ"א) דשומר לא נתחייב בשמירה, אלא אם עשה איוה קנין, חצר או ד"א או משיכה, ואינו מבין מה טיבו של קנין משיכה בש"ח, הא הוא אינו זוכה כלום במשיכה זו, ובמה יתחייב במשיכה". עינין שם.

ועוד קשה, דבבבא מציעא דף צד, א איתא: "תנא, ומתנה שומר שכר להיות כשואל", ופריך בגמרא: "במאן בדברים? ומשני — אמר שמואל בשקנו מידו, ור' יוחנן אמר, אפילו תימא בשלא קנו מידו, בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא — גמיר ומשעביד נפשיה". עינין שם.

וקשה: למה לן לקניין מיוחד, דקנו מידו או לקניין של בההיא הנאה, הא קיימא לן, כשם שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים. אם כן, בהאי משיכה גופא, דמתחייב השומר בדינו יתחייב בהתאם להתנאתו, ולמה לן לקניין מיוחד? וכהאי גוונא יש לתמוה בסוגיית הגמרא בבבא מציעא דף נח, א. דמבואר שם דקרקעות עבדים ושטרות דנתמעטו משמירה, אם קנו מידו תו מתחייב באחריות, ולמה לן לקניין מיוחד, ולמה לא תסגי בקניין השומרים. אלא דלפי זה תתעורר תימה רבתי. דאם כן, אודה לה כל האי דינא דמיעוט קרקעות עבדים ושטרות משמירה, דהא אין חיוב שמירה בלי קניין, ובהכרח דמיירי בהחזיק בקרקע, ובעבד ועשה מעשה קניין בשטר. ואמנם ב'קצות החושן' סי' רצא מתמה: למה לן קרא למיעוטי שטרות משמירה, והלא שטרות אין נקנין במשיכה, וממילא לא יתכנו דיני שמירה בהם (עיין בנתיבות שם, דמתרץ קושיית 'קצות החושן'). ואם כן, למה לא יתחייב בשמירה מכח הקניין, וכדין קנו מידו.

תמיהה נוספת לנו, דהנה בסוגיה דההוא אפוטרופא דיתמי דזבן להו. תורא ליתמי, לקמן דף מב, ב, מבואר בריטב"א דרק מסירת הבעלים או השוכר או השומר מחייבת באחריות שמירה, אך אין אדם יכול לחייב מישהו בחיובי השומרים, מבלי היותו הבעלים על החפץ או שוכרו או שומרו.

וז"ל בד"ה 'אלא מאן קא טעין': "והקשה רש"י. מה לו לספסירא עם רועה, שהרי לא שומר שלו הוא. ותירץ: כיון דפרה דבעלים היא, ובקרא ש"ש דיתמי, הלי בעלים

עומדים במקום היתומים, וכהיא דקאמר ר' יוסי תחזור פרה לבעלים הראשונים דכיון דשוכר יש לו דין על השואל לגבות ממנו, יעמדו הבעלים הראשונים במקומו של שוכר וגובין מן השואל. ואיכא למידק, דהתם הוא שהראשון הוא היה שומר של הבעלים, ושלוחו חשוב לפני שומר שני, אבל הכא כיון דמקח טעות הוא, אין האפוסטרופוס שומר על ספסירא כלל ולא שלוחו, והרי זה כאדם שאמר לרועה: שמור פרה של פלוני, שאין הרועה נעשה שומר כלל. וי"ל, דכל מקח טעות וכו' הרי נעשה לוקח שומר עליו וכו', אלא דהכא דיו שהוא כש"ח וכו' ונתקיים תירוץ רש"י ז"ל יפה". עיין בחידושי הריטב"א החדשים.

וכן נראה גם סברת התוספות, ד"ה 'הכא בספסירא', דהסבירו דהספק של היכי גדינה וכו' היה דאולי רק לגבי שוכר בשנתה ההלכה, דשוכר שייך בגוף הפרה, אבל יתמי, דאין להם בגוף השור, איך יעמוד הספסירא במקומם. עיין שם, הווי אומר, דהספק היה — האם גם שומר יכול להעמיד שומר, והספק נפשט, דגם שומר נחשב לבעל הרשות, ובהעברתו את החפץ לרשות השומר הוא מטיל עליו חובת שמירה. הנחה זו דאין אדם יכול למנות שומר על חפץ שאינו שלו לכאורה תמוהה מאד וטעונה הסבר.

ג

מצאנו שלוש שיטות בהבנת ההלכה דתיקנו משיכה בשומרים. שיטת רש"י והרמב"ם היא, דתיקנו משיכה בשומרין לחייבם בשמירה ובאחריות. וז"ל רש"י בבבא קמא עט, א: "תקנו משיכה בשומרין, שלא יתחייב שומר בשמירה עד שימשוך". וז"ל הרמב"ם בפירוש המשנה שם: "לימד אותנו בזאת ההלכה שני עיקרים וכו' והשני כי ארבעה שומרים אינם קונים אותו הדבר הניתן להם לשמור, ולענין שיהיו חייבים בשמירתו, ויתחייב כל אחד מהם בדינים המיוחדים להם, כמה שיתבאר, אם לא קנו אותם המטלטלין באחד מן הדרכים שנקנים בהם המטלטלין במקח וממכר, כמו שנתבאר בראשון מקדושין: וזהו מה שאמרו תקנו משיכה בשומרין כדרך שתקנו משיכה בלקוחות. ושומר זה העיקר כי הוא עיקר גדול ומועיל בדינים". עיין שם. והא דאמרינן הנח לפני שומר חנם, מפרשים הרמב"ם ורש"י, דמירי בסימטא באופן דאיכא משיכה.

ברם שיטת התוספות והרא"ש היא, דהמשיכה נתקנה לגבי חזרת המשאיל והמשכיר. וז"ל התוספות בבבא מציעא דף צט, א, ד"ה 'כך תקנו': "לא להתחייב באונסין קאמר, דהא שומר חנם בלא משיכה חייב בפשיעה כדאמרינן פרק האומנין דף פ, ב דהנח לפני שומר חנם" וכו'.

ועיין ברא"ש וז"ל: "דאמר ר' אליעזר, כדרך שתיקנו משיכה בשומרין, דמשעה שמשך לא מצי למיהדר ביה, אבל להתחייב באונסין אפילו קודם משיכה נמי, דהא ש"ח בלא משיכה מיחייב בפשיעה, כדאיתא לעיל דהנח לפני הוי ש"ח, והוא הדין שומר שכר בגניבה ואבידה, וכן שואל נמי אם אמר ליה הכישה במקל והיא תבוא, ויצאה לרשות הרבים במקום שאין משיכה קונה ויכול המשאיל לחזור בו, ולא עדיף

ממה שמשך השואל שם, ואפילו הכי נתחייב באונסין. וכן משמע לישנא דקאמר ופליגא דרבי אלעזר משמע דפליג ארב הונא דאיירי בחזרה. וסברא גדולה לחלק בין חזרה לחיוב אונסין, דלענין חזרה ברשות בעלים קיימא, כ"ז שלא עשה בה השומר דבר הקונה במקח וממכר, אבל לענין חיוב אונסין, מיד שסילק בעל הבהמה שמירתה מעליה מדעת השומר קמה לה ברשות השומר לשומרה". עיין שם.

שתי שיטות אלה מביא המחבר בחושן משפט סי' רצא, ס"ק ה וז"ל: "ויש מי שאומר שהשומר הזה מיד שקבל עליו לשמור, או שאמר הנח לפני, ונסתלקו הבעלים משמירה, חייב עליו אם פשע אע"פ שלא משך. ויש מי שאומר שאינו חייב עד שימשוך ובמקום שמישיכה קונה". עיין שם.

אך יש שיטה שלישית, והיא שיטת הר"ן בחידושו לבבא מציעא ומובאת ב'נימוקי יוסף' שם. וז"ל הר"ן בחידושו בד"ה 'כדרך שתקנו': "ואני איני אומר כן אלא ש"ש הרי הוא כפועל של בעה"ב, ומשיכתו הכלי שהוא שומר עליה הרי היא כהתחלת מלאכה, וכשם שהפועל זוכה בשכרו, משעה שהוא מתחיל במלאכה, ושוב אין בעה"ב יכול לחזור בו, כמו שכתבתי למעלה בריש האומנין, כך הוא דינו של ש"ש שהוא זוכה בשכרו משעת משיכתו של הכלי, שהוא התחלת המלאכה שלו". עיין שם.

ונראה דלשיטת הר"ן, כשם שהתחלת המלאכה מחייבת את בעל הבית בשכרו של הפועל, הוא הדין שהיא מחייבת את השומר לשמירה, והוא הדין לאחריות. לפום ריהטא שונה שיטת הר"ן הן משיטת התוספות והן משיטת רש"י והרמב"ם בכך, דלהר"ן הקובע הוא התחלת השמירה ולא דווקא על ידי משיכה, וצריכים להבין למה השמיטה המחבר.

בביאור השיטות דלעיל נלענ"ד, דהנה מסוגיית הגמרא בבבא קמא, דמיבעיא לה אי תיקנו משיכה בשומרין, ומדברי ר' אלעזר דקאמר תיקנו משיכה בשומרין, נראה דמדינא דאורייתא, לכל השיטות מתחייב השומר מרגע סילוק השמירה על ידי הבעלים, וזהו הגורם מן התורה להשתעבדות השומר הן לשמירה והן לאחריות כדיני השומרין, ומן התורה סגי בכך, בהבדל מכל פועל שאינו מתחייב לפעולה אלא על ידי התחלת הפעולה, ובהבדל מכל שעבוד שאינו חל אלא בקניין.

הא דתיקנו משיכה בשומריים, לדעת רש"י והרמב"ם, באה התקנה שלא יתחייב השומר אלא על ידי משיכה. ומאידך באם משך לבד, למרות שעדיין לא סולקה מהחפץ שמירת הבעלים, יתחייב מיד, דבכך גופא מסולקים הבעלים משמירתם. הווי אומר, דקניין המשיכה לא בא אלא לקבוע את עובדת סילוק הבעלים משמירתם בדרכי הקניינים.

וגם לשיטת הר"ן, התקנה באה לקבוע צורת התחלת מלאכת השמירה על ידי משיכת החפץ מרשותו של המפקיד בדרך קניין, ודברי הר"ן ומשיכתו הכלי שהוא שומר עליה הרי הוא כהתחלת מלאכה' מכוון לקניין המשיכה, ודו"ק.

לענ"ד נראה, דכל ההבדל בין שיטת רש"י והרמב"ם ובין שיטת הר"ן אינו אלא בכך, דלשיטתם הנידון העיקרי בשמירה היא האחריות, וחובתו של השומר לשמור נגררת כתוצאה מחובת האחריות שקיבל, ואילו לשיטת הר"ן הנידון בקביעת חיובי

השומרים היא החובה לשמור, ואילו חובת האחריות נגזרת כתוצאה מחיובו לשמור. אך גם לשיטת הר"ן בעינן משיכה במקום שמשכיכה קונה, ואם כנים אנו בהסברנו זה, הרי מבואר למה לא הביא המחבר להלכה את דעת הר"ן כדעה שלישית, דלהלכה ולמעשה אין בין שיטת הר"ן לבין שיטת רש"י והרמב"ם כל הבדל.

ועדיין חלה עלינו חובת ביאור, כיצד ובמה נוצרת השתעבדות השומר לאחריות על אבדן החפץ, כל שומר כדינו, מכח סילוק שמירת הבעלים ממנו.

עויין ב'מחנה אפרים' סי' ז' מהלכות שומרים, דנחית לברר יסוד חיוב השומרים ומכוח מה מתחייב השומר, לשיטת התוספות, דגם בלי קניין משיכה מתחייבים, ושקיל וטרי לחייבו מדין ערב שהרי על פיו של זה סמך וזרקו לים, ודוחה סברא זו להני רבוותא דמטעם ערב אין לחייבו אלא כי מטי הנאה למישהו. ושוב שקיל וטרי לחייבו מדינא דגרמי דלא גרע ממראה דינר לשולחני ונמצא שהוא רע, דחייב השולחני מדינא דגרמי, משום שעל פי השולחני סמך, והכי נמי על פיו של זה השומר סמך, וסילק שמירתו. אלא דה'מחנה אפרים' מסיק: "עדיין האי טעמא לא סגי אלא לחייבו לזה היכא דידעינן דפשע ונאבד אבל היכא דלא ידעינן אי פשע אי לא אין לנו לחייבו שבועת התורה מספק, כיון דלאו משום שומר אתה מחייבו". עיין שם.

ועיין ב'קהלות יעקב' על בבא מציעא סי' לד, דשקיל וטרי, האם חיובם של שומרים מחמת מזיק, או משום חיוב אחריות, וז"ל: "ואע"פ שלכאורה אין זה אלא גרמא וכו' מכל מקום בשומרים חייביה רחמנא יאהאי גרמא שסילק שמירתו, וע"י זה נפסד הפקדון".

ובס"ק ב מביא ראייה, דהחיוב הוא משום מזיק, מסוגיית הגמרא בבבא קמא דף י: "דילפינן מקרא ד'זהמת יהי' לו' דכתיב גבי שור נגח, שהבעלים מטפלים בנבילה, ועבדינן צריכותא ואמרין, ואי אשמועינן 'זהמת יהי' לו' משום דממונא קא מזיק, אבל הכא גבי ש"ש דבגופא קמזיק אימא לא, ופירש"י ז"ל, שומר שכר שפשע, ונטרפה ע"י זאב, כנוקי גופו חשיב ליה, שהרי היה עליו לשמרו. עכ"ל. ומוכח דדין חיוב תשלומי דשומר הוא מתורת מזיק, דאי מדין אחריות אין זה נוקי גופו כלל. עיין שם.

ולענ"ד, בשומר שכר ליכא לאתווי כלל מדין מזיק, דהא שומר שכר חייב בגניבה הקרובה לאונס, גם במקום שאדם המזיק פטור. עיין תוספות בהמניח דף כו, ב, ד"ה 'ושמואל אמר', ובשואל דחייב באונסין ודאי דלא מדין מזיק אתינן, והלא בפ"ק דבבא קמא מסקינן, דאף לשואל שמין כלשומר חנם ולשומר שכר, ולא הוזכר הגדר של מזיק בראשונים ואצל גדולי האחרונים לגבי חיובי השומר, אלא במקרה של חיוב עקב פשיעה.

ועיין ב'קצות החושן' סי' רצא ס"ק ד, דנחית לשיטת התוספות ומבאר: "ולכן נראה עיקרא דהך מילתא שחילקו בש"ס בין פשיעה למזיק, לאו משום חומרא דמזיק שחייב יותר משום דמזיק בידים, אבל פשיעה זילא ליה משום דאינו מזיק בידים, אלא משום דכל השומרין לא נתחייבו בעל כרחם, אלא משום דהתורה ירדה לסוף דעתם, דברצונם מקבלים עליהם ש"ח בדין פשיעה, וש"ש בגניבה ואבידה, וכן שואל, וכמבואר

בתוס' פרק אע"פ דף נו: עיי"ש". אך גם דברי 'קצות החושן' טעונים ביאור, דבמה חלה ההתחייבות של כל שומר כדינו ומהו הגדר הנותן תוקף לרצונו של כל שומר להתחייב.

לענ"ד נראה ביאור חיובי השומרים במיצוי סברתו הגדולה של הרא"ש וז"ל: "וסברא גדולה לחלק בין חזרה לאונסין וכו' אבל לענין אונסין מיד שסילק בעל הבהמה שמירתו מעליה מדעת השומר קמה לה ברשות השומר לשומרה". דמכיוון שכל חפצי האדם ורכושו נתונים לפיקוחו ושמירתו, הרי כשהשומר מסלק את שמירתם של הבעלים הוא מתחייב בשמירתם ובאחריותם.

הווי אומר, דגדר חיובי השומרים הוא הלכה מיוחדת הכתובה בפרשת שומרים, ואין לראותה כנובעת מדיני ההתחייבויות של ערב ולא מחיובי מזיק, דפרשת שומרים מהווה אב לחיוב לא פחות מאשר פרשת נזקי ממוץ ועניינה דסילוק שמירת הבעלים מהחפץ מחייב את השומר בתוצאות שייגרמו לחפץ בעקב פשיעתו, כל שומר כדינו — שומר חנם בפשיעה, שומר שכר בגניבה ואבידה ושואל באונסין.

סילוק שמירת הבעלים הוא גם יסוד חיוב השומרים לשיטת התוספות בכתובות דף ב"ו, א, וז"ל: "שאני התם דחייבתו תורה ש"ש על שלוקח שכר, שואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה". דסילוק שמירת הבעלים קובע מצב שבו גמירות הדעת מוסקת גם בלי קניין ואדעתא דהכי נחית כל שומר בהשתעבדו לשמירה, ומכיוון דביסוד החיוב הוא סילוק שמירת הבעלים מהחפץ, ברור שהתחייבותו של כל שומר היא לתשלום נזק החפץ כערכו, ונכלל בגדר של תשלומי נזיקין.

ההלכה של הבעלים מטפלים בבבילה, שנשתה בדין חיוב תשלומי נזיקין ולא שאני לן אם חיוב בתשלומי הנזק הוא משום היותו מזיק או שומר. וברור דהא דמנינן ארבעת השומרים בין אבות נזיקין, אין זה אלא בגלל שחיובם הוא תשלומי נזיקין ולא התחייבות סתם. גם לשיטת רש"י והרמב"ם יסוד חיובי השומרים הוא מכוח סילוק שמירת הבעלים, הא דתיקנו משיכה בשומרים הוא משום דרגע סילוק שמירת הבעלים אינו ברור, על כן תיקנו חכמים שרגע סילוק שמירת הבעלים יקבע בדרכי הקניינים הברורים.

כד אתינא להכי, הרי מבואר שפיר עניין קניין משיכה לגבי חיובי השומרים, דתקנת משיכה בשומרים לא באה אלא לקבוע את סילוק שמירת הבעלים על ידי הכנסת החפץ לרשות השומר בדרכי הקניינים, בצורת קניין משיכה או חצר או דבר אחר, ולשיטת הר"ן — לקבוע את התחלת פעולת השמירה. אך חיובי השומרים אינם נובעים ישירות מהמשיכה, אלא מקביעת עובדת סילוק הבעלים, או מקביעת עובדת התחלת פעולת השמירה. ומיושבת קושיית ר' עקיבא איגר.

בכך יתורץ שפיר הא דהקשינו על הא דגרסינן בגמרא ומתנה שומר שכר להיות כשואל במאי בדברים, ומשגי בקנו מידו, והקשינו למה לן קניין מיוחד ולמה לא יתחייב מכוח קניין משיכה דשומרים.

להא דביארנו אתי שפיר, קניין השומרים הקובע סילוק שמירת הבעלים, אינו יכול לחייבו אלא בגדר ההלכה שנשתה בתורה כל שומר כדינו. באם הוא רוצה

לחייב את השומר מעל לדינו, על המפקיד לעשות קניין שיזכה בו התחייבות נוספת כקושיית ר' עקיבא איגרי.

בכך מיושב שפיר הא דבקרקות עבדים ושטרות אין השומר מתחייב אלא בקנו מידו, דקניין השומרים הרגיל שהשומר עושה בדבר הנתון לשמירתו וכגון חוקה בקרקע הקובע את סילוק שמירת הבעלים, לא נשנה בקעו"ש ולכן בעינן קניין סודר, שעל ידו יתחייב השומר כלפי המפקיד וכקושיית ר' עקיבא איגרי.

מוסבר ומובן בכך יסודם של חידושי הריטב"א החדשים ושל התוספות בסוגיית הגמרא ההוא אפוטרופא דף מב, ב, דאין אדם מתמנה שומר אלא על פי הבעלים, דמכיוון דלא סולקה על ידו שמירת הבעלים הרי שחסר כאן היסוד לחייבו כשומר.

ד

להא דהסקנו דלכל שיטות הראשונים אין שומר מתמנה אלא על ידי הבעלים, צריך ביאור האי דינא דשומר שמסר לשומר דלכל הדעות השומר השני נושא באחריות השמירה, אם כלפי השומר הראשון או כלפי הבעלים. וקשה, הלא חסר כאן הגורם של סילוק שמירת הבעלים, ואם כן כיצד חלו כאן חיובי השומרים על השומר השני. ברור להתירוץ הוא בכך, דהשומר הראשון איננו אדם זר, דהא מחוייב הוא בחיובי השומרים.

כד נדייק נמצא, דמקרה דשומר שמסר לשומר שונה ממקרה של שומר שנתמנה על ידי אדם שאיננו בעל החפץ בתרתי. האחת — מכיוון דהבעלים מסרו את שמירת החפץ ואת פיקוחם עליו לשומר הראשון — שידו כידם, הרי שבסילוק שמירת השומר הראשון סולקה שמירתם ושפיר קיים כאן הגורם של סילוק שמירת הבעלים שיחייב את השומר השני כלפי הבעלים; והשנית — מכיוון דהשומר הראשון שסילק את שמירת הבעלים נושא עליו חיובי שמירה ועליו מוטלת הדאגה והאחריות לשלמות החפץ, לכן על ידי סילוק שמירתו מתחייב השומר השני כלפי הראשון.

ברור דאין לחייב את השני הן כלפי הבעלים והן כלפי השומר הראשון, והבעיה היא מי יקבע את חיובו של השני — המפקיד או השומר הראשון, ובכך המחלוקת בין רבנן לר' יוסי.

לרבנן, בדידיה דהשומר הראשון הדבר תלוי — רוצה הוא נשבע את שבועת השומרים כלפי המפקיד וחוזר ותובע את השני שסילק את שמירתו ובגין זה הוא מחויב כלפיו; רוצה — במקרה שפשע השני וכשאינן סיבה לחייבו בעקב המסירה וכגון במסר לאשתו ולבניו ורגילין להפקיד — הוא קובע שהאחריות של השני תהיה כלפי המפקיד ונפטר בכך. והכי נמי כשעבר על דעת המפקיד ומסר לשומר סתם, אך הוא בעצמו יכול להישבע שמתה כדרכה, דזהו המקרה דמתניתין דהשוכר פרה מחבירו לרבא, הוא נשבע ונפטר ושוב הוא תובע את השני שהתחייב כלפיו.

ר' יוסי דפליג על רבנן סובר, דבדידיה דהמפקיד תליא, מכיוון דתשלום השומר בא על אבדן הפרה שסולקה השמירה מעליו, הרי מן הדין שהבעלים יהיו הקובעים את מי לתבוע. וזה יסוד סברתו של ר' יוסי, דכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו

במתניתין דהשוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר, והכי נמי בשומר שמסר לשומר, דקיימת הטענה דאת מהימנת וכו' זכאי המפקיד לתבוע מהראשון. אבל גם במקרה זה בדידיה דהמפקיד תליא ויוכל לתבוע גם מהשני שבועה או תשלום כשיש עדים שהוא פשע וכשנזח לו, בדדידיה דהמפקיד תליא, רצה — מזה גובה, רצה — מזה גובה.

בכך מבוארים דברי הרא"ש בהסברת דעת ר' יוסי: "טעמא דר' יוסי משום דחשיב שוכר כאילו השאלו בשליחות המשכיר, הלכך דין המשכיר עם השואל".

ו"ל הריטב"א (חידושי הריטב"א החדשים): "דס"ל לר' יוסי שואל שומר דבעלים חשבינן ליה לגמרי ושואל נכנס תחתיו דשוכר". עיין שם.

ו"ל רש"י בדף מב: "הואיל ויש לו דין על השואל לגבות, יעמדו הבעלים הראשונים במקומו וגובין מן השואל". עיין שם.

מסתבר, דלכולי עלמא, השואל תלוי בכל ימי שאילתו בשוכר, ובאם יסכימו לבטל את השאלה יכולים. והכי נמי יוכל השוכר לפטור את השואל מאחריות וכדין המשנה בסוף הפועלים הן בעת השאלה והן לאחריה, דיחסי השמירה קיימים מצד השוכר אל המשכיר ומצד השואל כלפי השוכר, וכדיארנו לעיל. רק לגבי חיוב האחריות על השלמת החפץ אנו רואים את השוכר כשלוחו של המשכיר, דלגבי בעל החפץ מתחייב השואל, ודוק.

דברי רש"י יעמדו הבעלים הראשונים במקומו, משמעותם דמעיקר הדין ביחסי השומרים, השומר השני הוא שומרו של הראשון, אלא דלענין תשלומי האחריות, יעמדו הבעלים במקומו, וכדיארנו.

בכך תוסבר לן השקלא וטריא בין רב אידי בר אבין לאביי, דגרסינן התם: "א"ל רב אידי בר אבין לאביי, מכדי, שומר במאי קא קני להאי פרה בשבועה, ונימא ליה, דל אנת ודל שבועתך ואנא משתעינא דינא בהדי שואל. א"ל, מי סברת שוכר בשבועה הוא דקא קני לה, משעת מיתה הוא דקא קני, ושבועה כדי להפיס דעתו של בעל הבית". והתמיתה גדולה על קושיית רב אידי בר אבין, וכדחקשינו לעיל: וכי בדידיה דמשאיל תלי. וכמו כן תמוה תירוצו של אביי מ' סברת בשבועה הוא דקני, במיתה הוא דקני, מה מובן הוא לקניית הפרה על ידי השוכר לאחר שהיא מתה, הן קניה על ידי שבועה והן קניה על ידי מיתה.

לענ"ד, הסבר הסוגיה הוא בכך, דהנה להא דהעלינו לעיל דסילוק שמירת הבעלים הוא יסוד חיוב השומרים, הרי במקרה שהמפקיד מכר את החפץ המופקד בידי השומר לאחר, שוב לא יוכל המפקיד לתבוע מהשומר אחריות החפץ, דהא מרגע שמכר אין לו שום שייכות לחפץ, והקונה הוא שיכול לתבוע מהשומר. איברא אפשר לומר, דגם הקונה לא יוכל לתבוע, וכל חיוב השמירה יתבטל, דמרגע שהמפקיד מכר את החפץ, פקעו חיובי השמירה מהשומר דיסודם בסילוק שמירת הבעלים, והלא חדלו להיות בעלים. וכשם שאין אדם ממנה שומר על חפץ שאיננו שלו, כמו כן תבטל השמירה מרגע שהמפקיד חדל להיות בעלים. וצ"ע.

לפי זה להא דביארנו לעיל דלדעת רבנן זיקתו של השומר היא המאפשרת לו לחייב את השומר השני בחיובי השמירה הרי מרגע שהמפקיד ישחרר את השומר

הראשון מחיובי השמירה, תבטל זיקתו אל החפץ, ושוב יתייחסו חיובי השומר השני אל המפקיד בתוקף היותו בעל החפץ.

בכך טענתו של רב אידי בר אבין זנימא ליה, דל אנת ודל שבועתך ואנא משתעינא דינא בהדי שואל, דמרגע שהוא משחרר את השוכר מחיוביו, שוב בטלה זיקתו אל החפץ. דבשלמא, אם השוכר נתבע על ידי המשכיר, והלה מחייבו להישבע שבועת השומרים ולהיפטר, הרי שאת פיטורו הוא זוכה על ידי שבועתו, שהיא גופא מהווה מילוי תנאי השמירה. אבל היא גופא קשיא: למה לו למשכיר לתבוע את השוכר, אדרבא, ישחררו מחיוביו, ואז יוכל לתבוע מהשואל עקב בעלותו. במקרה זה ברור, שחיובו של השואל לא פקע, דהא החזיק בפרה בתוקף זכות השוכר לימי השכירות.

תשובת אביי 'מי סברת בשבועה הוא דקא קני, משעת מיתה הוא דקני' וכו' היא בכך: זיקת השומר לחפץ נובעת מחובתו למלא תפקיד השמירה, ומכיוון שהשומר מילא תפקידו והפרה מתה באונס בעת שמילא תפקידו, זכאי הוא לתבוע מהשואל עקב זיקתו זו, כלומר, תינח אילו המשכיר היה משחרר את השוכר לפני מקרה האונס, מה שאין כן כאן, דהאונס קרה בעת שחיוב השמירה היה מוטל עליו. סברת רב אידי בר אבין היא, דמכיוון דכל זיקתו של השוכר לפרה הנותנת לו דין מפקיד היא מכוח חיוב האחריות שעליו, והיות שחיוב זה משמעותו אפשרות להיתבע על ידי הבעלים המתממש בעת התביעה, לכן ברגע שהבעלים שחררו את השומר הראשון בעת התביעה שוב בטל דינו כמפקיד. ברם אביי סובר, דעצם היותו נושא באחריות בעת שקרה האונס והיותו עלול בעקב זה להיות נתבע על ידי הבעלים דיו לתת לו דין מפקיד כלפי השומר השני, הווי אומר, דלרב אידי בר אבין רק חיוב האחריות הוא הנותן לו דין מפקיד וחיוב זה מתלי תלי בדעת המפקיד בעת התביעה, ואילו לאביי עצם גשיאת האחריות דיה לתת לו דין מפקיד.

בשבועה הוא דקני או במיתה משמעות הדבר שקונה דינו להיות תובע. יעויין בתוספות ד"ה 'תחזור פרה' דמנסים להסביר את דעתו של ר' יוסי בכך, דבעצם תביעת הבעלים היא אל השוכר וטענתם היא — פרתי גבך דהרי השואל שילם דמיה. וכן מבואר בתוספות הרא"ש: "לכאורה משמע דטעמא דר' יוסי משום דהשואל משלם לשוכר ולמה ירויח השוכר בממון של אחרים". עיין שם. אלא דהו התוספות והו תוספות הרא"ש דוחים הסבר זה מכח סוגיית הגמרא דהשואל, דמשמע משם, דאם השומר הראשון היה בבעלים עם השני אזי תלוי חיובו של השני לבעלים במחלוקתם של רבנן ור' יוסי, דלרבנן הוא פטור ולר' יוסי הוא חייב, הרי מוכח דתביעתם של הבעלים היא מהשומר השני גופא.

להא דהוכחנו לעיל, דיסוד חיובי השומרים הוא מכוח סילוק שמירת הבעלים מהחפץ, אכתי יש לחקור האם החיוב הוא חיוב תשלומי נזקי החפץ שבא מכוח סילוק שמירת הבעלים מהחפץ, או דביסודו הנו השתעבדות וכלשון התוספות בכתובות דף נו, משתעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה, אלא דסילוק שמירת הבעלים גורם שהשתעבדות זו תחול מבלי כל מעשה קניין גוסף.

בכך השקלא וטריא בין ההוה אמינא שבתוספות ובתוספות הרא"ש ולבין מסקנתם דבהוה אמינא סברו דגדר חיובי השומרים הוא תשלומי החפץ ועל כן שפיר יוכל המשכיר לתבוע מהשוכר 'פרתי גבך'. ברם למסקנתם אין הכרח בכך ואפשר לסבור שפיר, דחיובי השומרים הם השתעבדות. אלא דמכיוון דחיוב זה נוצר בעקב סילוק שמירת הבעלים מהחפץ, צמוד הוא לערך החפץ.

יעויין בתוספות ובתוספות הרא"ש דמבארים את המחלוקת בין רבנן ור' יוסי בשקלא וטריא בין רב אידי בר אבין ואביי, ומסיקים דבמקרה שהמשכיר נכח בעת האונס ושוב לא קיימת שם תביעה אל השוכר הרי שגם ר' יוסי מודה לרבנן.

דרכם זו של התוספות ותוספות הרא"ש יוסברו בכך דלהא דהנחנו דלמסקנתם חיובי השומרים הם מגדר התחייבות והשתעבדות, הרי לכאורה במקרה של שומר שכר שמסר לשואל דהשתעבדותו של השני היא מעבר לאחריותו של הראשון, הרי לכאורה אפשר היה לומר דאחריות זו לאונסין שהיא מעבר לאחריותו של השומר שכר היא תהיה כלפי השוכר, דנהי דבסילוק שמירת השוכר סילק השואל את שמירת הבעלים, הרי כל זה בדרגת אחריותו לגניבה ואבידה של השוכר, ובכך אחריותו כלפי הבעלים, אבל תוספת האחריות שלגבי אונסין שניתנה לשוכר למה נעביר אל הבעלים. ואפשר לומר, דמכיוון דגם במקרה של אונס חיובו של השוכר הוא להישבע, וכל עוד לא נשבע או הביא עדים על האונס קיימת אחריות מצדו להשלים את נזק הבהמה שנאנסה, הרי דאחריותו של השוכר היא גם למקרה אונסין, ושפיר מועברת אחריותו של השואל למקרי אונסי הבהמה אל המשכיר, דהמשכיר אומר לשוכר 'דל אנת ודל שבועתך', דמכיוון דבדידיה תליא הרי שהוא בוחר לתבוע את השואל, דעתו של אביי 'מי סברת בשבועה הוא דקני במיתה הוא דקני ושבועה כדי להפיס דעתו של בעל הבית', משמעותה דאין בחיובו להישבע גדר של אחריות מקיפה לכל מה שיקרה לפרה דממנה הוא משתחרר רק על ידי השבועה דחיוב השבועה אינו מגדר אחריותו ואינו אלא חיוב מיוחד שכל עניינו להפיס דעתו של בעל הבית, ועל כן אמרינן 'במיתה הוא דקני', כלומר קונה זכותו לתוספת האחריות של חיוב האונסין שהשואל התחייב כלפיו. ומכאן מסקנתם, דהיכא דהמשכיר נכח בעת האונס ולא נותר שום חיוב אצל השוכר דאז תוספת האחריות היא לטובתו של השוכר גם אליבא דר' יוסי.

ויעויין בריטב"א, דמסביר טעמו של ר' יוסי דהמשכיר תובע את השואל, מדינא דר' נתן ומדינא דרב חסדא, דרצה — מזה גובה, רצה — מזה גובה.

דינא דר' נתן ודינו של רב חסדא באו בהתאם לשני גורמי החיוב ששינו ביסוד חיובי השומרים, השתעבדות אישית, משעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה, וסילוק שמירת הבעלים מהחפץ. דינא דר' נתן מכוון לגורם של השתעבדות השומר השני לראשון והראשון כלפי הבעלים. ואילו דינו של רב חסדא מכוון לגורם החיוב הגובה מחמת החפץ בעקב סילוק שמירת הבעלים ממנו.

ועיין בריטב"א דהוקשה לו, מאי שייכא דר' נתן לכאן דהראשון אינו חייב כלל, דהא מתה כדרכה. וז"ל בד"ה 'מכדי שומר במאי קני' וכו': "נ"ל דלא גרסינן מדר' נתן משום דלא דמי, דהתם שניהם חייבים לראשון מן הדין, משא"כ הכא שהשוכר

יכול לפטור עצמו מן הבעלים, ושוא י"ל דמ"מ כל זמן שלא נשבע לא קנאה, והרי הוא חייב לבעלים". עיין שם.

לענ"ד סברתו הוא בכך, דמכוח היסוד של דינא דר' נתן עלינו לראות את זיקת הבעלים כמכרעת, שהרי זיקת השומר אינו אלא משום לתא דבעלים, וכל עוד שלא נשבע זיקת הבעלים עליו, ודו"ק.

איברא, הריטב"א נוטה יותר להסביר דינו דר' יוסי מכוח המימרא של רב חסדא, הגוזל מחבירו ובא אחר ואכלו, רצה מזה גובה רצה מזה גובה, דמכיוון דהתביעה היא עקב הבעלות על החפץ, יכול שפיר הנגזל לתבוע את הגוזלן השני, ולא יוכל להגיד לו לאו בעל דברים דידי את.

לענ"ד, עומק סברתו הוא במצוי חיובי השומרים, דמכיוון דכל חיובי השומרים אינם אלא חיוב לתשלומי החפץ, הרי שהשומר הראשון יכול אמנם למנות שומר אחר עקב חיובו הוא, אך השומר השני מתחייב לבעל החפץ ולא אל השומר, דזיקתו של השומר הראשון גופא אינה אלא מחמת חיובו לשמור על החפץ ולאחריות עליו כלפי הבעלים, ומשום כך יכולים הבעלים לתבוע הן מהראשון והן מהשני.

ה

יעויין בחזון איש חושן משפט סי' ח ס"ק ה, דנחית לבאר מחלוקתם של רבנן ור' יוסי בסוגייתנו על פי הנחה יסודית אחת שהיא שתיים; א. דאין אדם יכול למנות שומר אלא על חפץ שהוא שלו; ב. דתשלומי השומרים הם תשלומי החפץ. וחיליה מהא דאמרינן בבבא קמא דף ד, א דשומרין משלמין במיטב, ומסתפק האם בעינן גם שיהיה ברשותו מכיוון דתלוי בבעלים. וז"ל "שהרי שעבוד שומרין הוא על החפץ ולא חיוב ממון בעלמא שהרי המתחייב ממון לחבירו דינו בבינונית ואילו שומרים משלמין במיטב וכיון דאין החפץ ברשותו אפשר דאין לו זכות למנות עליו שעבוד שומרין".

ועוד ראיה ליסוד זה מהא דנחלקו ר' שמעון ורבנן בקדשים שחייב באחריותו, דלר' שמעון חייב השומר לבעלים מדין דבר הגורם לממון ואם איתא דגותן חפץ הפקר לשומרו חייב בחיובי השומרים וכו'. אם כן אין צריך לדין דבר הגורם לממון אלא כגותן חפץ הפקר לשומר, אלא ודאי אין דין שומרים על הפקר.

והנה החזון איש הגיע להנחה זו של חידושי הריטב"א החדשים, דאין אדם ממנה שומר על חפץ שאינו שלו מכוח ההוכחה דלעיל. החזון איש מבסס מסקנא זו בכך, דחיוב השומר הוא לתשלומי גזק החפץ לבעליו ומכאן דבלי בעלים אין דין שמירה. ועיין שם דהוקשה לחזון איש דין שומר שמסר לשומר וז"ל: "והא דשואל משלם לשוכר צ"ל דזהו בכלל שמוש השכירות ונותן לו בעלים רשות להשתמש בבהמתו למסור לשואל ושיוכה בתשלומיו והוא כעין בהמה לכפילא".

מחלוקתם של רבנן ור' יוסי מתבאר בכך, דלרבנן האומדן דעת הוא דהמשכיר הקנה לשוכר את האפשרות למסור לשומר ולזכות בתשלומי הגזק ואילו לר' יוסי האומדן דעת הוא דהמשכיר ייפה כחו למנות שומר שיהיה אחראי כלפיו.

והכי נמי שומר חינם שמסר לשומר שכר תלוי במחלוקת זו, האם המפקיד הקנה לשומר חינם את הזכות למנות שומר או דייפה כחו. עיין שם.

לכאורה יש לתמוה הרבה לדרכו של מרן החזו"ן איש — כיצד יפרנס הא דאיתא בסוגין דלר' זירא פעמים שהבעלים משלמין כמה פרות לשוכר. ולמר בר רב אשי אמרינן דשום שאלה אחת היא ושום שכירות אחת היא. לכאורה מוכח מכאן דהגדר של חיוב השומרים הוא השתעבדות אישית דאז אפשר להבין שפיר את השקלא וטריא דלר' זירא נקטינן דכל מסירה יוצרת השתעבדות אישית מצד השומר לבעלים ולמר בר רב אשי אמרינן דמכיוון דכל השתעבדות והשתעבדות אין תכנה התחייבות לסכום מסויים אלא להשלמת נזק הפרה הרי שכל ההשתעבדויות זהות הן ובתשלום פרה אחת ממלא הוא אחר כל התחייבויותיו וכדאמרינן שם שאלה אחת היא. ברם לשיטת החזו"ן איש דאין חיוב שמירה אלא תשלום עבור נזק החפץ, איך תובן סברתו של ר' זירא דמה מקום לתשלומי כפל וד' וה' בדיני שמירה שאינו נגס.

ונראה דאם אמנם חיוב התשלומים בדיני שמירה הם מכוח הבעלות על החפץ, אך אין זה מונע מינוי כמה שומרים על ידי הבעלים ולהא דסובר ר' זירא במקרה זה כל שומר ישלם עבור הפיקדון כולו. להאמור סובר ר' זירא, דהמשכיר הקנה לשוכר את הבעלות הזאת אצלו וכששוב שכר ממנו והשאלו בשנית מכוח בעלותו הוא יכול למנות שומר בשניה. ונראה דאין הכי נמי למר בר רב אשי, דמסיק דשום שאלה אחת היא גם במקרה של מינוי שני שומרים ישלמו שניהם רק תשלום אחד.

עוד קשה לן לדרכו של מרן החזו"ן איש משיטת הרמב"ן דהיא הכרחית לכל הני רבנותא דסברי דהשומר השני נכנס במקומו של הראשון. ומסיק הרמב"ן מכורח המשנה, דבירו של השומר הראשון להיפטר על ידי השומר השני או לשאת באחריות ולתבוע מאת השומר השני ועד התביעה בירו להחליט האם להיפטר או להיתבע ולתבוע. ולדעתו של מרן החזו"ן איש דחיובי שמירה תלויים בבעלים הרי ממה נפשך, אם השומר הראשון קנה את הזכות למסור לשומר, הרי שרק כלפיו התחייב השומר השני, ואם רק נתייפה כוחו, הרי שרק המפקיד יכול לתבוע את השומר השני, וכיצד יובן דהדבר תלוי עד שעת התביעה.

ונראה דמוכרחים לומר, דמכיוון דיחסי שמירה אלה נקבעים על פי אומדן דעת המפקיד והשומר, אין כל תימה להניח דגם זה גופא הותנה, דאם בשעת התביעה ירצה יוכר דינו למפרע כמיפסה כח המפקיד וישלח את המפקיד אל השומר השני, ובאם בשעת התביעה יחליט להיתבע ולתבוע הרי שיוכר דינו למפרע כבעל הזכות למסור לשמירה.

ועדיין קשה לנו טובא לדרכו של החזו"ן איש מהא דשומר שמסר לשומר דחייב להא דנקטינן כר' יוחנן אליבא דרבא, ואף על גב דלא אמרינן דהמסירה לאחר היא בגדר של פשיעה או משנה מדעת בעל הבית. אך ברור שהיא בניגוד לרצונו של המפקיד דהא נקטינן דלכולי עלמא אמרינן, 'אין השואל רשאי להשאל' וכו'. ואם כן במקרה זה רק הראשון יתחייב דהא לא הקנה לו זכות למסור לשומר אחר, ולהדיא מבואר בשולחן ערוך סי' רצא ס"ק מא, דאם פשע השני, רצה מזה גובה רצה מזה

גובה. כמו כן קשה ממתניתין דלרבא מיירי מתניתין בדלא נתנו לו הבעלים רשות מפורשת אלא דלא מיקרי פשיעה, ומכיוון שהוא נשבע שוב אין להיבדל מכות דאת מהימנית. ואכתי קשה, היאך נוצר חיוב שמירה מהשוואל אל השוכר מבלי שקנה זכות מיוחדת.

ביתר שאת יקשה כנ"ל לאב"י דסובר, 'אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר', כלומר דהמסירה לאחר היא בגדר של משנה מדעת בעל הבית, או לפחות מיקרי פשיעה, ולהנחת החזון איש לא יתחייב השני כלל לא לגבי הראשון ולא לגבי השני. ואפשר ליישב דרכו של מרן החזון איש להא דמתבאר מהסוגיה דש"ש דהן לרב והן לר' יוחנן קיים אומדן דעת דהמפקיד הסכים שהשומר יוכל במצבים מסויימים למסור את הפקדון לשומר אחר. אלא דלרב האומדן דעת הוא דיוכל למסור לכל שומר ואילו לר' יוחנן רק לאשתו ולבניו וכן לאלה שהמפקיד רגיל להפקיד אצלם. ולהנחה זו הרי לשיטת החזון איש בהכרח לומר דכל שומר קנה את הזכות למסור לשמירה, הא דאמרין 'אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר', משמעות הדבר שבאם ימסור לסתם שומר הרי שהוא עבר בכך על דעת בעל הבית ונקרא גולן או פושע. אך אין זו הגבלה בזכות למסור לשומר אחר, דהא על כל פנים נוח יותר למפקיד דבאם יעביר השומר על דעתו שלא יופקר החפץ ושיחולו עליו דיני שמירה.

איברא ההוכחות של החזון איש דחיובי השומרים הם בגדר תשלומי נזקי החפץ אפשר ליישבן לפי דרכנו. ההוכחה מהא דשומרים משלמין במיטב ולא מבינונית וככל מתחייב ממון לחבירו, יישבנו לעיל דאם אמנם ההתחייבות וההשתעבדות היא אישית וכדמבואר בתוספות בכתובות דף גו, ב, מכל מקום מכיוון שהחיוב חל בעקב סילוק שמירת הבעלים מהחפץ לכן התשלום צמוד לערך החפץ, וההלכה דתשלומי נזיקין משלמין במיטב נשנתה בכל התשלומים הבאים להשלמת נזק של חפץ.

כמו כן לא קשה ל' מהא דבקדשים דחייב באחריותו אין השומר מתחייב לבעלים אליבא דר' שמעון, אלא מכות הדין של דבר הגורם לממון, דשאני ל' חיוב אחריות מחיובי שמירה, ורק בחיובי שמירה נשנתה ההלכה דהשומר יכול למנות שומר מכות סילוק חיוב שמירתו, מה שאין כן בדבר הגורם לממון שאין עליו שום חיוב שמירה, אלא דהוא אחראי לנזק ודין זה תליא בדבר הגורם לממון.

1

ומצאתי בספר חידושי רבי שמעון יהודא הכהן שקופ זצ"ל, דהרחיב היריעה לברר סוגיה זו לפרטיה וליסודותיה. עיין שם בסי' לה וז"ל בסיום הדברים: "וזהו עיקרי הפרטים בקצרה מה שנוגע לסוגיא חמורה הזאת וכל מה שראיתי בספרי האחרונים ולא נתישבה דעתי בהם וכו' ועיין בחידושי הגרע"א והרש"ש" וכו'.

יסוד דרכו שם בביאור סוגיה זו, על ידי קביעת המיוחד שבחיובי השמירה המהווים הלכה מיוחדת השונה הן מחיובי תשלומי נזיקין, הן מגדרי הקניינים והן מגדרי השעבודים.

ברוב גאונו הוא קובע תפיסה חדשה לחיוב השומרים וז"ל: "שהענין הוא מכיון

שנטל חפץ לשמר יש מצדו השתעבדות להשלים חוקי שמירתו, והוא שישמר בעצמו כ"א לפי תנאו או שיהי' החפץ שמור מעצמו בלא גרעון, ואם לא יושלמו תנאים אלו עליו להשלים החפץ כמו שהוא בשלמות" וכו'.
במיצוי דבריו :

א. השתעבדות זו שונה מכל השתעבדות היוצרת התחייבות אישית שהרי היא מתייחסת לשמירת החפץ ולהשלמתו ובכך היא קשורה לחפץ ולבעליו.

ב. השתעבדות זו להשלמת חוקי השמירה משמעותה מילוי תנאי שמירה לחפץ ולא דווקא על ידו, וז"ל: "וזהו פרט חדש בשומרים מה דלא מצינו בשאר מתחייבים בין לממון בין לשובעה ובין למלאכה, דאין יכול אדם להשלים חוקו ע"י אחר שישבע עבורו או ישלם עבורו אם לא מדעת התובע".

ג. השתעבדות זו למילוי חוקי השמירה יכולים להיווצר הן כלפי בעל החפץ והן כלפי השומר מכוח זיקתו לחפץ על ידי חיובו להשלמת השמירה. וז"ל: "ועד"ז תתפרש לנו שיטת הש"ס בשוכר פרה מחבירו הדנה לפ"מ שכתבנו בענין השומרים י"ל דכמו דהראשון חייב להשלים חוקו בהשתעבדות שלו כ"כ השני יש עליו חיוב לבעלים אף שלא נטל ממנו, כיון שנטל מ"מ חפץ שלו". יסוד זה נובע מהזכחתו בהשתעבדות זאת קשורה בחפץ ועל כן היא יכולה להיווצר באופן חד צדדי מכוח החזקתו בחפץ חבירו. וממשיך הגר"ש ומבאר, דבו בזמן נוצרת השתעבדות גם כלפי השוכר, וז"ל: "ועוד יש חיוב עליו לשומר שנטל ממנו, היינו שהכניס עצמו לעמוד במקומו להשלים עבורו חפץ שראוי להיות אצל הא' לפרט זה להשלים שמירה".

ציינתי את הנקודות העיקריות שבהן הגענו בדרכנו בניתוח מרכיבי חיוב השומרים מתוך עמל ויגיעה רבה לאותן המסקנות שהגר"ש הגיע אליהן מתוך קביעת השקפה כוללת חדשה על חיובי השומרים בראייתו הרחבה והמקיפה וחזירתו המעמיקה בבנכי הסוגיות.

איברא, בדרכנו אנו מגיעים למסקנות שונות בפרטי דברים וגם בעיקרים וכגון לגבי השלמת חוקי השמירה על ידי אחר דלדעת הגר"ש היא אפשרית מעצם ההתחייבות וגם שלא מדעת המפקיד ובדרכנו אנו הרי השלמת חוקי השמירה על ידי אחר אינה אפשרית אלא מתוך הסכמת המפקיד או על פי אומדן דעתו וכפי שיבואר בסימנים הבאים.

בביאור סוגיה זו מצאנו :

א. דעת האחרונים הפנ"י והגרעק"א ועוד דביארוה על פי המשמעות הפשוטה דהשומר קונה את הפרה בדרכי הקניינים ולפי זה הוקשה להם מהא דנשבע ולא רצה לשלם דהכפל לבעלים ולמה לא יקנה השומר את הפרה בשובעה או באבדנה.

ב. דעת החזון איש דקניינו של השומר משמעותו קניית זכות לגבי דיני השמירה, אחריגתה וחוביה התופסים בחפץ ומחייבים את השומר כלפי בעל החפץ.

ג. דעת הגר"ש, דיני השמירה מהווים התחייבות להשלמת חוקי השמירה לאו דווקא על ידי השומר בכך שונים הם הן מדרכי הקניינים והן מגדרי החיובים.

ד. גדרי חיובי השומרים ביסודם התחייבות והשתעבדות התופסים בין השומר

ובין הבעלים, אך מכיוון שביסודם סילוק שמירת הבעלים מהחפץ לכן הם מהווים הלכה מיוחדת כפי שביארנו בסימן זה וכפי שיתבאר עוד בסימנים הבאים.

ז

יעויין באור שמח' הלכות שכירות ה, ו, דדן בבעיה של שוכר בית, שביטח את הבית שהוא דר בו וז"ל:

"נשאלתי מי ששכר בית מחבירו והוא דר בה, והבטיח את הבית בחברת אחריות משריפה אם ישרף, ונשרף הבית, מי יקח השאר אגף (פצווי הבטוח), אחרי כי החוק אשר לא יוכל אדם להבטיח בית של אחר וליקח אח"כ השאר אגף, בלתי שיהיה שלו או שיודר בתוכה, וזה טוען ואומר: אני שלמתי התשלומין להחברה בכל שנה כפי החוק ולכן הדמים שלי, וזה טוען: דמי ביתי אני נוטל, מה יעשו ב"ד בזה, ונראה להעיר בזה כי לכאורה משנתנו הוא זה בפרק המפקיד: השוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ומתה כו, א"ר יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, אלא תחזור פרה לבעלים, נמצא, דכי יצאת מרשותו של המשכיר, הלא אם מתה ברשות השוכר יצא נקי מפרתו, ולא היה לו אלא לבקש לבעל הרחמים שימלא חסרונו, ורק השוכר השאלה ומאי קא עביד, שנמצא שאך זכותו מדמי השכירות ששילם להמשכיר זה נותן לשואל, כי נתן הדמים רק כדי לעשות בה מלאכתו והוא גותנה לשואל, וכי מתה, שעכשיו השיג הוא אחד שיקבל אחריות אונסיו, מכל מקום השואל צריך לשלם לבעל הפרה שגוף הפרה שלו, כן הכא אף ע"פ שהשוכר השיג מי שיקבל אחריות שריפת הבית, והוא נותן דמים להחברה, בכ"ז שייך התשלומין לבעלים, ואין לדחות דתמן שאני שאין השוכר רשאי להשאל, רק משום שנתנו הבעלים רשות להשאל, כדמוקי בהמפקיד, לכן שייך התשלומין לבעלים, דז"א, דאם לא היה רוצה השוכר ליתן הדמים כפי מה שנתן, אם לא שיהיה בידו להשאל, אטו בכה"ג לא אמרינן שתחזור פרה לבעלים, זה ודאי אינו, דמשנתנו סתמא תני אפילו שכר מאתו במפורש שיהיה בידו להשאל למי שירצה, ועל מנת כן נותן לו דמי שכירותו, דנמצא דמדידיה קא משאל ואפ"ה הדמים להבעלים.

אולם יש לחלק, דהתם כי קא משאל הרי אינו משאל בשביל שיתן לו הדמים כשנתמו הפרה, רק רצונו שיהיה שואל, ותחזור הפרה בעינא, ודמי השכירות שנתן שוה לו מה שהוא נותן חנם להשואל לעשות מלאכתו, או דמשלם לו עבור דטבא עביד ליה, או דניחא ליה שיחזיק לו טובה, והאונס דאירע הוא על צד הבלתי מכוון. משא"כ כאן, הדמים שנותן לחברת האחריות הוא רק כדי שישלמו אם ישרף הבית, ועל זה יהיב הדמים להם, אין מן הסברא לומר שלבעל הבית יהיה שייך הדמים, זה יהיב דמי וזה שקיל, אטו ע"ז קא יהיב דמי הבטחון, כן נראה. ומצאתי בשו"ת שואל ומשיב מהד"ת חלק ג' סימן קכ"ח הביא שד"ת כזה היה לפני חכמי ב"ד דבראדי, והורו ששני שלישים יהיה שייך לבעל הבית ושליש להשוכר, ועיי"ש שחקר טעמם, ופשיט דהוי מדמי להך דהשוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ומתה כו, רק משום דיש לחלק כמו שחלקנו, לכן עשו פשרה, וכמו שדוגמתו מפורש בסוף המפקיד, גבי ההוא תורא דלא

הוי ליה ככי ושיני, דמית בי בקרא, דקא מסתפקי אם דומה זה לשואל פרה מחבירו השכורה לו, אמרינן שם, דמשלם בקרא דמי בשר בזול לספסירא. וכדפי' רש"י משום דלא דמי לגמרי להך דר' יוסי, הטילו פשרה, ששני חלקים ישלם הבקרא, כן הכא, ישלם שני שלישים לבעל הבית, ושליש יקח השוכר. ועיין במחנה אפרים הלכות שכירות סי' י"ט, במשכיר בהמה בי, והשכירה לאחר בט"ו, אם המותר מהשכירות שייך להשני יעו"ש שלא העיר במה שכתבנו כלל, דגם התם עיקר מה שמשכיר לאחר הוא, משום מותר השכירות שנוטל, ושם בל"ז ברור דקנין פירות שיש לו הוא כמכור לו, ונוטל עבור זה כפי מה שירצה, דעבור גוף הפרה איננו נוטל כלום, ואיך יהיה שייך לבעה"ב, וכן מסיק שם הרב יעו"ש ודוק".

והנה יסוד חילוקו של האור שמח, ושמביאו גם בשם השואל ומשיב, הוא בכך, דלגבי ביטוח לא נשנתה ההלכה דכיצד הלה עושה סחורה וכו', מאחר שדמי הביטוח ששילם השוכר נתנו על ידו מלכתחילה, כדי שישלמו לו את פצווי הביטוח במקרה אסון, ואינו בבחינת עושה סחורה בפרתו של חברו, כי אם עושה סחורה בפרתו שלו. מה שאין כן בשוכר פרה והשאלה לאחר, דאם אמנם הוא השאיל את זמן השימוש שקנהו בדמיו, אך עשה זאת לא למטרת קבלת הדמים במקרה אונס, אלא לשם עשיית טובה או גמילתה.

איברא, להא דנקטינן דשואל מתחייב באונסין משום דכל ההנאה שלו, הרי שכאן מאידך גיסא, מצדו של השואל קיים עניין להתחייב לאיש שקיבל ממנו את ההנאה והוא השוכר, ובכל זאת אמרינן כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, בהיות שהתשלום משתלם בעבור הפרה ולא בעבור ערך השכירות. ועל כרחך יסוד חילוקם בהבחנה הדקה בגבול הקובע אם זה נקרא עושה סחורה בפרתו של חברו, או עושה סחורה בפרתו.

ואלוהי דמסתפינא הוה אמינא, דמקרה הביטוח שונה מיסודו ממקרה של השואל פרה מחבירו והשאלה לאחר, שלגביו נשנתה ההלכה של ר' יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו. דלהא דהתבאר לן הרי דינו של ר' יוסי לא נשנה אלא בחיובי השומרים, שיסודם בסילוק שמירת הבעלים מעל החפץ המטיל על השומר חובת שמירה על החפץ, וכמו כן אחריות החפץ המחייבת את השומר להשלים את ערך החפץ במקרה אבדנו. ומשום כך נשנתה ההלכה בדברי הראשונים, דאין אדם ממנה שומר על חפץ של חברו. ולכן סבירא ליה לר' יוסי, דחיובי השמירה מתייחסים לבעל החפץ, מה שאין כן חיובים הנובעים מהסכם ביטוח, שיסודם בדין ההתחייבויות, ואינם קשורים לגמרי בערך החפץ הממשי, אלא בסיכום שנקבע בהסכם הביטוח, וביחס לגובה תשלום דמי הביטוח. במקרה זה גם ר' יוסי מודה, דתשלום פיצווי הביטוח מגיע לשוכר, דאין כאן עושה סחורה בפרתו של חברו, אלא בפרתו של עצמו, כתמורה לדמי הביטוח שהוא משלם מידי שנה בשנה.

איברא מדברי ה'אור שמח' נראה דיסוד הבעיה שנתעוררה בדיון בשאלת פיצווי הביטוח, היה החוק הקובע בדיני הביטוח, שאין אדם מבטח בית בלתי אם יהיה שלו או שידור בתוכו.

כד גדייק נמצא דחוק זה אינו אלא סעיף בדיני הביטוח, ועניינו סייג הבא למנוע שעניין הביטוח ייהפך לעסק של הימורים או לגורם למעשים פליליים. ולכן נקבע שאין אדם מבטח דבר — בלתי אם הוא שלו או שיש לו עניין בו. לא כן ההלכה שנשנית בדיני השומרים, שאין אדם ממנה שומר על חפץ הוולת, היא נובעת מעומק תפיסת יסוד דיני השומרים, שיסודם סילוק שמירת הבעלים מהחפץ. ברור, דהתחייבות של שמירה הבעשות על יסוד קניין, כגון דקנו מידו ושבהם ערך החפץ נקבע בהסכם, לגבם לא נאמר דינו של ר' יוסי, כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, דבקנו מידו יוכל אדם למנות שומר גם על חפץ שאיננו שלו, ואנו רואים אותו במקרה זה כעושה סחורה בפרתו.

לענ"ד, בעיית ביטוח הבית על ידי השוכר, עניינו לחיוב שמירה דקנו מידו, ולא לחיוב שמירה הנובע מההלכה שנשנתה בפרשת השומרים.