

קבלת שמירה – הסכם או חיוב תורה (ב)¹⁹

במאמר קודם בעניין זה הגענו למסקנה שנחלקו הרא"ש והרמ"א (שכנראה פי' את דעת הרמב"ם כפי דרכו) בעניין קבלת שמירה. שלפי דעת הרא"ש מאחר שסילק המפקיד שמירתו מהחפץ על דעת הנפקד, אף אם הנפקד לא ידע כלל שכתוצאה מכך יתחייב בשמירה, דהיינו בהשגחה וטיפול בחפץ, ואם לא יעשה כך יחשב פושע הנה חייבתו תורה לשמור ממון חברו בדומה לשומר אבידה. ולדעת הרמ"א קבלת שמירה וחייב שמירה הם הסכם בין המפקיד לנפקד וכל שלא התחייב הנפקד במפורש לשמור ולהשגיח, אף אם סילק המפקיד שמירתו מהחפץ על דעת הנפקד הוא פטור מלשמור ולהשגיח.

וביארנו בזה מחלוקת הרא"ש והרמב"ם (ואמרנו שנראה שהרמ"א הכריע כרמב"ם) בעניין משיכה בשומרים.

בעניין שמירה בבעלים כתב הטור (סי' רצ"א סעי' כ"ט):

"ואם בשעה שקיבל עליו הנפקד לשמור, היה המפקיד עושה לו שום מלאכה וכו' פטור וכו' לא שנא אם המפקיד השכיר או השאיל עצמו לנפקד בשעה שמשך הפקדון לשמרו לא שנא וכו' כיוון שהיה עמו בשעה שמשך הפקדון לשמרו וכו', אבל אם לא היה עמו בשעת משיכת הפקדון, אפילו שהיה עמו בשעת אבידה חייב."

ובסימן שמ"ו סעי' א' כתב הטור:

"השואל פרה והיה המשאיל עם השואל במלאכתו בשעה שמשך הפרה פטור וכו'."

הכלל שבהלכה זו הוא שאם המפקיד מצוי ברשות הנפקד למלאכה בשעת תחלת השמירה, פטור הנפקד מתשלומים אפילו בפשיעה, אבל אם בשעת קבלת השמירה לא היה ברשותו, אף שהיה ברשותו אח"כ ואף בזמן האבדן, חייב השומר, וכל זה נסמך על מה שכתוב (שמות פרק כ"ב פ"ם י"ג – י"ד): "וכי ישאל איש מעם רעהו וגו' בעליו אין עמו שלם ישלם, אם בעליו עמו לא ישלם וגו' ונדרשו המקראות הללו בב"מ (דף צ"ה ע"ב).

והבית יוסף עמד על מה שהזכיר הטור עניין תחילת השמירה בלשון משיכה כמה פעמים (במקומות שהדגשנו) וכתב:

"ואע"פ שממה שכתב רבינו 'ואם בשעה שקבל עליו הנפקד לשמור' משמע דבתר שעה שקבל עליו לשמור אזלינן, כבר כתב אח"כ 'בשעה שמשך הפקדון לשומר' וכך הם דברי הרמב"ם וכו'."

¹⁹ נדפס בעלון שבות', התשמ"ג.

קוּבֵץ שִׁפְתֵי כֹהֵן

ובבדק הבית הוסיף:

“ויש לתמוה על דברי רבנו דנקט רישא כמר וסיפא כמאן דפליג עליה”.

יוצא מדברי הבית יוסף שהרגע הקובע אשר בו אם היה המפקיד ברשות הנפקד פטור הנפקד מחמת דין שמירה בבעלים, תלוי בהגדרת תחילת השמירה ובמחלוקת הרמב”ם והרא”ש שהצגנו בריש דברינו. שלדעת הרא”ש קבלת שמירה תלויה בהסתלקות המפקיד משמירת החפץ על דעת הנפקד ואין צורך במשיכה כדי לחייב את השומר, א”כ לגבי שמירה בבעלים אם בשעה שהסתלק המפקיד משמירת החפץ על דעת הנפקד היה הוא ברשות הנפקד, פטור השומר. ואם אח”כ כשמשך השומר את החפץ והביאו לרשותו כבר לא היה המפקיד ברשות הנפקד אין בכך כלום, כיון שהיה ברשותו בזמן קבלת השמירה וזו נחשבת שמירה בבעלים, ופטור השומר. אבל לדעת הרמב”ם, ששמירה מתחילה דווקא במשיכת הנפקד החפץ לרשותו, אם בשעה שקבל הנפקד לשמור ונסתלק המפקיד משמירת החפץ היה המפקיד ברשות הנפקד, ואח”כ בשעה שמשך כבר לא היה המפקיד ברשותו, מאחר שבתחילת השמירה לא היה “בעליו עמו” א”כ חייב השומר. וכן להיפך תהיה המחלוקת בין הרא”ש לרמב”ם, כאשר בזמן קבלת השמירה וסילוק המפקיד משמירת החפץ לא היה המפקיד ברשות הנפקד, ובשעת המשיכה היה ברשותו, שלרא”ש יהיה השומר חייב, ולרמב”ם יהיה השומר פטור.

ונראה שגם הב”ח והפרישה סוברים כך להלכה, אלא שפירשו שמישיכה שהזכיר הטור לאו דווקא והיינו קבלת שמירה וסילוק המפקיד, כיוון שהטור סובר כרא”ש שלא משיכה מתחילה השמירה ומחייבת בפשיעה אלא סילוק המפקיד.

ובאמת קשה לומר שהטור הזכיר משיכה פעמים כה רבות בדבריו לעניין שמירה בבעלים וכ”ז לא דווקא אף שיש הבדלים להלכה בהגדרת הרגע הקובע.

ולכן נראה לפרש שלעניין שמירה בבעלים גם הרא”ש יודה שהרגע הקובע הוא המשיכה ולא סילוק המפקיד שמירתו מהחפץ.

וראשית נבאר טעם הדין ועניינו שבשמירה בבעלים פטור השומר, וכך ביאר הדבר בספר החינוך מצווה ס’:

“נוכל לומר לפי הפשט שהתורה לא חייבה השואל אחר שבעל הכלי או הבחמה עמו, דמכיון שהוא שם ישמור הוא שלו, ואע”פ שהשואל פטור אף לאחר שהלכו הבעלים מכיוון שהיו שם בשעת שאלה, אפשר לתרץ בזה שלא רצתה התורה לתת הדברים לשיעורים ולומר אם ישהו שם הבעלים הרבה יהיה פטור השואל, ואם מעט יהיה חייב, וציוותה התורה דרך כלל הכל שהבעלים לשם משעת שאלה יהיה פטור, וזה הטעם שאחז”ל שאם היה בשעת שאלה אע”פ שלא היה עמו בשעת שבירה ומתה פטור. אבל היה עמו בשעת שבירה ומתה ולא היה עמו בשעת שאלה חייב, כי בתחילת המעשה העניין תלוי וכ”ו”.

ניתן לומר עפ”י דברי ספר החינוך הללו שלקבוע מציאות של שאלה בבעלים לא יתכן באופן השלילי בלבד, אלא נחוצה כאן קביעה חיובית. דהיינו עצם ההכנה ש”כיוון שהוא

קוּבֵץ שִׁפְתֵי בְּהֵן

שם ישמור הוא שלו" ולכן אין במסירת החפץ לנפקד סילוק שמירת המפקיד על דעתו, עדיין אינה מספיקה, כיון שההלכה היא שאף שאח"כ הסתלק המפקיד משמירת החפץ על דעת הנפקד, מ"מ פטור הנפקד אף אם פשע, מטעם שמירה בבעלים, וא"כ אין ההסבר "שלא רצתה התורה לתת הדברים לשיעורים" משכנע לאור ההבנה הזאת, כיוון שאין כאן שום "שיעורים" אלא הדבר פשוט: אם סילק המפקיד שמירתו ע"ד הנפקד קודם אבדן החפץ הרי הנפקד חייב לשמור וחייב לשלם אם פשע, ואם לא נסתלקה שמירת המפקיד מהחפץ קודם אבדנו פטור הנפקד, וזה הרי הרעיון הבסיסי של שמירה, הנה שהקביעה השלילית שאין חיוב שמירה חל עדיין על הנפקד כל זמן שהמפקיד כאן אינה מספיקה. כדי לקבוע "רגע קובע" שאם במהלכו היתה שמירה בבעלים פטור הנפקד לגמרי, צריך קביעה חיובית שיש כאן מעשה הפוטר את הנפקד, ולא רק שאין כאן מעשה המחייבו.

ולכן עלינו להזקק למושג אחר. כבר הכאנו את דברי הטור (סימן ש"ז סעיף א') בשם התוס' והרא"ש ששמה שתקנו משיכה לשומרים הוא לעניין שלא יוכלו הבעלים לחזור בהם, וכוננתם היא שפקדון, אף שבעצם רשות נפקד משועבדת למפקיד והיא כרשותו של המפקיד, ולכן אף שבמציאות החפץ הוא בבית הנפקד, הנה להלכה הוא נחשב ברשותו של המפקיד לגבי מה שצריך רשותו (כחקדש), מ"מ ישנו עניין מסוים שלגביו נמצא החפץ ברשות הנפקד לא רק למעשה אלא גם להלכה. ועניין זה הוא שהנפקד אחראי על הטיפול בחפץ ומה יעשה בו. אלא משום שעצם אחריות זו היא לטובת החפץ (חוץ מאשר אצל שואל וזה בעצם מקור ההבדל בין שואל לשאר השומרים) נחשבת היא כמשועבדת למפקיד, אבל היא עניין לעצמה.

ונראה שזו מחלוקת רש"י ור"ת בפסחים (דף ו' ע"א) שאיתא שם שכשהפקיד הנכרי חמץ אצל הישראל ויחד לו הישראל בית אינו זקוק לבערו. ופירש"י:

"יחד לו בית – כלומר לא קבלו עליו, אלא אמר ליה הרי הבית לפניך, הנח באחת מן הזויות, אינו זקוק לבער".

ונראה שלא העובדה שאינו חייב באחריות תשלומי החמץ היא העיקר כאן, אלא שאין החפץ ברשותו, שאינו מופקד על הטיפול עליו, ואינו רשאי ג"כ להעבירו ממקום למקום, אפילו לטובת המפקיד. ולכן אין החמץ נחשב כלל להלכה כנמצא בביתו של הישראל, אף שבמציאות הוא שם. ורק אם אחריות הטיפול עליו הוא חשוב כמצוי בבית הישראל. ור"ת חלק על רש"י וכתב שאפילו באחריות מיירי, ומ"מ כיוון שיחד לו מקום מסוים אין הוא נחשב מצוי בבית הישראל. ויתכן שכוונתו שאם אינו רשאי להעבירו ממקום למקום, אף שהחייב באחריות אם יגנב, וממילא אחריות השמירה והטיפול עליו, אין החפץ נחשב ברשותו. הנה שלרש"י בכל פעם שיש חיובי שמירה וטיפול נחשב החפץ ברשות השומר, ולר"ת אף שישנם חיובי שמירה, מ"מ אם החפץ חייב להיות במקום מסוים לפי שיקול דעתו של המפקיד אין הוא נחשב מצוי ברשותו ושליטתו של השומר. ויתכן גם לומר שלא נחלק ר"ת על רש"י אלא בחמץ שכתוב בו "לא ימצא" ודרשינן מצוי בידך, וצריך להיות מצוי בידך לגמרי כדי להתחייב עליו, ואם אינו יכול להעבירו ממקום למקום אינו מצוי בידו לגמרי, אף שגבי דיני שמירה אמנם נחשב החפץ כנמצא ברשותו של השומר.

קוּבֵץ שִׁפְתֵי כֹהֵן

והבחינה הקובעת ברשות מי נמצא החפץ – רשות הבעלים או רשות השומר – היא כאשר יש ניגוד בין רשויות אלו. והיינו אם הבעלים יכולים לחזור בהם ולקחת את החפץ אל ביתם בחזרה בניגוד לרצון השומר. שאם אין הבעלים יכולים לחזור בהם הרי ודאי שהחפץ ברשות השומר גם להלכה ולא רק במציאות, והרשות כאילו אוזרת בחפץ ומעכבת חזרתו לבעלים בע"כ של השומר. אבל אם הבעלים יכולים לחזור בהם בע"כ של השומר, אם כן אין החפץ ברשות השומר להלכה.

ומאחר שתקנו משיכה לשומרים, ופי' התום' והרא"ש שלאחר שמשך השומר אין הבעלים יכולים לחזור בהם, א"כ ודאי שכאשר משך השומר או נמצא החפץ ברשותו ממש. ואף שלדעת הרא"ש והטור יכול שומר להתחייב בשמירה בחיוב תורה אף שאין החפץ ברשותו לעניין זה, כיוון שלעניין חיובי שמירה די שהחפץ הוא ברשותו והשגחתו במציאות ואינו צריך להיות ברשותו גם מבחינה הלכתית. ואף שעצם חיוב שמירה גורם שמבחינה מסוימת החפץ נמצא ברשות השומר, כפי שראינו בדעת רש"י שעצם חיוב אחריות גורם שהישראל יעבור על החמץ בכל ימצא, וגם חיוב האחריות הוא חיוב טיפול וממילא רשאי השומר להעביר את החפץ ממקום למקום, יש חילוק בין מה שהחפץ ברשות השומר מחמת חיובי שמירה, לבין מה שהוא ברשותו מחמת משיכה. שכן רשות השומר הנובעת מחיובי שמירה תלויה בחיובים אלו בכל רגע ורגע, וכשהם פוסקים, פוסקת רשות השומר מהחפץ. ולכן כאשר סלקו הבעלים שמירתם מהחפץ על דעת השומר, אמנם נמצא החפץ ברשות השומר מחמת חיובי שמירה שעליו מדין תורה, אבל ברגע שיחזרו בהם וישמרו את שלהם בעצמם, הנה פקעו חיובי השמירה מהשומר, שעתה אין סיבה להטיל עליו חיוב שמירה, וממילא אין החפץ עוד ברשותו ויכולים הבעלים לקחתו.

אבל רשות השומר הנובעת ממשיכת החפץ, ממה שתקנו משיכה בשומרים, ואין הבעלים יכולים לחזור בהם, רואים אנו שאינה נובעת מחיובי השמירה של השומר, שאף שיבואו הבעלים ויאמרו שהם שומרים את שלהם עדיין נמצא החפץ ברשות השומר.

ולכן כדי שהשמירה תחשב שמירה בבעלים, לדעת הרא"ש שבסילוק שמירת הבעלים ע"ד השומר חל חיוב שמירה על השומר, לא יתכן לפרש שהרגע הקובע הוא סילוק השמירה, כיוון שאז אין רגע קובע כזה כלל, כמו שביארנו בריש דברינו. שכן, עצם סברת שמירה בבעלים היא שלמעשה אין כאן סילוק שמירת הבעלים מחמת רשות השומר, ולכן כעת אין סילוק כלל, אבל כאשר יהיה סילוק יחולו שוב חיובי שמירה.

אבל אם בשעת משיכת החפץ היו הבעלים עם השומר במלאכתו, הנה אף שלא חלו חיובי שמירה, מ"מ – באופן בלתי תלוי בחיובי השמירה כפי שראינו למעלה – נחשב החפץ כבר ברשות השומר. וא"כ כשנכנס החפץ לרשותו של השומר באופן שאינו חייב בשמירה שוב אינו יכול להתחייב. כיוון שעצם חלות חיובי שמירה הוא מה שהחפץ ברשותו של השומר ע"י סילוק שמירת הבעלים, אבל כאן שהחפץ כבר ברשותו ללא חיובי שמירה אין הוא יכול להכנס באופן אחר לרשותו, שהרי הוא ברשותו כבר. והידוש התורה הוא שאין חיוב שמירה חל מאליו אלא בכניסה לרשות השומר, ומאחר שנכנס בפמור שוב אינו יכול להתחייב, אא"כ יצא מרשותו ויחזור מחדש. ולכן כתב הטור גם

קוּבֵץ שִׁפְתֵי כֹהֵן

לשיטתו שהיא כשיטת אביו הרא"ש, שהרגע הקובע לעניין שמירת בעלים הוא רגע המשיכה.

ויש עניין נוסף שבו מתבלט הבדל הגישה לחיובי שמירה, אם הם תלויים בהסכם שבין הבעלים לשומר או בחיוב תורה, עניין זה הוא שליחות יד.

בב"מ (דף מ"א) מבואר שישנם שני עניינים – שליחות יד וגזילה:

"תרגמה ר' יעקב בר אבא קמיה דרב: שנמלה ע"מ לגזלה, תרגמה ר' נתן בר אבא קמיה דרב שנמלה ע"מ לשלוח בה יד".

בביאור ההבדל בין גזילה לשליחות יד נחלקו רש"י (והטור שהלך בעקבותיו) והרמב"ם, כפי שביאר מהר"א ששון בתשובותיו (תורת אמת סי' ק"ב). שלדעת רש"י גזלה עניינה נטילת כל החפץ ע"י השומר לעצמו, ושליחות יד היא נטילת מקצת החפץ או שימוש בו באופן שמקצתו ניזק או שהוא מתבלה. ואילו הרמב"ם סובר שבין שליחות יד ובין גזל הם נטילת הכל, אלא ששליחות יד היא נטילה על דעת לשלם את החפץ, וגזלה היא לקיחה לעצמו לגמרי.

והנה, עניין שליחות יד הוא שהשומר נעשה חייב באופן מוחלט בהשבת החפץ אפילו אם יאנס. ונראה שביאור חיוב זה תלוי בהבדלי הגישה לחיובי שמירה שביארנו.

שאם עיקר חיובי שמירה הוא ההסכם, כדעת הרמב"ם, הנה המצב שתיארנו למעלה שבו החפץ נמצא ברשות השומר, אבל רשות זו משועבדת לרשות הבעלים, נגרם מחמת הסכם השמירה שבין הבעלים לשומר. וממילא, ברגע שהסכם השמירה הופר ע"י השומר, והשומר לקח את הפקדון לעצמו אף שהוא רוצה לשלם עבורו (וודאי שזו הפרת ההסכם, שכן עצם השמירה היא השגחה על הפקדון עצמו), נמצא שאין רשותו משועבדת שוב לרשות הבעלים, והפקדון נמצא לגמרי ברשותו. והנה, כמו שגזל הוא הוצאה מרשות הבעלים, שליחות יד היא סילוק רשות הבעלים מן החפץ, ונצא החפץ גזול בידי השומר. ואמנם כך כתב הרמב"ם (שהביא הלכות שליחות יד בהלכות גזלה, פ"ג מהלכות גזלה הלכה י"א):

"השולח יד בפקדון וכו' הרי זה גזלן ונתחייב באונסיו ונעשית הגזלה ברשותו כדין כל הגזלנים".

ורק למ"ד שליחות יד צריכה חסרון, אם לא חיסר השומר את החפץ יתכן שאין רשות הבעלים מסולקת, שכן הרי כוונת השומר בשליחות יד לשלם, וכל זמן שלא חיסרו יהיה החפץ עצמו תשלומים, ולכן בעצם לא סולקה רשות הבעלים מהחפץ ואין הוא גזול, ולכן פטור השומר באונסין. אבל משנתחסר החפץ כבר אי אפשר לו להיות תשלומים עבור החפץ במצבו המקורי.

אבל אם קבלת שמירה היא חיוב תורה, אין לחריגה מחיובי השמירה קשר להפרת הסכם, שכן אפילו שאין שום הסכם בין הבעלים והשומר יש חיובי שמירה ודיני שליחות יד. ולכן

קובץ שפתי כהן

כתב הטור בריש סי' רצ"ב: "אין הנפקד רשאי לשלוח יד בפקדון" ומשמע שיש פה איסור. וכן פירש הב"ח: "ואיסורא דאורייתא איכא, דאין בה מלקות", ומוסיף לכאר שמקור האיסור הוא בפרשת שומרים בפסוק: "אם לא שלח ידו וגו' ולא בלאו דלא תגנובו. וגם הגר"א פירש על מש"כ בשו"ע שאין הנפקד רשאי לשלוח יד בפקדון: "מפורש בתורה", ונראה שאין כוונתו לאיסור גזילה שהוא מלתא דפשימא, אלא איסור מיוחד לשומר שחורג מחיובי השמירה שלו ולוקח לעצמו. ולכן אם לוקח לעצמו הרי הוא גולן ממש, ואם ישנו חפץ שלוקח מקצתו לעצמו הנה על המקצת הזה הוא גולן, ועל השאר הוא שולח יד, מאחר שלגבי כל החפץ התנהג באופן הסותר לחיובי שמירה שהטילה עליו התורה. ובאמת אין שליחות היד גזילה ממש, אלא שהחורג מחיובי השמירה באופן כזה הטילה עליו התורה חיובים כאילו הוא גולן, אלא שאלה הם חיובים בהלכות שמירה ולא בהלכות גזילה. וכן משמע מרש"י (דף מ"א ע"א ד"ה ור"נ תרגמה): "אפילו הכי קמה ליה ברשותיה כולה והויא ליה גזלה" ולא הפך את הסדר כפי שמחייב ההגיון וכמו שכתב הרמב"ם שהבאנו שהויא ליה גזלה ולכן קמה ברשותיה, אלא כוונתו שמדין תורה קמה ברשותו כיוון שחורג מחיובי השמירה באופן חמור במיוחד (יותר מפשיעה) וממילא חשוב הפקדון כגזילה. וכן בד"ה "שליחות יד" שמבואר שחיוב האונסין בשליחות יד הוא גז"כ בהלכות שמירה. ומדברי רש"י הללו דייק הב"ח שהבאנו ששליחות יד הוא איסורה דאורייתא. אבל כשלוקח הכל שכונתו לשלם אין זו שליחות יד אלא גזילה או חמס ממש. ומ"ד ששליחות יד צריכה חסרון סוכר שכ"ז שלא היסר אותו המקצת הנה לא הגיע מעשה האיסור בפקדון לכלל גמר. שאף שהגביה הפקדון כדי לחסרו, עדיין לא ביצע את ההפך ממה ששמירה מחייבת אותו – ששמירה מחייבת לשמור והוא לוקח לעצמו – ולכן נראה שאותה שליחות יד מסתיימת כאשר מניח את הפקדון וחוזר להיות הפקדון ברשות בעלים, כיוון שמעשה העבירה הופסק. ורק כאשר בצע את העבירה ולקח לעצמו, אז חשוב הפקדון כגזילה. ואף שלגבי גזילה בפקדון, והחלק שרוצה לקחת לעצמו בשליחות יד, נחשב הדבר כגזול מיד בהגבהה, זהו מדיני גזלה והפקעה מרשות בעלים. אבל כפי שבארנו שליחות יד המחייבת באונסין בשאר הפקדון אינה מדין גזלה לרש"י ולטור אלא מדין חריגה מחיובי התורה לשמור, וחריגה זו נעשית בלתי הפיכה רק כאשר מתנהג בפועל כנגד חיובי השמירה, והיינו שלוקח ממש לעצמו ומחסר הפקדון.

ואולי זה פשר דברי רש"י בד"ה "לא חסרה". הגמ' מביאה ברייתא האומרת שרועה שהניח מקלו ותרמילו על בהמה, ובא זאב וטרפה חייב. ופי' הגמ' שמעם חיובו, אף שהוא פטור על טרפה בד"כ, הוא ממעם ששלח ידו בבהמה. ומקשה הגמ' והא לא משך, ששליחות יד צריכה מעשה קניין, ומתריך רב שהכישו במקל ורצתה לפניו ונחשב זה כמושיכה. ומוכיחה הגמ', ממה שלא תירץ רב שחויץ ממה שמשכה גם חסרה, ששליחות יד אינה צריכה חסרון. והקשה רש"י אולי באמת שליחות יד צריכה חסרון וכאן חייב הרועה משום שכשהניח מקלו ותרמילו עליה הרי הוא שואל שלא מדעת הבעלים, ושואל שלא מדעת חייב באונסים. ותירץ דכי אמרינן בשומרים שאלה שלא מדעת בדבר שאינו כיחש וחסר מחמת מלאכה, אבל בע"ח המכחישים מחמת מלאכה תחילתו שליחות יד הוא. ותמה מהר"ם על רש"י ומה בכך שבבעלי חיים תחילתו שליחות יד הוא, הלא אין אנו יכולים לחייבו ממעם שליחות יד מאחר שזו צריכה חסרון, וא"כ נחייבו ממעם שואל שלא מדעת, וכי משום שכל שימוש בבעלי חיים הוא שימוש המחסר, נגרעו בעלי חיים מדין שואל שלא מדעת?

קו ב י ש פ ת י כ ה ן

ונראה ליישב שמהות שואל שלא מדעת הוא שמשתמש בשל חברו ומאחר שעושה זאת שלא מדעתו חייב כגזלן. אבל אם החפץ הופקע מרשות חברו והועמד ברשות השואל אי אפשר לחייבו כלל מדין שואל אלא כדינו, אם גזלן – גזלן, ואם שלח יד – כשולח יד. והנה שימוש המחסר הוא לעולם התנהגות החורגת מחיובי שמירה ומעמידה את החפץ ברשות השומר לאונסים כגזלה, אלא שכל זמן שלא חסר השומר את הפקדון, מאחר שאין הוא גזלן ממש, שאין רש"י סובר כשיטת הרמב"ם, יכול החפץ לחזור לרשות הבעלים מעצמו, והחריגה הזאת מתבטלת ממש כפשיעה. שאם פשע בפקדון, והפסיק לפשוע הרי פטור באונסים שיקרו לפקדון מכאן ולהבא. ולכן כשעושה משיכה בבהמה להוליך מקלו ותרמילו, הבהמה כרגע ברשותו כגזלה אף שלא חסרה, ולכן לא שייך לחייבו כעת מדין שואל שלא מדעת שהוא, כפי שביארנו, חיוב כמשתמש בדבר שהוא ברשות הבעלים. ואם שליחות יד צריכה חסרון, אם נטרפה הבהמה מתוך ידו, הנה כשכילה את המשיכה ואת השימוש בה חזרה הבהמה לרשות הבעלים וחזר להיות שומר עליה ופטור באונסים.

ואולי לזה כיוון הגר"א בהגהותיו לשו"ע (סימן רצ"ב ס"ק ב') בישוב דברי רש"י הללו:

"דמלאכה המחסרה לאו בתורת שאלה ירד אלא שליחות יד הוא וכמו ליטול ממנה כיוון שמחסרה והכל אפילו לא נשתמש, ומש"ש הניח מקלו וכו' משום דאל"כ הדרה למקומה כמש"ש והוינן בה וכו'".

וכוונתו שכמשתמש שימוש המחסר זו שליחות יד אף שלא חסרה, אלא אם לא חסרה, למ"ד ששליחות יד צריכה חסרון, מתבטלת שליחות היד והחפץ חוזר למקומו.

וכל זה לשיטת רש"י והטור ששליחות יד עניינה חריגה מחיובי השמירה ולא גזלה ממש. אבל לפי הרמב"ם ששליחות יד היא גזלה ממש מחמת שכשהופר ההסכם בין השומר לבעלים שוב סולקה רשות הבעלים מן החפץ ונחשב כאילו הוציאוהו מרשות הבעלים שזה עניין גזל, וא"כ למ"ד שליחות יד צריכה חסרון צ"ל שאין כאן סילוק רשות הבעלים וגזלה כלל כמ"ש שכיוון שרוצה לשלם נחשב החפץ עצמו, כ"ז שלא נחסר, לתשלומים, אבל לא יתכן מצב ביניים שבזמן השימוש יחשב שולח יד, וכשיגמור להשתמש יחזור החפץ לרשות הבעלים.

ואולי זה מקור שיטת הטור שמתכוון להשתמש שימוש המחסר אף שאינו מתכוון לגזול הוי שולח יד, שתמה עליו הגר"א שאין מקור לשיטה זו, שלשיטת רש"י צריך להתכוון לגזול אלא רק מקצת החפץ ולא כולו, ובכל שליחות יד מתכוון ליטול לעצמו לפחות המקצת. וכן תמה על מה שכתב הטור ששואל שלא מדעת חייב דווקא אם כבר השתמש ולא בהגבחה לבד. ונראה שבאמת לשיטה זו אין מקור דין שליחות יד בדין גזל כלל, ומה שגזל מקצת החפץ אינו מקור לדין שליחות יד בחפץ כולו, אלא שזו חריגה מחיובי שמירה על החפץ כולו כשנוטל מקצתו, ולכן גם כשמגביהו להשתמש בו תשמיש המחסרו זה הפך חיובי שמירה שלו, בדיוק כמו כשגזול מקצתו (שהרי חייב להשגיח על החפץ שלא יתחסר), ולכן נחשב שולח יד לדעת רש"י והטור גם אופן כזה. וכן לגבי שואל שלא מדעת שכפי שבארנו חיובו כמשתמש בדבר שהוא ברשות חברו. ולכן עיקר החיוב הוא לא ע"י הגבחה שעניינה ומהותה הוא הפקעת רשות, אלא ע"י שימוש דווקא.