

יסודות חיובי שומרים

ראשי פרקים.

- א.
 1. שלושת פרשיות שומרים בתורה.
 - שיטת הבבלי.
 - שיטת הירושלמי.
 - שיטת הרמב"ן והרשב"ם.
 - שיטת תרגום יונתן בן עוזיאל.
 2. שאלות היסוד בחיובי השמירה של השומרים.
 - א. גדר חיוב השמירה.
 - ב. גדר חיוב התשלומים.
 3. האם צריך קנין על מנת להתחייב לשמור, ומה אופיו של הקנין.
 - שיטת התוס', הרא"ש ורבינו ירוחם.
 - שיטת רש"י והמאירי.
 - שיטת הרמב"ם.
 - שיטת המ"מ על פי הרשב"א ברמב"ם.
 - הסבר אחר לרמב"ם.
 - הסבר אפיו של קנין משיכה בשומרים, ותרוץ קושית רע"א.
 4. האם שומר יכול לחזור בו בתוך הזמן.
 5. הסבר מחלוקת רבה ורב חסדא בבבא מציעא דף צ"ג.
 6. הסבר מחלוקת רבה ורב יוסף בדין שומר אבידה.
 7. הסבר שיטת הירושלמי בהבדל בין שומר חנים לשומר שכר, והסבר שיטות הראשונים שגניבה באונס חייב.
 8. שיטת רב יוסף ורבה בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס בהלכות שומרים.
 9. שיטת הרמב"ם בדין פושע בעבדים שטרות וקרקעות, ובגדר תשלומין בשומרים.
 10. גדרי חיוב תשלומין בשומרים לדעת הרמב"ם.
 11. מחלוקת הרמב"ן והרשב"א בגדר פטור אונס בשומר שכר.
 12. הסבר ה"נתיבות" לדין השו"ע בענין שואל בבעלים שמסר לשומר שכר.
 13. האם שומר שכר שהתחייב בגניבה ואבידה מקבל את דמי השמירה.
 14. מהו הזמן שמתחייבים באונסין.
 15. האם שומר אבידה כשומר שכר לכל דבר.
 - א.
 1. שאלות היסוד בדין "אם בעליו עמו".
 2. מקור דין "אם בעליו עמו" בשאר שומרים.
 3. סברות הפטור בדין "אם בעליו עמו".

4. אופי פטור "אם בעליו עמו" לאור סברות הפטור השונות.
5. הסבר מחלוקת האמוראים בדין פשיעה בבעלים.
6. הסבר הר"י פישל פערלא בשיטת הר"ח בדף מ"א ע"ב.
7. הסבר אחר לשיטת הר"ח.
8. הסבר הש"ך בשיטת הרמב"ם ביסוד פטור "אם בעליו עמו".
9. הקשיים בשיטת הש"ך והסבר אחר לדעת הרמב"ם.
10. האם בדין "אם בעליו עמו" קיימת שבועה שאינה ברשותו.

א.1. שלושת פרשיות שומרים בתורה.

פרשיות השומרים בפרשת משפטים¹ מחולקות לשלוש פרשות, כאשר שתי הפרשות הראשונות נכתבו כפרשות סתומות ואילו הפרשה השלישית נכתבה כפרשה פתוחה. ישנו דמיון בין הפרשה הראשונה לשניה מבחינת המיבנה. הפרשה השלישית בפשטותה עוסקת בפרשת שואל, ואין צורך בדרשות חז"ל לבאר במה עוסקת הפרשה. במכילתא², בבבלי³ ובירושלמי⁴ דנו מנין שפרשה ראשונה עוסקת בשומר חינוך ופרשה שניה עוסקת בשומר שכו.

ישנם שני תחומים בהם נבדלה הפרשה הראשונה מן השניה:

- א. במשפטי הפתיחה.
- ב. בדינים שנאמרו בכל פרשה.

א. משפטי הפתיחה:

פרשה ראשונה:

"כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור..."

פרשה שניה:

"כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמור..."

ב. הבדלי הדינים בין הפרשה הראשונה לשניה.

בפרשה הראשונה מופיע חיוב שבועה בגניבה וחיוב כפל בטוען טענת גנב, ואילו בפרשה השניה מופיע חיוב קרן בגניבה וחיוב שבועה באונס. (לא התיחסתי לפרשת שבועת מודה במקצת המצויה בפרשה הראשונה.)

1. פכ"ב, ו' י"א.
2. פכ"ב, י"א.
3. ב"מ דף צ"ד ע"ב.
4. שבועות פ"ח ה"א.

לאור ההבדלים הנ"ל מצינו במכילתא, בבבלי, בירושלמי ובפרשנים דיון המברר איזו פרשה עוסקת בשומר חנם ואיזו פרשה עוסקת בשומר שכר. במכילתא, בבבלי ובירושלמי ישנו דיון המתמקד בהבדלי הדינים, ואילו ברמב"ן וברשב"ם הדיון מתמקד במשפטי הפתיחה.

שיטת הבבלי.

הגמ' בפרק השואל³ דנה בשאלה במה עוסקת כל פרשה, וז"ל הגמ': "מנא הני מילי? דתנו רבנן: פרשה ראשונה נאמרה בש"ח, שניה בשומר שכר, שלישית בשואל. בשלמא שלישית בשואל, מפורש: 'וכי ישאל איש מעם רעהו ונשכר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם', אלא ראשונה בשומר חנם שניה בשומר שכר איפוך אנא! מסתברא שניה בשומר שכר שכן חייב בגניבה ואכידה. אדרבה ראשונה בשומר שכר שכן משלם תשלומי כפל בטוען טענת גנב! אפילו הכי קרנא בלא שבועה עדיפא מכפילא בשבועה, תדע דהא שואל כל הנאה שלו ואינו משלם אלא קרן".

פשטות דיון הבבלי הוא שעקרונית היה ניתן לבאר את הפרשה הראשונה בשומר שכר וכל הדיון הוא בשאלה אילו דינים חמורים יותר, והפרשה בה הדינים חמורים יותר היא הפרשה העוסקת בשומר שכר.

ניתן לראות מדיון הבבלי שאין הבדל מהותי בין פרשת שומר חנם לשומר שכר אלא בדיני השומרים, ובה"א הסכימו עקרונית שלשומר שכר ינתנו דיני הפרשה הראשונה, וניתן לומר שגם למסקנה לא שללו מכל וכל את ההגיון בנתינת דיני פרשה ראשונה לשומר שכר, אלא בגין המשוואה ששומר שכר חמור יותר משומר חנם ופרשה שניה חמורה יותר. בהמשך ננסה לדון ביחס בין שומר חנם לשומר שכר. בשואל ניתן לראות פרשה נפרדת, ואולי בגלל השוני בין שואל לשאר השומרים הפרשה פתוחה. גם במכילתא מצינו הפרדה בין פרשת שואל לשאר השומרים, וז"ל המכילתא: "וכי ישאל איש מעם רעהו. נתקן הכתוב שואל מכלל השומר ואמרו ענין בפני עצמו".

שיטת הירושלמי.

בניגוד לבבלי שיצא מנקודת הנחה ששומר שכר חמור יותר משומר חנם, וכל הדיון נסב על השאלה איזו פרשה דיניה חמורים יותר, הירושלמי רואה את הדינים כנגזרים מהשומרים השונים. הירושלמי⁴ מסביר מדוע לשומר חנם מתאימים דיני הפרשה הראשונה ומדוע לשומר שכר מתאימים דיני הפרשה השניה, וז"ל: "שלש פרשיות הן: התחתונה בשואל, והאמצעית בנושא שכר והשוכר, והעליונה בשומר חנם. שואל – לפי שנהנה בכל משלם את הכל, נושא שכר והשוכר – לפי שנהנה מקצת ומהנה מקצת נשבע מקצת ומשלם מקצת, שומר חנם – שאין לו הניה נשבע ויוצא".

מדברי הירושלמי ניתן להבין שדיני התשלומין נובעים מן ההנאה של השומר, ובניגוד לבבלי לפי הירושלמי לשומר שכר הנהנה מקצת – חייבים להיות חיובים, וממילא נשללת מהותית העמדת דיני פרשה ראשונה בשומר שכר, ובהמשך ננסה לבאר את אופי התשלומים לדעת הירושלמי.

גם במכילתא² מצינו לימוד הבנוי על נקודת הנחה שהחיובים השונים נובעים מן ההנאה של השומר, וז"ל המכילתא: "ואם גנב יגנב מעמו" – זה שומר שכר, והעליון – שומר חנם. אתה אומר כן, או אינו אומר אלא זה שומר חנם והעליון שומר שכר! הרי אתה דן – הואיל

והשואל⁵ חייב והשומר חייב מה שואל שהוא נהנה אף שומר שהוא נהנה, הא אין עליך לומר כלשון אחרון אלא כלשון הראשון, זה שומר שכר והעליון שומר חנם".

בין לפי הירושלמי ובין לפי המכילתא רואים שאופיו של חיוב פשיעה בשומר חנם שונה מהותית מחיובי שו"ש ושואל, ובהמשך נבאר במה הוא שונה.

שיטת הרמב"ן והרשב"ם.

הרמב"ן הלך בכיוון הירושלמי ששומר חנם מחייב את דיני הפרשה הראשונה וכן שומר שכר, בניגוד לפשטות הבבלי, אלא שהרמב"ן הוסיף הסבר למשפטי הפתיחה, וז"ל בפירושו לתורה: "כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור". פרשה זו נאמרה בשומר חנם, לפיכך פטר בו את הגניבה, כפי קבלת רבותינו, ונזכר סתם בכתוב מפני שדרך שומרי כסף או כלים לשומרם בחנם, והפרשה השניה שבשומר שכר, הזכירה חמור או שור או שה וכל בהמה, ודרך הבהמות לתת ביד רועים לשמור וירעו אותם בשכר" (ובדומה מצינו ב"ספורנו"). מהרמב"ן רואים שפתיחת פרשת שומר חנם מתארת חפצים אותם באופן טבעי נותנים לשמירה בחנם, ופתיחת הפרשה השניה מתארת חפצים אותם בדרך כלל נותנים לשמירה בשכר.

הרשב"ם ראה בהבדלי הפתיחות לא רק תאור מציאותי האם השמירה בשכר אם לאו, אלא הבדל באופיה של השמירה בין שמירת החפצים של הפרשה הראשונה לשמירת החפצים של הפרשה השניה. שמירת החפצים של הפרשה השניה מחייבת שמירה בעלת אופי שונה. וז"ל הרשב"ם: "כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור". מטלטלים הם ולשומרם בתוך ביתו כשאר חפציו נתנן לו, לפיכך אם גנבוהו בביתו פטור כי שמרו בשמירת חפציו. אבל פרשה שניה שכתוב בה: "כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמור" ודרך בהמות לרעות בשדה וודאי כשהפקידם ע"מ לשומרם מגנבים הפקידם לו ולכן אם גנבו חייב".

אם נהיה כנים עם פשט דברי הרשב"ם. אופי השמירה של פרשה שניה שונה בזה שהאחריות גדולה יותר (חיוב בגניבה), ולא מדובר בתוספת שכר, ובשתי הפרשיות מדובר בשומר חנם.

בהמשך נשתמש בדברי הרשב"ם על מנת לבאר מהו ההבדל בין שומר חנם לשומר שכר.

שיטת תרגום יונתן בן עוזיאל.

בתרגום יונתן בן עוזיאל בפרשה השניה מצינו פירוש מחודש המסביר את תחילת הפרשה בשומר חנם ואת סופה בשומר שכר נגד כל הדברים הנ"ל, וז"ל: "(ט) ארום יתן גבר לחבריה חמור או תור או אימר וכל בעירא למנטור בלא אגר נטיר וימות או איתבר...." (י"א) ואין יתגנבא יתגנב מניה דהוה ליה עמיה אגר נטיר ישלם למרוי".

ניתן אולי לראות סימוכין לשיטתו במכילתא דר' ישמעאל. במכילתא על הפתיחה של

5. יש להעיר שגירסת המכילתא בכמה דפוסים ובדפוס וינציה במקום שואל - שוכר, ברם מסתברת יותר הגרסה כפי שהובאה, שהלימוד הוא משואל הכתוב במפורש בתורה, ועיין במכילתא בהוצאת האראוויטץ.

פרשה ראשונה ועל הפתיחה של פרשה שניה מופיע מדרש זהה, וז"ל: "ר' ישמעאל אומר: שיפקיד אצלו ויאמר לו – הילך שמור לי זה, אבל אם אמר לו – עיניך בו הרי זה פטור". בהבנה פשוטה דברי ר' ישמעאל מתאימים לשומר חינם על מנת להגדיר אותו כשומר ואינם מתאימים לשומר שכר, וכך מצינו במשנה בפרק השואל⁶: "שמור לי ואמר לו הנח לפני – שומר חינם", משמע מן המשנה שדברי ר' ישמעאל מתאימים רק לשומר חינם, בניגוד למכילתא שהעמידה אותם בפרשה השניה העוסקת בשומר שכר, ומכאן אולי ניתן להגיע למסקנה שאף המכילתא נקטה בפירוש הפרשה השניה שחציה הראשון בשומר חינם וחציה השני בשומר שכר, אלא שהדבר תמוה מאוד לפרש את חציה הראשון של הפרשה השניה בשומר חינם ואת חציה השני בשומר שכר, ותרגומו של יונתן בן עוזיאל צ"ע. בהמשך ננסה לרכך במקצת את הקושי על ידי דיון ביחס בין שומר חינם לשומר שכר – עיין לקמן.

2. שאלות היסוד בחיובי השמירה של השומרים.

את הדיון ביסודות דיני השומרים יש לחלק לשני תחומים:
 א. גדר חיוב השמירה.
 ב. דיני התשלומים.

א. גדר חיוב השמירה.

לולי היה כתוב בתורה דיני תשלומים בהלכות שומרים, היה ניתן להעלות על הדעת פרשת שומרים העוסקת בחיובי שמירה ללא דיני תשלומים [בדת אלוקית בניגוד לדת נימוסית אפשר לדבר על חיובים על האדם גם ללא תשלומים]. תוס' בכמה מקומות⁷ אומר שלו התורה לא היתה כותבת חיובי ממון בהלכות נזקי ממונו לא היינו מחייבים בארבע אבות נזיקין.

נקודת המוצא שלי בכל המאמר היא שדבר ברור הוא שבכל השומרים ישנה חובת שמירה, ועל זה לא דנתי כלל וכלל, כל הדיון הוא באופיה של אותה שמירה וברמתה. הבעיה המרכזית בחיובי השמירה היא איך נוצרים חיובי השמירה. ניתן להעלות שתי דרכים עיקריות:

- א. התורה הטילה את חיובי השמירה כשאר חיובי מצוות.
 - ב. האדם התחייב ומכח התחייבותו השתעבד לחיובי השמירה.
- בדרך השניה יש מקום לדון איך האדם התחייב.
 ברור שאפשר לחלק בין השומרים השונים, כפי שיבואר בהמשך.
 כמו"כ יש מקום לדון ביחס בין רמת השמירה ואופיה בין שומר חינם לשומר שכר, נראה שאפשר להציע שתי תפיסות עיקריות:

6. בבא מציעא דף פ"א ע"ב.

7. בכורות דף מ"ח ע"א תוד"ה "מלוה הכתובה בתורה", קידושין דף י"ג ע"ב ד"ה "מלוה" ובעוד מקומות.

1. אין הבדל בין שומר חנם לשומר שכר ברמת השמירה ואופיה אלא בדיני התשלומים, כפי שיבואר בהמשך.
2. ישנו הבדל בין שמירת שומר חנם לשמירת שומר שכר, את הדרך הזו ניתן לפצל לשנים:

- א. ההבדל ברמת השמירה.
- ב. ההבדל באופיה של השמירה. אפשר לומר ששומר חנם אינו שומר אקטיבי ואינו אלא מאפשר לשים את החפץ בין חפציו, ולכן נקטה התורה בדוגמאות של "כסף או כלים", ולמעשה השומר אינו מחויב לעשות שום פעולה על מנת לשמור, בניגוד לשומר שכר שנדרש ממנו פעולה אקטיבית של שמירה כוללת התמודדות עם הגנבים, ולכן נקטה התורה בדוגמאות של בהמות שאופיה של השמירה היא פעולת הרועה כפי שמתארה יעקב⁸: "הייתי ביום אכלני חרב וקרח בלילה, ותדד שנתי מעיני".

אם ננית שאין הבדל ברמת השמירה בין שומר חנם לשומר שכר, ניתן לרכך את הקושי בשיטת יונתן בן עוזיאל, שהעמיד את הפרשה השניה בשומר שכר רק מן הפסוק: "אם גנוב יגנב" העוסק בחיובים ולא בצווי השמירה, ועדיין שיטתו צ"ע.

ב. דיני התשלומים.

- במחייב התשלומים ניתן להעלות שתי תפיסות עיקריות⁹.
1. אי השמירה מחייב את התשלומים, בניגוד לדיני נזיקין רגילים בהם למדנו בריש הכונס שפורץ גדר בפני בהמת חבירו פטור מדיני מזיק, בדיני שומר חידשה התורה את הפשיעה בשמירה כמזיק, כפי שיבואר בהמשך בדיון בשיטת הרמב"ם.
 2. חיובי התשלומים נובעים מהתחייבות השומר לשלם במצבים מסוימים, ברם לא בגלל שהשומר לא עשה את המוטל עליו, מעין פוליסת ביטוח בימינו.

גם כאן אפשרי לחלק בין השומרים השונים, כפי שיבואר לקמן. כמו"כ יש לדון מכיוון הפוך – מה תפקיד התשלום בשומר שכר, האם תפקידו של התשלום ליצור רמת שמירה גבוהה יותר או שהתשלום נועד ליצור את ההתחייבות של השומר לשלם במקרה ויגנב בשומר שכר או יאנס בשואל.

3. האם צריך קנין על מנת להתחייב לשמור, ומה אופיו של הקנין.

- בגמ' מצינו שני מקורות שלכאורה סותרים האחד למישנהו:
- א. במשנה בפרק השוכר את האומנין¹⁰: "שמור לי, ואמר לו: הנח לפני – שומר חנם", ולא נאמר כאן שצריך איזו שהיא פעולה על מנת להתחייב להיות שומר חנם (אם נצרף

8. בראשית ל"א, מ'.

9. עיין ב"קהילות יעקב" על מסכת בבא מציעא שמעלה את שתי האפשרויות.

10. דף פ' ע"ב.

את המכילתא הנ"ל אולי ניתן להרחיב את המקור הזה גם לשומר שכר).
 ב. בגמ' בפרק השואל¹¹ מובא שצריך קנין משיכה, וז"ל הגמ': "אמר רב הונא: השואל קרדום מחבירו בקע בו - קנאו, לא בקע בו - לא קנאו...ופליגא דר' אמי, דא"ר אמי: המשאיל קרדום של הקדש - מעל לפי טובת הנאה שבו וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה, ואי לא קנאו אמאי מעל! ואמאי חבירו מותר לבקע בו לכתחילה, נהדריה ולא ליקנייה ולא לימעול! ופליגא דר' אלעזר, דא"ר אלעזר: כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים...". מפשטות הגמ' נראה שיש צורך בקנין משיכה ולא ניתן להסתפק בדברים בעלמא כמו שמשמע מהמשנה בפרק השוכר את האומנין. בדומה לגמ' בפרק השואל מופיע גם בירושלמי¹², וז"ל: "א"ר יוחנן: ארבעה שומרין הן ואין חייבין אלא דרך קנין...".

למקור השני המחייב קנין משיכה יש להעיר את קושית רע"א¹³, וז"ל: "ובאמת מה"ט אינו מובן כראוי לשיטת הסוברים (סימן רצ"א) דשומר לא נתחייב בשמירה אלא אם עשה איזה קנין חצר או ד"א או משיכה, ואיני מבין מה טיבו של משיכה בש"ח הא אינו זוכה כלום במשיכה זו ובמה יתחייב במשיכה".

- בישוב הסתירה בין שני המקורות מצינו שלוש גישות עיקריות:
- א. אין צורך במשיכה להתחייב בחיובי שומרים.
 - ב. ישנן שתי דרכים להתחייב או על ידי דיבור או על ידי משיכה.
 - ג. ישנו צורך במשיכה על מנת להתחייב בחיובי שומרים.

שיטת התוס', הרא"ש ורבינו ירוחם.

תוס' בפרק השואל סובר שהמקור העיקרי הוא המשנה בפרק השוכר את האומנין שאין צורך בקנין על מנת להתחייב בדיני שומר, והסוגיה בפרק השואל אינה עוסקת בחיובי השמירה אלא לענין חזרה כפי שמשמע ממהלך הסוגיה, וז"ל תוס': "כך תקנו משיכה בשומרים. לא להתחייב באונסין קאמר דהא שומר חינם בלא משיכה חייב בפשיעה כדאמרינן בפרק האומנין דהנח לפני שומר חינם והוא הדין שומר שכר בגניבה ואבידה, ואי אשואל קאמר מדאוריתא נמי לא קני אלא במשיכה, וליכא למימר דקאי אשוכר שתקנו משיכה ולא קנו מעות דהא שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ועוד מאי פליגא דאמר הכא אלא לענין חזרה קאמר, דשוכר ושואל מיד שמשכו הבהמה מרשות הבעלים אין בעלים יכולים עוד לחזור והיינו דקאמר ופליגא דרב הונא". וכן מופיע גם בתוס' רא"ש.

מתוס' רואים שחילק בין שואל, שאיננו מתחייב אלא בקנין משיכה מדאוריתא, לשאר שומרים שמתחייבים בחיובי השומרים גם ללא קנין משיכה. את שיטת תוס' בחילוק בין השומרים ניתן להסביר, מפני שיסוד חיובי השומר חינם ושומר שכר ניתן לראות באי השמירה ואת השמירה מקבל על עצמו השומר מדין התחייבות, אבל שואל חייב באונסין

11. דף צ"ט ע"א.

12. שבועות פ"ח ה"א.

13. בבא מציעא דף מ"ח ע"ב ד"ה "תוד"ה "והא" כא"ד "ובאמת".

וקשה לראות את חיובי האונסים כנוכעים מאי השמירה ולכן יש צורך בקנין בגוף החפץ מדאורייתא על מנת להתחייב גם באונסים, וסברה דומה מצאתי במחנה אפרים¹⁴.

בשיטת תוס' ניתן להציע שתי אפשרויות מה מחייב את השומר לשמור: אפשרות אחת היא עצם ההתחייבות לקבל את החפץ לשמור, ואפשרות שניה שזה גופה מה שחידשה תורה בפרשת שומרים ורחמנא שעבדיה (לפי התפיסה שהשומר מחייב את עצמו לשמור מדין התחייבות נצטרך לומר שהחידוש בפרשת שומרים בדיני שבועה).

נלענ"ד להציע שהנ"מ בין האפשרות שרחמנא שעבדיה, וזהו חידוש התורה בפרשת שומרים, לאפשרות שהשומר התחייב מצד עצמו בדיון ה"מחנה אפרים"¹⁵ היא בשאלה האם מספיקה שתיקת השומר על דברי המפקיד, ולכאורה אם רחמנא שעבדיה אין צורך בהתחייבות מצד השומר אלא בהסכמה, ומה לי הסכמה בפיו מה לי הסכמה על ידי שתיקה מדין "שתיקה כהודאה", אולם אם יש צורך בהתחייבות ממשית אולי יש צורך בדיבורו של השומר (ברור שלדיון הזה ישנה זיקה לדיון קצוה"¹⁶ בגדר הודאת בע"ד ואכמ"ל בזה). בניגוד לשיטת תוס' הסובר שיש לחלק בין שואל לשאר שומרים, שבשואל יש צורך בקנין משיכה מדאורייתא, הרא"ש בפסקיו¹⁷, והטור¹⁸ ורבינו ירוחם¹⁹ סוברים שגם בשואל אין צורך במשיכה על מנת להתחייב באונסים.

שורש מחלוקת הראשונים בדין שואל יכול לנבוע ממחלוקת יסוד בחיובי שומרים. אם נאמר שחיובי ממון של השומר נוכעים מאי השמירה יש סברה לחלק בין חיובי אונסים לחיובי גניבה ואבידה ופשיעה, ברם אם נניח שחיובי גניבה ואבידה נובעים מהתחייבות השומר מעין פוליסת ביטוח אין מקום לחלק בין שואל לשאר שומרים.

רבינו ירוחם¹⁹ הלך ג"כ בעקבות התוס' וסובר שאחרי המשיכה אין אפשרות לחזור, ולא שיש צורך במשיכה להתחייבות השמירה, אלא שהוא רואה במשיכה ג"כ קבלת שמירה במקום התחייבות בדיבור, וז"ל: "שומר שמשך חייב מיד כל אחד בדינו: שומר חנם – בפשיעה, שומר שכר – בגניבה ואבידה, ושואל – באונסין. ואם אמר שמור לי ואמר לו הנח לפני – נעשה מיד שומר חנם בלא משיכה, וכן שאר שומרים – ששומר חנם ושומר שכר חייבין מיד כשקבלו עליהם לשמור, כלומר שאמר הנח לפני... ומשכיר ומשאל כיון שמשך שוכר ושואל אינו יכול לחזור בו משכיר ומשאל, ולכך תקנו משיכה בשומרין...". וכך גם הבין ה"מחנה אפרים"²⁰, וז"ל: "...ולכאורה איכא לאקשווי דתחילה כתב שומר שמשך דמשמע דבעי משיכה ולבסוף כתב דכל שקבל עליו לשמור חייב בלי שום משיכה, אבל לפי מה שכתבנו אתי שפיר – ומשך דנקט ברישא לאשמועינן דכל שמשכו בידו כאילו קיבל עליו

14. הלכות שומרים סימן ז'.

15. הלכות שומרים סימן ב'.

16. סימן ל"ד ס"ק ד'.

17. פרק השואל סימן ט"ז.

18. טור סימן ש"מ.

19. ספר "מישרים" נתיב שלושים.

20. הלכות שומרים סימן ג'.

לשמור בהדיא דמי...". אלא דצריך עיון מדוע צריך לתקן לדעת רבינו ירוחם, ונראה שגם הוא מודה שהתקנה נתקנה להלכות חזרה.

שיטת רש"י והמאירי.

רש"י בפרק מרובה²¹ מפרש: "תיקנו משיכה בשומרים. שלא יתחייב שומר בשמירה עד שימשוך". מדברי רש"י רואים בעליל שלא הסביר כתוס', ולדעתו השומר איננו מתחייב בשמירה עד שימשוך.

לא ברור מה רש"י יענה על קושית תוס', נלענ"ד שרש"י יאמר שהמשנה והתקנה עוסקים בשתי תקופות, המשנה בפרק האומנים עוסקת בעיקרו של הדין שאין צורך במשיכה, אולם הגמ' בפרק השואל עוסקת בתקופת האמוראים בה נתקנה התקנה. גם במאירי בפרק השואל מפורש שהמשיכה מחייבת באונסים, אלא שהמאירי מזכיר גם את אי אפשרות החזרה.

שיטת הרמב"ם.

הרמב"ם²² מביא באותה הלכה את המקור בפרק האומנים ובפרק השואל, וז"ל: "כדרך שתקנו חכמים משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים. האומר לחבירו שמור לי זה, ואמר לו הנח לפני – הרי זה שומר חינם...".

לכאורה הרמב"ם סותר את עצמו, שהרי הרמב"ם לא קיבל את שיטת בעלי התוס' שהמשיכה נתקנה לדיני חזרה, ואם כן קשה איך פסק גם את המשנה בפרק האומנים שמשמע שלא צריך קנין, וגם את הסוגיה בפרק השואל שמשמע בפשטות שצריך קנין מתקנת חכמים.

שיטת המ"מ על פי הרשב"א.

המ"מ על אתר מביא את הרשב"א, וז"ל: "וכתב הרשב"א ז"ל וא"ת ובמאי מחייב, והא אמרינן כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים, יראה לי דהניח לפניו בסמטא ובתוך ארבע אמותיו...". אלא שלענ"ד העיקר חסר מן הספר והדברים קשים בהסבר הרמב"ם.

הסבר אחר לרמב"ם.

נלענ"ד שאין כל סתירה בין המשנה ובין הגמ' העוסקת בתקנה. ישנם שני דיונים: האחד – מאיזה שלב השומר מוגדר כשומר ובוה עוסקת התקנה בפרק השואל ותחילת ההלכה ברמב"ם, ושאלה שניה – מהו מעמד השומר (שומר חינם או שומר שכר או בכלל לא שומר) ובוה דנה המשנה בפרק השואל, ברם על מנת להתחייב צריך לעבור את שלב קנין המשיכה.

הסבר אפיו של קנין משיכה בשומרים, ותרוע קושית רע"א. נלענ"ד שגם לדעת הראשונים המצריכים קנין משיכה להתחייב באונסים ובשאר חיובים,

21. דף ע"ט ע"א.

22. פרק ב' הלכות שכירות ה"ח.

אין אופיו של הקנין, קניית החפץ, כפי שרע"א מקשה. נראה להסביר שכמו שתקנו קנין משיכה בלקוחות אע"פ שדבר תורה מעות קונות מטעם: "גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיף בעליה"²³, כך תקנו קנין משיכה על מנת שלא ניצור מציאות שהשומר קיבל עליו את השמירה והחפץ עדיין לא הגיע לידי, ברם פשיטא שהחפץ איננו נקנה לשומר. אלא שרע"א הוקשה לו אם החפץ אינו נקנה מה מועיל קנין משיכה העוסק בקניית חפצים? נראה לבאר שקנין משיכה מבטא את העברת החפץ לאחריות המושך, אם ישנה דעת מוכר למכור והוא מסיר את בעלותו ממילא פעולת המשיכה גם קונה, אבל בשומרים המפקיד איננו רוצה להקנות ופעולת המשיכה איננה פועלת מצד הקנין שבה שהרי אין הסרת בעלות של המפקיד אלא קובעת את זמן חלות השמירה, אולם את יצירת החיובים לא המשיכה יוצרת. נלענ"ד שהדברים מדוקדקים בדברי ר' יוחנן בירושלמי: "...ואין חייבין אלא דרך קנין".

הרב דוד סתיו שליט"א הוכיח שאין עוסקים כאן בקנין, מהרמב"ם: בהלכה שלפני ההלכה בה הוא עוסק בתקנה פוסק הרמב"ם: "קטן שהפקיד ביד גדול או השאלו הרי זה הגדול נשבע שבועת השומרין לקטן", עיין שם בראב"ד שחולק על הרמב"ם. אם לדעת הרמב"ם היינו עוסקים בקנין משיכה ממש הרי קטן אינו יכול להקנות. ברם לפי דרכנו אין כל קושי מפני שעוסקים בפעולת הקנין המעבירה את אחריות השמירה לשומר ולא את גוף החפץ, וממילא קושית רע"א אינה קשה שהרי כל נקודת ההנחה שבקנין משיכה צריך לקנות איננה פשוטה.

עיין עוד בתוס' בב"ק²⁴ הכותב: "...פשיטא דמשעת משיכה מתחייבים...". וברא"ש בבא קמא²⁵ בדומה לכך: "...ומשעת משיכה נתחייבו כל אחד בדינו" שלכאורה סותרים את התוס' בפרק השואל ואת הרא"ש בפרק השואל הנ"ל, לפי דרכנו אין כל סתירה מפני שאין קנין המשיכה סיבת התחייבות באונסים ובשאר חיובין אלא תחילת הזמן, והדברים מדויקים בלשון תוס' ובלשון הרא"ש שכתבו רק משעת משיכה ולא על ידי המשיכה.

4. האם שומר יכול לחזור בו בתוך הזמן.

בנימוקי יוסף²⁶ מביא מחלוקת בין הראשונים האם שואל יכול לחזור בו, וז"ל: "וכתבו המפרשים ז"ל שהשוו חכמים מדותיהם [בשוכר] דכי היכי דמהני ליה לשוכר משיכתו שאין

23. בבא מציעא דף מ"ז ע"א.

24. דף ע"ט ד"ה "תיקנר".

25. פרק מרובה סימן י"א.

26. בבא קמא דף נ"ז ע"א מדפי האלפס.

המשכיר יכול לחזור בו ה"נ מהני משיכתו למשכיר שאין שוכר יכול לחזור בו, אבל בשואל לא הוה מסתברא הכי דנהי דמשמשך אין משאיל יכול לחזור בו שואל מיהא יכול לחזור בו דעיקר שאלה לצורכו היא וכדאמרינן דכל הנאה שלו, אבל הרא"ש(ה) ז"ל כתב שאף בשואל השוו מדותיהם ואינו יכול לחזור בו דאע"ג דודאי אם רצה להחזיר לרשות בעלים מחזיר דליכא למימר שיהא מחויב לשמור בעל כורחו, מיהו אם חזר בו ונאנס בשעה שמחזירו חייב ולא אמרינן דלהוי כהחזירה לאחר ימי שאילתה כיון שחזר בו כדי שלא לחייב ונראה שכן דעת הרנב"ר ז"ל...".

נראה ששורש מחלוקת הרא"ש(ה) והמפרשים - האם חיובי אונסים יכולים להיות מנותקים מן השמירה. הרא"ש(ה) סובר שלא ניתן לראות חיובי אונס בשואל כנגזרים מצווי השמירה שהרי האונס יקרה גם אם ישמור שמירה מעולה, אלא חיובי אונס מדין התחייבות השומר מעין פוליסת ביטוח, ולכן ניתן להגיע לידי מצב בו השומר נפטר מחיובי השמירה ועדיין יתחייב בחיובי אונס, והראשונים שחלקו על הרא"ש בשואל יסברו שגם חיובי אונס נאמרו בזמן שחלים חיובי השמירה, ברם אם פקעו חיובי השמירה לא ניתן לחייב מדין שואל חיובי ממון, אולם נראה שצריך לדחות הסבר זה מפני שהרא"ה חידש רק אם נאנס בשעה שמחזירו אבל לאחר שהחזירו בודאי הרא"ה יודה למפרשים.

בראשונים מצינו מחלוקת לא רק לגבי שואל אלא גם לגבי שאר שומרים האם השומר יכול לחזור בו אם קבעו זמן לשמירה בתוך הזמן. הראב"ד²⁷ סובר ששומר לא יכול לחזור בו תוך הזמן, והרשב"א בקידושין²⁸ מעלה סברא ששומר אינו אלא כפועל וכמו שפועל יכול חזור בו בחצי היום כך גם שומר.

נראה ששורש מחלוקת הראשונים היא בשאלה מה יסוד חיובי השמירה. הרשב"א מבין ששומר הוא בגדר פועל, ואילו הראב"ד סובר ששומר איננו פועל, ואפשר להעלות על הדעת ששומר ברגע שהתחייב לשמור רחמנא שעבדיה לאותו זמן שהתחייב ולא ניתן לחזור בו.

מענינת דעתו של ה"מחנה אפרים"²⁹ הסובר שיש לחלק בין שומר חינם לשומר שכר, וז"ל: "ולע"ד היה נראה לחלק בין שומר חינם לשומר שכר דאפילו נימא דש"ח משעה שהתחיל במלאכתו נשתעבד לשמור עד אותו זמן דהתחלת מלאכה עביד קנין, מ"מ לענין שומר יכול לחזור בו. וטעמא דמלתא דש"ח דוקא הוא דאינו יכול לחזור משום דלא דמי לעבד, שהרי הש"ח כל שהניח החפץ במקום המשתמר תו לא רמי עליה מידי להטפל בפקדון, אבל ש"ש דצריך למיתב בהדה ולנטורי יממא ולילי כמ"ש הטור סימן ש"ג ה"ז דומה לפועל וגרע מניה וקי"ל פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום...".

דעתו של ה"מחנה אפרים" משתלבת עם השיטות הסוברות שישנו הבדל מהותי באופי השמירה בין שומר חינם לשומר שכר, כפי שיבואר להלן. קצוה"ח³⁰ מסביר את שיטות הראשונים הסוברים ששומר אינו יכול לחזור בו, וז"ל: "אמנם צ"ל דהראב"ד והרב המגיד ס"ל דשמירה אינו ענין לפועל והא דוקא פועל יכול לחזור משום ד'לי בני ישראל עבדים', אבל שמירה דהוא חיוב ושעבוד שיתחייב לשלם אם יגנב או יאבד תוך הזמן א"כ גם

27. מופיע בחידושי הרשב"א והריטב"א בקידושין דף י"ב ע"ב, ובמ"מ פ"ז מהלכות שאלה ה"א.

28. ד"ה "סברא".

29. הלכות שומרים סימן י"ח.

כשמחזירו למפקיד ונגנב או נאבד בבית הבעלים נמי חייב השומר לשלם כמ"ש בש"ע בסימן ע"ב סעיף ג' במשכון שהחזיר ללוה וא"כ הא נמי דכתב בש"ע י"ד סימן קע"ז במקבל עיסקא דיכול לחזור בחצי יום נמי דוקא מטורח פעולתו שמחויב מקבל העסק יכול לחזור דכתיב: 'כי לי בני ישראל עבדים', אבל מדין שמירה שמקבל עליו לשמור חלק מן הפקדון לא נפיק מחיובו...".

קצוה"ח³⁰ הרחיב את היסוד של הרא"ש ששואל שהחזיר חייב תוך הזמן מדין ההתחייבות גם לשומר שכר, והיסוד העומד מאחורי קצוה"ח הוא שחיובי גניבה ואבידה אינם נגזרים מצווי השמירה אלא התחייבות השומר לשלם אם יגנב כפי שבארנו לעיל.

5. הסבר מחלוקת רבה ורב חסדא בדרף צ"ג ע"א.

ז"ל הגמ': "ההוא רעיא דהוה קא רעי חיותא אגודא דנהר פפא, שריג חדא מניה ונפלת למיא. אתא לקמיה דרבה ופטריה, אמר: מאי הו"ל למעבד, הא נטר כדנטרי אינשי. אמר ליה אביי: אלא מעתה על למתא בעידנא דעיילי אינשי הכי נמי דפטור! א"ל: אין...רב חסדא ורבה בר רב הונא לא סבירא להו הא דרבה, דאמרי - להכי יהבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא".

הריטב"א החדשים על אתר מקשה, וז"ל: "ההוא רעיא וכו' וסתם רועה שומר שכר, וכדמוכח לקמן בשמעתין, והינו דפליג בה אביי אתא לקמיה דרבה פטריה. פירוש דכיון דעבד כדעבדי אינשי. וא"ת (ולרבה) [ולרבה] ליכא חומרא גבי שמירת שומר שכר טפי משומר חנינם והא היכי אפשר?... ומתריך שאכן ישנו הבדל מהותי בין שומר חנינם לשומר שכר אלא במקרים בהם דיבר רבה אינו מוגדר כשומר כלל, וז"ל תרוץ הריטב"א: "י"ל דחמיר היכא דעל וגני בעידנא דלא עיילי וגנו אינשי, דאלו שומר חנינם פטור כשנעל בפניה כראוי, ושוי"ש חייב אע"פ שהקיפו חומה של ברזל, כדברי הירושלמי שכתבנו בפרק המפקיד והכין רהטא שמעתא. וא"ת ולרבה משכחת ש"ש שמשלם כפל בטוען טענת גנב, שגנבה לו כדעל או גנא בעדנא דגנו ועיילי אינשי, ואנן אמרינן בכל דוכתא דלא אשכחן כפילא בשוי"ש אלא למ"ד לסטים מזוין גנב הוא? וי"ל דכיון דבעידנא דגנו או עיילי אינשי אינו נעשה עליו שומר ולא קיבל עליו שמירה אליבא דרבה...".

תרוץ הריטב"א החדשים מחודש מאוד מפני שבפשטות כאשר אדם מוסר חפץ לשומר אין בכוונתו להפקיע חלק מן הזמנים מן השמירה.

נלענ"ד להציע פירוש מחודש, שרבה אכן סובר כקושית הריטב"א החדשים שאין הבדל בין שמירת שומר חנינם לשומר שכר מצד חובת השמירה ורמתה, ההבדל בין שומר חנינם לשומר שכר נמצא בשני מישורים:

א. בדין התשלומים.

ב. בדין קידום ברועים ובמקלות בשכר בשעת ההצלה כפי שמופיע בסו"פ הפועלים.

רבה סובר שההבדל בין שומר חנינם לשומר שכר במישור התשלומים הנגרמים מהתחייבות

השומר מעין פוליסת ביטוח, ואילו רב חסדא ורבה בר רב הונא טוענים נגדו שההבדל בין שומר חנינם לשומר שכר הוא הבדל משמעותי ברמת השמירה ולא רק לגבי התשלומים, והתשלום עבור השמירה בשומר שכר הוא על מנת שישמור שמירה יתירה. אופיה של השמירה לדעת רבה, בין בשומר חנינם ובין בשומר שכר, איננה מוגדרת על פי השומר אלא שהחפץ יונח במקום שמור.

יש להעיר, שגם למי שיסבור שישנו הבדל מהותי בין שמירת שומר שכר לשומר חנינם, יש לחקור האם צריך שהגניבה או האונס יתרחשו כתוצאה ישירה מאי השמירה, או שיוצאים מנקודת הנחה שהשומר צריך לשמור ואם קרה מקרה והחפץ נעלם בודקים האם השומר עשה את המוטל עליו, אם השומר לא עשה את המוטל עליו אפילו אם החפץ נעלם בדרך אונס לא נפטור את השומר מפני שלא עשה את המוטל עליו. לפי התפיסה הזאת חיובי השומר גם כאן אינם בגדר מזיק אלא חלק מהתחייבות השומר. יוצא שרבה ורב יוסף מודים ליסוד חיובי התשלומים וחלוקים על היחס בין שומר חנינם לשומר שכר. אלא שיש מקום לדון האם בגלל שיסוד חיובי התשלומים מדין התחייבות תמיד מחייבים את השומר אלא אם כן השומר ביצע את כל המוטל עליו, או שמחייבים את השומר על פי נקודת ראות מה היה מצבו של החפץ ברגע הגניבה ללא בדיקה האם השומר עשה את המוטל עליו.

6. הסבר מחלוקת רבה ורב יוסף בדין שומר אבידה.

בגמ' בפרק הכונס³¹ מצינו מחלוקת בין רבה לרב יוסף במעמדו ההלכתי של שומר אבידה, וז"ל הגמ': "איתמר - שומר אבידה, רבה אמר: כשומר חנינם דמי, רב יוסף אמר: כשומר שכר דמי. רבה אמר כשומר חנינם דמי - מאי הנאה קא מטי ליה. רב יוסף אמר כשומר שכר דמי - בההיא הנאה דלא בעיא למיתבי ליה ריפתא לעניא הוי כשומר שכר. איכא דמפרשי הכי: רב יוסף אמר כשומר שכר דמי - כיון דרחמנא שעבדיה בעל כורחיה הלכך כשומר שכר דמי...".

יש מקום לברר מה שורש מחלוקת רבה ורב יוסף. בגמ' מצינו שני הסברים למחלוקת. להסבר הראשון לכאורה קשה - האם בשביל אותה הנאה דלא בעי למיתב רפתא לעניא אדם מוכן להתחייב בגניבה ואבידה? ולהסבר השני צריך לדון בשני דברים - האחד: מנין לרב יוסף שרחמנא שעבדיה והיכן הדברים מבוארים בתורה? שנית: מה רבה יענה על טיעונו של רב יוסף שרחמנא שעבדיה בעל כורחיה?

נלענ"ד שניתן להסביר לפי דרכנו שרבה לשיטתו, שההבדל בין שומר חנינם לשומר שכר אינו ברמת השמירה ובאופיה אלא במישור ההתחייבות לשלם מעין פוליסת ביטוח, ואם כן לא מסתבר שאדם יתחייב עבור ההנאה דלא בעי למיתב ריפתא לעניא, וטענתו: "מאי הנאה קא מטי לה" עומדת במלא עוצמתה. אולם רב יוסף סובר שישנו הבדל מהותי בין שומר חנינם לשומר שכר, הבדל המתבטא באופיה של השמירה, והתשלום לדעתו הוא עבור השמירה, בניגוד לרבה הסובר שהתשלום מהווה התחייבות לשלם אם החפץ יגנב. עבור השמירה אדם מוכן להרויח סכומים מועטים כמו הריפתא לעניא, אבל אדם אינו מתחייב לשלם עבור סכומים מועטים. חברת ביטוח מכריזה על עצמה שהיא תשלם בניגוד לחברת שמירה המכריזה על עצמה שתשמור היטב על מנת שלא יגנב. יש להוסיף לדעת רב יוסף ששומר אבידה עסוק באבידה ושמירתו דומה לשומר שכר.

להסבר השני נראה לומר שמקור הדין ששומר אבידה רחמנא שעבדיה הוא מהדמיון בין תאור החפצים בפרשת שומר שכר לתאור החפצים באבידה. בפרשת שומר שכר החפצים

בהם התורה משתמשת לתאור הפרשה הם: "חמור או שור או שה וכל בהמה", ובפרשת שומר אבידה גם כן נקטה התורה³² בחפצים דומים: "לא תראה את שור אחיך או את שיו נדחים...". לפי דרכנו לעיל שמירת בהמות מתבצעת על ידי רועה המתמודד עם הגנבים, ואם כן כמו שבפרשת שומר שכר גילתה התורה שעוסקים בשמירה של שומר שכר, השונה משמירת כסף או כלים כך גם בשומר אבידה.

נלענ"ד שלהסבר השני רבה יענה ויאמר שאין הכי נמי רחמנא שעבדיה, אבל כבר הסברנו ברבה שלדידו אין הבדל בין שמירת שומר חנם לשומר שכר, ואם כן אין מקור לכך ששומר אבידה דינו כשומר שכר, שהרי ההבדל בין שומר חנם לשומר שכר נגרם מהתחייבות השומר, והיכן שומר אבידה חייב את עצמו בתשלומין!
עיינן בפרק הבא המשך ביאור שיטת רב יוסף ותוס' בסוגית משיב אבידה, וכן עיינן בפרק 15 האם מעמד שומר אבידה כשומר שכר לכל דבר.

7. הסבר שיטת הירושלמי בהבדל בין שומר חנם לשומר שכר, והסבר שיטות הראשונים שגניבה באונם חייב.

בירושלמי מצינו בכמה מקומות שישנו הבדל מהותי באופיה של השמירה בין שומר חנם לשומר שכר, וז"ל הירושלמי בסוף פרק המפקיד: "ר' אבהו בשם ר' יוחנן: נאמרה שמירה בשומר חנם ונאמרה שמירה בשומר שכר, ולא דמייא שנאמרה בש"ח לשמירה שנאמרה בש"ש. אפילו הקיפו חומה של ברזל אין רואין אותו כאילו הוא שמר. היה יכול להציל – חייב, שאינו יכול להציל – פטור, אין אומרים אילו היה אחר שם היה יכול להציל". ובדומה בירושלמי סוף פרק רביעי בבא קמא בשם ר' לעזר: "...אמר ר' לעזר: כל שמירה שאמרה תורה אפילו הקיפו חומת ברזל אין משערין אותו אלא בגופו לפיכך רואין אותו אם ראוי לשמירה – פטור, ואם לאו – חייב", ובירושלמי בשבועות³³ מופיע היסוד של הירושלמי שמשערין בגופו ללא "חומת הברזל", וז"ל: "ולא דמייא שמירה שנאמר בשומר חנם לשמירה שנאמר בנושא שכר. שמירה שנאמר בשומר חנם כיון ששימר כל צורכו – פטור. שמירה שנאמר בשומר שכר אין משערין אותו אלא בגופו, לפיכך רואין אותו אם היה ראוי לשמירה – פטור, ואי לא – חייב, אין אומרים אילו היה אחר שם יכול להציל, הציל – פטור, שלא הציל – חייב".

מהירושלמי כפי שהובא לעיל רואים שישנו הבדל מהותי בין שומר חנם לשומר שכר, וללא הסברי הראשונים הינו מגדירים את ההבדל – שבשומר חנם מספיק שמירה כל צורכו הנמדדת בכלים אוביקטיביים, וממילא אם הניח במקום שמור כראוי גם אם השומר לא שמר שמירה אקטיבית פטור, מפני שסוף כל סוף החפץ היה שמור וק"ו בחומת ברזל, ברם בשומר

32. דברים פרק כ"ב פסוק א'.

33. שבועות פ"ח ה"א.

שכר הדבר איננו נמדד או ביקטיבית האם החפץ היה שמור אם לאו, אלא נדרשת מן השומר השמירה המקסימלית שהוא אישית היה יכול לשמור בגופו, אולם במקרה של אונס כאשר הדבר היה שמור בחומת ברזל וברור שאם היה שם לא היה יכול לעמוד נגד הגנבים וכן במקרה שברור שחומת הברזל עדיפא על פני שמירת גופו, נראה שנוכל לפטור לפי הירושלמי גם בחומת ברזל.

בראשונים³⁴ מצינו דיון בדין גניבת אונס בשומר שכר. בחלק מן הראשונים מצינו שימוש בדברי הירושלמי הנ"ל, אולם הראשונים הבינו בירושלמי שכל אימת ששומר שכר לא שמר שמירה אקטיבית חייב אפילו שהינו משערים שאילו היה שם לא היה יכול לעמוד נגד הגנבים, מפני שאנו אומרים אילו היה שם היה מציל, ונראה שהיתה לחלק מן הראשונים גירסה אחרת בירושלמי. לצורך הבהירות נביא את דברי הרא"ש, וז"ל³⁵: "אמר שמואל: כספים אין להן שמירה אלא בקרקע משום דמסרי גנבי נפשייהו עילויהו וגם אינו מתקלקל בקרקע ואם לא שמרן בקרקע ונגנבו פשיעה הוא ומחייב, ואם נתנן בקרקע ונגנבו שומר חנם פטור ושומר שכר חייב וכן מוכח בריש הכונס (דף נ"ז ע"ב) ולקמן בפרק השואל (דף צ"ה ע"א) דלא משכחת שו"ש דמשלם כפל בטוען טענת גניבת אונס אלא בטוען טענת לסטים מזוין, ואפילו אם שמרן בקרקע בעומק מאה אמה שאי אפשר לגונבם אלא על ידי מחילות מתחת הקרקע, או דנם בעידנא דניימי אינשי ונגנבו, או קפץ עליו חולי ולא יכול לשומרן. כיון דשם גנבה היא מחייב עליה שומר שכר. והיינו טעמא דכל גניבה קרובה לאונס הוא כדאמר לקמן בפרק השואל (צ"ד ע"ב) אפ"ה חייבה תורה שומר שכר בגניבה הילכך אין חילוק בין אונס קטן לאונס גדול דכל הנקרא גנבה חייב בשומר שכר. והא דירושלמי דנתנו במקום שנוהג ליתן את שלו אם ראוי לשמירה פטור – מיירי בכיפת אבנים דמינטר מגורא ומגנבי כמו שמירת קרקע. ירושלמי (שבועות פ"ח) רבי אבא בשם ר' יוחנן נאמרה שמירה בש"ח ונאמרה שמירה בשומר שכר, ולא דמיא שמירה האמורה בש"ח לשמירה האמורה בשומר שכר. דשמירה האמורה בשומר חנם כיון ששומר כל צורכו פטור, ושמירה האמורה בשומר שכר אפילו הקיפו בחומה של ברזל אין רואין אותו אם היה שם אם יכול להציל חייב ואם לאו פטור, אלא אומרים אילו היה שם היה יכול להציל. ואמר לקמן בפ' הפועלים (צ"ג ע"ב) ואלו הן אונסין שש"ש פטור כגון ותיפול שבא ותקחם, אלמא ליכא מידי דש"ש פטור אלא אונס דליסטים מזוין...".

מדברי הרא"ש נמצאנו למדים שכל אימת שהשומר לא היה בזמן הגניבה גם אם הינו אומדים שאילו היה שם לא היה יכול להציל – חייב, בניגוד למה שהסברנו לעיל בירושלמי.

לכאורה דברי הרא"ש בירושלמי קשים מאוד – וכי מה ענין השם ("שם גניבה") להלכות שומרים, ותמוה שגניבה ברמת אונס גבוהה תחייב מפני שנקראת גניבה אע"פ שהדבר היה שמור היטב על ידי חומת ברזל.

נלענ"ד שאם נאמר שישנו הבדל מהותי בין שומר חנם לשומר שכר, כפי שבארנו לעיל,

34. עיין בסוגיא בפרק המפקיד כדף מ"ב ע"א בדברי שמואל: "כספים אין להם שמירה אלא בקרקע", ובתוס' וש"ר.

35. פרק המפקיד סימן כ"א.

ניתן לומר ששומר שכר הוגדר מתחילה כשמירה בגופו (שמירה אקטיבית), ממילא גם אם החפץ היה שמור סוף כל סוף השומר לא עשה את המוטל עליו, וכיון שהשומר לא עשה את המוטל עליו, השומר חייב. על פי זה נראה להסביר את ההבדל בין לסטים מזוין לחומת ברזל, מפני שבלסטים מזוין לא נדרשת ממנו התמודדות, ברם בחומת ברזל אם השומר לא היה, השומר לא עשה את המוטל עליו, אלא שיש להעיר שההסבר הזה נכון רק אם נאמר שיסוד התשלומין הוא מדין התחייבות ואז אומרים שאם השומר לא עשה את המוטל עליו ממילא ההתחייבות בעינה עומדת, אולם אם התשלום נובע מראית אי השמירה כמזיק, בחומת ברזל החפץ היה שמור ויפטר, ברם ברא"ש ניתן לדייק שהחיוב נובע מהעלאת האפשרות שאילו היה שם לא היה נגנב.

נלענ"ד שלאור דברינו ניתן להבין בשופי את המשך הסוגיה לגבי שומר אבידה, וז"ל הגמ'³⁶: "...א"ל אביי לרב יוסף: ואת לא תסברא דשומר אבידה כשומר חנם דמי, והא אמר ר' חייא בר אבא אמר ר' יוחנן: הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל, ואי ס"ד שומר שכר הוי אמאי משלם תשלומי כפל, קרנא בעי שלומי! א"ל: הכא במאי עסקינן, כגון שטוען טענת לסטים מזוין...".

מקשים תוס' על אתר קושיה, ור"י מגיע מתוך קושייתם ליסוד דין גניבה בשומר שכר, וז"ל תוס': " כגון שטענו טענת לסטים מזוין. תימא אמאי מוקי לה בלסטים מזוין ודחיק למימר דגנב הוא, לוקמיה כגון שטענו טענת גניבה באונס שנגנבה ממנו באונס גדול כגון ששמר כספים בחפירה בקרקע שאי אפשר לגונבם אלא במחילות תחת הקרקע דהוי אונס כלסטים מזוין או אם בא עליו חולי של טרוף הדעת או שינה נפלה עליו באונס או אונס אחר שאינו יכול לשמור, ולרבה דפטר בסוף הפועלים (ב"מ צ"ג ע"ב) על בעידנא דעיילי אינשי ולהנהו אמוראי דפליגי עליה התם מ"מ משכחת כדפרישת?...ונראה לר"י זכיון שחייב הכתוב שומר שכר בגניבה וסתם גניבה קרובה לאונס כדאמרינן בהשואל, סברא הוא דבכל ענין שתהיה הגניבה יתחייב מגזרת הכתוב אפילו אונס גמור, ואף על גב דבלסטים מזוין דהיינו שבויה דקרא פטר בו הכתוב אע"פ שאין אונסו גדול יותר, ודוחק".

נלענ"ד שלאור הסברנו בשורש מחלוקת רבה ורב יוסף בדין שומר אבידה לעיל, תרוץ ר"י בתוס' יובן ביתר ביאור ללא דוחק. לעיל הסברנו שרבה לשיטתו סובר שאין הבדל מהותי ברמת השמירה ואופיה בין שומר חנם לשומר שכר, ובין בשומר חנם ובין בשומר שכר מסתפקים שהחפץ יהיה שמור ואין דינים ב"גברא" על השומר, ולכן חלק על רב יוסף בדין שומר אבידה, ואילו רב יוסף סובר שישנו הבדל מהותי באופיה של השמירה בין שומר חנם לשומר שכר. לאור זה יובן מדוע לא תרצו בגמ' את תרוצי תוס' ואת דינו של רבה "עיליה בזמן דעיילי אינשי", מפני שהגמ' תרצה והעמידה בלסטים מזוין אליבא דרב יוסף הסובר שישנו הבדל מהותי באופיה של השמירה בין שומר חנם לשומר שכר, ואם כן לדידו כל מקרה של אונס שהשומר לא עשה את המוטל עליו השומר לא יפטר, שהרי שומר שכר הוא שומר בדומה לרועה בהמות הנדרש ממנו לשמור בגופו, ובכל המקרים של תוס' השומר לא שמר בגופו וממילא לא ביצע את המוטל עליו חוץ מלסטים מזוין. עיין בפרק הבא אימות שיטתנו בהסבר שיטת רב יוסף.

8. שיטת רב יוסף ורבה בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס בהלכות שומרים.

ז"ל הגמ' בפרק המפקיד דף מ"ב ע"א: "ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה אותביניהו בצריפא דאורבני, איגנוב. אמר רב יוסף: אע"ג דלענין גנבי נטירותא היא לענין נורא פשיעותא היא הוה תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב. ואיכא דאמרי: אע"ג דלענין נורא פשיעותא היא לענין גנבי נטירותא היא, ותחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור. והילכתא – תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב".

לכאורה דברי רב יוסף קשים להולמם מפני שסוף כל סוף התפץ היה שמור מפני גנבים, ומדוע נחייב אותו על פשיעה שלא התממשה במציאות? הרי"ף בפרק המפקיד התיחס לקושי והסביר שהפשיעה גרמה לאונס, ורק במקרה והאונס הוא תוצאה של הפשיעה ולולי הפשיעה האונס לא היה נגרם – חייב.

דברי הרי"ף באו בעקבות דיון ביחס בין הסוגיה בדף מ"ב לסוגיה בפרק המפקיד בדף ל"ו ע"ב, וז"ל הגמ' בדף ל"ו: "אתמר – פשע בה ויצאת לאגם ומתה כדרכה, אביי משמיה דרבה אמר: חייב, רבא משמיה דרבה אמר: פטור... רבא משמיה דרבה אמר פטור, כל דיינא דלא דאין כי האי דינא לאו דיינא הוא, לא מבעיא למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור דפטור, אלא אפילו למ"ד חייב הכא פטור, מאי טעמא? דאמרינן – מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם...". וז"ל הרי"ף: "...ואע"ג דקי"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב – ה"מ דנטרינהו באורחא דהוי נטירותא לענין מידי ופשיעותא לענין מידי אחרינא, ואיכא אורחא אחריתא דאי עביד לה לא הוה מטי לה אונסיה, הלכך אע"ג דאיתנס מחייב דאמרינן אי לאו דפשע בה לענין ההוא מידי אחרינא לא הוה מטי לה אונסא, כגון ההיא דאמרינן בההוא דאפקיד זוזי גבי חבריה אותביניהו בצריפא דאורבני ואיגניבו – אמר רב יוסף אע"ג דלענין גנבי נטירותא הוא לענין נורא פשיעותא היא – תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, דאי קברינהו בארעא כדאמר שמואל כספים אין להן שמירה אלא בקרקע לא הוו מיגנבי ולא מתליא בהו נורא, הלכך מחייב בגניבה, ואע"ג דאניס – דאי לאו דפשע לענין נורא לא הוה מיתניסא, ומהאי טעמא אמרינן תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, דההוא אונסא דגניבה מחמת פשיעותא דנורא הוא ולהכי חייב דלא נטרה כדאיבעי ליה, אבל הכא לענין מתה כדרכה מאי נטירותא הוה ליה למעבד כי היכי דלא ליקטלה מלאך המות, הלכך אע"ג דקי"ל תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב הכא פטור מהאי טעמא דכתבינן...".

לאור דרכנו ניתן ללכת בדרך מחודשת ולא כרי"ף, רב יוסף לפי הסברנו לעיל טוען ששומר פטור רק כאשר ביצע את המוטל עליו, וללא זה התחייבותו של השומר בעינה עומדת, ממילא ברור מדוע בתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אף על פי שאין קשר ישיר בין הפשיעה לבין האונס, מפני שהמוטל עליו בשומר חנם להניח במקום העומד בפני האש, בניגוד לרבה הסובר שיסוד התשלומין מדין התחייבות. ברם תנאי ההתחייבות לרבה אינם נמדדים על פי השומר האם השומר עשה את המוטל עליו, אלא האם החפץ היה שמור ואם האונס לא נבע מן הפשיעה. רבה יפטור אף על פי שהשומר לא עשה את המוטל עליו, ואת דברי הרי"ף נקבל בשלמותם כהסבר בדעת רבה, ברם רב יוסף איננו זקוק לקשר את האונס לפשיעה.

יש להעיר שלפי גירסת הרי"ח גם האיכא דאמרי, הסובר תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, נאמר אליבא דרב יוסף, ודברינו צ"ע.

סיכום.

מצינו שלוש דעות:

- א. רבה – אין הבדל בין שומר חנם לשומר שכר, וההבדל הוא ברובד התשלומין מדין התחייבות.
 - ב. רב חסדא ורבה בר רב הונא – ישנו הבדל בין שומר שכר לשומר חנם והכסף הוא הגורם את ההבדלים ברמת השמירה, לא ברור לדעתם מה אופיים של התשלומין.
 - ג. רב יוסף – ישנו הבדל בין שומר חנם לשומר שכר, ברם גם לדידו יסוד חיובי התשלומין מדין התחייבות.
- ההבדל בין רבה לרב יוסף הוא בגדר חיוב התשלומין: האם תמיד חייב חוץ ממקרה שבו השומר עשה את המוטל עליו (=דעת רב יוסף), או שהשומר חייב אם החפץ לא היה שומר מדין התחייבות, ובודקים כל מקרה לגופו מה גרם את העלמות החפץ (=דעת רבה).

9. שיטת הרמב"ם בדיון פושע בעבדים שטרות וקרקעות ובגדר תשלומין בשומרין.

ז"ל הרמב"ם פ"ב הלכות שכירות ה"א: "שלשה דינים האמורים בתורה בארבעה שומרין אינן אלא במטלטלין של ישראל ושל הדיוט שנאמר: 'כסף או כלים וכל בהמה' יצאו קרקעות, ויצאו עבדים שהוקשו לקרקעות, ויצאו שטרות שאין גופן ממון, ויצאו הקדשות שנאמר: 'כי יתן איש אל רעהו', ויצאו נכסי עכו"ם. מכאן אמרו חכמים: העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות ש"ח שלהן אינו נשבע, ונושא שכר או שוכר אינו משלם, ואם קנו מידו חייב באחריותן". אם נדקדק בלשון הרמב"ם, הרמב"ם אינו מפקיע עבדים שטרות וקרקעות משמירה אלא מדיני השמירה של חיובי התשלומין, אבל בודאי שגם בעבדים שטרות וקרקעות ישנו חיוב על השומר לשמור כל אחד לפי רמתו. לאור ההבנה הזאת הרמב"ם חייב לסבור שתשלום הממון בשומר שכר נועד להעלות את רמת השמירה ולא מתיחס באופן ישיר רק להתחייבות שומר שכר בתשלומין, ואכן הרמב"ם³⁷ פסק כרב חסדא: "...שאינן השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה..."

הרמב"ם³⁸ בניגוד לראב"ד חידש מסברת עצמו שאע"פ שאין דיני תשלומין בעבדים שטרות וקרקעות, בכל זאת יש דיני תשלומין בפשיעה הנחשבת כמזיק, וז"ל: "יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן, שאם היה שומר חנם על מטלטלין ונגנבו או אבדו ישבע ובעבדים וקרקעות ושטרות פטור משבועה. וכן אם היה שומר שכר שמשלם גניבה ואבידה במטלטלין פטור לשלם באלו. אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא". עיין בראב"ד על אתר שחלק על הרמב"ם, וב"ברכת שמואל"³⁹ שתרץ את קושיות הראב"ד.

37. פ"ג ה"ט.

38. פ"ב הלכות שכירות ה"ג.

39. בבא מציעא סימן מ"ז.

נמצאנו למדים שנחלקו הרמב"ם והראב"ד האם פושע מוגדר כמזיק אם לאו. הרמב"ם סובר שפושע מוגדר כמזיק, ברור שגם הרמב"ם מוכן להגדיר את הפושע כמזיק רק בגלל התפיסה הבסיסית שגם בעבדים שטרות וקרקעות השומר מוגדר כשומר, ופושע בהלכות שומרים מוגדר כמזיק, וכן מצינו בש"ך⁴⁰ בדיונו הארוך להצדיק את הרמב"ם מקושיות הראשונים נגדו, עיין שם.

נלענ"ד שישנה כאן מחלוקת שיטתית בין הרמב"ם לראב"ד האם ניתן להגדיר פושע כמזיק בהלכות שומרים. הראב"ד יסבור שמזיק בתורה מוגדר כמזיק רק כאשר עוסקים במזיק בידיים ולא על ידי גרמא, ואילו הרמב"ם יאמר שכאשר התורה יוצרת תבניות מיוחדות כמו שומר ניתן להגדיר פושע כמזיק אפילו אם ההזק אינו בידיים, מפני שמוטל על השומר צווי לשמור וישנה רמה של פשיעה המגדירה את השומר כמזיק בהלכות שומרים. מצינו בהלכות נזקי ממון מחלוקות בין הראב"ד לרמב"ם מה יסוד המחייב את בעל הממון, וגם שם הרמב"ם סובר במספר הלכות שבעל הממון מוגדר כמזיק, ואילו היסוד לדעת הראב"ד הוא מפני שלא שמר. עיין בשיעור העוסק ביסוד המחייב בנזקי ממון דין וראיות לראב"ד ולרמב"ם, ואם כן הרמב"ם והראב"ד לשיטתם.

לאור ביאור שיטת הרמב"ם בגדר פושע כמזיק נלענ"ד להציע פירוש מחודש למחלוקת רב ור' יוחנן בדיון שומר שמסר לשומר, וז"ל הגמ' בפרק המפקיד⁴¹:
 "איתמר - שומר שמסר לשומר רב אמר: פטור, ור' יוחנן אמר: חייב. אמר אביי: לטעמיה דרב לא מבעיא שומר חנינם שמסר לשומר שכר דעלווי עלייה לשמירתו, אלא אפילו שומר שכר שמסר לשומר חנינם דגרועי גרעה לשמירתו - פטור. מאי טעמא? דהא מסרה לכן דעת. ולטעמיה דר' יוחנן: לא מבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנינם דגרועיה גרעה לשמירתו, אלא אפילו ש"ח שמסר לשומר שכר דעלווי עלייה לשמירתו - חייב, דא"ל - אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר". לאור דרכנו ניתן לבאר שרב יסבור כרבה שאין הבדל ברמת השמירה ואופיה בין שומר חנינם לשומר שכר אלא בהתחייבויות הממוניות וממילא דינו של רב מוכן היטב. ולעומתו ר' יוחנן יחלק בין רמת השמירה של שומר חנינם ושומר שכר, ור' יוחנן לשיטתו בירושלמי שחילק בין שומר חנינם לשומר שכר, בניגוד לדעתו של אביי הסובר שלר' יוחנן גם שומר חנינם שמסר לשומר שכר חייב.

ישנה תלות נסכתית בין הדעות הסוברות שיסוד המחייב של התשלומין מדין התחייבות ולא כתוצאה ישירה מאי השמירה לאופי חיוב פושע בשומר חנינם. שומר חנינם לא התחייב כלום, ולא מסתבר לראות שומר חנינם כמתחייב לשלם אלא כמוכן לשמור ברמה מסוימת, ואם בכל זאת חייב בפשיעה חייבים לומר שיסוד חיוב פשיעה שונה מהותית משאר חיובי ממון ודינו כמזיק כדעת הרמב"ם.

גם כאן ניתן לראות את תפיסת רב בגדר מזיק אע"פ שאיננו מזיק בידיים לשיטתו בנזקי ממון, שהיסוד המחייב בנזקי ממון זהה לאדם המזיק, ולכן לדעת רב נשנה אדם המזיק במשנה בריש בבא קמא העוסקת בנזקי ממון. עיין בשיעור העוסק ביסוד המחייב בנזקי

40. חו"מ סימן ס"ו ס"ק קכ"ו.

41. דף ל"ו ע"א.

ממונו דיון בשיטת רב, והוכחות שאכן הוא סובר שהיסוד המחייב בנוקי ממונו בדומה לאדם המזיק.

10. גדרי חיובי תשלומין בשומרים לדעת הרמב"ם.

ברור בדעת הרמב"ם שישנו הבדל בין שומר חנם לשומר שכר המתבטא ברמת השמירה, והרמב"ם פסק כדעת רב חסדא בפרק השואל. ננסה להוכיח שחיובי התשלומים אינם בגדרי תשלומים רגילים אלא מדין מיוחד של התחייבות השומר לשלם. ברמב"ם מצינו חילוקי דינים בין חובת השבת גזילה לחובת השבת הפקדון. הרמב"ם בהלכות נזקי ממון⁴² פוסק: "שור שהמית את האדם והקדישו בעליו אינו קדוש, וכן אם הפקירו אינו מופקר, מכרו אינו מכור, החזירו שומר לבעליו אינה חזרה...". בניגוד לדיני השבת פקדון פוסק הרמב"ם בהלכות גזילה⁴³: "...אבל אם גזל בהמות וכחשו כחש שאפשר לחזור...או שהיתה יצאת להסקל אומר לו הרי שלך לפניך ומחזיר אותה בעצמה".

נראה שהחילוק בין השבת גזילה להשבת פקדון הוא שבהשבת גזילה ישנו דין להשיב את הגזילה עצמה ואם היא לא נמצאת צריך להשיב כעין שגזל, ובהמה היוצאת להסקל עדיין מוגדרת כבהמה המקורית, בניגוד לדיני שומר שהתחייב להשיב את החפץ בשוויו, ואם הוא יוצא להסקל השומר צריך להחזיר תמורה מדין ההתחייבות. בעל ה"צפנת פענח"⁴⁴ הגדיר את החילוק: "...וע"כ משום דס"ל דשומר חייב לא מחמת היזק הדבר, רק מחמת הדבר בעצמו...".

ברם כל זה בחיובי גניבה ואבידה ואונס, אבל חיובי פשיעה לדעת הרמב"ם מדין מזיק כפי שבארנו לעיל.

11. מחלוקת הרמב"ן והרשב"א בגדר פטור אונס בשומר שכר.

בחידושי הרשב"א⁴⁵ מובאת מחלוקת בינו לבין רבו הרמב"ן בגדר פטור אונס בשומר שכר, וז"ל הרשב"א: "וכשקפץ עליו חולי או שארעו אונס אחר בגופו ומחמת אותו חולי או אותו אונס לא מצי למיתב בהדה ואתי לסטים ואיגניבא, בהא כתב הרמב"ן ז"ל דפטור, דאין לך אונסין גדולים מהני. ולמה הדבר דומה למי ששבאוהו לסטים ואח"כ נגנבה הבהמה דמסתברא שפטור עליה, דבכלל אונסים הוא זה, כיון שאינו יכול לשמור ולהציל. והא דלא משכח דמשלם תשלומי כפל בטענת גנב ולא אוקמא בהכין, איכא למימר משום דמלתא דלא שכיחא הוא, ואי נמי אפשר דאי טעין הכי לא משלם תשלומי כפל ואע"ג דקא פטר נפשיה

42. פי"א ה"ט.

43. פ"ג ה"ד.

44. כללי התורה והמצוה נ"א.

45. פרק המפקיד דף מ"ב ע"א ד"ה "וכשקפץ".

בהכין, וטעמא משום דזה כטוען לא נעשיתי שומר עליה באותה שעה, שלא חייבה תורה לשלם תשלומי כפל בטוען טענת גנב אלא בשומר שהוא חייב לשמור וטוען ששמר כראוי, אבל זה כיון שנאנס נפטר מן השמירה לגמרי באותה שעה. וק"ל גנא בעדנא דגנו אינשי לפטר, דשינה אנסתו ואין לך אונס גדול מזה שהרי הנודר שלא לישן ג' ימים לוקה וישן (נדרים ט"ז ע"א) וא"כ משכחת לה בטוען שנאנס באונס שינה והא ודאי שכיחא, ועוד דהתם אמרינן בפרק השוכר את הפועלים (דף צ"ג ע"ב) שהוא חייב. ושמא כל שלא בא האונס בפקדון ממש כגון שמתה הבהמה או שנטלה בלסטים מזוין, ואע"פ שאירע אונס את השומר שלא מחמת האבדה ממש חייב, שהרי לא נאנס הפקדון אלא הוא, ואונסין דשומר שכר כאונסין המפורשין בשואל דכתיב או מת או נשבר או נשבה, כלומר שמת הפקדון או שנשבר או שנשבה חייב וצ"ע...".

ב"נתיבות המשפט"⁴⁶ הביא את שיטת הרשב"א בשם תשובת הרמ"א, והרחיק לכת באומרו שאפילו באונס נפשות על השומר – אינו נפטר, אם האונס לא היה בגוף החפץ.

עיין בשיעור העוסק במחלוקת אבי ורבא ובגדר אונס, שם הבאנו מחלוקת בין הראשונים האם יסוד פטור אונס בגלל הפקעת מעשה העבירה וניתוקו מהאדם או בגלל הנסיבות שהובילו למעשה, ברם המעשה נחשב למעשה מושלם, והוכחנו מכמה מקומות שהרמב"ן סובר שיסוד פטור אונס בגלל הנסיבות, וא"כ לאור זה שיטתו לעיל מובנת היטב שהרי אונס בשומר מהווה נסיבות לאונס בחפץ, ואין לך אונס גדול מהמקרים המובאים על ידי הרמב"ן, ברם הרשב"א צ"ע שהרי אף הוא מודה ליסוד הפטור באונס בכל התורה כולה בגלל הנסיבות כרבו הרמב"ן (עיין בשיעור הנזכר), וא"כ עומדת השאלה מדוע באונס בשומר שכר לא מודה הרשב"א ליסוד הרמב"ן? נלענ"ד שמכאן יסוד לכל גדר חיובי תשלומין של השומרים שאינם נובעים באופן ישיר מחסרון השמירה אלא מהתחייבות השומר, והתחייבות השומר אינה כוללת אונס בחפץ לעומת זאת היא כוללת אונס בשומר.

12. הסבר הנתיבות לדין השו"ע בדין שואל בבעלים שמסר לשומר שכר.

בשו"ע בסימן רצ"א סעיף כ"ו מובא בדין שומר שמסר לשומר: "...לפיכך אם דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני הרי השומר הראשון פטור מלשלם והוא שלא ימעט שמירתו, אבל אם מיעט שמירתו כגון שהראשון היה שומר שכר והשני שו"ח או שהראשון שואל והשני שו"ש – פושע הוא אע"פ ששאל או שכר בבעלים...". הקושי בדברי המחבר ברור שהרי ב"אם בעליו עמו" פטור מגניבה ואבידה ואילו שומר שכר חייב, ואם כן יש כאן עלווי עליה לשמירתו! מסביר בעל "נתיבות המשפט" על אתר: "אע"פ ששאל או שכר בבעלים, והא דחשיב גרעון שמירה כשהראשון בבעלים ופטור לגמרי אפילו מפשיעה והשני חייב על כל פנים בגנבה? יש לומר דמ"מ חשיב גרעון שמירה לא מבעיא מש"ש לשו"ח דודאי הוי גרעון שמירה בגוף השמירה...אלא אפילו שואל לשו"ש דאין הפרש

ביניהם רק לענין אונסין ומאונסין א"א לשמור מ"מ יש אונסין שאפשר ליזהר ממנו כגון בליסטים מזוין שישמרנו במוקף חומה וכיוצא בו...".

נמצאנו למדים מדברי ה"נתיבות" שלושה חידושים:

- א. רמת השמירה הנדרשת משואל גבוהה יותר מרמת השמירה הנדרשת משומר שכר.
- ב. דין "אם בעליו עמו" אינו מפקיע מגדר שומר, ולא כפי שיטת הש"ך כפי שיבואר בפרק הבא.
- ג. חיובי התשלומין אינם פונקציה של רמת השמירה, וניתן להגיע לאבסורד ששואל כ"אם בעליו עמו" המוגדר כרמת שמירה גבוהה יותר משומר שכר מופקע מחיובי תשלומים, לעומת שומר שכר שחלים עליו כל דיני התשלומים. מכאן שחיובי התשלומים אינם אלא התחייבות השומר.

13. האם שומר שכר שהתחייב בגניבה ואבידה מקבל את דמי השמירה.

בגמ' בבא מציעא בפרק הזהב, על המשנה⁴⁷ האומרת שבעבדים שטרות וקרקעות נושא שכר אינו משלם, מגיעה הגמ'⁴⁸ למסקנה שהשומר מפסיד שכרו, נחלקו החזו"א⁴⁹ וקצוה"ח⁵⁰, האם הדין של מפסיד שכרו נאמר רק בעבדים שטרות וקרקעות או גם בכל שומר שכר. קצוה"ח טוען שהדין נאמר בכל שומר שכר, ולעומתו טוען החזו"א: "ואפשר דדוקא בשומר הקדש וקרקעות מפסיד שכרו בזמן שלא שמר כראוי, אבל שומר שכר שמתחייב לשלם אינו מפסיד שכרו כיון שמתחייב מכח שכרו וזה פשיטא שמנכה לו דמי שכירותו מדמי הזקו, שהרי א"צ לשלם יותר מהפסדו, אבל יש לומר שחייב בשכירותו, והוא חייב לשלם כל דמי הבהמה ונ"מ במת השומר שבניו גובין דמי שכירות ואינם משלמים אם לא הניח להם אביהם אחריות נכסים".

שורש המחלוקת בין קצוה"ח לבין החזו"א הוא: מה אופיו של התשלום בשומר שכר. קצוה"ח סובר שהתשלום הוא עבור השמירה, ואם לא שמר צריך להפסיד שכרו, בניגוד לחזו"א הסובר שהתשלום נועד עבור ההתחייבות. יש להוסיף שאם נתזור לדברי קצוה"ח הנ"ל ששומר לא יכול לחזור קודם זמנו מדין ההתחייבות לכאורה הדברים סותרים. אלא שנצטרך לתרץ שהתשלום עבור השמירה וההתחייבות איננה נובעת באופן ישיר מן התשלום, ועדיין דברי קצוה"ח צ"ע.

47. דף נ"ו ע"א.

48. דף נ"ח ע"א.

49. בבא קמא סימן ז' בסופו.

50. סימן רכ"ז ס"ק י"א.

14. מהו הזמן שמתחייבים באונסין.

בגמ' בכתובות⁵¹ מובאות שתי לישנות אליבא דרבא הדנות האם משעת משיכה מתחייב באונסין או משעת האונס. האחרונים תלו את הדבר ביסוד דין התשלומין – דאם התשלומין נובעים מהתחייבות או ההתחייבות חלה מזמן המשיכה, ואם החיובים נובעים מן השמירה החיוב נובע מרגע המקרה. אלא שיש לחלק בין שואל לבין שאר שומרים, ואולי רק לגבי שואל חל הדיון האם מרגע השאילה ולא בשאר שומרים אלא שהדבר תלוי ביסוד חיובי שואל באונס, ואכמ"ל.

15. האם שומר אבידה כשומר שכר לכל דבר.

קצוה"ח⁵² מביא את דעת המוהרש"ך, הסובר שלא אומרים בשומר אבידה את דברי רב חסדא: "להכי יהבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתרתא", ופטור בעל בזמן דעייל אינשי בניגוד לשומר שכר רגיל. קצוה"ח מוכיח מן הסוגיות נגד דעתו, ולדעתו שומר אבידה הוא שומר שכר לכל דבר.

נלענ"ד שלדעת המוהרש"ך חייבים לומר שהכסף ניתן עבור השמירה היתרה וההתחייבות הממונית בשומר שכר אינה נובעת מן התשלום, ובפשטות היא נובעת מחסרון השמירה הרגילה אותה התורה שיעבדה את שומר אבידה.

בדעת קצוה"ח אפשר לומר אחת משתי אפשרויות:

- א. התורה יוצרת חיוב שמירה מקביל לחיוב הנוצר על ידי תשלום.
- ב. התשלום אינו ניתן עבור השמירה וממילא התשלום הוא עבור ההתחייבות הממונית ובשומר אבידה התורה חייבה את השומר, אלא שהדבר קשה בפשט דברי רב חסדא "להכי יהבי לך אגרא לנטורי נטירותא יתרתא" משמע שהכסף כן ניתן עבור השמירה היתרה.

ב. 1. שאלות היסוד בדין "אם בעליו עמו".

בדין "אם בעליו עמו" יש מקום לדון בשני דברים:

- א. בסברת הפטור.
- ב. באופיו של הפטור, האם ב"אם בעליו עמו" השומר מופקע מגדר שומר, או שישנו פטור בהלכות תשלומים. אם ישנו פטור בהלכות תשלומין יש מקום לדון באופיו של הפטור.

2. מקור דין "אם בעליו עמו" בשאר שומרים.

בתורה מופיע דין "אם בעליו עמו" רק בפרשת שואל. במכילתא, בבבלי ובירושלמי

51. זף ל"ד ע"ב.

52. טימן ע"ב ס"ק ה'.

הרחיבו את דין "אם בעליו עמו" לשאר שומרים, אלא שנחלקו איך לומדים מפרשת שואל.

שיטת המכילתא והירושלמי.

ז"ל המכילתא דרשב"י: "אם בעליו עמו לא ישלם". אין לי אלא שואל, נושא שכר מנין? מה אם זה שמשלם את אנסין בזמן שבעליו עמו פטור אין בעליו עמו חייב, נושא שכר שאין משלם את את האנסין דין הוא - בזמן שבעליו עמו פטור אין בעליו עמו חייב". ובדומה לכך בירושלמי בשבועות ריש פ"ח: "...שואל שהחמירה התורה עליו בבעלים פטור שלא בבעלים חייב, נושא שכר שהקלה התורה עליו לא כל שכן - בבעלים פטור שלא בבעלים חייב".

שיטת הבבלי.

ז"ל הגמ' בפרק השואל⁵³: "...ושומר שכר גופיה מנלן? גמרי חיובא דשומר שכר מחיובא דשואל - מה להלן בבעלים פטור אף כאן בבעלים פטור. במאי גמר? אי במה מצינו, איכא למיפרך כדפרכינן שכן אונס! אלא אמר קרא: 'וכי ישאל' - וי"ו מוסיף על ענין ראשון...".

יש לדון מהו היחס בין המקור של המכילתא והירושלמי לבין המקור של הבבלי. אפשר לראות שתי נקודות מחלוקת מהותיות:

- א. היחס בין שואל לשאר שומרים. בתורה לא מופיע כלל אצל שואל הפועל ש, מ, ר, אולי ישנו הבדל מהותי בין שואל לשאר שומרים. שואל איננו כלל שומר אלא משתמש בחפץ עם התחייבויות ממוניות בניגוד לשומר חינם ושומר שכר המצווים בשמירה. הבבלי יסבור שגם שואל שומר הוא, וממילא שייך ללמוד מ"וי"ו מוסיף" או מבמה מצינו, בניגוד לירושלמי הסובר ששואל שונה מהותית משאר שומרים. (ניתן לתלות את שאלת היחס בין שואל לשומרים בכמה מחלוקות ראשונים, ואכמ"ל.)
- ב. האם שייך הק"ו. אם נאמר שחיובי התשלומים אינם אלא התחייבות ממונית ללא קשר לרמת השמירה קשה לראות את שומר שכר - קל, ושואל - חמור, השאלה מה התחייב השומר, וניתן לחלק בין שואל שדוקא בו שייכת סברת פטור "אם בעליו עמו" שאז לא התחייב - בניגוד לשומר שכר שכל הנתינה ניתנה עבור שמירה וברור שהתחייב. אולם אם נאמר שחיובי התשלומים נובעים משומרים ברמות שונות ובשמירות בעלי אופי שונה הק"ו ברור, מפני ש"אם בעליו עמו" מפחית מאחריות השמירה.

אם כנים דברנו הירושלמי יוצא לשיטתו, שחילק בין שומר חינם לשומר שכר באופיה של השמירה כדלעיל.

ברם הדברים כלל אינם הכרחים וניתן לומר הפוך - שאם דין "אם בעליו עמו" מפקיע מגדר שומר הדבר מובן בפרשת שואל שמטרתו השמוש, אבל בשומרים שהמטרה היא השמירה קשה להסביר שאין כאן שמירה וממילא הק"ו מופרך, אולם אם עוסקים ברובד התשלומים הק"ו קיים, והגענו לסברות הפוכות בין הבבלי לירושלמי.

3. סברות הפטור בדין "אם בעליו עמו".

ישנו קושי בהבנת סברת דין "אם בעליו עמו", שביטא אותה בצורה יפה בעל ה"חוות יאיר"⁵⁴: "תמהני כל ימי אחר שפקודי ה' ישרים וכלם נכוחים בטוב טעם וישרים למוצאי דעת והאריך בהם הרמב"ם במו"נ...ומי יתן ודע לקרב מדבר זה אל השכל ודמיה למ"ש פלוני (ע' כתובות נ"ב ע"א) אלו הוינא התם אמינא משיב רעה תחת טובה וגו' וכי משום שהמשאיל במלאכתו של שואל ילקה באבדון בידי שואל, כי לולי דרו"ל (שאמרו אם היה עמו אפילו במלאכה אחרת) ל"ק דהיה י"ל פי' הכתוב עמו, ר"ל אצל דבר ששאל לתברו והיה לו להשגיח עליו וק"ל".

סברת ה"חינוך" וכמה מן האחרונים על פי שיטת רב המנונא. למעשה לפני שפונים לסברת דין "אם בעליו עמו" יש מקום לפנות להיקף הדינים, והדברים מוזכרים בדברי ה"חוות יאיר".

מחלוקת משמעותית להבנת כל סברת דין "אם בעליו עמו" מצינו בפרק השואל⁵⁵ בין רב המנונא לרבא. רב המנונא סבר שדין "אם בעליו עמו" מתקיים רק אם הבעלים היו משעת שאילה עד שעת שבורה ומתה, ולעומתו רבא סובר שמספיק בזמן השאילה. בגמ' רב המנונא איתותב, ולהלכה מספיק שהבעלים יהיו עמו רק בשעת שאילה.

לפי רב המנונא דין "אם בעליו עמו" מובן מפני שהבעלים אחראים לחפץ וממילא השומר נפטור, כך מצינו ב"חינוך"⁵⁶, ב"אדרת אליהו", ב"משך חכמה", וב"חוות יאיר" הנ"ל, אלא שב"חינוך" הרחיב את הסברה גם לחולקים על רב המנונא, וז"ל: "נוכל לומר לפי הפשט שהתורה לא חייבה השואל אחר שבעל הכלי או הבהמה עמו, דמכיון שהוא שם ישמור הוא שלו, ואע"פ שהשואל פטור אף לאחר שהלכו הבעלים מכיון שהיו שם בשעת שאילה, אפשר לתרץ בזה שלא רצתה התורה לתת הדברים לשעורין". ברור שסברת לא פלוג של ה"חינוך" אינה מתאימה לדיני דאורייתא ודבריו צ"ע, ברם לדעת רב המנונא הסברה פשוטה.

שיטת האב"ע על דרך הפשט.

"על דרך הפשט, 'בעליו אין עמו' ויכול לטעון על השואל שהכביד על בהמתו, 'אם בעליו עמו' שהוא ראה בעצמו איך נשבר או מת".

ברור שדברי האב"ע אינם עומדים בפני הביקורת ההלכתית, בודאי לחולקים על רב המנונא שכך ההלכה אין כלל מקום לדרכו של האב"ע, אולם גם אם נקבל את רב המנונא דין חיוכי אונסים עוסקים גם במקרה שברור בעליל שהדבר לא נעשה כתוצאה מן השימוש, ודבריו צ"ע ואכמ"ל.

54. טוף סימן רכ"ג.

55. דף צ"ה ע"ב.

56. מצוה ס'.

שיטות המתיחסות ליחס בין שואל החפץ והבעלים. מצינו כמה שיטות המתיחסות למערכת היחסים בין שואל החפץ והבעלים. בפירוש הר"י בכור שור מצינו: "כיון דבעלים משועבדים עמו בשעת משיכה מששעבד עצמו כל שכן ממונו, דומיא דמה שקנה עבד קנה רבו". בכ"י "מושב זקנים": "כיון דבעל הבהמה שאול לו מלאכה א"כ אם היה נעשה לו על הגוף (כלומר נזק בגופו של המשאיל) היה פטור השואל כ"ש על ממונו דפטור, דלא יהיה ממונו חביב עליו מגופו". לפי הרלב"ג: "כי מפני שהבעלים הם תחת ידו בשעת שאלה לא יתכן שישתעבד לו זה אז בשמירת הבהמה, כי אין האדם אדון ועבד יחד לאיש".

שיטת הספורנו.

בפירוש הספורנו מצינו הסבר מחודש, וז"ל: "שסתם משאיל בקרוב דעת כזה הוא נותן מתנה על דעת שיחזירו, וכיון שלא התנה אינו חייב להחזיר אלא כשהיא נמצאת בעין, שאפילו לדעת האומר שבמתנה ע"מ להחזיר חייב באונסין, זהו מטעם שהתנאי של על מנת מבטל את המתנה אם לא יקום התנאי, אבל בזה שהיא מתנה על דעת להחזיר, בלתי תנאי שיבטל המתנה אם לא יחזירנה, הנה כל זמן שהיא בידי המקבל היא שלו, אע"פ שלא יחזירנה אח"כ ולא יתחייב על כל מה שיארע אפילו בפשיעה". את היסוד ששואל איננו מוגדר כמתנה מצינו בפסקי רי"ד בסוכה⁵⁷, המסביר מדוע לא יוצאים בלולב שאול ובכל זאת יוצאים במתנה על מנת להחזיר, ודבריו מובאים ברא"ש⁵⁸.

4. אופי פטור "אם בעליו עמו" לאור סברות הפטור השונות.

לכאורה יסוד סברת ה"חינוך" (מפני שהבעלים צריכים לשמור ולא השומר) קשה שהרי דין "אם בעליו עמו" מופיע בפרשת שואל על מנת לפטור מחיובי אונס, ובהבנה פשוטה חיובי אונס אינם נגזרים מן השמירה, ואם כן דבריו קשים מאוד. אולם אם נומר שדין "אם בעליו עמו" מפקיע את השומר מגדר שומר דברי ה"חינוך" מובנים, מפני שבשלב ראשון מפקיעים את השומר מדין שומר ובשלב שני אם איננו שומר לא קיים חיוב אונס, אם נתבונן היטב נגיע למסקנה שזהו עומק סברת ה"חינוך" שהבעלים שומרים ולא השומר. לפי סברת האב"ע ברור שהשומר איננו מופקע מגדר שומר בגלל דין "אם בעליו עמו". לפי פי הר"י בכור שור ברור שדין "אם בעליו עמו" מפקיע את השומר מגדר שומר. לפי סברת "מושב זקנים" הדן בתשלומין ולא בשמירה ניתן לראות את דין "אם בעליו עמו" כפטור בהלכות תשלומין. לפי הרלב"ג ברור שהשומר מופקע מגדר שומר. לפי הספורנו בדין "אם בעליו עמו" לא עוסקים בשאלה אלא במתנה, ובמתנה לא נאמרו דיני שמירה.

57. דף מ"א ע"ב.

58. פרק שלישי סימן ל'.

5. הסבר מחלוקת האמוראים בדין פשיעה בבעלים.

נחלקו רב אחא ורבינא בגמ' בפרק השואל⁵⁹ בדין פשיעה בבעלים חד אמר חייב וחד אמר פטור. הגמ' מסבירה שמחלוקתם נובעת האם דין "אם בעליו עמו" נאמר גם על שומר חינם אם לאו.

את יסוד המחלוקת ניתן לבאר בשני אופנים:

- א. נחלקו האם דין "אם בעליו עמו" מפקיע מגדר שומר או רק פטור מתשלומין. אם נאמר ש"אם בעליו עמו" מפקיע מגדר שומר – פושע מתחייב רק בהלכות שומרים ולא בדיני נזיקין רגילים כפי שבארנו לעיל, וזוהי הסברה המופיעה בש"ך עיין לקמן. ברם אם דין "אם בעליו עמו" הוא רק פטור מתשלומין א"כ איננו דומה חיוב גניבה ואבידה ואונס לחיוב פשיעה המוגדר כמזיק לדעת הרמב"ם.
- ב. נחלקו מה אופיו של שומר חינם ויחסו לשאר שומרים. אם נאמר ששומר חינם דומה במהותו לשאר שומרים, אז כמו שבשאר שומרים יש את סברת "אם בעליו עמו" הוא הדין בשומר חינם. ברם אם נאמר שישנו הבדל מהותי בין שומר חינם לשומר שכר, ושומר חינם אינו מחוייב בשמירה אקטיבית אלא רק על הנחה בין חפציו, דין "אם בעליו עמו" לא משפיע עליו.

6. הסבר הר"י פישל פערלא בשיטת הר"ח ברף מ"א ע"ב.

ז"ל הסוגיה: "רבא אמר: לא תאמר שליחות יד לא בשומר חינם ולא בשומר שכר ותיתי משואל – ומה שואל דלדעת בעלים קא עביד שלח בה יד חייב, שומר חינם ושומר שכר לא כל שכן! למה נאמר? חדא – לומר שליחות יד אין צריכה חסרון, ואידך – שלא תאמר דיו לבא מן הדין להיות כנדון מה שואל בבעלים פטור אף שומר חינם ושומר שכר בבעלים פטור".

בהסבר הסוגיה ישנם שני קשיים:

- א. למדנו בגמ' בבלי ובמכילתא שאין הכי נמי דין "אם בעליו עמו" קיים גם בשומר חינם ושומר שכר, ואם כן מסקנת הסוגיה כאן קשה מאוד.
- ב. שליחות יד נאמרה בתורה בפרשת שומר חינם ושומר שכר ולא נאמרה בתורה בפרשת השואל, ואם כן קשה השלב בגמ' השואל שנילמד משואל, והרי בשואל לא כתוב דין שליחות יד!

רש"י בפירושו פתר את שני הקשיים, וז"ל: "ותיתי משואל. שחייבו הכתוב באונסין שבביל שכל הנאה שלו ושולח יד נמי כל הנאה שלו. (ומה שואל) שלדעת בעלים. שלח בה יד לעשות מלאכתו חייב באונסין. שומר חנם ושומר שכר. השולחין יד שעושין מלאכתן

שלא לדעת בעלים לא כ"ש דחייב שוב באונסיה.... שלא תאמר דיו לבא כו'. אם לא נאמרה בשאר שומרין ולמדה משואל הייתי אומר דיו לשליחות יד דשומרין שבא מדין שואל להיות כנדון. מה שואל. אם בעליו עמו כתיב לא ישלם אונסין אף שומרין ששלחו יד אם בעליו עמו יפטר, כתב קרא יתירא לחייבו אפילו בבעלים, וגלי רחמנא בחדא והוא הדין בכולהו".

את הקושי הראשון רש"י פתר באומרו שאין דין "אם בעליו עמו" על מנת לפתור דין שליחות יד בשומר חנם ושומר שכר. ואת הקושי השני רש"י פתר ששליחות יד בשואל הוא עצם השימוש, וזה גופה נקודת התורפה בפירושו של רש"י החריגה מהמשמעות הרגילה של שליחות יד.

הר"ח בניגוד לרש"י הסביר שליחות יד כפשוטו, הר"ח פתר את שתי הקושיות בביאור שונה לחלוטין של הסוגיה (כנראה היתה לר"ח גירסא אחרת בגמ'), וז"ל הר"ח: "לא תאמר שליחות יד לא בשומר חנם ולא בשומר שכר ותיתי משואל, והא לא כתיבא שליחות יד בשואל כלל? כך פירושה – לא תאמר שליחות יד אלא בשואל בלבד ולא היה צריך לכתוב לא בשומר חנם ולא בשומר שכר ויבואו וילמדו מן השואל, ולמה נאמר בהן? ללמד שאין צריכה חסרון, ושלא תאמר דיו לבא מן הדין להיות כנדון כו' ופשוטה היא".

החידוש הגדול בשיטת הר"ח שישנו חילוק בדין "אם בעליו עמו" בשליחות יד בין שואל שפטור לשומר חנם שחייב, כאשר השאלה היא – מדוע?

הר"י פערלא⁶⁰ הסביר את שיטת הר"ח, על פי סברת פטור "אם בעליו עמו" של הספורנו שהוזכר לעיל, וחילק בין גדר "אם בעליו עמו" בשואל לגדר "אם בעליו עמו" בשאר שומרים. בשואל שייכת סברת הספורנו, וממילא ב"אם בעליו עמו" השואל מופקע מגדר שומר אבל בשומר שכר, שלא שייכת סברת הספורנו, דין "אם בעליו עמו" שונה באופיו ואינו אלא פטור מתשלומים. הר"י פערלא הבין את הלימודים של דין "אם בעליו עמו" מפרשת שואל לשאר שומרים כלימודים טכנים של הדינים במישור הטכני ולא בהגיון של הדינים ובאופים, והנ"מ לדעת הר"ח בשליחות יד ב"אם בעליו עמו" היא שבשואל פטור ובשאר שומרים חייב.

לענ"ד דבריו צ"ע דמנ"ל שני דינים לדין "אם בעליו עמו" כאשר המקור הוא אחד, והדברים צ"ע.

7. הסבר אחר לשיטת הר"ח.

נלענ"ד שדין "אם בעליו עמו" זהה בשואל ובשאר שומרים, ואף על פי כן ישנו חילוק דינים בין שואל לשאר שומרים לדעת הר"ח. החילוק אינו נובע משני גדרים בדין "אם בעליו עמו", אלא ביכולת השפעת דין "אם בעליו עמו" על השומרים השונים, בלשון אחרת על דרך ההשאלה השוני איננו ב"מאציל" אלא ב"נאצל".

ההבדל בין שואל לשאר שומרים נעוץ במטרה לשמה השומר קיבל את החפץ. שואל קיבל את החפץ למטרת שימוש והשמירה מהוה תנאי ולא מטרה, בניגוד לשאר שומרים שהמטרה

לשמה השומר קיבל את החפץ היא השמירה. לאור הסבר ההבדל בין שואל לשאר שומרים נוכל להבין את שיטת הר"ח. בשואל יש בכוחו של דין "אם בעליו עמו" להפקיע מן השומר דין שומר, שהרי המטרה קיימת וביטלנו את התנאי, בניגוד לשומר שכר או שומר חינוך, שהמטרה לשמה החפץ נמסר היא שמירה ולא ניתן להעלות על הדעת שדין "אם בעליו עמו" יפעל לבטל את עיקרו של מעשה, וממילא כוחו רק לפטור מתשלומים.

8. הסבר הש"ך בשיטת הרמב"ם ביסוד פטור "אם בעליו עמו".

הש"ך⁶¹ הקשה – מדוע בעבדים שטרות וקרקעות פסק הרמב"ם⁶² שחייב בפשיעה מפני שפשיעה היא מדין מזיק, ואילו בפשיעה בבעלים פסק הרמב"ם שפטור בפשיעה? הש"ך תרץ – בדין "אם בעליו עמו" הוא אינו שומר כלל והחידוש שפושע מוגדר כמזיק נאמר כאשר מגדירים את השומר כשומר. וכן מצאתי שמובא ב"ברכת שמואל"⁶³ בשם הגר"ח.

9. הקשיים בשיטת הש"ך והסבר אחר לדעת הרמב"ם.

לכאורה מן הרמב"ם בהלכות שאלה ופקדון נראה לבטל את ההוכחה מפשיעה בבעלים שפטור, וז"ל הרמב"ם⁶⁴: "שאל מן השותפין ונשאל לו אחד מהן, וכן השותפין ששאלו ונשאל לאחד מהן – ה"ז ספק אם היא שאלה בבעלים אם אינה. לפיכך אם מתה אינו משלם, ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידם, פשע בה הרי זה משלם".

המ"מ על אתר הקשה על סוף ההלכה (שאם פשע ה"ז משלם) – הרי הרמב"ם פסק שפשיעה בבעלים פטור, והדין היה צריך להיות כמו ברישא של ההלכה. המ"מ מתרץ: "...דעתו ז"ל שהפושע הוא כמזיק כמ"ש בכיבור פ"ב מהלכות שכירות וכיון שהוא כמזיק ואין שם ראייה ברורה לפטרו חייב לשלם". לענ"ד דברי המ"מ צ"ע כי גם בהלכות מזיק קיים הדין של "המוציא מחבירו עליו הראיה".

אם נסבור שעקרונית גם ב"אם בעליו עמו" הוא מוגדר כשומר וחייב בדין פשיעה כמזיק מדין שומר, אלא שדין "אם בעליו עמו" מבטל חיוב קיים, כביכול החוב קיים ונמחל, נוכל להבין את ההלכה ברמב"ם מפני שברישא הספק הוא על חיובים הנובעים מהתחייבות, כפי שהוכחנו ברמב"ם, ואם כן "המוציא מחבירו עליו הראיה" ופטור אבל בפשיעה קיים חוב והשאלה היא האם החוב התבטל, ואם כן חובת הראיה על השומר ולא על המפקיד. נלענ"ד להביא ראייה שביטול חיוב פשיעה איננו בהכרח מפקיע שם שומר בשיטת הרמב"ם.

61. טימן ס"ו ס"ק ככ"ו.

62. פ"ב הלכות שכירות ה"ג.

63. נבא מציעא טימן מ"ז.

64. פ"ב ה"ח.

בהלכות שכירות⁶⁵, פוסק הרמב"ם: "ט' מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה והשואל... (י) טען זה שהיה שם תנאי והשומר אומר לא היה שם תנאי, נשבע השומר שבועת השומרין ומגלגל בה שלא היה שם תנאי. (י"א) טען שהפקיד אצלו וזה אומר לא אמרתי אלא הנח לפניך ולא נעשיתי לו שומר – נשבע היסת שלא קבלו אלא בדרך זו, וכולל בשבועתו, שלא שלח בו יד ולא אכדו בידיים ולא בגרם שגרם לו שיהיה חייב לשלם. (י"ב) זה אומר השאלתיך או השכרתיך או הפקדתיך והלה אומר לא היו דברים מעולם... הרי הנתבע נשבע שבועת היסת..."

מההלכות האלו למדנו יסוד פשוט שאין שבועת השומרים אלא אצל שומר, ולא קיימת שבועת השומרים כאשר ישנו דיון האם הוא מוגדר כשומר כלל וכלל.

לאור זה ניתן להוכיח שפטור מפשיעה איננו מפקיע מגדר שומר. כל פטור מפשיעה איננו בשורש החוב אלא במחילת מימוש. הרמב"ם בהלכות שאלה ופקדון⁶⁶ מביא כמה דינים בהלכות תנאים: "ב) יש לשומר להתנות שאינו שומר כדרך השומרים אלא מעות אלו שהפקיד אצלי בזוית ביתי אני מניח אותן וכיוצא בזה, טען השומר שתנאי היה בינינו ובעל הפקדון אומר לא היה שם תנאי אע"פ שהפקיד אצלו בעדים מתוך שיכול לומר שמרתי כדרך השומרין ונאנסתי נאמן לומר שהיה ביניהן תנאי, לפיכך ישבע שלא שלח יד בו ושאינו ברשותו ושהיה ביניהן תנאי". לכאורה הינו מצפים שיהיה אותו דין גם בתנאי של פשיעה שהרי תנאי המתיר פשיעה כמוהו כמפקיע את השמירה, ואע"פ כן הרמב"ם בהלכה אח"כ פוסק: "...ובעל הפקדון שהביא ראייה שפשע השומר משלם ואם טען ואמר תנאי היה בינינו אינו נאמן שהרי יש עדים שפשע". לכאורה דברי הרמב"ם קשים מפני שהעדים אינם עומדים בסתירה לדברי השומר ומדוע השומר אינו נאמן, ברם לפי דרכנו בתנאי של פשיעה חובת הראיה על השומר מפני שעוסקים במחילת חוב קיים.

לפי שיטת רש"י בהסבר הסוגיה של שליחות יד המוזכרת לעיל, יוצא שישנו דין שליחות יד ב"אם בעליו עמו" דבר המוכיח בעליל ש"אם בעליו עמו" מוגדר כשומר, וברמב"ם לא מובא הדין הנגזר משיטת הר"ח, ובהבנה פשוטה קיים דין שליחות יד וממילא "אם בעליו עמו" אינו מופקע מגדר שומר.

10. האם בדין "אם בעליו עמו" קיימת שבועה שאינה ברשותו.

בירושלמי בשבועות⁶⁷ מובאת מחלוקת אם קיימת שבועה בדין "אם בעליו עמו", וז"ל הירושלמי: "אתמר – אם בעליו עמו לא ישלם מהו שישבע? ר' זירא אמר: נשבע, ר' חנניא ור' לא תריהון אמרין: אינו נשבע..."

נראה להסביר ששורש מחלוקת האמוראים בירושלמי האם דין "אם בעליו עמו" מפקיע

65. פרק ב'.

66. פרק ו'.

67. פ"ח ה"א.

מגדר שומר אם לאו, אם נאמר שמופקע מגדר שומר ממילא ברור שאין שבועה, כרם אם עוסקים בפטור מתשלומין שייך להשביע.

בהסבר הירושלמי ישנן שתי דרכים:

א. מדובר על שבועה שאינה ברשותו.

ב. מדובר על שבועה שלא פשע.

קצוה"ח⁶⁸ דן בשאלה האם שייכת שבועת השומרים בדין "אם בעליו עמו" ומביא מחלוקת ראשונים ואח"כ מביא את הירושלמי ותמה: "שלא הובא בראשונים או באחרונים להכריע בזה ואנחנו לא נדע וצ"ע." לפי ההסבר שהמחלוקת בירושלמי זהה למחלוקת לגבי פשיעה, ולמ"ד שפשיעה בבעלים מופקע מגדר שומר כשיטת הש"ך, אין מקום לקושיית קצוה"ח.

68. סימן רצ"א ס"ק י"ח.