

סעיף 1(א)

התנאים הדרושים ליצירת שמירה

שמירה ושומרים 1. (א) שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכוח בעלות.

התוכן

פרק ראשון: "שמירת נכס היא החזקתו" 3

1. כללי 3

2. המקור לאחריותו של שומר 4

3. דרך היווצרות חיובו של שומר 6

(א) כללי 6

(ב) בקשת השמירה מצד בעל הנכס 7

(ג) הסתלקות בעל הנכס משמירה 10

(ד) הסכמת השומר לקבל על עצמו לשמור 13

(ה) ביצוע מעשה קניין בנכס 21

(ו) קבלה חלקית של שמירה 24

4. שומר שאין שמירתו עיקר ההסכם – המקור לאחריותו 27

5. שומר שאין שמירתו עיקר ההסכם – דרך היווצרות חיובו 28

(א) שואל ושוכר 28

(ב) במכר ובמתנה 33

(ג) מעביר נכס 35

(ד) שומרים שונים 36

6. שומר על פי דין – המקור לאחריותו ואופי חיובו 37

(א) עמדת החוק 37

(ב) עמדת המשפט העברי – כללי 39

(ג) הרחבת המושג "שומר אבדה" למקרים דומים 40

(ד) הלכותיו המיוחדות של שומר אבדה 40

פרק שני: הנכסים שחלים עליהם חיובי שמירה ("נכס") 42

1. עמדת החוק 42

2. עמדת המשפט העברי – כללי 43

3. פשיעה בקרקעות ובשטרות 43

4. הגדרת קרקעות ושטרות 46

5. סייגים נוספים באשר לאופי הנכס הנשמר 48

פרק שלישי: "כדין" 49

1. עמדת החוק 49

2. עמדת המשפט העברי 50

התוכן

פרק רביעי: "שלא מכח בעלות" 53

1. עמדת החוק 53

2. עמדת המשפט העברי 54

3. שומר כסף הרשאי להשתמש בו 55

“שמירת נכס היא החזקתו”

1. כללי

בסעיף-קטן זה, אומר המחוקק שחוק השומרים הוא חוק הכולל את כל המקרים שבהם אדם מחזיק בנכסי הזולת כדין. הדברים אמורים בין בשהחזקה זו מקורה בהסכם בין הצדדים – אם כעסקה בפני עצמה (הפקדה, החסנה), או אגב עסקה אחרת (שכירות, השאלה, משכון, הובלה, שליחות) – ובין בשמקור ההחזקה מכוח החוק, בלא כל הסכם או התקשרות אחרת בין הצדדים, כמו שמירת אבדה.

המכנה המשותף לכל סוגי העסקאות הללו הוא חיוב השמירה הכרוך בהחזקת הנכס. חוק השומרים מסדיר את היסודות המשותפים בנוגע לשמירת נכס וכל הכרוך בכך, ואילו היסודות המיוחדים לכל עסקה מקומם בחוקים המיוחדים להם¹.

דרך זו של הכללת סוגי העניינים הללו תחת חופה אחת של חוק השומרים תואמת את שיטת המשפט העברי. דיני השומרים במשפט העברי עוסקים בחיוב השמירה הן כשמטרת העסקה היא שמירת נכס, והן בעסקאות אחרות שבהן אדם מחזיק בנכס הזולת, כגון: אומן, שותף, שליח וכיוצא בזה; וכן בחיובי שומר על פי דין, כגון שומר אבדה.

בפסקאות הבאות נברר מתי חלים דיני שמירה לפי המשפט העברי בשלושת סוגי השומרים: שומרים על פי הסכם אשר שמירתם היא עיקר ההסכם; שומרים על פי הסכם אשר שמירתם טפלה למטרה העיקרית של החזקת הנכס; ושומרים על פי דין. כן נברר את היסודות המשפטיים לחלות חיובי השמירה על שלושת סוגי השומרים הללו.

מבחינה תיאורטית אפשר לחלק את חובות השומר לשני חיובים שונים: חובת השמירה על הנכס, דהיינו השגחה והגנה עליו, וחובת השיפוי על אבדן הנכס או על נזקו. טדסקי סבור שחוק השומרים אינו מטיל על השומר חובה לשמור, ולכן בעל הנכס אינו יכול לאכוף את שמירת הנכס כשהוא רואה ששמירת השומר לקויה. מאותה סיבה, בעל הנכס אינו יכול לדרוש מהשומר להשיב לו את הנכס לפני תום זמן ההפקדה עקב שמירה לקויה מצד השומר (בסוגי שמירה שיש בהם לשומר עניין וזכות להחזיק את הנכס למשך זמן מסוים), וגם אינו יכול לדרוש ממנו לעשות פעולות למנוע נזק לנכס, כגון הדברת מזיקים העלולים לפגוע בנכס. אולם ייתכן שתחול חובת שמירה מכוח הסכם או מכוח חוק אחר. כמו כן, אם יש חוזה המכוון במישרין לשמירה, יש לפרשו כמטיל חובת שמירה². אם כן, לפי החוק, יש לשומר רק חובת פיצויים במקרה של אבדן הנכס.

¹ דברי ההסבר להצעת חוק שמירת נכסים, התשכ"ו-1966, ה"ח 676, עמ' 53-54. חוקים מיוחדים אלו הם, לדוגמה, חוק השליחות, התשכ"ה-1965; חוק המשכון, התשכ"ז-1967; חוק השכירות והשאלה, התשל"א-

1971; חוק השבת אבדה, התשל"ג-1973; חוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974*.
² ג' טדסקי, "השומר על פי דין", משפטים ח (תשל"ח) 438. בעמ' 446 הוסיף שבשומר על פי דין (ראה פסקה 6) ברור שאין חובה לשמור.

לעומת זאת, המשפט העברי מטיל על השומר חובת שמירה. השומר אינו יכול לטעון: "לא אשמור על הנכס, ואם יקרה לו נזק, אשלם", משום שבעל הנכס מעדיף לקבל את הנכס מלקבל את דמיו.³ אלא שקיימות שתי גישות באשר למידת התלות שיש בין חיוב השמירה לבין חיוב הפיצויים. גישה אחת היא, שהשומר מתחייב לבצע את פעולת השמירה, ו"חיוב תשלומין הוא בתולדה מחיוב השמירה"⁴. גישה שנייה רואה את חובת השמירה וחובת הפיצויים כשני חיובים מקבילים שהשומר מקבל על עצמו, שאינם תלויים זה בזה.⁵

הדעת נותנת שהחוק יכיר בהתחייבות שאדם מקבל על עצמו אחריות שמירה על נכס שאינו בהחזקתו, כגון חיוב ביטוח. אך על חיוב זה לא יחול חוק השומרים, מאחר שהנכס אינו בהחזקתו, אלא בית המשפט ידון בחיובו לפי דיני החוזים הכלליים, וחיוב של ביטוח יידון לפי דיני הביטוח המיוחדים. אף המשפט העברי מכיר בתוקפה של התחייבות של אדם המקבל על עצמו אחריות על נכס שאינו ברשותו. ראה על כך להלן.⁶

2. המקור לאחריותו של שומר

בבואנו לברר את היסוד לאחריות השומר, עלינו להבחין בין שני המרכיבים של אחריות זו, שעמדנו עליהם בפסקה 1: החיוב לשמור, וחובת השיפוי על אובדן הנכס או על נזק. אין ספק שחיוב השומר לשמור את הנכס הוא חיוב הסכמי. אף על פי שהתורה מטילה על כל יהודי את האחריות להציל את ממון חברו מהפסד – "השב תשיבנו לו"⁷, "השב תשיבם לאחיק"⁸ – חיובי השומר לשמור על ממון חברו הם הרבה יותר מקיפיים וחמורים מחיובו של כל יהודי להשיב אבדה לבעליה. על כן, ברור שתוספת חובה זו מעוגנת בהתחייבות הסכמית של השומר.

התחייבותו של השומר לשמור את הנכס למען בעליו אינה צריכה ביסוס מיוחד. התחייבות זו דינה כדין כל התחייבות של אדם לבצע מלאכה או שרות עבור אדם אחר. ואכן, התחייבותו של השומר לשמור נידונה במקורות על פי הכללים המקובלים בדיני שכירות פועלים.⁹

לעומת זאת, המקור לתקפו של חיוב השיפוי של השומר הוא יותר בעייתי, בהיותו חיוב ממוני. בפשטות, מקור החיוב הוא פרשת השומרים שבתורה, המטילה על השומר חובת תשלום אם אבד הנכס או ניזוק.¹⁰ עם זאת, מצאנו פרשנים הנותנים הסברים שונים לחיוב השיפוי,

³ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן נו, וחיודשי חתם סופר, חו"מ, רצג, א; שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן מח; חמדת שלמה, קידושין יג ע"א; חלקת השדה (דייטש), סימן כה (דף כב ע"ג). ראה סעיף 6, פרק ט, 2, שיש להעדפה זו השלכה הלכתית: האיסור למכור את הפיקדון גם כשצפוי לו נזק. אך לגבי כסף מופקד כותב חלקת השדה שאין חובה לשמרו, מפני שלא איכפת לבעל הכסף איזה כסף יקבל חזרה.^{*}

⁴ קובץ שיעורים, קידושין, סימן צב, בהסבר דעת הרשב"א. הנפקות מזה לנידונו היא, שאם השומר חוזר בו מחובת השמירה, ממילא בטלה חובת התשלומין – ראה סעיף 11, ליד ציוני הערות 17-18.^{*}

⁵ קובץ שיעורים שם, וחיודשי חתם סופר שם, בדעת הראב"ד. הנפקות מכך היא שגם אם השומר חוזר בו מחובת השמירה, נשארת חובת התשלומין – ראה סעיף 11 שם.^{*}

⁶ פרק א, 3 (ה).

⁷ שמות כג, ד.

⁸ דברים כב, א.

⁹ קובץ שיעורים וחיודשי חתם סופר, שם; וביתר הרחבה בנידונם, בסעיף 11, במיוחד בהערה 17.^{*}

¹⁰ שו"ת הריטב"א, סימן קצט (הובא בבית יוסף, חו"מ, טו, מא). הוא נוקט "התורה חייבה", לגבי פשיעה, לדעה שאין פושע כמזיק – ראה בסמוך.^{*}

והם משבצים חיוב זה בתוך מסגרות משפטיות שונות. לפי הסברים אלו חיוב השומר אינו מוסד משפטי בפני עצמו, אלא הוא משתלב במכלול מערכת החיובים של המשפט העברי¹¹. לגבי חיוב שומר שכר ושואל, הסבירו הפרשנים שמאחר שיש להם הנאה מן השמירה, חל עליהם חיוב תשלומין בתמורה להנאה, אף בלי שיעשו קניין, הדרוש בדרך כלל בהתחייבות עצמאית¹².

אם כן, נותר לנו למצוא את היסוד המשפטי לחיוב שומר חנם, שאין לו הנאה מן השמירה. ומאחר ששומר חנם חייב רק בפשיעה, נוכל להצטמצם בחיפוש אחר היסוד לחיוב תשלום על פשיעה¹³.

הסבר אחד שניתן בראשונים הוא, "שכל הפושע – מזיק הוא"¹⁴. מאחר שקיבל על עצמו לשמור, ובעל הנכס סמך על שמירתו ולכן הפסיק לשמרו בעצמו, ואבד הנכס או ניזוק בפשיעתו של השומר, נמצא שהוא גרם את הנזק¹⁵. בכך הוא שונה מאדם זר הרואה נכס של אחר הולך לאיבוד ואינו עושה דבר להצלתו, שאינו קרוי מזיק, מאחר שלא סמך עליו בעל הנכס, ואם כן, לא הוא גרם את הנזק.

אולם פרשנים אחרים סבורים שאין להעמיד את חיוב הפושע על בסיס נזקי, שהרי המזיק נכס בעקיפין, ב"גרמא", פטור, ורשלנות בשמירת נכס היא נזק ב"גרמא"¹⁶. בעלי הדעה הראשונה משיבים על כך, על פי הכלל שהמקבל על עצמו התחייבות לשלם על נזק שנגרם בעקיפין, ב"גרמא", חייב אף בלי קניין¹⁷. אף כאן, הסכמת השומר לשמור כוללת התחייבות מכללא לשלם על נזק זה, ולכן הוא חייב¹⁸.

¹¹ אפשר שפרשנים אלו השתדלו ליישב את חיוב שומר עם הכללים המקובלים במשפט העברי, מפני שאילו היה חיובו חורג מהכללים, היינו צריכים ללמוד מחיוב שומר, ולשנות על פיו את הכללים.

¹² הרשב"א, המובא בשיטה מקובצת, ב"מ צד ע"א; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ג, סימן קמג. כך מתבאר גם משו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קטו. וראה הערה 82, בשם ישועות יעקב. מסתימת דברי הרשב"א משמע שכוונתו לשומר שכר רגיל, גם אם עוד לא קיבל את שכרו. ראה על כך בהערה 137.

¹³ סיבה נוספת לחשיבות המיוחדת בחיפוש יסוד לחיוב פשיעה: חיוב שומר חנם בפשיעה אינו מפורש בפסוק, שלא כחיוב שומר שכר בגנבה ואבדה וחיוב שואל באונס. כך העיר משנה למלך, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג, שחיוב פשיעה לא נזכר בתורה.

¹⁴ רמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג. כפי שנראה ליד ציוני הערות 283-287, זו הסיבה שהוא מחייב שומר קרקע ושטר בפשיעה, אף על פי שנתמעטו מפרשת שומרים: מפני שפושע חייב מטעם מזיק, ומזיק קרקע ושטר חייב. שם נרחיב בהסבר דבריו אלו.

¹⁵ הרשב"א, המובא בשיטה מקובצת, ב"מ צד ע"א, ד"ה הקשה הראב"ד (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן ס, ד"ה והנה בהא, וסימן עח, וחלק ב, סימן כח, ומהדורא ד, חלק ב, סימן סד וסימן קנג, וחלק ג, סימן קמג, בשו"ת ארצות יהודה, סימן יז, בשמחת עולם חו"מ, רצא, א, בשושנת יעקב, רצא, כז, ס"ק יז, ובישועות יעקב, או"ח, שו, אחרי ס"ק ג, ד"ה ודברי – ראה במילואים להערה 72); שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קטו; אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג.

¹⁶ שו"ת הריטב"א, סימן קצט (הובא בבית יוסף, חו"מ, טו, מא, בשער משפט, קעו, ס"ק ד, במעשה בצלאל, על פסקי רגנטי, סימן שיו, בנפש חיה, ב"מ עו ע"ב, בשו"ת מעיין גנים, עבאדי, חו"מ, סימן כ, עמ' 264, ובשו"ת תרשיש שוהם, סימן קה), חידושי הריטב"א, שבועות מב ע"ב, וחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ נו ע"א (הובא ברביד הזהב, פרשת משפטים, ד"ה על כל דבר). הוא אומר זאת כהסבר לפוטרים פושע בקרקע ובשטר – ראה ליד ציוני הערות 296-297.

¹⁷ מרדכי, ב"ק, סימן קטו. הוא אינו אומר במפורש שאין צורך בקניין, אך כך עולה מדבריו.

¹⁸ שו"ת רביד הזהב, סימן מב, אות ה (ראה בשמו במילואים להערה 289). בכך מוסבר גם מדוע אדם זר הרואה שנכס של אחר הולך לאיבוד, ומתירשלו ואינו מצילו, אינו חייב כמזיק – מפני שזהו גרמא, ולא קיבל על עצמו התחייבות לשלם עליו.

הסבר אחר הוא, שהשומר חייב בתשלומין על פשיעתו בתמורה להנאה שהוא נהנה מן האמון שנתן בו בעל הנכס בסמכו על שמירתו¹⁹. כשם שערב מתחייב בשל ההנאה שהוא נהנה מן האמון שנתן בו הנושה כשהוציא כסף מכיסו על סמך הבטחת הערב, כך השומר מתחייב משום שבעל הנכס הפסיק לשמור על הנכס, והסתכן באבדו, מתוך סמך על שמירת השומר²⁰. אולם יש מי שדוחה את ההשוואה לערב, מן הסיבה שבעל הנכס לא נכנס לסיכון מוחלט על פי השומר, שהרי עדיין הוא יכול להשיב לעצמו את הנכס, שלא כנושה, שאינו יכול להשיב לעצמו את הלוואה לפני מועד הפירעון²¹.

3. דרך היווצרות חיובו של השומר

(א) כללי

המחוקק לא פירש את דרכי ההיווצרות של יחסי שמירה, והסתפק בתיאור המצב הנתון בסעיפנו, לאמור, שכל הנכלל בתיאור מצב זה נכלל במסגרת החוק. כלומר, החוק מצדיק הטלת אחריות על מי שהנכס נמצא ב"החזקתו כדין שלא מתוך בעלות".

חוק השומרים אינו נותן הגדרה למונח "החזקה", אך הפרשנים ניסו לתחם את המונח. לפי חשין, אין די בתפיסה פיזית, אלא דרושה שליטה בנכס, מתוך כוונה להמשיך ולשלוט בו תקופת זמן משמעותית. בדרך כלל צריך גם שתהיה למחזיק כוונה להוציא אחרים מהחזקה, אלא אם כן מדובר באחריות משותפת של שומרים אחדים לחלקים שונים של הנכס או לרמות שונות או להיבטים שונים שלו. מידת השליטה ומידת הכוונה הנחוצות משתנות לפי העניין ולפי הנסיבות, לפי סוג הנכס וכדומה, והמבחן הוא, האם המצב מצדיק הטלת האחריות שהחוק מטיל²².

לפי טרסקי, אפשר שתהיה אחריות שמירה מכוח הדין או מכוח הסכם גם במי שאינו מחזיק בנכס, כגון: השומר מכונית ואין מפתחותיה בידו; השומר בניין, שאינו מחזיק בו; בעל בית מלון או בית אבות, האחראי לשמירת החפצים שבחדרי האורחים אף כשאין לצוות המלון גישה אליהם, כגון שהם נמצאים במגרות נעולות. לדעתו, החוק אינו בא להוציא מכלל שמירה את מי שאינו מחזיק, אלא לכלול בכלל שמירה את כל המחזיקים²³. אבל לא יחול חוק

¹⁹ ש"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ג, סימן קמג (צט ע"ב); ערך ש"י, חו"מ, רצא, ה; נטע שורק, פרשת פנחס (דף קלו ע"ג-ע"ד). הם מסתמכים על העיקרון שמחמת הנאה זו יכול שומר להתנות להתחייב יותר מדינו, כפי שנראה בסעיף 14, פרק ג. אבל שואל ומשיב מעיר שלפי תוספות, ב"מ נח ע"א (ד"ה אמר), שכתבו שבהנאה זו אפשר להתחייב רק כשואל, מפני שהנאה זו קיימת רק במי שמקבל על עצמו להיות שואל – ראה סעיף 14, הערה 39 – אי אפשר להסביר כך*.

²⁰ מחנה אפרים, הלכות ערב, סימן א (הוא לא צימצם הסבר זה לפשיעה בלבד). ראה חוק לישראל, ערבות, סעיף 1(א), פרק א, שיש הסברים שונים כיצד מחייבת הנאה זו את הערב, ולפי הסבר אחד, החיוב הוא מטעם מזיק, ואם כן הסבר מחנה אפרים כאן הוא כמו ההסבר ליד ציון הערה 14*.

²¹ ש"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ו, בביאור דעת הרמב"ם, הסובר שאין לחייב את השומר (כלי עשיית קניין) משעת הסתלקות הנכס, מדין ערב (ראה בשמו במילואים להערה 127).

²² ראה מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 146-148. עוד להגדרת "החזקה", ראה ע"א 46/75 מדינת ישראל נ' שמואל לבנשטיין ואח', פ"ד ל(1) 716, 721-724. מושג ה"חזקה" הורחב בע"א (ח"י) 4251/96 גיורא נ' אליהו (לא פורסם), שהחיל את חוק השומרים על חברה שהתקינה מערכת אזעקה במוסך וחיברה אותו למוקד, והתחייבה לשלוח סייר למוסך במקרה של אזעקה; נקבע שבכך עברה לידי החברה השליטה במוסך אחרי שעות העבודה. דעה הפוכה היא של ע"א (ב"ש) 100/90 חב' השמירה נ' חתם לוידיס (לא פורסם). פסקה 5, שקבע במקרה דומה שאין זו החזקה, משום שאינה שליטה פיזית על הנכס.

²³ ג' טרסקי, "דיוור קבע במלון דירות ובבתי אבות", עיוני משפט יא (תשנ"א) 192. הוא מפרט שם גם את המצב של החזקה משותפת לשני אנשים, שעליה דיבר חשין, כנזכר.

השומרים על שומר כזה, כיוון שאינו מחזיק²⁴. גם אנגלרד סבור, שמי שקיבל על עצמו חובת שמירה, חייב על פי דיני חוזים גם בלי שיחזיק בנכס, גם כשהייתה רק הסכמה מכללא, וזאת על פי סעיפים 25-26 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.²⁵ החוק אינו מזכיר קבלת שמירה, ומכאן אפשר להסיק שהמחזיק בנכס חייב בשמירה אף כשנכפתה עליו ההחזקה בניגוד לרצונו. שומר כזה קרוי "שומר על פי דין". נדון בעניין זה בפסקה 6.

לעומת החוק, שאינו דן בגורמי יצירת המצב האמור, יש במשפט העברי התייחסות מפורטת לדרכי היווצרות יחסי שמירה ואחריות. לשם היווצרות חיוב השומר דורש המשפט העברי ארבעה יסודות: א) בקשת בעל הנכס מן השומר לשמור; ב) הסתלקות בעל הנכס משמירתו; ג) הסכמת השומר לשמור; ד) ביצוע "מעשה קניין" בנכס על ידי השומר. לגבי הצורך בשלושת המרכיבים הראשונים אין חילוקי דעות, אך הצורך במרכיב הרביעי שנוי במחלוקת. המרכיבים הראשון והשלישי מקבילים ל"הצעה וקיבול" הנדרשים בחוק החוזים, סעיף 1. בפסקאות הבאות נברר את פרטיהם של ארבעת המרכיבים הללו. כן נדון בשאלה המיוחדת של שומר שקיבל על עצמו שמירה באופן חלקי.

(ב) בקשת השמירה מצד בעל הנכס המרכיב הראשון הדרוש ביצירת יחסי שמירה על פי הסכם הוא בקשת בעל הנכס מן השומר שישמור בעבורו את הנכס. המכילתא אומרת, שצריך שיאמר לו: "הילך שמור לי זה"; ואילו אם אמר: "עיניך בו", אין כאן חיוב שמירה²⁶.

אך אין כאן צורך בפורמולה מיוחדת. העיקר הוא שיהיה מובן מדברי המבקש, שמטרת ההפקדה היא שישמור הלה את הנכס עבור בעל הנכס. לפיכך, גם אם לא אמר: "שמור לי", אם מוכח מן העניין שהוא מוסר לו כדי שישמור, נוצר חיוב שמירה²⁷. כך, למשל, אם הפקיד את הנכס אצלו במקום שנחוצה שמירה, היינו במקום גלוי שבו הנכס עלול לאבד או להיגנב אם לא יישמר, הרי ברור שהוא מתכוון לבקש ממנו לשמור אותו בעבורו, ונוצר חיוב שמירה²⁸.

²⁴ ג' טרסקי, "השומר על פי דין", משפטים ח (תשל"ח) 430, הערה 2. גם א' ורהפטיג, "קניין בשומרים", ספר זיכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רצד, סבור שהחוק יחייב בשמירה גם מי שאינו מחזיק בנכס, אם אמר לבעל הנכס "הנח אותו לפני" וכדומה (ראה ליד ציון הערה 65), מפני שמשמע מזה חיוב חוזי של השומר לקבל על עצמו אחריות עם הסתלקות בעל הנכס, וזאת על פי חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיפים 2 ו-5, שחזוה נכרת בהצעה וקיבול המעידים על גמירת דעת – כלומר, במקרה כזה יחול חוק החוזים הכללי ולא חוק השומרים.

²⁵ אנגלרד, "האחריות לגניבת מכונית מתוך חניון", משפטים יא (תשמ"א) 296. הוא מראה (בעמ' 297, הערה 14) שדברים אלו יוצאים מדברי השופט ברנזון, ע"א 46/75 מדינת ישראל נ' שמואל לבנשטיין ואח', פ"ד (1) 716, 721-724.

²⁶ מכילתא על שמות כב, פסוק ו (על שומר חינוס), ופסוק ט (על שומר שכר), הובא במלחמות ה', ב"ק לג ע"א, בדפי הרי"ף (ומשם הובא בשו"ת הרי"ם, אהע"ז, סימן יח), בשו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסו, בתוספות, ב"ק צג ע"א (ד"ה ורמינהי), בנתיבות המשפט, רצא, ס"ק ב, בזכרון שאול, סימן ו, אות יז, בדיברות משה, ב"ק, סימן סד, ענף א וענף ז, בחסד ומשפט, רצא, ס"ק א, בשו"ת רביד הזהב, סימן מב, אות ה, ובערוך השולחן, חו"מ, רצא, כא.*

²⁷ מלחמות ה' שם, הובא בנתיבות המשפט, סימן רצא, ס"ק ב, וסימן שמו, ס"ק ז, הראשון (ומשם הובא בשו"ת יש מאין, חלק ב, חו"מ, סימן ו), ובשו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד.*

²⁸ נתיבות המשפט, סימן רצא, ס"ק ב (הובא בשו"ת זכרון שאול, סימן ו, אות יז, על מקרה שנתן לו מישהו חפץ להוביל לפלוגי). יש בכך גם הוכחה שהשומר התכוון לקבל על עצמו לשמור – ראה על כך במילואים להערה 78.*

כמו כן, אם אמר לו: "תפוס חפץ זה בידך עד שאבוא ממקום פלוני", הרי זה כמו בקשה לשמור, מפני שאם לא ישמור הנפקד את החפץ, שום אדם אחר לא ישמרנו²⁹. רק אם אין משתמעת מן העניין כוונת בעל הנכס לתת לו את הנכס למטרת שמירה, יופטר הלה מחמת היעדר בקשת שמירה. האומר לחברו: "תפוס לי חפץ זה", הנפקד פטור³⁰, אם משמעות הדברים היא: "תפוס את החפץ בידך, ואחזור מיד ואקחנו ממך", כגון כשהלך לרגע לראות דבר מה, ולכן מסר לו את החפץ. כאן לא יחויב בשמירת החפץ גם אם יישאר החפץ בידו זמן רב, מפני שהחפץ לא הופקד אצלו למטרת שמירה³¹. דוגמה אחרת לכך היא המקרה שאירע לפני כמאתיים שנה: אדם מסר לחברו חפץ יקר ערך בעת מלחמה, כדי שישים אותו במחבוא שהיה לו בביתו. לאחר המלחמה, פתח הנפקד את המחבוא, והוציא את החפצים שלו שהיו שם, והודיע לחברו שפתח את המחבוא והוציא את חפציו, ולאחר מכן נגנב החפץ של חברו. ר' יעקב לורברבו פסק שהנפקד פטור, מפני שבעל החפץ לא ביקש ממנו לשמור אותו בעבורו, ואין הוכחה שהתכוון שישמור עליו, שהרי החפץ היה בטוח באותו מחבוא גם בלי שמירה³².

כשחסרה בקשת שמירה, הנפקד פטור גם אם מסר בעל הנכס את הנכס לתוך ידו³³. קל וחומר, שאם אמר בעל הנכס לנפקד במפורש להשחית את הנכס, לא נוצר חיוב שמירה, כפי שנראה להלן³⁴.

מכלל הדברים אנו למדים, שבהעדר בקשה של בעל הנכס מן השומר לשמור, גם הודעת השומר על נכונותו לשמור אינה יוצרת חיוב שמירה (בתנאי שלא ניתנה הודעה זו בנוכחות בעל הנכס, שאז אפשר לראות בשתיקתו תשובה של הסכמה להצעת השומר³⁵). הרי אילו היה די בהודעת השומר, לא הייתה המכילתא פוטרת אותו כשאמר בעל הנכס "עניך בו", שהרי

²⁹ מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן א, הובא בדברי משפט, רצא, ב, בשו"ת משנת ר' אליעזר (טולידו), חלק א, חו"מ, סימן נ (פב ע"ג) וסימן קי, במנחה חרשה, מצווה נו, אות ד, ובאמרי בינה, קונטרס דיני קניינים, סימן יב. סברה זו משמשת לחיוב גם בהעדר הסכמה מפורשת של הנפקד לשמור – ראה ליד ציון הערה 80*.

³⁰ מלחמות ה', ב"ק לג ע"א (בדפי הרי"ף), הובא במחנה אפרים שם.

³¹ מחנה אפרים שם*.

³² נתיבות המשפט, רצא, ס"ק ב. אפשר להוסיף נימוק לפטור, שכאן גם לא הייתה הוכחה שבעל הבית קיבל על עצמו חובת שמירה (שהוא מרכיב נחוץ, לפי פסקה (ד)), שהרי גם בלי שמירתו החפץ בטוח שם (נקודה זו הובאה בשו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן יג, שהבין שנתיבות המשפט עצמו התכוון לזה בדבריו "ולא מוכח מעניינו שנתכוון לשמירה").

³³ מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן א, הובא בשו"ת פני יצחק (אבולפיה), חלק ג, חו"מ, סימן ה, ובשו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן קי (שהוכיח כך גם מתוספות, ב"ק צג ע"א, ד"ה ורמיניה – עיין שם). על מקרה שהנפקד משך בעצמו, ראה במילואים להערה 27 בשם דברי חיים.

³⁴ סעיף 14, פרק א, 1.

³⁵ שו"ת קול אליהו (ישראל), חלק ב, חו"מ, סימן כה, כותב שאם יש הוכחה גמורה שהשומר קיבל על עצמו שמירה, הוא חייב גם אם לא אמר לו בעל הנכס: "שמור לי", ונראה שטעמו הוא ששתיקת בעל הנכס – כהסכמה. הוא מביא ראיה מהדין המחייב מתוך שקיבל כלי למשכנו, ושכח למי נתנו כמטון (ראה סעיף 2(א), ליד ציון הערה 347), אף על פי שבעל הכלי לא ביקש מן המתווך לשמרו; ומביא ראיה גם מטור, חו"מ, קכה, ג, שמחייב שליח שנתבקש למסור כסף והחזירו לנותן, וגם מתשובת הרא"ש (ראה ליד ציון הערה 80), שמחייב בשמירה בנידונו אף על פי שלא ביקש ממנו בעל הנכס לשמור (ראה בשמו במילואים להערה 171*).

דברי בעל הנכס אינם מעלים ואינם מורידים, והכול תלוי בדברי השומר³⁶. מכאן שאדם אינו יכול לקבל על עצמו התחייבות חד-צדדית לשמור על נכס של חברו, בלי ידיעתו והסכמתו של בעל הנכס. הנחה זו מתאשרת בבדיקת התפיסות השונות שמנינו לעיל³⁷ בדבר המקור לאחריות השומר בתשלומין: היסוד הנזק, דין ערב וגזרת הכתוב. השומר גורם נזק לבעל הנכס רק אם בעל הנכס מסתלק משמירת הנכס על סמך שמירת השומר, ומכאן שעליו להסכים לשמירה. דין ערב נוצר רק בעקבות הסתמכות מודעת של המוותר על הבטחת מבקש הוויתור. גזרת הכתוב תחול רק בהתקיים דברי הכתוב: "כי יתן איש אל רעהו... לשמור"; מכאן לומדת המכילתא, שהזכרנו לעיל, את הצורך בבקשה לשמור.

אין צורך שדווקא בעל הנכס יבקש מן הנפקד לשמור, אלא גם אם שלוחו של בעל הנכס מבקש זאת מן הנפקד, הוא מתחייב בשמירה³⁸. על מקרה שאדם זר, שאינו שלוחו של בעל הנכס, ביקש מן הנפקד לשמור על הנכס עבור בעליו, ראה להלן³⁹.

כדין בקשה בעל פה, כך דין בקשה בכתב ששולח בעל הנכס לנפקד⁴⁰.

בשומר שכר אין צורך בבקשת שמירה מצד בעל הנכס, שהרי ברור שהוא מוסר לו את הנכס במטרה שישמור עליו, שאם לא כן מדוע הוא נותן לו שכר⁴¹? גם בשומר שכר מן הסוג שאין שמירתו עיקר מטרתו בהחזקת הנכס, וגם בשואל, אנו מניחים שבעל הנכס רוצה שישמרנו, כחלק ממטרתו בהעברת הנכס להחזקת השומר, כפי שנראה להלן⁴². זאת ועוד: כפי שהסברנו לעיל⁴³, יסוד חיוב שומר שכר ושואל הוא הנאתם, וחיוב בגלל הנאה יכול להיות תקף גם בלי בקשת מקבל ההתחייבות, שלא כמו שומר חנם, שחיובו יונק את תוקפו מבקשת בעל הנכס, כפי שהסברנו בסמוך.

בפסיקת בתי המשפט בארץ נדון מקרה ששליח בעל הנכס ביקש מן השומר לשמור. בעל מטבעות ביקש מראובן לשלוח את המטבעות שלו ממצרים לארץ ישראל בתוך ארגו השייך לראובן, וביקש שבנו של ראובן יוביל את הארגו. בעל המטבעות וראובן הסכימו ביניהם, והבן הסכים בנוכחותם. כעת הבן טוען שראובן אחראי בשמירה, מפני שקשר ההפקדה נוצר בין ראובן לבעל המטבעות. אולם בית המשפט קבע שהבן אחראי בשמירה, מפני שתפקידו של ראובן היה רק להעמיד את בנו לרשות בעל המטבעות, כדי שיעשה הבן את תפקידו, ואז נוצר קשר חדש בין בעל המטבעות לבין בנו של ראובן, כשקיבל הבן על עצמו את התפקיד בנוכחות בעל המטבעות. יסודה של פסיקה זו הוא העיקרון שקשר הפקדה יכול להיווצר גם מכללא, בלי שדיברו השומר ובעל הנכס זה עם זה, ועסקת השמירה יכולה להתחיל בתיווך אדם שלישי⁴⁴.

³⁶ אך חידושי ר' יצחק, בסוף ספר דברי משפט, רצא, כו, כותב בפשטות שאם נטל אדם נכס שלא בידיעת בעליו, וקיבל על עצמו שמירה, הוא חייב בשמירה, מפני ש"זכין לאדם שלא בפניו".

³⁷ פסקה 2.

³⁸ אור זרוע, הלכות גיטין, סימן תשז. בנידונו השליח הביא את הנכס לנפקד. כך מוכח גם מן השיטה (סעיף 7, פרק ד, 2) ששומר משנה אחראי כלפי בעל הנכס מפני שהשומר הראשון נחשב שליח של בעל הנכס.

³⁹ סעיף 13, פרק ג, 1.

⁴⁰ שו"ת המב"ט, חלק א, סימן שמא.

⁴¹ הרב הרצוג, The Main Institutions of Jewish Law, חלק ב, עמ' 183.

⁴² פסקה 4.

⁴³ פסקה 2.

⁴⁴ ע"א 248/59 ניסים לויתין נ' מתתיהו נחמן, פ"ד יג 1903, 1905. הנידון לא היה שהנכס אבד, אלא שהשומר טען שהנכס שלו.

(ג) הסתלקות בעל הנכס משמירה

יסוד נוסף הדרוש ליצירת חיוב שמירה הוא הסתלקות בעל הנכס משמירת הנכס⁴⁵. רק אם בעל הנכס אינו שומר עליו, ניתן לומר שהשמירה מוטלת על השומר. הרי אם לא הסתלק בעל הנכס משמירתו, אין צורך שישמור אדם אחר⁴⁶. דבר זה מתאשר לאור ההסברים שהבאנו לעיל⁴⁷, שחיוב השומר הוא מדין מזיק או מדין ערב, ומתבסס על הסתלקות בעל הנכס משמירת הנכס בהסתמכו על שמירת השומר. אם כן, כל זמן שלא הסתלק בעל הנכס משמירתו, אין תוקף לחיוב השומר.

דוגמה לדבר היא המשכיר בהמה לחברו לרכוב עליה ולשים עליה משא, ובעל הבהמה מחמר אחריה. בעל הבהמה אינו אחראי לשמירת הכלים שהניח השוכר על הבהמה, שהרי בעל הכלים נמצא שם, והוא יכול לשמרם בעצמו⁴⁸. דוגמה נוספת היא המקבל נכס לסחור בו בתורת "עסקא", בחנות שנמצאת בתוך בית בעל הנכס, והמפתח החיצוני ביד בעל הנכס, וביד השומר יש רק מפתח פנימי, ובעל הנכס פורע את דמי שכירות החנות, והוא מסר לשומר רק את שמירת המפתח. על מקרה זה נפסק שאין על העוסק אחריות שמירה, משום שבעל הנכס לא הסתלק משמירתו. רק אם עזב בעל הנכס את המקום, והפקיד את השומר על החנות, הוא חייב בשמירה⁴⁹.

גם אם הסתלק בעל הנכס משמירתו, אך משרתו עדיין נמצא ליד הנכס, לא חל חיוב שמירה על הנפקד. המשרת הוא כשלוחו של בעל הנכס, ונמצא שלמעשה בעל הנכס לא הסתלק מהשמירה⁵⁰.

כמו כן, אם היה הנכס ברשות הנפקד כבר קודם לכן, שלא בתורת שמירה, ובמצב זה ביקש ממנו בעל הנכס לשמור, והלה הסכים, אין הוא מתחייב בשמירה. הרי לא הייתה כאן הסתלקות בעל הנכס משמירתו, שכן עוד קודם לכן לא שמר עליו⁵¹.

לאור העיקרון שאין אחריות שמירה כשעדיין לא הסתלק בעל הנכס, נוכל למצוא תשובה לשאלה שהעלה חשין. הוא התייחס לשלושה מקרים: א) קונה בחנות בודק בגד שהוא שוקל האם לקנותו, והמוכר עומד לידו לשרתו; ב) בעל מוסך רוכן על מנוע של מכונית, ומבקש מהשוליה להגיש לו פטיש, והלה עושה כבקשתו; ג) אורח מיסב על שולחנו של חברו ומשתמש בסכר"ם שלו. השאלה שהוא מעלה היא, האם הקונה, השוליה והאורח חייבים בשמירה על הבגד, הפטיש והסכר"ם. ספקו הוא האם אחיזתם בנכס נחשבת "החזקה", הנחוצה

⁴⁵ רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן טו; טור, חו"מ, שמ, ח; שו"ע, חו"מ, סימן רצא, ה, וסימן שז, ב; רמ"א, חו"מ, שמ, ד; ב"ח, חו"מ, שו, א, הובא במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן מא (ראה להלן, הערה 226, וסעיף 1(ג), הערה 147, לעניין אומן).

⁴⁶ סמ"ע, רצא, ס"ק ח.

⁴⁷ פסקה 2.

⁴⁸ אם למסורת, ערך שומר, אות ג. כמו כן, שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ב, פסק לגבי בעל עגלה שהוביל פשתן, ובעל הפשתן היה עמו בעגלה, שבעל העגלה פטור משמירה מפני שלא הסתלק בעל הנכס.^{*}

⁴⁹ שו"ת באר עשק, סימן מג. יש להעיר, שלדעה (בפסקה (ה)) ששומר חייב רק אם עשה קניין בנכס, הוא פטור גם אם הסתלק בעל החנות, מכיוון שהנכס עדיין ברשות בעליו.

⁵⁰ עמודי שש (סוף ספר איילה שלוחה, קלצקין), סימן ה. בנידונו משרתו של בעל הנכס היה על העגלה, והוא פוטר את העגלון משמירה. ראה גם במילואים להערה 45, אות טז, על מקרה שאביו של בעל הנכס נשאר עם הנכס; ובמילואים להערה 55, אות ב, כשבנו נשאר עם הנכס.

⁵¹ כסף הקדשים, רצא, ה (ראה ליד ציון הערה 220). אך הוא מסופק בזה. בסעיף 14, הערה 53, נראה דוגמה נוספת להפטר מטעם זה.^{*}

כדי שיחול חוק השומרים⁵². לפי המשפט העברי, נראה שאין חיוב שמירה במקרים הללו, מאחר שבעל הנכס לא הסתלק מהשמירה, שהרי הוא עומד בסמוך. יש להניח שגם החוק מטיל חובת שמירה רק כשהסתלק בעל הנכס, אף על פי שאין זה מפורש בחוק. זאת גם לשיטת עצמאות החוק, שהרי גם לפיה אין להטיל אחריות שמירה כשאין הצדקה לכך⁵³, ואם לא הסתלק בעל הנכס, אין הצדקה להטיל על הנפקד חובת שמירה.

הסתלקות בעל הנכס משמירת הנכס יוצרת חיוב שמירה רק אם הסתלק על פי בקשת הנפקד. אולם אם הסתלק שלא על פי בקשת הנפקד, הנפקד אינו מחויב על ידי ההסתלקות. גם אם הבטיח לו הנפקד לפני כן שישמור עבורו, היה בעל הנכס צריך לשמרו בעצמו עד שיאמר לו הנפקד למסרו לו, וכשהסתלק מהשמירה לפני הוראה זו, הוא זה שגרם את ההפסד לעצמו. לפיכך, אם בעל הנכס שלח את הנכס אל הנפקד בידי אדם שאינו שלוחו של הנפקד, לא תחול על הנפקד אחריות שמירה עד שיגיע לידו בפועל. אף על פי שכבר הסתלק בעל הנכס מהשמירה, אין הסתלקותו מחייבת את הנפקד, משום שלא ביקש מבעל הנכס לשלחו עם אדם זה. רק אם אמר הנפקד לבעל הנכס: "שלח לי את הנכס ביד פלוני" (או שכתב לו כך⁵⁴), או שבעל הנכס אמר עליו לנפקד "אני שולח לך ביד פלוני" והנפקד הסכים, מתחייב הנפקד כשמגיע הנכס לידי אותו פלוני⁵⁵, משום שאז הסתלק בעל הנכס על פי בקשת הנפקד.

מובן שאם מסר בעל הנכס את הנכס לנפקד עצמו, לאחר שהבטיח לו שישמור בעבורו, הסתלקותו משמירת הנכס מחייבת את הנפקד בשמירה, גם אם לא אמר לו במפורש ברגע זה למסרו לו, שהרי משתיקתו ברור שהוא מתכוון מעכשו לקיים את הבטחתו לשמור, שניתנה קודם לכן. כמו כן, אם שלח בעל הנכס את הנכס אל הנפקד על ידי שלוחו של הנפקד, מתחייב הנפקד ברגע שהנכס מגיע לידי השלוח. מאחר ש"שלוחו של אדם כמותו", רואים כאילו הגיע הנכס לידי הנפקד ברגע שהגיע ליד שלוחו של הנפקד, ולכן באותו רגע מתחיל חיוב השמירה. לעניין זה יחשבו כשלוחים של הנפקד: א) מי שמינה אותו הנפקד בפני עדים להיות שלוחו

⁵² מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 141. לעניין השוליה הוא מגיע למסקנה (עמ' 142-143) שאין חוק השומרים חל עליו, משום שהחזקת הפטיש טפלה למערכת הכוללת של יחסי עובד-מעביד, ואין סביר שחוק השומרים יחול כשיש מערכת דומיננטית אחרת – של יחסי עבודה. אך זהו פתרון מלאכותי, כפי שמשתקף מדבריו בהמשך, ששם הוא מסייג את דבריו הקודמים, ואומר שאם לקח השוליה את הפטיש לביתו לשעות אחדות, או שנטלו למסרו לאדם שלישי, לפי בקשת המעביד, הוא נחשב שומר (וכך אכן עולה לפי המשפט העברי, לפי המבחן של הסתלקות בעל הנכס) – אף על פי שעדיין יש מערכת יחסים דומיננטית של יחסי עובד-מעביד.

⁵³ ראה חשין שם, עמ' 142, 146, 147, 152.

⁵⁴ תוספות, ב"מ צח ע"ב (ד"ה ואמר) – אם חתמו עדים על הכתב. אך פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ח, הלכה ג, אות ב, כותב שדווקא אם אמר הנפקד לבעל הנכס פנים אל פנים לשלוח לו, מועיל, אבל אם שלח לו בכתב שישלח לו עם אותו פלוני, אין הנפקד מתחייב בכך.

⁵⁵ משנה, ב"מ צח ע"ב; רמב"ם, הלכות שאילה, ג, א; סמ"ג, עשה צב; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער ט; פסקי הרי"ד, ב"ק קד ע"א; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ח, הלכה ג, אות ב; ספר מישורים, נתיב ל, חלק ג; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' צו); טור, חו"מ, שמ, ט; שו"ע, חו"מ, שמ, ה; שו"ת שער שלמה (זוראפה), סימן קלב (קיב ע"א).

להביא לו את הנכס⁵⁶; (ב) מי שאמר לו הנפקד בפני עדים: "הראה את עצמך בפני בעל הנכס, ואם יתן לך את הנכס הבא אותו אלי"⁵⁷.
 מי שלא התמנה כשלוח באחת הדרכים שהזכרנו לא ייחשב לעניין זה שלוח של הנפקד, גם אם: (א) הוא קשור לנפקד, כגון שהוא בנו או פועל שלו⁵⁸; (ב) נתן לו הנפקד את חותמו, והלך לבעל הנכס ואמר לו: "פלוגי ביקש שתשלח את הנכס על ידי"; (ג) אמר לו הנפקד: "הראה את עצמך בפני בעל הנכס, אולי ישלח אתך את הפקדון אלי"⁵⁹.
 גם כשבעל הנכס שולח לו את הנכס על ידי אדם שאינו שלוחו, אמנם הנפקד אינו מתחייב בעת מסירת הנכס לשלוח, אבל כשהנכס מגיע אל הנפקד, הוא מתחייב. זאת גם אם שלח אותו בעל הנכס על ידי מי שאינו בר שליחות⁶⁰, משום שאין כאן פעולה משפטית הדרושת שליוחות, אלא פעולת העברה טכנית.

במקרה מסוים נחלקו פוסקים בשאלה האם יש לחייב את הנפקד משום הסתלקות בעל הנכס. הכוונה למקרה שנכס של ראובן היה ביד לוי, וראובן, בעל הנכס, ביקש משמעון ליטול מיד לוי, ונתן לשמעון מכתב הוראה ללוי למסרו לו; ושמעון עשה דבר שגרם לאבדן הנכס לפני שנטלו מידי לוי. יש מי שפטר את שמעון, משום שהנכס לא הגיע לידו, ולכן לא חלה עליו אחריות שמירה⁶¹. לעומתו, יש מי שמחייב את שמעון, משום שעל סמך הבטחתו ליטול

⁵⁶ סמ"ג, עשה צב; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער ט; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ג; סמ"ק מצוריק, מצווה רנא (עמ' צו); נימוקי יוסף, ב"מ נו ע"ב (ברפי הרי"ף); חידושי הרי"ן, ב"מ צח ע"ב; מאירי, ב"מ צט ע"א; אור זרוע, ב"מ, סימן שיו; טור, חו"מ, שמ, ט; שו"ע, חו"מ, שמ, ה; לחם משנה, הלכות שאילה, ג, א; פני מבין, שמ, ז. עמדת החוק דומה: מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 148, כותב שאם שלח מעביד את העובד שלו ליטול את הנכס מבעל הנכס, כל זמן שהנכס ב"החזקת" העובד, הוא גם ב"החזקת" המעביד, וחוק השומרים חל על שניהם.

⁵⁷ פרישה, חו"מ, שמ, ט.

⁵⁸ ב"מ צח ע"ב; רמב"ם, סמ"ג, צרור הכסף, ספר מישרים, סמ"ק מצוריק, טור ושו"ע שם; פסקי הרי"א, ז, ב"מ, פרק ח, הלכה ג, אות א; ים של שלמה, ב"ק, פרק ט, סימן לו; שו"ת משפטים ישרים (גאון), סימן ל (על המוסר לאשתו ובניו של השומר, ומעולם לא הגיע ליד השומר המיועד, וכותב שדינו של בעל הנכס עם האשה והבנים); שו"ת אדמת קודש, חלק א, סימן עג (שהשומר פטור אם הובא הנכס לביתו לשמירה, ולא היה אז בביתו, ומשרתו קיבל אותו במקומו). אולם א' סלטון, "ההיבט הנזיקי של חוק השומרים", עיוני משפט ה (תשל"ז) 667, סבור שלפי החוק אם נמסר הנכס לעובד או לשליח של השומר המיועד, כשהם מתפקדים או פועלים בשמו או במקומו, רואים כאילו נמסר הנכס למעביד עצמו.

⁵⁹ פרישה, שם. ההסבר להבחנה בין מקרה זה למקרה שהבאנו ליד ציון הערה 57, בשם הפרישה, הוא שכיוון שכאן לא אמר לו בלשון ציווי: "הבא לי את הפקדון", אלא: "אולי ישלח אתך", אין כאן מינוי שליח – כך הסביר פרישה, חו"מ, קכא, ג, לגבי המקרה ההפוך, כשהשומר מחזיר לבעל הנכס על ידי שליח (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 118; אגב, אולי אפשר ללמוד לענייננו מהדינים האחרים שם).

⁶⁰ שו"ת ציוני, חלק ב, סימן ב, ס"ק ד (אם שלח על ידי חרש, שוטה וקטן); נחל יצחק, צו, ס"ק א. נחל יצחק מוכיח כך מתוספות, ב"ב פו ע"ב (ד"ה הלוקח), שאמרו שאם מישהו שולח נכס לאדם אחר על ידי קטן, מתחייב המקבל כשואל כלפי השולח. ציון שגם לפי החוק, שומר מתחייב גם אם לא מסר לו בעל הנכס אלא אדם אחר. ראה מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 160.

⁶¹ שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן טז, על ראובן ששילם לשמעון לקחת נכס שלו מיד לוי, ושמעון אמר ליהודה לקחת את הנכס מלוי, ויהודה לקח אותו מלוי, ונגב הנכס מיהודה. הר הכרמל מביא ראיה משו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן קב, הכותב ששומר ששלח שליח למישהו להביא ממנו את הנכס, ואבד מהשליח, השומר פטור מפני שזה פחות מגרמא, שהרי לא הגיע הנכס לידו.

את הנכס מלוי ולשמרו, נתן לו ראובן, בעל הנכס, מכתב המאפשר לו להוציאו מלוי, ובוזה הסתלק ראובן מהשמירה ששמר על הנכס באמצעות לוי.⁶²

(ד) הסכמת הנפקד לקבל על עצמו לשמור היסוד החשוב ביותר מכלל היסודות של יצירת הסכסם השמירה הוא הסכמת הנפקד. מאחר שהסכסם הוא לחובת הנפקד, הסכמתו לעסקה היא מכרעת. חשיבותה של הסכמה זו מתאשרת לפי כל ההסברים באשר למקור האחריות של השומר בפשיעה, שראינו לעיל.⁶³ בין לפי התפיסה הנוקזית, ששומר חייב משום שגרם נזק לבעל הנכס שהפסיק לשמור על הנכס בהסתמכו על הבטחת הנפקד, ובין לפי התפיסה ששומר חייב מדין ערב, משום שבעל הנכס הפסיק לשמור עליו בהסתמכו על הבטחת הנפקד לשמור, הרי חלק מהותי מן הנימוק לחיוב הוא הבטחת הנפקד לשמור.⁶⁴ גם לפי ההסבר שהחיוב הוא מגזרת הכתוב, מדין תורה, ברור שבעל נכס אינו יכול לחייב בשמירה כל אדם שיבחר, בטענה שהתורה חייבתו. התורה אמרה רק שמי שיסכים לשמור ישא באחריות לנזק.

בעמדת החוק בשאלת הצורך בהסכמת הנפקד, נדון בפסקה 6, בהקשר לדיון בשומר על פי דין.

הסכמה מפורשת של הנפקד לשמור היא הטובה ביותר, אך תועיל גם הסכמה מכללא. מקורות המשפט העברי עסקו רבות בבירור השאלה, איוו הבעה של הנפקד תיחשב הסכמה מכללא. הבירור הוא לעתים סובייקטיבי, כשהוא עוסק במקרים פרטיים, אשר בחינתם נתונה לשינויי הזמן והמקום. עם זאת, יש ערך להבאת בירור זה, כדי להקיש ממנו על מקרים דומים שבהם יכולה להתעורר השאלה האם הייתה בהם הסכמה של הנפקד. להלן סקירה של מקרים שונים שעלתה בהם שאלת ההסכמה מכללא, עם תשובות המשפט העברי לכל מקרה.

ביקש בעל הנכס מן הנפקד לשמור בעבורו את הנכס, והשיב לו הנפקד: "הנח אותו לפני", מפרשים את דבריו כהסכמה לשמור.⁶⁵ כך גם אם אמר "אקבלנו" – כוונתו בזה היא לומר "אשמרנו".⁶⁶ אף אם אמר "אשמרנו, ולא יזיק לי דבר", מפרשים זאת כהסכמה לשמור, ואין מפרשים את התוספת "ולא יזיק לי" כהסתייגות שמשמע ממנה שאינו מקבל על עצמו אחריות לנזק, אלא מפרשים שהוא מביע את בטחונו שלא יארע נזק לפיקדון.⁶⁷ אבל אם השיב הנפקד לבעל הנכס "הנח אותו לפניך", אין מפרשים את דבריו כהסכמה

⁶² שער משפט, סו, ס"ק לב, פסק, שמלווה שנתן למישהו שטר חוב שלו, וביקש ממנו לגבות בו את החוב מן הלווה, שומר השטר חייב לשלם אם אבד השטר, מפני שהוא נחשב שומר על הכסף שהיה אמור לקבל מן הלווה, אף על פי שעדיין לא הגיע הכסף לידו, מפני שהמלווה סמך עליו והסתלק משמירת הכסף (ראה בשמו במילואים להערה 308). דברי גאונים, כלל צו, סימן כג, לומד מדבריו בקל וחומר, שאם הוא מחייב שם אף על פי שיש סיכון שלא יתן הלווה את הכסף לשליח שהרי "מלווה להוצאה ניתנה", כל שכן שבנידונו של הר הכרמל יחייב שער משפט, שהרי שם ברור שהסתלק בעל הנכס משמירת הנכס, שמאחר שמדובר בפיקדון (ביד שמעון), אין סיכון ששמעון לא יתן אותו ללוי.

⁶³ פסקה 2. ⁶⁴ רביד הזהב, שהבאנו בהערה 18, מסביר את הצורך בהסכמת השומר, על פי הסברו שם, שחיוב שומר (בפשיעה!) הוא משום שמקבל על עצמו התחייבות לשלם על גרמא.*

⁶⁵ ב"מ פ ע"ב; שאילתות, שאילתא כ; רמב"ם, הלכות שכירות, ב, ח; טור, חו"מ, רצא, ב; שו"ע, חו"מ, רצא, ב.*

⁶⁶ שו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק ב.

⁶⁷ זכרון יוסף, שם.

לשמור⁶⁸, אלא מפרשים את דבריו כאילו אמר "שב ושמור בעצמך את הנכס"⁶⁹. גם אם הסתלק בעל הנכס משמירת הנכס על סמך הבנה מוטעית שהנפקד מקבל על עצמו לשמור, אין טעותו מחייבת את הנפקד, מפני שבעל הנכס גרם לעצמו את הנזק הזה⁷⁰. רק אם אמר הנפקד "הנח לפניך, ואני אשמרנו", הוא חייב⁷¹. מאותה סיבה לא תיחשב כהסכמה, אמירת "הנח אותו"⁷², או "הנח אותו כאן"⁷³, מפני שמפרשים את דבריו, שהתכוון לומר לבעל הנכס שימשיך לשמור בעצמו. כמו כן, אם אמר לו: "הרי ביתי לפניך", אין מפרשים זאת כהסכמה לשמור, אלא כנתינת רשות לבעל הנכס להכניס אותו אל ביתו (של הנפקד) – על אחריות בעל הנכס⁷⁴. גם אם בעל הנכס אינו נשאר במקום, כך שאין לראות את דברי הנפקד כאמירת "שמור אתה את הנכס כשהוא בביתי", מה עוד שגם אם היה נשאר כאן בוודאי לא היה הנפקד רוצה שישב בעל הנכס בתוך ביתו (של הנפקד) וישמרנו – בכל זאת מפרשים את דבריו, שהתכוון שישמר הנכס על ידי עצם הימצאו בבית, בלא שהנפקד יקדיש תשומת לב לשמרו⁷⁵. הדברים אמורים אפילו בשהנפקד מקבל שכר מבעל הנכס על אֶחֶסון הנכס בביתו. גם אז אין אומרים שהנפקד מקבל את השכר כדי לשמור, אלא השכר הוא תמורת האֶחֶסון, ואינו מקבל על עצמו חיוב שמירה⁷⁶, מפני שמשמעות לשון "הרי ביתי לפניך" היא, שהוא מסלק את עצמו מחובת שמירה⁷⁷.

אך איננו פוטרים את האומר "הנח" וכדומה, מתוך הנחה שאין כוונתו להסכים לשמור, אלא אם יונח הנכס במקום בטוח, כגון בתוך חצר. לעומת זאת, ייתכן שהדין ישתנה אם יונח הנכס במקום שאינו בטוח, כגון ברחוב; דהיינו שבעל הנכס ביקש מן הנפקד בהיותו ברחוב: "שמור לי את הנכס", ואמר לו הנפקד: "הנח" וכדומה. כאן יש שיקול נוסף בהערכת כוונת הנפקד: קשה להניח שהתכוון לומר: "הנח אותו כאן, ואני לא אשמור אותו אלא הוא בטוח גם בלא שמירה", שהרי במקום הזה הנכס אינו בטוח בלא שמירה. יש מן הפוסקים שפסקו

⁶⁸ ב"מ פא ע"ב; שאלתות, רמב"ם, טור וש"ע שם; רי"ף, ב"מ נ ע"ב (בדפי הרי"ף); פירוש המשניות לרמב"ם, ב"מ ו, ז; פסקי הרי"א, ז, ב"מ, פרק ו, הלכה ב, אות ט; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער י; הגהות מיימוניות על הרמב"ם שם, אות ה, בשם ראב"ה; אורחות חיים, סימן סה, אות ד.*

⁶⁹ רש"י, ב"מ שם (ד"ה הנח לפניך); אורחות חיים, שם.

⁷⁰ שו"ת המב"ט, חלק א, סימן שמא.

⁷¹ שו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ה.

⁷² רי"ף, ב"מ נ ע"ב (בדפי הרי"ף); פירוש המשניות לרמב"ם, שם, ורמב"ם, הלכות שכירות, ב, ח (הובא בבדק הבית, חו"מ, רצא, ב); רא"ש, ב"מ, פרק ו, סימן יז (הובא בבית יוסף, חו"מ, רצא, ב).*

⁷³ ט"ז, חו"מ, רצא, ב; שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ב, סימן כד.*

⁷⁴ ב"מ מט ע"ב; תשובות הגאונים הקצרות, סימן לב; שאלתות, שאלתא כ ושאלתא עה; רמב"ם, הלכות שכירות, ב, ח.*

⁷⁵ נתיבות המשפט, רצא, ס"ק ח.

⁷⁶ תוספות, עירובין פא ע"ב (ד"ה שמא), וב"ק מז ע"ב (הובא במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כב); תוספות רבנו פרץ, ב"מ מט ע"ב; אגודה, ב"ק, סימן סג; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מט ע"ב (הובא בבדק הבית, חו"מ, רצא, ב, בישועות יעקב, או"ח, שו, אחרי ס"ק ג, ד"ה ודברי, בשו"ת זרע יעקב, סימן לה וסימן מא, בשו"ת עין משפט, מלכי, חו"מ, סימן יב, דף קט ע"ד, בהעמק שאלה, שאלתא כ, ס"ק יא, בשו"ת מבית מאיר, חלק ב, עמ' קכו, ובשו"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סימן קיד); ים של שלמה, ב"ק, פרק ה, סימן ו, בסופו (מפני שזו לשון גרועה); שו"ת הב"ח, סימן קלח (גם אם הוא מקבל שכר שמירה).*

⁷⁷ שו"ת הב"ח, סימן קלח (מפני שזוהו הוא אומר בפירוש שאינו מקבל על עצמו שום שמירה); מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ה. מים שאל, חו"מ, סו (דף מה ע"ד), נימק, שבוה שאמר: "הא ביתא קמך", כאילו אמר: "השכר שאני נוטל הוא שכר הבית ולא שכר שמירה".

על סמך שיקול זה, שבמקרה זה נפרש את דברי הנפקד כהסכמה לשמור⁷⁸. ברם, פוסקים אחרים סבורים שאין לחייב כאן את הנפקד על סמך שיקול זה, משום שניתן לפרש את דברי הנפקד כך: "הנח את הנכס כאן, אך אני לא אשמרנו, אלא שב אתה ושמור אותו כאן"⁷⁹. גם לפי פוסקים אלו, יש שהנפקד יהיה חייב בכל זאת כשהוא אומר "הנח" במקום שאינו בטוח: כשהנפקד יוצא לדרך, ובעל הנכס נשאר במקום, ובעל הנכס מבקש ממנו שיוכיל את הנכס עמו בדרכו. כאן, אם הנפקד משיב לו: "הנח את הנכס על כלי הרכב שלי", ברור שהתכוון לקבל על עצמו התחייבות שמירה. אין לפרש את דבריו כאמירת: "הנח אותו כאן, ואני לא אשמור עליו, אלא אתה תשמור", שהרי בעל הנכס אינו יכול לשמור עליו, מאחר שאינו נוסע עמו⁸⁰. גם בנפקד שיוצא לדרך, אם הודיע במפורש לבעל הנכס שאינו מקבל על עצמו אחריות, כגון שאומר לו: "איני רוצה לשמרו, מפני שיש סכנות בדרך, ואם תרצה שאוליך את החפץ עמי, השלך אותו על הארץ, ואני אקח אותו כאילו מצאתי מציאה" – הוא פטור. רק אם אמר לשון סתמית, כמו "הנח", אנו מניחים שהיוצא לדרך התכוון לקבל על עצמו התחייבות שמירה⁸¹.

ביקש בעל הנכס מן הנפקד רשות להכניס את הנכס לתוך חצרו, והרשה לו הנפקד, אין הוא מתחייב בשמירה, מפני שאין בדבריו משמעות של הסכמה לשמור⁸². גם אם החצר נעולה, והמפתח אצל בעל החצר, כך שאין לומר שהתכוון לומר "היכנס ושמור", מכל מקום, מאחר שבעל הנכס יכול להכריח את הנפקד לפתוח כשירצה, הנכס נחשב ברשות בעליו ולא ברשות הנפקד⁸³. אבל אם בעל הנכס נותן לו שכר על הסכמתו להכניס את הנכס לחצרו, מניחים שהתכוון להתחייב לשמור⁸⁴. כמו כן, אם השיב הנפקד: "למה לא אקבלנו? וכי זה יזיק לי?!", מפרשים את דבריו כהסכמה לשמור⁸⁵.

יש אומרים, שאם הרשה מישהו לבעל הנכס להכניס את הנכס לתוך ביתו, יחויב בעל הבית בשמירה גם אם אינו מקבל שכר, משום שיש להניח שקיבל על עצמו לשמור⁸⁶. נימוקם הוא,

⁷⁸ רמ"א, חו"מ, רצא, ב (הובא בתשובת ר"י ויינברג, בשו"ת שארית שמחה, סימן נה, ובשו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן עג), הבין כך בדעת הרא"ש, שנביא בהערה 80.

⁷⁹ ראב"ן, ב"מ פ ע"ב (דף רה ע"ב במהד' עהרנרייך); שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תרסו; מרדכי, ב"מ, סימן שעז (שלושתם על "הנח לפניך" ברשות הרבים), הובא בדרכי משה, חו"מ, רצא, ס"ק א, וברמ"א, חו"מ, רצא, ב, ובשו"ת מהר"ש צרור, סימן כד; העמק שאלה, שאלתא כ, ס"ק י, בדעת השאלות.

⁸⁰ שו"ת הרא"ש, כלל צד, סימנים ב"ד.

⁸¹ קצות החושן, רצא, ס"ק ג; נתיבות המשפט, רצא, ס"ק ה.

⁸² דבר זה מוסכם על הפוסקים (מקורות יובאו במילואים). הפוסקים נחלקו רק בשאלה האם יחויב השומר בנזק שיבוא ממנו – מהשומר עצמו או מבהמתו, שזיקן לנכס. זאת בניגוד לסתם אדם, שאינו חייב אם יזיקו הוא או בהמתו למי שהכניס את חפציו לתוך חצרו בלי רשותו.

⁸³ שו"ת יש מאין, חלק ב, חו"מ, סימן ו. הוא מביא לכך ראייה מן הדין (עיין משנה ברורה, תמח, ס"ק יב), שאם השכיר לנכרי חדר, ויש בו חמץ של הנכרי, אפילו המפתח ביד הישראלי, אינו חייב לבער, מפני שהחמץ נחשב ברשות הנכרי ולא באחריות בעל הבית, מפני שהנכרי בעל החמץ יכול להכריח את הישראלי לפתחו.

⁸⁴ מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ה (הובא בשו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן יג); שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד (דף עד ע"א).

⁸⁵ הרב השואל, בשו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק ב). זאת אף על פי שהנפקד טען שהתכוון לומר רק שביתו מוכן לגמול חסד.

⁸⁶ אור זרוע, ב"ק, סימן רכה וסימן רעג; פסקי הרי"ד, ב"ק מז ע"ב; הגהות אשרי, ב"ק, פרק ה, סימן ג (הובא בש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק ח, בשו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימנים יג"ד, בשו"ת אהל משה, ריוזמן, או"ח,

שאינן סביר להניח שבעל הבית התכוון שייכנס בעל הנכס לביתו וישמור על הנכס בעצמו, מאחר שאין אדם אוהב שייכנס אדם אחר לביתו⁸⁷. אולם פוסקים אחרים סבורים שאין הבדל בין בית לחצר, וגם מי שנותן רשות לאחר להכניס נכס לתוך ביתו, אינו מחויב בשמירה⁸⁸. נימוקם הוא, שהדעת נותנת שהסכמתו להכניסו לביתו אינה כוללת הסכמה לשמור, ושהתכוון שיישמר הנכס על ידי עצם הימצאותו בבית, ולא שיהיה אחראי לנכס כשומר⁸⁹. השאלה האם הנותן לחברו רשות להכניס את הנכס לרשותו, מתכוון לקבל על עצמו שמירה עליו, נידונה גם בבית המשפט בארץ. בעל מכונית החנה את מכוניתו בתוך חניון בתשלום, ונגנבה. התעוררה השאלה, האם התכוון בעל החניון לקבל על עצמו שמירה על המכונית שבחניון, או שמא התכוון רק לתת לו מקום חנייה, והשכיר לו את הקרקע לצורך החנייה, ולא התכוון לקבל על עצמו אחריות שמירה. אף על פי שלפי החוק, אחריות שמירה חלה אם הנפקד מחזיק בנכס גם אם לא הסכים לקבל על עצמו אחריות שמירה, כפי שנראה בפסקה 6, מכל מקום תהיה לשאלה זו נפקות אם נניח שבעל החניון אינו נחשב מחזיק במכונית⁹⁰. בפסקה (א) ראינו שגם בלא החזקה, אם הסכים הנפקד לקבל על עצמו אחריות שמירה, האחריות חלה עליו. מכאן שחשוב לברר האם הייתה כאן הסכמה של בעל החניון (ומכאן, אגב, שגם לדעה שיש לפרש את החוק בפרשנות עצמאית, יש חשיבות לכל הדיונים שלנו בפסקה זו, בקביעה מתי יש להניח שהסכים הנפקד לשמור). נקבע, שאם היה זה חניון סגור, מניחים שהתכוון בעל החניון לקבל על עצמו שמירה, משום החובה לנהוג בתום לב בחוזים⁹¹; ואילו בחניון ציבורי פתוח, שאין בו אחראי, מניחים שבעל החניון לא התכוון לקבל על עצמו

סימן ב, אות ג, בשו"ת זרע יעקב, נאים, סימן מא, במשנת רבי אליעזר, חלק ב, מערכת ש, אות כג, בערך ש"י, חו"מ, צו, ו, בנתיבות המשפט, רצא, ס"ק ח"ט, ובתשובת רי"י ויינברג, בשו"ת שארית שמחה, סימן נה ובשו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן עג; ביאור הגר"א, חו"מ, רצא, ס"ק יא; נתיבות המשפט, קצו, ס"ק טו (ברמז); מנחה חרשה, מצווה נו, אות ה; שו"ת הרי"ם, אה"ע"ז, סימן יח (ד"ה ומכל מקום); ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כג. מקורם בירושלמי, ב"ק ה, ד.⁸⁷

נתיבות המשפט, רצא, ס"ק ח (הובא אצל ר"י סגל, נועם כ, תשל"ח, עמ' קיז); בני אהרן, סימן רצא (קלו ע"ד); מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ד (הובא בשו"ת דבר אליהו, סימן צד).⁸⁸

מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ד (בדעת הרמב"ם, ר"ן, פסחים, פרק א, תוספות, ב"מ מט ע"א, ד"ה כל, ושו"ת הרא"ש, כלל צד, סימן ד); שו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק א), בדעת הרא"ש; העמק שאלה, שאלתא כ, ס"ק יא, בדעת השאלתות, הרי"ף והרמב"ם; שו"ת יש מאין, חלק ב, חו"מ, סימן ו (בדעת ספר מישרים, נתיב ט, חלק ד, בדעת השולחן ערוך שבתם, ובדעת דרישה, חו"מ, רצא, ג; וכותב שאפשר לומר "קים לי" כדעה זו); רמ"צ אייכנשטיין, הפרדס שנה יג, חוב' יב, עמ' 15 (בדעת הרי"ף), שנה יד, חוב' א, עמ' 19 (בדעת רש"י, ביצה מ ע"א), ושנה כא, חוב' ו, סימן סז, עמ' 20 (מסקנתו להלכה); שו"ת דבר אליהו, סימן צד, בדעת הרמב"ם (שבתם); חסד ומשפט, רצא, ס"ק ב (גם בדעת תוספות, ב"מ מט ע"א); שו"ת תורת חיים, חלק ב, סימן כד, בדעת הרא"ש בתשובה; שו"ת פני יהושע (חנדלי), סימן מב, בדעת הרא"ש; אולם המשפט, רצא, על ש"ך, ס"ק ח, בדעת הרא"ש.⁸⁹

מחנה אפרים, שם.⁹⁰ למעשה, בית המשפט קבע בנידונו, שהייתה לבעל החניון החזקה במכונית, ומכוח זה חל עליו חוק השומרים. השופט ש' לוי, ע"א ת"א 674/77, נקוב בע"מ נ' חניון יצחק שדה בע"מ, פ"מ תשל"ט (2) 133, 142, נימק זאת בעובדות שבעל המכונית השאיר בתוכה את המפתחות; ושהיה זה חניון קטן יחסית; ושהיה ביטוח אחריות על כלי הרכב שבחניון. השופט מ' בן-דרור (שם, עמ' 143), נימק זאת בכך, שעצם השארת המכונית בחניון סגור מעבירה את ההחזקה לבעל החניון, שהרי הוא שולט בהחזקה בחניון.⁹¹ השופט מ' בן-דרור, שם, עמ' 144.

שמירה, ושבעל המכוננית ידע שכך הם הדברים, ולכן לא ציפה שישמור בעל החניון על מכונניתו.⁹²

אם שתק הנפקד לאחר שביקש ממנו בעל הנכס לשמור, אין מפרשים את שתיקתו כהסכמה, גם אם הניח בעל הנכס את הנכס בפני הנפקד.⁹³ רק מי שיש לו תועלת מעסקה מסוימת, מפרשים את שתיקתו כהסכמה,⁹⁴ מה שאינו כן כאן, שאין לנפקד תועלת משמירתו.⁹⁵ ברם, אם הצטרף לשתיקתו מעשה, כגון שמשך את הנכס לתוך חצרו, נוצר חיוב שמירה.⁹⁶ יש להניח שאילו לא הסכים לשמור, לא היה גם שותק וגם עושה מעשה כזה.

נסקור כעת מקרים ספציפיים אחדים, שהתעוררה לגביהם השאלה האם נוצר בהם חיוב שמירה, ונפסק לגביהם שלא נוצר בהם חיוב שמירה, בשל העדר הסכמת הנפקד:

(א) מלמד שהילדים מביאים ספרים לביתו ומשאירים אותם בביתו, אינו אחראי לשמירת הספרים, אם לא קיבל על עצמו אחריות שמירה במפורש או ברמו. הוא שונה מאומן וממלווה המחזיק משכון, שהם חייבים בשמירה על הנכס, אף על פי שלא קיבלו על עצמם שמירה במפורש, משום שיש להם הנאה מעצם היות הנכס ברשותם, כפי שנראה להלן;⁹⁷ ואילו המלמד הזה אינו מרוויח מהימצאות הספרים בביתו.⁹⁸

(ב) מעשה באשה שלקחה תינוק, בן אחותה, על זרועותיה, לצאת עמו לרחוב, ונתנה לו אמו מטבע לשחק בו, ואבד המטבע. נפסק, שהודדה פטורה מאחריות על האבדה, כיוון שלא הביעה הסכמה מפורשת לשמור על המטבע.⁹⁹

(ג) אדם שפרע חשבון לחברו, ונתן לו בטעות יותר משהיה חייב לו, וגם חברו לא הבחין

⁹² "אנגלרד, "האחריות לגניבת מכוננית מתוך חניון", משפטים יא (תשמ"א) 302. הוא הוסיף, שאם החניון סגור, ויש עובד הנמצא במקום יציאת המכוננית, והוא יכול לפקח על הנהגים היוצאים, ועלות בדיקת זהותם אינה גבוהה, יש להטיל את האחריות השמירה על בעל החניון, גם בלי להתחשב בהנחה שבעל החניון התכוון לשמור. עוד הצדיק את הטלת האחריות על בעל החניון, בעובדה שיותר קל לו לבטח את עצמו מפני גניבת רכבים וכדומה, משבעלי המכונניות יבטחו את עצמם (ראה שם, בפירוט נימוק זה). עוד נימק, שאם יחויב, זה ימריץ אותו לשמור על המכוננית. הוא מתבסס על עיקרון (שהוא מסביר שם, עמ' 298), שלבית המשפט יש תפקיד לקבוע את המדיניות בשאלה האם להטיל את השמירה על בעל החניון, מאחר שהחוק ניתן לפירושים שונים, ולכן רצוי שבית המשפט יקבע את המדיניות על פי התועלת הכלכלית שתצמח מכך.

⁹³ שו"ת מהר"ש צור, סימן כד; שו"ת תורת אמת, סימן קמד (הובא בשו"ת פני יצחק, חלק ג, חו"מ, סימן ו, בתחילתו, בשו"ת באר המים, מנשה, סימן קכד, בשו"ת רוח יעקב, סימן יג [ראה במילואים להערה 80], בבני אהרן, סימן רצא, דף קמו ע"ב, ובלב מבין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ד, דף קסו ע"ג); שו"ת קול אליהו (ישראל), חלק ב, חו"מ, סימן כו; שו"ת דבר אליהו, סימן צד; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ב (הובא בדברי חיים, דיני שומרים, סימן ג – אפילו הכניסו בעל הנכס לביתו); שו"ת חוק ומשפט, סימן קא; נתיבות המשפט, רצא, ס"ק ה (הובא בשו"ת הלכה למשה, מימון, חו"מ, סימן י); מנחה חדשה, מצווה נו, אות ד (אם הניחו בעל הנכס בחצרו של הנפקד); שו"ת דברי מלכיאל, חלק ה, סימן רטו.

⁹⁴ שו"ת מהרי"ק, שורש קנה; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן קלג.

⁹⁵ נתיבות המשפט, מחנה אפרים, דבר אליהו וקול אליהו – שם.

⁹⁶ ב"ח, חו"מ, רצא, ב; נתיבות המשפט שם; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ג (הובא בדברי משפט, רצא, ב, ובשו"ת באר המים, מנשה, סימן קכד). ראה גם הערה 171.

⁹⁷ פסקה 4.

⁹⁸ שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסו. נביא טעם נוסף לפטור במקרה זה ליד ציון הערה 105. אך בסעיף 1(ג), במילואים להערה 100, נביא שתשבץ "קטן" אומר שהמלמד שומר שכר על הספר.

⁹⁹ שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן כג. הסכימו עמו: פתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק א; אבני החושן, בהשמטות לסימן רצא, ב; ור"נ נוסבוים, מקבציאל י, אלול תשמ"ו, עמ' קלד.

בטעות, אין חברו מחויב בשמירה על העודף, שהרי בוודאי לא קיבל על עצמו לשמור דבר שהוא חשב שהוא שלו, וגם אילו ידע שאינו שלו, לא היה מסכים לשמורו.¹⁰⁰

ד) אם משרתת מכניסה את חפציה לבית המעסיק, המעסיק אינו אחראי לשמירתם, אף על פי שהוא נהנה מעבודת המשרתת. אמנם ראינו לעיל, במי שביקש מחברו רשות להכניס את חפציו לחצרו, ואמר לו שיתן לו שכר על כך, שבעל החצר חייב בשמירה, אך אין הדברים דומים. שם, מאחר שביקש ממנו רשות להכניס את חפציו, יש להניח שהתכוון בעל החצר לקבל על עצמו לשמור תמורת השכר. לעומת זאת, כאן, המשרתת לא ביקשה רשות להכניס את חפציה, ולכן אין כאן קבלת התחייבות לשמירה. זאת ועוד: דווקא במקרה רגיל יש להניח שבעל החצר מקבל על עצמו שמירה, שמא לא יסכים בעל הנכס לשלם לו שכר אם לא ישמור, ואינו רוצה להפסיד את השכר. אבל כאן טובת ההנאה שלו אינה בעיקר בשביל השמירה, אלא לעניין אחר, והוא אינו חושש שתחזור בה המשרתת מן העסקה אם יסרב לשמור על חפציה.¹⁰¹

ה) מי שעושה מסיבה בביתו אינו אחראי בשמירה על בגדיהם של הבאים למסיבה, שהרי הבאים מניחים שם את בגדיהם בלי דעתו, והוא אינו אומר להם דבר בעניין זה, אלא הם מניחים את בגדיהם על אחיותם.¹⁰²

ו) פרנסי קהילה, שעשו ווים למעילים בחדר החיצוני של בית הכנסת, פטורים מאחריות על המעילים של באי בית הכנסת. זאת, מאחר שאפילו לא אמרו: "הנח", ועשו את הווים רק לטובת הציבור, ולא תוך קבלת אחריות שמירה. מי שחושש מנזק למעילו – היה צריך להיכנס עם מעילו לבית הכנסת. ואין אומרים שהפרנסים היו צריכים לפרסם מודעה, שמי שמניח שם את מעילו – עושה זאת על אחריות עצמו, מפני שהדבר צריך להיות מובן מאליו.¹⁰³

ככלל, הדבר תלוי בראות עיני הדיין, לקבוע על פי הנסיבות, האם התכוון הנפקד לקבל על עצמו לשמורו.¹⁰⁴

מקרה מיוחד שמניחים בו שאין הנפקד מתכוון להתחייב בשמירה, הוא כשאין לנפקד יכולת לשלוט בנכס. מאחר שגם אם ירצה לשמור, לא יצליח בכך, יש להניח שמראש לא התכוון לשמור. לדוגמה: נפסק, שאם ילדים מביאים ספרים לביתו של המלמד ומשאירים אותם בביתו, המלמד אינו אחראי לשמירת הספרים. אין למלמד אפשרות להחזיק את הספרים במקום שמור, שהרי כל ילד צריך ליטול את ספרו מדי פעם ללמוד בו, ולפעמים הילד אף נוטלו עמו לביתו, ולכן ברור שהמלמד לא קיבל על עצמו לשמור.¹⁰⁵ דוגמה נוספת: נהוג היה בתקופה מסוימת שאנשים היו מביאים חיטים לטחון בבית רחיים מרכזי שהיה שייך (או חכור) לאדם אחד, ואדם אחר היה אחראי על הצדדים הטכניים של הפעלת הרחיים. לפעמים התור לשימוש

¹⁰⁰ כסף הקדשים, רצב, ז.

¹⁰¹ שו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן יג.

¹⁰² ר"י במברגר, בשו"ת שארית שמחה, סימן נה. הוא מביא ראייה משו"ע, חו"מ, קלו, ג, שאומר שמי שנתחלפו לו בגדיו בבית המשתה עם בגדיו של אדם אחר, אינו רשאי להשתמש בבגד שלקח בטעות – ומכאן מוכח שאינו יכול לתבוע את בעל המשתה.

¹⁰³ ר"י במברגר, ורי"י ויינברג, בשארית שמחה, שם. על פרנס באופן כללי ראה במילואים להערה 226.

¹⁰⁴ הרב הרצוג, The Main Institutions of Jewish Law, חלק ב, עמ' 184.

¹⁰⁵ שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסו (הובא בחדש ומשפט, רצא, ס"ק ב). הוא כותב שיתכן שמטעם זה אף אם קיבל המלמד שמירה על עצמו בקניין במפורש, יופטר, מאחר שאינו יכול לשמור. והוא משווה זאת למי שאומר לעבדו: "שבור חבית ושמור את יינה" (עיין בב"ב טז ע"א), כלומר, אי אפשר להטיל על אדם לעשות דבר בלתי אפשרי; וזה מעין הנימוק של חשין, בסמוך. וראה סעיף 14, הערה 9. מקרה נוסף שפוטרים בו על פי סברה זו, ראה ליד ציון הערה 144. טעם נוסף לפטור במקרה זה, ראה בהערה 98.

ברחיים היה ארוך, ולכן היו מקצת מן האנשים משאירים את החיטים שלהם והולכים לעסקיהם, ושבים בעת שמגיע התור שלהם. בעל הֶרְחִיִּים אינו חייב בשמירת החיטים, גם אם הודיע לו בעל החיטים שהוא משאיר אותן שם, והשיב לו הלה "הנח לפניי". זאת, אף על פי שמשמעות "הנח לפניי" היא הסכמה לשמור, בדרך כלל, כפי שראינו לעיל. יש לפרש שבעל הֶרְחִיִּים התכוון לומר רק שהוא ידאג לטחון את החיטים שלו בהגיע תורו, ולא נפרש את דבריו כהסכמה לשמור, כיוון שבדרך כלל הוא אינו מצוי ליד הֶרְחִיִּים, שיוכל לשמור את החיטים, אלא האחראי הטכני נמצא שם¹⁰⁶. לפי חשין, גם החוק מצריך יסוד זה: אם אין לנפקד שליטה בנכס, שאין בידו לקבוע איך לנהוג בנכס, אין זה צודק שנטיל עליו אחריות לשמירתו, ושנחייב אותו אם התרשל בשמירתו¹⁰⁷.

כשם שפוטרים משמירה מי שלא הסכים לשמור, כך פוטרים את מי שהסכמתו לשמור נבעה מתוך טעות. דוגמה לכך היא במעשה שהיה, באדם שביקש מחברו לקחת בשבילו חפץ למקום מסוים, ואמר לו שהחפץ פטור ממכס; אך למעשה החפץ היה חייב במכס, ונלקח החפץ מן המוביל בתחנת המכס. מהרי"ק פסק שאין המוביל אחראי לאבדן, מפני שמה שהסכים להוביל ולשמור, היה בטעות, שכן אילו ידע שהחפץ חייב במכס, ושיצטרך לדאוג לכך שלא יקוהו ממנו בבית המכס, לא היה מסכים לכך¹⁰⁸. מהרי"ק סבור שמחמת טעותו הנפקד פטור משמירה לגמרי, ובדוגמה הנזכרת, יופטר גם על נזק שקרה לנכס שלא מחמת היות הנכס חייב במכס, משום שאילו ידע שהנכס חייב במכס, לא היה מקבל על עצמו שמירה כלל¹⁰⁹. אולם פוסקים אחרים סבורים, שיש עליו אחריות שמירה לעניין גורמי נזק אחרים. זאת משום שלדעתם, יש להניח שגם אילו ידע שהנכס חייב במכס, היה מוכן לקבל על עצמו שמירה מפני נזקים אחרים, אלא שלא היה מוכן לשמור מפני נזקים הקשורים לחיובו במכס, ולכן יש לפטור אותו מנזקים כאלו, ואין לפטור אותו משמירה לגמרי¹¹⁰.

אולם נפקד שהובטח לו שכר תמורת שמירתו, ולא קיבל את שכרו, אינו מופטר משמירה בשל אי קבלת שכרו, אלא יש להניח שהוא מוכן להיות שומר חינם, אם לא יקבל שכר, שהרי לא אמר: "אם לא תתן לי שכר, אניח את הנכס בלי שמירה"¹¹¹.

¹⁰⁶ כסף הקדשים, רצא, ה. גם שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, חו"מ, סוף סימן כא (הובא בדברי גאונים, כלל צו, סימן לב, בשו"ת שארית שמחה, סימן נה, ובשו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן עג), פוטר את בעל הריחיים מסיבה זו, אך אינו אומר שבכלל לא קיבל שמירה, אלא רואה אותו כשומר שמסר לשומר, במצב שידוע שכל מה שמוסרים לו לשמירה הוא מוסר לאחר, שדינו הוא שהוא פטור משמירה (ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 107).

¹⁰⁷ מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 146. כמו כן, בעמ' 165, הערה 96, כתב שאם הנכס נמצא במקום שכל אדם יכול ליטלו, אין הנפקד נחשב "מחזיק", ולכן לא חל עליו חוק השומרים.

¹⁰⁸ שו"ת מהרי"ק, שורש קנה, ענף ג. את דבריו הביאו: דרכי משה, חו"מ, רצא, ס"ק ג, ורמ"א, חו"מ, רצא, ד; שו"ת מהרא"ל (צונץ), חו"מ, סימן מב, אות ג; שו"ת דבר שמואל (עמאר), חו"מ, סימן עט; שו"ת מאורות נתן (שפיגלגלס), סימן עו; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כח*.

¹⁰⁹ מהרי"ק שם (הובא באור שמח, הלכות נזקי ממון, ד, יא); ערך ש"י, חו"מ, רצא, ד. שער משפט, רצא, ס"ק א, מסביר שמהרי"ק מתכוון למצב שחוק המכס הוא שמי שאינו מזהיר על דבר שהוא מעביר, חייב לשלם קנס גם אם זהו דבר הפטור ממכס, אלא שהקנס גבוה יותר אם הבריח (כלי הצהרה) דבר החייב במכס; והשומר לא הצהיר, ונתפס — ובוזה מהרי"ק פוטר את השומר (מלשלם לבעל הנכס) גם לגבי הקנס הנמוך, אף על פי שגם אילו באמת היה הספר פטור ממכס (כפי שחשב), היה חייב קנס נמוך זה*.

¹¹⁰ מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יג; שער משפט, רצא, ס"ק א*.

¹¹¹ שו"ת מהריט"ץ, סימן פד (עז ע"ג). וראה סעיף 101, במילואים להערה 26, בשאלה האם מי שהובטח לו שכר על שמירה בשבת, ולא קיבלו בשל האיסור לקבל שכר שבת, יופטר לגמרי עקב טעותו.

העיקרון שאין נפקד אחראי אלא אם כן הסכים לשמור, יש בו גם כדי לקבוע את דינם של יורשי שומר לאחר מותו. ככלל, יורשי השומר אינם אחראים לשמור, כיוון שלא קיבלו על עצמם לשמור¹¹², וכך גם לגבי אלמנתו של השומר¹¹³. לכן גם אם פשעו בשמירת החפץ, הם פטורים, בין ידעו שהחפץ היה פיקדון אצל אביהם, ובין לא ידעו זאת וחשבו שהוא היה שייך לאביהם. אך בעל הנכס רשאי לדרוש מן היורשים להחזיר לו את הנכס, גם אם הם מביעים נכונות לקבל על עצמם אחריות שמירה. הרי בעל נכס יכול לדרוש מן השומר עצמו להחזיר לו את הנכס אף לפני תום הזמן שנקבע לשמירתו, כפי שנראה להלן¹¹⁴; וכל שכן שהוא יכול לדרשו ממי שאינו נושא באחריות שמירה עליו¹¹⁵.

אף על פי שהיורשים פטורים מאחריות שמירה, מכל מקום, אם הזיקו לנכס, הם חייבים¹¹⁶, משום שמזיק נכס חייב אף על פי שלא קיבל על עצמו אחריות שמירה על הנכס. אולם אם לא ידעו היורשים שהנכס הופקד אצל מורישם, וחשבו שהנכס היה שייך למורישם, וממילא הוא עכשו שלהם, והזיקו לנכס, הם פטורים¹¹⁷. אין לחייבם בתור מזיקים, כיוון שלא ידעו שהנכס שייך לאחר, ואף לא הייתה להם סיבה לחשוב כך, שהלא חזקה היא שכל מה שתחת ידי אדם היא שלו, וצדקו בקשבתם שהנכס שהיה בידי מורישם שייך לו¹¹⁸. גם לא הייתה להם אפשרות לברר האם הנכס אכן הופקד אצל מורישם, שהרי כל אדם היה עלול להיות המפקיד האלמוני¹¹⁹. זאת ועוד: בעל הנכס התרשל בכך שלא הודיע להם שהנכס שלו, שהלא אילו הודיע להם, לא היו מזיקים לנכס, ונמצא שיש לו חלק בגרימת הנזק, ולכן אין לחייבם על כך¹²⁰.

¹¹² שו"ת הריטב"א, סימן קי; שו"ת מהרי"ק, שורש ו; מנחת חינוך, מצווה נט (דף פה ע"ד); שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ד; מעשה בראשית, מצווה נט; דברי משפט, רלב, יג (כשוואל); שו"ת דגל מחנה אפרים (לניאדו), חו"מ, סימן ו (אם היורש קטן); שו"ת מבית מאיר, חלק ב, עמ' קט (שאף אינם חייבים כשומרי אבדה, כיוון שבעל הנכס יכול לשמור בעצמו); שו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קסג; שו"ת עולת שמואל (לובצ'ר), חלק א, סימן סד. מנחת חינוך כותב כך לגבי שומר חינוך ושומר שכר.

¹¹³ מהרי"ק, שם, הובא בבית יוסף, חו"מ, רצא, מחודש ג, ובבני אהרן, סימן רצא (קמו ע"א). יצוין שהאלמנה אינה יורשת, אלא רק זכאית לנכסיו לצורך כתובתה.

¹¹⁴ בדינונו בסעיף 11, פרק ז.

¹¹⁵ דברי רז"ג גולדברג. הוא הסביר, שדווקא ביורשי שואל, שיש להם רשות שימוש, חייב בעל הנכס לתת להם את הבררה להמשיך להשתמש בנכס ולקבל על עצמם אחריות שמירה, אם אינם רוצים להחזיר, כפי שנראה בסעיף 1(ד), הערה 48 (וראה בסעיף 11 שם, במילואים להערה 270, שייחכן שגם ליורשים של מקבל עסקא יש זכות להחזיק אותה, מה שאינו כן ביורשי שומר, שאין להם רשות שימוש). הוא סבור, שאם סירב היורש (של שומר רגיל) להחזיר את הנכס, ומטרתו היא לגזול, הוא אחראי כגזול על הנכס; והעלה ספק האם הוא חייב בשמירה (גם ביורש של שואל) אם לא התכוון לגזול, אלא שהתעצל להחזיר. כך מוכח מן המקורות בהמשך, שפטרו רק אם הזיקו היורשים משום שלא ידעו שהנכס מופקד.

¹¹⁶ שלטי הגיבורים, ב"מ נו ע"ב (בדפי הרי"ף), קצות החושן, עב, ס"ק לה, ונתיבות המשפט, רלב, ס"ק ה, מוכיחים ממה שבמקרה הסמוך חייבים רק על מה שנהנו, מכאן שאם הזיקו בלי ליהנות, הם פטורים לגמרי.

¹¹⁸ כך הסבירו הראשונים ביחס למקרה שבסמוך. יש שהסבירו, שאף ש"אדם מועד לעולם" (ב"ק כו ע"א), אין מחייבים את היורשים לשלם מדין מזיק, מפני שמזיק חייב רק באונס סתם, אבל באונס גמור הוא פטור. כך הסבירו: תוספות הרא"ש, כתובות לד ע"ב וב"מ פב ע"ב, ושו"ת הרא"ש, כלל קא, סימן ו, ורא"ש, ב"ק, פרק ג, סימן א; תוספות, ב"ק כו ע"ב, ד"ה ושמואל (הובא במחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ז וסימן ט), ב"מ פב ע"ב (ד"ה וסבר), וסנהדרין עו ע"ב (ד"ה רוצה); חידושי הרשב"א, ב"ק כו ע"ב (הובא במחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ו, ובגזע ישי, מערכת א, אות קח, דף קט ע"ג); פסקי ריקנטי, סימן תסז.

¹¹⁹ שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן כז.

¹²⁰ שו"ת רביד הזהב, סימן מד, אות ו, בדעת הרמב"ן (המחייב מזיק בדרך כלל גם באונס גמור); מחקרים

אלא שאם נהנו היורשים מן הנזק שגרמו לנכס, כגון שהופקדה אצל מורישם בהמה, ושחטוה ואכלו את בשרה, אף על פי שאינם חייבים על הנזק שעשו, הם חייבים לשלם על ההנאה שבאה להם על חשבון בעל הנכס¹²¹. אולם הנאתם מן הנכס מוערכת כנמוכה במעט משווי הנכס, ובמקרה של בהמה, למשל, ישלמו שני שלישים מערך הבשר שאכלו¹²². אין לחייב אותם לשלם את הערך המלא של הבשר כתמורה להנאתם, שהרי אילו ידעו שהבהמה אינה שלהם, לא היו אוכלים בשר¹²³, כלומר, הם לא היו קונים בשר ממקור אחר במחיר המלא כדי לאכול, מפני שזה מתקרב לגדר מותרות. שיעור שני שלישים נקבע מתוך אומדן, שאילו מצאו בשר במחיר זה בשוק, ודאי שהיו קונים אותו לאכילה, כך שזהו שיעור הנאתם מן האכילה, ולגבי תשלום כזה אינם יכולים לטעון: "אילו ידענו שאינה שלנו, ושנצטרך לשלם, לא היינו אוכלים אותה", שהרי בוודאי היו אוכלים אותה אילו ידעו שזה המחיר שיצטרכו לשלם¹²⁴. את העור, שעדיין נמצא בידם, הם חייבים להחזיר לבעל הבהמה בשלמותו¹²⁵. כמו כן נפסק, שאם חשבה אלמנתו של השומר שהנכס היה שלו, ומכרה אותו במחיר נמוך, די שתשלם לבעל הנכס את המחיר שקיבלה¹²⁶. זאת משום שאין לחייב אותה על הנזק שגרמה (ערכו המלא של הנכס), אלא רק על הנאתה מן הנזק, כפי שהסברנו לגבי יורשים, והנאתה היא סכום הכסף שקיבלה תמורת המכירה.

(ה) ביצוע מעשה קניין בנכס

לדעת פוסקים אחדים, ובראשם הרמב"ם¹²⁷, תיקנו חכמים¹²⁸ שחיוב שמירה חל רק לאחר

במשפט התלמודי (מינקובין), עמ' 117 (שבשעת ההפקדה היה צריך לדאוג שידע היורש העתידי על דבר ההפקדה). זו דוגמה לפטור שומר בשל "אשם תורם" של בעל הנכס; ראה על כך בסעיף 4, פרק ז.

¹²¹ חידושי הרשב"א (מהד' הירשלה), כתובות לד ע"ב; חידושי רבנו קרשקש, כתובות לד ע"ב; שיטה להר"ן, כתובות לד ע"ב; שו"ת הרשב"ש, סימן שיד; ופסקי רקנטי, סימן תסז, הסבירו שהגמרא (בסמוך) מחייבת, מפני שהיורש חייב על מה ש"השתרש" לו באכילת הבהמה, כלומר, מה שלא היה צריך להוציא כסף לקנות בשר לאכול. גם חידושי מהרי"א ציטרון, עמ' עד, מבאר שחייבים רק משום ההנאה.

¹²² רש"י, כתובות לד ע"ב (ד"ה דמי) וב"ק קיב ע"א (ד"ה בזול); חידושי הרשב"א (מהד' הירשלה), כתובות לד ע"ב; פסקי הרי"ד, כתובות לד ע"ב וב"ק קיב ע"א; נימוקי יוסף, ב"ק לט ע"א (בדפי הרי"ף) וכתובות לד ע"ב; מאירי, כתובות לד ע"ב וב"ק קיב ע"א; ר"מ מסרקסטה, בשיטה מקובצת, כתובות לד ע"ב; ר' יונתן מלוניל, ב"ק קיב ע"א; אור זרוע, ב"ק, סימן תלד; ר' ברוך מארץ יוון, ב"ק קיב ע"א; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער ט; מגיד משנה, הלכות שאילה, א, ה; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' צה); טור, חו"מ, שמא, ו; שו"ע, חו"מ, שמא, ד; ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן ג; ט"ז, אהע"ז, עח, ס"ק ג; שלטי הגיבורים, ב"מ נו ע"ב (בדפי הרי"ף).

¹²³ רש"י, ב"ק שם; ר' יונתן מלוניל, ב"ק קיב ע"א; נימוקי יוסף, ב"ק לט ע"א (בדפי הרי"ף); אור זרוע, ב"ק, סימן תלד; רמ"ה בפריטיו, ב"ק קיב ע"א (מובא בשיטה מקובצת, ב"ק קיב ע"א וכתובות לד ע"ב); שו"ת הרשב"ש, סימן שיד. תוספות, קידושין נה ע"א (ד"ה אין), מביאים דין זה כדוגמה לכך שהנהנה מדבר שהוא חושב שהוא שלו, דינו קל יותר מהנהנה מדבר שהוא יודע שהוא של אחר.

¹²⁴ סמ"ע, שמא, ס"ק י; שלטי הגיבורים, ב"מ נו ע"ב (בדפי הרי"ף). הרמ"ה, בפריטיו שם, הסביר, שהיו מוכנים ליהנות מהבשר אילו ידעו שיצטרכו לשלם רק שני שלישים מערכו.

¹²⁵ רש"י, כתובות שם וב"ק שם; נימוקי יוסף, כתובות שם וב"ק שם; מאירי, כתובות לד ע"ב וב"ק קיב ע"א; ר' יונתן מלוניל, ב"ק קיב ע"א; אור זרוע, שם; מגיד משנה, טור וש"ע, שם; ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן ג.

¹²⁶ שו"ת לב מבין (בירדוגו), חו"מ, סימן רב. אך רח"א מילר העלה אפשרות, שאם הנכס עדיין קיים, עליה להתאמץ לקנותו חזרה, גם אם הדבר כרוך בהוצאות.

¹²⁷ רמב"ם, הלכות שכירות, ב, ח, ובפירושו למשנה, ב"ק ז, ו.

¹²⁸ כך לשון הגמרא שם: "תיקנו משיכה בשומרים". וכך כתבו במפורש: אמירה נעימה תניינא, חלק א, מאמר

שהנפקד מבצע מעשה "קניין" בנכס המופקד, כגון: משיכה¹²⁹, הגבהה¹³⁰, קניין חצרו¹³¹, או קניין על ידי ארבע אמות ב"סמטא"¹³². תפקידו של מעשה הקניין הזה הוא לתת תוקף להתחייבות השומר באחריות לנזק שיארע לנכס, בדומה לגזלן, שעל ידי מעשה קניין בנכס מחיל על עצמו התחייבות באחריות למה שיקרה לנכס¹³³. תפיסה אחרת בתפקידו של מעשה הקניין היא, שהוא משמש כהתחלת השמירה, הצעד הראשון במילוי השומר את תפקידו, ובתור שכזה הוא מחייב. זאת בדומה לפועל שהתחיל במלאכתו, שמאותו רגע אינו יכול לחזור בו¹³⁴. דבר זה מזכיר את ה"החזקה" שהחוק מצריך כתנאי להתהוות שמירה, אלא ש"החזקה" זו גמישה יותר בהגדרתה מן הקניין הנחוץ לפי דעה זו במשפט העברי.

ברם, פוסקים אחרים, ובראשם הרא"ש, סבורים שלחוב השומר אין כל צורך בקניין, אלא די בשלושת המרכיבים האחרים שמנינו לעיל, כדי ליצור את חיוב השמירה¹³⁵. לדעתם, הסתלקות בעל הנכס משמירת הנכס היא שמהווה את התחלת השמירה, ומאחר שהתחיל בשמירה, אינו יכול לחזור בו, על פי ההשוואה לפועל, שעשינו לעיל¹³⁶.

קכד; שו"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק א, סימן רסה; מנחת עני (וינציהיים), חלק א, עמ' כב; שו"ת הרד"ם, יו"ד, סימן סו, אות ח; דברי התורה, סימן סו, מ, וסימן צה, א; שו"ת ארצות יהודה, סימן לו; תומים, עב, ס"ק נד; לחקרי הלכות, סימן א, עמ' ב; ר"מ פיינשטיין, "בעניין מתנה שומר חנם", מוריה י (תשמ"א), גל' ג-ד, עמ' מו, בדעת רש"י; בית שלמה (אבעל), שער י (עז ע"ב); נטע שורק, פרשת פנחס (קלט ע"א-ע"ג); ערך ש"י, חו"מ, רצא, ה; א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ספר ב, פסקה יז.*

¹²⁹ בתלמוד שם וברוב המקורות: "תיקנו משיכה בשומרים".

¹³⁰ רמ"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק צט ע"ב; שו"ת מהריט"ץ, סימן קסח; שו"ת עמק הלכה (בויםל), חלק א, סימן ל (עמ' פה). בית יעקב, רצא, ג, כותב שדבר שהוא בר הגבהה – אין מועילה בו משיכה, כשם שהדין כך במכר. ר' יונתן מלוניל, ב"ק עט ע"א; מאירי, ב"ק עט ע"א; מגיד משנה, הלכות שכירות, שם; פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שלוחין, ב, ג (פו ע"ד), בשם שלטי הגיבורים; נתיבות המשפט, צה, ס"ק א; שו"ת פתחתא זוטא, חו"מ, סימן יד (אם הנכס נמצא בחצרו); כסף הקדשים, רצא, ה, בסופו; שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צו, אות כח; שו"ת דברי מלכאל, חלק ה, סימן רטו; פיתי מנחה (שנבא במילואים להערה 292).

¹³² ראב"ד, בשיטה מקובצת, ב"מ פ ע"ב; חידושי הר"ן, ב"מ פא ע"ב; ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ו, סימן ד; נימוקי יוסף, ב"מ נ ע"ב (בדפי הרי"ף); רשב"א, מובא במגיד משנה, הלכות שכירות, שם (הובא בשו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שמא, בשו"ת מהרלב"ח, סימן צד, בשו"ת מהר"ש צרור, סימן כד, בשו"ת קול אליהו, ישראל, חלק ב, חו"מ, סימן כו, בשו"ת תורת חיים, חלק ב, סימן כד, בשו"ת ר"ב אנג'ל, סימן א, בשו"ת פני יהושע, חנדלי, סימן ט וסימן מב, בפרי אליהו, חלק א, סימן ע, אות ג, בשמחת עולם, חו"מ, רצא, ג, בשו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן כג, דף מד ע"א, על ידי ר"מ פיינשטיין, מוריה י, תשמ"א, גל' ג-ד, עמ' לט, ובשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ו, וסימן ז, דף קנד ע"א); שו"ת באר מים חיים (מוצירי), חו"מ, סימן כב; ר"י יגל, שם עולם, עמ' 474, ובנתיבות יהושע, ב"מ, סימן ל; ידי אליהו, תיקון קנט.*

¹³³ קצות החושן, שו, ס"ק א, בדעת הרמב"ם.*

¹³⁴ קצות החושן שם (הובא באמרי בינה, קונטרס בדיני קניינים, סימן יב, ד"ה ואין, ובעמק הלכה, באבוב, תשנ"ב, עמ' שפ), בדעת הרמב"ן; אמרי בינה, דיני דיינים, סימן ל; דבר שבמניין, על ספר המצוות לרמב"ם, עשה רמד; עולת שמואל (לובצר), חלק א, סימן מד. דין זה לגבי פועל מופיע בשו"ע, חו"מ, שלג, ג.*

¹³⁵ רא"ש, ב"מ, פרק ו, סימן טז ופרק ח, סימן טו (הובא בבית יוסף, חו"מ, שו, א, לגבי אומן, בב"ח, חו"מ, רצא, ו, במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כו, ובביאור הגר"א, חו"מ, רצא, ס"ק יג). כך היא גם דעת תוספות, ב"מ צט ע"א, ד"ה כך (הובא בתשב"ץ, חלק ב, סימן רעב, דף מ ע"א); ספר מישורים, נתיב ל, חלק א וחלק ג; אגודה, ב"מ, סימן קנג (בשומר חנם ובשומר שכר); טור, חו"מ, סימן שז, א, וסימן שמ, סעיף ח וסעיף יב (והובאה דעתו זו בפרישה, חו"מ, רצא, ב, ובדבר אברהם, חלק א, סימן מ, אות ג).*

¹³⁶ קצות החושן, שו, ס"ק א; עולת שמואל (לובצר), חלק א, סימן מד.*

גם לדעה הראשונה, שומר שכר יכול להתחייב גם בלי שיבצע מעשה קניין, אם הקדים לו בעל הנכס את שכרו, כשם שפועל שקיבל את שכרו לפני שהתחיל במלאכה, אינו יכול לחזור בו¹³⁷. אך אם עדיין לא קיבל את שכרו, אינו מתחייב מחמת עצם הבטחת השכר, עד שיבצע מעשה קניין¹³⁸.

גם לדעה הראשונה, אין צורך שימסור בעל הנכס את הנכס לידי הנפקד, אלא גם אם הניחו בעל הנכס על הקרקע, ונטלו הנפקד מעל הקרקע, הנפקד חייב בשמירה¹³⁹. אולם נהגו במקומות אחדים, שאם אמר הנפקד לבעל הנכס להשליך אותו על הקרקע, והניחו בעל הנכס על הקרקע, ונטלו הנפקד מעל הקרקע, הוא פטור משמירה. מנהג זה הונהג לטובת אנשים שלא רצו לשאת באחריות תשלומין, והסכימו רק להעניק שמירה בפועל. אם אמנם מנהג זה הוא מנהג קבוע לפי כללי המנהג במשפט העברי, הנפקד אכן יהיה פטור אם עשו כן¹⁴⁰.

מחלוקת קרובה למחלוקת זו, וגם היא בין הרמב"ם לרא"ש, היא המחלוקת בשומר שאמר לבעל הבהמה המוצעת לשמירה, לשלוח אותה אליו ב"הכשת מקל", דהיינו, שיוציא אותה מביתו, והוא (השומר) ידאג שתגיע אליו. הרמב"ם פסק שחייב השומר חל רק משעה שתגיע הבהמה לרשותו¹⁴¹; ואילו הרא"ש פסק שכבר משעה ששלח אותה בעליה, חלה אחריות על השומר¹⁴².

בהסתכלות פשוטה, המחלוקת כאן חופפת למחלוקת דלעיל: לדעת הרמב"ם, חיוב השומר נוצר רק כשהוא עושה מעשה קניין, ולכן כאן צריך שתגיע הבהמה לרשותו; ואילו לדעת הרא"ש, הסובר שאין צורך במעשה קניין, השומר מתחייב מיד כשבעל הבהמה מסתלק משמירתה¹⁴³. אולם יש מקום לגמישות בהשוואת שתי המחלוקות. גם מי שמחייב בדרך כלל בלי קניין, יכול לפטור כאן כל עוד לא נכנסה הבהמה לרשות השומר, מפני שבהיות הבהמה בדרך היא במקום שהשומר אינו יכול לשמרה, ואין לראות את אמירתו כקבלת שמירה¹⁴⁴. ולהיפך: גם מי שפוטר בדרך כלל שומר שלא עשה קניין, יכול לחייב כאן, ובלבד שתיכנס הבהמה תוך הליכתה ל"סמטא", היינו מקום צדדי ברחוב ששם מועיל קניין "משיכה", שלא

¹³⁷ נתיבות המשפט, רצא, ס"ק יב (הובא באמירה נעימה תניינא, חלק א, מאמר קנד, בספר מעשה בראשית, מצווה נט, בשו"ת חיי אריה, ליפקין, חו"מ, סימן ג, אות ז, במנחת פיתים, חו"מ, רצא, ה, ובשו"ת מצח אהרן, מונקטש, חלק ב, סימן נה); חזון איש, ב"ק, סימן ז, ס"ק יח, על פי נתיבות המשפט, שלג, ס"ק א; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ז (הובא במנחת חינוך, מצווה נט, בתחילתו, ובשושנת יעקב, רצא, ה, ס"ק ד); שו"ת ברכת רצה, סימן פב; פני מבין, שז, ב; שו"ת דברי מלכיאיל, חלק ה, סימן רטו; חקר הלכה, ערך שומרים, אות ג; שו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן כז (אפילו נתן לו רק פרוטה, כמו שכתב נתיבות המשפט, שלג, ס"ק א, לגבי פועל); ר"נ בן סניור, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שצה.

¹³⁸ המקורות שם נקטו דווקא שהקדים שכר; ואחדים מן המקורות שצוינו במילואים להערה 127, שפטרו את השומר כל זמן שלא משך, עסקו בשומר שכר, אף שהובטח לו לקבל שכר.

¹³⁹ שו"ת מהריט"ץ, סימן קסח; שו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ה.

¹⁴⁰ שו"ת מהריט"ץ, חלק ב, חו"מ, סימן קטז (ברמז); שו"ת מהריט"ץ, שם. אך ראה במילואים להערה 81, שמהריט"ץ כותב שאם הנפקד לוקח את הנכס לדרך, הוא חייב, וזאת למרות המנהג.

¹⁴¹ רמב"ם, הלכות שאילה, ג, ב.

¹⁴² רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן יב. כך הוא גם דעת טור, חו"מ, שמ, י; מרדכי, ב"מ, סימן שעה; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צט ע"א; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ג ("מיד שנטלקה שמירת בעל הבהמה").

¹⁴³ אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות גנבה, ב, טז (ד"ה ונראה), וספר לחקרי הלכות, סימן קמא, כותבים שהמחלוקת ב"הכשת מקל" תלויה בשאלה האם שואל חייב בלי משיכה.

¹⁴⁴ נתיבות המשפט, שמ, ס"ק יב (הובא באמרי בינה, דיני טוען ונטען, סימן יד). סברה דומה ראינו ליד ציון הערה 105.

כברשות הרבים, שבה משיכה אינה מועילה. הליכת הבהמה באותה סימטא תיחשב כאילו השומר מושך אותה בעצמו, מכיוון שהיא הולכת שם מחמת בקשתו מבעל הבהמה, ונמצא שהשומר עשה מעשה קניין, ועל כן הוא מתחייב¹⁴⁵. אפשרות אחרת היא להסביר שהשומר חייב "מדין ערב", כיוון שבעל הנכס הוציא את הבהמה מרשותו והסתכן באבדנה על סמך הבטחת השומר שישמרנה¹⁴⁶.

(ו) קבלה חלקית של שמירה

ייתכן שיהא ברשותו של אדם נכס של הזולת, שהופקד אצלו לשמירה, ואחריותו עליו תהיה רק אחריות חלקית. חלקיות זו יכולה להיות כמותית – אחריות רק לחלק מערכו של הנכס, או איכותית – אחריות רק לחלק מן הנזקים שיקרו לנכס.

אם השומר רוצה לקבל על עצמו אחריות רק לחלק מן הנכס המופקד, הוא יוכל לומר במפורש, בעת הבעתו את הסכמתו לשומר, שהוא מסכים להיות אחראי רק על חלק מן הנכס. התנאה זו מועילה כפי שמועילה כל התנאה אחרת בהסכם השמירה, כפי שנראה להלן¹⁴⁷.

יש שאדם מקבל על עצמו אחריות כללית על נכסים של אחר שבידו, ובכל זאת נפרש את התחייבותו על דרך הצמצום, להוציא נכסים מסוג מסוים. מעשה באדם שהיה סוכן ("פאטור") למכור עבור אחר בשכר סחורות שהיה שולח לו. בעסקה שביניהם כלולה התחייבות של הסוכן לשמור על הסחורות שהלה שולח לו, עד מכירתן. אולם אם פעם שלח לו סחורה שלא למכירה, אלא ביקש ממנו שימסור אותה לאדם שלישי, ואינו מקבל שכר על כך, הוא אינו אחראי בשמירה על סחורה זו. התחייבותו לשמור חלה רק על סחורות שהוא נהנה מעיסוקו בהן, ולא על סחורות אחרות. הוא יוכל לטעון שהיה מוכן לקבל על עצמו חובת שמירה רק משום שהוא נהנה מן העסקה, ואינו מוכן לשמור על סחורה שאין לו הנאה משמירתה¹⁴⁸.

יש עוד מצב שגם בלי התנאה מפורשת, נפרש את הסכמת השומר לשמור כהסכמה לקבל אחריות רק על חלק מערכו של הנכס. מדובר בשומר שטעה בהערכת הנכס, והעריכו בפחות משוויר. דוגמאות לדבר: השומר חשב שהמטבע המופקד אצלו הוא של כסף, בשעה שהוא למעשה של זהב¹⁴⁹; השומר חשב שהחרב המופקדת אצלו היא רגילה, בשעה שלמעשה היא

¹⁴⁵ הראב"ד, בשיטה מקובצת, ב"מ צט ע"א (וגם בשיטה מקובצת, ב"מ פ ע"ב, בתוך קביעתו שהאומר "הנח" הוא כאומר "הכיתה"); תוספות, ב"מ צט ע"א, ד"ה כיוון (הובא בשושנת יעקב, שמ, ז, ס"ק ג); מרדכי, ב"מ, סימן שעה; אגודה, ב"מ, סימן קנא; תוספות הרא"ש, ב"מ צט ע"א; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ צט ע"א; תוספות רבנו פרץ, ב"מ שם (שישה אלו – באחד מהסבריהם); יד המלך (פלומבו), על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג; דברי אברהם (שדמי), חלק ג, סימן ל, אות יד; אשר למלך, על הרמב"ם, שם; נתיבות המשפט, שמ, ס"ק יב.

¹⁴⁶ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צט ע"א (הובא בחלקת יואב, חו"מ, סימן א, ובשו"ת בני ציון, מיטאווסקי, סימן קעג); נתיבות המשפט, שם; בית יעקב, רצא, ג, בדעת ש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק ד.

¹⁴⁷ סעיף 14.

¹⁴⁸ ר"ש לניידו, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ה. הוא מוסיף, שאף על פי שגם על סחורה זו היה יכול לתבוע שכר ממנו או מהלוקח, מכל מקום מתחילה קיבל על עצמו אחריות רק לנכסים הבאים לידו כדרך הפאטורים, ולא שמירה על סחורה שעליו למסור ביד אחרים.

¹⁴⁹ ב"ק סב ע"א. על עמדת החוק בדבר שומר שטעה בהערכת השווי, ראה פסקה 6.

יקרה במיוחד¹⁵⁰; השומר לא ידע שקמיעות של רפואה שהופקדו אצלו נקנו במחיר גבוה¹⁵¹. מאחר שבעת קבלת השמירה חשב שערך הנכס הוא נמוך מכפי שהוא באמת, הסכמתו לשמור ניתנה רק לגבי הערך הנמוך, והוא יחויב באחריות רק בסכום זה. זאת גם אם לאחר תחלת השמירה נודע לשומר ערכו האמיתי של הנכס. מאחר שבעת קבלת השמירה, קיבל עליו אחריות רק לערך נמוך, אין לחייבו לאחר מכן על סכום גבוה יותר¹⁵². ברם, אם יזיק לנכס בפועל, הוא יחויב לפי הערך האמיתי של הנכס, למרות שלא ידע את ערכו¹⁵³. הסיבה להבחנה זו היא, שחייב שומר בנזק שקורה לנכס מבוסס על הסכמתו לקבל על עצמו חוב זה, ולכן הוא יחויב רק לפי הסכום שהסכים לקבל על עצמו אחריות לגביו. לעומת זאת, חיובו של מזיק מוטל עליו לא מכוח הסכמתו, אלא בעל כורחו, ולכן אין זה משנה אם ידע מה היה ערך הנכס שהזיק לו, אם לאו¹⁵⁴.

הדברים הללו אמורים גם בשומר שכר¹⁵⁵ ובשואל¹⁵⁶. אולם השומר אינו יכול להיפטור במקרה זה לגמרי בטענה שאילו ידע שזה נכס כל כך יקר, היה נזהר יותר והיה שומר אותו יותר טוב¹⁵⁷. מאחר שלמעשה הוא שמר באופן שאינו ראוי אף לנכס שאינו יקר (כפי שהוא חשב), הוא חייב לשלם כערך נכס לא יקר. לפי פוסקים אחרים, יש לצמצם הקלה זו על שומר שטעה, ולהחילה רק אם הוטעה על ידי בעל הנכס, דהיינו, שאמר לו בעל הנכס ששווי הנכס נמוך ממה שהוא באמת (מטרת בעל הנכס בהטעייה זו יכולה להיות החשש שהשומר לא יסכים לשמור אם ידע את ערכו הגבוה של הנכס). רק במקרה זה מתקבל על הדעת לחייב את השומר לפי הסכום הנמוך, מפני שהוא היה מוצדק במחשבתו שזה ערך הנכס, ורק על ערך זה קיבל אחריות. ברם, אם שגה השומר בהערכתו, בלא שהוטעה על ידי בעל הנכס, יש לחייב אותו באחריות על כל הסכום. כאן אין לומר שהשומר קיבל על עצמו אחריות רק לסכום הנמוך, אלא יש לשער שהתכוון לקבל על עצמו אחריות לפי ערכו האמיתי של הנכס, על אף שאינו יודע מהו ערך זה, ולכן נחייב אותו בכל ערך הנכס, בהתאם למה שקיבל על עצמו. אם לא נאמר כך, ייתכן מצב שיפקיד אדם אבן יקרה אצל חברו, ואם יפשע השומר בשמירתה, והיא תאבד, הוא יאמר שחשב שהיא שווה

¹⁵⁰ מרדכי, ב"ק, סימן רז (הובא בבית יוסף, חו"מ, עב, מחודש יג, ובשו"ע, חו"מ, עב, ח); שלטי הגיבורים, ב"מ יט ע"ב (בדפי הרי"ף); סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' צו), בשם ר' שמואל מפלאיזה (כגון שהייתה יקרה במיוחד מחמת סגולה מיוחדת שהייתה לה); ערוך השולחן, חו"מ, עב, טר"ט.

¹⁵¹ חכמת שלמה, חו"מ, שמ, א.
¹⁵² קצות החושן, רצא, ס"ק ד (הובא במנחת חינוך, מצווה נט, דף פה ע"ג); נתיבות המשפט, רצא, ס"ק י (הובא בערוך השולחן, חו"מ, רצא, כח, ובאמירה נעימה תניינא, חלק א, מאמר קנו); עזרת ישראל, פסחים יג ע"א; מעשה בראשית, מצווה נט; עטרת זהב (באדהב), חוב' א, דברי חזקיהו, סימן ב (עמ' מא); אוצר מפרשי התלמוד, ב"ק סב ע"א, הערה 24, בדעת מהרש"א שם; שו"ת גבול יהודה (צירלזון), סימן ס; דברי נפתלי, סימן רצא.

¹⁵³ ב"ק, ספר מישרים, טור, שו"ע, וערוך השולחן (שצוינו במילואים להערה 149). הדין מובא בשו"ת ר"א בן ארחא, סימן לה (עמ' קסט).

¹⁵⁴ קצות החושן, שם (הובא במנחת חינוך, מצווה נז, דף פד ע"א), על פי מלחמות ה', ב"ק כו ע"ב (בדפי הרי"ף). בטעם ההבדל, עיין גם בית יעקב, שמו, יב; אבן האזל, הלכות נזקי ממון, ד, ח (ד"ה ועכשו).

¹⁵⁵ עטרת זהב, שם, מביא את הדין של מטבע זהב גם על שומר שכר.

¹⁵⁶ סמ"ק מצורף (שצוין בהערה 150); ש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק י. ראה ליד ציוני הערות 186-187, שאם נודע לו אחר כך הערך הגבוה, יש מקום לומר שדין השואל שונה.

¹⁵⁷ תשובות הגאונים (קורנול), סימן לו.

רק מעט, ויצא בעל האבן נפסד; וזה בוודאי לא ייתכן¹⁵⁸. אולם פוסקים אחרים חולקים על דעה זו, ואינם מצמצמים בדרך זו את ההקלה באחריות השומר. לדעתם, בכל מצב שיש לשומר סיבה לטעות ולחשוב שהנכס שווה פחות ממה שהוא שווה באמת, ואכן טעה, הוא מתכוון לקבל על עצמו אחריות רק בסכום הנמוך, ויחויב רק בסכום זה. נכון שבמקרה שהזכרנו, של האבן היקרה, לא ייתכן שנחייב אותו בסכום הנמוך בלבד, אבל זהו מקרה חריג. באבן יקרה יש להניח שהשומר התכוון לקבל על עצמו אחריות לפי ערכה האמיתי של האבן, מפני שמקובל שאבנים "יקרות" הן בעלות ערך גבוה מאוד, מה שאין לומר כן לגבי סוגי נכסים אחרים. פוסקים אלו אינם מקבלים את האפשרות לראות את הטעיית בעל הנכס את השומר כעקרונית בעניין זה. טענתם היא, שאם בהעדר הטעייה זו אנו "מחייבים" את השומר להעלות על דעתו שייתכן שהנכס שווה יותר ממה שנראה במבט ראשון (ולכן מניחים שהשומר מקבל על עצמו אחריות לפי הערך האמיתי), הרי גם אם הטעה בעל הנכס את השומר, יש ל"חייב" את השומר לחשוב שייתכן שבעל הנכס מטעה אותו, ומצהיר על הנכס כבעל ערך נמוך, כדי שיסכים השומר לשמור אותו. משום כך סבורים פוסקים אלו שאין מקום להבחנה זו¹⁵⁹.

לכל הדעות, במצב רגיל, כשאין סיבה שיטעה השומר, מניחים שהוא קיבל על עצמו אחריות לערך האמיתי של הנכס. כך, למשל, המקבל על עצמו אחריות שמירה על "בית ומה שבתוכו", היקף אחריותו יהיה לפי ערך החפצים שיש לשער שהיו בבית¹⁶⁰. אם היו בבית יותר חפצים מן המקובל (לפי מעמדו של בעל הבית), אין השומר אחראי על העורך, מפני שלא חשב שיש בבית יותר מן המקובל, וקיבל על עצמו אחריות רק לפי הכמות המקובלת. מצד שני, לא יוכל השומר לטעון שחשב שיש בבית חפצים מעטים בלבד, ורק על כך קיבל שמירה, אלא מן הסתם התכוון לקבל אחריות על הכמות המקובלת.

סוג אחר של שמירה חלקית הוא, כשהגבלה היא על סוג הנזק שהשומר מוכן לשמור על הנכס מפניו. השומר יכול לקבל על עצמו אחריות רק לסוגים מסוימים של נזקים, ויתנה שבעל הנכס ישא באחריות לנזקים אחרים¹⁶¹. כמו כן, מצאנו שומר המקבל על עצמו לשמור על בהמת הזולת שלא תזיק לאחרים, אבל לא לשמור עליה שלא תינזק היא¹⁶². כך גם להיפך: מצאנו שומר המקבל על עצמו לשמור על הבהמה שלא תינזק, אבל לא לשמור שלא תזיק

¹⁵⁸ ים של שלמה, ב"ק, פרק ו, סימן לד (הובא בשו"ת אבני זכרון, חלק ב, סימן טז); ראש יוסף, חו"מ, עב, ל; תשובות גאוני בתראי, סימן נט; קצות החושן, רצא, ס"ק ד; עטרת זהב (באדהב), חוב"א, דברי חזקיהו, סימן ב (עמ' יט); ברורי הלכה (מענה שמחה), ד (תשנ"א), עמ' 17, בדעת סמ"ע, עב, ס"ק כח. ראה בעניין זה גם במילואים להערה 273, בשם שושנת יעקב.*

¹⁵⁹ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק מ; ט"ז, חו"מ, עב, ח; ערוך השולחן, חו"מ, עב, טז; שו"ת מאורות נתן (שפיגלגלס), סימן עו (שקבלת השמירה קובעת ולא פשיעת בעל הנכס). אך הש"ך מסופק בדיון זה, משום שהמרדכי (הערה 150) סיים לגבי דין זה ב"צריך עיון".*

¹⁶⁰ שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קלד. ראה סעיף 12, פרק ד, מה שנסיק מכאן לעניין אחריות בעל מלון על חפצי אורחיו.

¹⁶¹ שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן כא. הוא אומר שאם השומר קיבל על עצמו כמה סוגי אונסים, ובעל הנכס קיבל על עצמו כמה סוגי אונסים, ואירע אונס לא שכיח, כל אחד יכול לטעון שלא קיבל על עצמו אונס לא שכיח, כמו שנאמר בגיטין עג ע"א (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 61), והמוציא מחברו עליו הראיה.*

¹⁶² טור, חו"מ, שמו, ב; שו"ע, חו"מ, שמו, א. הם מודגישים שגם שומר כזה, אם זייק (או שממונו זייק) בפועל לבהמה, יהיה חייב ככל אדם אחר.

לאחרים¹⁶³. בסתם מפרשים שהוא מתכוון לקבל על עצמו את שני הדברים: שהיא לא תזיק ושלא תינזק¹⁶⁴. אך אם יאמר במפורש: "אני אשמור שלא תזיק", מפרשים זאת כהתנערות מאחריות לשמור עליה שלא תינזק. כך גם להיפך: האמירה "אני אשמור שלא תינזק" מתפרשת כאי הסכמה לשמור שלא תזיק¹⁶⁵. כמו כן, מי שקיבל עליו בסתם לשמור על שור שרגיל לנגוח, התכוון מן הסתם לקבל על עצמו רק לשמור שלא יזיק השור לאחרים, מפני שזה דבר שנחוץ לשמור מפניו, ולא התכוון לקבל על עצמו לשמור על השור מפני נזקים שיקרו לשור¹⁶⁶. שמירה חלקית כזאת יכולה לחול גם מתוך טעות בהבנת השומר את אופי הנכס. לדוגמה, בעל נכס שהפקיד בידי חברו תיק לשמירה ובו מטבעות זהב, ולא הודיע לו מה יש בו, והשומר חשב שיש בו מטבעות כסף, מוטלת עליו חובת שמירה ברמה של שמירת מטבעות כסף, ולא השמירה החמורה יותר הנדרשת למטבעות זהב¹⁶⁷. מלבד ההקלה שיש כאן בסכום האחריות, שהשומר חייב רק לפי ערך מטבעות כסף, כפי שאמרנו לעיל, יש הקלה נוספת, בתחום סוג הנזקים שהשומר צריך לשמור מפניהם. יש דברים שגנבים מוכנים לעשות כדי לגנוב זהב, שלא היו מתאמצים לעשות כדי לגנוב כסף. בנידוננו, השומר אינו צריך להגן על התיק במידה שתמנע גם דברים שרק גונבי זהב עושים, מפני שהוא קיבל על עצמו רק שמירת כסף. אפשר שתיגרם חלקיות השמירה על ידי שינוי במצב החיצוני. כך, למשל, מי שקיבל נכס לשמור, וכעבור זמן מה השתנה המצב, ונוצרה סכנה חדשה לנכס שמחייבת שמירה יותר טובה עליו, כגון שנכנס צבא עויין לעיר, השומר אינו חייב ברמת השמירה הגבוהה יותר. טעם הדבר הוא, שהשומר קיבל על עצמו לשמור רק ברמת השמירה הנמוכה שהייתה דרושה לפי המצב ששרר בעת ההפקדה¹⁶⁸.

4. שומר שאין שמירתו עיקר ההסכם – המקור לאחריותו

עד כאן עסקנו בשומר רגיל, אשר שמירתו על הנכס היא עיקר העסקה בינו לבין בעל הנכס, ומחמתה מצוי הנכס ברשותו. כעת נעסוק בחיוב השמירה המוטל על מי שמחזיק בנכס של אחר למטרה של עסקה כלשהי, כשאגב אותה עסקה נקשרים ביניהם יחסי שמירה. בפסקה זו נברר את היסוד להטלת חיוב שמירה על המחזיק-בנכס הזה. בפסקה 5 נמנה סוגים שונים של עסקאות שבהם אדם מחזיק בנכס של חברו, וחל עליו חיוב שמירה עקב כך.

¹⁶³ טור, חו"מ, שמו, א; שו"ע, שם. הם כותבים שבמקרה זה, בעל הבהמה יהיה אחראי גם על מה שהבהמה מזיקה לאחרים וגם על מה שתזיק לנכסי השומר.

¹⁶⁴ טור ושו"ע (שצוינו בהערה 162).

¹⁶⁵ בי"ח ופרישה, חו"מ, שמו, ב; סמ"ע, שמו, ס"ק ב וס"ק ה.

¹⁶⁶ ב"ק מה ע"ב (הובא במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יג – ראה במילואים להערה 110); טור, חו"מ, שצו, ז; שו"ע, חו"מ, שצו, ח; ים של שלמה, ב"ק, פרק א, סימן לז.

¹⁶⁷ שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לה (רמ ע"א). הוא נוקט, שבעל הנכס גרם נזק לעצמו, בכך שלא הודיע לשומר את האמת; ואם כן, זו דוגמה ל"אשם תורם" – ראה סעיף 4, פרק ז. על ההבדל בין כסף לזהב, ראה סעיף 2(א), הערה 251. צריך לומר שמדובר שאפשר שגנב פוטנציאלי יודע שזה זהב ולא כסף.

¹⁶⁸ שו"ת מהרא"ל (צונץ), חו"מ, סימן מב, אות ג, על פי מהרי"ק שהבאנו בהערה 108. הוא מוסיף, שהדין כך גם אם אשת בעל הנכס ביקשה לקבל אותו חזרה לאור המצב החדש, והשומר לא הסכים לתיתו לה (כגון שזה היה משכון שרצה להחזיק בו כביטחון); ואף שלכאורה אפשר לומר שעכשו כאילו מתחילה שמירה חדשה, ושמירה זו התחילה כשכבר הייתה הסכנה הנוספת, ואם כן יצטרך לשמור מפניה – אין אומרים כך, משום שהשומר יכול לטעון שלא עלה על דעתו שסירובו להחזיר יגרום לו תוספת אחריות.

טדסקי הסביר, שבחווה שהשמירה אינה מטרתו העיקרית, וגם אינה מפורשת, אבל היא אינהרנטית ליחס החוזי, אפשר לראות את השמירה כמבוססת על הסכמת השומר, מפני שהחזקה היא אישור לחיוב שהמחזיק הסכים לקבל על עצמו. חובת השמירה נובעת מן העובדה שהמחזיק קיבל על עצמו להחזיר את הנכס לבעליו, או למסרו לאחר, במצב תקין¹⁶⁹. אולם טדסקי לא הסביר מניין לנו שהמחזיק אכן קיבל על עצמו להחזירו במצב תקין. במשפט העברי הוסבר מדוע אנו מניחים שהמחזיק בנכס לצורך כלשהו מתכוון לקבל על עצמו שמירה, אף על פי שלא אמר זאת במפורש. מחזיק זה דומה למי שיצא לדרך ונתבקש להוביל עמו נכס לאדם פלוני הנמצא במקום שהוא נוסע לשם: לעיל¹⁷⁰ ראינו שהנוסע חייב בשמירה, ואף על פי שלא הסכים במפורש לשמור, מניחים שהוא מסכים לשמור, שהרי אם הוא לא ישמור, שום אדם אחר לא ישמור, והנכס עלול להינזק. נימוק זה תקף בכל מי שמחזיק בנכס של אחר לצורך כלשהו. יש להניח שהוא מקבל על עצמו שמירה, שהרי אם הוא לא ישמור, שום אדם אחר לא ישמור¹⁷¹.

יתר על כן: שומר כזה יתחייב בחיובי שומר שכר, אם יש לו טובת הנאה מהחזקת הנכס, כגון אומן או מלווה המחזיק משכון¹⁷², אף על פי שחיובים מוגברים של שומר שכר נובעים מהתחייבות של השומר, שאינה מפורשת במצב שאנו עוסקים בו. מאחר שהוא טורח לשמור על הנכס כדי שיוכל להרוויח את הרווח המגיע לו עם החזרת הנכס לבעליו, יש להניח שהוא מוכן להתחייב באחריות מוגברת של שומר שכר על הנכס, ויש כאן התחייבות מכללא¹⁷³.

5. שומר שאין שמירתו עיקר ההסכם – דרך היווצרות חיובו

(א) שואל ושוכר

השואל והשוכר מנויים בתלמוד עם "ארבעת השומרים" יחד עם שומר חינום ושומר שכר. אך לאמיתו של דבר, יש בין אלה לאלה הבדל מהותי: בעוד שומר חינום ושומר שכר (הרגילים), עיקר מטרת החזקתם בנכס הוא השמירה, הרי בשואל ובשוכר, השמירה אינה עיקר העסקה, אלא השימוש בנכס הוא העיקר. תוצאה חשובה של הבדל זה היא לעניין דרך היווצרות חיוב השמירה. כאשר מטרת החזקה היא השמירה, הסכמת השומר לשמור היא בעלת חשיבות עקרונית ליצירת הסכם השמירה. לעומת זאת, בשואל ובשוכר, כבשאר השומרים שנעסוק בהם בפסקה זו, ההסכמה לשמור אינה מהותית ליצירת העסקה, אלא העסקה נוצרת מכוח הסכמת שני הצדדים לשאול-להשאיל, או לשכור-להשכיר, וממילא חל חיוב שמירה על המחזיק בנכס¹⁷⁴, משום שגילה הסכמה מכללא לשמור, כפי שהוסבר לעיל¹⁷⁵. בפסקה זו נדון במיוחד בהיווצרות חיוב השמירה של השואל והשוכר. בסעיף 1(ג), פרק ג,

¹⁶⁹ ג' טדסקי, "השומר על פי דין", משפטים ח (תשל"ח) 431.

¹⁷⁰ פסקה 3 (ד).

¹⁷¹ שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד (עד ע"א).

¹⁷² כפי שנראה בסעיף 1(ג), פרק ג.

¹⁷³ שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסו; שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ב.

¹⁷⁴ שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רמא (הובא בבני אהרן, סימן רצא, דף קמח ע"ד), כתב שהשימוש מחייב שואל גם בלי שיקבל על עצמו שמירה בפירוש, מפני שהשימוש מראה שהוא מוכן לקבל על עצמו שמירה.

¹⁷⁵ פסקה 4.

2, נעסוק בהלכה שהשוכר נושא במידת האחירות של שומר שכר. בסעיף 1(ד) נדון בתנאים להגדרת המחזיק בנכס כשואל, לענין חיובו באונס.

מאחר שהשואל והשוכר רשאים להשתמש בנכס המופקד אצלם, תיתכן לגביהם דרך מיוחדת ליצירת אחירות השמירה. זאת מלבד הדרך המקבילה לדרך יצירת חיובו של שומר רגיל – העברת הנכס מרשות בעל הנכס לרשות השואל והשוכר, שבכך מסתלק בעל הנכס משמירה, והשואל והשוכר מבצעים בנכס מעשה קניין¹⁷⁶. מלבד דרך זו, יוכלו השואל והשוכר להתחייב באחירות על ידי שימוש בנכס, גם בלי שהנכס יזוז ממקומו, כך שבעל הנכס אינו מסתלק משמירתו, והשואל והשוכר אינם מבצעים בנכס מעשה קניין. דוגמאות לכך הן: מי ששואל ספסל לשבת עליו, אבל הספסל אמור להישאר בחצר ביתו של בעליו; ומי ששואל ספר ללמוד בו, אבל נשאר לקרוא בו בביתו של בעל הספר, ואינו מבצע בו קניין משיכה או הגבהה. כאן, חיובו של השואל באחירות נוצר על ידי הנאתו מן השימוש. הנאה זו היא כמו כסף, וקבלת כסף היא מעשה קניין שתמורתו יכול לחול חיוב על מקבל הכסף, לפי העניין¹⁷⁷.

אך אין השימוש נחוץ ליצירת אחירותם של השואל ושל השוכר. גם לפני שהשתמשו בנכס, מן הרגע שהסתלק בעל הנכס משמירת הנכס (והשואל או השוכר ביצעו בו מעשה קניין, לדעה המצריכה מעשה קניין בכל שומר), חלה אחירות שמירה על השואל ועל השוכר¹⁷⁸.

יש שהשימוש בחפץ אינו מחייב בשמירה. מדובר בשימוש שאינו שימוש ממשי בחפץ, כך שהשתמש אינו עושה מעשה בחפץ, ואינו מכניס אותו לרשותו. דוגמה לכך היא במעשה שהיה: ראובן לווה כסף מלוי ונתן לו משכון על החוב; ושמעון רצה גם הוא ללוות מלוי, אבל לא היה לו משכון לתת לו. המשכון שנתן ראובן ללוי היה שווה הרבה יותר מן הסכום שלוה ממנו ראובן, ולכן לוי היה מוכן להלוות לשמעון הלוואה אחרת על סמך אותו משכון. אולם לשם כך הייתה דרושה הסכמתו של ראובן, שכן בעקבות עסקה זו היה עלול להיווצר מצב שראובן פורע את חובו, אבל אינו מקבל חזרה את משכונו, משום ששמעון טרם פרע את חובו. לפיכך, שמעון ביקש רשות מראובן ללוות על סמך משכונו; וראובן נתן לו רשות. בסופו של דבר, נשרף המשכון בביתו של לוי המלווה. נפסק, שאין שמעון אחראי כלפי ראובן בתור שואל, על אף שהשתמש בנכס שלו והפיק ממנו תועלת, מכיוון שלא עשה מעשה קניין בנכס, ויש דעה הקובעת שאם הנפקד לא עשה מעשה קניין בנכס, אין נוצרת אחירות שמירה¹⁷⁹.

ואף על פי שאמרנו ששימוש בנכס מחייב בשמירה גם כשלא היה מעשה קניין, מכל מקום הרי כאן לא היה שימוש מוחשי בנכס¹⁸⁰. גם לפי הדעה ששומר מחויב גם בלי עשיית מעשה קניין בנכס, יש לפטור כאן את שמעון, וזאת מסיבה אחרת: ראובן, בעל הנכס, לא הסתלק

¹⁷⁶ הנחוץ לפי דעה אחת – ראה פסקה 3 (ה).

¹⁷⁷ נתיבות המשפט, שמ, ס"ק ח (הובא במנחת חינוך, מצווה ס, דף פו ע"ב, באור שמח, על הרמב"ם, הלכות גנבה, ב, ג, ד"ה וע"ד, בשם "האחרונים", ובחלקת יואב, חו"מ, סימן כד). כך כתב גם שם, ס"ק א, על השואל כלי לעשות בו מלאכה בבית בעל הכלי; וכך כתב גם בסימן רצב, ס"ק ג.

¹⁷⁸ ש"ך, חו"מ, סימן עב, ס"ק לא, בסופו, וסימן שמ, ס"ק ח. הוא נוקט רק שואל, אבל נראה שכך הדין גם בשוכר. ראה גם סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 6, ששואל חייב באונס גם לפני שהשתמש.

¹⁷⁹ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (מהד' בלוך), שער ב, סימן קנט (עמ' 213); תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן ס; מרדכי, ב"מ, סימן שעא, הובא בבית יוסף, חו"מ, עב, מחודש מב; שו"ע, חו"מ, עב, מד (הובא בחלקת יואב, חו"מ, סימן כד, ובשער משפט, עב, ס"ק י). כמוסבר בש"ך שם, ס"ק קע, ובסמ"ע, ס"ק קכז; רמ"א, חו"מ, שמ, א, ודרכי משה, חו"מ, שמ, ס"ק ג, כמוסבר בש"ך, חו"מ, שמ, ס"ק ב.

¹⁸⁰ נתיבות המשפט, שמ, ס"ק א.

משמירת הנכס על סמך ה"שמירה" של שמעון, מאחר שבלאו הכי היה הנכס ברשות אדם אחר – לוי¹⁸¹. על אף שהרוויח שמעון באופן ממשי משַׁרְפַת המשכון, בכך שהופטר מחובו ללוי, אין בכך כדי לחייבו כלפי ראובן¹⁸².

אבל אם השימוש הבלתי מוחשי הביא לשינוי במעמדו של הנכס, הוא יחשב שימוש המחייב שואל באחריות. כך, למשל, בדוגמה דלעיל: אם כבר פרע ראובן את חובו ללוי, והמשכון נשאר ביד לוי באופן זמני, או שראובן הפקיד את הנכס ביד לוי בלי כל קשר לְהלוואה, ואחר כך לווה שמעון מלוי על סמך הנכס המשמש כעת כמשכון – הוא מתחייב על ידי כך באחריות עליו. כאן נוצר שינוי במעמד הנכס לרעת ראובן בעליו: עד עתה היה יכול לדרוש את הנכס חזרה מלוי כל זמן שהיה רוצה; ואילו כעת, לאחר שלווה שמעון על הנכס, אין לוי מחויב לתת את הנכס לראובן לפי דרישתו, עד שיפרע שמעון את חובו. מאחר שנוצר שינוי במעמד הנכס, הרי זה כמו שימוש מוחשי, המחייב את המשתמש באחריות על אף שלא נכנס הנכס לרשותו ולא יצא מרשותו בעל הנכס. נוסף על כך, יש כאן הסתלקות בעל הנכס משמירה בהסתמכו על השומר (הסתלקות שהייתה חסרה במקרה דלעיל, כאמור), מכיוון שעד עכשו היה ראובן יכול לדרוש את הנכס מלוי, ועכשו ויתר על זכות זו על סמך בקשת שמעון. יתר על כן: גם אם לקח שמעון את ההלוואה מלוי בטרם פרע ראובן את חובו ללוי, יש שהלוואה לשמעון על סמך הנכס משנה את מעמדו של הנכס לרעת ראובן. הרי עד עתה היה ראובן יכול לקבל את המשכון מלוי על ידי פירעון חובו; ואילו מכאן ואילך לא יספיק פירעון זה, אלא ראובן יצטרך להמתין עד שגם שמעון יפרע את חובו, ורק אז יוכל לקבל את הנכס חזרה מלוי. מאחר ששמעון גרם לשינוי במעמד הנכס, מתחייב שמעון משעת הלוואתו באחריות על אותו חלק במשכון שהוא שקול לחובו; ואם לאחר מכן יפרע ראובן את חובו, יתחייב שמעון משעת הפירעון באחריות על כל המשכון, שהרי מחמתו מצוי כל המשכון בידי לוי, ומחמתו ראובן אינו יכול להוציאו ממנו. רק אם יתחייב שמעון כלפי ראובן, שיפרע את חובו ברגע שיפרע ראובן את חובו, לא יתחייב באחריות על כל המשכון, משום שכאן לא הורעה זכות ראובן במשכון. כאז כן עכשיו, ברגע שיפרע ראובן את חובו, יוכל לקבל את המשכון מלוי, מאחר שבאותו רגע יפרע גם שמעון את חובו, כך שלא תהיה ללוי זכות להחזיק במשכון¹⁸³.

השלכה אחרת של שימוש שואל ושוכר בנכס על חיובם באחריות עליו – היא לגבי מקרה שטעה בהערכת שווי הנכס. כפי שראינו לעיל¹⁸⁴, שומר רגיל שטעה וחשב שהנכס שווה פחות ממה שהוא שווה באמת, אחראי רק על הסכום הנמוך, מכיוון שרק על סכום זה קיבל על עצמו אחריות. דין שואל ושוכר כדין שומר רגיל לעניין זה¹⁸⁵. אך לגבי מקרה שהתבררה לשומר טעותו במהלך תקופת השמירה, ייתכן שיהיה הבדל בין שואל ושוכר לבין שומר רגיל. כפי שראינו לעיל, שם, שומר רגיל ימשיך להיות חייב באחריות רק על הסכום הנמוך, גם לאחר

¹⁸¹ נתיבות המשפט שם (המסביר שזאת כוונת מהר"ם, כשנימק שבלאו הכי היה המשכון ניוזק); אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פב.

¹⁸² מהר"ם ומרדכי שם, הובא בש"ך, חו"מ, עב, ס"ק קעא.

¹⁸³ נתיבות המשפט, שם, ס"ק א. לפי זה, מהר"ם, שפטר את שמעון, עסק במקרה האחרון, ששמעון התחייב לפרוע כשראובן יפרע.

¹⁸⁴ פסקה 3 (ו).

¹⁸⁵ ש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק י, הובא בערוך השולחן, חו"מ, רצא, כח. הוא עוסק בשואל, ורח"א מילר העיר שקל וחומר שכך דין שוכר.

שנודע לו ערכו האמיתי של הנכס הנשמר, כיוון שאחריותו נובעת מהסכמתו לשמור, וכשהסכים לשמור חשב על הסכום הנמוך. ברם, לגבי שואל ושוכר יש אומרים שהדין שונה. הרי בשואל ובשוכר נוצרת אחריות שמירה גם על ידי הסכמתם לעסקה וגם על ידי שימוש בנכס, כפי שאמרנו. אם כך, במקרה זה, שבתחילה טעו בהערכת הנכס ולאחר מכן נודעה להם האמת, יש לחייב אותם לפי הערך האמיתי של הנכס, מכיוון שהם השתמשו בנכס לאחר שנודע להם ערכו האמיתי, ושימוש זה יש בו כדי לחייב אותם באחריות לפי הסכום האמיתי¹⁸⁶. לעומת זאת, יש דעה המגבילה את אחריותם של השואל ושל השוכר רק לסכום הנמוך, גם במקרה זה. נימוקם של בעלי דעה זו הוא, שכאן מחלו המשאיל והמשכיר לשואל ולשוכר על ההפרש בין הערך האמיתי לערך המדומה. הרי המשאיל והמשכיר ידעו על טעותם של השואל והשוכר בהערכת שווי הנכס, וידעו שעקב כך אחריותם תהיה פחותה, ואף על פי כן הסכימו שישתמשו בנכס. הסכמה זו מהווה מחילה על חלק מאחריותם של השואל ושל השוכר. מאחר שהייתה כאן מחילה, העובדה שלאחר מכן נודעה לשואל ולשוכר האמת על ערכו של הנכס אינה מעלה ואינה מורידה, שהרי המשאיל והמשכיר הראו שהם מוכנים להרשות לשואל ולשוכר להשתמש בנכס תמורת אחריות חלקית בלבד, והם לא הודיעו על ביטול רשות זו¹⁸⁷.

שאלה מתעוררת לגבי חיובו באחריות של מי שנושא אשה ששאלה או שכרה נכס לפני נישואיה. בשומרת רגילה אין מקום לשאלה כזאת. העובדה שאדם נושא אשה שמרה על נכס אינה יכולה לחייב אותו באחריות שמירה על הנכס, אלא אם כן קיבל זאת על עצמו במפורש¹⁸⁸. אך בשואלת ובשוכרת יכולה להתעורר שאלה זו אם השתמש הבעל בנכס השכור או השאל, שהרי השימוש בלבד יש בו ליצור חיוב אחריות של שואל ושוכר, כפי שאמרנו בפסקה זו.

למעשה, נפסק שאם לא ידע הבעל שהנכס שואל או שכור, והשתמש בו, אינו חייב באחריות עליו¹⁸⁹, אלא עדיין האשה חייבת בכל האחריות, גם למה שיקרה עקב רשלנות של בעלה: אם ייזוק הנכס עקב רשלנותו, האשה תהיה מחויבת לשלם¹⁹⁰. אין להטיל שום אחריות על הבעל, שכן הוא לא קיבל על עצמו חובת שמירה. אף שימוש אינו מוכיח שהתכוון לקבל על עצמו לשמור, שהרי מן הסתם תהיה האשה עמו בעת שימוש בנכס, שהרי מוטלת עליה חובה לשמור על הנכס בעת שהוא משתמש בו, הן מצד חובתה כלפי בעלה והן מצד חובתה כלפי בעל הנכס; ואם היא תהיה אתו לשמור על הנכס, אין צורך שהוא יקבל על עצמו לשמור על הנכס. גם אם לפעמים ישתמש בנכס שלא בנוכחותה, הוא אינו מתכוון לקבל על עצמו לשמור, מכיוון שאפשר שישתמש בו בזמן שהיא לידו, שאז אין צורך בשמירתו¹⁹¹.

¹⁸⁶ קצות החושן, רצא, ס"ק ד (הובא במנחת חינוך, מצווה ס, דף פו ע"א).

¹⁸⁷ נתיבות המשפט, רצא, ס"ק י, הובא בערוך השולחן, חו"מ, רצא, כח; חזון איש, ב"ק, סימן ו, ס"ק ו, בסופו.

¹⁸⁸ רק אם התקיימו גם המרכיבים האחרים של חיוב שמירה, שמנינו בפסקה 3. ראה סעיף 1(ב), הערה 8.
¹⁸⁹ רמב"ם, הלכות שאילה, ב, יא (הובא בעטרת ישראל, סימן כו, אות ט); צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער ט; טור, אה"ע"ז, סימן פה, חו"מ, שמו, כ; מאירי, ב"מ צו ע"ב (ד"ה שכרה); ניםוקי יוסף, ב"מ נה ע"ב (בדפי הרי"ף), בשם הראב"ד והרשב"א; חידושי הרמב"ן, ב"מ צו ע"ב; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צו ע"ב; חידושי הר"ן, ב"מ צו ע"ב; שו"ע, אה"ע"ז, פה, ו, חו"מ, שמו, יז (הובא בשו"ת בית יעקב, צויזמיר, סימן קמג, דף קו ע"ב, בשו"ת זכות אבות, סימן סה, ובשו"ת חוק ומשפט, סימן תנו).

¹⁹⁰ רמב"ם, צרור הכסף, טור, חו"מ, שו"ע אה"ע"ז חו"מ, וחידושי תלמיד הרשב"א – שם; פרישה, אה"ע"ז, פה, יג; ב"ח, אה"ע"ז, סימן פה. לשאלה איך משלמת אשת איש שומרת, ראה סעיף 1(ב), פרק ב.

¹⁹¹ נתיבות המשפט, שמו, ס"ק ז, הראשון (הובא בשו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קסו).

יש שהגבילו הפטר זה של הבעל למקרה שהאשה שאלה או שכרה את הנכס לכל ימי חייה. לדעתם, אם האשה שאלה או שכרה את הנכס לזמן קצוב, יהיה הבעל אחראי כשומר על הנכס, למרות שאינו יודע שהנכס שאול או שכור. זאת משום שהנושא אשה מוגדר כ"קונה" את נכסיה, כיוון שנכסיה נכנסים לרשותו. אם נכס זה שאול לה לזמן קצוב, בעלה כאילו "קונה" נכס זה לזמן קצוב, והרי הקונה נכס לזמן קצוב אחראי לשמירה עליו, כפי שנראה בפסקה (ב)¹⁹². אך פוסקים אחרים אומרים, שגם אם הייתה ההשאלה לזמן קצוב, אין לחייב את הבעל בתור קונה נכס לזמן קצוב¹⁹³, מכיוון שברור שלא קיבל על עצמו שמירה, כאמור לעיל, ובכך הוא שונה משאר קוני נכס לזמן קצוב¹⁹⁴.

לעומת זאת, אם ידע הבעל שהנכס שאול או שכור, המצב שונה. נכון הוא שאין בידיעה זו כדי לחייב אותו בלי שישתמש בנכס, שהרי לא קיבל על עצמו אחריות, ואי אפשר לחייב אדם להיות שואל או שוכר נגד רצונו¹⁹⁵. אבל אם הוא משתמש בנכס, אפשר לחייב אותו כשואל או שוכר, גם אם לא קיבל על עצמו אחריות שמירה במפורש¹⁹⁶. זאת, משום שמפרשים את הודעת האשה לבעלה שהנכס שאול או שכור, כאומרת לו: "או החזר אותו לבעליו (בלי להשתמש בו), או קבל על עצמך אחריות שמירה". אם כן, העובדה שהוא אינו מחזיר אותו, אלא משתמש בו, מתפרשת כהסכמה לבררה השנייה – לקבל על עצמו אחריות¹⁹⁷. בהתאם לנימוק זה, הודעת האשה מחייבת אותו בשמירה רק אם ההודעה באה בשעת הנישואין. רק אז ניתן לפרש את ההודעה כתנאי, כאמור: היא אינה מוכנה להינשא לו ולהקנות לו את רשות השימוש, אלא אם כן יקבל על עצמו אחריות שמירה. אבל אם היא הודיעה לו על כך רק לאחר הנישואין, שאז אי אפשר לפרש את הודעתה בדרך זו, אין לנו הוכחה שהבעל התכוון לקבל על עצמו אחריות, ואף אם ישתמש בנכס, יהיה פטור מאחריות, כמו אילו לא נודע לו דבר ההשאלה והשכירות כלל¹⁹⁸.

קיימת גם דעה ולפיה גם אם ידע הבעל בעת הנישואין שהנכס שאול או שכור, והשתמש בו, הוא לא ישא באחריות לשמירתו, אם לא קיבל על עצמו אחריות במפורש¹⁹⁹. דעה זו אינה מפרשת את הודעת האשה כפירוש שהבאנו לעיל, מאחר שלא הוצגה בפני הבעל במפורש הבררה או שלא להשתמש בנכס או לקבל על עצמו חובת שמירה; ולכן אין סיבה לפרש את שתיקתו כהסכמה לשמור.

¹⁹² פרישה, חו"מ, שמו, כ (בדעת תוספות, ב"מ צו ע"ב, ד"ה בעל), וסמ"ע, שמו, ס"ק כח (הובא בפלפולא חריפתא, ב"מ, פרק ח, סימן ג, אות ו); ש"ך, חו"מ, שמו, ס"ק יב, בשם הגהות מיימוניות, ואגודה, ב"מ, סימן קמר.*

¹⁹³ ט"ז, חו"מ, שמו, יז; ש"ך, חו"מ, שמו, ס"ק יב, בדעת הרמב"ן, הראב"ד, הרשב"א, הר"ן והרמב"ם; נתיבות המשפט, שמו, ס"ק ז (הראשון); ערך ש"י, חו"מ, שמו, יז, בדעת השולחן ערוך.*

¹⁹⁴ נתיבות המשפט, שם.*

¹⁹⁵ מגיד משנה, הלכות שאילה, ב, יא; רמ"א, חו"מ, שמו, יז; שו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קטו, בדעת ביאור הגר"א, חו"מ, שמו, ס"ק כה.*

¹⁹⁶ רמב"ם שם (הובא במאירי, ב"מ צו ע"ב, ובספר לחקרי הלכות, סימן כד); צורר הכסף הקצר, דרך ב, שער ט; שו"ע, אהע"ז וחור"מ (שצוין בהערה 189).*

¹⁹⁷ פרישה, חו"מ, שמו, כ.*

¹⁹⁸ נתיבות המשפט, שמו, ס"ק ח (הובא בשו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קטו).*

¹⁹⁹ השגות הראב"ד, הלכות שאילה, ב, יא; דרישה, חו"מ, שמו, כ, בדעת הרשב"א, הרמב"ן, הר"ן ונימוקי יוסף; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צו ע"ב (הובא בשו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רמא, ומשם הובא בשו"ת דברי שמואל, ארדיטי, חו"מ, סימן יח, דף רלד ע"א); שו"ת מנחת שי (גרניברג), חו"מ, סימן ה (נו ע"ג), בדעת שולחן ערוך.*

אם האשה שכרה או שאלה חפץ לאחר שנישאה, יש יותר מקום להטיל אחריות על הבעל, גם אם הוא לא השתמש בו. זאת משום שמן הסתם הוא מעוניין שתשתמש אשתו בחפץ, ואם כך, יש להניח שהוא מקבל על עצמו שמירה. ואכן, יש מי שפסק, שאם שאלה האשה נכס, בעלה חייב באחריות עליו כשומר חנם²⁰⁰, משום שיש להניח שהבעל מקבל על עצמו שמירה מחמת הטובה שעשה בעל הנכס לאשתו²⁰¹. אולם פוסקים אחרים סבורים שהבעל פטור משמירה לגמרי, אף אם פשע בנכס²⁰², מכיוון שלא קיבל על עצמו שמירה במפורש.

(ב) במכר ובמתנה

במכר ובמתנה יש מצבים אחדים שאדם מחזיק כדין בנכס של הזולת, ואשר על כן הוא יחויב בשמירה, מתוך הנחה שהמחזיק מוכן לשמור. סוג אחד של מקרים כאלו הוא כשלא הושלמה עסקת המכר או המתנה, כך שעדיין הנכס מצוי ביד המוכר או הנותן, על אף שהוא כבר שייך לקונה או למקבל. סוג שני הוא של מכר או מתנה שאינם מוחלטים, כך שהקונה או המקבל מחזיקים בנכס השייך למוכר או לנותן.

נתחיל בסוג הראשון של המקרים. אדם יכול לתת לזולת מתנה שלא בנוכחותו, על ידי שיזכה לו את המתנה באמצעות אדם שלישי. האדם השלישי זוכה בנכס עבור מקבל המתנה, ורואים כאילו הוא זכה בנכס בשליחותו של מקבל המתנה, כך שהנכס נכנס לרשותו של המקבל. במקרה זה, כל זמן שהנכס בידי הנותן, הוא אחראי כשומר על הנכס כלפי מקבל המתנה, שהוא בעליו החדשים של הנכס²⁰³.

במצב מקביל בעסקת מכר, אין התמונה כל כך ברורה. הכוונה היא לעסקת מכר שהגיעה לשלב שבו אין הצדדים יכולים לחזור בהם מן העסקה, אלא שהנכס נשאר באופן זמני בידי המוכר. לפי דעה אחת, המוכר אחראי כשומר על הנכס עבור הקונה²⁰⁴. אבל דעה אחרת היא שאין המוכר אחראי בשמירה²⁰⁵. ייתכן שהנימוק להבחנה זו בין מתנה למכר הוא, שכאן המוכר אומר: "איני רוצה לשמור, מפני שהקונה יכול לבוא לקחת את הנכס ולשמור בעצמו". לעומת

²⁰⁰ שו"ת הרא"ש, כלל לט, סימן ז (הובא בטור, חו"מ, שמט, ב, וברמ"א, חו"מ, צו, ו); ב"ח, חו"מ, שמט, ב.

²⁰¹ שער משפט, צו, ס"ק ה, בדעת הטור והרמ"א. אבני החושן, בהשמטות לסימן רצא, ב, הסביר שהוא חייב כשומר מאחר שנהנה מן השימוש.

²⁰² דק הבית, חו"מ, שמט, ב; קצות החושן, שמט, ס"ק ב; שער משפט, צו, ס"ק ה.

²⁰³ ראב"ד, המובא בספר התרומות, שער סד, חלק ב, אות ד, ובטור, חו"מ, ס, יד, בשם הראב"ד (צוין בחידושי ר"ע איגר, חו"מ, רצא, ב).

²⁰⁴ תרומת הכרי, רג, ד, בדעת שו"ת מהרי"ק, שורש קנג; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יא, בדעת תוספות, ב"מ מג ע"א (ד"ה מאי); גידולי שמואל, ב"מ מד ע"א, בדעת התוספות שם; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ב, סימן יא, בדעת הריטב"א; שו"ת גבול בנימין, סימן לו; דבר אברהם, חלק א, סימן מ, אות ב, בשם הריטב"א; נתיבות שלום, סימן יד, אות ב (בשם שיטה מקובצת, ב"מ מו), וסימן טו; שו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן יז, אות טו, בדעת תוספות, עירובין פא ע"ב (ד"ה שמא); נפש חיה, ב"מ צג ע"ב.

²⁰⁵ שו"ת בית יהודה (עייאש), חו"מ, סימן יט (על מקרה שקנה בהגבהה או בשכירות מקום, והובא בשו"ת זרע יעקב, סימן לה, ובמורה צדק, צבאח, עניינים, סימן יב); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ב, סימן יא (על מי שקונה זהב); מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יא, בדעת חידושי הריטב"א, ב"מ מו; ר' מרדכי ישראל, בשו"ת שמחה לאיש, חו"מ, סימן כב, בדעת רמב"ם, הלכות מכירה, ג, ה, ושו"ע, חו"מ, רד, ב; שו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן יז, ס"ק טו, בדעת הרי"ף והרמב"ם; שו"ת יורו משפטין ליעקב, סימן עט; תרומת הכרי, רג, ד, בדעת תוספות, ב"מ מג ע"א, ובדעת ספר מישרים, נתיב ט, חלק ד; אורח מישרים, סימן רצא (=מחנה ישראל, סימן לד), בדעת בית יוסף, חו"מ, קצח, יז.

זאת, במקרה שתיארנו במתנה, בוודאי התכוון הנותן לקבל על עצמו שמירה, שהרי אין לומר שהתכוון שמקבל המתנה יבוא ויקח את הנכס וישמור עליו, שהרי מדובר מן הסתם במצב שמקבל המתנה אינו יודע על דבר המתנה, או שהוא יודע עליה ואינו יכול לבוא, שמשום כך נתן הנותן את המתנה באמצעות אדם שלישי²⁰⁶.

החוק הולך בעניין זה בעקבות הדעה הראשונה שהבאנו: המוכר נחשב שומר על הנכס, כל זמן שהנכס נשאר בידו, גם לאחר העברת הבעלות לקונה. חובתו לשמור עד המסירה נובעת מחובתו למסור נכס שאינו לוקה באי התאמה, לפי חוק המכר, התשכ"ח-1968, סעיף 11²⁰⁷. כעת אנו מגיעים לסוג השני של המקרים: מכר או מתנה שאינם מוחלטים. הקונה נכס לזמן קצוב – חלה עליו במשך זמן זה אחריות שמירה²⁰⁸. יש לאמוד את דעת הצדדים, שהעסקה נעשתה על דעת שהקונה ישמור על הנכס, מפני שהמוכר בוודאי לא התכוון ללכת עם הקונה אל ביתו לשמרו; ומעשה הקניין שביצע הקונה בנכס כדי לקנותו, משמש גם לחייבו בשמירה עליו (לפי הדעה²⁰⁹ הדורשת ששומר יבצע מעשה קניין²¹⁰). אולם יש אומרים שהקונה נכס לזמן קצוב פטור משמירה²¹¹. יש אף דעה שלפיה הקונה נכס לזמן קצוב רשאי לעשות בו כרצונו, ואף לקלקל אותו; ולדעה זו, ברור שאין לראות את הקונה כאחראי לשמירת הנכס²¹². מחלוקת מקבילה קיימת לגבי מי שקיבל מתנה לזמן קצוב, בשאלה האם המקבל חייב בשמירתו²¹³. במתנה שניתנה על תנאי מפורש "על מנת להחזיר", חלה על המקבל אחריות שמירה²¹⁴, ויש אומרים שהוא אף אחראי כשומר שכר או יותר מכך. לכן הדיון בעניינו יהיה בדיונו בסעיף 1(ג)²¹⁵.

²⁰⁶ אך רח"א מילר הקשה על הסבר זה, שלפי זה, אם ידע מקבל המתנה על הזיכוי, והיה יכול לבוא, הנותן פטור משמירה; ומצד שני, במכר, אם הקונה לא היה יכול לבוא, המוכר חייב בשמירה; ואילו הפוסקים סתמו ולא הזכירו הבחנה זו. הוא עצמו הסביר, שבמתנה חייב הנותן בשמירה, מפני שעדיין לא התנתק מהנכס, מאחר שלא קיבל תמורה (ראה בשמו במילואים להערה 205); אך הסבר זה קשה, שהלא אינו מצפה לקבל שום תמורה.

²⁰⁷ א' זמיר, "מכר", פסקה 171 ופסקה 450. בפסקה 450 העיר שחל עליו גם סעיף 22 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, המטיל על המוכר אחריות לנכס על המסירה. על מקרה שהקונה הוא שסירב לקבל את הנכס, ראה ליד ציון הערה 245.

²⁰⁸ רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן ג (הובא בדרכי משה, חו"מ, רצא, ס"ק ו), ותוספות הרא"ש, ב"מ צו ע"ב; תוספות, ב"מ צו ע"ב, ד"ה בעל (הובא בב"ח, אהע"ז, סימן פה); אגודה, ב"מ, סימן קמד; חידושי הריטב"א, קידושין מז ע"ב (לפי הבנת המהדיר שם, הערה 680); ספר מישרים, נתיב ל, חלק א; טור, חו"מ, שמו, כא; שו"ע, חו"מ, שמו, יח; חלקת מחוקק, אהע"ז, פה, ס"ק יד; דברי משפט, שם, ב (ס"ק ג); שו"ת הרי"ם, חו"מ, סימן ו; שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן טו; בית שמואל, פה, ס"ק ה.

²⁰⁹ לעיל, פסקה 3 (ה).

²¹⁰ נתיבות המשפט, שמו, ס"ק ז (הראשון).

²¹¹ ש"ך, חו"מ, שמו, ס"ק יב (הובא במנחת חינוך, מצווה נו, דף פד ע"ב, ובעטרת ישראל, סימן כו, אות כ), בדעת הרמב"ם; ביאור הגר"א, חו"מ, שמו, ס"ק כו, בדעת הרמב"ם; חלקת מחוקק, אהע"ז, פה, ס"ק יד, בדעת הרמב"ם; בית שמואל, פה, ס"ק ט, בדעת הרמב"ם; שו"ת בני אהרן, סימן לא, בדעת נימוקי יוסף ואחרים (ראה במילואים להערה 194); נדרי זריזין, נדרים לא ע"א (ד"ה והנה).

²¹² קצות החושן, שמו, ס"ק ה, בדעת רמב"ם, הלכות מכירה, כג, ו, ובדעת שו"ע, חו"מ, ריב, ד; דיברות משה, קידושין, סימן יט, ענף ז, בדעת הרמב"ם.

²¹³ ר"י פרלא, בבאור ספר המצוות לרס"ג, חלק ג, דף קנב ע"ד, והמהדיר לחידושי הריטב"א, קידושין מז ע"ב, הערה 680, מבינים בפשטות שהמחלוקת בקונה לזמן קיימת גם במקבל מתנה לזמן.

²¹⁴ אך ראה סעיף 1(ג), במילואים להערה 389, שיש פוסקים מקבל מתנה על מנת להחזיר אף מפשיעה.

²¹⁵ פרק ג, 14 (א).

מי שקונה נכס, ומצא בו מום, באופן שהמכר בטל בתור מקח טעות, אחראי כשומר על הנכס²¹⁶. הדבר מובן לאור ההסבר שהבאנו לעיל²¹⁷: אם הקונה לא ישמור עליו, הנכס עלול ללכת לאיבוד, ולכן יש להניח שהוא מוכן לקבל על עצמו לשמור.

(ג) מעביר נכס

ראובן שנתן לשמעון נכס, וביקש ממנו שיתן אותו ללוי, שמעון מתחייב באחריות לנכס ברגע שהוא מסכים להעביר אותו מראובן ללוי²¹⁸.

כמו כן, מי שמוביל נכס עבור בעליו ממקום למקום – אחראי לשמירת הנכס²¹⁹. זאת בתנאי שבעל הנכס אינו עמו בעת ההעברה. אבל אם בעל הנכס לידו, כגון שהוא נמצא באותו כלי רכב שהנכס מועבר בו, אין המוביל אחראי לשמירה, שהרי לא הסתלק בעל הנכס משמירתו²²⁰.

מקרה נוסף של מעביר נכס הוא, כאשר בעל הנכס לא ביקש ממנו להעביר את הנכס לאדם השלישי, אלא נתן לו את הנכס כדי שיזכה בו עבור האדם השלישי, ועל ידי כך יעבור הנכס לבעלותו של האדם השלישי. יש להבחין בין מצב שהאדם השלישי נוכח במקום לבין מצב שהוא מצוי במקום אחר. אם האדם השלישי נוכח כאן, והוא קטין, יש לפרש את מעשה הנותן כבקשה מן הזוכה לשמור את הנכס. לא ייתכן שהוא רצה רק שהזוכה יזכה בו עבור הקטין, כדי שייכנס הנכס לרשות הקטין, ותו לא, שכן היה יכול להשיג את מטרתו זו על ידי מסירת הנכס ישירות לידיו של הקטין. מכאן שהוא התכוון שישמור הזוכה על הנכס עבור הקטין, מאחר שאינו יכול לשמרו בעצמו²²¹. לעומת זאת, אם האדם השלישי (הנוכח כאן) הוא גדול, אין הזוכה מחויב בשמירה, שכן אין סיבה להניח שהנותן התכוון שהזוכה ישמור על הנכס, בעוד המקבל הוא גדול ויכול לשמור בעצמו, אלא הנותן התכוון רק שהזוכה יזכה עבורו²²². אם אותו אדם שלישי שהנכס זוכה לו אינו נוכח במקום, אין לחייב את הזוכה בשמירה

²¹⁶ למקורות לכך, ראה בסעיף 1(ג), פרק ג, 14, ששם נבאר שנחלקו הפוסקים בשאלה האם הקונה שומר שכו. על עמדת החוק בעניין זה ראה ליד ציון הערה 239*.

²¹⁷ פסקה 4.

²¹⁸ ירושלמי, שבועות ח, א (הובא בנתיבות המשפט, רצא, ס"ק ג, במכתבי תורה, מכתב עב, במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן א וסימן יד, במנחה חרשה, מצווה נו, אות ד, ואצל רמ"צ אייכנשטיין, הפרדס, שנה כא, חוב' ו, סימן סז); שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קכג (על שליח להביא כסף מהמלווה ללווה או להיפך); שו"ת בשמים ראש, סימן קפה (ששליח נעשה כמי שקיבל על עצמו שמירה); משנת רבי אליעזר, חלק ב, מערכת ש, אות כג (על האומר "תן לו", שמשמעותו "זכה בשבילו ותן לו", והוא שומר עבור בעל הנכס החדש); שו"ת מנחת יצחק, חלק ב, סימן פח (על פי ש"ך, חו"מ, קכא, ס"ק לה*).

²¹⁹ שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן עז (הובא בבית יוסף, חו"מ, רצא, מחודש ה). אולם הרשב"א אומר, שאם ביקש ראובן משמעון לשים חפץ שלו בביתו של לוי, כשמגיע לביתו של לוי, כלתה שמירתו (בנידונו לא הייתה כוונתו שיתן את הנכס ללוי, אלא להניחו בביתו).

²²⁰ כסף הקדשים, רצא, ה (ראה לעיל, ליד ציון הערה 51). הוא כותב, שבמקום שמקובל שבחנייה באכסניה, המוביל נשאר בחוץ עם הרכב, ואילו הנוסעים ישנים בתוך האכסניה, המוביל אחראי על שמירת הנכסים. הוא דן גם במקרה שהנוסע לן באכסניה שאינה מקובלת על המוביל, ואינו מגיע למסקנה בעניין זה.

²²¹ שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן רמב. את דברי הרשב"א הביאו: בית יוסף, חו"מ, רלה, מחודש ה; משנה למלך, הלכות מכירה, כט, ז; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן א וסימן יד; שו"ת משנת רבי אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן נ, דף פב ע"ב*.

²²² נתיבות המשפט, רצא, ס"ק ג; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כז (הנוקט, שהיה המקבל בעיר).

מן הנימוק שהזכרנו, שכן אין סיבה להניח שהנותן התכוון לעשותו שומר. ייתכן שכוונתו הייתה רק שייכנס הנכס לרשות האדם השלישי על ידי שהאדם הזה יזכה בנכס בעבורו – מה שלא היה יכול לעשות בדרך אחרת, כיוון שהאדם השלישי אינו במקום. מכל מקום, הזוכה חייב בשמירה²²³, וזאת מסיבה אחרת: מאחר שהאדם השלישי, בעליו הנוכחי של הנכס, אינו מצוי ליד הנכס שלו, יש לראות את הנכס כאבדה, ואת הזוכה הזה כמוצא אבדה, וכמו כל מוצא אבדה, הוא חייב לשמור על ה"אבדה"²²⁴.

(ד) שומרים שונים

עסקה אחרת שנוצרת אגבה אחריות שמירה, היא של משרת בבית. המשרת אחראי לשמירת כל החפצים שבבית בשעה שהוא לבדו בבית, גם בלי שקיבל אחריות שמירה במפורש, משום שמובן מאליו שהשמירה היא חלק מתפקידו של המשרת²²⁵.

גם פועל, היינו מי שעושה מלאכה בשכר עבור אדם אחר, אחראי בשמירה על החפץ של המעסיק שהוא עושה בו את מלאכתו. זאת בתנאי שהחפץ אינו נתון לשמירת בעליו, המעסיק, כגון שהפועל עובד עם החפץ מחוץ לבית בלי השגחת המעסיק. ברם, אם החפץ נתון לשמירת המעסיק, אין אחריות על הפועל, שכן אחד מן התנאים ליצירת חיוב שמירה הוא – הסתלקות בעל הנכס משמירת הנכס²²⁶.

הפועל אחראי כלפי בעל הנכס לשמירת הנכס, גם אם המלאכה שהוא עושה בנכס היא לצורך אדם שלישי. דוגמה לכך: ראובן שכר מחרשה משמעון, ושכר עמה גם את פועלי החרישה של שמעון, המקבלים את שכרם משמעון. אם פשעו הפועלים בשמירת המחרשה בעת מלאכתם, הם אחראים כלפי שמעון, בעל המחרשה²²⁷. זאת במקרה שהשוכר נהג במחרשה כפי שהתנה עמו המשכיר. אך אם שינה השוכר מן המוסכם בינו לבין המשכיר, וחרש במקום העלול יותר לשבירת המחרשה, כגון שהוסכם שיחרוש בבקעה, וחרש בהר, שמצויות באדמתו אבנים, הוא אחראי כלפי המשכיר, כפי שנפרט להלן²²⁸. נחלקו הדעות בשאלה האם במקרה זה יחובו הפועלים באחריות כלפי השוכר. לפי הרמב"ם, הפועלים אכן חייבים כלפי השוכר, מכיוון שהם היו צריכים להיזהר שלא תישבר המחרשה²²⁹. אולם הרא"ש פוטר את הפועלים בנימוק שהם קיבלו על עצמם שמירה על המחרשה רק בבקעה, ולא בהר; ואף כלפי המשכיר אין להם אחריות (אף במקרה שמשום מה אינו יכול לגבות את תשלום הגזק מן השוכר), מפני שהם הבינו מן ההסכם אתו שעליהם לעשות את כל מה שיאמר להם השוכר לעשות, והוא אמר להם לחרוש בהר²³⁰.

²²³ נתיבות המשפט, שם (הובא בערוך השולחן, שם), בשם ירושלמי (הערה 218).

²²⁴ נתיבות המשפט, שם (הובא באבני החושן, רצא, ס"ק ב.).

²²⁵ ספך הקדשים, שג, א (נרפס בשולחן ערוך הנפוץ, ליד סימן שא). ראה סעיף 1(ג), ליד ציוני הערות 63-64, בשאלה האם הוא שומר שכר.*

²²⁶ ב"ח, חו"מ, שו, א (הובא בשו"ת שואל ונשאל, חלק ה, סימן קה); שו"ת הרי"ם, אהע"ז, סימן יח.*

²²⁷ ספר מישרים, נתיב ל, חלק ג; טור, חו"מ, שט, ד (הובא בשו"ת מעיין גנים, עבאדי, חו"מ, סימן כ, עמ' 297); שו"ע, חו"מ, שט, ד.*

²²⁸ סעיף 4, פרק ב, 2.

²²⁹ רמב"ם, הלכות שכירות, ד, א (הובא בטור שם); שו"ע שם.

²³⁰ רא"ש, ב"מ, פרק ו, סימן יג (הובא בטור שם); ספר מישרים שם (שאינם מפסידיים את שכרם, גם אם אין לשוכר במה לשלם); רמ"א, חו"מ, שט, ד.*

באותו מקרה, אם היו אלו פועלים ששכר השוכר, והשוכר נהג בחרישה כפי שהוסכם בינו לבין המשכיר, הפועלים אחראים כלפי המשכיר²³¹.
 גם לפי החוק, עובד עשוי להיות אחראי כשומר על נכסי מעבידו²³².
 יש עסקאות רבות נוספות שחל בהן חיוב שמירה על המחזיק בנכס: מלווה המקבל משכון כביטחון; אומן העושה כלי או מתקן כלי; שותף המחזיק בנכסי השותפות; מתווך; אפוטרופוס על נכסי יתומים; קונה נכס על תנאי, ועוד. אך בכל אלו לא נדון כאן, משום שעיקר הדיון בענייניהם אינו בשאלה האם נוצר חיוב שמירה, אלא בשאלה האם אחריותם היא כשל שומר חנם או כשל שומר שכר או כשל שואל. לפיכך, נדון בהם בסעיף 1(ג) ובסעיף 1(ד), בדיון בהגדרת שומר שכר ושואל. מכל מקום, מקור חיובם של שומרים אלו כמקור חיובם של השומרים שמנינו בפסקה זו – הסכמה מכללא לשמור, כפי שהסברנו לעיל²³³.
 בסוג מסוים אחר של עסקה היוצרת חיוב שמירה, נעסוק בסעיף 12. בסעיף זה קובע החוק את אחריותו של בעל מלון על נכסיהם של אורחי המלון. שם נראה שלפי המשפט העברי, חלה אחריות שומר על בעל המלון אף בלי תקנה מיוחדת. גם אחריות זו, מקורה בהסכמה מכללא לשמור, הנובעת מן ההסכמה לעסקה הכללית.

6. שומר על פי דין – המקור לאחריותו ואופי חיובו

(א) עמדת החוק

החוק אינו מזכיר בפירוש את הסכמת השומר כתנאי לחלות חיוב שמירה. מכאן הסיקו פרשני החוק שגם מי שהנכס בידו נגד רצונו אחראי כשומר. שומר כזה קרוי "שומר על פי דין"²³⁴. יש דוגמאות אחדות לשומר על פי דין: מוצא אבדה או מוצא סחורה שנפלה לים²³⁵; מי ששלחו לו סחורה לבדיקה בלי שביקש זאת, והנכס נמצא בידו נגד רצונו²³⁶; מי שנתבקש לשמור את הנכס לזמן קצר, ונעלם בעל הנכס²³⁷; מסרו לביתו סחורה המיועדת לאדם אחר, ואין אפשרות לברר מי השולח ומי המזמין²³⁸; שילם בעד סחורה, ולקח בטעות סחורה אחרת

²³¹ דרישה על הטור, שם. נתיבות המשפט, שט, ס"ק ד, כותב שיש שהשוכר אחראי – ויקבעו בזה הכללים של שומר שמסר לשומר (ראה סעיף 7).

²³² א' סלטון, "ההיבט הנויקי של חוק השומרים", עיוני משפט ה (תשל"ז) 669. ראה גם לעיל, הערה 52, בשם חשין.

²³³ פסקה 4. במילואים להערה 226 נידונית שאלת חיוב שמירה בעסקאות שונות נוספות.

²³⁴ ז' צלטנר, "דיני חווים בישראל בהתפתחותם", הפרקליט כט (תשל"ה) 88, ה"ש 239, הביא ראה נוספת לכך שתיחכן שמירה שלא על פי הסכם בין השומר לבין בעל הנכס, מן האמור בסעיף 5(א), שהשומר צריך לשלם "כפיצויים הניתנים בשל הפרת חוזה", ואילו היה קיום השמירה מותנה בהיותו חוזה, לא היה צורך בהוראה מיוחדת זו. צריך להעיר, שמקובל שחוק השומרים הוא אחד מחוקי החווים, ולפי זה, שומר על פי דין הוא חריג לכלל זה.

²³⁵ מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) עמ' 150 ועמ' 158; ג' טדסקי, "השומר על פי דין", משפטים ח (תשל"ח) 432; ע"א 130/80 ביטון נ' "חלמיש" חברה עירונית לשיקום הדיור בתל-אביב-יפו, פ"ד לו(2) 706, 710, בציטוט מע"א 546/78 בנק קופת עם נ' הנדלס ואח', פ"ד לד(3) 57, 70, ומע"א 663/71 נכסים להשכרה א.מ.ג. בע"מ (בפירוק מרצון) נ' כונס הנכסים הרשמי כמפרק שטרק בע"מ (בפירוק), פ"ד כז(1) 609, 615.

²³⁶ חשין, עמ' 160; טדסקי, עמ' 432.

²³⁷ חשין, עמ' 160, הערה 81.

²³⁸ חשין, שם.

— והוא אחראי כשומר גם בטרם נתגלתה הטעות²³⁹; מי שבעל חיים נכנס לחצרו²⁴⁰; מי שהרוח הכניסה חפצים לחצרו²⁴¹; שוכר נכס שהחזירו והשאיר בנכס חפצים שלו, המשכיר לשעבר אחראי לשמירתם²⁴²; שוכר נכס שמצא בו דברים של המשכיר או של אדם שלישי²⁴³; בעל מגרש שמישהו הניח נכס במגרשו נגד רצונו²⁴⁴.

קטיגוריה מיוחדת של שומרים על פי דין היא של "פיגור הנושה": מוכר שהעביר את הבעלות בנכס, ונשאר הנכס ברשותו; שוכר שלא היה יכול להחזיר את הנכס בתום השכירות; מכר שהתבטל, והקונה לא היה יכול להחזיר את הנכס²⁴⁵. בכלל זה גם מי שהנכס היה בידו בתחילה בהסכמתו, ולאחר מכן נשאר אצלו בלי רצונו, שהוא נשאר אחראי לפי סעיף 11. אחריותו דומה לאחריות על פי דין הקיימת בשומר שמעולם לא נתן הסכמה לשמור²⁴⁶.

הטלת אחריות שמירה על מי שמחזיק בנכס נגד רצונו אינה צודקת. חשין ניסה להקהות את חודו של אי הצדק, בהסבירו שיש להניח שמקרים כאלו כלולים במסגרות אחרות, וחוקים אחרים דנים בעניינם, ואם כן החוק האחר גובר, לפי סעיף 14, הנותן עדיפות לחוקים אחרים על פני חוק השומרים, בנושאים הנידונים בחוקים אחרים. מלבד זאת, הוא הסביר שהמונח "רשלנות", שהוא התנאי להטלת אחריות על השומר, הוא גמיש ומשתנה לפי הנסיבות, ולכן נוכל להקל באחריותו של שומר מסוג זה ולחייבו רק ברשלנות חמורה. זאת ועוד: בית המשפט יוכל לדאוג לאינטרסים של שומר זה על פי סעיף 11, המאפשר לכל שומר לבקש מבית המשפט להורות לו איך לנהוג בנכס כשאינו רוצה להמשיך להחזיק בו. על כל פנים, עדיף שיהיה דינו של אדם זה מוסדר בחוק כלשהו מלהשאירו בלי שום הסדר²⁴⁷. טדסקי מצדיק את הטלת האחריות במקרים הללו, בנימוק שיש בזה משום סולידאריות אנושית ולאומית, ויש בכך גם הבטחת הנכסים הקיימים במדינה. זאת אף על פי שבעל הנכס לא נהג כלפי השומר במוסריות: השולח סחורה לבדיקה מקווה לנצל את תמימותו של הנמען; נושה ה"מפגר" מליטול את שלו מפר את חיובו המשפטי ליטול את הנכס; ומי שאיבד אבדה היה צריך לשמור על חפציו טוב יותר²⁴⁸. אולם טדסקי סבור שיש לשנות את החוק, ולהקל יותר באחריות השומר על פי דין, בהתחשב בעובדה שהוא לא הסכים לשמור. כך, לדוגמה, יש להקל עליו את הדרך

²³⁹ חשין, עמ' 158. הוא מדגיש שמתקיים כאן התנאי "שלא מכוח בעלות" מאחר שלאמיתו של דבר אין זה שלו, ולכן חל חוק השומרים. ראה במילואים להערה 216, בשם כסף הקדשים, שבמקרה זה אינו חייב בשמירה כל זמן שהוא חושב שזה שלו, מפני שאינו מקבל על עצמו שמירה בשעה שהוא חושב כך. דוגמה דומה לזה היא קונה שקיבל יותר סחורה מששילם עבורה — א' זמיר, "מכר", פסקה 570, קובע שעל העודף הוא שומר על פי דין.

²⁴⁰ טדסקי, עמ' 432.

²⁴¹ טדסקי, שם.

²⁴² טדסקי, שם. הוא מציין שע"א 663/71 נכסים להשכרה א.מ.נ. בע"מ (בפירוק מרצון) נ' כונס הנכסים הרשמי כמפרק שטרק בע"מ (בפירוק), פ"ד כז(1) 609, מחייב במקרה זה.

²⁴³ טדסקי, שם.

²⁴⁴ ע"א 130/80 ביטון נ' "חלמיש" חברה עירונית לשיקום הדיור בתל-אביב-יפו, פ"ד לו(2) 706, 710.

²⁴⁵ טדסקי, שם; א' זמיר, "מכר", פסקה 483 (על מוכר). זמיר כותב שהוא שומר חנינם, כדין שומר שביקש להחזיר את הנכס, לפי סעיף 11.

²⁴⁶ טדסקי, שם.

²⁴⁷ חשין, עמ' 160.

²⁴⁸ טדסקי, שם, עמ' 446-447. פ' ברגמן, "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?", משפטים יט (תש"ן) 482, הסביר גם הוא, שיש לחיוב זה נימוק מוסרי ונימוק כלכלי.

להשתחרר מהשמירה; לחייב את בעל הנכס לשפותו על הוצאותיו בהשתחררותו מהשמירה; שיהיה אחראי אף פחות משומר חנינם; להתיר לו למסרו לאחר במקרה הצורך, וכדומה²⁴⁹. אף על פי ששמירה חלה גם בלי שהמחזיק מסכים לשמור, כאמור, מכל מקום דרושה הסכמתו להחזיק בנכס. אם הגיע נכס לידי אדם בשעה שהיה ישן, וכדומה, לא יחויב המחזיק בשמירה, מאחר שאינו יודע על ההחזקה. גם מי שיודע על ההחזקה, אינו שומר, אלא אם כן תהיה לו כוונה להמשיך ולשלוט בנכס. אלא שאם ידע שהנכס ברשותו, הוא חייב בשמירה, גם אם אחר כך שכח שהנכס ברשותו, או שחשב שבינתיים יצא הנכס מרשותו²⁵⁰. חשין עושה הבחנה בעניין מי שלא ידע שנכס פלוני ברשותו: שומר שולחן, וכדומה, שיש בו מגירת סתר, ובמגירה יש כסף או אבני חן, והשומר לא ידע עליהם, השומר אינו חייב בשמירה על הכסף או על אבני החן (אלא אם כן נודע לו על קיומם במשך תקופת השמירה), משום שהחוק חל רק על ה"מחזיק", ולעניין זה דרושה כוונה לשלוט בנכס, וכוונה זו נעדרת כשאין השומר יודע על קיום הנכס. לעומת זאת, שומר מכונית, וכדומה, אחראי גם על האביזרים שמקובל שנמצאים בה, גם אם לא ידע על קיומם, משום שהם טפלים למכונית. לדעתו, הכלל הוא שחוק השומרים חל רק במקום שמוצדק להטיל עליו את האחריות, לאור הנסיבות, ומכאן ההבחנה בין שני המקרים²⁵¹.

אולם אם ידע הנפקד על היות הנכס בידו, הוא אחראי בשמירה גם אם לא ידע מהו הנכס ומה ערכו, והוא אחראי גם אם טעה בעניין זה²⁵². משום כך, בנק אחראי כשומר על הנכסים שבכספות שהוא משכיר ללקוחות, אף על פי שלא ידועים לו פרטי הנכסים, מכיוון שידוע לו שיש שם נכסים, והוא יכול להעריך שהם בעלי ערך²⁵³.

(ב) עמדת המשפט העברי – כללי

אף על פי שהמשפט העברי מחייב נפקד רק אם הסכים לשמור, כפי שראינו לעיל²⁵⁴, בכל זאת מוטלת על אדם אחריות שמירה באחרים מן המקרים שהזכרנו בפסקה (א), על אף שלא התחייב במפורש כלפי בעל הנכס לקבל על עצמו אחריות זו. כך, למשל, מוצא אבדה מחויב בשמירתה ככל שומר, ולדעה אחת אף תהיה עליו האחריות החמורה של שומר שכר, כפי

²⁴⁹ טרסקי, עמ' 448-449. הוא חולק על חשין הסבור שגם לפי החוק הקיים אחריותו קלה משל שומר חנינם רגיל. הוא מוכיח זאת מן העובדה שהחוק לא פירש שיש דרגת אחריות מיוחדת לשומר על פי דין.

²⁵⁰ טרסקי, עמ' 434-435.

²⁵¹ חשין, עמ' 147 (ועמ' 168 – לעניין מקרה שנודע לו הדבר לאחר תחילת השמירה). ראה הבחנה דומה במשפט העברי, ליד ציון הערה 160. אך אפשר שלפי המשפט העברי, הוא פטור בדבר שאין דרכו להימצא שם, גם אם באמצע השמירה נודע לו על הימצאות הדבר שם – וזאת על פי הבחנה דומה במקרה מקביל, שהבאנו ליד ציון הערה 152.

²⁵² טרסקי שם, עמ' 435. עמדה זו שונה מעמדת המשפט העברי, הפותר שומר שטעה בהערכת הנכס (במקרים מסויימים – ראה פסקה 2 (ו)), משום שאז הסכמת השומר לשמור יסודה בטעות, ואילו החוק אינו זקוק להסכמת השומר לשמור.

²⁵³ י' שנהב ור' לויתן, "היבטים באחריותו של הבנק לרכוש המופקד בכספת לקוחות", הפרקליט לא (תשל"ז) 121-122. ואמנם, הם קובעים (בעמ' 129), שאין הבנק אחראי לרכוש של אדם שלישי, שהונח שם בלי ידיעת הבנק. אף על פי שר' בן אוליאל, "כספת בבנק", הפרקליט לו (תשמ"ג) 79, סבור שאין הבנק אחראי כשומר על הרכוש שבכספת, אין זה משום חוסר ידיעה על הנכס, אלא משום שאין הבנק מחזיק בנכס, שהרי הלקוח הוא השולט בכספת, ורק הוא רשאי לפתחה. הוא חולק על טענתם של שנהב ולויתן, שהבנק קרוי "מחזיק" מאחר שהלקוח אינו יכול לגשת לכספת בלי רשות מהבנק.

²⁵⁴ פסקה 2 (ד).

שנראה להלן²⁵⁵. מוכר שהעביר את הבעלות בנכס, ונשאר הנכס ברשותו, חייב עליו באחריות כשומר, לפי אחת הדעות, כפי שראינו לעיל²⁵⁶; זהו מקרה השייך לקטיגוריה של "פיגור הנושה". שומר משנה אחראי כלפי בעל הנכס, אף שלא יצר עמו קשר שמירה, כפי שנראה להלן²⁵⁷.

יש שני הסברים לחיוב שומר אבדה. לפי ההסבר הראשון, שומר אבדה הוא אכן מקרה חריג. שומר על פי הסכם אינו חייב אלא אם כן התחייב, ואילו שומר אבדה חייב גם בלי התחייבות מצדו, משום שהתורה הטילה עליו חיוב זה גם בלא הסכמתו²⁵⁸. לפי ההסבר השני, אף בשומר אבדה יש לראות התחייבות מכללא מצדו. ברגע שהוא מרים את האבדה, הוא מקבל על עצמו מכללא את חיובי השמירה שהטילה התורה על מוצא אבדה. התחייבותו זאת חלה בתור התחייבות הסכמית, אף על פי שבעל הנכס אינו נוכח ואינו יודע מאומה על הימצאות הנכס בידי המוצא²⁵⁹. הסבר דומה, של הנחת הסכמה מכללא, נוכל לתת לגבי המוכר שהנכס נשאר ברשותו לאחר המכירה. את הנימוק לאחריות שומר משנה כלפי בעל הנכס, נפרט להלן, שם.

אפשרות נוספת להסביר את חיוב שומר אבדה היא לפי הדעה שנביא להלן²⁶⁰, ששומר אבדה הוא שומר שכר, משום שהוא נהנה "פרוטה דרב יוסף", כפי שנסביר שם. מאחר שיש לו הנאה, הנאה זו מחייבת אותו בשמירה, בתמורה להנאתו²⁶¹.

(ג) הרחבת המושג "שומר אבדה" למקרים דומים

אחדים מן המקרים שמנינו בפסקה (א) כדוגמאות לשומר על פי דין נכנסים לקטיגוריה של שומר אבדה. המשפט העברי מחייב את הנפקד בשמירה במקרים שונים מתוך השוואה לשומר אבדה. מדובר במצבים שהנכס עלול ללכת לאיבוד, ולכן מוטלת חובת שמירה על מי שהנכס בידו, גם אם חסר אחד (או יותר) מן היסודות (שמנינו לעיל²⁶²) הדרושים ליצירת חיוב שמירה רגילה. לדוגמה, אם הניח אדם נכס שלו ביד אדם אחר, והלך לו בעל הנכס ואינו יכול לשמור, הנפקד חייב בשמירה מדין שומר אבדה. זאת אף על פי שבעל הנכס לא ביקש ממנו לשמור, והנפקד לא קיבל על עצמו לשמור. וטעם הדבר הוא, שמשווים אותו לשומר אבדה, מפני שאם נפקד זה לא ישמור, אף אחד לא ישמור²⁶³. השוואה זו נובעת מתפיסתו של המשפט העברי,

²⁵⁵ סעיף 1(ג), פרק ג, 7.

²⁵⁶ פסקה 5 (ב).

²⁵⁷ סעיף 7, פרק ד. דוגמאות אלה מנה פ' ברגמן, "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו", משפטים יט (תש"ן) 487, הערה 49.

²⁵⁸ שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסו; חידושי ר' אריה לייב (מאלין), חלק א, סימן עח, בשם הגר"ח; רש"א רפפורט, עלון שבות, גל' 95 (סיון תשמ"ב), עמ' 8; אמרי הצבי, ב"ק נו ע"א, סימן ח, ס"ק ב (לפי הדעה שהוא שומר שכר – סעיף 1(ג), הערה 220); נתיבות יהושע, ב"מ, סימן ל, בסופו*.

²⁵⁹ שו"ת הרשב"א, שם; דיבורת משה, ב"ק, סימן סד, ענף ז (שרואים כאילו התחייב כלפי בעל הנכס, ובעל הנכס הפקידו אצלו). אך שו"ת הרשב"א אומר את שני הנימוקים במשפט אחד, וייתכן שכונתו לנימוק אחד כולל. טדסקי שם, עמ' 433, מציין שהמשפט האנגלי מבסס את אחריות מוצא האבדה על ההנחה שיש בקשה מכללא מצד המאבד, שהמוצא ישמרנו בעבורו. אך הוא טוען שזו פיקציה, שהרי המאבד לא חשב על תוצאות האיבוד, והמוצא לא הסכים מן הסתם לשמור*.

²⁶⁰ סעיף 1(ג), ליד ציון הערה 220.

²⁶¹ אמרי הצבי, ב"ק נו ע"א, סימן ח, ס"ק ב; ר"ש סלנט, בספר זכרון יהושע, עמ' קעח*.

²⁶² פסקה 3.

²⁶³ שו"ת ציוני, חלק ב, סימן ב, ס"ק א; קהילות יעקב (קנייבסקי), פסחים, סימן ה (בלשון "אפשר")*.

יש חובת השבת אבדה גם כשבעל הנכס ידוע, אלא שאין אפשרות למסור לו את הנכס כרגע. משום כך, מקרים רבים שאינם אבדה כפשוטה, נכנסים לגדר שמירת אבדה. יש חילוקי דעות לגבי נפקד שהודיע לבעל הנכס שאין ברצונו לשמור, ושהוא מוכן רק להחזיק את הנכס ברשותו. המקרה הנידון היה בראובן שעמד לצאת לדרך, וביקש ממנו שמעון ליטול עמו נכס שלו ולקסרו לאדם שלישי. ראובן הסכים, אבל הודיע לשמעון, בעל הנכס, שאינו מקבל על עצמו שמירה; ואף על פי כן הניח אצלו שמעון את הנכס והלך לו. לפי דעה אחת, ראובן חייב בשמירה בתור שומר אבדה, משום שבהיות הנכס בדרך, במקום לא בטוח, הוא כאבוד²⁶⁴. אולם דעה אחרת היא, שאין לחייבו לשמור כשומר אבדה, מפני שכאן שמעון בעל הנכס כאילו איבד אותו מרצונו, "אבדה מדעת", שהלא הוא ידע שראובן אינו מקבל על עצמו אחריות, ושהוא הולך למקום לא בטוח. זאת ועוד: אם לא נאמר כן, כל אדם ישליך את חפציו על רכבו של חברו היוצא לדרך, ויחייב אותו באחריות²⁶⁵.

באחד המקרים שהזכרנו בפסקה (א), שראובן הכניס נכס שלו לרשותו של שמעון בלי הסכמתו, שמעון פטור משמירה לפי המשפט העברי²⁶⁶, ואין הוא בגדר שומר אבדה. ראובן היה צריך לדעת ששמעון עלול להשליך את הנכס מרשותו, ולכן היה צריך לשמור על הנכס בעצמו²⁶⁷. זה בגדר "אבדה מדעת", כיוון שבעל הנכס הסתלק במודע משמירת הנכס בלי שקיבל הבטחה מאדם אחר שישמור עליו בעבורו.

יש להדגיש, שאף על פי שלמעשה קרובה עמדת המשפט העברי לעמדת החוק, יש הבדל ביניהן: החוק לקח לו כאמת מידה את ההחזקה כתנאי ראשי לחלות השמירה, בעוד הסכמת השומר לשמור אינה חשובה בעיני החוק. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, ההסכמה היא המכרעת, ולא ההחזקה, אלא שבמקרים מסוימים נטיל חובת שמירה אף בלי הסכמה מכללא, דהיינו בשומר אבדה וברומים לו. אך גם במקרים אלו, המבחן הקובע הוא, האם נתקיימו התנאים לחלות מצוות השבת אבדה, ואין ההחזקה חשובה.

(ד) הלכותיו המיוחדות של שומר אבדה יש הבדל בדרך יצירת חיוב השמירה בין שומר מרצון לבין שומר אבדה. כפי שהבאנו לעיל²⁶⁸, לגבי שומר רגיל יש מחלוקת בשאלה האם הוא חייב אם לא עשה קניין. לעומת זאת, שומר אבדה, לפי שתי הדעות, אינו חייב בלי לעשות מעשה קניין. רק בשומר רגיל, מאחר שהסכים לשמור, די בהסכמתו לחייב אותו (לפי חלק מן הפוסקים). לעומת זאת, בשומר אבדה, מאחר שהוא שומר שלא מתוך הסכמה, אלא מתוך מה שהתורה הטילה עליו לשמור, הרי אין התורה מטילה חיוב אלא על מי שהאבדה ברשותו, ולא על מי שרק ראה אותה²⁶⁹. הבדל הפוך הוא לגבי מי שטעה בהערכת שווי הנכס. לעיל²⁷⁰ ראינו ששומר רגיל, שחשב שהנכס המופקד שווה פחות מכפי שהוא שווה באמת, חייב באחריות רק על הסכום הנמוך,

²⁶⁴ שו"ת מהרי"ט, חלק ב, תר"מ, סימן קטז.

²⁶⁵ קצות החושן, רצא, ס"ק ג. על מקרה זה, ראה גם הערה 81.

²⁶⁶ ב"מ קא ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, ז, ז (הובא בשו"ת קול בן לוי, סימן ד, דף מז ע"ד). שם נאמר שבעל החצר אף רשאי לזרוק את הנכס לרשות הרבים בתנאים מסוימים.

²⁶⁷ ר"מ פיינשטיין, מוריה י, גל' ט"י (אב תשמ"א), עמ' מח.

²⁶⁸ פסקה 3 (ה).

²⁶⁹ קצות החושן, רצא, ס"ק ד; אמרי הצבי, ב"ק נו ע"ב, אות ג, ס"ק ג (מפני שבשומר אבדה אין קבלת שמירה, וברור שלא יחויב בראיית האבדה בלבד).

²⁷⁰ פסקה 3 (ו).

מפני שרק על סכום זה הביע הסכמה לשמור. לעומת זאת, שומר אבדה, מאחר שאין חיובו נובע מהסכמתו לשמור, אלא הוא חיוב שהטילה עליו התורה, אין סיבה שטעותו בהערכה תצמצם את אחריותו. ברם, זאת רק לפי דעה אחת²⁷¹. לפי דעה אחרת, שווה דין שומר אבדה לדין שומר רגיל לעניין זה, והוא יחויב לפי הערך שייחס במחשבתו לאבדה בעת שמצא אותה. יש שני הסברים אפשריים לשיטה הזאת. הסבר אחד הוא על פי הפוסקים האומרים, שגם מי שמזיק נכס, וחשב שהיה שווה פחות ממה שהיה שווה באמת, חייב לפי הערך הנמוך, ובלבד שטעותו הייתה מוצדקת, כגון שהזיק מטבע זהב המצופה כסף, שלא היה צריך להעלות על דעתו שהוא של זהב. לפי פוסקים אלו, החיוב נקבע לפי הערך הנמוך גם כשאין לנמק זאת בעובדה שהחייב קיבל על עצמו רק ערך נמוך (שהרי במזיק אין מקום לזאת). אם כן, גם שומר אבדה יחויב לפי הערך הנמוך, על אף שאין חיובו נובע ממה שקיבל על עצמו²⁷². הסבר שני הוא, לפי מה שאמרנו לעיל, ששומר אבדה מתחייב על ידי מעשה הקניין שהוא מבצע באבדה. כלל הוא, שמעשה קניין, כגון משיכה, אינו קונה לגמרי אם המבצע אינו יודע מהו ערך הנכס הנקנה, והוא קונה אותו רק לפי הערך שהוא מייחס לנכס במחשבתו. לפיכך, כאן, שטעה שומר האבדה בהערכה, אין לחייב אותו לפי הערך האמיתי, כיוון שלא ידע מהו הערך האמיתי²⁷³.

פרק שני

הנכסים שחלים עליהם חיובי שמירה ("נכס")

1. עמדת החוק

חשין סבור ש"נכס" הנזכר בסעיפנו כולל כל דבר תלת-ממדי שיש לגביו משמעות של "החזקה" ו"שמירה", וזה כולל: מקרקעין, שטר כסף, פנקס המחאות, ואף שטר וכדומה, שאין לו ערך עצמי, אלא רק מעיד על זכות. אבל לעניין שמירה אין נחשב בכלל "נכס": חשבון בנק, או זכויות בנכס (אפילו זכות קניינית), או זכות חכירה בשדה, משום ש"שמירה היא החזקה", ואין מחזיקים בזכות בנכס²⁷⁴. כמו כן, ילד וכדומה אינם בכלל "נכס", לעניין זה, מאחר ששמירת ילד היא סוג אחר של שמירה²⁷⁵. לעומתו, צלטנר סבור שאין מקרקעין כלולים בהוראות חוק השומרים, כיוון שחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, מפרט את הזכויות ואת החובות של מחזיק בקרקע, ולכן בקרקע אין להיזקק להוראות הכלליות של חוק השומרים²⁷⁶. בית המשפט העליון קבע, על סמך דברי חשין, שטופס הגרלה הוא "נכס" שחל עליו חוק

²⁷¹ נתיבות המשפט, רצא, ס"ק י, בדעת הרמב"ן.

²⁷² נתיבות המשפט שם, בדעת התוספות והרא"ש והשולחן ערוך.

²⁷³ קצות החושן, רצא, ס"ק ד (הובא במנחת חינוך, מצווה נט, דף פה ע"ג). אך הוא מסיים ב"צריך עיון", ונתיבות המשפט, שם, דוחה את הוכחת קצות החושן לכלל שהוא מניח, שקניין אינו מועיל לערך האמיתי, אם יש טעות בהערכה.

²⁷⁴ מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 138. אבל ש' רנר העירה שאבן-שושן במילונו מפרש: "נכס" – רכוש, ואם כן "נכס" יכול לכלול גם "זכות", שלא כדעת חשין.

²⁷⁵ חשין, עמ' 137.

²⁷⁶ ז' צלטנר, "דיני חוזים בישראל בהתפתחותם", הפרקליט כט (תשל"ה) 90. על נימוק זה השיב ג'

השומרים, אף על פי שהטופס רק מקנה זכות להשתתף בהימור, וזכות זו אינה נכס שאפשר להפקיד עליו שומר. מאחר שהטופס הוא ראייה לזכות בעליו להשתתף בהימור, וכל מסמך המעיד על זכות הוא קניין בעל ערך חומרי לבעליו, לכן חל עליו דין שמירה. ואף על פי שלא ניתן לשמור על הזכות, שהרי אין לשון "החזקה" תופסת בה, מכל מקום, המסמך הוא חפץ שניתן להחזיק בו²⁷⁷.

2. עמדת המשפט העברי – כללי

פרשת השומרים בתורה עוסקת רק במיטלטלין שגופם ממון – דבר שערכו בא מחמת עצמו. נאמר בכתוב²⁷⁸: "כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור... כי יתן איש אל רעהו שור או חמור... לשמור", ובתלמוד²⁷⁹ נדרש הפסוק להוציא קרקעות, עבדים ושטרות מפרשת השומרים: קרקע – שאינה מיטלטלין; עבדים – שהוקשו לקרקעות; שטרות – שאף על פי שהם מיטלטלין אין גופם ממון. משום כך, מי ששומר נכס מן הסוגים הללו פטור משמירה, גם אם הוא שומר שכר²⁸⁰ או שואל²⁸¹.

אף על פי שהוצאו סוגי הנכסים הללו מפרשת השומרים, יכולים הצדדים ליצור גם בהם אחריות שמירה על ידי התנאה מפורשת, עם ביצוע מעשה קניין. נדון על כך להלן, בדיונו בסעיף 14, במסגרת העיקרון הכללי שבהתנאה מפורשת (או מכללא) יכולים הצדדים לקבוע ביניהם דינים שונים מאלו הנוהגים לפי ההלכה היסודית.

נכסים אלו הוצאו מפרשת השומרים רק לעניין חיוב התשלומין, אבל חלה על השומר חובה לשמור עליהם בפועל, כפי שקיבל על עצמו²⁸². מכל מקום, אם לא עשה כן, וניזוק הנכס, אינו חייב לשלם על כך.

3. פשיעה בקרקעות ובשטרות

יש אומרים שהפטר שומר קרקעות ושטרות אינו הפטר מוחלט. לפי הרמב"ם, אם פשע שומר זה, הוא חייב²⁸³, משום ששומר שפושע הוא כאילו מזיק לנכס בפועל, והלא המזיק לנכס

טדסקי, "השומר על פי דין", משפטים ח (תשל"ח) 436, שבחוק המקרקעין לא נדונה אחריות המחזיק לשמירת המקרקעין; ולכן הוא מסכים לחשין.

²⁷⁷ ע"א 341/80 עלי נ' ששון ואח', פ"ד לו(3) 281, 285-286.

²⁷⁸ שמות כב, פסוקים ו, ט.

²⁷⁹ ב"מ נו ע"ב. התלמוד שם ממעט גם הקדש – ראה סעיף 13, פרק ב, 3.

²⁸⁰ חידושי הרשב"א, שבועות מב ע"ב; ר"ן על הרי"ף, שבועות כג ע"ב (בדפי הרי"ף); תוספות, ב"מ נו ע"ב, ד"ה שומר (הובא בחוט המשולש, הלוי, פרשת משפטים); חידושי הרמב"ן, ב"מ נח ע"א; חוקת הדיינים, סימן קכט; שו"ע, חו"מ, צה, א; שו"ת אמרי יושר, חלק ב, סימן לה; ערוך השולחן, חו"מ, סימן סו, מה, וסימן צה, א.

²⁸¹ תוספות, ב"מ צו ע"ב (ד"ה אמר, הראשון).

²⁸² נחל יצחק, סו, ס"ק יב; דבר אברהם, חלק א, סימן מ, אות ב (במסקנתו); שו"ת אפריון דוד, סימן כד, ס"ק יז; בית ישראל (שלומוביץ), סימן כא, אות ב (שחייב לקיים את התחייבותו כפועל); שערי זיו, חלק ב, סימן יב (טז ע"א); שו"ת ברכת רצה, סימן ז (שלכתחילה אסור לפשוע, מפני שפשיעה היא גרמא שאטורה); ר"י ורהפטיג, "שמור לי בתחומך ואשמור לך בתחומי", מזכרת, עמ' 248; שו"ת הליכות אליהו, חו"מ, סימן כה, הראשון (הובא בגידולי שמואל, ב"מ נו ע"ב, ד"ה בעשוק); ר"א מקובצקי, נר אלחנן, עמ' ריז; בית שלמה (אבעל), שער י (פג ע"א).

²⁸³ רמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג.

בפועל חייב גם בלי שיהיה עליו חיוב שמירה²⁸⁴. רק מי שלא קיבל על עצמו לשמור נכס, ופשע בשמירתו, פטור, אף על פי שאילו הזיקו היה חייב. אבל כאן, מאחר שהשומר קיבל על עצמו לשמור את הקרקעות ואת השטרות, פשיעתו בשמירה היא כמו הזקה בפועל, כיוון שבעל הנכס הסתלק משמירת הנכס מתוך סמך עליו²⁸⁵. אף על פי שלא הזיק לנכס בפועל, הרי בכך שלא שמר כראוי, גרם נזק לנכס, וזה בגדר "גרמי", גרימת נכס בעקיפין באופן שחייבים עליו²⁸⁶. לא הרי חיוב שומר בפשיעה, שהוא כאילו הזיק, כהרי חיוב שומר במה שהוא בגדר גנבה ואבדה או אונס, שהוא חיוב מיוחד של התורה, ולא כמזיק, ועל כך פטרה התורה שומר קרקעות ושטרות²⁸⁷.

ניתן לנמק עוד את דעת הרמב"ם על פי מה שראינו, שהפטור שומר קרקעות ושטרות נדרש מלשון המקרא. על פי לשון המקרא: "כסף או כלים", התלמוד מוציא את שמירת קרקעות ושטרות מכלל שמירת נכסים, לעניין דיני השמירה האמורים בפרשת השומרים, לאמר, דינים אלו לא יחולו על שומר קרקעות ושטרות. אך חיוב שומר בפשיעה אינו בכלל הדינים האמורים בפרשה, שכן גם אילו לא היה חיוב זה כתוב בפרשה היינו מחייבים מדעתנו שומר בפשיעה²⁸⁸. משום כך אין להסיק מלשון המקרא ששומר קרקעות ושטרות פטור בפשיעה, ורק בחיובים האחרים של שומר, בגנבה ובאבדה ובאונס, הוא פטור, מכיוון שחיובים אלו אמורים בפרשה, כלומר, שאילו לא היו כתובים, לא היינו מחייבים בהם את השומר מדעתנו²⁸⁹. שיטת הרמב"ם מתיישבת יפה עם מה שראינו בפסקה 2, ששומר קרקעות ושטרות חייב בשמירה בפועל. מאחר שאינו רשאי להשאיר את הנכס בלי שמירה, אם פשע, הוא בגדר מזיק²⁹⁰.

²⁸⁴ רמב"ם, שם.

²⁸⁵ נתיבות המשפט, שא, ס"ק א; דבר אברהם, חלק א, סימן מ, אות ב; משוכב נתיבות, צה, ס"ק א (כמי שמראה דינר לשולחני, שסומך עליו); רא"ח צימרמן, תורת ארץ ישראל, שנה ד, סימן לה; חידושי בתרא, ב"מ, סימן סז (שלכן הנכס עומד להיות נזוק); קהילות יעקב, פסחים, סימן ה.

²⁸⁶ תומים, סו, ס"ק סט (הובא בשו"ת זכרון צבי מנחם, סימן ד, ובשושנת יעקב, סו, מ, ס"ק מב); מרכבת המשנה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ב, ג, ופרק ג, י; שו"ת ארץ צבי (ראם), חלק א, סימן ג (דף ד ע"ב); חוות אליעזר, סימן נ; חידושי בתרא, ב"מ, סימן סז; בית הלל (ליבשיץ), סימן סו, על ש"ך, ס"ק קכו; קהילות יעקב, פסחים, סימן ה. ראה גם הערה 14 והערה 15.

²⁸⁷ נתיבות המשפט, שא, ס"ק א.

²⁸⁸ ראה לעיל, פרק א, 2.

²⁸⁹ ש"ך, חו"מ, סו, ס"ק קכו (הובא בגן נעול, כפתור ג, פרח כד, אות ג, דף סז ע"ג, בביאור ספר המצוות לר"ס"ג, חלק ג, דף קנג ע"ג, בדברי שלמה, שלם, פרשת בראשית, דף ו ע"א, במשנת יעבץ, חו"מ, סימן יט, ס"ק ז, ובחלקת יואב, מהד' תשמ"ה, חלק ב, סימנים צ"צא, שנדפסו תחילה בשערי תורה, חלק ט, קונטרס ה, סימן מ, ובדגל התורה, סימן יג); ר"י אלסטר, במאמרו "בסוגיה דשאלה בבעלים", מוריה ה (תשל"ד), גל' ה-ו, עמ' לה, ובמאמרו "ביאור ברמב"ם שפושע מזיק הוא", מוריה ח (תשל"ח), גל' ב-ג, עמ' סה.

²⁹⁰ דבר אברהם, חלק א, סימן מ, אות ב (שלכן הוא שונה מאדם זר, שאינו נחשב מזיק אם לא שמר); דיברות משה, ב"ק, סימן מ, ענף ג; ר' ירוחם ורהפטיג, מזכרת, עמ' 248, ובדרכי ירוחם, סימן קב; אשר למלך, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג (שיש בקרקע ובשטר חיוב לשמור שלא יפגע, אלא שאין חיוב לשמור את הנכס); פיתי מנחה, על ספר החינוך, מצווה נז, אות ח; רי"ד בלייך, "שמירה בקרקע, עבדים ושטרות והקדש", מוריה ד (תשל"ב) גל' ג-ד, עמ' לט"מ (בדעת ש"ך והגר"ח); מגנוי הגר"ח, סימן נא (הובא בשם הגר"ח בחידושי בתרא, ב"מ, סימן סז, ועל ידי ר"מ הרש"ל, בהערותיו לתוספות הרא"ש, ב"מ נו ע"ב, הערה תמ); רא"ח צימרמן, תורת ארץ ישראל, שנה ד, סימן לה; משאת משה (חברוני), ב"מ, סימן סב; קהילות יעקב, פסחים, סימן ה (באחד מהסבריו).

כדי שיתחייב שומר קרקע או שטר בפשיעה, לדעת הרמב"ם, יצטרך לבצע בהם מעשה קניין, כמו כל שומר, המתחייב, לדעת הרמב"ם, רק אם הוא מבצע מעשה קניין בנכס, כפי שראינו לעיל²⁹¹. מעשי קניין המועילים בקרקע לעניין זה הם: נעילת דלת במבנה שעל הקרקע, גידור השטח, או פריצת פתח בגדר בשטח – אותן פעולות המהוות מעשה קניין לעניין מכירת קרקע²⁹².

נחלקו הדעות באשר להיקף חיובו של שומר קרקעות ושטרות בפשיעה, לדעת הרמב"ם. יש אומרים שהוא חייב גם אם הפשיעה לא גרמה ישירות נזק לנכס, אלא גרמה נזק בעקיפין, כגון שכתוצאה מן הפשיעה התאפשר נזק המוגדר כאונס – היינו "תחילתו בפשיעה וסופו באונס"²⁹³. זאת לפי מה שהסברנו לעיל, שהתלמוד, הפוסט שומר קרקעות ושטרות, אינו מתייחס לפשיעה, שכן החיוב בה אינו חלק מן הדינים בפרשה – וגם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס" בכלל זה²⁹⁴. אולם אחרים צמצמו את החיוב, לדעת הרמב"ם, לפשיעה שגרמה נזק ישיר, ולדעתם, גם הרמב"ם לא יחייב שומר קרקעות ושטרות שפשע ומתוך כך נגרם נזק בעקיפין, כגון שנגנבו או אבדו²⁹⁵.

כאמור, זו דעת הרמב"ם, שגם שומר קרקעות ושטרות חייב בפשיעה. אולם רוב הפוסקים חולקים על דעתו, ופוסקים שומר זה גם בפשיעה²⁹⁶. זאת משום שלדעתם אין הפושע כמזיק, אלא פשיעה היא רק "גרמא", נזק שנגרם בעקיפין, שפטורים עליו בדרך כלל. לדעתם, חיוב פשיעה הוא כשאר חיובי שומר, ששומר חייב בהם רק מגזרת הכתוב שבפרשת השומרים, ולכן גם אליה מתייחס התלמוד שהוציא קרקעות ושטרות מכלל פרשת השומרים²⁹⁷.

גם לדעה זו, אם השומר הזיק בפועל לקרקע או לשטר, הוא חייב, ולא מטעם שומר אלא מטעם מזיק. דוגמאות לכך: המשליך שטר לנהר²⁹⁸; המניח שטר במקום הפקר, כגון רשות הרבים²⁹⁹; שוכר בית שאצר בו חיטים יותר מן הקיבולת שלו, עד שנפלו הקירות³⁰⁰; שוכר בית שהדליק בו תנור בלי לנקוט אמצעי זהירות, ונשרף הבית³⁰¹. אך שומר שטר שמסר אותו לשומר

²⁹¹ פרק א, 3 (ה).

²⁹³ שנדון בו בסעיף 2(א), פרק א, 3.

²⁹⁴ נתיבות המשפט, שא, ס"ק א, בסופו; דרישה, חו"מ, טו, מ. גם שו"ת מקור ברוך, סימן מא, כותב שמהטור, חו"מ, טו, מ, משמע שהרמב"ם מחייב גם בנגנבו או אבדו מחמת הפשיעה.

²⁹⁵ בית יוסף, חו"מ, צה, ג (הובא בחלקת יואב, מהדורא קמא, חו"מ, סימן יב), בשם "המרשים" (ר' אברהם בר' אביגדור, בטור, דפוס אויגסבורג, שנת ש'); פרישה, חו"מ, צה, ג (הובא באמרי בינה, דיני הלואה, סימן לט); שמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן קכט; מרכבת המשנה, על הרמב"ם שם; שושנת יעקב, סימן טו, מ (ס"ק מב), וסימן שא, ס"ק ד (שפטור ב"תחילתו בפשיעה וסופו באונס" שהרי אינו כמזיק); ימי שלמה, על הרמב"ם, שם.*

²⁹⁶ השגות הראב"ד, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג.*

²⁹⁷ רא"ש, ב"מ, פרק ד, סימן כא, ושבועות, פרק ו, סימן כד; שו"ת הריטב"א, סימן קצט (הובא בבית יוסף, חו"מ, טו, מא, בשער משפט, רצ, ס"ק ב, ובשו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן לו, אות ד).*

²⁹⁸ שו"ת הרא"ש, כלל לט, סימן ב – הובא בבית יוסף, חו"מ, טו, מחודש לה, ברמ"א, חו"מ, טו, מ, ובשו"ת אמרי נועם (דיין), חו"מ, סימן כט (מו ע"א).*

²⁹⁹ נתיבות המשפט, שא, ס"ק א. הוא כותב שהוא מזיק גמור. אך פורת יוסף (רוזין), חו"מ, שא, א, הקשה עליו – עיין שם.

³⁰⁰ שו"ת הרא"ש, כלל פז, סימן ו (הובא בטור, חו"מ, שז, ג, ובשו"ת עטרת יצחק, סימן כח) – שזה "גירי דיליה"; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רלא, וכנסת הגדולה, חו"מ, שז, הגהות הטור, אות ב (משום מזיק); שו"ת מקור ברוך, סימן מא (שזה גרמי); ש"ך, חו"מ, שז, ס"ק א; כסף הקדשים, שז, ג.*

³⁰¹ שו"ת מקור ברוך, סימן מא (במסקנתו). ראה בשמו בסעיף 4, הערה 31, ובסעיף 6, הערה 341.*

אחר לשמרו, וניזוק השטר בידו של האחר, אינו חייב על כך, מפני שאינו כמזיק³⁰². הוא חייב מטעם מזיק רק אם מסר אותו למי שאינו מתכוון לשמור³⁰³; או שמסרו לאדם שיהיה קשה לבעל השטר להוציאו מידו³⁰⁴; או שיש חשש שנטל השומר השני את השטר לעצמו, וטוען בשקר שאבד³⁰⁵; או שהוא שומר שכר ומסרו לשומר חנם (וכדומה), שהוא כמזיק בפועל, כיוון ששומר חנם שומר פחות טוב משומר שכר³⁰⁶; או שהשומר השני הזיק לשטר בפועל, ואי אפשר לגבות ממנו תשלום על הנזק, ואז המוסר לו חייב מפני שרואים כאילו הוא עצמו הזיק לו³⁰⁷.

4. הגדרת קרקעות ושטרות

כעת עלינו להגדיר את המונחים "קרקעות" ו"שטרות", כדי לקבוע אילו סוגי נכסים אנו מוציאים ממסגרת דיני שמירה לפי סייג זה.

"שטרות" משמעם בעיקר שטרי חוב, כמשתמע מלשון התלמוד, שהבאנו בפסקה 2: "שטרות שאין גופן ממון"³⁰⁸. יש דברים נוספים שהם בכלל "שטר": כתובה³⁰⁹; גט אשה³¹⁰; כתב רשיון ממשלתי המתיר למחזיקו לעשות פעולה מסוימת³¹¹; קמיע שנכתב לרפואה³¹²; אישור ממשלתי המעיד על בעלות אדם בנכס מסוים³¹³. אבל בנקוטים אינם בכלל "שטר", כיוון שלפי החוק בכל מדינה, אדם מחויב לקבל את הבנקוטים של המדינה כתשלום בתור הֶלֶךְ חוקי, ואם כן הם כמו מטבעות, ש"גופם ממון"³¹⁴. לעומת זאת, איגרות חוב ממשלתיות

³⁰² דרכי משה, חו"מ, שא, ס"ק ב, ורמ"א, חו"מ, שא, א, בדעת שו"ת מהרי"ק, שורש ו (שעסק בהקדש, שדינו כקרקע ושטר); שו"ת אהל אברהם, סימן עו; נחל יצחק, סו, ס"ק יב (בדעת הפוטרים פושע); שו"ת כהונת עולם, סימן ח (יא ע"ב). ש"ך, חו"מ, שא, ס"ק ד, נימק, שמסירה לשומר אחר אינה נחשבת פשיעה, כפי שנראה בסעיף 7, פרק א, 2 (הערה 10).

³⁰³ ש"ך, חו"מ, שא, ס"ק ד (הובא בגן נעול, כפתור ד, פרח א, דף א ע"ב); ביאור הגר"א, חו"מ, שא, ס"ק ז.

³⁰⁴ הגהות אמרי ברוך, על ש"ך שם – שהרא"ש דיבר בשומר שהיה אמור למסור את השטר לאדם אחד, ומסרו לאחר, אשר ממנו קשה לבעל השטר להוציאו.

³⁰⁵ נתיבות המשפט, שו, ס"ק ב; אבני החושן, שא, ס"ק ד.

³⁰⁶ קונטרס אמר שומר, דף קד ע"א.

³⁰⁷ תומים, סו, ס"ק ע.

³⁰⁸ ב"מ נו ע"ב.

³⁰⁹ שו"ת שאלת יעבץ, חלק א, סימן פה.

³¹⁰ חידושי ר"ע איגר, גיטין כט ע"א; שו"ת חתם סופר, אהע"ז, חלק א, סימן פב (הובא בפתחי תשובה, אהע"ז, נו, ס"ק א); ר"ד רקמן, "דין מזיק ושמירה בגט אשה", המאור, שנה ה, חוב ז (ניסן תשי"ד), עמ' 10.

³¹¹ אבני החושן, שמ, ס"ק א, כותב שדרכון ("פאס") דינו כשטר, מפני שאין לו ערך עצמי, וערכו רק להראותו בדרך ולהצילו מעלילות השלטון, כמו שובר-קבלה שמשמש רק להגן מפני נושה, שלא יתבענו שוב בשקר.

³¹² חכמת שלמה, חו"מ, שמ, א.

³¹³ שו"ת ויאמר יצחק, חלק ב, סימן קמג ("אלעקוד", של ערכאות הנכרים); שו"ת ישמח לב (פרנ"י), חלק ב, חו"מ, סימן ט, דף טז ע"ב ("טימיסוק" על בית).

³¹⁴ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קפו (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ב, סימן קסב, בדברי ירוחם, סימן כ, ובשו"ת דבר משה, תאומים, מהדורא תניינא, סימן מא), ויו"ד, סימן קלד, ד"ה וא"כ (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, צה, ס"ק א, ובמנחת פיתים, חו"מ, שא, א).

נחשבות "שטרות", כיוון שאינן הלך חוקי ואין אדם חייב לקבלן כתשלום³¹⁵. קל וחומר ששטר שכתב אדם פרטי, והוא מתחייב בו לשלם "לכל המוציא", דינו כשטר לעניין זה³¹⁶. כרטיס הגרלה אין דינו כשטר, כיוון שערכו שווה לכל אדם, ויש לו מחיר קצוב בשוק, ולכן חלה עליו אחריות שמירה כנכס רגיל³¹⁷. נמצא שעמדת המשפט העברי כעמדת החוק בנקודה זו, שהבאנו לעיל.

שומר שטר פטור גם על שווי הנייר, אף על פי שהנייר "גופו ממון", מפני שבעיקרו נעשה השומר שומר על ערך החוב, ואין דעתו על הנייר³¹⁸.

"קרקעות" משמען הקרקע עצמה. בכלל זה גם בניינים המחוברים לקרקע, על אף שבמקור היו חומרי הבניין תלושים מן הקרקע – "תלוש ולבסוף חיברו"³¹⁹. גם דברים הצומחים מן הקרקע, כגון תבואה ועצים, דינם כקרקע³²⁰. צמחים שעומדים כבר להיתלש, משום שכבר גדלו כל צורכם ואינם זקוקים עוד להיות מחוברים לקרקע, יש אומרים שאין דינם כקרקע³²¹. אך אחרים אומרים שבכל זאת דינם כקרקע, מאחר שסוף כל סוף הם מחוברים לה³²², ואף על פי שהם עומדים להיתלש, הרי אינם עומדים להיתלש במשך תקופת השמירה, שהרי בעל הנכס מסר אותם לשומר לשמרם בעודם מחוברים, ולא לתלשם³²³. מים בתוך בור אין דינם כקרקע³²⁴. בהקשר לדברי התלמוד שהבאנו, ששומר עבד פטור כשומר קרקע, עלתה השאלה האם מי ששומר על אדם בן חורין, כגון שמרטף, חייב בדיני שמירה? יש אומרים, שכשם שפטורים שומר עבד, מפני שעבד הוקש לקרקע, כפי שהבאנו לעיל, כך מי ששומר על בן חורין פטור משמירה, מפני שגם בן חורין הוקש לקרקע³²⁵. יש לפטור כאן מסיבה נוספת: בן חורין אינו

³¹⁵ שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן קלד; שו"ת אור שמח, חלק ב, סימן יד.

³¹⁶ שו"ת בנימין זאב אחרון, סימן נה; שו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן עה, אות ז; נחל יצחק, סו, ס"ק י, ענף ג (גם בשם חתם סופר).

³¹⁷ שו"ת שאלת יעבץ, חלק א, סימן פה. את דבריו הביאו: שו"ת מי באר, סימן עג; שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן קלד, וחומ"מ, סימן קפז; שו"ת תרשיש שוהם, סימן קה; שו"ת אור שמח, חלק ב, סימן יב; שו"ת אוריין תליתאי, תאומים, סימן סז. לשאלה איזה מחיר ישלם השומר, ראה סעיף 5, פרק ב, 1.

³¹⁸ שו"ת בית יצחק, חומ"מ, סימן יט, אות ב. כך משמע גם מסתימת דברי הפוסקים כשפטור שומר שטר. כך עולה גם מדברי שו"ת יד יוסף (דייטש), סימן כט, שכתב שאף על פי שהנייר שבשטר שווה ערך לשימושים שונים ("לצור על פי צלוחיתו"), מכל מקום כיוון שעיקרו לראיה, אינו עומד לשמש לשימושים אחרים.
³¹⁹ מרדכי, שבועות, סימן תשעג (הובא בדרכי משה, חומ"מ, שא, ס"ק ב, ברמ"א, חומ"מ, סימן צה, א וסימן שא, א, ובסמ"ע, שמ, ס"ק א).

³²⁰ טור, חומ"מ, שא, ד; שו"ע, חומ"מ, שא, ה; ש"ך, חומ"מ, צה, ס"ק ט; ערוך השולחן, חומ"מ, צה, ד; ביאור הלכה, או"ח, שו, ד.

³²¹ אגודה, שבועות, סימן לד, בשם ר"ח; עץ חיים (חזן), חלק ג, עמ' קסא; פלפולא חריפתא, על הרא"ש, שבועות, פרק ו, סימן כד, אות פ, בדעת הרא"ש; הגהות הרשב"ש, ב"ב מג ע"ב, בדעת הרשב"ש.

³²² חידושי הרי"י מיגאש, שבועות מג ע"א, ובשיטה מקובצת, ב"ב פז ע"א, בכינוי "רא"ם" (הובא בספר העיטור, מלווה על פה, ליד אות רצ, בטור, חומ"מ, צה, ה, ובספר מישרים, נתיב ל, חלק ב).

³²³ ר"י מיגאש, שם.

³²⁴ שו"ת הליכות אליהו (פיינשטיין), חומ"מ, סימן כה (הראשון). אך רז"נ גולדברג העיר, שלפי קצות החושן, שהובא במילואים להערה 321, אי אפשר לחייב שומר זה (לדעה שצריך מעשה קניין), משום שאי אפשר לעשות קניין במים.

³²⁵ שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ב, סימן סד; שו"ת בנימין זאב אחרון, סימן נה (על פי ש"ך, חומ"מ, צה, ס"ק יח, שכתב באופן כללי שבן חורין הוקש לקרקע); בית מאיר, אה"ע"ז, פ, יז; חידושי מחנה אפרים, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, א (בלשון "ייתכן", על השואל אדם להשתמש בו, וניזוק תחת רשותו); שו"ת משיב מלחמה, חלק א, עמ' לא (על מי שמוטלת עליו אבטחת ציבור מסוים, וזאת על פי רש"י,

נכס השייך לשום אדם אחר, וחיוב שמירה אינו יכול לחול כשאין לנכס בעלים, שמוסר את הנכס לשומר לשמור בעבורו³²⁶. אולם אחרים אומרים שרק עבד הוקש לקרקע, ואילו בן חורין לא הוקש לקרקע, ומי ששומר על בן חורין חייב בשמירתו ככל שומר³²⁷. באשר לטענה שאין כאן בעל נכס, יש לציין, שלהלן³²⁸ נראה שיש אומרים שגם שומר נכס הפקר חייב כלפי מי שביקש ממנו לשמרו, ואף כאן ניתן לחייב את השומר כלפי מי שביקש ממנו לשמור על בן החורין, כגון הורה שביקש משמרטף לשמור על תינוק, אף על פי שאינו בעליו של התינוק³²⁹. אם כן, קביעת חשין, שהבאנו לעיל, שחוק השומרים אינו חל על שמרטף, עולה בקנה אחד עם אחת הדעות במשפט העברי.

5. סייגים נוספים באשר לאופי הנכס הנשמר

השומר על נכס ששווה פחות מפרוטה אינו חייב בדיני שמירה, וגם אם פשע בו, הוא פטור מלשלם, משום שאין לנכס זה גדר ממון, שיחול עליו חיוב השבה; אלא שאם הוא בעין, השומר חייב להחזירו לבעליו³³⁰. אבל אם בשעת ההפקדה היה הנכס שווה פרוטה, ורק אחר כך ירד ערכו לפחות מפרוטה, נשאר עליו חיוב שמירה³³¹.

חיוב שמירה חל גם על נכס שבעליו אינו יכול למכרו באופן זמני, מסיבה מסוימת, גם אם זו מגבלה משפטית. אף על פי שבעלותו בנכס מוגבלת על ידי אי יכלתו למכרו לפי שעה, בכל זאת חל עליו חיוב שמירה³³².

אולם קיימים חילוקי דעות לגבי נכס שיש לו ערך רק עבור בעליו, ואחרים אינם יכולים לעשות בו שימוש, ולכן אין לו ערך עבורם. דוגמאות לדבר: גט אשה, כשהוא עדיין ביד הבעל, וברצונו לגרש בו את אשתו; דרכון; קמיע שנכתב כסגולה לרפואת אדם מסוים. יש אומרים שמאחר שיש לנכס רק ערך אישי, לא חלה עליו אחריות שמירה³³³. אולם אחרים אומרים, שמאחר שיש לנכס ערך עצמי עבור בעליו, ו"גופו ממון", אין זה משנה שלא יכול להיות לו ערך עבור אחרים, והשומר חייב עליו³³⁴.

קידושין ז ע"א, ד"ה שיש, שכתב שגם בן חורין הוקש לקרקע; חזון איש, ב"ק, סימן יא, ס"ק כא; שו"ת ברית יעקב, חלק א, סימן קה; קהילות יעקב, ב"ק, סימן כג (בדעת רש"י, קידושין, שם); אהל תורה (קוק), עמ' רסג (בדעת רש"י, קידושין, שם).

³²⁶ דברי יחזקאל, סימן לו, אות ו. הוא מסביר שהחיוב הנזכר בב"מ נח ע"א במי ששומר על תינוק, הוא אם עשה קניין (ראה סעיף 14, פרק ד, שמועיל קניין לחייב גם כשאין חיוב מן הדין).

³²⁷ מרדכי, ב"מ, סימן שנט וסימן שסז (הובא בשו"ת מהרי"ק, שורש קלא, ברמ"א, חו"מ, קעו, מה, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תלה, באורים גדולים, לימוד ירד, בשו"ת שארית יוסף, סימן א, ובשו"ת מהר"י קצבי, סימן כא); שו"ת הלכה למשה (ראם), סימן ד, אות ב; אשר למלך, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, א (שדווקא עבד עברי [!] דינו כקרקע). מרדכי שם כותב, שהשולח אדם לעשות לו שליחות בחינם, חייב כשואל על מה שקורה לשליח, ואם בשכר, נחשב שוכר.

³²⁸ סעיף 13, ליד ציון הערה 130.

³²⁹ רד"ג גולדברג, "שומר חפץ שאינו של המפקיד", תחומין יד (תשנ"ד), עמ' 205.

³³⁰ אור שמח, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ח; גן נעול, כפתור ג, פרח ב. אור שמח מוסיף שאפילו הזיק לו – פטור, משום שאין בית דין נזקק לפחות משווה פרוטה.

³³¹ גן נעול שם.

³³² שו"ת רביד הזהב, סימן כח, אות ט.

³³³ שו"ת בית יצחק, אהע"ז, חלק א, סימן עג, אות ט – על גט ועל דרכון ("פאסס").

³³⁴ מנחת פיתים, שירי מנחה, סימן שמ (על דרכון וקמיע); אבני החושן, שמ, ס"ק א (על קמיע שנכתב לאדם

1. עמדת החוק

היסוד השני להגדרת שמירת נכס בחוק השומרים הוא “כדין” – החזקה כדין. החזקה כדין כוללת את כל המקרים שבהם אדם מחזיק בנכס מטעם בעל הנכס – על דעתו או בשבילו. התנאי של החזקה כדין מוציא מכלל מסגרת חוק השומרים את כל המקרים שבהם מוחזק נכס אצל המחזיק שלא כדין, כגון גזלן או המשתמש בנכס של חברו בלי רשות, אפילו על דעת להשיבו.

מאחר ש“מחזיק שלא כדין” אינו כלול במסגרת חוק השומרים, עלינו לברר מה דינו. חוק השומרים, סעיף 2(ג), מרמז משהו על דינו: “שואל אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, יהיו גורמיהם אשר יהיו, ובלבד שאחריותו לא תהיה חמורה משל מחזיק בנכס שלא כדין”. נמצאנו למדים, שאחריותו של המחזיק שלא כדין חמורה אף מאחריות השואל, שהוא חייב בכל נזק שקורה לנכס (חוץ מן החריגים שנמנו בסעיף 4)³³⁵. פירוט רחב יותר של אחריותו – מקומו בדיון סביב פקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיף 52, על גזל, וסעיף 49, על עיכוב נכס שלא כדין.

שומר על פי דין, שעסקנו בו לעיל³³⁶, כלול במסגרת של “מחזיק כדין”, אף על פי שלעתים בעל הנכס עושה שלא כדין בהשאירו את הנכס ביד שומר זה. מאחר שהשומר אינו עובר מצידו על החוק בהחזיקו את הנכס, הוא מוגדר “מחזיק כדין”.

חשין סבור, שהמבחן של “כדין” מתייחס ל“בעל הנכס”, דהיינו, מי שהשומר מחזיק את הנכס בעבורו (לפי הגדרת סעיף 13). לפיכך, אם הפקיד גזלן את הנכס הגזול אצל אחר, הנפקד נחשב “מחזיק כדין” לגבי הגזלן, ויחול עליו חוק השומרים כלפי הגזלן, אף על פי שאולי כלפי בעל הנכס החוקי ייחשב מחזיק שלא כדין³³⁷. כמו כן, המחזיק סם מסוכן עבור אדם אחר, אף על פי שיש בהחזקת הסם עברה על החוק, חל עליו חוק השומרים ביחס לבעל הסם, מאחר שביחס לבעל הסם הוא מחזיק “כדין”³³⁸.

ייתכן מצב שתחילת החזקת הנכס הייתה כדין, ואחר כך הפכה להיות שלא כדין, כגון שהפר תנאי בהסכם, או עשה מעשה, או חדל מחדל, החותרים באופן מהותי תחת הסכם השמירה, במידה שהחוק מחייב אותו כעוולה³³⁹. במקרה זה, כדי לחזור ולהיחשב למחזיק כדין, לא די שיחזיר את הנכס למקומו, אלא הוא צריך לעשות הסכם מפורש על כך עם בעל הנכס³⁴⁰. אבל שומר שקיבל על עצמו להניח את הנכס בכספת, והוציאו מן הכספת והניחו

מסוים בלבד); רא“נ לעויטאן, “אם יש שמירה ומזיק על גט אשה”, הפרדס שנה כח, חוב’ ח (אייר תשי”ד), עמ’ 14 (על גט); שו”ת חבל יעקב, חלק א, סימן כה (על גט); שו”ת ראשי בשמים, חו”מ, סימן קא, אות ב (על דרכון).”

³³⁵ מ’ חשין, “שמירה ושומרים”, משפטים ג (תשל”א) 152.

³³⁶ פרק א, 6.

³³⁷ חשין, עמ’ 149.

³³⁸ חשין, עמ’ 149, הערה 43. על עמדת המשפט העברי בעניין גזלן המפקיד נכס, ראה סעיף 13, הערה 137 והערה 138.

³³⁹ חשין, עמ’ 151.

³⁴⁰ חשין, עמ’ 152.

בארון, אין הוא נחשב מחזיק שלא כדין; אלא שנחייב אותו אם ההוצאה מן הכספת גרמה לנזק³⁴¹. ככלל, אם הפר תנאי בהסכם שאין בהפרתו "עוולה", עדיין הוא נחשב מחזיק כדין³⁴². גם שומר הממשיך להחזיק בנכס לאחר שפקעה השמירה, כשבעל הנכס מוכן לבוא וליטלו (כך שלא חל עליו סעיף 11, העוסק במקרה שבעל הנכס אינו רוצה לקבל את הנכס), נחשב מחזיק שלא כדין. לדוגמה, שוכר שחייב להחזיר את הנכס בשעה מסוימת, ולא החזירו בזמן, נחשב מחזיק שלא כדין משעה שחלף מועד ההחזרה שנקבע. אך מי ששכר נכס לשנה, ומאחר להחזירו שלוש שעות, אינו נחשב מחזיק שלא כדין, והוא רק חייב דמי שכירות נוספים (אלא אם כן יש לו כוונה מפורשת אחרת). דווקא המפגר פיגור משמעותי, כגון השוכר לחצי שעה ואיחר שעה בהחזרתו, יש לראותו כמחזיק שלא כדין³⁴³. דוגמה מיוחדת של מחזיק שלא כדין היא המעשה באדם שהשכיר בית, ועבר זמן השכירות, והוציא בעל הבית את השוכר באמצעות ההוצאה לפועל, ונשארו בביתו חפצים של השוכר. לדעת א' לבנד, אין בעל הבית נחשב שומר על החפצים הללו, משום שהם בידו "שלא כדין", שהרי לפי חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, סעיף 64(ב), במקרה זה צריך המוציא לפועל למסור את החפצים לשמירה, ובעל הבית לא נהג ככך³⁴⁴.

2. עמדת המשפט העברי

גם לפי המשפט העברי, חיוב שומר אינו חל על מי שמחזיק בנכס בלי רשות, כגון: גולן; שואל שלא מדעת (המשתמש בחפץ של הזולת שלא ברשותו בלא כוונת גנולה); שולח יד (שומר המשתמש בפיקדון לצרכו ובעדעתו להשיבו לבעלים לאחר השימוש); כופר בפיקדון (שומר המכחיש את קבלת הנכס לשמירה, או הטוען שהשיבו לבעליו); ומעכב פיקדון (שומר המסרב להחזיר את הנכס על פי דרישת בעליו, אך מתכוון להשיבו אחר זמן). כל אלו חייבים אמנם באחריות לנכס, אבל לא מדין שומר. כעת נגדיר בקצרה את אחריותו של המחזיק שלא כדין, לסוגיו השונים.

גולן: גולן חייב להשיב את הגנולה, כמו שנאמר: "והשיב את הגנולה אשר גולל"³⁴⁵. חיוב זה של הגולן דומה לחיובו של שומר, האחראי אף הוא לשלמות הנכס ולהחזרתו, ומידת אחריותו של הגולן אף גדולה משל רוב השומרים, שכן הגולן אחראי על כל מה שיקרה לנכס, לרבות "אונס"³⁴⁶. אולם הואיל ואחריות הגולן היא שלא מרצונו, יש דברים שלגביהם פחות היקף אחריותו משל שומר על פי הסכם, החייב מתוקף הסכמתו לשמירה: בהמה שרזתה באופן זמני, ופירות שהרקיבו מקצתם. הגולן פטור באלה משום שלא קיבל עליו שמירה, לעומת השומר, שחייב בהם משום שקיבל עליו שמירה³⁴⁷.

יש הקלה נוספת הנובעת מאי חובתו של הגולן בשמירה, במקרה שהתייקר הנכס אחרי שעת הגנולה, ואחר כך אבד. גולן מתחייב באחריות הנכס בשעת הגנולה ("כל הגולנים משלמים

³⁴¹ חשין, עמ' 153. על נזק כזה מחמת העברה ממקום למקום, ראה סעיף 2(א), ליד ציון הערה 329.

³⁴² חשין, עמ' 154.

³⁴³ חשין, עמ' 153-155.

³⁴⁴ א' לבנד, "הוצאה לפועל – פירוק החברה – שומר חנם – הסגת גבול", הפרקליט כז (תשל"א) 345.

³⁴⁵ ויקרא ה, כג.

³⁴⁶ סנהדרין עב ע"א*.

³⁴⁷ תוספות, ב"ק נו ע"ב (ד"ה פשיטא)*.

כשעת הגזלה³⁴⁸), ולכן הוא ישלם כמחיר הנמוך של הנכס שבשעת הגזלה, אף על פי שבשעת אבדתו היה יקר יותר. זאת גם אם אבד הנכס מחמת פשיעתו. בזה הוא שונה משומר שפשע, שמשלם כערך הנכס בשעת הנזק, ולא כערכו בשעת ההפקדה, כפי שנראה להלן³⁴⁹. מאחר שהגזלן אינו חייב באחריות שמירה, אין לחייבו על שעת פשיעתו, אלא על שעת הגזלה³⁵⁰. יש הסוברים, שבנוסף לאחריות הגזלן בתור גזלן, חלה עליו אחריות בתור שומר אבדה. כפי שראינו לעיל³⁵¹, המשפט העברי כולל במסגרת "שומר אבדה" את כל מי שהנכס ברשותו כאשר בעל הנכס אינו יכול לשמרו, גם אם לא הביע הסכמה לשמור. גם גזלן נכנס להגדרה זו, ולכן תחול עליו אחריות כשומר אבדה. על כן, אם פשע הגזלן בנכס, יחויב לשלם מטעם שומר, וישלם לפי ערך הנכס בשעת הנזק, אם התייקר בינתיים, כדי "שלא יהא חוטא נשכר". מאידך גיסא, לדעה זו, כל שומר אבדה פטור בפירות שהרקיבו מקצתן ובבהמה שרזתה באופן זמני, הואיל וחייבו בשמירה הוא על כורחו, ועל כן גם גזלן פטור בזה, אף על פי שיש עליו אחריות כשומר אבדה³⁵².

שואל שלא מדעת: זהו הלוקח חפץ מאחר, ומשתמש בו שלא בידיעת בעליו, ואינו מתכוון לגזלו אלא להשיבו לאחר השימוש.

המשפט העברי מכיר בשני סוגים של שואל שלא מדעת, ובשניהם נקבע דינו כגזלן: (א) המשתמש בחפץ של הזולת בלא ידיעת בעליו³⁵³; (ב) המשתמש בפיקדון בלא ידיעת בעל הנכס³⁵⁴. אולם יש הבדל יסודי בין שואל שלא מדעת לבין גזלן. בניגוד לגזלן, שהוא משתמש בחפץ של הזולת במגמה לחסר אותו מבעליו, השואל שלא מדעת אינו מתכוון לחסר את החפץ מבעליו אפילו במקצת.

לפיכך, נחלקו הפוסקים בגדרה של קביעה זו, הקובעת את דינו של השואל שלא מדעת כגזלן. יש הסוברים³⁵⁵, שמאחר שהשואל שלא מדעת משתמש בחפץ שלא בכוונת גזלה, דינו מן התורה כשואל, וחכמים הם שהחמירו והטילו עליו מקצת מדיני גזלן. לדוגמה, השואל שלא מדעת חייב בנוק שנגרם עקב שימוש בחפץ, לעומת השואל, שפטור במקרה זה, כפי שנראה להלן³⁵⁶. ואילו אחרים סבורים³⁵⁷, שהמשתמש בנכס הזולת שלא מדעתו אינו בגדר שומר, אלא דינו כגזלן לגמרי. נראה שלדעתם זהו מדין תורה. אפשר שיש נפקות בין שתי השיטות לעניין חישוב התשלום, אם ניווק הנכס לאחר

³⁴⁸ ב"ק צג ע"ב.

³⁴⁹ סעיף 5, ליד ציון הערה 7.

³⁵⁰ קצות החושן, שנד, ס"ק ב; נתיבות המשפט, שנד, ס"ק ג.

³⁵¹ פרק א, 6 (ג).

³⁵² שער משפט, שנד, ס"ק א. הבאנו את עיקר דבריו במילואים להערה 263, ושם הבאנו שיש החולקים עליו. לעניין חיוב שומר אבדה בנוק זמני, ראה סעיף 2(א), במילואים להערה 402.

³⁵³ שו"ע, חו"מ, שנט, ה.

³⁵⁴ שו"ע, חו"מ, רצב, א.

³⁵⁵ דברי משפט, רצב, ס"ק ד; שו"ת קרן לדוד, או"ח, סימן פג (הובא בפתחי חושן, הלכות גנבה, פרק ז, הערה א).

³⁵⁶ בסעיף 4, פרק ב.

³⁵⁷ פתחי חושן, שם, מביא מביא מקורות רבים שמשמע מהם שעובר ב"לא תגזול", כלומר, שהוא גזלן מן התורה.

שהתייקר³⁵⁸. לדעה הראשונה, כשם ששומר משלם כשעת הנזק, כך השואל שלא מדעת ישלם כמחיר היקר של שעת הנזק, שכן מן התורה דינו כשומר, וחכמים עשו אותו גולן רק כדי להחמיר עליו ולא להקל עליו. לעומת זאת, לדעה השנייה, דינו יהיה כגולן המשלם כשעת הגזלה, וזוהי קולא כאן.

שולח יד: שומר על פי הסכם ש"שולח יד" בפיקדון, דהיינו שעשה בו מעשה לגזלו³⁵⁹, פוקעים ממנו דיני שומר על פי הסכם, וחלים עליו דיני גולן. יש לכך השלכות לקולא ולחומרא. לקולא – יש הלכות המקילות את דינו יותר מדינו של השומר על פי הסכם, כגון חישוב התשלום לפי שעת שליחות היד ולא לפי שעת הנזק, שיש בו משום קולא, אם התייקר הנכס בינתיים³⁶⁰. לחומרא – כגון חיובו באונס, אף אם לא היה שואל מלכתחילה³⁶¹, וכגון נזק שאירע לנכס מחמת שימוש, ששואל פטור בו, וגולן חייב בו.

כופר בפיקדון: הכופר בפיקדון דינו כגולן³⁶², בין אם הוא מכחיש את עסקת השמירה מעיקרה, ובין אם הוא טוען שהחזיר את הפיקדון לבעליו, ונמצא שקרן³⁶³. כפירה בפיקדון היא "מעשה גזלה", המביא להחלת הגדרת גולן לכל דיניו. אבל יש מי שאומר שלא פקע ממנו חיוב שומר, ואם התייקר הנכס אחרי שעת הכפירה, ואחר כך קרה נזק בפשיעתו, ישלם כערכו בשעת הנזק, כדין שומר, לחומרא. רק אם קרה הנזק באונס, כך שאי אפשר לחייבו מדין שומר, ישלם כערך הנכס בשעת הכפירה, כדין גולן, לקולא³⁶⁴. נראה שלדעה זו, לא פסק ממנו דין שומר גם לעניין המקרה שהרקיבו מקצתו, לחומרא, ודין גולן נאמר בו רק להחמרת אחריותו, כמו, לדוגמה, בחיוב אונס.

מעכב פיקדון: לפי המשפט העברי, המועד להחזרת הפיקדון הוא משעה שבעל הנכס דורש אותו³⁶⁵. אם השומר מסרב להחזיר את הפיקדון במועדו, לפי שעה, ואינו כופר בו, נחלקו הפוסקים האם דינו ככופר בפיקדון. יש אומרים, שהמסרב להחזיר פיקדון במועדו אינו שונה מהשולח יד בפיקדון או כופר בו, שדינם כגולן, וגם הוא נכלל בגדר "עושק"³⁶⁶. אולם אחרים אומרים, שרק הכופר בפיקדון, או שולח בו יד, חייב באונס, אבל המעכב פיקדון אינו חייב באונס³⁶⁷.

ניתן לנמק את הדעה השנייה כך: הכופר בפיקדון מתכוון לגזול את הנכס, שהרי הוא מקווה שהשקר שלו לא יתגלה, ויוכל ליטול את הנכס לעצמו. לעומתו, מעכב הפיקדון אינו מתכוון לגזול, אלא הוא רוצה להחזיק את הנכס בידו לפי שעה. ואף על פי שגם הגולל על דעת

³⁵⁸ אמרי ברוך, רצב, א (שלא התייחס למחלוקת שהזכרנו), דן האם חישוב תשלומי שואל שלא מדעת הוא כגולן, ומשלם כשעת הגזלה, או כשומר, ומשלם כשעת הנזק.*

³⁵⁹ ערוך השולחן, חו"מ, רצב, א.

³⁶⁰ טור, חו"מ, רצב, ט; ערוך השולחן, חו"מ, רצב, יד. לא ברור מה דינו בהרקיבו מקצת או כחש החוזר – האם פטור כגולן או חייב כשומר.

³⁶¹ שו"ע, חו"מ, רצב, א – לגבי החיוב באונס.*

³⁶² שו"ע, חו"מ, רצד, א.

³⁶³ ערוך השולחן, חו"מ, רצד, א.

³⁶⁴ חידושי ר"ע איגר, חו"מ, רצד, א.*

³⁶⁵ ראה סעיף 11, פרק ז.

³⁶⁶ תשב"ץ, חלק ב, סימן רטו (הובא בשו"ת השמיים החדשים, חו"מ, סימן רפא); שו"ת הרדב"ז, סימן רב; שו"ת ר"ש דוראן (תשב"ץ, חלק ד, הטור הראשון), סימן כ, בסופו.*

³⁶⁷ קצות החושן, רצד, ס"ק א.*

להחזיר הוא גולן³⁶⁸, הדבר אמור כשהוצאת הנכס מרשות בעליו הייתה באיסור, מה שאינו כן כאן, שהנכס הגיע לרשותו בהיתר, בהפקדה³⁶⁹.

פרק רביעי

"שלא מכח בעלות"

1. עמדת החוק

הסייג "שלא מכוח בעלות" בהגדרת שמירת נכס מוציא מגדר שמירה את המקרים שבהם אדם מחזיק בנכס "מכוח בעלות". הדוגמה העיקרית לכך היא הלוואה, שבה הבעלות על הכספים או הנכס האחר נשוא הלוואה (כגון כוס סוכר) עוברת לידי הלווה, שכן הוא אינו חייב להחזיר את הנכס בעין, אלא חייב להחזיר דבר אחר מאותו סוג. השומר נבדל מן הלווה בחובתו להחזיר את הנכס בעין. לכן גם "פיקדון" בבנק הוא למעשה הלוואה, ואין בו דיני שמירה³⁷⁰. אולם אם הופקד כסף לשם שמירתו בעין, חל עליו חוק השומרים. גם אם קיבל השומר את הכסף כדי להתראות בו, להיראות עשיר, אבל שלא על מנת להשתמש בו להוצאה, הוא נחשב שואל, שגם הוא בכלל שומר. לעומת זאת, אם קיבל את הכסף למטרת הוצאה, גם אם הותנה שיוכל להוציא רק חלק מהקרן כל חודש, ולא נקבע במפורש שתישאר הקרן בעין, הרי זו הלוואה, ואינו שומר³⁷¹.

לגבי מי שמסר חטים לטוחן לטחון, יש הבחנה: אם הוסכם שהטוחן חייב להחזיר לו קמח מאותן חטים, הטוחן נחשב שומר; ואם הוסכם שהטוחן רשאי להחזיר לו קמח אחר, השוהו בנפחו לקמח שהיה עשוי להתקבל מכמות כזאת של חטים, הטוחן נחשב בעלים, כמו לווה³⁷². חשין סבור שהגדרת "בעלות" לעניין זה כהגדרתה בחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, סעיף 2: "בעלות היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר, כפוף להגבלות שבדין או שבהסכם"³⁷³.

ראובן השכיר נכס לשמעון למשך זמן מסוים, ובתוך הזמן הזה שכר אותו ראובן חזרה משמעון. ראובן – בעליו החוקי של הנכס – נחשב שומר כלפי שמעון, השוכר, ואין אומרים שזו החזקה "מכוח בעלות", שהרי אף על פי שהוא בעליו החוקי של הנכס, החזקתו בנכס כעת היא מכוח שכירות, ולא מכוח בעלות³⁷⁴.

³⁶⁸ שו"ע, חו"מ, שמח, א.

³⁶⁹ נימוק אפשרי נוסף הוא על פי הדעה (חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ כו ע"ב), שהכופר בפיקדון נעשה גולן רק אם כפר בבית דין – זהו מעשה חשוב, שנחשב מעשה גולה, שלא כמעכב פיקדון, שאינו מעשה חשוב מכיוון שלא היה בבית דין.

³⁷⁰ מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 157.

³⁷¹ חשין, שם.

³⁷² חשין, שם.

³⁷³ חשין, עמ' 156. הגדרה דומה מצויה בחוק המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיף 2.

³⁷⁴ חשין, עמ' 157.

חוק השומרים חל גם על עסקת שכירות-מכר, כיוון שהנכס אינו בבעלותו כל זמן שלא פרע את מלוא המחיר, אף על פי שייטכן שבסופו של דבר יישאר הנכס בידו, במכר³⁷⁵.

2. עמדת המשפט העברי

יש מקרים אחדים שהמשפט העברי מטיל בהם חיוב שמירה על אנשים שיש להם בעלות מלאה או חלקית בנכס: (א) שותף המחזיק בנכס השותפות אחראי על חלקו של חברו כשומר שכר³⁷⁶. (ב) שומר שהפקיד את הנכס חזרה אצל בעל הנכס לשמירה, בעל הנכס חייב בשמירה כלפיו³⁷⁷. (ג) הקונה נכס לזמן הוא שומר חנים עליו למשך הזמן שהוא אצלו³⁷⁸. (ד) מי שנתן לו חברו נכס במתנה על מנת להחזיר, חייב כשומר על הנכס³⁷⁹.

אולם נראה שאין הלכות אלה עומדות בסתירה לעמדת החוק, שבעל נכס אינו יכול להיות שומר עליו. לגבי המקרה השני שהזכרנו, כבר הסביר חשין שכשבעל הנכס שומר עבור השומר, החזקתו אינה מכוח בעלות, אלא מכוח הסיבה הזמנית שבגללה הוא מחזיק את הנכס – לשמרו עבור השומר. במקרים האחרים שמנינו, מדובר במחזיק שיש לו רק בעלות חלקית על הנכס, ולכן הוא יכול להיות אחראי בשמירה כלפי מי שיתרת הבעלות שייכת לו. לשותף יש בעלות על חלק מכמות הנכס, והוא אחראי כלפי שותפו על חלקו הכמותי של שותפו בנכס. ללוקח לזמן קצוב ולמקבל מתנה על מנת להחזיר יש בעלות בנכס למשך זמן מסוים, ואחריו עוברת הבעלות לאדם אחר, והאחריות היא כלפי הבעלות האחרת, שתבוא לאחר זמן.

יש פן אחר לכלל שבעל נכס אינו יכול להיות שומר עליו: מעמד השמירה אינו מקנה לשומר בעלות בנכס³⁸⁰, ואינו גורע מבעלותו של בעל הנכס בנכס. לפיכך, גם בהיות הנכס אצל השומר, יש בכוחו של בעל הנכס להקנותו לאחר³⁸¹. יתר על כן: יש אומדן דעת, שעקב הבעלות המוחלטת של בעל הנכס, מוכן השומר אף להקנות לו את המקום בביתו שהנכס מונח בו, כדי שישתמש בו להניח שם את הנכס שלו³⁸².

³⁷⁵ חשין, עמ' 160.

³⁷⁶ ראה סעיף 1(ג), פרק ג, 10*.

³⁷⁷ ראה סעיף 11, פרק ו, 2. דוגמה אחת לכך היא שוכר שהשכיר את הנכס חזרה למשכיר, המקרה שחשין הזכיר.

³⁷⁸ ראה לעיל, ליד ציון הערה 208. וראה סעיף 1(ג), ליד ציון הערה 400, שיש שהסבירו שאינו שומר שכר, מפני שהנאתו באה לו בתורת בעלות ולא כשומר; צריך לומר, שאין בסברה זו כדי לפטרו לגמרי*.

³⁷⁹ ראה סעיף 1(ג), פרק ג, 14 (א).

³⁸⁰ כך עולה מן המקורות שנביא בהערה הבאה, שאומרים שהנכס הוא בבעלות בעל הנכס המקורי. וכך כתב בפירוש שו"ת אהל משה (רויזמן), או"ח, סימן ב, אות ו, שאין הנכס נחשב ברשות השומר, ורק אם קיבל על עצמו אחריות מיתה, נחשב שלו*.

³⁸¹ רמב"ם, הלכות מכירה, כב, ט (הובא בשו"ת מהרלב"ח, סימן צד); טור, חו"מ, ריא, ז*.

³⁸² רשב"ם, ב"ב פה ע"א, ד"ה המופקדין (הובא באמרי בינה, דיני פסח, סימן ד, בט"ז, חו"מ, קפט, א [ומשם בגידולי ציון, עמ' סד], בקצות החושן, קפט, ס"ק א [ומשם בזכרון יהונתן, סימן ג, דף קכ ע"ג, בהגהה], בפסק של ר' חנניא יקר, בשו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן סה, בשו"ת חסד יהושע, מהדורא תניינא, סימן לד, בשו"ת צמח צדק [חב"ד], חו"מ, סימן לג, בשו"ת מהר"ש ענגל, חלק ה, סימן קג, בחומת משפט, א, עמ' קיז, ובאורח מישורים, סימן רצב); ערוך השולחן, חו"מ, עב, סז; צפנת פענח, על הרמב"ם, הלכות ערכין, ו, כב, בדעת רש"י, כתובות פה ע"א (ד"ה הוי); צפנת פענח, ב"ק ע ע"א (חלק א, עמ' קצא); נטע שורק, פרשת בהר (קח ע"ג, קט ע"א)*.

3. שומר כסף הרשאי להשתמש בו

כפי שאמרנו, לווה אינו כלול בכלל השומרים, כיוון שהוא מחזיק בכסף "מכוח בעלות", וכתוצאה מכך, אין מוטל עליו להחזיר בעין אותו כסף שקיבל. כעת נדון במקרה ביניים: שומר כסף הרשאי להשתמש בו. נברר האם יש להגדירו כשומר או כלווה, ונראה שיש לדבר נפקות אחרות.

באילו תנאים מותר לשומר כסף להשתמש בו? העיקרון המנחה בעניין זה הוא, שאם יש לשער שבעל הכסף התכוון לתת לשומר רשות שימוש בכסף, השומר אכן רשאי להשתמש בו. לפיכך, אם השומר הוא אדם הזקוק באופן מתמיד לכסף מזומן לצורך עסקיו, כגון חלפן כספים ("שולחני") או חנווני³⁸³ או מי שעסקו במתן הלוואות³⁸⁴, הוא רשאי להשתמש בכספי הפיקדון. זאת בתנאי שהכסף אינו צרור בקשר מיוחד, ואינו חתום³⁸⁵. גם כסף בארנק דינו כדין כסף צרור בקשר רגיל, ומותר להשתמש בו³⁸⁶. מאחר שבעל הכסף יודע שהשומר זקוק באופן קבוע לכסף, ומאחר שלא קשר את הכסף בקשר מיוחד, יש להניח שהוא מסכים שהשומר ישתמש בכסף³⁸⁷. גם מי שיש בידו כסף של הציבור, המיועד למטרה ציבורית, רשאי להשתמש בו, אם כשקיבל אותו מן הציבור לא היה הכסף צרור או חתום, מפני שזה מראה שהציבור מסכים שהמחזיק בכסף ישתמש בו, ודעת הציבור משקפת את דעת התורמים הפרטיים³⁸⁸. כמו כן, רשאי אדם להשתמש בכסף של הצדקה שהוא שם בקופה בביתו (שהוא אחראי עליו כשומר), אם הוא מסוג האנשים שהזכרנו, הזקוקים תמיד לכסף, משום שיש להניח שהעניינים, בעלי הכסף, מוכנים שישתמש בכסף בעת שהוא שומר עליו³⁸⁹.

לעומת זאת, אין מתירים מן הסתם לשומר להשתמש בכסף, במקום שאין סיבה להניח שבעל הכסף מוכן שישתמש בו, כגון שהשומר הוא אדם שאינו זקוק בקביעות לכסף מזומן³⁹⁰. כמו כן, יש אומרים שאם ניתן לו הכסף רק לזמן קצר, כדי שיעביר אותו לאדם שלישי, אין לשומר-המוביל רשות שימוש בכסף, גם אם הוא חלפן כספים וכדומה³⁹¹. אלא שיש מתירים

³⁸³ ב"מ מג ע"א; רמב"ם, הלכות שאילה, ז, ו; ספר הפיקדון (פרידלנדר), עמ' 65; סמ"ג, עשה פח; ספר העיטור, פיקדון, ליד אות קנח; אור זרוע, ב"מ, סימן קלו, בשם ראב"ה (גם בחנווני); צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער יב, עמ' קסו, והארוך, דרך ה, שער ו, עמ' שצה; אורחות חיים, סה, ג; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תשעה; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ב; טור, חו"מ, רצב, יא; שו"ע, חו"מ, רצב, ז; מאור יעקב (כהנא), סימן ד (דף כט); מגיני שלמה, כתובות נה ע"ב; שו"ת דבר אמת (מונטוניגו), סימן פח.*

³⁸⁴ תוספות הרא"ש, ב"מ מט ע"א (ד"ה לא), בשם רבנו תם, ורא"ש, ב"מ, פרק ד, סימן יג (הובא בשו"ת זרע יעקב, נאים, סימן כד), בשם רבנו תם; תוספות שאנץ, בשיטה מקובצת, ב"מ מז ע"ב, בשם רבנו תם; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תשעה (אדם שדרכו לסחור); טור, חו"מ, רצב, יא (הובא בשו"ת מהרשד"ם, אהע"ז, סימן קמ), בשם רבנו תם; שו"ת אבקת רוכל, סימן קסג (הובא בשו"ת מעיין גנים, עבאדי, יו"ד, סימן ח, עמ' 136); שו"ת זקן אהרן (הלוי), סימן קצא, בשם רבנו תם; שו"ת חלקת השדה (דייטש), סימן כה (כב ע"ג), בשם מרדכי (מי שעסקו בכסף ולא בשדות וקרמים).*

³⁸⁵ רמב"ם, סמ"ג, ספר מישרים, טור ושו"ע שם; גן נעול, כפתור ד, פרח ח (יח ע"א); תומים, עד, ס"ק ז; שו"ע הרב, הלכות מציאה ופיקדון, סימן כח; בן איש חי, שנה א, פרשת כי תבוא, סעיף טז.*

³⁸⁶ ר' יואל הלוי, במרדכי, ב"מ, סימן רצה, והובא בבית יוסף, חו"מ, רצב, יא.

³⁸⁷ פרישה על הטור, שם, וסמ"ע, רצב, ס"ק טו; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן מט.*

³⁸⁸ נתיבות המשפט, שא, ס"ק ט.*

³⁸⁹ חכמת שלמה, חו"מ, שא, ו.*

³⁹⁰ המקורות בהערה 383.*

³⁹¹ בית יוסף, יו"ד, סימן קסט, ד"ה ומדברי הרמ"ה (הובא בחידושי ר"ע איגר, חו"מ, רצב, ז, בשו"ת מי באר, סימן עג, בשו"ת חסד לאברהם, תאומים, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לו, בשו"ת הרי בשמים, חלק א,

גם למוביל זה להשתמש בכסף³⁹². וגם לדעה הראשונה, אם עשה בעל הכסף שליח להביא לו את הכסף מידי אדם החייב לו, רשאי השליח להשתמש בכסף עד שיחזיר אותו למלווה, בעל הכסף, מפני שאין זו הפקדה לזמן קצר³⁹³. שומר אחר שאינו רשאי להשתמש בכסף המופקד, הוא השומר כספי יתומים³⁹⁴. השימוש אסור אפילו עשה טובה ליתומים³⁹⁵. אין אומרים שהשומר רשאי להשתמש בכסף, מפני שיעבור זמן רב עד שיגדלו היתומים, ואין חשש (כמו בפיקדון רגיל) שיצטרך להחזירו פתאום ולא יהיה לו כסף מזומן לשלם³⁹⁶. בכל זאת השימוש אסור, מפני שחוששים שמא כתוצאה משימוש בכסף יאבד הכסף, ולא יוכל להחזיר ליתומים, והרי בנכסי יתומים נחוצה זהירות מרובה. רק אם הופקדו אצלו מיטלטלין או קרקעות של יתומים, והוא מכר אותם מאיוו סיבה, הוא רשאי להשתמש בכסף שקיבל בתמורה³⁹⁷. עוד הגבלה על היתר השימוש בכסף במקרים דלעיל היא, שההיתר נהוג רק במטבעות כסף, אבל שומר מטילי כסף אינו רשאי להשתמש בהם, אלא אם כן מקובל באותו מקום להשתמש בהם³⁹⁸. כמו כן, שומר מטבעות זהב אינו רשאי להשתמש בהם, מכיוון שכדי להשתמש בהם למסחר צריך להחליף אותם במטבע אחר, ולכן יש להניח שבעל המטבעות לא יסכים שישתמש בהם למסחר³⁹⁹.

לאחר שקבענו מתי מותר לשומר הכסף להשתמש בו, נברר את השאלה שהעלינו בתחילה: האם שומר שרשאי להשתמש בכסף מוגדר כשומר או כלווה? שאלה זו שנויה במחלוקת, ויש לכך נפקויות שונות. נפקות אחת היא לענין חובתו להחזיר את הכסף בעין. יש אומרים, שאינו מחויב להחזיר אותם מטבעות שקיבל, גם אם טרם השתמש בכסף, כמו שלווה רשאי להחזיר מטבעות אחרים⁴⁰⁰, מפני שהיתר השימוש כולל גם את הזכות להחליף את המטבעות אף בלי

סימן קכו, בשו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן ק, ובנתיבות המשפט, סימן קכא, ס"ק י, וסימן קכה, ס"ק ג; שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן לד; דברי גאוני, כלל זה, סימן עג, בדעת בית שמואל, לה, ס"ק טו וס"ק כא; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, סימן כג, ומהדורא ג, חלק א, סימן רפו.
³⁹² ש"ך, חו"מ, קכא, ס"ק לה, עוסק בשליח, ואף על פי כן כותב שאם הוא שולחני הוא רשאי להשתמש; ונתיבות המשפט, שם, הבין שהוא חולק על בית יוסף (אך ר"ש זרחי, בתשובתו בשו"ת נחלת שמעון, סימן סג, ובתשובה דומה שלו בשו"ת אפריון דוד, סימן כד, הראשון, מבאר שהש"ך דיבר במקרה שהכסף היה אמור להימצא בידו זמן מסוים, ובוזו אף הבית יוסף מתיר להשתמש).
³⁹³ נתיבות המשפט, סימן קכא וסימן קכה שם, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצב, ס"ק ב. שו"ת מהר"ש ענגל, חלק ה, סימן קג, כותב שנתיות המשפט מתיר רק אם הוא שולחני או דומה לשולחני.
³⁹⁴ ב"מ כט ע"א; רי"ף, ב"מ טו ע"ב (ברפי הרי"ף); אור זרוע, ב"מ, סימן פ, בשם ר' ברוך מארץ יוון; טור, חו"מ, סימן רסד, כו וסימן שא, ו; שו"ע, חו"מ, שא, ח.
³⁹⁵ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ כט ע"ב; פרישה, חו"מ, רסד, כו.
³⁹⁶ מאירי, ב"מ כט ע"ב.

³⁹⁷ ב"ח, חו"מ, שא, ו. זה דומה להלכה שנראה בסעיף 6, ליד ציון הערה 169, שאם מכר השומר את הנכס מפני שעמד להתקלקל, הוא רשאי להשתמש בכסף (ראה גם הערה 383). נראה שבשני המקרים הטעם הוא תקנת חכמים, כתמורה לטרחתו במכירת הנכס לטובת בעל הנכס; או שיש להניח שבעל הנכס מוכן שישתמש כיוון שטרחה לעשות לו טובה.
³⁹⁸ מרדכי, ב"מ, סימן רצה; מאירי, ב"מ מג ע"א, בשם חכמי פרוניצא.
³⁹⁹ מאירי שם.

⁴⁰⁰ ש"ך, חו"מ, סימן מז, ט, סימן עג, ס"ק נה, סימן עה, ס"ק טו, וסימן רצב, ס"ק ח (הובא בשו"ת נחלת שמעון, סימן סג, בספר המקנה, קונטרס אחרון, סימן לה, ט, בשו"ת דבר אמת, מונסונייגו, סימן פח, ובשו"ת רוח יעקב, שלם, סימן ח וסימן ט); נתיבות המשפט, סימן קכה, ס"ק ג, וסימן רצב, ס"ק ט; תומים, עג, ס"ק כ, בדעת הרי"ף; משנת יעבץ, חו"מ, סימן מ, ס"ק ה, בדעת הרמב"ם; בית יהודה (מהריר"ן).

הסכמת בעל הכסף⁴⁰¹. אך אחרים פסקו, שכל זמן שלא השתמש בכסף, עליו להחזיר ממש אותם מטבעות שקיבל, כמו כל שומר⁴⁰².

נפקות שנייה היא למקרה שמת השומר, ובא בעל הכסף ותבע את הכסף מירשיו. אם זה נחשב הלוואה, הרי כמו שבכסף של הלוואה, אין המלווה יכול לתבוע את הכסף מן היורשים (אם אין בידם קרקעות שירשו), מפני הכלל שמיטלטלין של יתומים אינם משתעבדים לנושה, כך גם כאן, אין בעל הכסף יכול להוציא מן היורשים. אבל יש אומרים שדין הכסף כדין פיקדון רגיל, שאותו חייבים היורשים להחזיר למפקיד, אף על פי שהוא מיטלטלין, מפני שאין כסף זה בכלל הירושה שירשו, אלא גם אחרי מות המוריש הוא שומר על זהותו כפיקדון, המצוי תמיד ברשות בעליו⁴⁰³.

נפקות שלישית היא לגבי האפשרות שנושה אחר של השומר יגבה ממנו כסף זה בחובו. לפי הדעה שכסף זה מוגדר כהלוואה, הרי כמו שאם הלווה ראובן כסף לשמעון, ושמעון חייב כסף גם ללוי, יכול לוי לגבות כסף זה בחובו (בכפוף לדיני קדימה בגביית חוב), משום שכסף זה איבד את זהותו כשייך לראובן, כך גם כאן⁴⁰⁴. אבל לדעה שהכסף הזה מוגדר כפיקדון, זהותו נשמרת כשייך לבעל הכסף שהפקיד אותו, ונושה אחר של השומר אינו יכול לגבותו ממנו בחובו, כשם שאינו יכול לגבות ממנו שרשרת זהב שהפקדה אצלו⁴⁰⁵.

נפקות רביעית היא למקרה שבעל הכסף מוחל לשומר על הכסף. לדעה שהכסף מוגדר כהלוואה, פטור השומר מחיובו להחזיר, כשם שלווה פטור אם מחל לו המלווה על חובו⁴⁰⁶. אולם לדעה שהכסף הוא פיקדון, אין המחילה פוטרת את השומר, כשם שמי שהפקיד שרשרת זהב אצל אחר אינו יכול למחול עליה, מכיוון שכל פיקדון נמצא ברשות בעליו, וכדי שיופטר השומר מלהחזירו, צריך בעל הנכס להקנותו לו.

אמרי אש, ומנחת הבוקר, ב"מ כט ע"א (שלושתם – כמובא באוצר מפרשי התלמוד, ב"מ שם, הערה 41).

בדעת הרמב"ם; ר' בנימין קאזיז, המובא בשו"ת רוח יעקב (שלם), סימן ט.

⁴⁰¹ תומים, עג, ס"ק כ, בדעת הרי"ף; דרכי דוד, ב"מ מג ע"א.

⁴⁰² אמרי ברוך, סימן רצב, על ש"ך שם; הגהות מוהר"ר עוזר, לבאר היטב, חו"מ, מז, ס"ק ד; קצות החושן, מז, ס"ק ה; הגהת חכם צבי, הנדפסת בט"ז, חו"מ, עג, יט; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן מט; אבני החושן, רצב, ס"ק ח; תומים, עג, ס"ק כ, בדעת מרדכי, ב"מ, סימן שנט.

⁴⁰³ הגהות מוהר"ר עוזר, שם (הובא בשו"ת בית אברהם, קאלאווריא, סימן כד) – גם אם כבר השתמש בכסף.

⁴⁰⁴ ש"ך, חו"מ, מז, ס"ק ט (גם אם עוד לא השתמש בכסף). גם מעייני החכמה, ב"מ כט ע"א, אות קיג, כותב שמאחר שהכסף הוא כעין הלוואה, נושה אחר של השומר יכול לגבות מהכסף; אך ייתכן שהוא כותב זאת רק לדעה ששומר זה חייב באונס, ואין כך הלכה.

⁴⁰⁵ הגהות מוהר"ר עוזר שם (הובא בבית אברהם, שם) – גם אם כבר השתמש בכסף.

⁴⁰⁶ ש"ך, חו"מ, עג, ס"ק נה.

סעיף 1(ב)

השומר

שמירה ושומרים 1. (ב) השומר נכס שאין לו בשמירתו טובת הנאה לעצמו, הוא שומר חינם.

התוכן

פרק ראשון: כללי 61

פרק שני: מי כשיר להיות שומר ("השומר") 62

1. אשה 62

2. קטן ופסול דין 63

3. תאגיד 64

פרק ראשון

כללי

בסעיף 1 לחוק אנו מוצאים חלוקה לשלושה סוגי שומרים: שומר חינום, שומר שכר, ושואל. סיווג השומרים נקבע בחוק על פי טובת ההנאה שיש לשומר בשמירת הנכס: אם אין לשומר "טובת הנאה לעצמו" (כלשון החוק בסעיף קטן (ב)), הוא שומר חינום; ואם יש לשומר "טובת הנאה לעצמו" (וגם בעל הנכס נהנה), הוא שומר שכר; ואם יש לשומר שימוש או הנאה בלי ליתן תמורה לבעל הנכס, הוא שואל.

סיווג זה, שמופיע גם בשיטות משפט אחרות, מקורו במשפט העברי, המנסח את המבחן בסיווג השומרים בלשון זו: "שואל, לפי שנהנה את הכל, משלם את הכל; נושא שכר (=שומר שכר) והשוכר, לפי שנהנה מקצת ומהנה מקצת, נשבע מקצת ומשלם מקצת; שומר חינום, שאין לו הנייה, נשבע ויוצא". בדיונו בסעיף 2(א), בתחילת העיסוק ברמות האחריות של השומרים השונים, נסביר מדוע רמת ההנאה של כל שומר היא הקובעת את רמת אחריותו.

השומרים השונים נבדלים זה מזה הן לעניין רמת אחריותם, כמפורט בסעיף 2, והן לעניין הזכות לשיפוי, כמפורט בסעיף 8. לכן לא היה החוק יכול לשלב יחד את סעיף 1 עם סעיף 2 ולומר בקיצור: "שומר שאין בשמירתו טובת הנאה, חייב אם התרשל" וכו'.

בדיונו בסעיף 1(ג) נעסוק בשאלה מתי שומר הופך להיות שומר שכר, היינו, איזו היא ה"תמורה" או "טובת ההנאה" שיש בהן כדי להוציא שומר מגדר שומר חינום ולעשותו שומר שכר. מתוך אותו דיון יתברר מאליו מיהו שומר חינום לפי המשפט העברי: מי שאינו מקבל תמורה או טובת הנאה מסוג כזה (אשר נברר שם) שיש בה כדי לעשות אותו שומר שכר. על כן אין צורך לעסוק כאן בהגדרת שומר חינום לפי המשפט העברי. אף אין צורך לעסוק בדיוני המיוחדים של שומר חינום לעומת שאר השומרים, מאחר שכל המיוחד בדיוניו של שומר חינום נאמר בסעיף 2(א) ובסעיף 8, כאמור, ובדיונו שם נעסוק בכך. על כן, נעסוק כאן רק בשאלה על אילו אנשים יכולים לחול דיני שומר (לכל סוגי השומרים), וזאת בסמיכות ללשון החוק: "השומר".

¹ ירושלמי, שבועות ח, א, ובדומה במכילתא דרשב"י, שמות כב, יד. גם מורה נבוכים, חלק ג, פרק מב, כותב שחיובי שומרים הם לפי דרגת הנאתם.

מי כשיר להיות שומר ("השומר")

1. אשה

אין הבדל בין אשה לאיש לעניין חיוב שמירה². בעיה מתעוררת רק לגבי אשה נשואה, לאור הכלל ש"מה שקנתה אשה קנה בעלה". מאחר שהיא חסרת נכסים, ואין לה אפשרות לשלם, היא פטורה מלשלם אם קורה נזק לפיקדון³. אך מאחר שאין זה הפטר מוחלט, אלא רק עקב חוסר אפשרות לשלם, היא חייבת לשלם אם תתאלמן או תתגרש, שאז תקבל כתובה ונכסים אחרים, ויהיה לה ממה לשלם⁴. זאת ועוד: מאחר שגם בעודה נשואה היא בעצם חייבת, אלא שאין לה במה לשלם, בית הדין כותב פסק דין, הקובע שהיא מחויבת לשלם, וכתב פסק הדין ניתן לבעל הנכס, והוא גובה בו ממנה לכשתתאלמן או תתגרש⁵.

יש גם מצבים שאפשר בכל זאת לגבות מן האשה בעודה נשואה: א) אם יש לה נכסי מלוג⁶, נכסים שהקצין שייכת לה והפירות (הרווחים) לבעל, יש אפשרות שהיא תמכור אותם בעודה נשואה. אף שהקונה לא ישלם את מחירם המלא, כיוון שהוא יודע שאם תמות האשה בחיי הבעל, הנכסים הללו ילכו לבעל כירושה, בכל זאת אדם מוכן לשלם עבורם מחיר מסוים ("טובת הנאה"), עבור הסיכוי שהיא תחיה אחרי מות בעלה (או תתגרש), ואז יקבל את הנכסים. אם לאשה השומרת יש נכסים כאלו, מחייבים אותה למכור אותם ב"טובת הנאה", כדי שתוכל לשלם את החיוב שלה מיד⁶. ב) אם מישהו נתן לה מתנה על תנאי מסוים, באופן שאין לבעלה רשות בה, כך שממון זה שייך לה לבדה, הרי אף על פי שהיא נשואה, היא חייבת לשלם מממון זה את חיובה⁷.

ודאי שאין מחייבים את הבעל לשלם בעבורה על נזק שקורה לפיקדון, מכיוון שלא קיבל על עצמו חיוב שמירה⁸.

² מכליתא דרשב"י, שמות כב, יג (על שואלת); רמב"ם, הלכות שכירות, ב, ו; טור, חו"מ, שב, א; שו"ע, חו"מ, שב, א; שו"ת באר יצחק, אה"ע"ז, סימן ז; מעשה בראשית, מצווה נז.

³ המקורות בהערה 4 ובמילואים שם; ר' משה ריש מתיבתא דמתא מחסיא, בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, שערי תשובות, שער א, סימן תקנ; שו"ת נוה שלום (שולאל), סימן טו; שו"ת אבן שוהם (פרלמוטר), סימן צד.

⁴ אור זרוע, ב"ק, סימנים שמח"שג.

⁵ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן קפד וסימן תתנ, שערי תשובות, שער ב, סימן כט (עמ' 155), ודפוס לבוב, סימן רו וסימן תצח; אור זרוע, ב"ק, סימן שמח, בשם שערי שבעות, וסימן שמוט, בשם ר' מתתיה ובשם ר' משה בר' חנוך גאון, וסימן שג, בשם ר' גרשום מאור הגולה; מרדכי, ב"ק, סימן פט; ספר העיטור, מלווה על פה, ליד אות קעא, בשם תשובות הגאונים; שו"ת הרא"ש, כלל לט, סימן ז; שו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קעו; תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן ריג; שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קפב; שו"ת משאת משה (ישראל), השניות, חו"מ, סימן י (סד ע"ב). שו"ת דבר משה (אמריליו), חלק א, אה"ע"ז, סימן לא, כותב שאשה צריכה להתחייב בשטר לשלם כשיהיה לה במה לשלם. הוא עוסק בחיובה בשמירה על סבלונות שבעלה שלח לה לפני הנישואין, ואבדו, ולבסוף נישאו.

⁶ ראב"ן, חלק התשובות, סימן קטו; בית יוסף, חו"מ, שמו, כ; שו"ת בני אהרן, סימן לא; שו"ת ויאמר יצחק, חלק ב, חו"מ, סימן כט. גם בשו"ת אבקת רוכל, סימן קס, כתב שאם יש לה נכסי מלוג, חייבת לשלם.

⁷ רבנו גרשום, באור זרוע, ב"ק, סימן שג, ובשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתנ, דפוס לבוב, סימן תצח, ושערי תשובות שם; מרדכי, ב"ק, סימן פט; שו"ת מהריט"ץ, סימן א (כסף שאין לבעל רשות בו ולא בפירותיו); שו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סימן כג. על התנאים לתקפות מתנה כזאת, עיין שו"ע, אה"ע"ז, פה, יא.

⁸ אור זרוע שם; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס לבוב), שם; ר' משה ריש מתיבתא דמתא מחסיא, בשו"ת

עד כאן עסקנו באשה שקיבלה לשמירה נכס של אדם זר. שאלה אחרת היא מידת אחריות האשה כשומרת על נכסי בעלה. בתלמוד הירושלמי נאמר, שלפי הדין המקורי, אשה אחראית כשומרת על כלי בעלה, אלא שחכמים תיקנו שהיא פטורה על נזק שנגרם מחמת פשיעתה, משום שלום בית⁹. יש אומרים שהיא פטורה מטעם זה רק על מה שנשבר בעת מלאכתה¹⁰. הם סבורים שטעם התקנה היא, שמא אם תהיה חייבת לשלם, לא תרצה לעסוק במלאכת הבית מחשש שיישברו כלים, ותצטרך לשלם, וטעם זה אין לו מקום לגבי כלי הבעל שנשברו בפשיעתה שלא בשעת מלאכתה¹¹. אך יש אומרים שהיא פטורה גם על מה שנשבר שלא בשעת מלאכתה, מטעם שלום בית¹².

2. קטן ופסול דין

לפי החוק, קטן ששומר – יחול עליו חוק השומרים, ונפרש אותו בכפיפות לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962. לא יחול עליו סעיף 9 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], הפוטר קטן על עוולה הנובעת ממעשה שעשה, משום שפקודת הנוזיקין אינה חלה על שומר¹³. לפי המשפט העברי, חרש ושוטה וקטן שקיבלו נכס לשמור, אין חלה עליהם אחריות שמירה¹⁴. זאת גם בקטן שהגיע ל"עונת הפעוטות" (גיל שש או שבע). הוא פטור גם אם פשע, כשם שהוא פטור על נזק שהוא עושה, משום שדווקא לעניין מכר תיקנו חכמים שמקחו מקח בגיל זה, מאחר שזוהי תקנה לטובתו¹⁵.

מהר"ם מרוטנבורג, שערי תשובות, שער א, סימן תקנ; שו"ת הרשב"ש, סימן שלח; סמ"ק מצורין, מצווה רנא (עמ' סו) בשם עץ חיים; ראב"ה, המובא באור זרוע, ב"ק, סימן שנא, ובהגהות אשרי, ב"ק, פרק ח, סימן ט, ומשם הובא בשו"ת חו"מ, צו, ס"ק ט; ים של שלמה, ב"ק, פרק ח, סימן לא; שו"ת הורדב"ז, סימן אלף רי; שו"ת בני אהרן, סימן לא; שו"ת מעיין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן כז (בשם שו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן פג); שלטי הגיבורים, ב"מ כג ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ת ויאמר יצחק, חלק ב, חו"מ, סימן כט.⁹ ירושלמי, כתובות ט, ד.⁹

רמב"ם, הלכות אישות, כא, ט; שו"ע, אהע"ז, פ, יז; שו"ת ר"ש דוראן (תשב"ץ, חלק ד, טור א), סימן א; ראש דוד, פרשת קורח (קיה ע"ב בדפוס מנטובה); שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ג, סימן יח; שו"ת אבן הראשה, סימן ג.¹⁰

מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לט, ובחידושו על הרמב"ם שם; שו"ת רביד הזהב, סימן מב, אות ד; גינת ורדים שם; כרם שלמה, חו"מ, סימן שב; דרך המלך (רפפורט), על הרמב"ם שם, בפירושו הקצר; שמן המשחה, סימן צב (דף עב ע"א).¹¹

חלקת מחוקק, פ, ס"ק כט, ובית שמואל, פ, ס"ק כג, בדעת תוספות, כתובות פו ע"ב (ד"ה רבי), ורא"ש, כתובות, פרק ט, סימן יז, שסתמו; תשובות רבי אליעזר, חלק א, סימן ב, ענף ב, בהגהה; יד המלך (לנדא), על הרמב"ם שם; בדעת הראב"ד; נחל קדומים, ויקרא א, א (בשם "האחרונים"); ר"י סגל, נועם יז (תשכ"ז), עמ' יז, בדעת רבנו יונה, בשיטה מקובצת, כתובות פו ע"ב, ובדעת הרא"ש; ידי אליהו, תיקון סג, בדעת הרמב"ם והראב"ד.¹²

א' סלטון, "ההיבט הנוזיקי של חוק השומרים", עיוני משפט ה (תשל"ז) 659. הוא כותב זאת במסגרת עיקרון כללי שהוא מניח, שפקודת הנוזיקין אינה חלה על שומר – ראה בשמו בסעיף 2(א), הערה 10.¹³

מכילתא דרשב"י, שמות כב, יג (על שואל קטן, והובא בתורה שלמה, שמות כב, אות כה); שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן צט (על קטן, והובא בבית יוסף, חו"מ, רע, ב); מנחת חינוך, מצווה נו (פד ע"א); אמרי בינה, דיני טוען ונטען, סימן לח (על שואל); תומים, עב, ס"ק כב (קטן); שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ג (קטן); יד דוד (קרלין), חלק א, דף ע ע"א, בהגהה; ערוך השולחן, חו"מ, עב, יג (קטן).¹⁴

חנוך לנער, פרק מג, הערה כט.¹⁵

לפי החוק, יכול תאגיד להיות שומר. לדוגמה, בנק אחראי כשומר על נכס שבכספת שברשות הבנק.¹⁶

עניין מיוחד הוא אחריות המדינה כשומרת, לאור פקודת הפרשנות, סעיף 42, הקובע ששום חוק אינו יכול להטיל חובה על המדינה. כאשר המדינה מקבלת על עצמה שמירה מרצון, החיוב חל, ויהיה כפוף לחוק השומרים, כיוון שאין זה חיוב שהחוק הטיל על השומר. אך במקרים שמוטלת על אדם אחריות שמירה על פי דין, שלא מרצונו, כפי שראינו בסעיף 1(א), פרק א, 6, תופטר המדינה לאור ההוראה שהזכרנו. אלא שלמעשה, הצהיר היועץ המשפטי, שאין בכוונת המדינה לטעון אי פעם להפטר על סמך הוראה זו.¹⁷

גם לפי המשפט העברי, תאגיד יכול להתחייב כשומר, אם נציג התאגיד, שיש בכוחו ליצור התחייבות כזאת עבור התאגיד, קיבל שמירה בשם התאגיד.¹⁸ אולם אם, לדוגמה, מנהל ישיבה קיבל נכס לשמירה, והניח אותו בין נכסי הישיבה, אין הישיבה אחראית בשמירה, מפני שאין בכוח המנהל לקבל פיקדון לשמירה אישית ולהטיל את האחריות על הישיבה, אלא המנהל חייב באחריות.¹⁹

מסר אדם נכס להקדש או לגזבר של הקדש לשמור עבורו, אין ההקדש חייב בשמירה²⁰, כשם שמי ששומר נכס של הקדש פטור מאחריות, כפי שנראה בסעיף 13, פרק ב, 3.

¹⁶ "שנהב ור' לויטן, שצוינו בסעיף 1(א), הערה 253. שם הבאנו דעה אחרת הפוטרת את הבנק משמירה, אבל לא משום שאין תאגיד יכול להיות שומר, אלא מסיבה אחרת.

¹⁷ סלטון שם, עמ' 669-670. ראה גם ע"א 46/75 מדינת ישראל נ' שמואל לבנשטיין ואח', פ"ד (1) 716, 725, שמפקד מחנה צבאי שקיבל על עצמו שמירה על נכס, המדינה אחראית למעשיו.

¹⁸ שו"ת חלקת יעקב, חלק ד, סימן כב, עוסק בספר תורה שהופקד בישיבה, ודן האם יש חיוב שומר על הישיבה, מצד שלא הייתה קבלת שמירה בפירוש – משמע שדין ישיבה כדין אדם יחיד. וכך מוכח מן המקורות בהערות הבאות.

¹⁹ שו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קסו.

²⁰ מכילתא דרשב"י, שמות כב, ו; שו"ת פרי החיים, יו"ד, סימן מ. אך פרי החיים אומר שלדעה שפושע בהקדש חייב (סעיף 13 שם), אף הקדש חייב בפשיעה. וראה סעיף 1(ג), ליד ציון הערה 355, בענין אחריות צדקה על משכון שנוטל גבאי צדקה.

סעיף 1(ג)

שומר שכר

1. שמירה ושומרים (ג) השומר נכס המקבל תמורה בעד השמירה או שיש לו בשמירתו טובת הנאה אחרת לעצמו, ואינו שואל, הוא שומר שכר.

התוכן

פרק ראשון: כללי 67

פרק שני: "תמורה"; "טובת הנאה" 68

1. שיעור השכר 68

2. מתן השכר ("המקבל") 69

3. התחייבות בעל הנכס למתן שכר והסכמת השומר לקבלו 71

4. הקשר בין השכר לשמירה ("בעד השמירה"; "בשמירתו") 74

5. סוגים שונים של שכר 79

6. טובת הנאה מוסרית 83

פרק שלישי: עסקאות שונות שיש בהן שמירה בשכר 84

1. כללי 84

2. שוכר 85

3. אומן 86

4. מקבל עסקא 89

5. שומר כסף הרשאי להשתמש בו 90

6. סוכן מכירות 92

7. שומר אבדה 96

8. נושה שיש בידו משכון 98

(א) המחלוקת היסודית 98

(ב) מקרים שהנושה שומר שכר לשתי הדעות 102

(ג) מקרים שהנושה שומר חנינם לשתי הדעות 106

9. נושה שתפס נכס של החייב 110

10. שותפים 113

11. גבאי צדקה 116

12. גובה מיסים 118

13. אפוטרופוס על נכסי יתומים 121

14. קונה ומוכר במכר שאינו מוחלט 122

(א) מתנה או מכר העתידים לחזור 122

התוכן

- (ב) הועברה הבעלות החוקית אך לא הועבר הנכס בפועל 125
- (ג) מוכר שקיבל את דמי המכר לפני שהועברה הבעלות בנכס 126
- (ד) מקח טעות 126

כבר עמדנו¹ על כך שהבחנה שעושה החוק בין שומר חנם לשומר שכר מקורה במשפט העברי. בדיונו בסעיף-קטן זה נברר מתי שומר נעשה שומר שכר: מהי ה"תמורה" או "טובת ההנאה" היוצרות את האחריות המיוחדת של שומר שכר, ומתי שומר נשאר שומר חנם על אף שהוא מקבל טובת הנאה, משום שטובת ההנאה שהוא מקבל אינה משמעותית דיה לעניין זה. יש תנאי נוסף לכך ששומר ייחשב שומר שכר: שההנאה שהוא מקבל לא תהיה ללא מתן תמורה, מפני שאז הוא שואל. תנאי זה כלול במילים "ואינו שואל", שבלשון החוק בסעיף-קטן זה. בתנאי זה נעסוק בדיונו בסעיף 1(ד), העוסק בהגדרת שואל, ושם נברר מהו מתן תמורה לבעל הנכס, המוציא את השומר מגדר שואל ומכניס אותו לגדר שומר שכר.

בהגדרת שומר שכר, נקט החוק שתי אפשרויות: א) שהשומר מקבל שכר תמורת השמירה, ב) שיש לו טובת הנאה בשמירה. נראה ש"תמורה בעד השמירה" היא תמורה שבעל הנכס נותן לשומר במפורש כשכר על שמירתו, ואילו "טובת הנאה" שיש לשומר "בשמירתו" היא הנאה שהשומר נהנה מהשמירה, אך אינו מקבל אותה מבעל הנכס במפורש כשכר על השמירה. הגדרה זו תואמת את תפיסת המשפט העברי בנושא זה, הקובע שבהפקת הנאה חומרית מן השמירה, בין שהיא באה מחמת עסקת השמירה עצמה ובין שבאה בעקבות החזקת הפיקדון, נחשב השומר שומר שכר, משום שמפרשים "שכר" על דרך ההרחבה².

סעיף 2(ב) עושה הבחנה בין שני סוגים של שומר שכר: זה שהשמירה היא עיקר מטרתו בהחזקת הנכס; וזה שיש לו מטרה אחרת, עיקרית, בהחזקתו בנכס, והשמירה טפלה לה. הנפקות שקובע החוק בין שני סוגי השומרים הללו היא לעניין רמת אחריותם, כפי שנברר בדיונו שם, בפרק ד. אולם לעניין הוראת סעיף 8, ששם נקבעו דינים שונים לשומר חנם ולשומר שכר, שני סוגי שומר השכר שווים.

לפי המשפט העברי, שני הסוגים שווים גם ברמת אחריותם, פרט למקרים בודדים, כפי שנראה בדיונו שם.

הבחנה שם בין שני הסוגים קרובה להבחנה שהצבענו עליה בלשון החוק כאן: בין שכר הניתן במפורש על השמירה, שמשמעה שהשמירה היא המטרה העיקרית של החזקת הנכס, לבין שכר הניתן שלא במפורש, שמשמעה שהשמירה באה דרך אגב. אולם אין כאן חפיפה מוחלטת, שהרי גם בשומר שהשמירה היא המטרה העיקרית של החזקה, אפשר שלא תינתן תמורה מפורשת, אלא שהשומר נהנה טובת הנאה מן השמירה.

בפרק ב נעסוק בתנאים השונים של השכר (דהיינו, מתי ייחשב השכר הניתן כשכר היוצר אחריות של שומר שכר), כגון: שיעור המינימום, מתן השכר, וכדומה.

¹ בסעיף 1(ב), פרק א.

² נ' רקובר, "מקורות המשפט העברי לחוק השומרים", הפרקליט כד (תשכ"ח) 210.

בפרק ג נבדוק לגופם כמה סוגים של מחזיקים בנכס, ונקבע האם ומתי טובת ההנאה שכל אחד מהם מקבל יש בה כדי לעשותו שומר שכר.
בשאלה האם שומר שכר יפסיד את שכרו במקרה שהנכס נזוק או אבד, נעסוק בדיונונו בסעיף 5, פרק ה.
יש מצבים אחדים של סיום חלקי של שמירה, שבהם שומר שכר חדל להיות שומר שכר ונעשה שומר חנם. נדון בכך בדיונונו בסעיף 11, ששם החוק עצמו מתאר מצב כזה.

פרק שני

"תמורה"; "טובת הנאה"

1. שיעור השכר

בחוק לא נקבע שיעור מזערי לשכר, ומכאן למד חשין, שאין שיעור לערך התמורה, ובכל תמורה שהצדדים לעסקה ראו אותה כתמורה ראויה, השומר הוא שומר שכר³. יש שחשיבות השכר תלויה בזהותו של יוזם העסקה: מי שמבקש משכנו לשמור על תמונה יקרה שלו, והלה מסכים לתלותה בביתו (של השומר) כדי שיהנה מראייתה, אינו שומר שכר, משום שטובת ההנאה טפלה למטרה העיקרית של החזקת הנכס, והעיקר הוא שמירת החנם שעושה השומר. לעומת זאת, אם ביקש השכן לקבל את התמונה כדי לתלותה בביתו, ובעל התמונה ניצל זאת כדי שהלה ישמור עליה, ייחשב השכן שומר שכר, משום שכאן מתברר שההנאה חשובה⁴.
בית המשפט קבע, ששומר הזכאי לפיצוי לפי סעיף 8 על פעולה שעשה להצלת הנכס, אינו הופך לשומר שכר בשל כך⁵. טעם הדבר הוא, שאינו נהנה כלל מן הפיצוי, מאחר שיש כאן רק השבת הוצאותיו.

לפי המשפט העברי, שומר המקבל בתמורה לשמירתו פרוטה או ערך השווה לפרוטה, הוא שומר שכר. אם השומר מקבל תמורה שהיא פחותה מערך זה, הוא נשאר שומר חנם, משום שפחות מפרוטה אינו קרוי כסף⁶. ואכן, באותם שומרים שנמנה בפרק ג, שנחשבים שומרי שכר משום שיש להם טובת הנאה כתוצאה מהחזקת הנכס (ולא תמורה הניתנת בפירוש כשכר בעד השמירה), הכוונה היא שטובת ההנאה נאמדת כשנה פרוטה לפחות. ולעומת זאת, יש ששומר

³ מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 167.

⁴ חשין שם, עמ' 164-165, אך הוא מעיר, בהערה 94, שבדרך כלל רק במסגרת אישית חשוב מי היוזם, ואילו במסגרת עסקית אין לכך חשיבות, מאחר ששם כל צד נותן כסף או שווה כסף.

⁵ ע"א 130/80 ביטון נ' "הלמיש" חברה עירונית לשיקום הדיור בתל-אביב-יפו, פ"ד לו(2) 706, 710.

⁶ ש"ך, חו"מ, סימן שג, ס"ק א, וסימן שמו, ס"ק ו (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ג, סימן קמג, ובשו"ת ברכת רצה, סימן פב); קצות החושן, סימן עב, ס"ק לד, וסימן שמ, ס"ק ה; שו"ת באר יצחק, חו"מ, סימן ו, ענף ג; נתיבות המשפט, עב, ס"ק ח, וחיות דעת, יו"ד, קעז, ס"ק ז; מנחת חינוך, מצווה נט, בתחילתו; שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (ק ע"ג); רביד הזהב, פרשת משפטים, ד"ה כי יתן (בשומר שכר); בית אהרן, ב"מ צו ע"א (מפני שפחות משווה פרוטה אינו כלום); ערוך השולחן, חו"מ, שג, א. הדבר רמוז גם בבית יוסף, חו"מ, קפו, מחודש א.

כזה מקבל טובת הנאה, ובכל זאת הוא נחשב שומר חנם, משום שאותה טובת הנאה נאמדת בפחות משווה פרוטה, כפי שנראה שם.⁷ שיעור הפרוטה מתייחס לכל עסקת השמירה. אם, לדוגמה, קיבל השומר שני חפצים לשומר, וקיבל שכר של פרוטה, הוא נחשב שומר שכר, אף על פי שהוא מקבל רק חצי פרוטה על כל חפץ, מפני שרואים את כל העסקה כיחידה אחת.⁸ שומר שמקבל פרוטה או יותר הוא שומר שכר, גם אם שכרו נמוך יותר מהשכר שאנשים רגילים ליטול על שמירה כזאת.⁹

2. מתן השכר ("המקבל")

לדעת חשין, אם התחייב בעל הנכס לשלם שכר לפני תום תקופת השמירה, ולא קיים את הבטחתו, ממשיך השומר להיות שומר שכר, כיוון שהתמורה כבר נקבעה. אך אם ההסכם קובע שהשומר רשאי לחזור בו מהשמירה בשל אי תשלום השכר, יוכל לחזור בו ולהחזיר את הנכס, ואם אין בעל הנכס מסכים לקבלו, יחול עליו סעיף 11, שלפיו הוא הופך להיות שומר חנם.¹⁰ המשפט העברי קובע, שאין צורך שבעל הנכס יתן לשומר את שכרו בתחילה, כדי שייקרא שומר שכר. די שהוא יבטיח לו בתחילה את השכר, כדי שתחול על השומר אחריות כשומר שכר, גם אם הוא יתן לו את השכר רק לאחר מכן.¹¹ כך המצב, לדוגמה, במקרה של האומר לחברו "שמור לי היום ואשמור לך למחר", אשר שניהם שומרי שכר זה לזה, כפי שנראה בהמשך, על אף שהתמורה המובטחת, היינו השמירה למחרת, טרם ניתנה. מן המקרה ההוא אנו למדים עוד, שגם אם התמורה ניתנה לפני תחילת השמירה, השומר הוא שומר שכר, שהרי נקבע שהשומר ששומר ביום השני נחשב שומר שכר, בשל התמורה שקיבל בדמות שמירת האחר בעדו ביום הראשון.¹²

⁷ ראה לדוגמה ליד ציון הערה 222 ובמילואים שם.

⁸ כך מוכח מהרמ"ה, המובא בטור, חו"מ, שמו, יב (אשר מדבריו למד הש"ך שם שהשיעור הוא פרוטה), שאומר שהשומר שתי פרות ונהנה בסך הכל פרוטה – הוא שומר שכר אף על פי שעל כל פרה הוא נהנה פחות מפרוטה. ראה סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 99.

⁹ שו"ת שי למורא, סימן טו (יח ע"א), על שליח לקניית סחורה (ראה במילואים להערה 160 בשמו). כמו כן, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קלד, השואל טען שהשומר בנידונו אינו שומר שכר מפני שהוא נטל שכר נמוך מן המקובל, ובתשובה כתב מהרשד"ם שהוא שומר שכר, ומכאן שאינו מתחשב בטענת השואל (אף שלא התייחס לטענתו בפירושו). וראה בשמו במילואים להערה 70.

¹⁰ חשין, שם, עמ' 167.

¹¹ מנחת חינוך, מצווה נט, בתחילתו; שו"ת קול אליהו, חלק א, חו"מ, סימן י (על סוכן מכירה); שו"ת עין משפט (מלכי), חו"מ, סימן יב (קט ע"ד); הרב הרצוג, The Main Institutions of Jewish Law, חלק ב, עמ' 181. גם שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף ט, וחלק ג, סימן נב, נוקט שהוא שומר שכר גם אם קיבל שכר בסוף. עין משפט מסביר שאף שהגמרא נוקטת בכ"ק צט ע"ב "שיקדים לו דינר" (לא על שומר שכר ממש – ראה במילואים להערה 133) כוונתה היא שיקדים להבטיח לו דינר. בעניין זה עיין גם בית יעקב, שג, א.

¹² להקדמת השכר לפני השמירה יש לעתים אף יותר תוקף משכר הניתן לאחר התחלת השמירה – ראה לדוגמה סעיף 1(א), ליד ציון הערה 137, שהקדמת השכר מחייבת את השומר גם אם לא עשה מעשה קניין. הרב הרצוג שם כתב שהוא שומר שכר גם אם הוא שומר תמורת שירות שעשה לו בעל הנכס בעבר. וראה במילואים להערה 260 בשם חסד לאברהם, ששכר לפני ההפקדה מועיל.

אם קיבל השומר את התמורה בתחילה, הוא שומר שכר לכל משך השמירה, גם אם לאחר מכן אין לו שום טובת הנאה מן השמירה¹³. אך אם החזיר השומר את הנכס לבעליו, ואחר כך הפקידו הלה אצלו שוב, אינו שומר שכר בהפקדה השנייה¹⁴. גם אם עדיין לא החזיר את הנכס, הרי כשתכלה שמירתו, כפי שיוגדר הדבר בדיונו בסעיף 11, פרק ד, הוא יהפוך להיות שומר חינום, כפי שנראה שם.

אם הבטיח בעל הנכס לתת לו שכר, ובסופו של דבר לא נתן לו (המקרה שדן בו חשין, כנזכר), הוא עדיין נחשב שומר שכר¹⁵, משום שהוא התחייב לשמור כשומר שכר על פי הבטחת בעל הנכס, והוא אף עדיין זכאי לתבוע את השכר.

אין צורך שיהיה דבר ודאי שהשומר יקבל שכר. די אם יש אפשרות שיקבל שכר על שמירתו, כדי שיהיה שומר שכר, משום שהוא נהנה מן האפשרות לקבל שכר. עיקרון זה בא לידי ביטוי בסוגים אחדים של שומרי שכר, שנעסוק בהם בהמשך דיונו. לדוגמה, שומר כסף, הרשאי להשתמש בו, הוא שומר שכר עליו, משום האפשרות שישתמש בכסף ויעשה בו רווחים, אף על פי שספק הוא אם אכן יעשה כן¹⁶. כמו כן, המקבל נכס מחברו למכרו בעבורו ואמור להתחלק עמו ברווחים, הוא שומר שכר על הנכס מחמת האפשרות שירוויח מן המכירה, אף על פי שאפשר שלא ימכור כלל ולא ירוויח¹⁷. אף בשומר שכר רגיל יש השלכה לעיקרון זה. כפי שנראה להלן¹⁸, אם ניזק הנכס באופן ששומר השכר חייב לשלם, הוא מפסיד את שכרו. מתעוררת השאלה, הלא מאחר שיש אפשרות כזאת, שום שומר שכר אינו נהנה משכרו, מאחר שהוא יודע שיתכן שלא יקבל את שכרו? התשובה היא, שכאמור, השומר נהנה מן האפשרות שאכן יקבל את שכרו, אף על פי שאין זה דבר בטוח לגמרי, ולכן הוא שומר שכר¹⁹. שומר המקבל שכר שאסור לו לקבלו, אינו שומר שכר, שהרי הוא צריך להחזירו, ונמצא שהוא כאילו לא קיבל דבר. לפיכך, מי ששמר בשבת, ומקבל שכר על שמירתו בשבת, אינו שומר שכר²⁰, מאחר שאסור ליטול שכר על מלאכה הנעשית בשבת, אפילו מלאכה המותרת בשבת, ואם נטל שכר, אסור לו ליהנות ממנו²¹. כל שכן, שאם בעל הנכס רק הבטיח לתת לו

¹³ שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף ט, וחלק ג, סימן נב. ראה ליד ציון הערה 199 והערה 289. ר"י נחמיאס, בשו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן יז, מדגיש שהרשב"א מתכוון לכל שומר שכר, ולא רק למלווה על המשכון. נפקות מסברה זו ראה בסעיף 11, הערה 245*.

¹⁴ שו"ת מהר"ש צרור, סימן טז, כותב שאם אומן החזיר את הכלי שעבד בו לבעל הנכס, והלה החזירו לו שוב להראות למומחה להעריך את ערכו, הוא שומר חינום, אף שהיה שומר שכר כשהיה אומן.

¹⁵ שו"ת בית יעקב (ציוזמיר), סימן קמד, בסופו. וראה בשמו במילואים להערה 24. וראה ליד ציון הערה 37, שגם בלי הבטחה, השומר הוא שומר שכר אם הוא זכאי לתבוע שכר. וראה גם ליד ציון הערה 19, שהוא שומר שכר אף על פי שאם קורה גנבה או אבדה הוא מפסיד את שכרו*.

¹⁶ ראה הערה 169. צריך לומר שחכמים (שאמרו שהוא שומר שכר) העריכו שהסיכוי שיקבל שכר (כאן ובמקרים הבאים) הוא שווה פרוטה, שאם לא כן אינו שומר שכר, כפי שראינו לעיל. וראה במילואים להערה 136, בדברי רח"א מילר ביישוב קושיית מהר"ש צרור.

¹⁷ ראה הערה 187. וראה בדומה ליד ציון הערה 268.

¹⁸ בסעיף 5, פרק ה.

¹⁹ קצות החושן, רכז, ס"ק יא (הובא בחזון איש, ב"ק, סימן ז, ס"ק יח); שו"ת ברכת רצה, סימן פב; רא"ל קפלן, הפרדס, שנה לט, חוב' ג, עמ' 8 (ראה בשמו במילואים להערה 110). ראה גם ליד ציון הערה 15, בשם בית יעקב, שכל שומר שכר נשאר שומר שכר גם אם בסוף לא קיבל את שכרו*.

²⁰ שו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן כז*.

²¹ רמ"א, או"ח, רמג, ב.

שכר על מלאכתו בשבת, אינו שומר שכר, מפני שבעל הנכס אינו חייב לתת לו, ואף אם יתבע אותו השומר בבית דין, בית הדין יפסוק שהוא פטור מלתת²². גם אם נתן לו שכר לפני שבת, לפני שעשה את המלאכה, מניחים שלא התכוון לתת זאת כשכר על השמירה, שהרי אסור לתת שכר שבת, אלא התכוון לתת לשם מתנה, ולכן השומר אינו שומר שכר²³. אולם אם הוא נשכר לשמור למשך תקופה מסוימת, הכוללת שבת או שבתות, והוא מקבל שכר כולל לתקופה זו, ולא שכר יומי, הוא נחשב שומר שכר גם בשבת, משום שמוותר לו לקבל את החלק מהשכר שניתן תמורת שמירתו בשבת, מכיוון ששכר זה מובלע בשכר שאר הימים²⁴.

נחלקו הפוסקים לגבי מי ששומר בשבת, מכיוון ששכר זה מובלע בשכר שאר הימים²⁴. אמרנו שאינו שומר שכר בשבת: האם הוא פטור משמירה בשבת? יש אומרים שהוא שומר חינוס, ואינו פטור משמירה, מכיוון שקיבל את הנכס לידי ואלא אמר בשעת ההפקדה שאינו רוצה לשמור בשבת, והנכס נשאר ברשותו בשבת, וגם אז לא הודיע שהוא מסתלק משמירתו²⁵. אולם פוסקים אחרים סבורים שהוא פטור לגמרי משמירה בשבת, משום שמן הסתם יש להניח שמראש התכוון לקבל על עצמו שמירה רק לימות החול, שעליהם הוא מקבל תשלום, ולא ליום שבת, שעליו אינו מקבל תשלום²⁶.

לפי דעה אחת, יש מקרה נוסף ששומר מקבל שכר, ובכל זאת אינו שומר שכר, משום שבעל הנכס יכול לתבעו בחזרה: כשבעל הנכס הוא קטן. לפי דעה זו, גם אם הקטן נתן לשומר את השכר, אין השומר שומר שכר, משום שהקטן יכול לתבעו חזרה, כיוון שדיני שכירת פועלים אינם חלים על קטן²⁷.

3. התחייבות בעל הנכס למתן שכר והסכמת השומר לקבלו

לפי חשין, עמדת החוק היא, ששומר נחשב שומר שכר רק אם בעשיית ההסכם, התכוונו הצדדים שתהיה לשומר הנאה מן השמירה²⁸. אם לפי ההסכם המקורי לא היה אמור השומר

²² ב"ח, או"ח, שו"ד"ה השוכר; פרי החיים שם.

²³ פרי החיים שם.

²⁴ ב"מ נח ע"א; רמב"ם, הלכות שבת, ו, כה; טור, או"ח, שו; שו"ע, או"ח, שו, ד; שו"ת הרי בשמים, חלק א, סימן קכו. שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ב, מנמק, שהוא נהנה משמירתו בשבת, שמחמתה מוסיף לו בעל הנכס על השכר הכולל.

²⁵ ר"ן, נדרים לו ע"א (ד"ה לפיכך), הובא בערוך השולחן, חו"מ, רצא, כ, ובמלאכת שלמה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג; ש"ך, חו"מ, סו, ס"ק קכו (הובא בשו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צו, אות כה, בישועות יעקב, או"ח, שז, ס"ק א, ובחזקה רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה שע והלכה שפה); לחם משנה, הלכות שכירות, ב, ג (הובא במעייני הישועה, מונדרוביץ, ב"מ נו ע"ב, ד"ה הנה); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק א, סימן רסה (במסקנתו); עיתים לבניה, על ספר העיתים, סימן קצט (עמ' 295), הערה י, בדעת רש"י, נדרים שם, ד"ה אינו; עטרת מרדכי (זלבוויץ), דף עו, בדעת רש"י בנדרים; אולם המשפט, סימן שג, על ש"ך, ס"ק א, וסימן שה, ד. ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 296, בעניין זה.

²⁶ חקר הלכה, ערך שומרים, אות ג; שו"ת אבן הראשה, סימן ג; חסדי דוד, על תוספתא, שבת יח, טז, בדעת רש"י, וב"מ ח, א (מפני שלא הסתלק משמירתו); מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יט, בדעת תוספות, ב"מ נו ע"ב (ד"ה שומר); בית אהרן, ב"מ נו ע"ב, בדעת התוספות שם; חזון יחזקאל, תוספתא, שבת יח, טז, בחידושים, וב"מ ח, א, בחידושים, בדעת רש"י; אבני החושן, שא, ס"ק ג (גם בדעת התוספות); שו"ת מאורות נתן (שפיגלגלס), סימן עו (בדעת תוספות, ב"מ נו ע"ב); עטרת מרדכי שם בדעת התוספות.

²⁷ אור שמח, הלכות שכירות, ב, ז. וראה סעיף 13, פרק ב, 1, בדין שמירה על נכס של קטן.

²⁸ מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 164.

לקבל טובת הנאה, ותוך כדי השמירה צמחה לו טובת הנאה מן השמירה, אפשר שהוא יהפוך לשומר שכר, אך הדבר תלוי בנסיבות ובכוונת הצדדים.²⁹

יש מקרה מיוחד שעולה בו שאלת הפיכת שומר לשומר שכר באמצע השמירה: שומר שכר על מכונית שלא ידע בעת ההפקדה שיש בה תכשיטים, כך שלא היה חייב בשמירה על התכשיטים, לפי החוק, כפי שראינו לעיל³⁰; וכעבור זמן מסוים נודע לו דבר קיום התכשיטים, כך שהוא הפך להיות שומר עליהם, לפי החוק, כפי שראינו שם. חשין קובע, שהוא אינו נחשב שומר שכר על התכשיטים, גם לאחר שנודע לו דבר קיומם, משום שרואים את שמירת התכשיטים כשמירה חדשה ונבדלת (שמירה על פי דין), ולא כטפלה לעסקה הכוללת, שהיא שמירה בשכר על המכונית.³¹

עוד נקודה שמעורר חשין קשורה אף היא לעניין זה: לדעתו, גם אם רק בנו של השומר או אדם אחר מטעמו מקבלים טובת הנאה מן השמירה, השומר נחשב שומר שכר³², וזה בכלל האמור בחוק "לעצמו". בנוסף, גם אם התמורה באה לשומר מאדם אחר ולא מבעל הנכס, הוא נחשב שומר שכר אם התמורה באה עקב השמירה.³³

המשפט העברי קובע, שגם אם לא הבטיח בעל הנכס את השכר לשומר בתחילת השמירה, אלא הבטיחו לו רק לאחר התחלת השמירה, השומר הוא שומר שכר³⁴. אולם אחריותו כשומר שכר מתחילה רק ממועד הבטחת השכר, ולא לפני כן, משום שלא ייתכן שיהפוך לשומר שכר למפרע³⁵. הרי אם לא נאמר כן, עלול להיווצר מצב שיארע לנכס נזק אשר שומר חנים אינו אחראי עליו ושומר שכר אחראי עליו, ובעל הנכס יתן שכר לשומר אחרי שהוא רואה את מה שקרה, כדי שיזכה בפיצוי מן השומר על הנזק – ומצב זה אינו מתקבל על הדעת. למעשה, מצב כזה לא ייווצר, מפני שהשומר יסרב לקבל שכר לאחר שאירע נזק מן הסוג האמור, כדי שהוא לא יחויב בפיצוי (וגם אם השומר אינו יודע על הנזק, כך שהוא לא יסרב לקבל את השכר, זו תהיה קבלת שכר בטעות, וספק אם תוכל לעשותו שומר שכר).

שאלה מיוחדת היא במקרה שלא הבטיח בעל הנכס שכר לשומר, אך מגיע לו שכר על הפעולה שעשה בנכס, כגון שליח שהעביר את הנכס ממקום למקום. חשין סבור, שלא די בכך שבדרך כלל אפשר ליהנות מן הנכס או מן העסקה, אלא צריך שיתכוונו הצדדים בעשיית ההסכם שתהיה לשומר הנאה מן השמירה³⁶. במשפט העברי יש חילוקי דעות בשאלה זו. יש

²⁹ חשין, שם, עמ' 165. הדוגמה שהוא נותן היא, שבהסכם נקבע שהשומר לא ישתמש בנכס, ולמעשה במשך השמירה התחיל להשתמש, באופן שאינו נחשב עוולה, שאילו אם זו עוולה, הוא נושא באחריות מוחלטת. אולם לפי המשפט העברי כל שימוש (שלא על פי ההסכם) נחשב שליוח יד, המחייבת באחריות מוחלטת.

³⁰ בסעיף 1(א), פרק א, 6 (א).

³¹ חשין, עמ' 168. הוא מעלה אפשרות (בהערה 105) שייחשב שומר שכר על התכשיטים אם המצב הוא שגם אילו ידע עליהם מראש, לא היה דורש יותר שכר על השמירה, משום שרואים כאילו גבה למפרע שכר שמירה עליהם.

³² חשין, עמ' 166. וראה הערה 129, בשם תוספות שאנץ, שירשי שואל הם שומר שכר משום שנהנה אביהם.

³³ חשין, עמ' 167, הובא בע"א 32/84 מגדל נ' קרמר, פ"ד מא(2) 603, 607.

³⁴ רמ"א, חו"מ, סימן קפה, א וסימן שג, א, על פי מרדכי, ב"מ, סימן תנד; שו"ת מהרי"ק, שניבא בהערה

*.197

³⁵ דברי רח"א מילר.

³⁶ חשין, עמ' 163.

דעה שכל שהשומר יכול לתבוע שכר, הוא שומר שכר³⁷; אלא ששומר שרק שמר, ולא עשה פעולה אחרת, אינו יכול לתבוע שכר מבעל הנכס, משום שככלל אין טרחה בשמירה, ולכן אינו שומר שכר³⁸. לעומת זאת, יש דעה שרק אם אדם זה רגיל ליטול שכר על פעולה זו, הוא שומר שכר גם אם בפעם הזאת לא הסכימו ביניהם במפורש שיטול שכר; אבל אם אינו נוטל שכר בדרך כלל על פעולה זו, גם אם אחרים רגילים ליטול עליה שכר, הוא אינו שומר שכר³⁹. אין צורך שיאמר בעל הנכס לשומר: "אני נותן לך שכר כדי שתשא באחריות מוגברת של שומר שכר". די בכך שבעל הנכס מבטיח לו שכר, וממילא חלה עליו אחריות שומר שכר, מכיוון שהוא נהנה⁴⁰.

כמו כן, אין צורך בבקשה מצד השומר לקבל שכר תמורת השמירה, ואף אין צורך בהסכמתו המפורשת לקבל את השכר כתמורה לשמירה. מאחר שהשכר ניתן בתמורה לשמירה, בהתאם לאמור לעיל, והשומר מקבל את השכר (או שהובטח לו שכר), הרי גם אם הוא שותק, יש לפרש את כוונתו כהסכמה לקבל את השכר כתמורה לשמירה, ולהתחייב עקב זאת באחריות המיוחדת של שומר שכר⁴¹. די שהשומר יביע הסכמה לשמור⁴², ובעל הנכס יתן לו (או יבטיח לו) שכר, כדי שהוא יחוב באחריות של שומר שכר⁴³. אלא, שאם השומר מסרב לקבל את השכר, אינו נעשה שומר שכר, כמובן, משום שאי אפשר לעשותו שומר שכר נגר רצונו⁴⁴. שומר שבתחילה לא רצה שכר על השמירה, אלא רצה לעשות טובה לבעל הנכס לשמור אותו כראוי, ובעל הנכס הפציר בו לקחת שכר, ולקח, הוא שומר שכר, אפילו לקח רק פרוטה כדי לעשות את רצון בעל הנכס. אף על פי שלקח את השכר בשביל הנאת בעל הנכס, ולא להנאת עצמו, הוא שומר שכר, מכיוון שלמעשה קיבל שכר⁴⁵. אם הבטיח בעל הנכס לתת שכר לשומר, הוא שומר שכר, ואינו יכול לטעון אחר כך שהיה בדעתו לוותר על השכר⁴⁶, משום שעצם האפשרות שיקבל שכר מסיבה זו הנאה, ועושה אותו

³⁷ חכמת שלמה, חו"מ, קפה, א, הובא בשו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן כו; שו"ת פני יצחק (חריף), חו"מ, סימן א.

³⁸ חכמת שלמה שם.

³⁹ שו"ת עין משפט (מלכי), חו"מ, סימן יב, במסקנתו.

⁴⁰ שו"ת מהרי"ק, שורש קנה.

⁴¹ מהרי"ק שם (לעניין סוכן מכירה – ראה פרק ג, 6), הובא בבית יוסף, חו"מ, קפו, מחודש ב, בדרכי משה, חו"מ, שג, ס"ק ב, ברמ"א, חו"מ, שג, א, בשו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן לו, ובשו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (קא ע"ב) וסימן כו. נימוק לכך יוכלו לשמש דברי נתיבות המשפט שנביא בהערה ⁵⁹.

⁴² ויתקיימו שאר התנאים ליצירת שמירה, שמנינו בסעיף 1(א), פרק א, 3.

⁴³ שו"ת, חו"מ, רצא, ס"ק ד. וראה הערה 221, בשם אמרי בינה.

⁴⁴ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מט (הובא בשו"ת מהר"י לבית לוי, סימן עט, בשו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יז, ובשו"ת בני יעקב, סימן יב, דף רכ ע"ג); רי"י ויינברג, בשו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן עג, ובשו"ת שארית שמחה, סימן נה. מהרשד"ם כותב על פי זה, שמלווה שלא רצה לקבל משכון, ובכל זאת נתן לו הלווה נכס, וקיבלו שלא בתורת משכון, אינו שומר שכר עליו (וראה במילואים להערה 237).

⁴⁵ שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ב (פח ע"ג).

⁴⁶ שו"ת תורת השלמים, סימן טו; שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן יז; שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג, דף קא ע"ב (מפני שיכול לתבוע את השכר בדין מבעל הנכס); שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לה (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצד, ס"ק ב). בית אפרים מדבר על החיוב המיוחד של שומר שכר במקרה שהוכר הגנב אחרי שנשבע – ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 195. וראה מקרה דומה בהערה ³²⁴.

שומר שכר⁴⁷, כפי שראינו לעיל שגם כשיש ספק האם יקבל, הוא שומר שכר מחמת האפשרות שיקבל. אילו התכוון שלא ליטול את השכר, ולהיות שומר חנם, היה צריך להודיע על כך לבעל הנכס מראש. היה אסור לו לקחת את הנכס לידו בלי להודיע, מפני שכשומר חנם הוא ישמור פחות טוב משומר שכר, ואילו בעל הנכס סמך עליו שישמור כשומר שכר, כיוון ששתק⁴⁸. כל שכן, שאם כבר נטל את השכר, שאינו יכול להחזירו כדי להפוך לשומר חנם⁴⁹. מת שומר שכר, ועבר הנכס לשמירת יורשיו, כפי שפירטנו לעיל⁵⁰, אין היורש נעשה בהכרח שומר שכר מחמת השכר שקיבל מורישו. רק אם אכן יש ליורש טובת הנאה מן השמירה, הוא שומר שכר. כך מתברר מדברי הפוסקים שנביא בפרק ג, לעניין יורשיהם של שוכר, אומן ומלווה על משכון. הפוסקים דנים לגבי כל מקרה, האם יש ליורש הנאה שתעשה אותו לשומר שכר. מכאן שאין היורש שומר שכר מחמת עצם העובדה שמורישו קיבל שכר⁵¹. כפי שהזכרנו, חשין סבור שגם אם השומר מקבל שכר על השמירה ממי שאינו בעל הנכס, הוא שומר שכר. זו גם עמדת המשפט העברי, ונימוקה הוא, שהתורה אמרה את דעת השומר, שהוא מוכן לקבל על עצמו אחריות מוגברת של שומר שכר תמורת השכר, גם כשהשכר אינו מגיע אליו מבעל הנכס⁵².

4. הקשר בין השכר לשמירה ("בעד השמירה"; "בשמירתו")

המקרה היסודי של שומר שכר הוא כשבעל הנכס אומר לשומר במפורש שהוא נותן לו את השכר תמורת השמירה. כאן הקשר בין התמורה לשמירה הוא ברור, ולכן השומר הוא שומר שכר. שאלה מתעוררת במקום שהקשר בין השכר לבין השמירה אינו כל כך ברור, היינו, שלא נאמר במפורש שהשכר ניתן תמורת השמירה: מתי אומרים שהשכר ניתן תמורת השמירה ויוצר אחריות שומר שכר?

לפי חשין, עמדת החוק היא, שהשומר נחשב שומר שכר רק אם בעשיית ההסכם, התכוונו הצדדים שתהיה לשומר הנאה מן השמירה, וראו את טובת ההנאה שלו כחלק מהותי של השמירה. צריך שההנאה תהיה מיידית וישירה, וקרובה בצורה הוגנת לשמירה, כדי שתצדיק הטלת אחריות מוגברת. לדוגמה, עובד השומר נכס עבור מעסיקו, ומצפה בתמורה להעלאה בדרגה, אין זה נחשב שיש לו טובת הנאה מהשמירה, מפני שהוא רק מצפה לטובת הנאה זו, וצריך שנוכל לייחס את טובת ההנאה בצורה הוגנת לכוונת שני הצדדים⁵³. אף על פי כן, הוא קובע, שאם השמירה נעשית באופן טפל למסגרת עסקית שמנהל השומר,

⁴⁷ תורת השלמים שם.

⁴⁸ תורת השלמים שם; הר הכרמל שם.

⁴⁹ ערוך השולחן, חו"מ, רצד, ב. לזה יטעים גם גור אריה יהודה, שהבאנו במילואים להערה 46 כחולק על תורת השלמים, כפי שהבאנו בשמו שם שלכן שומר כסף הוא שומר שכר.

⁵⁰ בסעיף 1(א), פרק א, 3 (ד).

⁵¹ אך ראה במילואים להערה 129 בשם תוספות שאנץ, שירש של שואל הוא שומר שכר משום ההנאה שקיבל מורישו. צריך לומר שהנאת שואל עדיפה לעניין זה על פני הנאת שומר שכר רגיל.

⁵² אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן סח.

⁵³ מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 164. ג' טרסקי, "השומר על פי דין", משפטים ח (תשל"ח) 440, מעיר לאור זה על דברי חשין בעניין האבדה במסעדה, שנביא בסמוך, שאין לומר שהוא שומר שכר מצד מה שעתידיים לבוא אליו לקוחות נוספים כשישמעו על שירותו הטוב הזה, שהרי אין זו טובת הנאה מן השמירה, אלא הוא שומר שכר משום שהתשלום ששילם האורח על הסעודה הוא תשלום גם על שמירת נכסיו.

דינו כשומר שכר. דוגמה לדבר: בעל מסעדה שמצא בה נכס שאבד ללקוח (במסעדה שמעוניינים לשרת בה היטב את הלקוח), נחשב שומר שכר עליו, מפני שרואים כאילו התשלום הניתן בעד הארוחה ניתן גם עבור שמירת הנכס. מסיבה זו, בעל המסעדה שומר שכר על מעיל שהלקוח מניח במלתחה, אף על פי שאינו גובה שכר מיוחד על שמירת המעיל⁵⁴. כמו כן, מוביל נכס, או בעל מוסך המתקן מכונית, הם שומרי שכר על הנכס, משום שזו נחשבת טובת הנאה מן השמירה⁵⁵.

המשפט העברי עסק בשאלה זו לגבי מקרים אחדים שבהם הקשר בין התמורה לשמירה אינו כל כך ברור. נמנה כאן מקרים אלו, ונברר באלו מהם נחשב השומר שומר שכר על אף שהתמורה אינה ניתנת במישרין עבור השמירה. ניגע בשאלה זו גם בפרק ג, 3, לעניין אומן, הנחשב שומר שכר משום שהוא מקבל שכר על מלאכתו, אף על פי שאין זה שכר ישיר על השמירה. עוד נראה בפרק ג, 4, שב"עסקא", אם העוסק מקבל שכר על עיסוקו בחלק הפיקדון של העסקא, נחלקו הפוסקים בשאלה האם הוא נעשה בכך שומר שכר עליו, או שמא אינו שומר שכר בשל כך, משום שהשכר ניתן לו על העיסוק ולא על השמירה. כמו כן, בפרק ג, 6, נראה שבמקרה מסוים, סוכן מכירות נחשב שומר שכר על הנכס משום שהוא מקבל שכר טרחה, ושכר זה נחשב גם שכר על שמירת הנכס.

מתנה הניתנת לשומר: נתן בעל הנכס לשומר דבר בעל ערך, גם אם לא אמר לו שהוא תמורת השמירה, הוא שומר שכר⁵⁶, אם לא היה רגיל לתת לו מתנות, כך שאין להניח שהתכוון כעת לתת לו את הדבר הזה במתנה⁵⁷. אין מתקבל על הדעת שהוא נתן לו את הדבר בכדי, וסביר יותר להניח ששלח לטובת עצמו, כדי שהשומר ישמור על הפיקדון בעבורו שמירה מעולה, כשומר שכר⁵⁸. ומאחר שמטרת בעל הנכס הייתה לתת את הדבר הזה לשומר כשכר על השמירה, מניחים שגם השומר קיבל אותו כשכר על השמירה, וקיבל על עצמו להיות אחראי כשומר שכר⁵⁹.

ברם, אם בעל הנכס היה רגיל לתת לאדם הזה מתנות, יש להניח שגם כעת התכוון לתת

⁵⁴ חשין, עמ' 165. וכך נפסק בעקבותיו בבר"ע (י"ם) 281/95 ברלר נ' סיבוני ואח' (לא פורסם). זאת, אף על פי ששומר אבדה בדרך כלל הוא שומר חנם לפי החוק – ראה פרק ג, 7. 'שנהב ור' לויתן, "היבטים באחריותו של הבנק לרכוש המופקד בכספת לקוחות", הפרקליט לא (תשל"ז) 122, מציינים שהפסיקה האמריקאית קבעה שגם אם הבנק מעניק שירותי כספת בחינם, הוא נחשב שומר שכר מפני שהוא מקבל תמורה על השירותים האחרים שהוא מעניק ללקוח בעל הכספת; ואילו באנגליה חלוקות הדעות בדבר, מפני ששם נהוג שיש שירותי כספת ללקוח שיש לו כמות מסוימת של תנועה בחשבונו, ואם כן ספק הוא האם זהו חלק אינטגרלי משירותי הבנק או רק נספח.

⁵⁵ חשין, עמ' 166. כמו כן, א' זמיר, מכר, פסקאות 196, 218 ו-482, קובע שמוביל נכס הוא שומר שכר מפני שבדרך כלל הוא קבלן, וחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974, סעיף 6(ב)(1), קובע שקבלן אחראי כשומר שכר שהשמירה אינה טפלה למטרה העיקרית.

⁵⁶ מרדכי, ב"מ, סימן תנד, הובא בבית יוסף, חו"מ, שג, ד, ברמ"א, חו"מ, סימן קפה, א, וסימן שג, א, בשו"ת מהריט"ץ, סימן קפד, ובשו"ת עין משפט (הלוי), חו"מ, סימן כט.

⁵⁷ ט"ז, חו"מ, קפה, א, הובא בערוך השולחן, חו"מ, קפה, ז, בשו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן כז, ובברורי הלכה (מענה שמחה) ד (תשנ"א), עמ' 15.

⁵⁸ כסף הקדשים, שג, א (נדפס בשולחן ערוך הנפוץ ליד סימן שא); פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (קטו ע"ג).

⁵⁹ נתיבות המשפט, רסז, ס"ק ג (הובא בנפש חיה, ב"מ כט ע"א).

לו את הדבר הזה במתנה, ולא לתת לו אותו כשכר על השמירה, אלא אם כן יש הוכחה ברורה לכך שהוא התכוון לתיתו כשכר שמירה⁶⁰.

שכרו למלאכה אחרת: שומר נכס, ששכר אותו בעל הנכס לעשות בעבורו מלאכה אחרת, אינו נעשה שומר שכר על הנכס בשל כך, אם אין למלאכה ולשכרה קשר לשמירת הנכס⁶¹.

שני נכסים: השומר שני נכסים בעבור חברו, ועל אחד הוא מקבל שכר שמירה ועל השני אינו מקבל שכר, הוא שומר שכר על הראשון ושומר חנם על השני⁶².

משרת: משרת בבית, המקבל שכר מבעל הבית על עבודתו, ובעל הבית מסר לו נכס לשמירה, יש אומרים שאינו שומר שכר, שכן השכר שהוא מקבל אינו על שמירת הנכס אלא על עבודתו כמשרת⁶³. אולם אחרים אומרים שהוא שומר שכר, משום שהשכר ניתן על כלל עבודתו, וזה כולל את עבודתו כשומר⁶⁴. יש גם עמדת ביניים, העושה הבחנה בין מצבים שונים: אם ביקש בעל הבית מהמשרת לשמור על חפץ מסוים, או לעשות מלאכה מסוימת באמצעות החפץ, הוא שומר שכר על החפץ, מפני שזה חלק מהמלאכה שהוא מקבל עליה שכר – לעשות את כל מה שמבקש בעל הבית. אולם המשרת אינו שומר שכר על שאר חפצי הבית, מפני שאין זה תפקידו לשמור עליהם יותר משזה תפקידם של שאר בני הבית, אלא בעל הבית שומר עליהם בעצמו, ונמצא שהמשרת אינו מקבל שכר על כך⁶⁵.

שָׁמֵשׁ בבית כנסת: שמש בבית כנסת, אף על פי שהוא מקבל שכר על עבודתו, אינו שומר שכר על החפצים המונחים בבית הכנסת, מפני ששכרו אינו שכר על השמירה⁶⁶. רק אם נאמר בפירוש בהסכם העבודה שהשכר ניתן גם על השמירה, הוא שומר שכר⁶⁷. אולם לפי הדעה

⁶⁰ ט"ז שם.

⁶¹ שו"ת הרדב"ז, סימן תרלח, ונדפס גם בשו"ת אבקת רוכל, סימן קמ (הובא בשו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן נ, ובשו"ת דברי שלום, משאש, חו"מ, סימן מט); שו"ת שי למורא, סימן טו (ע"ד); שו"ת ימי יוסף בתרא, חו"מ, סימן לא. הם כותבים דין זה כדבר ברור מאליו.

⁶² ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ו, סימן ד; כנסת הגדולה, חו"מ, שג, הגהות הטור, אות ג, בשם מהר"א מוטאל; ר"ש לניידו, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ה וסימן ז (קנו ע"ג); יפה ענף, מערכת שומרים, אות נב, בדעת הרא"ש, המובא בשיטה מקובצת, ב"מ מז ע"א.

⁶³ מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לא, בשם שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן פה (הובא במנחת צבי, חלק ב, סימן ז, אות ב); שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סימן ח, בדעת ש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק כז; אם למסורת, ערך שומר, אות ה, בדעת כנסת הגדולה (שכתב ששמש בבית הכנסת הוא שומר חנם – ראה הערה 66).

⁶⁴ קצות החושן, רצא, ס"ק ו, בסופו (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, שג, ס"ק א); שו"ת משפטים ישרים (חסון), סימן ע; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן כ; בני אהרן, סימן רצא (דף קמה ע"ד); שו"ת מהר"ש צרור, סימן טז (הובא בדברי גאונים, כלל צו, סימן ד); שו"ת חוות יאיר, סימן קו (הובא בשו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן כז, ואצל ר"י סגל, נועם יז, תשכ"ז, עמ' כג); ערוך השולחן, חו"מ, שלא, ז; שו"ת מאמר מרדכי (הלברשטט), סימן צב; שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן נד.

⁶⁵ שו"ת דברי מלכאל, חלק ו, סימן נד. לגבי נכס שהוא עושה באמצעותו את בקשת בעל הבית (ולא נתבקש לשמרו בפירושו), הוא מסביר שהוא שומר שכר כמו אומן שקילקל במלאכתו (ראה במילואים להערה 133).

⁶⁶ שו"ת הרדב"ז, סימן אלף רי (הובא בשו"ת שארית שמחה, סימן נה, בשו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן נ, ובשו"ת חקקי לב, יו"ד, סימן מח, דף פח ע"ג); שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן ריז (הובא בחידושי ר"ע איגר, חו"מ, שג, א), וכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות ג (הובא בשו"ת באר מרדכי, פרהנד, סימן ה, בשו"ת בן אברהם, אשטרושא, חו"מ, סימן יב, בשו"ת ישמח לב, חלק ב, חו"מ, סימן מח, דף פ ע"ד, ובחלקו של יוסף, אמאדו, דף עז ע"ג); שו"ת דברי מלכאל, חלק ג, סימן קעב (מפני שידוע שאינו יושב ושומר, ואם כן השכר אינו על השמירה).

⁶⁷ רדב"ז ובעי חיי שם.

שמשרת הוא שומר שכר, משום ששכר העבודה כולל שכר על השמירה, אף שמש הוא שומר שכר על חפצי הקהילה המצויים בבית הכנסת⁶⁸. אך הוא אינו שומר שכר על חפצים של אנשים פרטיים, המונחים שם, מכיוון שאינו מקבל שכר מאנשים פרטיים אלא מהקהילה, וגם אם ביקש משהו במפורש מהשמש לשמור על נכס שלו, הוא רק שומר חנם⁶⁹.

מוביל: מי שמקבל מזולתו שכר לקחת נכס ממקום אחד ולהביאו למקום אחר, הוא שומר שכר⁷⁰, משום שרואים את השכר על ההובלה ככולל שכר על השמירה⁷¹, שהרי אם לא ישמור כראוי, וכתוצאה מכך יאבד הנכס, נמצא שלא ביצע את ההובלה שהוטלה עליו⁷². זאת ועוד: החזקת הנכס בשמירתו גרמה לו את האפשרות להשתכר במלאכת ההובלה, שהרי אין הובלה בלי שהשמירה תהיה מופקדת על המוביל, ואם אבד הנכס באמצע הדרך, לא יקבל את שכרו על המשך הדרך. לכן הוא שומר שכר מכוח הנאתו מהשתכרותו במלאכת ההובלה⁷³. גם אם יקבל רק שכר שמקובל לשלם עבור הנסיעה לאותו מקום, בלי הובלה, אנו אומרים שהשכר כולל גם שכר שמירה, אלא שהמוביל נתן לבעל הנכס הנחה במחיר שירותיו⁷⁴. שליח לקנות: אדם שנתן לזולתו כסף, ושלח אותו לקנות עבורו סחורה בכסף הזה, והבטיח לו שכר תמורת השליחות, הלה שומר שכר על הכסף, משום השכר שהוא מקבל על השליחות⁷⁵.

רועה: מי שקיבל מחברו בהמה לרעות בשדהו, ומקבל שכר על כך, הוא שומר שכר על הבהמה, משום שהוא נהנה בדמי שכירות המרעה⁷⁶.

שוחט: שוחט שמקבל שכר על מלאכתו בשחיטה, הוא שומר שכר על הבהמות או על העופות. אף על פי שגם אם מישהו אחר יגיש לו את הבהמה או את העוף, והוא רק ישחט, יקבל אותו שכר כמו אם ילך בעצמו לקחת את הבהמות ואת העופות ממקומם, מכל מקום חיובו במלאכה כולל גם להביא את הבהמה או את העוף כשאין מי שיביא לו, ולכן הוא שומר שכר גם על זה⁷⁷.

טוחן: עובד בטחנת קמח המקבל שכר על עבודתו, ואחד מהאנשים שהביא חיטים לטחון ביקש ממנו שישמור בעבורו על החיטים עד שיגיע תורו לטחון – יש מי שפסק שהוא אינו

⁶⁸ שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סימן ח.

⁶⁹ נהרי אפרסמון שם.

⁷⁰ מרדכי (שהובא בהערה 56).

⁷¹ ר"מ גלנטי, בשו"ת עדות ביהוסף, חלק ב, סימן ה.

⁷² שו"ת באר יצחק, חו"מ, סימן ו, ענף ב.

⁷³ פתחי תשובה, חו"מ, שו"ק א, הובא בשו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן כו; באר יצחק שם. הם מסבירים שבכך עדיף מוביל על פני אומן, שיש אומרים שאינו שומר שכר מצד הנאתו מהשתכרותו במלאכה, משום שהשתכרותו אינה תלויה בשמירת הנכס; ולכן גם אם כבר קיבל המוביל את שכרו, הוא שומר שכר, שלא כדין אומן לפי אותה דעה – ראה ליד ציון הערה 143.

⁷⁴ באר יצחק שם.

⁷⁵ שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קמב; שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן יג, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק ט; באר יצחק שם. גליא מסכת ובאר יצחק דנים במקרה שהשליח נתבקש גם להביא למשלח את הנכס לאחר שיקנהו – כבמקרה ליד ציון הערה 70.

⁷⁶ שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לח. כמו כן, אמת ליעקב, נזיקין, חלק א, עמ' רמא, כותב שסתם רועה הוא שומר שכר.

⁷⁷ שו"ת איגרות משה, חו"מ, סימן סט. ראה גם במילואים להערה 19, לנימוק אחר ששוחט הוא שומר שכר; וראה במילואים להערה 110, בהסבר מדוע אינו שומר שכר מטעם פרוטה דרב יוסף.

שומר שכר בשל השכר שהוא מקבל, שהרי השכר ניתן לו על עבודתו בטחינה ולא על השמירה. רק אם מוסיפים על שכרו של עובד זה ככל שנמשך זמן ההמתנה לטחינה, ייחשב לשומר שכר, מכיוון שתוספת השכר ניתנת על השמירה. כמו כן, אם אין דרישה רבה כל כך לעבודתו זו, הוא שומר שכר מחמת הנאתו ממה שבעל החיטים משלם לו על עבודתו⁷⁸.

בית עסק: יש אומרים, שבעל מרחץ, שהלקוחות הבאים לרחוץ נותנים לו את בגדיהם לשמור, הוא שומר שכר על הבגדים, משום שהשכר שמשלמים על הרחיצה נחשב גם שכר על השמירה⁷⁹. אולם פוסק אחר חלק על כך, וקבע שבעל המרחץ הוא רק שומר חינוס, מפני שהוא מקבל שכר על הרחיצה ולא על שמירת הבגדים, שאינה לצורך הרחיצה⁸⁰.

שכר אַחֲסוֹן: יש מי שפסק, שאם בעל הנכס נתן שכר לשומר על אחסון הנכס בביתו, אין זה הופך אותו לשומר שכר, משום שהשכר ניתן על המקום ולא על השמירה⁸¹. אולם יש דעה אחרת, ולפיה הוא שומר שכר⁸², משום שרואים זאת גם כשכר על השמירה.

שדכן המעביר פירעון ההתחייבות: שדכן שנתבקש למסור כסף שהתחייב אבי הכלה לתת לחתן לפי הסכם השידוכין, בין שנתבקש לכך על ידי אבי הכלה ובין שהחתן הוא שביקש שיביא לו את הכסף, אינו שומר שכר על הכסף. השכר שהוא מקבל הוא על השדכנות, וכאשר הגיע ההסכם לידי גמר, נתחייבו הצדדים לשלם את שכרו, והשכר אינו על שמירת הכסף שהוא מעביר, שהרי ההעברה אינה חלק ממעשה השדכנות. אולם אם עדיין לא קיבל את שכר השדכנות, הוא שומר שכר על הכסף, משום שהוא נהנה בהחזקתו, בכך שהוא משמש לו כביטחון לקבלת שכרו⁸³.

שכר בטלה: יש שניתן תשלום מחמת השמירה ולא מחמת דבר אחר, ואף על פי כן אין התשלום נחשב שכר על השמירה, והשומר נותר שומר חינוס. הכוונה למקרה שבעל הנכס נותן לשומר "שכר בטלה", דהיינו שנותן לו סכום שתמורתו הוא מוכן להתבטל מעבודתו הרגילה ולהפסיד את השתכרותו בה, ולא לעשות כלום. אין התשלום הזה ניתן כתמורה על השמירה, אלא כתמורה על ביטולו מעיסוק במלאכתו הרגילה, כדי שיוכל להתפנות לשמור. משום כך השומר אינו שומר שכר אלא שומר חינוס. אולם אם הוא נותן לו סכום קצת יותר גבוה,

⁷⁸ כסף הקדשים, רצא, ה. הוא לומד זאת מאומן, שגם הוא שומר שכר בגלל השכר שהוא מקבל על מלאכתו אם אין דרישה רבה כל כך לעבודה זו (ראה בשמו במילואים להערה 136).

⁷⁹ משכנות הרועים, מערכת ש, אות סז; שו"ת שערי עזרה, חו"מ, סימן מה. יש להסביר, ששכר הרחיצה נחשב שכר על השמירה, מפני שאילו בעל המרחץ לא היה מסכים לשמור על הבגדים, לא היו אנשים באים להתרחץ אצלו בשכר. משכנות הרועים מביא ראייה מאומן ומסוכן מכירות; שערי עזרה מביא ראייה מ"פאטור". אך משכנות הרועים כותב שדין זה מסויג באותם סייגים שיש לדין שאומן שומר שכר לפי הטעמים השונים – ראה בשמו במילואים להערות 133-136.

⁸⁰ שו"ת ימי יוסף בתרא, חו"מ, סימן לא. עוד נימק, שכאן אין לו הנאת ההחזקה כביטחון (כנראה, מפני שאינו יכול להשאיר אותם עירומים, ולכן הוא חייב להחזיר את בגדיהם), ויוכל לטעון "קים לי" כדעה (ראה במילואים להערה 134) שאין מתחשבים בהנאת ההשתכרות (באומן) אלא רק בהנאת ההחזקה כביטחון.

⁸¹ שו"ת יש מאין, חלק ב, חו"מ, סימן ו.

⁸² שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן מא (הובא בדברי גאוניס, כלל צו, סימן לו). הוא מביא ראייה מאומן, שהוא שומר שכר אף על פי שהשכר הוא על המלאכה (ראה ליד ציון הערה 134).

⁸³ כבוד יום טוב, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ב. הוא מביא ראייה מדין שמש, שאינו שומר שכר (לדעה שליד ציון הערה 66). והסביר שאומן שונה, מפני שכדי לקבל את השכר על מלאכתו הוא מוכרח לשמור את החפץ, ולכן שכרו נחשב שכר על השמירה, מה שאינו כן כאן, שיקבל את שכר השדכנות גם בלי שמירת הכסף. על הנאת ההחזקה כביטחון, ראה ליד ציון הערה 99.

המתחשב בעובדה שהוא עושה עכשו מלאכה, השמירה, וגם מתחשב בעובדה שהיה יכול להרוויח יותר במלאכה קשה יותר, ועכשו שהוא עושה מלאכה קלה יותר, ישתכר פחות – הוא שומר שכר, משום ששכר זה מתחשב בשמירה, והוא ניתן בעדה⁸⁴. ככלל, ניתן לומר: א) אם החזקת הנכס ברשות השומר מהווה תנאי לקבלת השכר (כגון במוכר), הוא שומר שכר גם אם בעל הנכס לא התכוון לתת לו את השכר עבור השמירה, מפני שלמעשה נהנה השומר מן השמירה. ב) במקרים מסוימים נחלקו הפוסקים בשאלה האם החזקת הנכס אכן מהווה תנאי לקבלת השכר (כגון באומן), ועל כן נחלקו האם הוא שומר שכר. ג) גם במקום שהחזקת הנכס אינה תנאי לקבלת השכר, אם אפשר להעריך שהצדדים התכוונו שהשכר ניתן (גם) עבור השמירה, השומר הוא שומר שכר; ויש שנחלקו הפוסקים בהערכת כוונות הצדדים בנקודה זו (כגון במשרת ובשמש)⁸⁵.

5. סוגים שונים של שכר

נמנה כאן סוגים אחדים של תמורה ושל טובת הנאה שמקבל השומר מחמת השמירה, שאינם תמורה כספית, אבל הם בעלי ערך כספי, ויש בהם כדי ליצור אחריות שומר שכר. "שומר לי ואשומר לך": אם, תמורת השמירה, הבטיח בעל הנכס לשומר שהוא ישמור נכס אחר בעבורו, השומר הוא שומר שכר, וגם בעל הנכס יהיה שומר שכר כשישמור את הנכס של השומר, מכיוון שקיבל תמורת שמירתו זאת את שמירתו של השומר על הנכס שלו⁸⁶. אם ראובן אומר לשמעון: "שומר לי נכס שלי בשכר, ואני אשמור בעבורך נכס שלך בחינם", לפי דעה אחת, דין שניהם כשומרי שכר, מכיוון שכל אחד מהם מקבל שירות של שמירה כתמורה על שמירתו. על אף שראובן אומר "ואשומר לך בחינם", כוונתו היא שלא יקבל שכר כספי, אבל למעשה הוא מקבל תמורה בדמות שמירתו של שמעון, שהרי שמעון לא היה מסכים לשמור בעבורו, אפילו תמורת השכר הכספי, אילולא קיבל הבטחה מראובן שהוא ישמור בעבורו⁸⁷. אולם דעה אחרת אומרת, שראובן נחשב שומר חינם, מפני שהעובדה ששמעון שומר בעבורו את הנכס שלו בשכר, אינה נחשבת טובת הנאה לראובן, מכיוון שסוף כל סוף נאלץ ראובן לשלם על השמירה⁸⁸.

⁸⁴ חוות דעת, יו"ד, קעז, ס"ק ז, לפי מה שהסבירו אותו רז"ג גולדברג ורח"א מילר.
⁸⁵ דברי רח"א מילר. במקומות שונים נביא איך הסביר דינים מסוימים לפי העקרונות הללו. אך הוא העיר שכסף משנה (שנביא בהערה 161) חולק על כלל זה, שהרי הוא אומר (בדעת הרמב"ם) שמתעסק שומר חינם מפני שהוא מקבל שכר טרחה ולא שכר שמירה, אף על פי שהחזקת הנכס הכרחית לקבלת השכר. אך עלינו להעיר שהסבר זה של רח"א מילר אינו כולל את כל ההסברים שאמרו הפוסקים במקרים השונים, כפי שהבאנו אותם, כל אחד במקומו. זאת ועוד: רח"א מילר סבור שבמקרה שהחזקה היא תנאי הכרחי לקבלת השכר, השומר שומר שכר אף על פי שהשכר לא ניתן בעבור השמירה, מפני שדי שהוא נהנה מהחזקת הנכס; אך פוסקים רבים נקטו לגבי מקרים אלו, שהשכר ניתן גם עבור השמירה, כפי שהבאנו כל אחד במקומו.
⁸⁶ ב"מ פ ע"ב; שאלתות, שאלתא כ; רמב"ם, הלכות שכירות, י, ב, ופירוש המשנה, ב"מ ו, ז; פסקי הרי"א, ז, ב"מ, פרק ו, הלכה ד, אות ז; סמ"ג, עשה פט (קעג ע"ד); אורחות חיים, סימן סה, אות ד; ספר העיטור, פיקדון, ליד אות רא; פירוש ר' אשר מלוניל, ב"מ פא ע"א; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה), סימן יב; שו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קעו; טור, חו"מ, שה, ו; שו"ע, חו"מ, שה, ו; שו"ת לחם רב, סימן קפו; שו"ת משפט צדק, חלק א, סימן כא (פד ע"א); ר"י ורהפטיג, מזכרת, עמ' 247; ישועות יעקב, או"ח, שז, ס"ק ו.

⁸⁷ קצות החושן, שה, ס"ק ג.

⁸⁸ שו"ת חוות יאיר, סימן רכג. בעניין זה עיין שושנת יעקב, שה, ס"ק א.

אגב, ניתן להסיק מדין זה, שהתמורה הניתנת לשומר שכר אינה צריכה להיות תמורה המביאה תועלת חיובית, אלא יכולה להיות מניעת נזק בלבד. הרי במקרה הראשון שתיארנו, התמורה שקיבל השומר הייתה הבטחת בעל הנכס לשמור בעבורו נכס שלו – ובהבטחה זו אין תועלת חיובית לשומר, אלא מניעת נזק אפשרי לנכס שלו על ידי כך שהלה ישמור עליו מנזקים, ומניעת הצורך שיוציא הוצאות לשכור שומר אחר. מכאן, שגם תמורה שהיא רק מניעת נזק יכולה ליצור אחריות של שומר שכר, אם מניעת נזק זה שווה פרוטה בעיני השומר⁸⁹.

רשות שימוש בנכס הנשמר: זוהי הנאה שנהנה השומר מהחזקת הנכס מכך שהוא רשאי להשתמש בו לצרכיו, ומחמתה הוא נעשה שומר שכר. זאת הסיבה ששוכר, מקבל עסקא, ושומר כסף הרשאי להשתמש בו, דינם כדין שומר שכר בתנאים מסוימים, כפי שנראה בפרק ג. מדובר שגם בעל הנכס נהנה מן העסקא, כגון בדמי שכירות שמשלם לו השוכר; אם רק השומר נהנה, הרי הוא שואל, ובכך דן סעיף 1(ד). יש מקרה שאף שאין בעל הנכס נהנה מן העסקא, השומר רק שומר שכר ואינו שואל: ביורשי שואל, שדינם כשומר שכר מחמת הנאתם מן השימוש, אלא שאין להם דין שואל, משום שלא קיבלו זאת על עצמם, כפי שנראה להלן⁹⁰. למעשה, אף שומר רגיל רשאי להשתמש בנכס בשעה שהוא מטפל בו לצורכו (לצורך הנכס), כפי שנראה להלן⁹¹, ששומר כלי כסף משתמש בו במשקה צונן, מפני שזה שומר עליו, ושומר ספר גולל אותו לפרקים לאורור, ורשאי אגב כך לקרוא בו. הסיבה שהנאה זו אינה עושה אותו לשומר שכר היא, שהנאה אינה חשובה, וזהו שימוש שאין אנשים מקפידים עליו, והרי זה כאילו בעל הנכס הפקיר אותו לעניין שימוש זה, וכל אדם רשאי ליטול נכס של חברו ולעשות בו שימוש כזה אף בלי רשותו המפורשת⁹².

הנאה הדומה לרשות שימוש בנכס היא, כשהשומר מקבל רשות להשכיר את הנכס לאחר וליטול לעצמו את דמי השכירות – הוא שומר שכר מחמת הנאה זו⁹³.

גם נתינת רשות שימוש בנכס אחר של בעל הנכס יכולה ליצור אחריות של שומר שכר. אם בעל הנכס אומר לשומר: "שמור לי נכס זה, ואשאלך בתמורה נכס משלי" (או שההצעה באה מצד השומר: "השאֵל לי, ואשמור לך"), השומר נחשב שומר שכר בשמירתו הנוכחית, שהרי בתמורה הוא קיבל רשות שימוש בנכס של המפקיד⁹⁴. הכוונה היא לנתינת רשות שימוש

⁸⁹ נתיבות המשפט, עב, ס"ק ח. הוא מוכיח כך גם מטובת ההנאה של "פרוטה דרב יוסף" (ראה בסמוך) היוצרת אחריות של שומר שכר על אף שהיא רק מניעת נזק – מניעת הצורך לתת צדקה. אך תוספות, נדרים לג ע"ב, ד"ה דמהני (שנביא במילואים להערה 103), כתבו שהנאת פרוטה דרב יוסף אינה בגדר מניעת נזק, אלא כאילו לוקח השומר פרוטה מכיסו של בעל האבדה ונותן אותה לעני. חידושים ובאורים (גריינימן), שבועות מג ע"ב (ד"ה עיקר), כותב שייתכן שמניעת נזק נחשבת שכר לעניין שומר שכר. וראה במילואים להערה 257 בשם שואל ומשיב. וראה דיון דומה לעניין שואל, בסעיף 1(ד), במילואים להערה 141, בדברי אור שמח.

⁹⁰ בסעיף 1(ד), פרק ב, 2.

⁹¹ בסעיף 6, פרק ז, 1 (א).

⁹² נתיבות המשפט, רסז, ס"ק ד (לעניין שומר כלי כסף).

⁹³ שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קלד (הובא במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ז). אך פני יהושע, ב"מ לה ע"ב, כותב שהוא שואל, מפני שהוא כאילו קיבל רשות להשתמש בנכס בעצמו; ראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 103.

⁹⁴ ב"מ, רמב"ם, מהר"ם, טור וש"ע (שצוינו בהערה 86); שו"ת הריב"ש, סימן רעט; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שלב; אור זרוע, ב"מ, סימן שמב; שו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קעו.*

באותו נכס, בזמן אחר, או לנתינת רשות שימוש בנכס אחר, עכשיו. אם, בתמורה לשמירה, נותן בעל הנכס רשות שימוש לשומר באותו נכס בזמן השמירה, הרי הוא שואל. הסכמת בעל הנכס לעשות עם השומר עסקה אחרת: יש דוגמאות אחדות לשומרים שנעשים שומרי שכר מפני שבעל הנכס הסכים לעשות עם השומר עסקה אחרת תמורת שמירתו:

(א) אם השומר מסכים לשמור בתמורה להסכמת בעל הנכס לשכור ממנו נכס שלו, הוא שומר שכר. הנאתו מקבלת דמי השכירות עושה אותו שומר שכר על הנכס שהוא שומר, משום שזו טובת הנאה חשובה בעיניו, כפי שרואים מן העובדה שהוא כך את שתי העסקאות יחד⁹⁵.
(ב) מי שקנה סחורה, והייתה בחצרו של המוכר, וחשש לחזור לעירו, משום שהסחורה לא הייתה שמורה, ואמר לו בעל עגלה שיסע עמו לעירו, והוא (בעל העגלה) יהיה אחראי בשמירה על הסחורה – בעל העגלה נעשה שומר שכר, משום שהוא נהנה, שבזכות התחייבותו לשומר, נסע עמו בעל הסחורה בתשלום⁹⁶.

(ג) מעשה במי שקנה קופסאות אתרוגים, והתנה עמו המוכר שיוכל להניח אצלו במחסן (של הקונה) עוד קופסאות, בלי שכר, לחודשיים. נפסק, שהקונה נעשה שומר שכר על הקופסאות האחרות, מפני שנהנה מהשמירה, שבזכותה עשה עסקה של קניית קופסאות⁹⁷.

(ד) משה ביקש מחיים לקחת כסף לאדם פלוני בעיר אחרת, והסכים לקחת אותו בחינם. אחר כך ביקש ממנו משה להביא לשם סחורה למכירה בהקפה, וחיים הסכים לזה רק תמורת שכר. חיים הוא שומר שכר גם על הכסף, אף על פי שלא קיבל שכר על הולכת הכסף, מפני שאילולא הסכים לקחת את הכסף לא היה משלם לו משה להביא סחורה⁹⁸.

ניצול הנכס כערבון על חוב: אם בעל הנכס חייב ממון לשומר, נהנה השומר מהחזקת הנכס בכך שהנכס משמש לו ערבון על החוב, שמבטיח אותו מפני האפשרות שהחייב יסרב לשלם, וגם חוסך ממנו את הטרחה בפניות חוזרות ונשנות לחייב ("למיעל ולמיפק אזווי") לצורך הגבייה. טובת הנאה זו יוצרת אחריות שומר שכר במקרים של אומן, מלווה על המשכון, ושאר נושים, בתנאים מסוימים, כפי שנראה בפרק ג. שם נראה שיש אומרים שהנאה זו יוצרת אחריות שומר שכר רק כשהחוב היה כרוך ברווח לנושה, כגון בשכרו של אומן המרוויח ממלאכתו, ולא בהלוואה רגילה⁹⁹; ולכן אין אומרים שכל שומר שבעל הנכס חייב לו חוב כל שהוא, הוא שומר שכר משום שהוא נהנה בהחזקת הנכס כערבון¹⁰⁰. כן נראה שם, שיש אומרים ששומר הנהנה הנאה זו הוא שומר שכר רק על חלק הנכס שכנגד סכום החוב, ולא על כל הנכס (אם הנכס שווה יותר מסכום החוב), משום שעל העודף אין לשומר הנאה של שימוש

⁹⁵ שו"ת חוות יאיר, סימן רכג.

⁹⁶ שו"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט (לה ע"ג).

⁹⁷ ר"מ פיינשטיין, מוריה י גל' ט"י (אב תשמ"א), עמ' מז.

⁹⁸ ר' שלמה קעסלאוויטש, בית ועד לחכמים, תר"צ, סימן ג. הוא מביא ראייה מזה שמלווה שומר שכר על משכון משום פרוטה דרב יוסף שיש במצווה של ההלוואה, ואף על פי ששכרו אינו בגלל המשכון אלא בגלל ההלוואה, מכל מקום נחשב שכר על המשכון מפני שלולא המשכון לא היה מלווה לו (ראה ליד ציון הערה 236). עוד הביא ראייה מהדין (ליד ציון הערה 156) שאומן ששאל כלי לראות איך הוא עשוי כדי שיוכל לעשות אחר כמותו, הוא שומר שכר, אף על פי ששכרו אינו עבור הכלי ההוא, מפני שלולא כלי זה לא היה מקבל שכר. למעשה שני המקרים הם הינם דוגמאות נוספות לסוג ההנאה הזה.

⁹⁹ ראה הערה 257.

¹⁰⁰ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תרסג; הגהת רבנו פרץ, לתשב"ץ "קטן", סימן תקכג.

כערבון¹⁰¹. הגבלה אחרת הקיימת (לפי דעה אחת) היא, שהנאה זו יוצרת אחריות שומר שכר רק אם גילה השומר את דעתו שהוא אמנם מנצל את החזקת הנכס כדי להשתמש בו כערבון לחובו¹⁰².

"פרוטה דרב יוסף": כך נקראת הנאתו של שומר שצריך לטפל בנכס, ושמאחר שטיפולו בנכס הוא מצווה, הוא מופטר מלתת צדקה אם עני יבקש ממנו אז פרוטה (מכוח הכלל "העוסק במצווה פטור מן המצווה"), וכל זה הודות לשמירה. ההנאה מיוחסת לרב יוסף, מכיוון שהוא זה שמזכיר אותה בתלמוד¹⁰³. "פרוטה דרב יוסף" יוצרת אחריות שומר שכר בשומר אבדה ובמלווה שבידו משכון, לפי דעות מסוימות, כפי שנראה בפרק ג, מפני שטיפולם בנכס הוא מצווה. אף על פי שהשומר לא התכוון ליהנות הנאה זו בקבלת השמירה, אין צורך בכוונתו כדי להיעשות שומר שכר¹⁰⁴. יתר על כן: גם אם בפועל נתן השומר צדקה מרצונו כל משך שמירתו, מכל מקום הוא שומר שכר בהנאה זו, משום שהוא נהנה¹⁰⁵, שכן אילו רצה, היה יכול להימנע מלתת. מאותה סיבה, גם אם בפועל לא ביקשו ממנו עניים צדקה במשך שמירתו, כך שלא נחסכה לו שום פרוטה, הוא שומר שכר, משום שנהנה בעת ההפקדה מן האפשרות שתחסך לו פרוטה¹⁰⁶.

למעשה, על כל שומר מוטלת חובה לטפל בנכס, כפי שנראה להלן¹⁰⁷, אבל לא בכל שומר נחשב הטיפול למצווה שיכולה ליצור הנאת פרוטה דרב יוסף. יש שלושה הסברים לדבר. הסבר אחד הוא, שהמקבל נכס לשמור בסתם, מתכוון רק לשמור, ויש להניח שהתכוון להיות רק שומר חנם, ואין בדעתו שפרוטה דרב יוסף תחשב לו כשכר, והוא כאילו התנה כך בפירושו. דווקא בשומר אבדה ובמלווה שבידו משכון, שלא קיבלו את הנכס מבעליו לשם שמירה, אלא קיבלו אותו לשם מצווה, יש להניח שהם מוכנים להיות שומרי שכר בגלל פרוטה דרב יוסף¹⁰⁸. הסבר אחר הוא, שרק במקום שאין לבעל הנכס אפשרות לבוא ולעשות בעצמו את הטיפול, כגון באבדה ובמשכון, הטיפול הוא מצווה על השומר, ולכן רק אז קיימת פרוטה דרב יוסף, מה שאינו כן בשומר רגיל¹⁰⁹. הסבר שלישי הוא, שרק במקום שהשמירה היא מצווה חיובית המוטלת על האדם, כמו השבת אבדה או מתן הלוואה, נחשב הטיפול למצווה היוצרת פרוטה דרב יוסף, ולא כשהמצווה אינה מוטלת על האדם לקיימה כחובה אישית, שאז אינו פטור מקיום מצוות אחרות, ולכן אינו נהנה פרוטה דרב יוסף¹¹⁰. נפקויות נוספות מהגבלות אלה תתבררנה תוך עיסוקנו בהמשך בשומרים השונים שפרוטה דרב יוסף עשויה להופיע בהם.

¹⁰¹ ראה ליד ציון הערה 264.

¹⁰² שו"ת הרי בשמים, חלק א, סימן קכו.*

¹⁰³ ב"ק נו ע"ב.*

¹⁰⁴ שו"ת מהרי"ק, שורש קנה (הובא בשו"ת שערי רחמים, חו"מ, סימן לג, ובשו"ת משאת משה, השניות,

חו"מ, סימן לד, דף קיב ע"ד); שו"ת אבני נזר, או"ח, סימן שכו, אות י.

¹⁰⁵ שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ב (פח ע"ג).

¹⁰⁶ תומים, עב, ס"ק יג.*

¹⁰⁷ בסעיף 6, פרק ג, 3, ופרק ז, 3.

¹⁰⁸ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פב ע"א, ד"ה דאתמר (הובא בראשית ההשלמה, על ספר ההשלמה, ב"מ,

פרק ו, סימן ד, ועל ידי ר"מ וולקוביץ, "בענין שואל ספרים", קובץ תורני מרכזי ד, אדר תשמ"ה, עמ' מ).

¹⁰⁹ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לד, בדעת שו"ת הרא"ש, כלל צ, סימן ג (הובא בטור, חו"מ, עב, לד). וראה ליד

ציוני הערה 233 והערה 282.

¹¹⁰ נתיבות המשפט, סימן עב, ס"ק יט (הובא בדברי מאיר, ראק, סימן מזו), וסימן רצא, ס"ק ג. אף על פי שהש"ך ונתיבות המשפט לא אמרו זאת כדי להסביר מדוע אין אומרים שכל שומר יהא שומר שכר מצד

פרסום השומר כאדם נאמן: יש עסקאות שבעל נכס מוכן לעשות רק עם אדם נאמן, שיחזיק את הנכס שלו במסגרת העסקה. בעסקאות אלה, הנהנה השומר מכך שהחלטת בעל הנכס לבחור בו מפרסמת אותו כאדם נאמן. דוגמאות לעסקאות כאלה הן אפוטרופוס וגובה מיסים, ונדון בכך בפרק ג. גם לשומר רגיל יוצא שם כאדם מהימן, מאחר שהעובדה שמפקידים אצלו מראה שבעל הנכס סומך על יושרו. אולם הנאה זו בשומר רגיל שווה פחות מפרוטה, ולכן אין היא הופכת שומר רגיל לשומר שכר¹¹¹. רק באפוטרופוס ובגובה מיסים שווה הנאה זו פרוטה, משום שמינוי אדם לאפוטרופוס או לגובה מיסים מראה על האמון הרב שרוחשים לו, ולכן הוא שומר שכר.

פירעון מוקדם של חוב: אם, תמורת הסכמה לשומר, פרע בעל הנכס לשומר חוב שהיה חייב לו (לשומר) אך לא נקבע זמן לפרעונו, הוא שומר שכר, משום שלולא הסכמתו לשומר היה בעל הנכס יכול לעכב כרצונו את הפירעון. אולם אם היה זמן קבוע לפירעון, הסכמת בעל הנכס לפרוע במועד תמורת השמירה אינה נחשבת טובת הנאה לשומר, משום שבלאו הכי היה יכול לגבות ממנו במועד, ולכן אינו שומר שכר¹¹².

הראות כאדם עשיר: יש שהימצאות הנכס בידי השומר מביאה לו תועלת כתוצאה מכך שהראתה אותו בידו חושב שהוא שלו (זאת גם בלי שהשומר קיבל רשות שימוש בנכס). דוגמה לכך היא שומר יהלומים, שהוא עצמו סוחר ביהלומים, כאשר מקובל שמרבית למכור למי שיש לו בכיסו יהלומים רבים. מאחר שהשומר הזה יכול להציג כעת יהלומים רבים למי שירצה לבדוק בכיסו, ירבו למכור לו; והנאה זו עושה אותו שומר שכר¹¹³.

6. טובת הנאה מוסרית

חשין סבור, שלפי החוק, רק מי שיש לו טובת הנאה הניתנת למדידה במושגי ממון הוא שומר שכר, ולא די בטובת הנאה מוסרית. לטענתו, אילו כל מי שנהנה טובת הנאה מוסרית היה שומר שכר, לא היו כמעט שומרי חנם¹¹⁴. אולם סלטון סבור שגם טובת הנאה מוסרית יוצרת אחריות של שומר שכר. הוא הסביר שזאת כוונת המילים בחוק "טובת הנאה", שאילו הייתה

מצוות הטיפול, אפשר להשתמש בעקרונות שהניחו כדי להסביר זאת, אך זאת רק לפי הדעה (סעיף 6, ליד ציון הערה 211) ששומר רגיל חייב בטיפול גם כשבעל הנכס בקרבת מקום, כך שהוא יכול לבוא ולטפל בנכס בעצמו (ולכן תקף הסבר הש"ך), ואין מצוות השבת אבדה בטיפול (ולכן תקף הסבר נתיבות המשפט). להלן, ליד ציון הערה 353, ובסעיף 1(א), פרק א, 5 (ב), ליד ציון הערה 224, מובאים מקרים שנתיות המשפט מוצא בהם נפקויות משיטתו זו.

¹¹¹ שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ג, סימן קמג. ראה לעיל פסקה 1, שמקבל הנאה פחות משווה פרוטה אינו נעשה שומר שכר. וראה בשמו בסעיף 1(א), הערה 19, שהנאה זו קיימת בכל שומר.

¹¹² מאירי, ב"מ פא ע"א. מקורו בגמרא שם, שעולה ממנה, כמו שכתב הראב"ד המובא בשיטה מקובצת שם, לגבי קבוצת אנשים, שלכל אחד יש יום קבוע שעליו לאפות בו לחם בשביל כולם, שאם ביקש האופה של יום מסוים שהאחרים ישמרו בעבורו נכס בתמורה, אינם שומרי שכר; ואם הם ביקשו מאחד מתוכם לאפות ביום שאינו שלו, והסכים בתנאי שישמרו לו נכס שלו בתמורה, הם שומרי שכר (כתנאי שאין הפטר של "בעליו עמו"), מפני שבתמורה לשמירתם הוא אופה להם בתוספת על חובתו.

¹¹³ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צו (ד"ה ועתה). מקורות נוספים לכך ראה בסעיף 1(ד), הערה 99.

¹¹⁴ מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 164, הובא בע"פ 817/76 מישל דנינו נ' מ"י, פ"ד לא(3) 645, 650. בהקשר זה יש להביא גם את דברי חשין בעמ' 167, שראובן שהצליח לשכנע את שמעון לנסוע לחופשה, בהבטחה שישמור על נכסיו בהיעדרו, אין ראובן נחשב שומר שכר, משום שאין לראובן טובת הנאה מנסיעתו של שמעון, אף שהוא רצה בכך מתוך דאגה לבריאותו של שמעון וכדומה.

הכוונה לטובת הנאה חומרית בלבד, הדבר היה מובן מתוך המילה "תמורה", ולא היה המחוקק צריך להוסיף את המילים "או טובת הנאה"¹¹⁵.

נראה שעמדת המשפט העברי היא, שאין טובת הנאה מוסרית נחשבת הנאה לעניין שומר שכר. מסקנה זו עולה ממה שאמרו פרשנים שונים על סוגים אחדים של הנאה, הנכנסים לגדר של הנאה מוסרית, שאינם נחשבים כשכר לעניין שומר שכר.

הסוג הראשון הוא בשומר ששמר בחינם עבור בעל הנכס, או אף עשה בעבורו בחינם מלאכה מסוימת במסגרת ההחזקה בנכס, ומקובל לעשות שמירה זו או מלאכה זו בשכר. בעל הנכס מחזיק לשומר טובה על שעשה לו את הטובה הזאת, והשומר נהנה מזה שבעל הנכס מחזיק לו טובה. אף על פי כן, אין השומר נעשה שומר שכר בשל הנאה זו¹¹⁶.

הסוג השני הוא בשומר שעושה מצווה בשמירתו או במעשה הקשור בהחזקת הנכס. יהודי נהנה מן העובדה שהוא עושה מצווה, ומצינו אף הלכה שהחוטף מצווה מחברו חייב לשלם לו עשרה זהובים על שמנע ממנו את האפשרות לקיים את המצווה¹¹⁷. אף על פי כן, לעניין שומר, אין הנאה זו נחשבת שכר, שיעשה אותו לשומר שכר. טעם הדבר הוא, שלאמיתו של דבר "מצוות לאו ליהנות ניתנו", כלומר, שאדם המקיים מצווה באמצעות חפץ כלשהו, אינו נחשב כאילו הוא נהנה מן החפץ, ולכן אינו שומר שכר¹¹⁸. קיום המצווה על ידי השמירה יכול לגרום לו בצורה עקיפה להיות שומר שכר, מצד "פרוטה דרב יוסף", בתנאים מסוימים, כפי שראינו בפסקה 5. אך היא הנותנת: רק בגלל הנאה ממונית זו הנגרמת מקיום המצווה, הוא נעשה שומר שכר, ואינו נעשה שומר שכר מחמת עצם הנאתו מקיום המצווה¹¹⁹.

פרק שלישי

עסקאות שונות שיש בהן שמירה בשכר

1. כללי

לאחר שראינו, בפרק ב, את הכללים הקובעים איזה שכר יוצר אחריות שומר שכר, יש צורך לבחון את מימוש הכללים הללו במקרים מוגדרים, פרטיים. לשם כך, נמנה בפרק זה עסקאות שונות, ונברר בכל אחת האם ומתי נחשב השומר שומר שכר, לאור הכללים שמנינו לעיל. אגב, רשימה זו מהווה השלמה לרשימה דלעיל¹²⁰, של השומרים אשר השמירה אינה עיקר

¹¹⁵ א' סלטון, "ההיבט הנזיקי של חוק השומרים", עיוני משפט ה (תשל"ז) 654, ה"ש 13.

¹¹⁶ מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לט. מחנה אפרים הוסיף, שאינו שומר שכר מפני שמראש לא נכנס לעניין על דעת לקבל שכר. נראה שבתוספת זו הוא מתכוון להסביר, שאין אומרים שהוא שומר שכר מצד שהוא יכול לתבוע שכר (כדעה ליד ציון הערה 37), משום שלא נכנס לשמירה על דעת כן.

¹¹⁷ ב"ק צא ע"ב.

¹¹⁸ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פב ע"א, ד"ה והכא (הובא בשו"ת כתב סופר, או"ח, סימן קיט); קצות החושן, שו"ס"ק ז (הובא באומר לציון, סימן כ, בדברי חיים, דיני שומרים, סימן יט, ובהפרדס, שנה לט, חוב' ה, עמ' 13); דרכי דוד, ב"ק נו ע"ב (ד"ה ומובן); שו"ת בית שער (בלום), יו"ד, סימן שסז.

¹¹⁹ הריטב"א וקצות החושן שם. על סוג אחר של הנאה מוסרית – ראה במילואים להערה 12 בשם פרחי אליהו. וראה במילואים להערה 113 בשם שי למורא.

¹²⁰ בסעיף 1(א), פרק 5.

בעסקה שלהם. שם מנינו שומרים כאלו שאינם שומרי שכר, ורק קבענו מתי הם חייבים כשומרים. כאן נמנה שומרים כאלו שהם שומרי שכר. עצם אחריותם כשומרים נוצרת מאותה סיבה כמו בשומרים שמנינו שם – שיש להניח שהם מסכימים לשמור על הנכס כשהוא בחזקתם, הסכמה מכללא, מפני שאם לא ישמרו, הנכס עלול להינזק, על אף שלא ביטאו הסכמתם זו במפורש כמו שומר רגיל¹²¹.

2. שוכר

בחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971, סעיף 24, נקבע ששוכר הוא שומר שכר. שם נאמר עוד שהוא שומר שכר מן הסוג ששמירתו טפלה למטרה העיקרית של החזקת הנכס, ועל כך ראה בפרק א.

חשין סבור שגם אם הנכס אינו כשיר לשימוש שהוסכם עליו, השוכר ממשיך להיות שומר שכר, משום שהקובע הוא ההסכם שבין הצדדים, שקבע לו הנאה מן השמירה, וקבע ממילא החמרת השמירה תמורת ההנאה¹²².

במשפט העברי, נפסקה הלכה ששוכר דינו כשומר שכר¹²³. ה"שכר" שהוא מקבל הוא טובת ההנאה שלו מרשות השימוש בנכס¹²⁴. רואים זאת כשכר הניתן על השמירה¹²⁵, משום שלולא היה הנכס ברשותו לא היה יכול להשתמש בו¹²⁶. ואף על פי שהוא משלם לבעל הנכס על הנאתו זו, אין אומרים שתשלום זה והנאתו מתקזזים, משום שהעובדה שהוא מוכן לשלם כסף עבור השימוש, מראה שהוא זקוק לנכס, והנכס חשוב בעיניו יותר מן הכסף שהוא משלם¹²⁷. גם אם עדיין לא השתמש בנכס, הוא שומר שכר, משום האפשרות שיש לו להשתמש בנכס כשירצה¹²⁸.

שוכר שמת, והנכס השכור נמצא ביד יורשיו, אין עליהם אחריות כשומרי שכר¹²⁹, אפילו השתמשו בנכס¹³⁰. יש להם רשות שימוש בנכס עד תום הזמן, משום שירשו מאביהם רשות

¹²¹ אך לגבי שומר אבדה, רוב הפרשנים אומרים שחיובו אינו מטעם הסכמה מכללא. ראה על כך בסעיף 1(א), ליד ציון הערה 258.

¹²² מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 167. הוא קובע דין דומה בכל שומר שכר – ראה לעיל ליד ציון הערה 53. ג' טדסקי, "השומר על פי דין", משפטים ח (תשל"ח) 439, כותב גם הוא ששוכר שומר שכר גם אם במקרה מסוים לא נהנה מהנכס, או שהנכס לא התאים לשימוש, אבל זאת מנימוק אחר: מאחר שיש הוראה מפורשת על כך בחוק, אין מתחשבים בנסיבות של מקרה קונקרטי (מעין "לא פלוג").

¹²³ רמב"ם, הלכות שכירות, א, ב, וספר המצוות, עשה רמג*.

¹²⁴ רש"י, ב"מ פ ע"ב (ד"ה ר' יהודה): "ולהנאתו הוא אצלו" (הובא בפרישה, חו"מ, רצא, א); ר"א די בוטון, בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז, דף קמט ע"א*.

¹²⁵ בית יוסף, יו"ד, סימן קעז (ליד אות יא).

¹²⁶ אמרי בינה, קונטרס בדיני קניינים, סימן יב (ד"ה וראיתי); מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן מא (הובא בדברי חיים, דיני שומרים, סימן יז).

¹²⁷ דרכי דוד, ב"ק נו ע"ב (ד"ה גמ' אתמר).

¹²⁸ כך יש ללמוד מהדין ששומר כסף הרשאי להשתמש בו הוא שומר שכר אף לפני שהשתמש (ראה ליד ציון הערה 167), ואם כך הדין ברשות מכללא, קל וחומר ברשות מפורשת, דהיינו בשוכר*.

¹²⁹ הגהות אשרי, ב"מ, פרק ח, סימן ד (הובא בש"ך, חו"מ, שמא, ס"ק ג); תוספות הרא"ש, ב"מ צו ע"ב; תוספות שאנץ, המובא בשיטה מקובצת, ב"מ צו ע"ב; ערוך השולחן, חו"מ, שמא, ד*.

¹³⁰ כך מוכח מערוך השולחן, שנביא בסמוך. אך מנתיבות המשפט שבסמוך משמע שהוא פוטר רק אם לא השתמשו; אלא שדבריו אינם ברורים דיים.

זו, שהייתה קנויה לו. אבל הרשות אינה מטילה עליהם אחריות כשומרי שכר, מפני שמעולם לא קיבלו על עצמם שמירה, במפורש או מכללא. אך המשכיר יוכל לדרוש מהם אחת מהשתיים: או שיחזירו לו את הנכס, או שיקבלו על עצמם אחריות כשומרי שכר¹³¹. יש מי שאומר, שירשי שוכר פטורים מאחריות שומר שכר רק אם עדיין לא שילם השוכר דמי שכירות על התקופה שהנכס ביד היורשים. מאחר שלא יהיו היורשים מחויבים לשלם דמי שכירות אם לא ישתמשו בו, אין לראותם כשוכרים. ברם, אם כבר שילם השוכר דמי שכירות על תקופה זו, נמצא ששימושם בנכס הוא בחינם, שהרי גם אם לא ישתמשו, לא יוכלו לקבל חזרה את מה ששילם, ולכן הם אחראים כשומרי שכר בהנאתם מרשות השימוש¹³².

3. אומן

אומן, שנותנים לו כלי לתקן, או חומר לעשות ממנו כלי, הוא שומר שכר על הכלי או על החומר¹³³. סיבות אחדות לדבר. ראשית, הוא נהנה מן העובדה שהנכס ברשותו, שבזכות זה הוא מקבל שכר על עבודתו, ואף על פי שלמעשה השכר הוא על עבודתו ולא על שמירתו, ממילא השכר מתפרס גם על השמירה¹³⁴. סיבה שנייה היא, שיש לו טובת הנאה מכך שהכלי בידו, שבכך יש לו ערבון לכך שבעל הכלי ישלם לו את שכר מלאכתו¹³⁵. סיבה שלישית היא, שיש לו טובת הנאה מכך שבעל הנכס בחר דווקא בו ושכר אותו לעשות את המלאכה¹³⁶. מן הנימוקים הללו ניתן להסיק שאומן העושה מלאכתו בחינם אינו שומר שכר על הכלי, שהרי הנימוקים הללו מבוססים על כך שאומן מקבל שכר על מלאכתו¹³⁷. כמו כן, אם הכלי עצמו שווה פרוטה או פחות מפרוטה, אין האומן שומר שכר, מפני שהשכר של שומר שכר צריך להיות בערך של פרוטה, כפי שראינו לעיל¹³⁸, וכאן ההנאות הללו בוודאי שוות פחות מפרוטה¹³⁹.

¹³¹ ערוך השולחן שם, על פי דין דומה ביורשי שואל, שנביא בסעיף 1(ד), ליד ציון הערה 48.
¹³² נתיבות המשפט, שמא, ס"ק ו (הובא במנחת חינוך, מצווה ס, דף פו ע"ב). הוא כותב שגם אם לא שילם השוכר על זמן זה, הרי לפי הדעה ברמ"א, חו"מ, שלד, א, שירשי שוכר חייבים לשלם שכירות (מנכסים שהניח האב) עד סוף הזמן שקבע מורישם עם המשכיר, גם אם הם רוצים לבטל את העסקה, דינם כבמקרה שהאב כבר שילם, ולכן יהיו אחראים כשומרי שכר*.

¹³³ ב"מ פ ע"ב*.

¹³⁴ רש"י, ב"מ שם (ד"ה ר' מאיר); טור, חו"מ, שו, א (הובא בשו"ת דברי שלום, משאש, חו"מ, סימן מט); רבנו סעדיה, בתשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ח, אות כא; ראב"ד, הובא בשיטה מקובצת ובחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ פ ע"ב (הובא בשמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן קצד); פירוש ר' אשר מלוניל, ב"מ פא ע"א; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פ ע"ב (ד"ה ואב"א)*.

¹³⁵ ב"מ שם; שאלות, שאלתא כ (הובא באורחות חיים, סימן סה, אות ג); שו"ת הרא"ש, כלל צ, סימן ג; נימוקי יוסף, ב"מ נ ע"א (בדפי הרי"ף); שו"ת הרשב"ש, סימן תקעה; חוקות הדיינים, סימן קצה*.

¹³⁶ ב"מ שם; פרישה, חו"מ, שו, א, וסמ"ע, שו, ס"ק א; שו"ת קול אליהו, חלק ב, חו"מ, סימן כח; שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן לה; גן נעול, כפתור ג, פרח כד, אות ג (סו ע"ד); פני מבין, שג, ג (על מי ש"מטיף" משקה ב"חצר ההטפה" תמורת שכר טרחה)*.

¹³⁷ ב"ח, חו"מ, שו, א; שו"ת דברי משה (זקס), סימן ד, ענף ב, בשם מהר"ח; שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן יג.

¹³⁸ פרק ב, 1.

¹³⁹ חוות דעת, יו"ד, קעז, ס"ק ז. עיין על כך בית יעקב, שו, א.

מת האומן, גם יורשו הוא שומר שכר, שהרי בהחזקתו את הנכס יש לו טובת ההנאה שהזכרנו, שהנכס משמש לו ערבון על החוב שירש מן האומן¹⁴⁰.

הפוסקים נחלקו בשאלה האם האומן ממשיך להיות שומר שכר גם לאחר שכבר קיבל את שכר מלאכתו, אם הכלי עודנו ברשותו. יש אומרים, שהוא עדיין שומר שכר, מכוח אותה טובת הנאה שבהשתכרותו במלאכתו¹⁴¹. אולם אחרים סבורים שאינו שומר שכר¹⁴², מכיוון שטובת ההנאה האחרת, מזה שהכלי משמש לו כערבון על שכר מלאכתו, אינה קיימת לאחר שקיבל את שכרו¹⁴³.

חילוקי דעות קיימים גם לגבי אומן המקבל את שכרו שלא בקבלנות, אלא בשכירות יומית. בפשוטו, גם אומן כזה שומר שכר, כיוון שגם הוא נהנה אותן טובות הנאה מן השמירה¹⁴⁴. אך יש דעה האומרת ששכיר יום אינו שומר שכר. דעה זו סבורה שאין לאומן כזה טובת ההנאה ממה שבעל הכלי בחר בו לתת לו את העבודה, שכן כל יום ייתכן שבעל הכלי ילך לאומן אחר להמשיך בעבודה, ואם כך ייתכן שהוא בחר בו באופן אקראי בלבד, ולכן אין לו סמיכות הדעת להיות שומר שכר תמורת הנאה זו¹⁴⁵.

מדובר כאן באומן העושה את מלאכתו בביתו. אם הוא עושה את מלאכתו בבית בעל הכלי, יש אומרים שהוא אינו שומר כלל, גם לא שומר חנם, מפני שאחד התנאים ליצירת אחריות שמירה הוא שבעל הנכס יסתלק משמירת הנכס, כפי שראינו לעיל¹⁴⁶, וכל זמן שהנכס נמצא בבית בעליו, הוא נתון לשמירת בעליו, ואין צורך שישמרנו האומן¹⁴⁷. אולם אחרים אומרים שאין מקום עבודתו משנה, וגם אם הוא עובד בבית בעל הכלי הוא שומר שכר, מפני שגם

¹⁴⁰ חידושי הריטב"א, כתובות לד ע"ב, הובא בנימוקי יוסף, ב"ק לט ע"א (ברפי הרי"ף) וכתובות שם, בבית יוסף, חו"מ, עב, מחודש יג, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן צח, בשמחת עולם, על הרמב"ם, הלכות שאילה, א, ה, ובסמ"ע, עב, ס"ק כו; ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן ד, בסופו (והוסיף לכלל פרטי הדינים הוא כאביו); מעשה בראשית, מצווה נט.

¹⁴¹ שו"ת מהריט"ץ, סימן קפד; קצות החושן, שו, ס"ק ד; חסדי דוד, תוספתא ב"מ ז, י (ד"ה הנותן); שו"ת קול אליהו, חלק ב, חו"מ, סימן כח; יד המלך (פלומבו), על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, ג; שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן יג (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, שו, ס"ק א); כבוד יום טוב, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ב; חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סב, דף צח ע"א (הובא בזכרנו לחיים, חלק א, חו"מ, ערך אומן, ב, דף נז ע"ב, וחלק ב, חו"מ, ערך שומר, דף קמו); שו"ת דברי משה (זקס), סימן ד, ענף ב, בדעת הטור; שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד (שהרי הפוסקים סתמו); מנחת צבי, חלק ב, סימן ז, אות ה (שאף אינו יכול לטעון "קים לי" כדעה האחרת); כנסת הגדולה, חו"מ, שו, הגהות הטור, אות י, בדעת הטור (הובא ע"י ר"מ בירדוגו, בשו"ת דברי שלום, משאש, חו"מ, סימן מט).

¹⁴² ראב"ן, ב"מ פ ע"ב (דף רה ע"א במהד' עהרנרייך); שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תרסג; מרדכי, ב"מ, סימן שס (הובא בשו"ת זרע יעקב, נאים, סימן מא). הם לא נימקו את דעתם.

¹⁴³ כך נימקו מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן מא, שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד, ומשכנות הרועים, מערכת ש, אות סז.

¹⁴⁴ ב"ח, חו"מ, שו, א; ש"ך, חו"מ, שו, ס"ק א (הובא בשו"ת דברי מלכיאל, חלק ה, סימן רטו); משנה למלך, הלכות שכירות, י, ג; חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סב (צח ע"א); שו"ת יורו משפטיך ליעקב, סימן סז; מגן גיבורים, ב"מ פ ע"ב (אם עושה בביתו).

¹⁴⁵ פרישה, חו"מ, שו, א, וסמ"ע, שו, ס"ק א. מנחת צבי, חלק ב, סימן ז, אות א, כתב שאפשר לטעון "קים לי" כדעה זו.

¹⁴⁶ בסעיף 1(א), פרק א, 3(ג).

¹⁴⁷ ב"ח, חו"מ, שו, א; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן מא (הובא בדברי חיים, דיני שומרים, סימן יז, בשו"ת דברי מלכיאל, חלק ה, סימן רטו, ובשו"ת באר יצחק, חו"מ, סימן ו, ענף ג); ר"מ גלנטי, בשו"ת ברך משה, סימן יז (עא ע"ג); חסדי דוד, תוספתא, ב"מ ז, י (ד"ה הנותן).

אז הוא נהנה ממה שבעל הכלי נותן לו שכר עבור מלאכתו¹⁴⁸. דעה זו טוענת, שגם כשהנכס בבית בעליו, ייתכן מצב של הסתלקות בעל הנכס משמירה: כשאין הוא משגיח על עבודת האומן, הרי הוא מסולק משמירת הנכס, ואז האומן מתחייב בשמירה. ודעה זו מסכימה שאם בעל הנכס משגיח על המלאכה, כך שאינו מסתלק משמירת הנכס, האומן פטור משמירה¹⁴⁹. בעייה אחרת ביצירת חיוב שמירה כאן היא, שאין האומן יכול לבצע מעשה קניין בנכס, מאחר שהנכס ברשות בעליו, ולפי דעה אחת, שראינו לעיל¹⁵⁰, בלי ביצוע מעשה קניין אין נוצר חיוב שמירה. אך גם לבעייה זו נמצא פיתרון: התחלת האומן את מלאכתו משמשת כקניין, המכניס את הכלי לרשותו, מפני שלאחר שהתחיל לעבוד, אין בעל הכלי יכול לחזור בו¹⁵¹. גם אומן העושה את מלאכתו בביתו, כל זמן שהוא מוליך את הנכס מבית בעליו לביתו, כדי להתחיל במלאכה, אין הוא שומר שכר, אם הכלי מועד לנוקים בדרך, משום שאין להניח שהאומן רוצה לקבל על עצמו אחריות חמורה כשומר שכר כשהוא בדרך¹⁵². אולם כשהוא מגיע עם הנכס לביתו, הוא שומר שכר על הנכס, אף לפני שהתחיל במלאכה, אף על פי שבעל הנכס עדיין יכול לחזור בו או (בתנאים מסוימים) ולתת את המלאכה לאומן אחר. בכל זאת האומן שומר שכר, משום שסוף כל סוף הוא מפיק הנאה מן העסקה¹⁵³. אלא שאם קבעו זמן, שרק מאותו זמן ואילך יוכל האומן להתחיל לעבוד, לפני אותו זמן הוא רק שומר חנינם, משום שעדיין אין בידו להוציא לפועל את אפשרותו להשתכר, שהיא היסוד להיותו שומר שכר¹⁵⁴. כאחריות אומן על הכלי שהוא עובד עליו, כך אחריותו על כלי אחר שנותן לו בעל הכלי לשמש דוגמה, כגון שנתן לו ספר במטרה שהאומן יעתיק אותו ויכתוב לו ספר חדש¹⁵⁵, או שנתן לו כלי כלשהו כדי שיראה את צורתו ויעשה כלי אחר כדוגמתו¹⁵⁶. האומן שומר שכר גם על כלי זה, מכיוון שיש לו טובת הנאה מהחזקתו את הכלי הזה, שבזכות זאת הוא יוכל לעשות את המלאכה כרצון המעסיק, ולקבל על כך את שכר עבודתו¹⁵⁷.

¹⁴⁸ ש"ך, חו"מ, שו, ס"ק א (הובא בשו"ת דברי משה, זקס, סימן ד, ענף ט, ובשו"ת ר' משה מרוטנבורג, או"ח, סימן יא, דף יב ע"ג); משכנות הרועים, מערכת ש, אות סד; משנה למלך, הלכות שכירות, י, ג (הובא בשו"ת שואל ונשאל, חלק ה, סימן קה); פני מבין, שו, א.א.

¹⁴⁹ דברי רח"א מילר. וראה סעיף 1(א), הערה 226.

¹⁵⁰ בסעיף 1(א), פרק א, 3 (ה).

¹⁵¹ זאת נראית כוונתו של נתיבות המשפט, שו, ס"ק א, אף על פי שאינו מזכיר תחילת מלאכה אלא תחילת שימוש, ומתייחס למקרה של שוכר.

¹⁵² כסף הקדשים, שו, א – כך נראית כוונתו. וראה סעיף 1(א), ליד ציון הערה 105, שבמקום שקשה לשמור, מניחים שהנפקד לא קיבל על עצמו שמירה בכלל.*

¹⁵³ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תקמז; מרדכי, ב"מ, סימן שנט (הובא בשו"ת שי למורא, סימן טו, ובשו"ת תפארת אדם, אסטרייכר, סימן קה, אות יב); שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן כב, אות ו (שנהגה מההחזקה העתידית כביטחון על שכרו העתידי). השווה את האמור ליד ציון הערה 17, שגם בספק רווח יש דין שומר שכר.*

¹⁵⁴ שו"ת דברי משה (זקס), סימן ה, ענף ח.

¹⁵⁵ ראב"ן, ב"מ פ ע"ב (רה ע"א במהד' עהרנרייך); שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תרסג; תשב"ץ "קטן", סימן תקכג (הובא בשו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימנים יב"ג); מרדכי, ב"מ, סימן שס, הובא בדרכי משה, חו"מ, שו, ס"ק א.

¹⁵⁶ שו"ת מהר"ש צרור, סימן ל; שו"ת הרדב"ז, סימן אלף רצח (הובא בשולחנו של אברהם, חו"מ, שו, ובמנחת הגרשוני, הלכה מז). בנידונם הייתה זו טבעת.

¹⁵⁷ מהר"ש צרור והרדב"ז שם.*

כדין אומן העושה חפץ או מתקן חפץ למעביד, כך דין פועל העושה מלאכה אחרת בעזרת החפץ בעבור בעל החפץ: הוא שומר שכר על החפץ¹⁵⁸, מאותם נימוקים כמו אומן.

4. מקבל עסקא

"עסקא" היא סכום כסף שאדם נותן לחברו במטרה שחברו יעשה עסקים בכסף, והרווחים יתחלקו ביניהם. העסקא מוגדרת כחצי הלוואה וחצי פיקדון: הרווחים הבאים מן החצי שהוא הלוואה – הולכים ל"מקבל העסקא", כשם שלווה מקבל את כל הרווחים שעשה בכספי הלוואתו, ואילו היו הולכים לנותן העסקא הייתה זו ריבית; והרווחים הבאים מן החצי שהוא פיקדון הולכים לנותן העסקא, ואין בכך איסור ריבית מכיוון שאין זו הלוואה. בנוסף על מחצית הרווחים שהולכת למקבל העסקא, חייב נותן העסקא לשלם לו שכר על התעסקותו במחצית שהיא פיקדון, שכן אם לא יתן לו שכר, תהיה כאן בעיה של ריבית: תמורת הלוואה, המקבל מתעסק למענו (בחינם) בחצי שהוא פיקדון, ומביא לו את הרווחים מחצי זה. רק אם הוא מקבל שכר על התעסקותו בפיקדון, אין בעייה של ריבית, מפני שהוא מתעסק בפיקדון לא כתמורה להלוואה אלא כתמורה לשכר שהוא מקבל.

על המחצית שהיא הלוואה, אחריות העוסק היא מלאה, דהיינו, היא כוללת אונס¹⁵⁹, כמו שכל לווה אחראי אחריות מלאה להחזיר את הכסף שלוה.

לעומת זאת, על המחצית האחרת אין אחריות כה חמורה, מכיוון שהיא פיקדון ולא הלוואה. הראשונים נחלקו בקביעת מידת האחריות של מקבל העסקא על המחצית שהיא פיקדון. יש שקבעו שדינו כשומר חנים¹⁶⁰, מפני שהשכר שהוא מקבל הוא על התעסקותו בפיקדון ולא על שמירתו, ולכן אינו שומר שכר¹⁶¹. זאת ועוד: השכר ניתן לו רק כדי למנוע איסור ריבית, כאמור, וזה גם לתועלת בעל הכסף, ושומר נעשה שומר שכר רק כשהשכר ניתן

¹⁵⁸ ערוך השולחן, חו"מ, שלא, ז; שו"ת דברי מלכיאל, חלק ו, סימן נד; גן נעול, כפתור ד, פרח ה. וכך עולה גם מדברי נתיבות המשפט, שט, ס"ק ה. אך הוא כותב שאם שינה המעביד מתנאי ההסכם, לדוגמה, שבעל מתחשה שכר פועל חרישה לחרוש בעבורו בבקעה, ולבסוף אמר לו לחרוש בהר, מקום המועד יותר לנזק למתחשה, הפועל הוא שומר חנים לגבי חרישה בהר, מפני שאת שכרו הוא מקבל על חרישה בבקעה דווקא, כבהסכם המקורי.

¹⁵⁹ רב שרירא גאון, בתשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ח, אות א ואות ה; רמב"ם, הלכות שלוחין, ו, ב; אור זרוע, חלק א, סימן תשעב, וב"מ, סימן שמא; מרדכי, ב"מ, סימן שצ (הובא בשו"ת אבקת רוכל, סימן קלט); ספר העיטור, כיס, ליד אות כז; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתקעג, ודפוס לבוב, סימן שפ, ותשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן יב (הובא בבית יוסף, חו"מ, סז, ה); מאירי, ב"מ סח ע"א (ד"ה אין); רמ"ך, בשיטה מקובצת, ב"מ קד ע"ב; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שכה; סמ"ג, עשה פב (קסח ע"א); פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ה, הלכה ו, אות ו; ר' דוד בר סעדיה, בשיטה מקובצת, ב"מ קד ע"ב; אגודה, ב"מ, סימן קסו. בית יוסף, יו"ד, סימן קעו (ליד אות יא), מביא ראיה לכך מקידושין מו ע"ב – עיין שם.*

¹⁶⁰ רמב"ם, הלכות שלוחין, ו, ב; ספר התרומות, שער מו, חלק ג, אות ז; רשב"ם, ב"ב דף ע ע"ב (ד"ה דאמרי) ודף צח ע"א (ד"ה האי); חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ קד ע"ב; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן יב, בשם רבנו ניסים, ודפוס לבוב, סימן שפ, בשם הריב"ן, ומהד' בלוך, שער ב, סימן קסב, בשם רבנו שפירא (או רבנו ניסים); ר"ש קלעי, בשו"ת משפטי שמואל, סימן סז, בדעת הרא"ש ורבנו ירוחם; שו"ת הרדב"ז, סימן תרלח (נדפס גם בשו"ת אבקת רוכל, סימן קמ, ובשו"ת משפטי שמואל שם); שו"ת מעיין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ו (עמ' 102).*

¹⁶¹ כסף משנה, על הרמב"ם שם; יקר תפארת, על הרמב"ם שם, ושו"ת הרדב"ז שם; משכנות הרועים, מערכת ש, אות סז; שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד; שו"ת דברי משה (זקס), סימן ד, ענף ב.*

על פי דרישת השומר, שאילולא קיבל לא היה מסכים לשמור, משום שמניחים שהוא מוכן לקבל על עצמו אחריות מוגברת בתמורה לשכר, ואף בעל הנכס נותן לו על דעת כן, מה שאינו כן כאן, שאין סיבה להניח כך¹⁶². אולם אחרים סבורים, וכך פסק גם השולחן ערוך, שאחריותו של מקבל העסקא היא כשומר שכר¹⁶³. ראשית, יש לו טובת הנאה מן העסקא, בכך שיש ברשותו כסף שהוא יכול לעשות בו רווחים, ובזכות טובת הנאה זו הוא שומר שכר¹⁶⁴. שנית, חלק ממטרת נותן העסקא בנתינת השכר על ההתעסקות היא, שיהיה זה שכר גם על השמירה, כדי שהמקבל יהיה שומר שכר בשבילו¹⁶⁵.

5. שומר כסף הרשאי להשתמש בו

בתנאים מסוימים, רשאי שומר כסף להשתמש בו לצרכיו (על מנת להחזירו)¹⁶⁶. שומר זה הוא שומר שכר על הכסף כל עוד לא השתמש בו¹⁶⁷ (לאחר שהשתמש בו, דינו כלוה, ואחריותו על הכסף מלאה, אף לאונס). סיבת הדבר היא, שיש לו טובת הנאה מעצם רשות השימוש, בכך שהוא יודע שאם באופן פתאומי תזדמן לו עסקה רווחית, יוכל לעשות את העסקה תוך שימוש בכסף הזה¹⁶⁸. ואף על פי שאפשרות זו מוטלת בספק, וייתכן שלא תתממש, הרי ראינו בפסקה ב, 2, שגם כשהשכר בספק, השומר הוא שומר שכר¹⁶⁹. אף על פי שבעל הכסף רשאי לדרשו בחזרה כל זמן שירצה, השומר הוא שומר שכר מחמת האפשרות שיעשה רווחים בכסף לפני שידרשו בעליו¹⁷⁰.

הדברים אמורים גם במקום שאין סוחרים מצויים, כך שיש רק סיכוי קטן שאמנם תזדמן לו עסקה כזאת. והדברים אמורים גם בעשיר, שבלאו הכי יש לו כסף רב במזומן, ולכן יש רק סיכוי קטן שיזדקק דווקא לכסף הזה שהוא שומר. בכל זאת, טובת ההנאה מן הסיכוי הזה די בה לעשותו שומר שכר¹⁷¹. גם אם רשות השימוש מוגבלת בזמן, הוא שומר שכר על הכסף

¹⁶² שו"ת הרדב"ז שם; גידולי תרומה, על ספר התרומות, שער מו, חלק ג, אות ז; שו"ת ישמח לב (פרנג'י), חלק ב, חו"מ, סימן מח (פא ע"א).

¹⁶³ שו"ע, יו"ד, קעז, ה.

¹⁶⁴ ר' ברוך מרגנשפורק, באור זרוע, ב"מ, סימן שמב; אור זרוע, חלק א, סימן תשעב; בית יוסף וכוסף משנה שם (הובא בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א); פרישה, יו"ד, קעז, יא; ט"ז, יו"ד, קעז, ס"ק ט; שו"ת דברי שלום (משאש), חו"מ, סימן מח (צו ע"א).

¹⁶⁵ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתו, ודפוס לבוב, סימן שפ; רבנו חננאל, באור זרוע ב"מ שם; אור זרוע, חלק א, שם; מרדכי, ב"מ, סימן שצ, בשם הראב"ן; ר' דוד בר סעדיה, בשיטה מקובצת, ב"מ קד ע"ב; פסקי הרי"א שם; הרמ"ך, בשיטה מקובצת שם (שמקבל תוספת על חצי הרווח, או שכר או שני שלישים); גידולי תרומה שם; ב"ח, יו"ד, קעז; ר"א הלוי בגינת ורדים שם; דברי משה שם, ענף ב; שער דעה (סוף ספר שער משפט), קעז, ס"ק ד; דברי שלום שם (צו ע"ד).

¹⁶⁶ על התנאים לכך ראה סעיף 1(א), פרק ד, 3.

¹⁶⁷ ב"מ מג ע"א.

¹⁶⁸ ב"מ שם.

¹⁶⁹ שו"ת מהרי"ק, שורש קנה, הובא בשו"ת משאת משה (ישראל), השניות, חו"מ, סימן לד (קיא ע"א). וראה ליד ציון הערה 16.

¹⁷⁰ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תקמז, הובא במרדכי, ב"מ, סימן שנט. הוא נימק, שדי בהנאה מועטת כדי שיעשה שומר שכר, כפי שמצאנו במקרים אחרים ששומר נעשה שומר שכר מחמת "ההיא הנאה".

¹⁷¹ שו"ת מהרי"ק, שורש קנה, הובא בבית יוסף, חו"מ, רצב, מחודש א, בדרכי משה השלם, חו"מ, רצב, בשו"ת הרמ"א, סימן פ, בסמ"ע, רצב, ס"ק יט, בש"ך, חו"מ, רצב, ס"ק יג, בשו"ת זרע יעקב (נאים), סימן

כל זמן שיש לו רשות שימוש בו. דוגמאות לדבר: כגון שביקש בעל הכסף מן השומר לקנות בעבורו סחורה מסוימת, ויש לו עד אז רשות שימוש¹⁷², או שנתבקש למסור את הכסף לאדם אחר, ויש לו רשות שימוש בו עד שימסור לו¹⁷³. אבל אם התנאי היה הפוך, שאין לו רשות שימוש בכסף בינתיים, אלא שבעל הכסף אמר לו, שאם ישיג בשבילו סחורה מסוימת, יוכל לקחת את הכסף לעצמו, והשומר החליט שאינו רוצה להעמיד לו את הסחורה, והוא רוצה להחזיר את הכסף – אינו שומר שכר על הכסף¹⁷⁴.

כדין שומר הרשאי להשתמש בכסף, כך דין שומר נכס אחר אשר רשאי מן הסתם¹⁷⁵ להשתמש בו. כך, לדוגמה, תלמיד חכם השומר ספר, מותר לו להשתמש בספר, מפני שמן הסתם בעל הספר הפקידו אצלו על דעת כן¹⁷⁶. יש לו טובת הנאה מרשות השימוש, אף לפני שהשתמש בו, ולכן הוא שומר שכר עליו כבר מתחילת השמירה¹⁷⁷. כמו כן, מי ששלחו לו מכתב בצירוף מעטפה ששייב בה את תשובתו, וכול להדביק על המעטפה, רשאי להשתמש בכול זה לצורך אחר ולהדביק בול אחר על מעטפת התשובה. לכן הוא שומר שכר על הכול, מחמת רשותו להשתמש בו¹⁷⁸.

מקרה מיוחד שבו שומר כסף נחשב שומר שכר מפני רשות השימוש שלו בכסף, הוא בשומר

כד, בשו"ת פני יצחק, חלק ג, חו"מ, סימן ו (כו ע"ג), בתשובת ר"ש זרחי, בשו"ת נחלת שמעון, סימן סג, ובשו"ת אפריון דוד, סימן כד, בשו"ת משאת משה, שם, בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צו (ד"ה ועתה), בשו"ת תפארת אדם (אסטרייכר), סימן קה, אות כו, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ג, סימן ו, בשו"ת בני משה (שלטון), סימן סא (קטז ע"א), בשו"ת בתי כהונה, בית דין, סימן כב, דף קכב ע"ג, ובשו"ת שי למורא, סימן טו (יו ע"ב).

¹⁷² שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קמב. אך ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 383, שיש אומרים שבמקרה זה אין רשות שימוש.

¹⁷³ שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן יב. הוא מביא ראייה מסמ"ע, רצב, ס"ק טז, שהסביר שאינו נחשב שואל מפני שבעל הכסף יכול לבוא כל רגע לדרוש את הכסף – משמע שאף על פי כן הוא שומר שכר. אך ראה סעיף 1(א), ליד ציון הערה 391, שיש אומרים שבמקרה זה אין רשות שימוש.

¹⁷⁴ ש"ך, חו"מ, רצב, ס"ק יא, בביאור דברי ספר מישרים, נתיב ל, חלק א.

¹⁷⁵ אבל אם קיבל רשות מפורשת, הוא שואל – ראה סעיף 1(ד), פרק ב, 1.

¹⁷⁶ אור זרוע, ב"מ, סימן פג, בשם ספר המקצועות (הובא בהערות לפסקי הרי"א¹⁷⁷, ב"מ, פרק ב, הערה 103); מרדכי, ב"מ, סימן רצג; אגודה, ב"מ, סימן מב, בשם רב האי; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ כט ע"ב, בשם ר"ש בספר האורה; רמ"א, חו"מ, רצב, כ (הובא על ידי נ' רקובר, זכות היוצרים במקורות היהודיים, עמ' 71); דברי גאונים, כלל צו, סימן יד; שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן ב; שו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן עה, אות א (שהביא את הרמ"א); שו"ת בית אברהם (קאלוואריא), סימן כד.*

¹⁷⁷ ט"ז, חו"מ, רצב, כ. ראה סעיף 4, ליד ציוני הערות 98-99, בדבר "מתה מחמת מלאכה" במקרה זה, וראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 29, בשאלה האם הוא חייב באונס אם השתמש מהטעם שבוה הוא הופך לשואל.*

¹⁷⁸ תנועת המוסר, חלק ב, עמ' 50, בשם רש"י מקלם. אך נראה ששאלת רשות השימוש בכול תלויה בשאלה האם מי שניתן לו כסף לקנות בו סחורה מסוימת עבור בעל הכסף, רשאי להשתמש בכסף בינתיים – ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 383. ר"ב ליפשיץ סבור, שאם לא התחייב להשיב, אפשר לראות זאת כמתנה או כהפקר, כך שהוא יופטר משמירה לגמרי. וראה על מקרה זה גם במילואים להערה 224.

שמכר את הנכס¹⁷⁹. המשפט העברי מתיר לו להשתמש בכסף שקיבל בתמורה, ומאחר שיש לו רשות שימוש בכסף, הוא שומר שכר עליו אף אם לא השתמש בו¹⁸⁰.

6. סוכן מכירות

סוכן מכירות ("סרסור" בלשון חז"ל, ו"פאטור" בלשון האחרונים) העוסק במכירת נכס עבור בעל הנכס, תמורת עמלה, והנכס נמסר להחזקתו כדי להוליכו ו/או להציגו לקונים מעוניינים, אחראי כשומר שכר על הנכס¹⁸¹. זאת בין כשהעמלה היא סכום קצוב¹⁸², בין כשהיא באחוז ("קומיסיון") מסכום המכר¹⁸³, ובין כשהוסכם שיקבל כל מה שישגיג מהקונה מעבר לסכום מסוים¹⁸⁴; בין כשהיא באה כשכר לטרחתו¹⁸⁵ במציאת הקונה וכל הכרוך בכך, ובין כשהיא באה כשכר על מדידת הנכס הנמכר (כשהוא טעון מדידה) בהעברתו אל הקונה¹⁸⁶. יש לו טובת הנאה מהחזקת הנכס, בכך שיש אפשרות שירוויח בכך את העמלה שלו. בזכות טובת הנאה זו, אף על פי שאין הרווח ודאי, הוא שומר שכר¹⁸⁷, כפי שראינו בפרק ב, 2, שגם כשהשכר

¹⁷⁹ במקרה שהוא יכול לעשות כך, בהתאם למה שנראה בסעיף 6, פרק ו, 2, פרק ז, 1 (ג), פרק ח, 1, ופרק ט, 2.

¹⁸⁰ רמב"ם, הלכות שאילה, ז, ה (הובא במשנת יעבץ, חו"מ, סימן מ, ס"ק ד, ובחידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ מג ע"א); סמ"ג, עשה פח; שו"ע, חו"מ, רצב, יט.*

¹⁸¹ רמב"ם, הלכות שלוחין, ב, ז.*

¹⁸² המקורות בהערות 185-186.

¹⁸³ תוספות רבנו פרץ, ב"מ מג ע"א (הובא בפורת יוסף, אלפנדרי, ליקוטים, אות סג); סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' עו); פסקי רמב"ם, סימן תקמ"ה; בית יוסף, חו"מ, קפו, מחודש א (הובא ברמ"א, חו"מ, קפו, ב, בשו"ת מהרש"ם, חו"מ, סימן ריט, בשו"ת בני אהרן, סימן קב, בשו"ת חסד לאברהם, אלקלעי, חו"מ, סימן כא, דף קכו ע"א, בשו"ת דברי שמואל, ארדיטי, חו"מ, סימן י, דף רי ע"ב, ובשו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן טז, ושו"ת אבקת רוכל, סימן קלט; שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז (קמו ע"ד); שו"ת תקפו של יוסף, חלק ב, סימן צב (הראשון); שו"ת מהר"י בסאן, סימן צ; שו"ת משפטים צדיקים, חלק א, סימן יז; שו"ת השמיים החדשים, חו"מ, סימן רכז; שו"ת זכות אבות, סימן טו; שו"ת עדות ביהוסף, חלק ב, סימן ד (יג ע"ב) — "אחד או שנים למאה"; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן מ; שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קצו, וחלק ג, סימן קעג; שו"ת בית יהודה (עייאש), חו"מ, סימן ב, דף עב ע"ד ("אל קומיסארו" — מוכר סחורות עבור חברו תמורת קומיסיון); שו"ת הליכות ישראל, סימן סא.*

¹⁸⁴ שו"ת מהרי"ק, שורש קנה, הובא בבית יוסף, חו"מ, קפו, מחודש ב, בדרכי משה, חו"מ, שג, ס"ק ב, ברמ"א, חו"מ, שג, א, בשו"ת הרדב"ז, סימן תרל"ח (נדפס גם בשו"ת אבקת רוכל, סימן קמ, ובשו"ת משפטי שמואל, סימן סז), בשו"ת שערי רחמים, חו"מ, סימן לג, בשו"ת קול אליהו, חלק ב, חו"מ, סימן כו, ובשו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן לד (קיב ע"ד); שו"ת הרדב"ז, סימן אלף ריז; שו"ת, חו"מ, קפה, ס"ק ה; נתיבות המשפט, קפה, ס"ק ג; שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן יז. על מקרה זה, ראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 54, בשם נתיבות המשפט שם, שיש שהוא חייב גם באונס — אם לקח את הנכס בתורת מקח.

¹⁸⁵ שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן טו (הובא בשאלה בשו"ת מהרש"ך, חלק ד, סימן כו), וחלק ב, סימן פה; שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן ל (קנח ע"ד); שו"ת בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סימן קמ; שו"ת קול אליהו, חלק א, חו"מ, סימן י; שו"ת בר ליואי, חו"מ, סימן כז; שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן ו (שכר על ההולכה).

¹⁸⁶ רא"ש, ב"ב, פרק ה, סימן יח (הובא בבית יוסף, חו"מ, ר, יד, ובשו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן ו); נימוקי יוסף, ב"ב מד ע"א (בדפי הרי"ף); עליות דרבנו יונה, ב"ב פז ע"א (הובא בשיטה מקובצת שם), בשם ריב"ם.*

¹⁸⁷ תוספות רבנו פרץ, ב"מ מג ע"א; סמ"ק מצורף שם; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תקמז,

מוטל בספק, השומר הוא שומר שכר. ואף על פי שבעל הנכס יכול לחזור בו ולקרוש חזרה כל זמן שלא מכרו, ואם יעשה כן לא יוכל הסוכן להרוויח עוד – מכל מקום, כל זמן שלא דָּרְשׁוּ בעל הנכס, יש אפשרות שהסוכן ימכרנו וירוויח בו, ולכן הוא שומר שכר¹⁸⁸. יש גם אפשרות שישגי רווח גדול יותר מן העמלה שהוא אמור לקבל: אם הוא צופה שיוכל למכור את הנכס במחיר גבוה, יוכל לקנות את הנכס לעצמו במחיר סביר, ואז לְמַכְרוּ לאחר במחיר הגבוה, ונמצא מקבל את כל הרווח לעצמו; וזה מחזק את קביעתנו שהוא שומר שכר¹⁸⁹. גם אם הוא מקבל שכר מועט, הוא שומר שכר¹⁹⁰, כפי שראינו לעיל¹⁹¹, שדי בפרוטה לעשות שומר לשומר שכר.

גם אם זהו נכס שאין קונים רבים קופצים עליו, הסוכן הוא שומר שכר, מפני שבכל זאת הוא מקבל טובת הנאה מן הסיכוי (הקטן אמנם) שירוויח¹⁹². זאת ועוד: גם אם בעל הנכס הגביל אותו, שימכור את הנכס רק אם הוא (בעל הנכס) לא יגיע למקומו בזמן פלוני, כך שהסיכוי שיקבל עמלה קטן יותר מהרגיל, בכל זאת הוא שומר שכר בשל הסיכוי הזה¹⁹³. כך גם אם הגביל אותו בעל הנכס, שימכרנו דווקא לאדם פלוני – גם אז הוא שומר שכר בשל הסיכוי לְמַכְרוּ לו¹⁹⁴. גם אם הגביל אותו בהוראה למכור את הנכס רק כשיגיע למקום פלוני, כגון שימכרנו ביריד פלוני, הוא שומר שכר גם בדרכו לשם, מפני שבכל זאת הוא נהנה מן האפשרות שירוויח כשיגיע לשם¹⁹⁵.

סוכן שמוכר שלא על מנת לקבל עמלה – אינו שומר שכר, מפני שלא נהנה בדרך שהסברנו¹⁹⁶. אך אם לקח את הנכס למכור בשביל חברו בהתנדבות, שלא על מנת לקבל עמלה, ולאחר מכן אמר לו בעל הנכס שיוכל ליטול לעצמו כל מה שישגי במחיר הנכס מעבר לסך מסוים, הסוכן שומר שכר מחמת עמלה זו¹⁹⁷.

הובא במרדכי, ב"מ, סימן שנט (ומשמם הובא בבית יוסף, חו"מ, קפה, א, בשו"ת שי למורא, סימן טו, דף יז ע"ב, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תכט, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ז, דף קנט ע"ג, בשו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן ט, דף סא ע"ד, ובתשובת ר"ש ויליסיד, בשו"ת פני משה, חלק א, סימן יב, בסופו); בית יוסף, חו"מ, קפו, ב; ביאור הגר"א, חו"מ, קפה, ס"ק טו; ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק כא; שו"ת דברי שמואל, חו"מ, סימן י, דף רי ע"ב; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ו, סימן נט; מעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סימן תקמה; שו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן כו. וראה ליד ציון הערה 17.

¹⁸⁸ מהר"ם ומרדכי שם; ר"י נחמיאס, בשו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן יז.

¹⁸⁹ מהר"ם ומרדכי שם, הובאו בשו"ת מהרי"ק, שורש קנה, ובשו"ת דת אש, סימן יז.

¹⁹⁰ שו"ת פרח שושן, חו"מ, כלל א, סימן א (סא ע"א). כמו כן, שו"ת מהרי"ק, שורש קנה, כתב שאם הבטיח לו שיקבל כל מה שיצליח להשיג (מהקונה) מעבר לסכום פלוני, והייתה לו אפשרות להשיג רק מעט מעבר לסכום זה, הוא שומר שכר, מפני שגם במעט שכר הוא שומר שכר. משמע מדבריו שאם ברור שלא תהיה לו אפשרות להשיג יותר מסכום זה, הוא שומר חינום.

¹⁹¹ פרק ב, 1.

¹⁹² בית יוסף, חו"מ, קפו, סעיף ב, ומחודש א (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, קפה, הגהות בית יוסף, אות ט, ובשו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן יז).

¹⁹³ שו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן לד (קי ע"ד), הובא בשולחנו של אברהם, חו"מ, רצא.

¹⁹⁴ כך מוכח מן המובא להלן ליד ציון הערה 203, שבמקרה זה דווקא בחזרה אינו שומר שכר.

¹⁹⁵ שו"ת ברכת רצה, סימן פב.

¹⁹⁶ שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קעט (על שליח למכור סחורה ולקנות בכסף סחורה אחרת בחינם), הובא בש"ך, חו"מ, קפג, ס"ק ט, בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ג, סימן קמג, ובשו"ת מעיין גנים, עבאדי, חו"מ, סימן ו, עמ' 102; שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן ל (קנה ע"ד).

¹⁹⁷ שו"ת מהרי"ק, שורש קנה, הובא בבית יוסף, חו"מ, קפו, מחודש ב, בדרכי משה, חו"מ, שג, ס"ק ב

לאחר שמכר הסוכן את הנכס, וקיבל כסף תמורתו, הוא שומר שכר על הכסף עד שיביא אותו לבעל הנכס (המקורי). כאן טובת ההנאה שלו מן העסקה גדולה אף יותר מלפני שמכר, מפני שהוא יודע כעת בוודאות שהוא יקבל את העמלה שלו¹⁹⁸. קנה הסוכן סחורה נוספת עבור בעל הנכס בכסף הזה, כדרכם של ה"פאטורים", שהיו מקבלים עמלה גם על השקעה זו, הוא שומר שכר גם על הסחורה החדשה, בגלל עמלה זו¹⁹⁹.

אם לא הצליח הסוכן למכור את הנכס, והוא מוליך אותו חזרה לבעל הנכס, הוא עדיין שומר שכר עליו²⁰⁰, גם אם כבר חזר לביתו (של הסוכן)²⁰¹, משום שהוא עדיין יכול למכרו למי שיזדמן לו בדרכו חזרה, ויקבל אז את שכרו²⁰². אולם אם אמר לו בעל הנכס: "מכור בעבורי את הנכס לאדם פלוני, ואם לא יסכים לקנותו, החזירה לי, משום שאיני רוצה למכרו לאדם אחר", וסירב אותו פלוני לקנות, הסוכן אינו שומר שכר בדרכו חזרה, שהרי כעת אין לסוכן אפשרות להשתכר באמצעות החזקת הנכס²⁰³. כמו כן, אם נתן לו את הנכס רק למכור ביריד, ששם יש הרבה קונים, ומוכנים לשלם ביוקר, אין לומר שהוא נהנה מן האפשרות שימכור בחזרתו, שהרי יש סיכוי קטן מאוד שבדרכו חזרה ימצא מישהו שיקנה ביוקר כמו ביריד, והרי בעל הנכס אמר לו שימכור דווקא ביוקר. לכן אינו שומר שכר בדרכו חזרה. וגם אם לא אמר לו: "אם לא יימכר ביריד, החזירה לי", מכל מקום, מן הסתם, מאחר שנתן לו את הנכס למכור ביריד, ולא הצליח, ההנאה שיוכל למכור למי שימצא אינה משמעותית. מלבד זאת, מאחר שנתן לו על מנת למכור ביריד, אם ימכור בדרך חזרה לא יקבל עמלה, מפני שבעל הנכס יאמר: "הבטחתי לך עמלה מפני שחשבתי שתמכרנו ביריד ביוקר, אבל עכשו שלא מכרת ביריד, אלא הבאת לכאן ומכרת כאן, לא תקבל עמלה, מפני שלמכור כאן איני צריך את שרותיך"²⁰⁴. לעומת זאת, יש מי שאומר, שגם במקרים אלו הוא ממשיך להיות שומר שכר, גם בדרך חזרה, אף על פי שכעת אין לו הנאה מן האפשרות למכור. זאת על פי העיקרון שראינו לעיל²⁰⁵, ששומר שקיבל הנאה מחמת השמירה נשאר שומר שכר כל משך השמירה,

וברמ"א, חו"מ, שג, א, בשו"ת שערי רחמים, חו"מ, סימן לג, בשו"ת משאת משה (ישראל), השניות, חו"מ, סימן לד (קרב ע"ד), ובתשובת ר"ש קלעי, בשו"ת משפטי שמואל, סימן סז. מהרי"ק שם כותב שהוא שומר שכר גם אם שתק בעת הבטחת השכר – ראה ליד ציון הערה *41.

¹⁹⁸ סמ"ע, קפה, ס"ק יח (הובא בשו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן יז); כנסת הגדולה, חו"מ, קפה, הגהות בית

יוסף, אות ח, ושו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קלט; שו"ת המב"ט, חלק ג, סימן קעא (הובא בשו"ת כרם שלמה, אמריליו, חו"מ, סימן פה, דף ריח ע"ד); פרי עץ חיים, חלק א, קמ ע"ג (מס' 59). המב"ט שם כותב שאסור לו להשתמש בכסף, ואם המנהג הוא שרשאים להשתמש, הוא חייב באונס על הכסף, כמו בהלוואה.

¹⁹⁹ שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן כה.

²⁰⁰ שו"ת בנימין זאב, סימן תמא; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קפה, הגהות בית יוסף, אות ח, וסימן קפו, הגהות בית יוסף, אות ז, בשם מהרי"ט ור' יום טוב אבן יעיש; פרי עץ חיים, כרך א, מס' 59 (קמ ע"ג); שו"ת בית דוד, חו"מ, סימן קג, דף קו ע"ד (כמובא בשו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן טז, בשם מטה שמעון, סימן קפה; ולא מצאנוהו בבית דוד שם); ר"י נחמיאס, בשו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן יז.*

²⁰¹ ר"ש חביב, בשו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן טז (גם בשם מטה שמעון); ר"י נחמיאס שם, סימן יז, בשם בית דוד שם.

²⁰² כנסת הגדולה שם.

²⁰³ כנסת הגדולה, סימן קפה שם, ושו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קלט, הובא בשו"ת אמר שמואל, סימן טז שם, ובזכרנו לחיים, חלק א, חו"מ, ערך סרסור, אות י (צו ע"א).*

²⁰⁴ ר"ש חביב שם.

²⁰⁵ בפרק ב, 2.

עד שתכלה שמירתו. אף כאן, מאחר שנהנה בעבר מן האפשרות להרוויח, הוא נעשה שומר שכר ונשאר כך עד שתכלה שמירתו²⁰⁶.

אולם אם לאחר שלא הצליח למכור, אמר הסוכן לבעל הנכס ליטול את הנכס, הוא חדל להיות שומר שכר, משום שבאמירתו זו הסתלק משמירתו²⁰⁷. זאת על פי העיקרון הכללי שנראה להלן²⁰⁸, שאמירת "טול את שלך" היא הסתלקות משמירה לגבי שומר שכר. אף על פי שהוא עדיין יכול למכור את הנכס ולהשתכר בו, בכל זאת הרי גילה את דעתו שאין רצונו בכך, ואינו רוצה להמשיך לטרוח ולחפש קונים, וברצונו להיפטר מאחריות השמירה (שאם לא כן, מה היה אכפת לו להחזיק את הנכס ברשותו?), ואי אפשר להכריח אדם להיות שומר שכר נגד רצונו²⁰⁹. גם אם השיב לו בעל הנכס: "מה אכפת לך שיישאר הנכס אצלך?", והלה שתק, אין מפרשים את שתיקתו כהסכמה להמשיך להיות שומר שכר, מאחר שלפני כן גילה את דעתו שאינו רוצה להיות שומר שכר²¹⁰. ואין לומר שהוא לא התכוון להסתלק משמירה אלא לגרום לבעל הנכס להוסיף על שכרו, שכן מדוע נלך אחר פירושים אפשריים בכוונתו, לחייבו בשמירה נגד רצונו? יתר על כן: גם אם אמנם אמר הסוכן במפורש: "אם תוסיף על שכרי, אמשיך להחזיק את הנכס", והלה סירב, אינו שומר שכר²¹¹.

מדובר כאן כשהרווח במכירה מתחלק בין בעל הנכס לבין הסוכן, כפי שהקדמנו לעיל שהסוכן מקבל רק עמלה. אבל יש שהסוכן מקבל את כל הרווח – אם הוא נוטל את הנכס מבעליו, על תנאי, שאם יצליח למכור, ישלם לו (לבעליו) את מחירו (לאו דווקא המחיר שיקבל מן הקונה), ואם לא יצליח למכור, יחזירו לו. סוכן כזה – בדרך כלל אחריותו היא כשל שואל, מפני שכל ההנאה היא שלו, והוא חייב באונס²¹². אולם יש שאחריותו תהיה רק כשל שומר שכר: אם זהו נכס שאין קונים קופצים עליו. מאחר שבעל הנכס מעוניין למכור סחורה שאין לה קונים, אין לראות את הסוכן כמי שכל ההנאה שלו, והוא אינו שואל. בכל זאת, הוא חייב כשומר שכר (ולא כשומר חנם), מפני שהוא נהנה מן האפשרות למכור את הנכס בסכום העולה על זה שקבע עם בעל הנכס, ואז כל הרווח יהיה שלו²¹³.

מקרה דומה לסוכן מכירות הוא מי שקיבל כסף לקנות סחורה עבור חברו, בשכר. דננו בו בפרק ב, 4.

נציין, שחשין סבור שסוכן מכירות אינו תמיד נחשב שומר, אלא יש שהוא נחשב מחזיק

²⁰⁶ ר"י נחמיאס שם, סימן יז. הוא אינו כותב במפורש שכך הדין גם במקרה של "פלוגי" ושל יריד, אולם ברור שזו דעתו, שהרי הוא עוסק במקרה של יריד, ועוד, שנימוקו טוב גם למקרים אלו.*

²⁰⁷ ר"י נחמיאס שם; שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן יז. הר הכרמל כתב שאינו אפילו שומר חנם – ראה בשמו בסעיף 11, במילואים להערה 151.

²⁰⁸ בסעיף 11, ליד ציון הערה 150.

²⁰⁹ הר הכרמל שם.

²¹⁰ הר הכרמל שם.

²¹¹ הר הכרמל שם.

²¹² ראה על כך בסעיף 1(ד), פרק ב, 3 (ב).

²¹³ בית יוסף, חו"מ, קפו, סעיף ב ומחודש ב (הובא בשו"ת חסד לאברהם, אלקלעי, חו"מ, סימן כא, דף קכ ע"א, בשו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן לד, דף קיא ע"ב, בשו"ת דברי שמואל, ארדיטי, חו"מ, סימן י, דף רי ע"ב, ובשו"ת דת אש, סימן יז), ושו"ע, חו"מ, קפו, ב; ב"ח, חו"מ, קפו, ב. וראה סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 59, שיש אומרים שהוא חייב באונס גם אם אין קונים קופצים.*

בנכס מכוח בעלות, והכול לפי ההסכם שעשה עם בעל הנכס. הוא מסתפק בקביעה לאקונית שהדבר ייקבע לפי חוש הצדק וחוש המעשה²¹⁴.

7. שומר אבדה

על מקור חיובו של שומר אבדה ועל אופי חיובו, דיברנו לעיל²¹⁵. כאן נברר את מידת אחריותו. לפי החוק, שומר אבדה הוא שומר חינום, ככל מי שמחזיק בנכס בטעות או נגד רצונו, משום שאינו מקבל הנאה מהחזקתו²¹⁶. היה מקום לומר שהוא שומר שכר, מפני שחוק השבת אבדה, התשל"ג-1973, סעיף 4, קובע שאם לא נתגלה בעל האבדה תוך ארבעה חודשים, עוברת הבעלות בה אל המוצא, ונמצא שיש לו הנאה מן האפשרות שיזכה בנכס לעצמו. למעשה אין אומרים שהוא שומר שכר בשל הנאה זו, משום שאין זו "טובת הנאה בשמירתו", והיא רק הנאה מקרית, הנוצרת כשאין מתקיימת המטרה העיקרית של החזקה: החזרת האבדה לבעליה²¹⁷. אולם אם שומר אבדה מסוימת הפיק טובת הנאה משמירתו, הוא שומר שכר²¹⁸. בשאלת מידת אחריותו של שומר אבדה לפי המשפט העברי, נחלקו אמוראים בתלמוד²¹⁹. לדעת רב, הוא שומר חינום, מכיוון שאינו מקבל תמורה או טובת הנאה כלשהי. ברם, רב יוסף קובע שדינו כשומר שכר, מאחר שהוא נהנה בכך שאינו צריך לתת צדקה לעני בעת הטיפול באבדה²²⁰. זוהי טובת ההנאה המכונה "פרוטה דרב יוסף", על שם אותו רב יוסף, והסברנו אותה בפרק ב, 5. אין המוצא יכול לטעון שאינו רוצה לשאת באחריות המוגברת של שומר שכר משום הנאה מועטת זו. זאת מכיוון שהתורה הטילה עליו את חיוב השמירה אף בלי רצונו, משום שבעל הנכס אינו יכול לשמרו, ובכלל זה התורה מטילה עליו אחריות של שומר שכר מחמת הנאה זו, אף אם אינו רוצה בכך²²¹.

רבה, לעומת זאת, סבור שאין בטובת הנאה זו כדי ליצור אחריות שומר שכר, כיוון שהנאה זו מעטה מדי, שהרי אין זה מצוי שיודמן בפניו עני המבקש צדקה דווקא בעת טיפולו באבדה. מאחר שהנאה מעטה מדי, נשאר שומר האבדה שומר חינום, לדעתו²²². גם אם קרה שנזדמן

²¹⁴ מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 157-158. וראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 57, שלפי המשפט העברי, גם מי שלקח חפץ על מנת שאם ימצא קונה, יהא קנוי לו, אין דינו כקונה אלא כשואל, אף על פי שלעניין מי שקונה נכס על מנת שאם יבדוק אותו וימצא חן בעיניו, יש אומרים שהוא קונה – שם ליד ציון הערה 68.

²¹⁵ בסעיף 1(א), פרק 6.

²¹⁶ חשין שם, עמ' 163; השופט אלון, ע"א 546/78 בנק קופת עם נ' הנדלס ואח', פ"ד לד(3) 57, 70.

²¹⁷ ג' טדסקי, "השומר על פי דין", משפטים ח (תשל"ח) 439. אולם מ' ויגודה, חוק לישראל, השבת אבדה, עמ' 22, נוטה לומר שיחשב שומר שכר לפי החוק בשל הנאה זו.

²¹⁸ טדסקי שם, עמ' 440-439. וראה ליד ציון הערה 54 בשם חשין, על בעל מסעדה שמצא חפץ שאיבד לקוח במסעדתו.

²¹⁹ ב"ק נו ע"ב; ב"מ דף כט ע"א ודף פב ע"א; שבועות מד ע"א.

²²⁰ ב"ק שם.

²²¹ אמרי בינה, דיני דיינים, סימן ל (ד"ה אך), ודיני הלוואה, סימן סח; דברי יחזקאל, סימן נג, אות ו; חידושים ובאורים (גריינימן), שבועות מג ע"ב (ד"ה עיקר). אמרי בינה (בדיני דיינים שם) מסביר בכך את הטעם השני של התלמוד שם (ראה במילואים להערה 220), שהוא שומר שכר מפני שהתורה חייבתו לשמור אף נגד רצונו – זוהי תוספת נחוצה לטעם של הפטר מצדקה. וראה בשמו במילואים להערה 110.

²²² תוספות, ב"מ כט ע"א (ד"ה והוי) ושבועות מד ע"א (ד"ה שומר); סמ"ע, רסז, ס"ק טז; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן נו.

לו אז עני, והוא הרוויח את פרוטה דרב יוסף, אינו שומר שכר, לדעה זו. זאת מפני שבתחילת שמירתו הסיכוי לכך היה קטן מכדי להיחשב טובת הנאה, כאמור, ובעת שהרוויח בפועל את הפרוטה, הוא לא קיבל זאת על דעת שזה יהיה שכר לשמירה²²³.

השולחן ערוך פוסק בעניין זה כרב יוסף, ששומר אבדה שומר שכר²²⁴. אולם יש פוסקים שפסקו כרבה, שהוא שומר חנם²²⁵.

נכס שאינו דורש טיפול מיוחד לאחזקתו, כגון כסף או טבעת או כלי בדולח, יש אומרים שאין המוצא שומר שכר עליו, משום שאינו נהנה פרוטה דרב יוסף²²⁶. אולם אחרים שגם שומר זה שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף²²⁷. שני נימוקים לדעה זו: (א) הולכים אחר רוב החפצים, שיש בהם צורך בטיפול, ועל כן יש בהם פרוטה דרב יוסף²²⁸. (ב) בכל נכס דרוש טיפול מינימלי: הכנסתו למקום שמור, והשומר פטור מלתת צדקה בזמן טיפול זה, ובזכות הנאה זו הוא שומר שכר²²⁹.

גם המוצא נכס שספק לו האם הוא חייב בהשבתו, הוא שומר שכר עליו²³⁰. זאת משום שאף הוא נהנה פרוטה דרב יוסף, שהרי הוא נפטר מעיסוק במצווה אחרת, בתוקף היותו מחויב מספק במצוות השבת אבדה זו²³¹.

²²³ נתיבות המשפט, רסו, ס"ק ג (הובא בדרכי דוד, ב"ק נו ע"ב, ד"ה עיין חו"מ); שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (צט ע"ב). הנימוק בפנים הוא של נתיבות המשפט. חסד לאברהם נימק בקיצור, שרבה אינו מחשיב פרוטה זו.*

²²⁴ שו"ע, חו"מ, רסו, סעיף טז וסעיף כה (הובא בשו"ת קרית חנה דוד, חלק א, חו"מ, סימן א, דף קלו ע"ד, ובשו"ת שער המים, סימן כד, דף נה ע"א), ובית יוסף, חו"מ, רסו, טו.*

²²⁵ אור זרוע, ב"מ, סימן פא, בשם ר' יצחק בר שמואל; תוספות רבנו פרץ, ב"מ פב ע"א (ד"ה נימא וד"ה לא), ושבועות דף מג ע"ב (ד"ה מתני'), ודף מד ע"א (ד"ה שומר); תוספות רבנו פרץ, ב"מ פב ע"א; פסקי תוספות, ב"ק, סימן קלו; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, מהד' בלוך, שער ב, סימן קסא, בשם ר"י; טור, חו"מ, סימן רסו, סעיף טז וסעיף כו, וסימן שנב, י (הובא בשו"ת שערי רחמים, חו"מ, סימנים ל"לא); סמ"ג, עשה עד (קנד ע"ג-ע"ד, גם בשם רב צמח גאון), ועשה צד (קעו ע"ג); פסקי הרי"ד, ב"ק נו ע"ב, וספר המכריע, סימן עה (גם בשם רבנו אלחנן); ר"י, המובא בהגהות מיימוניות, הלכות גזלה ואבדה, יג, אות ד ואות ט; ים של שלמה, ב"ק, פרק ו, סימן ט (גם בשם רבנו תם), ופרק י, סימן ד; שו"ת פאת נגב, חו"מ, סימן מח, בטופו, בדעת המרדכי; רד"צ הופמן, נהורא א, עמ' ד, בדעת שולחן ערוך הרב; מנחה חדשה, מצווה ס, אות ב, בדעת חידושי הרשב"א, ב"ק נו ע"ב; שו"ת עולת שמואל (לובצר), חלק א, סימן ע.*

²²⁶ שו"ת קרית חנה דוד, חלק א, חו"מ, סימן א (קלו ע"ד); לב מבין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, א, דף קעד ע"א (שתמה על כנסת הגדולה שנביא בסמוך בעניין משכון).*

²²⁷ מאירי, ברכות טו ע"א; פירוש ר"י אבן גיאת, ב"מ כט ע"ב (על המוצא כסף); פני יהושע, ב"מ כט ע"א; שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג, דף צט ע"ד (על אבדה ומשכון); חכם אחד בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן צח (על משכון), והוכיח ממה שהפוסקים סתמו, והובא בכנסת הגדולה, חו"מ, עב, הגהות הטור, אות טז, ומשם הובא בשו"ת קרני ראם, סימן ריא.*

²²⁸ מאירי וחסד לאברהם, שם. חסד לאברהם מסביר שמתעם זה גם שומר אבדה היודע של מי היא, ומחזיר אותה מיד, כך שאין צורך בטיפול, הוא שומר שכר. לעומתם, לב מבין שם כתב שאין לומר "לא פלוג רבנן", שהרי רק שומר שנהנה הוא שומר שכר, ולא שומר שאינו נהנה.

²²⁹ מאירי שם.*

²³⁰ הגהות מלוא הרועים, ב"מ לא ע"א (כשיש ספק האם הנכס אבד או שמא הונח שם בכוונה ליטלו אחר כך); אמרי בינה, או"ח, סימן יג, אות ג (בעיר שחצייה יהודים וחצייה נכרים); אשל אברהם (ניימק), ב"מ כה ע"ב, בדעת תוספות שם (ד"ה ואם נטל).*

²³¹ מלוא הרועים, אמרי בינה, אשל אברהם – שם.*

אם בא ליד אדם נכס של אחר, ולא ידע שהוא של אחר, הוא חייב כשומר אבדה, אבל אינו שומר שכר, שהרי אינו נהנה בפרוטת דרב יוסף, כיוון שאינו יודע שהוא פטור מצדקה²³².

8. נושה שיש בידו משכון

(א) המחלוקת היסודית

קיימת מחלוקת יסודית בין הפוסקים בשאלה האם מלווה אחראי כשומר שכר על משכון שקיבל מן הלווה. המחלוקת היא בשאלה האם יש להתחשב בטובת הנאה של "פרוטת דרב יוסף", והבאנו מחלוקת זו בפסקה 7 בנוגע לשומר אבדה. גם מלווה שבידו משכון נהנה פרוטה דרב יוסף כמו שומר אבדה. בעת שהוא מטפל במשכון טיפול למנוע קלקול, הוא מקיים מצווה של גמילת חסד ללווה (והרי לא יוכל להתיר ללווה לטפל במשכון בעצמו, שמא יקחנו ממנו²³³), ולכן אם עני יבקש ממנו אז צדקה, יהיה פטור מלתת לו – נמצא שהרוויח פרוטה דרב יוסף²³⁴. בנוסף, עצם מתן הלוואה הוא קיום מצווה, ולכן אם יבוא אליו עני בעת מתן הלוואה ויבקש ממנו צדקה, יהיה פטור – ושוב, נמצא שהוא מרוויח פרוטה דרב יוסף²³⁵. רווח זה נחשב שכר תמורת שמירת המשכון, ולא רק שכר תמורת מתן הלוואה, משום שהחזקת המשכון היא חלק מהותי של המצווה שבמתן הלוואה, שכן אדם אינו צריך להסכים לתת הלוואה בלי משכון שיעניק לו ביטחון²³⁶. ובכן, הפוסקים נחלקו בשאלה האם המלווה נחשב שומר שכר על המשכון מחמת פרוטה דרב יוסף. השולחן ערוך פסק שהוא שומר שכר מחמת פרוטה דרב יוסף²³⁷, כפי שראינו בפסקה 7, שהשולחן ערוך מתחשב בה לעניין שומר אבדה. לעומתו, פוסקים אחרים אומרים שאין בהנאה זו כדי ליצור אחריות שומר שכר, מאותה סיבה שהזכרנו בפסקה 7 לעניין שומר אבדה – שהיא הנאה מועטה מדי, ולכן אין המלווה שומר שכר על המשכון לדעתם²³⁸.

²³² שו"ת צבי גאון יעקב, סימן ג. ראה בשמו בסעיף 1(א), במילואים להערה 216.
²³³ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לד, על פי שו"ת הרא"ש (שנביא בהערה 234). וראה ליד צייני הערות 109 ו-282 ו-297*.

²³⁴ חוקות הדיינים, סימן קצד; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פב ע"א (ד"ה דאתמר וד"ה דהכא); שו"ת הרא"ש, כלל ז, סימן ג (הובא בטור, חו"מ, עב, לג); תוספות, שבועות מד ע"ב (ד"ה ור"י).
²³⁵ שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף ט, וחלק ג, סימן נב (הובא בנימוקי יוסף, ב"מ נא ע"א, בדפי הרי"ף, ובשו"ת קרית חנה דוד, חלק א, חו"מ, סימן א, דף קלו ע"א); חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ פב ע"ב; ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ו, סימן ד; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ פא ע"ב; מאירי, ב"מ פב ע"א ושבועות מג ע"א (ד"ה המשנה); שו"ת משפטיים ישרים (בירדוגו), חלק א, סימן רסו; ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן ד (שהסביר שאין אומרים שהעני יוכל להמתין עד לאחר מתן הלוואה, מפני שגם אז לא נסתים ההפטר, מפני שיש טרדה במתן הלוואה והוא עדיין טרוד בטרדת המצווה – ראה בשמו במילואים להערה 229); ב"ח, חו"מ, עב, ג; שמרו משפט, על חוקות הדיינים שם, בדעת רש"י, שבועות מד ע"ב (ד"ה בשומר); שו"ת אבן הראשה, סימן ג*.

²³⁶ חידושי הרמב"ן, ב"מ פב ע"ב (גם בשם רבנו חננאל, והובא בביאור לספר המצוות לרס"ג, חלק א, דף קסא ע"ב); אור זרוע, ב"מ, סימן פא; הרשב"א, בשיטה מקובצת, ב"מ פב ע"א; חידושי הר"ן, ב"מ פב ע"א; אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן סח; חידושים ובאורים (גריינימן), שבועות מג ע"ב (ד"ה ובשומר); מלוא הרועים, חלק א, ערך עוסק במצווה, אות ד*.

²³⁷ שו"ע, חו"מ, עב, א*.

²³⁸ תוספות, שבועות מד ע"א (ד"ה שומר); שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (מהד" בלוך), שער ב, סימן קסא (שנראה שהוא שומר חינוס, ומספק אי אפשר להוציא ממון), הובא במדרכי, שבועות, סימן תשעד, באגודה,

למעשה, גם לפי הדעה השנייה, דינו של המלווה הוא כאילו יש לו אחריות של שומר שכר. זאת, משום שרואים כאילו המלווה אומר בעת שהוא לוקח את המשכון: "אם ייגנב המשכון או יאבד, אפסיד את חובי"²³⁹. אנו מניחים שהמלווה מוכן לוותר על החוב מתוך התחשבות בלווה, אם המשכון נגנב או אבד מחמתו, מאחר שהלווה נתן את המשכון רק מחמת דרישתו. נמצא שיש למלווה מעין אחריות כשומר שכר, שחייב בגנבה ואבדה, שהרי הפסד החוב הוא התוצאה המעשית של האחריות על גנבת המשכון ועל אבדתו, לאחר קיומו חוב הלוואה על ידי חיובו לשלם על המשכון. אם כן, ההבדל בין שתי הדעות הוא רק בהגדרת המצב: לפי הדעה הראשונה, המלווה הוא שומר שכר על המשכון, ולכן הוא חייב לשלם ללווה אם ייגנב או יאבד; ואילו לפי הדעה השנייה, אינו שומר שכר, אלא שאם ייגנב או יאבד המשכון, יפסיד את חובו מכוח התנאי שעשה בתחילה מכללא. אלא שבכל זאת, יש נפקות מעשית חשובה בין שתי הדעות – אם המשכון שווה יותר מסכום החוב. לפי הדעה הראשונה, אחריות המלווה כשומר שכר מתייחסת לכל המשכון, שכן על כולו הוא מקבל את טובת ההנאה של פרוטה דרב יוסף. לכן, אם ייגנב או יאבד, יצטרך לשלם ללווה את כל ערך המשכון (ולמעשה ישלם רק את ההפרש בין החוב למשכון, מפני שערך המשכון שכנגד החוב יתקזז עם החוב של הלווה כלפיו). לעומת זאת, לפי הדעה השנייה, מאחר שחיוב המלווה נובע רק מתנאו "אם ייגנב או יאבד, אפסיד את חובי", לא יצטרך המלווה לשלם יותר מערך החוב, ונמצא הלווה מפסיד, בלי פיצוי, את ההפרש בין החוב לערך המשכון²⁴⁰.

ניתן למצוא כמה נפקויות אחרות בין שתי הדעות, גם ביחס לאחריות על ערך המשכון שכנגד החוב (והן תקפות גם במשכון השווה לחוב, או השווה פחות ממנו).

א) לפי הדעה הראשונה, אם המשכון נגנב או אבד, יש למלווה וללווה חובות הדדיים: המלווה חייב ללווה על אבדן המשכון, והלווה חייב למלווה את החוב המקורי. אבל חובות אלו אינם שווים. החוב של המלווה ללווה הוא חוב של נזק, והכלל הוא שאפשר לפרוע חוב כזה בקרקע (במקום פירעון כספי), גם אם יש לחייב כסף שהיה יכול לפרוע בו. לעומת זאת, החוב של הלווה למלווה הוא חוב של הלוואה, שהכלל לגביו הוא, שאם יש ללווה כסף, עליו לפרוע למלווה כסף, ואינו רשאי לתת לו קרקע כפירעון. נמצא, שידו של המלווה תהיה כאן על העליונה, באשר לצורת הפירעון, על אף שבסכום החובות יש שוויון, שהרי המלווה יתן ללווה קרקע, ויקבל ממנו כסף. לעומת זאת, לפי הדעה השנייה, אין כאן חובות הדדיים, אלא חוב הלווה למלווה מתבטל מחמת התנאי של המלווה; וממילא לא תהיה ידו של המלווה על העליונה מכוח חילופי קרקע-כסף²⁴¹.

שבועות, סימן לה, ובשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן צד; סמ"ג, עשה צד (קעו ע"ג), בשם הר"י; רא"ש, ב"מ, פרק ו, סימן יח, בשם הר"י; שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנט, בשם הר"י; טור, חו"מ, עב, ד, בשם הר"י והרא"ש; ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן ד; דרישה, חו"מ, עב, ד (הובא באמרי בינה, דיני דיינים, סימן ל), בדעת הרא"ש.*

²³⁹ תוספות, רא"ש, מהר"ם, אגודה, טור וים של שלמה (שצוינו בהערה 238); תוספות רבנו פרץ, ב"מ פב ע"א; תוספות, ב"מ פב ע"א, ד"ה לא (הובא בקצות החושן, שו"ת ס"ק ד); תוספות הרא"ש, שבועות מד ע"א; ים של שלמה, קידושין, פרק א, סימן יב; רמ"א, חו"מ, עב, א; שו"ת בית יעקב (צויזמיר), סימן קמג (המביא רק דעה זו).

²⁴⁰ תוספות רבנו פרץ, שם; בית יוסף, חו"מ, עב, ג; פרישה, חו"מ, עב, ד. שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן טז, מדגיש שלכל הדעות חייב בפשיעה גם על העורף מפני שהוא לפחות שומר חנים על כל המשכון.

²⁴¹ קצות החושן, עב, ס"ק ח (ובקיצור בס"ק כז ובס"ק כח). בשאלה האם זכאי מזיק לפרוע בקרקע כאשר הניזק דורש מיטלטלין, נחלקו סמ"ע, תיט, ס"ק א, וש"ך, שם, ס"ק ב. וראה במילואים להערה 249, שאפשר שהתומים חולק על קצות החושן.

(ב) נפקות אחרת היא במקרה שנגנב המשכון באופן שהיה אונס בגנבה. בדיונו להלן²⁴² נראה שיש אומרים ששומר שכר אחראי על גנבת אונס. משום כך, לפי הדעה הראשונה, המלווה יהיה אחראי כאן, מפני שהוא שומר שכר. לעומת זאת, לפי הדעה השנייה, מאחר שמה שהמלווה מפסיד במקרה שהמשכון נגנב הוא רק משום שהוא קיבל על עצמו להפסיד במקרה שייגנב המשכון, הוא לא יפסיד אם נגנב המשכון באונס, מפני שמקרה זה אינו כלול בהתחייבות שלו. הרי אין רואים כאילו המלווה קיבל על עצמו "אם יארע אונס למשכון, אפסיד חובי", מפני שאין להניח שהמלווה ירצה לשאת בהפסד כשלא יהיה אשם כלל. מאותה סיבה, אין להניח שהתכוון לקבל על עצמו להפסיד את חובו במקרה של גנבת אונס, שהוא למעשה אינו אשם בה, ודווקא שומר שכר רגיל חייב בה מגזרת הכתוב, כפי שנראה בדיונו שם²⁴³. אבל יש מי שאומר שגם לפי הדעה השנייה, מפסיד המלווה את חובו במקרה של גנבת אונס, מפני שרואים כאילו קיבל על עצמו אחריות בדיוק כמו של שומר שכר – וזה כולל אחריות לגנבת אונס²⁴⁴.

(ג) שומר שכר מחויב לשמור שמירה מעולה, כפי שנפרט בדיונו בסעיף 2(ב), ואינו רשאי לומר: "אשמור שמירה רגילה, ואם יאבד, אשלם לפי דיני שומר שכר", משום שהוא מקבל שכר לשמור שמירה מעולה, ובעל הנכס מעדיף לקבל את הנכס שלו חזרה מאשר לקבל את דמיו²⁴⁵. כך יהיה דין המלווה לגבי המשכון, לפי הדעה הראשונה שהזכרנו, הסוברת שהוא שומר שכר ממש. לעומת זאת, לפי הדעה השנייה, הסוברת שאינו שומר שכר ממש, אלא שנחשב שקיבל על עצמו להפסיד את החוב אם יאבד המשכון באופן ששומר שכר חייב עליו, הוא רשאי לשמור שמירה רגילה בלבד, אם ירצה, אלא שיפסיד את חובו אם אמנם יאבד המשכון, שהרי לא קיבל שכר לשמור, ואין מה שיחייב אותו לשמור שמירה מעולה בפועל. במילים אחרות, יש עליו חיוב תשלומין כשומר שכר, אבל אין עליו חיוב שמירה כשומר שכר²⁴⁶.

(ד) נפקות אחרת היא במקרה שהמשכון הוא שטר, שהוא מסוג הנכסים שאין חלים עליהם דיני שומרים, כפי שראינו לעיל²⁴⁷. לפי הדעה הראשונה, אם ייגנב או יאבד משכון כזה, לא יפסיד המלווה, מפני שאין לחייבו על אחריותו כשומר שכר, שהרי אין אחריות שומר בנכסים כאלו. לעומת זאת, לפי הדעה השנייה, שרואים כאילו המלווה אמר: "אם ייגנב או יאבד המשכון, אפסיד את חובי", המלווה יפסיד כאן את חובו, שהרי תנאי זה יכול לחול גם על משכון שהוא שטר²⁴⁸. אבל יש מי שאומר, שגם לפי הדעה השנייה, לא יפסיד המלווה את חובו כאן, משום שההנחה היא שהמלווה מקבל על עצמו חיוב של שומר על המשכון, ואינו

²⁴² בסעיף 2(ב), פרק ב, 2.

²⁴³ קצות החושן, עב, ס"ק ה' וס"ק ח' (הובא בשו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן מח).

²⁴⁴ נתיבות המשפט, עב, ס"ק יג' (הובא בשו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן כב, אות א); שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן נו' (לפי הבנת רח"א מילר). בעניין זה עיין ספר המבי"ט (רובינשטיין), ערך קתא דמגלא, דף קטז ע"ג; גידולי שמואל, ב"מ פב ד"ה דאמר.

²⁴⁵ ראה בשם חתם סופר בסעיף 2(ב), במילואים להערה 6, ובאופן כללי על חיוב שמירה שהוא נפרד מחיוב התשלומין, בסעיף 1(א), ליד ציוני הערות 4-5.

²⁴⁶ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן נו'. עיין גידולי שמואל שם, שאומר דבר דומה. אך ייתכן שנתיבות המשפט (הערה 244) ותומים (הערה 249) חולקים עליו, שהרי הם סבורים שהמלווה מקבל על עצמו דין שומר שכר ממש.

²⁴⁷ בסעיף 1(א), פרק ב.

²⁴⁸ נתיבות המשפט שם; שער משפט, עב, ס"ק ז'; שו"ת ישמח לב (פרנג'י), חלק ב, חו"מ, סימן ט' (יו ע"א ע"ב); שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן יד, אות ב; ערוך השולחן, חו"מ, עב, ה'.

מקבל על עצמו חיוב עצמאי, ולכן אם זהו נכס שאין חלים עליו דיני שמירה – גם התחייבות זו, המיוחסת למלווה, אינה תופסת²⁴⁹.

ה) נפקות אחרת, הקשורה לנפקות הראשית שהזכרנו, היא אם נגנב או אבד רק חלק מן המשכון, ונשאר במשכון ערך כנגד כל החוב. לפי הדעה הראשונה, מאחר שהמלווה הוא שומר שכר על כל המשכון, הוא חייב לשלם ללווה על אותו חלק שנחסר²⁵⁰. לעומת זאת, לדעה השנייה, אין המלווה מפסיד כאן כלום, מפני שרואים כאילו החלק שנחסר במשכון הוא החלק שהיה עודף על החוב, ומה שנשאר הוא החלק שכנגד החוב. הסיבה שרואים כך היא, שהמלווה התחייב שאם ייגנב או יאבד המשכון, הוא לא יתבע עוד את הלווה, מפני שאין זה הוגן שיאבד המשכון באשמתו, ויחזור ויתבע את הלווה; וכאן באמת לא יתבע עוד את הלווה, אלא יגבה ממה שנשאר בידו – והרי נשאר בידו משכון כנגד החוב²⁵¹.

ו) נפקות אחרת היא אם היה המשכון אוכל שהוא חמץ, והגיע הפסח, והמלווה לא מכר אותו כמוטל עליו כדי שהחמץ לא ייאסר בהנאה אחרי הפסח²⁵², והוא מחזיר את המשכון ללווה אחרי הפסח. לפי הדעה הראשונה, המלווה אינו חייב לשלם כלום מצד אחריות שמירה, מפני שהגזק הזה הוא "היזק שאינו ניכר", וכפי שראינו לעיל²⁵³, אין חיוב תשלום על "היזק שאינו ניכר" אם השומר מחזיר את הנכס כפי שהוא (אף על פי שערכו ירד)²⁵⁴. ברם, לפי הדעה השנייה, שרואים כאילו קיבל המלווה על עצמו שיפסיד את חובו אם יאבד המשכון, הרי גם כאן, מאחר שהמשכון איבד את ערכו, הפסיד המלווה את חובו²⁵⁵.

באשר לעמדת החוק בדבר אחריות מלווה על משכון, סבור ויסמן שהוא שומר שכר, מפני שהוא נהנה בהחזקת הנכס, בכך שהמשכון מעניק לו ביטחון שיקבל את חובו חזרה. הוא שומר שכר מהסוג השני שנמנה בסעיף 2(ב) – זה שהמטרה לשמור טפלה למטרה העיקרית להחזקתו²⁵⁶.

מכאן מתעוררת השאלה, מדוע המשפט העברי אינו אומר שהמלווה שומר שכר על המשכון, עקב הנאתו מכך שהמשכון משמש לו ביטחון על חובו? התשובה לכך היא, שהיה עדיף למלווה אילולא נתן את ההלוואה בכלל, שאז לא היה צריך משכון כדי להבטיח את קבלת

²⁴⁹ תומים, עב, ס"ק יג.

²⁵⁰ שו"ת פני משה, חלק א, סימן יב; שו"ת אסיפת גאונים, סימן כ; ישמח לב שם (טז ע"א).

²⁵¹ שו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן קטו, הובא בש"ך, חו"מ, עב, ס"ק כ, בשו"ת ברכת רצה, סימן פב, בישמח לב שם (דף טז ע"א ודף יח ע"ב), בפני משה שם, ובשו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ, סימן נה, דף לט ע"ד (שהביא ראיה לדבר); ר' דוד נתן מטיקטין, בשו"ת אסיפת גאונים, סימן כא; שו"ת מקור ברוך (קלע"ט), סימן נב; ערוך השולחן, חו"מ, עב, ה. וראה במילואים להערה 263, שמסיבה אחרת במקרה מטוים גם לדעה השנייה יפסיד המלווה אם נגנב חלק מן המשכון.

²⁵² ראה סעיף 6, פרק ג, 4.

²⁵³ סעיף 2(א), ליד ציון הערה 414 – לדעה אחת.

²⁵⁴ ט"ז, או"ח, תמג, ס"ק ד; חוק יעקב, או"ח, תמג, ס"ק ח; שו"ע הרב, או"ח, תמג, ח. אך ראה בסעיף 2(א) שם, שיש מחייבים שומר בהיזק שאינו ניכר. מצד שני, בסעיף 6, שם, נראה שיש סוברים ששומר פטור על שלא מכר מפני שאין זה כלול בחובות שמירתו, וזאת גם בלי לפטור מטעם היזק שאינו ניכר.

²⁵⁵ שער משפט, סו, ס"ק לד.

²⁵⁶ ו' ויסמן, חוק המשכון, עמ' 109 (ובקיצור בעמ' 226). הוא נימק רק שיש לו הנאה מההחזקה, אבל יש להניח שהתכוון להנאה שתארונו בפנים.

כספו חזרה. אם כן, העסקה בכללה אינה מסיבה הנאה למלווה מבחינת בטחוננו הממוני, ולכן אינו שומר שכר מטעם זה²⁵⁷.

(ב) מקרים שהנושה שומר שכר לשתי הדעות יש מקרים אחדים שיתכן שיש בהם למלווה טובת הנאה נוספת מהחזקת המשכון, מלבד פרוטה דרב יוסף, כך שגם הדעה השנייה דלעיל, שאינה מחשיבה את פרוטה דרב יוסף כטובת הנאה, תוכל לחייב את המלווה באותם מקרים כשומר שכר. הכוונה היא שבמקרים אלו הוא יהיה שומר שכר על כל המשכון, גם אם המשכון שווה יותר מהחוב, שאז במקרה רגיל אינו חייב בגובה ואבדה על העודף לדעה השנייה, כאמור לעיל.

(א) המקרה הראשון הוא כשלקח המלווה את המשכון מן הלווה לאחר שעת ההלוואה. רבי יצחק (התנא) קבע עיקרון, שמלווה הלוקח משכון לאחר שעת ההלוואה "קונה" את המשכון²⁵⁸. כמובן, המשכון אינו עובר לבעלותו לגמרי, שהרי עליו להחזירו עם קבלת הפירעון, אלא הכוונה היא שהמשכון נחשב כנכס שלו, ויש לכך השלכות אחדות. השלכה אחת היא, שהוא יכול לקדש אשה במשכון זה, על אף שאין אדם יכול לקדש אשה בנכס שהוא מחזיק בהשאלה מחברו. ובכך, למלווה זה יש טובת הנאה מהחזקת המשכון, בזה שהוא יכול לקדש בו אשה (וטובת הנאה זו חשובה לו במקרה שאין לו פרוטה זמינה משלו, שיוכל לקדש בה את האשה; או שיש לו נכסים אחרים, אבל האשה אינה מוכנה להתקדש על ידי אותם נכסים). השלכה אחרת היא, שהוא יכול לקנות במשכון זה נכסים אחרים על ידי קניין "חליפין", וגם זו טובת הנאה. אם כן, ניתן לומר שהמלווה שומר שכר על כל המשכון – גם על העודף על דמי החוב – מכוח טובת הנאה זו, גם לדעה השנייה שהזכרנו²⁵⁹. טובת הנאה אחרת שיש למלווה במקרה שלקח את המשכון לאחר שעת ההלוואה, היא שהמשכון משמש לו כערבון לקבלת כספו. כפי שהסברנו בסוף פסקה (א), מלווה שלוקח את המשכון בעת ההלוואה אינו נהנה טובת הנאה זו מהחזקת המשכון, שהלא היה עדיף לו אילו לא נתן את ההלוואה כלל, ואז לא היה לו צורך להבטיח את קבלת כספו חזרה. רק במקרה שלנו, שהמלווה לקח את המשכון לאחר שעת ההלוואה, כשכספו לא היה בידו, החזקת המשכון מועילה לו בכך שהיא מבטיחה לו את קבלת כספו. הדברים אמורים גם אם יש ללווה נכסים אחרים שהמלווה יכול לגבות מהם, מפני שבכל זאת המשכון משמש לו ביטחון לגבייה. תועלת זו היא טובת הנאה שיכולה לעשות את המלווה לשומר שכר על כל המשכון²⁶⁰. אולם יש אומרים שאין להתחשב בטובות

²⁵⁷ תוספות, ב"מ פ ע"ב (ד"ה דקא).

²⁵⁸ בהגדרת "לאחר הלוואתו", במיוחד בשאלה האם הוא דווקא כשממשכן באמצעות בית דין, עיין: מרדכי, ב"מ, סימן תסב; נתיבות המשפט, עב, ס"ק ו; אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן ע; שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קנב; משנה למלך, הלכות שכירות, י, א; ראש יוסף, חו"מ, עב, אות כב; בית אברהם (ישראל), חו"מ, עב, ב (קסב ע"ד); גידולי שמואל, ב"מ דף פא (ד"ה ת"ר) ודף פב (ד"ה כן י"ל); ישועות יעקב, חו"מ, עב (ד"ה בש"ס דב"מ); אבני חושן (זילברשטיין), עב, על קצות החושן, ס"ק ב.

²⁵⁹ תוספות, גיטין לו ע"א (ד"ה שאני) וב"מ פב ע"ב, ד"ה אימור (הובא באומר לציין, סימן עט); רא"ש, קידושין, פרק א, סימן י; ב"ח, חו"מ, עב, ד; שו"ת אסיפת גאוני, סימן כ, בשם מרדכי. הם לא כתבו במפורש שמחמת הנאה זו הוא שומר שכר על כל המשכון, אבל כך כתבו תומים, עב, ס"ק י, והים התלמוד, ב"ק לו ע"ב.

²⁶⁰ חידושי הר"י מיגאש, שבועות מג ע"ב (הובא בחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ פב ע"א); ספר המכריע, סימן צא, בשם רב האי גאון בספר משפטי שבועות (מפני שנטלו כדי שלא יאבד ממונו, כמו אפותיקי, וקנאו); ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק יז וס"ק לו (הובא בשו"ת דברי משה, זקס, סימן ד, ענף ט, באמרי דוד, שליטל, מצווה נט, כתר מצווה, אות ב, בשו"ת ר' משה מרוטנבורג, או"ח, סימן יא, דף יג ע"א, ובשו"ת

הנאה אלה, ואין בהן כדי לחייב את המלווה כשומר שכר על כל המשכון²⁶¹. לגבי טובת ההנאה הראשונה, שהמלווה יכול לקדש אשה במשכון, הם אומרים שאין טובת הנאה זו מתייחסת לכל המשכון, אלא רק לערכו שכנגד החוב. זאת מפני שהעיקרון האמור, שמלווה קונה משכון (במקרה זה), מתייחס רק לאותו חלק מן המשכון שהוא כנגד חובו; רק באותו חלק הוא יכול לקדש אשה. אם כן, טובת ההנאה שיש לו מן האפשרות לקדש אשה במשכון, יכולה לעשות אותו שומר שכר רק על אותו חלק של המשכון שהוא כנגד החוב²⁶²; ולכך אין חשיבות, שהרי את זאת כבר אמרנו, שגם לפי הדעה השנייה דלעיל, המלווה מפסיד כנגד חובו אם ייגנב המשכון או יאבד²⁶³. גם לגבי טובת ההנאה השנייה, מהחזקת המשכון כביטחון לכספו, אומרים פוסקים אלו שאין בה כדי לעשות את המלווה שומר שכר על כל המשכון. מאחר שהנאתו היא רק ממה שהמשכון משמש ביטחון לחובו, טובת ההנאה מתייחסת רק לאותו חלק מן המשכון שהוא כנגד חובו, ואינה יכולה לעשותו שומר שכר על כל המשכון²⁶⁴.

(ב) מקרה אחר הוא בהלוואה נושאת ריבית. בדרך כלל מקרה כזה לא ייתכן, שכן אסור להלוות לישראל בריבית. יש בכל זאת מקרה שמלווה מקבל ריבית בהיתר מישראל שנתן לו משכון: אם מקור הריבית הוא מנכרי שלווה מראובן, ונתן לו משכון, וראובן לוה משמעון ונתן לו את המשכון, שאז מותר לראובן להעביר לשמעון את הריבית (או את חלקה). כאן נוכל לדון על אחריות שמעון, המלווה, כלפי ראובן, הלווה, על המשכון שקיבל ממנו. המלווה מקבל כאן טובת הנאה רבה מהחזקת המשכון, שכן הוא מרוויח את הריבית. בזכות טובת ההנאה הזאת, הוא שומר שכר על כל המשכון, גם לדעה השנייה דלעיל²⁶⁵. הדברים אמורים

ישמח לב, פרנטי, חלק ב, חו"מ, סימן ט, דף יח ע"ב; פני יהושע, גיטין לו ע"ב, ד"ה בא"ד (בדעת תוספות, קידושין ח ע"ב), וב"מ פא ע"ב, ד"ה בגמרא; שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קנב; חזקה רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה שפו, בסופו (בדעת הרא"ש).

²⁶¹ פרישה, חו"מ, עב, ד, בשם מור"ש (מהרש"ל); ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק יז, בדעת הרמ"א, ובדעת רא"ש, קידושין, פרק א, סימן י; קצות החושן, עב, ס"ק ו; נתיבות המשפט, עב, ס"ק יא (הובא בערוך השולחן, חו"מ, עב, ד); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן יז; תפארת שמואל, על הרא"ש, שבועות, פרק ו, סימן כט. המחלוקת הובאה בשו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן נט.

²⁶² שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (מהד' בלוך), שער ב, סימן קסא, ותשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן נו; מרדכי, שבועות, סימן תשעד; קצות החושן שם; נתיבות המשפט שם; תומים, עב, ס"ק י, בדעת רש"י (שכתב שמדר' יצחק קנה משום שלקח לגוביינא); שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עא (שמשום דר' יצחק קנה רק כנגד החוב); שער המלך, הלכות אישות, ה, כג, בדעת הרמב"ן, הרשב"א ור"ן על הרי"ף, שבועות כה ע"א, בדפי הרי"ף (שמשום דר' יצחק הוא שומר שכר רק כנגד חובו).

²⁶³ כך מדגיש נתיבות המשפט, עב, ס"ק כב, שגם לפוסקים שהבאנו בהערה 261, הדעה השנייה תחייב את המלווה באחריות כשומר שכר על המשכון כנגד החוב, מפני שרואים את המלווה כאילו אמר: "אם יאבד או ייגנב אפסיד את חובי", ואומרים כך גם כאן, אף על פי שהמשכון ניתן רק לאחר ההלוואה. אך קצות החושן, עב, ס"ק יג, אומר שכאן אין מניחים קיום התחייבות זו מכללא, מכיוון שמשכנו לאחר ההלוואה.²⁶⁴ נתיבות המשפט שם. הוא מסתמך על חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ פב ע"א, ד"ה ולמה (הובא בשו"ת קרית ארבע, חו"מ, סימן כ), המסביר בכך (בתירוץ ראשון) מדוע זקוק התלמוד לפרוטה דרב יוסף ולא אמר שהוא שומר שכר משום שמחזיקו כביטחון. ראה ליד ציון הערה 101, ובמילואים להערה 62 ולהערה 276 (בשם התומים), על עיקרון זה.

²⁶⁵ סמ"ע, עב, ס"ק יד (הובא בשו"ת שער אפרים, סימן קכב, ד"ה וראיתי, ובשו"ת ר"י מפוזנא, סימן פב); ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק כא. הסמ"ע מוסיף, שבמקום שדיני הנכרים הם שהמלווה אחראי בגנבה ואבדה על כל המשכון, יש סיבה נוספת לחייב כאן את המלווה בכך, שכן למעשה הוא הלווה לנכרי את הכסף על המשכון שלו (שהרי אם לא נראה את הישראל הלווה כשליח בעלמא לתת לנכרי את ההלוואה, חל אסור ריבית), ואם כן דינו הוא עם הנכרי.

רק לגבי ריבית, כבמקרה האמור כאן. לעומת זאת, אם אין הוא מקבל ריבית, אלא זו "עסקא"²⁶⁶, והמלווה מקבל חלק מן הרווחים, אינו שומר שכר על כל המשכון עקב טובת ההנאה שיש לו מן הרווחים. דווקא בריבית, שבוודאי יקבל אותה, המשכון נשמר גם כדי לקבל את הריבית. לעומת זאת, בעסקא, שאין למלווה ביטחון שאמנם יהיו רווחים, המשכון אינו נשמר עבור הרווחים, אלא רק עבור הקרן, והנאתו מן האפשרות לקבל רווחים היא מעצם העסקא, ולא מהחזקת המשכון²⁶⁷. אלא שיש מי שאומר שכדין ריבית כך דין רווחים של עסקא, ודי באותה טובת הנאה שיש מן הסיכוי לרווחים, על אף שהוא רק סיכוי²⁶⁸, כדי לעשות את המלווה שומר שכר על כל המשכון גם לדעה השנייה. רואים כאילו הנאה זו נגרמת משמירת המשכון, שכן אילו לא קיבל המלווה את המשכון, לא היה מסכים להלוות. זאת ועוד: ניתן להתחשב כאן גם בטובת ההנאה שיש למלווה ממה שהמשכון משמש לו ביטחון לחוב, טובת הנאה שהזכרנו לעיל. במקרה רגיל, אין מתחשבים בטובת הנאה זו, כפי שהסברנו לעיל, משום שהיה עדיף למלווה שלא לבצע את ההלוואה כלל, שאז כספו היה בטוח בידו, מאשר לבצע ולקחת משכון להבטיח את כספו. לעומת זאת, בנידוננו, שהמלווה עשוי לקבל רווחים מן העסקא, אין לומר שהיה עדיף לו שלא להלוות, שכן הוא רוצה לקבל רווחים. לכן כאן זו באמת טובת הנאה בשבילו, שלאחר שהלווה את כספו, יהיה לו ביטחון במשכון. משום כך, הוא שומר שכר כאן על כל המשכון, גם לדעה השנייה²⁶⁹. מאותן סיבות, אם קיבל המלווה כסף מאדם שלישי תמורת הסכמתו להלוות כסף ללווה, שאין בזה איסור ריבית, המלווה הוא שומר שכר על המשכון, מכוח הנאתו ממה שקיבל מן האדם השלישי²⁷⁰.

ג) מקרה אחר הוא כשהמלווה והלווה התנו ביניהם שהמלווה יוכל לגבות את חובו רק מן המשכון ("אפתיקי מפורש"), ולא מנכס אחר כלשהו של הלווה (אלא שהלווה רשאי לפרוע מרצונו מנכס אחר). כאן בוודאי יש להתחשב בטובת ההנאה שיש למלווה ממה שהמשכון משמש לו ביטחון על כספו, שכן הנאה זו מקבלת מימד נוסף כאן: חשוב לו שנכס זה יהיה בידו, מפני שהוא הנכס היחיד שהוא יוכל לגבות ממנו. משום כך המלווה שומר שכר על כל המשכון, גם לדעה השנייה²⁷¹.

ד) מקרה אחר הוא כאשר החוב אינו של הלוואה אלא של הקפה על מכר, במצב שלא היו הרבה קופצים על המכר. כאן, שוב, הנושה (המוכר בהקפה) שומר שכר על כל המשכון גם לדעה השנייה דלעיל, מחמת טובת ההנאה שיש לו מהחזקת המשכון כביטחון על כספו. בהלוואה רגילה, אמרנו שאין מתחשבים בטובת הנאה זו, מפני שהיה עדיף לו אילו לא הלווה כלל, והיה כספו בידו, ולא היה צריך לבקש ביטחון לכספו. כאן, לעומת זאת, מאחר שהעסקא

²⁶⁶ הסברנו מונח זה בפסקה 4.

²⁶⁷ הש"ך שם (הובא בשו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ, סימן נו, דף מה ע"ד, ובשו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימנים קכד-קכה). הש"ך כותב שייטכן שכאן אינו שומר שכר. והוא מסביר שזאת כוונת שו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן קטו (הובא גם בכנסת הגדולה, חו"מ, שג, הגהות הטור, אות ב), המסופק האם המלווה שומר שכר על המשכון כשיש לו רווח מההלוואה.

²⁶⁸ ראה ליד ציון הערה 17 על העיקרון שספק רווח עתידי נחשב שכר לעניין שומר שכר.

²⁶⁹ תומים, עב, ס"ק יג (הובא ע"י ר"ש קסלאוויטש, בית ועד לחכמים, תר"צ, סימן א); נתיבות המשפט, עב, ס"ק יג; שו"ת ישמח לב (פרנג"י), חלק ב, חו"מ, סימן ט (טז ע"ב); ישועות יעקב, חו"מ, עב, ב (ד"ה והנה זה); גן נעול, כפתור ד, פרח א (ג ע"ג); שו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן יב (על היתר עסקא).

²⁷⁰ תומים שם. וראה ליד ציון הערה 52, על שכר שמקבל השומר מאדם שלישי, שאינו בעל הנכס.

²⁷¹ נתיבות המשפט, עב, ס"ק יא (הובא בערוך השולחן, חו"מ, עב, ד). כך כתב גם תומים, עב, ס"ק כב, לעניין ניזק המחזיק שור "תם" של המזיק, מאחר שהניזק אינו יכול לגבות מנכס אחר של המזיק.

התחילה במכר שלא היו עליו קופצים (גם אם לא היה המוכר לחוץ למכור), הרי אין לומר שהיה כדאי למוכר שלא למכור, מאחר שהעסקה הייתה לטובתו; ולאחר שנכנס לעסקה לטובתו, ונוצר הצורך להבטיח את כספו, החזקת המשכון הבאה להבטיח לו את קבלת כספו – נחשבת לו טובת הנאה, ולכן הוא שומר שכר²⁷².

ה) מאותה סיבה, בחוב של שכירות, אם לקח המשכיר מן השוכר משכון על החוב, הוא שומר שכר על כל ערך המשכון, גם לדעה השנייה. למשכיר היה כדאי לעשות את עסקת ההשכרה, מפני שהוא מרוויח את דמי השכירות, ולכן יש להתחשב בהנאתו מהחזקת המשכון כביטחון על החוב²⁷³.

ו) מקרה נוסף הוא כשמת המלווה, והחוב עם המשכון עברו ליורשו. היורש נהנה מהחזקת המשכון מכך שהוא משמש לו ביטחון על כספו. בדרך כלל אין זו נחשבת הנאה, כפי שהסברנו, מפני שהיה עדיף למלווה שלא להלוות כלל, כך שלא יצטרך ביטחון על כספו. אבל כאן, שמדובר ביורשו של המלווה, שלא הייתה לו הבכרה שלא להלוות, הנאה קיימת. בעקבות הנאה זו, היורש הוא שומר שכר על כל המשכון, גם לדעה השנייה דלעיל²⁷⁴. אולם יש אומרים שאין הנאה זו קיימת בהלוואה כלל, ואפילו היורש אינו נעשה שומר שכר בשל הנאה זו²⁷⁵. החזקת המשכון אינה רווח עבור היורש, אלא רק מונעת הפסד²⁷⁶. גם היורש היה מעדיף שהאב לא יתן את ההלוואה, כדי שהכסף יהיה בידו, ולא יצטרך ביטחון על כספו²⁷⁷. ז) מי שהלווה תבואה או פירות (באופן שאין בכך משום איסור ריבית), ולקח עליהם משכון, יש לו טובת הנאה שאינה קיימת בהלוואה כספית: אילולא הלווה את התבואה או את הפירות, הם היו נרקבים בביתו, וכעת הרוויח, שיקבל כהחזר פירות טריים. אולם למעשה נפסק שלא די בהנאה זו כדי ליצור אחריות שומר שכר (לדעה השנייה)²⁷⁸. עם זאת, יש אומרים שהוא

²⁷² ט"ז, חו"מ, עב, מ (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק א, סימן תלב, בשו"ת ר' משה מרוטנבורג, אור"ח, סימן יא, דף יב ע"ב, בהגהה, ובלב מבין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, א, דף קעד ע"ב); נתיבות המשפט, עב, ס"ק ח (הובא בשו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קסד).

²⁷³ קצות החושן, עב, ס"ק מא.

²⁷⁴ חידושי הריטב"א, כתובות לד ע"ב (הובא בנימוקי יוסף, ב"ק לט ע"א, בדפי הרי"ף, וכתובות שם, בבית יוסף, חו"מ, עב, מחודש יג, בשו"ע, חו"מ, עב, ו, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן צח, ובשו"ת תורת השלמים, סימן טו), כתב שהוא שומר שכר עקב הנאה זו (וכך כתבו גם שו"ת עולת שמואל, לובצר, חלק א, סימן סד, ומעשה בראשית, מצווה נט); וש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לו (הובא בשו"ת ר' משה מרוטנבורג, אור"ח, סימן יא, דף יב ע"ב, ובבית הלל, ליבשיץ, סימן עב, ל), ושו"ת בני משה (שלטון), סימן טו, הסבירו זאת כפי שהבאנו בפנים. וברור שכוונתם היא שמסיבה זו הדין כך גם לדעה השנייה דלעיל, שאינה מתחשבת בפרוטה דרב יוסף, שהרי כאן איננו נזקקים להנאת פרוטה דרב יוסף.

²⁷⁵ ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן ד (הובא בש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לו); תומים, עב, ס"ק כב; נתיבות המשפט, עב, ס"ק כב; קצות החושן, עב, ס"ק יב; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן יז.

²⁷⁶ שואל ומשיב שם. ראה בשמו בדומה במילואים להערה 257, להערה 264 ולהערה 408.

²⁷⁷ דברי רח"א מילר. קצות החושן שם כתב עוד שגם לרש"י סובר שהנאת החזקה כביטחון קיימת גם כשאינו מרוויח מן העסקה אם גילה את דעתו שהוא מחזיקו כביטחון (ראה בשמו במילואים להערה 257), מכל מקום כאן אינו שומר שכר שהרי היורש לא גילה את דעתו כך. על הצורך בגילוי דעת ראה במילואים להערה 102.

²⁷⁸ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק טז; שו"ת שער אפרים, סימן קכב (ד"ה איברא); אורים, עב, ס"ק יח; שו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן קטו (הובא בשו"ת ר"י מפוזנא, סימן פג).

שומר שכר מכוח הנאתו מהחזקת המשכון כביטחון לכספו, כיוון שהוא נהנה מעצם העסקה, וזאת על פי קו המחשבה שהסברנו במקרים הקודמים²⁷⁹.

(ג) מקרים שהנושה שומר חנם לשתי הדעות

יש מקרים אחדים שיתכן שאין המלווה נהנה בהם פרוטה דרב יוסף, כיוון שבמקרים אלו המצווה שעושה המלווה (והיוצרת את פרוטה דרב יוסף) היא פחותה מבמצב הרגיל. עלינו לברר האם במקרים אלו תחייב הדעה הראשונה דלעיל את המלווה כשומר שכר על כל המשכון, כפי שהיא מחייבת אותו במצב רגיל, מכוח פרוטה דרב יוסף, או שמא תסכים כאן הדעה הראשונה, שהמלווה הוא שומר חנם? בירור זה אינו משפיע על עמדתה של הדעה השנייה דלעיל ביחס למקרים הנדונים, שהרי הדעה השנייה אינה מתחשבת בשום מקרה בפרוטה דרב יוסף, כאמור לעיל. לכן עיקר דיוננו בפסקה זו יהיה בירור עמדת השיטה הראשונה לגבי המקרים הללו, אלא שאגב כך נברר גם את עמדת השיטה השנייה לגבי חלק מן המקרים, שאפשר שעמדתה תשתנה בהם מסיבות שונות.

(א) המצב הראשון הוא כאשר המשכון מצוי בידי המלווה, והלווה עדיין לא קיבל את כסף ההלוואה. כאן נפסק, שהמלווה אינו שומר שכר על המשכון²⁸⁰. זאת משום שאין כאן פרוטה דרב יוסף, לא מבחינת המצווה שבמתן הלוואה, ולא מבחינת המצווה שבטיפול במשכון – שתי המצוות שמנינו בפסקה (א) כגורמים לפרוטה דרב יוסף. מצוות הלוואה אין כאן, שהרי עדיין לא בוצעה ההלוואה²⁸¹. גם אין מצווה בטיפול במשכון, שהרי הלווה עצמו רשאי לבוא ולטפל בעצמו במשכון (שהרי עדיין לא קיבל את הלוואתו, ואין למלווה סיבה למנוע ממנו לטפל במשכון מחשש שיקחנו ממנו). לכן המשכון הזה דומה לפיקדון רגיל, שמאחר שבעל הנכס יכול לבוא ולטפל בו בעצמו, אין זו מצווה כשהשומר מטפל בו²⁸², שלא כבמצב הרגיל של משכון, שמצווה על המלווה לטפל בו, כיוון שאין הלווה רשאי ליטלו לטפל בו, שהרי המלווה זקוק לו לביטחון²⁸³. זאת באשר לעמדת הדעה הראשונה דלעיל. גם הדעה השנייה דלעיל תפטור כאן את המלווה מאחריות על אבדן המשכון, שהרי לפי דעה זו מקור אחריותו הוא משום שרואים כאילו אמר: "אם המשכון ייגנב או יאבד, אפסיד את החוב", והרי כאן עדיין אין חוב שיפסיד²⁸⁴.

(ב) המצב הנגדי הוא כשהמשכון נשאר בידי המלווה לאחר שכבר פרע הלווה את חובו. אם המלווה מוכן שהלווה יקח ממנו את המשכון מיד, אלא שהלווה משאיר אותו בידו מרצון,

²⁷⁹ שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנט; שער משפט, עב, ס"ק ה; ספר המקנה (סופר), כלל מג, פרט א (בשם אביו, הכתב סופר); חידושי כתב סופר (סוגיות), ב"מ פא ע"ב, אות ד (כמובא באוצר מפרשי התלמוד, ב"מ פא ע"ב, הערה 71). רח"א מילר העיר שוב, שלפי העיקרון של נתיבות המשפט ליד ציון הערה 264, מה שהוא שומר שכר מחמת הנאת החזקת המשכון כערובה, הוא רק כנגד החוב.

²⁸⁰ שו"ת הרא"ש, כלל צ, סימן יא (הובא בטור, חו"מ, עב, כו); שו"ע, חו"מ, עב, לב; פרישה, חו"מ, עב, ג; פתחי תשובה, חו"מ, עב, ס"ק ד, בשם ר"ע איגור; ערך לחם, חו"מ, עב, לב (הובא בזכרנו לחיים, חלק א, חו"מ, ערך משכון, א, דף פז ע"א); ספר המקנה (הורוביץ), קונטרס אחרון, אה"ע"ז, כח, ג (מפני שעוד לא עשה מצווה).

²⁸¹ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק קלח.

²⁸² ראה ליד ציון הערה 233.

²⁸³ דרישה, חו"מ, עב, כו, וסמ"ע, עב, ס"ק ק; נתיבות המשפט, עב, חידושים, ס"ק צא; ערוך השולחן, חו"מ, עב, נח.

²⁸⁴ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק קלח; ערוך השולחן, חו"מ, עב, נח.

המלווה חדל להיות שומר שכר על המשכון²⁸⁵. מאחר שהלווה רשאי ליטול את המשכון, כבר אין מצווה על המלווה לטפל במשכון, כאמור, ואם כן אין המלווה נהנה פרוטה דרב יוסף, ולכן אינו שומר שכר²⁸⁶. אך אם המלווה התיר ללווה לקחת את המשכון רק אחרי תאריך מסוים, הוא נשאר שומר שכר על המשכון עד אותו תאריך, שהרי מאחר שאסר על הלווה ליטול עד אותו תאריך, עדיין מצווה עליו (על המלווה) לטפל בו, ובכך הוא נהנה פרוטה דרב יוסף. אחרי אותו תאריך, הוא חדל להיות שומר שכר, מפני שאז אין לו הנאת פרוטה דרב יוסף, שהרי אין מצווה שיטפל במשכון כשהלווה יכול לקחת אותו ולטפל בו בעצמו. גם אחרי אותו תאריך, אם קרה שהלווה בא בתאריך שנקבע ליטול את המשכון, והמלווה סירב לתת לו, הוא ממשיך להיות שומר שכר, מפני ששוב מצווה עליו לטפל במשכון, מאחר שהלווה אינו יכול לטפל, ולכן יש לו הנאת פרוטה דרב יוסף²⁸⁷. הבחנה זו מתאימה גם להבנה דלעיל, שפרוטה דרב יוסף במשכון נובעת מן המצווה שבעצם מתן ההלוואה: טובת הנאה זו, שקיבל המלווה בתחילת שמירתו (ברגע ההלוואה), יש בכוחה לעשות אותו שומר שכר לכל משך שמירתו, עד שיוודע ללווה שאינו רוצה עוד לשמור תמורת אותו שכר – כמו כל שומר שכר, כפי שנראה להלן²⁸⁸. לכן כשהמלווה מוכן שהלווה יקח את משכונו, הרי זה כמו הודעה שאינו רוצה לשמור תמורת השכר, ולכן אינו שומר שכר עוד; ואילו כשהוא מסרב לתת ללווה את המשכון, הריהו כמביע רצון להמשיך לשמור תמורת אותו שכר, ולכן הוא עדיין שומר שכר²⁸⁹. כל זאת, לפי הדעה הראשונה. גם לפי הדעה השנייה, אין למלווה אחריות על המשכון לאחר פירעון החוב, מפני שלדעה זו אחריות המלווה נובעת מהתחייבותו: "אם ייגנב או יאבד המשכון, אפסיד את חובי", וכאן שכבר קיבל את חובו, אין דבר שיוכל להפסיד²⁹⁰. יש אמנם אפשרות לומר שבכל זאת יחוב המלווה באחריות לדעה זו גם לאחר הפירעון, וזאת על ידי שנפרש את התחייבותו ככוללת התחייבות: "אם ייגנב המשכון לאחר הפירעון, אחזיר את כסף הפירעון"²⁹¹. על כך יש להשיב, שאפילו נפרש כך את התחייבותו, הוא לא יפסיד כאן את כספו. זאת מפני שניתן לראות את המשכון ביחד עם כסף הפירעון שקיבל מן הלווה, כמשכון גדול; וכאשר נגנב המשכון המקורי, הרי זה כמו משכון גדול שנגנב חלק ממנו, ונשאר ממנו כדי החוב – כסף הפירעון שקיבל. לעיל, בפסקה (א), ראינו שאם נגנב חלק מן המשכון, ונשאר במשכון כנגד החוב, לא הפסיד המלווה את חובו (לדעה השנייה, שבה אנו עוסקים כעת). אם כן, בנידוננו לא יחויב המלווה, גם אם נרחיב כאמור בפירוש התחייבותו²⁹².

ג) יש שהלווה מתיר למלווה להשתמש במשכון, ובתמורה מנכה המלווה מן החוב את מחיר השימוש. לכאורה, כאן אין למלווה פרוטה דרב יוסף, שכן אין מצווה בהלוואה שנתן ובטיפול

²⁸⁵ קצות החושן, עב, ס"ק לט; שו"ת דברי שלום (משאש), חו"מ, סימן מח (צה ע"ב) וסימן נ.

²⁸⁶ נימוק זה עולה מדברי הפוסקים לגבי המקרה הבא.

²⁸⁷ שו"ת הרא"ש, כלל ז, סימן ג (הובא בטור, חו"מ, עב, לד, בפרישה, חו"מ, עב, ג, בש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לד, ובשו"ת מגן גיבורים, סימן סו); שו"ע, חו"מ, עב, מג (הובא בשו"ת דברי שלום, משאש, חו"מ, סימן מח וסימן נ); שו"ת קרני ראם, סימן ריא; ערוך השולחן, חו"מ, עב, ע (לפי הדעה הראשונה).

²⁸⁸ בסעיף 11, ליד ציון הערה 150.

²⁸⁹ קצות החושן, עב, ס"ק ד (ובקיצור בסימן עב, ס"ק לט, ובסימן שו, ס"ק ד); נתיבות המשפט, עב, ס"ק ז.

²⁹⁰ בית יוסף, חו"מ, עב, לה; רמ"א, חו"מ, עב, מג; שו"ת הרא"ש, חלק א, סימן כג; ערוך השולחן, חו"מ, עב, ע; שו"ת מהרא"ל, חו"מ, סימן מב, אות ד.

²⁹¹ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק קסח, מעלה אפשרות זו, וכותב שייתכן שזאת כוונת הרמ"א.

²⁹² קצות החושן, עב, ס"ק מב.

שעושה, כיוון שהוא לא עשה ללווה טובה חד צדדית בלבד, שהרי הוא יכול להשתמש במשכון. אך למעשה נפסק שגם במקרה זה המלווה שומר שכר, מכוח פרוטה דרב יוסף. שני נימוקים לדבר: ראשית, גם כאן המלווה עושה מצווה בהלוואה²⁹³, משום שהלווה נהנה גם משימוש של המלווה במשכון, בכך שהמלווה מפחית מחובו כנגד השימוש, ואפשר לראות זאת כאילו המלווה משתמש בו כדי להיטיב עם הלווה²⁹⁴. שנית, הטיפול שעושה המלווה במשכון נחשב מצווה, כיוון שהחוב פוחת והולך כשהוא משתמש במשכון²⁹⁵. זאת אם הוא מנכה מן החוב את כל תמורת השימוש, שאז הוא כאילו אינו משתמש במשכון, מפני שהתשלום הוא משקל נגד לשימוש. ברם, במקרה שההסכם היה שהוא ינכה רק סכום מועט מהחוב תמורת השימוש, כך שהוא נהנה מהשימוש בלי להפסיד את כל מחיר השימוש, באמת אין לו הנאת פרוטה דרב יוסף, שהרי אינו עושה מצווה, אלא הוא נהנה. אך למעשה אין זה משנה. גם כאן הוא שומר שכר, מסיבה אחרת: הוא שוכר את המשכון לשימוש (אמנם במחיר נמוך), ושוכר הוא שומר שכר, כפי שראינו בפסקה 2. אלא שמאחר שחיובו הוא מטעם שוכר, הרי כאשר תחלוף תקופת השימוש שהוסכם עליה, יחדל להיות שומר שכר, מפני ששכירותו תסתיים אז, גם אם המשכון עדיין ברשותו והוא מטפל בו – מפני שאין לו פרוטה דרב יוסף²⁹⁶. (ד) הזכרנו לעיל, שלפי תפיסה אחת, המצווה שבזכותה יש למלווה פרוטה דרב יוסף היא מצוות הטיפול במשכון. הסברנו, שזו מצווה על המלווה לטפל, מאחר שהלווה אינו רשאי לטפל בעצמו במשכון. ניתן להסיק מכך, שאם המלווה מתיר במפורש ללווה לבוא אל ביתו כשירצה ולטפל במשכון, אין למלווה הנאה של פרוטה דרב יוסף, לפי תפיסה זו, ולכן אינו שומר שכר על המשכון²⁹⁷. אבל יש מי שאומר, שגם במקרה זה, אם הלווה נמצא בפועל במקום רחוק, ולכן המלווה מטפל במשכון, הוא מקיים מצווה, מפני שחיובו בטיפול במשכון נובע ממצווה – מצוות מתן הלוואה. זאת בעקבות תפיסה עקרונית, שפרוטה דרב יוסף בשל מצוות טיפול תלויה בכך ששמירת הנכס תהיה תחילתה במצווה²⁹⁸, ואינה תלויה באי יִכְלְתו של בעל הנכס לבצע את הטיפול. מאחר שייחכן מצב שהטיפול שיעשה יהיה מצווה, דהיינו כשהלווה יהיה במקום רחוק, יש לו הנאת פרוטה דרב יוסף (גם אם למעשה לא ייווצר מצב כזה), ולכן הוא שומר שכר²⁹⁹.

(ה) מכר המלווה את החוב לאדם אחר, המשכון עובר עם החוב לקונה, ועליו מוטלת חובת הטיפול. אבל לפי התפיסה שהזכרנו, שחובת הטיפול היא מצווה רק אם תחילת השמירה

²⁹³ אור זרוע, ב"מ, סימן רעה; ראב"ן, ב"מ פב (דף רה ע"ב כמהד' עהרנרייך); מאירי, ב"מ פב ע"א (דעת רוב המפרשים) ושבועות מד ע"ב; המאור הגדול, שבועות כה ע"א (בדפי הרי"ף); פסקי הרי"א ז', ב"מ, פרק ו, הלכה ד, אות יב (ולא נימק); נימוקי יוסף, ב"מ נא ע"א (בדפי הרי"ף); ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק יא (גם בדעת הרי"ף).

²⁹⁴ שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן קכה.

²⁹⁵ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פב ע"א (ד"ה והכא).

²⁹⁶ נתיבות המשפט, עב, ס"ק ח.

²⁹⁷ תומים, עב, ס"ק ו, כותב כך לפי הדעה (ליד ציון הערה 234) שפרוטה דרב יוסף היא מחמת מצוות הטיפול, אולם לדעה (ליד ציון הערה 235) שהיא מחמת מצוות הלוואה, גם כאן הוא שומר שכר.

²⁹⁸ ראה במילואים להערה 108.

²⁹⁹ נתיבות המשפט, עב, ס"ק ז. הוא נוקט גם, שגם כשהלווה במקום קרוב, המלווה עושה מצווה כשעוסק בשמירה; הוא מתכוון לכך שהמלווה מניח את המשכון בביתו במקום שמור, דבר שהלווה אינו יכול לעשות בבית המלווה.

הייתה מצווה, כאן לא יחשב למצווה הטיפול שיעשה קונה החוב, שהרי הוא לא עשה מצווה בקניית החוב, כמו המצווה שעושה מלווה הנותן הלוואה. משום כך, אין קונה זה נהנה פרוטה דרב יוסף, ולכן אינו שומר שכר על המשכון. זאת לגבי הדעה הראשונה בענין אחריות מלווה שבירו משכון. לעומת זאת, לגבי הדעה השנייה, שהקובע אינו פרוטה דרב יוסף, אלא התחייבות המלווה: "אפסיד את חובי אם ייגנב המשכון או יאבד", גם קונה החוב יפסיד את החוב אם ייגנב או יאבד המשכון, מפני שגם בדעת הקונה יש להניח, שהוא מוכן להפסיד את החוב אם ייגנב המשכון או יאבד³⁰⁰.

ו) במקרה שהחוב אינו הלוואה, אלא חוב שנובע מתוך הקפה על מכר, נעדר היסוד של מצווה, הקיים בהלוואה, שמחמתו נהנה המלווה פרוטה דרב יוסף. מתן הלוואה הוא מצווה, מפני שהיא טובה גמורה ללווה ואילו למלווה אין הנאה מכך (במצב רגיל). לגבי המוכר בעסקת מכר אי אפשר לומר כך, שהרי הוא אינו עושה טובה גמורה לקונה, אלא אף הוא נהנה מן העסקה. רק אם נשוא המכר היה חפץ שקונים קופצים עליו, נחשבת המכירה מצווה, מפני שהמכר הוא לטובת הקונה בלבד, ולכן יש למוכר הנאת פרוטה דרב יוסף בהחזקת המשכון, ומחמתה הוא שומר שכר עליו³⁰¹. ברם, אם לא היו קונים קופצים על המכר, הוא אינו שומר שכר על המשכון, מפני שאין לו הנאת פרוטה דרב יוסף, שהרי הוא נהנה מן המכירה, כאמור. אלא שבמקרה כזה, הוא שומר שכר מסיבה אחרת, כפי שצינו בפסקה (ב).

ז) דין מיוחד בעניין זה חל אם ניתנה ההלוואה באמצעות מתווך, והמתווך מחזיק משכון של הלווה. הדיון הוא על אחריות המתווך לאותו משכון. מדובר בלווה שנתן נכס למתווך, וביקש ממנו להשיג לו הלוואה על ידי נתינת הנכס למלווה כמשכון; והמלווה לא הסכים לתת את ההלוואה על סמך הנכס הזה, ובמקום זאת נתן לו המתווך נכס משלו כמשכון, ואחר כך העביר את ההלוואה ללווה, והחזיק כמשכון את הנכס שהלווה נתן לו. מאחר שהמלווה מכיר רק את המתווך, והיה לו קשר רק עמו, וקיבל משכון משל המתווך, רואים כאילו המלווה הלווה למתווך, והמתווך הלווה ללווה, ולכן המתווך נהנה פרוטה דרב יוסף, ככל מלווה על משכון³⁰². אך יש שני סייגים לדבר. סייג ראשון הוא, שאם ההלוואה הייתה בריבית, והמלווה הוא נכרי, אין לראות את העסקה בצורה שתיארנו, שהרי אם כן נמצא שהמתווך עובר על איסור נטילת ריבית מישאל. כאן עדיף לראות את העסקה כהלוואה במשכון מהנכרי ישירות ללווה, כשהמתווך משמש רק כשלוחו של הלווה, כך שאינו עושה איסור. אם כן, הרי מאחר שהמתווך אינו מלווה, אינו נהנה פרוטה דרב יוסף. אף על פי שהוא עשה טובה ללווה, בכך שלמעשה השאיל לו נכס שלו, ונתן אותו למלווה כמשכון עבורו (עבור הלווה), הרי מי שמשאיל נכס אינו נהנה פרוטה דרב יוסף, משום שאין בהשאלה מצווה כמו שיש בהלוואה³⁰³. סייג שני הוא במקרה שהמלווה היה מסכים להלוות על סמך הנכס שנתן הלווה, ואף על פי כן נתן המתווך נכס אחר למלווה. כאן המתווך אינו שומר שכר על הנכס של הלווה, משום שהוא לא עשה מצווה במה שנתן נכס משלו למלווה, מפני שלא היה צורך בכך; ומאחר שלא

³⁰⁰ נתיבות המשפט, עב, ס"ק כב.*

³⁰¹ נתיבות המשפט, עב, ס"ק ח.*

³⁰² נתיבות המשפט, עב, ס"ק טז, בביאור דברי שו"ת מהר"ם פדואה, סימן נט (הובא בדרכי משה, חו"מ, עב, ס"ק ד, וברמ"א, חו"מ, עב, ג, ובשו"ת בני משה, שלטון, סימן טו); ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק כח; תומים, עב, ס"ק יז.

³⁰³ נתיבות המשפט שם, בביאור דברי מהר"ם פדואה והש"ך שם.*

עשה מצווה, אינו נהנה פרוטה דרב יוסף³⁰⁴. אולם יש שגם בשני מקרים אלו, יהיה המתווך שומר שכר על הנכס שבידו בזכות הנאת פרוטה דרב יוסף, וזאת אם הוא עושה מצווה בטפלו בנכס (כפי שראינו לעיל, שכאשר מלווה רגיל מטפל בנכס, זוהי מצווה היוצרת פרוטה דרב יוסף). במצב רגיל, באמת יש מצווה על המתווך לטפל בנכס, כיוון שאין ללווה אפשרות לקחת אותו ולטפל בו בעצמו, והמצווה הזאת מסיבה למתווך הנאת פרוטה דרב יוסף, ולכן הוא שומר שכר על הנכס (גם בשני המקרים החריגים שמנינו, שאין בהם מצווה בהשגת ההלוואה עצמה). אך אם המלווה נכרי, אין על המתווך מצווה לטפל בנכס. זאת משום שכאשר נתן הלווה את הנכס למתווך במטרה שיתן אותו למלווה הנכרי, הוא עשה זאת בידיעה שהנכרי לא יטפל בנכס כשיקבל אותו כמשכון (אם הנכרי אינו כפוף למשפט העברי המחייב שומר נכס לטפל בו³⁰⁵). נמצא, שהלווה ויתר על כך שהנכס יטופל; ולכן גם כשהנכס נשאר בסופו של דבר ביד המתווך, אין הוא מחויב לטפל בו, מפני שהלווה ויתר על כך. גם אם נודע ללווה לאחר מכן שהנכס מצוי ביד המתווך, אין המתווך מחויב לטפל בו, מפני שהלווה נתן לו את הנכס תוך ויתור על הטיפול. מאחר שאין מצווה בטיפול, אין המתווך נהנה פרוטה דרב יוסף, ולכן אינו שומר שכר – כשמדובר באחד משני החריגים שמנינו, שבהם אין מצווה בעצם זה שהמתווך (כאילו) הלווה ללווה³⁰⁶. עד כאן בנוגע לדעה הראשונה, התולה את אחריות מלווה על משכון בפרוטה דרב יוסף. לעומת זאת, לפי הדעה השנייה, התולה את האחריות בהתחייבות (מכללא) של המלווה שיפסיד את חובו אם ייגנב המשכון, הדין כאן פשוט יותר. לפי דעה זו, המתווך אחראי כשומר שכר על המשכון (בחלק שכנגד החוב, כמו מלווה רגיל) מאותה סיבה: רואים כאילו התחייב להפסיד את כספו אם ייגנב המשכון או יאבד. לעניין זה אין הבדל בין המקרים השונים שעסקנו בהם כאן³⁰⁷.

ח) מת המלווה, ועבר המשכון לידי יורשו, היורש שומר שכר על המשכון, לדעה הראשונה דלעיל, מכוח פרוטה דרב יוסף, שהרי גם עליו מוטלת המצווה לטפל במשכון³⁰⁸. זאת מלבד ההנאה שיש ליורש זה מהחזקת המשכון כערבון לכספו, שהסברנו בפסקה (ב). אולם יש פוסקים האומרים שדווקא המלווה עצמו נהנה פרוטה דרב יוסף, מפני שעשה מצווה במה שהלווה, ואילו יורשו, שלא הלווה, לא עשה מצווה, ולכן אינו נהנה פרוטה דרב יוסף. לדעתם אף טיפולו במשכון אינו מצווה, מפני שהוא עושה זאת לצורך עצמו, שהרי הוא מעוניין שלא יתקלקל המשכון, כדי שאם לא יפרע לו הלווה, יוכל לגבות את חובו מן המשכון במלוא ערכו; ולכן אינו שומר שכר³⁰⁹.

9. נושה שתפס נכס של החייב

מקרה דומה למקרה הקודם, של נושה שבידו משכון, הוא של נושה שתפס נכס של החייב בלי רשות, במטרה להחזיק אותו כערבון על חובו. אך יש שני הבדלים מהותיים בין המקרים.

³⁰⁴ ש"ך ונתיבות המשפט שם. הדין כך גם אם לא הייתה ריבית על ההלוואה.*

³⁰⁵ ראה סעיף 1(ב), במילואים להערה 2, בשאלת חיוב נכרי באחריות שמירה.

³⁰⁶ ש"ך ונתיבות המשפט שם. אך הש"ך מסיים "וצריך עיון לדינא", ובאר היטב, חו"מ, עב, ס"ק טו, הבין שספקו נוגע למקרה שנודע ללווה בנתיבות המשפט שמשכנו אצלו.*

³⁰⁷ מהר"ם פדואה שם, כפי שהוסבר בש"ך שם.

³⁰⁸ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לו; נתיבות המשפט, עב, ס"ק כב.*

³⁰⁹ ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן ד. מסיבה זו, לדעתו אין מצווה גם למלווה עצמו לטפל במשכון – ראה בשמו במילואים להערה 234.*

ראשית, משכון נקנה למלווה, ויש לכך השפעה על מידת אחריותו בשמירה, כפי שהזכרנו בפסקה 8 (ב); ואילו נכס שתופס הנושה שלא ברשות – אינו קנוי לו. שנית, כפי שאמרנו בפסקה 8 (א), יש דעה המחייבת מלווה על המשכון באחריות עליו כנגד ערך החוב, משום שרואים כאילו התחייב בעת מתן המשכון: "אם יאבד המשכון או ייגנב, אפסיד את חובי"; ואילו כשנושה תופס נכס משל החייב, אין זה סביר לראותו כאילו הוא מקבל על עצמו התחייבות כזאת.

מכל מקום, לפי הדעה שראינו לעיל, שמלווה אחראי כשומר שכר על המשכון משום שנהנה "פרוטה דרב יוסף" מן המצווה שהוא עושה בהלוואה ובטיפול במשכון, הרי אף אם תפס המלווה את הנכס שלא ברשות, יש בהחזקתו מצווה, שבעקבותיה נוצרות פרוטה דרב יוסף ואחריות שומר שכר³¹⁰. ולא זו בלבד, אלא גם אם תפס אדם שלישי נכס של החייב בעבור הנושה, חלה עליו אחריות שומר שכר מכוח פרוטה דרב יוסף, משום שחלה עליו חובת הטיפול בנכס, מאחר שאין ללווה גישה לנכס לטפל בו, וזוהי מצווה המוטלת על התופס³¹¹.

יתר על כן: יש לנושה בנידוננו הנאה אחרת שמחמתה הוא שומר שכר על הנכס, גם לפי הדעה שאינה מחייבת מלווה רגיל על משכון כשומר שכר מכוח פרוטה דרב יוסף. הכוונה היא לטובת ההנאה שיש לו ממה שהנכס משמש ביטחון לגביית חובו³¹². הנאה זו אינה קיימת במלווה שקיבל משכון בעת ההלוואה, מכיוון שהיה יותר טוב מבחינת בטחון כספו אילו לא הלווה כלל, ואם כן, העסקה הכוללת הלוואה וקבלת משכון אינה מסיבה לו הנאה בתור דרך להבטחת כספו. כך הסברנו בפסקה 8 (א). לעומת זאת, כאן, שהמלווה תפס את הנכס מן הלווה לאחר שכבר הלווה, כך שלא הייתה לו הבקרה להשאיר את כספו אצלו, יש לו הנאה מהחזקת הנכס אצלו כביטחון לכסף. בכך דומה מקרה זה למקרה של מלווה שנטל משכון (ברשות) לאחר מתן ההלוואה, שגם לגביו ראינו, בפסקה 8 (ב), שהוא שומר שכר מכוח הנאה זו. אולם שם ראינו, שיש אומרים שההחזקה כביטחון אינה נחשבת שם הנאה, כיוון שסוף כל סוף היה עדיף למלווה אילו מעולם לא נתן את ההלוואה. לשיטה זו, אף כאן אין המלווה נחשב שומר שכר על הנכס שתפס מכוח הנאה זו, כיוון שהיה עדיף לו אילו לא הלווה מעולם³¹³.

מקרה מיוחד הוא כששור של ראובן הזיק לשור של שמעון, והשור המזיק היה שור "תם" (היינו בשלוש הפעמים הראשונות), והניזק תפס את השור המזיק. הלכה היא, שכאשר שור "תם" מזיק, בעל השור אינו מחויב לשלם מכיסו את תשלום הנזק, אלא על הניזק לגבות מגוף השור שהזיק, וזה הנכס היחיד שיוכל הניזק לגבות ממנו. מסיבה זו, הניזק שתפס את השור ה"תם" שהזיק נהנה הנאה מיוחדת: אילו לא תפס את השור, הייתה סכנה שבעל השור יחביא אותו, כך שהניזק לא יוכל לגבות בכלל, וכעת שהוא תפס את השור, חלפה סכנה זו. משום כך, הניזק שומר שכר על השור³¹⁴. הנאה זו דומה לזו שקיימת בכל נושה התופס נכס של

³¹⁰ כך למד רח"א מילר בקל וחומר מדברי נתיבות המשפט בהערה הבאה.*

³¹¹ נתיבות המשפט, קה, ס"ק ד (הובא בפתחי חושן, הלכות פיקדון, פרק ב, הערה קא). רח"א מילר העיר שאף על פי שנתבות המשפט קבע שטיפול נחשב מצווה רק אם הוא נובע מהפקדה שתחילתה במצווה, כגון הלוואה (ראה במילואים להערה 108), אפשר לראות כאילו גם אדם זה שתפס עבור המלווה חייב בטיפול מחמת המצווה שעשה המלווה.

³¹² ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק יז; שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קנב.*

³¹³ קצות החושן, עב, ס"ק ו; שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עא.*

³¹⁴ ב"ק לו ע"ב, כפי שנימק רש"י שם, ד"ה יחזיר לבעלים (הובא בש"ך, חו"מ, עב, ס"ק ט וס"ק יז). הדין

הלווה שלא ברשות, אולם כאן ההנאה גדולה יותר, מפני שהסיכון שלו – אילו לא תפס אותו – היה יותר גדול. משום כך, הניזק שומר שכר גם לפי הדעה שהבאנו שקבעה שנושה רגיל התופס נכס מן החייב אינו שומר שכר עליו³¹⁵.

כאשר אנו מדברים כאן על נושה התופס נכס מן החייב בלי רשותו, אנו מתכוונים למצב שתפיסה זו אינה בגדר גזלה. דוגמה לכך: הפקיד החייב נכס אצל הנושה (בלי קשר לחיוב) כדי שישמור אותו בעבורו, כשומר חינום, ובשלב מסוים החליט הנושה להחזיק בנכס כערבון על חובו. זו אינה גזלה, מכיוון שהנכס הגיע לידו בהיתר³¹⁶. דוגמה שנייה: חייב שהבטיח לנושה מראש, שאם לא יפרע לו במועד מסוים, הוא (הנושה) יוכל לקחת ממנו נכס, גם אם אז לא יתן לו (החייב לנושה) רשות ליטלו. כאן, גם אם הנושה נוטל את הנכס תוך מחאות החייב, אין זו גזלה³¹⁷. דוגמה שלישית: ניזק שתפס את השור שהזיק לו – אין זו גזלה מפני שאין איסור לתפוס דבר שמזיק³¹⁸. בכל המקרים הללו, הנושה שומר שכר על הנכס, אבל אינו אחראי על אונס, כשם שכל שומר שכר אינו אחראי על אונס.

לעומת זאת, אם הנושה תופס נכס מן החייב לערבון, באופן שתפיסתו היא גזלה, לפי דעה אחת הוא אחראי גם על אונס, כשם שגולן אחראי על כל מה שקורה לנכס³¹⁹. דעה אחרת אומרת שלעולם אחריותו על הנכס אינה כשל גולן, מפני שהוא לא התכוון לגזול את הנכס אלא ליטלו כפירעון או כערבון על חובו. בכל זאת, גם לדעה זו, מוטלת עליו אחריות חלקית על אונסים, אבל גם זאת לא בתור גולן. סיבת האחריות היא, שאומדים את דעתו של הנושה, שהוא מקבל על עצמו שיפסיד את חובו במקרה שהנכס יאבד או יינזק, גם אם זה יקרה באונס. דבר דומה אמרנו בקשר למלווה הנוטל משכון ברשות³²⁰. אולם שם אמדנו את דעתו שהוא מוכן להפסיד רק אם יאבד הנכס או ייגנב שלא באונס (וגם זאת רק לדעה אחת שם), ואילו כאן אומדים שהוא מוכן להפסיד גם אם יארע אונס. הסיבה להבדל הוא, שכאן הוא יודע שהוא נוהג שלא כשורה בנטילת הנכס בלי רשות, ולכן יש להניח שהוא מוכן לקבל על עצמו אחריות חמורה, גם לאונס. אחריותו זו לאונס מוגבלת, לפי האמור, לחלק מן הנכס השקול לערך החוב, אשר הוא מוכן להפסיד כיוון שאבד הנכס. על יתר הנכס הוא אחראי רק כשומר שכר, מהסיבות שהסברנו לעיל³²¹.

הובא במלחמות ה', שבועות כה ע"א (כדפי הרי"ף), בחידושי הרמב"ן, ב"מ פב ע"א, ובשו"ת דברי משה (זקס), סימן ד, ענף ט. קצות החושן, עב, ס"ק ג, מדגיש שמשום כך הוא שומר שכר על כל השור, גם אם מגיע לו רק חלק מערך השור.*

³¹⁵ קצות החושן, עב, ס"ק ו.

³¹⁶ שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קנב, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, עב, ס"ק ג. הוא כותב שבמקרה זה קנה המלווה את המשכון (ראה ליד ציון הערה 258).

³¹⁷ ש"ך, חו"מ, תא, ס"ק ד.

³¹⁸ ש"ך שם. אולם הים התלמוד, ב"ק לו ע"ב, סבור שהניזק כאן קרוי גולן וחייב באונס, ורק אם תפס ברשות, הוא שומר שכר.

³¹⁹ ש"ך, חו"מ, סימן עב, ס"ק ט, וסימן תא, ס"ק ד (הובא בערוך השולחן, חו"מ, תא, ו); שבות יעקב שם; ערוך השולחן, חו"מ, עב, ו; אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות מלווה ולוה, ג, ד (ד"ה אח"כ), בדעת הרמב"ם. ש"ך, סימן תא, שם, עוסק גם בשאלה האם יהיה חייב באונס משום שהמשכון נקנה לו, לדעה הסוברת כך במשכון באופן כללי (ראה במילואים להערה 259). על אחריות גולן ראה סעיף 1(א), פרק ג. על דברי הש"ך, עיין שו"ת גבול בנימין, סימן לו.

³²⁰ ליד ציון הערה 239.

³²¹ קצות החושן, סימן עב, ס"ק ג, וסימן צו, ס"ק ה.*

שניים (או יותר) שהם שותפים בנכס, והנכס מצוי ברשותו של אחד מהם, הוא אחראי כשומר שכר על חלקו של השותף האחר בנכס³²². הסיבה לכך היא, שבתמורה ישמור השותף האחר על הנכס כולו (כולל את חלקו של הראשון) בהזדמנות אחרת, כשהנכס יהיה ברשותו³²³. היה מקום לומר, שהעובדה שהשותף האחר ישמור בפעם אחרת, אינה נחשבת תמורה על השמירה הנוכחית, משום שהוא (האחר) ישמור או לטובת עצמו, בגלל חלקו בנכס, ולא בגלל חלקו של הראשון, בתמורה לשמירתו של הראשון כעת. אולם למעשה אין אומרים כך³²⁴, מפני שבכל זאת השותף האחר טורח יותר בשמירת כל הנכס מאשר אילו היה שומר רק את חלקו, ותוספת טרחה זו באה בתמורה לשמירת הראשון כעת³²⁵.

אולם הפוסקים נחלקו בשאלה האם תמורה זו מחייבת רק כשהיא מפורשת, או שמא היא מחייבת גם כשאינה מפורשת. דעה אחת אומרת, שבכל מקרה, השותף שהנכס ברשותו הוא שומר שכר על כולו, מפני שמן הסתם ישמור השותף השני על הנכס לאחר מכן, בתמורה לשמירת השותף הראשון כעת³²⁶. גם אם השותף האחר לא הבטיח זאת בעת שהתחיל השותף הראשון לשמור, הוא יוכל לטעון לאחר מכן שהוא התכוון לעשות זאת, לשמור את הנכס אחרי שהראשון יגמור לשמרו³²⁷. רק אם סיכמו ביניהם בפירוש שהשותף האחר לא ישמור בכלל, השותף הראשון הוא שומר חינוס³²⁸. לעומת זאת, יש דעה שלפיה רק אם הסכימו השותפים ביניהם במפורש בתחלת השמירה, שאחד ישמור על הנכס תקופה מסוימת, ולאחר מכן ישמור השותף האחר על הנכס לתקופת זמן מקבילה – רק אז ייחשב השותף הראשון (והשני) שומר שכר³²⁹. אם לא הוסכם כך, יוכל השותף הראשון לטעון: "אילו אמרת במפורש שאתה תשמור לאחר מכן בתמורה לשמירתי, כך שהייתי יודע שאני שומר שכר, לא הייתי מסכים לשמור על הכול אלא רק על החלק שלי, או הייתי נוהר יותר בשמירת הנכס, מפני שאחריות שומר שכר היא חמורה יותר; מאחר ששתקת, חשבתי שלא תשמור בעתיד בתמורה

³²² ב"ב מב ע"ב.*

³²³ רשב"ם, ב"ב מב ע"ב (ד"ה ונעשין). השווה לעיל, ליד ציון הערה 86.

³²⁴ תוספות, ב"ב מג ע"ב (ד"ה דאמר); רשב"ם, ב"ב מג ע"ב (ד"ה אמר); ועליות דרבנו יונה, ב"ב מג ע"ב, הסבירו שהתלמוד בא להוציא מהוה אמינא זו. תוספות הרי"ד, ב"ב שם, הסבירו את ההוה אמינא על יסוד סברה זו מצד אחר: היה מקום לומר שהשותף הראשון שומר בהתנדבות, מפני שהיה מוכן לשמור גם אילו ידע שהשני לא ישמור לאחר, מפני שהוא מעוניין לשמור על חלקו. וראה ליד ציון הערה 46, בדין שומר שכר שאומר שהיה מוכן לוותר על השכר.

³²⁵ נימוקי יוסף, ב"ב כג ע"ב (בדפי הרי"ף).

³²⁶ ר"מ, המובא במרדכי, ב"ב, סימן תקלח; חידושי ר"י קרקושה (בתוך "שיטת הקדמונים"), ב"ב מג ע"ב, בשם בעל התוספות; שו"ת מהר"ם אלשקר, סימן ד; שו"ת עין משפט (מלכי), חו"מ, סימן יב (קט ע"ד), בדעת שו"ת מהרי"ק, שורש קנה; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכג.*

³²⁷ ר"מ שם; ר"י קרקושה שם.*

³²⁸ מהרי"ט שם; שו"ת פני משה, חלק א, סימן נט (קלה ע"ב). כמו כן, שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צו (ד"ה וראיתי), כותב שאם בכל משך השותפות שמר שותף אחד, ולא הייתה לו שום תקווה שחברו ישמור אחריו, הוא שומר חינוס (אלא שלדעתו בכל מקרה בסתם הם שומרי חינוס).

³²⁹ מרדכי שם (דעת עצמו); שלטי הגיבורים, על המרדכי שם, בשם "תוספות שיטה", הובא בדרכי משה, חו"מ, קעו, ס"ק ד (בכינוי "הגהות אלפסי"); שו"ת עין משפט (מלכי), חו"מ, סימן יב (קיא ע"ג).*

לשמירתו, ולכן חשבתי שאני שומר חנינם, וקיבלתי על עצמי רק אחריות של שומר חנינם³³⁰.
הרמ"א³³¹ פסק כדעה זו.

בין הפוסקים המחזיקים בדעה השנייה, נתגלעו חילוקי דעות בשאלה האם בכלל יש על שותף חיוב שמירה אם לא הסכימו ביניהם כאמור על התחלפות בשמירה. יש אומרים שהשותף שהנכס מצוי ברשותו אחראי כשומר חנינם על הנכס³³², מפני שיש להניח שהוא קיבל על עצמו לשמור גם על חלקו של השותף האחר, משום שבהיות הנכס בידו קל בשבילו לשמור על כל הנכס, ואינו רוצה להטריח את השותף האחר לשמור על חלקו. ברם, אחרים אומרים שלשותף שבידו הנכס אין אפילו אחריות כשומר חנינם על חלקו של השותף האחר, אם לא קיבל זאת על עצמו במפורש. בלי הסכמה מפורשת ביניהם, נוצר מצב שבו לפעמים אחד מחזיק בו, ולפעמים אחר מחזיק בו, והתוצאה מזה היא שכל הזמן כל שותף אחראי על חלקו, ועל חלקו בלבד³³³. מאחר שבעת יצירת השותפות (כששניהם קנו יחד את הנכס, או שאחד קנה מחברו חלק בנכס), לא הסכימו על חלוקת זמני שימוש ושמירה, אין שותף אחד יכול להכריח את חברו לאחר מכן להסכים לחלוקת זמנים, מפני שהלה יוכל להשיב שהוא מעדיף לפרק את השותפות, או להשכיר את הנכס לאחר ולהתחלק בדמי השכירות, או שישתמש בו שניהם יחד. משום כך, כאשר אחד מהשותפים לוקח את הנכס לשימוש ולשמירה לבדו, אין הוכחה שהוא מתכוון לשמור על כל הנכס, מפני שייתכן שהוא מתכוון רק לשמור על חלקו, עד שיסכימו על חלוקת הזמנים³³⁴.

מקרה מיוחד לעניין זה של שותף שבידו נכס שלא מתוך הסכם התחלפות, הוא של ניזק שתפס שור "תם", היינו שור שהזיק פחות מארבע פעמים. הלכה היא שאם הזיק שור תם, הניזק נעשה שותף בשור שהזיק, לפי ערך התשלום שעל המזיק לשלם לו. אם הוא תופס את השור מן המזיק, נוצר מצב כמו זה שאנו דנים בו כעת – שותף המחזיק בנכס המשותף, בלא שהוסכם בין השותפים על התחלפות בשמירה. יש אומרים שהניזק אחראי (כשומר שכר – מהסיבה שהסברנו בפסקה 9) על כל השור, גם על חלקו של בעל השור המקורי, המזיק, מכיוון שהשור מצוי ברשותו³³⁵. ברם, אחרים אומרים שאינו אחראי כשומר על חלקו של

³³⁰ מרדכי שם.*

³³¹ רמ"א, חו"מ, קעו, ח.

³³² רמ"א שם; שו"ת שב יעקב, חו"מ, סימן כג; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צג (הובא בשו"ת יש מאין, חלק ב, חו"מ, סימן כה) וסימן צז (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, קעו, ס"ק י; הוא כתב שאף אינו יכול להיפטר בטענת "קים ליי" כש"ך); המהדיר לדרכי משה השלם, חו"מ, קעו, הערה 28, בדעת רשב"ם, ב"ב מג ע"ב; שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן טו.*

³³³ ש"ך, חו"מ, קעו, ס"ק טו. ש"ך שם מעלה אפשרות שגם הגהות אלפסי (בהערה 329) סובר כך.*
³³⁴ נתיבות המשפט, שמו, ס"ק ז (הראשון). בסימן קעו, ס"ק טו, הסביר נתיבות המשפט בקיצור, שאפשר לומר שמה שהכניסו לרשותו לא היה כדי לשמור על כולו, אלא כדי לשמור על חלקו; והשותף האחר היה צריך לבוא לשמור על חלקו.

³³⁵ רש"י, ב"ק לו ע"א (ד"ה שבוק); מלחמות ה', ב"ק יז ע"ב (בדפי הרי"ף), גם בדעת הרי"ף; מאירי, ב"ק לו ע"א; חידושי הראב"ד, ב"ק לו ע"ב; ר' ברוך, המובא בתוספות רבנו פרץ, ב"ק לו ע"ב; פסקי הרי"ף, ב"ק, פרק ד, הלכה א (שפסק שהוא שומר שכר, אף על פי שפסק שהוא שותף); ר"מ מסרקסטה, בשיטה מקובצת, ב"ק לו ע"ב (שפסק שהוא שומר שכר אף על פי שפסק שהוא שותף); שו"ע, חו"מ, תא, ב; ש"ך, חו"מ, תא, ס"ק ד, בדעת לבוש, חו"מ, תא, ב, ובדעת ספר מישורים, נתיב לא, חלק א (שפסקו שהוא שומר שכר אף על פי שפסקו שהוא שותף).*

המזויק³³⁶, מפני שאת זאת לא קיבל על עצמו, והמזיק צריך לשמור על חלקו, כיוון שהוא שותף בו³³⁷. מקרה זה שונה ממקרה רגיל של שותפים. מצד אחד, אפשר לומר שגם לפי הדעה ששותף רגיל חייב כשומר חנם אפילו לא התנו על חלוקת השמירה, הטעם הוא שמניחים שקיבל על עצמו לשמור, כיוון שהוא מעוניין להביא תועלת לשותפו, שהרי הוא מעוניין בשותפות, מה שאינו כן בניזוק זה, שאפשר שהוא לא קיבל על עצמו שמירה כלל, משום שאין לו עניין להביא תועלת לשותפו המזיק, שהרי זו שותפות שנכפתה עליו³³⁸. מצד שני, אפשר לומר ששותף רגיל מן הסתם אינו מקבל על עצמו שמירה על חלקו של חברו, אבל ניזק זה מקבל על עצמו שמירה מכיוון שתפס את הנכס בלי רשות המזיק, לצורך גביית חלקו, ואין לו רשות לעשות זאת בלי שקבל על עצמו שמירה³³⁹.

במקרים אחדים אחראי השותף לשמירת הנכס לכל הדעות, גם אם לא הסכימו ביניהם השותפים על שמירה בהתחלפות. מקרה אחד הוא כשותף אחד נעצר בידי השלטון, כך שרק השותף האחר יכול לשמור. כאן שמירת כל הנכס מוטלת על השותף החופשי, מפני שאינו יכול לטעון כלפי חברו העצור, שיבוא לשמור את חלקו. זאת גם אם סיכמו ביניהם מקודם שדווקא האחר ישמור את הכל³⁴⁰. מקרה אחר הוא של שותפות בכסף. כאן, השותף שבידו הכסף הוא שומר שכר לכל הדעות, משום שהוא מקבל טובת הנאה מכך שהוא רשאי להשתמש בכסף ויוכל לעשות בו רווחים, כיוון שהוא שותף. זאת במקביל למה שראינו באופן כללי בפסקה 5, שכל מי ששומר כסף ורשאי להשתמש בו, הוא שומר שכר מסיבה זו³⁴¹.

לאחר שפירקו השותפים את השותפות, השותף שבידו הנכס אינו אחראי כשומר שכר עליו³⁴², גם אם הם עשו הסכם להתחלף בשמירה. הרי כעת, שבוטלה השותפות, לא ישמור השותף האחר עוד על החפץ, ונמצא שהשותף ששומר כעת לא יקבל תמורה על שמירתו זו. רק אם הוא עדיין באמצע תור השמירה שלו, כגון שהסכימו שכל חודש ישמור אחד מהם,

³³⁶ תוספות, ב"ק דף לו ע"ב, ד"ה כגון, ודף נו ע"ב, ד"ה פשיטא (הובא בדברי משה, ברנשטיין, ב"ק, סימן ח; ר"א"ש, ב"ק, פרק ד, סימן א; רמ"א, חו"מ, תא, ב; ר' יצחק בר שמואל, המובא באור זרוע, ב"ק, סימן קעח; ר"י, המובא באגודה, ב"ק, סימן נ; המאור הגדול, ב"ק יז ע"ב (בדפי הרי"ף), בשם רבנו אפרים; רבנו יונתן מלונגיל, ב"ק דף לו ע"א (במשנה), ודף לו ע"ב (בגמרא); תוספות רבנו פרץ, ב"ק לו ע"ב, בשם ר"י; תוספות הרא"ש, בשיטה מקובצת, ב"ק לו ע"ב, בשם ר' יהודה; ר"ש, בשיטה מקובצת, ב"ק לו ע"ב (והוא ר"ש משאנץ), בשם ר"י; חידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש, ב"ק לו ע"ב; תוספות תלמיד רבנו תם ורבנו אליעזר (ב"שיטת הקדמונים), ב"ק לו ע"ב (שאינו שומר כלל על חלקו של המזיק); ים של שלמה, ב"ק, פרק ד, סימן א; ש"ך, חו"מ, תא, ס"ק ד, בדעת ר"ע מברטנורא, ב"ק ד, א.

³³⁷ ר"ש בשיטה מקובצת שם נימק, שיכול לומר שתפסו רק כדי לשמור את חלקו. תוספות, ר"י באגודה, ור"י בר שמואל באור זרוע שם, נימקו, שעל כל אחד מוטל לשמור על חלקו.

³³⁸ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צג וסימן צז, וחידושי חתם סופר, ב"ב מג ע"א, על פי הרא"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק לו ע"ב; שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן טו; ט"ז, חו"מ, תא, ב, לפי הבנת רח"א מילר.
³³⁹ ש"ך, חו"מ, קעו, ס"ק טז (הובא בשמעתא דרבא, חלק ב, אה"ע"ז, סימן א, עמ' קכב); אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות נזקי ממון, ט, יג. שו"ת עין משפט (מלכי), חו"מ, סימן יב (קי ע"ג), הסביר שניזק שומר שכר מפני שנהנה בזה שהמזיק אינו יכול להסתיר את השור, וחשש זה אינו קיים בשותף רגיל, ולכן יש לומר שהוא שומר רק כדי לשמור על שלו.

³⁴⁰ כסף הקדשים, קעו, ח.

³⁴¹ נתיבות המשפט, קעו, ס"ק יח. הוא מסביר, שאף על פי שהרווחים מהחלק של השותף השני הולכים לשותף השני, מכל מקום השותף ששומר נהנה בכך שהרווחים מהחלק שלו גדולים יותר בזכות העובדה שיש קרן גדולה יותר (עיקרון של ט"ז, יו"ד, קעו, ס"ק ט).

³⁴² שו"ת אבקת רוכל, סימן קסח; שו"ת בני אהרן, סימן עה.

והם באמצע חודש בעל מספר זוגי (אם מונים מתחילת השותפות), השותף ששומר הוא שומר שכר, מפני שתמורת שמירתו זו, חברו שמר בחודש הקודם³⁴³.

11. גבאי צדקה

גבאי צדקה שיש בידו כספי צדקה, או כל אדם השומר כספי צדקה, עושה מצווה בשמירתו זו. משום כך, הוא נהנה "פרוטה דרב יוסף", ולכן מוטלת עליו אחריות כשומר שכר³⁴⁴. המצווה שהוא עושה היא באיסוף הכסף, ובהנחתו במקום שמור בביתו³⁴⁵. אך יש אומרים שלא די בכך כדי ליצור הנאת פרוטה דרב יוסף, משום שלדעתם פרוטה דרב יוסף נוצרת רק אם השומר צריך לטפל בנכס במשך שמירתו, דבר שאינו נחוץ במטבעות³⁴⁶. יש גם עמדת ביניים, הקובעת שגבאי צדקה נהנה מפרוטה דרב יוסף רק אם מתקיימים שני תנאים: התנאי הראשון הוא, שיהיו אלו מטבעות כסף, שעלולים להשחיר, ולכן השומר מחויב לאוורר אותם מדי פעם. טיפול זה במטבעות הוא מצווה, מכיוון שהוא נעשה לצורך כספי צדקה, ומצווה זו יוצרת פרוטה דרב יוסף. לעומת זאת, במטבעות זהב אין חשש להשחרה, ולכן אין מצווה על השומר לטפל בהם, ואין לו הנאת פרוטה דרב יוסף, ולכן אינו שומר שכר. התנאי השני הוא, שטרם נקבע אלו עניים יקבלו את הצדקה, וכמה יקבלו. אם זה המצב, מוטל על השומר לטפל בכספים, כאמור, ולכן הוא שומר שכר מחמת פרוטה דרב יוסף. ברם, אם כבר נקבע אלו עניים יקבלו את הצדקה וכמה יקבל כל אחד, והם יכולים לבוא אל השומר ליטול את שלהם, אינו שומר שכר. מאחר שבעלי הכסף יכולים לבוא וליטול את שלהם, אין חובה על השומר לטפל במטבעות, לדאוג לאוורורם, שהרי העניים יכולים לדאוג לזה בעצמם. לכן הוא אינו נהנה פרוטה דרב יוסף, ואינו שומר שכר³⁴⁷.

אולם כפי שראינו בפרק ב, 5, יש תפיסה שפרוטה דרב יוסף קיימת רק במצווה המוטלת

³⁴³ נתיבות המשפט שם. הוא כותב עוד, שאם השותף המחזיק בנכס הוא זה המייצג את השותפות (שבטלה) כלפי נושה שלהם, הוא שומר שכר, מפני שהוא נהנה בהחזקת הנכס בכך שהוא יכול לפרוע בו את החוב, שאילו לא היה מחזיק, הנושה היה גובה מנכסיו הפרטיים את כל חוב השותפות.

³⁴⁴ תוספות, שבועות מב ע"ב, ד"ה שומר (הובא בחידושי חתם סופר, ב"מ נו ע"ב, ד"ה ע"כ); הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, ב, אות ג; ר"ן על הרי"ף, שבועות כג ע"ב, בדפי הרי"ף (לדעת רב יוסף); רא"ש, שבועות, פרק ו, סימן כד, ותוספות הרא"ש, שבועות מב ע"ב (לפי רב יוסף); ר"מ מסרקסטה, בשיטה מקובצת, ב"ק צג ע"א; שו"ת מהר"י בי רב, סימן נד; ים של שלמה, ב"ק, פרק ח, סימן עא (לפי רב יוסף); שו"ת מהר"ם אלשקר, סימן עא (בלשון "אפשר"); שמחת עולם, שא, ב, בדעת מהר"ם המובא במרדכי, ב"מ, סימן שט; ערוך השולחן, חו"מ, שא, ח (לדעה ששומר אבדה הוא שומר שכר); שו"ת מקור חיים (סגלוביץ), סימן כח; השואל בשו"ת בשמים ראש, סימן קפה; נחמד למראה, חלק א, פאה, פרק א (כג ע"א).

³⁴⁵ עדות ביוסף (נתנון), חלק א, דף נג ע"ב; שו"ת קרית חנה דוד, חלק א, חו"מ, סימן א (קלו ע"א).

³⁴⁶ ר' אפרים נבון, במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יז, ובשו"ת כהונת עולם, סימן נג. כנראה, דעתו היא שאף שבמטבעות כסף דרוש טיפול, כפי שנביא בסמוך, זהו טיפול מועט שלא די בו ליצור פרוטה דרב יוסף. וראה ליד ציוני הערות 226-229, בשאלה האם יש פרוטה דרב יוסף בנכס שאינו דרוש טיפול מרובה; וליד ציוני הערות 234-235, בשאלה האם פרוטה דרב יוסף במשכון היא בשל מצוות ההלוואה או בשל מצות הטיפול.

³⁴⁷ שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן נד (הובא בעטרת מרדכי, זלבוויץ, עמ' עז, בספר שיעורי ב"ק, גרוסמן, סימן כב, אות יד, בשו"ת חושן האפור, חו"מ, סימן לח, ובשו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן מט).

כחובה על אדם פרטי, ושעליו לעשותה בלי קבלת שכר, דוגמת שמירת אבדה (פסקה 7) והלוואה (פסקה 8). לעומת זאת, המצווה שמקיים גבאי צדקה אינה מצווה המוטלת על אדם פרטי, אלא מוטלת על בית הדין למנות מישהו להיות גבאי צדקה, ואותו גבאי רשאי ליטול שכר על עבודתו. משום כך, אין לו פרוטה דרב יוסף, ואינו נעשה שומר שכר על הכסף מטעם זה, לפי תפיסה זו³⁴⁸.

כמו כן, לפי הפוסקים הסבורים ככלל שאין די בפרוטה דרב יוסף ליצור אחריות של שומר שכר, והזכרנו אותם לעיל, בפסקאות 7-8, לעניין שומר אבדה ומלווה על המשכון, אף כאן אין בכך כדי לעשות את שומר הצדקה לשומר שכר³⁴⁹.

יש סיבה אחרת ששומר צדקה יכול להיחשב מחמתה שומר שכר: רשות שימוש בכסף הצדקה. ראינו בפסקה 5, ששומר כסף הרשאי להשתמש בו הוא שומר שכר גם בטרם ישתמש בו, משום שהוא נהנה מכך, שאם יודק לכסף, יוכל להשתמש בכסף זה. אף כאן, אם יש לשומר רשות שימוש בצדקה (לפי הלכות צדקה), הוא שומר שכר מחמת הגנה זו³⁵⁰.

מלבד זה, אם הגבאי מקבל שכר על התעסקותו בגבאות, הוא שומר שכר על הכסף, משום שרואים את השכר גם כשכר על השמירה³⁵¹.

יש להעיר, שחיוב שמירה על כסף של צדקה קיים רק בתנאים מסוימים, כפי שנראה להלן³⁵².

עניין אחר שיש לדון בו לגבי אחריות גבאי צדקה, הוא אחריותו על משכון שהוא לוקח ממי שחייב לתרום כסף לצדקה. בפסקה 8 ראינו את הדעות השונות ואת הדינים השונים באחריות מלווה רגיל על משכון שבידו. ראינו דעה אחת האומרת שהמלווה הוא שומר שכר על המשכון מכוח פרוטה דרב יוסף, כיוון שעשה מצווה במתן ההלוואה ובטיפול במשכון. כנגדה ראינו דעה שאינה מתחשבת בפרוטה דרב יוסף, והקובעת רק שבמקרה של גנבה ואבדה יפסיד המלווה את חובו, וזאת משום שרואים כאילו קיבל המלווה על עצמו: "אם ייגנב או יאבד המשכון, אפסיד את חובי", אך הוא לא יצטרך לשלם ללווה על מה שהמשכון

³⁴⁸ שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן צח, על פי נתיבות המשפט האומר זאת רק לעניין גבאי צדקה השומר משכון (ליד ציון הערה 353).

³⁴⁹ שו"ת מהרי"ק, שורש ו (הובא בשו"ת משפט צדק, חלק א, סימן לג, בשו"ת כהונת עולם, סימן נד, במצוות המלך, מצווה נט – במשנה הלכות, ובשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סימן יא, דף קמד ע"ב); שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן יד; שו"ת פאת נגב, חו"מ, סימן מח, בסופו, בדעת המרדכי; שו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן נט; עטרת מרדכי (זלבוויץ), עמ' עו; שו"ת שם אריה, הוספות, סימן ג; שו"ת מאמר מרדכי (הלברשטט), סימן צב. מהרי"ק, מהר"ם שיק, מהרי"א הלוי, מאמר מרדכי ושם אריה, שם, פסקו שהדין בספק, כדעתם בשומר אבדה.

³⁵⁰ חושן האפוד, שא, ס"ק ג, בשם שו"ת מהרי"ק"ו כתב יד (על פקיד של קופת ר' מאיר בעל הנס), ושו"ת חושן האפוד, חו"מ, סימן לח; השואל בשו"ת חבלים בנעימים, חלק ב, סימן קלה (על המחזיק קופת צדקה בביתו); שו"ת אמרי יושר, חלק ב, סימן קפה; שיעורי ב"ק (גרסמן), סימן כב, אות טו; ר' אפרים נבון, במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יז, ובשו"ת כהונת עולם, סימן נג (כגון שעוד לא הגיע הכסף לידי הגבאי, או שהייתה לאנשי הקהל רשות לשנות את ייעוד הכסף, שאז רשאי הגבאי להשתמש בכסף לעצמו); ר' משה הכהן, בשו"ת כהונת עולם, סימן נד; שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן צח.

³⁵¹ ערוך השולחן, חו"מ, עב, יב. הוא כותב זאת לעניין המשכון (ראה בהמשך) אבל ברור שכך הדין גם בכסף.

³⁵² בסעיף 13, פרק ב, 4.

היה שווה יותר מן החוב. השאלה היא, האם דין גבאי צדקה כדין מלווה רגיל, לכל אחת מן הדעות, או שמא הוא שונה ממנו מסיבה כלשהי?

לעניין הדעה שמתחשבים בפרוטה דרב יוסף, בפשטות גבאי הצדקה הוא שומר שכר על המשכון, מכיוון שיש לו הנאת פרוטה דרב יוסף בגלל המצווה שבהתעסקות במתן צדקה, כפי שאמרנו לעניין שומר כסף של צדקה. אולם, כפי שהזכרנו, יש תפיסה שפרוטה דרב יוסף קיימת רק במצווה שמוטלת כחובה על אדם פרטי, ושעליו לעשותה בלי קבלת שכר. המצווה שמקיים גבאי צדקה אינה מצווה המוטלת על אדם פרטי, והגבאי רשאי ליטול שכר על עבודתו, ולכן אין לו הנאת פרוטה דרב יוסף, ואינו נעשה שומר שכר משום כך על המשכון, לפי תפיסה זו.³⁵³ גם לעניין הדעה שאף בהלוואה אין מתחשבים בפרוטה דרב יוסף, אלא שבמלווה יש נימוק אחר, שהוא כאילו קיבל על עצמו להפסיד את חובו אם יאבד המשכון או ייגנב – גם נימוק זה אינו קיים בגבאי צדקה. גם אם היה גבאי הצדקה אומר כך במפורש, לא הייתה לדבריו משמעות, מפני שאינו יכול למחול למי שחייב צדקה על חובו זה, בזה שקיבל על עצמו שיפסיד את החוב, שהרי אין זה חוב אישי כלפיו, אלא חוב של מצווה כלפי העניים.³⁵⁴ מקרה אחר של גבאי צדקה המחזיק משכון הוא כאשר הלווה כספי צדקה לאחר, וקיבל ממנו משכון על ההלוואה. השאלה המתעוררת כאן היא לגבי מקרה שהוא מלווה את הכסף בריבית, שכן מותר להלוות כספי צדקה בריבית, בתנאים מסוימים. בפסקה 8 (ב) ראינו, שמי שהלווה בריבית (או שמקבל רווחים, בעסקא) הוא שומר שכר על המשכון שבדיו, לכל הדעות, מחמת הנאתו מן הריבית. השאלה היא, האם הדברים אמורים גם לגבי גבאי צדקה זה? נפסק, שוב, שאין גבאי הצדקה שומר שכר, אף במקרה זה. שורש ההבדל בין המקרים הוא, שכאן הריבית הולכת לצדקה ולא לגבאי עצמו. מאחר שהגבאי אינו נהנה מן הריבית, הוא שומר חנם, ולכן אין לחייב אותו לשלם מניסו במקרה של גנבה ואבדה. גם את קופת הצדקה, שהיא נהנית מן הריבית, אין לחייב על הגנבה והאבדה, כיוון שלא היא האחראית למה שקרה, אלא הגבאי אחראי. משום כך, הלווה לא יקבל שיפוי על אבדן משכונו.³⁵⁵

יש מי שאומר, שבמקום שהגבאי מתמנה על ידי תכנים פוליטיים, הוא פטור אף מפשיעה, שמא אם נחייב אותו בשמירה, יימנעו אנשים טובים מלהיות גבאי צדקה. רק אם המינוי נקבע בדרך מכובדת, באופן שהמינוי מעיד על מהימנותו של הממונה, הוא חייב בשמירה, מפני שאין לחשוש שאנשים יימנעו מלהיות גבאי צדקה, שהרי כאן הגבאי המתמנה נהנה בפרסומו כאדם מהימן.³⁵⁶

12. גובה מיסים

שאלה דומה לשל גבאי צדקה היא שאלת האחזיות של גובה מיסים ("נאמן הקהלה") על משכון שהוא קיבל. הכוונה למי שממונה מטעם הקהילה היהודית (בגולה) לגבות את מיסי הממשלה מבני הקהילה עבור הממשלה, ומדובר בשלקח משכון מאחד מבני הקהילה על חובו בתשלום מס. השאלה היא האם הגובה אחראי כשומר שכר על המשכון, מאותן סיבות שמחמתן מלווה

³⁵³ נתיבות המשפט, עב, ס"ק יט. גם ערוך השולחן, חו"מ, עב, יב, כותב שאינו שומר שכר על המשכון.*

³⁵⁴ נתיבות המשפט שם.

³⁵⁵ ים של שלמה, ב"ק, פרק ח, סימן עא (בשם "פסקי ליקוטים"), הובא בשו"ת שער אפרים, סימן קכב (ד"ה ובוודאי); חידושי ר"ע איגר, חו"מ, שא, על ש"ך, ס"ק י.*

³⁵⁶ שו"ת שיבת ציון, סימן צט (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, עב, ס"ק יו).*

הוא שומר שכר על משכון שבידו, כפי שראינו בפסקה 8: א) הנאת פרוטה דרב יוסף, מפני שעשה מצווה בהלוואה; ב) רואים כאילו קיבל על עצמו להפסיד את חובו אם ייגנב המשכון או יאבד.

יש מי שאומר, שגובה המיסים נהנה כאן פרוטה דרב יוסף, מפני שהוא עושה מצווה בעת שהוא מטפל במשכון, שכן זהו טיפול שהחייב אינו יכול לבצע, שהרי אין לחייב רשות גישה לנכס. נמצא, שלפי הדעה המתחשבת בפרוטה דרב יוסף לעניין מלווה רגיל שיש בידו משכון, ואומרת שהוא שומר שכר מחמת כך, גם כאן גובה המיסים הוא שומר שכר מחמת הנאת פרוטה דרב יוסף³⁵⁷. אולם רוב הפוסקים קבעו שאין גובה המיסים שומר שכר על המשכון³⁵⁸, משום שאין כאן מקום אף לאחד מן הנימוקים המחייבים מלווה רגיל כשומר שכר על משכנו. אין כאן הנאת פרוטה דרב יוסף, במה שהוא מטפל בנכס, מפני שרק במלווה רגיל נחשב טיפול זה מצווה, כיוון שחובתו לטפל נובעת ממצווה שעשה – שנתן הלוואה³⁵⁹, מה שאינו כן כאן, שחובת הגובה לטפל אינה נובעת ממצווה שעשה³⁶⁰. אף אין ניתן לומר כאן שרואים כאילו התחייב לבעל הנכס: "אם ייגנב או יאבד המשכון, תופטר מחובך במס"³⁶¹, מפני שהוא אינו הנושה, והוא רק מפקח על כך שכל אחד ישלם את המס, ואין בכוחו למחול על החוב³⁶². במקרים אחדים גובה המיסים בכל זאת אחראי כשומר שכר על המשכון. מקרה אחד הוא כשהוא מקבל שכר על עבודתו. שכר זה מטיל עליו אחריות כשומר שכר על המשכון³⁶³. מקרה אחר הוא, כשמנהג המקום הוא שגובה המיסים אחראי כשומר שכר על המשכון. כאן המנהג קובע, ככלל דיני ממונות³⁶⁴. מאחר שהמנהג הוא כך, הרי כאשר הגובה נכנס

³⁵⁷ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לד (הובא בשו"ת שמן המור, חו"מ, סימן יב, דף צב ע"ב, בשו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן ו, אות א, ובשו"ת שם אריה, הוספות, סימן ג). הוא מסביר שאין חוששים שמא מחמת חיוב זה יימנעו אנשים מלהיות גובי מסים, כפי שחוששים לגבי אפוטרופוס (ראה פסקה 13), מפני שרק באפוטרופוס חוששים לכך, כיוון שתפקידו חשוב מאוד – שמירה על נכסי היתומים מפני בזבזו*.

³⁵⁸ תשובת הרשב"א, המובאת בבית יוסף, חו"מ, עב, מחודש י (ומשם בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן טז, בשו"ת ישמח לב, פרנג"י, חלק ב, חו"מ, סימן מה, דף עח ע"ג, בשו"ת ר"י מפוזנא, סימן פב, בשו"ת שיבת ציון, סימן צט, בשו"ת יפה נוף, חו"מ, סימן סג, בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן ריז, בכנסת הגדולה, חו"מ, מהדורא בתרא, סימן קסג, הגהות הטור, אות קסה, וסימן רצא, הגהות הטור, אות ב); שו"ע, חו"מ, עב, ה (הובא בשו"ת זקן אהרן, וולקין, חלק א, סימן צח); ערוך השולחן, חו"מ, עב, יב. תשובת הרשב"א מופיעה בקיצור בשו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קא*.

³⁵⁹ ראה פסקה 8 (ג).

³⁶⁰ תומים, עב, ס"ק כ; נתיבות המשפט, עב, ס"ק כ; רי"י ויינברג, בשו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן עג, ובשו"ת שארית שמחה, סימן נה (מן הנימוק שהובא בשמו במילואים להערה 110)*.

³⁶¹ סמ"ע, עב, ס"ק כה, הובא בשו"ת שארית שמחה, סימן נה.

³⁶² כך כותב הרשב"א שם; וניתן להסביר בכך מדוע אין אומרים כאן שרואים כאילו קיבל על עצמו להפסיד, מה שהסמ"ע לא הסביר.

³⁶³ נתיבות המשפט, עב, ס"ק יט; ערוך השולחן, חו"מ, עב, יב*.

³⁶⁴ הרשב"א שם; רמ"א, חו"מ, עב, ה; ביאור הגר"א, חו"מ, עב, ס"ק לג; ערוך השולחן, חו"מ, עב, יב (בין להקל ובין להחמיר). שו"ת אמרי יושר, חלק ב, סימן קפה, מצייין ששו"ע, סימן עב, אומר שנאמן הקהל הוא שומר שכר; אולי הוא מתכוון למקרה שיש מנהג כזה.

למשרתו, הוא קיבל על עצמו התחייבות לשלם לפי המנהג³⁶⁵. בנוסף, יש למנהג תוקף של תקנת קהל מחייבת³⁶⁶. רק הש"ך פוסק שאין מנהג זה מחייב, מפני שהוא נגד ההלכה³⁶⁷. חילוקי דעות קיימים לגבי מקרה שכבר פרע הקהל את חובו לממשלה, וכעת הקהל גובה החזר מבני הקהילה. לפי דעה אחת, כאן הגובה אחראי כשומר שכר על משכון שיקח, מפני שכעת הוא ממש כמו מלווה שבידו משכון, שהרי זה חוב שבני הקהילה חייבים לו (כנציג הקהל)³⁶⁸. דעה אחרת היא, שאין בני הקהילה נחשבים כעת חייבים לקהילה, אלא הם עדיין נחשבים חייבים לממשלה, כמו שהיה קודם לכן, והכסף שהקהילה נתנה קודם לכן לממשלה ניתן כהלוואה, ולא כתשלום; ומאחר שזה עדיין חוב כלפי הממשלה, אין הגובה כמו מלווה רגיל שבידו משכון, ואינו שומר שכר³⁶⁹. קיימת גם עמדת ביניים: במקום שתביעת הממשלה היא מן הקהילה ככלל, אזי לאחר שהקהילה פורעת לממשלה, זהו חוב של בני הקהילה לקהילה, ולכן הגובה הוא שומר שכר כמו כל מלווה על המשכון. לעומת זאת, במקום שתביעת הממשלה היא מן האנשים הפרטיים, אלא שהקהילה גובה בעבור הממשלה, אזי פירעון הקהילה לממשלה נחשב רק כהלוואה, והגובה עדיין גובה עבור הממשלה, ואינו שומר שכר³⁷⁰. כאחריות גובה המיסים על משכון שנטל מבני הקהילה, כך אחריותו על כסף שגבה מהם עבור הממשלה. הוא אינו שומר שכר על הכסף, והם יצטרכו לפרוע מחדש את מיסיהם אם ייגנב הכסף או יאבד. הרי על הכסף בוודאי אין הנאת פרוטה דרב יוסף, מפני שלא עשה מצווה בגבייה, ואף אינו מחויב לטפל בכסף. רק במקום שניתנת לגובה רשות להשתמש בכסף, הוא שומר שכר עליו, ככל שומר כסף הרשאי להשתמש בו, כפי שראינו בפסקה³⁷¹.

³⁶⁵ תומים, עב, ס"ק כא; נתיבות המשפט, עב, ס"ק כא. תומים מביא לעניין זה את הדין (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 40) ששומר חנם יכול להתנות להיות כשומר שכר.

³⁶⁶ נתיבות המשפט שם.

³⁶⁷ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לה. אך ראה הערה 370, שחכמת שלמה הבין שלפי הש"ך המנהג משפיע במקרה מסוים.

³⁶⁸ חכמת שלמה, חו"מ, עב, ה; שו"ת שיבת ציון, סימן צט, בשם הש"ך; תומים, עב, ס"ק כא, בדעת הש"ך. התומים הסביר, שאף על פי שאין כאן פרוטה דרב יוסף, מכל מקום הוא שומר שכר בהנאה שהוא מחזיק את הנכס כביטחון על הכסף, שבשונה מהלוואה רגילה שהיה עדיף לו להחזיק את הכסף אצלו (ליד ציון הערה 257), כאן היה הגובה מוכרח תחילה להעביר את הכסף לשלטון, ולכן נהנה עכשו בביטחון לכספו. ³⁶⁹ לבוש, חו"מ, עב, ה (הובא בש"ך שם, ס"ק לג); ערוך השולחן, חו"מ, עב, יב; משא מלך, חלק ב, שער ג, משפט ד. משא מלך מסתמך על הרשב"א שצוין בהערה 358, ומבין שמדובר שם גם במקרה שלנו, שהקהילה כבר שילמה.

³⁷⁰ כסף הקדשים, עב, ה. הוא כותב כך כדי ליישב סתירה בש"ך, שמדבריו בס"ק לג משתמע שהוא מסכים ללבוש, ואילו בס"ק לה אמר ההיפך. מחכמת שלמה עולה שהוא מיישב את הסתירה, שמה שכתב הש"ך בס"ק לה שהוא שומר שכר, הוא כגון שיש מנהג שהוא שומר שכר במקרה זה, ומנהג זה תופס מפני שאינו נוגד כל כך את ההלכה, ורק על מנהג האומר שהוא תמיד שומר שכר, אמר הש"ך (כפי שהבאנו ליד ציון הערה 367), שאינו תופס מפני שהוא נגד ההלכה.

³⁷¹ נתיבות המשפט, עב, ס"ק יט; שו"ת חושן האפוד, חו"מ, סימן לח; ערוך השולחן, חו"מ, עב, יב (שאינו שומר שכר אם אין לו רשות שימוש). גם משא מלך, חלק ז, משפט ב, כותב בשם אורחות חיים, שהנאמן שומר חנם על הכסף. ערוך השולחן כותב שאם יש לו רשות שימוש, חייב באונס; אולי כוונתו למקרה שאכן השתמש. וראה סעיף 1(ד), פרק ב, 1, שיש שרשות השימוש מחייבת באונס גם אם השומר לא השתמש בכסף. וראה לעיל, ליד ציון הערה 347, שנודע ביהודה סובר שיש חובת טיפול במטבעות כסף; אבל שם מדובר שהכסף עשוי להישאר ברשותו זמן רב, ואילו כאן הרי הוא צריך להעביר את כספי המיסים לממשלה בהקדם. עוד יש להעיר, שליד ציון הערה 227 ראינו שיש אומרים שיש פרוטה דרב יוסף בשומר אבדה גם בדבר שאינו צריך טיפול; אבל הנימוקים שם אינם תקפים כאן, כפי שייזכר המעין.

כל האמור הוא לגבי מי שגובה מיסים בעבור הממשלה. לעומת זאת, מי שגובה מיסים בעבור הקהילה עצמה, או בעבור קבוצה מסוימת שהוא שייך אליה, כגון חברה קדישא, הוא שומר שכר. מאחר שמדובר ברכוש הקהילה או הקבוצה, הרי כל בני הקהילה או הקבוצה שותפים בו, וגובה זה, בתור אחד מהם, הוא שומר שכר על הרכוש, כמו שכל שותף שיש בידו רכוש השותפות הוא שומר שכר עליו, שהרי הוא שומר עליו תקופה מסוימת, ואחר כך אדם אחר ישמור על רכוש השותפות³⁷².

סיבה אחרת שמחמתה יכול דין שומר שכר לחול על גובה המיסים (לקהילה או לממשלה), היא הנאתו מפרסומו כאדם נאמן. אם המצב הוא שממנים אדם למשרה זו רק לאחר בדיקת מהימנותו, הוא שומר שכר על הרכוש משום הנאה זו³⁷³. אולם אם המצב הוא, שאין המהימנות מהווה גורם בבחירת נושא המשרה, אלא הבחירה נקבעת על פי שיקולים אחרים, אין הוא שומר שכר בשל כך, שהרי בחירתו אינה מעידה על מהימנותו³⁷⁴.

13. אפוטרופוס על נכסי יתומים

הפוסקים חלוקים בדעותיהם באשר למידת אחריותו של אפוטרופוס על נכסי היתומים שהוא ממונה עליהם. יש להבחין לעניין זה בין שני סוגים של אפוטרופוס. האחד הוא זה שבית דין ממנה אותו לאחר מות האב; והשני הוא זה שאבי היתומים מינה אותו בחייו.

דעת אחת היא, שאם מינהו בית דין, האפוטרופוס שומר שכר על הנכסים, ואם מינהו אבי היתומים, הוא פטור לגמרי³⁷⁵. אם מינהו בית דין, הוא מקבל טובת הנאה מן המינוי, שכן הוא מתפרסם עקב כך כאדם מהימן, שגוף חשוב כמו בית הדין נותן בו אמון, וטובת הנאה זו מטילה עליו אחריות של שומר שכר³⁷⁶. בנוסף, הוא מקבל טובת הנאה של פרוטה דרב יוסף³⁷⁷, מפני שהוא עושה מצווה בטיפול בנכסים, ולכן הוא שומר שכר³⁷⁸. לעומת זאת, אם מינהו אבי היתומים, אין לחייבו כלל, מפני שיש לחשוש שאם נטיל על אפוטרופוסים אחריות כלשהי, אנשים יירתעו מלהסכים לשמש כאפוטרופוס³⁷⁹. לגבי מי שמינהו בית דין, אין חוששים לכך, מפני שמי שבית הדין ממנה אותו מתפרסם כאדם נאמן, והנאה זו תדחה מלב המועמדים

³⁷² שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן טו.

³⁷³ חתם סופר שם; פנים במשפט, עב, ס"ק כא. כמו כן, ר' חיים שכתו, בשו"ת משפט צדק, חלק א, סימן כא, דף פד ע"א (הובא בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן ריו, בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות ב, ובשו"ת חושן האפור, חו"מ, סימן לז). כותב שהממונה על הציבור הוא שומר שכר משום שנהנה מזה שיש לו שררה על הציבור.

³⁷⁴ תשובת הרשב"א (שצוינה בהערה 358), הובא בש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לב, בשו"ת שיבת ציון, סימן צט, בשו"ת שמן המור, חו"מ, סימן יב (צב ע"ב), ובמילי דאבות (יפה), חלק ג, חו"מ, סימן ד.

³⁷⁵ חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"ב וב"מ מב ע"ב; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקצד; חידושי רבנו קרשקש, גיטין נב ע"ב; חידושי הר"ן, גיטין נב ע"ב.

³⁷⁶ חידושי הר"ן, ב"מ שם; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ שם; נימוקי יוסף, ב"מ כד ע"א (בדפי הרי"ף); רבנו קרשקש שם; פרישה, חו"מ, רצ, כו. וראה ליד ציון הערה 111.

³⁷⁷ חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"ב (שהשווה אותו לשומר אבדה); ר"ן על הרי"ף, גיטין כו ע"ב (בדפי הרי"ף), וחידושי הר"ן, גיטין נב ע"ב; מאירי, גיטין נב ע"ב (ברמז); נימוקי יוסף, גיטין נב ע"ב; רבנו קרשקש שם; חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"ב (הובא בשו"ת ישמח לב, פרנג"י, חלק ב, חו"מ, סימן מת, דף עח ע"ב); פני יהושע, גיטין נב ע"ב.

³⁷⁸ ש"ך, חו"מ, סימן עב, ס"ק לד, וסימן רצ, ס"ק כד.

³⁷⁹ מגיד משנה, הלכות נחלות, יא, ה; בית יוסף, חו"מ, רצ, כז.

לאפוטרופוסות את הרתיעה מקבלת אחריות. אבל מי שמינהו אבי היתומים אינו מתפרסם כך, ולכן המועמדים עלולים להירתע מלשמש כאפוטרופוס מחמת האחריות³⁸⁰. דעה אחרת היא, שגם אפוטרופוס שמינהו בית דין פטור לגמרי מאחריות, מפני החשש שאם נטיל עליו אחריות, אנשים יימנעו מלהיות אפוטרופוסים³⁸¹. דעה זו אינה רואה בהנאה שהאפוטרופוס מתפרסם כנאמן (וכל שכן בהנאה המועטת של פרוטה דרב יוסף) הנאה מספקת שתדחה את הרתיעה מלהיכנס לאחריות כזאת. עמדת ביניים נתקבלה להלכה בשולחן ערוך, והיא, שבין אם מינהו בית דין, ובין אם מינהו אבי היתומים, הוא אחראי כשומר חנם³⁸². מצד אחד, אין לחייבו כשומר שכר, מפני שאילו היינו אומרים כך היו אנשים נמנעים מלשמש כאפוטרופוס, מחמת האחריות הגדולה³⁸³. מצד שני, ניתן להשאיר על כנה את אחריותו כשומר חנם, מפני שאחריות כזאת לא תרתיע מועמדים, כיוון שהם מבינים שאחריות זו היא סבירה³⁸⁴, ואנשים מעוניינים במשרה זו בשל המצווה שבה ובשל הפרסום כאדם מהימן³⁸⁵. אם כן, ניתן לומר שמעיקר הדין אפוטרופוס הוא שומר שכר בכל מקרה, לכל הדעות, אלא שתקנו חכמים לצמצם את אחריותו מחשש להרתעת מועמדים, והדעות חלוקות רק באשר להיקפה של תקנה זו. גם לפי הדעה שאפוטרופוס אינו שומר שכר, אם הוסכם במפורש שיתנו לו שכר, הוא שומר שכר³⁸⁶, מפני ששכר טרחתו מתפרש ככולל שכר על השמירה.

14. קונה ומוכר במכר שאינו מוחלט

(א) מתנה או מכר העתידים לחזור יש שאדם נותן לחברו "מתנה על מנת להחזיר" – היינו הוא נותן לו נכס במתנה, כך שהנכס שייך כעת למקבל, אבל המתנה מותנית בכך שהמקבל יחזיר אותו לנותן לאחר זמן קצוב או לאחר תום השימוש. יש דעה ולפיה אחריות המקבל על הנכס היא אחריות של שומר שכר, דהיינו, שאם ייגנב הנכס או יאבד במשך הזמן שהנכס אצלו, הוא חייב לשלם, ואילו אם יקרה לנכס אונס, הוא יהיה פטור מלשלם. מה שעושה אותו לשומר שכר, לדעה זו, הוא טובת ההנאה שהוא מקבל מכך שהנכס שייך לו באופן זמני, והוא יכול להשתמש בו³⁸⁷.

³⁸⁰ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לד.

³⁸¹ ר' חיים כהן, המובא באור זרוע, ב"ק, סימן קפז, בתוספות, ב"ק לט ע"א (ד"ה דאי), באגודה, ב"ק, סימן נד. הוא לא פטר במפורש בשני סוגי האפוטרופוס, אבל כך עולה מסתימת המקורות.*

³⁸² שו"ע, חו"מ, רצ, כ.*

³⁸³ יד המלך (פלומבו), על הרמב"ם, הלכות נחלות, יא, ה; מאורי אור, חלק ו, "בן נון", דף קכ ע"ב, על שו"ע, חו"מ, רצ (כמוסבר בשו"ת דברי שלום, משאש, חו"מ, סימן מח, דף צו ע"א) – מפני שקשה להיזהר מזה; קרני ראם, על מהרש"א, גיטין נב ע"ב, אות ד.*

³⁸⁴ רא"ש, גיטין, פרק ה, סימן ז, ותוספות הרא"ש, גיטין נב ע"ב; תוספות, גיטין נב ע"ב (ד"ה הלכה).

³⁸⁵ תוספות הרא"ש, גיטין נב ע"ב וב"מ מב ע"ב; תוספות רבנו פרץ, ב"ק לט ע"ב; חידושי הרשב"א, ב"ק שם; רבנו ישעיה, בשיטה מקובצת, ב"ק שם; תוספות, גיטין נב ע"ב (ד"ה הלכה) וב"מ מב ע"ב, ד"ה נימא (רק הפרסום); מרדכי, ב"מ, סימן רפח (רק המצווה); מאירי, ב"ק שם (שמתפרסם כאמיד).*

³⁸⁶ מאירי, גיטין נב ע"ב; ר"ש משאש, בשו"ת דברי שלום (משאש), חו"מ, סימן מח (צה ע"א); ר"מ בירדוגו, שם סימן מט. ר"ש משאש נימק, שככלל שכר על עבודה נחשב גם שכר על שמירה – ראה פרק ב, *4.

³⁸⁷ פסקי הרי"ד, סוכה מא ע"ב (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, סימן קפד), כותב שפטור

אך השולחן ערוך פסק שמקבל מתנה על מנת להחזיר אחראי רק כשומר חנם³⁸⁸. לדעתו, אין לראות את הנאת השימוש כטובת הנאה שתיצור אחריות של שומר שכר, מפני שהוא קיבל את זכות השימוש במתנה, ולא כתמורה לשמירה. וגם אם מקבל המתנה ישלם אחר כך על רשות השימוש, אין אומרים שהוא כמו שוכר, האחראי כשומר שכר, מפני שרק מי שמשלם (או שמתחייב לשלם) את שכר השימוש מראש, הוא שוכר³⁸⁹. עוד יש להסביר, שהנאה זו שמפיק המקבל מן הנכס אינה נחשבת הנאה שבאה לו מן הנותן, שהרי כעת זהו נכס שלו, הקנוי לו, והוא מפיק את ההנאה מנכס שלו, ולכן אין הנאה זו יכולה לעשותו שומר שכר³⁹⁰. יש לציין שקיימת דעה שלישית, ולפיה מקבל המתנה נושא באחריות מלאה לכל מה שקורה לנכס, כולל אונס וכולל נזק אגב שימוש בנכס, אף על פי שגם שואל החייב באונס פטור בנזק שבא אגב השימוש, כפי שנראה להלן³⁹¹. נימוקה של דעה זו הוא, שמאחר שהמתנה ניתנה לו על תנאי שיחזיר, הרי אם אינו מחזיר אותה, מכל סיבה שהיא, הוא הפר את התנאי, ונמצא למפרע שזאת לא הייתה מתנה, והנכס היה בידו בפיקדון, וכשהשתמש בו הוא שלח יד בפיקדון, והרי שולח יד אחראי לכל מה שקורה לנכס³⁹². אולם, כאמור, לא נפסקה הלכה כדעה זו. יש שתי סיבות שלא לקבל את העמדה שהמתנה בטלה למפרע ונמצא ששלח יד בפיקדון. ראשית, מאחר שהנותן נתן את הנכס במתנה ולא בהשאלה, יש להניח שהתכוון בתנאו רק שאם הנכס יהיה עדיין קיים בתום הזמן או בתום השימוש, יצטרך המקבל להחזירו, ולא התכוון לומר שאם יקרה משהו לנכס, תתבטל המתנה למפרע³⁹³. אילו התכוון לומר שהמתנה תתבטל למפרע במקרה של אונס, לא היה לו לתת את הנכס במתנה, אלא היה לו לתיתו בהשאלה, ואז היה הלה חייב באונס בתור שואל³⁹⁴. שנית, גם אם נאמר שנתבטלה המתנה למפרע, אין לחייב את המקבל באחריות, מפני שהוא לא נכנס לעסקה על דעת שתהיה מוטלת עליו אחריות שמירה³⁹⁵. אלא שבכל זאת הוא חייב אם פשע, מפני שברור שעל דעת זה נתן

מאונס, מפני שבעל הנכס נתן לו במתנה (ולא בהשאלה) כדי לפטרו מאונס. רא"ש, טוכה, פרק ג, סימן ל, כתב שמטעם זה היינו צריכים לפטרו גם מגנבה ואבדה, אילו לא סברת "הואיל ונהנה מהנה"; ומכאן שלפי הרי"ד הוא שומר שכר. וכך כתבו בדעתו דברי אמת, קונטרס ב (בעניין לאחר שלושים יום), בתחילתו, ור"ע אופמן, מקבציאל י (אלול תשמ"ו), עמ' קכז.

³⁸⁸ שו"ע, חו"מ, רמא, ח (כך הבין אותו באר הגולה שם אות ק). כך גם דעת רשב"ם, ב"ב קלז ע"ב, ד"ה הרי (הובא במגיד משנה, הלכות זכייה ומתנה, ג, י, ובסמ"ע, רמא, ס"ק כא, ומשם הובא בשו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן יד, אות ב); שו"ת דברי רננה, סימן ו (עמ' כב); שער המלך, על הרמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, ג, ו, בדעת ר"ן על הרי"ף, קידושין ב ע"ב, בדפי הרי"ף (שהביא את הרשב"ם); רח"ז חרל"פ, שערי ציון, שנה יב, חוב"ג, סימן כא, בדעת הרי"ד.

³⁸⁹ נתיבות המשפט, רמא, ס"ק ט. אך הוא אומר שמה שהמקבל מתחייב באחריות שומר חנם אף על פי שלא קיבל על עצמו שמירה, הוא משום שנהנה מהחזקת הנכס בידו. רח"א מילר הסביר שכוונתו היא, שבגלל ההנאה הוא מקבל על עצמו שמירה למפרע אם יתברר שהמתנה בטלה, אבל אין זה עושה אותו שומר שכר למפרע, מפני שהשימוש ניתן לו במתנה.

³⁹⁰ קצות החושן (הערה 400) אומר נימוק זה כדי להסביר מדוע קונה לזמן קצוב אינו שומר שכר מחמת הנאת השימוש, ונימוק זה טוב גם כאן.

³⁹¹ בסעיף 4, פרק ב.

³⁹² רא"ש, טוכה, פרק ג, סימן ל (הובא בגן נעול, כפתור ג, פרח כד, אות א). דעתו ודעת רבנו ישעיה (הרי"ד) הובאו בספר מישורים, נתיב טו, חלק ב, ובשו"ת אוריין תליתאי (תאומים). סימן צז.

³⁹³ משנה למלך, הלכות זכייה ומתנה, ג, י, בדעת רבנו ישעיה; שער המלך שם, בדעת בני אהרן, סימן רמא.

³⁹⁴ שער המלך שם.

³⁹⁵ שער המלך שם, בדעת השולחן ערוך.

לו הנותן, שהרי אילו היה הנותן מוכן לפטרו גם אם יפצע, לשם מה התנה עמו שיחזיר, ומה הועיל בכך, הרי המקבל יוכל לפשוט בנכס ולהיפטרו?³⁹⁶

כל זה אמור בשהתנו את המתנה בתנאי מפורש, שיחזיר אותו המקבל אל הנותן. מקרה אחר הוא כשהנותן נתן את הנכס במתנה או במכר לזמן קצוב, ובתום הזמן יחזור הנכס לבעלותו של בעל הנכס הראשון, אך לא התנו תנאי מפורש שיחזיר לו. נפסק, שהקונה נכס לזמן קצוב אחראי עליו אחריות של שומר חנם³⁹⁷. הדין כך אף לדעה שמקבל מתנה על מנת להחזיר חייב באחריות אף לאונס³⁹⁸. ההבדל הוא, שאם הותנתה המתנה בתנאי מפורש שיחזיר, יש מקום לומר שמאחר שלא החזיר (משום שהנכס אבד), נתבטלה המתנה למפרע, והתברר שהנכס היה בידו בשליחות יד או בגזלה; אבל אם לא היה תנאי שיחזיר, המתנה או המכירה קיימות גם אם לא יחזיר³⁹⁹.

מדוע אין אומרים שהקונה לזמן קצוב יהיה שומר שכר בשל הנאתו מהיות הנכס ברשותו, כך שהוא יכול לעשות בו כרצונו? משום שהוא נהנה הנאה זו מנכס הקנוי לו, השייך לו, ולא מבעל הנכס המקורי⁴⁰⁰, כפי שהסברנו לעניין מקבל מתנה על מנת להחזיר, לדעה שאינו שומר שכר. ייתכן שאף לדעה שמקבל מתנה על מנת להחזיר הוא שומר שכר, קונה לזמן קצוב אינו שומר שכר, משום שאין להתחשב בהנאתו מרשות השימוש בנכס, כיוון שהוא שילם בעד רשות זו⁴⁰¹; מה שאין כן במקבל מתנה על מנת להחזיר. אלא שלפי נימוק זה, מקבל מתנה לזמן קצוב יהיה שומר שכר משום רשות השימוש, מאחר שלא שילם בעד קבלת המתנה, ולעניין זה אין חשיבות לעובדה שלא היה תנאי שיחזיר את המתנה⁴⁰².

מקרה אחר, הדומה למתנה על מנת להחזיר, הוא הנותן מתנה על תנאי שיעשה המקבל מעשה מסוים, ואם לא יעשה, תבטל המתנה. כאן יש מקום לומר, שכל הפוסקים יסכימו, שאם לא יקיים המקבל את התנאי, הוא יהיה חייב באונס, מן הנימוק שהסברנו לעניין מתנה על מנת להחזיר: שמאחר שלא התקיים התנאי, בטלה המתנה למפרע, ונמצא ששימושו היה שליחות יד בפיקדון. לעיל הבאנו שתי סיבות לכך שבמתנה על מנת להחזיר נפסק שאין אומרים כך, אולם כאן אין מקום לסיבות אלה. דווקא במתנה על מנת להחזיר אפשר לומר שהתנאי היה רק שאם הנכס בעין יצטרך להחזירו, וכעת שאבד, אין המתנה מתבטלת עקב אי קיום התנאי. לעומת זאת, כאן, שהמתנה הותנתה בתנאי נפרד, התנאי מחייב גם כשהנכס אינו בעין, ואם לא יתקיים התנאי, מתבטלת המתנה למפרע, והמקבל שולח יד, וחייב באונס. כך

³⁹⁶ שער המלך שם. משנה למלך שם כותב רק שהוא שומר חנם (לפי ההנחה שנתבטלה המתנה), מפני שאינו גרוע משומר חנם, מכיוון שנתבטלה המתנה (כוונתו לדברי הר"ן שנביא במילואים).
³⁹⁷ מקורות לכך הבאנו בסעיף 1(א), במילואים להערה 208, ששם הסברנו מדוע בכלל חל עליו דין שמירה. ושם הבאנו גם דעה שאין עליו חיוב שמירה כלל. וראה במילואים להערה 400, שיש אומרים שהוא שומר שכר.

³⁹⁸ הרי הרא"ש מחייב באונס במתנה על מנת להחזיר (ראה הערה 392), ומצד שני הוא סובר שקונה לזמן הוא שומר חנם, כפי שהבאנו בסעיף 1(א) שם.

³⁹⁹ קצות החושן, שמו, ס"ק ו'; בית יעקב, שמו, יח.

⁴⁰⁰ קצות החושן, עב, ס"ק ג'; אהל תורה (קוק), עמ' רסב.

⁴⁰¹ מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן יח. הוא עושה הבחנה זו בין קונה לזמן לבין מקבל מתנה לזמן, אבל אינו תולה זאת בדעה שמקבל מתנה על מנת להחזיר הוא שומר שכר. אך נראה בפשטות, שלפי הדעה שמקבל מתנה על מנת להחזיר הוא שומר חנם, אף מקבל מתנה לזמן קצוב אינו שומר שכר, מפני שגם לעניינינו תקפים הנימוקים שהבאנו ליד ציוני הערות 389 ו-390.

⁴⁰² מחנה אפרים שם.

גם לגבי הסיבה השנייה: דווקא במתנה על מנת להחזיר יש מקום להניח שלא התכוון להיכנס לאחריות באונס, שאילו כן היו הצדדים קוראים לזה השאלה ולא מתנה. כאן, לעומת זאת, הרי לא היו יכולים לקרוא לזה השאלה, שהרי אם יקיים את התנאי, יהיה שלו לעולם; ואם כן, אין כאן הוכחה שלא קיבל על עצמו אחריות לאונס⁴⁰³.

(ב) הועברה הבעלות החוקית אך לא הועבר הנכס בפועל ראינו לעיל⁴⁰⁴ שהפוסקים נחלקו בשאלה, האם מוכר נכס חייב בשמירת הנכס אם הוא נשאר ברשותו לאחר שהועברה הבעלות החוקית בו לקונה על ידי מעשה קניין, כגון הגבהה, קניין סודר וכיוצא בהם. כאן נדון בשאלה האם, לפי הדעה שהמוכר חייב בשמירה, הוא שומר חנם או שומר שכר.

שאלה זו שנויה במחלוקת. יש אומרים שהמוכר שומר שכר⁴⁰⁵, משום שהוא נהנה מעסקת המכר, והנאה זו מהווה שכר גם על שמירת הנכס עד העברתו הפיזית אל הקונה⁴⁰⁶. נוסף על כך, אם טרם קיבל את הכסף תמורת הנכס, החזקת הנכס משמשת עבורו ביטחון לקבלת הכסף, והוא נהנה בכך מהשמירה⁴⁰⁷.

אולם רוב הפוסקים סבורים שהמוכר אינו שומר שכר, אלא הוא שומר חנם⁴⁰⁸. לדעתם אין טובות הנאה שהזכרנו משמעותיות דיין כדי לעשותו שומר שכר.

באשר לעמדת החוק בשאלת אחריותו של מוכר על הנכס בשלבי המעבר, יש להניח שהעניין כפוף להוראות חוק המכר, התשכ"ח-1968. אולם יש התייחסות מעניינת בתחום זה בפרשנות החוק, המשלבת במקרה מסוים דיני שומרים: לדעת זמיר, מוכר שארו את הממכר באמצעי אריזה שסיפק לו הקונה, ואבד הנכס או ניזוק אחרי המסירה ולפני הקבלה, המוכר אחראי על חומרי האריזה כשומר שכר⁴⁰⁹.

⁴⁰³ שער המלך, על הרמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, ג, ו.

⁴⁰⁴ בסעיף 1(א), פרק א, 5 (ב).

⁴⁰⁵ דעה אחת בחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ מז ע"ב (ד"ה והב"א); ספר המקנה, קידושין כו ע"א (ד"ה ומקומו); שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן לה (הובא בשו"ת שמחה לאיש, חו"מ, סימנים ככ"ג, ובספר מורה צדק, צבאח, עניינים, סימן יב), על מקרה שקנה בהגבהה או בשכירות מקום (אך בסוף תשובתו הוא נוקט לשון מסופקת בזה).

⁴⁰⁶ ריטב"א שם; זרע יעקב שם. זרע יעקב כותב שבמקרה שקנאו הקונה על ידי שכירות מקומו, יש סיבה נוספת שהמוכר יהיה שומר שכר: שנהנה בשכר המקום.

⁴⁰⁷ המקנה שם. לאור זה, הוא כותב שהמשכיר נכס, ועשה קניין חליפין, אינו שומר שכר עליו, משום שאינו נהנה מההחזקה כביטחון, מפני ששכירות משתלמת רק בסוף, ואם כן בלאו הכי יצטרך למסור לשוכר את הנכס לפני קבלת שכרו. יש להעיר שלפי הנימוק הקודם, שהוא שומר שכר משום הרווח מן העסקה, אף המשכיר הוא שומר שכר (ראה בשמו בסעיף 11, במילואים להערה 244). יש לציין שזהו דוגמה לחיוב שמירה בנכס של השומר (ראה סעיף 1(א), פרק ד, 2).

⁴⁰⁸ תוספות, עירובין פא ע"ב, ד"ה שמא (שאינו שומר שכר), הובא בשו"ת מהרי"ק, שורש קנג; דעה אחת בספר מישרים, נתיב ט, חלק ד; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מז ע"ב, ד"ה ומה טעם (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ב, סימן יא); תוספות הרא"ש, ב"מ מז ע"ב; דעה שנייה בחידושי הריטב"א הישנים שם; בני חיי, חו"מ, קצה, הגהות הטור, אות ד (הובא בדברי גאונים, כלל פח, סימן א); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן יז; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יא, בדעת תוספות, ב"מ מג ע"א (ד"ה מאי).

⁴⁰⁹ א' זמיר, מכר, פסקה 470.

(ג) מוכר שקיבל את דמי המכר לפני שהועברה הבעלות בנכס מאחר שהלכה היא שאין כסף קונה במיטלטלין⁴¹⁰, ייתכן מצב שקונה מיטלטלין שילם למוכר את דמי המכר, ועדיין לא נקנה לו הנכס. כאן תתעורר השאלה: מהי מידת אחריות המוכר על הכסף? לשאלה זו תהיה נפקות אם לא ייגמר המקח, כגון שאחד הצדדים יחזור בו, כך שה"מוכר" יידרש להחזיר את הכסף ל"קונה"; והשאלה תהיה, האם יופטר המוכר מלשלם אם יאבד הכסף בדרך כלשהי.

לפי דעה אחת, המוכר הוא שומר שכר על הכסף⁴¹¹, מפני שהוא רשאי להשתמש בכסף לצרכיו, שהרי המכר עמד להגיע לידי גמר, וכפי שראינו בפסקה 5, שומר כסף הרשאי להשתמש בו, הוא שומר שכר עליו מפני הנאתו מרשות השימוש⁴¹². לעומת זאת, יש אומרים שהמוכר אינו רשאי להשתמש בכסף, כיוון שטרם נגמר המקח, ולכן אין סיבה שיהיה שומר שכר, והוא שומר חנם⁴¹³.

אולם ההלכה לא נפסקה לא כדעה זו ולא כדעה זו. נפסק, שהמוכר אינו נחשב שומר על הכסף, אלא הוא נחשב לוהה, כיוון שהכסף עומד להיכנס לבעלותו לגמרי. כמו שבהלוואה, הכסף עובר לגמרי לרשותו של הלווה, אלא שעליו להחזיר למלווה סכום זהה, אף כאן נכנס הכסף לגמרי לרשותו של המוכר, אלא שיייתכן שהמוכר לא ייגמר, ואז יצטרך להחזיר לקונה סכום זהה. משום כך, המוכר חייב באונס על הכסף, כלוהה. זאת כל זמן שלא קיבל עליו בבית דין קללת "מי שפרע", המוטלת על מי שחוזר בו ממקח של מיטלטלין לאחר ששולם הכסף⁴¹⁴. אבל לאחר שקיבל על עצמו קללה זו, הוא פטור מאונס⁴¹⁵, משום שאז בטל המכר לגמרי, ובטלה מהכסף תורת מכר, ואין למוכר רשות שימוש בכסף⁴¹⁶.

(ד) מקח טעות

כשנעשה מכר, והתברר שיש מום בנכס, ומשום כך המכר בטל, נוצר מצב שהנכס נשאר ביד ה"קונה" למשך זמן מסוים, בעוד שהוא שייך ל"מוכר". הדעות חלוקות באשר למידת האחריות המוטלת על הקונה על הנכס שבידו, עד שהוא מחזיר אותו.

⁴¹⁰ רמב"ם, הלכות מכירה, ג, א.

⁴¹¹ רא"ש, ב"מ, פרק ד, סימן יג, ותוספות הרא"ש, ב"מ מט ע"א, ד"ה לא (על זמננו, שכולנו כשולחנים ורשאים מן הסתם להשתמש בכסף מופקד – ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 384); תוספות רבנו פרץ, ב"מ מז ע"ב; תוספות, עירובין פא ע"ב (ד"ה שמא), בתירוצם השני (הובא בחידושי הרמב"ן, ב"מ מט ע"א, בשו"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סימן עז, ובחידושי חתם סופר, ב"מ מד ע"א, ד"ה והנה, בשו"ת חסד לאברהם, תאומים, מהדורא קמא, חו"מ, סימן יט, ובשו"ת דבר משה, תאומים, מהדורא תניינא, סימן מא); מרדכי, ב"מ, סימן תלא; הגהות אשרי, ב"מ, פרק ג, סימן כו (הובא בשו"ת פני יצחק, חלק ג, חו"מ, סימן ו, דף כו ע"ג); אגודה, ב"מ, סימן נח; ספר המקנה, קידושין כ ע"ב (ד"ה אי אמרת); פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (קטו ע"א).

⁴¹² רא"ש, תוספות רבנו פרץ, הגהות אשרי, תוספות עירובין, והמקנה – שם.

⁴¹³ תוספות, עירובין פא ע"ב (ד"ה שמא), בתירוצו ראשון; תוספות, ב"מ מג ע"א (ד"ה מאי), בתירוצו ראשון (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ב, סימן יא, בשו"ת ר"י מפונא, סימן פג, ובשו"ת מאורות נתן, שפיגלגלס, סימן עז); תוספות שאנץ, בשיטה מקובצת, ב"מ מז ע"ב, בתירוצו ראשון.*

⁴¹⁴ שו"ע, חו"מ, קצח, טו (הובא בשו"ת ר"י מפונא, סימן פג).

⁴¹⁵ חידושי הרמב"ן, ב"מ מט ע"א; חידושי הרשב"א, ב"מ מט ע"א; חידושי הר"ן, ב"מ מט ע"א; ניוק יוסף, ב"מ כט ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ע שם.*

⁴¹⁶ שיטה מקובצת, ב"מ מט ע"א, בשם "שיטה".*

יש אומרים שהקונה הוא שומר שכר על הנכס⁴¹⁷, משום שהוא נהנה מהחזקת הנכס כביטחון עד שיקבל את כספו חזרה מן המוכר⁴¹⁸. נוסף על כך, אם ירצה, יקיים את המקח על אף המום, אף אם ירצה המוכר לבטל את המקח, והקונה נהנה מאפשרות זו⁴¹⁹. לעומת זאת, יש אומרים שהקונה הוא רק שומר חנם על הנכס⁴²⁰, משום שהם סבורים שאין הנאות אלה חשובות די הצורך כדי לעשותו שומר שכר⁴²¹.

⁴¹⁷ הראב"ד, המובא בחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ מב ע"ב (הובא ע"י ר"י יגל, שם עולם, עמ' 474), וברא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כד, והשגות הראב"ד, הלכות מכירה, טז, ד (מופיע בשינויי נוסחאות, ברמב"ם מהד' פונקל); נתיבות המשפט, רלב, ס"ק ו, בדעת רמב"ם, הלכות מכירה, טז, יא, ובדעת שו"ע, חו"מ, רלב, כב; דרישה, חו"מ, רלב, טו, בדעת הרמב"ם; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יב, והלכות מכירה, דיני אונאה, סימן כה, בדעת רמב"ם, הלכות מכירה, טז, ד; אור שמח, הלכות גנבה, א, יז, בדעת הרמב"ם. תומים, עב, ס"ק כב. כמו כן, הריטב"א והרא"ש נימקו בשם הראב"ד, מפני שכספו הוא באחריות המוכר.⁴¹⁸ תומים הסביר שאף על פי שבמלווה על המשכון אין הנאה זו מועילה לעשותו שומר שכר, מפני שהיה מעדיף שלא להלוות ולא לקבל את המשכון (ראה ליד ציון הערה 257), הרי כאן חשב שאין מום, וקנאו על דעת שאין מום, והיה זקוק לנכס, ונמצא שבעת מסירת הכסף למוכר היה מעוניין בזה לטובתו, ורק אחר כך התברר שהוא רוצה בכסף בחזרה, ולזה הוא נהנה מהביטחון.

⁴¹⁹ נתיבות המשפט, רלב, ס"ק ט, ומקור חיים, תמח, ס"ק ג; דברי משפט, רלב, כא (בדעת הב"ח).⁴²⁰ תוספות, ב"מ מב ע"ב (ד"ה הכא); תוספות רבנו פרץ, ב"מ מב ע"ב; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מב ע"ב (הובא במחנה אפרים, הלכות מכירה שם, בשו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צז, אות לז, ובדברי יחזקאל, סימן נג, אות ה); תומים, עב, ס"ק כב, בדעת הטור; דברי משפט, רלב, יח, בדעת הרא"ש; ביאור הגר"א, חו"מ, רלב, ס"ק כו; נתיבות המשפט, רלב, ס"ק ו, בדעת הרמ"א, ומקור חיים שם.*

⁴²¹ חידושי הריטב"א החדשים שם הסביר שאף על פי שהוא מעכבו כדי לקבל כסף, הוא שומר חנם מפני שזה היה מקח טעות. תומים שם הסביר על פי שיטת הרא"ש (ראה ליד ציון הערה 257), שאין הנאה מההחזקה כביטחון במקום שאין למחזיק רווח מן העסקה.*

סעיף 1(ד)

שואל

1. שמירה ושומרים (ד) השומר נכס כדי להשתמש בו או ליהנות ממנו בלי ליתן תמורה, הוא שואל.

התוכן

פרק ראשון: כללי 131

פרק שני: "כדי להשתמש בו" 132

1. שימוש בפועל ורשות שימוש; שמירה הטפלה לשימוש 132

2. יורשי שואל 137

3. קונה על תנאי 138

(א) כללי 138

(ב) במטרה למכור 139

(ג) במטרה לבדוק לשימוש עצמי 140

(ד) במטרה לתת במתנה 142

פרק שלישי: "או ליהנות ממנו" 143

1. הנאה בלי שימוש 143

2. שימוש בלי הנאה 145

פרק רביעי: "בלי ליתן תמורה" 146

1. כללי 146

2. תמורה משמעותית 147

3. תמורה שאינה משמעותית 151

כללי

סעיף-קטן זה בא להגדיר מיהו שואל, לעניין האמור בסעיף 2(ג), ששואל אחראי על כל נזק שנגרם לנכס. זו ההשלכה היחידה שיש בחוק מהגדרה זו של שואל. כפי שנראה בדיונונו בסעיף 2(ג), גם המשפט העברי מחייב שואל בכל מה שקורה לנכס, אף ב"אונס", מפני שכל ההנאה מן השאילה היא שלו. בדיונונו בסעיף-קטן זה נציג את עמדותיהם של החוקק ושל המשפט העברי בשאלה: מתי שומר קרוי שואל, ואחראי אף ב"אונס", ומתי אינו קרוי שואל, והוא אחראי רק כשומר שכר או כשומר חנם?

החוק מציג שני תנאים בהגדרת שואל: רשות שימוש, ואי מתן תמורה לבעל הנכס. שני התנאים הללו מקובלים על המשפט העברי; בפרקים ב-ג נברר את היקפו של התנאי הראשון, ובפרק ד – את היקפו של התנאי השני.

בחוק השכירות והשאילה, התשל"א-1971, סעיף 26, ניתנת הגדרה מקבילה לשואל: "שאילה היא זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, כשהזכות הוקנתה שלא בתמורה". ההשלכות מן ההגדרה הניתנת שם הן לעניינים המוסדרים בחוק השכירות והשאילה; ושם לא הוסדר עניינה של אחריות השואל על נזק שנגרם לנכס. באותה הגדרה ניתן תנאי שלישי נוסף על השניים שנמנו כאן: "שלא לצמיתות". לתנאי זה נודעת חשיבות לגבי העניינים הנדונים בחוק השכירות והשאילה. המחוקק השמיט כאן תנאי זה. ייתכן שלדעתו אין חשיבות לתנאי זה בכל הנוגע למידת אחריותו של שואל; ייתכן שהוא ראה את ההגבלה הזאת ככלולה בהגבלה שבסעיף 1(א): "שלא מכוח בעלות", שכן זכות הניתנת לצמיתות דומה לזכות בעלות. מכל מקום, במשפט העברי יש חשיבות לתנאי "שלא לצמיתות" גם לעניין אחריות שואל. המשפט העברי מכיר במוסד של "שואל בטוב" – מי שביקש מחברו להשאיל לו חפץ "בטובתו", היינו מרצונו הטוב, בלי הגבלת זמן. שואל כזה אינו חייב להחזיר את החפץ, ונמצא שהוא שואל אותו לצמיתות. רק אם יתקלקל החפץ או יישבר, כך שלא יהיה ראוי לשימוש, יצטרך השואל להחזיר את השברים או את השארית למשאיל, ולא יהיה ראוי לתקן את השברים ולעשות מהם את הכלי מחדש, מפני שהמשאיל הרשה לו להשתמש רק בכלי עצמו. עובדה זו, שהמשאיל אינו רשאי לדרוש את הנכס מן השואל, בשום פרק זמן, פוטרת את השואל מאחריות על נזק או על אבדן שיארעו לנכס. מאחר שאין המשאיל רשאי לדרוש ממנו את הנכס, אין לו (למשאיל) שום זכות בו, ואין לחייב את השואל כלפיו באחריות על הנכס, כיוון שאינו מפסיד מן הנזק שקורה לנכס. השואל חייב לשלם רק את ערך השברים, שהלא יש למשאיל זכות בשברים². נמצאנו למדים, שתנאי לאחריות שואל הוא שהשאילה לא תהיה לצמיתות. אולם תנאי זה אינו מתייחס רק לאחריות המוגברת של שואל – ה"שואל

¹ ב"מ קג ע"א; רמב"ם, הלכות שאילה, א, ח; שו"ע, חו"מ, שמא, ו.

² קצות החושן, סימן שמא, ס"ק ה, וסימן שמו, ס"ק ד (הובא במנחת חינוך, מצווה ס, דף פו ע"ג); נתיבות המשפט, שמא, ס"ק יא; מאירי הלכה (מאן), חלק א, דף ב ע"ב.

בטובו" פטור אף אם יתשלם בשמירת הנכס, מהסיבה שאמרנו, ונמצא שאף אין לו אחריות של שומר חנם.

פרט נוסף שנזכר בהגדרת שואל בחוק השכירות והשאלה, ולא בסעיף-הקטן שלפנינו, הוא: "להחזיק בנכס". לא היה צורך להזכיר פרט זה כאן, משום שבסעיף-קטן זה מדובר ב"שומר", ובסעיף 1(א) נאמר ששומר הוא מחזיק בנכס.

הזכרנו את התנאי בסעיף 1(א): "שלא מכוח בעלות". בהקשר זה יש לציין הבחנה שעושה המשפט העברי לעניין אחריות שואל בשותפים. לכאורה, שותף המשתמש בנכס של השותפות צריך להיות אחראי כשואל על חלקו של השותף האחר, מפני שהוא משתמש בו בלא מתן תמורה. אולם למעשה אין אומרים כך, אלא מניחים שהיה הסכם מכללא בין השותפים, שבשעה שכל שותף משתמש בנכס, יראה כאילו כולו שלו, והרי המשתמש בנכס שלו אינו אחראי כשואל³. במה דברים אמורים? בשותפים רגילים. אבל יש סוג מיוחד של שותפים, שאחד הוא בעל "קניין הגוף" בנכס, והיינו שעצם הנכס הוא שלו, והאחר הוא בעל "קניין פירות", והיינו שהשימוש וכל ההנאה השוטפת מן הנכס הם שלו. בשותפים כאלו, אם בעל קניין הגוף משתמש בנכס, חלה עליו אחריות כשואל כלפי בעל קניין הפירות, מפני שזכות השימוש שייכת לבעל קניין הפירות⁴.

השואל מיוחד לעומת שאר השומרים גם לעניין דרך היצירה של חיוב השמירה שלו, היינו, התנאים שבלעדיהם אין עליו חיוב שמירה כלל (בניגוד לדיונונו כאן – בתנאים שבלעדיהם הוא שומר חנם או שומר שכר). על כך ראה בדיונונו לעיל⁵.

פרק שני

"כדי להשתמש בו"

1. שימוש בפועל ורשות שימוש; שמירה הטפלה לשימוש

לשון החוק "כדי להשתמש בו" מורה שאחריות שואל חלה בעצם זה שהאדם שומר על נכס כדי להשתמש בו, וזאת גם אם לא השתמש בו בפועל. עוד דבר שניתן ללמוד מלשון החוק "כדי להשתמש בו" הוא, שאחריות שואל חלה רק אם מטרתה העיקרית של השמירה היא השימוש, ולא כשהשמירה היא העיקר והשימוש טפל לה. אלא שהחוק לא פירש מה יהיה דינו של שומר כזה, שהמטרה העיקרית של החזקתו בנכס היא שמירתו, והשימוש טפל לה. בשתי נקודות אלה הולך החוק בעקבות המשפט העברי, אלא שהמשפט העברי עוסק בפירוט רב בדינו של שומר שהשימוש אינו עיקר מטרת השמירה. בהמשך נראה שההבדל בין שני סוגי השומרים הללו, לפי המשפט העברי, הוא לגבי דין השומר בטרם השתמש בנכס. לפיכך,

³ חכמת שלמה, חו"מ, קעו, ח. הוא כותב שהוא שומר חנם כמו קונה לזמן קצוב (סעיף 1(א)), פרק א, 5 (ב), שגם הוא אינו אחראי כשומר שכר או כשואל, משום שהוא משתמש בנכס שלו (ראה סעיף 1(ג)), ליד

ציון הערה 400*.

⁴ נתיבות המשפט, שמו, ס"ק ז (השני).

⁵ בסעיף 1(א), פרק א, 5 (א).

דיוננו כאן יהיה סביב השאלה האם די ברשות שימוש כדי להחיל אחריות שואל, או שמא דרוש לשם כך שימוש בפועל. שואל רגיל, ששאל את הנכס כדי להשתמש בו, ובעל הנכס נתן לו רשות מפורשת להשתמש בנכס, חלה עליו אחריות כשואל מיד, גם כשעוד לא השתמש בנכס.⁶ מאחר שמטרת השמירה היא שימוש השומר בנכס, כפי שאמרו הצדדים במפורש בתחילה, הרי ברגע שנכנס הנכס לרשותו רואים כאילו השתמש בו, שהרי לשם כך הוא שאל את הנכס.⁷ כבר מאז, כל ההנאה היא של השואל, כיוון שקיבל אותו בפירוש לשם שימוש, ולכן הוא מתחייב מיד כשואל.⁸ לעומת זאת, אם מטרת השמירה אינה שימוש השומר בנכס, אלא בעל הנכס הפקיד אצלו את הנכס כדי שישמרנו, ואגב כך אמר לו שאם ירצה יוכל להשתמש בו, לא תחול עליו אחריות שואל לפני שישתמש בנכס.⁹ הוא רק שומר שכו, משום שרואים כאילו בעל הנכס אמר לו: "שמור לי את הנכס, ובתמורה לשמירה תוכל להשתמש בו"¹⁰, והוא קיבל את הנכס בתורת שמירה, ולא בתורת שאילה.¹¹

יש אף מקרים שהשתמש בנכס הוא רק שומר חנינם, גם אחרי שהשתמש בו: (א) ראובן שהפקיד בהמה אצל שמעון, על מנת שיעבוד בה ויאכיל אותה – שמעון הוא רק שומר חנינם עליה.¹² מדובר בשבעל הנכס הוא שיזם את ההפקדה, ולא המשתמש, והוא אינו משתמש בהמה בתורת שאילה אלא בתורת שמירה, ולכן אינו שואל, כאמור; ומדובר בשעבודת הבהמה אינה שווה הרבה יותר מן האוכל שהיא אוכלת, כך שלמעשה אינו מקבל שכר עבור השמירה, והוא רק שומר חנינם.¹³ זאת ועוד: כשיזם בעל הבהמה את ההפקדה, התכוון לטובת עצמו, משום שהיה זקוק למי שישמור עליה, אולי משום שהיה צריך ללכת למקום כלשהו, או שלא היה לו במה להאכיל אותה, ואילו לא הסכים שמעון לשמור בחינם, היה צריך למצוא שומר בשכר. נמצא, שבעל הבהמה הרוויח מן העסקה, ואילו השומר לא נהנה כל כך, שהרי עליו להאכיל את הבהמה בכל יום, ואין ודאות שימצא אפשרות לנצל אותה כל יום למלאכה. מאחר שבעל הבהמה נהנה יותר, השומר הוא שומר חנינם.¹⁴

(ב) ראובן שמסר לשמעון בהמה על מנת שירכב עליה לעיר אחרת, וימסור אותה שם לאדם מסוים – שמעון הוא שומר חנינם, ואינו שואל.¹⁵ גם אם היה לשמעון צורך להגיע לאותה

⁶ תוספות, ב"מ מא ע"ב (ד"ה חדא); סמ"ע, רצב, ס"ק טז; ש"ך, חו"מ, סימן עב, ס"ק לא, וסימן שמ, ס"ק ח; שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן כד; תומים, עב, ס"ק יט (כשעשה קניין או כשהסתלק המשאיל – תלוי במחלוקת בסעיף 1(א), פרק א, 3 (ה), האם לאחריות שומר צריך מעשה קניין).

⁷ תוספות שם; שו"ת שמעתתא דרבא, חלק ב, אה"ע, סימן א (עמ' קכא).

⁸ פרישה, חו"מ, רצב, יא, כפי שהסביר אותו רח"א מילר.

⁹ תומים, עב, ס"ק יט; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כח; שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן לו; אבי עזרי, מהדורא ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ז, ו.

¹⁰ מחנה אפרים שם.

¹¹ אבי עזרי שם. להרחבת ההסבר, ראה ליד ציון הערה 28.

¹² תשב"ץ, חלק ג, סימן רסא.

¹³ שו"ת באר מרדכי (פרהנד), סימן ה. אך רח"א מילר סבור שלפי חסד לאברהם, ליד ציון הערה 17, הוא שומר חנינם גם אם העבודה שווה הרבה יותר, מפני שהנאת שמעון היא בגדר "זה נהנה וזה לא חסר", מכיוון שראובן שמר לצורך עצמו.

¹⁴ שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (צז ע"א).

¹⁵ שו"ת הרשב"ש, סימן שצא, כתב שיש אפשרות שיהיה כאן ויכוח עובדתי האם היה שומר או שואל, כלומר, ויכוח האם אמרו מראש שיחשב שואל; ומשמע מזה שאם לא אמרו כך, אינו שואל. בתחילה נקט שפטור

עיר, כך שנהנה מן הבהמה, הוא רק שומר חנינם¹⁶. הסיבה לכך היא, שבכל שאילה, בעל הנכס אינו מעוניין בהשאלה, ואדרבה, הוא חושש שמתוך שיצא הנכס מרשותו, הוא יינזק, אלא הוא עושה זאת כחסד לשואל; ולכן יש על השואל אחריות חמורה (וכך גם בשוכר). כאן, לעומת זאת, שמעון לא בא אל ראובן לבקש ממנו את הבהמה לצרכו, אלא ראובן ביקש ממנו שיקח אותה לעיר האחרת, לצורך עצמו, והוא הרוויח מהסכמת שמעון, שחסכה לו את הצורך לשלם למישהו לקחת עבורו את הבהמה לשם, ואילו הנאת שמעון היא בגדר "זה נהנה וזה לא חסר"; ולכן הוא שומר חנינם¹⁷.

נחלקו הדעות לגבי שומר שהתחיל את שמירתו כשומר רגיל, בלי רשות שימוש בנכס, ולאחר זמן מסוים קיבל רשות שימוש. יש מי שאומר, שמאחר שקיבל רשות מפורשת, הוא מתחייב מיד כשואל, אף על פי שבתחילה הייתה עליו אחריות קטנה יותר¹⁸. כפי שראינו לעיל¹⁹, אחריות שואל חלה עליו כשהוא עושה "מעשה קניין" בנכס גם בלי שישתמש בו; ובנידוננו, מאחר שהנכס מצוי ברשותו של השומר, רשותו קונה לו את הנכס, והקניין מחיל עליו אחריות שואל, גם בלי שישתמש בנכס²⁰. אבל צריך שהוא יסכים לקבל את רשות השימוש, ולפחות ישתוק, ששתיקתו תעיד על הסכמתו²¹. אבל אם הוא מוחה, ואינו רוצה לקבל אותה, לא תחול עליו אחריות של שואל נגד רצונו²². תנאי נוסף הוא, שיאמר בעל הנכס שהוא נותן לשומר את רשות השימוש בחנינם. אבל אם אמר באופן סתמי שהוא נותן לו רשות שימוש, מפרשים שהוא מתכוון לשימוש תמורת דמי שכירות, שכן סתם אדם אינו נותן דברים לאחרים בחנינם, והשומר הוא שוכר ולא שואל²³.

אולם דעה אחרת היא, שכאן השימוש נחשב טפל לשמירה, והשמירה היא המטרה העיקרית, מפני שבשעת ההפקדה היא הייתה המטרה היחידה; ומאחר שבעל הנכס נהנה מן העובדה שהשומר שומר בעבורו את הנכס, אין כל ההנאה של השומר בלבד, ולכן אינו שואל, גם אחרי שהשתמש בנכס²⁴. כנגד זה, אפשר שהדעה הראשונה סבורה, שעם מתן רשות השימוש,

משום ששומר כדרך השומרים, ואינו צריך להיות יושב ומשמר, ומשמע מכך שהוא שומר חנינם (אם לא התנו מראש שיהיה שואל), שאילו שומר שכר צריך להיות יושב ומשמר (ראה סעיף 2(ב), ליד ציון הערה 29).

¹⁶ שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (צו ע"א).

¹⁷ חסד לאברהם שם. הוא מוצא סיבות אחדות להבדיל בין מקרים אלו לבין שומר כסף שיש לו רשות שימוש, שהוא נחשב שואל אם השתמש (להלן ליד ציון הערה 29), אף על פי שנקטו הצדדים לשון "פיקדון", ואף על פי שההפקדה הייתה לטובת בעל הכסף: א) שם חייב באונס משום שאינו מפסיד מזונות, מה שאינו כן כאן; ב) שם הרווח ברור, מפני שיש סיכוי טוב שיוכל להרוויח בכסף, אבל במקרה של התשב"ץ, אין ודאות שיוכל לנצל את הבהמה למלאכה; ג) שם זה כסף, שאינו חוזר בעין, ולכן זה כהלוואה (ראה במילואים להערה 9, בשם התומים), ואילו התשב"ץ והרשב"ש עסקו בבהמה, החוזרת בעין. על הסברה שבפנים ראה במילואים להערה 113.

¹⁸ ש"ך, חו"מ, סימן עב, ס"ק לא, וסימן שמ, ס"ק ח (הובא בחידושי ר"ע איגר, חו"מ, רסז, על סמ"ע, ס"ק לח); שו"ת דברי משה (זקס), סימן ה, ענף ח. דברי חיים, דיני שומרים, סימן ט, מעיר שגם מש"ך, חו"מ, רצב, ס"ק א, עולה שמי ששואל אחרי ההפקדה חייב באונס.

¹⁹ בסעיף 1(א), פרק א, 5 (א).

²⁰ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לא.

²¹ שו"ת קול בן לוי, סימן ד (מו ע"ד – מז ע"א), נדפס בשינויים קלים בשו"ת משאת משה (ישראל), חלק א, אהע"ז, סימן ג (קז ע"א).

²² נתיבות המשפט, עב, ס"ק יח.

²³ נתיבות המשפט שם.

²⁴ מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כח; שו"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א (דף ג ע"ג).

מסתיימת עסקת השמירה, ומתחילה עסקת שאילה רגילה, שבה השימוש עיקר והשמירה טפלה²⁵; ובכך שונה מקרה זה מן המקרה דלעיל, שהפקיד אצלו לשמור ובו בזמן נתן רשות שימוש בדרך אגב, שאז ניכר שהשימוש טפל לשמירה.

סוג מיוחד של הפקדה שבה השימוש טפל לשמירה הוא, כשלא התיר בעל הנכס לשומר בפירוש להשתמש בנכס, אלא שאנו משערים שהוא מתיר זאת. המקרה העיקרי מסוג זה הנידון במקורות הוא של שומר כסף. לעיל²⁶ ראינו באלו תנאים רשאי שומר כסף להניח שבעל הכסף מתיר לו את השימוש מכללא. ובכך, בהפקדה כזאת, אף על פי שניתן להבין שבעל הנכס מתיר לו את השימוש, לא תחול עליו אחריות כשואל כל זמן שלא ינצל רשות זו וישתמש בנכס²⁷, כמו במקרה דלעיל, של רשות מפורשת כשהשימוש טפל לשמירה. מאחר שהמטרה המוצהרת כאן היא שמירת הנכס, הרי על אף שיש לו רשות שימוש, אין הוכחה שבדעתו להשתמש, ולכן אי אפשר להחיל עליו חיוב שואל, ורק כשישתמש, ברור שהוא מתכוון להיות שואל, ויחוב בהתאם לכך²⁸. אך אם הוא השתמש בנכס, הוא חייב באונס²⁹, גם אם סיים את השימוש בו, והחזיר אותו למקום שהיה מונח בו (בביתו)³⁰, מכיוון שהוא כבר נהנה מן הנכס, ומצפה ליהנות ממנו עוד³¹. יש אומרים, שדי שישתמש רק בחלק מן הנכס, כגון שומר כסף (באופן שמניחים שבעל הכסף מתיר לשומר להשתמש בו), שהשתמש בפרוטה מן הסכום, והוא כבר נחשב שואל על כל הנכס-הסכום עקב הנאה זו; ואפילו יחזיר את מה שהשתמש בו למקומו, עדיין הוא אחראי כשואל על הכול³². אולם אחרים סבורים שאם השתמש רק בחלק מן הנכס, נתחייב באונס רק על אותו חלק, ולא על השאר³³.

²⁵ יריעות שלמה שם (ג ע"ד), בדעת הש"ך.

²⁶ בסעיף 1(א), פרק ד, 3.

²⁷ רבנו חננאל, ב"מ מג ע"א; רי"ף, ב"מ כד ע"ב (בדפי הרי"ף), הובא בסמ"ג, עשה פח; רמב"ם, הלכות שאילה, ז, ז; מגיד משנה, על הרמב"ם שם, בשם רב האי גאון; ספר מישורים, נתיב ל, חלק ב; חידושי הרשב"א, ב"מ מג ע"א; מרדכי, ב"מ, סימן רצה; רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כו, ותוספות הרא"ש, ב"מ כט ע"א; יד רמה, ב"ב, פרק ה, סימן קכא; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תשעח; אגודה, ב"מ, סימן נח; אור זרוע, ב"מ, סימן פא; פסקי הרי"ד, ב"מ מג ע"א; פסקי הרי"א, ז, ב"מ, פרק ג, הלכה ח, אות ג; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מג ע"א; חידושי ה"ר"ן, ב"מ דף כט ע"א ודף מג ע"א; טור, חו"מ, רצב, יא; שו"ע, חו"מ, רצב, ז.

²⁸ פרישה, חו"מ, רצב, יא, כפי שהסביר אותו רח"א מילר; הפלאת שבועות, חלק א, סימן מא, ס"ק ז; דרכי דוד, ב"מ מא ע"ב; מעייני החכמה, ב"מ מג ע"א, אות קלב.

²⁹ רי"ף, ב"מ כד ע"ב (בדפי הרי"ף), בשם רב האי גאון (שהופך להלוואה); פסקי הרי"א, ז, ב"מ, פרק ג, הלכה ח, אות ג (כלוה); שו"ת מהר"ם חלאוה (=שו"ת הריב"ש המיוחסות [החדשות]), סימן כג; תשב"ץ, חלק א, סימן קנב (הובא בשו"ת פני יצחק, אבולפיה, חלק ג, חו"מ, סימן ו, דף כו ע"ד); אור זרוע, ב"מ, סימן קלו, בשם הראב"ה; מאירי, ב"מ מג ע"א (כלוה); מרדכי, ב"מ, סימן רצה (כשואל); יד המלך (פלומבו), על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, כה, ט (כלוה); שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק ב, סימן קכג; שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (דף צו – כלוה), וסימן כו; שו"ת ר"ש איגר, חו"מ, סימן כב (עמ' רו); שו"ת הרד"ם, חו"מ, סימן ו.

³⁰ רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כו (הובא בשו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן לג, ובשו"ת זרע יעקב, נאים, סימן כד); טור וספר מישורים שם; שו"ע שם (הובא בשו"ת משפטים צדיקים, חלק א, סימן ד, ובשו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ל); שו"ת לב מבין (בירדוגו), חו"מ, סימן רה.

³¹ הרא"ש שם.

³² נתיבות המשפט, רצב, ס"ק י (אף על פי שאין לחייבו כלוה על השאר), הובא בפתחי שערים, ב"מ צו ע"א; חידושי הפלאה, חו"מ, רצב, ו.

³³ שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קמה; שו"ת יורו משפטיך ליעקב, סימן קכו; שו"ת עדות ביהוסף, חלק א,

יש מקרה חריג של שומר שיש לו רשות שימוש רק מכללא, ואף על פי כן הוא אחראי על הנכס כשואל עוד לפני שהוא משתמש בו. זהו שומר אבדה, שמכר את האבדה משום שהוצאות לטיפול בה היו רבות מדי³⁴, וכעת הוא שומר על הכסף שקיבל תמורת האבדה. מותר לו להשתמש בכסף זה, ורשות שימוש זו מטילה עליו אחריות כשואל על הכסף, גם בטרם השתמש בו, אף על פי שלא קיבל רשות מפורשת מבעל הכסף להשתמש בו³⁵. יש שני הסברים לייחודו של מקרה זה לעומת שומר כסף רגיל הרשאי להשתמש בו, שאינו שואל לפני השימוש. ההסבר הראשון הוא, שמאחר שגם בלא רשות השימוש, אחריותו של שומר אבדה היא כשומר שכר, כפי שראינו לעיל³⁶, רשות השימוש מחמירה את אחריותו ועושה אותו לשואל³⁷. הסבר שני הוא, שרשות השימוש מסיבה לשומר דמי האבדה טובת הנאה גדולה יותר מלשומר רגיל: שומר רגיל נרתע קצת מלהשתמש בכסף, מכיוון שבכל רגע הוא חושש שמא יבוא בעל הכסף כעת וידרוש ממנו את הכסף. לעומתו, שומר דמי אבדה מרגיש עצמו חופשי להשתמש בכסף כרצונו, מפני שהוא יכול להניח שבעל האבדה לא יבוא עוד זמן רב, שהרי הוא ניסה (מן הסתם) לברר מיהו בעל האבדה, ולא הצליח³⁸.

ברם, יש אומרים שגם שומר כספי תמורת אבדה הוא ככל שומר, ואינו חייב כשואל עד שישתמש בכסף³⁹. דעה זו מתאימה לדעה האומרת שכל שומר אבדה הוא שומר חנם, כפי שהבאנו דעה זו לעיל שם, ולפיה אין להעדיפו (לפי ההסבר הראשון שהצענו כאן) על פני שומר רגיל, אשר רשות השימוש מכללא אינה הופכת אותו לשואל⁴⁰.

סימן ל; ר"ש זרחי, בשו"ת נחלת שמעון, סימן סג, ובתשובתו בשו"ת אפריון דוד, סימן כד (בדעת הרא"ש);

אוצר מפרשי התלמוד, ב"מ מג ע"א, הערה 60, בדעת אמרי מהרש"ח, ב"מ שם.*

³⁴ שו"ע, חו"מ, רסז, כב"כד, מפרט מתי מותר לו למכור.

³⁵ רי"ף, ב"מ טו ע"ב (בדפי הרי"ף), הובא בבית יוסף, חו"מ, רסז, כז (שהוא כשואל); רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, ז (הובא בשו"ת תורת אמת, סימן צג); שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף כט; רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כו (הובא בבית יוסף ובפרישה, חו"מ, רצב, יא, ובסמ"ע, רצב, ס"ק טז); ספר מישורים, נתיב כ, חלק ג; פסקי הרי"ד, ב"מ כט ע"א; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ב, הלכה ו, אות ו (כלוה); חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ כט ע"א; מאירי, ב"ק קיב ע"א וב"מ כח ע"ב (שהוא שואל); אגודה, ב"מ, סימן מא; שו"ע, חו"מ, רסז, כה; שו"ת אסיפת גאוני, סימן כא (ברמז).*

³⁶ בסעיף 1(ג), פרק ג, 7, ראינו שיש דעה כזאת.

³⁷ ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ב, סימן י, בשם ר' יעקב; המאור הגדול, ב"מ טז ע"א (בדפי הרי"ף), בשם רבנו אפרים (והסכים עמו); מגיד משנה, הלכות שאילה, ז, ה; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ כט ע"ב, בשם רבנו אפרים; נימוקי יוסף, ב"מ כד ע"ב (בדפי הרי"ף); חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ כט ע"א, בשם רבנו אפרים (והסכים עמו); פסקי הרי"ד, ב"מ מג ע"א, הובא בקונטרס הראיות לרי"א, ב"מ, פרק ב, ראה יב; ספר העיטור, פיקדון, ליד אות קסא, בשם רבנו אפרים; שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן קכה, בדעת רש"י; סמ"ע, רסז, ס"ק לח; ב"ח, חו"מ, רסז, כד.*

³⁸ הראב"ד, בספר "כתוב שם", ב"מ כט ע"ב, הובא ברא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כו (ומשמ בט"ז, חו"מ, רסז, כה, בשו"ת בני משה, שלטון, סימן סא, דף קטז ע"א, ובשער משפט, עג, ס"ק ב), ובחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ מג ע"א; סמ"ע, רצב, ס"ק טז; מרכבת המשנה, על הרמב"ם שם (שיש לו הנאה משמעותית מרשות השימוש, מפני שהוא יודע שיתכן שלעולם לא יבוא המאבד); שו"ת כרם שלמה (אמריליו), חו"מ, סימן פה (ריח ע"ד), בדעת הרמב"ם.*

³⁹ סמ"ג, עשה עד (קנ"ג ע"ד), הובא בשו"ת, חו"מ, רסז, ס"ק יז; תוספות, שבועות מד ע"א (ד"ה שומר); רא"ש, ב"מ, פרק ב, סימן יז, ושבועות, פרק ו, סימן כט, ותוספות הרא"ש, ב"מ כט ע"א ושבועות מד ע"א; טור, חו"מ, רסז, סעיף כד וסעיף כז (הובא במגן שאול, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות גזלה, יג, יז, דף כה ע"ד); ים של שלמה, ב"ק, פרק ו, סימן ט; סמ"ע, רסז, ס"ק לח, בדעת הרמ"א.*

⁴⁰ תוספות, רא"ש ותוספות הרא"ש, וים של שלמה — שם; ב"ח, חו"מ, רסז, כד.*

2. יורשי שואל

שואל שמת, והנכס מצוי ברשות יורשיו, הם רשאים להשתמש בו, מפני שהם ירשו את הזכות שהייתה לאביהם להשתמש בנכס⁴¹. אבל רשות שימוש זו אינה מטילה עליהם אחריות כשואלים, להיות חייבים באונס, והם פטורים באונס גם אם השתמשו בפועל בנכס⁴². סיבת הדבר היא, שהם לא ביקשו את הנכס בהשאלה מבעל הנכס, והוא בידם רק מכוח ירושה⁴³, ושואל מתחייב באחריותו החמורה רק אם הוא מבקש מבעל הנכס לשאול את הנכס, שתמורת זה הוא מקבל על עצמו מכללא אחריות שואל⁴⁴.

בכל זאת, חלה על היורשים אחריות כשומר שכר⁴⁵, עקב טובת ההנאה שהם מקבלים מן השימוש בנכס⁴⁶. מסיבה זו הם אחראים כשומרי שכר גם אם לא השתמשו בנכס בפועל, כיוון שיש להם הנאה מעצם הרשות להשתמש⁴⁷.

⁴¹ חידושי הרמב"ן, ב"מ צו ע"ב (הובא בדברי חיים, דיני שומרים, סימן כ), נימק, שהיורש ירש את זכות השימוש של האב, ומה שקיבל האב על עצמו לשמור היה רק למשך חייו, וחיובו זה נפסק כשמת, ונכסיו לא השתעברו לחיוב השמירה. חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צט ע"א, נימק, שיכול היורש להשתמש עד סוף הזמן שנקבע, אף נגד רצון המשאיל, מפני שהשואל קנה את הנכס לכל משך השאילה. כך נימק גם ערוך השולחן, חו"מ, שמב, ב.

⁴² רמב"ם, הלכות שאילה, א, ה; חידושי הראב"ד, ב"ק קיב ע"א; ר' יונתן מלוניל, ב"ק קיב ע"א; חידושי הרשב"א (מהד' הירשור), כתובות לד ע"ב וב"ק קיב ע"א; סמ"ג, עשה צב; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' צה); חידושי רבנו קרשקש, כתובות לד ע"ב; שיטה להר"ן, כתובות לד ע"ב; שיטה ישנה, המובאת בשיטה מקובצת, כתובות לד ע"ב; נימוקי יוסף, ב"מ נה ע"ב (בדפי הרי"ף); חידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש, ב"ק קיב ע"א; מאירי, ב"ק קיב ע"א; טור, חו"מ, שמא, ה; שו"ת מהרי"ק, שורש ו; שו"ע, חו"מ, שמא, ג; שו"ת בני אהרן, סימן לא.

⁴³ חידושי הראב"ד, ב"ק קיב ע"א; נימוקי יוסף, כתובות לד ע"ב; שיטה להר"ן, כתובות לד ע"ב; מאירי, ב"ק קיב ע"א (שאיין חיוב אונס במי שבא מכח השואל); שו"ת עדות ביעקב, סימן כג (נה ע"ד); שו"ת הר צבי, או"ח, הלכות לולב, סימן קיב.

⁴⁴ חידושי הרשב"א (מהד' הירשור), כתובות לד ע"ב, הסביר, מפני שלא קיבל על עצמו את חוב אביו, ולא התחייב לזה, ובוזה הוא שונה משומר כסף שהוא חייב באונס אם השתמש בכסף שהופקד אצלו (ראה ליד ציון הערה 29), מפני שכאן לא שאל כלום אלא בא מחמת אביו.

⁴⁵ תוספות, כתובות לד ע"ב (ד"ה מתה) וב"מ צו ע"ב (ד"ה אלא); חידושי הראב"ד, ב"ק שם; חידושי הרא"ה, כתובות לד ע"ב; תוספות ר"ש משאנץ, כתובות לד ע"ב, ובשיטה מקובצת, ב"מ צו ע"ב; מרדכי, ב"ק, סימן קמה; רא"ש, ב"ק, פרק י, סימן א (הובא בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ג), ותוספות הרא"ש, כתובות לד ע"ב, וב"מ צו ע"ב; פסקי תוספות, כתובות, סימן קלה (נקט שחייב אם השתמש); חידושי הרשב"א, ב"ק שם; חידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש, ב"ק שם; אגודה, כתובות, סימן לד, ב"ק, סימן קלה, וב"מ, סימן קמה; הגהות מיימוניות, הלכות שאילה, א, ה, אות ה; הגהות אשרי, ב"מ, פרק ח, סימן ד; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צו ע"ב; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ צו ע"ב (ד"ה לוקח); טור ושו"ע שם; מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ב; שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (דף צז); גן נעול, כפתור ג, פרח כד, אות ג (סו ע"ד); שו"ת בני אברהם, חו"מ, סימן נ (לד ע"ב).

⁴⁶ רא"ש ב"ק שם; נימוקי יוסף, ב"ק לט ע"א (בדפי הרי"ף); שו"ת הרי בשמים, חלק ב, סימן קטו; מעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סימן תקט.

⁴⁷ מגיד משנה, הלכות שאילה, א, ה (הובא בשו"ת רוח יעקב, סימן ח, בשו"ת עדות ביעקב, סימן כג, דף נה ע"ד, ובבני אהרן, סימן רצא, דף קמו ע"א); חידושי הרשב"א (מהד' הירשור), כתובות לד ע"ב; חידושי הריטב"א, כתובות לד ע"ב; נימוקי יוסף, ב"ק שם, וכתובות לד ע"ב; חידושי רבנו קרשקש, כתובות לד ע"ב; שיטה להר"ן, כתובות לד ע"ב; שו"ע, חו"מ, שמא, ג; ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן ג; פרישה, חו"מ, שמא, ה, וסמ"ע, שמא, ס"ק ח; ש"ך, חו"מ, שמא, ס"ק ב; שלטי הגיבורים, ב"מ נו ע"ב (בדפי הרי"ף).

אם ירצה בעל הנכס, יוכל לדרוש מן היורשים שיעשו אחת מהשתיים: או לקבל על עצמם אחריות כשואלים, או להחזיר את הנכס (גם אם המצב היה שלא היה יכול לדרוש את הנכס חזרה מן השואל עצמו, כגון שעדיין לא הגיע הזמן שנקבע עמו להחזרת הנכס). אם הציב בפניהם ברה זו, והם לא החזירו לו את הנכס, חלה עליהם אחריות כשואלים, כאילו קיבלו על עצמם אחריות זו במפורש⁴⁸. טעם הדבר הוא, שבעל הנכס השאיל אותו למורישם על דעת שהשואל יהיה חייב באונס, ואין להטיל עליו חובה להתיר את השימוש בנכס למי שלא ישא באחריות כשואל. לכן הוא רשאי לדרוש מהם את הנכס חזרה אם לא יסכימו לקבל על עצמם אחריות כשואלים⁴⁹.

גם כשאין על היורשים אחריות כשואלים, הרי כשמסתיימת תקופת ההשאלה, הם חייבים להחזיר את הנכס למשאיל, אם הוא בעין⁵⁰.

כל זאת אם היורשים ידעו שזהו נכס שאול. ברם, אם לא ידעו שהנכס שאול, אין עליהם אחריות כשומרי שכר על גנבה ואבדה, ואף לא כשומרי חינוך על פשיעה, מפני שאין להטיל אחריות שומר על מי שאינו יודע שהנכס שבידו אינו שלו⁵¹. במצב זה, גם אם הזיקו בפועל לנכס השואל, הם חייבים לשלם רק כערך הנאתם מן הנכס, כפי שפירטנו לעיל⁵² לעניין יורשי שומר רגיל.

3. קונה על תנאי

(א) כללי

בפרק זה נדון באפשרות שתחול אחריות שואל על מי שקונה נכס על תנאי.

דבר מצוי הוא, שחברה המעוניינת למכור מוצר – מציעה ללקוחות בכוח להשתמש במוצר בחינם במשך חודש ימים, כדי לבחון אותו, ולאחר מכן להחליט אם לרכשו או להחזירו. לפי דעתו של חשין, מי שמשתמש בנכס הזה אינו בגדר שואל, משום שהגדרת שואל היא מי שמשתמש "בלי ליתן תמורה" (כפי שנראה בהרחבה בפרק ד), וכאן המוכר מקבל תמורה, בכך שהלקוח מסכים לשקול האם לקנות את המוצר, ולכן הלקוח שבכוח הוא רק שומר שכר⁵³. במשפט העברי נדונים מקרים אחדים שאדם קונה מחברו נכס, ומתנה את המקח בתנאי כלשהו, ולגבי מצבים מסוימים נפסק, שהקונה אחראי כלפי המוכר כשואל למשך הזמן שהנכס

⁴⁸ מאירי, כתובות לד ע"ב, בשם "חכמי ההר"; שיטה ישנה, המובאת בשיטה מקובצת, כתובות לד ע"ב; רא"ש, ב"ק, פרק י, סימן א (הובא בטור, חו"מ, שמא, ה' ו' משם בראש יוסף, חו"מ, עב, כט), בשו"ע, חו"מ, שמא, ג, במשנה למלך, הלכות שאילה, א, ה, בים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן ג, בשלטי הגיבורים, ב"מ נו ע"ב, בדפי הרי"ף, ובמחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן א; פרחי כהונה (קצבורג), כתר כהונה, סימן יט; חוקת משפט, ירושה ועיזבון, פרק ה, אות ז.

⁴⁹ מאירי שם; רא"ש שם.

⁵¹ נתיבות המשפט, שמא, ס"ק ה; לחם משנה, הלכות שאילה, ב, יא (לפי לשון אחת בדברי מגיד משנה שם); שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ג (הובא בשמחת עולם, על הרמב"ם, הלכות שאילה, א, ה); פרי חיים, על הרמב"ם, הלכות שאילה, א, ה.

⁵² בסעיף 1(א), פרק א, 3 (ד).

⁵³ מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 169. אך מ' קורנילדי, יסודות בדיני פיקדון במשפט העברי, עמ' 399, סבור שהנכונות לשקול לקנות אינה נחשבת תמורה שניתנת בעד השימוש. א' זמיר, "מכר", פסקה 450, כותב שקונה שלקח את הנכס להחזקתו לפני המכר כדי לברק, חייב כשומר. בת"א (ת"א) 2652/84 הוד ואח' נ' אנדין בע"מ (לא פורסם), מוצעת הבחנה: אם הלקוח רשאי להשתמש בנכס בתקופת הנסיון, הוא שומר שכר עקב הנאת השימוש, ואם לאו, הוא שומר חינוך, ואין מתחשבים בהנאתו מיכולתו לשקול את הקנייה;

בידו, מחמת הנאתו מן הנכס. הכוונה היא למצבים שאין למוכר הנאה מן העסקה, כך שכל ההנאה היא של הקונה. בפסקאות הבאות נעסוק במקרים אלו. נצביע על כך שיש אף מצבים שהקונה נושא באחריות לנכס בתור קונה, היינו מכוח בעלות, שהיא אחריות חמורה יותר אף מאחריות שואל.

(ב) במטרה למכור

סוג אחד של קונה על תנאי הוא – הקונה נכס מאדם אחד במטרה למכור אותו לאדם שלישי (במחיר גבוה יותר), ומתנה עמו, שאם יצליח למכור את הנכס, ישלם לו את מחירו, ואם לא יצליח, יחזיר לו את הנכס. אם ההסכם היה שכל ההפרש בין המחירים יהיה לקונה, הוא אחראי גם באונס⁵⁴, אם זהו נכס שקונים קופצים עליו⁵⁵. הוא אחראי באונס, מפני שכל ההנאה שלו, שהלא המוכר אינו נהנה מן העסקה כלל: אין לו חלק ברווח, ואת הסכום שהמוכר יקבל מן הקונה הזה, היה יכול להשיג בקלות אצל אדם אחר, שהרי זהו נכס שקופצים עליו קונים⁵⁶. לכן הקונה נחשב שואל, שהגדרתו היא שכל ההנאה שלו⁵⁷. אך אם אין קונים קופצים על הנכס, הקונה אחראי רק כשומר שכר, מפני שאין כל ההנאה שלו⁵⁸. אולם יש אומרים שגם אם אין קונים קופצים, הקונה אחראי גם לאונס⁵⁹. לכל הדעות, אם ההסכם היה שהמוכר והקונה יתחלקו ברווחים, הקונה אינו חייב באונס, משום שאין כל ההנאה שלו⁶⁰, והוא רק שומר שכר, כפי שראינו לעיל⁶¹.

האחריות לאונס חלה כאן על הקונה גם כשהוא הולך למכור את הנכס, וגם כשהוא נכשל בניסיון למכרו, והוא בדרכו להחזיר את הנכס למוכר⁶², מפני שגם כשהוא בדרך חזרה, ייתכן

ואם הלקוח הוא שיום את העסקה, הוא שואל, מפני שאין למוכר "תמורה" משמעותית, שהרי המוכר לא הראה לו שחשוב לו שהלקוח ישקול קנייה (והסתמך על הבחנה דומה במשפט העברי, להלן פסקה (ב)).

⁵⁴ ב"מ פא ע"א; נדרים לא ע"א; רמב"ם, הלכות שלוחין, ב, ח; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ו, הלכה ב, אות ו; טור, חו"מ, קפו, ב; ספר מישרים, נתיב ט, חלק א; שו"ע, חו"מ, קפו, ב; ר"ש לניידו, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ז (קנט ע"ג).

⁵⁵ פסקי תוספות, ב"מ, סימן רפו; תוספות ישנים כתב יד, נדרים לא ע"א; תוספות, ב"מ פא ע"א, ד"ה אתא (הובא בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן ריט, בשו"ת הר המור, סימן מא, בשו"ת בית יהודה, עייאש, חו"מ, סימן סט, בשו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן פא, בשו"ת משפט צדק, חלק א, סימן נו, דף קפו ע"ג, במשנה למלך, על הרמב"ם שם, ובשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז, דף קמה ע"ב); רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן יד, ותוספות הרא"ש, ב"מ פא ע"א (הובא בטור שם); סמ"ג, עשה פב (קנט ע"א); שו"ע שם, בשם "יש אומרים" (הובא בשו"ת חסד לאברהם, אלקלעי, חו"מ, סימן יג, דף ק ע"ד); כנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות בית יוסף, אות ג, בסופו, בדעת ספר מישרים, נתיב ט, חלק א.

⁵⁶ סמ"ע, קפו, ס"ק ה; חסד לאברהם, סימן יג, שם.

⁵⁷ סמ"ג שם; שו"ת דברי ריבות, סימן שלח (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות הטור, אות א); אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות מכירה, ד, יד (ד"ה לכן, הראשון), בדעת הרמב"ם.

⁵⁸ על כך ראה סעיף (ג1), ליד ציון הערה 213.

⁵⁹ יד רמה, ב"ב, פרק ה, סימן קכא (הובא בחסד לאברהם שם); מרכבת המשנה, על הרמב"ם שם, בדעת הרמב"ם; שמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן רכב, בדעת הרמב"ם (שסתם ולא הזכיר תנאי זה); שו"ת משפט צדק, חלק א, סימן נו (קפו ע"ד), בדעת הרמב"ם.

⁶⁰ מאירי, נדרים לא ע"א (במי שמקבל שכר, כלומר שכר טרחה; אך הוא מביא שיש שחייבו גם כאן באונס); שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז, דף קמו ע"ד (שפטור מאונס מפני ששכרו מועט). ראה גם המקורות בסעיף (ג1), הערות 181-187, האומרים שהוא שומר שכר.

⁶¹ בסעיף (ג1), פרק ג, 6.

⁶² ב"מ פא ע"א; נדרים לא ע"ב; רי"ף, ב"מ דף נ ע"ב ודף נו ע"ב (בדפי הרי"ף); רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן יד; הרי"א, טור, מישרים ושו"ע (הערה 54); אגודה, ב"מ, סימן קנג; סמ"ג, עשה פב (דף קנט ע"א).

שימצא קונה, ויוכל ליהנות מן הרווח, כך שעדיין כל ההנאה שלו⁶³. גם אם הודיע למוכר שהוא לא הצליח למכרו, ושכעת הוא בדרכו להחזיר את הנכס, הוא עדיין אחראי כשואל, מפני שלמעשה עדיין יוכל למכרו, גם בדרכו חזרה⁶⁴.

(ג) במטרה לבדוק לשימוש עצמי

סוג שני של קונה על תנאי הוא זה שהזכרנו בפסקה (א): הקונה לצורך עצמו, שמתנה עם המוכר שהוא יבדוק את הנכס לזמן מסוים, ואם ימצא חן בעיניו, הוא ישלם לו, ואם לאו, יחזיר לו אותו. התלמוד⁶⁵ פוסק שהקונה אחראי אף על אונס שיקרה לנכס. לפי הסבר אחד, הסיבה לכך היא שהוא כשואל, משום שכל ההנאה מן העסקה היא שלו, ולמוכר אין הנאה⁶⁶. אף על פי שאינו רשאי להשתמש בנכס עד שיחליט לקנותו, מכל מקום, מאחר שהוא יכול להחליט לקנותו, ואז יוכל להשתמש בו, הרי זה כאילו יש לו רשות שימוש, ודינו כשואל⁶⁷. לפי הסבר אחר, הקונה הזה אחראי לאונס משום שיש לו מעמד של קונה, שרכש בעלות בנכס, ולכן אם ירצה לבטל את המקח, יצטרך להחזיר את הנכס או את ערכו, בלי להתחשב במה שקרה לנכס⁶⁸.

יש תנאים אחדים לכך שתהיה לקונה זה אחריות לאונס. תנאי ראשון הוא, שצריך שהנכס יהיה כזה שקונים קופצים עליו. בנכס כזה – אין הנאה למוכר במכירתו, ולכן כל ההנאה היא לקונה, ומשום כך הוא אחראי לאונס⁶⁹. אבל נכס שאין מצויים לו קונים, והמוכר להוט

דף קסו ע"ג; שו"ת מהר"ם מרטנבורג (דפוס פראג), סימן תשלא (הובא בזכרון דברים, פרחיא, דף סח ע"א); ראב"ן, ב"מ פא ע"א (דף רה ע"א, במהד' עהרנרייך); שו"ת בנימין זאב, סימן תמא (במסקנתו).⁶³ ב"מ ונדרים שם. מאירי, נדרים לא ע"ב, הסביר, שזה עדיין בחזקת מקח. משמע, שלדעתו החיוב כאן הוא מטעם לוקח (ראה במילואים להערה 57).

⁶⁴ נתיבות המשפט, קפו, ס"ק ב.

⁶⁵ ב"ב פז ע"ב; נדרים לא ע"א.

⁶⁶ רשב"ם, ב"ב פח ע"א (ד"ה ה"מ, בהסבר אחד); ריטב"א, על הרי"ף, נדרים י ע"ב (בדפי הרי"ף); רא"ם, בשיטה מקובצת, נדרים לא ע"א; תוספות, ב"ב פז ע"ב (ד"ה הלוקח), בשם הרשב"א (משאנן), הובא בשו"ת אגודות אוזב מדברי, חו"מ, סימן ה.

⁶⁷ רא"ם בשיטה מקובצת שם.

⁶⁸ תוספות שם (הובא בגן נעול, כפתור ג, פרח ז), בשם ר"י ודעת רש"י; יד רמה, ב"ב, פרק ה, סימן קכא (הובא בשו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן טז); שיטה מקובצת, נדרים לא ע"א, בשם "גליון" (מפני שאם ירצה יקנה, ועל דעת זה נטל); רא"ש, ב"ב, פרק ה, סימן כא; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ פ ע"ב (שהוא כשלו ממש); חידושי ר"י קרקושא, ב"ב פח ע"א; עליות דרבנו יונה, ב"ב פח ע"א; חידושי הר"ן, ב"ב דף פז ע"ב ודף פח ע"א, ור"ן על הרי"ף, ע"ז ד ע"ב (בדפי הרי"ף); חידושי הריטב"א, ב"ב פח ע"א (מפני שאם ירצה יהיה שלו אף נגד רצון המוכר); חידושי הרמב"ן, ב"ב דף פז ע"ב ודף פח ע"א; חידושי הרשב"א, ב"ב פח ע"א (מפני שבדעת המוכר להקנותו לגמרי ולכן הוא שלו לגמרי); מאירי, ב"ב פז ע"ב; בית יוסף, חו"מ, ר, יא, בדעת הרמב"ם; כנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות בית יוסף, אות ג, בדעת הרמב"ם (שקנאו בהגבהה וזה כמו שלו); אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות מכירה, ד, יד, בדעת הרמב"ם.

⁶⁹ נדרים לא ע"ב; רי"ף, ב"מ נו ע"ב (בדפי הרי"ף); חידושי הר"י מיגאש, ב"ב פח ע"א; רמב"ם, הלכות מכירה, ד, יד; יד רמה, ב"ב, פרק ה, סימן קכא; רשב"ם, ב"ב פח ע"א; סמ"ג, עשה פב (קנה ע"א); רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן יג; פירוש ר' אברהם אב"ד (ב"שיטת הקדמונים), ב"ב פח ע"א; תוספות, ב"מ פא ע"א; ספר מישרים, נתיב ל, חלק א; אגודה, נדרים, סימן יג; פירוש קדמון, ב"ב פז ע"ב (שחביב ללוקח); אור זרוע, ב"ב, סימן סח; חידושי הרשב"א, ב"ב פח ע"א; מאירי, ב"ב פח ע"א; חידושי הר"ן, ב"ב פח ע"א; בית יוסף, חו"מ, ר, טו; שו"ת בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סימן קג; שו"ת קול בן לוי, סימן ד (מו ע"ג); שו"ת משאת משה (ישראל), חלק א, אהע"ז, סימן ג, דף קז ע"א (מפני שרק אז נכנס לרשותו).

למכור אותו, המוכר נהנה מן העסקה הזאת, ולכן אין הקונה חייב באונס⁷⁰, והנכס אינו באחריות הקונה עד שיקבעו ביניהם מחיר ולאחר מכן יעשו מעשה קניין⁷¹. תנאי שני הוא, שהמחיר של הנכס יהיה קבוע. אם המחיר אינו קבוע, אין הקונה אחראי באונס⁷². טעם הדבר הוא, שרק כשהמחיר קבוע אין למוכר זכות לחזור בו אחרי שנטל הקונה את הנכס, ומאחר שאינו יכול לחזור בו, הנכס עבר לרשות הקונה⁷³; ואילו כשהמחיר אינו קבוע, אין הנכס עובר לרשותו, מאחר שהמוכר רשאי לחזור בו. בהגדרת מחיר קבוע, יש אומרים שדי שיהיה מקובל באותו מקום שמחירו של נכס כזה הוא כך וכך⁷⁴. אך יש אומרים שלא די בכך, אלא תנאי זה מתקיים רק אם קבע מוכר זה בעבר מחיר קבוע לנכס מסוג זה לכל מי שיקנה ממנו⁷⁵. תנאי שלישי הוא, שיעשה הקונה מעשה קניין בנכס. רק כך נכנס הנכס לרשותו, והוא מתחייב באחריות⁷⁶.

כל האמור הוא לגבי אחריות הקונה עד שיוחלט לבטל את העסקה. לגבי אחריות קונה שגילה את דעתו שאינו מעוניין לקנות את הנכס, והלך להחזיר את הנכס למוכר, יש חילוקי דעות. יש הסבורים שעדיין חלה עליו אחריות לאונס⁷⁷, מפני שכשנטל את הנכס מן המוכר במטרה לברר ולקנותו, נתחייב באחריות, ואינו יכול להיפטר מאחריות זו עד שיחזירו למוכר⁷⁸. לעומת זאת, יש פוסקים האומרים שאינו אחראי לאונס, מפני שכעת אינו רוצה שהנכס

⁷⁰ נדרים שם.

⁷¹ רמב"ם שם; סמ"ג שם; פירוש קדמון, ב"ב שם; מאירי, נדרים שם; טור, חו"מ, ר, טז; שו"ע, חו"מ, ר, יא; שו"ת קול בן לוי, סימן ד (מו ע"ג).

⁷² ב"ב פח ע"א; רמב"ם, מאירי נדרים (בשם "רוב המפרשים") וספר מישרים – שם; רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן יג; ר"ן, נדרים לא ע"א; תוספות ישנים "כתב יד", נדרים לא ע"א; ר"א מן ההר, נדרים לא ע"א; רא"ם, בשיטה מקובצת, נדרים לא ע"א; יד רמה, ב"ב, פרק ה, סימן קכא; חידושי הרשב"א, ב"ב פח ע"א; מאירי, ב"ב פח ע"א; רש"י, ב"מ פא ע"א (ד"ה ונאנסו); חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ פ ע"ב; סמ"ג, עשה פב (קנח ע"א); טור, חו"מ, ר, טו; שו"ע, חו"מ, ר, יא; שו"ת קול בן לוי, סימן ד (מו ע"ג); שו"ת משאת משה (ישראל), חלק א, אהע"ז, סימן ג, דף קז ע"א (מפני שרק אז נכנס לרשותו).

⁷³ רמב"ם, טור ושו"ע – שם. הר"ן שם נימק, שרק אם דמיו קצובים, סמכה דעתו, מפני שיכול לקנותו אם ירצה. מאירי בנדרים שם נימק, שאין לראות כאילו המקח כבר נעשה, מפני שאפשר שלא יסכימו על המחיר. המאירי בב"ב נימק, שרק אז דעתו סומכת שיהיה הנכס קנוי לו. כנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות בית יוסף, אות ג, נימק שרק כשדמיו קצובים, אפשר לומר שקנה בהגבהה, שיהיה שלו, ושהמוכר לא יוכל לחזור בו. ⁷⁴ חידושי הר"ן, ב"ב פח ע"א, גם בשם הרא"ה (הובא בשמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן רכב); אור זרוע, ב"ב, סימן סח, וסימן סט בשם ר' יצחק בר מרדכי; רשב"ם, ב"ב פח ע"א (ד"ה והני), הובא בבית יוסף, חו"מ, ר, טו; חידושי ר"י קרקושא, ב"ב פח ע"א; רמב"ם שם, לפי הבנת מגיד משנה על הרמב"ם שם ובית יוסף שם.

⁷⁵ חידושי הרשב"א, ב"ב פח ע"א (הובא במגיד משנה שם); חידושי הרמב"ן, ב"ב פח ע"א (הובא בבית יוסף שם); כנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות בית יוסף, אות ב, בדעת רש"י. חוקות הדיינים, סימן רכב, כותב שמדובר שקבעו מחיר על אותו חפץ.

⁷⁶ רמב"ם, הלכות מכירה, ד, יד; סמ"ג, עשה פב (קנח ע"א); מאירי, נדרים שם (שהגביה על דעת לקנות); רשב"ם, ב"ב פז ע"ב, ד"ה חייב (שהגביה על דעת לקנות); שו"ע, חו"מ, ר, יא.

⁷⁷ טור, חו"מ, ר, טז, בדעת הרא"ש; רשב"ם, ב"ב פז ע"ב, ד"ה חייב (הובא בטור שם, ובשו"ת חסד לאברהם, אלקלעי, חו"מ, סימן כא, דף קכד ע"א); נתיבות המשפט, קפו, ס"ק א, בדעת הרמב"ם; שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז, דף קמו ע"א, בדעת המפרש המובא בחידושי הרמב"ן, ב"ב פז ע"ב, ושם דף קמו ע"ג, בדעת הרמב"ם.

⁷⁸ הרשב"ם שם; פרישה, חו"מ, ר, טז; ר"ש לניידו, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ז (קנט ע"ד); נתיבות המשפט, קפו, ס"ק ב, בדעת הרא"ש.

יהיה ברשותו. פוסקים אלו נחלקו בינם לבין עצמם בקביעת מידת אחריותו. לפי דעה אחת, אחריותו היא כשל שומר חנינם בלבד⁷⁹, משום שהוא אינו מקבל שום טובת הנאה משמירת הנכס, ולכן אין סיבה שיהיה שומר שכר. דעה אחרת אומרת שהוא שומר שכר⁸⁰, מפני שהוא נהנה ממה שיש לו בררה האם לקחת את הנכס או להחזירו⁸¹.

(ד) במטרה לתת במתנה

סוג שלישי של קונה על תנאי הוא הקונה נכס במטרה לתיתו במתנה לאחר (הדוגמה הנקוטה במקורות: לארוסתו), והוא עושה תנאי עם המוכר, שאם תמצא המתנה חן בעיני חברו, מיועד המתנה, הוא יקיים את המקח, ואם לאו, הוא יבטל את המקח, ויחזיר את הנכס. קונה זה אחראי על הנכס אף באונס⁸². גם כאן, כמו בקונה נכס על מנת לכוון, יש המסבירים שהקונה חייב באונס בתורת שואל⁸³, מפני שכל ההנאה שלו ולא של המוכר, ויש המסבירים שהוא חייב באונס בתורת קונה⁸⁴.

כמו במקרה הקודם, גם כאן מדובר בשקבע את המחיר עם המוכר, ולכן הנכס קנוי לו עד שיתברר לו שהוא אינו מוצא חן בעיני חברו. אבל אם לא נקבע מחיר, הקונה אינו חייב באונס⁸⁵, מפני שאין לו סמיכות דעת, כיוון שאינו יודע את המחיר, ולכן אין לראות את הנכס

⁷⁹ יד רמה, ב"ב, פרק ה, סימן קכא, הובא בטור, חו"מ, ר, טז; שו"ע, חו"מ, ר, יא (בלשון "יש אומרים"); ביאור הגר"א, חו"מ, ר, ס"ק לו, בדעת רש"י, ב"מ פא ע"א (ד"ה בחזירה).

⁸⁰ חידושי הרמב"ן, ב"ב פז ע"ב; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ פ ע"ב; אור זרוע, ב"ב, סימן סט, בשם ר' יצחק בר מרדכי; טור שם בשם "יש אומרים"; שו"ע שם בשם "יש אומרים"; נתיבות המשפט, רלב, ס"ק ט; ב"ח, חו"מ, רלב, יט.

⁸¹ סמ"ע, ר, ס"ק לא (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז, דף קמה ע"ג ודף קמט ע"א). בית יוסף, חו"מ, ר, טז, שם הסביר שאף על פי שאין לו הנאה של התפארות, זו הוצרכה רק במקרה של קונה במטרה לתת במתנה (ראה ליד ציון הערה 90), מפני ששם מדובר שהוא משלם על זכותו להחליט (ראה ליד ציון הערה 86), מה שאינו כן כאן.

⁸² ב"מ פא ע"א; נדרים לא ע"ב; ר"ף, ב"מ נו ע"א (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות שלוחין, ב, ה; רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן יג; ספר מישורים, נתיב ל, חלק א; אגודה, ב"מ, סימן קנב; טור, חו"מ, קפו, א; שו"ע, חו"מ, קפו, א.

⁸³ תוספות ישנים כתב יד, נדרים לא ע"ב; רא"ם, בשיטה מקובצת, נדרים לא ע"ב (מפני שברצונו תלוי להשיבו); חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פא ע"א; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ צו ע"א; ר"א פרחי"א, בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז (קמו ע"ג), בדעת הרמב"ם; אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות מכירה, ד, יד (ד"ה לכן, הראשון), בדעת הרמב"ם; ר"א די בוטון, בפרח מטה אהרן שם (קמח ע"ד). דעה זו הובאה באולם המשפט, שם, א.

⁸⁴ הגהות מיימוניות, הלכות שלוחין, ב, אות ד, בשם הרי"ף; ר"ן על הרי"ף, ע"ז ד ע"ב (בדפי הרי"ף); ר"א מן ההר, נדרים שם; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ו, הלכה ב, אות ה (שהנכס כקנוי בידו, מכיוון שמחירו קצוב); מאירי, ב"מ פא ע"א ונדרים לא ע"ב (מפני שחזקה שחתנו יסכים לקבל את המתנה); רש"י, ב"מ פא ע"א, ד"ה ונאנסו (הובא בהערות רמ"מ יפה לשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנט); סמ"ג, עשה פב (קסו ע"ג); נימוקי יוסף, ב"מ נ ע"ב (בדפי הרי"ף); פסקי הרי"ד, ב"מ שם; שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן כא, דף קכ ע"ב (מפני שיש סיכויים רבים שחברו יסכים לקבל את המתנה, מכיוון שזה בחינם עבורו); חידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ פא ע"א (ראה בשמו במילואים להערה 89); שו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן טז, בדעת יד רמה. גם מן המקורות בהערה 85 משתמע שהוא מוגדר כקונה.

⁸⁵ רש"י, ב"מ שם; הגהות מיימוניות, הלכות שלוחין, ב, אות ה (הובא בכסף משנה, על הרמב"ם שם, ובבית יוסף, חו"מ, קפו, א); פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ו, הלכה ב, אות ה; מאירי, נדרים לא ע"ב וב"מ פא ע"א; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פא ע"א; פסקי הרי"ד, ב"מ שם; נימוקי יוסף, ב"מ נ ע"ב (בדפי הרי"ף); סמ"ע, קפו, ס"ק ב.

כקנוי לו. מצד שני, אחריותו באונס חלה גם אם התחייב כלפי המוכר, שאם לא תמצא המתנה חן בעיני חברו, והוא יחזיר את הנכס בלי לשלם את מחירו, הוא ישלם לו סכום מסוים עבור הנאתו מהחזקת הנכס, שאפשרה לו להראות לחברו את הוקרתו כלפיו⁸⁶. החיוב באונס חל רק בזמן שהקונה הולך להביא את הנכס לחברו. אך אם התברר שאין הנכס מוצא חן בעיני חברו, הוא נעשה שומר שכר על הנכס במשך הזמן שהוא מוליך אותו חזרה למוכר⁸⁷, והוא כבר אינו אחראי כשואל, מפני שפסקה הנאתו מן הנכס⁸⁸. יש אומרים שסייג זה אמור דווקא בכגון שהוסכם שהוא ישלם לבעל הנכס סכום מסוים עבור הסכמתו לעסקה, אם יחזיר את הנכס, שמאחר שהוא משלם, הוא כמו שוכר, שהוא רק שומר שכר⁸⁹. אף על פי שאינו שואל, הוא אחראי כשומר שכר, משום שנהנה מהחזקת הנכס בכך שהראה בו לחברו את הוקרתו כלפיו⁹⁰. גם אם הוא משלם לבעל הנכס בעד הנאתו זו, יש בכוח הנאה זו לעשותו שומר שכר, שהרי סוף כל סוף הוא נהנה⁹¹.

פרק שלישי

"או ליהנות ממנו"

1. הנאה בלי שימוש

מלשון החוק עולה, שמי ששומר נכס כדי ליהנות ממנו, גם בלי להשתמש בו, מוגדר כשואל. כך, לדוגמה, אומר חשין, שמי ששואל כסף כדי שיראה אדם עשיר, על מנת שיחזיר את הכסף בעין בלי להוציאו, הוא שואל⁹².

במשפט העברי, חלוקות הדעות בשאלה האם יש חיוב שואל במי ששאל נכס רק כדי להראות אדם עשיר. לפי דעה אחת, הוא חייב באונס ככל שואל⁹³. אך יש דעה ולפיה הוא

⁸⁶ כך מדובר בגמרא, בטור ובשולחן ערוך שם. וראה במילואים להערה 85, שחכמת שלמה מוצא נפקות בין שמשלם דבר מועט על טובת ההנאה, או שמשלם הכל.

⁸⁷ ב"מ פא ע"א.

⁸⁸ בית יוסף שם; רא"ם, בשיטה מקובצת, נדרים שם.

⁸⁹ בית יוסף, חו"מ, ר, טז, הובא בנתיבות המשפט, קפו, ס"ק ב; סמ"ע, קפו, ס"ק ג; ישועות ישראל, עב, ס"ק ד.

⁹⁰ רש"י, ב"מ פא ע"א, ד"ה בחזירה (הובא במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כג); רא"ם, בשיטה מקובצת, נדרים שם; סמ"ג, עשה פב (קסו ע"ג); שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ו.

⁹¹ רש"י, ב"מ שם; תוספות ישנים כתב יד, נדרים שם. ר"א די בוטון, בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז (קמט ע"א), הוסיף, שמצאנו עיקרון זה גם בדין ששוכר הוא שומר שכר אף על פי שמשלם על הנאתו בשימוש. מדברי בית יוסף, שהובא בהערה 81, עולה שהוא סובר שהתשלום כאן הוא על יכולתו להחליט לקנות, והתשלום מתקזז עם הנאתו מיכולתו להחליט, ונשארת הנאת ההתפארות. רח"א מילר הסביר שר"א בוטון לא רצה להסביר כך, מפני שלדעתו אין הנאה מיכולתו לקנות (ראה בשמו במילואים להערה 90). חידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ פא ע"א, הדגיש שכאן הוא עדיין שומר שכר על הנאתו שבעבר, מפני שהנאתו שבעבר הייתה גדולה, שהרי שילם רק דבר מועט, "טובת הנאה", תמורתה, אבל אין אומרים כך בסתם שומר שכר.

⁹² מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 157.

⁹³ מאירי, ב"מ צו ע"א; רמב"ם, הלכות שאילה, ב, ט, לפי הבנת רוב הפרשנים; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ

פטור מאונס, ואינו מוגדר שואל⁹⁴, משום ששואל חייב רק אם יש לו הנאה מגוף הנכס⁹⁵, היינו שמשמש בו⁹⁶, ועוד, שאין זו מטרה מקובלת שבעבורה שואלים נכסים⁹⁷. דעה זו פוטרת גם אם מטרתו לא הייתה רק לשם כבוד, אלא גם כשהייתה לו בכך תועלת ממונית: שמתוך שיחשבו שהוא עשיר, לא יחששו מלהלוות לו⁹⁸. גם כאן אינו שואל, לדעה זו, משום שאין זו הנאה מגוף הנכס, כאמור.

גם לפי דעת הפוטרים, אם הִרְאוּ עשיר גורמת לו הנאה השָׁוה פרוטה, הוא שומר שכר⁹⁹, כפי שראינו לעיל¹⁰⁰.

כדין שואל נכס כדי להראות בו, כך דין שואל נכס כדי להשתעשע בו¹⁰¹, כיוון שנכסים רגילים אינם מיועדים לשעשע.

דוגמה נוספת להנאה בלי שימוש היא במי ששאל נכס שלא במטרה להשתמש בו, אלא במטרה למשכנו, כלומר, למסרו לאדם שילווח לו כסף על סמך הביטחון של נכס זה. יש מי שפסק, על סמך הדעה ששואל נכס להראות בו פטור מאונס, שאף כאן פטור מאונס, כיוון שלא שאל אותו כדי להשתמש בו, אף על פי שהוא נהנה ממנו¹⁰².

אולם השואל נכס במטרה להשאילו לאדם אחר, חייב באונס¹⁰³. אף על פי שהוא עצמו אינו משתמש בו שימוש ממש, ורק נהנה ממנו, מכל מקום האחר ישתמש בו, ויש כאן שימוש היוצר גדרי שאילה.

שם; תורת חיים, ב"מ שם (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן יא); רח"ז חרל"פ, בשערי ציון, שנה יב, חוב' ג, סימן כא, בדעת ר' ישעיה, המובא ברא"ש, סוכה, פרק ג, סימן ל (בהסברו השני).
⁹⁴ לפי רש"י, ב"מ צו ע"א (ד"ה מהו); אור זרוע, ב"מ, סימן שה; רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן א; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ח, הלכה א, אות יז, ובקונטרס הראיות, ב"מ, פרק ח, ראה א; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ שם; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ שם (כך מוכח מדבריו); טור, חו"מ, שמו, יב, בשם הרמ"ה; ספר מישורים, נתיב ל, חלק ג; שו"ת שי למורא, סימן טו (יח ע"ג); חלקת יואב, חו"מ, סימן כד; שו"ת הרי"ם, אהע"ז, סימן יח (ד"ה גם אין); אולם המשפט, שם, א; שער משפט, עב, ס"ק לח; וערך ש"י, חו"מ, שם, א, ושו"ת תשורת ש"י, סימן תרה — יש לתלמוד ספק האם הוא מוגדר כשואל, ומספק פטור באונס.*

⁹⁵ כך מנמק התלמוד שם (לפי פירוש רש"י) את האפשרות שאינו שואל. כך הסבירו גם: משובב נתיבות, עב, ס"ק יז (ראה בשמו במילואים להערה 110, שלכן אין נחשבת הנאה מה שביכולתו להשכיר לאחר את הנכס השאול); דיברות משה, ב"ב, חלק ב, סימן נח, הערה קא (עמ' שפא); ושער משפט, עב, ס"ק לח.

⁹⁶ תוספות, ב"מ צו ע"א (ד"ה ממונא, הראשון). אמרי בינה, או"ח, סימן ז, הסביר, שהחיסרון הוא שאינו משתמש בנכס, וההנאה שיתנו לו הלוואות אינה הנאה מבוררת (ראה בשמו בהערה 110).

⁹⁷ דיברות משה, ב"מ, חלק א, סימן לט, ענף ד, בדעת מגיד משנה; חידושים ובאורים (גריינימן), ב"מ, חלק ב, סימן כח, ס"ק ט.*

⁹⁸ כך פירש רש"י שם את המקרה.

⁹⁹ רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן א (הובא בש"ך, חו"מ, שמו, ס"ק א, בברכי יוסף, חו"מ, סימן ו, בסופו, בשו"ת מקור חיים, סגלוביץ, סימן ל, בשער משפט, עב, ס"ק לח, ואצל רח"ז חרל"פ, שם); באר הגולה, חו"מ, שמו, אות צ; חידושים ובאורים (גריינימן), ב"מ, חלק ב, סימן כח, ס"ק ט; ספר מישורים, נתיב ל, חלק ג; טור, חו"מ, שמו, יב, בשם הרמ"ה; ר' מנחם מ"ץ, המובא בחידושי מהרש"ל, על הטור שם, ובהגהה בפרישה על הטור שם; בית שלמה (אבעל), שער י, דף פב ע"א, הגהה יג; משכנות הרועים, מערכה ג, אות לב.*

¹⁰⁰ בסעיף 1(ג), פרק ב, 5.

¹⁰¹ שו"ת הרי"ם, אהע"ז, סימן יח (ד"ה גם אין). הוא מדבר לפי השיטה שספק האם חייב באונס.

¹⁰² שו"ת חלקת יואב, חו"מ, סימן כד; שער משפט, עב, ס"ק לח.*

¹⁰³ חושן אהרן, שז, א.*

2. שימוש בלי הנאה

מלשון החוק משתמע שגם בשימוש שאין בו הנאה חלה אחריות שואל. דוגמה לשימוש שאין בו הנאה ניתן למצוא בדיון במשפט העברי לגבי שואל נכס לשם שימוש מסוים, שערכו פחות מפרוטה. לפי פוסקים אחדים, שואל זה פטור מאונס¹⁰⁴, ולדעתם רק מי שנהנה משימושו בנכס הנאה משמעותית, שווה פרוטה, מתחייב כשואל. אולם פוסקים אחרים מחייבים גם שואל זה באונס¹⁰⁵, משום שלדעתם אין צורך בהנאה משמעותית, ודי בהנאה כל שהיא, גם זו שמבחינה כמותית אינה מוגדרת "ממון". מקרה אחר שאפשר לראותו כדוגמה לשימוש שאין בו הנאה הוא במי ששואל חפץ כדי לקיים בו מצווה. לדוגמה, מי ששאל שופר לתקוע בו תקיעת מצווה בראש השנה, אינו אחראי כשואל, מפני שאין כאן "כל ההנאה שלו", שכן קיום מצווה אינו נחשב הנאה לאדם – "מצוות לאו ליהנות ניתנו"¹⁰⁶. מאותה סיבה, השואל ספר קודש ללמוד בו – אינו בגדר שואל, מפני שהלימוד אינו הנאה¹⁰⁷. על אף שהוא נהנה בכך שכעת לא יצטרך לשכור ספר מאדם אחר, אין זו נחשבת הנאה לעניין הגדרת שואל, שלגביה מתחשבים רק בהנאה הבאה במישרין מעצם הנכס השואל¹⁰⁸. כך גם לגבי השואל אתרוג בחג הסוכות לקיים בו את המצווה – הוא פטור מאונס, משום שקיום המצווה אינו נחשב הנאה¹⁰⁹. אולם יש מי שאומר ששואל ספר אחראי כשואל, מפני שהוא נהנה הנאה מוחשית מן השימוש בספר, בכך שיוכל ללמד אדם אחר מתוך הספר וליטול ממנו שכר; והוא נהנה גם בכך שהוא יכול להשכיר את הספר לאחר¹¹⁰.

יש סוג מסוים של שימוש שאין בו הנאה, שפוטרים בו שואל, אך מסיבה אחרת. נפסק, שהשואל נכס כדי להציל בו נפשות, או כדי לכבות באמצעותו דלקה שיש בה סכנת נפשות, אין עליו אחריות כשואל. פסק זה נלמד מתקנת חכמים, שמי שעוסק בהצלת אדם ממישהו המנסה להרגו ("רודף אחר רודף"), ותוך מאמציו הוא שובר חפץ של אדם רביעי, פטור מלשלם, כדי שלא יימנעו אנשים מלהציל חיי אחרים, ולא יתמהמהו בהצלת חיים, מתוך חשש

¹⁰⁴ הסוגיה בב"מ צו ע"א, מסופקת מה דין שואל כזה, ולפי רש"י והפרשנים שנמנו בהערה 94, הספק הוא האם הוא חייב באונס, כמו שפירשו את הספק בשואל להראות (ראה שם), ומספק פטור.*

¹⁰⁵ לפי הרמב"ם ושאר הפוסקים שנוכרו בהערה 93, הספק של התלמוד הוא רק האם נוהג כאן הפטר "בעליו עמו", כמו בשואל להראות (ראה במילואים שם), אך אין ספק שחייב באונס. אך לחם משנה, מעייני החכמה, ור"ז חר"פ (שהובאו במילואים שם), מפרשים פירוש אחר בדעת הרמב"ם, אותו פירוש שפירשו לענין שואל להראות (ראה שם).

¹⁰⁶ מחנה אפרים, הלכות נדרים, סימן כד (הובא בחידושי ר"ע איגור, חו"מ, שמ, א, ובשו"ת דברי רננה, במילואים לסימן ו, אות ו). לנימוק נוסף לפטור שואל חפץ למצווה, ראה ליד ציוני הערות 134-136.

¹⁰⁷ קצות החושן, עב, ס"ק לד (הובא באבני החושן, שמ, ס"ק ד); מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ג (הובא בהוראות שעה, פרק כח, עמ' קב); ציון במשפט (לוריא), אות קצ (לסימן שמ); שו"ת בן פורת, חלק ב, סימן ג, אות א, דף ג ע"ג (שהנאת מצווה היא רק גרימת הנאה, שלא די בה בשואל).*

¹⁰⁸ קצות החושן שם. ציון במשפט הסביר, שזו רק מניעת הפסד, שאינה נחשבת הנאה (עיין שם, שהביא דוגמאות לכך מתחומים אחרים).

¹⁰⁹ ערך ש"י, חו"מ, שמ, א.*

¹¹⁰ נתיבות המשפט, עב, ס"ק יז. זאת בכפוף לכללי "אין שואל רשאי להשאל" – ראה סעיף 3, פרק ב, *2.

שייתבעו לשלם על נזקים שייגרמו על ידם במהלך ההצלה¹¹¹. אף כאן, מאחר שהשימוש בנכס לא היה להנאתו, אלא לצורך הצלה, אין עליו אחריות כשואל¹¹². מקרה אחר שניתן לראות כסוג של שימוש בלי הנאה הוא – כשמטרת ההשאלה היא, שהשואל ישתמש בנכס לעשות בו שירות עבור בעל הנכס. דוגמה לכך: ראובן שלח את שמעון להביא לו חיטים ממקום אחר, והשאל לו לשם כך את בהמתו. נפסק, ששמעון אינו חייב כשואל על הבהמה¹¹³, משום שאינו משתמש בנכס לצורך עצמו, ואף על פי שהוא משתמש בנכס, אין לו הנאה מכך.

פרק רביעי

“בלי ליתן תמורה”

1. כללי

כפי שראינו בפרק א, התנאי השני להגדרת שואל הוא, שהמשתמש בנכס לא יתן תמורה לבעל הנכס על השימוש שהוא עושה בנכס. בפרק ב, 3, הבאנו מקרים מסוימים שנקבע בהם שהמשתמש אינו בגדר “שואל”, משום שבעל הנכס מקבל תמורה מן העסקה. חשין לומד מלשון החוק “בלי ליתן תמורה”, שאם אין לבעל הנכס “תמורה” מן ההשאלה, ויש לו רק “טובת הנאה”, עדיין המשתמש מוגדר שואל¹¹⁴. אולם ההבחנה בין שני המושגים הללו אינה חדה די הצורך.

עוד אפשר ללמוד מלשון החוק, שרק אם השומר עצמו נותן תמורה, הוא יוצא מגדר שואל; ואילו אם אדם אחר נותן תמורה לבעל הנכס, נשאר השומר בגדר שואל. אילו גם אז היה הדין שאינו שואל, היה למחוקק לומר: “בלי שיקבל בעל הנכס תמורה”, שמשמעותו כוללת גם תמורה הבאה מצד שלישי¹¹⁵. מאידך גיסא, אפשר ללמוד מלשון החוק, שאף אם השומר נותן תמורה לצד שלישי, יצא מגדר שואל, שהרי בחוק לא נאמר: “בלי ליתן תמורה לבעל הנכס”.

התנאי הזה, של אי מתן תמורה, מתאים להגדרת שואל במשפט העברי כמי ש“כל ההנאה שלו”¹¹⁶. אם השומר נותן לבעל הנכס תמורה כלשהי, אפילו כשערכה פחות מפרוטה (המטבע הקטן ביותר בתקופת התלמוד, שערכו משמש שיעור מינימלי לכסף בתחומים רבים של דיני

¹¹¹ סנהדרין עד ע”א; רמב”ם, הלכות חובל ומזיק, ח, יד.

¹¹² נתיבות המשפט, סימן עב, ס”ק יז, וסימן שמ, ס”ק ו, כפי שהסביר רח”א מילר. בסימן שמ הוא נקט גם שפטור משום שמצווה היא להציל נפשות, והוא כשואל ספר.

¹¹³ שו”ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק ב, סימן קנד.

¹¹⁴ מ’ חשין, “שמירה ושומרים”, משפטים ג (תשל”א) 169.

¹¹⁵ מ’ קורינלדי, יסודות בדיני פיקדון במשפט העברי, עמ’ 398.

¹¹⁶ ב”מ דף לד ע”א ודף צד ע”ב. אך הגמרא שם לא נקטה זאת כתנאי או כטעם לחיובו באונס. ירושלמי, שבועות ח, א, נוקט: “לפי שנהנה את הכל משלם את הכל”.

ממונות ודינים אחרים)¹¹⁷, הוא אינו אחראי על אונס כשואל, אלא הוא נעשה שוכר, שאחריותו היא כאחריות שומר שכר, כפי שראינו לעיל¹¹⁸, מפני שתמורה זו היא דמי שכירות על השימוש. אף על פי שכל שואל שומר על הנכס עבור המשאל במשך זמן השאילה, אין זה נחשב מתן תמורה על ההשאלה. זאת משום שלשואל עצמו יש עניין בשמירה זו, כדי שיוכל להשתמש בנכס במשך זמן השאילה, ולכן זה נחשב שהוא שומר עליו בשביל עצמו, ולא בשביל המשאל¹¹⁹. זאת ועוד: אין המשאל נהנה משמירת השואל, מפני שמצידו היה מעדיף שלא להשאל, אלא לשמור על הנכס בעצמו בביתו¹²⁰.

המקרה הפשוט של שומר הנותן תמורה הוא, כשהוא נותן כסף או שווה כסף במפורש בתור דמי שכירות על השימוש. אולם גם כשאין זו תמורה מפורשת, כל שבעל הנכס נהנה מן העסקה, דין השואל כשוכר, והוא פטור מאונס. בפסקה 2 נמנה מקרים אחדים שבעל הנכס מקבל תמורה שאינה מפורשת, ובכל זאת מופטר השומר מאחריות שואל. מצד שני, יש שהתמורה שמקבל בעל הנכס אינה משמעותית, ואין בה כדי להוציא את השומר מגדר "כל ההנאה שלו", ולכן יישאר עליו דין שואל. מקרים מסוג זה נמנה בפסקה 3. על פי פירוט המקרים הללו, ניתן להציע המחשה להבחנתו המעורפלת של חשין בין "תמורה" ל"טובת הנאה".

עוד נראה בפסקה 3, ששאלת התמורה הבאה לבעל הנכס מצד שלישי, ולא מן השומר עצמו, שנויה במחלוקת פוסקים במשפט העברי.

באשר לעמדת החוק, כפי שהערכנו אותה לעיל, שגם אם נתן השומר תמורה לצד שלישי ולא לבעל הנכס, יצא מכלל שואל, נראה שעמדת המשפט העברי אינה כך. יש מי שהסביר, שהסיבה ששואל בהמה חייב כשואל, אף על פי שהוא מאכיל אותה משלו, היא, שבעל הבהמה אינו נהנה מכך, שהרי מה שהוא חוסך את האכלת הבהמה משלו, בא במחיר ויתורו על השימוש בבהמה, ואילו רצה לחסוך זאת במחיר זה, היה יכול למכור את הבהמה, ולא היה זקוק להשאל אותה; ומאחר שבעל הבהמה אינו נהנה, אף על פי שהשואל נחסר, הוא נשאר בגדר שואל¹²¹. מכאן עולה, שרק כשבעל הנכס נהנה מן התמורה שנתן השואל, הוא יוצא מגדר שואל, לפי המשפט העברי, בניגוד למה שנראה מלשון החוק. אפשר שמתוך כך יש לפרש שאף המחוקק התכוון דווקא לנתינת תמורה לבעל הנכס, וקיצר מאחר שהדבר מובן מאליו, שתמורה בעד שימוש צריכה להינתן רק לבעל הנכס, שהוא זה שהפסיד את יכולת השימוש למשך ההשאלה.

¹¹⁷ קצות החושן, סימן עב, ס"ק לד, וסימן שמ, ס"ק ה (הובא באמרי בינה, דיני טוען ונטען, סימן יד, ועל ידי ר"מ וולקוביץ, קובץ תורני מרכזי ד, אדר תשמ"ה, עמ' מב); בית אהרן, ב"מ צו ע"א (ד"ה וממוצא).*

¹¹⁸ בסעיף 1(ג), פרק ג, 2.

¹¹⁹ מעייני החכמה, ב"מ צו ע"א, אות כו; אור שמח, על הרמב"ם, הלכות שאילה, א, א (ראה בשמו ליד ציון הערה 154); בית שלמה (אבעל), שער י, דף פ ע"ב.*

¹²⁰ עדות ביוסף (נתנון), חלק א, דף נג ע"ג (ראה בשמו במילואים להערה 9). בדומה נימק שו"ת שאילות משה (רוזין), חו"מ, סימן סא, אות ג, ששמירה זו אינה נחשבת הנאה בעיני בעל הנכס, משום שכנגדה הוא מפסיד יכולת שימוש בנכס. וראה בדומה במילואים להערה 44 בשם אבני נזר.*

¹²¹ חידושי הרי"ם, חו"מ, עב, ס"ק יז. ראה בשמו במילואים להערה 141, אות ט, וראה ליד ציון הערה 155.*

2. תמורה משמעותית

בפסקה זו נמנה מקרים אחדים שהפוסקים קבעו לגביהם שהשומר אינו בגדר שואל, משום שבעל הנכס מקבל תמורה על השימוש.

(א) ראובן שאמר לשמעון: "השאיילי ואשאיילך", דהיינו, ראובן מבקש משמעון להשאיל לו חפץ מסוים, ובתמורה ראובן ישאל לו חפץ אחר, שניהם אינם אחראים כשואלים, מפני שבכל אחת משתי עסקאות השאילה, נהנה המשאל בכך שבתמורה הוא מקבל בהשאלה נכס אחר¹²². גם אם לא אמרו במפורש שההשאלות הן לשם מתן תמורה הדדית, אלא השאילו בסתם חפצים זה לזה באותו זמן, אין עליהם אחריות של שואלים, מפני שמניחים שהם התכוונו שההשאלות תשמשנה תמורה זו לזו¹²³. אבל אם תחילה שאל ראובן חפץ משמעון, ולאחר מכן השאיל ראובן חפץ אחר לשמעון, ולא אמר לו מראש: "השאיילי היום, ואשאיילך מחר", חלה על שניהם אחריות כשואלים. מאחר שההשאלות בוצעו בזמנים שונים, אין אומרים שזו נועדה כתמורה לזו¹²⁴.

(ב) ראובן שאמר לשמעון: "השאיילי ואשמור לך", דהיינו, ראובן מבקש משמעון להשאיל לו חפץ מסוים לשימוש, ובתמורה ראובן ישמור בעבור שמעון חפץ אחר, אין ראובן אחראי על החפץ הראשון כשואל, מכיוון שבתמורה לשימוש בו, הוא נותן לשמעון שרות של שמירה על חפץ אחר. כך גם אם הצעה זו באה מצד שמעון, שאמר לראובן: "שמור לי ואשאיילך", מפני שהמשמעות זהה לזו שבמקרה הקודם¹²⁵. אף על פי שבכל עסקת שאילה, השואל שומר על הנכס, ואף על פי כן אין רואים זאת כתמורה הניתנת לבעל הנכס, כפי שהסברנו לעיל, כאן הדבר שונה. שואל רגיל שומר על הנכס לטובתו, כדי שיוכל להשתמש בו, ולא כתמורה לבעל הנכס. לעומת זאת, כאן אין לשואל עניין לשמור על הנכס השני, שאינו משתמש בו, והוא עושה זאת רק למען בעל הנכס, ולכן זהו מתן תמורה¹²⁶. זאת ועוד: בשואל רגיל, בעל הנכס היה מעדיף להשאיר את הנכס ברשותו, כך שהוא עצמו ישמור על הנכס שלו, והוא עושה טובה לשואל בכך שהוא מתיר לו להשתמש בו וסומך על שמירתו. כאן, לעומת זאת,

¹²² ב"מ פא ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, י, ב; מרדכי, ב"מ, סימן רפב וסימן שעו; אגודה, ב"מ, סימן קנב; צורר הכסף הקצור, דרך ב, שער י; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שלב; מאירי, ב"ב מג ע"ב; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן קמא, וסימן תתקסג; שו"ת מהרי"ק, שורש קכה; שו"ת הריב"ש, סימן שמו; שו"ת מהר"ם חלאוה, סימן קלד (=שו"ת הריב"ש המיוחסות [החדשות], סימן ב); טור, חו"מ, שה, ז; שו"ע, חו"מ, שה, ו; חכמת שלמה, חו"מ, עב, ד; מעייני החכמה, ב"מ מג ע"א, אות קלב; שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן טו; תורה שלמה, שמות כב, אות רפא, בשם רבנו מיוחס, שמות כב, יג; ש' אטינגר, שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 24*.

¹²³ שו"ת הר"ן, סימן כ (הובא בבית יוסף, חו"מ, שמ, יב, בראש יוסף, חו"מ, עב, כו, בספר ימי שלמה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, ב, בעין יהוסף, ב"מ פא, ובשו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן ח, דף נח ע"ב), נשאל על מקרה של השאלות הדדיות, והוא פוטר אף על פי שבסיפור המקרה בשאלה שם לא נזכרה אמירת "השאיילי ואשאיילך". גם מנתיבות המשפט שבסמוך מוכח שאין צורך באמירה מפורשת במקרה של השאלות שהוסכם עליהן באותו זמן*.

¹²⁴ נתיבות המשפט, עב, ס"ק יח. הוא כותב רק ששמעון אחראי כשואל, אבל קל וחומר הוא שראובן, שבתחילת שימוש לא נתן שום תמורה, עדיין אחראי כשואל, ואין אומרים שהוא נותן תמורה על שימוש. אך רח"א מילר העלה אפשרות שראובן הופך לשוכר בשעה שנתן תמורה, ורק שמעון הוא שואל מפני שנתן הנאה למשאל רק לפני ההשאלה (ראה במילואים להערה 132, על תמורה שלפני ההשאלה).

¹²⁵ ב"מ, רשב"א, מאירי, טור ושו"ע (הערה 122); שו"ת הריב"ש, סימן רעט; תומים, עב, ס"ק יט (בלשון אחרת); דברי משפט, עב, ס"ק ג*.

¹²⁶ דברי רח"א מילר.

שבעל הנכסים מגלה עניין בכך שדווקא השואל ישמור בעדו את הנכס השני (או בכך שהוא, שמעון, מציע את העסקה, או בכך שהוא מסכים להצעת השואל, ראובן), שמירה זו נחשבת תמורה. מלבד זאת, כאן השמירה היא על שני נכסים, השואל והאחר, וזו תמורה יותר גדולה מבשואל רגיל, ששומר רק על הנכס השואל¹²⁷.

ג) מעשה היה בחברת יינות "אליעז", שמכרה לחברת "אשכול ענבים" משקאות בתוך בקבוקים של חברת "אליעז". הבקבוקים הושאלו לחברה הקונה לצורך החזקת המשקאות בהם, והקונה הייתה אמורה להחזיר את הבקבוקים לחברה המוכרת בתום השימוש בהם. התעוררה שאלה האם החברה הקונה אחראית כשואל על הבקבוקים. בית הדין הרבני האזורי בתל אביב פסק, שמאחר שהשאלת הבקבוקים באה לשם הקלת סידורה של עסקת המכר, ועסקה זו הייתה להנאת שניהם, המוכר והקונה – לא חל דין שואל על החברה הקונה, מפני שאין "כל ההנאה" שלה, והיא אחראית רק כשוכר, שהוא שומר שכר¹²⁸.

ד) מלווה שקיבל משכון מן הלווה כביטחון לחובו – אחריותו היסודית היא של שומר שכר, לפי רוב הדעות, כפי שראינו לעיל¹²⁹. אך אם הלווה מתיר למלווה להשתמש במשכון, לכאורה ניתן להטיל עליו אחריות כשואל. למעשה, אין הלכה כך. אם תמורת השימוש מנכה המלווה קצת מחובו של הלווה כלפיו, בוודאי הוא אינו נחשב כשואל על המשכון, שהרי הוא נותן תמורה עבור השימוש, אלא דינו כשוכר¹³⁰. גם אם אין המלווה מנכה מן החוב תמורת השימוש, אין כל ההנאה שלו, שהרי הוא הוצרך לתת ללווה הלוואה כדי לקבל רשות שימוש במשכון; ולכן הוא אינו אחראי כשואל¹³¹, גם אם השתמש במשכון בפועל. אולם מאחר שזה הנימוק שמחמתו אנו פוטרים אותו מאחריות שואל (במקרה שאינו מנכה מן החוב), ניתן למצוא בכל זאת מקרה שיהיה אחראי כשואל: אם בתחילה נתן הלווה את המשכון בלי להתיר למלווה את השימוש בו, ורק לאחר זמן נתן למלווה רשות שימוש. כאן רשות השימוש ניתנה בנפרד, ולא באה תמורת מתן ההלוואה, ולכן כל ההנאה היא של המלווה, וחלה עליו אחריות כשואל¹³². מאחר שכאן הרשות ניתנה במפורש, האחריות כשואל תחול עוד לפני שהשתמש בנכס בפועל, כפי שראינו בפרק ב, 1, לעניין נתינת רשות מפורשת¹³³.

¹²⁷ הבחנה שלישית זו נחוצה כדי ליישב את דעת חכמת שלמה, במילואים להערה 154, האומר על שואל בהמה שהשמירה אכן מהווה תמורה, ומכל מקום חייב באונס מפני שדי שרוב ההנאה יהיה של השואל.

¹²⁸ פד"ר, כרך א, עמ' 189.

¹²⁹ בסעיף (ג)1, פרק ג, 8.

¹³⁰ שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שלב, הובא בבית יוסף, חו"מ, עב, מחודש ז; שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן קכה, בדעת רש"י. מקורות נוספים לכך שהוא נחשב שוכר – ראה בסעיף (ג)1, ליד ציון הערה 296. שו"ת הר"ן, סימן כ (הובא בבית יוסף, חו"מ, עב, מחודש יא); שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שלב (הובא בסמ"ע, עב, ס"ק כג, בש"ך, חו"מ, עב, ס"ק ל, בערך ש"י, חו"מ, רסז, כה, במחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ג, בשו"ת עין משפט, הלוי, חו"מ, סימן כט, ובאמרי בינה, חלק א, תשובות, סימן ג, אות ג, ובדיני הלוואה, סימן עד); ערך לחם, חו"מ, עב, ד.

¹³² שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף כט, וחלק ב, סימן שלו (הובא בבית יוסף, חו"מ, עב, מחודש ז, ובשו"ע, חו"מ, עב, ד), כותב בסתם שהמלווה חייב באונס. כדי ליישב את הסתירה בין דבריו אלו לדבריו בתשובה שהובאה בהערה 131, הסבירו ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק ל (הובא בשו"ת אמרי יושר, חלק א, סימן מז); ט"ז, חו"מ, עב, ד; שו"ת קול בן לוי, סימן ד (מז ע"א), נדפס גם בשו"ת משאת משה (ישראל), חלק א, אהע"ז, סימן ג (קז ע"ב); בית הלוי (הורוביץ), עב, ס"ק ז (צה ע"א); ראש יוסף, חו"מ, עב, כא; שו"ת שפת הים (מיו), חו"מ, סימן לו; ושו"ת חוק ומשפט, סימן קא – שכאן מדובר בנתינת רשות אחר זמן.

¹³³ שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שלו (הובא בבית יוסף ובשו"ע שם, ובמלאכת שלמה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, א, דף נט ע"ד).

ה) המשאל לחברו ספר קודש – עושה בכך מצווה, שהוא גורם לחברו ללמוד תורה. כלל הוא, שהעוסק במצווה אחת פטור מן החובה לקיים מצווה אחרת המזדמנת בפניו. משום כך, משאל זה יהיה פטור מלתת צדקה לעני שיבקש ממנו צדקה, בהיותו "עוסק במצווה", שהוא "פטור מן המצווה". מאחר שהמשאל נהנה מעסקת השאלה, בכך שהופטר מלתת צדקה, אין "כל ההנאה" של השואל, ולא חלה על שואל הספר אחריות באונס כשואל¹³⁴. כך גם בשואל אתרוג לצורך מצוותו בחג הסוכות¹³⁵, ובשואל תלית כדי לקיים בה מצוות ציצית¹³⁶. אין בכלל זה שואל בגד כדי לפרוסו בבית הכנסת לנוי, משום שאין בכך מצווה גמורה, והוא רק הידור מצווה¹³⁷, ואינו פוטר את המשאל מלתת צדקה כשיזדמן לו עני. ברם, יש אומרים שאין להתחשב בהנאה זו שנהנה המשאל, ולפטור מחמתה את השואל מאחריותו המוגברת. ראשית, הנאה זו של הפטר ממתן צדקה עקב קיום מצווה הוזכרה בעיקר לעניין ששומר שנהנה הנאה זו הוא שומר שכר ("פרוטה דרב יוסף"), כפי שהבאנו לעיל¹³⁸; וראינו שם שיש דעה שאינה מתחשבת בהנאה זו לעניין שומר שכר, מחמת אי שכיחות המצב של עני המזדמן, ויש להניח שלפי הדעה ההיא, גם לענייננו אין להתחשב בהנאה זו¹³⁹. שנית, הנאה זו אינה תמורה שמשלם השואל לבעל הנכס, אלא זוהי הנאה שמפיק בעל הספר מקיום מצווה בנכס שלו, ועדיין ניתן לומר ש"כל ההנאה" מן העסקה היא של השואל, שאינו נותן כלום לבעל הנכס¹⁴⁰.

¹³⁴ שו"ת הר"ן, סימן כ (הובא בבית יוסף, חו"מ, עב, מחודש יב, בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן עד, בעולת שמואל, לובצר, חלק א, סימן ע, בשו"ת חקקי לב, יו"ד, סימן מח, דף פח ע"ב, במנחת פיתים, חו"מ, רצב, כ, באור שמח, הלכות שאילה, א, א, בערך ש"י, או"ח, שלד, על מג"א, ס"ק טו, וח"מ, שג, ג, ביצועות יעקב, או"ח, שלד, בקצות החושן, שמב, ס"ק א, בשו"ת חוק ומשפט, סימן תנו, בשער משפט, עב, ס"ק לח, בשו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ט, בבית אהרן, לאב"ד ויזנא, תרמ"ו, ב"מ כט ע"ב; ובספר אם הדרך, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ד; סמ"ע, עב, ס"ק כא; ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק כט; ציון במשפט (לוריא), אות קצ (לסימן שמ); תפארת יעקב (פראגא), עב, ס"ק עו, בדעת השולחן ערוך. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ג, סימן כט (לג ע"ב); הוראות שעה, פרק כח (עמ' קא); ארצות החיים, סימן יד, ארץ יהודה, ס"ק ג, ד"ה ועפ"י (בדעת הר"ן); רמ"ז אורנשטיין, ביצועות יעקב, או"ח, אחרי סימן שז (ד"ה ועתה), בדעת הר"ן והר"ד; שו"ת דברי רננה, מילואים לסימן ו, אות ו. ערך ש"י, חו"מ, שמ, א, ושו"ת תשורת ש"י, סימן תרה; חידושי ר"ע איגר, או"ח, יד, ד (חסר בחלק מהמהדורות); הוראות שעה וציון במשפט שם.

¹³⁷ שו"ת כרם שלמה (אמרייליו), חו"מ, סימן עח (הובא בשו"ת חסד לאברהם, אלקלעי, חו"מ, סימן יג, דף צח ע"ג): "הבו דלא לוסיף" על דברי הר"ן.

¹³⁸ בסעיף 1(ג), פרק ג, 7.

¹³⁹ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק כט (הובא בבית הלוי, הורוביץ, עב, ס"ק ז, דף צה ע"א, בשו"ת אמרי יושר, חלק א, סימן מז, ובשו"ת זית רענן, חלק ב, סימן נו, אות ב); אבני מילואים, כח, ס"ק לח, בדעת רבה החולק על רב יוסף (ב"ק נו ע"ב), וקצות החושן, שמב, ס"ק א (הובא בפרי אליהו, חלק א, סימן סט, אות ה), בדעת מהר"ם מרוטנבורג; ספר המקנה, קידושין מז ע"ב, ד"ה בגמרא ואמינא (בדעת רבה); דברי גאונים, כלל צו, סימן יג, בדעת מרדכי, ב"מ, סימן שעו; חידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ צו ע"ב, בדעת רגמ"ה, המובא בשיטה מקובצת, ב"מ סד ע"ב; שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג, דף צח ע"ג ודף קא ע"א, בדעת הר"י והרא"ש (הסוברים שאין מתחשבים בפרוטה דרב יוסף בשומר אבדה), ודף ק ע"א ודף קא ע"א, בדעת תוספות, שבועות מד ע"א, ד"ה שומר (שכתבו שכשהעיסוק במצווה הוא קצר, אין ההפטר מצדקה נחשב הנאה, ואף כאן, הופטר מצדקה רק ברגע ההשאלה); מנחה חדשה, מצווה ס, אות ב, בדעת שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שלו; ישועות ישראל, עב, ס"ק י, בדעת מהר"ם והרא"ש.

¹⁴⁰ נתיבות המשפט, עב, ס"ק יז; ר"ש בלקין, המובא אצל ר"מ מרגליות, הפרדס, שנה יז, חוב' ה, עמ' 22; ר"י פרייל, בשו"ת המאור, סימן סו; חידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ צו ע"ב.

שלישית, רק ברגע מסירת הספר נהנה המשאיל הנאה זו של הפטר ממתן צדקה, ולאחר מכן שוב יהיה חייב לתת צדקה. נמצא, שכל משך השאילה שלאחר מכן, השואל נהנה, ואין המשאיל נהנה¹⁴¹.

(ו) שאל סוס, ואמר לו בעל הסוס שאינו רוצה ליטול דמי שכירות, והוא רוצה רק שהשואל ידאג לתיקון פרסות הברזל של הסוס, והשואל עשה כן, יצא מגדר שואל. גם אם דמי התיקון של הפרסות היו מועטים מאוד ביחס לדמי השכירות המקובלים לסוס, מכל מקום אינו בגדר שואל, משום שאין כל ההנאה שלו¹⁴². גם אם יטען בעל הסוס: "התכוונתי לפרוע לשואל את דמי התיקון, כך שכל ההנאה היא לשואל", אין מקבלים את טענתו, משום שיש להעריך שהוא התכוון שהשואל ישא בהוצאות התיקון, מאחר שהן מועטות; ומסיבה זו, אילו סירב המשאיל לשלם את ההוצאות, לא היה השואל יכול לתבען ממנו¹⁴³.

(ז) יש מי שפסק, שאם בשעת ההשאלה לא ביקש השואל את הנכס בלשון שאילה, אלא בלשון "תן לי" וכדומה, אין דינו כשואל. זאת על פי העיקרון, שהעושה פעולה או שרות עבור חברו יכול לתבוע ממנו שכר עבור הפעולה, גם אם לא הובטח לו שכר מראש¹⁴⁴. לפי עיקרון זה, יוכל בעל הנכס לתבוע מהשואל שכר על שימוש בנכס. מאחר שהוא יכול לתבוע ממנו דמי שכירות, אין זה נחשב שכל ההנאה היא של השואל; ואין המשאיל יכול לטעון: "לא היה בדעתי לתבוע דמי שכירות, ואם כן כל ההנאה הייתה של השואל". רק במקרה רגיל, שבעת ההשאלה ביקש השואל את הנכס בלשון שאילה, שמשמעה בחינם, או שביקש בלשון "תן לי" אבל בעל הנכס אמר לו במפורש שהוא נותן לו בלי דמי שכירות, נחשב שכל ההנאה שלו, משום שאז אין המשאיל יכול לתבוע ממנו דמי שכירות¹⁴⁵.

3. תמורה שאינה משמעותית

בפסקה זו נמנה מקרים אחדים, שלכאורה נהנה בהם המשאיל, בעל הנכס, מן השאילה, אבל נפסק לגביהם שאין הנאה זו חשובה, והשואל נותר באחריותו המקיפה.

(א) נתן ראובן מתנה לשמעון, ולאחר מכן השאיל שמעון חפץ לראובן, אין אומרים שראובן נתן לשמעון את המתנה כתמורה מוקדמת לשאילה, כך שאין כל ההנאה של ראובן השואל, אלא ראובן אחראי ככל שואל, ורואים את עסקת השאילה כמנותקת מכל מה שקרה לפני¹⁴⁶.
(ב) דרש המשאיל מן השואל שיניח לו משכון על החפץ השואל, אין אומרים שבכך מוסבת למשאיל הנאה מן העסקה¹⁴⁷, משום שאין למשאיל צורך במשכון, וברור שהוא לא השאיל

¹⁴¹ נתיבות המשפט, עב, ס"ק יז (הובא בשו"ת בן פורת, חלק ב, סימן ג, אות א).*

¹⁴² שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (דף צח ע"ב ודף קא ע"א). הוא מסתמך על דברי הר"ן שהבאנו, שיוצא מדבריו שגם אם המשאיל נהנה רק מעט, יצא מגדר שואל.

¹⁴³ חסד לאברהם שם (דף קא ע"ב). הוא מסתמך על דין דומה בשומר שכר, כשהשומר טוען שהיה מותר על השכר (ראה סעיף ג1), ליד ציון הערה 46).

¹⁴⁴ רמ"א, חו"מ, רסד, ד.

¹⁴⁵ שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן כו; יפה ענף, מערכת שאילה, אות לה, בדעת תוספות, ב"מ פא ע"ב (ד"ה והא), ובדעת הראב"ד בשיטה מקובצת, ב"מ שם. שוב הסתמך חסד לאברהם על הדין הדומה בשומר שכר.*

¹⁴⁶ נתיבות המשפט, עב, ס"ק יח. על הנאת המשאיל לפני השאילה, ראה במילואים להערה 132.

¹⁴⁷ שו"ת הר"ן, סימן כ (הובא בשו"ת, חו"מ, שה, ס"ק ז, בנתיבות המשפט, סימן עב, ס"ק יז, וסימן שה, ס"ק ג, בסופו, ובשו"ת המאור, פרייל, סימן ע). שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן כב, אות ב, דן מדוע במקרה זה

כדי לקבל את המשכון, ובזה הוא שונה מהאומר "השאיילני ואשאיילך". גם לדעה¹⁴⁸ שמלווה שקיבל משכון הוא שומר שכר עליו, זה משום שיש לו שכר על שמירת המשכון, ואף במשאל אפטר לומר שהוא מקבל שכר על שמירת המשכון, אבל אין זה שכר תמורת השאלת הנכס¹⁴⁹. אך לגבי מקרה שהחפץ השאל הוא ספר קודש, וכדומה, כך שהמשאל עשה מצווה בהשאלתו, יש אומרים שלא תחול על השואל אחריות כשואל. זאת משום שהמשאל חייב לטפל במשכון, ככל שומר, למנוע נזק מבלאי טבעי. לגבי משאל זה, טיפול זה הוא מצווה, מפני שהוא חייב בו כתוצאה ממצוות ההשאלה של ספר קודש. אם כן, כל זמן שהמשאל מטפל במשכון, הוא פטור מלתת צדקה לעני שיבקש ממנו באותו זמן, שהרי "העוסק במצווה פטור מן המצווה". מאחר שכתוצאה מן ההשאלה, חוסך המשאל את הצדקה שהיה צריך לתת לעני, יש לו קצת הנאה מעסקת השאילה, ואין כל ההנאה של השואל¹⁵⁰.

ג) שואל ומשאל שמתמשים באותו זמן בנכס השואל, וכל אחד משתמש בחלק אחר ממנו, כגון ספסל שהשואל יושב על צד אחד והמשאל על צד אחר, חלה על השואל אחריות של שואל, מפני ש"כל ההנאה שלו" ביחס לאותו חלק שהוא יושב עליו. אף על פי שהמשאל נהנה מהנכס, הרי הוא נהנה מחלק אחר של הנכס, ואותו חלק לא הושאל כלל¹⁵¹. אבל אם שימוש המשאל בנכס מתאפשר רק על ידי שימוש השואל בנכס באותו זמן, אין השואל חייב באונס, מפני שהמשאל נהנה בשימוש, ואין כל ההנאה של שואל. דוגמה לדבר: המשאל ספר תורה לבית כנסת. השימוש של המשאל בספר, בכך שהוא שומע את קריאת התורה בספר זה, מתאפשר על ידי שהציבור קורא בו (שכן זוהי מצווה המתקיימת רק בציבור), ולכן אין כאן אחריות לאונס¹⁵².

ד) שואל בהמה, אף על פי שהוא שומר עליה, ומאכיל אותה משלו, והמשאל נהנה בכך, הוא חייב באונס כשואל¹⁵³. טעם הדבר הוא, שהוא נחשב שכל ההנאה שלו, משום שהוא אינו שומרה ומאכילה עבור המשאל אלא עבור עצמו, כדי שיוכל לעבוד בה במשך זמן שאילתו, ואין זה שונה ממה שהשואל נותן מזונות לבהמה שלו עצמו, שהרי הבהמה השאולה נחשבת כשלו למשך זמן השאילה. הוא אינו נותן שום דבר למשאל, שהרי לא נשאר למשאל שום הנאה מזה כשהוא מקבל אותה חזרה¹⁵⁴. זאת ועוד: בעל הבהמה אינו נהנה מכך, שהרי מה

אין השואל מופטר מטעם "בעליו עמו" – עיין שם. בשאלה מדוע הוא נחשב שואל למרות שהמשאל נהנה פרוטה דרב יוסף, ראה במילואים להערה 150*.

¹⁴⁸ בסעיף 1(ג), פרק ג, 8 (א).

¹⁴⁹ שו"ת הר"ן שם, הובא בשו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (צו ע"ד).

¹⁵⁰ נתיבות המשפט, עב, ס"ק יז (הובא במנחה חדשה, מצווה ס, אות ב); טבעות זהב, על קצות החושן, שמב, ס"ק א; ר"מ וולקוביץ, קובץ תורני מרכזי ד (אדר תשמ"ה), עמ' לט*.

¹⁵¹ נתיבות המשפט, שמ, ס"ק א. סברה זו מצויה גם בשער משפט, עב, ס"ק לח, על מקרה אחר. רח"א מילר העיר שאין זו דוגמה להנאה לא חשובה, אלא כאן בחלק שיושב השואל כל ההנאה היא לשואל, ואין למשאל הנאה בכלל מחלק זה. וראה במילואים להערה 102, שיש שנקטו גם במקרה כזה ש"אין כל ההנאה שלו".

¹⁵² שו"ת חקקי לב, יו"ד, סימן מח (פח ע"ב). הוא מנמק, שמטרתו גם בשביל עצמו, שישמע קריאת התורה, ונראה שהוא מתכוון למה שאמור בפנים. נימוק זה נועד לפטור גם לפי הדעה (ליד ציון הערה 139) שסתם שואל ספר קודש חייב באונס.

¹⁵³ תוספות ותוספות הרא"ש, ב"מ צד ע"ב (ד"ה דקיימא); שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (דף צד ע"ג ודף ק ע"ג).

¹⁵⁴ אור שמח, הלכות שאילה, א, א (הובא בשו"ת יביע אומר, חלק ב, חו"מ, סימן ז, אות ו, ועל ידי ר"מ וולקוביץ שם, עמ' מג), וחידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ צו ע"ב; בית שלמה (אבעל), שער י, דף פ ע"ב, בקיצור*.

שהוא חוסך את האכלת הבהמה משלו, בא במחיר ויתורו על השימוש בבהמה, ואילו רצה לחסוך זאת במחיר זה, היה יכול למכור את הבהמה, ולא היה זקוק להשאל אותה. מאחר שבעל הבהמה אינו נהנה, אף על פי שהשואל נחסר, הוא נשאר בגדר שואל¹⁵⁵.

ה) הרשב"א פסק, שאם צד שלישי נותן תמורה למשאל, והשואל אינו נותן לו דבר, חייב השואל באונס, משום שלא נגרעה הנאתו מהשאלה. הוא נשאל על מקרה בשמעון שהשאל נכס ללוי, על סמך הבטחת יהודה שבתמורה ישכיר לשמעון נכס אחר. הוא פסק, שלוי אחראי כשואל על הנכס השואל בידו, ואין מתחשבים בתמורה שקיבל המשאל מיהודה, משום שהתמורה לא באה לידו מידי השואל, אלא מידי אדם אחר¹⁵⁶. אולם יש אומרים שגם כשהמשאל מקבל תמורה מאדם אחר, השואל נחשב שאין כל ההנאה שלו, והוא פטור מאונס¹⁵⁷. כפי שהערנו בפסקה 1, נראה שהחוק אימץ את עמדת השיטה השנייה. אפשר שהמחלוקת תלויה בשתי הבנות אפשריות של הביטוי "כל ההנאה שלו". אפשר לפרש, שכל ההנאה היא של השואל, כלומר שרק השואל נהנה, ואין למשאל שום הנאה, והדגש הוא על "שלו" – ולא של המשאל. לפי פירוש זה, אם יש למשאל הנאה, גם כשהיא באה מצד שלישי, ואינה פוגמת בהנאת השואל, לא חל דין שואל. לעומת זאת, אפשר לפרש את הביטוי, שהשואל רק נהנה, ואין לו הפסד מן העסקה, והדגש הוא על "כל ההנאה" – הנאה מושלמת, ואין זה משנה אם גם המשאל נהנה. לפי פירוש זה, אם השואל אינו מפסיד כלום, גם אם צד שלישי מהנה את המשאל, חל חיוב שואל.

ו) מקרה מיוחד שיש לדון בו לעניין זה הוא בשוכר נכס שהשאל אותו לאחר. כפי שנראה להלן¹⁵⁸, השואל חייב באונס כלפי המשכיר. נשאלת השאלה, מדוע חייב השואל באונס, הרי אין כל ההנאה של השואל, שהרי בעל הנכס נהנה, שמקבל דמי שכירות? נכון הוא שביחס לשוכר, כל ההנאה היא לשואל, שהרי אין לשוכר שום הנאה מן השאלה; אבל כפי שאמרנו, חיוב השואל הוא כלפי בעל הנכס, וביחס אליו הרי אין כל ההנאה לשואל? יש שתי תשובות לשאלה זו. תשובה אחת היא, שבעל הנכס אינו נהנה מההשאלה, מפני שהוא היה מקבל את דמי השכירות גם אילו לא השאל השוכר את הנכס לאחר, ומאחר שבעל הנכס אינו נהנה מן ההשאלה, כל ההנאה היא לשואל, ולכן הוא חייב באונס¹⁵⁹. תשובה שנייה היא על פי דעת הרשב"א, שהבאנו לעיל, שאם השואל אינו נותן דבר למשאל, אלא אדם אחר נותן דבר

¹⁵⁵ חידושי הרי"ם, חו"מ, עב, ס"ק יז; בית יעקב (מסקין), סימן נג. ראה ליד ציון הערה 121. גם אמרי בינה, דיני טוען ונטען, סימן יד, רומז להסבר זה.*

¹⁵⁶ שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קפט (הובא באמרי בינה, דיני הלוואה, סימן עד, ועל ידי ש' אטינגר, שנתון המשפט העברי יג, תשמ"ז, עמ' 24, הערה 7).

¹⁵⁷ דברי משפט, עב, ג, ס"ק ב (על ראובן האומר לשמעון "טול דינר והשאל נכס שלך ללוי"; והובא באמרי בינה, דיני הלוואה, סימן עד); חידושי הרי"ם, ב"מ לה ע"ב (ד"ה לכאורה), ועל חו"מ, עב, ס"ק יז.*

¹⁵⁸ בסעיף 7, פרק ד, 3.

¹⁵⁹ חידושי הרי"ם, ב"מ לה ע"ב (ד"ה וצ"ל); אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן עד. הרי"ם הוסיף, שגם אם השכיר את הנכס לימים, כל יום בסכום מסוים, אין אומרים שבעל הנכס נהנה מן ההשאלה, שאילו לא השאל השוכר, היה השוכר מחזיר לו את הנכס ולא היה משלם דמי שכירות – אלא כל זמן שלא החזיר את הנכס, חיוב דמי השכירות הוא עבור שכירותו, לא עבור ההשאלה, וההשאלה רק גורמת את ההנאה, שבגללה אינו מחזיר.

למשאיל, אין השואל יוצא מגדר שואל. אף כאן, השואל לא נתן דבר לבעל הנכס, ואין זה משנה שהשוכר נתן שכר לבעל הנכס¹⁶⁰.

ז) נכס של שותפים, וביקש אדם שלישי לשאול אותו מהם בחינם, ואחד השותפים הסכים, והשותף האחר הסכים רק להשכירו לו, הרי אדם זה שוכר על חצי מהנכס, ושואל על חלקו האחר¹⁶¹. אין אומרים שדמי השכירות, שהוא משלם לשותף הראשון, משמשים תמורה גם עבור השותף השני, מאחר שלמעשה השותף השני אינו נהנה מן ההשאלה כלל, ולגבי חלקו, כל ההנאה היא לשואל¹⁶².

ח) אמר ראובן לשמעון: "השאֵל לי נכס שלך, ובתמורה אתן לך נכס לשמור בשכר", ראובן נחשב שואל בנכס השואל בידו. אין אומרים שיש לשמעון, המשאיל, הנאה בשאילה, בכך שתמורתה הוא נהנה בקבלת שכר שמירה על נכס אחר. זאת משום שההנאה שיש למשאיל, שכר השמירה, כבר "מנוצלת" לעשותו שומר שכר על הנכס שבידו, ואין בה כדי לגרוע מ"כל ההנאה" שיש לשואל בנכס השואל¹⁶³.

¹⁶⁰ הסבר זה מועלה בחידושי הרי"ם ב"מ שם, הדוחה אותו רק משום שהוא סובר שהנאה שנותן אדם אחר למשאיל מוציאה את השואל מגדר "כל ההנאה שלו".

¹⁶¹ שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קפח.

¹⁶² שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קצא.

¹⁶³ משובב נתיבות, עב, ס"ק יז, בהגהה; חידושי הרי"ם, חו"מ, עב, ס"ק יז. ראה עיקרון דומה במילואים להערה 37 בשם הפלאת שבועות, להערה 113, להערה 122, להערה 125 בשם דברי משפט, להערה 141 בשם שואל ומשיב, ולהערה 150 בשם חידושי הרי"ם ומשובב נתיבות. שו"ת בן פורת, חלק ב, סימן ג, אות א (ד ע"א), מוכיח מב"מ צד ע"א, שגם אם בזכות השאילה, שכר השואל את המשאיל לעבוד עבורו בשכר, השואל חייב באונס, מפני שבכל זאת רוב ההנאה היא שלו (ראה בשמו במילואים להערה 154). כאן הנימוק שבפנים אינו תקף, שהרי אין כאן דין שומר שכר, שנאמר שהשכר מנוצל עבורו.

סעיף 2(א)

אחריות שומר חנם

2. אחריות שומרים (א) שומר חנם אחראי לאבדן הנכס או לנזקו אם נגרמו ברשלנותו.

התוכן

פרק ראשון: כללי 157

1. מידת אחריותו של שומר חנם ("ברשלנותו") 157
2. קביעת סטנדרט כללי לשמירה הדרושה 159
 - (א) עמדת החוק 159
 - (ב) עמדת המשפט העברי 160
 - (ג) שמירה בהתאם להרגלו של השומר או של בעל הנכס 162
 - (ד) התחשבות באילוצים חיצוניים המקשים על שמירה רגילה 164
3. "תחילתו בפשיעה וסופו באונס" ("נגרמו") 166
4. התנאה להקל על השומר בהגדרת הרשלנות 169
5. התנאה להחמיר על השומר בהגדרת הרשלנות 173
6. ירידה לפרטים בהגדרת הרשלנות 176
7. נטל הראיה 176

פרק שני: רשלנות במיקום הנחת הנכס 177

1. כללי 177
2. מפני סכנת גנבה 178
 - (א) כסף 178
 - (ב) שאר נכסים 184
3. מפני סכנת שרפה 185
4. מפני סכנות אחרות 187
5. מתן גישה לאנשים למקום הנחת הנכס 189

פרק שלישי: רשלנות בדרך העברת הנכס 191

1. הובלת נכס בדרך 191
2. ספּל 198
3. רועה בהמה 199
4. העברה בלי רשות 201

פרק רביעי: סוגים שונים של רשלנות 203

1. שכחה 203
2. דיבור לא זהיר 207

התוכן

3. התרחקות השומר מן הנכס 209
 4. שינוי 210
- פרק חמישי: סוגי נזק גבוליים ("לאבדן הנכס או לנזקו") 211
1. כללי 212
 2. נזק זמני 213
 3. "היזק שאינו ניכר" 213
 4. הוצלת מחיר הנכס 216
 5. נכס המצוי במקום שקשה להשיגו 217

כללי

1. מידת אחריותו של שומר חנם ("ברשלנותו")

החוק מורה בסעיף-קטן זה ששומר חנם אחראי לכל מה שיארע לנכס כתוצאה מרשלנותו, והוא פטור על נזק או אבדן שאירעו שלא מחמת רשלנותו. אף על פי ששמירה היא חוזה, ואם הופר חוזה, זכאי הנפגע לפיצויים גם אם המפר לא התרשל, ובלבד שהיה יכול לחזות את הנזק מראש או היה יכול למנועו, לפי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, סעיף 18(א) – מכל מקום, אי אפשר לחייב שומר חנם בפיצויים אם לא התרשל. אילו השומר היה מתחייב בחוזה השמירה להשיב את הנכס, היה חייב בפיצויים על הפרת חוזה גם אם לא התרשל. אבל לאמיתו של דבר, החוזה היה שהוא ישמור באופן סביר בלי להתרשל, ואת זאת הוא ביצע.

הוראה זו של החוק תואמת את עמדת המשפט העברי, המחייבת שומר חנם על "פשיעה". זאת במסגרת התאמתו הכללית של חוק השומרים לדיני שומרים שבמשפט העברי, שעמדנו עליה במבוא. המונח "פשיעה" מקביל למונח "רשלנות" שבחוק¹, אלא שהמחוקק לא רצה לנקוט "פשיעה", משום שמונח זה עלול היה להתפרש במובן הרבה יותר חמור מפרושו במקורות עבריים².

מדוע נקבע ששומר חנם אחראי לנזק מסוג זה, ורק לנזק מסוג זה? ניטיב להסביר זאת תוך דיון כולל בנימוק למידת אחריותם של סוגי השומרים השונים. כפי שראינו לעיל³, הקריטריון הקובע לאיזו קטגוריה נכנס כל שומר ושומר, הוא קריטריון ההנאה, והחלוקה לפי אותו קריטריון היא היסוד להבדל במידת אחריותם של השומרים השונים.

הסיבה לכך שרמת ההנאה של השומר מן הנכס משפיעה על מידת אחריותו, תובן על רקע ההסברים השונים שניתנו לעיל⁴ ליסוד אחריותו של שומר. הסבר אחד הוא, שחיובי השומרים הם דין הנגזר על פי התכונה האלוקית שבתורה. לאור זה, אפשר לומר שהתאמת מידות הנאה שונות לרמות שונות של חיוב נראית בעיני המשפט העברי צדק בסיסי⁵. הסבר שני הוא, שחיובי השומרים הם תמורה להנאתם (וגם שומר חנם נהנה מעט מן האמון הניתן בו). לפי זה נאמר,

¹ א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ספר ב, פסקה כט, עמ' 66; הרב הרצוג, The Main Institutions of Jewish Law, חלק ב, עמ' 176-177. השופט א' שיינבוים, ע"א 341/80 עלי נ' ששון ואח', פ"ד (לון) 281, 289, הצביע על תכונות משותפות ל"רשלנות" שבחוק ו"פשיעה" שבמשפט העברי.*

² נ' רקובר, "מקורות המשפט העברי לחוק השומרים", הפרקליט כד (תשכ"ח) 212, הערה 24. גם שר המשפטים נקט נימה דומה בשעת חקיקת החוק, בהסבירו את השימוש במונח "התרשלות" בחוק – ראה דברי הכנסת 44 (תשכ"ו) 325*.

³ סעיף 1(ב), פרק א.

⁴ סעיף 1(א), פרק א, 2.

⁵ את הטעם לשוני באחריות השומרים על פי הנאתם, הסבירו תוספות, כתובות נו ע"ב, ד"ה הרי (ובקיצור בתוספות הרא"ש, ב"מ צד ע"א), שהתורה העריכה שומר חנם מוכן להתחייב בפשיעה בלבד משום שאינו

שככל שגוברת הנאתו של השומר מן העסקה, כן גוברת התמורה שהוא חייב לתת לבעל הנכס, בדמות חיוב שיפוי מוגבר. הסבר שלישי הוא, שחיובי שומר שכר ושואל הם תמורה להנאתם, וחיוב שומר חנם הוא חיוב נזקי על שגרם לבעל הנכס להסתלק משמירתו בהסתמך עליו. לפי זה נסביר, ששומר חנם חייב רק בפשיעה, כלומר, אם לא שמר כדרך שבני אדם שומרים נכסים, משום שרק לגבי מקרה זה ניתן לומר שבעל הנכס הסתלק משמירתו, והפסיק לשמור כדרך בני אדם, בסמכו על מחשבתו שהשומר ישמור במקומו כדרך בני אדם, ואם השומר לא עשה כן, הוא נחשב שגרם לו נזק.⁶ לעומת זאת, שומר שכר ושואל חייבים אף ביותר מכך, משום שהנאתם המרובה מן השמירה מחייבת אותם לתת תמורה גדולה יותר, בדמות אחריות מוגברת.⁷

בדיונו בסעיף-קטן זה, נברר מהי "רשלנות" לעניין אחריות שומר חנם: איזו התנהגות של השומר קרויה רשלנות, ומחייבת אותו באחריות לאבדן או לנזק של הנכס שנגרמו על ידיה, ואיזו התנהגות אינה רשלנות, כך שלא ישא באחריות לאבדן הנכס או לנזקו. התחום של הנזקים שאינם נגרמים על ידי רשלנות נתון לחלוקה נוספת: נזקים שהיה אפשר לצפותם ולמנעם, ונזקים שלא היה ניתן לצפותם ולמנעם – "אונס". אך לחלוקה זו אין נפקות לעניין שומר חנם, שהרי הוא פטור בשני סוגי הנזקים, מאחר שלא נגרמו על ידי רשלנות. לחלוקה זו יש נפקות רק לעניין שומר שכר, שהוא חייב בנזק שהיה אפשר לצפות ולמנוע, ואינו חייב באונס. לכן לא נדון בחלוקה זו בדיונו בסעיף-קטן זה, אלא בדיונו בסעיף 2(ב), העוסק באחריות שומר שכר. מכל מקום, לדברים שנברר בדיונו בסעיף 2(ב) יש חשיבות גם לעניין שומר חנם, משום שכל דבר ששומר שכר פטור בו, שומר חנם פטור בו, מקל וחומר. משום כך, יש מקרים שנפסק לגביהם במקורותינו ששומר חנם פטור, ובכל זאת לא נעסוק בהם בסעיף-קטן זה, אלא בסעיף 2(ב), מאחר שגם שומר שכר פטור בהם.

בפרק א נתמקד בעקרונות הכלליים של הגדרת המושג "רשלנות". בפסקה 2 נברר האם היא נקבעת לפי התנהגות אדם סביר, או לפי התנהגות רוב בני האדם, או לפי התנהגות רגילה של השומר עצמו. כן נעלה שם את העיקרון, שהמשפט העברי מתחשב במצוות דתיות, לעניין זה ששומר המתנהג בהתנהגות מסוימת עקב מצווה דתית – לא תיחשב התנהגותו לרשלנות. בפסקה 3 נדון במקרה המיוחד של "תחילתו בפשיעה וסופו באונס": חידושו של המשפט העברי, המחייב שומר חנם גם אם הנזק נגרם מחמת הרשלנות רק בעקיפין. בפסקאות 4 ו-5 נדון בהתנאה שבין השומר לבעל הנכס לגבי אופן השמירה, שיש בכוחה לשנות את הגדרת הרשלנות לגבי השמירה הספציפית, לקולא או לחומרא. בפסקה 6 נבחון את הנחיצות של העיסוק בהגדרת רשלנות לגבי מצבים ספציפיים פרטיים, וזאת כמבוא לפרקים ב-ד. בפסקה 7 נברר על מי מוטלת חובת הראיה, להראות האם הייתה או לא הייתה רשלנות. בפרקים ב-ד, נבחן מגוון רחב של התנהגויות של שומרים, ונביא את פסקי הדין שקבעו באותם מקרים מתי ההתנהגות נחשבת רשלנות, ומתי אינה נחשבת רשלנות. נחלק דיון זה

נהנה, ושומר שכר מוכן להתחייב אף בגנבה ואבדה משום שהוא נהנה יותר, ושואל מוכן להתחייב אף באונס משום שהוא נהנה עוד יותר.⁸

⁶ נקודה זו ניתנת להאמר גם לפי ההסבר שגם שומר חנם חייב על הנאתו, מן האמון הניתן בו, משום שאמון זה נובע מזה שבעל הנכס הסתלק משמירה על פיו (ראה סעיף 1(א), שם), והסתלקות זו מתייחסת רק לשמירה שבני אדם (כולל בעל הנכס) רגילים לעשות. וראה במילואים להערה 40.*

⁷ בב"מ צג ע"ב מנומקת החמרת אחריות שומר שכר בכך שבעל הנכס נתן לו שכר כדי שישמור שמירה יתירה – כלומר, יותר משבני אדם רגילים. על הנימוק לחיוב שואל באונס, ראה בהרחבה בדיונו בסעיף 2(ג).

לראשים אחדים: רשלנות במיקום הנחת הנכס, כשהנכס נשאר במקום אחד (פרק ב); רשלנות בהעברת הנכס, כשהשומר עובר ממקום למקום והנכס עמו (פרק ג); וסוגים שונים של רשלנות שאינם נכנסים בתחומם של הפרקים האחרים (פרק ד).
 לבסוף, בפרק ה, נדון בשאלה שהיא משותפת לכל השומרים: מה כוללים המושגים "נוק" ו"אבדן", שחוזרים בסעיף 2 שלוש פעמים, פעם אחת בכל שומר? נמנה סוגים אחדים של נוקים גבוליים, ונראה האם אחריות השומרים – מכל הסוגים – חלה בהם.
 דיונו בסעיף זה, בכל הסעיפים הקטנים שבו, מתמקד באחריות לנוק או לאבדן שנגרמו עקב אי הגנת הפיקדון מפני סכנה עתידה, וההגנה היא בדרך כלל פעולה סבילה, כגון הנחת הנכס במקום שמור. בדיונו בסעיף 6, פרק ג, נדון באחריות לנוק או לאבדן שנגרמו עקב אי הצלת הפיקדון מסכנה שבהווה, והצלה זו היא בדרך כלל בנקיטת פעולה יותר פעילה, כדרוש כנגד סכנה שבהווה.

2. קביעת סטנדרט כללי לשמירה הדרושה

(א) עמדת החוק

פקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיף 35, מגדירה רשלנות: "עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני, לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות", אם נהג כך "ביחס לאדם אחר שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג". לדעת השופט שיינבוים, ניתן להשתמש בהגדרה זו אף לעניינו, להגדיר מהי אחריות שומר חינום ברשלנות. כמו שבעל משלח יד נחשב מתרשל אם לא נקט מידת זהירות שהיה נוקט אדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד, כך גם שומר שלא נקט אותה זהירות ששומר סביר ונבון היה נוקט בה, נחשב שהתרשל⁸. בית המשפט יקבע בכל מקרה ומקרה את הנורמה והסטנדרט של שומר "סביר ונבון"⁹.

לעומתו, טרסקי סבור שהרשלנות הנוכרת בחוק השומרים שונה מזו שבפקודת הנזיקין, שכן הרשלנות שבפקודת הנזיקין היא התנהגות הנופלת מרמת ההתנהגות שהמשפט יכול לדרוש מכל אדם ביחס לחברו, ואילו הרשלנות שבחוק השומרים היא אי קיום של המאמץ הנדרש מ"שומר"¹⁰. כלומר, אחריותו של שומר חמורה יותר משל סתם אדם. אולם גם הוא מסכים, שהמבחן לרשלנות כאן הוא הסבירות, ונדרשת משומר רמת התנהגות שלפי ההיגיון נחוצה להבטיח את שלום הנכס¹¹.

⁸ ע"א 341/80 עלי נ' ששון ואח', פ"ד לו(3) 281, 287-288 (להלן: עניין עלי). כמו כן, שר המשפטים, בדברי הכנסת 44 (תשכ"ו) 325, וד' פרידמן, "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ג (תשל"ד) 170, סבורים שחוב שומר חינום ברשלנות מקביל לעיקרון הרשלנות הכללי שבדיני נזיקין.

⁹ עניין עלי שם, בע' 290-291.

¹⁰ ג' טרסקי, "השומר על פי דין", משפטים ח (תשל"ח) 433. גם א' סלטון, "ההיבט הנזיקי של חוק השומרים", עיוני משפט ה (תשל"ז) 657, סבור שיש לפרש "רשלנות" כאן באופן עצמאי, ולא בכפיפות לפקודת הנזיקין, ובית המשפט יפרש בכל מקרה את המונח "רשלנות" לפי הנסיבות. הוא חוזר על דעתו במאמרו "אחריות שומר ושאלת רשלנותו של בעל הנכס", הפרקליט לג (תשמ"מ) 592, ה"ש 10.

¹¹ גם י' אנגלרד, "האחריות לגנבת מכונית מתוך חניון", משפטים יא (תשמ"א) 301, ה"ש 37, מגדיר רשלנות: מי שלא נקט את כל האמצעים הסבירים להשגת השמירה, בלי חיוב להשיג את התוצאה שהנכס יהיה שמור.

לא מצאנו מי שפירש שהרשלנות הנוכרת בחוק השומרים תלויה בנוהג המקובל בחברה¹². אולם מאחר שזוהי עמדת המשפט העברי, כפי שנראה בסמוך, ראוי לפרש כך גם את עמדת החוק, במיוחד לפי הגישה שאין חוק השומרים תלוי בפקודת הנוזיקין לעניין זה.

(ב) עמדת המשפט העברי

המשנה קובעת ששומר חנם חייב אם לא שמר "כדרך השומרים", ואם שמר "כדרך השומרים", הוא פטור¹³.

המונח "כדרך השומרים", הקובע את רמת השמירה ששומר חנם חייב בה, ובה אינו קרוי "פושע", הוא מונח הסובל שני פירושים אפשריים. אפשר לפרשו במובן של נוהג מקובל, לאמר, הדרך ששומרים נוהגים בה בדרך כלל, כדוגמת "דרך מלכים"¹⁴, ו"שאיין דרך ישראל לבוא בשבת"¹⁵, או "דרך בני אדם להניח בבתים"¹⁶. לפי פירוש זה, שומר חנם צריך לשמור באופן שנוהגים רוב האנשים לשמור נכס כזה בנסיבות השוררות באותו מקום ובאותו זמן. מאידך גיסא, אפשר לפרש את המונח במובן נורמטיבי, כלומר, הדרך שראוי לשומרים לנהוג בה, כדוגמת "שחטה כדרכה"¹⁷, או "דרך כל המומתין – מתוודין"¹⁸. לפי פירוש זה, השומר צריך לשקול, לפי הבנתו האובייקטיבית, כיצד ראוי לאדם לנהוג בשמירת נכס כזה בנסיבות הספציפיות, ועליו לשמור בהתאם לכך, בין אם אנשים רגילים לשמור ברמת שמירה פחותה מזו הנחוצה לפי שיקול דעתו, ובין אם הם רגילים לשמור ברמת שמירה חמורה מזו שדי בה לפי שיקול דעתו.

מדברי הפוסקים עולה, שהפירוש הראשון הוא הנכון: הקריטריון הוא מנהג בני האדם. בלשון ר' ישראל איסרלין¹⁹: "הכל תלוי במנהג המקום והזמן, היאך נוהגים לשמור"; ובלשון ר' יוסף קארו: "כדרך שבני אדם רגילים לשמור באותו זמן"²⁰. אף הרמ"א אומר שעל השומר להניח את הנכס "במקום המשתמר כפי דרך המקום וכפי הזמן שהוא מפקיד"²¹. כמו כן, מהרשד"ם²² כותב: "שהכל תלוי לפי מנהג המקום". דרך אנשי המקום נקבעת לפי ראות עיני הדיין²³, היודע מהי דרך התנהגותם.

תפיסה זו באה לידי ביטוי מיוחד בדברי הרמב"ן, המדגיש שדי לשמור באופן המקובל, גם אם באופן זה צפויה סכנה לשלום הנכס. הוא מתייחס להלכה הפוסטרת שומר חנם המעביר בגשר את הבהמות הנשמרות על ידו, כולן יחד²⁴, וכותב: "ודאי פשיעה היא, שכיוון שדרכן

¹² ש' רנר, חוק השומרים, עמ' 142, קובעת שלפי החוק, רשלנות נמדדת לפי מבחן הסבירות.

¹³ ב"מ מב ע"א. ביטוי זה מופיע לעניין זה גם במכילתא דרשב"י, שמות כב, ו*.

¹⁴ ברכות ט ע"ב.

¹⁵ עירובין פו ע"א.

¹⁶ ב"ק סא ע"ב.

¹⁷ חולין לא ע"א.

¹⁸ סנהדרין מג ע"ב.

¹⁹ תרומת הדשן, חלק התשובות, סימן שלג*.

²⁰ בית יוסף, חו"מ, רצא, כ (הובא בשו"ת תורת חיים, מהרח"ש, חלק א, סימן ז, בשו"ת פקודת אלעזר, לעוו, סימן קסז, ובשו"ת מהריט"ק, סימן רפה). ראה בשמו במילואים להערה 160.

²¹ רמ"א, חו"מ, רצא, יח (הובא בפרי אליהו, חלק ג, סימן צט, בשו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קסו, ובשו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א). לשון זו מופיעה גם בערוך השולחן, חו"מ, רצא, לב.

²² שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קלד.

²³ שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן כב, אות ח.

²⁴ ראה ליד ציון הערה 313.

להיות דוחפות זו את זו, והעבירן כאחת, אין כאן שמירה לא מעולה ולא פחותה... ומיהו, שומר חנם פטור, שלא קיבל עליו לטרוח כל כך, אלא שיהא שומרן ומעבירן כמו שעושה בשלו. הלכך, אף על פי שאין שמירה כלל, פטור, שעל מנת כן קיבל... אין שומר חנם צריך לשמירה פחותה בכל מקום אלא כדרך שומרים את שלהם²⁵.

מדברי הרמב"ן האלו ברור ש"דרך השומרים" אינו נמדד על פי קנה מידה של "אדם סביר", שנקבע על ידי שופט, שהלא "אדם סביר" לא יפשע פשיעה גמורה. אמת המידה הקובעת לגבי שומר חנם היא מה שנהוג באופן כללי, ואין שומר חנם חייב לבצע שמירה מעבר למה שאנשים רגילים עושים בדרך כלל.

הנימוק לקבלת הקריטריון של מנהג בני אדם, גם אם מנהג זה מעמיד את הנכס בסכנות, הוא, שכך יש להעריך את כוונות הצדדים. כשבעל הנכס מפקיד את הנכס אצל השומר, הוא משער מן הסתם שהשומר ינהג כמנהג המקובל באותו מקום ובאותו זמן, ועל דעת כן הוא יוצר את קשר השמירה, ואף השומר מקבל על עצמו את התחייבות השמירה בהתאם למקובל. לכן די בשמירה כזאת²⁶. יש כאן גם התחשבות בשומר. קשה לדרוש מאדם רגיל, העושה טובה לחברו ושומר בעבורו על נכס, שיקח בחשבון את כל הנסיבות האובייקטיביות, וישקול מצד אחד את הסכנות הצפויות לנכס ולעומתן את יעילות דרכי השמירה האפשריות. לא כל שומר הוא נבון דיו כדי לעשות שיקולים אלו ברמת חשיבה של שופט המנתח ניתוח תיאורטי של המצב. לעומת זאת, אפשר לצפות משומר חנם שידע איך אנשים בסביבתו רגילים לשמור נכס מסוג זה, ושינהג בהתאם לסטנדרט זה. אין אנו מטילים עליו לעשות סקך סטטיסטי של נוהגי השמירה בזמנו ובמקומו, אלא לפעול בהתאם למה שהוא יודע שמקובל בסביבתו, והרי בלאו הכי ההתנהגות הטבעית של בני אדם היא להתאים את עצמם לסביבתם.

הנוהג המקובל קובע את דרך השמירה גם כשהוא בעל סטנדרט גבוה יותר ממה שהיה נדרש באופן סביר לנוכח הסכנות הצפויות לנכס. לדוגמה, במקום שמקובל ששומרים כסף במקום שמור מאד, בתיבת ברזל, חייב השומר לשים שם את הכסף, ואל ישים אותו בארגז של בגדים, שדרכו לפתחו בתדירות לצרכיו²⁷. כמו כן, אם יש בעיר מקומות מיוחדים לשמירת סחורה, שיש בהם ביטחון מיוחד, שחומתם בצורה ויש לידם שומרים יומם ולילה, חייב השומר להניח שם את הנכס, ואם הוא מניח את הנכס במקום אחר, אפילו במקום סגור, זו פשיעה²⁸. גם כאן, כמו כשהמנהג הוא בעל סטנדרט שמירה נמוך יותר מן הסביר, הסיבה שהמנהג קובע היא, שבעל הנכס מפקיד מן הסתם על דעת שינהג השומר באופן המקובל²⁹. נוסף לכך, אילו היינו מתירים לשומר לנהוג לפי שיקול דעתו, ולשמור ברמת שמירה נמוכה מן המקובל, כאשר

²⁵ חידושי הרמב"ן, ב"מ צג ע"ב (הובא בחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ שם, בדיברות משה, ב"מ, סימן מא, הערה מד, ועל ידי רב"צ ראקאו, תבונה, אדר תש"י).

²⁶ כך נימקו: בית יוסף, חו"מ, רצא, כ (הובא בשו"ת תורת אמת, סימן קנ); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימנים מז וקלד; שו"ת מהריט"ן, סימן רפה; ושו"ת תקפו של יוסף, חלק ב, סימן מג.

²⁷ השואל בשו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א. אף על פי שהמשיב חלק עליו שם, נימקו היה רק שלדבריו המנהג היה להניח בתיבה נעולה, ולא דווקא מברזל, ועל דעת כן הוא הפקיד. וראה בשמו במילואים להערה 34, לעניין החיוב לשים במקום ששם את שלו, לחומרא.

²⁸ שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ב (פח ע"ד). הוא מוסיף, שאם לא שמר שם, הוא חייב גם אם באו גנבים באונס שלא היה יכול להציל מפניו, מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס".

²⁹ זכרון יוסף שם.

השמירה המקובלת היא מופרזת בחומרתה, היה נוצר מצב ששומרים היו מקילים בשמירה בהתאם לשיקול דעתם, גם כשאין לכך הצדקה. עם זאת, נראה שבמקום שאין נוהג מקובל באשר לדרך השמירה של נכס מסוג מסוים, וגם אי אפשר להקיש מדרך שמירתם של נכסים דומים, יצטרך השומר לנהוג לפי שיקול דעת סביר או בייקטיבי. כך מוכח מדברי הפוסקים, שנביא בפרקים הבאים, הנושאים ונותנים לגבי מקרים שונים, בשאלה האם נהג השומר כראוי, או שמא היה צריך להיזהר יותר, ואינם מזכירים את מנהג המקום. הסיבה לכך היא, שכאן, בלית ברירה, נצטרך לתבוע ממנו להפעיל שיקול דעת, אף על פי שהדבר דורש תבונה מסוימת, כאמור. מאחר שאין מנהג שיקבע, אין לנו אפשרות לפטרו על פי התנאה מכללא, כפי שפטרונו שומר שנהג לפי המקובל. סייג זה חשוב במיוחד בתקופה המודרנית, כשהחברה היא רבגונית, וקשה לקבוע מהו הנוהג המקובל. במקום שאנו דנים על פי שיקול דעת או בייקטיבי, השומר חייב אם שמר באופן שאינו ראוי לשמירה, לפי הנסיבות והשיקולים שהיה צריך לשקול, ואינו יכול לטעון שטעה וחשב שזהו אופן הראוי לשמירה³⁰. זוהי אחריות שומר מקבל על עצמו: לשקול מהי השמירה הראויה לפי הנסיבות, ואם יטעה בכך, ישא באחריות.

כאשר אנו קובעים את דרך השמירה לפי מנהג האנשים בזמן מסוים ובמקום מסוים, אמת המידה היא לפי מנהג האנשים בשמירת הנכסים השייכים להם³¹, ולא לפי מנהג שמירתם על נכסי אנשים אחרים המופקדים אצלם לשמירה. זוהי דרך נוחה יותר, ומעשית יותר, כיוון ששמירת נכסים מופקדים אינה כל כך מצויה ונפוצה, וקשה לאדם לקבל תמונה שלמה של דרך השמירה המקובלת, שלא כשמירת אנשים על נכסי עצמם, שהיא כמובן נפוצה ומצויה³².

(ג) שמירה בהתאם להרגלו של השומר או של בעל הנכס כשם שהשומר רשאי לנהוג בשמירתו כדרך שאנשי מקומו נוהגים בשלהם, כך הוא רשאי לנהוג בשמירתו כמנהגו בשמירת נכסים שלו, גם בלי להסתמך על נוהג נפוץ בין בני האדם. אם יש לשומר חפץ מאותו סוג כמו הפיקדון³³, והוא רגיל להניחו במקום מסוים, יוכל להניח שם גם את הפיקדון, אם זהו מקום הראוי לשמירה³⁴. גם אם זהו מקום שהוא רק קצת ראוי לשמירה,

³⁰ שו"ת תורת אמת, סימן קיב; שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן ח (על שומר שהניח את הנכס במקום רעוע, מתוך שטעה וחשב שהמקום ראוי לשמירה).

³¹ הרמב"ן שם נקט "כדרך שומרין את שלהם". חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מב ע"א, נוקט: כדרך שבני אדם שומרים את ממונם.

³² רד"ג גולדברג הסביר שאי אפשר לקבוע מה הדרך שאדם שומר את ממונו הזולת, שהרי כשאדם ניגש לשמור ממונו של זולתו, דרך שמירתו אינה נובעת מטבעו, אלא זה נעשה לפי מה שהתורה (או חוק אחר – אם ננסה לקבוע זאת על פי מנהגי הנכרים בשמירה) מצווה עליו לעשות.

³³ כך כתב שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קיז (הובא בפרי עץ חיים, חלק ד, דף קכה, מס' 411, ובשו"ת גנוזי שלום, חו"מ, סימן ה), שההפטר המיוחד לשומר ששמר את הפיקדון כמו ששמר את שלו (שהנפקות מהפטר זה היא למקרה שזה מקום קצת שמור, כפי שנראה בהמשך), מתייחס רק למקרה שהנכס שלו והפיקדון הם מאותו סוג, כגון ששניהם כסף, או שניהם מלבושים, שאז העובדה שהוא מחשיב מקום זה כראוי לשמירה לעניין הנכס שלו, הופכת אותו למקום ראוי לשמירה גם לפיקדון, מה שאינו כן כשהם נכסים מסוגים שונים, שהרי אפשר שמקום הראוי לשמירה לנכס זה אינו ראוי לזה.

³⁴ תוספתא, ירושלמי, רמב"ם, טור ושו"ע (שיצוינו בהערה 37 ובמילואים שם); חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ מב ע"א; חוקות הדיינים, סימן קצו; פסקי רמב"ם, סימן ססד, בשם הגאונים; שו"ת מהר"ם מינץ, סימן קד; פרישה, חו"מ, רצא, כ. כמו כן, ע"א 172/66 ריידה אבראהים אל-עלמי נ' מקבל הנכסים הרשמי, פ"ד כ(4) 211, 221, פוטר בנק ששמר שטרות חוב במשרדו, ועם פרוץ המאורעות לקחם משם למקום שאחר

כלומר, ברמה נמוכה בלבד, הוא רשאי להניח שם את הנכס המופקד, כיוון שהוא רגיל להניח את שלו במקום הזה³⁵. ברם, אם הניח את הפיקדון במקום שידוע שאינו ראוי לשמירה מבחינה אובייקטיבית, אף אם הוא מניח גם את שלו באותו מקום ובאותו זמן (או אף אם נהג כך תדיר³⁶), זוהי רשלנות³⁷. מאחר שהמקום אינו בטוח, הוא אינו יכול לטעון להפטר מכוח העובדה שהניח שם גם את שלו, שכן אדם רשאי להתרשל בשמירת חפציו שלו, ולא בשמירת חפציהם של אחרים³⁸. בכך שונה דרך שמירה המקובלת אצל שומר זה, מדרך שמירה המקובלת אצל כל אנשי המקום, שהרי שומר הנוהג ככני המקום פטור גם אם מבחינה אובייקטיבית אין זו שמירה ראויה, כפי שראינו בדברי הרמב"ן.

אולם יש שנפטור שומר ששמר בדרך שהוא רגיל בה בנכסיו, אף אם שמירה זו אינה מספקת מבחינה אובייקטיבית: אם ידוע בבירור שהשומר הזה רגיל לשמור באופן זה, הוא רשאי לשמור כך על הנכס המופקד אצלו, משום שבעל הנכס הפקידו אצלו על דעת כך, שינהג כמו שהוא נוהג בשלו, מכיוון שדרך התנהגותו ידועה בבירור³⁹. על כך, ראה בפסקה 4. עניין אחר הוא הסתמכות השומר על הרגלי השמירה של בעל הנכס. הכוונה היא לשומר שהניח את הנכס במקום שאינו ראוי לשמירה, וגם בעל הנכס רגיל שלא להקפיד תמיד לשים את נכסיו דווקא במקום הראוי לשמירה, אלא לפעמים הוא מניחם במקום שאינו שמור כל כך. יש מי שאומר שהשומר פטור כאן⁴⁰, משום שבעל הנכס הראה בכך שאינו מקפיד על שמירה ברמה גבוהה, ומן הסתם הוא מוכן שגם השומר ינהג כמותו, ואינו דורש ממנו שמירה

כך נעשה שטח של ירוך, בנימוק שהבנק העביר לשם גם את הנכסים שלו, על פי המג'לה, סעיף 780, המחייב שומר חנם רק אם לא שמר כדרך ששומר את נכסיו. אך אז עדיין לא נחקק חוק השומרים.³⁵ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן קעא (הובא בשו"ת תפארת אדם, אסטרייכר, סימן קה, אות יא), דפוס קרימונה, סימן שא, ותשובות אור זרוע ומהר"ם (מהד' כהנא), סימן תטו; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קיו. מהר"ם (קרימונה) שם נוקט: מקום קרוב לפשיעה וקרוב לאונס, שיש שומרים כך ויש שאין שומרים כך (והובא בשו"ת משנת רבי אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן נו).³⁶ הירושלמי שם נוקט "נתן במקום שנוהג ליתן את שלו", הרי שגם אז חייב אם המקום אינו ראוי. כך כתבו גם: תשובות הרמב"ם (מהד' בלאו), סימן תו; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קיו; שו"ת בנימין זאב, סימן תלט; שו"ת מהריט"ץ, סימן רפה; שו"ת בני משה (שלטון), סימן סא (קטז ע"א). אך ר"י אבן גיא, בפירושו ל"ב"מ מב ע"א ("שיטת הקדמונים"), מביא את הירושלמי בלי המלה "נוהג".³⁷ תוספתא, ב"מ ח, ו; ירושלמי, ב"מ ג, ז (הובא בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימנים קעא, שעא, ו-תשכד, בחידושי הרמב"ן, ב"מ מב ע"א, בחידושי הרשב"א, ב"מ מב ע"א, ובתוספות רבנו פרץ, ב"מ מב ע"א – שלושת האחרונים גם על כסף).

³⁸ רמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קיו; פרישה, חו"מ, רצא, יז.
³⁹ מקורות לכך ראה בהערה 87. תצוין הצעתו של ח"כ ש"ז אברמוב, דברי הכנסת 44 (תשכ"ו) 216, לקבוע ששומר חנם חייב לנהוג בנכס זהירות כאילו היה שלו, ודי בכך כיוון שמן הסתם בעל הנכס מכיר את השומר, ואינו רשאי לדרוש ממנו לשמור יותר טוב משהוא שומר את שלו. כלומר, הוא מניח שכל בעל נכס יודע מה דרך שמירתו של השומר, ולכן יוכל כל שומר לשמור כדרך שהוא שומר את של עצמו. על הצעתו השיב שר המשפטים, בדברי הכנסת שם, עמ' 325, באומרו שמבחן זה זהה (!) למבחן הרשלנות שבפקודת הנויקין – התנהגות אדם סביר באותן נסיבות, שהוא מבחן ברור יותר מהתנהגות שומר בשל עצמו.
⁴⁰ הראב"ד, בשיטה מקובצת, ב"מ מב ע"א (ד"ה אותבינהו). הוא מדבר על שמירת כסף, שלפי הדין המקורי צריך לקברו (ראה פרק ב, 2), ומכל מקום הוא פוטר את השומר הניחו בתיבה, במקרה שבעל הכסף היה לפעמים קובר את כספו ולפעמים מניחו בתיבה. נידונו הוא אחריות שומר משנה כלפי השומר הראשון – ראה בשמו במילואים להערה 154. כמו כן, ע"א 130/80 ביטון נ' "חלמיש" חברה עירונית לשיקום הדיור בתל-אביב-יפו, פ"ד (2) 706, 710, נוקט כשיקול לפטור שומר, אם אמצעי השמירה שנקט היו כמו אלו שנקט בעל הנכס.

טובה יותר משהוא מקיים בשל עצמו. לעומתו, יש דעה המחייבת במקרה זה, גם אם בעל הנכס רגיל להניח את נכסיו במקום מופקר, משום שבעל הנכס רשאי לנהוג בשלו כרצונו, ואף רשאי להפקיר את שלו, אבל השומר מחויב בדיני שמירה ככל שומר, כיוון שהוא שומר כסף של אדם אחר⁴¹.

בפסקה זו נקטנו כדוגמה לאופן השמירה את מיקום הנחת הנכס, משום שזו הדוגמה המצויה ביותר, ועיקר הדיון במקורות מוסב עליו. אולם האמור נכון לגבי כל דרך התנהגות של השומר, שמתעוררת לגביה השאלה, האם היא רשלנות, או שמא יוכל להיתלות בכך שזוהי דרך התנהגותו הרגילה או דרך התנהגותו הרגילה של בעל הנכס.

(ד) התחשבות באילוצים חיצוניים המקשים על שמירה רגילה שומר שנהג בשמירת הנכס באופן מסוים, שכרגיל היינו מגדירים אותו כרשלנות, משום שאינו שמירה "כדרך השומרים", אבל הוא נהג כפי שנהג מתוך אילוצים חיצוניים, הוא פטור, בתנאים מסוימים. מאחר שהיה מוכרח לנהוג כפי שנהג, או שהייתה לו סיבה מוצדקת לנהוג כך, אין לראות זאת כרשלנות. יש שגם שומר שכר פטור אם אילוצים חיצוניים מקשים על שמירתו, כשהאילוצים הללו מגיעים לדרגת "אונס", כפי שנגדיר אותו בדיונונו בסעיף 2(ב). אולם הדעת נותנת, שכדי לפטור שומר חנם די באילוצים פחות חמורים, ואף אם שומר שכר באותו מצב היה מחויב להמשיך לשמור, משום ששומר שכר מחויב להתאמץ במיוחד, הרי שומר חנם יהיה פטור באותו מצב, ודי באילוץ קל יחסית כדי להוציא את התנהגותו מגדר רשלנות. מצויות במקורות דוגמאות אחדות לאילוצים המצדיקים התנהגות "רשלנית" של השומר. סכנת מגפה: אם הייתה מגפה בעיר שהנכס נמצא בה, והשומר הרחיק את בני משפחתו לכפר, ופרנסתו הייתה בעיר, והיה הולך ושב מן העיר אל הכפר, הוא נחשב אנוס, מפני שהיה טרוד להציל את עצמו ולפרנס את בני משפחתו שבכפר, ולכן פטור אפילו שמר פחות טוב מהראוי⁴².

פחד: מעשה בשומר שקיבל בגד להוביל ממקום למקום, והניחו תחתיו על החמור שרכב עליו, ובלילה הגיע למקום שיש בו "פחד הרבה", ונפל השומר מהחמור, והבגד נפל עמו, ובגלל הפחד והבהלה, שכח להחזיר את הבגד לחמור, והמשיך בדרכו, והבגד אבד. נפסק שהשומר פטור, משום ששכח מתוך פחדו⁴³.

טרדה בשל סכנה שנתון בה אדם אחר: שומר טבעת, שהיה עונד אותה באצבעו לשם שמירה, והסיר אותה מאצבעו לרגע, והניח אותה בין חגורתו לבגדו, וקראו לו לצאת החוצה לצורך דחוף, כדי להציל קרוב שלו שנלקח לערכאות, ובחפזו שכח להחזיר את הטבעת לאצבעו, ומתוך כך אבדה, השומר פטור, משום ששכח מחמת טרדתו מתוך דאגתו להציל את קרובו⁴⁴.

⁴¹ שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ט. מטעם זה הוא מחייב שומר שמסר לאדם חשוד, גם אם רגיל בעל הנכס להפקיד אצלו, וגם אם היה חשוד גם כשבעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו – ראה בשמו בסעיף 7, הערה 225. אך יש להעיר, שיש חולקים עליו שם, והם יחלקו עליו גם כאן.*

⁴² שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שמא (הובא בפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג, דף קיג ע"ג). הוא כותב שהדין כך גם לדעה המחייבת שומר שכר אם נגנב הנכס אחרי שנאנס אונס הגוף (ראה סעיף 2(ב), ליד ציון הערה 26), מפני שדין שומר חנם קל מדין שומר שכר.*

⁴³ שו"ת נחפה בכסף, חלק א, חו"מ, סימן כג. נביא את דבריו בהרחבה ליד ציון הערה 366.*

⁴⁴ שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קלג. נביא את דבריו בהרחבה ליד ציון הערה 369. במילואים שם נראה שלעניין

טרדה בשל תאונה: שומר המוביל נכס בתוך שק, והגיע לנהר, וכשעבר בנהר, נפל השק למים ונפתח, וסגר אותו והמשיך אתו בדרך, ואחר כך התברר שהנכס חסר, אין אומרים שהתרשל בזה שלא בדק אז האם נפל הנכס, משום שהוא היה טרוד ובהול ומבולבל בדעתו מחמת התאונה.⁴⁵

יש שהשומר פטור אם פעל מחמת אילוצים, אף אם מסר בפועל את הנכס לגזלן, כתוצאה מהאילוצים. אך זאת דווקא אם היה זה אילוצן חמור במיוחד, כגון שהלה איים לִרְצוֹחוֹ⁴⁶, וכדומה. כך, קובע התלמוד, שאם באו שודדים על השומר, ודרשו ממנו כסף באימים, ונתן להם את הכסף המופקד, הוא פטור. אך זאת דווקא אם יש יסוד להניח שהשודדים באו עליו בגלל הכסף שהיה מופקד אצלו, כגון שלא היה עשיר, שלכן אין להניח שבאו בשביל כספו⁴⁷. אולם אם היה השומר עשיר, כך שאפשר שהשודדים באו בשביל כספו ולא בשביל הכסף המופקד, אינו רשאי לתת להם את הכסף המופקד, אלא יתן להם כסף משלו, ואם נתן להם את הפיקדון, הוא חייב לשלם⁴⁸. כשיש להניח שהשודדים באו בשביל הכסף המופקד, אנו פוטרים את השומר, כאמור, גם אם לא היו יכולים למצוא את הכסף בלעדיו⁴⁹. אף על פי שסתם אדם שאנסוהו שודדים להביא להם כסף של אדם אחר, ולא היו יכולים ליטלו בעצמם, חייב אם הביא להם, הרי דינו של שומר קל יותר. הסיבה לכך היא, ששומר מקבל את הנכס לשמירה על דעת שהשמירה לא תגרום לו סיכונים, שהרי הוא אינו רוצה להיכנס לסכנה בגלל הטובה שעשה לחברו, שהסכים לשמור בעבורו על נכס שלו. לכן ברור שהתכוון מראש שאם יבואו עליו שודדים בגלל הפיקדון, יוכל להציל את עצמו על ידי שימסור להם את הפיקדון⁵⁰. סוג מיוחד של אילוצן, שמחמתו אנו פוטרים את השומר, הוא אילוצן של מצוות הדת. שומר שנהג בנכס באופן מסוים, שכרגיל היה נחשב רשלנות, אם עשה זאת מתוך מצווה שהיה מחויב בה או מפני שהתורה אסרה עליו עשיית מעשה מסוים, הוא נחשב שלא התרשל. הנימוק לכך הוא, שבעל הנכס ידע מראש שהשומר יקפיד על שמירת מצוות גם בעת שמירת הנכס,

זה שומר חנינם קל יותר משומר שכו, ואם הייתה רק דחיפות קלה שיצא לעזור לקרובו, שומר חנינם פטור אף על פי ששומר שכו חייב.^{*}

⁴⁵ שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן ל. ראה על כך בפירוט במילואים להערה 271.

⁴⁶ מאירי, ב"ק ק"ז ע"ב, כותב על המקרה שבסמוך, שמדובר שהוא מפחד על עסקי נפשות. כמו כן, ר' יונתן מלונגיל, ב"ק שם, כתב שמדובר שאילו סירב, היו הורגים אותו. כמו כן, מלחמות ה', ב"ק מג ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שמדובר שיש סכנת נפשות, ואינו יכול לסבול יסורים.^{*}

⁴⁷ ב"ק ק"ז ע"ב.^{*}

⁴⁸ ב"ק, רמב"ם, סמ"ק, טור, סמ"ג, אורחות חיים, צרור הכסף, עיטור, ספר מישרים, שו"ע, נופת צופים, עדות ביהוסף, יכין ובוועז – שצוינו בהערה 47 ובמילואים שם; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (מהד' בלוך), שער ב, סימן קנז.^{*}

⁴⁹ כך עולה מן הפוסקים שנביא בהערה הבאה, שכתבו שדינו קל מדין סתם אדם. וכך כתבו בפירושו: פסקי הרי"א, ב"ק, פרק י, הלכה ו, אות י; מגיד משנה, על הרמב"ם שם, בדעת הרמב"ם; ערך לחם, חו"מ, רצב, ח; שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן סח (קב ע"ג), בדעת הרמב"ם; שו"ת ר"א בן ארחא, סימן ח, בדעת הטור; שלטי הגיבורים, ב"מ כ ע"ב (בדפי הרי"ף), בדעת הרא"ש; ש"ך, חו"מ, רצב, ס"ק יח, בדעת מהר"ם המובא במרדכי, ב"ק, סימן קצ, ובדעת ים שלמה, ב"ק, פרק י, סימן מז.^{*}

⁵⁰ תוספות, ב"ק ק"ז ע"ב, ד"ה ואי (הובא בתשובות מיימוניות, ספר נזיקין, סימן ז, בים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן נא, בשלטי הגיבורים, ב"מ כ ע"ב, בדפי הרי"ף, בש"ך, חו"מ, רצב, ס"ק יח [ומשמם בנחל יצחק, עו, ג], ובשו"ת מגן גיבורים, אשטרושא, תשובות מבן המחבר, סימן ח).^{*}

ועל דעת כן הפקיד, שלא יצטרך השומר לעבור על מצווה כדי לקיים את שמירת הנכס. דוגמאות אחדות לדבר:

(א) שומר כסף צריך לשמור אותו בקרקע, בזמן שמצויים גנבים, כפי שנראה להלן⁵¹. אך אם בעל הכסף הפקידו אצלו סמוך לכניסת שבת, אין השומר צריך לטרוח ולקבור את הכסף, משום שהוא עסוק בהכנות לשבת⁵².

(ב) שומר זה, שהופקד אצלו כסף בערב שבת, גם כשיגיע מוצאי שבת אינו חייב לקבור את הכסף מיד, אלא יוכל להמתין עד שיבוא מבית הכנסת לביתו, ויעשה הבדלה, ויתפלל תפילות מוצאי שבת, משום ש"מנהג טוב" הוא שלא לעשות מלאכה עד אחרי סיום תפילות מוצאי שבת⁵³.

(ג) שומר שמעביר כסף ממקום למקום, כשהוא בדרך הוא צריך לקשרו בידו או על בטנו, כפי שנראה בפרק ג. עם זאת, אם הגיעה שבת, והוריד את הכסף מעל גופו, והניח אותו מראשותיו כשישן, אין זו פשיעה, משום שיש פוסקים הסבורים שאסור לאדם להשאיר על גופו כסף בשבת. אף על פי שיש פוסקים המתירים לאדם להשאיר על גופו כסף בשבת, רשאי השומר לחשוש לדעה המחמירה, ואין זו פשיעה⁵⁴.

(ד) שומר שלקח עמו את הנכס לדרך, והלך עם שיירה, וסמוך לכניסת השבת השאיר את הנכס על בהמה בשיירה בין שאר המשאות, באופן שקשה לפתחם ולגנוב את הנכס, ועזב את השיירה כדי למהר להגיע לעיר לפני כניסת שבת, אין זו פשיעה, מכיוון שעשה זאת כדי לשמור את השבת⁵⁵.

(ה) שומר טבעת, שענד אותה על אצבעו כדי לשמרה, ובשעת נטילת ידיים הסיר את הטבעת והניחה בין חגורתו לבגדו, ואבדה, אין זו פשיעה, מפני שרגילים להסיר את הטבעת בעת נטילת ידיים, כדי שלא תחצוץ בין המים לידיהם⁵⁶. אף על פי שרבים אינם נוהגים להסיר את הטבעת בעת נטילת ידיים, מכל מקום רשאי השומר להחמיר בעניין זה, ואין זו פשיעה⁵⁷.

3. "תחילתו בפשיעה וסופו באונס" ("נגרמו")

בעקבות הקביעה ששומר חנם אחראי למה שנגרם עקב רשלנותו, ואינו אחראי למה שנגרם מסיבה אחרת, מתעוררת השאלה האם הוא אחראי למצב שיש בו תרכובת של שני הגורמים: רשלנותו ונסיבות אחרות. בלשון אחרת, האם שומר חנם אחראי רק לנזק או לאבדן הנכס,

⁵¹ בפרק ב, 2.

⁵² מקורות לזה נביא בהערות 138-139. שם נראה שהנימוק בתלמוד הוא, שלא הטריחוהו חכמים לקבור.

⁵³ אור זרוע, ב"מ, סימן קלב; קיקיון דיונה, ב"מ מב ע"א.

⁵⁴ שו"ת משאת משה (ישראל), חלק א, חו"מ, סימן סה. אפשר שגם לדעת מהרא"ל צונץ, שהבאנו במילואים להערה 53, שאין שומר רשאי להחמיר על עצמו, זה רק כשלכל הדעות אין איסור מעיקר הדין, מה שאינו כן כאן, שלפי דעה אחת, יש איסור.

⁵⁵ שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן מד; המבי"ט, כמובא במשאת משה שם, ובשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לה, בסופו. מהרי"ט נימק, מפני שכך נהוג.

⁵⁶ שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קלג, הובא במשאת משה שם, בשו"ת אדמת קודש, חלק א, סימן ס (קכה ע"ד), בשו"ת שער המים, סימן כד (נז ע"א), ובפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (קט ע"ד). ראה במילואים להערה 19, ביסוד ההיתר לשומר להניח את הטבעת באצבעו. וראה ליד ציון הערה 368, המשך דברי המבי"ט על מקרה זה.

⁵⁷ משאת משה שם.

אשר נגרמו באופן ישיר על ידי רשלנותו, או שמא הוא אחראי גם למה שנגרם באופן עקיף על ידי רשלנותו, כאשר הגורם הישיר לנזק היה גורם שלא היה יכול למנועו, אלא שלולא רשלנותו לא היה הגורם הישיר משפיע?

מלשון החוק משתמע בפשטות שאחריות שומר חינוס מקיפה כל נזק שנגרם עקב רשלנותו, גם כשהוא נגרם באופן עקיף. הרי החוק נוקט לשון סתמית: "אם נגרמו עקב רשלנותו", בלי לעשות הבחנות. בכך נמשכת ההתאמה בין הוראות חוק השומרים ובין הלכות שומרים במשפט העברי, אשר הזכרנו אותה במבוא, שכן גם במשפט העברי נפסק, כפי שנראה, ששומר חינוס אחראי גם על מה שנגרם באופן שלא היה יכול למנועו, אם הדבר לא היה קורה לולא קדמה לזה רשלנותו.

המינוח הנקוט במקורות המשפט העברי לנזק שנגרם בעקיפין עקב רשלנות הוא "תחילתו בפשיעה וסופו באונס" – משום שמבחינת סדר הזמנים, גורם הרשלנות בא לעולם קודם, ואפשר לגורם האחר לבוא אחר כך ולהשפיע. השאלה האם שומר חינוס אחראי כאשר "תחילתו בפשיעה וסופו באונס", שנויה הייתה במחלוקת אמוראים⁵⁸, אולם הפוסקים פסקו שהוא אחראי⁵⁹. כאמור, אחריות השומר חלה רק אם לולא הרשלנות לא היה גורם ה"אונס" משפיע⁶⁰. אם הנזק מן האונס היה קורה בוודאי גם לולא הרשלנות של השומר, אין סיבה לחייב את השומר, כיוון שלא היה לרשלנותו קשר לנזק. הרי על הפשיעה עצמה אין לחייבו, שהרי לא עשה כלום, ורק חיסר בשמירה, וכל עוד זה לא הזיק לבעל הנכס, לא עשה בכך כלום, ואין לחייב אותו על אונס שקרה אחר כך שלא ביזמתו, ושהיה בא גם אילולא פשע⁶¹. אבל אין צורך שלרשלנותו יהיה קשר ברור לנזק. גם אם יש ספק אובייקטיבי, האם היה האונס קורה גם לולא הפשיעה, או שמא ייתכן שאילולא פשע היה האונס נמנע, השומר חייב⁶². בכל מקרה שניתן לתלות בצורה כלשהי את הנזק ברשלנות, ולומר, אפילו בחישוב רחוק, שלולא הפשיעה אפשר שלא היה קורה מה שקרה, נחייב את השומר⁶³.

⁵⁸ ב"מ דף לו ע"ב, דף מב ע"א, ודף צג ע"ב. אמוראים נחלקו באותה שאלה לגבי חיוב מזיק, בב"ק דף כא ע"ב, דף נו ע"א, ודף נח ע"א.

⁵⁹ רבנו חננאל, ב"מ דף לו ע"ב ודף מב ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, א, ד, והלכות שאילה, ד, הלכות ג, ה; ר"ב, ב"ק כא ע"ב (קפו ע"א במהד' עהרנרייך); אך הוא פוטר "תחילתו בפשיעה וסופו באונס" (במזיק); רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כב; אגודה, ב"מ, סימן נה; ספר הפיקדון לר"ס"ג, עמ' 33 (כל מצב שיש שמירה מדבר אחד ופשיעה בדבר אחר, וקרה אחד מהם); חוקות הדיינים, סימן קצב; ר' חננאל בן שמואל, קידושין יג ע"א; סמ"ג, עשה פט, בתחילתו; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' סד, סה, ר"ע); שו"ת מהרי"ק, שורש קכה; טור, חו"מ, רצא, ז; שו"ת יכין ובוועו, חלק א, סימן יא (ז ע"ד); שו"ע, חו"מ, רצא, ו; ש"ך, חו"מ, קכא, ס"ק ז; שו"ת ר"י מפוזנא, סימן צג; שו"ת יד אליהו (רגולר), חלק ג, סימן מא, אות ד.

⁶⁰ רי"ף, ב"מ כ ע"א (בדפי הרי"ף), הובא בב"ח, חו"מ, רצא, ז.

⁶¹ כך הסביר ר"י פרלא, בביאור ספר המצוות לר"ס"ג, חלק ג, דף קנו ע"ב.

⁶² שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קמא; ערך ש"י, חו"מ, רצא, ד; אורח מישרים, סימן רצט; שו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יח (צו ע"ד); אם הדרך, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ג, ח; שו"ת תפארת אדם (אסטרייכר), סימן קה, אות ט. יש להוסיף כאן גם את המקורות בהערה הבאה, האומרים אף יותר מזה – שחייב גם אם הספק הוא רחוק.*

⁶³ פרישה, חו"מ, רצא, ז, וסמ"ע, רצא, י (הובא בשו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן יג, דף סט ע"א, בשו"ת בית אברהם, אבלי, סימן מא, בשו"ת תפארת אדם, אסטרייכר, סימן קה, אות יג, ובבב"ר הלכה, מענה שמחה, ד, תשנ"א, עמ' 69, הערה 4); נתיבות המשפט, סימן שג, ס"ק י, וסימן שמ, ס"ק ג, בסופו; חזון איש, ב"ק, סימן יג, ס"ק ו. נתיבות המשפט, סימן שמ, מוסיף שהשומר חייב גם אם הדעת הייתה נותנת באומדנה, שלא ייגרם הנזק עקב רשלנותו.*

נקודה זו מתבררת במעשה המובא בתלמוד⁶⁴, בשומר חנם ששם את הכסף המופקד בדופנו של צריף העשוי ענפי ערבה, ונגנב הכסף. הנחת הכסף בצריף הייתה פשיעה מבחינת סכנת שרפה, שכן צריף כזה נשרף במהירות אפילו מ"ריח" אש, כך שבמקרה של שרפה אי אפשר להספיק להציל את הנתון בתוכו. אילו היה הצריף נשרף, והכסף אתו, היינו מחייבים את השומר בלי היסוס, מחמת רשלנותו. אך למעשה לא נשרף הצריף, והכסף אבד בדרך אחרת: על ידי גנבה. ביחס לגנבה לא הייתה רשלנות במעשהו של השומר, שכן הוא שם את הכסף בקיר הצריף, וזוהי שמירה מספקת⁶⁵, כיוון שגנבים אינם רגילים לחפש בצריף כזה; הגנבה לא הייתה צפויה, והייתה בגדר אונס. אף על פי כן חויב השומר, בנימוק ש"תחילתו בפשיעה וסופו באונס" חייב. זאת משום שיש מקום לתלות את הגנבה בפשיעתו של השומר: אילו השאיר את הכסף בתוך ביתו, והטמין אותו בקרקע⁶⁶, אפשר שהגנבים לא היו מוצאים אותו. מאחר שיתכן שלולא הפשיעה לא היה הנזק קורה, השומר חייב⁶⁷.

באמצעות הדוגמה הזאת, אפשר להצביע על הבעייתיות שבחייוב שומר כשהפשיעה גרמה לנזק רק בעקיפין, ולהסביר מדוע בכל זאת המשפט העברי מחייב. היו כאן שני "מחדלים" של השומר, אשר על כל אחד מהם בנפרד אי אפשר לחייבו, ואף על פי כן אנו מצרפים את שניהם, ומחייבים את השומר על ידי צירופם. המחדל האחד הוא, שהניח השומר את הכסף במקום העלול להישרף, וזוהי רשלנות; אך אי אפשר לחייבו מחמת מחדל זה בלבד, כיוון שלמעשה לא נשרף הכסף, כלומר, המחדל לא גרם נזק במישרין. המחדל השני הוא, שהשומר הניח את הכסף במקום שבסופו של דבר באו אליו גנבים, ולא בקרקע, שבו למעשה לא חיפשו הגנבים, ומחדל זה גרם במישרין לאבדן הנכס; אך אי אפשר לחייבו משום מחדל זה בלבד, כיוון שלא הייתה לשומר דרך לדעת שיקרה דבר כזה, שגנבים יחפשו במקום כל כך לא סביר, ואם כן, לא הייתה במחדלו רשלנות. אף על פי כן, מאחר ששני המחדלים לא היו מעשים שונים, אלא הם היבטים שונים של מעשה אחד, הנחת הכסף בצריף – מצרפים את שני המחדלים, ורואים בהם מחדל אחד, שיש בו גם רשלנות וגם גרימה ישירה לנזק, ועל ידי זה אפשר לחייבו.

השלכה נוספת של העיקרון שהשומר חייב רק אם אפשר שהאונס נובע מן הפשיעה, היא במקרה שהפשיעה פסקה. שומר שפשע בשמירה, אך לא קרה שום נזק לנכס, וכעבור זמן הפסיק את פשיעתו, וחזר לשמור כדרך השומרים, ואז קרה אונס, השומר פטור⁶⁸, שהרי בוודאי לא בא האונס כתוצאה מן הפשיעה.

בין הפוסקים נתגלעו חילוקי דעות באשר להיקף ה"אונס" שמחייבים בו שומר חנם מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס". יש אומרים שהדברים אמורים בכל אונס, משום שסוף כל סוף, יש מקום להניח שלולא פשיעתו לא היה הנזק קורה⁶⁹. ברם, אחרים מצמצמים את החיוב

⁶⁴ ב"מ מב ע"א.

⁶⁵ ראה פרק ב, 2.

⁶⁶ כדרך שמירת כסף – ראה פרק ב, 2.

⁶⁷ כך הסבירו רי"ף, ב"מ כ ע"א (בדפי הרי"ף); רש"י, ב"מ לו ע"ב (ד"ה מה); מאירי, ב"מ מב ע"ב; רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן ז; פרישה, חו"מ, רצא, ז; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כט; מחזה אברהם (בוטון), סימן לב, אות כב; שו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יח (צה ע"ד).

⁶⁸ מאירי, ב"מ לו ע"ב; נתיבות המשפט, שג, ס"ק י; שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן קה; ישועות יעקב, חו"מ, רצב, ו (ד"ה והנה רש"י).

⁶⁹ ש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק יד (הובא ברוב דגן, עטייה, אות לטובה, אות ז, ובעורה השחר, אות א, סימן ה);

למקרה שמה שקרה הוא מצוי במידה מסוימת; אבל אם קרה דבר שאינו מצוי כלל, אין שומר החינם אחראי לו⁷⁰.

כאן דננו באופן כללי ב"תחילתו בפשיעה וסופו באונס". נעסוק ב"תחילתו בפשיעה וסופו באונס" גם בפרקים הבאים, כאשר נדון בפירוט בדרכי השמירה הדרושות במצבים שונים, ותוך כדי זה תתעורר מדי פעם שאלת פשיעה הגורמת לאונס⁷¹.

על "תחילתו בפשיעה וסופו באונס" כשהפשיעה לא הייתה אבסולוטית, אלא הפרה של בקשה מיוחדת של בעל הנכס, נדון להלן, בפרק 5.

4. התנאה להקל על השומר בהגדרת הרשלנות

בסעיף 14, קובע המחוקק שהצדדים יכולים לשנות את הוראות החוק על ידי התנאה. בדיונו שם נראה שזו גם עמדת המשפט העברי, ונפרט שם את דיניה של ההתנאה, לענין החלת אחריות שומר במקום שאינה קיימת לפי הדין המקורי; סילוקה של האחריות לגמרי; הפחתת תחום אחריות השומר או הרחבתו. בפרק זה ובפרק הבאה, נעסוק בהתנאה מצומצמת יותר: התנאה לשנות את גדר הרשלנות של שומר חינם, לקולא ולחומרא.

התנה השומר עם בעל הנכס שיוכל להניח את הנכס בכל מקום שירצה, או שיוכל להניח אותו עם חפציו שלו, תנאו תופס, ככל תנאי שבענייני ממונ⁷², ויוכל להניחו גם במקום שאינו שמור. אף על פי שלא התנה במפורש שאם ישמור כך, ויאבד הנכס, יופטר מחובת תשלום, מכל מקום הוא פטור⁷³, משום שברור שלכך התכוונו.

להלן דוגמאות אחדות לפטור שומר בשל התנאה כזאת. מן הדברים עולים גם סייגים מסוימים להפטר זה.

(א) ראובן ושמעון הלכו בדרך. אמר ראובן לשמעון: "שמור לי כסף זה". השיב שמעון:

חידושי חתם סופר, על הש"ך שם, בדעת תוספות, ב"מ מב ע"א (ד"ה ה"ג); מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ל'; שער משפט, רצא, ס"ק ב, בדעת תוספות, ב"ק נב ע"ב (ד"ה ושכחי); נתיבות המשפט, רצא, חידושים, ס"ק יג; זכור לאברהם (אלקלעי), חו"מ, ערך פשיעה, בשם שו"ת מהרי"ך כתב יד; שו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יח (צח ע"א), בדעת סמ"ע, רצא, ס"ק י; כובע ישועה, ב"ק כא ע"ב, בדעת רש"י שם; שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ה (אונס גדול); שו"ת תפארת אדם (אסטרייכר), סימן קה, אות ט ואות כב.

⁷⁰ ספר העיטור, פיקדון, ליד אות צח, ומאה שערים, על הרי"ף, ב"מ כ ע"א, בדפי הרי"ף (הובא במאירי, ב"ק נב ע"ב); שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן קי (הובא בש"ך שם, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א, דף פז ע"ג, בשו"ת אורח לחיים, חו"מ, סימן נו, בבתי כהונה, חלק ב, בית המדרש, דף ב ע"ד ודף ד ע"ב, ובשו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן עח); ערך לחם, חו"מ, שג, י (אונס שאינו שכיח אפילו לעתים רחוקות), הובא בחידושי ר"ע איגר, על ש"ך שם; ר' אליהו בן אברהם, בשו"ת ישמח לב, חלק ב, חו"מ, סימן יז, בדעת כנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות בית יוסף, אות כח (שהביא את מהרש"ך בסתם).

⁷¹ לפירוש המקומות הללו, ראה במפתח העניינים, ערך תחילתו בפשיעה וסופו באונס, מקרים פרטיים.

⁷² רמב"ם, הלכות שאילה, ו, ב, ופירוש המשנה, ב"מ ג, י (ברמז); אור זרוע, ב"מ, סימן קלב, הובא בהגהות אשרי, ב"מ, פרק ג, סימן כא (על הנחה עם שלו); הגהות מיימוניות, הלכות שאילה, פרק ד, אות ה (על הנחה עם שלו); טור, חו"מ, רצא, כא; שו"ת בנימין זאב, סימן תלה וסימן תלט; שו"ת הרדב"ז, סימן תרח (נדפס גם בשו"ת משפטי שמואל, סימן סז, ובשו"ת אבקת רוכל, סימן קמ – על הנחה עם שלו); ר"ש קלעי, בשו"ת משפטי שמואל, סימן סז (על הנחה עם שלו); שו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סימן כג; שו"ת המב"ט, חלק ב, סימן ק (על מוביל כסף שהתנה שלא יצטרך לשאתו על גופו – ראה פרק ג, 1 – אלא יוכל להניחו במשאו); מקרא סופרים, על העיטור, מלווה על פה, דף קנ ע"ב (על הנחה עם שלו).
⁷³ לדוגמה, ברמב"ם נזכרת רק התנאה שיוכל להניח שם, בלי התנאה שיופטר מתשלום.

"אין לי מקום". אמר לו ראובן: "צרור אותו בסדיןך", ושמעון עשה כך; וישן בדרך בשוק בין גנבים, ונגנב הכסף. מהר"ם מרוטנבורג פסק שהשומר פטור, אף על פי שבדרך כלל זו פשיעה, לישון בין גנבים בשוק עם כסף צרור בסדינו. נימוקו הוא, שמאחר שאמר לו בעל הנכס לצרור את הכסף בסדינו, משתמע שהוא מוכן שישמור שמעון שמירה פחותה, ולכן הוא רשאי לנהוג כמו שבני אדם נוהגים, ואדם ההולך בדרך רגיל לישון במקום הראשון שהוא מוצא, ואין פשיעה בכך שישן בין הגנבים. אבל אם פשע שמעון בסדינו, והניחו במקום שאינו ראוי לשמירה, הוא חייב⁷⁴. סיבת הדבר היא, שהתנאי היה רק שיוכל לקשור את הכסף בסדינו, ולא יצטרך לקשרו על בטנו כדין שומר רגיל המוליך כסף, כפי שנראה בפרק ג, אבל לא התנה עמו שיוכל להניח את הסדין במקום שאינו שמור.

(ב) בעל נכס אמר לשומר לשים את הנכס בכיסו עד שיגיע לביתו, ואז להכניס אותו לארגז; ותוך כדי הליכתו לשם, אבד החפץ מכיסו. הרא"ש פסק שהשומר פטור, מפני שמילא אחר הוראות בעל הנכס⁷⁵.

(ג) מהרי"ט קבע, שאם התיר בעל הנכס לשומר, ההולך בשיירה, לשים את הנכס הנשמר בכל מקום שישים את נכסיו, ונגנב הנכס, השומר פטור. אך זאת רק אם היה יחד עם הנכס ואז נגנב; אבל אם עזב את השיירה, ואז נגנב, הוא כמזיק בפועל, וחייב⁷⁶.

(ד) אמר בעל הנכס לשומר: "הרשות נתונה לך לעשות בנכס כטוב בעיניך", יש לפרש שהתכוון לתת לו רשות לנהוג בנכס בדרך המתקבלת על הדעת, שתהיה שמירה טובה לפי ראות עיניו, ושיוכל לשלוח אותו ביד מי שירצה ובזמן שירצה. אבל אין לו רשות לשלוח את הנכס בדרך מסוכנת, שהיא איבוד הנכס בפועל⁷⁷.

(ה) אמר בעל הנכס לשומר: "שמור את הנכס בארגז", הוא רשאי להסתפק בשמירה בדרך זו, ופטור מלקיים שמירה טובה יותר. אך לאחר שהוא מניח את הנכס בארגז, הוא צריך לנעול את הארגז, משום שמלשון בעל הנכס משתמע, שהוא רצה שהשומר ינהג כדרך ששומרים בארגז, דהיינו בארגז נעול⁷⁸.

לסיכום, השומר רשאי לנהוג לפי התנאי שעשה עם בעל הנכס, ואינו צריך להוסיף עליו שמירה, אבל הוא גם אינו רשאי להתרשל בדרך אחרת. לדוגמה, במקרה של הרא"ש, מאחר שהתיר לו בעל הנכס להניח את הנכס בכיסו, ולא חייב אותו לקשרו על בטנו כמקובל, הוא רשאי להניחו בכיסו, ואין אומרים שבעל הנכס התכוון אמנם שיוכל להניחו בכיסו, אבל התכוון שיצטרך להניח את ידו בכיסו כל הזמן לתוספת שמירה, כדי להשוות את רמת השמירה

⁷⁴ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תתמג. כמו כן, בפירוש ר"י אבן גיא (ב"שיטת הקדמונים"), ב"מ מב ע"א, כותב שאם אמר השומר לבעל הנכס שאינו יכול לקבור את הכסף המופקד, די אם יצניע אותו, אבל הוא צריך להצניעו במקום השמור מאש ומגנבים.

⁷⁵ שו"ת הרא"ש, כלל פט, סימן טז, הובא בבית יוסף, חו"מ, קעו, מחודש ד, בשו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכג, בשו"ת בתי כהונה, בית דין, סימן כב (ק"ב ע"א), בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן קג, בשו"ת זכות אבות, סימן סה, ובשו"ת תורת אמת, סימן מו.

⁷⁶ שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן מד.

⁷⁷ שו"ת תורת חיים, חלק א, סימן פט, וחלק ב, סימן כה. הוא משווה זאת לעיקרון, שהמקבל על עצמו אחריות לאונס, אין בכלל זה אונס שאינו שכיח (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 61).

⁷⁸ שו"ת מהרי"ט, סימן א (הובא בפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג, דף ק"ב ע"ג). משנה למלך, הלכות שאילה, ד, ו (הובא בשו"ת פני יצחק, חריף, חו"מ, סימן א), כותב שגם אם אמר לו רק: "שים אותו בארגז", השומר צריך לנעול את הארגז, מפני שברור שבעל הנכס התכוון שהשומר ישמור בדרך השומרים, ורצה רק לבקש שהשמירה תהיה בארגז; והוא כותב שאף מהרי"ט סובר כך.

לקשירה על הבטן. אין אומרים כך, אלא מפרשים את התנאי כהורדה מרמת השמירה הנדרשת ביחס לפרט שהותנה עליו – בדוגמה זו, דרך העברת הנכס – בלי תוספת בפרטים אחרים. מצד שני, אין אומרים שבתנאי זה שעשו, הותרה הרצועה, ויוכל להתרשל בנכס גם בבחינות אחרות, כגון להניח את הסדין וללכת, במקרה של מהר"ם. התנאי מתייחס רק לאותו פרט באופן השמירה שהותנה עליו, וכל שאר פרטי אופן השמירה הם חובה עליו כמו על כל שומר אחר.

יש סייג להפטר השומר עקב הרשאת בעל הנכס לנהוג בדרך מסוימת, והוא, שאם לא ידע בעל הנכס על סכנה הנשקפת לנכס מדרך התנהגות זו, לא יופטר השומר. דוגמה לדבר: אמר לו בעל הנכס להוביל את הנכס בדרך מסוימת, ולא ידע שיש סכנה בדרך הזאת, והשומר עשה כדבריו, ואבד הנכס בגלל המצב באותה דרך – השומר חייב, משום שפשע⁷⁹. ברור, שאילו ידע בעל הנכס על הסכנה, לא היה מתיר לשומר להוליך שם את הנכס, ואם כן הרשות שנתן – בטעות יסודה, ואינה פוטרת את השומר.

התנאת השומר עם בעל הנכס תופסת גם כשאינה מפורשת. לדוגמה, אם בעל הנכס עצמו שם את הנכס אצל השומר במקום מסוים, שישמרנו שם, השומר פטור אם המשיך לשמרו שם, מפני שבכך גילה בעל הנכס את דעתו שהשומר רשאי לשמרו שם, כאילו התנו כך בפירוש⁸⁰, אף על פי שלא אמר לו בפירוש לשמור כך. כמו כן, אם אמר לו בעל הנכס: "שמור את הנכס בעבורי, מפני שהתיבה שלי שבורה", רשאי השומר להסתפק בשמירת הנכס בתיבה נעולה, מפני שמדברי בעל הנכס משתמע שבעיניו די בשמירה זו⁸¹.

גם אם היזמה לתנאי לא באה מצד בעל הנכס, אלא מצד השומר, והשומר הודיע לו על אופן שמירת הנכס, והלה שתק, רואים זאת כהסכמה מצד בעל הנכס לאופן השמירה, אף על פי שלא הייתה זו שמירה ראויה⁸². יתר על כן: אם אמר השומר לבעל הנכס במשך השמירה: "בוא וראה שהנכס שלך מונח במקום שמור", ובפועל לא הלך בעל הנכס לראות, אלא שתק, השומר פטור כאילו הסכים בעל הנכס בפירוש לאופן השמירה⁸³, אף על פי שלא תיאר לו השומר בדיוק את אופן שמירתו.

גם אם לא הודיע לו השומר במפורש איך הוא שומר, אם השומר הניח את הנכס בנוכחות בעל הנכס במקום שאינו שמור כראוי, ובעל הנכס שתק, מפרשים את שתיקתו כהסכמה לכך שהשומר יניח אותו כאן, וכאילו התנה עמו בפירוש שיוכל לעשות כך⁸⁴. אלא שאם היה פגם בשמירה שלא היה ידוע לבעל הנכס, שתיקתו למראה אופן השמירה אינה פוטרת את השומר, שהרי הסכמתו בטעות יסודה. דוגמה לדבר: אם ראה שהנכס בתוך חדר נעול, ולא ידע שיש

⁷⁹ שו"ת משפטי שמואל, סימן נב. נראה שגם אם גם השומר לא ידע שזו סכנה, הוא חייב, ככל שומר שפשע ולא ידע שזו פשיעה (ראה ליד ציון הערה 30).

⁸⁰ שו"ת דברי ריבנות, סימן פ (הובא בשו"ת פני יצחק, חלק ג, חו"מ, סימן ה, ובפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג, דף קיט ע"ג); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מח (הובא בשו"ת דבר משה, אמריליו, חלק ב, סימן פו).

⁸¹ שו"ת מהר"ם מינץ, סימן נט.

⁸² שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לה.

⁸³ שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קסט, הובא בשו"ת כהונת עולם, סימן כג (כט ע"ד).

⁸⁴ מהרש"ך שם (הובא בשו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ה, בשו"ת דברי שמואל, ארדיטי, חו"מ, סימן טז, בשו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן יד, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לה, בשו"ת שערי רחמים, חו"מ, סימן לג, בפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק ח, ובתשובת ר"מ פרדו, בשו"ת פני יצחק, חלק ג, חו"מ, סימן ו); שו"ת איגרות משה, חו"מ, סימן לב.

מפתח למנועול אצל אשה מסוימת, וגם לא ידע שהדלת נסגרת בקושי, אין זה פוטר את השומר, מפני שיש להניח שאילו ידע בעל הנכס על כך לא היה מסכים שהשומר ישאיר שם את הנכס.⁸⁵ סייג נוסף לעיקרון זה הוא, שאם הניח את הנכס באופן שברור וידוע לכל שהנכס אינו נשמר בו בכלל, כגון שנתן לו נכס להוביל למקום אחר, והניחו על בהמתו בלי לקשרו, זו נחשבת פשיעה, גם אם ראה בעל הנכס ושתק⁸⁶, משום שיש להניח שלא הסכים לכך שהנכס ישאר במצב זה כל משך השמירה, אלא התכוון שאחר כך ישמור אותו השומר בדרך ראויה. הרחבה נוספת של ההפטר בהתנאה מכללא היא, שאם בעל הנכס יודע שיש לשומר מקום מיוחד שהוא מניח בו את חפציו היקרים, השומר רשאי להניח שם את הנכס המופקד (גם אם המקום אינו שמור דיו לאותו סוג של נכס, לפי העקרונות שנראה בפרק ב). זאת משום שבעל הנכס יודע מן הסתם שהשומר יניח שם את הנכס, ועל דעת כן הפקיד, כאילו הסכים במפורש שניחוו שם⁸⁷.

כך, לדוגמה, אם ידע בעל הנכס שבחלונות ביתו של השומר יש סורגים של עץ ולא של ברזל, רשאי השומר להניח את הנכס בביתו, אף על פי שבאופן אובייקטיבי אין זו שמירה טובה כל כך, שהרי אפשר לשבור סורגי עץ⁸⁸. כאן אנו מקילים על השומר, משום שידוע שהוא עצמו נוהג לשמור בצורה מסוימת. כבר הזכרנו דין זה בפסקה 2, ושם הקבלנו דין זה לדין אחר, שמקילים על השומר כשמנהג בני המקום לשמור בצורה מסוימת, וזאת מאותה סיבה – הנחה שבעל הנכס הפקיד על דעת כן.

מקרה נוסף שאנו מקילים על שומר, מתוך אומדן דעת של בעל הנכס שהוא מוכן לכך, אף על פי שלא ראה את אופן השמירה ולא התנה עמו על כך בפירושו, הוא כשבעל הנכס יודע מתוך הנסיבות שלא יוכל השומר לשמור כראוי. לדוגמה, אם ביקש ראובן משמעון שיוביל כסף בשבילו למקום מסוים, אבל הפקיד אצלו את הנכס בשעה ששמעון עמד לצאת לדרך, וכל נכסיו היו כבר צרורים בשקים, ואי אפשר היה לפתחם, והיה ברור שלא יוכל השומר לשים את הכסף במקום שמור, כמו שרגילים לשמור כסף – רשאי השומר להחזיק את הכסף באופן אחר, ולא להכניסו בשקים, מפני שברור שבעל הכסף הפקידו אצלו על דעת שלא ישמור באותם שקים⁸⁹.

מקרה דומה לזה הוא כשבעל הנכס הפקיד נכסים אצל שומר זה פעמים רבות, ותמיד הסכים

⁸⁵ שו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן יד. ראה בשמו במילואים להערה 79. ראה גם במילואים להערה 84, בשם מחזה אברהם.

⁸⁶ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מז; שו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ה; שו"ת מהר"ש צרור, סימן טז (בהסברו השני); שו"ת אדמת קודש, חלק א, סימן ס (קכד ע"ג). הם הוכיחו זאת מדברי הרא"ש, שהובא בסעיף 1(א), הערה 80, שמחייב במקרה זה אף על פי שבעל הנכס נכח.

⁸⁷ ר"ש די וידאש, בשיטה מקובצת, ב"מ מב ע"א; ר' יונתן מלונגיל, ב"מ כד ע"א (בדפי הרי"ף), הובא בשיטה מקובצת, ב"מ מב ע"א (אם הוא יודע שאין דרכו לקבור כסף); תרומת הדשן, סימן שלג (הובא בדרכי משה, חו"מ, רצא, ס"ק ח, בשו"ת מהר"ש צרור, סימן טז וסימן כד, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א, דף פז ע"ד, בשו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א, ובשו"ת זרע אברהם, יצחקי, חו"מ, סימן כג); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קלד (גם על שומר שכר, והובא בזרע אברהם שם), וסימן תנט (גם על שומר שכר, אם יודע בבירור שדרכו להשאיר חפצי זהב בחנות וללון בביתו, והובא בשו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן כ, דף קו ע"ג); שו"ת מהריט"ץ, סימן רפה; שו"ת גנוזי שלום, חו"מ, סימן ה (על מי שידוע שיש לו תיבה שהוא מניח בה את הפקדונות שמפקידים אצלו). ראה בהערה 39, מ"דברי הכנסת" בעניין זה.

⁸⁸ שו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סימן כג.

⁸⁹ שו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ה.

— בפירוש או מכללא — לאופן מסוים של שמירה, הנחותה מן המקובל. השומר רשאי להסיק על סמך זה, גם בהפקדות העתידות לבוא, שבעל הנכס מסכים שישמור כך. אך יש סייגים אחדים לכך: א) לא די בשלוש פעמים, אלא צריך יותר פעמים, כדי שיחשב שהוא עושה כך בהתמדה. ב) בפיקדון של כסף, אם בפעמים הקודמות היה זה סכום קטן יחסית, אין השומר רשאי לסמוך על הסכמת בעל הנכס שמאז, להמשיך לנהוג כך גם לגבי הפקדות של סכומים גדולים יותר. ג) השומר יוכל לסמוך על הסכמת בעל הנכס רק אם לא השתנו הנסיבות שהיו בהפקדות הקודמות. ד) אם בפעמים הקודמות נודע לבעל הנכס על אופן השמירה רק לאחר שהנכס כבר חזר אליו, אין שתיקתו מעידה על הסכמה לאופן השמירה, משום שאפשר ששתק משום שלא ראה טעם למחות על אופן השמירה, כיוון שהנכס כבר חזר אליו, ואף לא הרגיש צורך לומר לו: "להבא אל תעשה כך", משום שלא העלה על דעתו שיפקיד אצלו פעם נוספת⁹⁰.

בכל המקרים הללו, יופטר השומר על נזק שיארע לנכס מחמת אופן שמירתו, גם אם זהו אופן שאינו כשר לשמירה לפי ההגדרות המקובלות, משום שהגדרות אלה תקפות רק בסתם, כשאין הסכם אחר בין השומר לבעל הנכס.

בנקודות אחדות בפקדה זו נקטנו דוגמאות של התנאה לגבי מיקום הנחת הנכס, משום שדוגמאות אלה הן שנידונו במקורות, והן המצויות יותר. אולם העקרונות תקפים גם בהתנאה לגבי כל סוג אחר של התנהגות השומר.

5. התנאה להחמיר על השומר בהגדרת הרשלנות

במסגרת העיקרון הכללי, שנקבע בסעיף 14, שהצדדים לעסקת השמירה יכולים להתנות על הוראות החוק כרצונם, מעניק החוק תוקף להסכם בין בעל הנכס לשומר להחמיר את רמת השמירה הנדרשת משומר חינום. לדוגמה, קובע חשין, ששומר שקיבל על עצמו לשמור את הנכס בכספת דווקא, והוציא את הנכס מן הכספת, והניחו בארון, וניזק הנכס או אבד, חייב השומר לשלם, אם יש קשר סיבתי בין היות הנכס בארון לבין הניזק, כלומר, שאילו היה הנכס בכספת, לא היה ניזוק⁹¹.

גם המשפט העברי מכיר בתוקפה של התנאה המחמירה על השומר, והדורשת ממנו רמת שמירה גבוהה יותר. נמנה דוגמאות אחדות לדבר:

א) אם התנה בעל הנכס עם השומר שיניח את הפיקדון במקום שמור במיוחד, יותר מן הנדרש בדרך כלל לפיקדון כזה, על השומר למלא תנאי זה; ואם לא עשה כך, זוהי פשיעה, והוא אחראי לתוצאות⁹². זאת אף על פי שלא התנה בפירוש שאם לא ישמור כך, יהיה חייב לשלם, משום שחיוב זה משתמע מכללא מן הדרישה לשמור ברמה יותר גבוהה.

ב) בעל בהמה שאמר לשומר שירעה אותה בהר, ורעה אותה בבקעה, והתחממה ומתה,

⁹⁰ שו"ת מהריט"ץ, סימן קכט (קו ע"א). הוא מחייב בנידונו, מפני הסייגים שהבאנו בפנים, ואינו כותב בפירוש שיש מצב שיופטר השומר על פי הפקדות קודמות, אבל יש להסיק כך מדבריו. לאמיתו של דבר קשה לתאר מצב שיהיה אפשר ליישם בו את ההקלה הזאת, כיוון שצריך שלא תהיינה נסיבות שונות מבעבר, וזה אינו שכוח. ראה ליד ציון הערה 158, שפוטרים שומר במקרה מיוחד בטענה שבעבר נהג לשמור בדרך מסוימת ובעל הנכס לא מחה.

⁹¹ מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 153.

⁹² סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' סד); נתיבות המשפט, רצב, ס"ק ז.

זוהי פשיעה, מפני שבבקעה יש יותר סיכוי להתחממותה⁹³, ויש להניח שהסיבה שהתנה עמו שירעה בהר דווקא, היא שחשש מהתחממותה בבקעה, כלומר, הייתה זו התנאה לצורך תוספת שמירה.

ג) ביקש בעל הנכס מן השומר להעביר את הנכס לאדם פלוני בעיר א, וביקש ממנו שילך ישל לשם ולא יעבור דרך עיר ב, משום שהיה ידוע שבעיר ב באותו זמן היו סכנות, והסכים השומר, ובכל זאת הלך דרך עיר ב – זו פשיעה⁹⁴.
התנאי תופס גם אם לא הסכים לו השומר בפירוש, אלא שתק, משום ששתיקתו מתפרשת כהסכמה⁹⁵.

יתר על כן: התנאה לחומרא חלה גם כשאינה מפורשת, אלא משתמעת מכלל. לדוגמה, אם נהג השומר בפיקדון שמירה טובה במיוחד, כגון שהניחו בתוך חיקו בעת ההפקדה בנוכחות בעל הנכס, הוא חייב להמשיך בשמירה מיוחדת זו, כאילו התנה עם בעל הנכס בפירוש שיעשה כך, מפני שלעניין זה אין צורך בתנאי מפורש, אלא די בגילוי דעת⁹⁶. יש להניח שבעל הנכס הסכים לשמירה רק משום שראה שהשומר נוהג בשמירה טובה במיוחד, והפקיד על דעת שימשיך לשמור כך.

אולם התנאי, מפורש או מכללא, תופס רק אם הוא נעשה בעת ההפקדה. אם הוא נעשה לאחר זמן ההפקדה, אין השומר חייב לקיימו⁹⁷. אפשר להבין סייג זה לאור הדעה הקובעת באופן הכללי⁹⁸, שתנאי להחמיר ברמת אחריותו של שומר חל רק אם הוא נעשה בעת ההפקדה. סוג אחר של התנאה לחומרא הוא בדרישת בעל הנכס שהנכס יונח במקום מסוים. אם אמר בעל הנכס לשומר לשים את הנכס במקום מסוים, והוא שם אותו במקום אחר (מקום שהוא ראוי לשמירה לפי הכללים שראינו בפרק ב), משום שהיה צריך להשתמש במקום הראשון⁹⁹,

⁹³ חידושי הרמב"ן, ב"מ ע"א; חידושי הר"ן, ב"מ ע"א; נימוקי יוסף, ב"מ מה ע"ב (בדפי הרי"ף), הובא בחידושי ר"ע איגר, חו"מ, ש"ט, א. שומר חנם יהיה חייב לדעתם בכל המקרים שחייב שוכר המשנה את המקום, לפי המפורט בסעיף 4, פרק ג, 2.

⁹⁴ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קמא. הוא כותב שתנאי זה תופס בלי קניין, כמו ששומר חנם יכול להתנות להיות חייב כשואל, בלי קניין (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 39). ראה בהסבר הדבר במילואים להערה ⁹⁷.

⁹⁵ שו"ת תורת אמת, סימן קמד (הובא בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן א, בסופו). נידונו הוא, שציווה בעל הנכס על השומר שכשיוביל את הכסף, ילך תמיד בשירה עם ליווי של "דפטרדר", שומרים מזויינים, והוא לן בלילה בתוך מגדל, כשהדפטרדר היו בחוץ, ובבוקר הם עזבו לפני שהוא קם. לא ברור האם הפרת התנאי היא בזה שלא מנע מהם לעזוב, שאילו ישן עמהם בחוץ היה יכול לקנעם מלעזוב; או שההפרה היא בזה שהמשיך בדרכו בלי השומרים. על עזיבת שיירה, ראה ליד ציון הערה 272.

⁹⁶ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קמא (הובא בשו"ת כרם שלמה, אמריליו, חו"מ, סימן עה, דף רה ע"ב, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לה, דף רלט ע"ד, בשו"ת יד ימין, חו"מ, סימן נד, ובפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג, דף קיב ע"ג). ראה במילואים להערה 34, שאם בעל הנכס יודע שהשומר רגיל לשמור את שלו יותר טוב מהמקובל, השומר חייב לשמור כך.

⁹⁷ שו"ת תורת אמת, סימן קמד (הובא בשו"ת סמא דחיי, חו"מ, סימן ה). אף על פי שבהמשך דבריו הוא מעלה ספק האם הדין כך, נראה שהדין נכון, לאור ההקבלה לסעיף 14.

⁹⁸ ראה בסעיף 14, במילואים להערה 53; אך בפנים שם נביא דעה אחרת.

⁹⁹ אך אם היה מוכרח להעביר למקום השני, הוא פטור על נזק שקרה לו שם, משום שהוא אנוס. כך כתב ערוך השולחן, חו"מ, רצג, ה. על מקרה שהעביר לטובת שמירת הפיקדון, ראה סעיף 6, פרק י. במקרה שהוא מעביר כדי להשתמש בפיקדון, זו שליחות יד.

ובמקום החדש אירע לו אונס (כל מה שקורה כאן מוגדר כאונס, ולא כפשיעה, שהרי זהו מקום ראוי לשמירה), הוא חייב, משום שזהו "תחילתו בפשיעה וסופו באונס"¹⁰⁰. לפי דעה אחת, מדובר גם במקרה שהמקום החדש בטוח יותר, מפני שאף על פי כן ניתן לומר שפשיעתו בהנחת הפיקדון במקום החדש גרמה לאונס, שכן ייתכן שהגנבים (וכדומה) שגנבוהו מן המקום החדש, לא היו גונבים אותו אילו היה במקום הראשון, שאפשר שלא היו הולכים לשם¹⁰¹. דעה אחרת מקילה יותר, ולפיה רק אם המקום החדש בטוח פחות מבחינה מסוימת (כגון – בביטחון מפני סכנת שרפה), השומר חייב גם אם קרה אונס במקום החדש, מפני שרואים כאילו התנה עמו המפקיד שהוא רוצה שיניחנו דווקא במקום שמור יותר, ואז כשהוא עובר על התנאי, זוהי פשיעה, כאמור, ולכן הוא חייב גם אם קרה אונס, מפני שהאונס נבע מן הפשיעה. לעומת זאת, אם המקום החדש אינו פחות בטוח מן המקום הראשון משום בחינה, אין לראות כפשיעה את מה שהניחו במקום החדש; ואף על פי שעצם פעולת ההעברה הייתה פשיעה מפני שהפיקדון היה עלול ליפול ולהיזק, מכל מקום פשיעה זו הסתלקה ברגע שהניח את הפיקדון במקום החדש; ומאחר שאין פשיעה בהנחה במקום החדש, אין לחייב אותו על אונס שקורה שם מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס"¹⁰². לפי דעה זו, אף על פי שהנחת הנכס במקום החדש הייתה הפרת בקשה של בעל הנכס, היא אינה נחשבת פשיעה לעניין חיוב ב"תחילתו בפשיעה וסופו באונס", מכיוון שלא היה צידוק הגיוני לבקשת בעל הנכס. אם החזיר את הפיקדון למקום הראשון, וקרה לו שם אונס, השומר פטור לכל הדעות, שהרי אי אפשר לומר שהאונס קרה מחמת הפשיעה שבהעברת הפיקדון¹⁰³. לעומת כל זאת, אם לא אמר בעל הנכס לשומר היכן לשים את הפיקדון, והשומר העביר אותו ממקום למקום מפני שרצה להשתמש במקום המקורי, וקרה לפיקדון אונס במקום החדש, השומר פטור, משום שאין לראות זאת כ"תחילתו בפשיעה וסופו באונס", שהרי לא פשע בהעברת הפיקדון¹⁰⁴. למרות שעצם פעולת ההעברה הייתה פשיעה, מפני שהנכס היה עלול להישבר תוך כדי העברה¹⁰⁵, מכל מקום, ברגע שהניח את הפיקדון, חלפה פשיעה זו, כאמור, והרי הנחת הפיקדון במקום החדש אינה פשיעה¹⁰⁶.

צריך להדגיש, שהמחלוקת שהבאנו לעניין מעביר נכס למקום שאינו פחות בטוח מן המקום שייחד בעל הנכס, מייצגת מחלוקת כללית בעניין התנאה לחומרא: האם התנאה זו מחייבת דווקא כשיש בה איזה שהוא צידוק הגיוני, כלומר שבעל הנכס מבקש שישמור באופן יותר בטוח מן האופן הסטנדרטי; או שמא גם כשאין בכך יתרון בטיחות, ההתנאה מחייבת את השומר, והפרת התנאי תגרור חיוב תשלומין במקרה של נזק לנכס?

אגב, גם לפי החוק ייתכן שאם קיבל שומר את הנכס לשמרו במקום אחד, והעבירו למקום

¹⁰⁰ טור, חו"מ, רצב, י, בשם רמ"ה; רמ"א, חו"מ, רצב, ו.

¹⁰¹ פרישה, חו"מ, רצב, י, וסמ"ע, רצב, ס"ק יג.

¹⁰² נתיבות המשפט, רצב, ס"ק ז. גם מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כט, כותב שחייב רק אם המקום השני היה פחות ראוי לשמירה.*

¹⁰³ פרישה וסמ"ע (הערה 101).

¹⁰⁴ טור ורמ"א (הערה 100).

¹⁰⁵ כפי שנראה בפרק ב, 2, בסופו.

¹⁰⁶ נתיבות המשפט, רצב, ס"ק ח.

אחר, אחריותו מוחמרת ומושויית לאחריות המחזיק שלא כדון, משום שהפר את תנאי ההסכם¹⁰⁷.

6. ירידה לפרטים בהגדרת רשלנות

עד כה עסקנו בהגדרת "פשיעה" על פי אמות מידה כלליות. בפרקים הבאים ננסה להבהיר את הגדרתה הפרטית של פשיעה, על ידי הבאת דברי הפוסקים הקובעים, בנוגע להתנהגות שומרים במקרים שונים, מתי התנהגות זו קרויה פשיעה.

היה מקום לפקפק בתועלת שבהבאת הדברים הללו, כיוון שדברי הפוסקים בנוגע לכל מקרה הם סובייקטיביים, כפופים לתנאי הזמן והמקום, ואם קראו להתנהגות מסוימת של שומר – פשיעה, אין ללמוד מכך לגבי אותה התנהגות כשהיא באה בתנאים שונים של זמן ומקום. ואכן, כך אמר השופט שיינבוים, שאין מקום לקבוע בצורה נוקשה את דרך השמירה שעל השומר לנהוג בה, כיוון שהיא משתנה מזמן לזמן וממקום למקום בהתאם לנסיבות, אלא בית המשפט יקבע בכל פעם את נורמת ההתנהגות הדרושה¹⁰⁸.

אך עם זאת, נראה שיש צורך ותועלת בהבאת דברי הפוסקים על מצבים שהיו בעבר. הרי גם השולחן ערוך, לדוגמה, הביא פסקי דין שמקורם בתלמוד ובראשונים, על אף שייכתן שהתנאים השתנו בינתיים. נכון הוא, שפסקי הדין הפרטיים אינם יכולים לחייב בכל מצב, אך ניתן ללמוד הרבה מן הנימוקים שנתנו הפוסקים לפסקי הדין שלהם. ניתן ללמוד מנימוקים אלו באלו מצבים תקפים פסקי הדין שניתנו לגבי אותם מקרים פרטיים, ובאלו מצבים משתנה הדין. כמו כן, ניתן ללמוד מנימוקים אלו לגבי מקרים אחרים שלא נידונו במקורות, וזאת בדרך ההיקש ממקרה על מקרה. בכך יש הצדקה לעיסוק במה שנאמר על מקרים פרטיים, על אף האפשרות להשתנות הדין בזמנים שונים ובמקומות שונים. מלבד זאת, פסקי דין אחדים העוסקים בהגדרת פשיעה במקרים פרטיים – אינם נתונים לשינויי תנאים של זמן ומקום. דוגמה לכך: בשומר ששכח היכן הניח את הפיקדון (פרק ד). באלו, העיסוק הוא בוודאי צורך שריר וקיים.

7. נטל הראיה

שר המשפטים, בדברו בכנסת בדיון על הצעת חוק שמירת נכסים¹⁰⁹, קבע שלפי הצעת החוק, אם יש ספק האם הייתה רשלנות, נטל הראיה מוטל על בעל הנכס. אלא שהוא ציין, שלפי פסיקת בית המשפט העליון, די בעדות מועטת שיביא בעל הנכס, מאחר שבדרך כלל אין לבעל הנכס ידיעה רבה בדבר דרך שמירת השומר ודרך גרימת הנזק לנכס, ואי אפשר להטיל עליו להביא ראיות מוצקות.

סלטון¹¹⁰ מצביע על כך, שלשון החוק "אם נגרמה מרשלנותו" משמעה ששומר חנם חייב

¹⁰⁷ ד' פרידמן, "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ג (תשל"ד) 172, ה"ש 79.

¹⁰⁸ ע"א 341/80 עלי נ' ששון ואח', פ"ד לו(3) 281, 290-291. דבר דומה מצוי בדברי א' סלטון, "ההיבט הנזיקי של חוק השומרים", עיוני משפט ה (תשל"ז) 657.

¹⁰⁹ דברי הכנסת 44 (תשכ"ו) 326.

¹¹⁰ א' סלטון, שם, עמ' 658. הוא מתקשה בזה, שהלא בדרך כלל בעל הנכס אינו נוכח במקום הנזק ואינו יכול להביא ראיה. זהו טיעון המסייע לעמדת המשפט העברי, בסמוך.

רק אם הוכיח בעל הנכס שהתרשל השומר. הוא מוכיח כן¹¹¹ גם מן העובדה שסעיף 2(ב) עוסק בסוג אחר של שומר, שומר שכר שאין שמירתו עיקר מטרת החזקת הנכס, וקובע שהוא חייב אלא אם כן נגרם נזק שלא ברשלנותו, והוא דומה בכך לשומר חנינם. אך לא ייתכן שדינו שווה בכל דבר לדין שומר חנינם, שהרי אז לא היה החוק מתייחס אליו כאל סוג חדש של שומר. המסקנה המתבקשת מכך היא, שיש הברדל ביניהם, והוא, שבשומר חנינם נטל הראיה הוא על בעל הנכס, ובשומר שכר מהסוג ההוא, נטל הראיה הוא על השומר.

לפי המשפט העברי, שומר חנינם פטור רק אם הביא עדים שהנכס אבד שלא בפשיעתו, או שיישבע על כך; ושבועתו מתקבלת רק אם קרה הנזק במקום שאין מצויים בו אנשים שיוכלו להעיד¹¹².

ח"כ ג' האוזנר הבין שעמדת המשפט העברי היא, שנטל הראיה הוא על השומר; ועל כן הביע את דעתו שגם חוק הכנסת צריך ללכת בדרך זו¹¹³. אולם שר המשפטים השיב על כך, שאין המשפט העברי מטיל את נטל הראיה על השומר, שהרי הוא מתיר לו להישבע ולהיפטור¹¹⁴. נראה שההלכה שהבאנו (שלא התייחסו אליה בדיון בכנסת), שאם קרה הנזק במקום שנכחו בו אנשים, השומר פטור רק אם יביא עדים – מוכיחה שאכן לפי המשפט העברי נטל הראיה מוטל על השומר, כהבנת ח"כ האוזנר.

פרק שני

רשלנות במיקום הנחת הנכס

1. כללי

אחד הסוגים של פשיעה בשמירת נכס הוא הנחת הנכס במקום שהוא חשוף לסכנת נזק או אבדן מסיבה כלשהי: גנבה, שרפה, עכברים וכו'. השומר צריך להניח את הפיקדון במקום שפיקדון מסוג זה בטוח מפני כל הסכנות האלה – לכל סוג פיקדון, מקומו הראוי לו לבטיחות זאת. אם לא עשה כך, וניזוק הנכס או אבד, השומר אחראי לנזק או לאבדן. גם אם קרה נזק אחר מזה שהיה צפוי מחמת רשלנותו, הוא חייב עליו מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס", כפי שראינו לעיל¹¹⁵. דוגמה לכך – שהניח אותו במקום שהיה עלול להיגנב על ידי גנב רגיל, ולא נגנב על ידי גנב רגיל, אלא נגנב באונס¹¹⁶, או נשרף כל ביתו¹¹⁷.

בפרק זה נביא את דברי הפוסקים שקבעו איזה מקום נחשב בטוח לגבי כל סוג של נכס,

¹¹¹ שם, עמ' 661.

¹¹² שו"ע, חו"מ, רצד, ב. יש בעניין זה דיונים רחבים במקורות, אך כפי שכתבנו במבוא, אנו נמנעים מלהרחיב כאן בדיני ראיות.

¹¹³ דברי הכנסת שם, עמ' 218. זו גם דעת מ' קורין, יסודות בדיני פיקדון במשפט העברי, עמ' 405.

¹¹⁴ דברי הכנסת שם, עמ' 326.

¹¹⁵ בפרק א, 3.

¹¹⁶ ב"ח, חו"מ, רצא, יח, כותב כך לגבי כסף שלא שמר כראוי, ונגנב באונס. מאירי, ב"מ מב ע"א (ד"ה כבר), כותב שאם לא קבר כסף, חייב גם אם קרה אונס.

¹¹⁷ רמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג, הובא בסמ"ג, עשה פח (קע ע"ג), ובטור, חו"מ, רצא, טז; מגדל דוד, ספר מצווה, מצווה רמב; אורחות חיים, סימן סה; שו"ע, חו"מ, רצא, יד; שו"ת ר"ש דוראן (תשב"ץ, חלק ד,

ואיזה מקום אינו נחשב בטוח. החלוקה שנקטנו בה היא לפי הסכנות השונות שהשומר חייב לשמור את הנכס מפניהן. ככל פיקדון, חייב השומר להתחשב בכל הסכנות האפשריות, ולהניח אותו במקום שהוא בטוח בו מפני כולן. בנוסף, נעסוק בפסקה 5 בשאלה המיוחדת של מתן גישה לנכס לאנשים שונים, שלעתים יש בכך רשלנות גם כשמקום הנכס כשלעצמו מגן על הנכס מפני הסכנות השונות. מטבע הדברים, דברי הפוסקים בעניינים אלה יכולים לשמש רק דוגמאות, כפי שצינו לעיל¹¹⁸, הן מפני שלא הקיפו את כל המקרים האפשריים, והן מפני שהם אמרו את הדברים במצבים מסוימים, שבהשתנותם – יכול הדין להשתנות.

עיקרון כללי שיש להזכיר כאן הוא, שגם אם בתחילת השמירה הניח השומר את הנכס במקום שהוא מוגן בו מפני הסכנות שהיו צפויות באותו זמן, הרי אם במשך זמן השמירה השתנו הנסיבות, ונוצרה סכנה חדשה, ומקום זה אינו מגן מפניה, חייב השומר להעביר את הנכס למקום שהוא מוגן בו גם מפני סכנה זו, ואם לא עשה כך, זו פשיעה¹¹⁹. דבר זה כלול בחובתו הכללית של השומר לנקוט אף פעולה אקטיבית להגן על הנכס, אם מתעוררת כלפיו סכנה במשך תקופת השמירה, חובה שנרחיב בה בדיוננו בסעיף 6, פרק ג. אף כאן, חייב השומר להגן על הנכס מפני הסכנה שנתחדשה, על ידי הנחתו במקום שמור יותר¹²⁰.

עיקרון כללי נוסף הוא, שאם הניח השומר את הנכס במקום שהוא מוגן בו מפני הסכנות השונות, הוא רשאי לעזוב את המקום, ואף לנסוע לחו"ל. כך נפסק, שאם הניח השומר פיקדון של כסף בארגו נעול, שהוא מקום ראוי, ונעל את הבית, ונסע לחו"ל כשביתו ריק, ונגנב הנכס בהיעדרו, הוא פטור, מפני שאין זה מחובתו לוותר על נסיעה לחו"ל, הדרושה לצורך פרנסתו, לשם שמירת הנכס¹²¹. כן נפסק, שאם נעל את דלת ביתו, הוא רשאי ללכת לישון, להתפלל, לבקר את ידידיו ולסעוד אצלם¹²².

2. מפני סכנת גנבה

(א) כסף

השיקול הראשון של השומר בבחירת מקום להנחת הפיקדון צריך להיות, שזה יהיה מקום מוגן מפני סכנת גנבה. באופן כללי, מבחינה זאת, פיקדון יקר צריך להניחו במקום סגור יותר, מפני שהוא מהווה פיתוי גדול יותר לגנבים, ופיקדון פחות יקר, אפשר להניחו במקום פחות

טור א, סימן מו; שו"ת דברי ריבות, סימן שמג (על מי שהניח בגדים בחצר, שזו פשיעה לגבי גנבה); אמרי דוד, מצווה נו*.

¹¹⁸ בפרק א, 6.

¹¹⁹ שו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א, בתשובה (על מקרה שנודע ששודדים או חיילים עתידים לבוא למקום); שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק א, סימן קסא; שו"ת מהרא"ל (צונץ), חו"מ, סימן מב; רי"ל בלוח, בשו"ת המאור (פרייל), סימן סט*.

¹²⁰ משפטים ישרים שם. מהרא"ל צונץ שם נוקט, שחייב לפחות מטעם השבת אבדה; אך גם הוא משווה זאת לחיוב ההצלה שבסעיף 6, פרק ג.

¹²¹ שו"ת ר"א אבן טוואה, סימן כו, הובא בלב מבין, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ה. על שומר היוצא לחו"ל ולוקח עמו את הנכס, ראה ליד ציון הערה 332 ואילך; על זכותו למסור לבית דין, ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 211. וראה פרק ד, 3, ובמילואים להערה 389, בשם הרשב"ש, הכותב להיפך מר"א אבן טוואה.

¹²² שו"ת משפטי שמואל, סימן סז.

שמור. כך סיכם הרמב"ם¹²³: "כיצד דרך השומרים? הכל לפי הפיקדון. יש פיקדון שדרך שמירתו להניחו בבית שער, כגון הקורות והאבנים; ויש פיקדון שדרך שמירתו להניחו בחצר, כגון חבילות פשתן הגדולות וכיוצא בהן; ויש פיקדון שדרך שמירתו להניחו בבית, כגון שמלה וטלית; ויש פיקדון שדרך שמירתו להניחו בתיבה או במגדל ונועל עליו, כגון בגדי משי וכלי כסף וכלי זהב וכיוצא בהן".

לגבי כסף, שגנבים מתאמצים במיוחד לִגְנוֹבוֹ¹²⁴, החמיר התלמוד במיוחד: "כספים אין להם שמירה אלא בקרקע"¹²⁵ – צריך להטמינו בקרקע, בעומק טפח¹²⁶ (כעשרה סנטימטרים), שבעומק זה אין המטמון מורגש מלמעלה, ואין סכנה שהעפר שמעליו יוזז ממקומו ושהכסף יתגלה¹²⁷. בזמן שמצוי שגנבים מחפשים מטמונים בקרקע על ידי דקירת מקלות בקרקע כדי לגלות חפצים ("גשושאי"), אין די אף בכך, אלא צריך לטמון את הכסף בתקרת הבית; ובזמן שמצויים גנבים הפותחים את התקרות למצוא מטמונים ("פרומאי"), לא די בכך, אלא צריך לטמון בקיר, בין נדבכי האבנים; ואם הגנבים רגילים לבדוק את הקירות לברר האם יש בהם חלל ובו מטמון ("טפוחאי"), צריך לטמון בטפח העליון של הקיר, ליד התקרה, או בטפח התחתון, ליד הרצפה, ששם אי אפשר לגלות את החלל על ידי נקישת¹²⁸; וצריך להטמין בקיר בעומק טפח¹²⁹. השומר יוכל גם להניח את הכסף בתוך כיפת אבנים, מתחת לקרקע או מעל הקרקע, בתנאי שהיא משתמרת מפני גנבים¹³⁰. אם בית השומר הוא בית חזק ומוגן מפני פריצה, יוכל להניח את הכסף בתיבה שבביתו¹³¹, ורק בבית רעוע צריך לטמון בקרקע¹³². אבל אין די

¹²³ רמב"ם, הלכות שאילה, ד, ב, הובא בסמ"ג, עשה פח (קע ע"ג), במאירי, ב"מ מב ע"א (המוסיף: "וילמד סתום מן המפורש"), בספר מישורים, נתיב ל, חלק ב, בטור, חו"מ, רצא, סעיפים ט"ז, ובשו"ע, חו"מ, רצא, יג, ובשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן ק"ז.

¹²⁴ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה), סימן שא, רא"ש, ב"מ, פרק א, סימן כא, ותוספות הרא"ש, ב"מ מב ע"א, נקטו שגנבים מוסרים נפשם עליו. מהר"ם נימק, מפני שאין בכסף סימן, ולכן גם מי שאינו גונב דברים אחרים עלול לגנוב כסף. כמו כן, הסביר דרישה, חו"מ, רצא, ז, שעיקר הצורך להטמין כסף בקרקע הוא מפני סכנת גנבה, וכטעם מצטרף בא החשש לשרפה; משום כך, במקום שאין גנבים מצויים, אין צריך להטמין בקרקע (ראה הערה 183 בשמו), ומשום כך בזמן שהיו גנבים שהיו מגששים בקרקע, היה השומר צריך להטמין בקיר ליד התקרה (ראה בסמוך), אף על פי שלא נתבטל בכך החשש לשרפה.

¹²⁵ ב"מ מב ע"א; רמב"ם, הלכות שאילה פרק ד, ד, ופרק ז, ח; טור, חו"מ, רצא, יח; שו"ע, חו"מ, רצא, טו.

¹²⁶ ב"מ שם; רמב"ם, טור וש"ע שם; ספר הפיקדון לרס"ג, עמ' 33; אורחות חיים, סימן סה, אות ב; פסקי הרי"א ז, ב"מ, פרק ג, הלכה ז, אות ג; צרור הכסף הקצור, דרך ב, שער יב; שו"ת יכין ובוועז, חלק א, סימן קמ; אמרי דוד, מצווה נו.

¹²⁷ ב"ח, חו"מ, רצא, יח.

¹²⁸ ב"מ מב ע"א, הובא (בחלקו) בסמ"ג, עשה פח (קע ע"ג), בפסקי הרי"ד, ב"מ שם, בפסקי הרי"א ז, ב"מ, פרק ג, הלכה ז, אות ה, בספר מישורים, נתיב ל, חלק ב, בדרישה, חו"מ, רצא, יח, ואצל צ' קרל, תרביץ ז (תרצ"ו), עמ' 265.

¹²⁹ נימוקי יוסף, ב"מ כד ע"א, בדפי הרי"ף (שהיה מכוסה מן העין שיעור טפח); רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כא, בסופו; מאירי, ב"מ מב ע"א (ד"ה כבר); טור, חו"מ, רצא, יח; שו"ע, חו"מ, רצא, טו.

¹³⁰ אבי עזרי (ראבי"ה), המובא במרדכי, ב"מ, סימן רפ, ומשם הובא בבית יוסף, חו"מ, רצא, יח, בשו"ת כהונת עולם, סימן נד, ובשו"ת משנת ר' אליעזר (טולידו), חלק א, חו"מ, סימן נו. סמ"ג, עשה פח, מזכיר כיפת אבנים כמוגנת מפני גנבים, אבל לא נקט כסף. ראה בשמו במילואים להערה 37.

¹³¹ שו"ת מהרי"ק, שורש קלא, הובא בשו"ת דברי ריבות, סימן פ.

¹³² שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס לבוב), סימן תקב; מרדכי, ב"מ, סימן רפ, בשם רבנו תם וספר החכמה.

בכך שיקשור את הכסף על בטנו או בידו¹³³, מפני שיש לחוש לכייסים, במקום שהללו מצויים¹³⁴. אף לא די להחביאו במקום שאין אדם מרגיש בו¹³⁵, או לנעול אותו בארגז¹³⁶. חובת הקבורה קיימת רק אם הופקד הכסף אצל השומר לתקופה ממושכת, כגון שאין בעל הכסף צריך להשתמש בכסף למשך תקופה זו. אולם אם ההפקדה הייתה למשך זמן קצר, אין השומר צריך לקבור את הכסף בקרקע¹³⁷, אלא די שישמור אותו במקום שמור אחר, משום שהסיכון שייגנב בזמן הקצר הזה הוא נמוך, ואינו מצדיק להטיל על השומר את טרחת הקבורה, שהיא טרחה גדולה. גם אם הופקד הכסף לתקופה ממושכת, אלא שבעל הכסף עשוי לבוא תוך זמן קצר לקחת אותו חזרה, רשאי השומר להניחו במקום נוח לגישה, גם אם המקום אינו משתמר כל כך מפני גנבה כמו קרקע, שכן על דעת זה קיבל השומר על עצמו את השמירה — שיוכל להניחו במקום קל לגישה, כדי שיוכל בעל הכסף לקחת אותו מיד כשיבוא. יש דוגמאות אחדות לכך. א) אם בעל הכסף הוא איש עסקים, וסוחר בסחורות כל הזמן, ואמור ליטול מן הכסף מדי פעם כדי לסחור בו, כך שאין השומר יכול לקבור מפני שבעל הכסף צריך אותו כל הזמן — אינו צריך לקבור, משום שאם יקברנו, לא יוכל למסרו לבעליו באופן זמין, וגם בעל הכסף לא התכוון שהשומר יקבור אותו¹³⁸. ב) אם בעל הכסף הוא אדם שמקפיד לעשות הברלה במוצאי שבת על יין, אין השומר צריך לקבור את הכסף במוצאי שבת¹³⁹, משום שאפשר שבעל הכסף יבוא ליטול מהכסף לקנות בו יין להבדלה, והכסף צריך להיות זמין בידי השומר, כדי שיוכל לתיתו לו¹⁴⁰. ג) לווה שנתן למלווה כלי כסף כמשכון על חוב (וגם כלי

¹³³ פרישה, חו"מ, רצא, כב; ב"ח, חו"מ, רצא, כב; עין יהוסף, ב"מ מב ע"א (ד"ה אך). כך יוצא גם משו"ע, חו"מ, רצא, כ, האומר שהמוליך כסף יקשרנו על גופו, וכשיגיע לביתו יקברנו — משמע שאינו רשאי להמשיך להחזיקו קשור לגופו (מפני שמדובר כשגנבים מצויים).

¹³⁴ דברי רח"א מילר. צריך להוסיף, שמוכיל כסף יכול וצריך לקשרו על גופו (כנוכח בהערה 133), על אף שיש סכנת כייסים, משום שאין לו ברה.

¹³⁵ רמב"ם, הלכות שאילה, ד, ד; אורחות חיים, סימן סה, ב; שו"ע, חו"מ, רצא, טו.

¹³⁶ רמב"ם, אורחות חיים, ושו"ע — שם. כמו כן, ראבי"ה, המובא במרדכי, ב"מ, סימן רפ (ומשם הובא בשו"ת מעשה חייא, סימן ה), כותב שאינו יכול לשים בחיבה בחדרו (אך לא הזכיר נעילה). ראה בשמו במילואים להערה 37.

¹³⁷ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס לבוב), סימן רו; שו"ת איגרות משה, חו"מ, סימן לב. מהר"ם כותב כך על מי שהפקיד על מנת להחזיר לו "מיד אחרי האכילה". הוא מסתמך על הדין שאם הופקד הכסף ערב שבת בין השמשות, אינו צריך לקבור (ליד ציון הערה 151). אפשר שנימוקו הוא, שאין לשומר זמן לקבור, מפני שעד שיגמור לקבור כבר יצטרך להוציאו מהקרקע כדי להחזירו; ולפי זה, הוא הבין שזה הטעם גם לגבי ערב שבת — מפני שאין לו זמן לקבור. ראה גם במילואים להערה 199, שמאמר מרדכי מקיל על מי שצריך לשמור לזמן קצר בלבד.

¹³⁸ תשובות גאוניס קדמונים, סימן סד. הוא מסתמך על דברי התלמוד בעניין מוצאי שבת, שבסמוך.

¹³⁹ מדובר שקיבל את הכסף להפקדה בערב שבת, ואז היה פטור מלקבור (ראה להלן ליד ציון הערה 151), וההזדמנות הראשונה שלו לקבור היא במוצאי שבת, ועל זה נאמר שפטור מלקבור אם בעל הכסף מקפיד על יין להבדלה. אולם אם הכסף כבר קבור מלפני שבת, אל לו לשומר להוציאו ממקומו במוצאי שבת לצורך זה, מאחר שאין זה דבר ודאי שבעל הכסף יודקק לכסף, ורק כשעוד לא קבר, יוכל השומר להימנע ממעשה, בבחינת "שב ואל תעשה", משום האפשרות שבעל הכסף זקוק לכסף, אבל אל לו לנקוט פעולה חיובית, "קום ועשה", מפני אפשרות זו. כך כותבים שו"ת מעשה חייא, סימן ה, ושו"ת משאת משה, חלק א, חו"מ, סימן סה, שמדובר דווקא שהופקד אצלו בין השמשות, אבל אם הופקד שעה לפני בין השמשות, חייב לקבור אף על פי שאפשר שהמפקיד יצטרך כסף במוצאי שבת — מכל מקום יקבור עכשו, ואם יבוא המפקיד במוצאי שבת, יחפור ויוציאו.

¹⁴⁰ ב"מ מב ע"א, כמוסבר ברש"י שם (ד"ה ואם); טור, חו"מ, רצא, יח; פסקי הרי"ד, ב"מ שם; פסקי הרי"ז,

כסף צריך לקברם בקרקע, כפי שנראה בהמשך), והגיע זמן הפירעון, אלא שהלווה דחה את המלווה ב"לך ושוב", אין המלווה צריך לקבור את המשכון בקרקע, אף שהוא חייב כשומר על המשכון, משום שהוא מצפה בכל יום שהלווה יבוא ויפרע את חובו, ויקח את המשכון חזרה.¹⁴¹ (ד) נתן בעל הכסף את הכסף לשומר למסרו לאדם שלישי, והאדם השלישי סירב לקבלו, והשומר ממתין עתה לבעל הכסף שיבוא ליטלו חזרה, אינו צריך לקבור, כיוון שאינו אמור לשמרו לזמן ממושך, אלא הוא ממתין בכל רגע לביאת בעל הכסף.¹⁴² (ה) שני שותפים, שאחד מהם קיבל כסף ממישהו כפירעון לחוב שהיה חייב לשותפות, הוא אחראי כשומר על חלקו של השותף השני בכסף, אבל אינו חייב לקבור, משום שהוא אינו אמור לשמרו אצלו לאורך זמן, אלא ממתין ששותפו יבוא בהקדם ויקח את חלקו.¹⁴³

סייג זה חל לא רק כשבעל הכסף עשוי לבוא ליטול את הכסף, אלא גם אם השומר עשוי ליטול את הכסף ולהשתמש בו. הכוונה למקרה שבעל הכסף מסר את הכסף לשומר בתורת "עסקא", שיעשה עסקים בכסף, ושניהם יתחלקו ברווחים (או בהפסדים).¹⁴⁴ שומר זה אינו מחויב להטמין את הכסף בקרקע, מפני שברור שמי שנתן לו את הכסף אינו מקפיד על כך שהוא יטמין את הכסף בקרקע, שכן אם יעשה כך, לא יוכל להשתמש בכסף למטרת העסקא, שהרי לשם כך הכסף צריך להיות זמין לשימוש.¹⁴⁵ כך גם אם השומר אמור לקנות בכסף סחורה עבור בעל הכסף.¹⁴⁶ מאותה סיבה, שומר שיש לו רשות מכללא להשתמש בכסף¹⁴⁷ אינו חייב לטמון את הכסף בקרקע, אף על פי שהוא אמור להשתמש בכסף לצורך עצמו ולא לצורך בעל הכסף, בשונה מבעסקא. אף על פי כן אינו חייב לקבור, כיוון שיתכן שיצטרך להשתמש

ב"מ, פרק ג, הלכה ז, אות ד; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער יב; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' סד); שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה), סימן קנד; שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שמא, וחלק ג, סימן קלג; שו"ת מהר"ש צרור, סימן טז; חידושי חתם סופר, ב"מ מד ע"א (ד"ה וה"ג); אור שמח, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ז, ו.¹

¹⁴¹ שו"ת מהרא"ל (צונץ), ח"מ, סימן מב. הוא כותב (ברמז), שגם אם קיבל כלים אחדים כמשכון, אינו צריך לקבור אף אחד מהם, משום שגם אם הלווה יפרע רק חלק מהחוב, רוצה המלווה-השומר להציג בפניו את כל הכלים, כדי שיוכל לבחור איזה מהם ירצה לקחת.

¹⁴² שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה), סימן שא. שו"ת שי למורא, סימן טו, בסופו, ושו"ת כהונת עולם, סימן כג, העירו שיש כאן חידוש לעומת המקרה של מהרי"ק (הערה 145), ששם יודקק לכסף תדיר לצורך העסקא, ואילו כאן יודקק לו רק פעם אחת, להחזיר לבעליו, ואף על פי כן הוא פטור מלקבור.

¹⁴³ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה), סימן קנג. הוא מוסיף, שכאן יוכל השומר להניח שיבוא בעל הכסף בהקדם, משום שמנהג המקום היה שאדם נושא ונותן בכל הכסף שהוא יכול, כדי לעשות רווחים, ובוודאי לא יחמיץ בעל הכסף הזדמנות זו. גם בסימן קנד הוא כותב שאם שומר יודע שלא יישאר הכסף בידו זמן רב, הוא רשאי לשמור אותו בחיבתו עם חפציו. אפשר שהוא מתייחס למקרה בסימן קנג.

¹⁴⁴ אם השומר רשאי להשתמש בכסף לעצמו, ברשות מפורשת, הרי זו הלוואה, וחייב אף באונס, גם אם קבר בקרקע ונגנב, ואין מקום לדון אם חייב לקבור או לא.

¹⁴⁵ רב האי גאון, בשיטה מקובצת, ב"מ קד ע"ב, ובשו"ת הרי"ף (מהד' רוטשטיין), סימן עה (יעשה כדרך הסוחרים); שו"ת מהרי"ק, שורש ו (הובא בשו"ע, חו"מ, רצא, יט, בשו"ת כרם שלמה, אמריליו, חו"מ, סימן פה, דף רטז ע"ג, בשו"ת בני אהרן, סימן קב, בחסד ומשפט, רצא, ס"ק ב, בשו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א, בציון וירושלים, סימן יד, עמ' ל, ובשו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ט).

¹⁴⁶ שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ב, בסופו; שו"ת הרדב"ז, סימן תרלח (נדפס גם בשו"ת משפטי שמואל, סימן סז); ר"ש קלעי, במשפטי שמואל שם; פרי עץ חיים, חלק א, קמב ע"ד (מס' 59); שו"ת משפט צדק, חלק א, סימן לג (על מי שאחראי לקנות שמן למאור לבית הכנסת, בכסף המיועד לכך); שו"ת שי למורא, סימן טו, בסופו.

¹⁴⁷ לפי התנאים שראינו בסעיף 1(א), פרק ד, 3.

בכסף, ומאחר שהתיר לו בעל הכסף להשתמש בו, הרי זה כאילו פטר אותו במפורש מלקבורו, שהרי אם יקבור אותו, לא יהיה הכסף זמין לשימוש¹⁴⁸.

כך גם אם השומר אמור לעשות בכסף טיפול אחר בעבור בעל הכסף. לדוגמה, אם השומר אמור לשלוח את הכסף עם שיירה, אינו צריך לטמנו בקרקע, מפני שעל דעת זה קיבל את הכסף, על מנת שיהיה מזומן למשלוח, ולכן יוכל להניחו בינתיים בתיבה¹⁴⁹. כמו כן, אם נתן ראובן לשמעון מטילי כסף למכור, אין שמעון צריך לקברם בקרקע, אף על פי שדין מטילי כסף כדין מטבעות כסף לענייננו, כפי שנראה בסמוך, משום שהשומר צריך שהמטילים יהיו זמינים בשבילו להראות לקונה פוטנציאלי, ולמסרם לו, וזו תהיה טרחה רבה אם בכל פעם יצטרך לחפור בקרקע ולהוציאם כדי להראות אותם לקונה¹⁵⁰.

אם קיבל השומר את הכסף בזמן שאינו פנוי לטרוח להטמינו בקרקע, כגון שהופקד אצלו בערב שבת, רשאי הוא להניחו במקום פחות ראוי¹⁵¹. חכמים לא הטילו עליו את הטרחה הזאת, לקבור בקרקע¹⁵², כיוון שהוא עסוק בהכנות לשבת¹⁵³.

דין מיוחד יש כשבעל הכסף מסר אותו לבן ביתו לשמור. כאן אין זה נחשב פשיעה אם הלה לא קבר אותו אלא שם אותו בתוך תיבה¹⁵⁴. שני הסברים לדבר. הסבר אחד הוא, שבן הבית זכאי היה לחשוב שהכסף מיועד להוצאה שוטפת, ואנשים אינם רגילים לקבור בקרקע כסף המיועד להוצאה שוטפת, משום שהוא צריך להיות זמין¹⁵⁵, כמו שלעיל פטרנו מחובת

¹⁴⁸ מעייני החכמה, ב"מ מג ע"א, אות קכט. אך אור שמח, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ז, ו, מסופק בדבר. ¹⁴⁹ שו"ת מהרש"ם, חו"מ, סימן קלד (הובא בשו"ת איתן האזרחי, סימן יז). הוא לומד זאת מדברי מהרי"ק (הערה 145).

¹⁵⁰ שו"ת מהרי"ט"ץ, סימן יב; שו"ת קול אליהו, חלק א, חו"מ, סימן י – על פנינים. מהרי"ט"ץ כותב שדי בשמירה מעולה בארגז, אפילו בזמן שמצויים גושאי (מחפשי כסף בקרקע). אך הוא כותב שאם שם אותם בתוך בגדים, זו פשיעה, מפני שיתכן שימכור את הבגדים ולא ישים לב שיש בתוכם מטילי כסף. עוד נימק קול אליהו, שמאחר שאמר לו למכור את הפנינה ולקנות בתמורתה סחורה, והרי סחורה אין צריך לשמור בקרקע, יוצא שגם את הפנינה אינו צריך לשמור בקרקע.

¹⁵¹ ב"מ מב ע"א; רמב"ם, הלכות שאילה, ד, ה, ובפירוש המשנה, ב"מ, ג, י; סמ"ג, עשה פח; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' סה); צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער יב; אורחות חיים, סימן סה, ב; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן שא, ודפוס לבוב, סימן רז; ספר העיטור, פיקדון, ליד אות קנ; פירושים ופסקים לר' אביגדור צרפתי, פסק עט ("סמוך לשבת"); טור, חו"מ, רצא, יח; שו"ע, חו"מ, רצא, טז; שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קלג; ר"ש מטווארג, בשו"ת אפריון דוד, סימן כד (לג ע"ב); שו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א; אמרי דוד, מצווה נו ("עם חשכה").

¹⁵² ב"מ שם.

¹⁵³ רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כא; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ב; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ שם; אור זרוע, ב"מ, סימן קלא; ספר המעשים לבני ארץ ישראל, תרביץ, שנה ב (תרצ"א) עמ' 326 ("אם לא היה לו זמן לקבור משום טורח כבוד שבת").

¹⁵⁴ ב"מ מב ע"ב; רמב"ם, הלכות שאילה, ד, ח; טור, חו"מ, רצא, כו; שו"ע, חו"מ, רצא, כג. הם כותבים דין זה לעניין שומר כסף שנתן את הכסף לבן ביתו לשמור, ובן הבית חשב שהכסף שייך לבעל ביתו-השומר, ופוסקים שבן הבית פטור אם לא קבר את הכסף מחמת טעותו – ראה סעיף 7, פרק ד, 4 (גם המקורות שנביא בהמשך, עד הערה 159, מתייחסים לעניין ההוא, ונביא אותם בניסוח שמתאים לענייננו). מפסיקה זו מוכח שבן הבית אינו נחשב פושע כלפי בעל ביתו אם לא קבר כסף של בעל ביתו שהוא שומר בעבורו, כפי שכתבנו בפנים; שהרי אילו היה נחשב פושע, היה צריך להיות חייב לבעל הכסף האמיתי במקרה דלעיל (ככל שומר משנה שפשע כלפי השומר הראשון, ששומר המשנה חייב כלפי בעל הנכס – ראה סעיף 7, פרק ד), מפני שטעותו לא הייתה מצדיקה את התנהגותו.

¹⁵⁵ רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימנים כא ו-כג (הובא בב"ח, על הטור שם, בשמחת עולם, על הטור שם, בבני אהרן,

קבורה במקרים אחדים מטעם זה. סתם שומר כסף שלא קבר אותו, אינו מופטר בטענה שחשב שהכסף מיועד להוצאה, שכן אם יש לאדם כסף המיועד להוצאה, הוא לא יפקיד אותו אצל אדם זר, אלא הוא יחזיקנו ברשותו, ולכל היותר יפקידנו אצל אחד מקרוביו, ולכן מתקבלת דווקא טענת בן הבית שחשב כך¹⁵⁶. הסבר אחר הוא, שבן הבית זכאי היה לחשוב שבעל ביתו לא יפקיד עליו אם לא יקבור את הכסף בקרקע, מכיוון שזו טרחה מרובה, ורק המוסר את כספו לאדם זר לשמור מקפיד על כך שהלה יקברנו על אף שזו טרחה; ומאחר שחשב כך, הוא פטור¹⁵⁷. הוא יוכל לסמוך על נסיונו בעבר, שהיה רגיל תמיד שלא לטמון את הכסף שהיה שומר בעבור בעל הבית, ובעל הבית לא היה מקפיד על כך¹⁵⁸. אולם אם בן הבית לא שם את הכסף אפילו בתיבה, אלא השאיר אותו במקום מגולה, שזו שמירה פחותה, הוא חייב, משום שזו פשיעה מצידו. כאן אינו יכול לטעון שנהג כך מפני שחשב שהכסף מיועד להוצאה (כבהסבר הראשון שהבאנו), שהרי גם כסף המיועד להוצאה אין משאירים אותו במקום מגולה, אלא שומרים אותו בתיבה. הוא גם לא יוכל לטעון (כבהסבר השני שהבאנו) שחשב שבעל ביתו לא יפקיד על כך, שהרי ברור שהוא יפקיד שלפחות ישים את הכסף בתיבה, דבר שאין בו טרחה¹⁵⁹.

כל זאת במצב שמצויים גנבים. אבל כאשר אין גנבים מצויים, אין זה מחובת השומר להניח את הכסף במקום שמור במיוחד, וגם אם הניחו במקום פחות שמור, במקום שהוא מניח את שלו, זאת נחשבת לשמירה טובה, ולא לפשיעה¹⁶⁰. השומר רשאי אף להניח את הכסף בארגז שרגילים לפתחו מדי פעם, אם מקובל באותו זמן להניח פקדונות בארגז כזה, ובלבד שיקפיד לנעול אותו אחרי הפתיחה ולהוציא את המפתח¹⁶¹. אפשרות אחרת היא להחביא את המטבעות במקום לא צפוי: בתוך כד מתחת למיטה, שאין גנבים מחפשים שם¹⁶², או בתוך כלי מלא שעווה¹⁶³. אבל אם במשך זמן השמירה השתנה המצב, וגנבים נעשו מצויים, חלים שוב הדינים המקוריים שהזכרנו, שצריך לטמון את הכסף בקרקע או בקיר או במקום אחר השמור במיוחד¹⁶⁴. הדינים המיוחדים של שמירת כסף חלים גם על מטבעות זהב¹⁶⁵, על אבנים יקרות, על

סימן רצא, דף קמו ע"ג, ובסמ"ע, רצא, ס"ק לה; חידושי הרמב"ן, ב"מ מב ע"ב; נימוקי יוסף, ב"מ כד ע"א (ברפי הרי"ף). כמו כן, פסקי הרי"ד, ב"מ שם, ופסקי הרי"א, ב"מ, פרק ג, הלכה ז, אות ז, הסבירו שפטור מפני שדרכו של בעל הכסף לשמור את שלו בתיבה ולא בקרקע מפני שהוא צריך אותו כל שעה להוצאותיו.

¹⁵⁶ שו"ת דברי מרדכי (קרישפיין), חו"מ, סימן יט; אבני החושן, רצא, ס"ק ו.

¹⁵⁷ ש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק לג (הובא בשער משפט, עב, ס"ק לא, ובגבורת יהונתן, חילוק יב, ד"ה ועכצ"ל).

¹⁵⁸ נתיבות המשפט, רצא, ס"ק יט, הסביר כך את דברי הש"ך. וראה ליד ציון הערה 90, שיש ששומר רשאי לשמור בדרך שנהג לשמור בה בעבר נכסים של בעל הנכס הנוכחי.*

¹⁵⁹ ראה המקורות בסעיף 7, במילואים להערה 414. ההסבר – מקורו בש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק לה.*

¹⁶⁰ ר"י ברצלוני, המובא בחידושי הרמב"ן, ב"מ מב ע"א.*

¹⁶¹ שו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק ו. שו"ת מהריט"ץ, סימן א, כותב שגם לפי ר"י ברצלוני, אם הוא מניח את הכסף בארגז, צריך לנעול אותו.

¹⁶² תרומת הדשן, סימן שלג, הובא בבית יוסף, חו"מ, רצא, מחודש ב, ובשו"ת מהריט"ץ, סימן א (שם נדפס בטעות "מרדכי" במקום "מהרא"י", בעל תרומת הדשן), ובשו"ת שער שלמה (זוראפה), סימן קלב (ק"ז ע"ד). זאת לעומת האמור ליד ציון הערה 135, שבזמן שמצויים גנבים, לא מועיל להחביא.*

¹⁶³ שו"ת עדות ביהוסף, חלק ב, סימן ד (יג ע"ג).*

¹⁶⁴ שו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א, על מקרה שהתקרב חיל כיבוש. וראה ליד ציון הערה 119.*

¹⁶⁵ תרומת הכרי, רג, ד; אורח מישרים, סימן רצא; שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן עא; חידושי חתם סופר, ב"מ מד ע"א (ד"ה וה"נ).

מטילי זהב וכסף, ועל שאר חפצי ערך שהם קלים לנשיאה – ולכן מפתים לגנבים, ושאינם מתקלקלים בקרקע במהירות – ולכן אין מניעה מלהטמינם בקרקע, כמו בכסף¹⁶⁶. ברם, כלי זהב וכלי כסף המתקלקלים בקרקע, אין צורך לשמרם בקרקע, כמו כסף, מה עוד שאין גנבים מתפתים לגנבם כל כך כמו מטבעות¹⁶⁷. אלא שאם יש לשומר כיפה של אבנים מתחת לקרקע, עליו להניח שם את הדברים הללו, מפני ששם לא יתקלקלו, ואם לא הניחם שם, זוהי פשיעה¹⁶⁸. גם מטבעות של נחושת אין צורך לשמרם בקרקע כמו כסף, מפני שאינם קלים לנשיאה, ואין גנבים נמשכים אליהם כל כך¹⁶⁹.

(ב) שאר נכסים

בשאר סוגי נכסים, אין בפוסקים פירוט נרחב כל כך בדבר מקום השמירה כמו בשמירת כסף, משום שבשאר נכסים חשש הגנבה אינו גדול כל כך כמו בכסף. עם זאת, יש בדברי הפוסקים התייחסות לדרך שמירת שאר נכסים מפני גנבה, ונביא מדבריהם כאן.

כפי שהבאנו לעיל, בתחילת פסקה (א), מדברי הרמב"ם, בגדי משי צריך לשמרם בתוך תיבה. נפסק, שצריך לנעול את התיבה¹⁷⁰. אם זהו משא גדול של בגדי משי, שאין השומר יכול להכניסו לתיבה, מפני שלשם כך יצטרך להוציא את חפציו מן התיבה, אינו צריך לשמרו בתיבה, אלא די שישמרנו בבית¹⁷¹.

כשמניח השומר את הנכס בתיבה, רצוי שניח אותו בתחתית התיבה, שאילו אם יהיה בתיבה מעל דברים אחרים השייכים לשומר, הרי כשיצטרך השומר להשתמש בדברים שלו ולהוציא אותם, יוציא גם את הפיקדון, ואולי ישכח להחזירו לתיבה. אולם גם אם לא עשה כך, אין זו פשיעה, כיוון שסוף כל סוף הניח את הנכס במקום שמור, ואנשים אינם רגילים להקפיד, כששמים את נכסיהם בתיבה, מה למעלה ומה למטה¹⁷².

במקום לשים את הפיקדון בתיבה, יוכל השומר לשים את הפיקדון במקום שאין גנבים רגילים לחפש, כגון תחת מיטתו¹⁷³.

אם יש סיבה מסוימת שצריך שהנכס יהיה זמין, מקילים על השומר, והוא רשאי לשמרו במקום פחות שמור, אם זה נחוץ כדי שהנכס יהיה זמין. הקלה מקבילה ראינו לעיל, לעניין שמירת כסף. לדוגמה, אם אמר בעל הנכס לשומר לשלוח את הנכס לאדם שלישי, רשאי השומר

¹⁶⁶ רמב"ם, הלכות שאילה, ד, ד, בשם הגאונים ("מקצת המבינים"), הובא בטור, חו"מ, רצא, יט, באור זרוע, ב"מ, סימן קלב, בהגהות אשרי, ב"מ, פרק ג, סימן כא, במדכ"י, ב"מ, סימן רפ, באורחות חיים, סימן סה, אות ב, בסמ"ק מצוריק, מצווה רנא, עמ' סד, בספר מישורים, נתיב ל, חלק ב, בסמ"ג, עשה פח (קע ע"ג), ובשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שיד.

¹⁶⁷ שו"ת הרשב"ש, סימן שצ (על תכשיט זהב שתלויות בו פתילות של משי, מפני שהוא מתקלקל); ב"ח, חו"מ, רצא, סעיף טו וסעיף יט.

¹⁶⁸ מרדכי, ב"מ, סימן רפ, הובא בתרומת הדשן, סימן שלג, ובבית יוסף, חו"מ, רצא, יח. הוא אינו עוסק בכלי כסף וזהב דווקא, אלא כתב זאת בכלל, על דברים שמתקלקלים בקרקע; אלא שכתב זאת במהלך הרצאת דיני שמירת כסף, ונראה שמדובר דווקא בדבר יקר כמו כלי כסף וזהב.

¹⁶⁹ פרישה, חו"מ, רצא, יח.

¹⁷⁰ שו"ע, חו"מ, רצא, יג; שו"ת מהריט"ק, סימן א; שו"ת לב מבין (בירדוגו), חו"מ, סימן ריב; שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שמא; שו"ת משפט צדק, חלק ג, סימן ע (קסג ע"ד).

¹⁷¹ שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שמא.

¹⁷² שו"ת מקור ברוך (קלעי), סימן נב, בסופו, הובא בשו"ת משנת ר' אליעזר (טולידו), חלק א, חו"מ, סימן נו, ובשו"ת פני יצחק (אבולפיה), חלק ג, חו"מ, סימן ה (ראה בשמו בהערה 257).

¹⁷³ שו"ת אדמת קודש, חלק א, סימן עג, על פי תרומת הדשן שאמר דין דומה לגבי כסף – ראה הערה 162.

לשמור את הנכס בפינת החדר, ואינו מחויב לשים אותו בארגז (כמו שרגילים לשמרו), מפני שצריך שיהיה נוח לגישה, כדי שיוכל ליטלו בקלות כשימצא מי שמוכן להובילו לאותו אדם שלישי, והוא קיבל את הנכס לשמירה על דעת שיוכל לשמרו בפינת החדר¹⁷⁴. כמו כן, השולח סחורת ל"פאטור" (סוכן) למכור, אינו מתכוון שהפאטור יגנוז אותן בקרקע, או שישגיח עליהן תמיד, אלא הוא מתכוון שיהיו במקום נוח לגישה, כדי שקונים יוכלו להגיע אליהן¹⁷⁵.

מצד שני נפסק, ששומר רימוני כסף של ספר תורה, שהיו נלקחים מבייתו לבית הכנסת כל שני וחמישי ושבת, ימי הקריאה בתורה, צריך לשים אותם בתוך ארגז, ולא סתם בתוך ביתו. אף על פי שהיו צריכים לקחת אותם כמה פעמים בשבוע, מכל מקום, הרי בימים האחרים הוא בוודאי יכול לסגור אותם בתיבה במפתח, ולכן הוא חייב לעשות כן, וכשיבואו אנשים לקחת אותם, יפתח ויתן להם¹⁷⁶.

הניח השומר את הנכס על ארגז בחנותו, זו פשיעה, גם אם הוא עומד ליד הנכס, שהרי אנשים נכנסים לחנות מדי פעם, ולפעמים השומר מפנה את ראשו מן הארגז, ושוכח שהנכס שם, ואז אנשים יכולים לגנובו¹⁷⁷.

במקרים שאמרנו שהשומר צריך לנעול את המקום שהנכס מוחזק בו, הוא צריך גם לשים את המפתח במקום שמור. אם הניח את המפתח בקיר של הבית, זו פשיעה, שהרי מישוהו עלול למצוא אותו ולפתוח את המקום ולגנוב את הנכס¹⁷⁸. כמו כן, אם יש לשכנו מפתח למנעול, זו פשיעה, כאילו לא נעל. גם אם השכן נאמן בעיניו, יכול בעל הנכס לטעון שאינו נותן אמון בשכן, והוא חושד בו שיגנוב את הנכס¹⁷⁹.

3. מפני סכנת שרפה

השיקול של שמירה מפני סכנת שרפה אינו משתנה לפי ערך הפיקדון, מאחר שהסכנה שווה לכל סוג של פיקדון. בכך שונה סכנת שרפה מסכנת גנבה, שכן השיקול של הגנה מפני גנבה משתנה לפי ערכו של הפיקדון, כפי שראינו בפסקה 2.

גם פיקדון העשוי חומר שאינו דליק, כגון מתכות ואבנים, צריך לשמרו במקום המוגן מפני אש¹⁸⁰, מפני ששרפה מזיקה גם לו במקצת. מלבד הנוק הפיזי לנכס המתכתי, הוא ייוותר חשוף לגנבים, ועלול להיגנב לפני שייודע לשומר דבר השרפה (כגון שאינו נמצא סמוך לנכס, או

¹⁷⁴ שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שמא, הובא בשו"ת מהר"ש צרור, סימן טז, ובשו"ת כהונת עולם, סימן כג (כט ע"ד). הוא למד דין זה מדברי מהרי"ק על שומר כסף, בהערה 145. אבל משנה למלך, הלכות שאילה, ד, ה, כותב שאין זה נראה.

¹⁷⁵ שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ב, בסופו. גם הוא למד זאת ממהרי"ק שם.

¹⁷⁶ שו"ת מעשה חייא, סימן ה. מדובר בזמן שאין גנבים מצויים, ולכן אין חובה לקבור כלי כסף, כפי שכתבנו ליד ציון הערה 160*.

¹⁷⁷ שו"ת מהר"ש צרור, סימן כד.

¹⁷⁸ שו"ת בני משה (שלטון), סימן סא (קטז ע"א). הוא מנמק שאין דרך להניח מפתח בקיר אלא בארגז. הוא כותב שהשומר חייב גם אם למעשה המנעול נפרץ, מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס". ואין זה מובן, שהרי האונס אינו תלוי בפשיעה, שכן מי שפרץ היה פורץ גם אילו המפתח היה בידי השומר.

¹⁷⁹ בני משה שם.

¹⁸⁰ בב"מ מב ע"א נאמר שהנחת מטבעות בצריף מועד לדליקה (ראה ליד ציון הערה 64) היא פשיעה, על אף שמטבעות אינן נשרפות. גם שו"ת תורת אמת, סימן קנ, מזכיר פשיעה לעניין שרפה – בפיקדון של מרגלית, אף על פי שמרגלית עצמה אינה נשרפת*.

שהוא ישן בשעת השרפה), לפני שיספיק לקחת את הנכס, ולשים אותו במקום שמור אחר. נמצא, שצריך לשמרו מפני דלקה, כדי למנוע את הגדלת הסכנה של גנבה¹⁸¹. אולם הדרישה לשמור מפני סכנת שרפה – משתנה לפי הזמן ולפי המקום, בהתאם לשכיחות השרפות באותו זמן ובאותו מקום. במקום ששכיחות שרפות, השומר נדרש לשים את הפיקדון במקום חסין מפני אש, כגון כיפת אבנים, או לקברו בקרקע, ואם יניח אותו בתוך תיבה בלבד, זו פשיעה¹⁸². לעומת זאת, בזמן שאין שרפות מצויות, אין זו רשלנות להניח את הפיקדון בתוך בית עשוי עץ¹⁸³ או בתוך ארגז עץ¹⁸⁴, שכן על אף ששרפה אפשרית, היא אינה שכיחה. אך גם בזמן שאין שרפות מצויות, אם השומר מניח את הפיקדון בתוך צריף עשוי ענפי ערבות, שהוא נדלק בקלות, אפילו על ידי קרבה של אש, ונשרף במהירות, כך שאין פנאי להציל את מה שבתוכו, זוהי רשלנות ביחס לסכנת שרפה¹⁸⁵.

הניח השומר את הנכס בתוך בית אבנים או בתוך מערה, שהם מוגנים מפני אש, הוא רשאי לשים חומר דליק ליד הנכס, כגון נעורת פשתן. אין זה מסכן את הנכס, כיוון שאין סיכוי שתגיע דלקה מבחוץ ותחדור אל מקום הנכס. גם אם בסופו של דבר נשרף הנכס על ידי שנכנס מישהו לשם עם נר דלוק, אין זו פשיעה, משום שלא היה צריך להעלות על הדעת שמי שייכנס לשם עם נר דלוק יגרום לשרפה, שהרי קל להיזהר שהנר לא ידליק את הפשתן¹⁸⁶.

בדומה, אם הניח את הנכס בתוך ארגז, והניח על הארגז עצים כדי לכסותו ולהסתירו, כדי שלא ייגנב, אין זו פשיעה לעניין דלקה, שהרי גם בלי שיניח עליו עצים, הנכס יישרף אם תהיה דלקה¹⁸⁷.

לעומת זאת, אם הניח כלי עם אש בתוך המקום שהנכס נמצא בו, והאש התפשטה בגלל רוח שבאה מהחלון, זו פשיעה¹⁸⁸.

הניח השומר נר דלוק בצד הבגד המופקד, שלא לצורך טיפול בו, ונשרף, זו פשיעה¹⁸⁹. אך אם הניחו קצת רחוק מהבגד, כך שאינו עשוי להידלק מהנר אלא אם תבוא רוח שאינה מצויה, אין זו פשיעה¹⁹⁰.

¹⁸¹ דברי רח"א מילר.

¹⁸² שו"ת תורת אמת, סימן קנ (הובא במחזה אברהם, בוטון, סימן לב, אות כב, ובשו"ת אדמת קודש, חלק ב, חו"מ, סימן ו), כותב שאם הניח אותו בארגז ולא בכיפה, זו פשיעה, משום ששרפה מצויה "בזמננו". והסביר שו"ת כהונת עולם, סימן כג (כט ע"ג), שתורת אמת כתב כך משום שבזמנו, כל אדם היה שומר את שלו בכיפה תחת הקרקע, מפני ששרפה הייתה מצויה, ועל דעת כן היו גם מפקידים.*

¹⁸³ פרישה ודרישה, חו"מ, רצא, ז.

¹⁸⁴ שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן צ, הובא בשו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א, בשו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סימן כג, ובפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק ו.*

¹⁸⁵ ב"מ מב ע"א, כמוסבר בדרישה ובשו"ת תורת חיים, שם, ובשו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן כ (צט ע"ג). אשדות הפסגה נקט בסתם, שאינו צריך לקבור, ובלבד שלא ישם בצריף כזה.*

¹⁸⁶ שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן עח; ר"י קובו, בשו"ת גבעות עולם, סימן כו (נו ע"ג). פרח מטה אהרן נימק עוד, שבנידונו השומר היה מניח שם גם את שלו; אך נראה שהוא היה פוטר גם בלי נימוק זה.*

¹⁸⁷ שו"ת תפקפו של יוסף, חלק ב, סימן מג.

¹⁸⁸ רוב דגן (עטייה), אות לטובה, אות ז. הוא כותב שנידונו היה בקיץ, ולכן לא היה צריך לשים שם את הכלי עם האש. אפשר שהוא מתכוון לומר, שבחורף היה רשאי להשאיר שם את האש, לצורך חימום.

¹⁸⁹ חזון יחזקאל, על תוספתא, ב"מ ז, ח.

¹⁹⁰ חסדי דוד, על תוספתא שם (ד"ה גרדי).

4. מפני סכנות אחרות

בסוגים אחדים של פקדונות, השומר צריך לתת את דעתו להגנת הפיקדון מפני סכנות אחרות, מלבד סכנת גנבה וסכנת שרפה, ולהניח אותו במקום שהוא בטוח בו מפני אותן סכנות. דוגמה לכך היא סכנת עכברים, כאשר הפיקדון הוא מסוג שעלול להיזקק על ידי עכברים, כגון בגד או דבר מאכל; ואף מטבעות, מחמת קוטנם עלולים להילקח על ידי עכברים¹⁹¹. שומר המניח פיקדון כזה במקום פתוח, כך שיש לעכברים גישה חופשית אליו, הוא פושע, משום שהיה צריך לשמור אותו בתיבה, שהיא שמורה מפני עכברים¹⁹². גם אם הניח את הנכס בתיבה, אם היה חור בתיבה, זו פשיעה, כאילו הניחו מחוץ לתיבה, משום שעכברים יכולים להיכנס דרך החור¹⁹³. אך אם הניח שם רעל עכברים, ובכל זאת באו עכברים והזיקו, הוא פטור, משום שנקט אמצעי זהירות סביר¹⁹⁴.

אך אם זהו פיקדון לא יקר, שמקובל להניחו במקום פתוח למרות שמצויים עכברים, רשאי השומר לנהוג כך¹⁹⁵. בפיקדון מסוג זה אין מחייבים אותו אף לקנות חתול לשמור את הפיקדון מפני עכברים, מפני שכפי שנראה להלן¹⁹⁶, שומר חינם אינו מחויב להוציא הוצאות לצורך שמירת הפיקדון¹⁹⁷. גם אם השומר יכול להשיג חתול בהשאלה בחינם, אינו מחויב לעשות כן, משום שהאכלת החתול תעלה לו בממון, ואינו חייב להוציא ממון לצורך השמירה¹⁹⁸. פיקדון יקר, שאין נוהגים להשאירו בחוץ, גם אם הניח אותו בארגז סגור (של עץ), זוהי פשיעה, משום שיש סיכוי סביר שינקבו עכברים את הארגז, ויזיקו לנכס; אלא השומר צריך לשים את הפיקדון במקום גבוה, שאין עכברים יכולים להגיע אליו¹⁹⁹. אולם זאת נחשבת פשיעה רק אם יש אוכל בארגז, עם הבגד המופקד (או שהפיקדון עצמו הוא דבר מאכל), העלול למשוך את העכברים²⁰⁰. ככל דיני פשיעה, "דברים אלו תלויים לפי ראות עיני הדיין, והוויות הנפקד, והשתנות הזמן והמקום"²⁰¹.

סכנה ספציפית אחרת שהשומר צריך לדאוג מפניה לגבי סוג מסוים של פיקדון, היא סכנת

¹⁹¹ שו"ת פרי הארץ, חלק ג, חו"מ, סימן ז (עד ע"ב), עוסק במקרה שעכברים "אכלו" מטבעות, כלומר, העלימו אותם.

¹⁹² מאירי, ב"מ מב ע"א, בשם "גדולי קדמונינו שבנרבוהה"; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ מב ע"א; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מב ע"ב (ד"ה מ); הגהות שלטי הגיבורים, על מרדכי, ב"מ, סימן רע, הובא בדרכי משה, חו"מ, רצא, ס"ק ז (הראשון). הם עוסקים בבגד מופקד; והדעת נותנת שקל וחומר הוא שהדין כך בדבר מאכל מופקד.*

¹⁹³ שו"ת קרני ראם, סימן רט.

¹⁹⁴ מאמר קדישין, רצא, ס"ק יט, הובא במשכנות הרועים, מערכת ש, אות עא.*

¹⁹⁵ מאירי שם (אם אינו בגד חשוב, שדרך שמירתו בכית); הריטב"א שם (אם אינו בגד חשוב, ודרך להניחו חוץ לתיבה); תלמיד הרשב"א שם (בגד שאינו מְקָשִׁי, והניחו בכית במקום הראוי לו); הגהות שלטי הגיבורים שם.*

¹⁹⁶ בסעיף 6, פרק ד.

¹⁹⁷ הריטב"א שם; תלמיד הרשב"א שם; הגהות שלטי הגיבורים שם.

¹⁹⁸ פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ג, ט. הוא הסביר, שלא יועיל שישאל את החתול מבעליו לזמן קצר (שלא יצטרך להאכילו) ברגע שרואה עכבר, מפני שבינתיים העכבר יברח.

¹⁹⁹ ר' שמריה משפירא, המובא במרדכי, ב"ק, סימן כ, בהגהות מיימוניות, הלכות שאילה, ד, אות ד, בשו"ת מהרי"ק, שורש קנג, בשו"ת מהר"י ברונא, סימן א, בבית יוסף, חו"מ, רצא, יז, בדרכי משה, חו"מ, רצא, ס"ק ז, ברמ"א, חו"מ, רצא, יג, ובשו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סימן כג.*

²⁰⁰ ים של שלמה, ב"ק, פרק ב, סימן כג, הובא בש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק יט, ובשו"ת קרני ראם, סימן רט.

²⁰¹ ים של שלמה שם.

רטיבות. נפסק, שהמניח חיטים בבית, וירדו עליהם גשמים, ונרקבו, זו פשיעה, משום שהיה צריך לצפות שיירד גשם וידלוף הגג, מאחר שזה דבר מצוי, ומראש לא היה צריך להניחם במקום שאין לו תקרה טובה; ולכל הפחות, בזמן שירד גשם, היה צריך ללכת לבדוק האם הגג דולף, ומשלא עשה כך, זו פשיעה²⁰².

גם אם לא נרקבו החיטים, אלא נבקעו קצת בגלל מים שהגיעו אליהם מאיזה מקום, ונעשו חמץ (מבחינה הלכתית), והגיע פסח, כך שנאסרו בהנאה ואיבדו את ערכם, חייב השומר על אבדן ערכם, משום שזו פשיעה²⁰³.

כמו כן, שומר שהניח צמר מופקד במקום רטוב, ובגלל זה נרקב הצמר, זו פשיעה²⁰⁴. השומר בהמה שהופקדה אצלו – צריך לשמור עליה מפני סכנה שתברח, משום שבהיותה בחוץ, היא נתונה לסכנות רבות, כגון גנבה וטרפה בידי חיות, וכדומה. לשם כך, השומר צריך לשים את הבהמה בתוך מבנה שהדלת שלו סגורה כראוי, דהיינו דלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה²⁰⁵ (אלא אם כן הוא רועה אותה, היינו משגיח עליה, ואז הוא בוודאי רשאי לקחת אותה לחוץ²⁰⁶). אם לא סגר בפניה כראוי, זו פשיעה²⁰⁷, והוא חייב אם נגנבה הבהמה או נטרפה על ידי חיות²⁰⁸, או אם עלתה להר ונפלה ממנו ומתה²⁰⁹, משום ש"תחילתו וסופו באונס" – חייב. רק אם מתה מיתה טבעית בהיותה בחוץ, השומר פטור, מפני שזהו אונס, ואינו קרוי "תחילתו וסופו באונס", שהרי האונס היה קורה גם לולא פשע השומר²¹⁰. ברם, אם נגנבה, ואחר כך מתה מיתה טבעית בבית הגנב, השומר חייב. הוא לא יוכל לטעון: "הלא הבהמה הייתה מתה גם אילו הייתה בידי", מפני שגם אילו לא הייתה מתה, הייתה ביד הגנב, והיינו מחייבים את השומר²¹¹. חיובו כאן אינו על כך שמתה, אלא על כך שנגנבה, ולכן טענתו

²⁰² שו"ת מהרי"ק, שורש קנג, הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קפז, מחודש א, וסימן רצא, מחודש א, בשו"ע, חו"מ, קפז, ד, בדרכי משה, חו"מ, קפה, ס"ק ג, בשו"ת דברי יבנות, סימן פ וסימן קכג, בשו"ת מי באר, סימן עג, בשו"ת פרי הארץ, חלק ג, חו"מ, סימן ז (עד ע"ג), ובשו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סימן כג. ²⁰³ שו"ת מגן דוד (גיג), אר"ח, סימן ג. זאת בכפוף למה שנראה בפרק ה, 3, לגבי חיוב שומר בהיזק שאינו ניכר.

²⁰⁴ מהריט"ץ, בשו"ת תורת אמת, סימן עז; ר"א ששון, שם, סימן עח.

²⁰⁵ חידושי הרמב"ן, ב"מ מב ע"א; תוספות, ב"ק דף כז ע"ב, ד"ה ושמואל (הובא בשו"ת מהרי"ק, שורש קנג), ודף נו ע"א (ד"ה אלא), וב"מ פב ע"ב (ד"ה וסבר); תוספות הרא"ש, ב"מ פב ע"ב; תוספות רבנו פרץ, ב"ק דף כז ע"א (ד"ה ואמר) ודף נו ע"א; רבנו ישעיה, בשיטה מקובצת, ב"ק נו ע"א; תוספות תלמיד רבנו תם ור' אליעזר (ב"שיטת הקדמונים), ב"ק נו ע"א; הגהות אשרי, ב"ק, פרק ו, סימן ג (בשמירת דבר שאינו בעל חיים); שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן יג, דף כא ע"ב (על שאר נכסים, מלבד כסף). וראה במילואים להערה 170, בשם מהרא"ל צונץ*.

²⁰⁶ ראה על כך בפרק ג.

²⁰⁷ רש"י, ב"מ לו ע"ב (ד"ה פשע בה).*

²⁰⁸ טור, חו"מ, רצא, י; שו"ע, חו"מ, רצא, ט.

²⁰⁹ פרישה, חו"מ, רצא, יג, וסמ"ע, רצא, ס"ק יח.

²¹⁰ ב"מ לו ע"ב, לדעת רבא, שהלכה כמותו נגד אביי החולק עליו*.

²¹¹ ב"מ לו ע"ב; רמב"ם, הלכות שכירות, ג, י; ספר העיטור, פיקדון, ליד אות צא; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ג, הלכה ב, אות ט; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ג; טור, חו"מ, רצא, יא; שו"ע, חו"מ, רצא, ט; הר צבי, על טור, חו"מ, שג; מחזה אברהם, ב"מ מב ע"ב; שו"ת סמא דחיי, חו"מ, סימן ה (מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס"!) ; קונטרס אמר שומר, דף קג ע"א; חידושי ר' שלמה (היימן), כתבים, סימן יא, אות א; ר"י שאכילס, מוריה יב (תשמ"ד), גל' ז"ט, עמ' קט; שו"ת דברי משה (זקס), סימן כ; אורח מישרים, סימן רצט, בסופו; אורח ישר, סימן י, נתיב א*.

להיפטר על המיתה היא חסרת משמעות²¹². ברגע שנגנבה כבר חל עליו החיוב, משום שמאז היא אבודה מבעליה, ואין לפטרו משום שמתה²¹³. עוד סכנה ששומר בהמה צריך לשמרה מפניה היא פגעי מזג האוויר. השומר צריך לשים את הבהמה במקום שהוא מוגן מפני חום קיצוני בקיץ ומפני קור קיצוני בחורף. אם השאיר אותה בחום או בקור, וכתוצאה מכך רותה, הוא חייב על הנזק²¹⁴. גם אם מתה הבהמה כתוצאה מהקור או החום, הוא חייב²¹⁵. השומר חייב גם אם מתה הבהמה רק זמן רב לאחר שנהג בה כך, משום שמניחים שמצב זה גרם לה להתחיל לחלות, ומכך מתה בסופו של דבר²¹⁶. גם אם היה גורם אחר שניתן היה לתלות בו את מיתת הבהמה, השומר חייב, משום שהיה אסור לו לנהוג בבהמה כפי שנהג, ותולים בכך את המיתה²¹⁷. אם ירצה להיפטר, יצטרך להוכיח שהגורם האחר הוא שהביא למיתת הבהמה, ומה שהוא עשה לא גרם למיתתה²¹⁸. אולם אם אחרי שהעמיד את הבהמה בחום או בקור, היא חזרה לבריאותה כבהמה רגילה, ורק לאחר מכן מתה, הוא פטור. סיבת הדבר היא, שכאן ברור שלא רשלנותו גרמה למיתה, שאילו היה כך, לא הייתה מבריאה בינתיים²¹⁹.

5. מתן גישה לאנשים למקום הנחת הנכס

גם אם הניח השומר את הנכס במקום שהוא מוגן באופן אובייקטיבי מפני הסכנות שמנינו לעיל, הרי אם התיר כניסת אנשים למקום הזה, זו פשיעה, משום שבכך הוא מאפשר גרימת נזק לנכס על ידי הנכנסים, והרי הוא כאילו הניח את הנכס במקום פרוץ. לפיכך, אם החביא השומר את הנכס בחדר, ונעל אותו, אך נתן למישהו להיכנס לחדר, ואחר כך מצא שהנכס אינו שם, השומר חייב, משום שאפשר שהאדם ההוא גנב אותו, ונמצא שהשומר פשע בזה שנתן לו להיכנס²²⁰. גם אם זהו אדם שלא היה חשוד כגנב, זו הייתה

²¹² פרישה, חו"מ, רצא, יא.

²¹³ רש"י, ב"מ לו ע"ב (ד"ה מ"ט); חידושי הריטב"א א' החדשים, ב"מ לו ע"ב (בשעת גנבה נתחייב בתשלומין לגמרי, בין תחיה ובין תמות); פסקי הרי"א ז' שם (נתחייב משעת הגנבה); מאירי, ב"מ לו ע"ב (מפני שמשעת הגנבה אבדה הבהמה לבעליה); סמ"ע, רצא, ס"ק טז; אבני החושן, רצא, ס"ק א; דיברות משה, ב"ק, חלק ב, סימן סד, ענף ד, בסופו (שנחשב שהנזק קרה מיד כשנגנבה); מרחשת, חלק ב, סימן לא, ענף א, אות ב (שחיובו נגמר בתפיסת הגנב את הבהמה, שהרי לא תפס אותה כדי שתמות).

²¹⁴ פסקי הרי"א ז', ב"מ, פרק ז, הלכה ד, אות יד. בלשונו: סיגפה ועל ידי זה כחשה, וכוונתו ל"סיגוף" במובן שפירש רש"י, ב"מ צג ע"ב (ד"ה סיגפה): העמיד אותה בקור, או בחום, או עינה אותה ברעב. מאירי, ב"מ צג ע"ב, מוסיף דוגמה: הרבה בהילוכה יותר מדי.

²¹⁵ ב"מ צג ע"ב; רמב"ם, הלכות שכירות, ג, ט; טור, חו"מ, שג, י; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ד; שו"ע, חו"מ, שג, יב.

²¹⁶ ר' יונתן מלוניל, ב"מ נד ע"א (בדפי הרי"ף), הובא בשיטה מקובצת, ב"מ צג ע"ב; מגיד משנה, על הרמב"ם שם; טור ושו"ע, שם (הובאו בספר משה ידבר, הלכות שכירות, סימן א, בסופו, דף נד ע"ב).

²¹⁷ תוספות, ב"מ צג ע"ב (ד"ה סיגפה), הובא בבית יוסף, חו"מ, שג, י, ובספר משה ידבר, שם; אגודה, ב"מ, סימן קמ; תוספות הרא"ש, ב"מ צג ע"ב; תוספות רבנו פרץ, ב"מ שם; אור זרוע, ב"מ, סימן רצד.

²¹⁸ כך מנמק ב"ח, חו"מ, שג, י, את החיוב במקרה זה. לפני כן הוא מנמק בדרכו של ר' יונתן, שהוא חייב מפני שאינו יכול להישבע שלא פשע, מכיוון שאינו בטוח בזאת.

²¹⁹ נתיבות המשפט, שג, ס"ק י.

²²⁰ תרומת הדשן, חלק התשובות, סימן שלג, הובא בשו"ת אבקת רוכל, סימן קלט, בדרכי משה, חו"מ, רצא, ס"ק יג, ברמ"א, חו"מ, רצא, כא, בשו"ת משאת משה, חלק א, חו"מ, סימן סה, בשו"ת ר"ב אנגיל, סימן א, בשו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ה, בשו"ת דברי ריבות, סימן שמג, בשו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן

פשיעה לתת לו להיכנס לשם, מפני שבכל זאת היה השומר צריך לחשוש שמא יגנוב את הנכס²²¹.

רק אם היה אדם זה מוחזק בכשרות, השומר פטור על שהתיר לו להיכנס לשם, משום שגם אם אמנם אדם זה גנב את הנכס בהיותו שם, לא היה השומר צריך לחשוש מפני אפשרות זו, כיוון שידע שהוא היה מוחזק כאדם כשר²²². כמו כן, אם גילה בעל הנכס את דעתו שאותו אדם נאמן בעיניו, כגון שבתחילת ההפקדה קשר עמו את השק שהנכס מונח בו, והשומר נתן לאותו אדם להיכנס למקום הנחת הנכס, אין זו פשיעה²²³. מאותה סיבה, אם נתן השומר לבני ביתו להיכנס למקום שהנכס מונח בו, אין זו פשיעה, וזאת בהתאם לכלל: "כל המפקיד – על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד", שעל פיו רשאי השומר אף למסור את הנכס לבני ביתו לשמור במקומו, משום שמניחים שבעל הנכס מאמין להם²²⁴, וכל שכן שהוא רשאי לאפשר להם להיכנס למקום שהנכס מונח בו²²⁵. כמו כן, אם זהו אדם שיש לו שייכות לנכס, כגון שהפיקדון הוא כסף של הקהל, והשומר אִפשר לפרנס הקהל גישה לכסף, אין זו פשיעה²²⁶.

גם אם אותו אדם לא גנב את הנכס בזמן שנכנס למקום הימצאו, אלא הנכס נגנב אחר כך, חייב השומר משום "תחילתו בפשיעה וסופו באונס", שהרי אפשר שמשום שאותו אדם ידע שהנכס שם, התאמץ אחר כך לִגְנוֹבו, ואפשר שאילולא ידע אדם זה שהנכס נמצא שם, לא היה הנכס נגנב²²⁷. אבל אם אחר כך באו חיילי אויב ושרדו את הנכס, אין לחייבו מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס", שהרי האונס בוודאי לא נגרם על ידי הפשיעה, שכן גם אילולא נכנס אדם זה למקום הנכס, היו החיילים שורדים אותו²²⁸. מאותה סיבה, אם נשרף הנכס אחר כך, הוא פטור, משום שזה היה קורה גם לולא הפשיעה²²⁹.

דוגמה נוספת לעיקרון זה היא כשהניח השומר את הנכס בחדרו, אך לא נעל את דלת החדרו, והיה אורח בביתו; והאורח גנב את הנכס, וברח. אף על פי שנעל את הבית עצמו, כך שאין גנבים יכולים לבוא מבחוץ, השומר פשע בזה שלא נעל את החדרו, ובכך אפשר לאותו אורח להיכנס לשם ולגנוב את הנכס. גם אם הכיר את האורח זמן ממושך, ולא ראה בו סימנים חשודים, בכל זאת היה צריך לחשוש מפניו²³⁰.

פו, בשו"ת תורת חיים, חלק א, סימן צ, בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ג, סימן קמג, בשו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן קטו, בשו"ת משנת ר' אליעזר (טולידו), חלק א, חו"מ, סימן נ (פא ע"ד), ועל ידי ר"י סגל, נועם כ (תשל"ח), עמ' קיח; ערך לחם, חו"מ, רצא, כא; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כב.*
²²¹ תרומת הדשן שם. הוא הסביר שאף על פי שכלל הוא "אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן [=אין מחזיקים אנשים כרשיעים]", אין זו חזקה גמורה.

²²² שו"ת גבעות עולם, סימן כו (נו ע"ג), הובא בלב מבין, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ה (קעח ע"ג).
²²³ שו"ת דברי ריבות, סימן פ. בנידונו, נתן השומר רשות לאותו אדם "למשמש" במקום שנמצא בו הנכס.
²²⁴ כפי שנראה בסעיף 7, ליד ציון הערה 134.

²²⁵ שו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א, בתשובה, לעומת דברי הרב השואל שם, שטען שבעל הנכס יכול לומר: "אין הם נאמנים בעיני". בנידונו, הייתה זו המשרתת שנכנסה.*

²²⁶ שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קמה. בנידונו, פתח את החותם ונתן לו למנות את הכסף.
²²⁷ שו"ת דברי ריבות, סימן פ. אך בנידונו היה זה כסף, שמפתה גנבים במיוחד, ואולי אין ללמוד מזה לשאר סוגי נכסים. ראה עוד ליד ציון הערה 370, על מי שהודיע לגנב היכן הנכס.*

²²⁸ שו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א, בתשובה. זאת לעומת דברי הרב השואל שם, שסובר שיש לחייב כאן מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס".

²²⁹ שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קמה.

²³⁰ ר"ד אפריון, בשו"ת אפריון דוד, סימן כד, ס"ק ב. בנידונו, הניח השומר את הכסף בתוך כיס בגדו, ופשט את בגדו והניח אותו במיטתו תחת התבן ששכב עליו, בצידו.*

יש להזכיר לעניין זה את פסיקת בית המשפט העליון, בעניין משאית אזרחית שהייתה בתוך מוצב צבאי, ומפקד המוצב היה אחראי לשמירה עליה, ונעלמו מן המשאית מצרכים בעת שהייתה במוצב. כאן, כמו במקרים שעסקנו בהם, המשאית הייתה שמורה ביחס לאנשים מבחון, שהרי המוצב היה סגור, אלא שהייתה לחיילי המוצב גישה למשאית. בית המשפט קבע, שהמפקד התרשל בכך שלא נקט בשום אמצעי להבטיח את שלמות הסחורה, ואף לא הזהיר את החיילים, והרי אילו ציווה על החיילים שלא לגנוב, זה היה תופס לגבי החיילים כפקודה. לאור הנסיבות, המפקד היה צריך באופן סביר לחשוש שחיילים יגנובו, מפני שראה שחיילים כבר גנובו, ועוד, שכל אדם חשוד על זה, שהרי אלו היו מצרכים שקשה להשיגם בדרך כלל, ועכשו הם היו ניתנים להישג יד בקלות. ואף על פי שכשאנשי המשאית היו עם המשאית במוצב, לא נגנב דבר, זה היה משום שאנשי המשאית השגיחו עליה, ואין בכך כדי להוכיח שהחיילים במוצב לא היו חשודים על גנבה.²³¹

עד כאן עסקנו במקרים שכניסת האדם למקום הנכס סיכנה אותו בסכנת גנבה. דין דומה יש לגבי סכנת שרפה. אם התיר השומר למישהו להיכנס עם נר דלוק למקום הימצאות הנכס, והיה שם חומר דליק, ונשרף הנכס מחמת כן, זוהי פשיעה. אף על פי שעצם הנחת החומר הדליק ליד הנכס אינה פשיעה, אם זהו מקום המוגן מפני התפשטות אש, כפי שראינו בפסקה 3, הרי העובדה שהשומר התיר למישהו להיכנס לשם עם נר – היא פשיעה.²³² לא היה השומר רשאי לסמוך על כך שאותו אדם ייזהר מלשרוף, שהרי אדם זה היה עסוק במטרה שלמענה נכנס לשם, ולא היה יכול לשים לב להיזהר מלגרום דלקה, ולכן השומר פשע בכך שהרשה לו להיכנס.²³³

פרק שלישי

רשלנות בדרך העברת הנכס

1. הובלת נכס בדרך

כאשר שומר מעביר את הפיקדון ממקום למקום, נשקפות לפיקדון סכנות שאינן קיימות בפיקדון שמונח במקום אחד: הפיקדון עלול ללכת לאיבוד או ליפול ולהישבר. לעומת זאת, פחותות בו מבחינה מסוימת הסכנות שמנינו בפרק ב לעניין שומר המניח פיקדון במקום אחד, כגון סכנת גנבה, שרפה ובריחת בהמה, שכן השומר מצוי יותר ליד הפיקדון (בדרך כלל) כשהוא מעביר אותו, ולכן הוא יכול להשגיח עליו. עם זאת, מבחינה אחרת גם סכנות אלה חמורות יותר במי שמעביר את הפיקדון בדרך, מפני שאינו יכול לנעול את הנכס בתוך ארגז כבד או מאחורי דלת ברזל, לדוגמה.

כמו לגבי שמירת נכס במקום קבוע, ניתנה תשומת לב מיוחדת במקורות המשפט העברי לפיקדון של כסף, שהשומר נתבקש להוליך ממקום למקום, משום שמרובה בו סכנת הגנבה, מכיוון שאנשים מתפתים במיוחד לגנוב כסף.

²³¹ ע"א 46/75 מדינת ישראל נ' שמואל לבנשטיין ואח', פ"ד (1) 716, 724-725.

²³² שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן עח; ר"י ברוך, בשו"ת גבעות עולם, סימן כו (נו ע"ב).

²³³ פרח מטה אהרן שם.

המוליך פיקדון של כסף ממקום למקום חייב לקשרו בצרור²³⁴, כדי שלא יאבד, ולקשור את הצרור על גופו, מלפניו²³⁵, או על צידו²³⁶, או לקשרו בידו²³⁷, או לשים אותו בכיס התפור בבגדו²³⁸, כדי לשמור אותו מגנבה. אם קשר אותו מאחוריו, זוהי פשיעה²³⁹, שכן הכסף עלול ליפול²⁴⁰ מאחוריו בלי שירגיש בכך, ואילו כשהכסף קשור מלפניו, הוא יראה כשה נופל²⁴¹. אם קשר מאחוריו, הוא חייב גם אם קרה אונס לכסף, משום ש"תחילתו בפשיעה וסופו באונס" – חייב²⁴². כל שכן, שאם לא החזיק את הכסף על גופו, אלא הניח אותו במזוודתו המונחת על בהמתו או בכלי רכבו, זו פשיעה²⁴³, שהרי הכסף עלול להיגנב. במקום שמצויים שודדים, שאינם נרתעים מלגזול בכוח, אף בדיעת הנגזל, לא די לקשור את הכסף ביד, אלא השומר צריך לקשור את הכסף בחיקו, כדי שלא ידעו השודדים שיש לו כסף, ולתוספת שמירה יקשור את קצה הצרור לחגורתו²⁴⁴. כמו כן, במקום שיש בו הרבה אנשים, ויש בו דוחק גדול, כך שגנבים עלולים לשמוט ממנו את הכסף בלי שירגיש, אף החזקת כסף בחיקו היא פשיעה²⁴⁵.

²³⁴ כך מדגיש שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שמב (הובא בשו"ת פני יצחק, אבולפיה, חלק ג, חו"מ, סימן ה, וסימן ו, דף כב ע"ב), שצריך שתי קשירות: הכסף יהיה בכיס או בסודר, שקשור סביבו חוט כדי שהכסף לא יפול מהכיס, ואת הכיס צריך להחזיק בידו או לקשור לבגדו או לחגורתו או לגופו, כדי שהצרור לא יפול. זאת, משום שאם הוא רק מכניס את הצרור בתוך בגדו, ויוחזק שם על ידי כך שהוא חוגר את חגורתו, אפשר שיפול אם חגורתו תהיה רפויה.*

²³⁵ ירושלמי, ב"מ ג, ז.*

²³⁶ שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קטו, הובא בשו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן ל (קנח ע"ג).
²³⁷ ב"מ מב ע"א; אור זרוע, רמב"ם, ספר מישרים, מאירי, אורחות חיים, טור, שו"ע ויכין ובוועז, שצוינו במילואים להערה 235; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער יב.*

²³⁸ שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שמב; שו"ת פני יצחק (אבולפיה), חלק ג, חו"מ, סימן ה (יח ע"ד) וסימן ו (כב ע"ב); ציון וירושלים, סימן יד, עמ' ל (אם אנשים המניחים ממון בחיקם – דרכם להניח שם).*

²³⁹ ב"מ, רמב"ם, ספר מישרים, מאירי, טור ושו"ע – שצוינו שם; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קטו; שו"ת דברי ריבות, סימן פ.*

²⁴⁰ שו"ת מהר"ש צרור, סימן טז, שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שמב, ושם יוסף (אליקים), על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ו, כתבו שהסכנה היא נפילת הכסף ואבדנו. עוד אפשר להסביר, שאם הכסף קשור לאחוריו, עלול גנב לנגבו בלי שירגיש השומר.

²⁴¹ רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כ (עינו תמיד על הכסף); טור, חו"מ, רצא, כב (שיהיו עיניו עליו תמיד); מאירי, ב"מ מב ע"א (שכשהוא לפניו, הוא ממשמש בו כל הזמן); ר' יונתן, ב"מ כד ע"א (בדפי הרי"ף), הובא בשיטה מקובצת, ב"מ מב ע"א (שלפניו, יוכל למשמש בו); שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קטו (שלפניו, עינו תמיד על הכסף); שו"ת המבי"ט שם (שלפניו, הוא מסתכל וממשמש בו כל הזמן, וירגיש אם הותר הקשר).*

²⁴² רמב"ם, הלכות שאילה, ד, ו (הובא בהגהות אשרי, ב"מ, פרק ג, סימן כ, ובשו"ת פני יצחק, אבולפיה, חלק ג, חו"מ, סימן ה); מאירי, ב"מ לו ע"ב.*

²⁴³ כך עולה גם מן הפוסקים (ליד ציון הערה 251) שכתבו ש"בזמן הזה" פטור אם הניחו במזוודתו, מפני שכך נהוג. שו"ת ר"מ גלנטי, סימן ק, כותב שאם הניחו בתוך שק הסחורה, חייב גם אם התכוון בזה להחביאו.*

²⁴⁴ שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קטו, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק ז, בשו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן יג, בשו"ת אדמת קודש, חלק א, סימן עג, ובשו"ת פני יצחק (אבולפיה), חלק ג, חו"מ, סימן ה.

²⁴⁵ שו"ת יש מאין, חלק ב, חו"מ, סימן כה. אפשר שכוונתו היא, שהיה צריך להחזיק את הכסף בידו, שאז ירגיש אם ינסו ליטול ממנו; או, שהוא צריך לדאוג שלא להימצא בכלל במקום מסוכן כזה.

מטילי כסף הם ככסף לעניין זה²⁴⁶, וכך גם כלי כסף, כלי זהב²⁴⁷ ואבנים טובות²⁴⁸. אם הופקד אצל השומר כסף רב, והפיקדון כבד מכדי לשאתו על גופו, הוא רשאי להניחו בתוך משאו²⁴⁹.

בזמן או במקום שנהוג שהמוביל כסף בדרך אינו מחזיק אותו על גופו, אלא מחזיק אותו בתוך מזוודה וכדומה, רשאי השומר להוליך את הכסף באופן שאדם רגיל להוליך כסף שלו עצמו, בהתאם לעיקרון שראינו לעיל²⁵⁰, שצורת השמירה נקבעת לפי דרך בני אדם באותו זמן ובאותו מקום²⁵¹. אלא שגם במצב זה, אם הניח את הכסף במזוודה, ולא קשר אותה, והניח אותה במקום שיש לאנשים גישה אליה, זו פשיעה²⁵². צריך לקשור את פתח המזוודה בקשר אמיץ, שאי אפשר להתירו בקלות²⁵³, ועדיף לתפור את הפתח²⁵⁴.

במקום שרגילים לשים כסף בכיס התפור בבגד מעל החזה, צריך השומר לעשות כך, ואם הוא שם אותו בכיס התפור במכנסיו, זו פשיעה, מפני שהוא מרגיש פחות בכיס זה, ולכן הכסף עלול יותר ללכת ממנו לאיבוד²⁵⁵. כמו כן, במקום שרגילים לשים שטרות כסף בתוך תיק של עור ולשים את התיק בכיס הבגד בחיקו, אם עטף השומר את השטרות בנייר, ושם אותם כך בכיסו, זו פשיעה, מפני שהשטרות הדקים עלולים להישמט מן הכיס, מכיוון שאדם ממשמש בכיסו מדי פעם, והוא עלול שלא להרגיש בנפילתם, מפני שהם קלים²⁵⁶. גם לגבי מטבעות כסף, יש אומרים שאם שם אותם השומר בכיס שהוא מחזיק בו את הכסף שלו שהוא מיעד להוצאותיו השוטפות בדרך, זו פשיעה, כיוון שהוא מוציא את הכיס וממשמש בו בכל פעם שהוא זקוק לכסף, והמשמוש עלול לגרום לנפילת הכסף המופקד, בעת המשמוש²⁵⁷. אבל יש

²⁴⁶ שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן כג. הוא מסתמך על הרמב"ם, האומר שדינם שווה לעניין חובת השמירה בקרקע – ליד ציון הערה 166.

²⁴⁷ שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לה; שו"ת עין משפט (מלכ"י), חו"מ, סימן יב (כלי זהב). גם אלו נמנו ליד ציון הערה 166, כאמור.

²⁴⁸ שו"ת מהר"ש צרור, סימן טז. גם אלו נמנו ליד ציון הערה 166, כאמור.

²⁴⁹ שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן ק.

²⁵⁰ בפרק א, 2 (ב).

²⁵¹ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מז, הובא בש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק כו, בפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק ט, בגאון צבי, רצא, על ש"ך, ס"ק לג, בשו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן פו, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לה (רלט ע"ד), בשו"ת פני יצחק (אבולפיה), חלק ג, חו"מ, סימן ה (יט ע"א), בשו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ה, ובשו"ת יד ימין (ישראל), חו"מ, סימן נד; כנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קכב, בשם ר"א גאליקו; שו"ת ר"מ גלנטי, סימן ק (אם מנהג תגרים לשים שקי זהב וכסף בתוך הסחורה); נתיבות המשפט, רצא, חידושים, ס"ק כו, בדעת הש"ך.

²⁵² שו"ת מהר"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קטז. הוא הוסיף, שגם אם אחר כך קרה לו אונס, שלא היה יכול להגיע לעגלה שעליה הייתה המזוודה, ונאלץ ללון מחוץ לעיר בלילה, חייב משום "תחילתו בפשיעה וסופו באונס".

²⁵³ שו"ת מגן גיבורים, סימן צג. אך הוא מביא שר"א חנניא מחייב אם רק קשר, משום שהוא סובר שדרושה תפירה.

²⁵⁴ שו"ת עין משפט (מלכ"י), חו"מ, סימן יב (קט ע"ב). כאמור בהערה הקודמת, ר"א חנניא סבור שדווקא תפירה מועילה, ולא קשירה.

²⁵⁵ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קסח, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק ח. שו"ת משיב שלום, סימן יט, כתב שכונת חתם סופר היא, שצריך לשים בבגד סמוך לחזה, ולא בבגד החיצון.

²⁵⁶ שו"ת שיבת ציון, סימן צט, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק ה, ובשו"ת קרית חנה דוד, חלק א, חו"מ, סימן א (קלו ע"ב).

²⁵⁷ שו"ת משנת ר' אליעזר (טולידו), חלק א, חו"מ, סימן נו; ר"י אבולפיה, בשו"ת פני יצחק, חלק ג, חו"מ,

דעה אחרת, הפוטרת כאן, בנימוק שאין לחשוש שהמטבעות המופקדים יפלו אגב המשמוש, ואדרבה, מאחר שהוא ממשמש בכסף בתדירות, הוא שם לב יותר לפיקדון, וזו שמירה טובה יותר²⁵⁸.

גם כשהשומר שם את הכסף בכיס, הוא צריך להיזהר שהכיס יהיה תפור לבגד היטב, ושלא ישים בכיס יותר מדי כסף, כדי שלא להכביד על הכיס ולגרום לו שייקרע, ושיפול הכסף. כך נפסק לגבי שומר ששם יהלומים בכיס התפור בבגדו, שאם היה קרוע קצת בעת שהכניסם לשם, או ששם יותר מדי בכיס, זו פשיעה²⁵⁹. אבל אם בדק את הכיס, וראה שאינו קרוע, ואחר כך נקרע (ולא מפני ששם בו יותר מדי דברים), הוא פטור²⁶⁰.

בזמן ששומר המוליך כסף ישן בלילה בדרך, חובה עליו להניחו תחת ראשו, או לקשרו לזרועותיו, או להניחו במקום נסתר. אם לא עשה כך, אלא הניחו בחדרו עם שאר כספו, זו פשיעה, מפני שהנכס עלול להיגנב²⁶¹. גם אם הוא שם את הכסף בתוך נרתיק קשור או תפור, במקום אחר בחדר, זו פשיעה, משום שבליילה יש לגנוב זמן לפתוח את התפירה בלי לחשוש שמישהו ירגיש בכך²⁶². גם אם נמצאים עם השומר בחדר אנשים מכובדים, שהם בחזקת כשרים, זו פשיעה²⁶³, משום שבכל זאת יש חשש לכניסת גנבים מבחוץ. מצד שני, אם היו עמו בחדר אנשים שאינם בחזקת כשרים, גם אם הניח את הכסף תחת ראשו, זו פשיעה, משום שהיה צריך לחשוש שמא הם יגנבו את הכסף²⁶⁴. גם אם האנשים שעמו היו בחזקת כשרים, אם שם את תיק הכסף תחת ראשו באופן שהוא בולט מחוץ לכו, זו פשיעה, משום שכך גנבים הבאים מן החוץ יוכלו לדעת שיש שם כסף, ועלולים לגנוב אותו²⁶⁵.

יוצא מכלל זה – מצב שהותר לשומר לשים את הכסף בתוך שק הסחורה, על סמך הסכמה מכללל של בעל הכסף, שראה שהוא מכניס אותו לשם ושתק. זאת לפי העיקרון הכללי שראינו בפרק א, 4, ששתיקת בעל הנכס בכגון זה מתפרשת כהסכמה. במצב זה, רשאי השומר להשאיר את השק הכסף נמצא בתוכו – במקום הרגיל ששמים בו שקים, ואינו צריך לשים אותו

סימן ה. הם הסבירו, שאף על פי שמקור ברוך (הערה 172) פוטר שומר ששם את הנכס בארגז ואבד על ידי שהוציא אותו בכל פעם שהוצרך להוציא דברים שלו שהיו בארגז מתחת לפיקדון, הרי ארגז הוא מקום שמור, מה שאינו כן כאן. ראה במילואים להערה 33, את הראיה שהביאו לדעתם, ודחייתה.

²⁵⁸ ר"מ פרדו, בפני יצחק שם, סימן ו (כג ע"ג).

²⁵⁹ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צו (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, קנו, ס"ק י).

²⁶⁰ שו"ת ישמח לב (פרנטי), חלק ב, חו"מ, סימן מח (פא ע"א). הוא מסביר בכך מדוע עין משפט (שהבאנו במילואים להערה 234) פוטר אם הכיס נקרע ואבד הכסף שבתוכו.

²⁶¹ שו"ת מהרי"ק, שורש קלא, הובא בדרכי משה, חו"מ, רצא, ס"ק ט, בסמ"ע, רצא, ס"ק לא, בשו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן יג (כא ע"ב), בפרי אליהו, חלק ג, סימן צט, בבית יעקב, רצא, כא, בשו"ת דברי ריבות, סימן פ, בעטרת צבי, רצא, ס"ק כג, ובשו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן פו.

²⁶² דבר משה שם. הוא נוקט, שיש לגנוב זמן אפילו לפתוח מנעול. אך דבר זה אינו מובן, שהרי ראינו בהערה 161 ששומר רשאי לשים את הכסף בחיבה נעולה. ולדבריו צריך לומר שהסיבה שהשומר פטור אם קשר את הכסף לזרועו, היא מפני שאם ינסה הגנב לפתוח את הקשר, יתעורר השומר.

²⁶³ מהרי"ק שם. השואל בשו"ת גליא מסכת שם הבין שהחשש הוא שהאנשים שעמו יגנבו, אבל המשיב העיר שמהרי"ק מחייב אף על פי שהיו עמו אנשים מכובדים, שאין לחשוש שהם יגנבו.

²⁶⁴ פתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק ט. דין דומה ראה ליד ציון הערה 221. גם גליא מסכת שם כותב שאם לאנשים שהיו עמו לא הייתה חזקת כשרות, וידעו שיש לו כסף תחת ראשו, זו פשיעה. הוא כותב שבמקרה כזה הוא צריך להישאר ער בלילה כדי לשמור על הכסף, ויישן ביום בזמן הנסיעה ברכב.

²⁶⁵ גליא מסכת שם.

מתחת לראשו, משום שאין רגילים לשים את שק הסחורה מתחת לראש בעת השינה, ועל דעת כן הפקיד אצלו בעל הכסף²⁶⁶.

שומר רשאי להניח את הפיקדון על הבהמה שהוא רוכב עליה בדרך²⁶⁷. אם אינו רוכב עליה, הוא צריך ללכת לידה, כדי שהפיקדון לא ייגנב ולא יפול מעל גבה. אם התרחק מן הבהמה, ואבד הפיקדון, או נגנב, זו פשיעה²⁶⁸. אפשרות אחרת היא שיקשור את הפיקדון לגב הבהמה, ואז לא תהיה זו פשיעה אם יתרחק קצת מן הבהמה²⁶⁹. אם הפיקדון הוא כסף, יכול השומר לשים אותו על בהמה אחת ולרכוב על בהמה אחרת, ובלבד שהבהמה שעליה מונח הכסף תהיה תמיד לפניו, כדי שיוכל לראות את הכסף, ולא שתהיה לפעמים לפניו ולפעמים לאחוריו. זאת בדומה למה שראינו לעיל, שחובה על השומר לשאת כסף על גופו לפניו דווקא²⁷⁰. אם המזוודה, שהנכס בתוכה, נפלה מעל גבי הבהמה (או כלי הרכב), ונפתחה, צריך השומר לברוק האם הנכס עדיין בפנים. אם לא בדק, ואחר כך נמצא שהנכס חסר, הוא חייב, משום שייתכן שאילו בדק אז, היה רואה שהנכס חסר, והיה מחפש קצת בסביבה, ומוצא אותו, והיה מחזיר אותו למזוודה²⁷¹.

אם השומר הולך בשיירה, והנכס עמו, ועזב את השיירה והלך לבדו, זו פשיעה²⁷² — במצב שיש סבירות לסכנות בהליכה בלי שיירה. אם הוצרך מסיבה מסוימת לעזוב את השיירה כדי ללכת למקום אחר, אסור לו לקחת עמו את הנכס, אלא הוא צריך להשאיר את הנכס אצל מישהו בשיירה לשמרו, מפני שדרכים הן בחזקת סנה, ובעל הנכס מוכן לסכן את הנכס בדרכים רק אם יקח אותו השומר למקום המיועד, ולא למקום אחר; ומאחר שהניחו במקומו כדי שישמר יותר טוב, הוא פטור גם אם אבד הנכס אחר כך מחמת כן²⁷³. אולם במקום שידוע לכול שדרך המעבירים נכס ללכת לבד בלי שיירה, רשאי השומר לנהוג כך²⁷⁴. שומר ההולך עם שיירה רשאי להשאיר את הנכס עם השיירה ולהיכנס לעיר, בזמן שמקובל

²⁶⁶ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מח, כמוסבר בשו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן פו; שו"ת מהר"י לבית לוי (מהר"ש צ"ד), סימן עט (=סימן כח במהר"ש ע"ב).

²⁶⁷ שו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ה; שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן ל (קנח ע"ג). נידונם — פיקדון של כסף, המונח בתוך שק; וצריך לומר שמדובר במקום שנהוג לשמור כסף כך — ראה לעיל. חסד לאברהם נוקט, שהוא רואה אותו כל הזמן; אפשר שכונתו היא, שהשומר צריך לשים אותו לפניו על הבהמה.

²⁶⁸ שו"ת הרא"ש, כלל צד, סימן ב, הובא בטור, חו"מ, רצא, ג, ובשו"ע, חו"מ, רצא, ב. בנידונו לא היה זה פיקדון של כסף.

²⁶⁹ פרישה, חו"מ, רצא, ג. הוא עוסק בנעליים שהופקדו, ונראה שבכסף מופקד, לא די לקשור אותו לגב הבהמה כדי שלא יפול, שהרי עדיין אפשר שייגנב, אלא צריך שיהיה תמיד לפניו, כבסמוך.

²⁷⁰ שו"ת דברי ריבות, סימן פ, הובא בעדות ביהוסף ובחסד לאברהם שם.

²⁷¹ דברי ריבות שם (הובא בפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג, דף קיט ע"ג). הוא עוסק בכסף מופקד, שנפל לנהר, וכותב שהוא חייב גם לבקש מאנשים אחרים לעזור לו לחפש, אם אינו יכול לבדו (על פי העיקרון שנביא בסעיף 6, ליד ציון הערה 16).

²⁷² שו"ת מהריט"ץ, סימן קסח; שו"ת משפטים ישרים (כירדוגו), חלק ב, סימן קכג. על עזיבת שיירה משום ששבת מתקרבת, ראה ליד ציון הערה 55.

²⁷³ שו"ת ר"א בן ארחא, סימן ט. על נזק שנגרם עקב פעולת השומר שהתכוון לטובה, ראה סעיף 6, פרק י.
²⁷⁴ שו"ת מהר"י לבית לוי, סימן עט, הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קלט, ובבני חיי, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות יז.

שנכנסים לעיר²⁷⁵. אך אם נכנס לעיר בזמן שאין מקובל לעשות כן, והשאיר את הנכס בשיירה, זו פשיעה²⁷⁶, אם לא השאיר את הנכס בשיירה תחת השגחתו של אדם מהימן. יש שהשומר צריך לקחת את הנכס מעבר לים, והוא לוקח אותו עמו בספינה. שומר זה דומה לשומר רגיל, האמור להניח את הנכס במקום אחד, שבו עסקנו בפרק ב, בכך שהשומר הזה צריך לשים את הנכס בספינה במקום שיהיה שמור מפני הסכנות הצפויות לו: גנבה, שרפה וכו'. סכנה יתרה שיש לנכס בספינה היא סכנת רוח סערה וגלי הים. אם הניחו השומר במקום שאינו שמור מפני סכנות אלה, ושטפו הגלים והסערה את הנכס אל הים, זו פשיעה, משום שהיה צריך להעלות אפשרות זו על דעתו, מאחר שזהו דבר שכיח בים²⁷⁷. סכנה מיוחדת אחרת בספינה היא טביעה. אולם מאחר שהשומר אינו יכול לשמור את הנכס מפניה, הוא פטור אם זה קרה, ואף שומר שכר פטור במקרה זה, כפי שנראה להלן²⁷⁸.

על סכנה מיוחדת אחרת בספינה, נשאל הרמב"ם. מעשה בשומר ששם את הנכס במקום הבטוח ביותר בספינה: ליד הספן, שאין חשש שייגנב משם; אך בעת שהטיל הספן עוגן, נתפס הנכס בחבל, והושלך לנהר יחד עם החבל. ניסו צוללנים למוצאו, ולא הצליחו. הרמב"ם פטר את השומר, בנימוק שהוא שמר כדרך השומרים²⁷⁹. השומר לא היה צריך להעלות על דעתו שדבר זה יקרה, מכיוון שהוא דבר שאינו שכיח.

מוביל כסף בספינה רשאי לשים אותו בארגז נעול בספינה, ואינו חייב לשאתו על גופו, אם כך מקובל, כפי שראינו לעיל, שחובת השומר להחזיק את הכסף על גופו בטלה כשאין מקובל להחזיק כך²⁸⁰.

ירד השומר עם הנכס מהספינה ליבשה, והיה זה מקום מסוכן, זו פשיעה. דוגמה לדבר: אם עגנו ליד אי שיש לו הסכם עם המדינה, שתחת דגלה נוסעת הספינה, שיושבי האי לא ישדרו מהספינה, אבל מי שירד מהספינה מאבד את חסותה, זו פשיעה לצאת מהספינה²⁸¹. דוגמה נוספת לכך היא, כגון שיש בספינה כלי נשק, שרוב החובל והמלחים יוכלו להשתמש בהם להגנה עליה, ואילו ליורדים לאי אין כלי נשק. כאן זו פשיעה לרדת לאי, משום שכל הדרכים בחזקת סכנה, ופשיעה היא ללכת למקום חדש בלי הגנה²⁸².

²⁷⁵ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מז.

²⁷⁶ שו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן צו. הם למדו הבחנה זו מהבחנה דומה ברועה בהמה – ראה הערות 317-315.

²⁷⁷ שו"ת מי באר, סימן עג. נידונו היה פיקדון של בנקוטים.

²⁷⁸ סעיף 2(ב), ליד ציון הערה 109.

²⁷⁹ תשובות הרמב"ם (מהד' בלאו), סימן תה.

²⁸⁰ שו"ת אדמת קודש, חלק א, סימן עג. הוא כותב שאם הוציא את הנכס מן הארגז כדי לתפרו על בגדו, אין זו פשיעה. גם שו"ת זקן אהרן (הלוי), סימן קצא, כותב שהשומר יכול לשים את הכסף בארגז בספינה.

²⁸¹ שו"ת לב שלמה, סימן פא. הוא מוסיף, שגם אם אחר כך קרה אונס, חייב מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס". הוא כותב שהדין כך גם אם מנהג יושבי האי היה שלא לפגוע גם במי שירד מהספינה, מפני שמכל מקום לא היה על כך הסכם מחייב, שלא לפגוע באדם כזה.

²⁸² שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ה (הובא בשו"ת סמא דחיי, חו"מ, סימן ה, ובפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג, דף קיג ע"ד). הוא כותב, שאם קיבל השומר רשות מבעל הנכס לשים את הנכס בכיסו, הוא רשאי לרדת לאי לזמן קצר, מפני שאינו צריך להיות אסיר בספינה בגלל הנכס, אבל אין זה מצדיק שהות ארוכה באי, ואם השתהה שם הרבה, זו פשיעה. בשני המקרים מדובר שנשדד הנכס.

אם הניח השומר את הנכס בספינה, וירד בלי להשאיר מי שישמור עליו, זו פשיעה²⁸³, וגם אם אירע לנכס אונס אחר כך, הוא חייב, משום ש"תחילתו בפשיעה וסופו באונס" – חייב²⁸⁴. אך אם מקובל שהמעביר סחורה בספינה מוסר אותה לבעל הספינה, והלה מניח אותה בתחתית הספינה, ואין רואים אותה עד תום ההפלגה, רשאי השומר לנהוג כך, ואף אינו צריך להיות בספינה, משום שבעל הנכס הפקיד אצלו על דעת שינהג בדרך המקובלת²⁸⁵. שומר המוסר נכס לבעל הספינה – צריך לקבל ממנו קבלה, אישור על מה שנתן לו, כדי שלא יוכל הלה להכחישו; ובדרך זו יוכל לשלוח גם כסף, בחבילה חתומה²⁸⁶. אם השומר לא לקח מבעל הספינה קבלה על מסירת הנכס, זו פשיעה, משום שבלי קבלה לא יוכל הנמען לקבל את הנכס מבעל הספינה, במיוחד במקרה שטבע חלק מהסחורה שבספינה²⁸⁷. שומר המוביל כסף עמו ברכבת, אם הניחו בספסל שהוא יושב בו כנגד עיניו, אין זו פשיעה. אבל אם הניחו ליד ספסל אחר, למעלה או למטה, זו פשיעה, משום שאין זה מקום ראוי לשמירה²⁸⁸.

אם הלך השומר בדרך שמצויים בה שודדים או סכנות דומות, זו פשיעה²⁸⁹. כך גם אם מסר השומר את הנכס לאדם שהולך בדרך מסוכנת כזאת. זו פשיעה אם הנכס הוא יקר, ואין רגילים להוביל בדרך זו נכסים יקרים, מפני ששודדים עלולים לִשְׁדוּם. גם אם רגילים להוביל בדרך זו משאות כבדים שאינם שווים הרבה, שגנבים אינם מעוניינים לִגְנוֹבם, זו פשיעה להוביל שם נכס יקר, מפני שנכסים יקרים עלולים לקרוץ לגנבים יותר. גם אם הובלה בדרך הרגילה הייתה אפשרית רק עם סוס, ולא היה לו כסף לשכור סוס, היה לו להמתין עד שיוכל לשכור סוס, ולא לשלוח בדרך המסוכנת²⁹⁰. אולם אם זו דרך שבדרך כלל העוברים בה אינם נשדדים, פטור השומר אם נשדד כשהלך שם, מכיוון שלא פשע²⁹¹. רק אם ישן ברכיבתו, ותוך כדי שנתו לקח ממנו גנב את הנכס שהיה לידו או שהיה קשור על גופו, הוא חייב, משום שפשע בכך שישן;

²⁸³ שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קצו (הובא בשו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יח, דף צה ע"ג); שו"ת הרדב"ז, סימן אלף רי.

²⁸⁴ המבי"ט שם (הובא באשדות הפסגה שם); הרדב"ז שם.*

²⁸⁵ שו"ת אבקת רוכל, סימן קלב. אך המבי"ט שם מחייב בנידונם, משום שמסר לבעל הספינה שהוא נכרי, והוא אומר שחזקת נכרי (בזמנו) שהוא גנב ושקרן, וזה יותר גרוע ממסירה לשומר יהודי, שאף על פי שהיא אטורה, אינה פשיעה (סעיף 7, ליד ציון הערה 12).

²⁸⁶ רוח חיים, חו"מ, סימן שא (קמא ע"ג). הוא נוקט אפשרות אחרת: לעשות פוליסה על שם סוחר אמיד; בלשוננו, ביטוח על ידי חברה מבוססת. נראה שבנידונו (ובנידון פני יהושע, בסמוך), התכוון בעל הנכס שהשומר ישלח את הנכס בספינה, ולא התכוון שיסע עמה. אבל מן הסתם יש להניח שהשומר צריך לנסוע עם הנכס בספינה, אלא אם כן מקובל שהנכס מונח בתחתית הספינה, שאז אין הבדל בין אם השומר נמצא בספינה או לאו, כדברי אבקת רוכל שהבאנו.

²⁸⁷ שו"ת פני יהושע (חנדלי), סימן יב.*

²⁸⁸ שו"ת זכרון שאול, סימן ו, אות יז.*

²⁸⁹ טור, חו"מ, שג, ה; שו"ע, חו"מ, שג, ז; שו"ת ר"ש דוראן (תשב"ץ, חלק ד, הטור הראשון), סימן מו; שו"ת לב שלמה, סימן פא; שו"ת תורת אמת, סימן קמד. במקורות אלו לא נאמר במפורש שגם שומר חנינים חייב בזה, אך כך כתב במפורש שו"ת מקור ברוך, סימן נו; ותורת אמת ור"ש דוראן נקטו שזו פשיעה, ומשמע מזה ששומר חנינים חייב.*

²⁹⁰ שו"ת תורת חיים, חלק ב, סימן כה. ההגבלה, שמדובר בנכס יקר, אמורה בדבריו לעניין שומר המוסר לאתר להוליך בדרך, אבל הדעת נותנת שהדברים אמורים גם לעניין שומר שלוקח את הנכס בעצמו בדרך.

²⁹¹ אור זרוע, חלק א, סימן תשעב, הובא בים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן נג (ומשמם הובא בש"ך, חו"מ, רצג, ס"ק ט).

ואף על פי שאין מצויים שם שודדים חמושים, מצוי שתתגנבם ינצלו הזדמנות כזאת לגנוב, והיה צריך להישמר מזה²⁹². גם אם ניצל הגנב את שנתו של השומר, ותפס כלי נשק שלו ואיים עליו ולקח את הנכס, שזהו אונס, הוא חייב, משום "תחילתו בפשיעה וסופו באונס", שכן אילולא פשע בכך שישן, לא היה הגנב יכול לקחת את נשקו²⁹³. שומר שנתבקש להוביל נכס לעיר א, רשאי לעבור דרך עיר ב, אם יש לו צורך בכך, גם אם זה מאריך את הדרך, משום שסכנות קיימות בכל הדרכים, ושינוי הדרך אינו מגביר את הסכנה שיקרה נזק לנכס. אין השומר צריך להיות כמו קשור באזיקים בגלל השמירה, ולהימנע מחמתה מללכת למקומות שהוא רגיל ללכת אליהם לצורך עסקיו. אילו רצה בעל הנכס שילך ישירות לעיר א, בלי ללכת דרך ערים אחרות, היה צריך להתנות עמו על כך מראש. משלא התנה, רשאי השומר ללכת בדרך שהוא רוצה, ובלבד שתהיה דרך שאין בה סכנות מיוחדות, ושנאשים רגילים ללכת בה²⁹⁴.

2. סָבֵל

בעבודתו של סבל, האחראי כשומר על הדברים הכבדים שהוא מעביר ממקום למקום עבור בעליהם, יש גדרים מיוחדים של פשיעה. אם הלך הסבל בדרך ישרה, שאינה משופעת, ונתקל ונפל, ועל ידי כך נשבר החפץ, יש אומרים שזו פשיעה²⁹⁵, מפני שקל להישמר מהיתקלות. אך יש אומרים שאין זאת פשיעה²⁹⁶. בדרך שהיא משופעת, לכל הדעות אין היתקלות בגדר פשיעה, מפני שקשה להיזהר מהיתקלות בדרך משופעת²⁹⁷. אך אם לא נהג בזהירות בהעברת הנכס, כגון שרץ יותר מדי, או שהלך במקום רעוע ובגלל זה נתקל, זו פשיעה, והוא חייב²⁹⁸.

²⁹² אור זרוע שם. לא נזכר שם בפירוש שגם שומר חנם חייב במקרה זה, אך נראה שכך הדין אם הלך לישון במודע. אבל לגבי מקרה שנרדם שלא מדעתו, הוא כותב שרק שומר שכר חייב מפני שהיה צריך להתכונן ולישון לפני הנסיעה כדי שלא ירדם בדרך (ראה בשמו בסעיף 2(ב), הערה 40). על שנה ראה ליד ציוני הערות 260-266, 326-327, ר" 398.

²⁹³ אור זרוע שם. בנידונו היה עמו בעל העגלה, שנהג ולא ישן, ובכל זאת הוא פוסק שהשומר פשע, מפני שלא היה רשאי לסמוך על עירנות הנהג כיוון שהנהג מסתכל קדימה ואינו יכול לראות מה קורה בעגלה מאחוריו.

²⁹⁴ שו"ת סמא דחיי, חו"מ, סימן ה. בנידונו, יצא בספינה לקושטנטינה, ובדרך עבר לספינה שנסעה לאיזמיר, וספינה זו נשדדה, ואילו הראשונה לא נשדדה.

²⁹⁵ רש"י, ב"מ פג ע"א (ד"ה שקולאי); חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פג ע"א; ר' יונתן מלוניל, ב"מ נא ע"ב (בדפי הרי"ף); המהדיר לחידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ פב ע"ב, הערה 55, בדעת הראב"ד; טור, חו"מ, שד, א.

²⁹⁶ חידושי הרמב"ן, ב"מ פג ע"א, בדעת הרי"ף; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ פב ע"ב (ומביא שיש מחייבים); חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ פג ע"א, ד"ה היכי, במסקנתו (על מקום חלק שלא היה בו שום מכשול); שו"ע, חו"מ, שד, א; דרישה, חו"מ, שד, א, בדעת הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש; ש"ך, חו"מ, שד, ס"ק א; תוספות יום טוב, ב"מ ו, ח, בדעת הרי"ף והרא"ש; לחם משנה, הלכות שכירות, ג, ב, בדעת הרמב"ם; מרכבת המשנה, מהדורא בתרא, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ג, ב, בדעת הרי"ף והרמב"ם; הגרי"ז, בספר דברי סופרים (תשנ"א), עמ' ל, בדעת הרמב"ם.

²⁹⁷ חידושי הרמב"ן, ב"מ פג ע"א; רא"ש, ב"מ, פרק ו, סימן יט; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פג ע"א; אור זרוע, ב"מ, סימן רעז; נימוקי יוסף, ב"מ נא ע"א (בדפי הרי"ף); טור שם, כמסביר בפרישה (על הטור שם).

²⁹⁸ חידושי הר"ן, ב"מ פג ע"א; נימוקי יוסף, ב"מ נא ע"ב (בדפי הרי"ף).

אם העביר דבר שהוא כבד מדי, ומתאים למשא שני אנשים, ונפל ונשבר, זו פשיעה²⁹⁹. יש אומרים שגם אם הוא כבד רק מכדי משא אדם אחד, זו פשיעה³⁰⁰, ויש אומרים שהנושא דבר שהוא כבד מדי לאדם אחד וקל מכדי משא שני בני אדם – אינו פושע גמור, וישלם רק מחצית הנוק³⁰¹.

3. רועה

שומר בהמה, שהוטל עליו לרעות אותה, הוא שומר חנינם, אם אינו מקבל שכר על רעייתו ועל שמירתו³⁰². רועה דומה לשומר המוליך נכס ממקום למקום, בכך שגם הוא אינו צריך להניח את הפיקדון במקום שמור, שהרי זה בלתי אפשרי, וגם מיותר, כיוון שהוא משגיח על הפיקדון. מצד שני, כמו השומר ההוא, גם רועה צריך לרעות את הבהמה באופן שתהיה בטוחה מפני הסכנות של נפילה ואבדה, סכנות שהבהמה נחשפת אליהן בצאתה לרעות.

משום כך, אין רועה רשאי להעלות את הבהמה לראש הר משופע, שיש בו צוקים, שכן היא עלולה ליפול משם ולמות. גם אם הוא נמצא עמה שם תמיד, אינו יכול לסמוך על כך שיוכל למנעה מליפול, שהרי ייתכן שברגע מסוים לא ישים לב, וגם אם ישים לב, אפשר שלא יוכל למנעה מליפול³⁰³. לכן, אם העלה אותה לשם, הוא פושע, והוא חייב אם נפלה³⁰⁴. גם אם ניסה למנעה מליפול, ולא הצליח, משום שהיא הייתה חזקה ממנו, וברחה מידי ונפלה, הוא חייב, משום ש"תחילתו בפשיעה", בהעלאה, ו"סופו באונס", בנפילה בעל כרחו³⁰⁵. לפי דעת אחת, אם העלה אותה לראש ההר משום שהמרעה שם טוב, אין זו פשיעה, מפני שכך היא דרך הרועים³⁰⁶. מכל מקום, גם כאן הוא חייב אם היה יכול להחזיק אותה ולמנעה מליפול, ולא ניסה, והוא פטור רק אם הייתה חזקה ממנו, ולא היה יכול למנעה מליפול³⁰⁷. לפי דעה אחרת, גם העלאה למקום שיש בו מרעה טוב היא פשיעה, וגם אם רועים אחרים רגילים להעלות לשם את הבהמות, הרי זה מפני שהם בטוחים ביכולתם למנוע מהבהמה מליפול, אבל אין זה אומר שכל רועה רשאי להעלות בהמה שהופקדה אצלו ולסמוך על כוחו³⁰⁸.

²⁹⁹ ב"מ פג ע"א ("דגלא"), כפירוש רש"י (ד"ה דדרו); פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ו, הלכה ה, אות ה. כך עולה גם מן המקורות שנביא על המקרה שבסמוך.*

³⁰⁰ רמב"ם, הלכות שכירות, ג, ב; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער י; שו"ע, חו"מ, שד, ד.*
³⁰¹ רש"י, ב"מ פג ע"א (ד"ה וזוטר); ספר מישרים, נתיב ל, חלק ב; פירוש ר' ברוך מארץ יוון (בתוך "שיטת הקדמונים"), ב"מ פג ע"א; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ו, הלכה ה, אות ד; סמ"ק מצורין, מצווה רנא (עמ' עו); מגיד משנה, על הרמב"ם שם, בשם הרשב"א ושאר מפרשים; טור, חו"מ, שד, ג; רמ"א, חו"מ, שד, ד.*
³⁰² לפי מה שראינו בסעיף 1(ג), פרק ב, 4.

³⁰³ תוספות, ב"מ לו ע"ב (ד"ה אי); תוספות הרא"ש, ב"מ לו ע"ב; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ לו ע"ב; שיטה מקובצת, ב"מ לו ע"ב, בשם "שיטה".

³⁰⁴ ב"מ דף לו ע"ב ודף צג ע"ב; טור, חו"מ, רצא, יב; שו"ע, חו"מ, רצא, י.*
³⁰⁵ תוספות, ב"מ לו ע"ב (ד"ה אי); חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ לו ע"ב; תוספות רבנו פרץ, ב"מ לו ע"ב; שו"ת ירך אברהם, חלק א, חו"מ, סימן כח (קט ע"ב), בדעת הרי"ף.*

³⁰⁶ דברי אביי בב"מ לו ע"ב, כמוסבר על ידי רש"י (ד"ה למרעה); פרישה, חו"מ, רצא, יב, וסמ"ע, רצא, ס"ק יז; שו"ת הרי"ם, חו"מ, סימן ו (מפני שעשה ברשות). שו"ת הרדב"ז, סימן תשצט (הובא בשיטה מקובצת, ב"מ לו ע"ב), כותב שגם אם יש מרעה למטה, אם המרעה בהר טוב יותר, אין פשיעה בהעלאתה.

³⁰⁷ דברי אביי בב"מ שם. רש"י פירש, שכך דרך הרועים.

³⁰⁸ ב"ח, חו"מ, רצא, יב. על דבריו עיין שושנת יעקב, רצא, י, ס"ק ז.

המוות – מה לי הכא מה לי התם? כלומר, לגבי מלאך המוות, שהרג את הבהמה, אין זה משנה אם הבהמה נמצאת כאן, בבית השומר, או אם היא נמצאת שם, בראש צוק; אם הרג את הבהמה כשהייתה שם, היה הורג אותה גם אילו הייתה בבית, ולכן השומר פטור³⁰⁹. כל זאת אם הרועה העלה את הבהמה לראש ההר בעצמו. אבל אם רעה הרועה את הבהמה במקום שאינו מסוכן, והבהמה עלתה מעצמה לראש ההר, בלי שהיה יכול למנועה, אין זו פשיעה, והוא פטור אם נפלה³¹⁰. גם אם עלתה מעצמה, והיה יכול למנוע בעדה מלעלות, ולא מנע, אין זו פשיעה³¹¹, מפני שאין מוטל עליו לרדוף אחריה ולהחזיק בה כל זמן שאינה בסכנה ודאית³¹².

העביר הרועה בהמות על גבי גשר, ודחפה אחת את חברתה, ונפלה חברתה לנהר, הרועה פטור. אף על פי שהנוק היה נמנע אילו העביר אותן אחת אחת, הוא לא פשע בכך שהעביר אותן ביחד, מפני שזו הייתה טרחה גדולה מדי להעבירן אחת אחת³¹³. רעה הרועה את הבהמה על שפת הנהר, והחליקה ונפלה למים, וטבעה, הוא פטור³¹⁴, משום שנהג כדרך הרועים, שאינם רגילים להיזהר מדבר כזה.

כפי שאמרנו, אנו מקילים על הרועה, משום שהוא משגיח על הבהמה בהימצאותו לידה. אך גם אם השאיר את הבהמה בשדה, ונכנס לעיר לזמן קצר, ובהיעדרו נטרפה הבהמה על ידי חיות וכדומה, הוא פטור, גם אם היה יכול להציל את הבהמה מטֶרֶפָה אילו היה שם. זאת בתנאי שהוא נכנס בשעה שמקובל שרועים נכנסים לעיר³¹⁵, ואז הוא פטור, מפני שמי ששומר בדרך המקובלת אינו קרוי פושע³¹⁶.

אבל אם נכנס הרועה לעיר בשעה שאין רועים רגילים להיכנס לעיר, ובהיעדרו נטרפה הבהמה, ואילו היה שם היה יכול להצילה, הוא חייב, מפני שפשע בכך שלא השגיח על הבהמה בשעה שהיה מוטל עליו לעשות זאת³¹⁷. לפי דעה אחת, במקרה זה, שנכנס בשעה לא מקובלת, הוא חייב גם אם בדרך הטבע לא היה יכול להציל אותה אילו היה שם, מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס"³¹⁸. אילו לא פשע בכך שעזב את הבהמה, ייתכן שהייתה ניצלת

³⁰⁹ ב"מ לו ע"ב, דעת רבא. וכך פסקו: מגיד משנה, הלכות שכירות, ג, י; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ז, הלכה ג, אות טו; טור, חו"מ, סימן רצא, יב; וסימן שג, יב; שו"ע, חו"מ, סימן רצא, י, וסימן שג, טו.*

³¹⁰ ב"מ לו ע"ב.*

³¹¹ הראב"ד, המובא בחידושי הרשב"א ובחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ לו ע"ב; הרשב"א שם, גם בדעת הרי"ף; חידושי הרמב"ן, ב"מ צג ע"ב (הובא בחידושי הר"ן שם, וברא"ש, ב"מ, פרק ז, סימן טז); חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צג ע"ב (לפי הבנת המהדיר, הערה 55); פסקי הרי"ד, ב"מ צג ע"ב; טור, חו"מ, רצא, יג; ספר משרים, נתיב ל, חלק ד; מגיד משנה, הלכות שכירות, ג, ט; שו"ע, חו"מ, רצא, יא (הובא בשושנת יעקב, רצא, ו, ס"ק ה).*

³¹² הראב"ד, המובא בחידושי הריטב"א הישנים שם, ובבית יוסף, חו"מ, רצא, יב ("וכי יאחזנה בזנבה וילך?"); ב"ח, חו"מ, רצא, יג. הוספנו "כל זמן שאינה בסכנה ודאית" כדי להבדיל בין הפטר זה, לבין חיוב השומר בהצלת הבהמה, בסעיף 6, פרק ג, ששם מדובר בסכנה ודאית.*

³¹³ תוספות, ב"מ צג ע"ב (ד"ה איבעי).*

³¹⁴ ר' אלחנן, באור זרוע, ב"מ, סימן רצא; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ז, הלכה ד, אות ה; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער י.

³¹⁵ חידושי הרמב"ן, ב"מ צג ע"ב (הובא בהר צבי, על טור, חו"מ, סימן שג).*

³¹⁶ סמ"ע, רצא, ס"ק יט; שו"ת סמא דחיי, חו"מ, סימן ה (מפני שנתנו לו לשמור על דעת שינהג בשמירה כדרך כל הארץ).

³¹⁷ טור, חו"מ, רצא, יד; שו"ע, חו"מ, רצא, יב.*

³¹⁸ הראב"ד, בשיטה מקובצת, ב"מ צג ע"ב; טור, חו"מ, סימן רצא, יד, בשומר חנם (הובא בשו"ת משפט

בדרך יוצאת דופן, כגון שהחיה הטורפת הייתה בורחת מפניו, משום פחדה הטבעי מפני בני אדם³¹⁹, או שהיה מצליח להבריחה באופן על טבעי³²⁰. מלבד זאת, יש לחייבו על שפשע בכך שלא הביא עמו את הבהמה כשנכנס לעיר, ואילו עשה כן, היה הנזק נמנע³²¹. דווקא רועה שנכנס לעיר בשעה מקובלת אינו פושע בכך שהוא לא הביא עמו את הבהמה, אבל רועה זה, מאחר ששינה ממנהג הרועים, ונכנס לעיר בשעה לא מקובלת, היה צריך להביא את הבהמה עמו, ואם לא עשה כך, זו פשיעה³²². ברם, פוסקים אחרים סבורים, שאם לא היה יכול להציל בדרך הטבע אילו היה שם, הוא פטור. לדעתם אין זה "תחילתו בפשיעה וסופו באונס", שהרי גם לולא פשיעתו, היה האונס קורה, מפני שגם אילו היה שם, הייתה נטרפת מדרך הטבע, וכפי שראינו לעיל³²³, "תחילתו בפשיעה וסופו באונס" חייב רק אם ניתן לתלות את האונס בפשיעה³²⁴. לדעת פוסקים אלו, אין לראות (כמו לשיטה הראשונה) את הרועה כפושע בכך שלא הביא את הבהמות עמו לעיר, מפני שכשהביא אותן עמו לשדה, מראש, היה זה ברשות בעליהן³²⁵.

רועה רשאי להפסיק את השגחתו על הבהמה לצורך שנה, בזמן שמקובל לישון³²⁶. אך אם ישן בזמן שאין מקובל שרועים ישנים, זו פשיעה³²⁷. הייתה הבהמה רועה בשדה, וברחה לה, ואבדה, הרועה פטור³²⁸, אם לא היה יכול למנוע זאת במידת מאמץ שמקובל לנקוט במקרה כזה.

4. העברה בלי רשות

כל האמור בפרק זה הוא בשומר המעביר את הפיקדון ממקום למקום לבקשת בעל הנכס או ברשותו. מאחר שעצם ההעברה היא כשורה, מוטל על השומר רק לשמור כדרך השומרים

צדק, חלק ג, סימן ע, דף קסד ע"א, וסימן שג, ח, בשומר שכר; ספר העיטור, פיקדון, ליד אות צד; מאירי, ב"מ דף לו ע"ב ודף צג ע"ב; פסקי הרי"א, ז, ב"מ, פרק ז, הלכה ד, אות ז; רמ"א, חו"מ, שג, י (בשומר שכר).
319 הראב"ד, בשיטה מקובצת שם.

320 רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן ז; תוספות, ב"מ עה ע"א (ד"ה הוחמה); תוספות ר"ש משאנץ, בשיטה מקובצת, ב"מ לו ע"ב; שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן קי.

321 הראב"ד, בשיטה מקובצת, ב"מ צג ע"ב (הובא בנימוקי יוסף, ב"מ דף כ ע"א ודף נד ע"א, בדפי הרי"ף, בחידושי הרמב"ן ובחידושי הרשב"א ובחידושי הר"ן ובחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ לו ע"ב, ובחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צג ע"ב); מאירי, ב"מ לו ע"ב; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צג ע"ב.

322 הראב"ד, בשיטה מקובצת שם; מאירי, ב"מ לו ע"ב; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ לו ע"ב.
בפרק א, 3.

324 רי"ף, ב"מ כ ע"א, בדפי הרי"ף (הובא באור זרוע, ב"מ, סימן קיב); רמב"ם, הלכות שכירות, ג, ח; הראב"ן, ב"מ לו ע"ב (קצט ע"ג במהד' עהרנרייך), הובא במרדכי, ב"מ, סימן רעד; בית יוסף, חו"מ, רצא, יד; שו"ע, חו"מ, סימן רצא, יב (בשומר חנם), וסימן שג, י (בשומר שכר); בתי כהונה, חלק ב, בית המדרש, דף ב ע"ד (גם בשומר שכר).

325 קהילות יעקב, ב"מ, סימן לא. לאור זה הוא כותב שהרי"ף מודה שאם שלח את עדרו לשדה בלי שמירה, ושם טרפוס חיות, חייב מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס", מפני שבזה עצם הימצאותם שם היא פשיעה. וראה בדומה במילואים להערה 208, שהרי"ף מסכים שאם נטרפה או נשדדה אחרי שהשומר החזיק אותה בבית, ופשע בה ויצאה, חייב.

326 רש"י, ב"מ צג ע"ב (ד"ה להכי); פסקי הרי"א, ז, ב"מ, פרק ז, הלכה ד, אות ו.

327 כך מוכח מן המקורות בהערה 326.

328 ספר העיטור, פיקדון, ליד אות קנו; מאירי, ב"מ צד ע"ב; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ מב ע"א, בשם הראב"ד. הם כותבים שזוהי "אבדה" ששומר חנם פטור עליה, ושומר שכר חייב בה.

בעת ההעברה, ואז יופטר. אין מקפידים על כך שבהעברה נחשף הפיקדון לסכנת שבירה או אבדה, מפני שבעל הנכס ויתר על כך בנתינת הרשות להעביר את הפיקדון. אולם שומר שמעביר את הפיקדון ממקום למקום בלי רשות בעליו, מפני שהוא צריך להשתמש במקום שעמד בו הפיקדון³²⁹, הוא פושע בעצם ההעברה. משום כך הוא חייב אם נפל הפיקדון בזמן ההעברה ונשבר, גם אם לא היה כבד מדי (שלא כדין סבל, שראינו בפסקה 2), וגם אם בעל הנכס לא אמר לו לשים אותו דווקא במקום שהיה שם, שהרי אילולא העביר אותו, לא היה נשבר³³⁰. גם אם קרה לנכס אונס בזמן ההעברה, חייב, מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס", שכן אילולא העביר אותו, לא היה האונס קורה³³¹.

דוגמה אחרת להעברה בלי רשות היא, כשבעל הנכס הפקיד אותו בסתם, ומן הסתם התכוון שישמור עליו בביתו, והשומר הוצרך לצאת לדרך, ולקח עמו את הנכס לדרך. זוהי פשיעה, משום שדרכים הן בחזקת סכנה, והוא הכניס את הנכס לסכנות שבדרך בלי לקבל רשות לכך מבעל הנכס³³². גם אם קרה לו אונס בדרך, הוא חייב, משום ש"תחילתו בפשיעה וסופו באונס" – חייב³³³. הפיתרון לשומר הנמצא במצב זה, שהוא צריך לצאת לדרך, הוא שימסור את הנכס לבית דין לשמרו³³⁴. אם בית הדין מתיר לו לקחת את הנכס עמו לדרך, הוא רשאי לעשות כן, ואין זו נחשבת פשיעה³³⁵. אולם אם הייתה סכנה, שמחמתה לא היה יכול להשאיר את הנכס במקומו, והוצרך לצאת לדרך, ולא היה שם בית דין שיוכל לְמַסְרוֹ לו³³⁶, הוא פטור על שהולכו בדרך, ולא ישא באחריות לנזק שיקרה כתוצאה מכך³³⁷.

³²⁹ על מקרה שהעביר לטובת שמירת הפיקדון ראה סעיף 6, פרק י; במקרה שהוא מעביר כדי להשתמש בפיקדון, הוא שולח יד.

³³⁰ נתיבות המשפט, רצב, ס"ק ח.

³³¹ פרישה, חו"מ, רצב, י. מדובר כאן שקרה נזק בזמן ההעברה; על נזק שקרה לנכס לאחר שהעבירו, ראה ליד ציוני הערות 99-103.

³³² שו"ת ר"א מזרחי, חלק ב, סימן ו; משנה למלך, הלכות שכירות, א, ו (הובא בשו"ת שדה הארץ, חלק ג, חו"מ, סימן ח, דף ע"א וע"ד); שו"ת אהלי תם, סימן קסג; שו"ת מהריט"ץ, סימן רעט; שו"ת מקור ברוך (קלעי), סימן נו; שו"ת תורת אמת, סימן צו (אם הוליך בדרך בשיירה או בים בספינה); שו"ת גבול בנימין, סימן מז; שו"ת מור ואהלות, סימן כ; שו"ת אדמת קודש, חלק ב, חו"מ, סימן ו.*

³³³ אהלי תם, מקור ברוך, גבול בנימין ומשנה למלך – שם. כמו כן, נראה שהראב"ה (הערה 337) הבין שרי"ף, ב"ק מד ע"ב (בדפי הרי"ף), מתכוון לומר שאם הוציא השומר את הנכס עמו למדבר, הוא חייב גם באונס; ועל זה הוא אומר את הסייג (שנביא בסמוך) שאם יצא למדבר מתוך אילוץ, הוא פטור מאונס. אך הרי"ף אינו מזכיר בפירושו חיוב אונס, ועוסק בשאלה האם השומר עדיין חב באחריותו המקורית, במקרה שהוא רוצה להחזיר את הנכס במדבר לבעל הנכס (ראה סעיף 11, הערה 41).

³³⁴ ראה על כך בסעיף 11, פרק ה.

³³⁵ גבול בנימין שם; סמ"ע, רצג, ס"ק ז (הובא בשו"ת אדמת קודש, חלק ב, חו"מ, סימן ו), ופרישה, חו"מ, רצג, ד. אפשר שטעם הדבר הוא שבכך פועל השומר כשליח בית דין, שבית הדין מינה לשמור על הנכס. אך הם לא הסבירו מניין נובעת סמכות בית הדין להפקיע את זכותו של בעל הנכס לקבוע את אופן השמירה, אף על פי שמדובר בממונו.

³³⁶ באר הגולה, חו"מ, רצג, אות ז; גבול בנימין שם; ערוך השולחן, חו"מ, רצג, ה.*

³³⁷ ראב"ה, מובא באור זרוע, ב"ק, סימן תסד, במדרכי, ב"ק, סימן קצו, בהגהות מיימוניות, הלכות שאילה, ז, אות ט, בים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן נג, בדרכי משה, חו"מ, רצג, ס"ק ב, ברמ"א, חו"מ, רצג, ג, בשו"ת חמדת הנפש, סימן יב, בספר משה ידבר, על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, יג, ח (פה ע"ד), בשו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק ב, סימן קכג, ובחוק לישראל, השבת אבדה, עמ' 35; ערוך השולחן שם.*

סוגים שונים של רשלנות

1. שכחה

שכחת השומר יכולה לגרום נזק בשתי דרכים: א) אי ידיעה מתמשכת מתוך שכחה, כלומר, שהנכס קיים, אלא שהשומר אינו יכול להשיבו לבעליו, משום ששכח פרט חשוב לגביו, כגון ששכח את מקומו או את כמותו. כאן אין נזק לנכס, אלא לבעל הנכס, וגם זה בגדר "אבדן" בלשון החוק בסעיפנו. ב) שכח השומר לעשות פעולה שהייתה דרושה לשמירת הנכס, וכתוצאה מכך ניוזק הנכס. להלן נמנה את המקרים השונים של שכחה, לשני סוגיה, שנידונו במקורות, ונביא את אשר נפסק לגביהם.

נתחיל בסוג הראשון של שכחה: אי ידיעה מתמשכת. ארבע דוגמאות לכך נידונו במקורותינו.

א) הגמרא אומרת, ששומר היכן הניח את הפיקדון, פשע³³⁸, מפני שהיה צריך לשים לב באיזה מקום הוא מניח את הפיקדון, ולהניחו במקום שמור³³⁹. הוא היה צריך לרשום בפנקסו את מקום הנחת הנכס, ואילו עשה כן, לא היה שוכח³⁴⁰. גם אם היה טרוד בעת ההפקדה, הוא היה צריך לשים לב ולזכור היכן שם את הנכס, ואם שכח, זו פשיעה³⁴¹. מאחר שזו פשיעה, הרי כאשר בעל הנכס דורש את הפיקדון מן השומר, והשומר אינו זוכר היכן הוא, הוא חייב לשלם מיד, ואינו רשאי לבקש זמן לחפש את הפיקדון³⁴². גם אם השומר זוכר שהניח את הנכס במקום הראוי לשמירה, אלא ששכח היכן הניחו, כגון שבפיקדון של כסף, הוא זוכר שקבר אותו בקרקע, אלא ששכח היכן קברו, זו פשיעה, מפני שהיה צריך להניחו במקום שיוכל לתיתו לבעליו כשיתבענו ממנו³⁴³. כלומר, היה צריך להניחו במקום שיש לו

³³⁸ ב"מ דף לה ע"א ודף מב ע"א.

³³⁹ סמ"ע, רצא, ס"ק יב (הובא בשו"ת חינוך בית יהודה, סימן קטו, ובשו"ת שער המים, סימן כד, דף נו ע"ד); שו"ת פני משה, חלק א, סימן נט (קלה ע"ב); שו"ת מהריט"ץ, סימן פד (עח ע"א) וסימן קפד (פשע בזה שלא נזהר לשמור כראוי); ר"י סגל, נועם כ (תשל"ח), עמ' קכ; משכנות הרועים, מערכת ש, אות קמח (שצריך לשים לב היכן הניחו, כדי שיוכל להחזירו); שו"ת בשמים ראש, סימן קמו (שצריך שלא להסיח את דעתו ממנו); אבי עזרי, מהדורא א, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ג, ב (מפני שיש עליו חיוב לדאוג כל הזמן שלא יגיע למצב שישכח); שו"ת אמרי שפר, סימן כד (מוטל עליו להשגיח לזכור ולא להסיח את דעתו ממנו).

³⁴⁰ שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קמח, הובא בשו"ת דברי שמואל, חו"מ, סימן יט (רלו ע"ב), בראש דוד, פרשת האזינו, בסופו, ובע"א 341/80 עלי נ' ששון ואח', פ"ד לו(3) 281, 291; כרם חמד (הלפנד), סימן יד (הובא בשו"ת זכרון שאול, סימן ו, אות יז), בדעת הסמ"ע שם; ר"י סגל, נועם כ (תשל"ח), עמ' קכ.
³⁴¹ ר"א עזריין, המאור, שנה ו, חוברת ד (קונטרס ג). בנידונו, ההפקדה הייתה מיד לפני יום הכיפורים, והיה טרוד בסעודה המפסקת וההליכה לתפילה. אך ראה ליד ציוני הערות 43-45, שיש שפוטרים שומר שפשע מחמת טרדה.

³⁴² סמ"ג, עשה פח, הובא במרדכי, ב"מ, סימן רסח, בבית יוסף, חו"מ, רצא, ח, ובשו"ת מהריט"ץ, סימן קפד; ב"ח, חו"מ, רצא, ח, בדעת הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ז; צורו הכסף הקצר, דרך ב, שער יב; רמ"ך, בשיטה מקובצת, ב"מ לה ע"א (מפני שאין נותנים לשומר זמן לשלם – ראה סעיף 5, ליד ציון הערה 133); מאירי, ב"מ מב ע"א (אינו יכול לבקש שימתינו לו עד שיחפש, מפני שהחזיק את עצמו כשוכח, שהוא פושע); שו"ע, חו"מ, רצא, ז; תורת חיים, ב"מ מב ע"א.

³⁴³ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ לה ע"א (הובא בשו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יט, דף ק ע"ד, בשו"ת

סימן לגביו, שעל ידו יזכור היכן הוא, או שהיה צריך לרשום את מיקומו בפנקסו, כאמור. שכחה זו אף חמורה יותר מפשיעה, שהיא חיוב של שומר – זוהי נזק, שכל אדם חייב עליו, שכן כל אדם הלוקח חפץ של חברו, ומניח אותו במקום מסוים, ושוכח היכן הניח אותו, חייב לשלם לו בתור מזיק³⁴⁴. אולם אם השומר זוכר היכן הניחו, אלא שכשהוא מחפש במקום ההוא, אינו מוצאו, הוא פטור³⁴⁵, מפני שיש להניח שהנכס נגנב משם, או שחיה כלשהי לקחה אותו, וכדומה, והשומר פטור על כך, כיוון שהניחו במקום הראוי לשמירה.

(ב) שומר שמסר את הנכס לאדם אחר למטרה מסוימת, והשומר שכח למי מסר אותו, כך שאינו יודע ממי לבקש אותו, זו פשיעה³⁴⁶. כך נפסק לגבי מי שנתן חפץ למתווך, וביקש ממנו שישגי בעבורו אשראי ויתן את החפץ כמשכון, והמתווך משכן אותו למישהו ושכח למי משכן אותו – נפסק שהמתווך פשע בשכחתו³⁴⁷.

(ג) שני אנשים הפקידו כסף אצל אדם אחד, זה הפקיד מאה וזה הפקיד מאתיים, ושכח השומר מי הפקיד כמה, וכל אחד מהמפקידים טוען שהוא זה שהפקיד מאתיים. השומר חייב להחזיר לכל אחד מהם מאתיים³⁴⁸, משום שפשע בכך שלא כתב את שמו של כל מפקיד על חבילת הכסף שלו, שאילו עשה כך, לא היה שוכח³⁴⁹.

(ד) הופקדה אצל שומר תבואה בכמות שאינה ידועה, והוא עירב אותה עם תבואה שלו

חסד יהושע, מהדורא תניינא, סימן ט, ובשור"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן נו; ר' יונתן מלוניל, ב"מ כד ע"א (בדפי הרי"ף), הובא בשיטה מקובצת, ב"מ מב ע"א (אם בוודאי קבר); שור"ת ציוני, חלק ב, סימן ב, ס"ק ז (מפני שצריך השומר לתת את לבו על הנכס); שור"ת בית יעקב (ציומיר), סימן ע; משכנות הרועים, מערכת ש, אות קמח, בדעת שור"ע, שנביא בהערה 347 (שהרי מתווך שממשכן נכס, שבו עוסק השור"ע שם, הוא כאילו מניחו במקום שומר); משמרות כהונה, ב"מ לה ע"א, בדעת הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ז (שנקט "קברתי"); שור"ת שער המים, סימן כד (נו ע"א), בדעת שור"ע, חו"מ, רצא, ז (שנקט "קברתי").³⁴⁴ נתיבות המשפט, רצא, ס"ק יד, הובא בחושן אהרן, סימן סו, מ, וסימן עב, ז, ובשור"ת מצח אהרן (מונקטש), חלק ב, סימן נה. הנפקות מכך הוא שחייב גם אם היו "בעליו עמו", כדן מזיק – עיין שם.³⁴⁵ מאירי, ב"מ מב ע"א (ר"ה כל); חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ מב ע"א (ר"ה כל); ספר העיטור, פיקדון, ליד אות קנו; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מב ע"א; שור"ת מהריט"ץ, סימן קפד; שור"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן פו, בתחילתו (אם ידע שהניח את הנכס באמתחתו, אלא שאינו יודע מתי אבד מאמתחתו); שור"ת איגרות משה, חו"מ, סימן לב.*

שור"ת פרי צדיק, חו"מ, סימן יב, בתחילתו; שור"ת המבי"ט, חלק ב, סימן קמ (ששלח את הנכס עם מישהו להביא לבעל הנכס, ולא הגיע אליו הכל, אלא קצת היה חסר); שור"ת משפט וצדקה ביעקב, חלק א, סימן רפו (שכח עם מי שלח את הנכס).³⁴⁶

חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ לה ע"א (הובא בשור"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יט, דף ק ע"ד, ובשור"ת חסד יהושע, מהדורא תניינא, סימן ט); חידושי הרי"ן, ב"מ לה ע"א; נימוקי יוסף, ב"מ יט ע"א (בדפי הרי"ף), הובא בבית יוסף, חו"מ, קפה, מחודש ד, ובשור"ת נחפה בכסף, חלק א, חו"מ, סימן כו (קלה ע"ד); שור"ע, חו"מ, קפה, ט (הובא במשכנות הרועים, מערכת ש, אות קמח); רמ"א, חו"מ, קא, יא (הובא בשור"ת בית יעקב, ציומיר, סימן ע); שור"ת קול אליהו, חלק ב, חו"מ, סימן כה; שור"ת דת אש, סימן טז (גם אם עבר זמן רב מאז); שור"ת שי למורא, סימן לח.

רמב"ם, הלכות שאילה, ה, ד; ספר התרומות, שער לט, חלק ב, אות א; סמ"ק מצורין, מצווה רנא (עמ' סו); טור, חו"מ, ש, ב; שור"ע, חו"מ, ש, א; שור"ת משפט צדק, חלק א, סימן לג; שור"ת אדמת קודש, חלק א, סימן ס (קכו ע"ב); שור"ת שער המים, סימן כד (נו ע"ב).³⁴⁷

רמב"ם, ספר התרומות ושור"ע שם. אך למעשה, בכל מקרה שיהיה ויכוח כזה, שהמפקיד אומר שהפיקדון היה כך וכך והשומר אינו יודע, המפקיד זוכה (שור"ע, חו"מ, רצח, א; ושם מדובר כשהפיקדון אבד בפשיעה, שאילו אם הפיקדון קיים, בדרך כלל לא יוכל להתעורר ספק, מפני שיוכל להחזיר את החבילה שקיבל), ודין זה נוגע יותר לדיני ראיות מאשר לדיני פשיעה, ולכן לא נעסוק בו כאן בפירוט.³⁴⁹

שאינן כמותה ידועה, ולכן כעת אין אפשרות לדעת כמה הופקד, חייב השומר לתת למפקיד תבואה לפי הכמות שיאמר הלה שהפקיד אצלו, משום שפשע בזה שעירב את שתי הערמות, שזה מנע אפשרות לדעת איזו כמות הופקדה³⁵⁰. פשיעה זו היא פשיעה של שכחה, משום שפעם הכמות הייתה ידועה, ועכשו, בגלל רשלנותו, אינה ידועה.

כעת נדון בסוג השני של שכחה: שומר ששכח לעשות פעולה שהייתה דרושה לשמירת הנכס, וכתוצאה מכך ניזוק הנכס. הכלל הוא, ששכחה כזאת היא פשיעה, והשומר חייב על הנזק שהיא גרמה³⁵¹, משום שמוטלת על שומר חובה לשים לב לנכס, ולזכור את כל הדרוש לשמירתו.

נמנה כאן מקרים אחדים, שנפסק לגביהם שהשומר חייב על שכחתו: שכח לנעול את הארגז שהניח בו את הנכס, ונגנב³⁵²; נעל את הארגז, אבל שכח את המפתח במנעול, ונגנב³⁵³; שומר שטרות כסף, שהחביא אותם בקיץ בתנור החימום המרכזי, ובהגיע החורף שכח ליטלם משם, והסיקו את התנור ונשרפו השטרות³⁵⁴; הופקד אצלו שטר להראות לבית המשפט, והוצרך ללכת לדרכו, ושכח להחזיר לפני כן את השטר לבעליו, והשטר נשדד ממנו בדרך³⁵⁵; הניח את הנכס בשק של מישהו שהיה בביתו, והלך הלה לדרכו עם שקו, ושכח השומר להוציא את הנכס מן השק לפני שהלך הלה, ורץ אחריו, ולא מצא את הנכס בשק, כנראה משום שאבד בדרך, ואילו נטלו לפני שיצא, לא היה הנכס אובד³⁵⁶; שומר המוליך נכס עמו ברכבת, והניחו לצידו על רצפת הרכבת, ושכח אותו שם כשירד מהרכבת³⁵⁷; שומר המחזיק את הנכס בידו או בחיקו, ושכח שהוא שם, וכתוצאה מכך נגנב הנכס או אבד³⁵⁸; שלח את הנכס לבעל הנכס בספינה, ושכח ליטול מבעל הספינה אישור על כך שהביא את הנכס לספינה, וכתוצאה מכך אין בעל הנכס יכול לקבלו מבעל הספינה³⁵⁹; ביקש ממנו בעל הנכס לשלוח לו את הנכס ממקום פלוני, ושכח לשלחו משם, וכתוצאה מכך ניזק הנכס³⁶⁰; שומר חמץ, ששכח למכרה ערב פסח, ולכן

³⁵⁰ שו"ע, חו"מ, רצב, יד. לא ניכנס כאן לפירוט בדיון זה, מהטעם שכתבנו בהערה 349*.

³⁵¹ מקורות לזה יובאו בהערות הבאות, בפירוט המקרים שנפסק בהם שחייב. רק נציין כאן שיש דעה חולקת, והיא של שו"ת מקור ברוך (קלעי), סימן נב, האומר ששכחה היא אונס (לעניין שומר ששכח את הנכס מחוץ לארגז, או ששכח את הארגז פתוח, ובגלל זה נגנב הנכס*).

³⁵² שו"ת משפט צדק, חלק א, סימן לג; משכנות הרועים, מערכת ש, אות קמח; שו"ת שער המים, סימן כד (נח ע"ד, שאי אפשר לומר "קים לי" כמקור ברוך). שו"ת נחפה בכסף, חלק א, חו"מ, סימן כג (קבו ע"א), מסביר שמשפט צדק סובר ששומר מקבל על עצמו לדייק כדי שלא יבוא לידי שכחה שתגרום נזק.

שו"ת פני יצחק (חריף), חו"מ, סימן א.

³⁵³ שו"ת שאלת משה (וסרמן), חו"מ, סימן א. אך הוא כותב שמאחר שיש אומרים ששכחה היא אונס, ישלם רק שני שלישים, מעין פשרה.

³⁵⁴ שו"ת פני אהרן, חו"מ, סימן לו (הובא בשו"ת ישמח לב, חלק ב, חו"מ, סימן ט, דף טז ע"ג). הוא אמנם כותב שלפי מקור ברוך (הערה 351), פטור, אבל אחר כך הוא מביא פוסקים רבים הסוברים ששכחה היא פשיעה, ובסוף התשובה כתב רק שלדעתם השומר חייב, ולא הזכיר במסקנתו את דעת מקור ברוך. על דבריו עיין שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יד (קב ע"א).

³⁵⁵ שו"ת אבקה רוכל, סימן קסח. מדובר גם במצב שלפי הכללים שנראה בסעיף 7, אי אפשר לחייבו מטעם שומר שמסר לשומר.

³⁵⁶ שו"ת זכרון שאול, סימן ו, אות יז*.

³⁵⁷ אבי עזרי, מהדורא א, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ג, ב.

³⁵⁸ שו"ת פני יהושע (חנדלי), סימן יב. על מקרה זה, ראה ליד ציון הערה 287.

³⁵⁹ ר"א הלוי, בשו"ת שפת הים, חו"מ, סימן ס.

נאסר בהנאה כשהגיע פסח³⁶¹; שומר כרטיסי הגרלה, ששכח להחליפם בזמן הקבוע לכך, וכתוצאה מכך איבדו את ערכם³⁶².

קל וחומר, שהשומר חייב אם מתוך שכחה עשה מעשה מזיק לנכס, כגון שומר שטר ששכח שהוא שטר ושהוא פיקדון, והשתמש בו לעטיפת סיגרייה לעישון, והעלה אותו באש³⁶³; שומר שטר, שמסר חבילה של שטרות לאדם מסוכן, הידוע כ"מסור", ושכח שהשטר המופקד היה בתוך החבילה, ועתה אינו יכול לקבל את השטר חזרה³⁶⁴; שואל סיר בשרי, שבישל בו תבשיל חלבי, משום ששכח לשאול האם הסיר בשרי, והטריף בכך את הסיר³⁶⁵.

יש שני חריגים לחיוב שומר ששכח לעשות פעולה הדרושה לשמירת הנכס. ראשית, אם הוא שכח לעשות משהו משום שהיה בהול או נחפו, אין שכחתו פשיעה. לדוגמה, שומר בגד, שהיה אמור להוליכו ממקום למקום, והניחו תחתיו על חמורו, ובלילה הגיע למקום שיש בו "פחד הרבה", ונפל השומר מהחמור, ונפל הבגד עמו, ובגלל הפחד והבהלה, שכח להחזיר את הבגד על גבי החמור, והמשיך בדרכו, ואבד הבגד, השומר פטור, כיוון ששכח מתוך פחדו וטרדתו³⁶⁶. דוגמה נוספת: שומר טבעת, שהסיר אותה מאצבעו לצורך נטילת ידיים³⁶⁷, והניח אותה בין חגורתו לבגדו, וקראו לו לצאת החוצה לצורך דחוף, ומתוך כך שכח להחזיר את הטבעת לאצבעו, ולכן היא אבדה, הוא פטור, משום ששכח מחמת חפזו³⁶⁸.

שנית, אם גם בהיעדר הפרט ששכח, הנכס קצת שמור, אין שכחתו נחשבת פשיעה. לדוגמה, שומר שקיבל נכס להוליכו ממקום למקום, ובשעת ההפקדה הניח את הנכס בחיקו, משום שלא היה יכול להניחו בתוך השק הגדול, והיה אמור להניחו בשק הגדול עם הגיעו למקום חנייה, ושכח לעשות זאת, ומתוך כך אבד הנכס, הוא פטור. דווקא אם השכחה הביאה לכך שהנכס אינו שמור בכלל, היא פשיעה, משום שהשומר היה צריך לזכור כל הזמן את חובת שמירתו, כדי שלא ישכח ושכחתו תגרום נזק. לעומת זאת, כאן, כשהנכס בחיקו, הוא קצת שמור, אלא שאין זו שמירה שלמה כראוי, ולכן לא היה צריך לשים לב לזה כל כך, לזכור להעביר את הנכס לשק הגדול, ולכן השכחה אינה פשיעה³⁶⁹.

³⁶¹ שו"ת שער אפרים, סימן כח, בהגהה מבין המחבר. על חיוב שומר שלא מכר חמץ, ראה סעיף 6, ליד ציון הערה 87*.

³⁶² שו"ת שאלת יעבץ, חלק א, סימן פה. על חיוב שומר שלא החליף כרטיס הגרלה, ראה סעיף 6, ליד ציון הערה 96.

³⁶³ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צד. הוא מחייב בסתם, וכלל אינו מזכיר שהיה מקום להקל משום ששכח. ³⁶⁴ תשב"ץ, חלק א, סימן קנו. הוא כותב שגם אם רק הראה לו את החבילה, והלה לקח אותה ממנו בכוח, הוא חייב, משום "תחילתו בפשיעה וסופו באונס". אך הוא כותב שאינו חייב מטעם שומר, שהרי שומר שטר פטור (סעיף 1(א)), פרק ב, 2, אלא חייב מטעם מזיק; וכך אנו נאמר גם על המקרה של חתם סופר.

³⁶⁵ שו"ת דברי שמואל (ארדיטי), חו"מ, סימן יט (רלו ע"ב), בהגהה*.

³⁶⁶ שו"ת נחפה בכסף, חלק א, חו"מ, סימן כג (קכו ע"ד, קכו ע"ב). על מקרה זה ראה ליד ציון הערה 43*.

³⁶⁷ ההסרה מאצבעו לנטילת ידיים אינה פשיעה – ראה ליד ציון הערה 56.

³⁶⁸ שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קלג. וראה הערה 44*.

³⁶⁹ שו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן פז (הובא בשו"ת דברי שמואל, חו"מ, סימן טז). שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לה (רמ ע"ד), כותב שכנסת הגדולה מסכים להבחנתו של דבר משה, והבין שמקור ברוך פטר רק במקרה שבלאו הכי הנכס קצת שמור. אבל שו"ת סמיכה לחיים, חו"מ, סימן יז, כותב שהבחנה זו אינה ברורה, ושהפוסקים חולקים בכל מקרה.

2. דיבור לא זהיר

יש שדיבור לא זהיר של השומר גורם נזק לנכס. אם באופן סביר היה צריך לִצְפוּת שאם יאמר את הדברים, ייגרם נזק לנכס, דיבורו נחשב לפשיעה. נמנה כאן דוגמאות אחדות לכך. שומר שהתרכב בפני גנב, ואמר לו: "גנב זווי! אינני מפחד ממך, משום שאני נמצא עם הפיקדון במקום פלוני, ויש איתי אנשים חמושים", ובא הגנב וגנב את הפיקדון, זוהי פשיעה מצד השומר³⁷⁰. הוא גרם בדיבורו לכך שהגנב יבוא, בזה שאמר לו את מקום הימצאו, ובוזה שהרגיז אותו בגידופו³⁷¹. אך אם השומר התכוון בדבריו לטובה, להפחיד את הגנב כדי שלא יבוא, ובכל זאת בא הגנב, אין זו פשיעה, מפני שהשומר התכוון לטובה, ולא היה צריך לשים לב כל כך ולחשוב על נזק שעלול להיגרם כתוצאה מדיבורו³⁷². כמו כן, אם הרגיז מישהו בלי קשר לפיקדון, ובגלל זה בא הלה לביתו ובזז את רכושו ובכלל זה את הפיקדון, הוא פטור, משום שלא פשע בקשר לנכס³⁷³.

פְּשׁוֹת היא צמח ששמים בשִׁכָר בתהליך הכנתו. מעשה בראובן שהפקיד פְּשׁוֹת אצל שמעון, ולשמעון הייתה גם פְּשׁוֹת משלו; ובמשך השמירה אמר שמעון לעושה השִׁכָר שלו: "שים פְּשׁוֹת בשִׁכָר שלי", והלך עושה השִׁכָר ושם בשִׁכָר את הפְּשׁוֹת המופקדת. זאת פשיעה מצד השומר, והוא חייב לשלם³⁷⁴, מפני שהיה צריך לדעת שייתכן מאוד שעושה השִׁכָר יביא דווקא את הפְּשׁוֹת המופקדת. אולם אם אמר שמעון השומר לעושה השִׁכָר: "שים את הפְּשׁוֹת הזאת [והצביע על שלו] בשִׁכָר שלי", ועושה השִׁכָר שם את הפְּשׁוֹת של ראובן בתוך השִׁכָר, שמעון השומר אינו חייב, שהרי לא פשע, מפני שהיה זכאי לחשוב שהדגשתו "הזאת" תספיק כדי שעושה השִׁכָר יבין שלא לשים את הפְּשׁוֹת האחרת³⁷⁵. אף על פי שהיה קל מאוד שבבילוי להוסיף: "ואל תשים את הפְּשׁוֹת ההיא [המופקדת]", לא פשע בכך שלא אמר כך, משום שלא היה מוטל עליו לצפות שיטעה הלה בהבנת דבריו³⁷⁶, ומאחר שלא התרשל, הוא פטור, אף על פי שעובד שלו גרם את הנזק לנכס³⁷⁷.

³⁷⁰ ב"מ צג ע"ב; רמב"ם, הלכות שכירות, ג, ה; שו"ת הרשב"ש, סימן שצ; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ב; סמ"ג, עשה פט (קעב ע"ב); טור, חו"מ, שג, ה; שו"ע, חו"מ, שג, ז. מדובר גם בשומר חנם, כפי שמוכח מן המקורות שנשלח אליהם בהערה 372.

³⁷¹ רש"י, ב"מ צד ע"א (ד"ה הרי); אור זרוע, ב"מ, סימן רצג.

³⁷² למקורות לכך, ראה סעיף 6, הערה 338. וראה שם, ששומר שזכר חייב גם אם התכוון לטובה.

³⁷³ שו"ת הרשב"ש, סימן שצ, הובא בשו"ת דברי שמואל (ארדיטי), חו"מ, סימן טז (רל ע"ג, רלא ע"א), ובשו"ת השמיים החדשים, חו"מ, סימן רכג. בנידונו היה זה "סוכן המלך" (איש שלטון) שהשומר המרה את דברו, ובכך הרגיז אותו.

³⁷⁴ שו"ת מקור ברוך (קלעי), סימן נג; פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (קיב ע"ד). כך מוכח גם מן המקורות בסמוך, שפטרו רק אם אמר "שים מזה".

³⁷⁵ ב"מ מב ע"ב; רמב"ם, הלכות שאילה, ד, ט; סמ"ק מצורין, מצווה רנא (עמ' טו); ספר מישרים, נתיב ל, חלק ב; טור, חו"מ, רצא, כז; שו"ע, חו"מ, רצא, כה. הדין מוזכר בשו"ת שער אפרים, סימן קמא (ד"ה ואם), ובשו"ת כוכב מיעקב (סוף ספר ירך יעקב), סימן ב.

³⁷⁶ שו"ת מהריט"ץ, סימן פד (בשאלה, דף עה ע"ג).

³⁷⁷ ראה חוק לישראל, נזיקין, עמ' 72-73, שהוכיח מכאן שהמשפט העברי אינו מקבל את הוראת סעיף 13 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שמעביד חייב אחריות נזיקית על נזקי עובד שלו. א' סלטון, "ההיבט הנזיקי של חוק השומרים", עיוני משפט ה (תשל"ז) 667, סבור שלפי חוק השומרים חייב שומר גם בנזק שקרה עקב מעשה של שלוחו או עובד שלו, שלא מתוך רשלנותו של השומר, גם מעבר לאחירותו של אדם רגיל על נזקי עובד שלו. לדוגמה, גם אם היה אנוס להשתמש בשירותיו של אותו אדם, שאין בחירתו נתונה לו,

ברם, אם הפְּשׁוֹת של ראובן הייתה במקום רחוק, והפְּשׁוֹת של שמעון השומר הייתה במקום קרוב, כך ששמעון היה יכול להבחין מתוך משך הזמן הארוך שלוקח לעושה השֹׁכֵר לחזור, שהוא לוקח את הפְּשׁוֹת של ראובן – הדין שונה. כאן, אם שתק שמעון ולא העיר לעושה השֹׁכֵר (כשחזר אליו) שהוא רוצה שישים דווקא את שלו, חייב שמעון לשלם, מפני שזאת פשיעה, שהרי היה צריך להעיר לעושה השֹׁכֵר על טעותו³⁷⁸. אלא שאם אמר לעושה השֹׁכֵר: "שים מזאת [והצביע על שלון] ולא מזאת [והצביע על המופקדת]", הוא פטור גם אם המופקדת רחוקה יותר משל השומר, וראה שהלה משתהה, משום שלא היה צריך להעלות על דעתו שעושה השֹׁכֵר משנה מציוויו המפורש, והוא זכאי לחשוב שהלה משתהה מפני שקרה לו משהו³⁷⁹. כמו כן, אם הפְּשׁוֹת המופקדת הייתה קרובה יותר מהפְּשׁוֹת השייכת לשומר, וחזר עושה השֹׁכֵר בהקדם, כך שהשומר היה יכול להבין מזה שהלה לקח מהפְּשׁוֹת המופקדת, השומר חייב, מפני שפשע בזה שלא אמר לו אז שאל יטיל לשכר מהפְּשׁוֹת המופקדת³⁸⁰.

כדוגמה נוספת לפשיעה בדיבור לא זהיר, אפשר להביא מקרה שנידון בפוסקים, שכתובה לא זהירה של השומר גרמה נזק לנכס. מעשה בשומר חבילה ששלח אותה לסוחר, כפי שביקש ממנו בעל הנכס לשלוח לו, והיו בה חמישה עשר פריטים, והוא שלח לנמען מכתב יחד עם החבילה, ובו כתב בטעות שיש בה שלושה עשר פריטים. לנמען הגיעו רק ארבעה עשר פריטים, אבל מאחר שלא ידע שהיו צריכים להגיע חמישה עשר, לא חשב לחפש את הפריט החסר או לתבוע את המוביל על הפריט החסר, ואילו עכשו שנודעה לו הטעות, כבר מאוחר מדי לחפש את הפריט החסר או לתבוע את המוביל. יש שפסקו, שהשומר חייב על טעותו, שגרמה לנזק, משום שהיא פשיעה, מפני שסוחרים סומכים מאוד על המכתבים הנלווים הללו³⁸¹, והיה צריך לשים לב ולא לטעות³⁸². אולם יש שפטרו את השומר כאן, בנימוק שטעות אינה קרויה פשיעה, משום שאינה בשליטתו של השומר³⁸³.

הוא אחראי על נזק שנגרם ממעשי אותו אדם, אף שאדם רגיל פטור על נזק שעשה האחר, במקרה כזה, לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיף 13(א)(2)(ב).

³⁷⁸ ב"מ שם; מגיד משנה, על הרמב"ם שם; טור שם; שו"ע שם; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן כ; שו"ת ציוני, חלק ב, סימן ב, ס"ק ז. ציוני מסביר שאף על פי שיכול לתרץ שחשב שקרה משהו למשרת ולכן התעכב, מכל מקום נחשב פושע בזה שלא חקר מכיוון שזה דבר שהיה צריך להעלות על הדעת. מהר"ם אלשיך מסביר שאין אומרים שהיה יכול לסמוך על חזקת "שליח עושה שליחותו", ולחשוב שהלך לאט ולכן לקח יותר זמן – מפני שמכל מקום היה צריך לחשוש לאפשרות האחרת, ולברוק.*

³⁷⁹ סמ"ע, רצא, ס"ק מג.

³⁸⁰ ב"ח, חו"מ, רצא, כו; פרישה, חו"מ, רצא, כו, וסמ"ע, רצא, ס"ק מב; נתיבות המשפט, רצא, ס"ק כו; תורת חיים, ב"מ מב ע"ב; נפש חיה, ב"מ מב ע"ב; חידושי מהר"ם שיף, ב"מ מב ע"ב.*

³⁸¹ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קכ (גם אם זה היה בזמן היריד, שהיה נחפו לשלוח את החבילה); שו"ת פני יהושע (חנדלי), סימן יב (מפני שטעות היא פשיעה כמו שכחה – ראה ליד ציון הערה 351).

³⁸² שו"ת לחם רב, סימן קפ.

³⁸³ שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן ר (הובא בשו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן ח, בשו"ת מקור ברוך, סימן נב, בשו"ת שער המים, סימן כד, דף נו ע"ד, בפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג, דף קיב ע"ג, בספר יטב לב, דרוש ט, דף לג ע"ג, ובתשובת ר"מ גלנטי, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ו, דף קנב ע"ב); מחזה אברהם (בוטון), סימן לב, אות ב (קכו ע"ג)*.

3. התרחקות השומר מן הנכס

אם הניח השומר את הנכס במקום שמור, הוא רשאי להתרחק מן הנכס, ואף לנסוע לחו"ל, כפי שראינו לעיל³⁸⁴. אולם אם הניח אותו במקום שאינו שמור, הוא חייב להישאר ליד הנכס כדי להשגיח עליו, ואם התרחק ממנו, זו פשיעה. רק אם עזב את הנכס בזמן שמקובל שאדם במצב כזה עוזב את הנכס, הוא פטור. ראינו עיקרון זה כבר³⁸⁵ לעניין שומר המעביר נכס ממקום למקום, במוביל וברועה, אשר מטבע הדברים אינם יכולים להחזיק את הנכס במקום שמור; אולם הדברים נכונים גם בשומר המחזיק את הנכס במקום אחד, אם המקום אינו שמור. יש דוגמאות אחדות לדבר.

(א) שותף, שאחראי כשומר על סחורות השותפות³⁸⁶, שעזב את העיר והניח את הסחורות בחנות, וכתוצאה מכך ניזוקו, הוא פושע. אך אם הוא עזב את העיר לצורך השותפות, הוא פטור, מאחר שנהג כמקובל³⁸⁷.

(ב) שומר שהניח את החנות שבו נמצא הנכס, והלך לסעוד בזמן הסעודה, אין זו פשיעה, אם דרך בני אותה עיר לעזוב את חנויותיהם וללכת באותו זמן לאכול בבתיהם³⁸⁸.

(ג) שומר בגדים שהניח אותם במבנה שהוא רגיל ללון בו בלילה, ופעם אחת לא לן בו, ובאו גנבים וגנבו ואף הניסו שומרים שהוא הציב שם, חייב, אם יש לשער שהיה יכול להציל את הנכס אילו היה שם³⁸⁹.

(ד) שומר שביקש ממנו בעל הנכס להביא את הנכס לאדם מסוים בעיר אחרת, והשאיר את הנכס מחוץ לעיר במבנה לא שמור, ונכנס לעיר כדי לחפש את הנמען, ונגנב הנכס בהיעדרו: אם נכנס לעיר בשעה שאנשים במצבו רגילים להיכנס לעיר, פטור; ואם בזמן שאין רגילים, חייב³⁹⁰.

(ה) מעשה בראובן שמכר נכס לשמעון, ומסר אותו למישהו להוביל אותו לביתו של הקונה; ולפני ששילם הקונה, השאיר המוביל-השומר את הנכס בביתו של הקונה ביד משרתו (של השומר), למטה, והשומר עצמו עלה למעלה לאכול עם שמעון הקונה. בהיותו שם, עלה המשרת אליהם, והשאיר את הנכס למטה, ואז ירד הקונה, וכשהשומר ירד אחריו, לא מצא לא אותו ולא את הנכס. נפסק, שאין זו פשיעה מצד השומר, בכך שראה שמשרתו עלה ולא עשה כלום, מפני שהיה רשאי לחשוב שלא הייתה סכנה שהנכס יאבד למטה, מפני שנשאר

³⁸⁴ בפרק ב, 1.

³⁸⁵ בפרק ג, פסקאות 1 ו-3.

³⁸⁶ כפי שראינו בסעיף 1(ג), פרק ג, 10.

³⁸⁷ שו"ת שער אפרים, סימן קמא (ד"ה וזולה). הוא (וגם שאר הפוסקים, בהערות 388-391), למדו זאת מהדין שרועה רשאי לעזוב את הבהמה בזמן שמקובל (ראה ליד ציוני הערות 316-317). אבל הוא מביא שהרי"ף, הרא"ש והרמב"ם כתבו שגם אז חייב; ואין כוונתו ברורה.

³⁸⁸ שו"ת שי למורא, סימן טו, בסופו. נראה שמדובר שעזב את החנות בלי לנעול אותה.

³⁸⁹ שו"ת דברי ריבות, סימן קה.

³⁹⁰ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קיז. לכאורה היינו צריכים לפטור כאן בכל מקרה, מאחר שהוא נכנס לעיר כדי לבצע את המשימה שהטיל עליו בעל הנכס. כנראה, סבור מהרשד"ם שאין זה נחשב ביצוע המשימה, אם אין הוא לוקח בחשבון את שלמות הנכס.

אנשים אחרים למטה שיוכלו לשמור עליו. הוא חשב שהקונה ירד למטה לא כדי לגנוב אלא כדי לשמור על הסחורה, מכיוון שהיה נושא באחריות לאבדן הסחורה גם בדיני הנכרים מאחר שהיא כבר הגיעה לביתו והמוכר בא רק לקבל את הכסף (ולא היה צריך להעלות על הדעת אפשרות שהקונה יגנוב את הנכס ויברח). אולם מבחינת המשרת, זו פשיעה אם עלה למעלה כאשר האנשים שהיו למטה כבר הלכו (מפני שאז לא תהיה אחריות על הקונה, כיוון שאף אדם אינו שומר על הסחורה); ורק אם כשעלה היו שם אנשים, אין זו פשיעה³⁹¹.

4. שונות

השתכרות היא פשיעה³⁹², משום שהשכרות עלולה לגרום נזקים שונים. לדוגמה, שומר שהשתכר, ושם את הכסף המופקד תחת ראשו כשישן, ונגנב הכסף, ואילו ישן כרגיל בלי להשתכר, לא היו גנבים יכולים ליטול את הכסף מתחת ראשו, מפני שהוא היה מתעורר – זו פשיעה³⁹³. אך אם השתכר השומר ביום, והנכס נגנב בלילה, הוא פטור, משום שאף על פי שהשכרות היא פשיעה, הרי כאן היא לא גרמה לגנבה³⁹⁴.

שומר בחנות, שאמר לו בעל החנות לשמור על הסחורה, ולא אמר לו להתעסק בסחורה ולמכור, ובא אדם לקנות, והשומר אפשר לו להסתכל על הסחורה, ואותו אדם לקח את הסחורה, זו פשיעה מצד השומר³⁹⁵.

שינה כשהיא לעצמה אינה פשיעה, שהרי כל אדם צריך ורגיל לישון, והשומר קיבל את השמירה על דעת שיוכל לישון בעת הצורך; אלא שהשומר צריך לדאוג שהנכס יהיה שמור בעת שהוא ישן. אם הניח את הנכס במקום שמור, לפי הכללים שקבענו בפרק ב, אין לו צורך בשמירה נוספת בעת שהוא ישן. בעייה מתעוררת רק כשהנכס אינו במקום שמור, אלא שמירתו מתקיימת על ידי השגחה צמודה של השומר על הנכס, ואת זאת אינו יכול לעשות בזמן שהוא ישן. לעיל³⁹⁶ דננו בדרך שבה מוביל נכס צריך לשמור על הנכס בעת שנתו; וראינו³⁹⁷ שרועה בהמה רשאי לישון בזמן המקובל אף בלי לנקוט אמצעי זהירות נוסף. כאן נתייחס למקרה נוסף של שומר שישן, שאינו נכנס לאחד מהתחומים שמנינו: אשה, ששומרת עגילים, רשאית לענוד אותם באוזניה, משום שהיא יכולה להשגיח עליהם כך. אולם אם היא הלכה לישון, והעגילים באוזניה, ונגנבו מאוזניה בעת שישנה, זו פשיעה, משום שאינה יכולה להשגיח עליהם כשהיא ישנה, והייתה צריכה לשימם במקום שמור³⁹⁸.

³⁹¹ שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קעג. בנידונו הקונה היה נכרי. אך שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן כ, פסק על אותו מקרה, שהמשרת פשע בזה שעלה למקומו של השומר והניח את הנכס למטה (ואינו נוקט דווקא אם אז לא היו אנשים למטה), והשומר פשע בזה שראה שהמשרת עולה ולא מחה בו.

³⁹² שו"ת לחם רב, סימן קפד.

³⁹³ שו"ת משאת משה (ישראל), חלק א, חו"מ, סימן סה. על הנחת הנכס תחת הראש כשישן, ראה ליד ציון הערה 261.

³⁹⁴ לחם רב שם, הובא במשאת משה שם.

³⁹⁵ שו"ת משפטים ישרים (חסון), סימן ע.

³⁹⁶ בפרק ג, 1.

³⁹⁷ בפרק ג, 3.

³⁹⁸ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תרסה.

סוגי נזק גבוליים ("לאבדן הנכס או לנזק")

1. כללי

המחוקק מגדיר את תחום המקרים שלגביהם חלה אחריות שומר חנם – במונחים "אבדן" ו"נזק". המונח "נזק" במשמעותו הפשוטה מציין נזק פיזי לנכס, שבעקבותיו מאבד הנכס מערכו; אך מן הסתם לא איבד הנכס את כל ערכו, שהרי קשה לתאר מצב ששאריות הנכס, גם אחרי מה שקרה לו, חסרות כל ערך. לעומת זאת, המונח "אבדן" מציין מצב שהנכס עצמו לא ניזוק, אלא שאינו בנמצא; ומן סתם הכוונה היא לאבדן הנכס כולו, שאילו כשרק חלק אבד, אפשר לראות זאת כנזק לכלל הנכס, וזה נכנס לתחום המונח "נזק". במקרה של "אבדן", השומר חייב אף על פי שהנכס עצמו שלם כשהיה, משום שבכל זאת בעל הנכס הפסיד, וסך רכושו פחת כתוצאה מכך שהנכס הנשמר אינו בנמצא; ואחריות השומר אינה רק לדאוג לשלמות הנכס, אלא גם לדאוג לכך שבעל הנכס יוכל לקבלו חזרה.

אך עדיין יש חוסר בהירות באשר לתחום המקרים הכלולים באחריות השומר. לדוגמה, האם "נזק" ו"אבדן" כוללים רק פגיעה פיזית בנכס (או במיקומו, כשמתייחסים ל"אבדן"), או שמא כולל הדבר גם שינויים משפטיים שמתייחסים לנכס, כגון פסילת חוקיותו על ידי השלטונות³⁹⁹? אי בהירות זו מתייחסת לכל שלושת סוגי השומרים – שומר חנם, שומר שכר ושואל – שבכל אחד משתמש המחוקק במונחים "אבדן" ו"נזק" (בסעיפים קטנים (א), (ב), ו-(ג) בסעיפנו). רק לשם נוחות אנו דנים בשאלה זו כאן, בסעיף קטן (א). במשפט העברי יש התייחסות רחבה לעניין אחריות שומר לסוגי נזק גבוליים. נעסוק בכך בפסקאות הבאות.

2. נזק זמני

יש שקורה לנכס המופקד נזק שאינו תמידי, אלא נזק זמני, שיחלוף לאחר תקופת זמן מסוימת. מתעוררת שאלה, האם נזק זה כלול בתחום אחריותו של שומר, אם הוא נגרם באופן שהשומר נושא באחריות לנזק לפי סעיף 2? זוהי שאלה כללית שעיקרה בדיני נזיקין: האם המזיק לנכס נזק זמני חייב לשלם על כך? אבל בהקשר של דיני שומר יש לשאלה זו סממנים מיוחדים, כפי שנראה.

כאשר הראשונים עסקו בנושא זה של נזק זמני, הם נקטו דוגמה של בהמה מופקדת שנפצעה, ותתראפא לאחר זמן מסוים, אבל בינתיים אינה יכולה לעבוד ("כחש החזור"). מן האמור על מקרה זה ניתן להקיש לגבי מקרים אחרים של נזק זמני.

על הנזק עצמו, ברור שאין לחייב את השומר. ברור שאין אומרים שיחויב לשלם כאילו ניזק הנכס באופן תמידי, שהרי לא ירד ערך הנכס באופן תמידי, מכיוון שהנזק הוא זמני. אלא

³⁹⁹ הספק הועלה על ידי א' זמיר, מכר, פסקה 458, הערה 63. הוא הצביע על כך, שבחוקים אחרים נטו פרשנים לפרשנות מרחיבה. לדוגמה, א' ידן, "חוק חוזה ביטוח", פסקה 124, פירש "אבדן או ניזוק" ככולל נזק ליכול מחמת בצורת, ונזק לתייר מחמת ימי גשם רצופים. כמו כן, י' ויסמן, חוק המשכון, פסקה 45, פירש את דברי החוק "אבדן המשכון או ניזוק או הופקע", ככוללים נזקים פיסיים או משפטיים; אך שם נזכר בפירוש "הופקע".

שיש השלכה מעשית מן הנזק הזמני, בכך שבעל הנכס אינו יכול לעשות בו שימוש (או שיכול לעשות בו שימוש מועט בלבד) עד שישתלק הנזק. ובכן, הראשונים נחלקו בשאלה האם יש לחייב את השומר על הפסד בעל הנכס מחוסר יכולתו להשתמש בנכס עקב הנזק הזמני. יש מהם אומרים ששומר פטור על הפסד זה. רק באדם החובל בחברו, קיים מושג של תשלום דמי "שֶׁבֶת", ההפסד שנגרם לניזוק מכך שהוא בטל ממלאכה באופן זמני (אבדן השתכרות), אבל במזיק לנכס אין חיוב על "שבֶׁת", מניעה זמנית של אפשרות השימוש בנכס⁴⁰⁰. דבר זה מתקשר למה שנראה להלן⁴⁰¹, שהמשפט העברי אינו מחייב שומר על הפסד שנגרם לבעל הנכס, אלא רק על ירידת ערך הנכס עצמו. אולם אחרים אומרים, שנכון הוא שאין לחייב את השומר על מניעת השימוש כשהיא לעצמה, מן הסיבה האמורה, אך אפשר לחייבו עליה מסיבה אחרת: אבדן אפשרות השימוש מביא לכך שערך הנכס עצמו יורד בינתיים, מפני ששום קונה לא ירצה לשלם את המחיר המלא כשהוא יודע שלא יוכל להתחיל מיד להשתמש בנכס; והשומר חייב על ירידה זו של ערך הנכס⁴⁰². יש גם עמדת ביניים, המבחינה בין נזק זמני שבא מעצמו, שלא בפשיעה, לבין נזק זמני שבא בפשיעת השומר. אם הנזק בא מעצמו, שלא בפשיעת השומר, השומר פטור; ואם הוא בא בפשיעה, השומר חייב⁴⁰³.

גם לפי הדעה הפוטרת, אם הנזק הזמני לא יבוא על תיקונו בלי השקעה לצורך תיקון, כגון בהמה מופקדת שנפצעה וצריך להוציא הוצאות לרפאה, או בגד שהתלכלך וצריך לכבס אותו, חייב השומר לשלם את הוצאות התיקון⁴⁰⁴. בכלל זה כלולה עלות האכלת הבהמה עד שתבריא, כיוון שבלי מזונות, הבהמה לא תבריא; ועוד, שמוטל עליו לדאוג לבהמה עד שתחלוף הסכנה שגרם לה⁴⁰⁵; ועוד, שמה שהבהמה תאכל בלי לעבוד, הוא בגדר "נזק" (ולא רק "שבֶׁת"), שהרי בדרך כלל עבודתה משלמת את אכילתה⁴⁰⁶. אבל אם יחזור הנכס לקדמותו גם בלי השקעות לתיקון, אלא שהשקעות כאלה תזרונה את חזרת הנכס לקדמותו – בדוגמה שהזכרנו,

⁴⁰⁰ חכמי צרפת, שהובאו בטור, חו"מ, שמ, ו; פסקי הרי"א², ב"מ, פרק ז, הלכה ד, אות יד (ברמז), ובקונטרס הראיות, ב"מ, פרק ח, ראייה ב, דף צו ע"ב; תוספות, סנהדרין פד ע"ב (ד"ה הכחישה); הגהות אשרי, ב"ק, פרק ח, סימן ו (אפילו פשע); טור, חו"מ, שמ, ג; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' עח), גם בשם רי"ן; שו"ע, חו"מ, שמ, ב (הובא בשו"ת רב מלכיא, סימן ד); רמ"א, חו"מ, שו, ו (הובא בשו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן טו וסימן טז, בשו"ת נופת צופים, חו"מ, סימן שלט); קובץ שיעורים, ב"ק, סימן קנז, בדעת הרמב"ן, הריטב"א והר"ן (שיכול להחזירו ולטעון "הרי שלך לפניך"); שו"ת מנחת עומר, חו"מ, סימן צ; שו"ת הלכה למשה (אלבז), חו"מ, סימן ט; שו"ת חוות יאיר, סימן קנא*.

⁴⁰¹ בסעיף 5, פרק א, 2.

⁴⁰² רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן ד, הובא בטור, חו"מ, שו, ו*.

⁴⁰³ פרישה, חו"מ, שו, ו, ודרישה, חו"מ, שמ, ג, וסמ"ע, שו, ס"ק י – בדעת הטור; שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קעח; רי"א משאויל, בשו"ת רב מלכיא, סימן ד, ובשו"ת נטעי נעמנים, חו"מ, סימן מח; שער המלך, על הרמב"ם, הלכות חובל ומזיק, ז, ג, בדעת הטור ור' חיים, בתוספות, גיטין מב ע"ב (ד"ה ושור); חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), ב"מ, סימן כו, אות ב, בדעת התוספות והשולחן ערוך*.

⁴⁰⁴ שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קעח (על ריפוי, והובא בחידושי ר"ע איגר, חו"מ, שו, ו, ובפתחי תשובה, חו"מ, שו, ס"ק ג); שו"ת מנחת העומר, חו"מ, סימן צ (על ריפוי); נתיבות המשפט, שמ, ס"ק ג; שו"ת עטרת יצחק, סימן כט (על ריפוי). כמו כן, בנדה נח ע"א (לפי פירוש רש"י, ד"ה לענין דינא), נאמר שהשואל בגד והתלכלך חייב לכבסו. על חובת הכיבוס ראה גם סעיף 4, הערה 32*.

⁴⁰⁵ נתיבות המשפט, שם. הוא מנמק נימוק נוסף: ששומר חייב בהשבה, ואם הוא מחזיר בהמה שאוכלת ואינה עובדת, אין זו השבה; אך הוא מעיר שטעם זה אינו כל כך ברור.

⁴⁰⁶ שבות יעקב, שם. אך חזון איש, ב"ק, סימן יג, ס"ק ג, כתב שתמוה לומר שמאחר שאוכלת ואינה עובדת, זה נחשב נזק. על דברי שבות יעקב עיין אבני החושן, שו, ס"ק ה, ובהשמטות לסימן שו, ו.

תרופות שאינן נחוצות לגמרי אלא רק ממהרות את ההכרעה – אין מוטל על השומר לשלם הוצאות אלה⁴⁰⁷.

נזק זמני אחר שהשומר חייב בו לכל הדעות – הוא נזק זמני שיישאר ממנו רושם על הנכס באופן תמידי, כגון בהמה שנפצעה ואינה יכולה לעבוד, וגם אחרי שתתרפא ותוכל לעבוד, תישאר בגופה צלקת, שתוריד מערכה קצת. מאחר שהנזק הזמני בא על ידי נזק תמידי בגוף הנכס, השומר יחויב לכל הדעות גם על הנזק הזמני⁴⁰⁸. על מקרה שאבד הנכס לגמרי אחרי שניזוק נזק זמני, ראה להלן⁴⁰⁹.

3. "היזק שאינו ניכר"

המונח "היזק שאינו ניכר" במשפט העברי מתייחס לנזק כזה שגוף הנכס הניזוק לא השתנה מחמתו מכפי שהיה לפני הנזק⁴¹⁰. בדרך כלל, הכוונה היא למצב שנכס מאבד חלק מערכו או את כל ערכו מסיבות הלכתיות או משפטיות. להלן נמנה דוגמאות לכך. ביסודו של דבר, נפסק, שהמזיק נזק כזה פטור מעיקר הדין, אבל אם הזיק במזיד, הוא חייב מטעם "קנס" שקנסו חכמים, כדי למנוע מצב שאנשים יזיקו לחבריהם נזק כזה תוך ידיעה שיופטר⁴¹¹. התעוררה שאלה לגבי שומר שאירע לנכס המופקד "היזק שאינו ניכר" באופן שהוא אחראי לו (כגון בשומר חנם – אם אירע בפשיעה, וכו'): האם הוא יחויב בתשלום על הנזק?

שאלה זו שנויה במחלוקת הפוסקים. יש שחייבו שומר שבהיות הנכס ברשותו, ניזוק היזק שאינו ניכר⁴¹². נימוקם הוא, שהשומר קיבל על עצמו לשמור את הנכס מכל סוג נזק שהוא, והרי גם כאן ניזוק הנכס באשמתו⁴¹³. אבל רוב הפוסקים פוטרם שומר מתשלום על נזק מסוג זה. לדבריהם, מאחר שהנכס עצמו לא עבר שינוי ניכר, יוכל השומר להחזירו לבעל הנכס בטענת "הרי שלך לפניך", כלומר: "אני מחזיר לך את הנכס שהפקדת אצלי כפי שהיה, בלא שהשתנה"⁴¹⁴. נימוקה של דעה זו הוא, שהלא גם אילו הזיק השומר לנכס בפועל בהיזק שאינו ניכר, בשוגג, היה פטור, שהרי רק מזיק במזיד נקנס, כאמור; ושומר שפשע בשמירה אינו חמור יותר ממי שהזיק בשוגג⁴¹⁵. יכולה להיות טענה, שיש לחייב שומר יותר מאדם זר שמזיק, כיוון שקיבל על עצמו שמירה. אך פוסקים אלו סבורים שאין לומר כך, משום שאין שומר מתכוון לקבל על עצמו שמירה מפני היזק שאינו ניכר, שאף אילו הזיק לו בפועל נזק כזה, היה פטור לפי הדין המקורי⁴¹⁶.

⁴⁰⁷ נתיבות המשפט, שם, כותב שלזה התכוון מרדכי, ב"ק, סימן קיד, שכתב שמזיק בהמה פטור מלשלם דמי ריפוי.

⁴⁰⁸ נתיבות המשפט, שם.

⁴⁰⁹ סעיף 5, פרק ב, 1.

⁴¹⁰ אנציקלופדיה תלמודית, ערך הַנֶּזֶק שאינו ניכר, בהגדרה.

⁴¹¹ אנציקלופדיה תלמודית, שם, ליד ציון הערה 16.

⁴¹² ים של שלמה, ב"ק, פרק ט, סימן כ (הובא בישועות יעקב, י"ד, ד, ס"ק ד, ובשו"ת אחיעזר, חלק ב, סימן ה, אות ה).

⁴¹³ בית אהרן, כתובות לד ע"ב; קונטרסי שיעורים, ב"ק, סימן יח, אות יא.

⁴¹⁴ תוספות, גיטין נג ע"ב, ד"ה גולן (בחמץ), וב"ק מה ע"א, ד"ה השתא (הובא בדברי משפט, שסב, י).

⁴¹⁵ נתיבות המשפט, שסג, ס"ק ג (הובא בבית ישראל, שלומביץ, סימן יד, אות יא, ובשו"ת הליכות ישראל, סימן סא); שו"ת ברך יצחק, חו"מ, סימן כג, בסופו; שו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן טו.

⁴¹⁶ חזון יחזקאל, תוספתא, ב"ק ה, ב.

דוגמאות להיזק שאינו ניכר, ששומר יופטר בהן לפי הדעה השנייה, הן: חמץ שנאסר בערב פסח⁴¹⁷; שטר הגרלה שפג תוקפו בתאריך מסוים⁴¹⁸; נכס שמישהו עשה בו מעשה ההופך אותו לנעבד לעבודה זרה, ובכך נאסר בהנאה⁴¹⁹; שואל סיר בשרי, ונפלה לתוכו כף חלבית, ונאסר הסיר מטעם איסור בשר בחלב⁴²⁰; כסף שהממשלה קבעה שיחזול להיות הלך חוקי⁴²¹; שור שהמית אדם, ודן אותו בית הדין להיסקל, ובכך נאסר בהנאה⁴²²; תרומה שנטמאה, ובכך נאסרה באכילה על כל אדם⁴²³.

יש ארבעה סייגים להפטר שומר בהיזק שאינו ניכר, לפי הדעה השנייה, אלא שחלק מהם שנויים במחלוקת.

(א) אם השומר הזיק בפועל לנכס היזק שאינו ניכר, ולא רק גרם לכך בפשיעתו, הוא חייב לשלם, ולא יופטר אף בהחזרת הנכס בעין⁴²⁴, כשם שכל מזיק היזק שאינו ניכר – חייב⁴²⁵. יתר על כן: אחריות השומר לנזק חמורה אף משל אדם רגיל המזיק היזק שאינו ניכר, שחייב רק מדרבנן, ורק במזיד. זאת מפני שככל שומר, הוא חייב להשיב את הנכס לבעליו, ואם הוא משיב דבר שנעשה חסר ערך על ידי מעשה שלו, אין זו השבחה⁴²⁶. זאת ועוד: רואים כאילו שעם הסכמתו לשמור, קיבל על עצמו אחריות על כל נזק שיזיק בפועל, אפילו היזק שאינו ניכר⁴²⁷. (ב) אם קיבל השומר על עצמו בפירוש לשמור את הנכס גם מהיזק שאינו ניכר, הוא חייב לשלם גם על נזק כזה, גם אם לא אמר בפירוש שהוא מקבל על עצמו לשלם אם יקרה נזק כזה, משום שמניחים שהוא התכוון לכך⁴²⁸. גם אם לא קיבל על עצמו בפירוש לשמור מהיזק

⁴¹⁷ במקרה זה עסקו רוב הפוסקים הנזכרים במילואים להערה 414, ובראשם מגן אברהם.

⁴¹⁸ דברי ירוחם, סימן כ.

⁴¹⁹ הים התלמוד, ב"ק ע"ב; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ג, סימן ט, בשם ר"י שמלקיש.

⁴²⁰ שער המלך, הלכות חובל ומזיק, ז, ג (הובא בשו"ת רב פעלים, חלק ג, חו"מ, סימן ט). אך הוא דן האם לחייב כאן במיוחד משום שבנידונו עשה השומר מעשה בפועל, שהכניס את הכף לסיר – ראה במילואים להערה 424.

⁴²¹ שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן קלד; שו"ת אמרי יושר, חלק ב, סימן קפה; שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן קיב.

⁴²² רש"י, ב"ק דף מה ע"א (ד"ה ליפלו) ודף צח ע"ב (ד"ה דאם). הוא מסביר שמה שהתלמוד אומר בשני המקומות הללו שלחכמים (שהלכה כמותם) השומר חייב ואינו יכול לומר "הרי שלך לפניך", הוא דווקא אם מסר השומר את השור לבית הדין לדונו, ובכל היזק שאינו ניכר, אם השומר הזיק בפועל, חייב (ראה בשמו בהערה 424, והנימוק לכך ליד ציוני הערות 426-427), אבל אם בית הדין לקח בעצמו את השור, גם אם זה היה מחמת פשיעת השומר שלא מנע זאת מבית הדין, השומר פטור אם החזיר אותו לבעליו, כבכל היזק שאינו ניכר.

⁴²³ שו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן יח.

⁴²⁴ רש"י, ב"ק דף מה ע"א ודף צח ע"ב. ראה הערה 422 מה שפסק על סמך זה בעניין שומר שור שהמית.

⁴²⁵ משנה למלך, הלכות גזלה ואבדה, ג, ד (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק א, סימן תמט, וחלק ג, סימן לא, ומהדורא ו, סימן נט, בקונטרסי שיעורים, ב"ק, סימן ו, אות ג, בשו"ת מגן דוד, גיג, או"ח, סימן ג, ובשו"ת דברי שמואל, חו"מ, ארדיטי, סימן יט, דף רלה ע"ד); שו"ת דברי משה (זקס), סימן א, ענף א. תשובה על נימוק זה מצויה במילואים להערה 424, שיש אומרים שגם מזיק אינו חייב בכל היזק שאינו ניכר, אלא רק בסוגים מסוימים שחכמים מנו.

⁴²⁶ שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן קה, בדעת רש"י, שם.

⁴²⁷ חזון יחזקאל, תוספתא, ב"ק ה, ב, בסופו, ושו"ת עונג יום טוב, סימן קיח, בדעת רש"י שם; שו"ת חיי אריה, סימן מז. עונג יום טוב מביא דוגמאות נוספות לכך שמצרפים את המעשה הראשוני עם מעשה שבא אחר כך, ומחייבים על סמך זה.

⁴²⁸ שער משפט, סו, ס"ק לד (הובא בשו"ת ארצות יהודה, סימן לט, בשו"ת הלכה למשה, ראם, סימן ד, אות ד, ובקונטרסי שיעורים, ב"ק, סימן ח, אות טז, וסימן יח, אות יב); חזון יחזקאל, תוספתא, ב"ק ה, ב; ספר

שאינו ניכר, אבל מוכח מן הנסיבות שזו הייתה מטרת בעל הנכס בהפקדתו, חייב השומר, משום שיש להניח שהוא התכוון לקבל על עצמו חיוב זה, שאם לא כן, היה צריך להתנות מראש שיהיה פטור⁴²⁹.

ג) ייתכן מצב שהנכס ניזוק נזק ניכר, ונזק זה הפך להיזק שאינו ניכר. דוגמה לדבר: יין של תרומה שנגע בו שרץ, שבשעת הנגיעה ניכר שהתרומה טמאה וחסרת ערך, ואחר כך נפרד השרץ מהיין, כך שאין ניכר שהתרומה טמאה. יש אומרים שמאחר שחל על השומר חיוב לשלם בזמן שהנזק היה ניכר, הוא נשאר חייב לשלם לבסוף, ואין החיוב מתבטל בזה שהנזק הפך לשאינו ניכר⁴³⁰. אולם אחרים אומרים שהשומר פטור⁴³¹, משום ששעת ההשבה קובעת, ומאחר שבשעת ההשבה הוא מסוגל להראות לבעל הנכס שהנכס לא השתנה, הוא פטור⁴³². מקרה אחר מעין זה הוא כשנגנב הנכס או אבד (לגבי שומר חנם, הכוונה היא שנגנב או אבד בפשיעתו), ובמשך שהותו ברשות הגנב (או היותו אבוד) נאסר בהנאה (כגון חמץ, והגיע פסח), ואחר כך הצליח השומר להוציאו מיד הגנב (או למצאו). גם כאן, בתחילה היה זה נזק ניכר, שהרי היה גנוב או אבוד, ובסופו של דבר הנזק אינו ניכר – הנכס רק אסור בהנאה. כאן נפסק שהשומר פטור⁴³³. מקרה זה קל יותר מן המקרה הקודם, משום שבטלה לגמרי השפעתו של הנזק הניכר (אף על פי שבטלה רק לאחר שהנכס ניזק נזק אחר), ונשאר רק היזק שאינו ניכר.

ד) מחלוקת קיימת גם לגבי מצב הפוך: שלאחר שניזק הנכס בהיזק שאינו ניכר, אירע לו נזק ניכר, או שאבד. רוב הפוסקים אומרים שגם אם ניזק הנכס היזק ניכר או אבד באופן שהשומר אינו אחראי על אבדתו, כגון שקרה אונס (בשומר חנם או שומר שכר הפטורים

מבית מאיר, חלק א, דף ע"א (על שומר שקיבל חמץ למכור, ולא מכרו, ונאסר החמץ); בית אהרן, ב"מ נו ע"ב (ד"ה יצאו); שו"ת דברי משה (זקס), סימן א, ענף יא; שו"ת בנימין זאב אחרון, סימן נה (אם שכרו רק שישמור מהיזק שאינו ניכר); שו"ת חלקת יואב, מהדורא קמא, חו"מ, סימן יב; גן נעול, כפתור ד, פרח ו, אות א ואות ב (יב ע"ג) ואות ג (טו ע"א); שו"ת תרשיש שוהם, סימן קה, בהגהה; אמרי בינה, או"ח, סימן יג, אות ג.^{*}

⁴²⁹ שו"ת דברי משה (זקס), סימן א, ענף יב. הדוגמה שהוא מביא לכך היא בנידונו: מי שקיבל חמץ לשמירה לפני פסח, וקיבל על עצמו להחזיר אותו בעין אחרי פסח – ברור שהתכוון שימכור אותו לנכרי כנהוג על פי היתר מכירת חמץ, ולכן אם לא מכר, חייב לשלם אף על פי שזה היזק שאינו ניכר, ולא יוכל לומר "הרי שלך לפניך".

⁴³⁰ הליכות אליהו, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, ג, ד; דברי חיים, דיני חמץ, סימן טו, בהגהה מבין המחבר; רי"ז גוסטמן, בספר הזיכרון לר"י אברמסקי, עמ' שכב, ובקונטרסי שיעורים, ב"ק, סימן יח, אות י, בדעת הרמב"ם; אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, ג, ד, בדעת הרמב"ם; מרחשת, חלק ב, סימן לא, ענף א, אות ד; חידושי ר' שלמה (היימן), כתבים, סימן יא, אות ג; ר"י אצורף, שי למלך (חב"ד), עמ' רמט.^{*}

⁴³¹ דברי יחזקאל, סימן לז, אות ז; בני ציון (מיטאווסקי), סימן ו, בדעת רש"י; רי"ז גוסטמן, בספר הזיכרון לר"י אברמסקי, עמ' שכא, ובקונטרסי שיעורים, ב"ק, סימן יח, אות ו, בדעת רש"י; הליכות אליהו, שם, בדעת מלחמות ה', ב"ק יט ע"ב (בדפי הרי"ף).^{*}

⁴³² דברי יחזקאל שם. כמו כן, קונטרסי שיעורים, ב"ק, סימן יח, אות ו, נימק שחיוב שומר הוא לשמור את הנכס עצמו ולהשיבו, אלא שאם יאבד, חל עליו חיוב תשלומין, ולכן בהיזק שאינו ניכר יכול לומר "הרי שלך לפניך" מכיוון שמקיים בזה השבה, שהרי אין שינוי, ולכן גם אם בינתיים היה ניכר, הרי מאחר שעכשו, בזמן ההשבה, אין שינוי, זה נחשב השבה, מפני שהדעת נותנת שלעניין השבה, קובע המצב שבזמן ההשבה.

⁴³³ שו"ת עונג יום טוב, סימן כז; מאירי הלכה (מאן), חלק א, דף ג ע"ג.^{*}

באונס), הוא חייב לשלם⁴³⁴. נימוקם הוא, שהפטר שומר בהיזק שאינו ניכר אינו הפטר מוחלט, אלא הוא מבוסס על כך שהוא יכול להראות לבעל הנכס שהנכס שלו קיים ולא השתנה, ועדיין נשארת עליו חובה להשיב את הנכס לבעליו כפי שהוא. לפיכך, ברגע שניזק הנכס היזק ניכר או שאבד, הרי מאחר שאינו יכול לקיים את חובת ההשבה, חל עליו חיוב לשלם על הנזק הראשוני, אף על פי שבתחילה לא היה זה נזק ניכר⁴³⁵. אף על פי שהמזיק היזק שאינו ניכר בשוגג פטור מוחלט, דין שומר חמור יותר, משום שקיבל על עצמו שמירה, וקבלת השמירה כוללת התחייבות להשיב את הנכס כפי שהוא, כאמור.

אולם יש גם דעות אחרות לגבי מקרה זה. יש עמדת ביניים, הפוטרת שומר חנם או שומר שכר אם אבד באונס, משום שאם נחייבנו, נמצאנו מחייבים שומר לשלם מחמת אונס שקרה, והרי הוא פטור באונס; ורק אם אבד הנכס בפשיעה (ובשומר שכר – כל שאבד שלא באונס), הוא חייב לדעה זו, משום שזה בתחום אחריותו⁴³⁶. יש גם דעה קיצונית לצד השני, האומרת שמאחר שהנכס כבר איבד את ערכו (כולו או חלקו) על ידי ההיזק שאינו ניכר, אין לחייבו על הנזק השני, גם אם נזק זה נגרם בפשיעת השומר, שהרי המזיק לבר חסר ערך – פטור⁴³⁷. יש פוסקים אחרים הפוטרים גם הם בכל מקרה, אבל מטעם אחר. הם מקבלים את עיקרון חובת ההשבה, ובכל זאת פוטרים את השומר גם אם אבד הנכס בפשיעתו, מפני שרואים כאילו מיד אחרי הנזק הראשון, החזיר את הנכס לבעליו, ואמר לו "הרי שלך לפניך", שהרי יד השומר היא כיד בעל הנכס, וכשהנכס ברשותו הריהו כאילו הוא ברשות בעליו, ולכן אין לחייבו על פשיעתו הראשונית; וגם על פשיעתו שלאחר מכן אין לחייבו, מפני שאז הנכס לא היה שווה כלום⁴³⁸. הסיבה ששאר הפוסקים אינם רואים את הנכס כמוחזר מיד אחרי הנזק הראשוני מטעם "יד שומר כיד בעלים" היא, שמיד אחרי הנזק הראשוני, הפסיק להיות שומר, מפני שאין טעם לשמור על דבר חסר ערך, ונשאר עליו רק חיוב לשלם על הנזק או להחזיר את הנכס, ולכן אין לומר בו שהנכס הנמצא ברשותו הוא כאילו מצוי ברשות בעל הנכס⁴³⁹.

יש סייג גם לדעה המחייבת שומר רגיל בהיזק שאינו ניכר – ששומר אבדה פטור בהיזק שאינו ניכר, משום שהוא לא קיבל על עצמו את השמירה מרצון⁴⁴⁰.

4. הוזלת מחיר הנכס

הדיון בשאלת חיוב שומר על הוזלת מחיר הנכס, מצטמצם כמובן למקרה שנוק זה קרה באופן

⁴³⁴ תרומת הכרי, שסג, א (הובא במקראי קודש, פרנק, פסח, סימן סב, אות ב).

⁴³⁵ תרומת הכרי שם; חזון יחזקאל, ב"ק ז, ה.

⁴³⁶ הר"ר עוזר מבאמברג, בתשובה המובאת בחוק יעקב, או"ח, תמג, ס"ק ח; שו"ת איגרות משה, חו"מ, סימן פה, בסופו; רי"צ דוידובסקי, בשו"ת כרם שלמה (קוטלר), חלק ג, סימן פב; שו"ת אמרי שפר (וישניצא), או"ח, סימן ב; לחם מצה, סימן ב (ח ע"ג); מקור חיים, קונטרס אחרון, תמג, ס"ק כא.

⁴³⁷ שו"ת יד אליהו (לובלין), סימן יט וסימן כ; מרחשת, חלק ב, סימן לא, ענף ב, אותיות ח"ט. הם לא כתבו בפירוש שפטור גם בפשיעה, אבל כך יוצא מנימוקם.

⁴³⁸ שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן קה, בסופו (הובא במקראי קודש, פרנק, פסח, סימן סא); שו"ת יד אליהו (לובלין), סימן יט (מפני שבכל מקום שהוא נמצא, הוא ברשות בעליו).

⁴³⁹ אור שמח, על הרמב"ם, הלכות חמץ ומצה, ג, ח; תבונה (קרשילציקוב), חלק א, סימן לה, בסופו; מקור חיים, קונטרס אחרון, תמג, ס"ק כא.

⁴⁴⁰ שער משפט, סימן סו, ס"ק לד, וסימן שנד, ס"ק א (הובא בקונטרסי שיעורים, ב"ק, סימן ח, אות טז, וסימן יח, אות יא, ובבאר המלך, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, י, דף לח ע"ב).

הכלול בתחום אחריותו – שומר חנינם בפשיעה, שומר שכר בכול מלבד אונס, ושואל גם באונס. עצם הוולת המחירים היא אונס, שהרי אין לשום שומר שליטה על כוחות השוק הקובעים את מחירי הנכסים; ואם כן רק בשואל אפשר לדבר על אחריותו לעצם הוולת המחירים. לגבי שומר חנינם ושומר שכר אין לדבר על אחריות לעצם הוולת המחיר, אולם יש שהם אחראים לנזק שנגרם כתוצאה מההוולת, אם היו יכולים למכור את הנכס בעוד מועד⁴⁴¹, או להודיע לבעל הנכס כדי שיוכל הוא למכור את הנכס בעוד מועד⁴⁴² – ולא עשו כן, מתוך רשלנות (ובשומר שכר – גם שלא מתוך רשלנות, ובלבד שלא היה אנוס).

ובכן, פוסקים רבים קבעו שאין שומר חייב לשלם על הוולת מחיר הנכס, אף אם הנזק היה כאמור בתחום אחריותו⁴⁴³. נימוקם הוא, כנראה, שנוזק זה לא רק שאינו ניכר, אלא אף אינו נוגע למהות הנכס (בניגוד לסוגים השונים של היזק שאינו ניכר, שמנינו בפסקה 3), ולכן מניעתו אינה כלולה באחריות ששומר מקבל על עצמו.

אולם פוסקים אחרים ראו את הוולת מחיר הנכס כסוג של היזק שאינו ניכר⁴⁴⁴, ולדעתם על הוולת יחולו הדינים שמנינו בפסקה 3 לגבי כל היזק שאינו ניכר. ואמנם לפי רוב הפוסקים שומר פטור בהיזק שאינו ניכר, כפי שראינו שם, אבל פטור זה מותנה (לפי רוב הפוסקים) בהשבת הנכס לבעליו, כפי שראינו שם. אם כן, לפי שיטה זו, אם הוול הנכס (באופן שהוא אחראי לו, כאמור), ולא החזירו השומר לבעליו, חייב השומר לשלם על ההוולת.

5. נכס המצוי במקום שקשה להשיגו

לשון החוק "לאבדנו" כוללת במשמעותה כל מצב שמקום הנכס אינו ידוע – בין שנפל מן השומר תוך כדי הליכתו וכדומה, ומקומו אינו ידוע, ובין שנגנב, ומקום הגנב אינו ידוע. אולם אין לשון זו כוללת במשמעותה הצרה מצב שידוע היכן הנכס, אלא שקשה להשיגו. מקרים אחדים מסוג זה נידונו במשפט העברי.

גזלן שגזל את הנכס, באופן שזה היה בתחום אחריותו של השומר (כגון בשומר חנינם – שנגזל מחמת פשיעתו), וידוע מי הגזלן, וידוע היכן הנכס, אבל הגזלן אלים ואי אפשר להוציא ממנו את הנכס – השומר חייב לשלם, ולא די שיוודיע לבעל הנכס על מקום הימצאו⁴⁴⁵. אולם יש מי שפסק שאם הנכס נמצא ביד בית דין, לצורך כל שהוא (והגעתו ליד בית הדין נגרמה בדרך שהיא בתחום אחריותו, כגון שנגרמה בפשיעת השומר, בשומר חנינם), ואי

⁴⁴¹ ראה סעיף 6, פרק ג, 4, בשאלה האם שומר שלא מכר נכס שעמד בפני סכנה – חייב על הנזק שנגרם.

⁴⁴² ראה סעיף 2(ד), על חיוב שומר שהיה יכול להודיע לבעל הנכס על נזק צפוי, ולא הודיע.

⁴⁴³ שו"ת כרם שלמה (קוטלר), חלק ג, סימן פא (עמ' קמט), כותב שאם הוול הנכס, השומר פטור, ואין זה נחשב נזק כלל, והנכס עומד באחריות בעליו, ולכן הוא פטור אף בלי אמירת "הרי שלך לפניך", ולכן אם אחר כך אבד, אינו חייב לשלם על הנזק של הוול אלא משלם רק לפי ערך הנכס בשעת אבדו, וזאת גם בשואל שחייב באונס. וראה בשמו במילואים להערה 421*.

⁴⁴⁴ משמרת שלום, ר, ס"ק יב, ומשפט שלום, קעו, יד (ד"ה ובעיקר); ערך ש"י, חו"מ, קפה, א (שאם הוול, יכול לומר "הרי שלך לפניך" כדין היזק שאינו ניכר); שער משפט, קעו, ס"ק ד (המביא את המחלוקת בהיזק שאינו ניכר, על מקרה שהוול הנכס); שו"ת ברכ יצחק, חו"מ, סימן כג, בסופו (שאם הוול בפשיעתו, יכול לומר "הרי שלך לפניך" כמו בהיזק שאינו ניכר).

⁴⁴⁵ מלחמות ה', ב"ק יט ע"ב (בדפי הרי"ף); נתיבות המשפט, הקדמה לסימן עו; שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן קה; חידושים ובאורים (גריינימן), שבועות מב ע"ב (ד"ה ההקדשות); בית ישראל (שלומוביץ), סימן יד, אות יא; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לה*.

אפשר להוציאו מיד בית הדין, השומר אינו חייב לשלם, אלא הוא יכול לטעון כלפי בעל הנכס: "הרי שלך לפניך"⁴⁴⁶.

מצב אפשרי אחר הוא כשאפשר להשיג את הנכס, אלא שהדבר כרוך בקשיים. יש מי שפסק, שאם נפל הנכס לים, השומר פטור מלשלם, משום שאפשר להביאו על ידי צוללן⁴⁴⁷. לעומת זאת, יש מי שפסק שאם אבד הנכס מהשומר (באופן הכלול בתחום אחריותו, כגון בשומר חנם – שאבד בפשיעה), ומישהו מצא אותו ומסר אותו למשטרה, והחוק באותה מדינה הוא שבעל הנכס חייב לשלם למוצא אחוז מסוים מערך הנכס כדי לקבלו מהמשטרה – השומר חייב לשלם תשלום זה, אף על פי שמקום הנכס ידוע, משום שלמעשה אי אפשר להשיג אותו בלי לשלם⁴⁴⁸. אפשר ששני הפסקים הללו אינו סותרים זה את זה, משום שדין נכס שנפל לים קל יותר, ולכל הדעות אין השומר חייב לשלם הוצאות של שכירת צוללן, משום שבאופן תיאורטי אפשר שילמד בעל הנכס לצלול, ויוכל להביא את הנכס בעצמו בלי הוצאות, כך שההוצאות הללו אינן הכרחיות.

ייתכן גם מקרה יותר מורכב: שהנכס נמצא במקום שהשומר אינו יכול להביאו משם, ואילו בעל הנכס יכול להביאו, אבל לא בקלות. השאלה עלתה לגבי מקרה שנגנב הנכס (באופן שכלול בתחום אחריות השומר), והגנב נתפס, אך בית המשפט הנכרי מסכים להחזיר אותו לבעל הנכס רק אם יישבע שהנכס שייך לו, ואילו בעל הנכס אינו רוצה להישבע, מפני שרצוי להימנע משבועה אפילו על האמת. נפסק, שהשומר חייב לשלם, ואין מוטל על בעל הנכס לעשות מאמצים להשיג את הנכס, דבר שהוא חלק מחובתו של השומר⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ נתיבות המשפט שם. הוא מסביר את ההבדל בין גולן לבית דין, שבגולן נחשב שאינו ברשות השומר, משום שהגולן קנה את הנכס להתחייב באונס, מה שאינו כן בבית דין. אך אורח ישר, סימן י', נתיב ב, דוחה את ראייתו (עיין שם), וחלק עליו, בנימוק שאין שומר זכאי להחזיר את הנכס לבעל הנכס במקום שהוא נתון בסכנה (כגון במדבר – ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 41), וכאן הנכס נמצא במקום שהוא אבוד מבחינת בעל הנכס. גם לבוש מרדכי, ב"מ, סימן א (דף ב ע"א), דוחה את ראיית נתיבות המשפט, וכותב שאין מועילה מסירה לבית הדין כהשבה לבעל הנכס (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 211, על מסירה לבית דין).

⁴⁴⁷ שו"ת דברי משה (זקס), סימן א, ענף ז.

⁴⁴⁸ שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ו, סימן נט. אפשר (שלא כפי שכתבנו בפנים) שדברי משה פוטר גם כאן מלשלם למוצא, וניתן לנמק שאין השומר חייב בהוצאות אלה, משום שהן בגדר גרמא. ואף על פי שלעיל (ליד ציון הערה 404) ראינו ששומר חייב לשלם הוצאות רפואה או כביסה, הרי זה במקום שהנכס נזק בגופו, ואילו כאן אין נזק לנכס עצמו, אלא שהוא נמצא במקום שקשה להביאו משם.

⁴⁴⁹ שו"ת בית דוד (לייטר), סימן סא; שו"ת דובב משרים, חלק א, סימן נג. בית דוד עוסק במקרה שהנכס ביד ערכאות הנכרים.

סעיף 2(ב)

אחריות שומר שכר

2. (ב) שומר שכר אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, זולת אם נגרמו עקב נסיבות אחריות שומרים שלא היה עליו לחזותן מראש ולא היה יכול למנוע תוצאותיהן; אך כשהמטרה לשמור על הנכס הייתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, פטור השומר אם אבדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנותו.

התוכן

פרק ראשון: כללי 221

פרק שני: חובת הזהירות מבעוד מועד ("נסיבות אשר לא היה עליו לחזותן

מראש") 223

1. כללי 223

2. גנבת אונס 225

3. גנלה 227

4. טרפה בידי חיות 228

5. נפילה 229

6. נזקים שונים 230

פרק שלישי: חובת הצלה בשעת מעשה ("ולא היה יכול למנוע

תוצאותיהן") 233

פרק רביעי: שומר שכר שהשמירה אינה עיקר מטרתו ("אך כשהמטרה

לשמור על הנכס הייתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו"

וכו') 237

כללי

הוראת סעיף-קטן זה היא, ששומר שכר אחראי על כל נזק שקורה לנכס הנשמר – בין מה שנגרם ברשלנותו ובין מה שנגרם שלא ברשלנותו, ובלבד שהיה יכול למנועו, או שהיה עליו לחזות מראש את נסיבות הנזק. מאחר שהוא התחייב בחוזה לשמור על הנכס, הוא אחראי כמו כל אדם המתחייב בחוזה – אחריות מוחלטת, אלא אם יוכיח שהיה אונס או כוח עליון¹, לפי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, סעיף 18.

כפי שראינו במבוא, חוק השומרים בכללו תואם את עקרונות המשפט העברי. התאמה זו קיימת גם בתחום הנדון בסעיף-קטן זה. המשפט העברי מחייב שומר שכר בכל נזק שקורה לנכס, מלבד "אונס". הביטוי "אונס" בלשון חכמים הוא שם כולל למצבים שבהם פטור שומר שכר, שבפסוקי התורה ניתנו דוגמאות אחדות שלו, לגבי בהמה מופקדת: "ומת או נשבר או נשבה"²; "אם טָרוֹף וְטָרַף"³.

במקורות המשפט העברי מודגשת רבות אחריות שומר שכר ב"גנבה ואבדה", היינו מקרי הביניים שבין מקרי "פשיעה" לבין מקרי "אונס". זאת בעקבות דברי התורה על שומר שכר: "אם גָּנַב יִגְנַב מַעֲמֹו – יִשְׁלַם לְבַעֲלָיו"⁴. הדגשה זו באה להבדיל בין שומר שכר לבין שומר חינום – שניהם חייבים בפשיעה ופטורים באונס, וההבדל ביניהם הוא לגבי גנבה ואבדה. אך אם באנו להגדיר את אחריות שומר שכר, כשהוא לעצמו, לא ניזקק לדבר על גנבה ואבדה, אלא נאמר שהוא חייב בכול מלבד אונס. משום כך, בירורנו בסעיף-קטן זה לא יהיה להגדרת גנבה ואבדה, אלא להגדרת אונס. מובן מאליו, שבכל המצבים שהגדרנו בדיוננו בסעיף 2(א) כפשיעה, ואמרנו ששומר חינום חייב בהם, אף שומר שכר חייב בהם. על כן לא נחזור ונפרט מצבים אלו בדיוננו כאן.

יש להדגיש, שאין להבין את הביטוי "גנבה ואבדה" באופן מילולי. יש שגנבה קורה מחמת פשיעה, ויש גנבה שאי אפשר למנועה, והיא אונס; וכך גם באבדה. אך מאחר שדבר מצוי הוא שגנבה (או אבדה) מצד אחד אינה קורה מחמת פשיעה, ומצד שני אפשר למנועה, נתפס צמד מילים זה כמבטא מצב ביניים זה.

¹ דברי שר המשפטים, דברי הכנסת, כרך 44 (תשכ"ו) 214, הובא אצל א' סלטון, "ההיבט הנוזקי של דיני שומרים", עיוני משפט ה (תשל"ז) 655; ד' פרידמן, "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ג (תשל"ד) 170. כרמוז בדברי שר המשפטים, חובת הראיה מוטלת על השומר, וכך כתבו גם א' סלטון שם עמ' 660, וי' שנהב ור' לזיתן, "היבטים באחריותו של הבנק לרכוש המופקד בכספת לקוחות", הפרקליט לא (תשל"ז) 130 (שזו עמדת הפסיקה האנגלית והאמריקאית, בנימוק שבעל הנכס לא יוכל להוכיח דבר כיוון שלא היה ליד הנכס בזמן השמירה). לפי המשפט העברי, חובת הראיה על השומר, כמו בשומר חינום, שחובת הראיה מוטלת עליו, כפי שראינו בסעיף 2(א), פרק א, 7.

² שמות כב, ט.

³ שם פסוק יב.

⁴ שם פסוק יא.

לנימוק לכך ששומר שכר חייב בכול, מלבד אונס, ראה לעיל⁵, ששם נימקנו את הבדלים במידת האחריות בין השומרים השונים, בהתאם למידת הנאתם מן השמירה. נוסף כאן את העיקרון שקובעת הגמרא, ששומר שכר צריך לשמור יותר טוב ממה שאנשים רגילים לשמור, משום שבעל הנכס טוען כלפיו: "שילמתי לך שכר, כדי שתשמור יותר טוב משמירת שומר רגיל"⁶.

נראה שלשון החוק "אם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש, ולא היה יכול למנוע תוצאותיהן", מגדירה באופן מדויק את "אונס" של המשפט העברי. יש שני תנאים לכך שמאורע ייקרא אונס. צריך שהמצב יהיה שהשומר אינו יכול למנוע את הנזק, בשעת מעשה. אך לא די בכך, מפני שאם גרם השומר לכך שהוא יגיע למצב שלא יוכל למנוע נזק לנכס (או שידע שיגיע למצב כזה, ולא מנע זאת), הוא בוודאי אחראי לנזק. לפיכך נחוץ התנאי האחר – שהנסיבות שהביאו למאורע היו כאלה שלא היה עליו לחזותן, דהיינו שהסבירות לכך שהדברים יתגלגלו לאותו מצב, הייתה נמוכה מאד, כך שלא היה על השומר להישמר מפני האפשרות הזאת⁷. כמובן, גם אם היה יכול לחזות את הנסיבות, הוא פטור אם לא הייתה לו שום דרך למנוע את הנזק שנגרם בעטיין⁸. לאור זה, "לחזותן" כאן מתפרש ככולל יכולת עכשווית למנוע את הנזק העתידי, שכך המצב בדרך כלל, שפעולה זהירה מבעוד מועד די בה כדי למנוע נזק עתידי.

התנאי הראשון, שהשומר אינו יכול למנוע את מה שקורה בשעת מעשה, הוא העקרוני יותר, והביטוי "אונס" קשור אליו יותר, מפני שאי היכולת למנוע את המאורע בשעת מעשה, הוא אי יכולת גמורה. ברם, מבחינת סדר הזמנים, התנאי האחר, שהשומר לא היה אחראי לכך שהדברים הגיעו למצב כזה, הוא הקודם – תנאי זה מתחשב במצב שקדם למאורע עצמו; וכך הקדים המחוקק בסעיפנו להזכיר תנאי זה. מבחינה מסוימת, בירור ענייני התנאי הזה הוא קשה יותר: צריך לשקול מתי להטיל על השומר אחריות לחשוב על העתיד לקרות, ומתי לא להטיל זאת עליו. לעומת זאת, בירור ענייני התנאי האחר הוא פחות של שיקול דעת ויותר של אבחון מעשי, האם שומר יכול לפעול במצב מסוים, או אינו יכול לפעול. זכר לדבר: בתנאי הראשון הלשון היא "לא היה עליו לחזותן", ובשני – "לא היה יכול למנוע". עניין החיזוי אינו תלוי ביכולת, אלא גם אם היה השומר יכול לחזות את הנסיבות, הוא פטור אם לא היה עליו לחזותן, כלומר, הוא חייב רק אם סביר לדרוש ממנו את החיזוי. לעומת זאת, חיוב המניעה בשעת מעשה תלוי ביכולת המעשית, בלי חישוב של סבירות. בפרק ב נברר באיזו מידה מטיל המשפט העברי אחריות על השומר לחזות מראש נסיבות שבהן לא יוכל למנוע נזק. בפרק ג נברר מהו נזק אשר שומר אינו יכול למנוע בשעת מעשה.

זה באשר להגדרה הכללית של אונס. בחיפוש הגדרה פרטית לאונס, שתקבע לגבי כל מקרה פרטי אם הוא בגדר אונס או לאו, אנו נתקלים באותה בעיה שנתקלנו בה לגבי הגדרת פשיעה⁹: הדברים הינם סובייקטיביים מטבעם. הפתרון הוא, כפי שכתבנו שם, להביא את נימוקי הפוסקים לגבי כל מקרה שעסקו בו, וכך נימצא מפיקים תועלת אובייקטיבית מפסקי הדין –

⁵ סעיף 2(א), פרק א, 1.

⁶ ב"מ צג ע"ב.

⁷ כך הדגישו "שנהב ור' לויטן, "היבטים באחריותו של הבנק לרכוש המופקד בכספת לקוחות", הפרקליט לא (תשל"ז) 125, ששני התנאים שבחוק הם מצטברים, והשומר חייב רק בהתקיים שניהם.

⁸ הערת רח"א מילר.

⁹ ראה סעיף 2(א), פרק א, 6.

הן בהבהרת היקף פסקי הדין לגבי אותם מקרים, והן בהקשה ממקרים אלו על מקרים אחרים, הדומים בעניינם.

בסיפא של סעיף-קטן זה, קובע החוק, ששומר שכר ש"המטרה לשמור על הנכס טפלה למטרה העיקרית של החזקתו", אחריותו פחותה משל שומר שכר רגיל, והיא מוגבלת לאבדן הנכס או נזקו שנגרמו עקב רשלנות. בפרק ד נדון בעמדת החוק ובעמדת המשפט העברי באשר לסוג זה של שומר שכר.

לכיוון השני, החוק אינו קובע אחריות חמורה יותר משל שומר שכר רגיל, לשום שומר שכר (פרט לשואל, שהוא סוג אחר של שומר). דבר זה עולה בקנה אחד עם קביעת המשפט העברי, שהוספת שכר לשומר שכר אינה מגדילה את מידת אחריותו, ודין פרוטה כדין מאה¹⁰. להגדרת "לאבדן הנכס או לנזקו", ראה לעיל¹¹.

פרק שני

חובת הזהירות מבעוד מועד ("נסיבות אשר לא היה עליו לחזותן מראש")

1. כללי

כפי שאמרנו בפרק א, מטרתנו בפרק זה היא לברר באיזו מידה מטיל המשפט העברי אחריות על שומר השכר לחזות מראש נסיבות שבהן לא יוכל למנוע נזק בשעת מעשה, ולהתכונן ולמנוע מבעוד מועד התפתחות נסיבות אלה.

ניתן להצביע על שני עקרונות מנחים בעניין זה, הקובעים באיזו מידה מטילים על שומר שכר חובה לחזות התפתחות נסיבות, ובלשון אחרת – מתי התנהגותו לפני מאורע האונס מחייבת אותו על אף האונס. עיקרון אחד הוא הכלל התופס גם לגבי שומר חינוס, כפי שראינו בדיוננו לעיל¹²: "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב". כלל זה אומר, שאם פשע השומר, וייתכן שלולא הפשיעה לא היה האונס קורה, השומר חייב. עיקרון שני הוא, ש"תחילתו בגנבה ואבדה וסופו באונס – פטור". כוונת הדברים היא: אם התנהגות השומר לא הייתה בגדר פשיעה, אלא הייתה בגדר "גנבה ואבדה", היינו שלא הקדיש בשמירה מאמץ מיוחד הדרוש בשומר שכר (ואינו דרוש בשומר חינוס), ומתוך כך קרה אונס, פטור¹³. אך יש להבדיל בין

¹⁰ שו"ת שפת הים (מיו), חו"מ, סימן לו. נידונו: פאטור שמקבל יותר שכר מהמקובל. הוא מסתמך על מה שכתבו תוספות, ב"ק נו ע"ב (ד"ה בהיא) וב"מ כט ע"א (ד"ה והוי), שמה שמוסיפים שכר לשומר שכר אינו עושה אותו לשואל. כאמור, גם לפי החוק, גובה השכר אינו משנה את מידת האחריות; והסביר ד' פרידמן, "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ג (תשל"ד) 171, ה"ש 75, שהשכר הוא רק ראייה למידת הזהירות שהשומר קיבל על עצמו.

¹¹ סעיף 2(א), פרק ה.

¹² סעיף 2(א), פרק א, 3.

¹³ תוספות, ב"מ צג ע"ב, ד"ה אי (הובא בשו"ת הרד"ס, חו"מ, סימן ו, בכובע ישועה, ב"ק כא ע"ב, בגידולי שמואל, ב"ק מה ע"א, ד"ה והא, בשו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן יט, בשו"ת אורח ישר, סימן י, נתיב ג, בדיברות משה, ב"מ, סימן לה, ענף א, ובאמירה נעימה תניינא, חלק א, מאמר קג); מאירי, ב"מ צג ע"ב; אגודה, ב"מ, סימן קלט; תוספות הרא"ש, ב"מ צג ע"ב; ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ז, סימן ד; תוספות רבנו פרץ, ב"מ צג ע"ב; חידושי הרמב"ן, ב"מ צג ע"ב; חידושי הר"ן, ב"מ צג ע"ב; חידושי הריטב"א החדשים,

מקרה שיש קשר ברור בין ה"גנבה ואבדה" לאונס, לבין מקרה שהקשר אינו ברור. אם ברור שאילולא התנהגות השומר ב"גנבה ואבדה" לא היה קורה האונס, הוא חייב. הרי זה כאילו אין כאן אונס כלל, אלא "תחילתו בגנבה וסופו בגנבה". רק אם ייתכן שגם לולא ה"גנבה" היה האונס קורה, הוא פטור. מצב זה אי אפשר לראותו כ"תחילתו בגנבה וסופו בגנבה", כיוון שלא היה קשר הכרחי בין המחל של השומר לבין האירוע הסופי. זאת בניגוד ל"תחילתו בפשיעה", שהשומר חייב בו על האונס גם במצב שיתכן שגם לולא הפשיעה היה האונס קורה¹⁴, כפי שראינו בדיונונו שם.

סייג חשוב לחובת הזהירות של שומר שכר הוא, שאם התנה עם בעל הנכס שלא יצטרך להקפיד כל כך על זהירות זו, בכלל או בתחום מסוים, ההתנאה מועילה. דין זה בא במסגרת הדין הכללי שנראה בסעיף 14, ששומר רשאי להתנות להפחית מאחריותו; וראינו לעיל¹⁵ דין מקביל לזה בשומר חינוס שהתנה להוריד את רמת השמירה הנדרשת ממנו. כמו בשומר חינוס, הרחיבו הפוסקים את ההתנאה הפוטרת שומר שכר גם להתנאה מכללית. סוג אחד של התנאה מכללית כזאת הוא, כשבעל הנכס יודע שדרך שמירתו של השומר הזה אינה ברמה הנדרשת בדרך כלל משומר שכר, ואף על פי כן שתק ולא מחה. שתיקה זו מתפרשת כהסכמת בעל הנכס להתנהגות השומר, ופוטרת את השומר על נזק שייגרם כתוצאה מכך¹⁶. כמו כן, אם היה נהוג ששומר שכר מסוג מסוים שומר על הנכסים המופקדים אצלו בדרך מסוימת, שהיא פחותה מהנדרש משומר שכר לפי שורת הדין, הוא פטור אם נהג כך, משום שמן הסתם ידע בעל הנכס שהוא ישמור כך, ובשתיקתו הסכים לכך¹⁷. יש להדגיש את ההבדל בין הפטר זה לבין הכלל שראינו לעיל¹⁸, ששומר חינוס פטור אם שמר בדרך הנהוגה. שומר חינוס פטור אם שמר בדרך שאנשים נוהגים לשמור את שלהם, כפי שראינו שם, משום שחובת השמירה של שומר חינוס נקבעת לפי מנהג הבריות לשמור את שלהם. אולם שומר שכר לא די שישמור כדרך שאנשים שומרים את שלהם¹⁹, שהרי לכן הוא מקבל שכר – כדי שישמור יותר טוב מן המקובל, כפי שראינו בפרק א. אבל אין בשכר זה כדי לחייבו לשמור יותר טוב משומרי שכר שומרים – הלא גם הם מקבלים שכר, ובכל זאת הם שומרים ברמה זו, ואין שומר שכר זה צריך לשמור יותר טוב מן האחרים. לכן, די אם ישמור באופן ששומרי שכר מסוג זה שומרים על הנכסים המופקדים אצלם.

בפסקאות הבאות נראה לגבי מקרים שונים של אי יכולת למנוע נזק, איזו התנהגות של שומר, שקדמה לנזק, מחייבת אותו – לאור העקרונות הללו, ועל פי נימוקים אחרים.

ב"מ צג ע"ב; תוספות ר"ש משאנץ, בשיטה מקובצת, ב"מ לו ע"ב; פרישה, חו"מ, שג, ח; שערי זיו, חלק ב, סימן יב (דף יח ע"א ודף כ ע"ב); שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג, דף צו ע"ד (ברמז); זכרון יצחק (גולדשמיד), עמ' מד; ברורי הלכה (מענה שמחה), ד (תשנ"א), עמ' 73, בדעת הראב"ד והמאירי; גן נעול, כפתור ג, פרח כד, אות ג (סו ע"ג).

¹⁴ נתיבות המשפט, שג, ס"ק יא (הובא בשו"ת תפארת אדם, אסטרייכר, סימן קה, אות טז).

¹⁵ סעיף 2(א), פרק א, 4.

¹⁶ מרדכי, ב"מ, סימן שנט, פוטר שומר שכר שענד על ידו את הטבעת המופקדת, ונפלה האבן הטובה מן הטבעת, אם ידע בעל הטבעת שהאבן אינה תקועה היטב.

¹⁷ מהר"ם בן חביב, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א, דף פז ע"ד (הובא בשו"ת מעיל שמואל, פלורנטיין, חו"מ, סימן לד, דף עג ע"ד, ובשו"ת חוק ומשפט, סימן צ).

¹⁸ סעיף 2(א), פרק א, 2 (ב).

¹⁹ ראה במילואים להערה 46, בשם לב מבין. וראה במילואים להערה 108, בשם חוות יאיר.

2. גנבת אונס

אחריות שומר שכר על גנבה – זו הדוגמה הניתנת במגילה, סעיף 777, לחיוב שומר שכר בנוק שקרה מחמת דבר שאפשר היה להיזהר ממנו, משום שיש להניח שלעולם יכול אדם להיזהר מפני גנבה. אבל בית משפט בארץ קבע על פי הדין האנגלי, שאם נקט השומר אמצעי זהירות מתאימים, ומכל מקום נגנב הנכס, מסיבה שאי אפשר היה לשומר להיזהר ממנה, הוא פטור²⁰. עמדת המשפט העברי דומה. גנבה, כהגדרתה, היא נזק שהשומר אינו יודע עליה בשעת ביצועה, וממילא היא נזק שאין השומר יכול למנועו בשעת מעשה. ברם, עצם זה שהשומר אינו יודע על הגנבה, משמע, שאינו משגיח על הנכס, יש בה כדי להטיל עליו את האחריות לגנבה: הוא היה צריך לחזות מראש את האפשרות שייגנב הנכס, ולהיות בסמוך לנכס, וכך לא הייתה הגנבה יוצאת אל הפועל. משום כך, שומר שכר אחראי במקרה של גנבה, כפי שהתורה אומרת: "אם גנב יגנב מעמו – ישלם לבעליו"²¹.

אך בין הראשונים התעוררה השאלה, מה דינה של "גנבת אונס" – היינו כשיש לשומר סיבה טובה לכך שהוא לא השגיח על הנכס, וכך נתאפשרה הגנבה. לפי דעה אחת, שומר שכר חייב גם על גנבת אונס, משום שלא השגיח על הנכס בעת הגנבה. זה כולל מקרה שהוא הגן על הנכס מפני גנבה רגילה, כגון שהטמין אותו בקרקע בעומק רב, או הקיף אותו בחומה של ברזל, אלא שלא חזה אפשרות של ביאת גנבים שיכולים להתגבר על מכשולים אלו – דבר שאכן קרה. כלולים בזה גם מקרים כמו של נכס שנגנב בעת שהשומר ישן, בזמן שהיה מקובל שאנשים ישנים באותו זמן²², או שנרדם באופן בלתי רצוני²³, או שהיה חולה ולא היה יכול לשמור²⁴, או שעזב את המקום בזמן שמקובל לעזוב²⁵ – כך שיש סיבה לאי השגחתו על הנכס. אף על פי כן, הוא אחראי, ואין זה בגדר אונס, מפני שאילו השגיח על הנכס, לא הייתה הגנבה קורה, ומאחר שהוא מקבל שכר על השמירה, עליו להקדיש מאמץ מיוחד, ולשמור שמירה מעולה²⁶. גם אם הגיע הגנב לנכס על ידי חפירת מנהרה מתחת לקרקע, השומר חייב, מכיוון שהשומר לא היה שם²⁷, וייתכן שאילו היה שם, היה הגנב נרתע מחשש שהשומר יגלה אותו²⁸. יסודה של דעה זו בעיקרון, שצריך שעיניו של שומר שכר תהיינה כל העת על הפיקדון, וצריך שיהיה יושב לידו ושומר תמיד²⁹. דעה זו מסתייעת בפסוק שהזכרנו, המחייב שומר שכר במקרה של גנבה. בכל גנבה יש מידה של אונס, מפני שהשומר לא היה יכול

²⁰ ע"א 429/54 "אריה" חברה לביטוח בע"מ נ' עצמון, מחסני ערובה בע"מ, פ"ד (1) 231, 234.

²¹ שמות כב, יא.

²² רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כא; טור, חו"מ, שג, ב.

²³ מרדכי, ב"ק, סימן רז; תוספות, ב"ק נו ע"א (ד"ה כגון); פרישה, חו"מ, שג, ב; שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן טו (הובא בשו"ת צרור הכסף, חו"מ, סימן כט, דף צו ע"א); אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן סח. התוספות והמרדכי שם מוסיפים גם מקרה שקפצה עליו רוח שיגעון.

²⁴ רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כא; תוספות, ב"ק שם. שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ד, מוסיף, אפילו נעשה חולה פתאום, שלא בהדרגה, כך שלא היה יכול לדאוג לשמירה לעת מחלתו.

²⁵ פרישה, חו"מ, שג, ב.

²⁶ ר"י בתוספות, ב"ק שם.

²⁷ רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כא, ותוספות הרא"ש, ב"מ מב ע"א; תוספות, ב"ק שם.

²⁸ פרישה שם.

²⁹ רא"ש, ב"ק, פרק ו, סימן ה; חידושי הר"ן, ב"מ צג ע"ב; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מב ע"א; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לח; פרישה, חו"מ, שג, ב; אמירה נעימה תניינא, חלק א, מאמר קג; שו"ת אהלי תם, סימן רג.

למנוע את הגנבה בשעת מעשה, כאמור, ואף על פי כן הוא חייב. מכאן יש להסיק ששומר שכר יהיה חייב גם בגנבה שיש בה אונס אחר, כגון אלו שמנינו³⁰. נמצאנו למדים, שלפי דעה זו, שמירה מפני גנבה היא דוגמה קיצונית לחיוב השומר על שלא "חזה מראש" את נסיבות הנוק: גם אם באופן סביר אין צפוי שייגנב הנכס, מכל מקום חייב שומר השכר להיות צמוד לנכס, כדי למנוע את גנבתו, מפני שבכל זאת יש סיכוי קטן שהוא ייגנב, ואם לא היה ליד הנכס, הוא חייב. אולם גם לדעה זו, אם הנכס היה נלקח גם אילו היה השומר לידו, כגון שהגנב היה חמוש, וגם אילו נכח השומר לא היה יכול למנוע ממנו מלקחת את הנכס, אין מחייבים את השומר על שלא ישב ליד הנכס³¹.

דעה שנייה פוטרת שומר שכר אם נגנב הנכס באונס גמור, כגון שטמן אותו עמוק בקרקע ונגנב משם, או שנעשה חולה ולכן לא היה יכול לשמור³². לפי דעה זו, רק אם לא קרה אונס יוצא מגדר הרגיל, כגון שרק הניח את הנכס בתוך ארגז בביתו³³, או שנגנב משום שהלך לישון באופן רצוני³⁴, שומר השכר יהיה חייב על הגנבה, אף על פי ששומר חינום היה פטור באותו מצב³⁵. ההיגיון מאחורי שיטה זו הוא, שמוטל על שומר השכר לחזות מראש אפשרות שהנכס ייגנב בדרך רגילה – לכן לא היה לו להסתפק בסגירת הדלת (על אף ששומר חינום היה רשאי להסתפק בכך). ברם, אין מוטל על שומר השכר לחזות אפשרות שהנכס ייגנב בדרך כזאת שתתגבר גם על אמצעים מיוחדים שהוא נוקט בהם, כגון הטמנה בקרקע, וכן, אין להטיל עליו חובת שמירה בהיותו חולה, כיוון שאלה דרישות גדולות מדי לדרוש משומר. האוחזים בשיטה זו סבורים שאין חומרה מיוחדת בנוק של גנבה בהשוואה לשאר סוגי נוק, אלא גם

³⁰ הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, א, אות ג; אגודה, ב"ק, סימן עט; חידושי הרשב"א, ב"ק נו ע"א; רא"ש, ב"ק, פרק ו, סימן ה, וב"מ, פרק ג, סימן כא; תוספות, ב"ק נו ע"א (ד"ה כגון); פרישה שם, וסמ"ע, סימן שג, ס"ק ב; שו"ת איגרות משה, חו"מ, סימן סז.

³¹ נתיבות המשפט, סימן שג, ס"ק ב וס"ק ד כותב שבגולן חמוש, השומר פטור גם למחייבים בגנבת אונס אף אם לא היה במקום, משום שזה בגדר "שבוייה", כמו שאמרו הראשונים לגבי לסיס מזוין שבא בגלוי בנוכחות השומר. נראה שהוא מדבר במקרה שיש לאמוד שגם אילו היה השומר במקום, לא היה יכול להתנגד (וזה הנחה שעל פיה קובעים שגולן חמוש הוא אונס, מן הסתם – ראה פרק א), ולכן הדין הוא כמו בטרפת חיה, כשלא היה יכול להציל (הערה 47). והוא מדבר במקרה שהשומר עזב את המקום בזמן מקובל, ואחר כך בא הגולן, שבוה גם לעניין טרפה, פטור לכל הדעות (הערה 49).

³² מרדכי, ב"ק, סימן רז, הובא בבית יוסף, חו"מ, שג, ב.

³³ שו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן מט (אם שם את הכסף בתיבה, אפילו זה המקום שדרכו להניח בו את כספו); שו"ת דברי שמואל (ארדיטי), חו"מ, סימן טז (רכט ע"א), בדעת הסמ"ג.

³⁴ שו"ת מהרי"ק, שורש קלא; נתיבות המשפט, שג, ס"ק א (הובא בשו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קעב); שו"ת ר' משולם איגרא, חו"מ, סימן כ (שלושתם אומרים – אפילו ישן בשעה מקובלת); זכור לאברהם (אלקלעי), חו"מ, ערך שומר שכר; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ב, סימן קסז; שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן ק.

³⁵ להבדל בין שומר חינום לשומר שכר, ר"ח שבת, בשו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן ח (הובא בשו"ת פרח שושן, חו"מ, כלל א, סימן א, דף סג ע"ב), הסביר, ששומר שכר פטור רק אם שמר בקרקע, שזו השמירה הטובה ביותר, ואילו שומר חינום די שישמור במקום ראוי, במקום שמנהג המקום לשים שם, ובשומר שכר לא די בכך, מפני שעל כך הוא מקבל שכר (ראה במילואים להערה 32, אות יט, בשמו; אך ר"מ מלמד, שם דף יח ע"ד, מתקשה מה ההבדל בין שומר חינום לשומר שכר, ולא הסביר כמו ר"ח שבת, משום שהוא פוסק שגם שומר שכר פטור אם שמר במקום שנהוג – ראה במילואים להערה 32 בשמו).

בגנבה חל העיקרון, ששומר שכר פטור אם הייתה סבירות נמוכה שהנוק יקרה. יש להניח שהשומר אינו מוכן לקבל על עצמו חיוב למקרה שיאנס, גם אם יהיה זה אונס של גנבה³⁶. דעה שלישית עושה הבחנה בין מקרה שהשומר לא היה יכול להשגיח על הנכס, לבין מקרה שהיה יכול אלא שסמך על אמצעי הגנה שהכין. אם לא היה יכול לשמור, כגון שחלה, או שנרדם באופן בלתי רצוני, הוא פטור על מה שנגנב בעת שלא השגיח, מפני שבאותה שעה לא היה חייב כלל לשמור, והרי זה כאילו חטפו אותו שודדים ולא אפשרו לו לשמור. ברם, אם היה יכול לשמור, אלא שלא השגיח על הנכס מפני שסמך על כך שטמן אותו עמוק באדמה וכדומה, הוא חייב, על אף שהיה קשה לו לחזות מראש אפשרות זאת, מפני שמכל מקום, הגנבה אירעה בשעה שהייתה עליו חובת שמירה³⁷.

3. גזלה

גזלן הוא מי שלוקח נכס בכוח מן המחזיק בו, בנוכחותו. כאשר אין שומר יכול להתנגד לגזלה, זהו אונס; על הפרטים בהגדרת אי היכולת להתנגד לגזלן, ראה בפרק ג. אך כפי שראינו בפרק א, גם אם שומר השכר לא היה יכול למנוע את הנוק בשעת מעשה, הוא חייב אם התנהגותו גרמה להתהוות מצב הנוק. לפיכך, אם הוליך השומר את הנכס למקום שמצויים בו שודדים וגזלנים, ונגזל הנכס, הוא אחראי על כך. אין זה מוגדר כאונס, מפני שהיה עליו לחזות מראש את האפשרות שיתקף אותו גזלן ולא יוכל להתנגד³⁸. אפילו היו עמו חיילים חמושים רבים ונשק רב, הוא חייב על שהלך בדרך המסוכנת הזאת, מפני שזו פשיעה, שמא יבואו יותר שודדים מחיילים³⁹.

מקרה אחר שבו מטילים על השומר אחריות להתהוות הגזלה הוא, אם היה ישן. כך נפסק, ששומר שרכב יחידי (מלבד העגלון) בעגלה דרך יער (אף שלא היו שודדים מצויים בו במיוחד), וישן בעגלה, ובא אדם לא חמוש, ולקח את נשקו של השומר, וחבל בו, וגזל ממנו את הנכס, הוא חייב, מפני שאילו לא ישן לא היה הגזלן מצליח לתפוס את נשקו. גם אם הוא נרדם באופן לא רצוני, הוא חייב, מפני שהיה צריך לישון הרבה לפני הנסיעה כדי שלא ירדם בנסיעה, והרי על מאמצים מסוג זה הוא מקבל שכר⁴⁰.

מקרה נוסף שבו מטילים על השומר את האחריות לביאת הגזלן הוא, אם התגרה בגזלן. אם השומר אמר לגזלן, לפני שתקף אותו: "אנחנו במקום פלוני, ואנחנו כמה אנשים חמושים

³⁶ נקודה אחרונה זו – בשו"ת חלקת יואב, מהדורא קמא, חו"מ, סימן יב. ראה בסעיף 1(א), במילואים להערה 320, מה שכתב על פי זה.*

³⁷ חידושי הרמב"ן, ב"מ מב ע"א, הובא בספר מישורים, נתיב ל, חלק ב, בפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (קיג ע"ג), ובציון וירושלים, סימן יד (עמ' ל); חוקות הדיינים, סימן קצו; נימוקי יוסף, ב"מ דף כד ע"א, ודף נג ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בשושנת יעקב, שג, ג – שאין מועילה שמירה בקרקע); חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צג ע"א; חידושי הר"ן, ב"מ צג ע"ב.*

³⁸ ב"מ צג ע"ב; רמב"ם, הלכות שכירות, ד, ג; אור זרוע, חלק א, סימן תשעב; שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קפח; טור, חו"מ, שג, ה; שו"ת הריב"ש, סימן קעא, בסופו; שו"ת מהר"ם מינץ, סימן צב (למקום שהתרכבו שונאי יהודים ומעלילי עלילות); שו"ע, חו"מ, שג, ז; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לד; שו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן ט (סא ע"ד).*

³⁹ שו"ת מקור ברוך, סימן נו.

⁴⁰ אור זרוע, חלק א, סימן תשעב, הובא בים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן נג, ובש"ך, חו"מ, רצג, ס"ק ט. על שומר חינוס במקרה זה, ראה סעיף 2(א), הערות 291-292.*

ביחד, ואיננו יראים ממך", והגזלן בא מחמת התגרות זו, אין זה אונס⁴¹. גם אם השומר לא התכוון להתרברב בפני הגזלן, אלא הייתה לו כוונה טובה במה שאמר לגזלן, שחשש שיבוא הגזלן, ורצה להפחיד אותו, בכל זאת הוא אחראי. זאת מפני ששומר שכר צריך לשקול היטב את דבריו ואת מעשיו, שמא דבר שהוא עושה בכוונה להיטיב את שמירת הנכס, יביא לתוצאה הפוכה⁴².

4. טרפה בידי חיות

מקרה דומה למקרה של גזלה הוא מקרה של שומר בהמה, אשר נטרפה בידי חיות. מקרים מסוימים של טרפה מוגדרים כאונס מבחינה זו שאין השומר יכול להגן באותם מקרים על הבהמה המופקדת – על כך ראה בפרק ג. אך גם באותם מקרים, שומר השכר פטור רק אם לא היה אחראי לביאת החיות הטורפות. אם הביא השומר את הבהמה למקום שמצויות בו חיות כאלה, הוא אחראי על מה שיקרה⁴³.

מצב אחר שבו ניתן לראות את השומר כאחראי לאי מניעת האונס בעוד מועד, הוא של שומר בהמה, שהניח אותה במרעה ונכנס לעיר, ובהיעדרו נטרפה הבהמה. הוא לא היה יכול למנוע את זאת בשעת מעשה, מפני שלא היה שם; מכל מקום, עלינו להתחשב באפשרות שהיה יכול למנוע זאת בעוד מועד, אילו לא עזב את הבהמה. לפיכך, אם המצב היה, שאילו נכח במקום היה יכול להציל את הבהמה, גם אם היה זקוק לשם כך לשלם לאנשים שיעזרו לו להציל, הוא חייב, מכיוון שלא נכח במקום ולא הציל. היה עליו לחזות מראש את האפשרות שדבר כזה יקרה בהיעדרו, ולא היה לו לעזוב את המקום⁴⁴. הוא חייב גם אם נכנס לעיר בזמן שמקובל שרועים עוזבים את הבהמה ונכנסים לעיר. אף על פי ששומר חינם רשאי לנהוג כך, כפי שראינו לעיל⁴⁵, מכל מקום שומר שכר צריך לשמור טוב יותר, וחייב גם אם עזב את הנכס בזמן שמקובל לעשות כן, אם נגרם נזק כתוצאה מכך⁴⁶.

אולם אם המצב היה, שגם אילו נכח במקום, לא היה יכול להציל (אפילו על ידי אחרים, ובשכר), לא יחויב, מכיוון שהיעדרו לא גרם למצב האונס⁴⁷. אלא שאם עזב השומר את המקום בזמן שאין מקובל שאנשים עוזבים, כך שהשומר פשע בעזבו את המקום, יש אומרים שהוא חייב, אף על פי שלא היה יכול להציל אילו נכח, וזאת מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב". המחלוקת בשאלה זו קיימת גם בשומר חינם, והרחבנו בעניין זה לעיל⁴⁸. מחלוקת

⁴¹ מקורות לכך, ופרטי חיוב זה, הבאנו בסעיף 2(א), הערה 370, במקרה המקביל בשומר חינם (וההבדל היחיד ביניהם הוא כשהתכוון לטובה – ראה בסמוך).

⁴² מקורות לכך נביא בסעיף 6, הערה 335.

⁴³ ב"מ צג ע"ב; רמב"ם, הלכות שכירות, ג, ד; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ד; טור ושו"ע (הערה 38); שו"ת הרי"ם, חו"מ, סימן ו.

⁴⁴ רמב"ם, הלכות שכירות, ג, ח; סמ"ג, עשה פט (קעב ע"ג); ספר מישרים, נתיב ל, חלק ד; טור, חו"מ, שג, ח; שו"ת מהרי"ק, שורש ג; שו"ע, חו"מ, שג, י; שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן קי; שו"ת מצפה אריה, מהדורא תניינא, חו"מ (קרית ארבע), סימן כ.

⁴⁵ בסעיף 2(א), פרק ג, 3.

⁴⁶ רמב"ם, טור, ושו"ע שם.

⁴⁷ רמב"ם, ספר מישרים, טור ושו"ע שם; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער י; סמ"ק מצורין, מצווה רנא (עמ' פא); רא"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק נו ע"א; שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א (פז ע"ב); שו"ת כרם שלמה (אמרייליו), חו"מ, סימן פה (רכ ע"ג).

⁴⁸ בסעיף 2(א), פרק ג, 3.

זו אינה קיימת לגבי מקרה שהשומר עזב את המקום בזמן מקובל, ואחר כך נטרפה הבהמה באופן שלא היה יכול להציל אילו היה שם. כאן לכל הדעות הוא פטור. מקרה זה אין להגדירו "תחילתו בפשיעה וסופו באונס", משום שעזיבת הבהמה בזמן מקובל אינה פשיעה. נכון ששומר שכר חייב אם התנהג כך (אם אומדים שהיה יכול להציל אילו היה שם), כאמור, אבל אין התנהגותו בגדר "פשיעה", אלא היא מקבילה ל"גנבה ואבדה", שאף ששומר שכר חייב בה, מכל מקום אם היא גרמה לאונס בעקיפין, כבנידוננו, פטור, לפי העיקרון שראינו בפסקה 1, ש"תחילתו כעין גנבה ואבדה וסופו באונס" – פטור⁴⁹.

5. נפילה

בהמה שהייתה בראש הר, ונפלה משם, ונפצעה או מתה, מי שהיה שומר שכר על הבהמה פטור על הנפילה מטעם אונס, אם אמנם לא היה יכול למנוע את נפילתה בשעת מעשה. אבל הפטר זה כפוף לתנאי, שלא היה לשומר השכר אפשרות לחזות את נסיבות הנפילה, כך שלא נוכל להטיל עליו את האחריות לנפילה. לפיכך, השומר פטור רק אם עלתה הבהמה להר מעצמה, והוא לא היה יכול למנועה מכך. אבל אם הוא העלה אותה לשם בעצמו, או שעלתה מעצמה, אבל היה יכול למנועה מלעלות, הוא אחראי על הנפילה. מה שנתן לה לעלות היא פשיעה, ונפילתה היא בגדר "תחילתו בפשיעה וסופו באונס", ששומר חייב עליו⁵⁰. מסיבה זו, הוא חייב גם אם לא היה יכול למנוע את נפילתה באחד משני המקרים הללו, כגון שהתגברה עליו וקפצה⁵¹. גם אם העלה אותה להר משום שהיה שם מרעה טוב, זו פשיעה, שכן היה צריך להעלות על דעתו שיתכן שהיא תפול והוא לא יוכל להחזיק בה⁵². שומר שכר שהיה רועה בהמה על שפת נהר, והחליקה ונפלה למים, וניזוקה או מתה, אף על פי שהוא אינו יכול להציל אותה לאחר שהחליקה, חייב. זאת משום שהיה צריך לשמור אותה מפני סכנת החלקה על ידי שירעה אותה רחוק משפת הנהר⁵³.

⁴⁹ תוספות, ב"מ צג ע"ב (ד"ה אי); תוספות שאנץ, בשיטה מקובצת, ב"מ לו ע"ב; פרישה על הטור שם, וסמ"ע, שג, ס"ק יב; בירורי הלכה (מענה שמחה), ד (תשנ"א), עמ' 71 (בדעת הראב"ד, המחייב בסעיף 2 (א) שם).

⁵⁰ רמב"ם, הלכות שכירות, ג, ט, ופירוש המשנה, ב"מ, ז, י; נימוקי יוסף, ב"מ נג ע"ב (בדפי הרי"ף); רא"ש, ב"מ, פרק ז, סימן טז (הובא במחזה אברהם, סימן לב, אות כב); חידושי הרמב"ן, ב"מ צג ע"ב (הובא בחידושי הר"ן שם); חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צג ע"ב; טור, חו"מ, שג, יא; שו"ע, חו"מ, שג, יג-יד; שו"ת המב"ט, חלק א, סימן רלב; פני יהושע, ב"מ לו ע"ב; חידושי ר"ע איגר, חו"מ, רצא, יא, בדעת התוספות; שושנת יעקב, שג, ג.

⁵¹ רמב"ם, הלכות שכירות, ג, ט; שו"ע, חו"מ, שג, יד; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צג ע"ב. חידושי הרשב"א, ב"מ לו ע"ב, כותב שגם אם עלתה נגד רצונו, שלא הצליח למנועה, חייב אם נפלה בלי שניסה למנועה מליפול, ופטור רק אם ניסה למנועה מליפול ולא הצליח, מפני שעל זה הוא מקבל שכר, לשמור טוב במיוחד.

⁵² ב"ח, חו"מ, שג, יא. ראה סעיף 2(א), ליד ציוני הערות 304-306, בשאלה האם העלאה למרעה טוב היא פשיעה, לעניין שומר חנם.

⁵³ רי"ף, ב"מ נג ע"ב (בדפי הרי"ף); נימוקי יוסף, ב"מ נג ע"ב (בדפי הרי"ף), הובא בבית יוסף, חו"מ, שג, ב, ובשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קלד; שו"ת מהרי"ק, שורש קלא; מרדכי, ב"מ, סימן שעט; צורו הכסף הקצר, דרך ב, שער י; אור זרוע, חלק א, סימן תשעב; ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ז, סימן ד; פסקי הרי"א, ז, ב"מ, פרק ז, הלכה ד, אות ה; ים של שלמה, ב"ק, פרק ו, סימן יא; שו"ת מעייני גנים (עבאדי), חו"מ, סימן כ (עמ' 264); שו"ת מעיל שמואל (פלורנטיין), חו"מ, סימן לג (סח ע"ד).

בדומה, אם העביר שומר שכר בהמות על גשר, ודחפה אחת את חברתה, ונפלה חברתה לנהר, וניזוקה או מתה, אף על פי שאינו יכול להציל אותה בזמן הדחיפה, חייב. אף כאן, הוא היה צריך להישמר מפני הסכנה הזאת, על ידי שיעביר את הבהמות על הגשר אחת אחת.⁵⁴ סוג אחר של נפילה הוא בפיקדון שהוא חפץ דומם, שהשומר מעביר ממקום למקום בעבור בעליו בתור סָבֵל, ותוך כדי כך נתקל השומר, והפיקדון נופל ונשבר. כאן אין פוטרים את השומר מטעם אונס, מפני שהיה צריך לחזות את האפשרות שיינתקל, והיה צריך לבדוק היכן רגליו דורכות. אף על פי כן, תיקנו חכמים, שהשומר-הסָבֵל יהיה פטור על מה שנשבר עקב היתקלותו. חכמים חששו שאם יחויב סבל על נפילת המשא במקרה זה, אנשים יסרבו לעבוד בסבלות. כדי למנוע זאת, תיקנו חכמים שהסבל יהיה פטור כאן.⁵⁵

6. נזקים שונים

פיקדון שנמצא בתוך בית בוער, ואין אפשרות להוציא אותו משם, זהו אונס, כפי שנראה בפרק ג. אך אם מחדל של שומר השכר הביא לכך שהפיקדון לא הוצא מן הבית בעוד היה הדבר אפשרי, הוא יחויב. לפיכך, אם בתחלת הדלֵקָה היה יכול להצילו, ורק אחר כך השתנה המצב ולא היה יכול להצילו, הוא חייב.⁵⁶ כמו כן, אם הפיקדון היה בבית עץ, והבית הסמוך התחיל לבעור, חייב השומר להוציא את הפיקדון מן הבית; ואם לא עשה כך, ונדלק הבית, ונשרף הפיקדון, השומר חייב.⁵⁷ ברם, אם הפיקדון היה בבית אבן, ובית עץ שליידו התחיל לבעור, אין השומר צריך לחשוש לאפשרות הרחוקה שתתפשט השרפה אל בית האבן. משום כך, הוא פטור אם קרה הבלתי צפוי, ונבקע בית האבן ונשרפה תכולתו.⁵⁸ סוג אחר של מחדל באי מניעת שרפה הוא, כשעזב השומר את מקום הנכס, אפילו בזמן שמקובל לעזובו, ונפלה שם דלֵקָה. אם המצב הוא שיש להניח שאילו היה שם היה יכול להציל את הנכס, השומר חייב.⁵⁹ קל וחומר, שהשומר חייב אם נשרף הבית מתוך רשלנות של השומר, כגון שהלך עם נר ונפל

⁵⁴ ב"מ צג ע"ב.

⁵⁵ רי"ף, ב"מ נא ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות שכירות, ג, ב; סמ"ג, עשה פט (קעב ע"ב); אור זרוע, ב"מ, סימן רעז; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ פג ע"א; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער י; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פג ע"א; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ פג ע"א; מאירי, ב"מ פב ע"ב, במשנה; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ו, הלכה ה, אות א; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' פא); רא"ש, ב"מ, פרק ו, סימן יט (הובא בפרי עץ חיים, חלק ד, דף קכא, מס' 409); ספר מישרים, נתיב ל, חלק ב; טור, חו"מ, שד, א; שו"ע, חו"מ, שד, א; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לט.

⁵⁶ נתיבות המשפט, שג, ס"ק ו, בסופו. שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן כ, ופקודת אלעזר (לעוו), שו"ת, סימן קסז, כותבים באופן כללי שאם נשרף הנכס, שומר שכר פטור רק אם לא היה יכול להצילו.

⁵⁷ כך מוכח מן האמור להלן בסמוך. אך ראה במילואים להערה 120, בשם בית יעקב, שאם בתחילה הייתה האש רחוקה, והלך לשם לעזור לכבות, ופתאום התפשטה האש למקום הנכס, הוא פטור (משמע – גם בבית עץ), מפני שלא היה צפוי שתתפשט לשם.

⁵⁸ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן טז. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תקסג, כותב בסתם ששרפה בבית אבנים היא אונס.

⁵⁹ רוב דגן (עטייה), אות לטובה, אות ז. נידונו הוא שהנכסים היו בחנותו של השומר, והלך לביתו בזמן שמקובל שאנשים הולכים לביתם, והוא כותב שיש להניח שהיה יכול להציל משרפה אילו היה שם, על ידי שפרכת מים, או הריסת התקרה על ידי פועלים. הוא מסתמך על דין שומר שעזב את הבהמה, ונטרפה (ליד ציון הערה 46).

ממנו ניצוץ⁶⁰. אבל אם לא היה מחדל כזה, והשומר שם את הנכס במקום הראוי לשמירה לפי הזמן ולפי המקום, עם שלו, ונשרף, הוא פטור. אין אומרים שהיה צריך להניחו בכיפה של אבנים, שהרי לא ייתכן שבמקום שאין בו כיפה של אבנים שומר שכר יהיה חייב באונס שרפה⁶¹.

היה נהוג בתקופה מסוימת שאנשים פרטיים היו מביאים תבואה לטחנת קמח לטחון, והיו משאירים את השקים שם לאחר שביקשו מן העובד בטחנה לשמרם בעבורם, ולעיתים היו נותנים לו שכר על השמירה. במקרה כזה, אם אנשים אחרים הזיזו את השק הנשמר לצד, כדי לפנות מקום לתבואה אחרת, ונקרע השק, העובד, שומר השכר, חייב, מפני שהיה לו להזיז את השק בעצמו, ובוהירות⁶². ברם, אם העובד היה עסוק תדיר בטחינת התבואה, כך שלא היה יכול להזיז את השק בעצמו, או שלא היה יכול למנוע בעד האנשים להזיז את השק, וקרה מה שקרה, הוא פטור. כאן אין להטיל עליו את האחריות לחזות את התוצאות של הנסיבות המתהוות, מכיוון שהוא עסוק תדיר בטחינה, כך שאינו יכול למנוע נזקים כאלו, כאמור, ולכן ברור שלא התכוון לקבל על עצמו לשמור מפניהם, וכך היה המנהג המקובל. אילו רצה בעל התבואה שישמור גם מזה, היה צריך להתנות כך בפירושו⁶³.

שמר בהמה במבנה שדלתו הייתה עמידה בפני רוח מצויה, אך לא הייתה עמידה בפני רוח שאינה מצויה, ונפרצה הדלת על ידי רוח שאינה מצויה, וברחה הבהמה, שומר השכר חייב, משום שהיה צריך לציפות אפשרות זו⁶⁴.

שמר בגדים בתיבה, ואכלום עכברים, השומר חייב, משום שאילו קנה חתול, היה החתול מונע את נזק העכברים, והרי מחובת שומר שכר להוציא הוצאות הנחוצות לשמירה⁶⁵, כפי שנראה להלן⁶⁶.

אבד הנכס באונס, כגון כתוצאה מכך שהשומר היה חולה ולא היה יכול לשמרו וכך אבד, הוא פטור, שכן לא היה יכול למנוע זאת⁶⁷. כמו כן, אם הלך שומר השכר ברחוב כשהנכס בידו, ופתאום יצא אריה מתוך בית אחד, וכל האנשים ברחו, ומתוך הלחץ נדחף השומר, ונפל הנכס ואבד, זהו אונס, והוא פטור⁶⁸. אבל אם אינו אונס, אפילו היה קרוב לאונס, כגון שאבדה אבן יקרה מטבעת, והשומר לא היה צריך לדעת שהיא אינה מהודקת היטב בטבעת, הוא

⁶⁰ פרי עץ חיים, חלק ד, דף קל (מס' 414). הוא נוקט כדוגמה לפטור, שנשרף הבית מחמת ברק, או מחמת דלקה שנפלה בעיר.

⁶¹ שו"ת הרמ"א, סימן קו.

⁶² כך מוכח מדברי כסף הקדשים, בהערה הבאה.

⁶³ כסף הקדשים, רצא, ה, כמוסבר על ידי רח"א מילר*.

⁶⁴ אמת ליעקב, נויקין, חלק א, עמ' רלט. כך מוכח מב"ק מה ע"א, ששם נאמר ששומר שכר חייב (שם מדובר ביחס למה שהבהמה הנשמרת הזיקה לאחרים) אם שמר בהמה רק שמירה פחותה, ופירש רש"י (ד"ה ונעל), בדלת שיכולה לעמוד רק ברוח מצויה (על פי ב"ק נה ע"ב)*.

⁶⁵ חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ מב ע"א; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מב ע"א (ד"ה מי); שלטי הגיבורים, על המרדכי, ב"מ, סימן רע (הובא בשו"ת פרי הארץ, חלק ג, תו"מ, סימן ז, דף עד ע"ב)*.

⁶⁶ בסעיף 6, פרק ד.

⁶⁷ קצות החושן, שג, ס"ק א (הובא ביד הלוי, לוין, סימן לה).

⁶⁸ שו"ת מהר"ש צור, סימן טז.

חייב⁶⁹, אף על פי שלא היה צפוי שזה יקרה⁷⁰, מפני שבכל זאת היה צריך להשגיח על הטבעת כל הזמן, ולשים לב שלא תפול האבן. כמו כן, אם החזיק את הכסף הנשמר בכיס התלוי ברצועה סביב צווארו, ונקרעה הרצועה, ואבד הכיס, הוא חייב, אף על פי שזו אבדה הקרובה לאונס, משום שאינה אונס גמור⁷¹. קל וחומר, ששומר שכר חייב באבדה רגילה, כגון שהוציא את הבהמה הנשמרת לרעות, וברחה ואין ידוע היכן היא, או שהניח את המיטלטלין המופקדים בחיקו, ונפלו בעת הליכתו, ואין ידוע היכן נפלו⁷². זאת בניגוד לשומר חינוס, שפטור כאן אם לא התרשל.

שומר שכר על בהמה, והבהמה חסרת שיניים, כך שאינה יכולה לאכול דברים קשים כשאר בהמות, והשומר לא שם לב לכך, ושם אותה עם שאר בהמותיו, ונתן לכולן אוכל רגיל, ומאחר שלא הייתה יכולה לאכול, מתה – השומר חייב⁷³. יש אומרים שישלם רק שני שלישים מערך בשר הבהמה, משום שאין עליו אשמה גמורה בזה שלא חשש לאפשרות הזאת⁷⁴. אבל רוב הפוסקים אומרים, שהוא חייב לשלם את כל מה שהבהמה הייתה שווה בחייה, משום שיש עליו אשמה מלאה על שלא דיקדק בדבר; אלא שיש להניח שבהמה כזאת בחייה שווה פחות מבהמה רגילה, משום שאי אפשר להשתמש בה למלאכה, וצריך לשחטה מיד לאכילה⁷⁵.

נרקב הנכס, משום ששומר השכר לא נקט אמצעי זהירות למנוע זאת, הוא חייב. רק אם אָוורר אותו השומר כנדרש, והניחו במקום שאין מצוי בו ריקבון, הוא פטור⁷⁶. אם הפיקדון הוא של סחורה שהשלטון אסר לסחור בה, והשוטרים רשאים להחרים אותה מכל אדם שימצאוה אצלו, ומצוי הדבר ששוטרים אכן באים ומחרימים סחורה כזאת, חייב שומר השכר אם לקחנה ממנו, מפני שהיה צריך להטמין אותה במקום שלא יוכלו השוטרים למצאה⁷⁷.

שומר שכר על עופות, שפתח את דלת הלול להוציא עוף אחד, וכשפתח ברח עוף אחר, הוא חייב, משום שהיה צריך להעלות על דעתו אפשרות זאת, ולהיזהר בעת פתיחת הדלת. זאת גם אם פעמים רבות לפני כן פתח את הדלת, ולא ברח שום עוף⁷⁸.

⁶⁹ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תקמז; מרדכי, ב"מ, סימן שנט, הובא בשו"ת מהרי"ק, שורש קד, בבית יוסף, חו"מ, סימן קפה, מחודש ג, וסימן, שג, ב, בשו"ע, חו"מ, קפה, ח, בשו"ת אבן עזר, וכל, סימן קלט, בשו"ת מעיל שמואל (פלורנטיין), חו"מ, סימן לג (סח ע"א), ובשו"ת שו"ת ורמב"ם, מהדורא ג, חלק א, סימן תלב.

⁷⁰ יטב לב (חזון), דרוש ט (לג ע"ב), הלומד כך מדברי המרדכי שם.

⁷¹ שו"ת מהרי"ק, שורש קד, הובא בשו"ת מעיל שמואל (פלורנטיין), חו"מ, סימן לג (סח ע"א), בשו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן יג (כא ע"א), ובשו"ת עין משפט (מלכי), חו"מ, סימן יב (קט ע"ב).

⁷² מאירי, ב"מ צד ע"ב, האומר שזוהי "אבדה" שנאמר בכל מקום ששומר שכר חייב בה.

⁷³ ב"מ מב ע"ב (הובא בשו"ת מהר"ם אלשיך, סימן כ, בשו"ת זרע אברהם, יצחקי, חו"מ, סימן כג, במימי הדעת, דף יא ע"ב, בתבואות שור, יח, ס"ק כד, ובשו"ת משפטי שמואל, סימן נב).

⁷⁴ רש"י, ב"מ שם, ד"ה ומשלם (ויחזיר את העור); נימוקי יוסף, ב"מ כד ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ת המב"ט, חלק ג, סימן קעג.

⁷⁵ יש כמה הסברים, במה מתבטאת ירידת ערכה. ראה על כך במילואים.

⁷⁶ ספר התרומות, עזר מט, חלק ב, אות ג.

⁷⁷ כרם אפרים (שטיגליץ), מאמר כא.

⁷⁸ שו"ת איגרות משה, חו"מ, סימן סט. על דין שומר חינוס במקרה זה, ראה סעיף 2(א), הערה 205.

תפס מישהו את הנכס מן השומר בטענה שבעל הנכס חייב לו חוב כשלהו, השומר חייב, מפני ששומר שכר צריך לשמור היטב כדי למנוע אפשרות שמישהו יתפוס את הנכס⁷⁹. שוכר בית, שהסיק בו את התנור, ונשרף הבית, חייב, גם אם השתמש בתנור בדרך הרגילה, משום ששומר שכר צריך לבדוק היטב את מעשיו⁸⁰. אדם נתן כלי למתווך למכור בעבורו, והמתווך נתן אותו לאדם שאמר שהוא רוצה לבדוק אותו, לראות האם לקנותו. בסופו של דבר, הבודק לא רצה להחזירו. המתווך חייב, בהיותו שומר שכר⁸¹. כאן לא היה אונס⁸², אף על פי שכעת אינו יכול להוציא את הכלי מידי אותו אדם, מפני שהיה צריך לזוהר שלא למסרו לבדיקה בלי ערבון. מאותה סיבה, חייב גם מתווך שמכר חפץ בהקפה לאדם שבעל החפץ לא הרשה לו להקיף לו, אם אחר כך סירב הקונה לשלם⁸³.

ראובן הפקיד פשות (צמח שהיו רגילים לשים בשכר, להשבחתו) אצל שמעון, ולשמעון הייתה פשות אחרת. אמר שמעון לעושה השכר שלו: "שים מן הפשות הזאת בשכר", ועושה השכר חשב שלא אכפת לשמעון איזו פשות ישים, והוא שם את של ראובן. שמעון השומר חייב לשלם על הנזק שנגרם לפשות, מפני שהיה לו לחזות טעות כזאת מצד עושה השכר, והיה צריך להדגיש באוזניו לא ליטול מן הפשות השנייה⁸⁴. אם אמנם הדגיש זאת באוזניו, ואף על פי כן טעה עושה השכר, השומר פטור⁸⁵.

פרק שלישי

חובת הצלה בשעת מעשה ("ולא היה יכול למנוע תוצאותיהן")

כפי שאמרנו בפרק א, "לא היה יכול למנוע תוצאותיהן" הוא החלק העקרוני בהגדרת "אונס" ששומר שכר פטור בו: אי היכולת למנוע, בשעת מעשה, את הנזק שאירע לפיקדון. בפרק זה נברר את התנאים לאי יכולת זו, באופן כללי ובאופן פרטי. באופן כללי – איזה סוג מאמצים מוטל על שומר השכר לעשות כדי לנסות להציל את הנכס מן הנזק, אשר רק אם הם אינם

⁷⁹ חידושי הריטב"א, כתובות פד ע"ב (הובא בשו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן לא); דברי משפט, שמ, א (ס"ק א).

⁸⁰ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רסו.

⁸¹ ראה סעיף 1(ג), פרק ג, 6.

⁸² שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רז, הובא בבית יוסף, חו"מ, קפה, מחודש ה, ובשו"ת מצרף לכסף – אלף כסף, חו"מ, סימן נט. על דין דומה בשומר חנם, ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 83.

⁸³ רשב"א שם, הובא בבית יוסף שם, מחודש ו.

⁸⁴ חידושי הרמב"ן, ב"מ מב ע"ב (הובא בשו"ת בני אהרן, סימן מ); חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מב ע"ב; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מב ע"ב; חידושי הר"ן, ב"מ מב ע"ב (הובא בנימוקי יוסף, ב"מ כד ע"ב, בדפי הרי"ף, ומשם בבית יוסף, חו"מ, רצא, כז, בשו"ת לחם רב, סימן קפ, בשו"ת מגיד מראשית, חלק ב, סימן ת, דף ל ע"ג, ובפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג, דף קיב ע"ד); שו"ע, חו"מ, רצא, כה; ב"ח, חו"מ, רצא, כו; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן ר (הובא בשו"ת מעיין גנים, עבאדי, חו"מ, סימן כ, עמ' 265); שו"ת שער המים, סימן כד (נו ע"ד).

⁸⁵ שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סימן ת. הוא הדגיש שבמקרה זה חייב עושה השכר.

יכולים להועיל, ייקרא המצב "אי יכולת למנוע". באופן פרטי – סקירת מספר מקרים פרטיים, שקיימת פסיקה לגביהם, הקובעת האם הייתה בהם יכולת להציל, או לא. הדיון הכללי במאמצים שמוטל על השומר לעשותם כדי להציל את הנכס, שייך לדיונונו בסעיף 6, ששם נדון בפעולות שהשומר צריך לעשות כדי למנוע נזק; ושם הדיון משותף לשומר חינוך ולשומר שכר. נמנה כאן בקיצור את הכללים שנראה שם בהרחבה: השומר צריך לעשות פעולת הצלה גם אם בעל הנכס נוכח ויודע על הסכנה, אלא שהוא מסרב לפעול⁸⁶. אם יש חשש שייזוק השומר נזק רציני עקב פעולת ההצלה, הוא פטור מלמצע⁸⁷. אין מטילים על השומר לעשות מה שאסור לפי ההלכה, כדי להציל את הנכס⁸⁸. השומר חייב לעשות פעולת הצלה רק אם יש חשש סביר שיקרה נזק⁸⁹, ורק אם יש סיכוי סביר שפעולתו אכן תמנע את הנזק⁹⁰.

נראה שם עוד שני כללים, שהם מיוחדים דווקא לשומר שכר ולא לשומר חינוך: הכלל הראשון הוא, שעליו לנסות להשיג עזרת אנשים אחרים לעזור לו להציל את הנכס מן הנזק, גם אם יצטרך לשלם לאותם אנשים תמורת עזרתם; ואם היה יכול לשכור אנשים ולהציל בעזרתם, ולא עשה כך, אין זה אונס⁹¹. הכלל השני הוא, ששומר שכר חייב לנקוט פעולת הצלה גם אם צפוי לו מכך נזק גופני מועט, שלא כמו שומר חינוך⁹².

כעת נביא רשימה של מקרים שנאמר עליהם במקורות שהם אונס – מצבים שבהם אין השומר יכול להציל. יש לזכור שהפטור השומר בכל אלו, מותנה בכך שהוא לא היה אחראי להתהוות המצב הזה של אי יכולת להציל; ובכך עסקנו בהרחבה בפרק ב.

גולן חמוש שבא לגזול את הפיקדון, השומר מן הסתם אינו יכול למנוע זאת, ולכן הוא פטור⁹³, גם אם לא ניסה להתנגד. הוא פטור גם אם היה חמוש כמו גולן, מפני שמטבע הדברים גולן מתאמץ לגזול יותר מששומר מתאמץ להציל⁹⁴. שומר אינו מוכן, מן הסתם, להסתכן כדי להציל, בעוד שגולן יהיה מוכן להסתכן כדי לגזול, שעל זה מחייבת⁹⁵. אך אם הגולן אינו חמוש, אין מניחים מן הסתם שהשומר אינו יכול להציל, אלא מוטל על השומר (אפילו אין הוא חמוש) לנסות להתגבר עליו, מפני שמן הסתם יש לכך סיכוי, ואין הוא מסתכן

⁸⁶ סעיף 6, פרק 1, 3.

⁸⁷ שם, פרק 2, 2(ב).

⁸⁸ שם.

⁸⁹ שם, פרק ח, 2.

⁹⁰ שם, פרק ז, 2(ג).

⁹¹ שם, פרק ד, 3.

⁹² שם, פרק ז, 2(ב).

⁹³ ב"מ צג ע"ב; שו"ת הר"ן, סימן כ (ששודדים הם אונס); שו"ת המב"ט, חלק א, סימן קצו (על שודדי ים ששודרו את הספינה ובה הפיקדון), וסימן רפב (גם אם בא בלילה ונחבא מבני אדם); שו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יז; שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קמו (כשבאו בלילה דרך החלון והרגו את בעלת הבית).*

⁹⁴ ב"מ צג ע"ב; רמב"ם, הלכות שכירות, ג, ד; סמ"ג, עשה פט (קעב ע"ב); עץ חיים (חזן), חלק ג, הלכות שומר חינוך ושכר, עמ' קסג; ספר מישורים, נתיב ל, חלק ד; תשב"ץ, חלק ב, סימן רעב (מ ע"ב, מא ע"א); שו"ת הרשב"ש, סימן תקעה; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' פא); שו"ת יכין ובוועז, חלק א, סימן יא (ו ע"ג); טור, חו"מ, שג, ד; שו"ע, חו"מ, שג, ג; שו"ת איגרות משה, חו"מ, סימן סז; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תל; אבני החושן, שג, ס"ק ד; שו"ת חכם צבי, סימן קלב.*

⁹⁵ ר' אהרן אביוב, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תנט (מפני שעל דעת זה בא, להרוג או ליהרג); ב"ח על טור שם.*

בזה⁹⁶. אף על פי שאין זה בטוח שיצליח להתגבר עליו, מה יש לו להפסיד מן הניסיון? הרי אין הוא מכניס בכך את חייו לסכנה. לפיכך, אם לא ניסה, הוא חייב. אבל אם הוא ניסה להתנגד, ולא הצליח, הוא פטור, שהרי התברר שזה אונס – לא היה יכול למנוע את הגנלה⁹⁷. אם תקפוהו שני אנשים (או יותר), זהו אונס, גם אם לא היו חמושים, משום שמן הסתם אינו יכול להתנגד לשניים⁹⁸, ולכן הוא פטור גם אם לא ניסה להתנגד⁹⁹. גם אם דרש הגולן החמוש, תוך איומים, שיתן לו את הנכס, ונתן לו את הנכס בעצמו, הוא פטור¹⁰⁰.

חיות הבאות לטרוף בהמה מופקדת – יש הבחנה בין סוגי החיות. באו אריה, דוב, נמר, ברדלס או נחש, מן הסתם אינו יכול להציל, וזה אונס¹⁰¹. באו שני זאבים, זהו אונס. אבל אם בא רק זאב אחד, אין זה אונס, מפני שיש לשומר סיכוי להתגבר עליו¹⁰², ולכן הוא צריך להילחם עם הזאב, גם אם ייתכן שיינזק מכך נזק גופני¹⁰³. באו שלושה כלבים, זהו אונס, גם אם באו מאותו כיוון¹⁰⁴. באו שני כלבים מאותו כיוון, אין זה אונס¹⁰⁵. אם באו הכלבים כל אחד מכיוון אחר, יש אומרים שזהו אונס¹⁰⁶, ויש אומרים שאף זה אינו אונס¹⁰⁷. גם באותם מקרים שאינם קרויים אונס, משום שיש בהם סיכוי לשומר להציל, אם השתדל השומר ולא הצליח להציל, הוא פטור, מפני שהתברר שזה היה מצב של אונס¹⁰⁸, ואין אומרים שהיה צריך להתאמץ יותר, אלא מקבלים את טענת השומר שהתאמץ ככל יכלתו.

⁹⁶ מאירי ב"מ שם (במשנה); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תל; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קה; ב"ח שם.

⁹⁷ ב"ח, חו"מ, שג, ה; שו"ת שער אפרים, סימן קכב (ד"ה והנה); נתיבות המשפט, שג, ס"ק ד (הובא בשו"ת איגרות משה, חו"מ, סימנים סו-סז).

⁹⁸ מהר"ם בן חביב, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א, דף פז ע"ד (הובא בשו"ת פרח שושן, חו"מ, כלל א, סימן ב, דף סג ע"א); שו"ת איגרות משה, חו"מ, סימנים סו-סז; שו"ת חוק ומשפט, סימן צ; אם הדרך, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, ב; שו"ת השמיים החדשים, חו"מ, סימן רכז.

⁹⁹ איגרות משה שם.

¹⁰⁰ שו"ת הרשב"ש, סימן תקעה (אם איימו להכותו או לְקַרְגוֹ אִם לֹא יִתֵּן), הובא בשו"ת דברי שמואל (ארדיטי), חו"מ, סימן טז (רל ע"ב); שו"ת בית יהודה (עייאש), חו"מ, סימן ב (עב ע"ד), גם בשם דייני ק"ק סאלי; שו"ת יכין ובוועז, חלק א, סימן יא, דף א ע"ב וע"ד (אם הושם במאסר מחמת עלילה בגלל הנכס).

¹⁰¹ רמב"ם, הלכות שכירות, ג, ד; טור, חו"מ, שג, ה; שו"ע, חו"מ, שג, ו; אור החיים, בראשית לא, לט. שם יוסף (אליקים), על הרמב"ם שם, מדגיש שפטור גם אם לא ניסה להתנגד, אבל אם לא היה שם, חייב אם יש להעריך שהיה יכול למנוע את ביאת החיות.

¹⁰² רמב"ם, הלכות שכירות, ג, ד; סמ"ג, עשה פט (קעב ע"ב); סמ"ק מצורין, מצווה רנא (עמ' פא); ספר מישרים, נתיב ל, חלק ד; ספורנו, שמות כב, יב; טור, חו"מ, שג, ד; שו"ע, חו"מ, שג, ד, הובא בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אהע"ז, סימן ב; שו"ת איגרות משה, חו"מ, סימן סז; שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א (פז ע"ד). הרמב"ם והשולחן ערוך כותבים שאין הברדל לעניין זה בין זמן שהזאבים תקיפים במיוחד ("משלחת זאבים") לבין זמן רגיל. דין שומר חינוס שונה במקרה שיש רק זאב אחר – ראה סעיף 6, ליד ציון הערה 268. עיין על כך בשושנת יעקב, שג, ס"ק ט.

שו"ת הרמ"א, סימן קו.

¹⁰⁴ הרמב"ם שם; ב"ח, חו"מ, שג, ד. עיין על כך בשושנת יעקב, שג, ס"ק ה.

¹⁰⁵ טור, חו"מ, שג, ד; שו"ע, חו"מ, שג, ד; ספורנו, שמות כב, יב.

¹⁰⁶ טור שם; אגודה, ב"מ, סימן קלז. ונראה שזאת גם דעת ספר מישרים, נתיב ל, חלק ד, אף שלשונו משובשת. אגודת אוזב (סוף ספר גדולת מרדכי), סימן שג, מבאר מה מקורו של הטור בתלמוד (עיין שם), וכותב שהפוסק כך לא הפסיד.

¹⁰⁷ רמב"ם, הלכות שכירות, ג, ד; בית יוסף, חו"מ, שג, ד, ושו"ע, חו"מ, שג, ד.

¹⁰⁸ רמ"ה, בטור, חו"מ, שג, ה (הובא בשו"ת שער אפרים, סימן קכב, ד"ה והנה); שו"ע, חו"מ, שג, ה; שם יוסף (אליקים), על הרמב"ם שם. הרמ"ה אומר שאם אין עדים שהשתדל להציל, הוא נאמן (בשבועה) לומר שהשתדל ולא הצליח. וראה גם ליד ציון הערה 97.

טבעה בים הספינה שהפיקדון היה נתון בה, זהו אונס¹⁰⁹. אבל אם השומר לא היה ליד הנכס, ויש להעריך שאילו היה שם, היה יכול להציל, הוא חייב¹¹⁰. שטף נהר את הנכס, זהו אונס¹¹¹. מיתה טבעית של בהמה היא אונס, אלא אם ייתכן שלא הייתה טבעית, אלא נגרמה עקב רשלנות של השומר¹¹². מקרה מיוחד שלא יופטר בו שומר שכר על מיתה טבעית של הבהמה המופקדת הוא, כגון שנגנבה מביתו, ולאחר מכן מתה מיתה טבעית בבית הגנב. היא לא מתה מחמת הגנבה, ואף על פי כן השומר חייב, מפני שגם אילו לא מתה, הייתה אבודה מבעליה, כיוון שהייתה בבית הגנב, ואנו מחייבים אותו על הגנבה, ולא על המיתה¹¹³. כך גם אם הולך את הבהמה לרעות בשדה, ונגנבה משם, ומתה בבית הגנב¹¹⁴. אך אם הגנבה הייתה באופן שהוא פטור עליה לפי המפורט לעיל פרק ב, 2, הוא פטור אם מתה בבית הגנב, שכן אין לחייבו לא על המיתה ולא על הגנבה¹¹⁵.

נשרף הבית שהנכס הנשמר מצוי בו, ואינו יכול להציל אותו מן השרפה, זהו אונס. אבל אם היה יכול להציל את הנכס, גם אם לשם כך היה צריך לשכור אנשים שיעזרו לו, אין זה אונס¹¹⁶. שאלה מתעוררת במקרה שהנכס היה בבית שנשרף, אבל הוא לא נשרף, אלא נגנב משם בידי אנשים הבוזזים בתים הנשרפים. אם אותם אנשים היו חמושים, השומר בוודאי פטור, שהרי לא היה יכול להתגבר עליהם ולהציל מידם את הנכס, כפי שראינו לעיל בעניין גולן חמוש, בלי קשר לשרפה¹¹⁷. גם אם אותם אנשים לא היו חמושים, אם מבחינה מציאותית, לא היה אפשר להציל את הנכס מן האש, השומר פטור על הגנבה, מפני שפיקדון במצב זה

¹⁰⁹ ב"מ דף כט ע"ב, ודף נח ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, א, ב; חוקות הדיינים, סימן קצב; שו"ת מהרי"ק, שורש קד; שו"ת הרדב"ז, סימן תנט. שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן יג (כא ע"א), מסביר שפטור מפני שזה בגדר "שבורה ומתה".

¹¹⁰ שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן טו. לגבי שומר שנעדר מן הספינה משום שחלה, הוא כותב שדינו תלוי במחלוקת הפוסקים בשומר שחלה, ונגנב הנכס משום שלא היה יכול לשמור (הערה 26 והערה 37). אך יש להעיר, שלפי הנימוק (הערה 30) של המחייבים בגנבה, משום שהתורה חייבה בגנבה אף על פי שהיא קרובה לאונס, זה לא שייך לכאן. ונראה ששאלה זו תלויה בשאלת אבדת אונס, האם המחייבים בגנבת אונס מחייבים בה – ראה במילואים להערה 67.

¹¹¹ ר' אהרן אביוב, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תנט. אלא שהוא כותב שאם שטף נהר את הבית שבו היה הפיקדון, השומר פטור רק אם ידוע שהנכס נשטף ואבד, שאם לא כן, ייתכן שהוא נגנב לפני כן.

¹¹² בסעיף 2(א), ליד ציוני הערות 215-219, פירטנו מתי אומרים שהרשלנות גרמה. ושמ, ליד ציון הערה 210, ראינו שגם אם התרשל, אם הרשלנות לא היא שגרמה למיתה, פטור השומר, ואפילו שומר שכר.

¹¹³ ב"ח, חו"מ, שג, יב. מקבילה בדין זה בשומר חינוס, מצויה בסעיף 2(א), פרק ב, 4. אלא ששומר חינוס חייב רק אם הגנבה נגרמה על ידי רשלנותו, שרק אז ניתן לחייבו עליה, ואילו שומר שכר חייב גם בגנבה שלא מתוך רשלנות, לפי פרק ב, 2.

¹¹⁴ רמב"ם, הלכות שכירות, ג, י; ט"ז, חו"מ, שג, טו.

¹¹⁵ ב"ח, חו"מ, שג, יב; פרישה, חו"מ, שג, יב, וסמ"ע, שג, ס"ק טו.

¹¹⁶ בית יוסף, חו"מ, שג, ד (הובא בפרי עץ חיים, חלק ד, דף קל, מס' 414); רמ"א, חו"מ, שג, ג (הובא בשו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן נה). זאת על פי העיקרון הכללי שצוין לעיל ושנראה בסעיף 6. פרק ד, 3, ששומר שכר חייב לעשות פעולות הצלה גם אם הן עולות לו ממון, על מנת לקבל החזר.

¹¹⁷ בית יוסף, חו"מ, שג, ד (הובא בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א, דף פז ע"ב, ובשו"ת פרח שושן, חו"מ, כלל א, סימן א, דף סב ע"ד); רמ"א, חו"מ, שג, ג. אם לא היה השומר ליד הנכס כשהגנבים החמושים נטלוהו, דינו יהיה שנוי במחלוקת שראינו בהערה 31 ובהערה 32, בדין גנב חמוש שגנב שלא בנוכחות השומר.

נחשב הפקר, ונמצא שלא גִּנְבוּ אלא זכו מן ההפקר; מה גם, שגם לולא הגנבה היה הפיקדון נשרף, ואין לחייבו על הגנבה¹¹⁸. גם אם מבחינה מציאותית היה אפשר להציל, אלא שהגנבים איימו עליו שאם ינסה להציל, ישליכו אותו לאש, הוא פטור, אם הוא נשאר במקום, ככל שומר שנגזל הפיקדון בנוכחותו כשהוא לא היה יכול להתגבר על הגזלן, כפי שראינו לעיל בפרק זה¹¹⁹. אך אם הוא נאלץ לעזוב את המקום מחמת האיומים הללו, הדין הוא כבמקרה רגיל של גנבת אונס, שבה אין השומר נוכח במקום, וכפי שראינו בפרק ב, 2, יש מחלוקת בדבר חיוב שומר שכר בגנבת אונס. לעומת זאת, אם במצב זה, שנאלץ לעזוב את המקום, נשרף הפיקדון, השומר פטור, מפני שבשִׁרְפָת אונס הכול פוטרם שומר שכר¹²⁰. שלטון: גזר השלטון שיופקעו נכסי השומר, ולקחו גם את הנכס המופקד, זהו אונס ששומר שכר פטור עליו, משום שאי אפשר להתנגד לשלטון¹²¹. הוא חייב רק אם היה יכול למנוע את הנזק מבעוד מועד, כגון להוציא את הנכס מן הארץ, או לְרַשְׁמוּ על שם אדם אחר¹²². דבר דומה פסק בית המשפט בארץ, שבנק (שהוא שומר שכר) שהעביר את הנכס למקום שנכנס אחר כך תחת שלטון הירדנים, ולכן עכשיו אינו יכול לקבל את הנכס, הוא פטור משום שזהו דבר שלא היה יכול להיזהר ממנו¹²³. רוזייה טבעית של בהמה היא אונס, ששומר שכר פטור עליו¹²⁴.

פרק רביעי

שומר שכר שהשמירה אינה עיקר מטרתו ("אך כשהמטרה לשמור על הנכס היתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו" וכו')

בסעיפנו נקבע דין מיוחד לעניין האחוריות לאבדן הנכס ולנזקו, לשומר שכר בעסקות שהשמירה בהן היא "טפלה למטרה העיקרית של החזקתו": "פטור השומר אם אבדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנותו". אנגלרד הגדיר את ההבדל בין סוגי שומר השכר, שבעוד ששומר שכר רגיל

¹¹⁸ נתיבות המשפט, שג, ס"ק ו; אבני החושן, שג, ס"ק ד (הנימוק השני). על הטענה שהנכס היה נשרף בלאו הכי, ראה במילואים להערה 120, ובסעיף 2(א), במילואים להערה 449.

¹¹⁹ נתיבות המשפט שם (ורמז לכך גם בס"ק ב שם).

¹²⁰ נתיבות המשפט שם, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, שג, ס"ק ה.*
¹²¹ שו"ת הרשב"ש, סימן תקעה; שו"ת דברי ריבות, סימן שסה; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן נד; שו"ת הרמ"ע מפאנו, סימן נב (אם שרים העלילו עליו ולקחו את הנכס). מהרשד"ם ודברי ריבות מדברים על גזרת אפיפיר (בתקופתם, היה לו שלטון) לקחת נכסים של יהודים אנוסים. על נזק שבא מחמת השלטון ראה גם ליד ציון הערה 77 ובמילואים שם.

¹²² מהרשד"ם שם.

¹²³ ע"א 172/66 רוידה אבראהים אל-עלמי נ' מקבל הנכסים הרשמי, פ"ד כ(4) 211, 221, על פי המגילה, סעיף 777, הקובע ששומר שכר אחראי על נזק שהיה אפשר להיזהר ממנו, אבל אינו אחראי לכוז עליון.

¹²⁴ כך מוכח משו"ע, חו"מ, שז, ו, שדן בכחש (=רוזייה) שסופו לחזור (ראה סעיף 2(א)), פרק ה, 2, על נזק זמני, לעניין שוכר (שאחוריותו היא של שומר שכר), ונוקט מקרה שהבהמה רותה מחמת מכה שבפשיעת השוכר, ולא נקט מקרה שרותה מעצמה, כמו לגבי שואל – מפני שאם רותה מעצמה, פטור לגמרי, גם אם אין סופו לחזור (וראה בסעיף 4, הערה 106, לעניין רוזייה טבעית בשואל, שהוא חייב).

חייב להשיג את התוצאה של שמירת הנכס, הרי שומר שכר ששמירתו טפלה, חובתו רק לנקוט בכל האמצעים הסבירים להשגת תוצאה זו, כמו שומר חנם¹²⁵.

גם שומר שכר שהשמירה אינה עיקר מטרת ההחזקה, וגם שומר חנם, חייבים רק אם נגרם הנזק עקב רשלנותם. בכל זאת, החוק אינו אומר ששומר שכר מסוג זה דינו כשומר חנם, אלא קבע בפירוט מהי מידת אחריותו, ויש הבדל בין נוסח זה לנוסח המגדיר את אחריות שומר חנם. לגבי שומר חנם הלשון חיובית: "שומר חנם אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, אם נגרמו ברשלנותו"; לגבי שומר שכר מסוג זה נוסחו הדברים בלשון שלילית: "פטור השומר אם אבדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנותו". מכאן שיש הבדל ביניהם באשר לנטל ההוכחה: כדי לחייב שומר חנם, על בעל הנכס להוכיח שהתרשל, מכיוון שהרשלנות היא עילת התביעה, ובהיעדר הוכחה, יופטר. לעומת זאת, שומר שכר מסוג זה, כדי להיפטר, יצטרך להוכיח שלא התרשל, מכיוון שאי הרשלנות היא טענת הגנה עבורו, ובהיעדר הוכחה, יחויב¹²⁶.

ניתן להצביע על ארבע דוגמאות לשומר שכר שהשמירה טפלה למטרה העיקרית של ההחזקה: א) שוכר, שעליו אומר החוק בפירוש, בסעיף 24 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971: "לעניין חוק השומרים, תשכ"ז-1967, יראו שוכר כשומר שכר שהמטרה של שמירת הנכס טפלה למטרה העיקרית של החזקתו". ב) בעל תחנת ספורטו נחשב, לגבי טפסי הטוטו, שומר שכר שהשמירה אינה עיקר ההחזקה, שהרי הטופס לא נמסר לו לשמירה, אלא כדי שיעבירו למשרד הראשי¹²⁷. ג) בעל חניון למכוניות מחזיק בהן בעיקר כדי לתת להן מקום חנייה, והשמירה טפלה למטרה זו¹²⁸. ד) מוביל סחורה מחזיק בה בעיקר בשביל ההובלה, והשמירה טפלה לה¹²⁹.

¹²⁵ י' אנגלרד, "האחריות לגבי מכונית מתוך חניון", משפטים יא (תשמ"א) 301, ה"ש 37 (על פי הבחנה דומה במשפט הצרפתי), הובא בע"א 341/80 עליו נ' ששון ואח', פ"ד לו(3) 281, 289.

¹²⁶ שר המשפטים, דברי הכנסת 44 (תשכ"ו) 214; א' סלטון, "ההיבט הנוזקי בדיני שומרים", עיוני משפט ה (תשל"ז), עמ' 655 ועמ' 661; י' אנגלרד שם, עמ' 301; עניין עלי שם, עמ' 287. אגב, לפי החוק, גם בשומר שכר רגיל, נטל הראיה מוטל על השומר. עמדת המשפט העברי לגבי נטל הראיה בשומר שכר זהה לעמדתו לגבי שומר חנם – ראה בשאלה זו בסעיף 2(א), פרק א, 7.

¹²⁷ עניין עלי שם.

¹²⁸ אנגלרד שם. אך הוא מסייג זאת (בעמ' 302) בכך שאם יש נסיבות המעידות שהשמירה הייתה המטרה העיקרית, כגון שמסר את המפתחות של המכונית לאחראי על החניון, דינו כשומר שכר רגיל. הוא הסביר (בעמ' 303), שאף על פי שחוק חווה קבלנות, התשל"ד-1974, סעיף 6(ב), קובע שקבלן נחשב שומר שכר שהשמירה היא מטרה עיקרית בהחזקתו (אגב, זו קטגוריה שכוללת הרבה מתופעות השמירה במציאות חיינו), הרי שם הכוונה לקבלן המבצע פעולה בנכס, ואילו כאן השרות הוא השמירה, ולכן הגדרת השמירה תלויה בכוונת הצדדים.

¹²⁹ ד' פרידמן, "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ג (תשל"ד) 171. הוא מעיר שאין זה הגיוני, שמוביל זה יהיה אחראי פחות מבעל מלתחה המקבל שכר על השמירה; ולדעתו ראוי לקחת בחשבון שיקולים נוספים, לקביעת מידת האחריות, כגון מקצועו של השומר ומומחיותו. ראה גם ע"א (חי') 241/95 ורדי נ' רשות הנמלים והרכבות (לא פורסם), פסקה 5 ופסקה 9, שקבע שכאשר רשות הנמלים מחזיקה נכס במחסן שלה עד להשטתו באניה, השמירה טפלה למטרה העיקרית של ההחזקה. קביעה זו קשה, שהרי המטרה האחרת היא מתן מקום לנכס, ומדוע זו מטרה חשובה יותר מהשמירה? מה גם שע"א 293/87 קצא"א נ' Skandia ואח', תקדין עליון 91(1) 442, 444, קבע לגבי מקרה דומה, כשקצא"א קיבלה דמי אחסון בעד החזקת דלק במיכליה עד להעברתו הלאה, שהשמירה היא עיקרית.

המשפט העברי ככלל אינו עושה הבחנה בין שהשמירה היא עיקר המטרה בהחזקת הנכס לבין כשהשמירה היא טפלה למטרת ההחזקה. כפי שציינו לעיל¹³⁰, בשניהם יוצרת טובת ההנאה יחסי שומר שכר לכל היקף אחריותה, לפי המשפט העברי, ובדרך כלל, שווים דיניהם של שני הסוגים של שומרי השכר – אלו המקבלים שכר תמורת השמירה, ואלו שיש להם רק טובת הנאה אגב החזקת הנכס.

ברם, יש אומרים, שבפרט מסוים, דינו של הסוג הראשון, זה המקבל שכר תמורת השמירה, חמור יותר. הכוונה לאותם מקרים ששומר שכר מחויב בהם (מלבד ה"גנבה ואבדה", שחיובו בהם מפורש בכתוב), בנימוק שמאחר שהוא מקבל שכר, היה צריך לשמור שמירה טובה במיוחד – כגון רועה בהמות שישן בזמן שמקובל שרועים ישנים ונטרפה הבהמה, או שהחליקה בהמה על שפת נהר ונפלה לתוכו, או שהעביר בהמות על גשר ודחפה אחת את חברתה ונפלה חברתה לנהר¹³¹; או מצב שהשומר יכול להציל את הנכס מאבדן רק על ידי העסקת אנשים בתשלום שיעזרו לו בכך¹³². לפי דעה זו, ניתן לבוא בטענה זו, "מאחר שאתה מקבל שכר, היית צריך לשמור שמירה טובה במיוחד", רק כלפי מי שמקבל תמורה בפועל על השמירה – אותו ניתן לחייב בשל כך בשמירה מיוחדת. לעומת זאת, מי שאינו מקבל תמורה בפועל, אלא שאנו משערים שיש לו טובת הנאה מהחזקת הנכס, איננו יכולים לחייב אותו בשמירה מיוחדת, שהרי איננו יכולים לומר לגביו שכשקיבל את ההנאה, הוא קיבל על עצמו לשמור שמירה מיוחדת¹³³. אבל רוב הפוסקים אינם מסכימים להבחנה זו, וקובעים שגם לעניין מקרים אלו, שווים שני הסוגים של שומר שכר, לחיוב, בנימוק שהשכר שהוא מקבל מחייב את שומר השכר בכל מקרה לשמירה מיוחדת¹³⁴.

¹³⁰ בדיונו בסעיף 1(ב). ראינו זאת ביתר הרחבה בסעיף 1(ג), פרקים ב-ג.

¹³¹ ראה על כך לעיל פרק ב, פסקאות 4-5.

¹³² ראה על כך בסעיף 6, פרק ד.

¹³³ שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קסט (הובא על ידי ר"פ מימון, אור תורה, שנה ט, חוב' יא, ניסן תשל"ז, עמ' תיג); שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן טז; שו"ת כרם שלמה (אמריליו), חו"מ, סימן פה (ריח ע"א); שו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן יב. נידון מהרש"ך: מי ששם את הנכס בתיבה נעולה, וגנב שבר את המנעול, ששומר שכר היה חייב, ושומר כזה פטור משום ש"מה היה לו לעשות".*

¹³⁴ משנה למלך, הלכות שכירות, י, א; חידושי ר"ע איגור, חו"מ, עב, יב; ר' אברהם הלוי, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ב (פח ע"ג); קצות החושן, עב, ס"ק ה (הובא בספר שיעורי ב"ק, גרוסמן, סימן כב, אות יא); שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן מא; ערך השולחן, חו"מ, עב, ס"ק ז; משמרות כהונה, ב"ק נו ע"א, בדעת הרמב"ם; מחזה אברהם, ב"ק צג ע"א; שו"ת דברי שלום (משאש), חו"מ, סימן מח (צו ע"א) בשם הרב יעבי"ץ; בית אברהם (ישראל), חו"מ, עב, ג (קסג ע"א)*.

סעיף 2(ג)

אחריות שואל

2. (ג) שואל אחראי לאבדן הנכס או לנזק, יהיו גורמיהם אשר יהיו, ובלבד שאחריותו לא תהיה חמורה משל מחזיק בנכס שלא כדין.

התוכן

פרק ראשון: עמדת החוק 243

פרק שני: עמדת המשפט העברי 243

פרק ראשון
עמדת החוק

המחוקק הטיל על שואל אחריות לכל נזק שיארע לנכס, גם אם לא היה יכול למנוע את הנזק שאירע. זאת בניגוד לשומרים האחרים, הפטורים בחלק מסוגי הנזקים. כלול בזה גם נזק שנגרם עקב נסיבות שלא היה יכול לחזותן מראש ולא היה יכול למנוע את תוצאותיהן, נזק שעליו שומר שכר פטור, כפי שראינו בסעיף 2(ב).

המחוקק מסייג את חיובו של השואל בכך שאחריותו לא תהיה חמורה משל מחזיק בנכס שלא כדין. המחוקק אינו בא לומר שדינו של השואל כדין גולן או כדין מעכב נכס שלא כדין (לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיפים 49 ו-52), אלא הכוונה היא שדינו לא יהיה חמור מדינם, ואם כן יש לבית המשפט שיקול דעת בעניין זה¹. משמעותו של סייג זה היא שיעמדו לשואל ההגנות המנויות בפקודת הנזיקין, סעיפים 4 עד 9, שכן הגנות אלה מגבילות את אחריותו של מחזיק נכס שלא כדין, ואחריותו של שואל אינה יכולה להיות חמורה מכך. לכאורה, מאותה סיבה תעמוד לשואל ההגנה שבסעיף 64 לפקודת הנזיקין, ולפיה אין אדם אחראי לנזק שארע שלא מתוך קשר סיבתי עם התנהגותו. אם הגנה זו תעמוד לשואל, הוא יפטור אם הנכס ניזוק באופן שהיה בוודאי קורה גם לולא השאילה, כך שאין קשר סיבתי בין התנהגותו (השאילה) לנזק. אולם מסקנה זו אינה נראית, שכן היא נוגדת בברור את לשון הסעיף "יהיו גורמיהם אשר יהיו". כנראה, הגנת העדר קשר סיבתי אינה עומדת אף למחזיק נכס שלא כדין, שאחריותו היא מוחלטת, וקיימת אף בהעדר נזק; ועל כן, הגנה זו אינה עומדת לשואל. לפירוש "לאבדן הנכס או לנזקו", ראה לעיל².

פרק שני
עמדת המשפט העברי

בהתאם למה שאמרנו במבוא, על היצמדות החוק למשפט העברי בדיני שומרים, אימץ המחוקק כאן את עמדת המשפט העברי, המחייב שואל בכל מה שקורה לפיקדון, כולל "אונס"³. אחריותו של שואל שונה באופן מהותי מאחריותם של שאר השומרים. שאר השומרים חייבים (כל אחד בתחום שלו) משום שלא שמרו שמירה מספקת, וקרה לפיקדון דבר שאילו היו שומרים אותו כראוי, לא היה קורה. אך אחריותו של שואל – אין לראות אותה כחיוב

¹ א' סלטון, "ההיבט הנויקי של חוק השומרים", עיוני משפט ה (תשל"ז) 663. וראה ת"א (ת"א) 2652/84 הוד ואח' נ' אנדין בע"מ (לא פורסם), ששואל חייב אף אם אבד נכס ברעידת אדמה.

² סעיף 2(א), פרק ה.

³ ב"מ צג ע"א; שבועות מט ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, א, ב, והלכות שאילה, א, א; טור, חו"מ, שמ, א; שו"ע, חו"מ, שמ, א.

על שלא קיים את חיובו לשמור. הלא הוא חייב גם על מה שלא היה יכול למנוע בשום אופן. הוא חייב על מה שקרה בתקופת השאילה, גם אם אותו הדבר היה קורה בוודאות גם בעודו ביד המשאיל. כך, לדוגמה, אם מתה הבהמה המושאלת מיתה טבעית⁴, או שהנכס נשדד על ידי שודדים שהם בגדר "מכת מדינה", ושדדו גם נכסים מביתו של המשאיל⁵, או שהפיקדון מצוי עדיין בביתו של המשאיל, ונשרף הבית⁶. באלו בוודאי אין "להאשים" את השואל באי מילוי חובתו לשמור. אם כן, חיובו אינו נובע מאי מילוי חובת השמירה שקיבל על עצמו⁷. חיובו של שואל נובע מסיבה אחרת: בשעת ההפקדה חלה עליו התחייבות בלתי תלויה, שאם יינזק הנכס או יאבד במשך שאילתו, גם אם לא יוכל למנוע זאת, הוא ישלם על כך⁸. התחייבות זו דומה להתחייבות שחברת ביטוח מקבלת על עצמה לשלם על נזק, שלא מתוך אחריות לגרימת הנזק, ובלי יומרה לנסות למנועה⁹.

יש שהסבירו, שהשואל חייב באונס משום שרואים כאילו הנכס המושאל קנוי לו במשך תקופת השאילה¹⁰. מאחר ש"כל ההנאה שלו", והתנאי העיקרי בהגדרת שואל הוא שלא תהיה למשאיל הנאה מן העסקה¹¹ – השואל נחשב בעל הנכס למשך הזמן הזה¹². ומאחר שהנכס כאילו קנוי לו למשך תקופה זו, הרי בתום התקופה, הוא צריך להחזיר למשאיל או את הנכס או את ערכו, ויהי מה¹³.

⁴ ב"מ לה ע"ב.

⁵ שו"ת הר"ן, סימן כ, הובא בשו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (צח ע"א); שו"ת מהרי"ל, סימן לו, ושו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קעה. הר"ן מביא ראייה מחיוב שואל במקרה הקודם, במיתה טבעית.

⁶ נתיבות המשפט, שם, ס"ק א.

⁷ נתיבות המשפט, שם, ס"ק א; אמרי מהרש"ח, ב"מ לה ע"ב; דבר שבמניין, על ספר המצוות לרמב"ם, עשה רמד; פיתוי מנחה, על ספר החינוך, מצווה ס, אות ב; הרב הרצוג, The Main Institutions of Jewish Law, חלק ב, עמ' 185; צפנת פענח, על הרמב"ם, הלכות ערכין, ו, כב; שערי זיו, חלק ב, סימן יב (כא ע"ד); איילת השחר, כתובות לד ע"ב (חיובו אינו מצד מעשה שהוא עושה, שהרי גם אם קורה אונס מאליו הוא חייב); ברכת אברהם, קידושין יג ע"א; דיברות משה, גיטין, סימן יט, ענף ד, וב"ק, סימן לו, ענף ב, וסימן פז, ענף ב; לחקרי הלכות, סימן א, עמ' ג; קובץ שיעורים, פסחים, סימן יז (שאי אפשר לחייבו על שלא שמר, מפני ש"אונס רחמנא פטריה"), הובא ביד דוד (דהאן), סימן י, עמ' קיג; חזון יחזקאל, תוספתא, ב"ק ז, ה, וב"מ, השמטות לפרק ג; בית ישראל (שלומוביץ), סימן יד, אות ט; ר"ח הייבלום, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שעח.

⁸ דבר שבמניין, שם (התחייבות תמורת הנאתו); כלי שרת, סימן לד (בדעת תוספות, כתובות נו ע"ב, ד"ה הרי); ד' הנשקה, שנתון המשפט העברי, כרך טז"ז (תש"נ-תשנ"א), עמ' 187; ר' רפאל שמולביץ, דברים שבעל פה.^{*}

⁹ א' ורהפטיג, "קניין בשומרים", ספר זכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רפד (שרשות השימוש היא במקום הפרמיה שמקבלת חברת ביטוח); ר' רפאל שמולביץ, דברים שבעל פה.^{*}

¹⁰ חידושי הרשב"א, ב"מ לו ע"ב (חייב באונס מפני שהתורה העמידה את הנכס ברשותו לשעה, כאילו הוא שלו), הובא בתורת מיכאל, סימן לו; מאירי, ב"מ לו ע"ב (חייב באונס, מפני שקנה את הנכס, שהרי הוא

שלו לכל צרכי מלאכתו, וחייב להחזיר כיוצא בה); ר' אביגדור כ"ץ, בשו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ב (שהתורה העמידה את הנכס ברשות השואל לעניין חיוב אונס, שזה לחובתו, אף על פי שלא קנאו להקדישו וכדומה); מגדל דוד, ספר מצווה, מצווה רמד (מפני שהוא כאילו קנה את הנכס מהמשאיל, ונתחייב בדמיו).^{*}

¹¹ כפי שראינו בסעיף 1(ד), פרק ד.

¹² חידושי הרשב"א, ב"מ לו ע"ב; נחלת בנימין, מצווה סא; בית אהרן, ב"מ צו ע"א; חידושי הרי"ם, חו"מ, עב, ס"ק יז; ר"י אלסטר, מוריה ה (תשל"ד), גל' ה"ו, עמ' לח (שלכן בשוכר אין אומרים שנחשב בעלים בגלל רשות השימוש).

¹³ הרב הרצוג שם, עמ' 178; מקנת חיים, ענף ו, אות כד; א' ורהפטיג, "קניין בשומרים", ספר זכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רפד (לפי ההסבר שיש לו קניין).

קיימים חילוקי דעות בין הפרשנים באשר להגדרת חיוב השואל בנזקים שאינם בגדר אונס, אלא בגדר פשיעה או "גנבה ואבדה". גישה אחת אומרת, שאף על פי שחיוב שואל באונס אינו על חוסר שמירה, מכל מקום, חיובו בפשיעה ובגנבה ואבדה הוא על חוסר שמירה, כיוון שאלו נזקים שהיה יכול למנוע על ידי שמירה טובה¹⁴. אולם גישה אחרת אומרת, שגם חיובים אלו של שואל הם בגדר התחייבות בלתי תלויה, כמו חיובו באונס, שהרי התחייבותו לשלם על כל נזק שיקרה לנכס, בוודאי כוללת גם נזקים שהיה יכול למנוע¹⁵.

השוני בהגדרה בין חיוב שואל לבין חיוב שאר שומרים – מתבטא גם בנפקויות מעשיות, בתחומים שונים, כפי שנראה בהמשך דיונינו.

המשפט העברי מסייג את אחריותו הכוללת של שואל בסייגים אחדים, והחשוב שבהם הוא שהוא פטור בנזק שאירע מחמת שימוש רגיל בנכס. בסייגים אלו נדון בדיונונו בסעיף 4, ששם אף המחוקק פטר את כל השומרים במקרה זה ובמקרים אחרים.

באשר לסייג של החוק, שאחריות השואל לא תהיה חמורה משל מחזיק בנכס שלא כדין, יש להעיר שבמשפט העברי יש ששומר (ולאו דווקא שואל) חייב יותר מגזולן¹⁶. על כך, ראה לעיל¹⁷.

¹⁴ קובץ שיעורים, פסחים, סימן יז, בדעת תוספות, כתובות לד ע"ב, ד"ה אבל ארישא (שומרים שאם פשיעת השואל גרמה לאונס, חיובו חל משעת הפשיעה – ראה סעיף 5, הערה 106), ובדעת הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג (שמחייב שואל שפשע בקרקע או שטר, מטעם פושע כמזיק, שהוא סברה המבוססת על אי שמירה – ראה בשמו בסעיף 1(א), במילואים להערה 290), וקובץ שיעורים, כתובות, סימן קכו, בדעת התוספות; ר"א גורביץ, "בדין תשלומין בשואל", מוריה יב (תשמ"ד), גל' י"ב, עמ' רסב, בדעת רש"י, ב"ק ד ע"ב, ד"ה כל הנך (שכתב ששואל הוא מזיק כיוון שלא שמר כראוי), ורש"י, ב"ק מה ע"א, ד"ה והני (שנקט גם על שואל, שהיה צריך להתחזק בשמירתו – לעניין שמירת שור, שלא יזיק), ובדעת חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צו (על חיובו בגנבה ואבדה, ונפקא מינה לשעת חלות החיוב – ראה בשמו בסעיף 5, במילואים להערה 98); בית שלמה (אבעל), שער י, דף פב ע"ב; ר' רפאל שמולביץ, דברים שבעל פה.^{*}

¹⁵ קובץ שיעורים שם, בדעת רש"י, ב"מ פא ע"א, ד"ה שמירה (שומר לעניין דין "בעליו עמו" ב"השאלני ואשאלך", ששואל אינו עושה פעולה עבור המשאל); ר"א גורביץ שם, עמ' רסד, בדעת חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צו ע"ב (על חיוב גנבה ואבדה, לעניין זמן חלות החיוב – ראה בשמו בסעיף 5, במילואים להערה 98).^{*}

¹⁶ עיין תוספות, ב"ק נו ע"ב (ד"ה פשיטא). כמו כן, יש מקרה מסוים ששואל משלם מכפלה של ערך הנכס (ראה סעיף 7, במילואים להערה 377), משום שבאותו מקרה היו כמה שאילות.

¹⁷ סעיף 1(א), פרק ג.

סעיף 2(ד)

חובת הודעה לבעל הנכס

2. אחריות שומרים (ד) שומר שנודע לו מפני שעלול להיגרם לנכס נזק שהוא אינו אחראי לו לפי סעיפים קטנים (א) עד (ג), ולא הודיע על כך לבעל הנכס תוך זמן סביר או לא נקט אמצעים סבירים להודיע לו, יהיה אחראי לאותו נזק במידה שההודעה הייתה מאפשרת לבעל הנכס למנוע את הנזק.

התוכן

פרק ראשון: עמדת החוק 249

פרק שני: עמדת המשפט העברי 250

פרק שלישי: סייגים לחיוב עקב אי הודעה לבעל הנכס 252

עמדת החוק

בסעיף קטן זה ניתנת הוראה המסייגת את הפטר השומרים באותם מקרים אשר הם פטורים בהם לפי סעיפים קטנים (א)-(ג). הסייג הוא שאם השומר ידע שעלול להיגרם נזק לנכס, נזק כזה שאינו יכול למנוע באופן סביר לפי רמת השמירה המוטלת עליו, ולא הודיע על כך לבעל הנכס, על אף שהיה יכול להודיע לו, ואילו הודיע לו היה יכול בעל הנכס למנוע את הנזק – השומר ישא באחריות לנזק. בעל נכס הוא כל מי שהשומר מחזיק עבורו את הנכס, לפי סעיף 13.

כפי שנראה להלן, שומר הרואה שעומד לקרות נזק לנכס, והוא אינו יכול למנוע בעצמו, חייב לנסות לבקש מאנשים אחרים לעזור לו למנוע את הנזק, בין לפי החוק ובין לפי המשפט העברי. אם כן, המחוקק לא היה צריך לדבר בסעיפנו על הודעה לבעל הנכס דווקא, שהרי שומר חייב להודיע על הנזק לכל אדם שעשוי לעזור לו למנוע. הסיבה שהמחוקק הזכיר דווקא הודעה לבעל הנכס היא, כפי שנסביר להלן שם, שאין סיבה להניח שהודעה לסתם אדם תניב תוצאות, שהרי רק אדם אלטרואיסטי יאות לעזור לו להציל; ואילו הודעה לבעל הנכס, יש להניח שהיא תניב תוצאות, שהרי בעל הנכס בוודאי מעוניין להציל את הנכס שלו.

סיבה נוספת לייחוד ההודעה לבעל הנכס היא, שיש סוגי נזקים שאדם סתם אינו יכול להציל את הנכס מפניהם, ורק בעל הנכס יכול לעשות פעולה שתציל אותו. דוגמה לכך היא פירות העומדים להירקב, ואי אפשר למנוע את הרקבון, ואפשר למנוע הפסד לבעל הנכס רק על ידי מכירת הפירות, או אכילתם בעוד מועד. רק בעל הנכס רשאי לאכול את הפירות או להורות לשומר לאכול; וגם מכירת הנכס אינה בכוחו של סתם אדם, ורק כשאי אפשרות להודיע לבעל הנכס, יש לשומר הרשאה סתמית לבצע מכירה, כפי שנראה להלן.² משום כך, מדובר כאן המחוקק דווקא על הודעה לבעל הנכס.

המחוקק מדבר על "נזק שהוא אינו אחראי לו לפי סעיפים קטנים (א) עד (ג)". מכך נראה שהוראת סעיפנו אינה מתייחסת להפטר שומר לפי סעיף 4, היינו בנזק שנגרם עקב שימוש רגיל בנכס, עקב בלאי טבעי, או עקב מום שהיה בנכס. באלו, הדעת נותנת שאין חובה על השומר להודיע לבעל הנכס על נזק העלול להיגרם, שכן בעל הנכס יודע בלאו הכי שצפוי שיקרה נזק על ידי אחד מן הגורמים האלו (וזאת הסיבה להפטר השומר שם), ואילו היה רוצה לבוא ולנסות למנוע נזק כזה הוא היה בא גם ללא הודעת השומר.

אף על פי שהחוק בסעיפנו מדבר על "נזק", הרי הוראת הסעיף חלה גם על אבדן הצפוי לנכס, כשם שבסעיפים קטנים (א) עד (ג) נכרכו יחד נזק עם אבדן.³ דברי החוק "במידה שההודעה הייתה מאפשרת לבעל הנכס למנוע את הנזק", מכוונים

¹ בסעיף 6, פרק ג, 1.

² סעיף 6, פרק ו.

³ א' סלטון, "ההיבט הנויקי של חוק השומרים", עיוני משפט ה (תשל"ז) 663, ה"ש 54.

למקרה שגם אילו הודיע השומר על הנזק לבעל הנכס, היה יכול למנוע רק חלק מן הנזק. במקרה זה, השומר יחויב לשלם רק על אותו חלק שהיה נמנע אילו הודיע.

פרק שני

עמדת המשפט העברי

חובת השומר להודיע לבעל הנכס על כל נזק עתידי, גם נזק מסוג שלא היה אחראי לו אילו לא הייתה אפשרות להציל על ידי אחרים, נזכרת במקורות המשפט העברי פעמים אחדות. אבל, כפי שאמרנו בפרק א, לעתים כלולה חובה זו בחובת השומר לבקש עזרה מכל אדם שיסכים לעזור לו, כדי למנוע נזק לנכס. אבל לא נעסוק כאן במקרים כאלו, משום שהם שייכים לתחום דיוננו בסעיף 46. נעסוק כאן במקרים שיש בהם רק חובה להודיע לבעל הנכס, מהסיבות שמנינו בפרק א, ועוד.

שומר פירות שלא הודיע לבעליהם שהם בתהליך ריקבון, ונרקבו – זו נחשבת פשיעה, והוא חייב⁴. אילו הודיע לבעל הפירות, היה בעל הפירות יכול למכרם או לאכלם, ובכך היה הנזק נמנע. כמוכּוּן, כפי שהסברנו בפרק א, כאן אין חובה להיעזר באנשים אחרים, שהרי הם אינם יכולים לעזור, ויש רק חובת הודעה לבעל הנכס. אלא שאם הפירות הריקבו וחסרו (באופן יחסי) רק במדה המקובלת בפירות כאלו במשך זמן כזה, אין השומר צריך להודיע על כך לבעל הפירות, משום שאין זה נחשב הפסד, מפני שכך דרך הפירות, ועוד, שבעל הפירות ידע מן הסתם שהפירות יחסרו במדה כזאת, ואין צריך להודיע לו על כך⁶. רק על ריקבון המתחיל לחרוג מגדר המקובל, חובה על השומר להודיע.

שומר בהמה, שראה שאין לה שיניים, ושלכן אינה יכולה לאכול, ואינה יכולה לחיות זמן ממושך, וצריכים לשחטה ולאכלה, ובעל הבהמה לא ידע על הבעיה, חייב השומר אם לא הודיע לו, אם כתוצאה מכך מתה הבהמה. אילו הודיע לו, היה בעל הבהמה יכול להינצל מן ההפסד על ידי שחיטתה בעוד זמן, ואילו כשמתה, היא נבלה, ואי אפשר לאכלה⁷. ככלל, כל נכס שיש בו מום, חייב השומר להודיע עליו לבעל הנכס, אם המום עלול לגרום

⁴ פרק ג, 2, ופרק ד.

⁵ ראב"ן, ב"מ מב ע"א (דף ר ע"א, במהד' עהרנרייך); שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תשעז; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' ע); פתחי חושן, פרק ב, הערה קג.

⁶ עמק השער, על ספר המקח, שער ו, הדרך השישי, ס"ק א, מדויק כך מלשון השולחן ערוך. ראה על עיקרון זה באופן כללי, בפרק ג. אך יש להעיר שרק לפירוש ש"כדי חסרונן" הוא כפשוטו (ראה סעיף 6, פרק ח, 1), אפשר לומר שמן הסתם בעל הפירות יודע זאת, מה שאינו כן לפירושים אחרים שלפיהם "כדי חסרונן" בלשון השולחן ערוך (שאליו מתייחס דיוקו של עמק השער) הוא יותר מזה – ראה סעיף 6 שם.

⁷ מאירי, ב"מ מב ע"ב. הוא נוקט, שאילו הודיע לבעל הנכס, היה יכול להחזיר את הבהמה למי שמכרה לו, בטענת מקח טעות. בסוגיה בב"מ שם מדובר שהשומר לא ידע על הבעיה, ומתה הבהמה, והשאלה הייתה האם יש לחייבו על שלא בדק זאת, וכפי שראינו בסעיף 2(ב), ליד ציון הערה 73, נפסק ששומר שכר חייב על שלא בדק, ושומר חנם פטור. אבל ברור מן הסוגיה, שאילו ידע השומר, היה חייב (גם שומר חנם) על שלא הודיע לבעל הבהמה.*

לקולקול בנכס. אם לא הודיע, והנכס התקלקל כתוצאה מהמום, השומר חייב על שלא הודיע, גם אם הוא שומר חינום, מפני שזו פשיעה⁸.

פיקדון של חייטים, שהחמיצו לאחר ההפקדה, ולא ידע על כך בעל הנכס, והתקרב חג הפסח, שבו חמץ נאסר בהנאה, והשומר היה יכול להודיע לבעל הנכס שהחייטים החמיצו ואז היה מוכרם לנכרי לפני הפסח, והוא לא עשה כן, ומתוך כך נאסרו בהנאה – חייב השומר על אי ההודעה, שהיא פשיעה⁹. אם הפקיד אצלו חמץ, כלומר שבשעת ההפקדה כבר היה חמץ, אין לחייב את השומר על אי ההודעה, משום שבעל הנכס ידע שזהו חמץ, ושייאסר בפסח; דווקא במקרה שהזכרנו, אפשר לראות את אי ההודעה כגורם להפסד¹⁰.

אם ידע השומר שמחיר הנכס עומד להיות מוזל מאיזו סיבה, חובה עליו להודיע על כך לבעל הנכס בעוד מועד כדי שיוכל למכרו לפני שיזול, ואם לא הודיע, זו פשיעה¹¹.

מצאנו גם חיוב מיוחד על שומר שהיה יכול להודיע לקרוביו של בעל הנכס, והם היו דואגים להציל את הנכס, ולא הודיע להם. מעשה היה, ששומר הניח את הנכס אצל מישהו בכפר מפני שהיה מוכרח לנסוע מהר משם להגיע לעיר, ואחר כך נשדד הנכס. נפסק, שהוא פושע, אם היו לבעל הנכס קרובים באותה עיר, כך שכשהגיע לעיר היה יכול להודיע להם שהנכס נמצא בכפר, והיו שולחים רץ מיוחד לכפר כדי ליטול את הנכס¹². יש להסביר את חובת ההודעה לקרובי בעל הנכס, על פי מה שהסברנו בפרק א את הייחוד שיש בהודעה לבעל הנכס: בעצם, חייב השומר לבקש עזרה מכל אדם היכול לעזור, אלא שמן הסתם אדם סתם לא יסכים לעזור, ואילו בעל הנכס או קרוביו, יש להניח שהם יפעלו להציל את הנכס, אם אך ידעו שיש צורך בכך.

יש שהשומר חייב על אי הודעה לבעל הנכס, גם אם בעל הנכס היה יכול למנוע את הנזק (אילו ידע עליו) רק באמצעים שאינם כשרים לגמרי לפי ההלכה. כך, נפסק, ששומר שור, שהרג אדם, ובית דין דן את השור לסקילה, וכעת השור אסור בהנאה כדין שור הנסקל, השומר חייב על שלא הודיע לבעל השור על הנגיחה, שאילו הודיע, היה בעל השור יכול לשחטו ולאכלו לפני שבית הדין יגמור את דינו, ואף היה יכול להבריחו מבית הדין¹³. השומר אינו חייב על שהוא עצמו לא הבריחו ולא שחטו (כגון שבעל השור לא היה בעיר, כך שאין לחייבו

⁸ נתיבות המשפט, רלב, ס"ק ט (ובקיצור בס"ק יא).

⁹ שו"ת מגן דוד (גיג), או"ח, סימן ג. כך נראית מסקנתו, בסוף התשובה.

¹⁰ מגן דוד שם. במקרה שאינו יכול להודיע, הוא צריך למכרו בעצמו; בשאלה האם הוא חייב לשלם אם לא מכר, ראה סעיף 6, פרק ג, 4. עוד יש מקום לפטור אף במקרה הקודם, בנימוק שהחמץ בעין והוא ניזק היזק שאינו ניכר; על כך ראה סעיף 2(א), ליד ציון הערה 422.

¹¹ שו"ת עזרת ישראל, סימן קלט. וראה במילואים להערה 14, שהוא מחייב אף להחזירו בפועל לבעל הנכס.

¹² שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן כט. הוא אינו כותב בפירוש שהשומר חייב במקרה זה, אלא שבשאלה נאמר שבעל הנכס טען לחייב את השומר מטעם פשיעה זו, וכנגדו טוען השומר שמיד כשהגיע לעיר, כבר נשדד הנכס מהכפר; ובתשובה נפסק שהשומר צריך להישבע שלא פשע את הפשיעות שבהן מאשים אותו בעל הנכס – משמע שאי ההודעה לקרובים היא פשיעה, אלא אם כן בזמן שהיה יכול להודיע להם כבר נשדד הנכס כך שלא הייתה תועלת בהודעה. וראה הערה 22.

¹³ ב"ק מה ע"א. רש"י שם (ד"ה ליפלגו) כותב שאין לחייבו על מה שלא החזיר לו לפני שנגמר דינו, אם החזיר לו לאחר שנאסר בהנאה, משום שהוא יכול לומר "הרי שלך לפניך"; משמע שאם אינו יכול לטעון "הרי שלך לפניך", חייב על שלא החזירו, שזו פשיעה – כך דייק מגן דוד שם. והוא מוכיח כך גם ממה שיש שלמה מחייב בשומר ואומר שאינו יכול לטעון "הרי שלך לפניך" (ראה בשמו בסעיף 2(א), הערה 412) – היינו שחייב על שפשע ולא החזירו בעוד מועד.

על שלא הודיע לו, מפני שאדרבה, מצווה לבער את השור, ואסור להבריחו או לשחטו; אף על פי כן, הוא חייב על שלא הודיע לבעליו (אם היה יכול), משום שחובתו היא להודיע לבעל הנכס, שיעשה בו כרצונו, ואין זה מעניינו של השומר שהאמצעים שינקוט בעל הנכס אינם כשרים לגמרי לפי ההלכה¹⁴.

תחום נוסף שחלה בו על השומר חובה להודיע לבעל הנכס על נזק עתידי, הוא במצב שכבר עבר הזמן שנקבע לשמירת הנכס. דוגמה אחת היא במקרה שהנכס נשבר, באופן שהשומר אחראי לנזק. הכלל הוא, כפי שנראה להלן¹⁵, שדי אם השומר יחזיר לבעל הנכס את שברי הנכס, בתוספת תשלום כספי השווה להפרש בין ערכו המקורי של הנכס, לבין ערך שבריו. הפרש זה ייקבע לפי ערך השברים בעת השבירה, גם אם לאחר מכן התקלקלו השברים, על אף שנמצא שבעל הנכס אינו מקבל במקרה זה את כל שווי הנכס. אך הקלה זו על השומר מותנית בכך שהשומר הודיע לבעל הנכס על השבירה; במקרה כזה, מוצדק הפסד האמור של בעל הנכס, שכן הוא היה יכול למנוע את הפסדו על ידי כך שיקח את השברים מיד כשנודע לו, לפני שיתקלקלו, ומשלא עשה כך, עליו לשאת בהפסד. ברם, אם השומר לא הודיע לבעל הנכס על מה שקרה, והשברים התקלקלו בינתיים, הוא יצטרך להוסיף לתשלום הכספי דלעיל בהתאם לירידת ערכם של השברים. כאן לא יהיה זה מוצדק שבעל הנכס יפסיד מחמת הקלקול, שהרי לא ידע על דבר השבירה, וכך לא היה יכול ליטלם לפני שיתקלקלו¹⁶.

דוגמה נוספת מסוג זה, היא לגבי מקרה בו אירע לנכס, בעת השמירה, דבר המחייב השגחה מיוחדת עליו כדי למנוע קלקול. כאן, כשהשומר מחזיר את הנכס לבעליו, חובה עליו להודיע לו על מה שקרה, כדי שידע שנחוצה לנכס השגחה מיוחדת¹⁷.

יש להדגיש, שההודעה היא חובה ואינה הפטור. רוצה לומר: אם עומד לקרות לנכס נזק שבכוח השומר למנועו, ושמוטל עליו למנועו לפי רמת אחריותו (כל שומר – בהתאם לרמתו), הוא לא יופטר בכך שידיע לבעל הנכס על דבר הנזק, אלא הוא חייב לפעול בעצמו¹⁸. רק כשהנזק הוא מסוג שאין מוטל עליו למנועו, יש נפקות להודעה, והיא חובה.

פרק שלישי

סייגים לחיוב עקב אי הודעה לבעל הנכס

יש מקרים אחדים שאין מחייבים בהם את השומר על שלא הודיע לבעל הנכס על נזק צפוי.

¹⁴ שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן קה; שו"ת יד יצחק, חלק ב, סימן קצו.*

¹⁵ בסעיף 5, פרק ג, 4.

¹⁶ קצות החושן, שמד, ס"ק ב. הוא כותב כך על פי נימוקי יוסף, ב"ק ד ע"ב (בדפי הרי"ף), שכתב שבהמה שמתה באונס, ולא הודיע השומר לבעל הבהמה היכן הנבלה, והסריחה, חייב, מפני שפשע בזה שלא הודיע (וראה סעיף 11, ליד ציון הערה 206).*

¹⁷ שו"ת מהרי"ל דיסקין, פסקים, סימן קצו, דף נג ע"א. אך הוא מעלה ספק בשאלה האם השומר יחויב במקרה שלא הודיע, ואירע נזק מחמת אי ההשגחה, בהיותו בבית בעל הנכס. מדובר שעל מה שאירע בזמן השמירה אי אפשר לחייבו, כגון שזה קרה באונס. וראה סעיף 11, ליד ציון הערה 226. רח"א מילר סבור שהחיוב כאן אינו מדין אחריות שומר אלא במסגרת חובת ההשגחה.

¹⁸ מקורות לכך נביא בסעיף 6, הערה 203.

מקרה אחד הוא, כשלא היה כל כך ברור שהנוק עומד לקרות. מעשה בשומר בהמה, שחלתה, ולא הודיע על כך לבעל הנכס, אלא טיפל בעצמו ברפואתה, ומתה. בעל הנכס טען שהשומר היה צריך להודיע לו על כך, משום שהוא התמצא יותר ברפואות, ואף טען שאילו ידע, היה מוכר אותה לשחיטה לפני שתמות. נפסק, שהשומר פטור, משום שלא היה ברור שהבהמה תמות מחמת מחלה זו, כיוון שהיה אפשר שהטיפול שמעניק לו השומר ירפא אותה, אף על פי שלא התמצא ברפואות כמו בעל הנכס; ועל נזק שאינו בטוח אין חובה להודיע. זאת ועוד: כנגד טענת בעל הנכס שהיה מוכר את הבהמה, יכול השומר להשיב, שמאחר שהנוק לא היה בטוח, ייתכן שגם אילו הודיע לו לא היה בעל הנכס מוכרה בזול לשחיטה, מתוך רצון להמתין שמא תבריא, ותהיה שווה יותר¹⁹.

מקרה שני הוא, כשבעל הנכס היה צריך לדעת מעצמו שצפוי לנכס נזק. דוגמאות לכך הן רקבון מועט, וחמץ בפסח, שראינו בפרק ב שהשומר פטור על אי ההודעה, מסיבה זו²⁰. סייג זה מקביל למה שאמרנו בפרק א, שהחוק אינו מחייב על אי הודעה על מום שהיה בנכס או על בלאי טבעי או שימוש רגיל, שגרמו לנזק, משום שבעל הנכס היה צריך לדעת מעצמו שנוק זה צפוי.

סייג נוסף שיש להזכיר כאן הוא כשחובת ההודעה לא נבעה מנוק שהיה צפוי לנכס, אלא מסיבה אחרת, ומאחר שלא הודיע, ולא בא בעל הנכס לקחת אותו, אירע לנכס נזק, שלא היה קורה אילו כבר היה ביד בעל הנכס, כגון שנגנב. דוגמאות לכך הן שומר אבדה, שידע מי בעל האבדה, ואם כן הוא צריך להודיע לו שהנכס אצלו, אך לא עשה כן; מלווה על משכון, שהלווה פרע את חובו, ועדיין לא החזיר לו המלווה את המשכון, אף שמוטל על המלווה לאפשר ללווה ליטול אותו; וקונה נכס, שנמצא בו מום, באופן שזה מקח טעות, כך שהקונה הופך להיות שומר על הנכס, והוא צריך להודיע למוכר שיבוא ליטלו ולהחזיר לו את כספו. אם, באחד מהמקרים הללו, שמר השומר את הנכס כראוי לשומר חינום (בהנחה שדינו כשומר חינום), ונגנב הנכס או אבד, הוא פטור, אף על פי שאילו הודיע, ובעל הנכס היה נוטלו, הנכס לא היה נגנב ולא היה נאבד²¹. טעם הדבר הוא, שאף על פי שהייתה על השומר במקרים אלו חובה להודיע, אי ההודעה אינה בגדר פשיעה, מאחר שלא היה צפוי באופן סביר שיקרה נזק לנכס²². רק כשצפוי לנכס נזק באופן סביר, אי ההודעה נחשבת פשיעה, שהשומר חייב עליה.

¹⁹ שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לה.

²⁰ ראה גם סעיף 6, פרק 1, 2, שחובת השומר לטפל בנכס למנוע בלאי טבעי קיימת רק בזמן שבעל הנכס מצוי במקום רחוק, אבל כשהוא במקום קרוב, אין על השומר חובת טיפול, מפני שאם ירצה בעל הנכס בטיפול, הוא יוכל לבוא ולטפל בנכס בעצמו.

²¹ נתיבות המשפט, רלב, ס"ק ט. אך נראה שאם היה מום בנכס, שהיה צפוי שיתקלקל מחמתו (כבהערה 8), ולא הודיע עליו, חייב השומר גם אם בפועל לא התקלקל אלא נגנב, משום "תחילתו בפשיעה וסופו באונס", והפשיעה גרמה לאונס, שהרי אולי אילו הודיע, בעל הנכס היה נוטלו ולא היה נגנב.

²² מה שחייבנו בפרק ב שומר שלא הודיע לקרובי בעל הנכס שהניח את הנכס בכפר, ונשדד הנכס, מדובר שהניח את הנכס במקום שאינו שמור (אלא שלולא אפשרות ההודעה, היה פטור על כך, משום שהוא נאלץ לעזוב את הנכס), כך שגנבתו הייתה דבר צפוי, שפשיעה היא לא להודיע עליו.

שומר שהתחייב לשמור בעצמו

החמרת האחריות 3. שומר חינום או שומר שכר שקיבל נכס על מנת לשמרו אישית, והוא מסר אותו לאדם אחר בלי שהורשה לכך במפורש או מכללא, אחריותו לאבדן הנכס או לנזקו, תהא כשל שואל.

התוכן

פרק ראשון: עמדת החוק 257

1. "על מנת לשמרו אישית" 257

2. "לאדם אחר" 258

3. "בלי שהורשה לכך במפורש או מכללא" 259

4. "אחריותו... תהא כשל שואל" 259

פרק שני: עמדת המשפט העברי 260

1. חובת השמירה האישית 260

2. החמרת האחריות 264

פרק ראשון
עמדת החוק

1. "על מנת לשמרו אישית"

המחוקק מחמיר בסעיפנו את אחריותו של שומר שמסר לאדם אחר נכס שקיבל "על מנת לשמרו אישית", ואחריותו תהא כשל שואל. הכוונה למקרה שהייתה התנגדות מצד בעל הנכס למסירת הנכס לאדם אחר. התנגדות זו היא עילה להחמרת אחריותו של השומר, אף על פי שהמסירה עצמה אינה נחשבת כרשלנות.

במצב סתמי, שאין לנו שום סיבה להניח שבעל הנכס מתנגד למסירה, לא חלה הוראת סעיפנו, ולא תוחמר אחריותו אם ימסור את הנכס לאחר¹. כך מוכח מלשון החוק. אילו גם במקרה סתמי הייתה חובת שמירה אישית, הרי היה החוק צריך לומר בקיצור: "שומר שמסר את הנכס לאדם אחר בלי שהורשה לכך וכו'", וזה היה כולל כל מקרה סתמי, מלבד כשהותנה במפורש שיוכל למסור לאחר. העובדה שהמחוקק האריך ונקט "שומר שקיבל נכס על מנת לשמרו אישית", מוכיחה שאין מדובר במקרה סתמי. לפי פרשנות זו, הסייג "בלי שהורשה לכך במפורש או מכללא" מתייחס לרשות שניתנה לאחר ההפקדה. כלומר, אם בעת ההפקדה הביע בעל הנכס התנגדות לאפשרות שימסור לאחר, ובכל זאת מסר השומר לאחר, מוחמרת אחריותו, אלא אם כן חזר בו בעל הנכס לאחר ההפקדה, והתיר לו למסור לאחר.

מלשון החוק "שומר... שקיבל נכס על מנת לשמרו אישית", ניתן להסיק, שלהתנגדות בעל הנכס יש ערך רק אם הובעה לפני קבלת הנכס על ידי השומר, באופן שכשקיבלו השומר, עשה זאת על מנת לשמרו אישית. במקרה זה, המסירה לאחר מהווה הפרת התחייבות לשמירה אישית, ועילה להחמרת האחריות. לעומת זאת, התנגדות בעל הנכס למסירה, לאחר שקיבל השומר את הנכס, אין בה כדי לשנות את גודל התחייבותו המקורית, כקבוע בסעיף 7(א).

לא ברור האם צריך שהתנגדות בעל הנכס למסירה לאחר תבוא בצורה מפורשת, או שבכל מקרה ספציפי שניתן ללמוד באופן סביר מדברי בעל הנכס (או מהתנהגותו), שהוא מתנגד למסירת הנכס לאחר, יש לראות בקבלת הנכס על ידי השומר התחייבות לנהוג על פי רצון זה של בעל הנכס, ולשמור אישית על הנכס. אם נאמר שאחריות השומר מוחמרת רק אם התנגד בעל הנכס בפירוש, נוכל לומר שגם במקרה סתמי בעל הנכס מתנגד מן הסתם, ובכל זאת אין אחריות השומר מוחמרת אז, מאחר שלא הייתה התנגדות מפורשת. בכך נמצאת השקפת החוק עולה בקנה אחד עם השקפת המשפט העברי, כפי שנראה אותה בפרק ב, שמן הסתם מתנגד בעל הנכס למסירה לאחר. לעומת זאת, אם נאמר שהחוק מחמיר את אחריות השומר גם כשהייתה רק התנגדות מכללא מצד בעל הנכס, משום שבעצם התנגדותו יש כדי להחמיר את אחריותו של השומר, צריך לומר שהסיבה שבמקרה סתמי אין אחריותו מוחמרת היא, שבמקרה סתמי אין מניחים שבעל הנכס מתנגד; וזה נוגד את השקפת המשפט העברי.

¹ כך אומר ז' צלטנר, "דיני חוזים בישראל בהתפתחותם", הפרקליט כט (תשל"ה) 91, שמותו לשומר למסור לאחר אלא אם כן קיבל על עצמו שמירה אישית.

אם נקבל את הגישה השנייה, שגם התנגדות מכללא מחמירה את דין השומר, יש מקום לדון במצבים שונים, ולנסות להעריך בהם בעל הנכס מתנגד, אף על פי שלא אמר זאת בפירוש.

נראה שגם במצב סתמי, אם מסר השומר את הנכס לאדם אחר לשם שימוש בנכס, תחול הוראת סעיפנו, ותוחמר אחריות השומר להיות כשל שואל. הרי אפילו שוכר או שואל, שיש להם רשות שימוש בנכס, אינם רשאים למסור את הנכס לאחר לשם שימוש (בלי רשות בעל הנכס), לפי חוק השכירות והשאילה, התשל"א-1971, סעיפים 22 ו-30; וקל וחומר, ששומר שאין לו רשות שימוש, אינו רשאי למסור לאדם אחר לשם שימוש. הדעת נותנת, שכשם ששומר שמוסר לאדם אחר נגד רצון בעל הנכס, מוחמרת אחריותו והיא כשל שואל, כך גם הדין בשומר המוסר לאחר לשם שימוש, מאחר שפעל נגד הוראת החוק, ומן הסתם יש להעריך את רצון בעל הנכס כתואם לחוק.

שאלת ההערכה הסבירה של עמדת בעל הנכס מתעוררת לגבי שומר שמסר לשומר אחר תוך הפחתת רמת האחריות, כגון שומר שכר שמסר לשומר חינום שלא ברשות בעל הנכס. במקרה זה קיימות שלוש אפשרויות: א) מסירה לאחר תוך הפחתת סוג האחריות היא רשלנות, ואם כן אינה כפופה להוראות סעיף זה. ב) המסירה אינה רשלנות, אולם ניתן לקבוע באופן סביר שבעל הנכס יתנגד לה, עקב האינטרס הפחות של שומר חינום למנוע את אבדן הנכס או נזקו. ג) שמא מאחר שהאחריות המקורית שבעל הנכס זכאי לה מהשומר, מובטחת לו לפי סעיף 7(א) ("רואים את מעשיו ומחדליו של שומר המשנה כמעשיו ומחדליו של השומר"), לא אכפת לו כלל, ואינו מתנגד למסירה. מלשון החוק לא משתמעת הכרעה בשאלה זו, ואין בו הנחיות כיצד לקבוע מה היא קבלת נכס "על מנת לשמרו אישית", באופן שתגרור את החמרת אחריות השומר.²

נראה שהוראות החוק בסעיף זה חלות גם לגבי הפרת התחייבות להימנע חלקית ממסירת הנכס. אין סיבה להבדיל בין דינה של התחייבות זו לבין דינה של התחייבות להימנע לחלוטין ממסירת הנכס "על מנת לשמרו אישית". לכן, לדוגמה, אם נניח שבעל הנכס מתנגד מן הסתם לכך שהשומר, שהוא שומר שכר, ימסור את הנכס לשומר חינום, הרי שמסירה כזאת תגרור אחריה החמרת אחריות, בעוד שאם ימסור לשומר שכר, לא תחול החמרת האחריות, משום שלגביו לא הייתה התחייבות מפורשת או מכללא שלא למסור.

2. "לאדם אחר"

סעיף 7 עוסק אף הוא בדין שומר שמסר לאחר, ומגדיר את האדם השני "שומר משנה". לעומתו, סעיף 3 מגדיר את מעמדו של האדם שנמסר לו הנכס כ"אדם אחר" ("והוא מסר אותו

² ניתן היה אולי לפשוט שאלה זאת מן המחלוקת במשפט העברי שנביא בסעיף 7, פרק ג, 4, לגבי שומר שכר שמסר לשומר חינום שבעל הנכס רגיל להפקיד אצלו. שם נראה שיש אומרים שעל אף שבדרך כלל מניחים שבעל הנכס אינו מתנגד מן הסתם לכך שהשומר ימסור לאדם שהוא, בעל הנכס, רגיל להפקיד אצלו, כאן מניחים מן הסתם שבעל הנכס מתנגד לכך ששומר השכר ימסור לאדם כזה שיהיה רק שומר חינום, כיוון שאחריותו מופחתת; ואילו אחרים אמרו שגם כאן מניחים שבעל הנכס אינו מתנגד מן הסתם למסירה; ואחרים אמרו שהמסירה מהווה פשיעה. היה אפשר לומר, שאותם חילוקי דעות יהיו קיימים בקשר לשאלתנו בכירור עמדת החוק לגבי מסירה לסתם אדם תוך הפחתת האחריות, כיוון שלפי החוק ההערכה היסודית היא שבעל הנכס אינו מתנגד למסירה לסתם אדם, כשם שלמשפט העברי קיימת הערכה שבעל הנכס אינו מתנגד למסירה למי שהיה רגיל להפקיד אצלו.*

לאדם אחר") ולא כ"שומר". נראה שטעמו של הבדל זה נעוץ בהגדרת המונח "שמירה", המופיעה בסעיף 1(א): "שמירת נכס היא החזקתו כדין". מאחר שכאן החזקת הנכס נעשית שלא כדין – תוך התנגדות בעליו – אין לראות במחזיק "שומר"³.

להגדרה זו נפקות באשר לאחריותו של המחזיק השני כלפי בעל הנכס. לגבי שומר שמסר לשומר משנה, מורה החוק בסעיף 7(א): "שומר המשנה אחראי גם כלפי בעל הנכס באותה מידה שהוא אחראי כלפי השומר". אך במקרה הנדון בסעיף 3 לא תחול הוראה זו, שהרי המחזיק השני אינו מוגדר כשומר כלל⁴ (הזיקה שיוצר סעיף 7(ב) לסעיף 3 אינה סותרת פרשנות זו, כיוון שהזיקה מתייחסת לאחריות השומר ולא לאחריותו של השני). מאותה סיבה, גם לא תחול על המחזיק השני כאן הוראת סעיף 13, ששומר אחראי כלפי מי שמסר לו את הנכס לשמירה גם אם הבעלות החוקית בנכס היא של אדם אחר, שהרי בסעיף 13 מדובר דווקא בשומר, והמחזיק השני בנידונו אינו שומר, כאמור.

אפשרות אחרת לפרש את המונח "אדם אחר" היא, שהחוק מחמיר את אחריות השומר, רק אם מסר את הנכס למי שלא קיבל על עצמו אחריות שומרים כלל – "אדם אחר", אך אם מסר אותו ל"שומר משנה", דהיינו מי שקיבל על עצמו אחריות שמירה, לא תוחמר אחריותו. אך פרשנות זו נסתרת בשל הזיקה שיוצר סעיף 7(ב) לסעיף 3, זיקה המורה בכיורר שעניינם אחד, והוא – מסירה למי שיש לו אחריות שומרים כלפי השומר. זאת ועוד: פרשנות זו לא תיתכן, מאחר שהחוק אינו מתנה יצירת חיוב שמירה בכך שהשומר יקבל זאת על עצמו, כפי שראינו בדיונו בסעיף 1(א)⁵. לעומת זאת, הפרשנות דלעיל מתיישבת עם הזיקה בין שני הסעיפים, על אף שבסעיף 7 השני מוגדר כשומר ובסעיף 3 אינו מוגדר כשומר, כיוון שהבדל זה נובע מן ההבדל העיקרי בין הסעיפים: בסעיף 3 יש התחייבות לשמירה אישית, אך לא בסעיף 7.

3. "בלי שהורשה לכך במפורש או מכללא"

התחייבות השומר לשמירה אישית ניתנת לביטול על ידי בעל הנכס, ואם אמנם יבטל אותה בעל הנכס, מסירה לאחר לא תגרור את החמרת האחריות. כך משתמע מקביעת החוק, שאחריות השומר מוחמרת רק כשמסר את הנכס "בלי שהורשה לכך במפורש או מכללא". רשות זו, מפורשת או מכללא, צריכה להינתן בקשר להתחייבות שאותה היא אמורה לבטל – "בלי שהורשה לכך", ואין להסיק מויתור בעל הנכס על מקצת התחייבות השומר להימנע ממסירה לאחר, על ביטול כולן.

4. "אחריותו... תהא כשל שואל"

אחריותו של השומר המוסר את הנכס לאבדנו מוחמרת "ותהא כשל שואל". לגבי אחריות

³ היה אפשר לסתור פרשנות זו בטענה שגם בסעיף 7 נידון מצב של מסירה שלא ברשות בעל הנכס – ראה סעיף קטן (ב) שם – כך שהשני מחזיק בנכס שלא כדין, ואף על פי כן הוא נקרא "שומר משנה". יש להשיב על כך, שהחוק נקט "שומר משנה" לעניין מקרה שמסר ברשות, שגם הוא נידון שם, ואין פסול בשימוש בביטוי זה רק משום שמדובר גם במסירה שלא ברשות.

⁴ לפי המשפט העברי, גם שומר משנה שקיבל את הנכס מן השומר שלא ברשות בעל הנכס, אחראי כלפי בעל הנכס, כפי שנראה בסעיף 7, פרק ד, 2.

⁵ דברי ש' רנר.

שואל נקבע בסעיף 2(ג): "שואל אחראי לאבדן הנכס או לנזק, יהיו גורמיהם אשר יהיו".
לאחריות זו קיים סייג בסעיף 4: "שומר אינו אחראי לאבדן הנכס או לנזק שנגרמו עקב שימוש רגיל בנכס לפי תנאי שמירתו, או עקב בלאי טבעי או מום שהיה בו בתחילת השמירה".
אולם נראה שלגבי שומר שאינו רשאי להשתמש בנכס, ומסר אותו לאחר והרשה לו להשתמש בו, לא תהיה משמעות לסייג באשר לאבדן או נזק שנגרמו עקב שימוש רגיל בנכס, כיוון ששימוש זה לא היה על פי תנאי השמירה. רק שומר הרשאי להשתמש בנכס, שמסר אותו לאחר שהשתמש בו שימוש רגיל, ונגרם עקב כך נזק לנכס, פטור, על אף שהתחייב לשמור שמירה אישית, ואחריותו הוחמרה כשל שואל – שהרי גם שואל פטור במקרה כזה.⁶
עוד ניתן להסיק מסעיפנו, שהחוק אינו מצריך קשר סיבתי בין מסירת הנכס לאבדנו, אלא השומר חייב בכל מצב, יהיו גורמי האבדן אשר יהיו. מכאן, שאפילו היה קורה האבדן גם ברשות השומר הראשון, והוא ארע בנסיבות הפוטרות אותו לפי אחריותו המקורית, מטיל עליו החוק אחריות "כשל שואל".

פרק שני

עמדת המשפט העברי

1. חובת השמירה האישית

גדרי חובת השומר לשמור על הנכס אישית, כפי שהם מופיעים במשפט העברי, מתייחסים למצב שעמדת בעל הנכס אינה ידועה. זו לשון התוספתא⁷: "אין השואל רשאי להשאיל, ולא השוכר רשאי להשכיר, ולא השואל רשאי להשכיר, ולא השוכר רשאי להשאיל, ולא זה המופקדין אצלו רשאי להפקידן אצל אחר, אלא אם כן נתן לו בעל הבית רשות". השומר מנוע אפוא מלמסור את הנכס לאחר, אף אם סוג אחריותו כשלו או גבוה משלו, כגון שוכר (שאחריות כשל שומר שכר) המוסר לשואל⁸, כיוון שמן הסתם מתנגד בעל הנכס לכך. זוהי ההערכה היסודית של עמדת בעל הנכס, כשאין שום הוכחה שכוונתו היא להיפך, להתיר את המסירה.

האיסור למסור לאחר נוהג גם כשמהימנותו האובייקטיבית של השני עולה על של הראשון, כדברי מהרי"ק⁹: "ואין השואל רשאי להשאיל – היינו אפילו כשהשומר הראשון קל שבקלים והשני אדיר שבאדירים".

ההנחה בדבר התנגדות בעל הנכס, נומקה בחששו מן הסתם מהעלמת הנכס על ידי השומר

⁶ על עמדת המשפט העברי לגבי שואל שהשאיל וניזק הנכס עקב שימושו, ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 4.
⁷ תוספתא, ב"מ ג, א. ראה סעיף 7, פרק א, 2, שאביי מטיל חיוב באונס על שומר העובר על איסור זה, ואילו רבא (שהלכה כמותו) סבור שזה רק איסור לכתחילה, והוא אינו מטיל חיוב באונס מטעם זה.
⁸ נימוקי יוסף, ב"ק ט ע"א (בדפי הרי"ף), כתב שאין שוכר רשאי להשאיל, וש"ת בני אהרן, סימן א (דף ב ע"ב), מוכיח זאת מסוגיית הגמרא בב"מ לה ע"ב "כגון שנתן רשות לשוכר להשאיל". חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ לה ע"ב, דרכי ירוחם, סימן קד, נחמד למראה, על ירושלמי פאה, פרק א (כב ע"ג), ופתחי חושן, פרק ד, הערה א, כותבים שאסור גם לשומר חנינם למסור לשומר שכר.
⁹ שו"ת מהרי"ק, שורש ו, הובא בבית יוסף, חו"מ, שמב, מחודש א, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קפב,

השני, כלשון הרשב"א¹⁰: "אין השוכר רשאי להשכיר ואין השואל רשאי להשאיל... מפני שאפשר להבריחם, ואינו רוצה שיהיו מטלטליו אצל אחרים". חשש זה הינו סובייקטיבי לחלוטין, וקיים אף במקום שהשני מהימן יותר מן הראשון מבחינה אובייקטיבית, כאמור, מפני שבעל הנכס נרתע מן הסתם מכל מצב שתאבד לו השליטה הישירה על הנכס, אף שבמציאות אין בסיס סביר לחשוש מהעלמתו.

עקב החשש להעלמה, האיסור למסור לאחר קיים גם אם קיבל השומר על עצמו לשאת בכל החיובים שינבעו ממסירתו. זאת משום שבעל הנכס מעדיף שהנכס שלו יחזור אליו, על פני אפשרות שהוא יקבל תשלום תמורתו¹¹.

גם שומר פיקדון של כסף אינו רשאי למסרו לאחר. היה מקום לחשוב, שדווקא חפץ אסור למסור, מפני שאף על פי שאם יאבד, ישלמו לו הראשון או השני, מכל מקום הוא רוצה את החפץ עצמו ולא את תמורתו, ואין מקום לטענה זו בפיקדון של כסף. אך לאמיתו של דבר אין אומרים כך, מפני שבכל זאת, בעל הכסף מתנגד שהשומר ימסור אותו לאחר, שמא יעלים האחר את הכסף, ותהיה לו טרחה לתבעו בדין¹².

נימוק זה של חשש להעלמת הנכס מצמצם כמובן את ההנחה בדבר התנגדות בעל הנכס למקרים שאכן יש מקום לחשוש להעלמתו, ולכן רק בהם חל איסור על השומר למסור את הנכס לאחר. לעומת זאת, במקום שאין לחשוש להעלמת הנכס, מותר לשומר למסור לאחר. דוגמה ראשית לכך היא מקרקעין. שומר מקרקעין רשאי למסורם לאחר לשמירה, כיוון שלא ייתכן שהלה יבריא אותם¹³ (בשומר מקרקעין נדון עוד בהמשך). גם בשמירת מיטלטלין יש מקרים שאין לחשוש בהם להברחה. דוגמה אחת לכך היא ספינה, שבעליה ממשיך להיות עמה גם כשהיא מועברת לשומר שני¹⁴. וככלל, אומר הרשב"א¹⁵: "...אבל מיטלטלין שאין עשויין להבריח, שדרכן של בעלים להישאל ולהשתכר עמהם [להיות מצוי ליד הנכס במשך השכירות

בקיצור שולחן ערוך, קפח, ד ("אפילו כשר ונאמן יותר"), ובשו"ע הרב, הלכות שאילה שכירות וחסימה, סימן א, והלכות מציאה ופיקדון, סימן ל ("אפילו כשר ונאמן יותר").

¹⁰ שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קמה, הובא בבית יוסף, חו"מ, שמב, מחודש ב. כך פירש גם מרדכי, ב"מ, סימן שנו – שמא יגנוז ויטמין. נראה שמאחר שטעם האיסור הוא חשש שהשני יעלים את הנכס, אין איסור על השני המקבל את הנכס מן הראשון לשמירה, כיוון שהוא מכיר את עצמו ויודע שאין בדעתו לגנובו. אולם אם מתחשבים בחשש לקלקול הנכס בעת השימוש בו (ראה להלן), יהיה איסור גם על השני, שמא יתקלקל בידו.

¹¹ חלקת השדה (דייטש), סימן כה (דף כב ע"ג). כמו כן, פתחי חושן, פרק ד, הערה א, כותב שמשו"ע הרב ממשע שאסור לשומר למסור לאחר אפילו הוא מקבל על עצמו את כל החיובים שיבואו על ידי המסירה.

¹² ים של שלמה, גיטין, פרק א, סימן מ. נפש חיה, ב"מ כט ע"ב, הוכיח כך מסתימת התוספתא, מב"מ לו ע"א ומגיטין יד ע"א. ראה גם במילואים להערה 10, אות יא, שראש יוסף אומר שמשום "לא פלוג רבנן" אומרים את סברת "אין רצוננו וכו' (לעניין מסוים – ראה שם) גם בפיקדון של כסף.

¹³ שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף נג וסימן אלף קמה; מרדכי, ב"מ, סימן שנו; אורחות חיים, סימן סד; רמ"א, חו"מ, שמב, א; שולחן ערוך הרב, הלכות שאילה שכירות וחסימה, סימן ב; אבני מילואים, כח, ס"ק נב; ר' בונם איגר, זכרון יצחק (גולדשמיד), עמ' מא.

¹⁴ רשב"א, אורחות חיים, ורמ"א – שם; טור, חו"מ, שיא, ה; שו"ע, חו"מ, שיא, ו. אך הרמ"א אינו מזכיר שיהיה בעל הספינה עמה. בטור ובשו"ע שם ניתן פירוט של תנאים להיתר הדבר, אבל הם בתחום דיני שכירות.

¹⁵ שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קמה, הובא בערך לחם, חו"מ, שמב, א (בשם "יש אומרים"). במחזה אברהם (בוטון), סימן לב, אות כ, בספר מבית מאיר, חלק ב, עמ' קל ועמ' קלג, ובשו"ת שמחת יהודה, סימן קה.

והשאילה, משאיל ומשכיר לאחרים". דוגמה נוספת נותן ר' יוסף קארו¹⁶: שואל רשאי להשאיל נכס לאחר אם השימוש נעשה כשהנכס נמצא ברשותו, כיוון שאז לא יוכל השני להעלימו. גם במקרים אלו, אם הביע בעל הנכס התנגדות מפורשת למסירת הנכס לאחר, על השומר להימנע מלמסרו לאחר, אף שאין להתנגדות כל טעם סביר, ובלבד שבעל הנכס הביע את התנגדותו לפני שמסר את הנכס לשומר. כאן, השומר קיבל את שמירת הנכס על דעת דרישת בעל הנכס לשמירה אישית, ולכן חלה עליו חובה זו. אולם הבעת התנגדות מצד בעל הנכס, הבאה לאחר ההפקדה, לא תחייב את השומר להימנע מלמסור לאחר, כיוון שבעת קבלת השמירה לא הייתה דרישה זו ידועה לו. כך עולה מדברי הרמב"ם לגבי שוכר ספינה ובעליה עמה, שבה אין מניחים מן הסתם שיש התנגדות למסירה, מאחר שאין אז חשש להעלמה. הרמב"ם פוסק, שגם אם בעל הנכס הביע התנגדות להשכירה לאחר, רשאי השוכר להשכירה לאחר, אם עיתוי ההתנגדות היה מאוחר להשכרה¹⁷. האיחור מאפשר לשוכר לטעון ששכר את הספינה על מנת שיוכל למסרה לאחר, ולא העלה בדעתו שקיימת התנגדות לכך, כיוון שבעליה עמה וחשש העלמתה סר.

גם באותם מקרים שלא קיים בהם חשש להעלמת הנכס, הרי מן הסתם מתנגד בעל הנכס למסירת הנכס לשימוש של אחר, כלומר השכרתו או השאלתו על ידי השומר, וממילא יש לראות במסירה זו הפרת התחייבות של השומר. התנגדות בעל הנכס למסירה יכולה לנבוע מחששו מקלקול הנכס בשימושו של השני, כיוון שדרך השימוש שונה מאדם לאדם. חשש זה אינו קיים בשניים מהמקרים שנמנו לעיל: נכס שרגיל בעליו להישאל עמו, והשאלה לאחר כשהשימוש נעשה בתוך רשותו של השואל הראשון. מאחר שבמקרים אלו יש פיקוח על השימוש, אין לחשוש לקלקול הנכס. לעומת זאת, בהשאלת מקרקעין לאחר, ייתכן חשש לקלקול, אף שאין בה חשש להעלמה, כאמור לעיל.

שאלה זו נידונה במקורותינו בתחום של שכירות בתים. בנכסים כאלו ודאי אין בעל הנכס חושש מהעלמתם בידי השומר השני, וכך ניתן לבחון את משקלו של חשש הקלקול בהתנגדותו. הרמב"ם כתב: "מכאן אני אומר, שהמשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב, ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר עד סוף זמנו – משכיר לאחרים אם יש בני בית כמנין בני ביתו, אבל אם היו ארבעה, לא ישכיר לחמישה"¹⁸. אם כן, חשש המשכיר מקלקול ביתו מתעורר רק עקב העלאת מספר הדיירים.

אבל הראב"ד חולק על הרמב"ם, וסובר שאינו יכול להשכיר בית לאחר כלל, בנימוק "שיש בני אדם שמחריבים הבית בדירתם"¹⁹. את דעתו ביאר במגיד משנה²⁰: "ונראה שהם ז"ל חלקו

¹⁶ כסף משנה, הלכות שכירות, א, ד. הוא נוקט מקרה של השאלת ספר תורה, מפני שבו עוסק הרמב"ם שם (וכך גם קיצור שולחן ערוך, קפה, א); שו"ע הרב, הלכות שאילה שכירות וחסימה, סימן ג, נוקט דין זה באופן כללי, שמתור להשכיר בהמה או מיטלטלין לאחר אם הוא (השוכר הראשון) הולך עמהם, או אחד מבני ביתו הולך עמהם, מפני ש"על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד". ובסימן ד הביא את דברי כסף משנה, על ספר. ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 41, על מידת אחריותו של הראשון במקרה כזה.

¹⁷ רמב"ם, הלכות שכירות, ה, ה. כפי שראינו בפרק א, 1, גם לפי החוק אין תוקף לדרישת בעל הנכס שלא ימסור לאחר, אם הדרישה הובעה לאחר שעת ההפקדה.

¹⁸ רמב"ם שם (הובא בקיצור בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תרפ). כמוהו פסק שו"ע, חו"מ, שטז, א. יש בעניין זה חילוקי דינים רבים וגם חילוקי דעות, והם נוגעים לדיני שכירות. ראה על כך בחוק לישראל, שכירות ושאילה, סעיף 22; ועיין שו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן כח.

¹⁹ השגות הראב"ד, על הרמב"ם, שם. ²⁰ מגיד משנה, על הרמב"ם שם.

בין ספינה לבית, שבספינה יכול הוא להשכירה לאחר, לפי שבעלה עמה, וישמור שהשוכר הזה לא יקלקלנה". כלומר, באופן עקרוני חושש בעל הנכס מקלקול הנכס ביד השני כל שאין ביכולתו לפקח על אופן השימוש בו, ורק השוכר ספינה יכול להשכירה לאחר, שהרי בעליה עמה, "וישמור שהשוכר הזה לא יקלקלנה".

אולם המגיד משנה עצמו מסכים לדעת הרמב"ם, וסבור שאין לאסור מחשש שהשוכר השני יקלקל את הבית, "שהרי זה השוכר השני אם הזיק ישלם, ואין מצוי הזיק בקרקע שיאמר בו: 'אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר'".

לפי ר' יהושע ולק הכהן²¹, גם הרמב"ם אוסר על שוכר שדה להשכירה לאחר, משום שכאן החשש לקלקול גדול יותר, שמא יגרום לשדה להיות מוכששת, או יזרע בה דברים מזיקים, והדבר לא יתגלה עם חזרת השדה לבעליה עד לאחר זמן רב. בכך שונה שדה מבית, שאם אכן יקלקל אותו השוכר השני, הדבר יורגש כבר בעת שהוא מחזיר אותו לרשות בעליו, ובעל הבית יוכל אז לתבעו. אולם פרשנים אחרים²² סבורים שאין הברד לדעת הרמב"ם בין שכירות בית לשכירות שדה, לעניין זה.

גם כאשר אין חשש להעלמה או לקלקול, אם אין לשומר רשות שימוש בנכס, אינו רשאי לחרוג מתנאי שמירתו ולמסרו לאחר כדי שהלה ישתמש בו, מפני שיש בכך משום שליחות יד בנכס. על כך, ראה להלן²³.

עניין אחר שיש לדון בו הוא, האם האמדן שאמדו חכמים דעתו של אדם, שהוא מעוניין שתעשה מצווה בממונו (בניסוחו התלמודי: "ניחא ליה לאיניש דתייעביד מצווה בממוניה"), מהווה רשות לשומר למסור נכס המופקד בידו לאחר, כדי שהלה יעשה בו מצוות? למשל, האם שואל ספר תורה יהא רשאי להשאילו לאחר, כיוון שיש להניח שבעל הנכס מסכים שהשני יקיים באמצעות ספר התורה שלו מצוות תלמוד תורה?

התלמוד קובע, שאי אפשר להסיק מאמדן זה רשות מכללל למסירת הספר, משום ששיקול עשיית המצווה בספר התורה על ידי השואל השני, אינו חזק דיו, שיוכל לדחות את השיקולים השונים שבגינם מתנגד בעל הספר למסירת ספרו לאחר²⁴.

יש סיבות אחדות לכך שאין מתחשבים בשיקול של עשיית המצווה. (א) אין זו מצווה המוטלת על בעל הספר, להשאיל אותו לכל דורש²⁵. (ב) הספר עלול להתקלקל על ידי שימוש של השני, ואם כן, יצא שכרו של בעל הספר בהפסדו, שכן לאחר תום השאילה לא יהיה לו עצמו במה לקיים את מצוות הלימוד²⁶. (ג) אין לבעל הספר כל כך עניין שאדם אחר ילמד בספר, כיוון שאין זו מצווה שהוא עצמו מקיים²⁷. (ד) המצווה יכולה להתקיים בלי הסיכון של

²¹ פרישה, חו"מ, סימן ריב, ו, וסימן שטז, א, וסמ"ע, סימן ריב, ס"ק טז, וסימן שטז, ס"ק א.

²² בית יוסף, חו"מ, ריב, ו, וכסף משנה, הלכות מכירה, כג, ז; ב"ח, חו"מ, ריב, ו; ט"ז, חו"מ, ריב, ו; דרכי משה, חו"מ, ריב, ס"ק ג.

²³ סעיף 7, פרק ב, 4.

²⁴ ב"מ כט ע"ב.

²⁵ אולם המשפט, שמב, א; דרכי דוד, ב"מ כט ע"ב; אור הישר, ב"מ כט ע"ב; אבני קודש, ב"מ כט ע"ב.
²⁶ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ כט ע"ב (הובא בשו"ת חתם סופר, או"ח, סימן ב); אבני קודש, ב"מ כט ע"ב; חידושי חתם סופר, ב"מ כט ע"ב, ושו"ת שער אפרים, סימן ב (שניהם, כמובא באוצר מפרשי התלמוד, ב"מ כט ע"ב, הערה 33).

²⁷ אורחות חיים, סימן סד; מאירי, ב"מ כט ע"ב (כפי שהוסבר על ידי מעיל שמואל, יודלביץ, ב"מ כט ע"ב); חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ כט ע"ב; הגהות חוות יאיר, על הרי"ף, ב"מ טז ע"א (ברפי הרי"ף).

הפסד הממון: אפשר שהשואל (הנאמן בעיני בעל הספר) ילמד בו בעצמו בלי להשאילו לאחר שילמד בו²⁸. יתר על כן: אם הוא ישאל אותו לשני, השני ילמד ולא הראשון, ומה מצווה יש בזה שילמד השני ולא הראשון? ואם מדובר בשהראשון בלאו הכי ילמד, מפני שיש לו ספר אחר, אם כן ישאל הראשון את הספר האחר לשני, כדי שהאחר יקיים מצוות לימוד²⁹! הב"ח מגביל את דברי התלמוד דווקא לספר תורה, "דנחה להתקלקל, אבל דבר שאינו נוח להתקלקל, כגון טלית של מצווה ותפילין, יכול להשאיל, דניחא ליה לאיניש דליעביד מצווה בממוניה, היכא דליכא חששא דקלקול"³⁰. הרי שלדעת הב"ח, לשואל חפץ של מצווה, שאינו עלול להתקלקל, נתונה רשות מכללא להשאילו לאחר לשם קיום מצווה. נכון הוא שלשואל נכס רגיל אסור להשאילו, למרות שאינו עלול להתקלקל, אך במקרה הנדון אמרו חכמים דעתו של אדם, שהוא מעוניין שתעשה מצווה בממונו, ויש להניח שהוא מסכים. לעומת זאת, אם הנכס עלול להתקלקל, כגון בספר תורה, יש להניח שאין בעל הנכס מרשה להשאילו לאחר. אולם ר' אברהם די בוטון פסק שגם תשמישי מצווה שאינם נוחים להתקלקל, אסור לשואל להשאילם, משום שהאסור להשאיל לאחר אינו מחשב לקול דווקא³¹. נראה שזו גם דעת ר' שניאור זלמן מלאדי, הכותב ש"אפילו ספרים שיש מצווה בשאילתם, אין אומרים מן הסתם נוח לבעלים שתעשה מצווה בממונם, מפני ששם אין רצונם שיהא פקדונם ביד אחר שאינו נאמן בעיניהם כזה"³². מדבריו משתמע שהסיבה המעכבת את המסירה אינה החשש לקלקול, אלא היא חששו של בעל הנכס מהעלמת הנכס על ידי השומר השני, שהוא פחות מהימן בעיניו. שיקול זה אינו נדחה מפני שיקול עשיית המצווה בנכס, ולכן אין נתונה לשומר במקרה זה רשות מכללא להשאיל, גם כשאין חשש לקלקול הנכס עקב השימוש. נראה אפוא, שלדעתו אין הבדל בין ספר תורה, הנזכר בברייתא, לבין טלית ותפילין, ובכולם נאמרה ההלכה: "אין השואל רשאי להשאיל".

2. החמרת האחריות

גישתו היסודית של המשפט העברי לאחריותו של שומר שמסר את הנכס לאחר היא, שאין מסירה זו גוררת אחריה החמרת אחריותו. את זאת נראה בדיונו בסעיף 7, ששם נדון בהרחבה בדיני שומר שמסר לשומר. שם³³ נסביר, שעל אף שהמשפט העברי אוסר על שומר למסור את

²⁸ חלב חיטים, ב"מ כט ע"ב. בדומה הסבירו חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ כט ע"ב, בשם ר"ש בספר האורה (במבוא לספר האורה, עמ' 25, ציין שאין זה מופיע בספר האורה שלפנינו), ומאירי, ב"מ כט ע"ב, בשם גדולי הצרפתים, שכאן כבר עשה מצווה בזה שהשאיל, ולשם כך הוא מוכן למחול על קלקול הספר, אבל לצורך מצווה נוספת, להרשות לשואל להשאיל, אינו מוכן למחול על הקלקול.

²⁹ אבני קודש, ב"מ כט ע"ב. יש להשיב על כך, שייחכן שהראשון אינו פנוי ללמוד עכשו; או שהוא לומד בספר אחר, והאדם השני אין רצונו ללמוד באותו ספר, אלא בספר המופקד, ו"אין אדם לומד אלא במקום שליבו חפץ".

³⁰ ב"ח, חו"מ, שמב, א.

³¹ שו"ת לחם רב, סימן קפז (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, שמב, הגהות הטור, אות א), על רימוני כסף של ספר תורה (ונוקט שהם תשמיש מצווה "במקצת"). הוא נוקט שטעם האיסור הוא "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר", ואינו מפרט את הסיבה להתנגדות בעל הנכס.

³² שו"ע הרב, הלכות שאילה שכירות וחסומה, סימן א.

³³ סעיף 7, פרק א, 2.

הנכס לאחר בלי רשותו של בעל הנכס, אין בעברה על איסור זה משום פשיעה או שליחות יד, שתחייב את השומר בכל נזק שיארע לפיקדון לאחר מכן (מלבד במקרים מסוימים שנוכח שם). אחריותו לנכס נותרת בדרגה שהייתה בה לפני המסירה, והוא פטור אם יארע נזק מסוג שלא היה כלול באחריותו שמלכתחילה.

נראה שהדברים אמורים גם בשומר שקיבל על עצמו שמירה אישית: המשפט העברי אינו גורס החמרת אחריותו של שומר, אף אם התחייב בפירוש שלא למסור את הנכס לאחר. אם כן, חידושו של החוק בסעיף זה, בדבר החמרת האחריות במקרה של שמירה אישית, נוגד את עמדת המשפט העברי.

כך עולה מדברי ר' יום טוב צהלון, שנשאל על בעל נכס שביקש מן השומר שלא ימסור את הנכס לאדם פלוני, ואף על פי כן מסר לו את הנכס, והנכס אבד שלא בפשיעתו של האחר. הוא פסק שהשומר פטור, בתנאי שיש עדים המעידים שהשני לא פשע³⁴, כשם שכל שומר שמסר לשומר פטור אם יש עדים שהשני לא פשע, כפי שנראה בדיונו בסעיף 7 שם. רק אם התנה בעל הנכס עם השומר, שאם ימסור לאדם פלוני, יהיה חייב לו כך וכך – השומר חייב על פי תנאו על האבדן גם אם יש עדים שהשני לא פשע, שהרי "כל תנאי בממון – קיים"³⁵. גם בלי דבריו של ר' יום טוב צהלון אפשר להגיע למסקנה זו, שהמשפט העברי אינו מחמיר את האחריות במקרה של התחייבות לשמירה אישית. הרי גם בלי התחייבותו של השומר ודרישת בעל הנכס שלא ימסור את הנכס לאחר, קיים איסור על השומר למסור לאחר, לפי המשפט העברי, שלא כמו לפי החוק, כאמור בפסקה 1. כפי שהסברנו, עברה על איסור זה אינה קרויה שליחות יד או פשיעה, שתחמיר את אחריותו של השומר; ואין מתקבל על הדעת שהדגשת האיסור על ידי אזהרה מצד בעל הנכס יהיה בה כדי לשנות את האיסור מבחינה מהותית, כך שעברה עליו תהווה פשיעה או שליחות יד³⁶.

³⁴ שו"ת מהריט"ץ, סימן מג.

³⁵ ר"מ גלנטי, בתשובתו במהריט"ץ שם.

³⁶ רח"א מילר השיב על סברה זו, שאפשר שכאן שאמר בפירוש "אל תמסור לאחר", הרי בגלל ה"לישנא יתירא" יש להניח שכוונתו לומר: "ואם תמסור, תתחייב יותר מחיובך הנוכחי", ודברים שבכלל כל אדם, משתמשים בהם כאומדנא (תוספות, קידושין מט ע"ב, ד"ה דברים), והרי תנאי מפורש כזה מועיל. אם נקבל את דבריו, נדחה גם מה שכתבנו במילואים להערה 34 שלפי מחנה אפרים כאן לא יהיה חייב באונס – אפשר שהוא פטר מאונס דווקא אם אמר לו להניח את הנכס במקום פלוני, שאין בזה לישנא יתירא, שהרי לולא דיבורו היה רשאי להניחו בכל מקום שירצה; מה שאינו כן כאן, שגם לולא בקשת בעל הנכס היה אסור לשומר למסור לאחר, ואם כן בקשת בעל הנכס היא לישנא יתירא, שיש לפרשו כתנאי לחייבו באונס אם יעבור על האזהרה. אך יש להשיב על עצם דברי רח"א מילר, שבעל הנכס הוצרך להוסיף אזהרה משלו, לא כדי לומר שאם ימסור, תוחמר אחריותו, אלא כדי לאסור גם במקרים ששומר רגיל רשאי למסור לאחר, כפי שפורטו בפסקה 1, כגון שבעל הנכס או השומר יהיו ליד הנכס כל הזמן.

סייגים לאחריות השומר

4. שומר אינו אחראי לאבדן הנכס או לנזקו שנגרמו עקב שימוש רגיל בנכס לפי תנאי השמירה או עקב בלאי טבעי או מום שהיה בו בתחילת השמירה, אולם אין בהוראה זו כדי להפחית מאחריות בשל רשלנות.

סייג לאחריות

התוכן

- פרק ראשון: כללי 269
- פרק שני: "עקב שימוש רגיל בנכס" 269
1. כללי 269
 2. מידת הזיקה בין השימוש לנזק 272
 3. נזק שלאחר שעת השימוש 276
 4. ספק האם יש זיקה בין השימוש לנזק 277
- פרק שלישי: "לפי תנאי השמירה" 278
1. שימוש שלא לפי תנאי השמירה – בשואל 278
 2. שימוש שלא לפי תנאי השמירה – בשוכר 280
 - (א) כללי 280
 - (ב) שינוי איכותי 281
 - (ג) שינוי כמותי 283
 3. כאשר רשות השימוש אינה מפורשת 286
- פרק רביעי: "או עקב בלאי טבעי" 289
1. עמדת החוק 289
 2. עמדת המשפט העברי 289
- פרק חמישי: "או מום שהיה בו בתחילת השמירה" 292
1. עמדת החוק 292
 2. עמדת המשפט העברי 293
- פרק שישי: "אולם אין בהוראה זו כדי להפחית מאחריות בשל רשלנות" 294
1. כללי 294
 2. שימוש רגיל הכרוך ברשלנות 295
 3. בלאי טבעי הכרוך ברשלנות 298

התוכן

4. מום שהיה בנכס הכרוך ברשלנות 298
 5. גורם מאלו שהיה כרוך ב"גנבה ואבדה" בשומר שכר 298
- פרק שביעי: אשם תורם 299
1. עמדת החוק 299
 2. עמדת המשפט העברי 300

פרק ראשון

כללי

החוק מסייג בסעיף זה את אחריות השומר, כפי שהוגדרה בסעיף 2. הסייגים הם, שאם אבדן הנכס או נזקו נגרמו עקב שימוש רגיל בנכס, או עקב בלאי טבעי של הנכס, או עקב מום שהיה בנכס בתחילת השמירה, השומר יופטר.

אולם הסעיף מגביל את הפטר השומר כאן למצב שלא הייתה רשלנות מצד השומר. לעומת זאת, אם אבדן הנכס או נזקו נגרמו עקב רשלנות, אף אם נגרמו גם עקב שימוש רגיל בנכס, או עקב בלאי טבעי, או עקב מום שהיה בו, לא יופטר השומר.

בפרקים הבאים נסכם את עמדת המשפט העברי באשר לאחריות השומר במקרים שסעיף זה עוסק בהם. בפרקים ב-ג נדון בהפטר שומר מאחריות לנזק שנגרם עקב שימוש רגיל בנכס. פרק ג ייוחד לבירור השפעתם של תנאי השימוש שהסכימו עליהם בעל הנכס והשומר, על סוג השימוש הכלול בהפטר זה. בפרק ד נדון בהפטר השומר על נזק שנגרם עקב בלאי טבעי, ובפרק ה נדון בהפטר על נזק שנגרם עקב מום שהיה בנכס בתחילת השמירה.

את פרק ו נקדיש לבירור המידה שרשלנות השומר תגרור את אחריותו לנזק, כאשר הנזק נגרם גם עקב אחד משלושת הגורמים שנמנו כאן.

סייג נוסף לאחריות שומר, שאינו נזכר בחוק השומרים, קיים במקרה שנוסף לאשמו של השומר, הצטרף אשם תורם של בעל הנכס. אולם סייג זה שנוי במחלוקת – האם אמנם יש להחיל את ההפטר של אשם תורם, שקיים בדיני הנוזיקין, על שומר. ראינו לנכון לדון בשאלה זו במסגרת דיונו בסעיף זה, מחמת דמיונו לסייגים האחרים שנמנו בסעיף זה. לכך יוקדש פרק ז.

פרק שני

“עקב שימוש רגיל בנכס”

1. כללי

החוק מורה, ששומר יופטר מאחריות על נזק לנכס ועל אבדן הנכס, אם אלו נגרמו עקב שימוש רגיל בנכס. הנוהג המקובל הוא שיקבע מהו שימוש בנכס שייקרא שימוש “רגיל”, לעניין זה. הוראה זו של החוק מקורה בעיקרון שקבע המשפט העברי, ולפיו שומר פטור על נזק שנגרם מחמת שימוש בנכס. דוגמאות אחדות לנזק כזה מצויות בתלמוד¹: מתה הבהמה הנשמרת מחמת מלאכה שעשה בה השומר, או שפחת משקלה מחמת המלאכה, וגרזן או דלי שאולים

¹ ב”מ צו ע”ב*.

שנשברו מחמת השימוש בהם. על פי הדוגמה הראשונה שהזכרנו, של בהמה שמתה מחמת המלאכה שעשה בה השומר, הביטוי "מתה מחמת מלאכה" משמש במקורות המשפט העברי ככינוי כללי לנזק שנגרם עקב שימוש בנכס, ששומר אינו אחראי לו.

עיקרון זה נקבע בתלמוד לגבי שואל, שבעל הנכס מתיר לו לעשות שימוש בנכס. העיקרון חל גם על שוכר², משום שגם לו יש רשות שימוש בנכס הנשמר-המושכר. הדברים הם קל וחומר: אם שואל, האחראי בדרך כלל אף למקרה של "אונס", אינו אחראי על נזק שנגרם עקב השימוש, קל וחומר ששוכר, שפטור בדרך כלל במקרה של אונס, פטור בנזק שנגרם מחמת השימוש. כדין שוכר, כך גם דינם של שומרים אחרים שיש להם רשות שימוש בנכס, והם בדרגת שומרי שכר – הם פטורים אם ניזוק הנכס עקב שימושם בו³. ברור שאין לעיקרון זה מקום לגבי אחריות של שומר שלא קיבל מבעל הנכס רשות שימוש בנכס, שהלא אם שומר כזה משתמש בנכס הוא בגדר "שולח יד" בנכס, שדינו כגזלן האחראי על כל נזק שיארע לאחר מכן לנכס. לגבי שומר חנינם, לא תוכל להיות משמעות להפטור מאחריות על נזק שקרה עקב השימוש בנכס (אם יצויר מצב שיש לשומר רשות שימוש בנכס, ובכל זאת הוא נחשב רק שומר חנינם), שכן אם הוא לא התרשל, הוא פטור בלאו הכי, לפי סעיף 2(א), ואם התרשל, הוא חייב גם אם הדבר נגרם עקב השימוש, כפי שנראה בפרק 4⁴.

לגבי שואל, נודעת חשיבות רבה לעיקרון זה. הרי, כפי שקובע סעיף 2(ג), בדרך כלל שואל אחראי על כל מה שקורה לנכס השואל, לרבות נזק שהוא בגדר אונס, היינו נזק שלא היה יכול למנעו. אף על פי כן, אם מה שקרה נגרם עקב שימוש בנכס, הוא יופטר. לעומת זאת, שוכר פטור בלאו הכי מאחריות על מאורעות שהם בגדר אונס. לגביו, ההפטר במקרה של שימוש רגיל ישפיע על אחריותו רק כשמה שקרה לנכס עקב השימוש בו הוא בגדר "גנבה ואבדה", שבמקרה רגיל (היינו כשלא נגרם הנזק עקב השימוש) היה חייב לשלם עליו, וכאן יהיה פטור מחמת סייג זה⁵.

כאמור, אחת הדוגמאות הניתנות בתלמוד להפטר שואל בתחום של נזק שנגרם עקב שימוש בנכס, היא של בהמה שאולה שמתה מחמת המלאכה שעשה בה השואל. הנימוק הניתן בתלמוד⁶ להפטר שואל בתחום זה, מתייחס לדוגמה זו, ומנוסח בהתאמה אליה: "לאו לאוקמה בכילתא שיילה" (=לא להעמידה בכילה שאל אותה). כלומר, השואל לא שאל את הבהמה

² ב"מ לו ע"א. כמו כן, בפרק ג, 2, נביא מקורות רבים על כך ששוכר חייב בנזק שנגרם עקב השימוש, רק אם הוא שינה מתנאי השמירה, ומכאן שבדרך כלל הוא יהיה פטור. כמו כן, פרישה, חו"מ, שו, ו, אומר ששוכר פטור אם הבהמה קיבלה מכה מחמת המלאכה, שהרי למלאכה שכרה (אך הוא לא הזכיר את הלשון "מתה מחמת מלאכה").

³ שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן קטו, נשאל על אשה שקיבלה תכשיטים מן הארוס שלה, ונתבטל השידוך, אשר דינה כשומרת שכר על התכשיטים; והוא כותב שיש לפטור אותה אם התכשיטים אבדו עקב השימוש, מפני שהייתה לה רשות שימוש, והיא חייבת רק אם התרשלה.

⁴ אולם יש שעקב רשות השימוש, צורת שמירה מסוימת שנחשבת בדרך כלל רשלנות, לא תיחשב רשלנות. דוגמה לכך היא הדין שראינו בסעיף 2(א), ליד ציון הערה 125, ששומר כסף חייב לטמנו בקרקע, ואם לא עשה כך זו רשלנות, ואילו במקרה שיש לשומר רשות שימוש בכסף, לא תהיה זאת רשלנות אם לא יקבור את הכסף אלא ישמור אותו בתוך תיבה, כיוון שאם יצטרך לקבורו יקשה עליו השימוש בו (שם, ליד ציון הערה 145).

⁵ בפרק ו, 5, נדון בדינו של שואל כאשר קרה לנכס נזק עקב שימוש רגיל, והנזק הוא בגדר "גנבה ואבדה".

⁶ ב"מ צו ע"ב.

במטרה להשאיר אותה במנוחה כמו חתן היושב בכילת חתנים ואינו עוסק במלאכה⁷, אלא הוא שאל אותה כדי להשתמש בה.

הסבר זה של התלמוד לוקה בחסר. נכון הוא, שדי בהסבר זה לנמק את ההפטר של שוכר במקרה של אבדן או נזק עקב השימוש. מאחר שהוא שכר את הנכס במטרה להשתמש בו, נזק שנגרם עקב השימוש הוא בגדר אונס, משום שלא היה צריך להימנע מן השימוש, ושוכר פטור מאונס, כפי שראינו בסעיף 2(ב) לגבי כל שומר שכר. ניתן לומר, שגם אם היה יכול לחזות את הנזק שיקרה, והיה יכול למנעו על ידי הפסקת השימוש, הרי זה בגדר "שלא היה עליו לחזות מראש" (כלשון החוק בסעיף 2(ב)), שאף על פי ששומר שכר אחר במצב כזה היה חייב לפעול למנוע את הנזק העתידי לפני שהיה מאוחר מכדי למנעו, שוכר אינו חייב להימנע משימוש בנכס כדי למנוע את הנזק, שהרי הוא שכר את הנכס לשם שימוש, ומאחר שבשעת הנזק אינו יכול למנעו, הרי זה בגדר אונס, והוא פטור. ברם, אין הסבר זה מספק לעניין שואל. הרי שואל נושא באחריות על כל מה שיקרה לנכס השואל, גם מה שיקרה באונס. איך ייתכן שאחריותו ביחס למה שקורה לנכס עקב שימוש בו, פחותה מאחריותו למה שקורה לנכס בלי שיש לו שליטה על הדברים, וכשאינו לו שום קשר אליהם?

ניתן למצוא בהסבר של התלמוד נימוק להפטר שואל בנזק שנגרם עקב שימוש בנכס, אולם רק לעניין נזק מסוג מסוים. הכוונה היא לפחת הצפוי והשכיח להיגרם עקב שימוש בנכס – כגון בלייתו של ספר שלומדים בו, ורזייה של בהמה שעובדים בה. מאחר שהיה ברור מראש שייוצר פחת זה, יש להניח שהמשאיל מוותר לשואל על כך. מאחר שהשואל שאל את הנכס כדי להשתמש בו, ולא להעמידו בכילה, כלשון התלמוד, ידע המשאיל מראש שהנכס יפחת כאמור עקב השימוש. אם למרות זאת לא הודיע לשואל מראש שהוא דורש שיפוי על הפחת הוודאי הזה, הוא הראה בכך שהוא מוותר על השיפוי לנזק כזה⁸.

אך לגבי נזק בלתי צפוי שנגרם עקב המלאכה, אין לנו יסוד להניח שהמשאיל ויתר, שכן ייתכן שמה שלא דרש מראש שיפוי על נזק כזה, הוא משום שלא צפה מראש שיקרה נזק כזה. אם כן, חוזרת השאלה, מדוע שואל פטור אף בנזק זה? הפרשנים מציעים שלושה הסברים לנימוק הניתן בתלמוד להפטר השואל כאן.

הרמב"ן הסביר, שכאשר הנכס אובד או ניזוק עקב השימוש בו, מתברר למפרע שהנכס לא היה ראוי (או עמיד) לאותו שימוש – אילו היה ראוי לכך, לא היה קורה לו דבר עקב השימוש. אם כך, לא היה למשאיל להשאיל את הנכס לשם שימוש זה, בעוד שהייתה לו אפשרות לבדוק אותו ולברר שהוא איננו ראוי למטרה זו. אם השאיל המשאיל את הנכס בכל זאת, תוך ידיעה שהשואל ישתמש בו ולא "יעמיד אותו בכילה", ולא בדק את הנכס, הרי הוא התרשל, והאחריות לאבדן הנכס או לנזקו מוטלת עליו, ואינה מוטלת על השואל⁹. זאת בניגוד

⁷ פירוש ר' יצחק אבן גיא, ב"מ צו ע"ב.

⁸ חידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ צו ע"ב, ואור שמחה, בהשמטות לספר משפטים; שו"ת בגדי ישע, חו"מ, סימן ו; שו"ת יהודה יעלה (קובו), חו"מ, סימן לב; אהלי שם (ביטון), ב"מ, סימן ו, אות ו. הם אומרים שזה הנימוק, לפי הרמב"ן, בסוג נזק כזה, אשר לגביו נימוק הרמב"ן אינו קיים, כפי שנסביר; וגם הרשב"א סובר שזה הנימוק, ואף מרחיב נימוק זה לכלול גם שאר סוגי נזק, כפי שנסביר בסמוך.

⁹ חידושי הרמב"ן, ב"מ צו ע"ב, הובא בחידושי הרשב"א, ב"מ צו ע"ב, בחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צו ע"ב, בבית יוסף, חו"מ, שמ, ה, בפרישה, חו"מ, שמ, א, בב"ח, חו"מ, שמ, א, בסמ"ע, שמ, ס"ק ג, בש"ך, חו"מ, שמ, ס"ק ה (ובס"ק ו, ברמז), בערוך השולחן, חו"מ, שמ, סעיף א וסעיף ד, בערוך לנר, יבמות סו ע"ב (ד"ה ובהכי), בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן עט, ובספרו עדות ביוסף, חו"מ, שמ,

לכל אונס אחר, שהשואל חייב בו, משום שאין להאשים בו את המשאיל. הסברו של הרמב"ן אינו יכול להסביר מדוע שואל פטור בפחת שנגרם באופן רגיל לנכס עקב השימוש, כגון התבלות ספר או רזיית בהמה. נזקים אלו קורים גם לנכס הראוי לאותה מלאכה, ואם כן, לא התרשל המשאיל בכך שהשאיל נכס שעתידי להיפחת באופן זה. מכל מקום, השואל פטור בפחת זה, מן הסיבה שהסברנו לעיל – שיש להניח שהמשאיל מחל מראש על פחת רגיל¹⁰. הסבר אחר להפטר השואל כאן ניתן על ידי הרשב"א. כפי שאמרנו, לגבי פחת רגיל שנגרם לנכס עקב השימוש, מניחים שהמשאיל ויתר מראש על חיוב השואל, שהרי ידע שהשואל ישתמש בו ולא "יעמידנו בכילה". לדברי הרשב"א, יש להרחיב הנחה זו גם לשאר נזקים שנגרמים מחמת השימוש. כל הנזקים הנגרמים עקב השימוש הם באותה מסגרת, ואם הוא מוחל על חלקם, הוא מוחל גם על השאר, גם על נזק רציני שיקרה לנכס עקב השימוש¹¹. לר' אפרים נבון יש גישה מעניינת לעניין זה. הוא הסביר שמאחר שאנו רואים כעת שהנכס לא היה ראוי לשימוש אשר לשמו הושאל, שהרי שימוש זה גרם לו נזק (כפי שהסביר הרמב"ן), מתברר למפרע שכל השאילה הייתה שאילה בטעות. אילו ידע השואל שאין הנכס מתאים לצרכיו, ושהוא עלול להינזק מחמת השימוש, והוא יצטרך לשלם על כך, לא היה שואל אותו מלכתחילה. מכאן, שכל משך הזמן שהנכס היה ברשותו, הוא היה שומר חנם עליו, ולא היה בגדר שואל. לכן אין לחייבו אם ניזוק הנכס מחמת המלאכה, אם הדבר לא היה כרוך ברשלנות, שכן שומר חנם אחראי רק לנזק שנגרם מחמת רשלנותו¹².

2. מידת הזיקה בין השימוש לנזק

שאלה חשובה המתעוררת בהפטר השומר בנזקים הנגרמים עקב השימוש בנכס היא: מה מידת הזיקה שצריכה להיות בין הנזק לבין השימוש, כדי שנפטור את השומר לפי עיקרון זה? בדוגמה הראשית להפטר זה, של בהמה שאולה שמתה מלאכה שעשה בה השואל, הזיקה ברורה: המלאכה גורמת במישרין למיתת הבהמה. כך גם לגבי הדוגמאות האחרות הניתנות בתלמוד – של "כחש מחמת מלאכה", כלומר, בהמה שאולה שמשקלה פוחת מחמת מלאכתה, וגרון ודלי הנשברים מחמת השימוש. הבעייה מתעוררת כשהזיקה בין השימוש לבין הנזק אינה כה חזקה: האם די בזיקה מועטת בין השימוש לנזק, כדי שנפטור את השומר, או שמא רק אם הזיקה היא ישירה, השומר פטור? מקרים אחדים מסוג זה נידונו במקורות, ונתגלעו בפוסקים חילוקי דעות לגבי חלקם, מסביב לשאלה הזאת: איזו מידה של זיקה בין השימוש לנזק דרושה כדי שנפטור את השומר? נביא את המקרים הללו, ואת דברי הפוסקים עליהם.

א (נה ע"ב), בחידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), ב"מ, סימן כו, אות ג (בשם "רוב הראשונים"), באמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פב, ובמגן האלף, או"ח, תמג, ס"ק ד. כך כתבו גם חידושי הר"ן, ב"מ צו ע"ב, חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צו ע"ב, ושו"ת הריב"ש, סימן תכג. לכך רומז גם ביאור הגר"א, חו"מ, שמ, ס"ק ג, שנימק שזק זה קורה מחמת המשאיל. בפרק ז, 2, נביא הסבר זה כדוגמה להפטר בשל אשם תורם.¹⁰ נקודה זו – מן המקורות בהערה 8.

¹¹ הרשב"א, בשיטה מקובצת, ב"מ צו ע"ב (הובא בחידושי ר' שמעון יהודה הכהן, שם). כך כתב גם נימוקי יוסף, ב"מ נה ע"ב (בדפי הרי"ף).^{*}

¹² מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ד. בדבריו חסרה הנקודה שהשואל היה שומר חנם, אבל היא נחוצה להסביר את מעמדו של השומר.^{*}

א) סוגיית התלמוד¹³ דנה באדם שסבל מריבוי עכברים, ושאל חתול מחברו כדי להדבירם; ובמקום שהחתול יהרוג את העכברים, העכברים התחברו יחד והרגו אותו¹⁴. פסק התלמוד הוא שהשואל פטור, משום שדבר זה הוא בגדר "מתה מחמת מלאכה"¹⁵. כאן החתול לא מת מחמת עצם עיסוקו במלאכה; ואף על פי כן מיתתו קרויה מיתה מחמת המלאכה, כיוון שהעכברים לא היו הורגים אותו אילולא בא אליהם החתול להדביר אותם, והרגו אותו רק מתוך התגוננות¹⁶. זאת ועוד: הנימוק של הרמב"ן שהבאנו בפסקה 1, להפטר שואל בנוזק שמחמת השימוש, ניתן להאמר כאן: הייתה כאן רשלנות מצד המשאיל, שהשאיל, לצורך הריגת עכברים, חתול שאינו ראוי למטרה זו, שהרי חתול שעכברים יכולים להרגו, אינו ראוי למלאכה של הדברת עכברים¹⁷. הפרשנים מוסיפים, ששואל החתול פטור גם אם היו עכברים מרובים במקום שהביא אליו את החתול, ואין אומרים שיש בכך רשלנות מצידו, ושיחויב ככל שומר שהתירש ומתוך כך גרם השימוש לנזק, כפי שנראה בפרק ו¹⁸. סיבת הדבר היא, כנראה, שהשואל חתול להריגת עכברים רשאי להביאו לכל ריכוז עכברים שהוא, ורשאי להניח שהחתול המושאל למטרה זו יוכל לעמוד בפניהם ואף להדביר אותם.

ב) בהמשך הסוגיה שהזכרנו, התלמוד דן במקרה אחר, שהחתול לא נהרג על ידי העכברים, אלא מת מתוך אכילה מוגזמת של עכברים שלכד. גם לגבי מקרה זה נפסק שהשואל פטור משום שזוהי מיתה "מחמת מלאכה"¹⁹. זאת אף על פי שמטרת ההשאלה הייתה שהחתול יהרוג עכברים, ולא שיאכל אותם, ואם כך, כשמת מחמת האכילה, לא מת מחמת מלאכתו במישרין. אף על פי כן, רואים זאת כמיתה מחמת המלאכה, משום שאילולא עיסוקו במלאכת ההריגה, לא היה החתול אוכל, ולא היה מת, וכך המלאכה גרמה בעקיפין למיתתו²⁰. ניתן לראות את האכילה אף כחלק מן המלאכה, כיוון שטבע החתול הוא לאכול את העכבר לאחר שהוא הורג אותו, וזאת מטרתו בהריגת העכבר, ונמצא שהמלאכה הזאת גרמה במישרין למות החתול²¹. השואל יופטר אף אם לא מת החתול במישרין מחמת האכילה, אלא שחלה על ידי האכילה, ומת מחמת המחלה²².

¹³ ב"מ צו ע"א. הדין נפסק ברמ"א, חו"מ, שמ, ג.

¹⁴ יש שציטטו במקום "והרגוהו עכברים", "ואכלוהו עכברים" (כגון הרמ"ה, בהערה 23), אך אין משמעות לשינוי זה.

¹⁵ אין הסוגיה אומרת בפירוש שזה הנימוק להפטר, אבל כך נימקו רבנו חננאל, בשיטה מקובצת, ב"מ צו ע"א, תוספות, ב"מ צו ע"א, ד"ה כי (כמוסבר בתרומת הדשן, סימן שכח, ובמגן גיבורים, ב"מ צו ע"א), תוספות הרא"ש, ב"מ צו ע"א, מאירי, ב"מ צו ע"א, וחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צו ע"א.*

¹⁶ כך הדגישו: תרומת הדשן, סימן שכח; רמ"א, חו"מ, שמ, ג; ב"ח, חו"מ, שמ, ז; ש"ך, חו"מ, שמ, ס"ק ו'.

¹⁷ כך רמז ש"ך, חו"מ, שמ, ס"ק ה' וס"ק ו', וכך הסביר גם שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן קטו, שהמשאיל פשע מפני שהיה צריך להעלות על הדעת שהחתול יהיה בתוך ריכוז גדול של עכברים.*

¹⁸ תוספות, ב"מ צו ע"א, ד"ה כי (הובא בתרומת הדשן שם, ובתולדות שם, סימן ב, אות ט), תוספות הרא"ש, ב"מ שם, ואור זרוע, ב"מ, סימן שיא (בשם ר' אלחנן, גם על המקרה בהערה 19), אומרים שדיון התלמוד הוא על מקרה כזה.*

¹⁹ גם כאן (כבהערה 15) אין מפורש בסוגיה שזה הנימוק, אבל כך נימקו מאירי וחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צו ע"א, וגם הפוסקים שנביא להלן הבינו שהנימוק הוא "מתה מחמת מלאכה".*

²⁰ רמ"ה, המובא בטור, חו"מ, שמ, ז, כפי שהסבירוהו ב"ח, חו"מ, שמ, ז, ופרישה, חו"מ, שמ, ז.

²¹ פרישה שם, תולדות שם, סימן ב, אות ה, ותורת מיכאל, סימן לט – שלשתם בדעת הרא"ש. הדבר קשור למחלוקת הרא"ש והרמ"ה לגבי המקרה הבא – האם במקום שלא מתה מחמת המלאכה עצמה, אלא שהמלאכה גרמה בעקיפין את מיתתה, השואל פטור. הרא"ש אינו פוטר שם, ולפיכך היה צריך לומר שכאן מת החתול מחמת המלאכה עצמה, ולכן התלמוד פטר אותו.*

²² בית יוסף, חו"מ, שמ, ז.

ג) הפוסקים נחלקו לגבי אדם ששאל מחברו בהמה במטרה ללכת בה בדרך מסוימת, ותוך כדי הליכתו באותה דרך, לקחו ממנו שודדים את הבהמה, או שטרפו אותה חיות. הרמ"ה²³ סבור שיש לראות זאת כנוק שנגרם מחמת השימוש, ולפטור את השואל. לדעתו, על אף שמלאכת ההליכה לא גרמה במישרין נזק לבהמה, מכל מקום, מאחר שההליכה בדרך הזאת גרמה בעקיפין לאבדן הבהמה, זה בגדר נזק שנגרם מחמת השימוש, ששומר פטור עליו. משתי סיבות יש לראות בהליכה בדרך הזאת את הגורם לאבדן הבהמה: ראשית, בעיר אין מצויים שודדים וחיות כפי שמצויים מחוץ לעיר, ואילו נשארה הבהמה בעיר, לא היה קורה מה שקרה²⁴. שנית, גם אילו היו באים עליו שודדים או חיות בעיר, היה השואל יכול לקרוא לעזרה, וכך היה ניצל מהם; ודווקא מאחר שיצא לדרך, לא היה יכול למצוא עזרה²⁵. לעומת הרמ"ה, סבור הרא"ש²⁶ שאין לפטור כאן את השואל בנימוק של נזק שנגרם מחמת השימוש. נכון הוא, שההליכה בדרך הזאת גרמה לאבדן הבהמה, אך הלא זה היה קורה גם אילו היה מוליך שם את הבהמה סתם, שלא למטרת עשיית מלאכתו; ונמצא שהיא לא אבדה מחמת המלאכה²⁷. הרי, כפי שהבאנו בפסקה 1, הרמב"ן נימק את הפטר שואל בנוק שנגרם מחמת השימוש, בכך שנוק זה מחמת השימוש מוכיח שהנכס המושאל לא היה ראוי למלאכתו, והמשאיל התרשל בכך שהשאיל נכס זה. במקרה דנן, אין שום הוכחה שהנכס היה פגום, שכן גם הבהמה הטובה ביותר להליכה הייתה נלקחת על ידי השודדים והייתה נטרפת על ידי החיות, ואם כך אין סיבה לפטור את השואל²⁸.

ד) שאלה מעניינת בתחום זה הועלתה על ידי ר' ישראל איסרלן. קבוצה של שודדים התקרבה לעיר, במטרה לגזול את עדרי הבהמות של בני העיר; ומקצת מבני העיר התארגנו להדוף אותם, והתחמשו לצורך זה. ראובן ביקש גם הוא להצטרף אל המגינים, אלא שלא היו לו כלי נשק; ולכן הוא שאל משמעון כלי נשק ושריון מגן, לצורך זה. בסופו של דבר, השודדים ניצחו, ואף לקחו מבני העיר את כל כליהם, לרבות כלי הנשק שלהם. השאלה היא, האם ראובן חייב לשלם לשמעון על כלי הנשק ועל השריון ששאל ממנו, כיוון ששואל חייב אף באונס; או שמא אבדן זה הוא בגדר נזק שנגרם מחמת השימוש? מצד אחד, החפצים נלקחו ממנו משום שהשתמש בהם (השודדים, כנראה, לא היו לוקחים את כלי הנשק אילו היו נשארים בביתו של שמעון, והם לקחו רק את כליהם של הלוחמים). מצד שני, הם לא אבדו תוך כדי שימוש, וייתכן שרק אילו היו כלי הנשק נשברים תוך כדי לחימה, שזהו אבדן שנגרם במישרין מחמת המלאכה, היה לנו לפטור את השואל. ר' ישראל איסרלן מכריע, שיש לראות את מה שקרה כנוק שנגרם מחמת השימוש, ולפטור את השואל. הוא מוצא אסמכתא לפסיקתו בסוגיית התלמוד שהבאנו לעיל, על חתול שהרגוהו עכברים, ששם פטר התלמוד את השואל בנימוק שהנוק נגרם מחמת מלאכה. גם במקרה ההוא הופטר שואל על אבדן הנכס השואל עקב

²³ הרמ"ה, הובא בטור, חו"מ, שמ, ז (ומשם הובא במרחשת, חלק ב, סימן לא, ענף ג, אות ט). כך פסק גם שו"ע, חו"מ, שמ, ג (הובא בשו"ת הרי"ם, חו"מ, סימן ו).

²⁴ בדק הבית, על הטור שם (הובא באבן האזל, הלכות מכירה, ד, יד).

²⁵ נתיבות המשפט, שמ, ס"ק ה (הובא בהגהות רמ"מ יפה, על שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנט).

²⁶ הרא"ש, המובא בטור, חו"מ, שמ, ז. דעתו הובאה ברמ"א, חו"מ, שמ, ג; וש"ך, חו"מ, שמ, ס"ק ה, פסק כמותו.

²⁷ כך נראה לפרש את דברי הרא"ש "שהרי אף בלא מלאכה אפשר שתאנס ממנו".

²⁸ ש"ך, חו"מ, שמ, ס"ק ה (הובא בדברי משפט, סימן שח, ה, וסימן שמ, ג); אבן האזל, הלכות מכירה, ד, יד; שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן קטו.

"תבוסה" ב"קרב"²⁹. לעומתו, הש"ך סבור שאין לפטור כאן את השואל. לדעתו, יש לבחון את המקרה הזה לאור הנימוק של הרמב"ן, שהבאנו לעיל, להפטר שואל בנוק שנגרם מחמת השימוש: רשלנות המשאל בכך שהשאל נכס שאינו ראוי לשימוש. במקרה זה, לדבריו, אין מקום לאותו נימוק – אם ראובן לא הצליח לגבור על השודדים, אין זה משום שכלי הנשק היו לקויים, אלא משום שהוא לא היה מלומד די הצורך בתכסיסי לחימה (או שגם שאר המגינים לא היו מלומדים בכך). אם אין פגם בנכס השואל, לא הייתה רשלנות מצד המשאל, ואין לפטור את השואל. בכך שונה מקרה זה מן המקרה בחתול, שר' ישראל איסרלן הסתמך עליו: חתול "נלחם" נגד העכברים בעצמו, ואם הוא מובס, הדבר מעיד על פגם בו עצמו, כפי שהסברנו לעיל, ומכאן שהמשאל התרשל בהשאלת חתול פגום, ולכן השואל פטור שם³⁰.

להלן נביא דוגמאות אחדות להפטר שומר בנוק שנגרם מחמת השימוש.
(א) שוכר בית, שהדליק אש בתנור, ונשרף הבית, פטור, משום שזהו נזק שנגרם מחמת השימוש, וזאת בתנאי שלא הדליק את התנור באש גדולה יותר מהנהוג³¹.

(ב) השואל בגד ללבוש, והתלכלך הבגד בזמן שלבש אותו, חייב לכבס אותו³², ואין פוטרים בנימוק שזהו נזק שנגרם עקב השימוש בבגד, ששואל אינו אחראי עליו. הדבר אמור אף לפי דעת הרמ"ה דלעיל, שהגדיר שדידת בהמה בדרך כנוק שבא עקב השימוש. הסיבה לכך היא, שמקובל שהשואל בגד מכבס אותו, ולכן רואים כאילו התנו במפורש שהשואל יכבס אותו³³.

(ג) אדם שאל מנורה לתלות בחופתו לנוי, ולהדליק בה בעת הצורך, ואחרי שהייתה תלויה כמה ימים, נפלה מתוך כובדה, וניזקה. ר' שלמה הלוי פטר את השואל, כיוון שהמנורה נפלה מחמת השימוש שעשה בה, דהיינו התלייה, שהרי אילו לא תלאה, לא הייתה ניזוקה. נימוקו הכללי של הרמב"ן להפטר שואל בנוק שנגרם עקב השימוש, קיים אף במקרה זה: המשאל היה צריך לדעת שייתכן שהמנורה תיפול מפני כובדה, ולהשאל אותה רק אחרי שיזהיר את השואל באזהרות רבות לתלות אותה על יתד חזק, ומשלא הזהירו, פשע³⁴.

(ד) מי שקיבל מחברו כסף בפיקדון, על מנת שהוא יתעסק בו ויתן לבעל הכסף את הרווחים שיווצרו, והלך הכסף לטמיון שלא מחמת רשלנות מצד המתעסק, הוא פטור מאחריות על הכסף, משום שזהו נזק שנגרם מחמת השימוש – הכסף הלך לטמיון במהלך שימושו בו.

²⁹ תרומת הדשן, סימן שכח, הובא בבית יוסף, חו"מ, שמ, מחודש א, ובשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רלא. שו"ת הרי"ם, חו"מ, סימן ו, הסכים לתרומת הדשן, וכך כתב גם נדרי זריזין, נדרים לא ע"א (ד"ה רש"י). פרח מטה אהרן שם כתב שהשואל יכול לטעון "קים לי" כתרומת הדשן.

³⁰ ש"ך, חו"מ, שמ, ס"ק ו. גם אהלי שם (ביטון), ב"מ, סימן ו, אות יח, ארץ צבי (דידי), שו"ת, חו"מ, סימן ב, ותולדות שם, סימן ב, אות ו, כותבים שלטעם הרמב"ן חייב כאן. ארץ צבי מוסיף שכך יהיה גם לנימוק של מחנה אפרים (הערה 12). הש"ך כותב שמקרה זה מקביל למקרה הקודם, ומחלוקת הרמ"ה והרא"ש שם תחול גם כאן (והש"ך עצמו מחייב כאן כפי שהוא מחייב לעיל, כפי שראינו בהערה 26).

³¹ שו"ת מקור ברוך, סימן מא.

³² כך מוכח מגדה נח ע"א, ורש"י שם (ד"ה לעניין דינא), ותוספות, חולין נא ע"א, ד"ה המוציא (הובא בשב שמעתתא, שמעתא ב, פרק י).

³³ משא בני קהת, על הרמב"ם, הלכות שאילה, א, א. הוא מיישב בכך את קושיית חלקת יואב, קבא דקשייתא, סימן לט, מן הסוגיה בגדה על הרמ"ה.

³⁴ שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן נה (הובא בשו"ת חסד לאברהם, אלקלעי, חו"מ, סימן יג, דף צה ע"א). הוא כותב שגם הרמב"ם (הערה 41) הפוטר רק בנוק שקרה בשעת מלאכה, פוטר כאן, מפני שהנוק היה בעת השימוש.

הדין כך גם אם התנה המתעסק לקבל על עצמו אחריות של שואל, על פי המפורט בסעיף 14, שהרי גם שואל פטור מאחריות על נזק שנגרם מחמת השימוש³⁵.

ה) השואל מכונית וניזוקה בתאונת דרכים, פטור, משום שזהו נזק שנגרם עקב שימוש רגיל, ובלבד שנהג ברכב בלי רשלנות וכלי לשנות מן התנאים שהתנה עם המשאיל³⁶. אולם נראה שיש לסייג הפטר זה. אם אירעה התאונה מחמת פגם שהיה במכונית, השואל פטור לכל הדעות. הרי כאן יש מקום אף לנימוקו של הרמב"ן שהבאנו בפסקה 1, ששומר פטור בנזק שנגרם מחמת השימוש משום שהמשאיל התרשל בכך שהשאיל נכס שאינו ראוי למלאכתו. אולם אם אירעה התאונה עקב סיבות אובייקטיביות, כגון שהנהג שבמכונית שבאה מן הכיוון השני איבד את השליטה על רכבו, הדבר אינו כל כך פשוט. נימוקו של הרמב"ן אינו קיים במקרה זה, שהרי במצב זה, התאונה הייתה קורה אף למכונית הטובה ביותר, ואם כן, לפי נימוקו של הרמב"ן אין לפטור כאן. אולם לפי הרמ"ה, שפטר שואל בהמה אם נשדדה בדרך, אף על פי שהדבר לא נבע מפגם בבהמה, אף כאן שואל המכונית פטור, כיוון שסוף כל סוף אירעה התאונה עקב השימוש במכונית³⁷.

ו) אדם שאל מחברו ספר, בתקופה שהממשלה חקקה חוק שלפיו ספר שאין עליו חותמת (אישור ששולם מס על הספר) הוא הפקר, וכל הרוצה יוכל לקחתו; ובספר זה לא הייתה חותמת. במהלך לימודו בספר, לקח אותו השואל ממקום למקום, משום שלא היה לו מקום מוצנע שבו יוכל ללמוד, וכך התגלה הספר לפקיד הממשלתי, והוא לקח אותו. השואל אינו אחראי על אברן הספר, כיוון שהדבר נגרם מחמת שימושו בספר. כאן יש מקום לנימוקו של הרמב"ן – לא היה המשאיל צריך להשאיל ספר זה, מפני שהיה בו פגם שעלול להביא בעקיפין לאבדנו כתוצאה מן השימוש בו³⁸.

3. נזק שלאחר שעת השימוש

סוגיית התלמוד, שהיא המקור להפטר שומר בנזק שנגרם עקב שימוש בנכס, נוקטת לשון "מתה מחמת מלאכה", ואינה מתנה את ההפטר בכך שהנזק יתרחש בשעת השימוש דווקא. מכאן הסיקו רוב הפוסקים, שגם אם הנזק לנכס מתרחש בפועל רק לאחר השימוש בנכס, יופטר השומר, ובלבד שיהיה ברור שהנזק נגרם עקב השימוש³⁹. למסקנה זו נגיע גם אם נבחן את השאלה הזאת לאור הנימוקים להפטר שומר בענייננו, שהבאנו בפסקה 1. כל הנימוקים הללו מבוססים על כך שהנזק נגרם לנכס מחמת השימוש, וכך הוא מוכיח על פגם בנכס (לפי הרמב"ן ולפי ר' אפרים נבון), או שהוא כלול בויתור של בעל הנכס (לפי הרשב"א); ושעת התרחשות הנזק אינה מעלה ואינה מורידה לעניין קבילות הנימוקים הללו⁴⁰.

³⁵ חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ ע ע"א (הובא בקצות החושן, שמ, ס"ק א).

³⁶ שו"ת מנחת יצחק, חלק ב, סימן פח, וחלק ג, סימן קכו.

³⁷ רח"א מילר הוסיף שגם לפי הרא"ש יש לפטור כאן, לפי מה שהסביר (ראה במילואים להערה 28) שהרא"ש אינו סובר כנימוק הרמב"ן, וחייב בנידונו רק משום שהנזק היה יכול לקרות גם לולא המלאכה, ואם כן, כאן הוא יפטור, משום שהנזק לא היה קורה לולא המלאכה – הנהיגה.

³⁸ שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ט.

³⁹ חידושי הרמב"ן, ב"מ צו ע"ב; הרשב"א, בשיטה מקובצת, ב"מ צו ע"ב; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צו ע"ב; רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן ד; שו"ת הריב"ש, סימן תכג; מגיד משנה, הלכות שאילה, א, א; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ג; טור, חו"מ, שמ, ה; רמ"א, חו"מ, שמ, ג (על פי באר הגולה שמ, אות כ).

⁴⁰ שו"ת הריב"ש שם; אבן האזל, הלכות שאילה, א, א.

דעה חריגה בעניין זה היא דעתו של הרמב"ם⁴¹. לדעתו, השומר יופטר רק אם הנזק שנגרם עקב השימוש אירע בשעת השימוש ממש, אבל על נזק שאירע לאחר השימוש, הוא יחויב, גם אם ניתן לייחס את הנזק לשימוש. מה שהניע את הרמב"ם לעשות הבחנה זו, הוא הקושי המעשי בקביעת הזיקה בין הנזק לשימוש. פעמים רבות, קשה לדעת האם הנזק שאירע לנכס אכן נגרם עקב השימוש שנעשה בו, או שמא לא היה לו קשר לאותו שימוש, וגורם אחר לגמרי הוא סיבת הנזק. לדוגמה, השואל בהמה לנשיאת משא, והטעין עליה משא, והלך איתה, ומתה, ייתכן שמתה מחמת המשא שנשאה, וייתכן שמתה מחמת מחלה שחלתה בה בזמן שהייתה בידי השואל; ואילו היינו יודעים שמתה מחמת המחלה, היינו מחייבים את השואל, משום שאין זו תוצאה מן השימוש. כדי לפתור בעייה זו, של אי הבהירות באשר לגורם הנזק, קבע הרמב"ם, שאם הנזק אירע בעת השימוש, נפטור את השואל, משום שבמקרה זה ניתן להניח שהנזק נגרם מחמת השימוש (וזאת גם אם לא תהיה הוכחה לדבר, כמו סימני עייפות במלאכה⁴²). לעומת זאת, אם אירע הנזק לאחר השימוש, לא נפטור את השואל, משום שאז מניחים שמן הסתם לא נגרם הנזק מחמת השימוש, שכן בדרך כלל, נזק הנגרם עקב השימוש מופיע כבר בשעת השימוש⁴³.

מכל מקום, אם ברור שהנזק לנכס לא נגרם עקב השימוש בו, אלא עקב גורם אחר, השואל יחויב גם אם הנזק אירע בשעת השימוש, גם לדעת הרמב"ם⁴⁴.

חריג נוסף בדעת הרמב"ם הוא נזק מן הסוג שיוצא לפועל זמן מסוים לאחר שהוא נגרם. דוגמה לכך היא בהמה שנעשית רזה עקב משא שהיא נושאת – הדבר אינו קורה מיד, בעת נשיאת המשא, אלא לאחר זמן מסוים. כאן יפטור הרמב"ם את השואל על אף שהנזק לא אירע בעת השימוש⁴⁵. אילו היינו דורשים גם כאן שיקרה הנזק בעת השימוש, לא היה שואל מופטר לעולם בסוג נזק כזה, ואין זה מתקבל על הדעת. זאת ועוד: כאן אין השתהות הנזק מעידה שהוא אינו נובע מן השימוש, שכן דרכו של נזק כזה להשתהות זמן מה לאחר שנגרם.

4. ספק האם יש זיקה בין השימוש לנזק

בעייה שכיחה היא שאין ידוע בוודאות האם אבדן הנכס או נזקו נגרמו עקב השימוש בו, כך שהשומר פטור, או שנגרמו עקב גורם אחר, כך שהשומר חייב. בשאלה זו נחלקו הפוסקים.

⁴¹ רמב"ם, הלכות שאילה, א, הלכה א והלכה ב, והלכות שכירות, א, ב. כך גם דעת סמ"ג, עשה צב (לפי הבנת עיר הצדק, על הסמ"ג שם), ואגודה, ב"מ, סימן קמה*.

⁴² לחם משנה, הלכות שאילה, א, א.

⁴³ שו"ת הריב"ש, סימן תכג, הובא בכסף משנה, הלכות שאילה, א, א, ובאבן האזל, הלכות מכירה, ד, יד. כך כתבו גם מגן גיבורים, ב"מ צו ע"א, עיר הצדק, על הסמ"ג שם, שם יוסף (אליקים), על הרמב"ם, הלכות שאילה, ב, ט, וערוך השולחן, חו"מ, שמ, יב. לפי הסבר זה, גם שיטת הרמב"ם מתיישבת עם הנימוקים דלעיל להפטר שואל ב"מתה מחמת מלאכה", שכן יסוד ההפטר גם לדעת הרמב"ם הוא שהנזק נגרם עקב המלאכה, והדרישה לעיתוי הנזק היא יותר מעשית מאשר עקרונית*.

⁴⁴ רמב"ם, הלכות שאילה, א, א, נוקט שהשואל קרדום לביקוע פטור אם "נשבר בעת הביקוע מחמת הביקוע": הוסיף תנאי זה, שיהיה מחמת הביקוע, ללמד שאם ידוע שלא נשבר מחמת הביקוע, השואל חייב*.

⁴⁵ לחם משנה, הלכות שאילה, א, א. הוא מסביר בכך מדוע בהלכה ד שם, פטר הרמב"ם את השואל במקרה שכחשה מחמת מלאכה, ולא הזכיר "בשעת מלאכה", וכתב רק שעל השואל להישבע שהבהמה כחשה מחמת מלאכה*.

לדעת ר' יוסף חביבא, יש להפעיל כאן את העיקרון ש"המוציא מחברו עליו הראיה" – אי אפשר לחייב את השומר מספק, שהרי ייתכן שהנזק נגרם עקב השימוש, כך שהשומר פטור⁴⁶. לעומת זאת, הרא"ש עסק במי ששאל בהמה לרכיבה, והתחממה ומתה, אך השואל לא הרגיש בעודה בדרך שהיא מתחילה להתחמם, והוא פסק שהשואל חייב לשלם, שהרי אינו יכול להישבע שהבהמה מתה מחמת הרכיבה⁴⁷. זאת על פי העיקרון הכללי ש"מתוך שאינו יכול להישבע – משלם", כלומר, מי שמוטל עליו להישבע על טענתו, אך אינו יודע האם טענתו היא אמת (והוא טוען טענת "שמא"), חייב לשלם. אף שומר הבא להיפטר בטענה שהנזק נגרם עקב השימוש, חייב להישבע על כך, וכאן אינו יכול להישבע, ולכן הוא חייב לשלם⁴⁸. על כך יוכל ר' יוסף חביבא להשיב, שאין להפעיל עיקרון זה כאן, שכן עיקרון זה חל רק במי שהייתה לו אפשרות לדעת את האמת, כך שאי ידיעתו מחשידה אותו או גורעת את כוח טענתו. כאן, לעומת זאת, בדרך כלל אין לשומר אפשרות לדעת מה בדיוק גרם לאבדון הנכס, ואם כן ניתן לפטרו על אף שאינו יכול להישבע על טענתו⁴⁹. לא נרחיב כאן בנושא זה, מאחר שהדיון בו גולש לדיני ראיות, שאינם כלולים בתחום עיסוקנו בחיבור זה.

פרק שלישי

"לפי תנאי השמירה"

1. שימוש שלא לפי תנאי השמירה – בשואל

המחוקק מגביל כאן את הפטר השומר באבדן שנגרם עקב השימוש בנכס, למקרים שהשומר השתמש בנכס לפי תנאי השמירה. אם השתמש בנכס שימוש אחר מזה שלמענו קיבל את הנכס, והנכס ניזק עקב השימוש, הוא לא יופטר. זאת אף בשימוש שאינו כרוך ברשלנות. למרות שלא הייתה רשלנות בשימוש, הוא נושא באחריות לנזק שנגרם עקב השימוש, כיוון שעבר על ההסכם שהיה לו עם בעל הנכס, שישתמש בנכס רק בצורה מסוימת. על נזק שנגרם עקב שימוש שהיה כרוך ברשלנות, נדון בפרק ו.

הגבלה זו על הפטר השומר, מוזכרת בתלמוד בקשר להפטר שואל בנזק שנגרם מחמת השימוש. שם⁵⁰ נאמר, ששואל הטוען להיפטר מסיבה זו, צריך להביא עדים שיעידו

⁴⁶ נימוקי יוסף, ב"ק לט ע"א (כדפי הרי"ף), בשם הרא"ה, הובא בבית יוסף, חו"מ, שמ, מחודש א, ובקצות החושן, סימן רצד, ס"ק ז, וסימן שמ, ס"ק ד.

⁴⁷ רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן ד, הובא בטור, חו"מ, שמ, ה, וברמ"א, חו"מ, שמ, ג.

⁴⁸ ש"ך, חו"מ, שמ, ס"ק ז (אגב, הוא זה שמציין שיש מחלוקת בין הנימוקי יוסף לרא"ש). נתיבות המשפט, שמ, ס"ק ז, מציע הסבר אחר לדעת הרא"ש (כנגד הקושי בנימוקי של ש"ך – ראה הערה 49), אך דבריו אינם ברורים.

⁴⁹ סברה זו מעלה נתיבות המשפט, שמ, ס"ק ז, כהערה על דברי הש"ך; ניתן להשתמש בה כהסבר לדעת נימוקי יוסף. כדי להצדיק את הרא"ש כנגד טענה זו, כתב שו"ת מהרח"ש (הובא בנתיבות המשפט שם – אולי הוא מתכוון לשו"ת תורת חיים, חלק א, סימנים ז, פט או צ) שכאן היה על השואל לדעת – מפני שאילו בדק את הבהמה בעת הרכיבה, היה יודע מה גרם למיתתה.

⁵⁰ ב"מ צו ע"ב.

שבהשתמשו בנכס, לא שינה מהשימוש שהוסכם עליו. מכאן, שאם שינה, הוא לא יופטר; וכך פסקו הפוסקים⁵¹.

ניתן למצוא הסבר לחיוב השואל כששינה, על פי הנימוקים שהבאנו בפרק ב, 1, לכך ששואל פטור בנזק שנגרם עקב השימוש (כשלא שינה). נימוקו של הרמב"ן (ובדומה לו, גם זה של ר' אפרים נבון), שהבאנו שם, הוא, שמאחר שניזוק הנכס עקב השימוש, מתברר למפרע שהנכס לא היה ראוי לשימוש שהשואל למענו, ונמצא שהמשאל התרשל בכך שנתן לשואל נכס שאינו ראוי לשימוש המיועד לו. נימוק זה אין לו מקום במקרה שהשואל השתמש בנכס למטרה שונה מזו שהוסכם עליה, שכן אף אם התברר שהנכס לא התאים לשימוש שהשתמש בה השואל, אין זה אומר שהוא לא התאים לשימוש שהשואל למענו, ואם כך, המשאל נהג כשורה, ואין סיבה לפטור את השואל. גם נימוקו של הרשב"א, שהבאנו בפרק ב, 1, אין לו מקום במקרה של שינוי. הוא הסביר שהמשאל מותר מראש על תשלום עבור כל נזק שייגרם עקב השימוש, שכן הוא יודע שצפוי נזק עקב השימוש, ואף על פי כן הסכים שהשואל ישתמש בנכס. ברור שוויתור זה אינו כולל נזק שייגרם עקב שימוש אחר מזה שהוסכם עליו, שהרי לשימוש כזה לא הסכים המשאל⁵².

ר' יהושע ולק כהן מציע הסבר שונה לחיוב השואל בנידונו. כאשר השואל משתמש בנכס למטרה אחרת מזו שעליה הסכים עם המשאל, הוא שולח יד בנכס. דינו של שולח יד הוא, שהנכס נכנס לרשותו, ואחריותו עליו היא אחריות שלמה, כאחריותו של גנב על הנכס הגנוב. לכן שואל זה חייב גם על נזק שנגרם עקב שימוש בנכס. בעקבות הסברו זה, כותב ר' יהושע ולק כהן, שאם השתמש השואל בנכס שלא לפי תנאי השמירה, ולא נגרם נזק, ואחר כך השתמש בו לפי תנאי השמירה, ושימוש זה גרם נזק לנכס, הוא חייב על נזק זה. זאת משום שברגע שהשתמש בנכס שימוש אחר, אחריותו כשולח יד היא אחריות שלמה, והוא מחויב על כל נזק שקורה לאחר מכן, בלי להתחשב בסיבת הנזק⁵³.

חיוב שואל ששינה אינו נוהג דווקא אם שינה לעשות שימוש כבד יותר בנכס, אלא אף אם השתמש בו שימוש יותר קל מזה שהוסכם עליו. דוגמה לדבר: השואל בהמה לחרוש, ורכב עליה, ומתה בעת הרכיבה, חייב על אף שרכיבה היא מלאכה קלה יותר מחרישה⁵⁴. דוגמה נוספת: השואל מעדר לעדור בו פרדס מסוים, ועדר בו פרדס אחר, יותר קטן, ונשבר המעדר מחמת העידור – חייב⁵⁵. בנקודה זו קיימת מחלוקת בין האחרונים: מה היקף החיוב? לדעת ר' יהושע ולק כהן⁵⁶, החיוב כאן נוהג רק אם יש דרך כלשהי לתלות את הנזק בשינוי, דהיינו שיהיה הסבר הגיוני להנחה שאילו היה משתמש בנכס לשימוש שהוסכם עליו, לא היה קורה

⁵¹ רמב"ם, הלכות שאילה, א, א; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תרסח; תשובות הגאונים הקצרות, סימן נה; אגודה, ב"מ, סימן קמה; שערי שבועות, שער ז; מרדכי, ב"מ, סימן שעח; ספר החינוך, מצווה ס; טור, חו"מ, שמ, ב; שו"ע, חו"מ, שמ, א; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, ב; א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ספר ב, פסקה עד (בשוכר) ופסקה עה (בשואל); מצוות המלך, מצווה ס.

⁵² שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן נה, מסביר שאם שינה חייב, מפני שהמשאל טוען: "התרתני אותה למיתה רק לאותה מלאכה שביקשת ממני, אבל אילו ידעתי שתשתמש בה למלאכה אחרת, לא הייתי משאל, מפני שאין בהמתי ראוייה לה, אפילו זו מלאכה קלה יותר", ולכן חייב אפילו שינה למלאכה קלה (ראה במילואים להערה 54).

⁵³ פרישה, חו"מ, שמ, ב (ובקיצור, בסימן שמד, א), הובא באמרי מהרש"ח, ב"מ צו ע"א (ד"ה בגמ' שותפין).

⁵⁴ מגיד משנה, הלכות שאילה, א, א; שו"ע, חו"מ, שמ, א.

⁵⁵ דרישה, חו"מ, שמא, י.

⁵⁶ סמ"ע, שמ, ס"ק ד (הובא במנחת חינוך, מצווה ס, בתחילתו, ובספר מעשה בראשית, מצווה ס).

הנזק, והנזק קרה דווקא משום שהשתמש בשימוש הקל. כך, למשל, בדוגמה שהבאנו לעיל, השואל חייב רק אם הבהמה אינה רגילה למלאכת רכיבה, ורגילה לחרוש. במצב כזה, שינוי למלאכה קלה הוא כמו שינוי למלאכה כבדה, שבו ודאי סביר להניח שהשינוי גרם את הנזק. אבל אם אין לנו סיבה להניח שהשינוי גרם לנזק, לא יחויב השואל, שכן הוא רשאי לשנות ולהשתמש בנכס שימוש קל יותר מזה שהוסכם עליו (או מקביל לו), וודאי שאין לראות בכך שליחות יד שתחייב אותו, כמוסבר לעיל. לעומתו, הט"ז אינו מכיר בהגבלה זו. לדעתו, גם אם אין סיבה הגיונית לומר שהנזק נגרם עקב השינוי, השינוי מחייב את השואל. נכון הוא שהשואל היה רשאי לשנות ולהשתמש בנכס שימוש קל יותר, אך אין זה פוטר אותו למקרה שלאחר השינוי ניוזק הנכס. כאן יטען כלפיו בעל הנכס, שכאשר שינה מן ההסכם, הוא קיבל בכך על עצמו אחריות לכל מה שיקרה לנכס⁵⁷.

יש שהשואל חייב גם אם לא שינה בסוג השימוש, אלא בעיתויו. לדוגמה, אם שאל בהמה לחרוש בה בבוקר, וחרש בה בצהריים, הוא חייב, מפני שהחום בצהריים קשה לה⁵⁸.

2. שימוש שלא לפי תנאי השמירה – בשוכר

(א) כללי

כפי שאמרנו בפרק ב, 1, הפטר שוכר בנזק שנגרם עקב השימוש בנכס, ניתן לבססו על הפטר השוכר באופן כללי באונס. מאחר שהשתמש בנכס ברשות, נזק שנגרם לנכס עקב השימוש הוא בגדר אונס, כמו שנזק שלא היה ניתן לחזותו מראש קרוי אונס (כפי שהגדרנו אונס, בדיונו בסעיף 2(ב)). נזק זה, אף אם ניתן היה לחזותו מראש, הוא אונס מבחינה מהותית, כיוון שלא היה על השוכר להימנע ממה שגרם לנזק – השימוש. ברור, שנימוק זה אין בו כדי לפטור שוכר גם בנזק שנגרם עקב שימוש שונה מזה שהוסכם עליו, שהרי על נזק זה אין לומר שהוא אונס מבחינה מהותית, מפני שלא היה על השוכר להימנע ממה שגרם לו – בהחלט היה עליו להימנע מכך.

מכל מקום, אין להסיק מכך ששוכר יחויב בכל מקרה שהשתמש בנכס שימוש שלא על פי תנאי השמירה. אם, עקב שימוש בנכס, קרה לנכס נזק שלא היה עליו לחזותו מראש, יש לפטור, כשם שפוטרים אותו (וכן כל שומר אחר, מלבד שואל) אם בלי קשר לשימוש קרה נזק שלא היה יכול לחזותו מראש – אונס. העובדה שהאונס נגרם עקב שימוש האסור בנכס, אין בה בהכרח כדי לחייבו יותר מבמקרה אחר. בכך שונה שוכר משואל, שהוא חייב בדרך כלל באונס, ולכן הוא חייב גם אם עקב שימוש האסור בנכס אירע נזק שלא היה עליו לחזותו מראש.

אלא שיש לעשות כאן הבחנה חשובה: האמור נכון רק אם יש להניח שהאונס היה קורה בין אם היה השוכר משתמש בנכס שימוש אסור, ובין אם לא היה משתמש בו כך (אלא היה משתמש בו שימוש מותר, או לא היה משתמש בו כלל). אבל אם יש אפשרות שאונס זה לא היה קורה אילו לא שימשו האסור, יש מקום לחייב את השוכר, שהרי אין להשוות מקרה זה למקרה שקרה אונס בלי שהוא עשה דבר לגרימתו. בפסקה זו נסקור את יישומה המעשי של הבחנה זו, כפי שהיא באה לידי ביטוי במקרים אחדים שנידונו במקורות.

⁵⁷ ט"ז, חו"מ, שמ, א.

⁵⁸ ערוך השולחן, חו"מ, שמ, ב.

דיוננו כאן מתייחס לשוכר שלא התרשל בשימוש בנכס, אלא רק עבר על התנאים שהתנה עם בעל הנכס באשר לשימוש. בדיונו של שוכר שהתרשל תוך שימוש בנכס, נעסוק בפרק ו. יש להדגיש כאן עיקרון חשוב, והוא, שרק תנאי שבעל הנכס, המשכיר, עמד עליו, מוגדר לעניין זה כתנאי בשמירה. לעומת זאת, אם המשכיר לא הגביל את השוכר בשימוש בנכס, אלא שהשוכר הודיע שבכוונתו להשתמש בנכס שימוש מסוים, במקום פלוני, באופן זה או אחר, וכדומה, אין זה בגדר תנאי של השמירה. לכן, אם ישתמש השוכר בנכס באופן אחר, בשינוי כמותי או איכותי, לא ישא באחריות לנזק שיקרה עקב כך. רק אם המשכיר הוא שזם את הגבלת אופן השימוש, יש מקום לחייב את השוכר אם שינה, משום שאז יש יסוד להנחה שהמשכיר ידע שהשינוי יזיק לנכס, ועל כן הציב הגבלות על השימוש. זהו דבר שאין לומר במקרה שהשוכר יזם את הגבלת השימוש – הרי מאחר שהמשכיר שתק, אין הוכחה שהוא מתנגד לשימוש אחר מתוך ידיעה על פגם בנכס.⁵⁹

אם המשכיר קבע את אופן השימוש בנכס, זהו תנאי מחייב, גם אם לא הוסיף המשכיר לומר: "ואם תשנה בשימוש, תהיה חייב", משום שעל השוכר להבין מדברי המשכיר שאין ברצונו שישתמש בנכס באופן אחר.⁶⁰ מאידך גיסא, גם אם הוסיף המשכיר ואמר: "ואל תשתמש בנכס שימוש פלוני", אין זה משנה את דיונו של השוכר לחומרא, ואף כאן הוא פטור אם בשימוש האסור לא הייתה סבירות גדולה יותר לנזק, מאשר בשימוש המותר.⁶¹

אם, לאחר שקבע המשכיר את התנאים לשימוש בנכס, שינה השוכר מן התנאים, והמשכיר ראה זאת ושתק, השוכר פטור, כאילו לא שינה, כיוון שבשתיקת המשכיר הוא הראה שהוא מוחל על ההגבלות שהטיל.⁶² הרי אף בשומר שהתרשל בשמירת הנכס, אם בעל הנכס ראה שהוא מתרשל, ושתק, רואים זאת כמחילה על אחריות השומר לנזק שייגרם מחמת רשלנותו, כפי שראינו לעיל.⁶³

יש לחלק את הדיון בחיובו של שוכר ששינה בשימוש בנכס ממה שהסכים עמו המשכיר, לשני חלקים: שינוי איכותי ושינוי כמותי.

(ב) שינוי איכותי

שינוי איכותי בשימוש בנכס יכול להיות שינוי במיקום עשיית המלאכה, או בחומר שהמלאכה מתבצעת עליו, וכדומה, כפי שנפרט בדוגמאות להלן. כאן, חיוב השוכר בנזק או באבדן הנכס, שנגרמו עקב השימוש שעשה בו שלא לפי תנאי השמירה, ייקבע לפי הסבירות להתרחשות הנזק, בשימוש לפי תנאי השמירה, ובשימוש שעשה בפועל בנכס. הכלל הוא כך: אם הסבירות שהנזק יתרחש עקב השימוש שהשוכר עשה בפועל בנכס, גבוהה יותר מן הסבירות להתרחשותו אילו עשה שימוש כפי שהוסכם עליו, השוכר חייב. לעומת זאת, אם הסבירות לנזק יותר נמוכה בשימוש שהוא עשה בפועל בנכס, מזו שבשימוש רגיל, או שהסבירות שווה בשני המצבים, השוכר פטור. את הסיבה להבחנה זו הסברנו לעיל, והיא, בקיצור: במקרה הראשון טוען המשכיר בצדק שהשוכר הוא שאחראי לנזק לנכס, בכך שהביא את הנכס למצב של סבירות

⁵⁹ חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ פ ע"א (הובא בבית יוסף, חו"מ, שח, ח), אמר כך על מקרה של תוספת משקל (ליד ציוני הערות 81-83) ותוספת מרחק (ליד ציוני הערות 90-91).

⁶⁰ שו"ת דברי שלום (משאש), חו"מ, סימן יח (על תוספת משקל).

⁶¹ חידושי הרמב"ן, ב"מ עח ע"א (לגבי מקרה ששינה ממקום למקום ושניהם באותו סוג מקום, כגון בקעה).

⁶² חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ עט ע"ב.

⁶³ סעיף 2(א), ליד ציון הערה 84.

גבוהה יותר להינזק; ואילו במקרה השני, השוכר לא סיכן את הנכס יותר משהיה רשאי לפי תנאי השמירה.

לשם הבהרת הכלל האמור, נביא כאן את הדוגמאות שניתנו במקורות לחיוב שוכר ששינה שינוי איכותי בשימוש בנכס.

(א) השוכר בהמה לשם הליכה בהר, והלך איתה בבקעה, ולקתה במכת חום, ומתה, הוא חייב לשלם, כיוון שיותר סביר שבהמה תמות ממכת חום בבקעה מאשר בהר, מפני שבהר הרוח מנשבת ומקררת. לעומת זאת, אם החליקה הבהמה ונפלה ומתה, השוכר פטור, שכן סיכויי ההחלקה גבוהים יותר בהר מבבקעה, ואם כן סביר להניח שגם אילו היה הולך איתה בהר, הייתה מחליקה, ונמצא שהשינוי לא גרם להחלקה⁶⁴. אם מתה הבהמה מתוך יגיעת ההליכה, השוכר חייב, מפני שיתכן שאילו היה הולך איתה בהר, הדבר לא היה קורה, ודווקא החום שבבקעה גרם לה התייגע⁶⁵.

(ב) שכר את הבהמה כדי להוליך אותה בבקעה, והוליך אותה בהר, והחליקה ומתה, הוא חייב, שכן הוא הכניס אותה למצב שבו ההחלקה סבירה יותר. אם היא קיבלה מכת חום ומתה, הוא פטור, שכן הוא הכניס אותה למצב שבו מיתה מחמת חום פחות מצויה. אך יש שהשוכר יהיה חייב במיתה מחמת חום: אם מתוך התאמצות בעלייה בהר, היא מתחממת, ומתוך כך מתה. במקרה זה, מאחר שהתחממות באופן זה מצויה יותר בהליכה בהר מאשר בהליכה בבקעה, השוכר חייב⁶⁶. את סיבת ההתחממות ניתן לאבחן בקלות: אם הזיעה הבהמה הרבה בעלייתה, סימן הוא שהתחממה עקב העלייה; ואם עלתה ללא קושי, ואף לאחר מכן הלכה הרבה בלי להזיע, ורק לאחר מכן התחממה, סימן הוא שהיא התחממה מחמת חום המקום⁶⁷. אם מתה הבהמה מתוך יגיעת ההליכה, השוכר חייב, משום שיתכן שאילו היה הולך בבקעה כפי שהוסכם, לא הייתה מתייגע, ודווקא העלייה בהר גרמה לכך⁶⁸; וגם אם מתה רק לאחר שגמרה לעלות, והגיעה למישור, השוכר חייב, מפני שתולים את מיתתה בקושי העלייה⁶⁹.

(ג) שכר את הבהמה להוליך אותה למקום א, והוליך אותה למקום ב, והכיש אותה נחש, ומתה, השוכר פטור, מפני שהסיכויים להכשה שווים מן הסתם בשני המקומות. ברם, אם נחשים מצויים במקום ב, שהלך אליו, יותר מבמקום א, השוכר חייב. כמו כן, אם מתה הבהמה מחמת אוויר גרוע, השוכר פטור, אלא אם כן ידוע שבאותו יום האוויר במקום ב היה גרוע יותר מבמקום א⁷⁰. אנו פוטרים במקרה סתמי (שלא היה ידוע שנחשים מצויים יותר במקום ב, או שהאוויר שם היה גרוע), גם אם התנאי היה שילך בבקעה, והלך בהר, או להיפך, משום שאין להניח מן הסתם שהר ובקעה נבדלים זה מזה לעניין איכות האוויר או לעניין הימצאות

⁶⁴ ב"מ ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, ד, א; אורחות חיים, סימן סג; טור, חו"מ, ש"ט, א; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ג; שו"ע, חו"מ, ש"ט, א.

⁶⁵ תוספות, תוספות הרא"ש, פירוש ר' ברוך מארץ יוון, וחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ ע"א; טור, חו"מ, ש"ט, ב; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ג; רמ"א, חו"מ, ש"ט, ב; ערוך השולחן, חו"מ, ש"ט, ב.

⁶⁶ ב"מ ע"א; רמב"ם, אורחות חיים, טור וספר מישרים (שצוינו בהערה 64); שו"ע, חו"מ, ש"ט, ב.

⁶⁷ תוספות, ב"מ ע"א (ד"ה אם), הובא בב"ח, חו"מ, ש"ט, ב, בסמ"ע, ש"ט, ס"ק ב, ובערוך השולחן, חו"מ, ש"ט, ג.

⁶⁸ תוספות, תוספות הרא"ש, פירוש ר' ברוך מארץ יוון, וחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ ע"א; טור, חו"מ, ש"ט, ב; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ג; רמ"א, חו"מ, ש"ט, ב.

⁶⁹ טור, חו"מ, ש"ט, ב; ערוך השולחן, חו"מ, ש"ט, ב.

⁷⁰ תוספות ותוספות הרא"ש, ב"מ ע"א (על אויר גרוע); מאירי, ב"מ ע"א; טור, חו"מ, ש"ט, א; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ג; רמ"א, חו"מ, ש"ט, ב (על אויר גרוע); ערוך השולחן, חו"מ, ש"ט, א.

נחשים⁷¹. כשאנו מחייבים משום שהנחשים מצויים יותר במקום ב, או משום שהאוויר שם גרוע יותר, נחייב אותו גם אם הדרך שהלך בה בפועל הייתה קצרה יותר, ולא נתחשב בכך כנסיבה מקילה, מפני שלמעשה לא הייתה לכך השפעה על הסבירות של הכשת נחש או של מיתה מחמת האוויר⁷².

ד) השוכר מתרשה לחרוש בה בבקעה או בארץ מישור⁷³, וחרש בה בהר, ונשבר יתד המתרשה, השוכר חייב, משום שבהר האדמה סלעית יותר, ושם יש סבירות גבוהה יותר שיישבר יתד המתרשה. לעומת זאת, אם שכר את המתרשה לחרוש בהר, וחרש בה בבקעה, ונשבר יתד המתרשה, הוא פטור, מפני שקל וחומר שאם היה חורש בהר, היה היתד נשבר⁷⁴. גם אם השדה שבבקעה הייתה מלאה אבנים, הוא פטור, מפני שבכל זאת, הקרקע בהר סלעית יותר⁷⁵.

ה) שכר בהמה לדוש בה תבואה, ודש בה קטנית, והחליקה וניזוקה, הוא חייב, מפני שהחליקה שכיחה יותר בקטנית. אם היה זה להיפך, ששכר אותה כדי לדוש קטנית, ודש תבואה, והחליקה וניזוקה, הוא פטור⁷⁶.

ו) אדם שכר בהמה ללכת בה למקום מסוים, ויש שתי דרכים אפשריות להגיע למקום זה. המשכיר אמר לו ללכת דווקא בדרך א, משום שאין בה מים, ולא בדרך ב, משום שיש בה מים, דבר שעלול לגרום לבהמה נזקים שונים. בכל זאת, השוכר הלך בדרך ב, והבהמה מתה. השוכר חייב, משום שהולך את הבהמה בדרך שיש בה יותר סבירות לנזקים. ברם, אם למעשה לא היו מים בדרך ב, כך שהסבירות לנזקים שווה בשתי הדרכים, השוכר פטור, על אף שעבר על בקשת המשכיר, והבהמה מתה⁷⁷.

(ג) שינוי כמותי

שינוי כמותי הוא הוספת משקל על משא שהוסכם עליו שישתמש השוכר בנכס עבורו, או הוספת מרחק על דרך שהוסכם עליה, וכדומה. על חיסור בכמות אין כלל מקום לדון, מפני שאין שום סיבה לתלות נזק כלשהו בחיסור הכמות, וזאת שלא כבשינוי איכותי, שיש שניתן למצוא בשינוי בכל כיוון, סיבה לנזק.

לא נעסוק כאן במקרה שהשוכר הוסיף על הכמות המקובלת בשימוש בנכס כזה, והנכס ניזוק. תוספת כזאת היא בגדר רשלנות, וסביר להניח שהנזק נגרם עקב התוספת, ולא היה קורה אילו לא התוספת. במקרה כזה נעסוק בפרק ו, שבין נושאי נכלל נזק שנגרם עקב שימוש הכרוך ברשלנות.

⁷¹ רא"ש, ב"מ, פרק ו, סימן ט.

⁷² רא"ש, שם, ותוספות הרא"ש, ב"מ ע"א; תוספות שאנץ, בשיטה מקובצת, ב"מ שם; טור, חו"מ, ש"ט, א; ספר מישרים שם; ערוך השולחן שם. חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ ע"א, כותב כך באופן סתמי על החיובים במשנה.

⁷³ ערוך השולחן, חו"מ, ש"ט, ז, כותב שדין מישור כדין בקעה לעניין זה.

⁷⁴ ב"מ פ ע"א; הרמב"ם, הלכות שכירות, ד, א; טור, חו"מ, ש"ט, ד; ספר מישרים, שם; שו"ע, חו"מ, ש"ט, ד.

⁷⁵ ב"ח, חו"מ, ש"ט, ד.

⁷⁶ ב"מ פ ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, ד, ג; טור, חו"מ, ש"ט, ה; ספר מישרים שם; שו"ע, חו"מ, ש"ט, ה.

⁷⁷ כך עולה מב"מ פא ע"ב (מופיע גם בכתובות כז ע"ב ובבכורות לו ע"א, ונפסק ברמב"ם, שם, בספר מישרים, שם, בסמ"ק מצוריך, מצווה רנא, עמ' פא, ובסמ"ג, עשה פט, דף קעב ע"ג). דינים אלו פשוטים בעיני התלמוד, והדיון שם הוא רק לגבי נאמנות השוכר הטוען שלא היו מים בדרך ב.

כאן נעסוק רק במקרה שהשוכר הוסיף על הכמות שהוסכם עליה בין השוכר למשכיר, כאשר התוספת לא עברה את הכמות המקובלת. בעניין זה נתגלעו חילוקי דעות בין הפוסקים. דעה אחת אומרת, שמאחר שהשוכר לא הוסיף על הכמות המקובלת לשימוש זה, אין לתלות את הנזק שקרה, בכך שהוסיף על הכמות המקובלת, שהרי הרבה אנשים משתמשים בנכס הזה לכמות הזאת, ואין מתרחש שום נזק; ולכן השוכר פטור⁷⁸. ברם, דעה אחרת אומרת שהשוכר חייב אף שלא הוסיף על הכמות המקובלת⁷⁹. נימוקה של דעה זו הוא, שכאשר המשכיר הגביל את זכות השימוש של השוכר בנכס לכמות מסוימת, הוא הראה בכך שהוא יודע שהנכס שלו אינו ראוי לשימוש מעבר לכמות זו, על אף שמקובל להשתמש בנכס מעבר לכמות זו; ואם הנכס אינו ראוי לכמות הרגילה, הרי כשהשוכר סטה מן ההסכם והוסיף על הכמות, אף שלא הוסיף על הכמות הרגילה, ייתכן שהוא גרם בכך לנזק שאירע לנכס, ולכן הוא חייב⁸⁰.

נביא כאן את הדוגמאות שניתנו במקורות לחיוב שוכר שהוסיף על הכמות המוסכמת, ונציין את חילוקי הדעות במקרים שישנם, וכך יובהרו הדברים הכלליים שכתבנו כאן.

א) השוכר בהמה להוביל עליה משא, והתנה עמו המשכיר שיטעין עליה רק עד משקל מסוים, משקל שהוא קטן מן השיעור המקובל לגבי אותו סוג של בהמה, והטעין על הבהמה משא השוקל חלק אחד משלושים יותר מזה שהוסכם עליו, ומתה הבהמה – השוכר חייב. כך פסק הרמב"ם⁸¹. פסק זה מתאים לדעה שהזכרנו לעיל, המחייבת שוכר שהוסיף על הקצבה המוסכמת, גם אם נשמר השיעור המקובל. הרמב"ם סובר שמאחר שאחרי שגמר להטעין את המשקל שקיבל רשות להטעין, הוסיף להטעין עוד, הוספה זו היא שליחות יד, ולכן הוא חייב בכל נזק שיקרה, ככל שולח יד. זה טעם ההבדל בין מקרה זה לבין שינוי איכותי, שאותו אין לראות כשליחות יד, מפני שאינו תוספת אלא שינוי. וגם לרמב"ם, על תוספת הקטנה מאחד משלושים אין לחייבו, מפני שאין זו שליחות יד, שכן בעל הבהמה מן הסתם אינו מקפיד על זה⁸². ברם, הרמב"ן סבור שאין לחייב כאן את השוכר⁸³. לדעתו, אין לראות זאת כשליחות יד, כיוון שבעיקרון יש לשוכר רשות שימוש בבהמה. אף אין להניח שהנזק נגרם עקב תוספת המשקל, כיוון שלא הטעין יותר מן המשקל המקובל. דעתו מתאימה לדעה האחרת שהזכרנו לעיל, הפוטרת שוכר שהוסיף על המוסכם. אף לדעת הרמב"ן, אם ברור שהבהמה מתה מחמת תוספת המשקל, השוכר ישא באחריות לנזק, כיוון שעבר על ההסכם שעשה עם המשכיר. רק

⁷⁸ הרמב"ן (שנביא בהערות 83 ו-90) והרשב"א (שנביא בהערה 85).

⁷⁹ הרמב"ם (שנביא בהערה 81) והרא"ש (שנביא בהערה 91).

⁸⁰ הרא"ש (שנביא בהערה 91); סמ"ע, שח, ס"ק יא; ערוך השולחן, חו"מ, שח, ב. ליד ציון הערה 82, נביא נימוק נוסף: שליחות יד.

⁸¹ רמב"ם, הלכות שכירות, ד, ו. כך פסקו גם: סמ"ג שם; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער ד; אורחות חיים, סימן סג; מאירי, ב"מ פ ע"א (ד"ה וכמה); ספר משרים, נתיב ל, חלק ג; סמ"ק מצורין, מצווה רגא (עמ' פב); ושור"ע, חו"מ, שח, ה. כך משמע גם מפסקי הרי"א, ב"מ, פרק ו, הלכה ג, אות ו. גם תלמיד הרשב"א (שהבאנו בהערה 59) מחייב כאן, אלא שהוא הדגיש שחיוב זה מוגבל למקרה שהמשכיר קבע את המשקל; וכדעתו פסקו פוסקים רבים שהבאנו שם. ערוך השולחן, חו"מ, שח, ה, כתב שכאן יהיה חייב אף אם אין ידוע מחמת מה מתה – והוא כדעת הרמב"ם.

⁸² אבן האזל, על הרמב"ם שם.

⁸³ חידושי הרמב"ן, ב"מ פ ע"א, הובא במגיד משנה על הרמב"ם שם, ובתשב"ץ, חלק ג, סימן קו. כך גם דעת: חידושי הר"ן, ב"מ פ ע"א; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פ ע"א; נימוקי יוסף, ב"מ נ ע"א, בדפי הרי"ף (הובא בדרכי משה, חו"מ, שח, ס"ק ב).

אם אין ידוע האם נגרם הנזק מחמת התוספת או מחמת גורם אחר, השוכר פטור, לדעת הרמב"ם⁸⁴.

(ב) התלמוד אומר שמי ששכר בהמה להרכיב עליה גבר, אינו רשאי להרכיב עליה אשה, מפני שהייתה כבדה יותר מגבר, בדרך כלל, בזמנם. אם בכל זאת הרכיב עליה אשה, והבהמה ניזוקה, פסק הרשב"א שהשוכר פטור, מפני שאין לראות רשלנות בשינוי שעשה, שהרי רגילים להרכיב נשים על בהמות⁸⁵. הרשב"א נמנה בכך על בעלי הדעה הראשונה דלעיל, הפוטרים בשינוי כשהשוכר לא עבר את השיעור המקובל. אך בעלי הדעה האחרת דלעיל יחייבו גם כאן, כיוון שבכל זאת, השוכר שינה⁸⁶.

(ג) אף אם לא הוסיף השוכר על המשקל, הרי אם הוסיף על הנפח, כגון שהטעין על הבהמה המושכרת מטען בעל משקל סגולי קטן משל המטען שהוסכם עליו, והוא בעל משקל מוחלט שווה לו, תוספת הנפח עלולה להזיק לבהמה. גם מקרה זה יהיה שנוי במחלוקת דלעיל. לפי הדעה האומרת שתוספת משקל על הקצבה המוסכמת מחייבת אף מתחת לשיעור המקובל, גם כאן תוספת הנפח תחייב את השוכר באחריות על נזק שנגרם לבהמה, אף שלא עבר את השיעור המקובל לנפח⁸⁷. לעומת זאת, הדעה הפוטרת בתוספת משקל אם נשמר השיעור המקובל, תפטור גם שוכר שהוסיף בנפח, ובלבד שלא הוסיף על שיעור הנפח המקובל⁸⁸. אם השוכר הטעין מטען הגדול בנפחו מן המטען שהוסכם עליו, אך קטן ממנו במשקלו, השוכר פטור לכל הדעות. רק אם משקלו של המטען החדש משתווה לזה של המוסכם, יש מקום להניח שתוספת הנפח גרמה לנזק⁸⁹.

(ד) דוגמה נוספת לשינוי כמותי היא לעניין שיעור המרחק שמשכיר בהמה מתיר לשוכר להוליך אותה. אם הוליך השוכר את הבהמה מרחק גדול יותר מזה שמקובל שבהמה הולכת (תוך זמן מסוים), ומתה, הוא חייב, משום שזוהי רשלנות, כפי שנראה בפרק ו. אך אם השוכר לא עבר את שיעור המרחק המקובל לבהמה זו, ועבר רק את השיעור שהסכים עליו עם

⁸⁴ חידושי הרמב"ן שם; חידושי הר"ן שם; נימוקי יוסף שם (הובא בערוך השולחן, חו"מ, שח, ד). ראה על כך בשם קצות החושן, במילואים להערה 91.

⁸⁵ הרשב"א, המובא במגיד משנה, הלכות שכירות, ד, ה, בבית יוסף, חו"מ, שח, ד, וברמ"א, חו"מ, שח, א. כך פסקו גם: חידושי הר"ן, ב"מ עט ע"ב; צורר הכסף הקצר, דרך ב, שער ד; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ עט ע"ב; נימוקי יוסף, ב"מ מט ע"ב (ברפי הר"ף); חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ דף עט ע"ב (מפני שאין מצוי כלל שבהמה תמות עקב שינוי זה) ודף פ ע"א (אף על פי שבשאר שינוי כמותי הוא מחייב – ראה הערה 81).

⁸⁶ כך כותב מגיד משנה שם, שנראה שהרמב"ם יחייב; וגם הרמ"א שם ציין שיש מחייבים, וכך פסקו גם ט"ז, חו"מ, שח, א, ערוך השולחן, חו"מ, שח, ו, ושור"ת נופת צופים, סימן שנג.

⁸⁷ תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ח, אות יט; תשובות הגאונים הקצרות, סימן ד (על פי המהדיר שם); הרמב"ם, הלכות שכירות, ד, ד (הובא בלחם משנה, הלכות שלוחין, ה, ג); אורחות חיים, סימן סג; סמ"ג, עשה פט (קעב ע"ג); טור, חו"מ, שח, ט; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ג; סמ"ק מצורין, מצווה רנא (עמ' פב); שו"ע, חו"מ, שח, ד; ערוך השולחן, חו"מ, שח, יא.

⁸⁸ חידושי הרמב"ן, ב"מ פ ע"א. אולם המשפט, שח, ד, מוסיף שאף לרמב"ן יהיה חייב כאן אם ידוע שהבהמה מתה עקב תוספת הנפח (ראה ליד ציון הערה 84).

⁸⁹ דעת רבא בב"מ שם, והלכה כמותו תמיד נגד אביי. כך פסקו גם: פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ז, הלכה ג, אות ט; פירוש המשניות לרמב"ם, ב"מ ו, ו; תשב"ץ, חלק ג, סימן קו. לפי פרישה, חו"מ, שח, ט, הדין רמוז בלשון הטור שם. לקוטי חבר בן חיים, ב"מ שם, כותב שאם לא הוסיף עד כדי המשקל, פטור, ואין המשכיר יכול לטעון שמאחר שמיעט במשקל, מיהרה לרוץ, ומתוך כך מתה.

המשכיר, דינו שנוי במחלוקת הפוסקים. הרמב"ן פטר מי ששכר בהמה כדי להוליך אותה חמישה מילים, והלך איתה עשרה מילים, במקום שדרך בהמות ללכת עשרה מילים (בתוך זמן מסוים)⁹⁰. זאת כדעתו הכללית של הרמב"ן, שתוספת כמותית אינה מחייבת שוכר, אם הוא לא הוסיף על הכמות המקובלת. ברם, הרא"ש חייב שוכר שהמשכיר אמר לו שהוא יכול ללכת עם הבהמה למקום מסוים ביום אחד, ולחזור למחרת, ולמעשה השוכר הלך וחזר באותו יום, ולכסוף מתה הבהמה מיגיעת הדרך; והוא חייב אותו על אף שהיה מקובל שבהמה מסוגלת ללכת את הדרך ההיא הלך וחזר תוך יום אחד. נימוקו הוא, שכאשר המשכיר ביקש ממנו לעשות את הדרך הזאת במשך יומיים, הוא הראה שהבהמה הזאת אינה מסוגלת לעשות את הדרך תוך יום אחד כמו בהמה רגילה. אם כן, השוכר, שהתייחס אל הבהמה כאל בהמה רגילה, הביא למותה של הבהמה⁹¹.

3. כאשר רשות השימוש אינה מפורשת

בפרק ב, 1, הבאנו מספר נימוקים לכך ששומר אינו אחראי על נזק שנגרם עקב שימוש בנכס. נימוקים אלו מבוססים על כך שהשומר קיבל מבעל הנכס רשות שימוש בנכס. כפי שהסברנו שם, שומר שאין לו רשות שימוש בנכס, והשתמש בו, הריהו שולח יד בנכס, ומתחייב באחריות גמורה על הנכס, וודאי שאין פוטרים אותו על נזק שנגרם לנכס עקב שימוש בו. כמו כן, אדם שלקח נכס לשימושו בלי ידיעת בעל הנכס, שהוא קרוי "שואל שלא מדעת", לא יופטר מלשלם על נזק שנגרם עקב השימוש. לפי הדעה ששואל שלא מדעת מוגדר כגולן, הרי הוא נושא באחריות גמורה לנכס, אף לגבי נזק שנגרם מחמת השימוש, כמו גולן. אף לדעה שאין הוא מוגדר גולן, אלא שואל, הוא חייב בנזק שנגרם מחמת השימוש, כיוון שהנימוקים להפטר שומר בנזק כזה תלויים בכך שתהיה לשומר רשות שימוש, כאמור, מה שאינו קיים בשואל שלא מדעת⁹².

נחלקו הפוסקים באשר למקרי ביניים מסוימים, שבהם השומר לא קיבל רשות מפורשת מבעל הנכס להשתמש בנכס, ואף על פי כן הוא רשאי להשתמש בנכס, משום שאומדים את דעתו של בעל הנכס שהוא מוכן שאנשים ישתמשו בנכס זה. מצד אחד, ניתן לומר שהוא יהיה פטור על נזק שייגרם עקב שימוש בנכס, כיוון ששימושו מותר. מצד שני, ניתן לומר שמאחר שלא קיבל רשות מפורשת, הוא חייב בנזק זה, כמו מי שמשתמש ללא רשות. יש לבחון שאלה זו באופן כללי, לאור הנימוקים השונים שניתנו להפטר שואל רגיל בנזק שנגרם מחמת השימוש.

נימוקו של הרמב"ן, כפי שהבאנו בפרק ב, 1, הוא שהמשאיל התרשל בכך שהשאיל נכס שאינו ראוי למלאכתו (כפי שמתברר ממה שהנכס ניזוק בסופו של דבר עקב השימוש), בלי להזהיר את השואל שלא ישתמש בנכס למלאכה זו, ולכן אין לחייב את השואל על הנזק

⁹⁰ חידושי הרמב"ן, ב"מ פ ע"א, הובא במגיד משנה, הלכות שכירות, ד, ו. כך פסקו גם חידושי הר"ן, ב"מ פ ע"א, וחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פ ע"א.

⁹¹ שו"ת הרא"ש, כלל צב, סימן ב, הובא בטור, חו"מ, שט, ג, בשו"ע, חו"מ, שט, ג, ובערוך השולחן, חו"מ, שט, ד. כך פסק גם שו"ת נופת צופים, סימן שנג.

⁹² חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מא ע"א (הובא במחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן ז, בסופו), וחידושי הריטב"א, ב"ב פח ע"א. גם חידושי הראב"ד, ב"ק צו ע"א (ר"ה התוקף), כסף הקדשים, שסג, ה, ברכת שמואל, ב"ק, סימן ד, אות ה, ושו"ת דגל מנחה אפרים (לניאדו), חו"מ, סימן ז, כתבו ששואל שלא מדעת חייב ב"מתה מחמת מלאכה".

שקרה. נימוק זה אין לו מקום במקרה שבעל הנכס לא נתן רשות שימוש מפורשת, שהרי כאן לא עשה דבר מודע שניתן לראותו כרשלנות, וייתכן שאילו ביקש ממנו רשות מפורשת, היה מזהיר אותו שהנכס אינו ראוי לשימוש זה.

הרשב"א הציע נימוק אחר (כפי שהבאנו שם): אנו מניחים שבעל הנכס מחל על נזק שיארע מחמת השימוש, כיוון שידע שנוק כזה צפוי לקרות. נימוק זה ניתן להאמר גם כאן. כשם שאנו אומדים את דעתו של בעל הנכס, מסיבות שונות (כל מקרה וסיבתו), שהוא מוכן שאנשים ישתמשו בנכס שלו בלי ידיעתו, יש להניח גם שבנכונותו זו כלול ויתור על תשלום בעד נזק שייגרם עקב השימוש, מאותן סיבות שהוא מוכן לעצם השימוש. אלא שיש מקום לומר שאותן סיבות מספיקות רק לבסס את ההנחה שהוא מוכן לתת רשות שימוש, אבל אין בהן כדי לשמש יסוד להנחה המרחיבה שהוא ימחל על הנזק שמחמת השימוש. זאת ועוד: ההנחה שבעל הנכס מוחל לשואל רגיל (ברשות מפורשת), מתבססת על הטיעון שאילו לא מחל לו, היה לו להתנות עמו מראש, בעת מתן הרשות, שישלם לו על הנזק, שהלא הנזק היה צפוי. אבל כאשר הרשות אינה מפורשת, אין כל כך מקום לטיעון זה, שהרי כלל לא הייתה לבעל הנכס הזדמנות להתנות תנאי כזה, כיוון שמעולם לא התיר לו במפורש את השימוש.

לפי נימוקו של ר' אפרים נבון (שהבאנו בפרק ב, 1), שמאחר שהתברר שהנכס לא היה ראוי למלאכתו, התברר שזו הייתה שאילה בטעות, והוא רק שומר חינוך על הנכס למפרע – לפי זה נראה שאף כאן יש לפטור את השואל בנזק שנגרם מחמת השימוש (אם לא הייתה רשלנות בשימוש, שברשלנות אף שומר חינוך חייב). אף כאן, שרשות השימוש ניתנה רק מכללא, ניתן לומר שאילו ידע השואל שהנכס אינו ראוי לשימוש, לא היה לוקח אותו בתור שואל, ולכן יהיה רק שומר חינוך על הנכס, הפטור בנזק זה.

כעת נמנה את המקרים השונים של רשות שימוש מכללא, שעלתה בהם השאלה האם יופטר השואל מאחריות על נזק שנגרם עקב השימוש.

א) ספסל העומד בחצר, סתמו שואל לכל מי שנכנס לחצר לשבת עליו (חוץ מאנשים שמנים במיוחד). הרשב"ם סבור שמאחר שיש לכל אדם רשות לשבת על הספסל, אם נשבר הספסל מחמת ישיבתו עליו, היושב פטור מלשלם על הנזק⁹³. אבל יש מחייבים את היושב על הספסל באחריות לנזק זה, בנימוק שאמנם יש לאדם רשות לשבת עליו, ואינו נקרא גזלן, אבל אין לו מן הסתם רשות כל כך שיופטר אם יישבר. רק המשתמש ברשות מפורשת פטור בנזק שמחמת השימוש, מפני שעל דעת זה השאל לו בעל הנכס, ועל דעת זה שאל, אבל כאן הוא לא ביקש רשות, והלה לא נתן לו רשות, ויש לו רק רשות סתמית, ולא יופטר במקרה שיישבר הספסל⁹⁴.
 ב) מי שהיה זקוק להשתמש בנכס של חברו כדי להציל את עצמו מהפסד, תנאי בית דין הוא שהוא רשאי ליטלו בלי רשותו, וישלם דמי שכירות. ניזק הנכס עקב השימוש, לפי דעה אחת חייב המשתמש לשלם את דמי הנזק⁹⁵, כיוון שלא קיבל רשות מפורשת. לעומת זאת, יש

⁹³ הרשב"ם, המובא בתוספות, ב"ק י ע"א (ד"ה כגון), במרדכי, ב"ק, סימן ט וסימן ר, בחידושי הרשב"א, ב"ק י ע"א, באור זרוע, ב"ק, סימן מה, במאירי, ב"ק י ע"א (בשם חכמי הצרפתים), בתוספות רבנו פרץ, ב"ק י ע"א, בחידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש, ב"ק י ע"א, בתוספות תלמיד רבנו תם ור' אליעזר, ב"ק י ע"א, באגודה, ב"ק, סימן יז, בהגהות מיימוניות, הלכות חובל ומזיק, ו, אות ד (שגם רבנו תם פטר), ובסמ"ג, עשה ע. כך פסקו גם: רא"ש, ב"ק, פרק א, סימן י (הובא בטור, חו"מ, שפא), פסקי רקנטי, סימן שעב, ורמ"א, חו"מ, שפא.

⁹⁴ ים של שלמה, ב"ק, פרק א, סימן כח.*

⁹⁵ קצות החושן, שח, ס"ק ג. על מקרה זה עיין חמדה גנוזה – זכר מרדכי, שח, ס"ק ד.*

דעה ולפיה משתמש זה פטור, כיוון שסוף כל סוף השתמש בהיתר⁹⁶. יש להעיר, שמקרה זה שונה מן האחרים בכך, שכאן הסיבה להיתר השימוש אינה שמניחים שבעל הנכס היה מסכים להתיר לו, אלא זו תקנה של בית דין.

ג) אדם הזקוק לתפילין או לטלית, רשאי להשתמש בשל אדם אחר בלי לקבל ממנו רשות מפורשת, משום שאנו מניחים שבעל הטלית או התפילין מוכן שהלה ישתמש בהם, כיוון שיש בכך קיום מצווה. אולם, אם ניזקו הטלית או התפילין מחמת השימוש בהם, אחראי המשתמש לנזק, כיוון שלא קיבל רשות שימוש מפורשת⁹⁷.

ד) תלמיד חכם שהופקד אצלו ספר לשמירה, רשאי ללמוד בו, מפני שהעובדה שבעל הספר הפקיד אותו אצל תלמיד חכם, מעידה שהוא מוכן שהלה ילמד בו. נפחת הספר מחמת הלימוד בו, יש מי שפסק שהשומר חייב, כיוון שלא קיבל רשות שימוש מפורשת⁹⁸. אולם פוסק אחר פטר את השומר, כאילו קיבל רשות מפורשת ללמוד בו⁹⁹. לדעתו, מקרה זה שונה מן המקרים הקודמים בכך, שכאן יודע בעל הנכס מי עתיד להשתמש בנכס על פי הרשות מכללא, שלא כבמקרים הקודמים, שבהם אין בעל הנכס יודע מי עתיד לשבת על ספסל, להזדקק לנכסו להצלה, או להשתמש בטליתו. מאחר שכאן ידע בעל הספר מי עתיד להשתמש בספר, סביר יותר לומר שהוא מוחל לו על נזק שייגרם עקב השימוש, שאם לא כן, היה לו להתנות עמו מראש שהוא יהיה אחראי על הנזק, שהלא ידע מראש שייתכן שיהיה נזק כזה. אין מקום לטענה זו במקרים הקודמים, שלא ידע מי ישתמש בנכס, שהרי לא ידע עם מי להתנות כך. עניין נוסף שיש לדון בו בהקשרנו, הוא מקרה שהשואל אמנם קיבל רשות מפורשת להשתמש בנכס, אלא שלא קיבל אותה מבעל הנכס, אלא מאדם אחר. אם בן ביתו של בעל הנכס, הנושא ונותן בכליו, השאל נכס לאדם זה בלי ידיעת בעל הנכס, השואל חייב אם נגרם לנכס נזק עקב השימוש. מאחר שבעל הנכס לא נתן את הרשות, אין מקום לנימוקו של הרמב"ן להפטר שואל רגיל בנזק כזה, שהמשאל התרשל בהשאלת נכס פגום. השואל לא יוכל לטעון שבעל הנכס סומך על בן הבית, שהרי למי שנושא ונותן בנכסי חברו אין רשות לחיתם במתנה או למחול עליהם, ויש לו רק רשות לשאת ולתת בהם לטובת בעליהם. אם כן, אילו נודע הדבר לבעל הנכס, היה יכול להוציא את הנכס מידי השואל, שהרי לא מינהו שליח להשאל, שזה לרעת בעל הנכס. גם אם השואל חשב שבעל הנכס ידע על ההשאלה, והסכים לה, הרי המזיק בשוגג חייב, ובעל הנכס עצמו, אילו ידע שהכלי עתיד להתקלקל במלאכה, לא היה משאל אותו¹⁰⁰.

אבל אם טעה השואל, וחשב שהנכס שייך למי שהתיר לו את השימוש בו, הוא פטור בנזק שנגרם עקב השימוש. בכך נעסוק בדיוננו להלן¹⁰¹.

אם מי שהתיר לאדם זה את השימוש בנכס, קיבל בעצמו רשות שימוש מבעל הנכס (היינו – שואל שהשאל), אדם זה (שואל המשנה) פטור מאחריות על נזק שנגרם מחמת שימוש

⁹⁶ נתיבות המשפט, שח, ס"ק ה (הובא בערוך השולחן, חו"מ, שח, יד). הוא מנמק שמאחר שיש "דעת ה'", הרי זה כאילו השכירו לו מדעתו, שפטור אם "מתה מחמת מלאכה".

⁹⁷ דרישה, חו"מ, שמב, א.*

⁹⁸ שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן ב, כתב: "וצריך לשלם לו הפסדו". רח"א מילר הסביר שמה שכתב חתם סופר שם שזה נחשב מתה מחמת מלאכה, כוונתו שהוא רשאי ללמוד בו עד כדי שיתקלקל, ובלבד שישלם.

⁹⁹ שושנת יעקב, רצב, כ (ס"ק י), בדעת ש"ך, חו"מ, רצב, ס"ק לה.*

¹⁰⁰ ערך ש"י, חו"מ, שמ, ד.*

¹⁰¹ סעיף 7, ליד ציון הערה 420.

רגיל¹⁰². מאחר שבעל הנכס נתן (לשואל הראשון) בהשאלה נכס שלא היה ראוי לשימוש (כפי שהתברר בסופו של דבר, ממה שניזוק מחמת השימוש), הוא התרשל, כסברת הרמב"ן, והפסיד את זכות התביעה על נזק זה, ואין זה משנה שהנזק קרה אצל אדם אחר. אף נימוקו של הרשב"א תופס כאן: בעל הנכס מחל מראש, בעת שהשאל לשואל הראשון, על כל נזק שייגרם עקב השימוש, ומה בכך שהנזק קרה בהיות הנכס ברשותו של שואל משנה? יש להוסיף, שבמקרה זה אף השואל הראשון פטור, כפי שנראה להלן¹⁰³.

פרק רביעי

"או עקב בלאי טבעי"

1. עמדת החוק

החוק קובע כאן סייג נוסף לאחריות השומר: השומר אינו אחראי על נזק או אבדן הנכס שנגרמו עקב בלאי טבעי של הנכס. אין להוראה זו משמעות לגבי שומר חנינם, שכן הוא בלאו הכי חייב רק על מה שנגרם ברשלנותו, ובלאי טבעי במהותו בוודאי לא נגרם מתוך רשלנות; ואם הצטרפה רשלנות לבלאי הטבעי כגורמים לנזק מסוים, הלא סיוס סעיפנו מורה שאין הפטר בשל בלאי טבעי חל במקרה של רשלנות מצד השומר. מכאן, שהוראה זו של החוק באה לצמצם את אחריותם של שומר שכר ושל שואל, בדווקא, שאילולא הוראה זו של החוק היו אלו אחראים על בלאי טבעי אף אם לא היה כרוך ברשלנות. מאידך גיסא, השואל כלול בהוראת החוק כאן (כפי שמשמע מלשונו הסתומה של הסעיף), ואין אחריותו הרחבה כה חמורה עד כדי לכלול אחריות על בלאי טבעי.

2. עמדת המשפט העברי

במשפט העברי אין התייחסות לבלאי טבעי בנושא בפני עצמו בהלכות שומרים. במקום זאת, ניתן ללמוד על עמדת המשפט העברי בנידון בדרך של בדיקת מקרים פרטיים הנדונים בו, ואשר ניתן לראותם כדוגמאות של בלאי טבעי. המקרים שמצאנו במקורות, שניתן להגדירם כמקרים של בלאי טבעי, מתייחסים בדרך כלל לדברי מאכל שנמסרו לשמירה. הנזקים בסיווג הזה, הנגרמים לדברי מאכל, הם: התפזרות רגילה של תבואה, אכילת תבואה על ידי עכברים, היבלעות משקאות מופקדים בקנקנים של השומר, ריקבון, והחמצת יין.

בדיקת המקרים השונים מעלה, כפי שנראה בהמשך, ששומר חנינם ושומר שכר פטורים בכל הנזקים האלו (אין מקום לדון באחריותו של שואל לגבי מקרים אלו, משום שאין אדם שואל דברי מאכל על מנת להחזירם בעינם). הנימוק להפטר הוא, שמאחר שהיה ברור שהנכס ירד בערכו עם הזמן מחמת הגורמים שהזכרנו, יש להניח שבעל הנכס ויתר על הפחת הזה, שאם לא כן, היה לו לדרוש מראש שיפוי עליו, ולא להסתפק בהבטחת השומר שיחזיר לו את הנכס

¹⁰² סמ"ע, שמב, ס"ק ג. וראה סעיף 7, הערה 4, על חיוב השומר הראשון במקרה זה. דין זה מתאים לכלל שנראה בסעיף 7, פרק ד, 2, ששומר המשנה אחראי כלפי בעל הנכס באותה מידת אחריות שקיבל על עצמו כלפי השומר הראשון.

¹⁰³ בסעיף 7, פרק א, 2.

בתום התקופה – מעין נימוקו של הרשב"א להפטר שואל בנוק שנגרם עקב שימוש רגיל, כפי שראינו בפרק ב, 1.

נראה שגם שואל פטור מאחריות לנזק שנגרם עקב בלאי טבעי, מאותה סיבה. דוגמה אחת שניתן למצוא לבלאי טבעי של נכס שואל, היא במי ששאל בהמה, והזקינה, כך שפחת בערכה. הדעת נותנת שהוא אינו חייב להשיב בהמה צעירה (אלא אם כן החזיק את הבהמה ברשותו זמן רב מעבר לתקופה שהורשה להחזיק בה). מאחר שבעל הבהמה ידע שהיא עתידה לפחות בערכה עקב זקנה, ואף על פי כן לא דרש שיפוי על כך מן השואל, הוא הראה בכך שהוא מוחל על פחת זה¹⁰⁴. אף על פי שגזולן שגזול בהמה, והזקינה, חייב לשלם על הפחת¹⁰⁵, הרי זה משום שבגזולן אין לנו יסוד להניח שבעל הנכס מחל על הפחת, מה שאינו כן בשואל, כאמור.

לכאורה, ניתן להצביע על שני מקרים של בלאי טבעי, ובהם שואל חייב: בהמה שמתה מיתה טבעית, היינו שלא מחמת גורם חיצוני; ובהמה שרוזתה באופן טבעי, כלומר, ללא סיבה חיצונית¹⁰⁶. האמת היא, שמקרים אלו שונים משאר המקרים שמנינו כאן, ואינם ראויים להיחשב נזק שמחמת בלאי טבעי. אלו הם דברים שלא היה ברור מראש שיקרו, אלא הם בגדר מקרה שקרה, למזלו הרע של השואל, ועליהם הוא חייב למרות שלא היה יכול למנועם, כשם שהוא חייב בכל אונס. רק נזקים כדוגמת אלו שמנינו למעלה, שהיה ברור מראש שהם יקרו, ניתן לפטור בהם את השומר (ואף את השואל) בנימוק ששתיקת בעל הנכס מוכיחה שהוא מוחל עליהם מראש.

כעת נפרט את דיני השומרים בנוגע למקרים שמשמשים כדוגמאות לבלאי טבעי. (א) פיזור תבואה מערמה: מי שהופקדה אצלו ערמת תבואה לשמירה, והתפזרה ממנה כמות מסוימת של גרעינים, כשהוא מחזיר את הערמה לבעליה די שיחזיר אותה כפי שהיא, ואין הוא חייב לשלם לו על תבואתו שהתפזרה¹⁰⁷. סיבת הדבר היא, שמן הנמנע הוא שהשומר יקפיד על כל גרעין וגרעין, וטבעי הוא שקצת מן התבואה בערמה מתפזר והולך לאיבוד, ואנשים מודעים לכך, ובעל התבואה בוודאי מותר לשומר על כך. בהמשך נעסוק בשאלת חישוב החיסור שמחמת התפזרות התבואה, במקרה שהתבואה הנשמרת הייתה מעורבת עם תבואה אחרת, ולכן אי אפשר לברר באופן מיידי כמה התפזר ממנה.

(ב) אכילת עכברים בתבואה: נזק טבעי נוסף המצוי בתבואה הוא אכילה של עכברים. שומר תבואה אינו חייב לשלם על מה שאכלו העכברים, אלא יחזיר את הערמה כפי שהיא, במקום שהיא מונחת¹⁰⁸. כאן, כמו בפיזור טבעי של תבואה, השומר פטור משום שהוא אינו

¹⁰⁴ דברי רו"ג גולדברג. הוא העיר שלפי זה, השואל בהמה טרפה, ומתה תוך שנים עשר חודש, יהיה פטור על מיתתה, מפני שהיה צפוי שזה יקרה (עיין חולין נו ע"ב).

¹⁰⁵ שו"ע, חו"מ, שסג, א.

¹⁰⁶ מיתה טבעית – שמות כב, יג; וחידושי הרמב"ן, ב"מ צו ע"ב, נוקט זאת במפורש לגבי מיתה טבעית, שעל ידי מלאך המוות בלבד. רוזיה טבעית – בשו"ע, חו"מ, שמ, ב, נפסק שאם כחשה מעצמה וסופה לחזור למצבה, השואל פטור (ראה סעיף 2(א), פרק ה, 2), מכאן שאם אין סופה לחזור, הוא חייב.

¹⁰⁷ ב"מ מ ע"א, "ייחד לו קרן זוית אומר לו הרי שלך לפניך", ונפסק בטור, חו"מ, רצב, יד; והכוונה גם לחיסור שמחמת פיזור, כדברי הגמרא שם "הרבה אוכדות מהן, הרבה מתפזרות מהן".

¹⁰⁸ ב"מ שם, וטור שם. הכוונה גם לחיסור שמחמת אכילת עכברים, ככמשנה שם.

יכול למנוע את אכילת העכברים, ומאחר שזהו נזק טבעי, שהיה צפוי מראש, בעל התבואה מוחל לשומר על מה שחסרה. גם שומר שכר פטור כאן, מסיבה זו¹⁰⁹.

אם השומר עירב את תבואתו עם התבואה הנשמרת (על אף שאסור לו לעשות כך¹¹⁰), כיוון שבעל התבואה מעוניין לקבל חזרה דווקא את תבואתו שלו¹¹¹), תיווצר בעייה בחישוב הכמות שיהיה עליו להחזיר למפקיד, מכיוון שהוא אינו יודע בדיוק כמה אכלו העכברים, וכמה התפורר מן הערמה (ראה פסקה 4). הפתרון הוא, שהשומר יחשב כמה תבואה משלו וכמה משל המפקיד היו בערמה בעת העירוב, וכמה נשאר בערמה בסך הכול, ויחזיר למפקיד לפי השיעור היחסי¹¹².

אך יש שפתרון זה אינו ישים. זאת במקרה שהשומר לא ידע מלכתחילה כמה תבואה משלו הייתה בערמה, או שידע כמה היה לו בתחילה, אבל הוא היה נוהג לקחת מדי פעם מן הערמה לצרכיו, והוא אינו זוכר כמה לקח. מאחר שהוא אינו יודע מה חלקו בערמה, לא יוכל לחשב כאמור איזה אחוז ממה שנשאר שייך למפקיד. במצב כזה, כדי שהשומר יוכל לדעת כמה עליו להחזיר למפקיד, עליו להחסיר מן המידה שקיבל מן המפקיד, את השיעור הממוצע שתבואה מאותו סוג, באותה עונה בשנה, מאבדת מכמותה עקב אכילת עכברים ועקב התפוררות, ואת ההפרש יחזיר למפקיד¹¹³.

ג) בליעת מכלי שתייה: המפקיד משקאות אצל חברו, ומזג אותם אל תוך מכלים של השומר, מן הסתם לא יקבל חזרה אותה מידה של משקאות, כאשר הוא יחזור וימזוג אותם מן המכלים של השומר אל תוך כליו שלו. זאת משום שהמכלים (של חרס או של עץ) בולעים חלק מן המשקאות הניתנים בתוכם. אך השומר אינו חייב להשלים לו חיסור זה¹¹⁴, מפני שחיסור זה הוא בגדר נזק טבעי, שהיה ברור מראש שהוא יקרה, ומכאן שבעל הנכס מחל עליו לשומר.

גם כאן, כמו לעניין פיקדון של תבואה, אם עירב השומר את המשקאות המופקדים עם משקאות שלו, ומזג אותם ביחד אל תוך המכלים, הוא אינו יודע בדיוק כמה מן המשקאות המופקדים נבלעו במכלים. כדי לדעת זאת, יוכל לחלק את הכמות הנוכחית לפי היחס המקורי בין מידת המשקאות המופקדים לבין מידת המשקאות שלו¹¹⁵. אם אינו יודע כמה היו לו

¹⁰⁹ רז"ג גולדברג לומד כך מסתימת התלמוד בעניין אכילת עכברים (וראה סעיף 2(ב), במילואים להערה 65, שכסף הקדשים כתב שזה אונס), והטעם הוא שמדובר שאי אפשר להיזהר, אפילו במאמץ מרובה, מהפסד זה של פיזור או עכברים (ואם אפשר להיזהר במאמץ, שומר שכר יהיה חייב, ושומר חינם יהיה פטור, כמו במעביר בהמות על גבי גשר, ששומר שכר חייב אם לא העבירן אחת אחת [סעיף 2(ב)], ליד ציון הערה 54), ושומר חינם פטור [סעיף 2(א)], ליד ציון הערה 313]; אך ייתכן שאף כאן שומר שכר יהיה פטור, כיוון שהדבר היה צפוי מראש, ואילולא מחל לו בעל הנכס היה לו להתנות במפורש שישפנו. עוד העיר, שאף שואל (כלומר, שומר תבואה שקיבל על עצמו אחריות כשל שואל; אין הכוונה לשואל ממש, שהרי אין אדם שואל תבואה) יהיה פטור כאן כיוון שהיה צפוי שזה יקרה, ולא היה אפשר למנועו, ובעל הנכס מוחל.
¹¹⁰ רמב"ם, הלכות שאילה, ה, ה; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' טט); טור, חו"מ, רצב, יד; שו"ע, חו"מ, רצב, י.

¹¹¹ ב"ח, חו"מ, רצב, יד; גאון צבי, רצב, י.

¹¹² רמב"ם, סמ"ק מצורף, טור ושו"ע – שם.

¹¹³ רמב"ם, סמ"ק מצורף, טור ושו"ע – שם.

¹¹⁴ כך עולה מן המקורות בהערה 116.

¹¹⁵ סמ"ע, רצב, ס"ק לה.

בתחילה, או שידע, אבל הוא לקח מהם בינתיים לצרכיו כמות בלתי ידועה, יחזיר לבעל הנכס את מידת המשקאות שהפקיד, בניכוי פחת משוער של בליעת מכלים¹¹⁶.

במקרה של יין ושמן המופקדים, יצטרך השומר לפתור בדרכים אלה גם את בעיית שקיעת השמרים. הרי הוא אינו מחויב להחזיר בדיוק את כמות המשקאות שהופקדה, שכן חלק מכמות זו היה שמרים, והם שקעו; וכדי לדעת כמה עליו להחזיר (במקרה שעירב את המשקאות המופקדים עם שלו), יצטרך לחשב את היחס, או לאמוד את שיעור השקיעה¹¹⁷.

ד) ריקבון והחמצה: דוגמאות בולטות של בלאי טבעי הן ריקבון דברי מאכל, והחמצת יין. עניינים אלו נידונו במקורות בהקשר לשאלת זכותו – או חובתו – של השומר למכור את דברי המאכל או את היין לפני שיתקלקלו יותר מדי, ועל חיובו לשלם אם לא מילא את חובתו למכור, והנכס ניזוק; על כך ראה בדיונו בסעיף 6. מכל מקום, מעצם הדיון אנו למדים שהשומר פטור על הנזקים הללו, שבריקבון ובהחמצה, במקרה שלא היה מוטל עליו למכור לפי המפורט בדיונו בסעיף 6. אילו היה חייב, לא היה מתקבל על הדעת שאסור לו למכור, בעוד שאין לו דרך אחרת להציל את הפיקדון¹¹⁸.

מדובר כאן בשלא הייתה לשומר דרך למנוע את הריקבון ואת ההחמצה. הסיבה להפטר השומר כאן היא שזה בגדר אונס, כבמקרים הקודמים. אם היה יכול למנוע את הדבר, והתירש ולא עשה את שהיה בידו לעשות, הוא חייב על אף שזה היה נזק טבעי, כפי שנראה בפרק ו, 3.

ה) סחורה לחה שהתייבשה: מי שהופקדה בידו סחורה לשמירה, והייתה לחה, ובמשך הזמן התייבשה באופן טבעי, וירדה בערכה, השומר פטור¹¹⁹. נראה שהדברים אמורים כשלא נגרם הדבר עקב רשלנות מצד השומר, ולכן הוא פטור.

פרק חמישי

“או מום שהיה בו בתחילת השמירה”

1. עמדת החוק

החוק פוטר כאן את השומר מאחריות על אבדן הנכס או על נזק, אם הם נגרמו עקב מום שהיה בנכס בעת תחילת השמירה. נראה שהנימוק להפטר הוא, שמאחר שבעל הנכס ידע על קיום המום, ואף על פי כן לא דרש מן השומר זהירות מיוחדת בשמירה, יש בסיס להנחה שבעל הנכס מחל לשומר על הנזק שייגרם מחמת המום.

¹¹⁶ ב"מ מ ע"א; רמב"ם, הלכות שאילה, ה, ה; טור, חו"מ, רצב, יד; שו"ע, חו"מ, רצב, יג.

¹¹⁷ במקורות בהערה 116, כלולה התייחסות לבעיית שקיעת השמרים. לא הבאנו שקיעת שמרים כדוגמה להפטר שומר בנזק טבעי, שכן הוא יכול למעשה להחזיר את הכל כולל השמרים, ואין בדין זה כל חידוש.

¹¹⁸ רד"ג גולדברג הביא ראיה ממה שנפסק (שו"ע, חו"מ, רל, ו), שקונה יין, והחמיץ, ונשאר בכליו של המוכר, יכול לטעון שהחמיץ בגלל כלי המוכר, ומלכתחילה לא היה זה יין טוב, והוא עמד להחמיץ (רשב"ם, ב"ב צח ע"א, ד"ה אבל), וזה מקח טעות, ואף כאן, יכול השואל לומר שהחמיץ משום שמתחילה לא היה יין טוב – בגדר מום שהיה בנכס. וראה ליד ציון הערה 155.

¹¹⁹ כך מוכח משו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן יד (ראה הערה 131). לא ברור האם לדעתו גם שומר שכר יהיה פטור על ההתייבשות; נראה שאם היה יכול למנוע זאת במאמץ מרובה, שומר שכר יהיה חייב.

ההפטר מותנה בכך שלא הייתה לרשלנות השומר קשר לנזק האמור, כפי שנראה בפרק ו. מדובר במום שהיה בנכס "בתחילת השמירה". אם בתחילת השמירה היה הנכס תקין, ולאחר מכן נפל בו מום, לא יופטר השומר מאחריות לנזק שייגרם מחמת מום זה. אם המום נגרם ברשלנות השומר, ברור שהוא אחראי לכל נזק שייגרם מחמת המום, בהיות רשלנותו אחראית עקיפה לנזק. אף אם לא נפל המום מחמת רשלנות השומר, הנזק שייגרם מחמתו כלול באחריות השומר, אם ידע על המום. כאן אין מקום להנחה דלעיל, שבעל הנכס מחל על נזק זה. הרי לא ידע שיווצר המום, ולכן לא היה יכול למחול עליו. בנוסף, תחול על השומר החובה על פי סעיף 2(ד) להודיע לבעל הנכס על המום שנפל בנכס, כדי שבעל הנכס יעשה את שביקלתו למנוע נזק שייגרם עקב כך.

2. עמדת המשפט העברי

במקורות המשפט העברי נידונים שלושה מקרים של נזק שנגרם לנכס עקב מום שהיה בו בתחילת השמירה: א) שור שלא היו לו שיניים טוחנות, כך שלא היה יכול לאכול מאכלים ששוורים רגילים לאכול, והיה צורך לטפל בו טיפול מיוחד, להאכילו דברים רכים, כדי שלא ימות מרעב; אבל השומר לא הרגיש שאינו אוכל, מפני ששור זה היה יחד עם שוורים אחרים¹²⁰. ב) טבעת שאבן יקרה הייתה קבועה בה, אך לא הייתה קבועה בה היטב, והייתה דרושה שמירה מיוחדת כדי שלא תאבד האבן¹²¹. ג) ספר שלא הייתה עליו חותמת, בשעה שיש גזרה של הממשלה שספר שאין עליו חותמת יילקח על ידי הממשלה, וצריך היה להניחו במקום מוצנע, שפקידי הממשלה לא יגיעו אליו¹²².

ממה שנפסק לגבי מקרים אלו, ניתן להסיק מספר הבחנות לגבי אחריות שומר בנזק כזה: אם השומר ידע על המום שהיה בנכס, היה עליו לנקוט את אמצעי הזהירות המיוחדים הנדרשים כדי למנוע נזק שהמום עלול לגרום; ואם לא עשה כך, הוא חייב. נראה שהדין כך גם אם ידע בעל הנכס על המום. היה מקום לטעון, שהעובדה שבעל הנכס לא דרש ממנו מראש להיזהר בשמירה כיוון שיש מום, מראה שהוא מחל לשומר על הנזק. אך נראה שאין אומרים כך, אלא מניחים שהסיבה שבעל הנכס שתק היא משום שהוא סמך על כך שהשומר ייזהר, כיוון שהשומר ידע על המום, ולכן השומר חייב. רק אם השומר לא היה יכול למנוע את הנזק שאירע, הוא פטור, כיוון שזהו אונס.

גם אם לא היה יכול למנוע את הנזק, אם בעל הנכס לא ידע על המום, חובה על השומר להודיע לו על המום. אם לא הודיע לו על כך (והיה יכול להודיע), וכתוצאה מכך הוסיף הנכס להתקלקל, באופן שאילו ידע על כך בעל הנכס היה יכול למנוע את הקלקול או למכור את הנכס או לאכול, השומר אחראי על הנזק, אפילו הוא שומר חינוס. על כך, ראה בדיוננו בסעיף 2(ד).

אם השומר לא ידע על המום, ובעל הנכס ידע, ולא הודיע לשומר, השומר פטור על הנזק שנגרם מחמת המום, כיוון שבעל הנכס התרשל בכך שלא הודיע לשומר על המום כדי שידע

¹²⁰ ב"מ מב ע"ב.

¹²¹ מרדכי, ב"מ, סימן שנט – שהשומר פטור אם בעל הנכס ידע.

¹²² שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ט.

להיזהר בנכס; ואין אומרים שהיה לשומר לבדוק ולראות אם יש מום בנכס. השומר פטור גם אם הוא שומר שכר¹²³ או שואל¹²⁴.

אם גם השומר וגם בעל הנכס לא ידעו על המום, כך שאין להאשים את בעל הנכס באי ההודעה לשומר, השומר חייב, אם הוא שומר שכר, משום שהיה לו לבדוק את הנכס היטב, כדי לראות אם יש בו מום המצריך זהירות מיוחדת; ואין אומרים שהיה על בעל הנכס לבדוק בעצמו תחילה ואז להודיע לשומר על המום, אם זה אינו מום שאנשים רגילים לשים לב אליו¹²⁵. לגבי שומר חינוס, יש אומרים שגם הוא חייב במקרה זה על שלא בדק את הנכס מראש¹²⁶; אבל יש אומרים שחובה זו אינה מוטלת על שומר חינוס, ולכן הוא פטור כאן¹²⁷.

ראוי לציין אזכור בדרך אגב של הפטר עקב מום שהיה בנכס, שמופיע במקורותינו, והוא דווקא בקשר לשואל. כפי שאמרנו בפרק ב, 1, שואל פטור בנוק שנגרם עקב שימוש בנכס. אחד הנימוקים הניתנים להפטר זה, כפי שצינו שם, הוא, שהעובדה שהנכס ניזוק עקב השימוש מעידה שהנכס לא היה ראוי לשימוש זה, ואם כך, המשאל התרשל בהשאלת נכס לשימוש שהוא אינו ראוי לו. הרי שהשואל פטור בנימוק שהיה מום בנכס.

אם נפל מום בנכס לאחר תחילת השמירה, אין השומר פטור בנוק שייגרם עקב כך. דוגמה לכך יכול לשמש המקרה שנביא בפרק ו, בדבר בהמה שכורה שנעשתה פיסחת בדרך; אלא שבמקרה הנדון שם חויב השוכר משום שהתנהג ברשלנות.

פרק שישי

“אולם אין בהוראה זו כדי להפחית מאחריות בשל רשלנות”

1. כללי

בסיום סעיפנו מגביל המחוקק את ה“סייג לאחריות”, המהווה את עיקרו של הסעיף. ההגבלה היא, שאם הנזק לנכס נגרם עקב רשלנות, השומר אחראי לו, אף אם הנזק נגרם גם עקב שימוש רגיל או בלאי טבעי או מום שהיה בנכס בתחילת השמירה. הגבלה זו מחויבת המציאות, שכן אין זה מתקבל על הדעת ששומר יתשלם בשמירה, ויפטר מאחריות על הנזק רק משום שגורם נוסף היה מעורב בגרימת הנזק.

בפסקאות הבאות נביא דוגמאות ממקורות המשפט העברי, לחיוב שומר בנוק שנגרם על ידי תערובת של רשלנות ושימוש רגיל או בלאי טבעי או מום שהיה בנכס.

¹²³ שער משפט, קפה, ס”ק א, על פי ב”מ שם. מקורות נוספים לכך הבאנו בסעיף 2(ב), הערה 73.

¹²⁴ הר הכרמל שם (הוא לא הזכיר את הגמרא בב”מ).

¹²⁵ שער משפט שם. ראה סעיף 2(ב), הערות 74-75, בשאלה האם השומר נושא באחריות מלאה.

¹²⁶ מאירי, ב”מ שם; שיטה מקובצת, ב”מ שם, בשם “המפרש” (הובא בנתיבות המשפט, רלב, ס”ק ז).

¹²⁷ חידושי הרמב”ן, ב”מ שם; חידושי הרשב”א, ב”מ שם; תוספות רבנו פרץ, ב”מ שם; חידושי הר”ן, ב”מ שם; חידושי הריטב”א החדשים, ב”מ שם; חידושי תלמיד הרשב”א, ב”מ שם; שו”ת מהרי”ק, שורש קנג (הובא בפרי האדמה, חלק ב, על הרמב”ם, הלכות שאילה, ד, ג, דף קיח ע”ד); נתיבות המשפט, רלב, ס”ק ו; שו”ת מהר”ם אלשיך, סימן כ (שנקט את הדין במקרה של שומר שכר); ביאור הגר”א, חו”מ, רלב, ס”ק כו; דרישה, חו”מ, רלב, טו; מימי הדעת, דף יא ע”ב.

נעיר כאן, כפי שהערנו בדיוננו בסעיף 2(א)¹²⁸, לפני שמנינו שם דוגמאות לחיוב שומר ברשלנות, שאין לדוגמאות אלה ערך עצמי, כיוון שהגדרת "רשלנות" תלויה בנסיבות של כל מקרה ומקרה; אלא ערכן של דוגמאות אלה הוא בהצגת השיקולים ששקלו הפוסקים כשהגדירו מצב נתון כרשלנות, שיקולים שעל פיהם ניתן לקבוע לגבי כל מצב שיתעורר, האם יש להגדירו כרשלנות.

עיקרון חשוב שיש להזכיר כאן הוא, שאם נגרם לנכס נזק חלקי עקב רשלנות, ולאחר מכן אבד הנכס לגמרי בשל שימוש רגיל (או בשל בלאי טבעי או בשל מום שהיה בנכס), השומר יחויב לשלם על הנזק הראשון, ויופטר מלשלם על הנזק השני (בתנאי שהנזק השני לא היה קשור לרשלנות שקדמה)¹²⁹. אף על פי שיש להניח שגם לולא רשלנותו, הנכס היה אובד לגמרי מחמת השימוש הרגיל, כך שהנזק הראשון לא השפיע כלל – מכל מקום, חיוב התשלום שחל עליו ברגע שהתרשל, אינו יכול להתבטל. לאורך גיסא, אם נגרם תחילה לנכס נזק חלקי עקב שימוש רגיל (או עקב בלאי טבעי או מום שהיה בנכס), ולאחר מכן אבד הנכס לגמרי מחמת רשלנותו, השומר יחויב לשלם על הנזק השני ולא על הנזק הראשון. לדוגמה, בהמה שמתה מחמת המלאכה, ואחר כך אבדה הנבלה עקב רשלנותו של השומר, חייב השומר לשלם רק את ערך הנבלה¹³⁰. כמו כן, השומר סחורה לחה, והתייבשה עקב בלאי טבעי (ראה פרק ד), ואחר כך נגנב הנכס ברשלנותו, ישלם לפי ערך סחורה יבשה בלבד¹³¹. אף על פי שגם לולא הבלאי הטבעי היה הנכס נגנב כולו, מכל מקום, ברגע שירד ערך הנכס עקב בלאי טבעי, פחתה מידת אחריותו לנכס, והסתלקה אחריותו לאותו ערך שאבד.

2. שימוש רגיל הכרוך ברשלנות

במקורות המשפט העברי מצויות דוגמאות רבות לכך ששומר שהתרשל באופן שימושו בנכס – אחראי לנזק שייגרם כתוצאה מכך. (א) השוכר בהמה או ספינה להוביל עליהן משא, מותר לו להטעין עליהן משא כשיעור המקובל לגבי אותו מין של בהמה או אותו סוג של ספינה. הוסיף השוכר על שיעור זה משקל של אחד משלושים מן השיעור, ומתה הבהמה, או שטבעה הספינה, הוא חייב לשלם, משום שהתרשל¹³². גם אם לא ברור לנו מה סיבת הנזק, השומר חייב, משום שסביר להניח שמחמת תוספת זו מתה הבהמה וטבעה הספינה¹³³. הסיבה שאין מחייבים אותו על תוספת של פחות מאחד משלושים היא, שאין זה שכיח שמחמת תוספת זו תמות הבהמה ותטבע הספינה, ואם כן, זהו אונס¹³⁴. מאחר שהעריכו חכמים שאין סבירות שבהמה תמות מחמת תוספת כזאת, סביר יותר להניח שלא הייתה ראויה לשאת אף את המשא המקובל, כך שהמשכיר עצמו

¹²⁸ סעיף 2(א), פרק א, 6.

¹²⁹ מקור חיים, קונטרס אחרון, תמג, ס"ק כא. ראה במילואים להערה 12.

¹³⁰ שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן קיח.

¹³¹ שו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן יד.

¹³² רמב"ם, הלכות שכירות, ד, ו; סמ"ג, עשה פט (קעב ע"ג); סמ"ק מצוריק, מצווה רנא (עמ' פב); אורחות חיים, סימן סג; טור, חו"מ, סימן שח, סעיפים ז ו-ח, וסימן שיא, א; שו"ע, חו"מ, סימן שח, ו, וסימן שיא, א.

¹³³ נימוקי יוסף, ב"מ נ ע"א (בדפי הרי"ף), הובא בערוך השולחן, חו"מ, שח, ד.

¹³⁴ פרישה, חו"מ, שח, ח.

התרשל בהשכרת בהמה כזאת¹³⁵. ומאחר שזהו אינס, השוכר פטור גם אם ידוע שהבהמה מתה מחמת כובד המשא¹³⁶. שואל חייב גם אם הוסיף פחות מאחד לשלושים, אם ידוע שמחמת התוספת מתה, שהרי שואל חייב באונס¹³⁷.

(ב) שוכר שהטעין על הבהמה מטען בעל נפח גדול מן הנפח המקובל לבהמה זו, זו רשלנות, אף אם לא הוסיף על המשקל המקובל (אלא המשקל היה שווה למשקל המירבי), ולכן הוא חייב על נזק שייגרם לבהמה¹³⁸.

(ג) שכר בהמה למשא, והטעין עליה סחורה שהשלטון אסר להחזיק אותה בלי לשלם מכס, ומוכס של השלטון תפס אותו והחרים את הבהמה, חייב השוכר לשלם על אבדן הבהמה, למרות שהבהמה אבדה עקב שימוש רגיל בה, מפני שהתרשל בכך שהטעין סחורה כזאת על הבהמה¹³⁹. גם אם לפי החוק הייתה למוכס זכות רק להחרים את הסחורה ולא את הבהמה, ומוכס זה לקח יותר מן המגיע לו, השוכר חייב, מפני שאילולא הטעין סחורה אסורה, לא היה המוכס לוקח את הבהמה¹⁴⁰. אך אם הודיע השוכר מראש לבעל הבהמה שהוא מתכוון להטעין סחורה זו, ושכחונתו לשלם את המכס, והוא שילם את המכס, ואף על פי כן הוחרמה בהמתו, השוכר פטור, כיוון שקיבל רשות (שבשתיקה) מן המשכיר למעשיו¹⁴¹. מאותה סיבה, אם אמר המשכיר לשוכר שיש לו (למשכיר) מינוי מהשלטון להיות מוכס (בין אם זה אמת ובין אם זה לא אמת), והשוכר הבין מזה שיוכל להטעין את הסחורה הזאת ולא תהיה סכנה שהבהמה תילקח, משום שיש לו אישור מהשלטון, ובכל זאת נלקחה הבהמה, השוכר פטור, מפני שסמך על מה שאמר לו המשכיר¹⁴².

(ד) אם הולין השוכר את הבהמה מרחק יותר גדול מזה שמקובל שבהמה הולכת (תוך זמן מסוים), ומתה, הוא חייב, משום שהתרשל, וסביר לתלות את מיתת הבהמה ברשלנות השומר¹⁴³.

(ה) שאל בהמה לחרוש, וחרש בה יומם ולילה, יותר מן המקובל, הוא חייב¹⁴⁴.
 (ו) השואל גרזן וחתב בו עצים על גבי אבנים, זו רשלנות, מפני שהגרזן יכול להישמט ולפגוע באבנים ולהישבר, ולכן השואל אחראי לנזק אם זה קרה¹⁴⁵.

¹³⁵ ערוך השולחן, חו"מ, שח, ה. הוא מדגיש שאף על פי שלכתחילה אסור להוסיף אפילו כל שהוא (ראה במילואים להערה 134 בשם אבן האזול), אין לחייבו על כך.

¹³⁶ קצות החושן, שח, ס"ק א.

¹³⁷ דברי רו"נ גולדברג. הוא הוסיף, שלפי הט"ז (ליד ציון הערה 57) ששואל חייב גם אם שינה למלאכה קלה ואין דרך לתלות את הנזק בשינוי, כאן יהיה חייב גם אם אין מקום לתלות את המיתה בתוספת.

¹³⁸ משנה, ב"מ פ ע"א. אף לרמב"ן, בהערה 88, הפוטר את הוסיף על הנפח שעליו הסכימו המשכיר והשוכר ביניהם, השוכר יהיה חייב אם הוסיף על הנפח המקובל – לדעתו המשנה המחייבת עוסקת במקרה זה דווקא.

¹³⁹ תוספתא, ב"מ ז, ו.

¹⁴⁰ חסדי דוד, על תוספתא שם.

¹⁴¹ פירוש מגן אברהם, על תוספתא שם.

¹⁴² חסדי דוד שם*.

¹⁴³ ליד ציוני הערות 90-91 הבאנו שפוסקים נחלקו בשאלה האם השוכר חייב על הוספת מרחק על מה שהוסכם בינו לבין המשכיר, ומכאן שלכל הדעות הוא חייב אם הוסיף על המקובל.

¹⁴⁴ מגיד משנה וש"ע (שצוינו בהערה 54). ביאור הגר"א, חו"מ, שמ, ס"ק ח, כותב שלישינוי כזה מתכוונת הגמרא (שצוינה בהערה 50); כוונתו, שהרי מדובר שם בשואל קרדום, ובו יש רק שימוש אחד, ובוודאי כוונת הגמרא לשינוי שבשימוש מופרז.

¹⁴⁵ ר' יונתן מלוניל, בשיטה מקובצת, ב"מ דף צו ע"ב ודף צו ע"א.

ז) השואב מים בדלי שאול, והוכה הדלי בדופן הבור, חייב על הנזק, משום שהתרשל¹⁴⁶.
 ח) השוכר בהמה לדרך, ונעשתה פיסחת בדרך, ואף על פי כן הניח עליה משא, וזה גרם לכך שמצבה התדרדר, הוא חייב בנזק, מפני שלא היה לו להניח עליה את המשא כשראה שנעשתה פיסחת, וזוהי רשלנות. הוא חייב גם אם לא הייתה לו אפשרות להשאיר אותה במקום שנעשתה פיסחת, אצל אדם המוכר לו, מפני שהיה לו לשכור בהמה אחרת להניח עליה את המשא, ולהמשיך להוליך את הראשונה בלי משא. אם יש לו מקום שמור, שהוא יכול להניח שם את הבהמה באמצע הדרך, עליו להניחה שם, ואם לא עשה כך, והמשיך להוליכה, אפילו בלי להניח עליה משא, ומצבה התדרדר כתוצאה מכך, זו רשלנות, והוא חייב¹⁴⁷. כל זאת, כגון שהייתה לו אפשרות לשכור בהמה אחרת לשאת את המשא, ולא עשה כך, או שלא היה לו צורך דחוף להגיע עם משאו למחוז חפצו, כך שהיה יכול להישאר בעצמו ליד הבהמה וליד המשא. אך אם לא הייתה לו אפשרות לשכור אחרת, והיה לו צורך דחוף להביא את משאו אל מחוז חפצו, הוא רשאי להניח את המשא על הבהמה ולהוליכה ליעדו, כיוון שזכותו של שוכר היא להשתמש בנכס השוכר למטרה ששכר אותו למענה, גם אם הדבר יגרום נזק לנכס, אם אין לו דרך אחרת¹⁴⁸. במקרה זה, גם אם יש שם אדם מוכר לו שהוא יכול להניח אצלו את הבהמה, בכל זאת הוא רשאי להניח עליה את המשא ולהוליכה עמו, כדי שלא ייגרמו לו הפסדים מכך שלא יגיע ליעדו עם סחורתו, שהרי המשכיר התחייב לספק לו בהמה להובלת משאו לדרך הדרושה לו¹⁴⁹.

ט) שוכר מחסן המיועד לחיטה, שם בו חיטה, והשאיר אותה שם זמן רב. עקב משקל החיטה, התקלקלו הקירות, ונפלו. נפסק, שאם לפני נפילתם היה ניכר שהם מתקלקלים, והזהירו אותו השכנים לסלק את החיטה, ולא סילק אותה, הוא חייב מפני שזו רשלנות, להכביד על קירות רעועים שלא היו יכולים לסבול את המשקל¹⁵⁰. אך אם לא היה הקלקול ניכר מתחילה, הוא פטור גם אם השכנים הזהירו אותו לסלק את החיטה, מפני שהוא יכול לטעון שלא התייחס להתראה משום שלא היה ניכר שום קלקול. כמו כן, אם לא הייתה התראה, הוא פטור גם אם הקלקול היה ניכר, מפני שהוא יוכל לומר שלא שם לב לקלקול¹⁵¹. השוכר חייב גם אם בשעה שהכניס את החיטה לא היו הקירות רעועים, ורק במשך הזמן התרועעו¹⁵².
 י) אשה שאלה סיר בשרי, ובישלה בו בשר, ושמה בו בטעות כף חלבית, ולכן נאסר הסיר בשימוש. יש מי שסובר שהאשה פטורה, כיוון שזהו נזק שנגרם עקב שימוש רגיל, שכן אילולא הייתה מבשלת, לא היה הנזק קורה¹⁵³. אולם פוסק אחר סבור, שיש לחייב את השואלת, מפני שהתרשלה בכך שלא בדקה האם הכלי בשרי או חלבי לפני שהכניסה אותו לסיר¹⁵⁴.

¹⁴⁶ ר' יונתן שם.

¹⁴⁷ שו"ת הרא"ש, כלל צב, סימן ג (הובא בדרכי משה, חו"מ, שט, ס"ק ב, וברמ"א, חו"מ, שט, ג, ובשו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קעז), כמוסבר בסמ"ע, שט, ס"ק ז.

¹⁴⁸ הרא"ש, דרכי משה והרמ"א שם, כפי שביאר נתיבות המשפט, שט, ס"ק ג.

¹⁴⁹ אולם המשפט, על הרמ"א שם; דברי משפט, על הרמ"א שם.

¹⁵⁰ שו"ת הרא"ש, כלל פז, סימן ו (הובא בטור, חו"מ, שז, ג, בשו"ת מקור ברוך, סימן מא, ובשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רלא); שו"ע, חו"מ, שז, ג.

¹⁵¹ פרישה, חו"מ, שז, ג. ¹⁵² פרישה שם.

¹⁵³ שער המלך, על הרמב"ם, הלכות חובל ומזיק, ז, ג (הובא במאמר מרדכי, מינקס, ב"ק ע"ב).

¹⁵⁴ שו"ת דברי שמואל (ארדיטי), חו"מ, סימן יט (רלו ע"א). כמו כן, שו"ת מעט מים, סימן פה, עוסק במקרה דומה, ואינו פוטר מטעם מיתה מחמת מלאכה, ודברי שמואל (רלו ע"ג) מעלה אפשרות שטעמו הוא שזו פשיעה.

3. בלאי טבעי הכרוך ברשלנות

אף על פי ששומר פטור מאחריות על נזק שנגרם עקב בלאי טבעי של הנכס, הרי אם הנזק נגרם גם עקב רשלנות של השומר, לא יופטר השומר. לדוגמה, פירות שהופקדו לשמירה, והשומר הפקיד אותם במקום שאינו מתאים לשמירת פירות, וכתוצאה מכך נרקבו הפירות, השומר חייב, אף על פי שריקבון הוא נזק טבעי¹⁵⁵.

4. מום שהיה בנכס הכרוך ברשלנות

כפי שציינו בפרק ה, על אף ששומר פטור בדרך כלל על נזק שנגרם עקב מום שהיה בנכס בתחילת השמירה, הרי אם נגרם הדבר גם עקב רשלנותו, הוא חייב. מסיבה זו, אם ידע השומר על המום, ואף על פי כן לא נקט באמצעי הזהירות המיוחדים הדרושים למניעת נזק שהמום עלול לגרום, הוא חייב בנזק, כפי שציינו שם, כיוון שזוהי רשלנות. דוגמה נוספת לכך היא במי ששכר בהמה לרכיבה, והייתה חולה כבר בעת ההשאלה; והתחיל לרכוב עליה, ומצבה החמיר, ואף על פי כן המשיך לרכוב עליה, ולבסוף מתה. השוכר חייב לשלם, כיוון שהתרשל בכך שהמשיך לרכוב עליה למרות שראה שהיא נעשית חולה יותר עקב הרכיבה¹⁵⁶.

5. גורם מאלו שהיה כרוך ב"גנבה ואבדה" בשומר שכר

לאחר שדננו באחריות השומר כאשר אחד משלושת גורמי הנזק שבסעיפנו (שימוש רגיל, בלאי טבעי ומום שהיה בנכס) כרוך ברשלנות, יש לדון במקרה שבמקום רשלנות רגילה, הייתה כרוכה באחד מגורמים אלו "רשלנות" שהיא בדרגת "גנבה ואבדה". כפי שהסברנו בדיוננו בסעיף 2(ב), שומר שכר אחראי לכל נזק שהיה יכול לחזותו מראש או למנעו, גם אם הדבר היה כרוך במאמץ גדול. נזק כזה קרוי במקורות המשפט העברי "גנבה ואבדה". כאן לא התרשל השומר התרשלות רגילה, ובכל זאת הוא חייב, כיוון שהיה יכול למנוע את הנזק במאמץ מרובה, שעל כך הוא מקבל שכר על שמירתו. בניגוד לשומר חנם, שדי שישמור כדרך שמקובל שאנשים שומרים נכסים שלהם, שומר שכר חייב לשמור כדרך ששומרי שכר שומרים נכסים המופקדים אצלם. כאן מתעוררת השאלה, האם שומר שכר חייב אם אירע נזק מסוג זה, כתוצאה מאחד מן הגורמים המנויים בסעיפנו. מצד אחד, יש מקום לחייבו, כשם ששומר חנם חייב אם אירע נזק מחמת אחד הגורמים הללו שהיה כרוך ברשלנות. מצד שני, ייתכן שכאן השומר פטור, כיוון שסוף כל סוף לא הייתה כאן רשלנות רגילה.

השאלה נידונה בפוסקים ביחס למקרה של נזק שנגרם עקב שימוש רגיל בנכס, והנזק היה בדרגת "גנבה ואבדה". ר' מרדכי מיכאל יפה¹⁵⁷ סבור שאין לפטור במקרה כזה. ראשית, לפי הנימוק הניתן בתלמוד להפטר שומר בנזק שמחמת השימוש, "לאו לאוקמה בכילתא שייליה" (ראה פרק ב, 1), אין לפטור כאן, מפני שכאן המלאכה אינה סיבה לכך שלא יוכל לשמור

¹⁵⁵ בסעיף 2(א), במילואים להערה 219, הבאנו שהרמב"ן אומר שאם הניח את הנכס במקום שאינו שמור מפני ריקבון וכתוצאה מכך נרקב, חייב. כמו כן, מעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סימן שסא, כותב שמה שיש פוטרם שומר שלא מכר פירות מרקיבים (ראה סעיף 6, הערה 73), הוא כגון שנרקבו מעצמם, ולא עקב היותם מונחים במקום גרוע.*

¹⁵⁶ שו"ת משה ידבר, הלכות שכירות, סימן א (נד ע"ב).

¹⁵⁷ הערות רמ"מ יפה, על שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנט (נדפס בסוף שו"ת מהר"ח אור זרוע).

מגנבה ואבדה, שהרי גם כשעושה מלאכה יכול לשמור מזה. אם כן, נכון הוא ששאל את הבהמה בשביל מלאכה, אבל בכל זאת היה לו לשמרה מגנבה ואבדה שמחמת מלאכה. מלבד זאת, אין כאן מקום אף לנימוקו של הרמב"ן להפטר שומר בנזק שמחמת השימוש, היינו שבעל הנכס התרשל בכך שהשאל נכס שאינו ראוי לשימוש, כפי שהבאנו בפרק ב, 1. מאחר שכאן השומר היה יכול להיזהר ולמנוע את הנזק, אין לומר שהנכס לא היה ראוי לשימוש, שהלא היה ראוי לזה, בתנאי שהשומר ייזהר. אף אין מקום לנימוקו של הרשב"א, שבעל הנכס מחל מן הסתם על נזק כזה כיוון שידע שיקרה נזק כזה, שהרי אין סיבה שבעל הנכס ימחל לשומר על נזק שהיה יכול למנוע.

אולם פוסקים אחרים סבורים שגם כאן השומר פטור, כיוון שהנזק אירע מחמת השימוש¹⁵⁸.

פרק שביעי

אשם תורם

1. עמדת החוק

בפקודת הניזקין [נוסח חדש], סעיף 68, נאמר שאם נגרם נזק לאדם, מקצת עקב אשמו ומקצת עקב אשמו של אחר, יופחת חיובו של האחר בהתחשב במידת אחריותו של הניזוק לנזק. מתעוררת השאלה, האם עיקרון זה חל בדיני שומרים, כאשר בעל הנכס תרם אשם, וגרם לנזק באופן חלקי? דוגמה לכך, שנידונה בפסיקה, היא במכונת שהופקדה לשמירה בחניון, ובעל המכונת השאיר ברשלנותו את המפתחות במכונת, וכתוצאה מכך נגנבה. הצטרפה לכך רשלנות השומר, שלא שם לב שהיא נגנבת. הובעה דעה, שמאחר שהנזק נגרם גם כתוצאה מרשלנות השומר וגם כתוצאה מרשלנות בעל הנכס, השומר פטור באופן חלקי, כשם שפקודת הניזקין פוטרת באופן חלקי אם היה אשם תורם¹⁵⁹. יש אף מי שסבר שהשומר יופטר כאן לגמרי¹⁶⁰.

לעומת זאת, אחרים קבעו ששומר לא יופטר כלל עקב אשם תורם של בעל הנכס, משום שעל שומר מוטלת אחריות חמורה יותר משיש על אדם זר כשאנו דנים אותו מצד דיני ניזקין;

¹⁵⁸ במילואים להערה 23 הבאנו שבית יעקב אומר שמה שהרמ"ה הקיל על השואל ופטר אותו אם שודדים לקחו את הבהמה בדרך, הוא גם במקרה של "גנבה ואבדה". קל וחומר, שבמקרה רגיל של נזק עקב השימוש, שאינו שנוי במחלוקת כמו המקרה ההוא, פטור אף ב"גנבה ואבדה".

¹⁵⁹ השופט מ' בן דרור, ע"א ת"א 674/77, נקוב בע"מ נ' חניון יצחק שדה בע"מ, פ"מ תשל"ט(2) 133, 147. גם השופטת ו' אוסטרובסקי-כהן, שם, עמ' 147-150, מסכימה לו בעיקרון, אלא שסברה שבמקרה הנידון לא התרשל בעל הנכס, כיוון שהשומר ידע שהמפתחות נשארו במכונת, והיה לו לקחת אותם לשמירה. גם ע"א (חי') 241/95 ורדי נ' רשות הנמלים והרכבות (לא פורסם), פסקה 5 ופסקה 10, ובר"ע (י"ם) 281/95 ברלר נ' סיבוני ואח' (לא פורסם), מחילים בשומר את העיקרון של אשם תורם.

¹⁶⁰ א' סלטון, "ההיבט הניזקי של חוק השומרים", עיוני משפט ה (תשל"ז) 658 (אך ראה הערה 161, שחזר בו). הוא לא התייחס לדוגמה דלעיל. כמו כן, י' שנהב ור' לויתן, "היבטים באחריותו של הבנק לרכוש המופקד בכספת לקוחות", הפרקליט לא (תשל"ז) 129, מציינים שהפסיקה האמריקאית פטרה בנק (משמע לגמרי) אם בעל הכספת איבד את המפתחות, ותכולת הכספת נגנבה, משום שהוא תרם ברשלנותו לנזק; ואין נראה לומר ששם לא התרשל הבנק כלל. אפשר שבמקרה של מכונת, השומר פטור רק אם לא ידע שהמפתחות היו במכונת, אבל אם ידע, חייב על שלא הוציא אותם מן המכונת.

מגמת חוק השומרים היא להחמיר את אחריות השומר לעומת אחריות קְעֹל רגיל¹⁶¹. זאת ועוד: חיוב שומר הוא חיוב חזוי, ועל כן אין להחיל עליו את העיקרון של אשם תורם שבדיני נזיקין¹⁶². גם לדעה זו, אם ברור שהנזק לא היה קורה לולא רשלנותו של בעל הנכס, השומר פטור לגמרי, לפי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, סעיף 14(א), הפוטר מִפְּר חוזה על נזק שהנפגע היה יכול למנוע או להקטין¹⁶³.

2. עמדת המשפט העברי

במשפט העברי מצאנו מקרים אחדים שפוסקים פטרו בהם את השומר, בנימוק שבעל הנכס התרשל וגרם בעצמו לנזק.

(א) בפרק ב, 1, ראינו שהרמב"ן מנמק את הפטר שומר בנוק שנגרם מחמת השימוש, בכך שבעל הנכס פשע בזה שמסר לשומר נכס שאינו ראוי לשימוש המיועד. אך יש לציין, שהפטר שומר בנוק שאירע מחמת השימוש, מוגבל למקרה שלא פשע, ואילו אם השומר התרשל, וכתוצאה מכך אירע נזק מחמת השימוש, השומר חייב, כפי שראינו בפרק ו. אם כן, אין לראות בדברי הרמב"ן דוגמה להפטר שומר כשגם השומר וגם בעל הנכס התרשלו.

(ב) בפרק ה ראינו, שאם היה מום בנכס, ובעל הנכס ידע עליו, והשומר לא ידע עליו, ונגרם לנכס נזק מחמת המום, השומר פטור, משום שבעל הנכס התרשל בכך שלא הודיע לשומר על המום, שאילו עשה כן, היה השומר יכול לנקוט אמצעים למניעת הנזק, וזאת גם אם הוא שומר שכר. אף על פי שאם בעל הנכס לא ידע, שומר שכר חייב, משום שהיה צריך לבדוק היטב, ואז היה מגלה את המום, ומכאן שאי בדיקת השומר נחשבת רשלנות (היינו ברמה של "גנבה ואבדה", לגבי שומר שכר), אף על פי כן, אם ידע בעל הנכס, ופשע בזה שלא הודיע לשומר, השומר פטור.

(ג) אם שני אנשים הפקידו זה בפני זה צרורות כסף אצל שומר אחד, זה הפקיד צרור של מאה וזה צרור של מאתיים, ובסופו של דבר שכח השומר מי הפקיד כמה, וכל אחד מהם טוען שהוא זה שהפקיד מאתיים – די שהשומר יתן לכל אחד מאה. אף על פי שאילו הפקידו זה שלא בפני זה, השומר היה חייב מאתיים לכל אחד, משום שהתרשל בכך שלא עשה לעצמו סימן שיזכיר לו מי הפקיד כמה, הרי כאן השומר פטור, משום שבעל המאתיים גרם את הנזק לעצמו. מאחר שהפקיד יחד עם האדם האחר, ולא דרש מן השומר שיעשה סימן, נתן לשומר

¹⁶¹ ש' לוי, פ"מ שם, כמוסבר על ידי י' אנגלרד, "האחריות לגנבת מכונית מתוך חניון", משפטים יא (תשמ"א) 299; א' סלטון, "אחריות שומר ושאלת רשלנותו של בעל הנכס", הפרקליט לג (תשמ"מ) 592-593 (שחזר בו); ת"א י"ם 214/82 הסנה בע"מ נ' נחמיאס (לא פורסם).

¹⁶² אנגלרד שם, עמ' 301.

¹⁶³ אנגלרד שם. אלא שהוא כתב, שבדוגמה דלעיל, אפשר שהמכונית הייתה נגנבת גם לולא שאיר בה את המפתחות. יש לציין שגם בהצעת חוק שמירת נכסים, התשכ"ו-1965, סעיף 5, נאמר ששומר פטור על נזק שבעל הנכס היה יכול באמצעים סבירים למנוע או להקטין. כנראה, סעיף זה הושמט בנוסח החוק הסופי מפני שהדין הזה כלול בהוראה הכללית של חוק החוזים, שהזכרנו. אנגלרד נוקט שההבדל הבסיסי בין דוקטרינת אשם תורם לנטל הקטנת הנזק הוא, שבאחרון אין חלקיות, אלא אם הנפגע לא הקטין את הנזק, המפר פטור לגמרי. יוצא, שהפטר השומר עקב אי הקטנת הנזק מצד בעל הנכס, גדול מבשל אשם תורם. ניתן להצביע על הבדל אחר: נטל הקטנת הנזק חל רק לאחר שהמפר התחיל את גרימת הנזק, ואילו אשם תורם יכול להיות במעשה של הניזק עוד לפני שהמוזיק עשה את חלקו.

להבין שאינו חושש שהמפקיד השני ישקר בסופו של דבר ויטען שהוא זה שהפקיד מאתיים, ועל כן השומר פטור¹⁶⁴.

(ד) דבר דומה נראה להלן¹⁶⁵, שמי שנתן נכס שלו לשומר, ואמר לו למשכן את הנכס לאדם פלוני, ובסופו של דבר כפר אותו אדם בכך שקיבל את הנכס, השומר פטור. זאת אף על פי שאם לא אמר לו למי למשכן, והשומר משכן אותו למישהו, והלה כפר, השומר חייב, משום שהיה צריך לתת לו את הנכס בנוכחות עדים, כדי שלא יוכל לכפור, וכעת שמסר לו שלא בנוכחות עדים, התרשל. הסיבה להבדל בין המקרים היא, שבמקרה הראשון, בעל הנכס התרשל, וגרם את הנזק לעצמו, משום שבזה הזכיר את שמו של אותו פלוני, ולא אמר לשומר למסור לו בפני עדים, גרם לשומר להבין שאינו חושד שאותו אדם יכפור, ולכן השומר פטור¹⁶⁶.
(ה) מהרש"ך¹⁶⁷ פוטר שומר שכר שהניח את הנכס בחדר שיש פִּרְצָה בקיר שלו, אם בעל הנכס יודע היכן הניח אותו, וזאת גם אם הזהיר בעל הנכס את השומר לתקן את הפִּרְצָה. נימוקו הוא, שבעל הנכס גרם את הנזק לעצמו, כשהפקיד אצל אדם זה.

(ו) לעיל¹⁶⁸ ראינו ששומר פטור אם מישהו תפס ממנו את הנכס בטענה שבעל הנכס חייב לו חוב, ולפי דעה אחת, אף שואל פטור בזה. ראינו שם שהנימוק לפטור הוא, שהנזק נגרם מחמת בעל הנכס, כלומר, מחמת החוב שהיה חייב בעל הנכס לפי טענת התופס.

(ז) ראובן הפקיד אצל שמעון שק ובו מספר מסוים של חפצים. במשך זמן השמירה, בא בעל הנכס לביתו של השומר, בלי ידיעת השומר, כשהשומר לא היה בעיר, ולקח מהשק חלק מהחפצים. בסופו של דבר, בעת החזרת השק, טען בעל הנכס שחסרים יותר חפצים משהוא לקח, והוא טוען שההפרש נגנב ברשלנותו של השומר. נפסק, שהשומר פטור, משום שהשומר לא היה בעיר בעת שנטל ממנו בעל הנכס, ולכן לא הייתה עליו חובה לבדוק כמה נטל בעל הנכס, אלא בעל הנכס הוא שהתרשל, שהיה צריך להעמיד עדים, שיראו כמה חפצים הוא נוטל, כדי שיוכל לתבוע על פיהם את השומר אחר כך, אם יחסרו יותר ממה שנטל¹⁶⁹.
במקרים אחרים, הועלתה אפשרות לפטור שומר מחמת אשם תורם של בעל הנכס, אך השומר חויב בכל זאת מטעמים מיוחדים.

(א) אדם שכר מחסן, והניח בו תבואה; התבואה התחילה להישרף, וכך נשרף גם המחסן, והדבר קרה בנוכחות בעל המחסן. השוכר טוען להיפטר על הנזק למחסן, משום שבעל המחסן ראה שהשרפה מתחילה, והיה צריך לזרוק את התבואה מן המחסן כדי למנוע את שִׁרְפַת המחסן, ומשלא עשה כך, גרם את הנזק לעצמו. נפסק, שאין טענה זו מתקבלת, משום שכנגד

¹⁶⁴ מקורות לדין זה צוינו בסעיף 2(א), במילואים להערה 349. מקור הנימוק הוא ברי"ף, ב"מ כא ע"א (בדפי הרי"ף), האומר שהם פשעו בשלהם.*

¹⁶⁵ סעיף 7, ליד ציון הערה 84.

¹⁶⁶ מקורות לכך נביא בסעיף 7 שם. נימוקי יוסף, ב"מ יט ע"א (בדפי הרי"ף), נימק, שהשומר טוען שגם בעל הנכס האמין לאותו אדם. רח"א מילר סבור שהנימוק הוא שבעל הנכס ראה בכך שהוא מוחל. אך מלשון נימוקי יוסף משמע שאין זו מחילה אלא הטעיית השומר כאילו אין צורך להזהר מאדם זה. וראה במילואים להערה 164, דברים השייכים גם לכאן.

¹⁶⁷ מהרש"ך, שהובא בסעיף 2(ב), במילואים להערה 16, אות יב. פוסקים רבים שהבאנו בסעיף 2(א), פרק א, 5, ובסעיף 2(ב), פרק ב, 1, פטרו שומר אם בעל הנכס ידע שהשומר מתרשל בשמירה, ושתק, בנימוק ששתיקתו היא כהסכמה ומחילה, אך מהרש"ך הוא היחיד שאומר בפירוש שפטור גם אם דרש ממנו בעל הנכס לתקן, בנימוק של אשם תורם.*

¹⁶⁸ סעיף 2(ג), במילואים להערה 3.

¹⁶⁹ שו"ת חוק ומשפט, סימן קא.

זה יטען בעל המחסן, שחשש לזרוק את התבואה החוצה, מפני שחשש שיחויב בנוזק שיקרה לתבואה בשל כך¹⁷⁰.
(ב) לעיל¹⁷¹ ראינו ששואל סיר בשרי, שהשתמש בו לחלב, ובכך אסר את הסיר, חייב. לכאורה, היה מקום לפטור, מפני שהמשאיל גרם את הנוזק לעצמו, בכך שלא הודיע לו שהסיר הוא בשרי. לאמיתו של דבר, אין מקבלים טענה זו, מפני שבכגון זה מוטל על השואל לברר בעצמו האם זהו סיר בשרי, לפני שישתמש בו לחלב, ואין מוטל על המשאיל להודיע לו. כאשר אשמו של אדם שלישי הוא סיבה מכרעת לנוזק, ברור שאין להחיל את הפטור של אשם תורם. כך הסביר השופט שיינבוים, שאף על פי שפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], סעיף 68, פוטרת גם כשאשם של אדם שלישי תרם לנוזק, הרי שומר חייב, משום שזאת מטרת השמירה: לשמור מפני נזק של אנשים אחרים¹⁷². כמובן, זו גם עמדת המשפט העברי, כפי שמתברר לדוגמה מחיוב שומר שהנכס נגנב ממנו אף על פי שהגנב תרם אשם: השומר חייב בכול, ואין הוא יכול לטעון שבעל הנכס יצטרך לתבוע את הגנב.

¹⁷⁰ שו"ת תשורת ש"י, סימן תקכב. הוא כותב, שגם אם נאמר שאכן היה פטור אילו זרק את התבואה, אין לראותו פושע בכך שלא עשה זאת, מאחר שאנשים אינם יודעים הלכה, וחשב שיחויב.

¹⁷¹ דברי שמואל, שהובא בסעיף 2(א), הערה 365. לעיל ליד ציוני הערות 153-154 הבאנו מחלוקת בשאלה זו.

¹⁷² ע"א 341/80 עלי נ' ששון ואח', פ"ד לו(3) 281, 288.

תשלום השומר

5. (א) היה השומר אחראי לאבדן הנכס או לנזק, זכאי בעל הנכס לפיצויים הניתנים בשל הפרת חוזה.
- (ב) לא היה השומר אחראי לאבדן הנכס או לנזק, אך היה לו בשל אבדנו או נזקו זכות לפיצוי או לשיפוי כלפי צד שלישי, רשאי בעל הנכס לתבוע מן השומר את נזקו מתוך הפיצוי או השיפוי המגיע לשומר.

פיצוי ושיפוי

תוכן

פרק ראשון: כללי 305

1. עמדת החוק 305

2. עמדת המשפט העברי 306

פרק שני: שיעור התשלום 307

1. נכס שמחירו משתנה מזמן לזמן וממקום למקום 307

(א) שינוי המחיר במשך השמירה 307

(ב) שינוי המחיר לאחר הנזק 308

(ג) נזק בשלבים 312

(ד) שינוי המחיר ממקום למקום 313

2. נכס שאפשר לחשב את מחירו בדרכים שונות 313

3. נכס שאבדנו גורם הפסד הגבוה ממחירו או הנמוך ממנו 315

פרק שלישי: צורת התשלום 319

1. תשלום בקרקעות או במיטלטלין 319

2. גבייה מקרקעות שמכר השומר 319

3. גבייה מנכסי שומר שמת 320

4. שינוי בערך שאריות הנכס 322

5. שומרים משותפים 322

6. שונות 324

פרק רביעי: תשלומי שומר כשאינו אחראי לנזק – סעיף קטן (ב) 325

1. עמדת החוק 325

2. עמדת המשפט העברי 326

3. תשלומי השומר על הנאתו מאבדן הנכס 328

פרק חמישי: שכרו של שומר שכר 329

1. עמדת החוק

הנושא של סעיף קטן (א) בסעיף שלפנינו הוא תשלום השומר במקרה שנגרמו לנכס אבדן או נזק באופן שהוא אחראי עליהם. החוק אומר שהשומר יחויב לפצות את בעל הנכס כמו חיוב הפיצוי עקב הפרת חוזה. כלומר, סעיפנו מפנה אותנו לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, סעיף 10, הקובע שמפר החוזה חייב לפצות את הנפגע על נזק שנגרם לו עקב הפרה ועקב תוצאותיה. החוק רואה את יחסי השומר-בעל הנכס כיחסים חוזיים, וממילא, אי החזרת הנכס לבעלים עקב נזק או אבדן (שהשומר אחראי לו), שנוגד את חיוביו החוזיים של השומר, דינו ככל הפרת חוזה.

לגבי שומר רגיל, לא היה החוק צריך ללמדנו שיש לבעל הנכס זכות פיצוי, שהלא ברור שמאחר ששמירה היא חוזה, יש לכל צד זכות לפיצוי על הפרה של הצד האחר. המחוקק הוצרך לומר זאת כדי ללמד שגם בשומר על פי דין, כגון שומר אבדה, שלא נכרת חוזה בינו לבין בעל הנכס, יש לבעל הנכס זכות לפיצוי.¹

בדרך כלל, הנזק שנגרם לבעל הנכס עקב נזק לנכס, שווה ערך לנזק שנגרם לנכס. כלומר, בתחילה היה לו נכס ששווה כך וכך, וכעת, אחרי מחדלו של השומר, יש לו במקום זה נכס שווה פחות (או שאין לו נכס כלל, במקרה שאבד), ואם כן, סך רכושו פחת כשיעור פחיתת ערכו של הנכס. אולם יש שנגרם לבעל הנכס נזק מעבר לפחיתת ערכו של הנכס, משום שהיעדר הנכס גורם לו הפסד זמן, וכדומה. לפי סעיפנו, יחויב השומר גם בנוק זה, כדין מפר חוזה, שחייב בכל הנזק שנגרם לנפגע, במיוחד לפי סעיף 1(א) לחוק שם, המגדיר "נזק" – לרבות מניעת רווח. כך עולה גם מהצעת חוק שמירת נכסים, סעיף 25, שאומרת בפירושו, שהשומר חייב גם על הפסד של רווח שנגרם לבעל הנכס בשל אבדן הנכס או נזקו, אם השומר כאדם סביר היה צריך לחזות מראש בתחילת השמירה שזו תהיה תוצאה מסתברת מן האבדן.

לדעת סלטון², בנוסף לפיצוי בשל הפרת חוזה, זכאי בעל הנכס לסעדים לפי פקודת הנוזיקין, מאחר שהפרת חובת השמירה היא הפרת חובה חקוקה, שהיא אחת מעולות המסגרת, לפי פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], סעיף 63. לעומתו, סבור אנגלרד⁴ שסעיפנו מצמצם במכוון את

¹ א' סלטון, "ההיבט הנוזיקי של חוק השומרים", עיוני משפט ה (תשל"ז) 664, ה"ש 59. גם בדברי ההסבר להצעת חוק שמירת נכסים, התשכ"ר-1965, ה"ח 676, עמ' 54, נאמר שכללי הפיצויים הוצרכו לצורך מצב שלא נעשה הסכם בין השומר לבין בעל הנכס. לא הוסבר מדוע החוק מחיל במקרה זה דין הפרת חוזה, אף על פי שלא היה חוזה.

² הצעת חוק שמירת נכסים, שם.

³ א' סלטון, שם 665, ה"ש 62 (בלשון "אולי").

⁴ י' אנגלרד, "האחריות לגנבת מכונית מתוך חניון", משפטים יא (תשמ"א) 296, ה"ש 9.

זכות בעל הנכס לפיצוי בשל הפרת חוזה כדי ללמד שאין לו זכות לתרופות נזיקות מכוח הסעיף האמור.

פיצויים הם רק אחד מסוגי התרופות שנוכרות בחוק החוזים, שהנפגע מהפרת חוזה זכאי להן. תרופות אחרות הן אכיפת החוזה או ביטולו. אף בעל הנכס כאן זכאי לכל התרופות הללו עקב הפרת השומר את חוזה השמירה.⁵ נראה שהסיבה שהחוק הזכיר דווקא את התרופה של פיצויים היא, שלאחר אבדן הנכס או נזק לנכס, לא תהיה לבעל הנכס תועלת מביטול החוזה, ואכיפתו תהיה בלתי אפשרית.

סעיף קטן (ב) קובע זכות מיוחדת לבעל הנכס, אם אבד הנכס או ניזוק בדרך שהשומר אינו אחראי לה, לפי הכללים שבסעיף 2. הזכות היא, שאם קיבל השומר פיצוי כלשהו מצד שלישי עקב אבדן הנכס, פיצוי זה עובר לבעל הנכס. זכות זו מבוססת על הרצון למנוע מן השומר לעשות עושר ולא במשפט. נרחיב בזה בפרק ד.

"בעל הנכס" לענין סעיפנו הוא מי שהשומר מחזיק את הנכס בשבילו, גם אם אינו בעל הנכס החוקי, כאמור בסעיף 13. לגבי סעיף קטן (א), טעם הדבר הוא משום שחוזה השמירה נכרת בין השומר לבין אדם זה, ולכן הפיצוי על הפרת החוזה מגיע לו. לגבי סעיף קטן (ב), המבוסס על דיני עשיית עושר ולא במשפט, טעם הדבר הוא, שחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, סעיף 1, קובע: "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין... טובת הנאה... שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה"; וכאן ה"מזכה" הוא לאו דווקא בעל הנכס החוקי, אלא מי שהשומר שומר עבורו, שמחמתו קיבל השומר את הפיצוי מן הצד השלישי.

2. עמדת המשפט העברי

לפי המשפט העברי, שיעור התשלום המוטל על השומר נמדד בעיקר לפי ערך הנכס – כמה פחת ערכו מחמת הנוזק, ואינו לוקח בחשבון (בדרך כלל) נזקים עקיפים שנגרמים לבעל הנכס עקב הנוזק לנכס.⁶ טעם הדבר נעוץ בעיקרון שמזיק נזק עקיף, "גרמא", אינו חייב עליו. אף על פי שגם הנוזק הנגרם לנכס על ידי מחדלו של השומר הוא בגדר גרמא, שהרי לא עשה פעולה חיובית של נזק, מכל מקום הוא חייב עליו, מאחר שקיבל על עצמו לשמור את הנכס, וברור שמה שקיבל על עצמו כולל התחייבות לשלם על נזק שייגרם לנכס. אולם אין הצדקה להרחיב ולפרש את התחייבותו ככוללת גם נזק עקיף לבעל הנכס, שהרי גם אילו הזיק לנכס בפועל, לא היה חייב על נזק עקיף שנגרם מכך לבעל הנכס. נימוק זה נכון גם בשומר שכר ושואל, שחיוכם לשלם הוא בתור מתן תמורה על ההנאה שקיבלו מן השמירה, כפי שהסברנו בדיוננו בסעיף 1(א). כשאנו באים למדוד את התמורה שעל השומר להחזיר תמורת הנאתו, הדעת נותנת שהיא לא תחרוג מעבר לסכום שהיה חייב לשלם אילו הזיק לנכס בפועל;

⁵ א' סלטון, שם, עמ' 664. הוא התקשה מדוע נקט החוק דווקא "פיצוי", ונוטה לומר שזו שגיאה, מתוך היסח הדעת של מנסח החוק, וצריך לומר "תרופות". בפנים אנו מציעים פתרון אחר לקושי.

⁶ שו"ת מנחת יצחק, חלק ב, סימן פח, כותב שאף על פי ששומר חייב בגרמא (ראה סעיף 1(א), הערה 16), זה רק בנוזק שנגרם לנכס בגרמא, ולא במה שנגרם לבעלים מחוץ לנכס, בגרמא. נקודה זו תבאר גם בדברינו בהמשך. יש לציין שש"ז אברמוב, דברי הכנסת 44 (תשכ"ו) 217, העיר שכעמדת המשפט העברי בנקודה זו כך היא גם עמדת החוק הקונטיננטלי; והשיב לו שר המשפטים, שם עמ' 327, שהחוק נקבע לפי הנהוג באנגליה, שמפר חוזה חייב גם על מניעת רוח. ראה גם סעיף 2(א), פרק ה, 2, ששומר פטור על מה שבעל הנכס הפסיד אפשרות שימוש בנכס.*

וגם אז לא היה חייב לשלם על נזק עקיף שנגרם לבעל הנכס. הדבר מובן במיוחד לאור מה שהסברנו בדיוננו בסעיף 2(ג), בקשר לשואל, שהוא קונה את הבעלות בנכס, ומתחייב להחזיר או אותו או את ערכו. לאור זה, אין סיבה לחייבו בנזק עקיף שנגרם לבעל הנכס, וקל וחומר הדבר בשומרים האחרים, הקלים משואל במידת אחריותם.

במקורות המשפט העברי יש עיסוק רחב במה שנוגע לחיוב השומר לשלם על ערך הנכס שאבד או ניזוק. בפרק ב נעסוק בקביעת שיעור התשלום על אבדן הנכס. בעייה אחת בקביעת שיעור התשלום היא איך לקבוע את מחיר הנכס, במקום שהמחיר משתנה, או שניתן לחשב את המחיר בדרכים שונות, וכך להגיע למחירים שונים. הדוגמאות לכך רבות: נכס שהתייקר במשך זמן השמירה, נכס שהוא יקר יותר ביום השוק, נכס השווה במקום אחד יותר מבמקום אחר, ועוד. בעייה אחרת בקביעת שיעור התשלום היא כשיש סיבה להקטין או להגדיל את תשלום השומר, לעומת סכום הנזק שנגרם לנכס, משום שבעל הנכס עצמו נפגע בשיעור שונה. בכך אנו נוגעים במתח העקרוני שהצבענו עליו, שקיים בין החוק למשפט העברי בסעיפנו. גם בבעייה זו נדון בפרק ב. בעייתיות זו אינה מוגבלת דווקא לדיני שומרים. היא קיימת גם, לדוגמה, בדיני נזיקין: כמה חייב המזיק לשלם כשמחיר הנכס שניזוק נתון לחישובים אפשריים שונים? אולם יש שקביעת המחיר שונה בדיני שומרים מדיניי אחרים, ומכאן חשיבות העיסוק בבעייה זו כאן.

כדיון נלווה, נדון בפרק ג בדינים אחרים של תשלום השומר, שאינם בשיעור התשלום אלא בדרך פרעונו, כגון אילו נכסים משתעבדים, וסולידריות בין שניים ששמרו יחד. בפרק ד, נדון בהוראת סעיף קטן (ב), לפי החוק ולפי המשפט העברי. מנגד לחיוב התשלום המוטל על השומר, עומד החיוב של בעל הנכס לשלם את שכרו של שומר שכר. יש שחיוב זה של בעל הנכס מושפע על ידי חיוב האחריות של השומר. לעניין זה נקדיש את פרק ה.

פרק שני

קביעת שיעור התשלום

1. נכס שמחירו משתנה מזמן לזמן וממקום למקום

(א) שינוי המחיר במשך השמירה

נכס שהתייקר או הוזל במשך זמן השמירה, השומר ישלם לפי מחיר הנכס בעת האבדן או הנזק.⁷ מאחר שהנזק הוא המחייב אותו לשלם, חיוב התשלום מתחיל רק מאותו רגע, ולכן ערך הנכס באותו רגע הוא הקובע. יש אמנם דעה ולפיה נכסי השומר משתעבדים לתשלום זה למפרע, משעת תחילת השמירה, כפי שנראה בפרק ג, אבל זה רק לעניין שעבוד נכסים, ולעניין אחר אין הוא קרוי חייב עד שעת הנזק.⁸ גם במקרה של "תחילתו בפשיעה וסופו באונס",

⁷ חידושי הרמב"ן, ב"מ מג ע"א (בשואל), הובא בחידושי הרשב"א שם, ובתוספות הרא"ש שם.

⁸ קצות החושן, רצא, ס"ק א, ושו"ת אבני נזר, אהע"ז, סימן רצא, אות ז, על פי חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צז ע"ב; זכותא דאברהם (לנדא, תשכ"ה), עמ' צב; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ה, בתחילתו (כך נראית כוונתו).

דהיינו שהשומר נהג ברשלנות, ומשום כך נגרם לאחר מכן נזק בלתי צפוי שהוא בגדר אונס, שראינו לעיל⁹ שגם שומר חינום אחראי עליו – גם כאן השומר ישלם לפי ערך הנכס בעת הנזק¹⁰. על אף שלולא הפשיעה לא היה חייב, מכל מקום, אין הפשיעה מחייבת אותו בפועל לשלם, אלא הנזק הוא שמחייב אותו בפועל לשלם, ולכן שעת הנזק היא שקובעת לעניינו. לכאורה, אם הנכס התייקר משעת תחילת השמירה עד הנזק, יוכל השומר לטעון שעליו לשלם רק לפי הערך בשעת השמירה, מפני שכשהסכים לשמור, הסכים רק לשמור נכס בעל ערך נמוך. זאת בהתאם להלכה שהבאנו בדיוננו לעיל¹¹, ששומר שטעה בהערכת נכס, וחשב שהוא שווה פחות מכפי שהוא שווה באמת, ישלם (במקרה של אבדן) לפי הערך הנמוך, מפני שרק על ערך זה קיבל שמירה. אולם למעשה אין אומרים כך. כפי שראינו בדיוננו שם, הדעה השלטת היא שהדברים אמורים רק במי שהוטעה על ידי בעל הנכס באשר לערך הנכס, שלכן מתקבלת טענתו: "אילו ידעתי שהוא שווה יותר, לא הייתי מסכים לשמור". אבל כאן לא הוטעה השומר, ולכן הוא יחויב לפי הערך הגבוה, הסופי¹². זאת ועוד: כל שומר יודע בשעת ההפקדה שהנכס יכול להתייקר, שהרי דרך השער להשתנות, ולכן יש להניח שקיבל על עצמו אחריות על ערך הנכס גם למקרה שיתייקר¹³.

(ב) שינוי המחיר לאחר הנזק

עניין אחר הוא כשמחיר נכס מסוג זה השתנה לאחר הנזק, ובזמן הפירעון הוא נמוך יותר או גבוה יותר. נחלקו הפוסקים בשאלה האם ישלם לפי המחיר בשעת הנזק, או לפי המחיר בשעת התשלום. המחלוקת נתגלעה מסביב למקרה שנידון בתלמוד¹⁴, בנכס שניתן למכרו ביום השוק במחיר גבוה יותר מבשאר ימים. השאלה היא, האם השומר יחויב לשלם (במקרה של אבדן או של נזק) לפי המחיר הגבוה של יום השוק, או לפי המחיר הנמוך, של ימים רגילים. הדיון במקרה זה מורכב מגורמים נוספים, כפי שנראה, אולם היסוד העיקרי הוא השאלה האם שעת הנזק קובעת, או שעת התשלום קובעת.

בעניין זה יש שלוש שיטות עיקריות בפוסקים. המחלוקת ביניהם נובעת מהבדלים בגרסאות בסוגיית התלמוד בנידון, ומהבדלים בהבנתה.

השיטה הראשונה היא של הרא"ש¹⁵, והקו המנחה שלה הוא העיקרון: "כל הגולנים משלמים כשעת הגזלה"¹⁶. בעקבות עיקרון זה, מבחין הרא"ש בין מקרה שניזק הנכס ביום

⁹ בסעיף 2(א), פרק א, 3.

¹⁰ נתיבות המשפט, רצא, ס"ק יג.

¹¹ בסעיף 1(א), פרק א, 3 (ו).

¹² קצות החושן, רצא, ס"ק ד. אולם דעת הש"ך שהבאנו בסעיף 1 שם היא, שהשומר פטור גם אם לא הטעהו בעל הנכס; והוא יודקק כאן להסבר שבסמוך או לאחד ההסברים האחרים שנביא במילואים להערה 13.

¹³ שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן עט; דברי נפתלי, סימן רצא; חזון איש, ב"ק, סימן ו, ס"ק ו; אולם המשפט, רצא, ד; אבני החושן, רצא, ס"ק ד. רח"א מילר הוסיף להסביר, שבמקרה בסעיף 1(א) אין לומר כך, שהרי שם מדובר על חרב שהתברר שהיא יקרה מאד, ואין רגילות שהיא תהיה יקרה יותר מן המקובל, ולכן לא היה בדעת השומר להתחייב בסכום כזה.

¹⁴ ב"מ צט ע"ב.

¹⁵ רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן יז, הובא בבית יוסף, חו"מ, שד, ה. בשיטתו הולכים גם הראב"ד (המובא בחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ צט ע"ב, בשיטה מקובצת שם, ברא"ש שם, בחידושי תלמיד הרשב"א, שם, ובצורור הכסף הקצר, דרך ב, שער י, טור, חו"מ, שד, ה, ורמ"א, חו"מ, שד, ה).

¹⁶ ב"ק צג ע"ב.

רגיל, לבין מקרה שניזוק ביום השוק. אם ניזוק הנכס ביום רגיל, ישלם השומר כמחיר הנמוך של יום רגיל¹⁷, שהרי "כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה", ובשעת הגזלה, היינו הנוזק, היה ערך הנכס כמחיר הזול¹⁸. משום כך, לא תישמע טענת בעל הנכס: "הייתי יכול למכור את הנכס ביום השוק, שעבר בינתיים, ולקבל את המחיר הגבוה, ולכן אני רוצה תשלום כמחיר הגבוה" – הרי הנוזק היה רק כמחיר הנמוך¹⁹. השומר יוכל גם לתת כתשלום נכס אחר מאותו סוג²⁰. אם ניזוק הנכס ביום השוק, הדין היסודי הוא שהשומר חייב לשלם כמחיר הגבוה, שהוא היה ערך הנכס בשעת הגזלה²¹. אם רוצה השומר לתת לבעל הנכס נכס אחר מאותו סוג, במקום לשלם לו כסף, הוא יכול לעשות זאת רק אם הוא נותן אותו ביום השוק, כך שהנכס שווה אז כמחיר הגבוה – המחיר המוטל עליו לשלם, כאמור²². ברם, אם הוא בא לתת ביום רגיל, לא יוכל לתת נכס כזה במקום לשלם כסף, שהרי היום הנכס אינו שווה למחיר הגבוה שמוטל עליו לשלם²³. לא יוכל השומר לומר לו: "טול את הנכס עכשו, והמתן עד יום השוק, ואז תוכל למכור במחיר הגבוה שאני חייב לך", מפני שהלה ישיב לו: "אני צריך כסף עכשו, ואיני יכול להמתין עד יום השוק"²⁴. גם אם השומר בא לתת את הנכס ביום השוק, אם יש לבעל הנכס נכס אחר (השלישי למנייננו!) כזה שבכוונתו למכור היום, לא יוכל השומר לתת לו נכס אחר כזה כפירעון, שכן לא יצליח בעל הנכס למכור היום את שניהם, את זה שרכש בעצמו ואת זה שהשומר מבקש לתת לו, ונמצא שהנכס שהשומר בא לתת לו אינו שווה עבור בעל הנכס כמחיר הגבוה של יום השוק²⁵. בעייה מתעוררת לגבי מקרה שהנכס ניזוק ביום השוק, אלא שבאותו יום שניזוק, היה לבעל הנכס נכס אחר מאותו סוג, ואותו לא הצליח למכור. לכאורה, יוכל השומר לטעון: "גם אילו לא הזקתי לנכס, לא היית מצליח למכור, כשם שלא הצלחת למכור את הנכס האחר; ומאחר שלא היית מצליח למכור, הוא לא היה שווה עבורך כמחיר הגבוה של יום השוק, ולכן די אם אשלם את המחיר הנמוך". יש אומרים, שבאמת, מכוח טענה זו, יצטרך השומר לשלם רק את המחיר הנמוך²⁶. אולם אחרים אומרים, שלא יוכל לשלם כמחיר הנמוך, מפני שסוף כל סוף, באופן אובייקטיבי, בשעת הנוזק, הנכס היה שווה כמחיר הגבוה, אלא שאדם זה לא הצליח למכור אז, אבל הוא יוכל למכור ביום

¹⁷ רא"ש, טור, ורמ"א – שם; הרשב"א, המובא במגיד משנה, הלכות שכירות, ג, ג; מאירי, ב"מ צט ע"ב; ראב"ד, בחידושי הריטב"א הישנים ובשיטה מקובצת שם; שו"ת מנחת שי (גרינברג), חו"מ, סימן א (ד"ה ונחזור).

¹⁸ פרישה, חו"מ, שד, ה; ביאור הגר"א, חו"מ, שד, ס"ק י.

¹⁹ פרישה שם.

²⁰ פרישה שם.

²¹ רא"ש, טור, רמ"א – שם; חידושי הר"ן, ב"מ צט ע"ב, בשם הראב"ד; נימוקי יוסף, ב"מ נו ע"א (בדפי הרי"ף), בשם הראב"ד ו"האחרונים"; "מפרשים" המובאים במגיד משנה, הלכות שכירות, ג, ג.

²² רא"ש, טור, מאירי, רמ"א – שם; ראב"ד המובא בחידושי הריטב"א הישנים ובשיטה מקובצת שם; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ שם; תוספות הרא"ש, ב"מ שם; תוספות רבנו פרץ, ב"מ שם. סמ"ע, ס"ק ט, כותב שהדין כך גם אם עבר בינתיים יום השוק. כך כתב גם ב"ח, חו"מ, שד, ה.

²³ רא"ש, תוספות הרא"ש, תוספות רבנו פרץ, ריטב"א החדשים, מאירי, טור, רמ"א – שם; ראב"ד המובא בריטב"א הישנים ובשיטה מקובצת שם.

²⁴ רא"ש ותוספות הרא"ש וטור שם.

²⁵ מאירי, רא"ש, טור (הובא בשו"ת ברך יצחק, חו"מ, סימן כג), ורמ"א – שם; ראב"ד בחידושי הריטב"א הישנים ובשיטה מקובצת שם; נימוקי יוסף שם, לפי הגהת חידושי אנשי שם.

²⁶ "יש אומרים", שהובאו ברא"ש ובטור שם; ספר מישורים, נתיב לא, חלק ב, בסופו, בשם הראב"ד. הטור מייחס דעה זו גם לרמב"ם.

השוק הבא²⁷. יש מי שאומר, שאמת היא שבמקרה זה לא יוכל לשלם כמחיר הנמוך, אבל הוא יוכל לתת נכס כזה במקום זאת, גם באותם שני מקרים שאמרנו לגביהם שבדרך כלל אין השומר יכול לתת נכס חליפי: המחזיר ביום רגיל, והמחזיר ביום השוק כשיש לבעל הנכס נכס אחר כזה למכירה. טעמו הוא, שמה שאמרנו שבשני המקרים ההם אינו יכול לתת נכס אחר כזה, הוא מכוח טענת בעל הנכס: "איני רוצה לחכות עד יום השוק (או עד יום השוק הבא) כדי למכור במחיר הגבוה, מפני שאני צריך את הכסף עכשיו". אבל כאן, שראינו שלא היה מצליח בעל הנכס למכור את הנכס שניזוק, כך שבלאו הכי היה נאלץ להמתין עד יום השוק הבא, ממילא נופלת טענתו "איני רוצה להמתין"²⁸. אבל אחרים חלקו עליו, בנימוק שבכל זאת, חייב השומר לבעל הנכס כסף כמחיר הגבוה, ואם כן אינו יכול לתת נכס חליפי בזמן שעבור בעל הנכס הוא שווה כמחיר הנמוך²⁹. זאת ועוד: אין שום הוכחה שבעל הנכס לא היה מצליח למכור את הנכס שניזוק, שהרי הוא יכול לטעון: "אילו לא הזקת לנכס, והיו בידי שניים כאלו אז ביום השוק, הייתי מתאמץ למכור לפחות אחד מהשניים, מפני שידעתי שאם יישארו שניים, לא אוכל למכור את שניהם ביום השוק הבא, והייתי מצליח למכור אחד ומשיג את המחיר הגבוה, ומאחר שלמעשה היה לי רק אחד, לא התאמצתי, מפני שידעתי שאוכל למכור ביום השוק הבא, ולכן לא הצלחתי למכור"³⁰.

השיטה השנייה היא של רש"י³¹. לפי שיטה זו, אין הבדל בין שהנכס ניזוק ביום השוק לבין שניזוק ביום רגיל, או בין שהשומר מחזיר את הנכס ביום השוק לבין שמחזיר ביום רגיל³². הקובע הוא האם עבר יום שוק בין יום הנזק לבין יום ההחזרה. אם לא עבר בינתיים יום השוק, יוכל לתת לו נכס אחר מאותו סוג, מפני שבכך חוזר המצב לקדמותו, כאילו דבר לא השתנה, ויוכל להמתין עד יום השוק, ולמכור את הנכס, ולקבל את המחיר הגבוה³³. אם עבר בינתיים יום השוק, יצטרך לשלם כסף כמחיר הגבוה, ולא יוכל לתת נכס מאותו סוג, מפני שבעל הנכס יטען כלפיו: "אילו לא ניזוק הנכס, הייתי מוכר ביום השוק ומקבל את המחיר הגבוה, ומחמתך הפסדתי זאת, ולכן אתה חייב לי כסף כמחיר הגבוה, ואינך יכול לתת לי עכשו נכס כזה, השווה עכשו כמחיר הנמוך"³⁴; ואינך יכול לדרוש ממני להמתין עד יום

²⁷ רא"ש שם (הובא בספר מישרים שם), וטור שם; הראב"ד המובא בחידושי הריטב"א הישנים ובשיטה מקובצת שם. מן הנימוק של הרא"ש, הסיק מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן א, שאם לא יהיה יום שוק אחר, באמת יוכל לשלם כמחיר הנמוך, מפני שכאן אין מקום לטענה הזאת.*

²⁸ פרישה שם, וסמ"ע, ס"ק יג (לגבי המחזיר ביום השוק כשיש לו כבר נכס כזה), ס"ק ט וס"ק יב (לגבי המחזיר ביום רגיל).*

²⁹ ט"ז, חו"מ, שד, ה. רח"א מילר הסביר שגם אם מחזיר ביום השוק כשיש לו כבר נכס אחר כזה, לא יוכל לתת נכס כזה, מפני שעכשו זה לא שווה כמחיר הגבוה, ואילו בעת הנזק, שוויו האובייקטיבי היה כמחיר הגבוה כיוון שהיה יכול למכרו באחד מימי השוק הבאים.

³⁰ ש"ך, חו"מ, שד, ס"ק ב, כמוסבר על ידי רח"א מילר.

³¹ רש"י, ב"מ צט ע"ב (כמוסבר בב"ח על הטור שם). כמותו סוברים: תוספות, ב"מ שם (ד"ה אהדרו); פסקי הרי"ד, ב"מ שם; אור זרוע, ב"מ, סימן שכא; קצות החושן, שד, ס"ק א, בדעת מלחמות ה', ב"מ כד ע"ב, בדפי הרי"ף (שכתב שגם אם משלם ביום אחר, משלם כערך יום השוק, וזה שלא כרמב"ם, ומשמע שזה גם אם לא נשבר ביום השוק, וזה שלא כרא"ש).*

³² ב"ח, חו"מ, שד, ה; שו"ת שי למורא, סימן לח.

³³ רש"י שם (ד"ה אהדרו), כמוסבר במגיד משנה, הלכות שכירות, ג, ג; תוספות שם; ב"ח שם.*

³⁴ רש"י שם (ד"ה מהדרו), כמוסבר בב"ח שם; תוספות שם. חזון איש, ב"ק, סימן ת, ס"ק יד, כותב שכדין עבר יום השוק בינתיים, כך דין ניזוק הנכס ביום השוק.

השוק הבא ולמכרו אז, ולקבל תמורתו את המחיר הגבוה, משום שאני רוצה את הכסף עכשיו³⁵. אבל אם היה לו נכס אחר כזה ביום השוק שעבר בינתיים, ולא הצליח למכרו, יוכל לתת לו נכס אחר כפירעון, מפני שבכך נפלה טענת בעל הנכס: "הייתי יכול למכרו בינתיים במחיר הגבוה", שכן ראינו שלא הצליח למכרו³⁶. מכל מקום, בשום מקרה לא יוכל השומר לשלם כמחיר הנמוך – גם אם ניזוק הנכס ביום רגיל, שאינו יום השוק, שאז שוויו היה כמחיר הנמוך, ולפי העיקרון "כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה" היה הדין צריך להיות שחייב כמחיר הנמוך בלבד. הסיבה שאין אומרים כך היא, שהיה ידוע מראש שיהיה אחר כך יום השוק, שאז מחירו יתייקר, ונמצא, שביום ששבר את הנכס, גרם לו נזק בערך של המחיר הגבוה, וזהו "גרמי" (סוג הנזק הנגרם שחייבים עליו), כיוון שהנזק היה צפוי, ולכן הוא חייב לשלם על נזק זה³⁷. לאידך גיסא, ראינו שהשומר יוכל לפרוע את חובו על ידי נתינת נכס אחר כזה (אם לא עבר יום השוק בינתיים) אפילו ביום רגיל, ואין אומרים שמאחר שגרם נזק כמחיר הגבוה, לא יוכל לתת נכס כזה ביום שהוא שווה כמחיר הנמוך. הסיבה לכך היא, שמצד אחד, ערכו העצמי של הנכס הוא ערכו ביום השוק, שהרי יום השוק הוא מוסד קבוע, שבו מתאספים סוחרים, ומחירו אז הוא מחירו הקובע, כשם שמחירו של נכס נקבע לפי מחירו בעת שהחנויות פתוחות ולא לפי מחירו בעת שהחנויות סגורות, שאז אין קונים. מצד שני, יש גם ערך נמוך לנכס, ערכו בשאר ימים, מפני שלעיתים אין הקונה יכול להמתין ליום השוק. משום כך, יוכל לשלם על ידי נתינת נכס כזה, גם ביום רגיל, מפני שערכו העצמי הוא המחיר הגבוה, מה גם שהנזק לא היה בהכרח נזק של המחיר הגבוה, כיוון שיש גם ערך נמוך לנכס. רק אם עבר בינתיים יום השוק, לא יוכל לפרוע על ידי נתינת נכס כזה, מפני שברגע שעבר יום השוק, נקבע שהנזק שלו היה כמחיר הגבוה, שהרי הפסיד את האפשרות למכור את הנכס ולקבל כמחיר הגבוה, ולכן אינו יכול לתת נכס כזה, שיש לו גם מחיר נמוך³⁸.

השיטה השלישית היא שיטת הרמב"ם³⁹. לדעתו, הקובע הוא תאריך ההחזרה. אם השומר מחזיר ביום השוק, עליו לשלם כסף כמחיר הגבוה, ערכו ביום ההחזרה; ואם הוא מחזיר ביום רגיל, ישלם כסף כמחיר הנמוך, ערכו ביום ההחזרה⁴⁰. נקודת המוצא להבחנה זו היא, שהשומר יכול להחזיר נכס כזה בכל מקרה, שכן הוא מחזיר לו את מה שהזיק משלו⁴¹. לכן, אם הוא בא לפרוע ביום השוק, שאז אילו בא לתת נכס כזה, היה נותן דבר שערכו כמחיר הגבוה, הרי גם כשבא לפרוע כסף, יתן כמחיר הגבוה. לעומת זאת, אם הוא בא לפרוע ביום רגיל, שאז אילו בא לתת נכס חליפי, היה נותן דבר שערכו כמחיר הנמוך, גם כסף יפרע כמחיר הנמוך⁴². כשהוא פורע ביום השוק, אינו יכול לדרוש מבעל הנכס לקבל כסף כמחיר הנמוך ולהמתין

³⁵ שי למורא שם. והוא כותב, שרש"י מסכים שאם תבע בעל הנכס את השומר רק אחרי יום השוק הראשון, אם הוא מחזיר ביום השוק הבא, יוכל להחזיר נכס אחר מסוג זה, משום שעכשו זה שוב במחיר הגבוה, כלומר, שאינו צריך להמתין, אלא יוכל למכרו מיד במחיר הגבוה.

³⁶ רש"י שם (ד"ה אבל), כמוסבר בב"ח שם ובשי למורא שם; תוספות שם*.

³⁷ קצות החושן, שד, ס"ק א (הובא בשו"ת אבן שתייה, סימן עט, ובשו"ת ציוני, חלק ב, סימן יז).

³⁸ חזון איש, ב"ק, סימן ח, ס"ק יד.

³⁹ רמב"ם, הלכות שכירות, ג, ג*.

⁴⁰ רמב"ם שם; פסקי הרי"א ז, ב"מ, פרק ו, הלכה ה, אות ו; שו"ע, חו"מ, שד, ה.

⁴¹ ביאור הגר"א, חו"מ, שד, ס"ק י; חזון איש שם. אבל המהדיר לפסקי הרי"א ז שם, הערה 83, לומד מלשון הרי"א ז שבשאר ימים לא יוכל להחזיר נכס כזה.

⁴² מגיד משנה, על הרמב"ם שם; מאירי, ב"מ שם, בדעת הרמב"ם*.

עד למחרת ולקנות בו נכס כזה, מפני שהלה ישיב לו שהוא צריך את הנכס היום⁴³. אלא שאם יש לו נכס אחר כזה ביום הפירעון, יוכל לשלם לו כסף כמחיר הנמוך, גם אם הוא פורע ביום השוק⁴⁴, שהרי אם יתן לו נכס כזה היום, ערכו עבורו הוא רק כמחיר הנמוך, מפני שלא יוכל למכרו היום (משום שהנכס שכבר יש לו מספק את כל הביקוש – בהנחה שזה אמנם במצב), ויוכל למכרו רק למחרת, במחיר הנמוך⁴⁵. כאן השומר טוען כלפיו, שיטול כסף כמחיר הנמוך, ויקנה בו נכס כזה למחרת, ולא יוכל הלה להשיב לו שהוא צריך את הנכס היום, שהרי גם אם יהיה לו נכס כזה היום לא יוכל למכרו⁴⁶. הדין שהשומר יכול לפרוע ביום רגיל כסף כמחיר הנמוך, אמור גם במקרה שהנכס ניזוק ביום השוק⁴⁷. אף על פי ש"כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה", ובשעת הנזק היה הנכס שווה כמחיר הגבוה, יוכל השומר לטעון: "בכסף שאני נותן לך, תוכל לקנות היום נכס כזה ולמכרו ביום השוק כמחיר הגבוה שאני חייב לך"⁴⁸. ואף על פי שהיה יכול להרוויח ולהשיג את המחיר הגבוה ביום השוק, הרי מה שהשומר מנע ממנו זאת הוא בגדר מניעת רווח, שאין חייבים עליה⁴⁹. מאידך גיסא, הדין שהפורע ביום השוק משלם כמחיר הגבוה אמור גם אם ניזוק הנכס ביום רגיל⁵⁰, ואילו היינו הולכים לפי העיקרון "משלמים כשעת הגזלה", היינו מחייבים אותו לשלם רק כמחיר הנמוך. הסיבה לזה היא, שגם ביום רגיל, הערך העצמי של הנכס הוא כמחיר הגבוה, מפני שעל פי רוב מוכרים אותו דווקא ביום השוק⁵¹.

השולחן ערוך⁵² פסק כרמב"ם, ואילו הרמ"א⁵³ פסק כרא"ש.

(ג) נזק בשלבים

בעייה אחרת של קביעת שיעור התשלום של השומר עקב השתנות המחיר היא, כאשר אירע לנכס נזק שהשומר אינו אחראי עליו, ולאחר מכן ניזוק יותר או אבד כליל, באופן שהשומר נושא באחריות לנזק או לאבדן הסופיים. האם יחויב השומר על הנזק הסופי, לפי מחיר הנכס כפי שקיבל אותו בתחילת השמירה, כאילו לא קרה בינתיים דבר; או שמא די אם ישלם לפי המחיר הנמוך שהיה לנכס לאחר הנזק הראשוני, מפני שעל ירידת ערך הנכס מתחילת השמירה ועד הנזק הראשוני, אין לחייב אותו? בעניין זה יש להבחין בין כשהפטר על הנזק הראשוני היה הפטר מוחלט, לבין כשהפטר היה מותנה. אם הפטר השומר על הנזק הראשוני היה הפטר מוחלט, הוא ישלם על הנזק הסופי רק לפי הערך הנמוך שהיה לנכס לאחר הנזק

⁴³ חזון איש שם, ס"ק יד.

⁴⁴ רמב"ם ושו"ע שם, לפי הסבר מגיד משנה ומאירי שם, וט"ז, חו"מ, שד, ה; דרישה על טור שם; הגהות הגר"א על הרא"ש שם, בדעת הרמב"ם והרי"ף. ראה הערה 26, שהטור הבין בצורה אחרת את הרמב"ם.

⁴⁵ לחם משנה, ואבן האזל, על הרמב"ם, שם.

⁴⁶ חזון איש, שם.

⁴⁷ מאירי שם, בדעת הרמב"ם והרי"ף; מגיד משנה, אור שמח, אבן האזל, ומרכבת המשנה, על הרמב"ם שם; חזון איש – שם; שו"ת דבר אליהו, סימן יט.

⁴⁸ מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן א (הובא במשמרת שלום, ר, ס"ק יב), בשם חידושי רבנו יונה, בכתב יד (שהוא עצמו פוסק כך); מרכבת המשנה, אבן האזל, חזון איש – שם.

⁴⁹ אבן האזל שם.

⁵⁰ קצות החושן, שד, ס"ק א.

⁵¹ אבן האזל שם. רח"א מילר העיר שאפשר להסביר זאת גם על פי הסבר הסמ"ע, במילואים להערה 48, שכאן אינו גולן, ולכן לא חל הכלל "כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה".

⁵² שו"ע, חו"מ, שד, ה.

⁵³ רמ"א, חו"מ, שד, ה. שו"ת תועפות ראם (טויבש), חו"מ, סימן לב, כותב שאין הלכה כרמב"ם.

הראשוני. דוגמה לכך היא כשהזוק הנכס בתחילה בהיזק שאינו ניכר, שלפי דעה אחת שראינו לעיל⁵⁴ הוא הפטר מוחלט, כלומר, שהשומר פטור גם בלי שהוא מחזיר את הנכס (חסר הערך) לאחר מכן. לפי דעה זו, אם אבד הנכס אחר כך בפשיעתו, השומר ישלם על האבדן רק לפי הערך שהיה לנכס לאחר ההיזק שאינו ניכר; ואם הנכס היה חסר ערך לגמרי מחמת ההיזק שאינו ניכר, הוא יופטר לגמרי על האבדן⁵⁵.

לעומת זאת, אם הפטר השומר על הנזק הראשוני לא היה הפטר מוחלט, אלא היה מותנה בהחזרת הנכס לבעליו, ואחר כך אירע נזק נוסף שעליו חייב השומר, ישלם השומר לפי הערך המקורי של הנכס. דוגמה לכך היא של בהמה שרוחה, או נפצעה, כך שמחירה ירד באופן זמני מפני שאינה יכולה לעבוד, אבל עתידה לחזור לקדמותה; ולאחר מכן מתה הבהמה (מדובר בשואל, שחייב על מיתת הבהמה על אף שהיא אוגס), לפני שהספיקה לחזור לקדמותה. נפסק, שהשומר יחויב לשלם על הנכס לפי המחיר הראשוני שלו, על אף שבשעת מיתתה היה ערכה נמוך מזה⁵⁶. טעם הדבר הוא, שהפטר שומר בנזק זמני מבוסס רק על כך שהוא ישיב את הנכס לבעליו, ויטען: "אני מחזיר לך את הנכס בלי שאירע בו שינוי מהותי", מפני שזנז זמני אינו קרוי שינוי מהותי בנכס. לעומת זאת, כאן, שבסופו של דבר אירע שינוי מהותי בנכס, אינו יכול להשיבו לבעליו, ולכן הוא חייב לשלם במקום השבת הנכס, וכך מתבטאים הנזק הראשוני והסופי בתשלום⁵⁷.

(ד) שינוי המחיר ממקום למקום

עד כאן עסקנו בהשתנות מחיר נכס בזמנים שונים. אותה בעייה קיימת כאשר לנכס מסוים יש מחירים שונים במקומות שונים: לפי איזה מחיר ישלם השומר? נפסק, שעל השומר לשלם לפי מחיר הנכס במקום שאבד או ניוזק⁵⁸. דין זה דומה למה שראינו לגבי מקרה של התייקרות והרזקה, שהקובע הוא המחיר בזמן הנזק, וגם למה שראינו לגבי נכס היקר יותר ביום השוק, שהקובע הוא שעת הנזק. אלא שלגבי המקרה האחרון, ראינו דעה האומרת ששעת הפירעון היא הקובעת, ולדעה זו, גם כאן, יקבע המחיר שבמקום הפירעון⁵⁹.

2. נכס שניתן לחשב את מחירו בדרכים שונות

שומת ערכו של הנכס נעשית לפי הסכום שניתן לקבל תמורתו בשוק, בלי להמתין, אף על פי שאם נמתין עד שייגיע אדם שצריך לקנות נכס כזה, יתקבל סכום גבוה יותר⁶⁰.

⁵⁴ בסעיף 2(א), פרק ה, 3.

⁵⁵ בסעיף 2(א), ליד ציון הערה 437, הבאנו דעה שמאחר ששומר פטור בנזק שאינו ניכר הפטר מוחלט, גם בלי להחזיר את הנכס ולטעון "הרי שלך לפניך" (זו דעתם – עיין שם), הוא פטור גם אם אבד הנכס אחר כך בפשיעתו.

⁵⁶ טור, חו"מ, שמ, ד; שו"ע, חו"מ, שמ, ב.

⁵⁷ קצות החושן, שמ, ס"ק ב (הובא בחזון איש, ב"ק, סימן יג, ס"ק ו, ובשו"ת כרם שלמה, קוטלר, חלק ג, סימן פא, עמ' קמט); ביאור הגר"א, חו"מ, שמ, ס"ק י (כמוסבר על ידי רח"א מילר); שער המלך, על הרמב"ם, הלכות חובל ומזיק, ז, ג (בקיצור).

⁵⁸ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תתקלה, הובא בשו"ת מוצל מאש, חלק א, סימן כו, ובחידושי ר"ע איגר, חו"מ, רצא, טז. מדובר שם בשומר שתפקידו היה להוליך את הנכס ממקום למקום, והדין שם הוא על מקרה שיש ספק איפה ניוזק הפיקדון.

⁵⁹ דברי רח"א מילר.

⁶⁰ שו"ת רועי ישראל, חלק א, סימן כא, במסקנתו.

נכס שערכו העצמי נמוך, אלא שניתן למכרו ולקבל תמורתו כסף מעבר לערכו העצמי, מחמת התועלת והצורך בנכס זה, שומר ישלם על אבדנו את כל מחירו בשוק. דוגמה לכך: כוס שיש בו סגולה לרפואה, ומשום כך מחירו גבוה ממחיר כוס רגיל. שומר כוס כזה, שהיה אחראי לאבדנו, ישלם לפי ערכו לסגולה⁶¹.

מצב נוסף שמחייבים בו את השומר לשלם לפי המחיר הגבוה שניתן להשיג בעד הנכס, על אף שמחירו היסודי נמוך יותר הוא, כשניתן לחלק את הנכס לחלקים, ולמכור כל חלק בנפרד, כך שסך כל התמורה שתתקבל בעד כל החלקים, הוא מעל למחיר הנכס כשנמכר כיחידה אחת. דוגמה לכך: חבית יין, שמוכרים ממנה כמויות קטנות של יין לצרכנים פרטיים. אם ניזוק נכס כזה באופן שהשומר אחראי לנזק, השומר יחויב לשלם לפי המחיר הגבוה של סך כל החלקים⁶². אך מאחר שהחישוב מבוסס על כך שבעל הנכס היה יכול למכור בחלקים, למעשה לא יצטרך השומר לשלם את כל המחיר הזה. במכירת נכס בחלקים כרוכות הוצאות נוספות שאינן קיימות במכירה בבת אחת. בדוגמה דלעיל – צריך לשלם למי שיעשה חור בחבית היין ויתקין בו ברוז כדי שיהיה אפשר לחלקו לקונים בכמויות קטנות; צריך לשלם למי שיעשה לו פרסומת, למשוך אנשים רבים לקנות⁶³; יש להתחשב בכך שבעל הנכס יצטרך להשקיע זמן רב בהמתנה לקונים, זמן שהיה יכול לעשות בו מלאכה ולהרוויח⁶⁴; ערך החבית עצמה יורד משום שיש בה חור⁶⁵. לפיכך יש לנכות מתשלום השומר את ההוצאות האלה, אם אמנם ניזוק הנכס אצלו לפני שבעל הנכס השקיע במכירתו הוצאות אלה.

על פי אותו עיקרון, אם חנווני קונה סחורה בזול משום שהוא קונה הרבה, ומוכר ביוקר משום שהוא מוכר להרבה אנשים, שומר סחורה של החנווני ישלם לפי המחיר הגבוה, שהחנווני מוכר בו, משום שזה מחירה בשוק⁶⁶.

כך נקבע גם בפסיקה הישראלית. בית משפט מחוזי דן במי שקנה נכס, והתכוון למכרו במסעדה שלו במחיר גבוה יותר, אך שומר הנכס התרשל בשמירתו, והנכס אבד. בית המשפט חייב את השומר לשלם לפי הערך שהיה יכול בעל הנכס למכור אותו בו במסעדה שלו, כיוון שהוא תכנן לעשות כן, אף על פי שמחיר זה היה גבוה בעשרים אחוזים יותר מהמחיר שבו קנה אותו⁶⁷.

עניין דומה הוא בנכס יקר, המיועד למטרה מסוימת, שאפשר להשיג אותה גם בנכס פחות יקר. כאן, חייב השומר לשלם את מחיר הנכס בשוק, אף על פי שאפשר להשיג את ייעוד

⁶¹ שו"ת אבקת רוכל, סימן קס, כמוסבר במנחת פיתים, שיירי מנחה, חו"מ, סימן שמ. הוא דן במקרה שאין ידוע מה ערך הכוס, ואין ידוע האם אמנם יש בו סגולה.*

⁶² קצות החושן, שד, ס"ק ב; רי"ש נתנון, בהסכמתו לספר דברי גאונים (הובא בשו"ת הליכות ישראל, סימן סא).*

⁶³ ב"מ צט ע"ב, על פי רש"י שם (ד"ה ודמי וד"ה ברוזנייתא); טור, חו"מ, שד, ה; שו"ע, חו"מ, שד, ה. הם אומרים זאת לגבי המקרה בפסקה 1 (ב), של נכס שמחירו משתנה מיום השוק ליום רגיל; אבל הדברים אינם קשורים לעניין ההוא דווקא, והם נכונים לגבי כל נכס הנמכר לחלקים.*

⁶⁴ ב"מ צט ע"ב, על פי רש"י שם (ד"ה אבל), הובא בקצות החושן שם. הראשונים בב"מ שם נוקטים סגנונות שונים לגבי מהות הניכויים, אך אין נראה שיש מחלוקת ביניהם בשאלה מה מנכים, אף על פי שחלקם אינם מזכירים דמי הכרזה וכדומה.

⁶⁵ סמ"ע, שד, ס"ק יא.

⁶⁶ ערך ש"י, חו"מ, שמ, א. וראה במילואים להערה 48.*

⁶⁷ ע"א 46/75 מדינת ישראל נ' שמואל לבנשטיין ואח', פ"ד ל(1) 716, 724-725, הביא את פסק בית המשפט המחוזי בבאר שבע, תי"א 162/73 (לא פורסם), ולא חלק עליו.*

הנכס גם בנכס מסוג זול יותר. דוגמה לכך היא בתשמישי מצווה. אפשר לקיים את מצוות תפילין, לדוגמה, בתפילין יקרות, "מהדרות", ואפשר לקיימה בתפילין פשוטות, זולות. אף על פי כן, השומר תפילין יקרות, ואבדו, חייב לשלם כערבון בשוק. אין השומר יכול לטעון: "אתן לך מחיר של תפילין זולות, מפני שתוכל לקנות תפילין זולות לצורך קיום המצווה", משום שבעל הנכס היה יכול למכור את התפילין ולקבל מחיר גבוה, וזה מראה שכל מחיר זה שייך ל⁶⁸.

שאלה דומה מתעוררת בנכס שהוא יקר במיוחד עבור אדם אחד, ואילו עבור שאר אנשים אינו כל כך יקר. דוגמה לכך היא טבעת שחרוט עליה שם בעליה, ובעליה שילם יותר עבור החריטה. נפסק, ששומר טבעת זו חייב לשלם את כל מחיר הטבעת, כולל את דמי החריטה, אף על פי ששווי נוסף זה הוא בעל ערך רק בעיני בעליה⁶⁹.

על מקרה מעניין דן הנצי"ב מוולוז'ין: אדם קיבל אתרוגים לשמירה לפני בדיקתם, ואבדו לפני סוכות. מצד אחד, יש מקום לחייב את השומר לשלם לפי ערך אתרוגים מהודרים, משום שאפשר שהאתרוגים שאבדו היו מהודרים; אך מצד שני, יש מקום לפטור את השומר לגמרי, משום שאפשר שהאתרוגים שאבדו היו פסולים וחסרי ערך. הוא פוסק, שהשומר ישלם לפי מחיר אתרוגים "סתומים", כלומר, המחיר שאדם מוכן לשלם עבור אתרוג שאינו יודע אם הוא מהודר או פסול. נימוקו הוא, שזה מחיר האתרוגים הללו בשוק, מחיר הלוקח בחשבון גם את הסיכויים שהאתרוגים יהיו מהודרים, וגם את הסיכויים שיהיו פסולים⁷⁰.

3. נכס שאבדנו גורם הפסד הגבוה ממחירו או הנמוך ממנו

בעייה קרובה לאלה שטיפלנו בהן לעיל, היא במקרה שמחיר הנכס מוגדר, אלא שההפסד שנגרם לבעל הנכס כתוצאה מאבדן הנכס אינו שווה למחיר הנכס, אלא גבוה ממנו או נמוך ממנו. מקרים רבים מסוג זה נידונו בפוסקים.

אדם קנה יהלום בזול, והפקיד אותו לשמירה אצל חברו; ואבד היהלום באופן שהאחריות מוטלת על השומר. בעל היהלום הפסיד בכך רק את הסכום ששילם עליו, שהוא נמוך משווי האמיתי. אף על פי כן נפסק, שהשומר חייב לשלם את המחיר האמיתי של היהלום⁷¹.

נכס של ראובן היה ברשות שמעון, מסיבה כלשהי. שמעון הפקיד את הנכס אצל לוי לשמירה, והנכס אבד באופן שהשומר, לוי, נושא באחריות כלפי שמעון. אבל ראובן, בעל הנכס, אינו דורש משמעון תשלום על כל ערך הנכס; הוא מוכן לוותר לו, ולהסתפק בתשלום חלקי. נמצא ששמעון, אשר לוי אחראי כלפיו, הפסיד באבדן הנכס הפסד הנמוך מערך הנכס. יש מי שפוסק, שלמרות זאת, לוי חייב לשלם לשמעון את כל ערך הנכס⁷². אבל יש מי שפוסק

⁶⁸ שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן מז; רש"צ וייגר, אהל יצחק (סטמר), חוב' ז (ניסן תרס"ח), סימן יד; פתחי שערים, ב"מ צד ע"ב.

⁶⁹ דין אמת, תשובות, סימן יג, השני (דף יב ע"ג).

⁷⁰ שו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן יח. על מקרה שאבדו האתרוגים אחרי סוכות, שאז היו חסרי ערך, ראה סעיף 2(א), הערה 423; וראה סעיף 6, הערה 97, על מקרה שהשומר עיכב את האתרוגים אצלו ומנע בכך אפשרות למכרם, עד אחרי סוכות. לעיקרון שמשלם לפי המחיר בשוק ראה ליד ציוני הערות 60, 61, 66, 68, 90, 91, 92.

⁷¹ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צו (ד"ה נמצא). גם שו"ת משכן בצלאל, סימן קיט, אות כג, ור' אברהם דוב לוי, בדברי משפט, חלק א, עמ' שכב, כתבו שמשלם לפי ערך הנכס גם אם בעל הנכס קנה אותו בזול, או קיבלו במתנה.

⁷² שער משפט, עב, ס"ק יב, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, עב, ס"ק יא, בשו"ת כרם חמר, חלק א, סימן עה, ובשו"ת אבן שוהם, חו"מ, סימן פו.

להיפך, שעליו לשלם לו רק את מה שהפסיד⁷³. למעשה, שאלה זו תלויה בשאלה הכללית בדיני ממונות, העולה בין היתר בדיני נזיקין ובדיני גילה, בדבר היקף האחריות בגין אבדן נכס ששימש לבעליו רק למטרה מסוימת, כך שערכו עבורו היה נמוך מערכו העצמי. שאלה זו שנויה במחלוקת גם בתחומים האחרים, וגם בתחום אחריות שומר, כפי שאנו רואים כאן. מי ששואל נכס לזמן קצוב, ואבד הנכס או ניזוק לפני תום הזמן, כאשר הוא משלם על הנזק, הוא מנכה את ערך השימוש שהיה יכול להשתמש עדיין בנכס. זאת משום שאבדן הנכס לא גרם לבעליו הפסד השווה לכל ערכו העצמי של הנכס, מכיוון שהנכס לא היה שייך לגמרי לבעליו, אלא אחוז מסוים ממנו היה שייך לשואל עקב זכות ההשתמשות שהובטחה לו, ותשלומי הנזק מתייחסים רק למה שהיה שייך לבעל הנכס⁷⁴.

אדם מסר נכס שלו לחברו לשמור עליו, ונוסף על כך ביטח את הנכס אצל חברת ביטוח. בסופו של דבר אבד הנכס באופן שהשומר נושא באחריות לאבדן. אך השומר טוען, שמאחר שבעל הנכס יקבל מחברת הביטוח שיפוי עבור הנכס, נמצא שלא הפסיד מאבדן הנכס, ואין להטיל עליו (על השומר) לשלם על האבדן. אף על פי כן נפסק, שהשומר חייב לשלם⁷⁵. אין זה עניינו של השומר אם בעל הנכס מקבל שיפוי מצד שלישי, כיוון שיפוי זה בא לבעל הנכס משום שהשקיע בתשלום פרמיות לחברת הביטוח, ובוהו הוא כאילו קנה לעצמו נכס חדש, בנפרד מהנכס שניזוק, ואין בכך כדי לפטור את השומר מאחריותו⁷⁶.

במקרים שראינו עד כאן, ההפסד של בעל הנכס מאבדן הנכס היה נמוך מערכו העצמי. כעת נעסוק במקרים הפוכים: שהוא הפסיד יותר מערכו העצמי של הנכס, והשאלה היא האם יש לחייב את השומר על תוספת זו. דוגמה לכך היא מקרה שמי שהפקיד את הנכס אצל השומר אינו בעל הנכס, אלא הנכס היה ברשותו מטעם אדם אחר שהוא בעל הנכס (בדומה למקרה בראובן ושמעון דלעיל); וכאשר אבד הנכס, דורש בעל הנכס מן המפקיד באיומים סכום גבוה מעל מחיר הנכס, כפיצוי, והמפקיד נאלץ לשלם לו כדרישתו. כאן נפסק, שהשומר לא יחויב לשלם למפקיד את כל מה שהפסיד כתוצאה מאבדן הנכס, אלא די שישלם את מחיר הנכס שעליו קיבל אחריות שמירה⁷⁷. אין להטיל עליו אחריות על מה שאדם אחר נהג שלא כשורה, כיוון שלא גרם זאת בכוונה, אלא הנכס ניזוק או אבד מעצמו, וכתוצאה מזה סחט בעל הנכס סכומים מן המפקיד⁷⁸. אבל אם הודיע המפקיד לשומר (או שהשומר ידע מעצמו) מתחילה, שבעל הנכס הוא אדם אלים העלול לנקוט בסחטנות כזאת, חייב השומר לפצותו על כל הפסדו⁷⁹, מפני שמן הסתם ההפקדה נעשתה על דעת שיצטרך לשלם לו על הפסדים

⁷³ שו"ת מהר"ם מינץ, סימן נט, הובא בחידושי ר"ע איגר, חו"מ, רצא, א.

⁷⁴ נתיבות המשפט, שמא, ס"ק יא (וברמז, בסימן שז, ס"ק ג).

⁷⁵ אור שמח, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ז, א; שו"ת מנחת יצחק, חלק ג, סימן קכו, ס"ק ה; שו"ת משנה הלכות, חלק ב, סימן י.

⁷⁶ אור שמח ומשנה הלכות, שם.

⁷⁷ הגהות מרדכי, ב"ק, סימן רז, הובא בבית יוסף, חו"מ, עב, מחודש יג, ובתשובות גאוני בתראי, סימן נט; שו"ת בנימין זאב, סימן תלו (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות מו); שו"ע, חו"מ, עב, ח (הובא באמרי בינה, דיני הלוואה, סימן עג, בשו"ת אבן שתייה, סימן עט, ובברורי הלכה, מענה שמחה, ד, תשנ"א, עמ' 17); סמ"ע, קפה, ס"ק כ; ים של שלמה, ב"ק, פרק ו, סימן לד; ערוך השולחן, חו"מ, עב, טו; שו"ת מנחת יצחק, חלק ג, סימן קכו, ס"ק ד.

⁷⁸ סמ"ע, עב, ס"ק כח.

⁷⁹ חידושי הגרשוני, חו"מ, עב, ח; ראש יוסף, חו"מ, עב, אות ל (הובא בחדש ומשפט, רצא, ס"ק ג); שו"ת

כאלו, אם יהיו⁸⁰. נמצאנו למדים, שהמשפט העברי מסכים כאן לעמדת החוק, שעמדנו עליה בפרק א, ששומר חייב לשלם לבעל הנכס מעבר לערך הנכס אם נגרם נזק נוסף לבעל הנכס, אלא שלפי המשפט העברי חיוב זה חל רק אם הסכימו על כך מראש, במפורש או מכללא. מעשה במי שקנה שור לחרישה, ושילם עבורו את כל ערכו של שור לחרישה, ומסר אותו לשומר. לאחר זמן מסוים מת השור, והתברר שזה קרה משום שלא היו לשור שיניים, ולכן לא הצליח לאכול את האוכל שנתן לו השומר, ומתוך שלא אכל, מת. השומר חייב על מיתת השור בתנאים מסוימים, שפירטנו לעיל⁸¹. אולם, כפי שראינו לעיל שם, הוא ישלם רק כערך שור העומד לשחיטה, שהוא מחיר נמוך משל שור העומד לחרישה, כיוון ששור זה אינו יכול לשמש לחרישה, שהרי אינו יכול לאכול אלא בטיפול יקר, ולא כדאי להחזיקו בחיים, אלא הוא מיועד לשחיטה. למעשה, בעל השור הפסיד מחמת רשלנות השומר יותר מערך שור לשחיטה. אילו בדק השומר את השור מבעוד מועד, כדי לראות האם הוא אוכל כראוי, היה מגלה שאין לו שיניים, ואז בעל השור היה מחזירו למי שמכרו לו, בטענת מקח טעות, והיה מקבל ממנו את כל הכסף ששילם לו, לפי מחיר של שור לחרישה. כעת שהשומר התרשל, אין הקונה יכול לתבוע מהמוכר את כל מה ששילם לו, משום שכבר עבר זמן מסוים, ואינו יכול למצוא את המוכר; וגם אם ימצא אותו, לא ישלם לו המוכר את הכול, משום שיטען כלפי הקונה שהקונה התרשל בזה שלא בדק את השור מיד, ואז היה המוכר יכול לשחטו, ואילו עכשו הריהו נבלה. אף על פי כן, אין השומר חייב על מה שנמנעה מן הקונה האפשרות לגבות עוד כסף מן המוכר, משום ששומר חייב רק על ערך הנכס, ולא על נזק נוסף שנגרם לבעל הנכס עקב אבדן הנכס⁸².

שאלה מעניינת הקרובה לתחום זה, היא בשומר זוג חפצים בודדים, כגון זוג עגילי אוזניים. כאשר שני העגילים קיימים, ערכו של כל אחד הוא מחצית מערך הזוג. אולם כאשר אחד מהם אובד, ערכו של העגיל הנותר הוא פחות מחצי ערכו של הזוג. נמצא, שאבדן העגיל האחד גורם הפסד לבעל הנכס גם ביחס לערכו של העגיל האחר. יש שפסקו, שהשומר אכן חייב לשלם גם על ההפסד הנוסף שנגרם לבעל הנכס. לדעתם, מלבד מה שחייב השומר לשלם על העגיל שאבד, הוא חייב לשלם על הנזק שנגרם לעגיל השני, שהוא מחזיר בעין, שבשעת ההפקדה היה שווה חצי מערך הזוג, ועכשו פחת ערכו, מחמת פשיעת השומר באבדן העגיל

כרם חמר, חלק א, סימן עה, הובא בפעמוני זהב, עב, ה; נתיבות המשפט, עב, ס"ק כד; אורים, עב, ס"ק לז; תשובות גאוני בתראי, סימן נט (הובא בקצות החושן, רצא, ס"ק ד).

⁸⁰ ראש יוסף וכרם חמר שם. חידושי הגרשוני ונתיבות המשפט לא נימקו כך בפירושו, אבל הם משווים זאת לערב למלווה נכרי, בעד ישראל, אשר הלווה חייב לפצות את הערב אם הפסיד מחמת עלילה שהעליל עליו הנכרי; והנימוק הניתן שם הוא שרואים כאילו התנו שיהיה חייב לפצותו – ראה חוק לישראל, ערבות, סעיף 9, פרק ו, 1. שם הובא נימוק נוסף – עיין שם*.

⁸¹ בסעיף 2(ב), פרק ב, 6, ובסעיף 4, פרק ה.

⁸² נתיבות המשפט, רלב, ס"ק ז; מעייני החכמה, ב"מ מב ע"ב, אות קיט (מפני שדבר הגורם לממון אינו כממון); אבן האזל, הלכות מכירה, טז, יא. נתיבות המשפט משווה זאת להלכה ששומר שטר פטור מפני שאין גופו ממון (סעיף 1(א)), ליד ציון הערה (279), ואף כאן, הנזק שמעבר לשווי האמיתי של השור – אין גופו ממון*.

הראשון⁸³. אולם פוסקים אחרים פסקו שדי שישלם השומר את חצי ערך הזוג⁸⁴. הנימוק לכך הוא, שכנגד השיקול הנזכר, יש מקום לשיקול הפוך: שישלם השומר רק את ערכו הנוכחי של העגיל שאבד, שהוא פחות מחצי ערך הזוג, וזאת משום שיש לשלם את העגיל האבוד, שבו פשע השומר, בפני עצמו, והרי בפני עצמו הוא שווה פחות מחצי ערך הזוג. מאחר שיש מקום לשיקולים לשני הצדדים, יש לנקוט את הדרך האמצעית, ולחייב את השומר לשלם חצי ערך הזוג, לא פחות ולא יותר⁸⁵. זאת ועוד: ירידת ערך העגיל השני הוא בגדר היזק שאינו ניכר, שהרי אין בגוף העגיל הזה נזק בעין, והרי ראינו לעיל⁸⁶ שרוב הפוסקים פוטרם שומר על היזק שאינו ניכר⁸⁷.

כעת נמנה שורה של מקרים, ששומר חויב בהם לשלם כמחיר הנכס בשוק, אף על פי שערך הנכס היה עשוי להשתנות בתנאים מסוימים, כך שאפשר שבעל הנכס הפסיד על ידי אבדן הנכס יותר ממחירו בשוק, או פחות מכך.

שומר כתובת אשה, ואבדה הכתובה בחיי הבעל, חייב השומר לשלם לאשה את הסכום שאנשים היו מוכנים לשלם לה עבור הכתובה בחיי הבעל, לסיכוי שימות הבעל תחילה, ותגבה האשה את מלוא סכום הכתובה (ותעביר את הסכום לקונה), תוך הסיכון שמא תמות האשה תחילה, ולא תקבל כלום (ואף הקונה לא יקבל כלום). השומר משלם סכום זה, משום שזה ערך הכתובה בזמן הנזק, אף על פי שאפשר שלעולם לא תגיע הכתובה לכדי גבייה⁸⁸.

כמו כן, שומר כרטיס פייס, ואבד לפני ההגרלה, משלם לפי מחירו בשוק בשעת האבדן, גם אם אחר כך התברר שהמספר הזה לא עלה בהגרלה, כך שהתברר שבעל הנכס לא הפסיד דבר מאבדן הכרטיס. זאת מפני שבעל הכרטיס יוכל לטעון שהתכוון למכרו ולא להחזיקו אצלו עד ההגרלה, וגם אם הוא היה רגיל לקנות רק לעצמו ולא למכור, יכול לטעון: "ייתכן שאילו היית דואג שלא יאבד הכרטיס, היה מזלי גורם שמספר זה יעלה בגורל"⁸⁹. מצד שני, גם אם המספר הזה עלה אחר כך בהגרלה, כך שבעל הנכס הפסיד הרבה עקב אבדן הכרטיס, השומר

⁸³ שו"ת קול אליהו (ישראל), חלק א, חו"מ, סימן יד; שו"ת הגיד מרדכי, חו"מ, סימן יט; דברי גאונים, כלל צו, סימן נח; שו"ת תועפות ראם (טויבש), חו"מ, סימן יט (הובא במשמרת שלום, קפה, ס"ק ה); ר' יוסף חיים, בשו"ת פני יצחק (אבולפיה), חלק ה, חו"מ, סימן ז; שו"ת הלכה למשה (ראם), סימן סו (על חומש אחד מסט של חמשה חומשי תורה – חייב לשלם את הסכום שיצטרך בעל הנכס לשלם כדי להשלים את הסט); שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן קא, אות ח (על חומש); ר"ש נתנון, בהסכמתו לספר דברי גאונים*.

⁸⁴ שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן סד; שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לח; שו"ת ברוך יצחק, חו"מ, סימן כג (הובא בשו"ת אהל יצחק, הכהן, חו"מ, סימן צד); ערך ש"י, חו"מ, שמד, ב, ושו"ת תשורת ש"י, סימן תרלט; ר"א אשכנזי, בספר דרכי איש, דף ק ע"א-ע"ב; שו"ת רב פעלים, חלק ג, חו"מ, סימן ח; שו"ת הליכות ישראל, סימן סא*.

⁸⁵ זרע יעקב שם. הוא מביא מהתלמוד דוגמה לעשיית פשרה כזאת לגבי שומת נכס – עיין שם. אך שו"ת הגיד מרדכי, חו"מ, סימן יט, הקשה על זרע יעקב, איך עשה פשרה כזאת מעצמו?

⁸⁶ בסעיף 2, פרק ה, 3.

⁸⁷ ברוך יצחק, ערך ש"י, תשורת ש"י, ר"א אשכנזי, רב פעלים, והליכות ישראל – שם. יש להעיר, שלפי נימוק זה, אם אבד אחר כך גם העגיל השני, אפילו באונס, חייב לשלם על הפחת שנפחת לפני כן מחמת פשיעתו, לאור מה שראינו בסעיף 2(א), ליד ציון הערה 434, שבהיזק שאינו ניכר חייב אם אחר כך אבד הנכס באונס*.

⁸⁸ שו"ת שאלת יעבץ, חלק א, סימן פה*.

⁸⁹ שאלת יעבץ שם. בשאלה האם יש בכלל חיוב שמירה בכרטיס פייס ובכתובה, ראה סעיף 1(א), ליד ציוני הערות 309 ו-317*.

משלם רק לפי המחיר בשעת האבדן, משום שזה ערכו במצב המסופק, כשאינן ידוע אם הוא עתיד לעלות בהגרלה או לא⁹⁰.
ראובן מסר לשמעון סחורה למכור בעדו במחיר מסוים, שגבוה ממחירו בשוק, והתנה עמו שאם לא יצליח למכור במחיר זה, יחזיר לו; ושמעון לא הצליח למכור אותה במחיר זה, ואבדה בפשיעה. נפסק, שחיובו הוא לפי שווי הסחורה, ולא לפי המחיר הגבוה שקבעו⁹¹.
שומר שור, שקיבל עליו לשחטו על מנת שאם ימצא טרפה, ישלם מאה, ואם ימצא כשר, ישלם מאה וחמישים, ונגנב השור לפני שנשחט, ישלם כפי שישומו אנשים בקיאים בכמה יימכר שור כזה בלי תנאי כזה⁹².

פרק שלישי

צורת התשלום

1. תשלום בקרקעות או במיטלטלין

אם השומר פורע את התשלום בקרקע, עליו לתת קרקע טובה ("עידית"), כמו שמזיק נותן, ולא קרקע בינונית, כמו שנותנים החייבים בשאר חובות. לעניין זה שומר מוגדר כמזיק, ומזיק חייב לשלם מקרקע טובה⁹³.

אם השומר פורע במיטלטלין, הוא רשאי לפרוע אף מסוג גרוע⁹⁴, משום שקל למכור גם מיטלטלין מסוג גרוע, שכן אם לא ימצא המוכר קונה במקום אחד, יוכל להביא אותם למקום אחר ולמכרם שם, שלא כקרקעות⁹⁵.

2. גבייה מקרקעות שמכר השומר

אם אין לשומר ממה לשלם, לא כסף ולא מיטלטלין ולא קרקעות, יוכל נושהו, בעל הנכס, לגבות מקרקעות שמכר לאחרים, אם יש עדים המעידים שפשע (בשומר חניס; וכך בשאר השומרים, לפי רמת אחריותם)⁹⁶. זאת בתנאי שנכתב שטר על עסקת השמירה, משום שהשטר

⁹⁰ דברי רז"נ גולדברג.

⁹¹ שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן עב.

⁹² מנחת הגרשוני, הלכה מז. על מהות העסקה, ראה סעיף 1(ג), הערה 408.

⁹³ ב"ק ה' ע"א; חידושי הרמב"ן, ב"מ צו ע"ב; רא"ש, ב"ק, פרק א, סימן א; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ג, בסופו; פסקי הרי"א, ב"ק, פרק א, הלכה א, אות כג ואות ל; ים של שלמה, ב"ק, פרק א, סימן ו; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, יז; שערי זיו, חלק ב, סימן יג; ש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק ב (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ב, סימן ריח); שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קטו (על פושע); שו"ת מעיין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן כ (עמ' 265); חזון איש, חו"מ, סימן ח, ס"ק ה (הובא על ידי ר"י יגל, שם עולם, עמ' 482); דרכי איש (ארוואק), דף צט ע"ד*.

⁹⁴ פסקי הרי"א, ב"ק, פרק א, הלכה א, אות ל; תוספות, ב"מ צו ע"ב (ד"ה זיל); פירושים ופסקים לר' אביגדור צרפתי, פסק צב; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, יז*.

⁹⁵ הסוגיה בב"ק ז ע"ב מסבירה כך דין זה האמור במזיק.

⁹⁶ כך עולה מחידושי הרי"ב, שבועות לו ע"ב, בנימוקו השני, ומחידושי הרשב"א, שבועות לו ע"ב, ומש"ך, חו"מ, סט, ס"ק יד, שכתבו שאינו גובה מלקוחות מפני שהשומר יכול לטעון שהחזיר את הנכס לבעליו,

משעבד את נכסי השומר לבעל הנכס לפירעון חובו כלפיו⁹⁷. אבל לא יוכל לגבות מקרקעות שמכר השומר לפני הפקדת הנכס, משום שאז עדיין לא נוצר החיוב, ולא חל שום שעבוד על קרקעות אלו, ויוכל לגבות רק מקרקעות שמכר לאחר שקרה הנזק, משום שהשעבוד חל עליהן ברגע הנזק.

דינן של הקרקעות שמכר השומר בין שעת ההפקדה לבין שעת הנזק, תלוי במחלוקת הכללית, האם חיוב שומר חל רק בשעת הנזק או כבר מעת תחילת השמירה⁹⁸? לפי הדעה שחיובו חל רק בשעת הנזק, אין בעל הנכס יכול לגבות מלקוחות שקנו קרקע מהשומר לפני שעת הנזק, מפני שעדיין לא חל שעבוד על קרקעות אלה; ואילו לפי הדעה שחיוב שומר חל כבר בשעת ההפקדה, יוכל בעל הנכס לגבות מקרקעות אלה⁹⁹.

אולם גם עצם זכותו של בעל הנכס לגבות ממי שקנה קרקע מהשומר, שאנו מדברים עליה, שנויה במחלוקת. יש אומרים שאין לבעל הנכס זכות לגבות מן הלקוחות כלל. נימוקם הוא על פי התקנה שחכמים תיקנו, שבכל חיוב שאין לו פרסום ("קול"), אין הנושה יכול לגבות מלקוחות שקנו קרקע מן החייב, משום שהלקוחות לא היו צריכים להיזהר מלקנות קרקע מאדם זה, כיוון שלא ידעו שיש שעבוד על הנכסים. בחיוב רגיל, השטר יוצר פרסום, משום שהחיוב נוצר בעת כתיבת השטר, אבל כאן, חיוב השומר חל רק בשעת הנזק, לפי רוב הפוסקים, ולא בשעת כתיבת השטר, ואם כן, בשעת חלות החיוב, אין לו פרסום. ומאחר שאין לו פרסום, אין בעל הנכס יכול לגבות מן הלקוחות¹⁰⁰.

3. גבייה מנכסי שומר שמת

השלכה אחרת מהמחלוקת הנזכרת בדבר מועד תחילת שעבוד הנכסים, מלבד ההשלכה של גבייה מקוני קרקעות, היא לעניין גבייה מן הנכסים לאחר מותו, כתשלום על נזק שאירע לנכס לאחר מותו. הכוונה למצב שאי אפשר להטיל אחריות על היורשים עצמם, לפי הכללים שקבענו לעיל¹⁰¹ לעניין יורשי שומר. בעניין זה יש להבחין בין ארבעה מקרים שונים.

(א) שואל שמת, ואירע לנכס נזק לאחר מותו: כאן מופיעה שוב המחלוקת דלעיל, בשאלה מתי מתחיל שעבוד הנכסים של השומר. לפי הדעה ששעבוד הנכסים מתחיל משעת תחילת השמירה, יוכל בעל הנכס לגבות מן הנכסים שביד היורשים, מפני שהשעבוד החל עוד בחיי

ויהיה נאמן ב"מיגו" שאילו רצה לשקר היה טוען שנאנס; מכאן שאם יש עדים שפשע, שאז אינו יכול לטעון שנאנס, וגם אינו נאמן לומר שהחזיר, יוכל בעל הנכס לגבות מלקוחות.*

⁹⁷ כך עולה מדברי שו"ת מהרי"ק, שורש ו, שכתב שאם ניזק הנכס בחיי השומר, ולא היה שטר על ההפקדה, אי אפשר לגבות מנכסיו שעברו לאלמנתו, מפני שבחוב בעל פה, הנושה אינו גובה מנכסים שנתן החייב לאחרים במתנה. כמו כן, הרשב"א והריטב"א, שהבאנו בהערה 96, עסקו במקרה שהיה שטר על הפיקדון.*

⁹⁸ המחלוקת באה לידי ביטוי ראשון לגבי המקרה שליד ציוני הערות 102-103, ויש לה נפקויות אחדות נוספות. במילואים נביא מקורות למחלוקת זו, ונפקויות ממנה.*

⁹⁹ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צו ע"ב (הובא בשיטה מקובצת, כתובות לד ע"ב, בשו"ת עונג יום טוב, סימן קיח, בבני אהרן, סימן רצא, דף קמח ע"ב, בשו"ת בני אברהם, חו"מ, סימן ג, דף לד ע"ג, בשדה אברהם, דף מב ע"ב, בשו"ת הלכה למשה, ראם, סימן ו, אות ב, בגן נעול, כפתור ג, פרח כד, אות ב, דף סג ע"א ודף סה ע"ב, וכפתור ד, פרח ט, דף כא ע"א, ובשו"ת זרע אברהם, יצחקי, חו"מ, סימן ז, דף פט ע"א), כותב שהדין במקרה הזה תלוי במחלוקת הכללית הזאת.*

¹⁰⁰ חידושי הריטב"א, שבועות לו ע"ב, בנימוקו הראשון; הגהות אמרי ברוך, על ש"ך, חו"מ, סט, ס"ק יד.*

¹⁰¹ בסעיף 1(א), פרק א, 3 (ד), ובסעיף 1(ד), פרק ב, 2.

השואל¹⁰². צריך להוסיף, שזהו נזק שהשואל אחראי עליו, מפני שהנזק קרה משום שמת ולא היה יכול לשמור על הנכס, ואף על פי שלא היה יכול למנוע את מיתתו, הלא שואל חייב אף ב"אונס", כפי שראינו בסעיף 2(ג). לעומת זאת, לפי הדעה ששעבוד נכסי שומר מתחיל רק משעת הנזק, לא יוכל בעל הנכס לגבות מן הנכסים מכוח אחריות השואל לנזק, מפני שבשעת הנזק לא היו הנכסים ברשות השואל, שיוכלו להשתעבד מכוח אחריותו¹⁰³. לכאורה, יש מקום לומר שגם לדעה זו, אם לא הודיע השואל ליורשיו שהנכס שואל, שעבוד הנכסים מתחיל בעודו בחיים, ובעל הנכס יוכל לגבות מהם. זאת מפני שייתכן שאילו ידעו שהנכס שואל, היו שומרים עליו יותר טוב, ולא היה קורה הנזק; נמצא שאי הודעתו היא פשיעה שגרמה לנזק, ואם כן שעבוד הנכסים צריך להתחיל משעת הפשיעה, היינו מלפני מותו, שעה שהיה צריך להודיע להם, ולא הודיע (סברה שנראה בסמוך). לאמיתו של דבר, אין זה נכון. אין סיבה להניח שאילו הודיע להם שהנכס שואל, היו שומרים עליו יותר טוב. אדרבה, אדם רגיל לשמור על שלו יותר טוב משהוא שומר על של אחרים. זאת ועוד: ייתכן שאילו הודיע להם, היו מסרבים לקבל על עצמם אחריות שמירה. משום כך, אין שעבוד הנכסים מתחיל בחיי השואל¹⁰⁴.

(ב) שואל שמת, ויורשיו לא ידעו שהנכס שואל, והזיקו לנכס בפועל: כאן לכל הדעות יכול בעל הנכס לגבות מנכסי השואל¹⁰⁵. השואל פשע בכך שלא הודיע ליורשים שהנכס שואל, מפני שאילו הודיע להם, לא היו מזיקים לו בפועל כפי שעשו; ושעבוד הנכסים מתחיל משעת פשיעתו, והרי אז היה עדיין בחיים, כך שהשעבוד יכול לחול על הנכסים¹⁰⁶. גם אם מת מיתה פתאומית, כך שהיה אנוס במה שלא הודיע להם, ואין זו פשיעה, מכל מקום הרי שואל חייב באונס, ולכן ניתן לומר שהנזק (ועמו שעבוד הנכסים) התחיל מן הרגע שהיה צריך להודיע ולא הודיע (מפני שלא היה יכול), שזה גרם לכך שהיורשים הזיקו לנכס¹⁰⁷.

(ג) שומר חנם או שומר שכר שמת, ואירע נזק לאחר מותו, שלא בפשיעת היורשים: כאן לכל הדעות לא יוכל בעל הנכס לגבות מן הנכסים שהשאיר השומר. גם לדעה שנכסי שומר משתעבדים מתחילת השמירה, הרי זה רק אם אפשר להטיל עליו את האחריות לנזק, אבל כאן הוא נאנס בכך שמת ואינו יכול לשמור, ושומר חנם ושומר שכר פטורים באונס¹⁰⁸.

(ד) שומר חנם או שומר שכר שמת, ולא הודיע ליורשים שהנכס הוא פיקדון, וניזוק הנכס

¹⁰² רמב"ם, הלכות שאילה, א, ה (הובא בשו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן יח, בגן נעול, כפתור ב, פרח א, אות ב, בשו"ת אחיעזר, חלק ב, סימן ה, אות ה, בשמעתתא דרבא, חלק ב, אהע"ז, סימן א, עמ' קכא, בלבוש מרדכי, ב"ק, סימן מה, ד"ה לכן, ועל ידי א"ש רוזנטל, ספר היובל לר"מ ברויאר, כרך ב, עמ' 587); מאירי, כתובות לד ע"ב, וב"ק קיב ע"א; צרור הכסף הקצור, דרך ב, שער ט; פסקי הרי"ד, ב"ק קיב ע"א.

¹⁰³ חידושי הרמב"ן, ב"מ צז ע"ב.

¹⁰⁴ פרישה, חו"מ, שמא, ו, וסמ"ע, שמא, ס"ק יג, בסופו (הובא בשו"ת בני אברהם, חו"מ, סימן נ, דף לד ע"ב); נתיבות המשפט, שמא, ס"ק ה (הובא באבני החושן, שמו, ס"ק ט, ובספר מבית מאיר, חלק א, דף סח ע"ד). הנימוקים שהבאנו מקורם בנתיבות המשפט; פרישה נימק רק, ש"מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם", מפני שהוא התייחס למקרה שמתה הבהמה המופקדת, ובוזה ודאי ההודעה לא הייתה מועילה; אבל על שאר סוגי נזק, נחוץ ההסבר של נתיבות המשפט.

¹⁰⁵ כתובות לד ע"ב; ב"ק קיב ע"א; רמב"ם, הלכות שאילה, א, ה; סמ"ג, עשה צב; סמ"ק מצורין, מצווה רנא (עמ' צה); טור, חו"מ, שמא, ו; שו"ע, חו"מ, שמא, ד.

¹⁰⁶ חידושי הראב"ד, ב"ק קיב ע"א.

¹⁰⁷ נתיבות המשפט, שמא, ס"ק ח.

¹⁰⁸ קצות החושן, סימן עב, ס"ק יב (לגבי מלווה שבידו משכון) וס"ק יג, וסימן שמא, ס"ק ד.

לאחר מותו בפשיעת היורשים: כאן הנכסים משועבדים, מפני שהשומר פשע במה שלא הודיע ליורשים שהנכס הוא פיקדון, שהרי אילו הודיע, היו שומרים מפני פשיעה; ומאחר שהשומר פשע באי ההודעה, האחריות לנזק מוטלת עליו, בניגוד למקרה הקודם, ששם לא הייתה האחריות לנזק מוטלת עליו¹⁰⁹. זאת אם מת השומר מתוך דעה צלולה. אך אם אין ידוע איך מת, אין לראות את אי ההודעה כפשיעה מצד השומר, מפני שייתכן שתכנן להודיע להם, אלא שמת פתאום ולא הספיק להודיע – וזה אונס לגביו, ושומר חנם ושומר שכר פטורים באונס. גם אם הזיקו היורשים לנכס בפועל מתוך אי ידיעה, לא יהיו הנכסים משועבדים במצב זה, מפני שאי ההודעה אינה פשיעה¹¹⁰.

נדגיש, שכל האמור כאן הוא בנוק שאירע לאחר מות השומר. אם אירע הנזק בחיי השומר, והנזק היה בתחום אחריותו, חל שעבוד על נכסיו בשעת הנזק (או לפני כן, לפי השיטה האומרת שהחיוב חל בשעת ההפקדה), ואם כן, גם כשמת, גובים מהנכסים שהניח ליורשיו¹¹¹.

4. שינוי בערך שאריות הנכס

הקלה מיוחדת יש בשומר המבצע את הפירעון באמצעות השברים או שאריות הנכס שניזוק. כמובן, מחשבים את הפרש בין הערך של הנכס בשלמותו לבין הערך של שבריו בשעת הנזק, ואת זה הוא ישלם לבעל הנכס, מלבד החזרת השברים. ההקלה היא, שגם אם ערך השברים יורד, מסיבה כלשהי, בין שעת הנזק לבין שעת התשלום ("פחת נבלה"), לא יצטרך השומר להוסיף בתשלום, אלא עדיין די שישלם את הפרש המקורי¹¹². מאחר שחיוב התשלום חל בעת הנזק, חישוב הפרש הזה נעשה לפי שעת הנזק, ולכן אינו משתנה¹¹³. כל משך ההפקדה, הנכס הוא בבעלות בעל הנכס, וגם הנזק אינו מוציא את השברים מרשות בעל הנכס, ואם כן, ההזולה אירעה ברשותו, כך שאינה משפיעה על חיוב השומר ביתרה¹¹⁴.

זה נכון גם לכיוון השני, להחמיר על השומר: אם ערך השברים עולה בינתיים מסיבה כלשהי, השומר יצטרך לתת אותם לבעל הנכס בתוספת הפרש שחושב לפני כן, כך שנמצא בעל הנכס מרוויח; והנימוק הוא, שההתייקרות אירעה כשהשברים היו כבר ברשותו¹¹⁵.

5. שומרים משותפים

שניים (או יותר) ששמרו יחד, וניזוק הנכס או אבד, כך שחלה עליהם אחריות תשלומין, כל

¹⁰⁹ קצות החושן, שמא, ס"ק ד; שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ג. נראה שלדבריהם הדין יהיה כך גם לדעה ששעבוד נכסים הוא רק משעת הנזק, מפני שהנזק התחיל בפשיעתו שהייתה בחייו – בדומה לאמור על שואל שמת ויורשיו הזיקו לנכס מתוך אי ידיעה, ליד ציון הערה 106.*

¹¹⁰ נתיבות המשפט, שמא, ס"ק ח. הוא לא כתב את דבריו כחולק על קצות החושן, ולכן הבאנו את דברי כל אחד מהם לגבי מקרה שונה, שהרי ההבחנה בין המקרים מתבקשת.*

¹¹¹ זה פשוט, ונציין רק שש"ך, חו"מ, רצה, ס"ק ח, כותב שאם פשע השומר ומת, גובים מהנכסים שהניח ליורשיו. כמו כן, שו"ת בית יעקב (צויזמיר), סימן קמג, עוסק במקרה כזה, שהשומר מת אחרי אבדן הנכס ובעל הנכס תובע את היורשים, ובתשובתו כלל אינו מתחשב כלל בנסיבות אלו כמשפיעות על החיוב.

¹¹² ב"ק יא ע"א, לפי רש"י שם (ד"ה אמר). הביטוי התלמודי לזה הוא: "שמין לשומר".*

¹¹³ סמ"ע, שמד, ס"ק ה; ערוך השולחן, חו"מ, שמד, ג.*

¹¹⁴ חידושי הרמב"ן, ב"מ צו ע"ב; חידושי הר"ן, ב"מ צו ע"ב – ששומר (ואפילו שואל) אינו קונה את הנכס בשינוי, שלא כגולן.*

¹¹⁵ סמ"ע, שמד, ס"ק ו; ערוך השולחן, שם.

שומר חייב בתשלום בחלקו היחסי, אם התרשלו שניהם באותה מידה¹¹⁶. גם אם הם שומרי שכר, ואחד מהם קיבל יותר שכר מן האחר, הם משלמים בשווה, מפני שעל כל אחד מהם מוטלת חובת השמירה בשווה¹¹⁷.

עניין השנוי במחלוקת הוא זכות בעל הנכס לגבות משומר אחד את כל סכום התשלום. יש אומרים שהם ערבים זה בעד זה, כך שאם אחד מהם אינו יכול לשלם את חלקו, חברו מחויב לשלם בעדו את חלקו¹¹⁸. טעם הדבר הוא, שמאחר שבעל הנכס הפקיד את הנכס אצל שניהם יחד, הדבר מראה שהוא מעוניין שכל אחד מהם ישא באחריות גם על חלקו של השומר האחר, למקרה שלא יוכל הלה לשלם, ויש להניח שהשומרים הבינו את כוונתו כך, וגם הם קיבלו שמירה על דעת כן¹¹⁹. עם זאת, לאחר שפרע שומר אחד בעד חברו, הוא זכאי לחזור על האחר ולגבות ממנו לכשיהיה לו במה לשלם, כדין כל ערב החוזר על החייב העיקרי, לאחר שפרע בעבורו לנושה¹²⁰.

אך יש אומרים שאין הם ערבים זה בעד זה, וכל אחד חייב בחלק מן התשלום כלפי בעל הנכס, באופן נפרד, ובעל הנכס יכול לגבות מכל שומר רק את חלקו¹²¹. טעמה של שיטה זו היא, שהשומרים אינם נהנים מן השמירה, אלא הם עשו טובה לבעל הנכס בהסכמתם לשמור, ודיינו בקבלתם אחריות כל אחד על חלקו, ואין לנו יסוד להניח שהתכוונו לקבל אחריות נוספת, של ערבות כל אחד בעד חברו¹²². רק אם התנו במפורש שהם יהיו ערבים זה בעד זה, יוכל בעל הנכס לגבות מזה על מה שחברו אינו יכול לשלם¹²³.

כל האמור הוא אם שני השומרים התרשלו בשווה. אולם אם רק אחד מהם התרשל, כגון שטיפל בנכס שלא בזהירות הראויה, הוא חייב בכול¹²⁴, ורק אם אין לו במה לשלם, יוכל בעל הנכס לגבות מן השומר האחר, כיוון שהוא ערב בעד הראשון, לפי הדעה הראשונה דלעיל¹²⁵.

¹¹⁶ ב"מ פ ע"א, על פועלים שפשעו בעבודה במחַרְשָה, ולפי תוספות שם (ד"ה ואי), חייב כל אחד לשלם חצי מפני ששניהם פשעו בשווה; ואחריות פועלים היא מטעם שומר, כפי שראינו בסעיף 1(א), פרק א, 5 (ד). תוספות שם (הובאו בשו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן עז) כתבו על נידונם, שאמנם רק אחד פשע בפועל, אך השני חייב חצי על שלא הזהירו, כיוון שהיה עמו.

¹¹⁷ שו"ת מהר"ם מינץ, סימן נט.*

¹¹⁸ תשובות הרמב"ן (מהד' שאוועל), סימן מא (הובא בספר התרומות, שער מד, חלק א, אות ב), וחידושי הרמב"ן, ב"מ לד ע"ב, ושבועות לח ע"ב (הובא במגיד משנה, הלכות מלווה ולווה, כה, ט, ובתשב"ץ, חלק א, סימן קעא).*

¹¹⁹ העמק שאלה, שאלתא לא, ס"ק ב; שו"ת אורח לצדיק, חו"מ, סימן י (בקיצור); שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קלא, הגהה א (בקיצור); שו"ת ספר יהושע, פסקים וכתבים, סימן שסו (בקיצור); שו"ת פאת נגב, חו"מ, סימן יב (בקיצור).*

¹²⁰ ר"ן על הרי"ף, שבועות יז ע"ב (בדפי הרי"ף).

¹²¹ שו"ת הרמ"א, סימן כז, הובא בקצות החושן, רצט, ס"ק א, ובצורר החיים (קליין), דף נח ע"ב; שער משפט, עז, ס"ק א; חידושי הרי"ם, חו"מ, עז, ס"ק א; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן קעא (סא ע"ג), ומהדורא ד, חלק ג, סימן קמג; אבני מילואים, כט, ס"ק ו.*

¹²² שו"ת הרמ"א שם.*

¹²³ שו"ת הרמ"א שם.*

¹²⁴ ב"מ פ ע"א, לגבי פועלים במחַרְשָה (ראה הערה 116). כך כתב גם שו"ת מקור ישראל, חו"מ, סימן מט, שזה דבר פשוט (ולא הזכיר את הגמרא שם). שו"ת ברכת אברהם (יענר), סימן יב, כתב (במסקנתו) שהדין כך גם לדעה שכל אחד חייב רק בחצי וערב רגיל בעד חברו בחצי (ולא ערבות קבלנות – ראה במילואים להערה 118), מפני שעל דעת זה קיבל כל אחד על עצמו שיהיה שומר בכולו, שאם יפשע יהיה חייב בכולו.
¹²⁵ חידושי ר"ע איגר, ב"מ שם. הוא מתייחס למקרה שלא ידוע מי פשע, ודן האם אפשר לחייב כל שומר

דוגמה מיוחדת למקרה שרק שומר אחד התרשל היא, בנכס שהשומרים צריכים להשגיח עליו, ואחד השומרים הלך לו, והנכס אבד או ניזוק. אם זהו נכס שצריכים שני אנשים לשמרו, ואדם אחד לבד אינו יכול לשמרו, השומר שהלך לו חייב בכול, משום שבהסתלקותו גרם לאבדן¹²⁶. אולם אם זהו נכס שאדם אחד יכול לשמרו לבדו, הרי הסתלקותו של השומר הזה לא גרמה לנזק, אלא השומר הנשאר הוא שפשע בשמירה – שהלא היה בכוחו לשמור לבד – ולכן השומר הנשאר חייב בכול¹²⁷. מאחר שקיבלו את השמירה בסתם, וידעו שדי בשומר אחד, כוונתם הייתה שיכול אחד להסתלק מהשמירה, וחברו ישא בכל חובת השמירה¹²⁸. אלא שאם לשומר הנשאר אין במה לשלם, יוכל בעל הנכס לגבות מן השומר שהסתלק, מתוך ערבותו בעד השומר האחר, שהרי הסתלקותו מועילה רק לגבי השומר האחר, ואינה פוטרת אותו מחיובו כלפי בעל הנכס, כיוון ששניהם קיבלו שמירה כלפי בעל הנכס; ולאחר שיפרע לבעל הנכס, יוכל לחזור על השומר האחר (כשיהיה לו במה לשלם), כדין ערב החוזר על החייב העיקרי¹²⁹. מצד שני, אם בשעת הסתלקות שומר א, סירב שומר ב להיות אחראי יחדיו על הנכס, הוא זכאי לסרב, ואז האחריות לנוק תהיה משותפת לשניהם¹³⁰. אם מראש אמר להם בעל הנכס שהוא רוצה שישמרו שניהם יחד, אין אחד יכול להסתלק מהשמירה (ואין צורך בהתנגדות מפורשת של השומר האחר), מאחר שבעל הנכס הודיע שהוא רוצה שמירה טובה יותר, שישמרו יחד, ולכן גם אם הסתלק אחד, והשומר הנשאר הוא שפשע בשמירה, חייבים שניהם בשווה¹³¹.

אם יודע בעל הנכס ששומר אחד הסתלק מהשמירה, ושמסר את הנכס לשמירה בלעדית של השומר האחר, ובעל הנכס הסכים (בשתיקה), השומר שהסתלק פטור לגמרי אף מערבות בעד האחר¹³².

6. שונות

כשבית הדין פוסק שהשומר נושא באחריות לנוק או לאבדן הנכס, הוא חייב לשלם מיד, ואין נותנים לו את הזמן של שלושים יום שנותנים לפירעון חובות אחרים¹³³. אם באותו יום שהתחילה השמירה, לוהו השומר הלוואה, והנכס אבד באופן שהוא אחראי לו, ואין לו די נכסים לשלם גם למלווה וגם לבעל הנכס, הדין תלוי במחלוקת הכללית שהזכרנו לעיל, בשאלה מתי מתחיל חיוב שומר. לפי הדעה שחיוב שומר מתחיל משעת ההפקדה, שני

ממה נפשך: אם משום שהוא זה שפשע, או משום שהוא ערב בעד חברו שפשע. ראה על מקרה זה בחוק לישראל, ערבות, עמ' 206-207.

¹²⁶ פסקי הריא"ז, ב"ק, פרק א, הלכה ב, אות א.*

¹²⁷ הריא"ז שם; ים של שלמה, ב"ק, פרק א, סימן כז.*

¹²⁸ ים של שלמה שם.

¹²⁹ ים של שלמה שם (הובא בבית יעקב, סימן רצט).*

¹³⁰ הריא"ז שם; ים של שלמה שם.

¹³¹ ים של שלמה שם.

¹³² ר' רפאל מורנו, בשו"ת שמן המור, חו"מ, סימן יא (פח ע"א).*

¹³³ הרמ"ך, בשיטה מקובצת, ב"מ לה ע"א. הוא מוכיח זאת מהדין (סעיף 2(א)), ליד ציון הערה (342) שאם שכח השומר היכן הניח את הנכס, הוא חייב לשלם מיד ואינו יכול לדרוש זמן לחפש אותו. אך יש לדחות ראייה זו, בכך שאולי מדובר שם שידוע שיש לו במה לשלם, ובוהו אף בהלוואה אין נותנים לו זמן.*

החייבים שווים, והמלווה ובעל הנכס יגבו בשווה; ואילו לדעה שחייב שומר חל רק בשעת הנזק, המלווה גובה מנכסיו תחילה, כיוון ששעבודו קודם לשעבודו של בעל הנכס¹³⁴. נתן השומר לבעל הנכס משכון על חיובו, לפני שחל הנזק – האם חל שעבוד על המשכון? התשובה תלויה במחלוקת שהזכרנו, בשאלה מתי מתחיל חיוב התשלום של השומר. לפי הדעה שחייב השומר מתחיל משעת הנזק, לא חל שעבוד על המשכון, משום שאי אפשר לתת משכון על חיוב שאינו קיים ("מנה אין כאן – משכון אין כאן")¹³⁵. לעומת זאת, לפי הדעה שחייב שומר חל משעת ההפקדה, נתפס המשכון בשעבוד כלפי בעל הנכס, כבכל חוב.

פרק רביעי

תשלומי שומר כשאינו אחראי לנזק – סעיף קטן (ב)

1. עמדת החוק

בסעיף קטן (ב) קובע המחוקק, שגם אם אבד הנכס או ניזוק באופן שאינו כלול באחריותו של השומר, אין הוא מופטר לגמרי מתשלום, אלא הוא חייב לשלם לבעל הנכס אם קיבל פיצוי מצד שלישי כתוצאה מאבדן הנכס. ניתן לראות הוראה זו כתולדה של העיקרון הכללי שנקבע בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיף 52, שאם חייב אינו יכול לקיים את חיובו לנושה, ויש לחייב בשל כך זכות לפיצוי מצד שלישי, על החייב להעביר את הפיצוי לנושה. הוראות מקבילות מצויות בחוק המשכון, התשכ"ז-1967, סעיף 9, ובחוק המכר, התשכ"ח-1968, סעיף 34ב, וגם הן תולדות של העיקרון הכללי הזה. נימוקו של העיקרון הזה הוא, שאין לאפשר לחייב לעשות "עושר ולא במשפט", ליהנות מן ההפסד שמפסיד הנושה, רק משום שלפי תנאי החיוב אין לנושה זכות תביעה כלפיו¹³⁶. להוראת סעיפנו מצטרף נימוק נוסף (שבעצם הוא מבוסס על הנימוק הכללי): זכותו של בעל הנכס כלפי השומר נובעת בעיקרה מזכותו הקניינית בנכס, וכשאבד הנכס, וקיבל השומר פיצוי על כך מצד שלישי, עוברת זכות זו של בעל הנכס לסכום הפיצוי, שהוא התחליף של הנכס, על פי עיקרון "הסוברוגציה הריאלית", הקובע שזכות קניינית בנכס קיימת גם בתחליפו¹³⁷. החוק אינו נותן דוגמאות לפיצוי ששומר עשוי להיות זכאי לו עקב אבדן הנכס. אולם ברור שהדוגמה העיקרית היא אם ביטח השומר את הנכס על שמו¹³⁸, וחברת הביטוח משלמת לו בעת אבדן הנכס – הוא חייב למסור את הכסף לבעל הנכס¹³⁹. דוגמה נוספת היא כשהשומר

¹³⁴ עמודי אור, סימן קד, ס"ק א. אך הוא כותב במסקנתו, בס"ק ח, שאף לדעה המרחיבה חייב משעת ההפקדה רק מדרבנן (ראה בשמו במילואים להערה 98), ולכן המלווה גובה תחילה, מפני שעבודו מאותו יום הוא מדאורייתא.

¹³⁵ שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן כא (דף לא ע"ג).

¹³⁶ פ' ברגמן, "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו", משפטים יט (תש"ן) 491.

¹³⁷ ברגמן, שם, עמ' 486 (הובא בע"א 1439/90 מ"י (רכבת ישראל) נ' הום, פ"ד מז(2) 346, 384). ראה בשמו, בסעיף 7, פרק ד, 1, לתולדה מהוראה זו בדיני שומר שמסר לשומר, כפי שנסביר כאן ליד ציון הערה 153.

¹³⁸ ראה ע"א 341/80 עלי נ' ששון ואח', פ"ד לו(3) 281, 298, הקובע ששומר יכול לבטח את הנכס, משום שיש לו בו אינטרס בר ביטוח, כיוון שמוטלת עליו אחריות כלפי בעל הנכס.

¹³⁹ דוגמה זו נקטו א' סלטון, "אחריות שומר ושאלת רשלנותו של בעל הנכס", הפרקליט לג (תשמ"ז)

תבע את מי שהזיק לנכס, וקיבל ממנו תשלום – תשלום זה יעבור לבעל הנכס¹⁴⁰, וכך גם אם תבע השומר את מי שגזל את הנכס, וקיבל ממנו פיצוי כספי על הגנלה, ולא קיבל את הנכס עצמו חזרה¹⁴¹.

זכות בעל הנכס על הפיצוי שקיבל השומר אינה רק זכות אישית, כזכות של נושה רגיל, אלא יש לראות את השומר כמחזיק את הפיצוי בנאמנות עבור בעל הנכס, ולכן נושים אחרים של השומר אינם יכולים לגבות את חובם מכסף זה¹⁴². אף על פי שחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, סעיף 2, קובע שנאמנות נוצרת על ידי חוזה עם נאמן, ניתן לראות את השומר כנאמן על הנכס, עקב חוזה השמירה, וממילא הוא גם נאמן על הפיצוי, כיוון שסעיף 3(א) לחוק הנאמנות קובע שהנאמן נעשה נאמן גם על "תמורהם של נכסי הנאמנות"¹⁴³.

אף על פי שסעיף קטן (ב) מדבר על מצב ש"לא היה השומר אחראי לאבדן הנכס או לנזקו", מכל מקום, גם אם אבד הנכס באופן שהשומר אחראי לאבדן, והשומר זכאי לפיצוי על כך מצד שלישי, יש לבעל הנכס זכות על הפיצוי הזה. זאת מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, שבבסיסו מונח העיקרון הכללי שלא יוכל אדם ליהנות מהפסד של אדם אחר¹⁴⁴. אלא שבחוק השומרים אין זכות זו נזכרת, משום שבמקרה הזה, שהנכס אבד באופן שהשומר אחראי לנזק, יש לבעל הנכס זכות חזקה יותר – אחריות השומר לפי סעיף 2.

לשון החוק: "רשאי בעל הנכס לתבוע מן השומר את נזקו מתוך הפיצוי", מורה שאם קיבל השומר פיצוי מצד שלישי, וסכום הפיצוי גבוה יותר מערך הנזק שניזק הנכס – אין בעל הנכס זכאי לקבל את כל הפיצוי שקיבל השומר, אלא רק את סכום הנזק.

2. עמדת המשפט העברי

לא מצאנו במשפט העברי הוראה עקרונית כמו זו שבחוק, שבעל הנכס זכאי לקבל פיצוי המגיע לשומר מחמת הנזק מצד שלישי, כשהנזק לא היה בתחום אחריות השומר. אך ניתן לברר את עמדת המשפט העברי בעניין זה מתוך התייחסותו לדוגמאות השונות שמנינו, ולמקרים דומים.

(א) גנבה: להלן¹⁴⁵ נראה שאם ידוע מי גנב את הנכס, חובה על השומר לתבוע אותו ממנו ולהשיב את הנכס לבעליו, גם אם עצם הגנבה קרתה באופן שלא היה אחראי לה (כגון שומר

591, ה"ש 6, וד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, פסקה 278. אגב, סלטון שם מעלה ספק האם, כשבעל הנכס תובע כסף זה מן השומר, הוא יכול לצרף אליו את חברת הביטוח כנתבע נוסף, או שהוא צריך להמתין עד שהשומר יצרף אותה לתביעה.

¹⁴⁰ פרידמן שם, פסקה 278. כנראה, הכוונה היא למצב שבעל הנכס לא היה יכול לתבוע את המזיק, ורק השומר היה יכול לתבוע.

¹⁴¹ פרידמן שם, פסקה 40.

¹⁴² פרידמן שם, פסקה 34, הערה 72.

¹⁴³ פרידמן שם, פסקה 41.

¹⁴⁴ פרידמן שם, פסקה 40. נ' כהן, "השפעת תניית פטור על זכות מעין-חוזית לקבלת כספים שהגיעו למתקשר מצד ג'", עיוני משפט ז (תשל"ט-תש"מ) 482, מבססת את זכות בעל הנכס במקרה זה, על חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיף 52, הקובע זכות זו בכל חוזה. היא נותנת דוגמה לדרב (בעמ' 467-468): שומר שמכר את הנכס על פי ההרשאה שבסעיף 6.

¹⁴⁵ סעיף 6, ליד ציון הערה 15, וליד ציוני הערות 39-47; סעיף 11, ליד ציוני הערות 195-204.

חינם – שלא פשע). מאחר שזו חובה על השומר, נראה שהמשפט העברי אינו רואה זאת כפיצוי המגיע לשומר שעליו להעביר לבעל הנכס, אלא כפיצוי המגיע לבעל הנכס, שיש לבעל הנכס קשיים טכניים או משפטיים להוציאו מן הצד השלישי, ועל כן חייב השומר לעשות זאת עבור בעל הנכס.

מקרה אחר של גנבה, הקרוב יותר לנושא שלנו, הוא כשהשומר לא הצליח לקבל את הנכס או את דמיו חזרה מן הגנב, אלא עשה פשרה עם הגנב (ושוב, מדובר בשלא היה אחראי לגנבה). המקרה הנידון בפוסקים הוא, שיחד עם הפיקדון נגנבו מן השומר נכסים השייכים לו, ולאחר מכן עשה פשרה עם הגנב, וקיבל ממנו חלק מערך הרכוש הגנוב. נפסק, שאם במסגרת הפשרה קיבל יותר בזכות העובדה שגם הפיקדון נגנב ממנו, משהיה מקבל אילו נגנבו רק נכסים שלו, הוא חייב לשלם לבעל הנכס את חלקו היחסי בסכום הפשרה¹⁴⁶. אבל אם סכום הגנבה לא היה גורם בקביעת סכום הפשרה, וסכום הפשרה לא עלה על סכום רכושו הפרטי של השומר שנגנב, הוא פטור מלשלם לבעל הנכס, משום שהוא עשה את הפשרה לצורך הצלת כספו, ולא לצורך הצלת הפיקדון¹⁴⁷.

עוד נפסק לעניין גנבה, שאם מי שגנב את הנכס שילם את דמיו לשומר, חייב השומר להעביר את הכסף לבעל הנכס גם אם הגנבה לא הייתה בתחום אחריותו של השומר, משום שהתשלום הוא חליפי הנכס, ואילו החזיר הגנב את הנכס עצמו, השומר בוודאי היה חייב להחזירו לבעליו¹⁴⁸. אולם גם זה אינו בגדר פיצוי המגיע לשומר.

ב) ביטוח: הפוסקים עסקו רבות בשאלה של שוכר בית שביטח את הבית המושכר, ונשרף הבית: למי שייכים דמי הביטוח? רוב הפוסקים פסקו שדמי הביטוח שייכים לשוכר¹⁴⁹. דיוניהם התמקדו בשאלה האם דמי הביטוח נחשבים רווחים הנגרמים מחמת הנכס, ואם כן הם שייכים לבעל הנכס, או שמא הם נחשבים רווחים הנגרמים מחמת הפרמיות ששולמו, ואם כן הם שייכים לשוכר. הפוסקים כלל לא התחשבו בעובדה ששוכר הוא שומר, כשיקול להעביר את דמי הביטוח לבעל הנכס. אולם אין להוכיח מכאן שאין לבעל הנכס זכות בדמי ביטוח שקיבל שומר, משום שהפוסקים הללו דנו בשוכר בית, ובבית אין חיובי שמירה, כפי שראינו לעיל¹⁵⁰.
ג) איסוף תרומות: שאלה מעניינת עלתה בפני ר' יעקב ברייש. אדם הפקיד ספר תורה לשמירה בישיבה, ופרצה שרפה בישיבה, באונס, באופן שהנהלת הישיבה לא הייתה אחראית לשרפה, ונשרף ספר התורה המופקד עם ספרי תורה אחרים של הישיבה. הנהלת הישיבה פרסמה מודעות בבקשות לתרומות עקב האסון, והאסון עורר רחמים בלב נדבנים, ותרמו

¹⁴⁶ שו"ת הרא"ש, כלל צד, סימן ו; שו"ת הרדב"ז, סימן תס; שו"ת שופריה דיעקב (בירדוגו), אהע"ז, סימן יח, בסופו. הרדב"ז מדגיש שרק השומר היה יכול לתבוע את הגולן (במצב שהיה אז), משום שממנו נגזל הנכס; ולכן יש לראות זאת כפיצוי המגיע לשומר.*

¹⁴⁷ שו"ת הרא"ש שם.

¹⁴⁸ חושן אהרן, שו, ה. ראה סעיף 6, במילואים להערה 39, על חיוב השומר לתבוע את הגנב כשהנכס אינו בעין אלא שאפשר לתבוע מן הגנב לשלם כסף.*

¹⁴⁹ מקורות לכך צוינו על ידי: נ' רקובר, עושר ולא במשפט, עמ' 60-71; מ' סליי, הביטוח בהלכה, עמ' 97-99.
¹⁵⁰ בסעיף 1(א), פרק ב. כוונתנו היא, שאפשר שהמשפט העברי סבור שבשומר יש חיוב מיוחד שמחמתו דמי הביטוח יעברו לבעל הנכס, על פי סברת עזר משפט, בהערה 158. נכון הוא שמוכח מן הפוסקים הללו שאינם מקבלים את הנימוק שליד ציון הערה 136, שהוא נימוק כללי שאין לסבול עשיית עושר ולא במשפט, וגם לא את הנימוק שליד ציון הערה 137, שהם נימוקים תקפים גם לגבי שומר כזה שפטור משמירה. אולם הנפקות למי שאינו שומר אינה מעניינתו כאן, וראה על כך נ' רקובר, שם.*

לישיבה כסף לקניית ספרי תורה חדשים. מפקיד ספר התורה תבע חלק מן התרומות, בטענה שגם ספר שלו נשרף. ר' יעקב ברייש פסק, שאין הנהלת הישיבה חייבת לתת לו שום חלק מן התרומות שאספה, משום שאפשר שהיה מתקבל אותו סכום של תרומות גם לולא נשרף ספר התורה שהופקד¹⁵¹. מדבריו עולה, שאם ברור שהייתה תוספת בתרומות משום הספר התורה הנוסף שנשרף, זכאי בעל הספר לחלקו היחסי בתרומות.

ד) שומר שמסר לשומר שאחריותו חמורה משלו: להלן¹⁵² נראה ששומר שמסר לשומר שאחריותו חמורה משלו, כגון שומר חנם שמסר לשומר שכן, ואירע לנכס נזק מהסוג שהראשון אינו אחראי לו והשני אחראי לו, משלם שומר המשנה לבעל הנכס, ואין אומרים ששומר המשנה ישלם לשומר הראשון, והשומר הראשון יופטר מלשלם לבעל הנכס. שם נביא הסברים שונים שנתנו פרשנים לדבר. אפשר להסביר זאת על פי העיקרון הנידון כאן: אף על פי שהשומר הראשון אינו אחראי לנזק, מכל מקום הוא מקבל פיצוי על הנזק מצד שלישי (שומר המשנה), ומן הראוי שיעביר פיצוי זה לבעל הנכס¹⁵³. אך אין להוכיח מן העובדה שהפרשנים לא נימקו כך, שאינם מכירים בעיקרון הזה. ייתכן שהעדיפו הסברים אחרים, המבוססים על אחריות ממשית של השומר, ולכן לא השתמשו בהסבר שהצענו.

3. תשלומי השומר על הנאתו מאבדן הנכס

עיקרון דומה לזה שדננו בו עד עכשו הוא, שאם אבדן הנכס לא היה בתחום אחריותו של השומר, אך השומר נהנה מעצם אבדן הנכס (לא הנאה מצד שלישי המפצה אותו על האבדן), הוא חייב לשלם לבעל הנכס על הנאתו זו.

דוגמה אחת לכך היא במקרה שראינו לעיל¹⁵⁴ בשומר פְּשׁוּת, שהיא צמח ששמים בשֶׁכֶר בתהליך הכנת השֶׁכֶר. מעשה בראובן שהפקיד פְּשׁוּת אצל שמעון, ולשמעון הייתה גם פְּשׁוּת משלו. אמר שמעון לעושה השֶׁכֶר שלו: "שים את הפְּשׁוּת הזאת [והצביע על שלון בשֶׁכֶר], ועושה השֶׁכֶר שם את הפְּשׁוּת של ראובן בתוך השֶׁכֶר – שמעון השומר אינו חייב על כילוי הפְּשׁוּת המופקדת, משום שלא פשע באמירתו, כפי שהסברנו שם. אף על פי כן, אם נהנה שמעון השומר מן הנזק שקרה, בכך שהשֶׁכֶר שלו השביח בזכות הפְּשׁוּת של ראובן, הוא חייב

¹⁵¹ שו"ת חלקת יעקב, חלק ד, סימן כב. לא ברור האם המודעות שפורסמו לא נקבו במספר ספרי התורה, ואז בוודאי אין יסוד להניח שתוספת הספר שנשרף גרמה לתוספת בתרומות; או שנקבו במספר, ואף על פי כן אפשר להניח שהייתה מגיעה אותה כמות של תרומות, גם אילו נקבו במספר הנמוך באחד.

¹⁵² בסעיף 7, פרק ד, 3.

¹⁵³ כך אמנם מנמק שו"ת מהר"ש ענגל, חלק ו, סימן קג, אך זאת רק לדעה (במילואים להערה 98) שחיוב שומר מתחיל משעת ההפקדה: לפי דעה זו, החיוב מוטל על השומר מראש, אלא שאם קורה אונס, הוא מופטר, והדעת נותנת שהתורה פטרה שומר מאונס רק שלא יצטרך לשלם מכיסו, אבל אם לא יפסיד מכיסו, כגון כאן ששומר המשנה משלם לו, הוא חייב (השווה סברת שער משפט, ליד ציון הערה 158). למעשה, לפי נימוק זה יש לומר באופן כללי שכל שיש לשומר פיצוי מצד שלישי, הוא חייב לבעל הנכס – כהוראת החוק. אלא שהוא כותב שלדעה (גם היא במילואים להערה 98) שחיוב שומר מתחיל משעת הנזק, כלומר הפשיעה היא הגורמת את החיוב, הרי כשקורה אונס אין שום עילה שתטיל עליו חיוב, ואין זה משנה שהוא לא יפסיד מזה, ולכן יופטר גם כשיקבל פיצוי מצד שלישי, ולפי דעה זו, טעם הדין בשומר שמסר לשומר הוא אחר – עיין שם. לדבריו, העיקרון הכללי שבחוק נכון רק לדעה אחת במילואים להערה 98; וכפי שראינו שם, זו דעת מיעוט.

¹⁵⁴ בסעיף 2, פרק ד, 2.

לשלם על הנאתו¹⁵⁵. רק אם השכר שלו החמיץ, כך שלא נהנה מן הפשות של ראובן, אין מקום לחייבו על הנאה¹⁵⁶. אף על פי שאדם זר לא היה חייב על הנאה זו, משום שאין אדם חייב לשלם על הנאה שנהנה רכושו באופן סביל מרכוש של חברו¹⁵⁷, שומר חייב על הנאתו יותר מאדם זר, משום שיש עליו חיוב להשיב את הנכס, ורק אם אבד הנכס באונס, הוא מופטר מחובת ההשבה, אבל כאן שנהנה מהעובדה שהנכס אבד, אין לראות זאת כהפטר מחובת ההשבה¹⁵⁸.

דוגמה נוספת לחיוב מחמת הנאה היא בנושה של השומר, שלקח ממנו את הפיקדון בפירעון חיובו. גם אם לקח אותו ממנו באונס, חייב השומר לשלם, מפני שנהנה מהנכס בכך שחיובו נפרע, שהרי אילו לא כן היה מוכרח לשלם את החוב¹⁵⁹. הוא לא יוכל לטעון: "לא נהניתי בכך, משום שבלאו הכי הייתי יכול לשכנע את המלווה למחול לי", מפני שהעובדה שהמלווה גבה בכוח, מראה שלא היה משתכנע למחול¹⁶⁰.

פרק חמישי

שכרו של שומר שכר

עניין נלווה לעיסוק בחיובי התשלומים של שומר על נכס שאבד או נזוק, הוא עניין תשלום שכר שהובטח לשומר שכר תמורת שמירתו. תחילה יש לברר האם מפסיד שומר השכר את שכרו עקב אבדן הנכס.

חשין קובע באופן לאקוני, שאם שומר שכר הפך תנאי בהסכם, יש שיופטר בעל הנכס מלשלם לו את שכר השמירה, וזאת על פי דיני חוזים¹⁶¹. במשפט העברי עניין זה מפורט למדי. אם אבד הנכס באופן ששומר השכר נושא באחריות לאבדן, והוא מחויב לשלם עליו (דהיינו, כל מה שלא קרה באונס, כפי שראינו בסעיף 2(ב)), הוא לא יקבל את שכרו, גם אם שילם על האבדן. רק מי שמשלים את מלאכת השמירה שקיבל על עצמו, זכאי לקבל שכר על כך, ואם אירעה גנבה או אבדה (וכל שכן אם פשע), הרי לא שמר כראוי, ולא ביצע את מה שקיבל על עצמו. אף על פי שהוא משלם על הנזק, אין לראות זאת כהשלמת המלאכה שקיבל

¹⁵⁵ ב"מ מב ע"ב; רמב"ם, הלכות שאילה, ד, ט; טור, חו"מ, רצא, כז; שו"ע, חו"מ, רצא, כה. ראה על דין זה בחוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 12, 24, ר-48*.

¹⁵⁶ ב"מ, רמב"ם, טור ושו"ע שם*.

¹⁵⁷ תוספות, ב"ק קא ע"א (ד"ה או).

¹⁵⁸ שער משפט, רצא, ס"ק ד (השווה את סברת מהר"ש ענגל, בהערה 153).

¹⁵⁹ שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכד; מקור חיים, תמא, ס"ק ג, ונתיבות המשפט, קכח, ס"ק ה (כפי שהסביר שו"ת דובב מישרים, חלק א, סימן נג, שחייב גם אם לא פשע); שו"ת פקפו של יוסף, חלק ב, סימן נח. על חיוב שומר שנושהו לקח ממנו את הנכס בפשיעתו, ראה סעיף 2(א), במילואים להערה 219. על ערבות הדדית בין שומרים לגבי חיוב זה, ראה במילואים להערה 121, אות טו.

¹⁶⁰ מהרי"ט שם*.

¹⁶¹ מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א), 154, ה"ש 65.

על עצמו, אלא זהו חיוב נפרד המוטל עליו¹⁶². גם אם קיבל כבר את שכרו, הוא חייב להחזיר אותו לבעל הנכס¹⁶³.

אפילו אבד רק חלק מן הנכס, כגון ששכרו לשמור עשרה חפצים ואבד אחד מהם, הוא יפסיד את כל שכרו¹⁶⁴. אבל לגבי חלוקת הימים הדין שונה: אם שכרו בשכירות יומית, והנכס אבד ביום השישי, לדוגמה, הוא יקבל את שכרו לחמשת הימים הראשונים, ויפסיד רק את שכר היום השישי, מפני שכל יום הוא שמירה נפרדת ועבודה נפרדת¹⁶⁵. אם לא הייתה זו שכירות יומית, אלא שכירות לפי שבוע או לפי חודש, איבד את כל השכר של אותו שבוע או של אותו חודש שאבד בו הנכס, מכיוון שהוא נקבע כיחידה אחת¹⁶⁶.

אם התנה השומר בפירוש עם בעל הנכס שיקבל שכר גם אם תהיה גנבה ואבדה, תנאו קיים¹⁶⁷.

לעומת זאת, אם אבד הנכס באונס, כך שאין השומר חייב לשלם, הוא יקבל את שכרו, לאחר שיישבע שנאנס, כמוטל עליו¹⁶⁸. כאן הוא נחשב שהשלים את מלאכת השמירה שקיבל

¹⁶² שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן צ; יד המלך (לנדא), על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ב (בהשמטות בסוף הספר); שו"ת משפטים צדיקים, חלק ב, סימן מ; שו"ת נחפה בכסף, חלק א, חו"מ, סימן כו, דף קלו ע"ג (מפני שלא עשה את שליחותו); יד המלך (פלומבו), על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג; רא"ל קפלן, הפרדס, שנה לט, חוב' ג, עמ' 8; קצות החושן, רכו, ס"ק יא (שמשלם ומפסיד שכרו); חזקה רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה שע, בדעת רש"י; שו"ת בית דוד (טעביל), חו"מ, סימן א (דף ב ע"א); שו"ת אבני נזר, או"ח, סימן שכח, אות יג; שו"ת ברכת רצה, סימן פב; שו"ת מהר"י אסד, חלק ב, סימן ריא; דברי התורה, שג, ח (גם אם מביא לו נכס אחר מאותו סוג); ר' הענדיל, בשו"ת שפתי אברהם, סימן סב. ¹⁶³ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ נח ע"א (הובא בחזקה רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה שע, בשו"ת מעיין גנים, עבאדי, חו"מ, סימן כ, עמ' 287, ובערך ש"י, חו"מ, רצא, כו), ומנחת חינוך, מצווה נט (פה ע"ג), כותבים כך לגבי שומר קרקע או שטר (המקרה ליד ציון הערה 175), והדעת נותנת שכך הוא גם בשומר נכס רגיל, כשמשלם עקב גנבה ואבדה.

¹⁶⁴ תומים, סו, ס"ק סח (על שומר שטח גדול, ונגנבה תבואת חלק מהשטח); שו"ת בית דוד (טעביל), חו"מ, סימן א, דף א ע"ד (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, שא, ס"ק ב, ובנחלת צבי, שה, ג).

¹⁶⁵ פני יהושע, ב"מ נח ע"א (ד"ה אי); חידושי מהר"ם שיף, ב"מ נח ע"א; מעייני החכמה, ב"מ נח ע"א, מהדורא בתרא, אות קעד; תומים, סו, ס"ק סח (הובא בתהילה לדוד, חו"מ, סימן קלו, על סימן שא); נתיבות המשפט, סו, חידושים, ס"ק פז; הגהות הרש"ש, ב"מ נח ע"א (הובא בנפש חיה, ב"מ שם); ישועות יעקב, או"ח, שו, אחרי ס"ק ג (ד"ה והנה הראב"ד). רח"א מילר סבור שהשומר צריך להישבע (או להביא עדים) שהנכס היה קיים עד היום השישי, ורק אז יקבל את החלק משכרו, אלא שאינו צריך להישבע שנאנס. ¹⁶⁶ תומים שם, הובא בפתחי תשובה שם; הגהות הרש"ש, ב"מ נח ע"א; הרב השואל, בשו"ת בית דוד שם; מהר"ם שיף ומעייני החכמה שם; יד דוד, ב"מ נח ע"א (ד"ה לא); תהילה לדוד, שם, בדעת מגן אברהם, שו, ס"ק ז; שו"ת תורת אמת, סימן עג.

¹⁶⁷ מאירי, ב"מ נח ע"א, כותב כך לגבי שומר שכר שהתנה להיפטר מגנבה ואבדה (המקרה ליד ציון הערה 173), והדעת נותנת שהדין נכון גם בשומר שכר רגיל.

¹⁶⁸ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן צ וסימן קפה, ותשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כג; מאירי, ב"מ דף נח ע"א ודף פג ע"א; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ נח ע"א; מגיד משנה, הלכות שכירות, ב, ב, הובא בבית יוסף, חו"מ, סו, מא; כנסת הגדולה, חו"מ, שג, הגהות בית יוסף, אות כח, בשם ספר מישורים, נתיב ל, חלק ב; ש"ך, חו"מ, שג, ס"ק ה (הובא בשו"ת חוק ומשפט, סימנים שנו ורתנו, ובשו"ת תולדות יעקב, כהנא, חו"מ, סימן ז); מצוות המלך, מצווה נט, משנה הלכות; שו"ת נחפה בכסף, חלק א, חו"מ, סימן כו (קלו ע"ג); יד המלך (פלומבו), על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג; חזקה רבה, חו"מ, חלק ד, סימן שע; שו"ת תורת אמת, סימן עג; דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 916; תפארת ישראל, שבועות, פרק ו, בועז, אות ד; ר"א אדאדי, בשו"ת תעלומות לב, חלק ג, סימן כד; שערי תורה (לעזו), חלק א, דרוש בבית הכנסת אנ"ש בפראג, דף קל ע"ד; שו"ת אבן שתייה, סימן סז (עט ע"ג); שו"ת אהל

על עצמו, שהרי שמר כראוי, אלא שקרה נזק שלא הייתה לו שליטה עליו, והוא לא קיבל על עצמו לשמור מפני זה¹⁶⁹. בעל הנכס שכר אותו לשמור, ולהישבע אם ייזוק הנכס באונס; אילולא שכר אותו, לא היה שומר ולא היה צריך להישבע, ולכן תמורת השבועה מגיע לו שכר¹⁷⁰. מדובר כאן בשכר לתקופה עד זמן האונס, אבל את השכר שהבטיח לו על התקופה שלאחר מכן, לא יחויב לשלם. לדוגמה, אם שכר אותו לשמור נכס עבורו למשך שנה, ונאנס הנכס לאחר חצי שנה, עליו לשלם לו את מחצית השכר שקבע איתו. זהו כלל בדיני שכירות פועלים: אם קרה דבר שלא היו המעסיק או הפועל יכולים לצפותו, וכתוצאה מזה נעשתה המלאכה בלתי אפשרית, אין המעסיק חייב לשלם לפועל על מלאכה שלא היה יכול לעשותה לאחר האונס¹⁷¹. מלבד זאת, אם האונס קרה לשומר השכר עצמו, כגון שחלה, וכתוצאה מזה נגנב הנכס באונס, הוא יפסיד את שכרו גם על הזמן ששמר, כיוון שלא הביא שום תועלת לבעל הנכס בשמירתו. רק אם האונס שקרה היה אונס בנכס, כגון שאבד באונס, בעל הנכס יפסיד, משום שזה נחשב כאונס שקרה לבעל הנכס, וכלל הוא בשכירות פועלים, שאם לא הביא הפועל תועלת למעסיק, מחמת אונס, יקבל שכר רק אם האונס קרה למעסיק, שאז יכול הפועל לטעון: "אני מצדידי מוכן לעבוד", ולא אם האונס קרה לפועל¹⁷².

יש מקרים חריגים, ששומר שכר פטור בהם אף מגנבה ואבדה, אך גם במקרים הללו הוא יפסיד את שכרו, אם קרה נזק המוגדר כגנבה ואבדה. בכך שונה הפטרם מהפטר שומר שכר רגיל באונס, שאז אינו מפסיד את שכרו. להלן דוגמאות לדבר:

(א) התנה השומר עם בעל הנכס שדינו יהיה כשל שומר חינום, שפטור מגנבה ואבדה, התנאה זו מועילה, כפי שנראה בדיוננו בסעיף 14; אלא ששומר שכר זה יפסיד את שכרו במקרה של גנבה ואבדה¹⁷³.

(ב) אם הנכס הנשמר הוא קרקע או שטר, שומר השכר פטור מגנבה ואבדה (ואף מפשיעה, לדעה אחת), כפי שראינו לעיל¹⁷⁴. אך הוא יפסיד את שכרו אם הנכס נגנב או אבד¹⁷⁵.
 (ג) שומר שכר שמסר את הנכס לשומר אחר ברשות בעל הנכס (במפורש או מכללא), פטור אם נגנב הנכס או אבד; ולדעה אחת¹⁷⁶, הוא פטור גם אם לשומר המשנה אין במה לשלם, משום שהשומר נחשב שהסתלק לגמרי כשמסר לאחר ברשות והאחר בא במקומו. מאחר שזהו

משה (קצנלבוֹגן), סימן נט; שושנת יעקב, שג, ס"ק ב וס"ק ד; מעיין החכמה (על המצוות, דפוס לבור), דף כד ע"ב, אות סג; שו"ת נחלת שמעון, סימן ב; שו"ת מהר"י אסד, חלק ב, סימן ריא; קול שמואל (קונפורטי), פרשת נשוא.*

¹⁶⁹ רש"י, ב"מ נח ע"א (ד"ה בלסטים); יד המלך (לנדא), שם; חושן אהרן, סו, מ, בסופו.*

¹⁷⁰ חידושי חתם סופר, על הש"ך, שם.

¹⁷¹ תומים, סו, ס"ק סח; נתיבות המשפט, סימן סו, חידושים, ס"ק פח, וסימן שג, ס"ק ג, על פי שו"ע, חו"מ, שלד, א.*

¹⁷² נתיבות המשפט, סימן שג, ס"ק ג, וסימן שלה, ס"ק ג (הובא במנחת צבי, חלק ב, סימן ז, אות ז).*

¹⁷³ מאירי, ב"מ נח ע"א (מפני שסוף כל סוף לא נעשתה מלאכתו); שו"ת תורת אמת, סימן עג (הובא בש"ך, חו"מ, שה, ס"ק ב, בנתיבות המשפט, שא, ס"ק ה, בשו"ת מהר"י אסד, חלק ב, סימן ריא, בכנסת הגדולה, חו"מ, שג, הגהות הטור, אות כה, בלב מבין, על הרמב"ם, הלכות שקלים, ג, ט, בשו"ת תעלומות לב, חלק ג, סימן כו, ביד המלך, פלומבו, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג, ובמלאכת שלמה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג); אולם המשפט, שה, ד.*

¹⁷⁴ בסעיף 11(א), פרק ב.

¹⁷⁵ ב"מ נח ע"א.*

¹⁷⁶ שנראה בסעיף 7, פרק ב.

הטעם, הוא לא יקבל שכר על השמירה, כשאבד הנכס או נגנב, משום שרואים כאילו בעל הנכס לא שכר אותו לשמור, אלא שכר את האחר¹⁷⁷.

ד) שומר שפטור מתשלומין משום "בעליו עמו", דהיינו שבעל הנכס היה עמו במלאכתו בעת ההפקדה, ונגנב הנכס או אבד, לא יקבל את שכרו, משום שלא מילא את חובת השמירה המוטלת עליו¹⁷⁸.

במקרים שאמרנו ששומר שכר מפסיד את שכרו, הוא יפסיד את שכרו גם אם השכר לא הובטח תמורת השמירה אלא תמורת מלאכה אחרת שהוא עושה בנכס. דוגמה לכך היא אומן המקבל שכר על תיקון כלי או על עשייתו, שהוא שומר שכר¹⁷⁹. אם אבד ממנו הנכס בגנבה ואבדה (וכל שכן אם אבד בפשיעה), גם אם הוא פטור על הנזק מסיבה מסוימת, כגון באחד המקרים שמנינו כאן, הוא לא יקבל את שכר מלאכתו. זאת בהתאם לעיקרון "שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף": המשלם שכר, משלם אותו רק בסוף המלאכה, לאחר שהוא מקבל את המוצר המוגמר; וכאן, מאחר שלא קיבל את הכלי, אינו מחויב לשלם לאומן¹⁸⁰. אולם אם אבד הנכס באונס, יקבל האומן את שכר המלאכה, כפי שראינו לעיל, שאם אבד הנכס באונס, מקבל שומר השכר את שכר השמירה¹⁸¹.

יש מחלוקת בעניין זה, במקרה מיוחד של ספּל, שהוא מופטר אף ממה שמוגדר כ"גנבה ואבדה" מכוח תקנת חכמים – כדי שאנשים לא יירתעו מלעבוד בסבלות¹⁸². יש אומרים שאף לא יפסיד את שכר סבלותו, מחמת אותה תקנה¹⁸³. אך יש אומרים שאת שכרו הוא יפסיד, כדי שהסבלים ייזהרו בכל זאת בעבודתם, בידעם שאם יינזק הנכס, יפסידו את שכרם, אף אם לא יחויבו לשלם את ערך הנכס¹⁸⁴.

כעת נביא הלכות שונות בעניין תשלום שכר שומר שכר.

מה דינו של שומר שכר שלא שמר על הנכס בפועל, ואף על פי כן לא אירע כלום לנכס? מצד אחד אפשר לומר, שמאחר שקיבל על עצמו לשמור, ותמורת זה הובטח לו שכר, ולמעשה לא שמר, לא יקבל שכר. מצד שני, אפשר לומר שבעל הנכס מבטיח לו שכר תמורת התחייבותו לשלם אם יאבד הנכס על ידי גנבה ואבדה, מכיוון שבעל הנכס מעוניין להיות מבוטח כנגד

¹⁷⁷ שו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן כו (על שומר שכר שמסר לבני ביתו); ערך ש"י, חו"מ, רצא, כו (על שומר שכר שמסר לאחר בידיעת בעל הנכס).

¹⁷⁸ קצות החושן, שה, ס"ק ב; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כב; הגהות פורת יוסף, ב"מ מב ע"א; קול שמואל (קונפורטי), פרשת נשוא; זכרון יצחק (גולדשמיד), עמ' לט; אולם המשפט, שה, ד; שושנת יעקב, סו, מ (ס"ק מב).

¹⁷⁹ כפי שראינו בסעיף 1(ג), פרק ג, 3.

¹⁸⁰ נתיבות המשפט, סימן שה, ס"ק א, וסימן שסג, ס"ק ג (הובא במנחת חינוך, מצווה נט, דף פה ע"ג, בשו"ת בית דוד, טעביל, חו"מ, סימן א, דף ב ע"ב, בשו"ת דברי משה, זקס, סימן ד, ענף ה, במנחת צבי, חלק ב, סימן ז, אות ז, ובנחלת צבי, שה, ג); ערך ש"י, חו"מ, רצא, כו (על שכר הובלה).

¹⁸¹ בית דוד שם; רוב דגן (הלוי), שו, א (רכה ע"ד); שו"ת בני אהרן, סימן א (ג ע"ב); שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן ד. בית דוד נימק, שאף על פי שלא הביא שום תועלת לבעל הנכס, מכל מקום חייב בשכרו, משום שהאונס נחשב שבא מחמת בעל הנכס. ראה על כך במילואים להערה 172; ונראה שההבחנה האמורה ליד ציון הערה 172, מחמת מי בא האונס, אמורה גם כאן.

¹⁸² ראה על כך סעיף 2(ב), פרק ב, 5.

¹⁸³ סמ"ע, שד, ס"ק ג.

¹⁸⁴ ט"ז, חו"מ, שד, א.

הפסד כזה, ואם כן, יקבל את שכרו גם אם לא שמר. נפסק, שהשכר ניתן לו תמורת השמירה, ולכן לא יקבל שכר אם לא שמר¹⁸⁵.

נחלקו הפוסקים בדבר האפשרות שבעל הנכס יחזור בו מהתחייבותו לשלם שכר לשומר, אם קצבו ביניהם זמן מסוים לשמירה. יש אומרים, שמשעה שמשך השומר את הנכס, אין בעל הנכס יכול לחזור בו מהתחייבותו לשלם שכר על השמירה, משום שהשומר הוא כמו פועל, ומשיכת הנכס היא כמו התחלת המלאכה, שמאז אין המעסיק יכול לחזור בו¹⁸⁶. אך אחרים אומרים, שגם לאחר שמשך השומר יכול בעל הנכס לחזור בו¹⁸⁷. לדעתם, אין להשוות את משיכת הנכס להתחלת מלאכה; וגם אין לראות את המשיכה כמחייבת בתורת קניין, משום שמשכת הנכס מהווה קניין רק כשהנכס מיועד להיכנס לרשותו של המושך, ואילו לשומר שכר אין זכייה בגוף הנכס, ואין לומר שמשכתו מכניסה את הנכס לרשותו, ולכן אינה מהווה מעשה מחייב לגבי בעל הנכס¹⁸⁸.

לפי הדעה שאין בעל הנכס יכול לחזור בו, הוא חייב להמשיך לשלם שכר לשומר למשך הזמן שקבעו, גם אם מכר את הנכס לאחר, או הקדיש אותו, או הפקיר אותו, אם השומר ממשיך לשמור¹⁸⁹.

מת שומר השכר, זכאים יורשיו להמשיך לשמור את הנכס במקומו תמורת השכר שנקבע, עד תום התקופה שנקצבה (לפי הדעה הנזכרת, שאין בעל הנכס יכול לחזור בו). אם אינם רוצים בכך, וכבר שילם בעל הנכס שכר למוריש על כל התקופה, הם חייבים להחזיר לבעל הנכס את השכר שקיבל על הזמן שלא שמר¹⁹⁰.

על שכר שומר שכר חלים דיני אונאה, שלא כבשכר פועל, אלא כבשכר קבלן, משום ששומר שכר אינו נחשב פועל אלא קבלן¹⁹¹.

השומר נכס של חברו מְזַמְתו, אינו זכאי לדרוש שכר עבור זה, משום שהשמירה אינה מביאה לבעל הנכס תועלת מוחשית, אלא רק מרחיקה ממנו נזק ("מבריח ארי")¹⁹².

¹⁸⁵ כרם אפרים, מאמר ח, אות ב; שו"ת פני מבין (פריד), או"ח, סימנים קט"קסא; חקל יצחק, עמ' רנד.
¹⁸⁶ חידושי הר"ן, ב"מ צט ע"א (הובא על ידי ר"י יגל, ניב המדרשיה, תשכ"ח, עמ' כ, ובשם עולם, עמ' 475); ספר מישרים, נתיב ל, חלק ג; פלפולא חריפתא, על הרא"ש, ב"ק, פרק ז, סימן יא, אות ק (בלי הנימוק); גן נעול, כפתור ג, פרח ד, אות ג, בדעת הרמב"ן. כך עולה גם מגידולי שמואל שנביא בהערה 189.
¹⁸⁷ תורת חיים, ב"ק עט ע"א. דעה זו מובאת גם בר"ן שם, ומשם הובאה במחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ו.
¹⁸⁸ הר"ן שם, בהסבר הדעה האחרת.

¹⁸⁹ גידולי שמואל, ב"מ נו ע"ב (ד"ה ומה).
¹⁹⁰ דברי רו"נ גולדברג. אך הוא העיר שזה רק לדעה שפועל שחלה, צריך להחזיר שכר שקיבל על תקופת חוליו, ויש חולקים בזה.

¹⁹¹ נחל יצחק, עד, ס"ק ב. הדין שאין אונאה בפועל מקורו בשו"ע, חו"מ, רכז, לג; הדין שיש אונאה בקבלן מקורו שם, סעיף לו. בשאלה האם שומר נחשב פועל או קבלן, ראה גם סעיף 11, הערה 19.

¹⁹² דברי חיים, דיני שומרים, סימן ז, בהגהת בן המחבר. נראה שהוא נוקט מי ששמר מְזַמְתו, משום שבשומר חינוג רגיל פשוט לו שאינו יכול לדרוש שכר, כיוון שהעובדה שבשעת ההפקדה לא ביקש שכר, מוכיחה שהוא מחל על כך. וראה סעיף 8, פרק ג, 1, על זכות לשכר ראוי על פעולה נוספת מעבר לשמירה הרגילה.

עשיית פעולות למניעת נזק לנכס

6. שומר רשאי לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם לנכס, כאילו נתן לו בעל הנכס הרשאה לעשות כן.

הרשאה לעת
צורך

התוכן

פרק ראשון: כללי 337

1. עמדת החוק 337

2. עמדת המשפט העברי 338

פרק שני: תקפה של ההרשאה ("שומר רשאי... כאילו נתן לו בעל הנכס הרשאה לעשות כן") 340

פרק שלישי: האם השומר חייב לעשות את הפעולה? ("שומר רשאי") 342

1. עמדת החוק 342

2. עמדת המשפט העברי – במניעת נזק של גורם מבחוץ 345

3. במניעת נזק עקב פחת טבעי של הנכס 347

4. במניעת הפסד כספי על ידי מכירת הנכס 350

(א) פירות ההולכים להתקלקל 350

(ב) חמץ בערב פסח 351

(ג) החלפת מטבע וביטוח 353

פרק רביעי: הבדלים בין סוגי השומרים ("שומר") 355

1. כללי 355

2. שומר חינוך פטור מלהוציא הוצאות 355

3. שומר שכר חייב להוציא הוצאות 358

4. שואל 361

5. שומר אבדה 361

פרק חמישי: הנחיות שונות לאופן מכירת הנכס ("לעשות") 362

1. מכירה בבית דין 362

2. איסור על השומר לקנות לעצמו 363

3. הכסף מהמכירה 364

4. פעולות הדרושות להתרת שימוש הקונה בנכס 364

5. חשש שמאכל מופקד הוא תרומה 365

פרק שישי: הגבלת ההרשאה בחוסר יכולת לברר את דעת בעל הנכס
("פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש") 367

1. עמדת החוק 367

2. עמדת המשפט העברי 368

(א) במכירת נכס העומד להתקלקל 368

(ב) בטיפול בנכס כדי למנוע פחת טבעי 369

(ג) במכירת חמץ בערב פסח 369

3. הגבלת חובת ההצלה 370

פרק שביעי: קביעת מידת הפעולה הדרושה ("הדרושה באופן סביר") 373

1. הגבלת הרשות 373

(א) בטיפול שהשומר נהנה ממנו 373

(ב) טיפול העלול לפגוע בנכס 374

(ג) מכירה שאינה נחוצה 377

2. הגבלת החובה 377

(א) סבירות הטורח 377

(ב) סבירות הסיכון 378

(ג) סבירות התועלת 380

פרק שמיני: סבירות החשש לנזק ("נזק העלול להיגרם") 380

1. הגבלת הרשות – במכירת נכס 380

(א) היקף הפחת הטבעי הצפוי 380

(ב) מידת הסמיכות למועד שבו עתיד הנכס לאבד מערכו 382

2. הגבלת החובה 385

פרק תשיעי: סוג הנכס כמגביל את הרשות למכירתו ("לנכס") 386

1. עמדת החוק 386

2. עמדת המשפט העברי 387

פרק עשירי: פעולת הצלה שגרמה לנזק 390

1. עמדת החוק

הוראתו של סעיף זה היא שהרשות ביד שומר לעשות כל פעולה הדרושה למניעת נזק מן הנכס הנשמר, וניתנת לו הרשאה לעשות את הפעולה כאילו הרשהו לכך בעל הנכס במפורש. החוק קובע ש"שומר רשאי לעשות כל פעולה... למניעת נזק העלול להיגרם לנכס, כאילו נתן לו הבעל הנכס הרשאה לעשות כן". משמעות הדברים היא, שהשומר רשאי לנהוג בכל פעולות ההצלה שלו (בהגבלות המפורטות בחוק) כשלוחו של בעל הנכס, ופעולותיו יחייבו או יזכו את בעל הנכס.

אחד הביטויים למעמד זה של השומר מופיע בחוק זה בסעיף 8(ב): "כל שומר זכאי לשיפוי כאמור בסעיף קטן (א) עקב פעולה שעשה לפי סעיף 6". ביטויים אחרים יכולים להיות זכאותם של מצילים שנשכרו על ידי השומר לתבוע את שכרם ישירות מבעל הנכס, כיוון שהשומר פעל בשליחותו כששכרם¹, ויכולת השומר לבצע למען הצלת הנכס פעולות משפטיות, הדורשות את הרשאת בעל הנכס.

כמו כן, הרשות שנותן החוק לשומר לפעול בתנאים מסוימים למניעת נזק מהנכס, מעניקה לו הגנה מפני טענה אפשרית של בעל הנכס שפעולותיו אלה הן פעולות אסורות (עוולה נזיקת, הפרת חוזה או פעולה אסורה אחרת). משום כך, השומר פטור גם אם גרמה פעולתו נזק לנכס בשגגה².

גם בחוק השליחות, התשכ"ה-1965, סעיף 5(ב), שעניינו חריגה מהרשאה בתנאים דומים לתנאי סעיף זה, נקבעה הרשאה לשלוח לביצוע פעולה חריגה: "רשאי שלוח לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה באופן סביר לשמירה על ענייני השולח בקשר לנושא השליחות אף אם הפעולה חורגת מתחום ההרשאה". אך שם, בניגוד להרשאה שנקבעה בסעיפנו, קדמו להרשאה יחסי שולח-שלוח. גם בחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, סעיף 31(א), ניתנת לשותף בקרקע הרשאה לעשות פעולה הדרושה למניעת נזק לנכס השייך גם לשותפו, ולפי סעיף 32 שם, גוררת הרשאה זו חלוקת נטל ההוצאות בין השותפים. לפי חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיף 9(ב), אותה הוראה חלה גם על שותף במיטלטלין³.

הסיבה שהחוק יצר הרשאה זו רק לגבי שומר, שלוח ושותף, ולא לגבי כל אדם אחר הרואה שנסקף נזק לנכס של חברו היא, שאילו הייתה הרשאה כזאת נתונה לכל אדם, הייתה נוצרת

¹ ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, פסקה 90, מעלה אפשרות שאם השומר התקשר עם צד שלישי לצורך השמירה, התחייבותו תחייב את בעל הנכס כחלק מן ההרשאה בסעיפנו.*

² פרידמן, שם. הוא מוסיף שיש אפשרות שבעל הנכס ישא באחריות שילוחית בניזקין למעשה השומר, אם השומר גרם נזק לאחר בפעולתו.

³ פרידמן, שם, פסקה 33, מצביע על הצד השווה בחוקים אלו.

אנדרולומוסיה, והיה נפתח פתח לבעלי כוונות רעות לעשות בנכסי אחרים ככל העולה על רוחם⁴. בנוסף, אם נניח שהרשאה זו מהווה חובה על השומר לנקוט בפעולות הצלה, אפשרות שנעלה בפרק ג, ברור שהחוק לא היה יכול להטיל חובה כזאת על כל אדם, ורק על השומר ניתן להטיל חובה כזאת.

סעיפנו אינו מפרט את סוגי הפעולות הכלולות בהרשאה. שאלה היא האם כלולה בה גם מכירת נכס העומד להתקלקל, לשם הצלת ערכו. היה ניתן להבין מלשון החוק "למניעת נזק העלול להיגרם לנכס", שהכוונה היא ל"נכס" בעין, למעט מכירה, שביצועה לא יחזיר את גוף הנכס לבעליו אלא רק ערכו ישוב אליו. אך לשון החוק היא "שומר רשאי לעשות כל פעולה"; "כל פעולה" – משמעו גם מכירת הנכס. מכאן שיש לפרש את המילה "נכס" במובן רחב יותר, באופן שתורה לא רק על גוף הנכס, אלא גם על ערכו, דהיינו, שאם הנכס עומד להיפסד, רשאי השומר למכרו לשם הצלת ערכו⁵. פרשנות צרה של המילים "נזק העלול להיגרם לנכס", כמכוונות רק לנכס ולא לערכו, עלולה להביא אותנו למסקנה שאם הנכס רק עלול להיגנב, אבל יישאר בשלמותו, לא תהיה לשומר הרשאה לעשות פעולה למנוע זאת; וזה בוודאי אינו מתקבל על הדעת. לכן הפרשנות הרחבה נראית יותר.

נראה שהחוק מאפשר לשומר גם לתבוע בדין אדם שגנב את הנכס. גם את זה אפשר לראות כ"פעולה הדרושה למניעת נזק העלול להיגרם לנכס", משום שאם לא ייתבע הגנב, עלול להיווצר מצב, שלא יהיה אפשר להחזיר את הנכס בשלמותו⁶.

עוד כוללת ההרשאה שבסעיפנו – רשות להשתמש בנכס שימושים מסוימים הדרושים למניעת נזק, כגון חליבת פרה, או רכיבה על סוס (במידה מסוימת) לשמירה על כושרו⁷.

2. עמדת המשפט העברי

בדיונו בסעיף זה, נראה שגם עמדתו של המשפט העברי היא שנתונה לשומר רשות לעשות כל פעולה הדרושה למניעת נזק לנכס, כאילו קיבל הרשאה מפורשת מבעל הנכס. דבר זה בא לידי ביטוי ביחס לסוגים אחדים של נזק הנשקף לנכס, שמניעתם דורשת את הרשאתו של בעל הנכס:

(א) נכס העומד לאבד מערכו, והשומר יוכל למנוע את ההפסד רק על ידי מכירתו לפני שזה יקרה, וכך יקבל בעל הנכס לפחות את תמורתו, השומר רשאי למכרו. זאת על אף שבדרך כלל

⁴ בהלכה נדונה השאלה האם רשאי אדם זר למכור חמץ של חברו שאינו במקום, בערב פסח, כדי למנוע הפסד מבעל החמץ, מטעם "זכין לאדם שלא בפניו". שו"ת באר יצחק, א"ח, סימן א, ענף א, כתב שאדם זר יכול למכור מטעם "זכין".

⁵ שר המשפטים, בדברי הכנסת 44 (תשכ"ו) 215, נקט מכירת הנכס כדוגמה לפעולה דרושה. כמו כן, בהצעת חוק הטיפול באבידות, ה"ח התשל"א-1971, 165, 166, נאמר שמכוח הוראת סעיפנו, רשאי השומר למכור את הנכס, בתנאים מסוימים. כמו כן, פרידמן, שם, פסקה 95, פסקה 97 ופסקה 124, כתב שהדעת נותנת שאם הנכס עלול להתקלקל או להרקב, והשומר מוכר לטובת בעל הנכס, הוא נחשב מורשה מחמת הכרח, ואף קובע זאת כחובה. אך נ' כהן, "השפעת תניית פטור על זכות מעין-חוזית לקבלת כספים שהגיעו למתקשר מצד ג'", עיוני משפט ז (תשל"ט-תש"מ) 467, ה"ש 27, מעלה ספק האם סעיף 6 כולל הרשאה למכור. יצוין שבחוק השבת אבדה, סעיף 6(א), נקבע שמותר למוצא אבדה למכור את הנכס אם הוא עלול להתקלקל, או לאבד שיעור ניכר משווי, וכן למכור בעל חיים שהוצאות אחזקתו אינן סבירות. ראה על ליד ציון הערה 263.

⁶ דברי רח"א מילר.

⁷ י' ויסמן, חוק המשכון, עמ' 226.

אין אדם יכול למכור נכס שאינו שלו. דוגמה אחת לכך היא פירות שהתחילו להרקב, ועלולים להרקב עוד⁸. דוגמה שנייה היא בפיקדון של חמץ, כשהגיע ערב פסח, ואם לא יימכר לנכרי, יאסר בהנאה לעולם⁹. דוגמה שלישית היא של נכס שמחירו עומד לרדת, או שאדם תקיף עומד לקחתו, ואפשר למנוע את הנזק על ידי מכירתו¹⁰.

(ב) נכס העלול להתעפש אם יישאר במקומו תקופה ארוכה, וכדי למנוע זאת דרושות פעולות אוורור – על השומר לבצע פעולות אלה. המשנה¹¹ מטילה על מוצא אבדה חובה להציל את האבדה מפחת טבעי כזה: "מצא ספרים, קורא בהם אחת לשלושים יום [שמתעפשים כשששים מלפתחן – רש"י שם], ואם אינו יודע לקרות – גוללן [מתחילתן לסופן, שייכנס בהם האויר – רש"י]; מצא כסות, מנערה [כדי להוציא ממנה אבק ועפר שנפל עליה¹²] אחד לשלושים יום, ושוטחה לצרכה [לשלוט בה אויר שלא תכלה¹³ ולא תאכלנה עש – רש"י]; ... כלי כסף וכלי נחושת משתמש בהן לצרכן [שמתעפשיין בקרקע, שצריך לתיתן בקרקע... שזו היא שמירתן, ולפיכך משתמש בהם לפרקים – רש"י]". ברייתא¹⁴ מרחיבה את חובת הטיפול שנוכרה במשנה לגבי שומר אבדה, ואומרת: "כדרך שאמרו באבדה כך אמרו בפיקדון". כלומר, על כל שומר מוטלת החובה לטפל בנכס טיפול מונע נזק מסוג זה. השומר רשאי לעשות טיפול זה גם אם הדבר כרוך בשימוש בנכס, כפי שנפרט בפרק ז, 1 (א), ואין אומרים שהוא עובר בכך באיסור גזלה.

(ג) נגב הנכס, ונודע מי הגנב, על השומר להגיש כנגדו תביעה משפטית, אם זה דרוש כדי להוציא ממנו את הנכס¹⁵. בכוחו לתבוע את הגנב לדין, על אף שבדרך כלל אין בכוחו של אדם לתבוע אחר לדין על חובו כלפי אדם שלישי.

(ד) אם נשקפת לנכס סכנה כלשהי, שלמניעתה זקוק השומר לעזרתם של אנשים אחרים, עליו לקרוא לעזרת האנשים, ואם הם לא יסכימו לעזור לו בחינם, אלא בשכר, הוא רשאי לשכרם על חשבוננו של בעל הנכס. ובכלל, כל פעולה הדרושה לשמירת הנכס, רשאי השומר לעשותה גם אם היא כרוכה בהוצאות, ובעל הנכס חייב לשפות אותו על ההוצאות, כפי שנראה בדיוננו בסעיף 8. מקורו של דין זה בסוגיית התלמוד¹⁶ לגבי שומר בהמות, שחיות טרף תקפו אותו.

בכל המקרים הללו, מתיר המשפט העברי לשומר לעשות את הפעולות הדרושות למניעת הנזק, כאילו קיבל הרשאה מפורשת מבעל הנכס לעשות כך. הרבותא בכך היא בשני דברים: ראשית, בכלל פעולות אלה יש גם פעולות שיש לגביהן מניעה משפטית לפעול בנכס של חברו (כגון מכירת הנכס ותביעה לדין). שנית, יש מקום לחשוש להתנגדות בעל הנכס לפעולות האלה. בנכס ההולך ומאבד מערכו, ייתכן שהייתה לבעל הנכס זיקה מיוחדת לנכס, והוא יעדיף

⁸ ב"מ לח ע"א.

⁹ פסחים יג ע"א.

¹⁰ מקורות על כך, נביא בפרק ח, 1 (ב), ובפרק ט, 2.

¹¹ ב"מ כט ע"ב. מקורות נוספים העוסקים בחובה זו נביא בהקשר ההגבלות המוטלות עליו, ובמיוחד בפרק ג, 3; 1, 2; ז, 1 (א).

¹² פסקי הרי"ד, ב"מ שם.

¹³ בפסקי הרי"ד: תבלה.

¹⁴ ב"מ ל ע"א.

¹⁵ מקורות לכך נביא בפרק ב ובפרק ג, 2.

¹⁶ ב"מ צג ע"ב.

לקבל חזרה את הנכס גם כשיפחת ערכו, מלקבל את דמיו שמלפני שנפחת. לגבי פעולה הכרוכה בהוצאות, שתהיינה על חשבוננו של בעל הנכס, ייתכן שהוא לא היה מוכן להוציא הוצאות להצלת הנכס. למרות כל זאת, רשאי השומר לפעול.

שאלה עקרונית המתעוררת מיד היא, על סמך מה ניתנת לשומר רשות לבצע פעולה בנכס למרות השיקולים האמורים, בלי לקבל רשות מפורשת מבעל הנכס? בשאלה זו נדון בפרק ב. הגבלות אחדות מוטלות על הרשות הניתנת לשומר לבצע פעולות אלה: צריך שזו תהיה פעולה שאכן דרושה למניעת הנזק – על כך ראה פרק ז; וצריך שיהיה ברור שאכן עלול להיגרם לנכס נזק – בכך נדון בפרק ח. תנאי אחר הוא שהמצב יהיה שאין אפשרות לשאול את פי בעל הנכס בעניין; ונפרט תנאי זה בפרק ו. יש שהרשות משתנה בהתאם לסוג השומר (ראה פרק ד) או בהתאם לסוג הנכס (ראה פרק ט). בפרק ה נמנה כללים אחדים ששומר המוכר את הנכס צריך לנהוג לפיהם.

בצד השאלה של הרשות הניתנת לשומר לבצע פעולה הדרושה למניעת נזק, יש גם השאלה של החובה המוטלת על השומר לבצע פעולה כזאת: האם מוטלת עליו חובה כזאת, ואם כן, האם אי מילוי חובה זו יגרור אחריו חיוב בתשלומין (אם הנכס אבד או ניווק כתוצאה מכך)? את עמדות החוק והמשפט העברי בעניין זה נברר בפרק ג. דיון זה מהווה השלמה לדיוננו בסעיף 2 בהגדרת אחריותו של השומר למקרי אבדן או נזק לנכס. שם דגנו במקרים שהנזק היה נמנע אילו הניח השומר את הנכס במקום שמור יותר, או אילו היה השומר ליד הנכס כל העת – שמירה סבילה; כאן הדיון הוא על אחריות השומר לנזק שלשם מניעתו הייתה דרושה פעולה מעשית – שמירה פעילה.

אחדות מן ההגבלות החלות כאמור על הרשות לביצוע פעולה, חלות גם על החובה. לגבי כל הגבלה נדון בהגבלת הרשות ובהגבלת החובה, זה בצד זה. בפרק י נדון בהפטרו של שומר שפעולת ההצלה שלו גרמה לנזק בשוגג.

פרק שני

תקפה של הרשאה

(“שומר רשאי... כאילו נתן לו בעל הנכס הרשאה לעשות כן”)

על פי החוק, ההרשאה לשומר לפעול אינה הרשאה מכללא, הנובעת מיחסי שומר-בעל נכס, אלא היא ברייה משפטית חדשה – “הרשאה לעת צורך”, כלשון כותרת סעיף זה (ובגוף החוק, “כאילו נתן לו בעל הנכס הרשאה לעשות כן”). אם כן, השליחות כאן היא יצירה משפטית שרירותית של החוק, ואינה מוקנית באחד מן האופנים המוזכרים בחוק השליחות, התשכ”ה-1965, סעיף 3(א). אולם בבדיקה של שליחות זו יש תועלת מרובה, אם משום יכולתו של השומר לבצע פעולות הצלה אשר לשמן הוא זקוק להרשאת בעל הנכס, ואם משום עידודו של השומר לפעול להצלת הנכס. יש להדגיש, שאי תלותה של ההרשאה בדעת בעל הנכס מלמדת על קיומה גם כשהלה מודיע לאחר מעשה שהוא אינו חפץ בפעולות השומר שנעשו במסגרתה.

במשפט העברי, עולה מעמדו של השומר כשליח בעל הנכס, מתוך הדיון בחיוב בעל הנכס

להשיב לו את ההוצאות שהוציא לשם הצלת הנכס, חיוב שנעסוק בו בדיוננו בסעיף 8. שם נביא את דברי הריטב"א, המסביר את חיובו של בעל הנכס בהשבת הוצאות ההצלה, בכך שמאחר שהשומר עשה את שעשה מפני השמירה שקיבל עליו, הוא הופך להיות שלוחו של בעל הנכס לעשייה זו. מאחר שהוא עשה את שליחותו של בעל הנכס, הוא זכאי בהשבת הוצאותיו. כלומר, מינוי השומר על ידי בעל הנכס לשמור על הנכס, מקנה לו מעמד של שלוחו בכל הפעולות המתחייבות מן המינוי הזה.

יש להדגיש, שהריטב"א רואה את השומר כשליח בעל הנכס לעניין שכירת המצילים, רק בשומר שכו, כיוון שרק הוא חייב על פי תנאי שמירתו לשכור מצילים, ואילו שומר חנם, שאין מוטל עליו לשכור מצילים, אלא רק לקרוא להם לסייעו בחינם (כפי שנראה בפרק ד), אינו שליח בעל הנכס לעניין השכירות¹⁷.

נראה שכללו של הריטב"א, שהשומר הוא שלוחו של בעל הנכס לביצוע פעולות ההצלה, קיים גם לגבי שואל, מפני שגם פעולות ההצלה שלו נעשות מפני השמירה שקיבל עליו. נכון הוא שיתכן שהמניע שלו בפעולותיו אינו חובת השמירה אלא טובת עצמו, שהרי בכל מקרה שיאבד הנכס יחויב בהשבה מלאה, שכן שואל חייב אף באונס, כפי שראינו בסעיף 2(ג), ולכן גם לא יקבל החזר על הוצאותיו, כפי שנראה להלן¹⁸. אך אין הדבר גורע ממינויו לשליח בגין חובת השמירה, לכל מה שמתבטא משליחות זו – מלבד השבת ההוצאות. אף על פי שבעל הנכס יקבל שיפוי מן השואל על כל נזק שיקרה, מכל מקום הוא מעדיף לקבל את הנכס עצמו חזרה, ולכן יש להניח שהוא מוכן לייפות את כוחו של השואל לפעול בשליחותו למנוע נזק לנכס, כשיש צורך בכך¹⁹.

דוגמה נוספת של הרשאה הנובעת מחובת השמירה, היא זכותו של השומר לתבוע לדין את מי שגנב ממנו את הנכס, זכות שהזכרנו בפרק א, 2. אדם רגיל – אין בכוחו לתבוע לדין אדם שני על חיובו שלפי אדם שלישי. בכל זאת, ניתנת לשומר הרשאה לתבוע את הגנב על גנבת הנכס. ההרשאה נובעת מכך שאחריותו היא לתבוע ממנו את הנכס²⁰. אולם גם במקרים שהוא אינו מחויב בכך, כפי שנפרט בפרק ג, 2, הוא יוכל לתבוע אותו, ולא יוכל הגנב לטעון כלפיו: "אינך בעל דיני, כיוון שאין מוטל עליך לתבוע אותי"²¹. הסיבה שהוא יכול לתבוע בלי הרשאה מפורשת מבעל הנכס, גם כשאינו מחויב, היא, שבכל זאת הדבר מוטל עליו יותר מכל שאר אדם, כיוון שהנכס היה נתון לשמירתו בעת שנגנב²².

ביטוי מעשי אחר להרשאת השומר, שהזכרנו בפרק א, 2, הוא יכולתו למכור נכס לשם הצלת ערכו. לכאורה, מאחר שאין אדם יכול למכור דבר שאינו שלו, אין מכירתו של השומר יכולה להיות בעלת תוקף. לאלו הסוברים שמכירת נכס לשם הצלת ערכו כלולה בחובות השמירה של השומר, דעה שנביא בפרק ג, 4, ניחא. על פי העיקרון שהניח הריטב"א, נתון

¹⁷ ראה על כך סעיף 8, פרק ב.

¹⁸ בסעיף 8, פרק ה.

¹⁹ דברי רח"א מילר.

²⁰ שו"ת הרמ"ה, סימן שז. לגבי עמדת החוק בשאלת זכותו של שומר לתבוע גנב, ראה מ' חשין, מיטלטלין בדין הנויקין (ירושלים, תשל"א) 20-26, ולעיל, סעיף 5, ליד ציון הערה 141.

²¹ הרמ"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק קח ע"ב (על מקרה שנשבע השומר ואחר כך הוכר הגנב); תרומת הדשן, סימן שח (הובא בשו"ת בית יעקב, צויזמיר, סימן ח, ובשו"ת מנחת יצחק, חלק ג, סימן קכו, ס"ק ז); ב"ח, חו"מ, רצד, יא; פרישה, חו"מ, רצד, יא.

²² ב"ח שם*.

לשומר מינוי של שליחות מבעל הנכס לבצע פעולות הכלולות בחובות שמירתו, ומאחר שהמכירה היא פעולה כזאת, היא מקבלת תוקף עקב העשותה בשליחות בעל הנכס.²³ אולם לדעת פוסקים אחרים, שנביא שם, בפרק ג, 4, אין מכירת הנכס לשם הצלתו כלולה בחובות השמירה, והשומר חייב בה רק משום מצוות השבת אבדה, ולכן אין לראות את השומר כשליח של בעל הנכס במכירה על פי העיקרון שהניח הריטב"א. איך פוסקים אלו יסבירו את יכלתו של השומר למכור דבר שאינו שלו?

הסבירו אחרונים, שיכולת השומר למכור את הנכס נובעת מן הכלל: "זכין לאדם שלא בפניו". מכירה כזאת, שעל ידה ניצל ערך הנכס, היא "זכות" לבעל הנכס, ולכן השומר יכול לבצע אף שלא מינהו בעל הנכס להיות שלוחו לכך.²⁴

דין זה של "זכין לאדם שלא בפניו", יש המסבירים אותו מטעם שליחות. מאחר שדבר פלוני הוא זכות לאדם, יש להניח שנוה לו שיהיה חברו שלוחו בדבר זה, והרי זה כאילו עשאו במפורש שליח לזכות עבורו.²⁵ נמצאנו למדים, שגם כאשר אין השומר משמש שלוחו של בעל הנכס מכוח העיקרון של הריטב"א, כגון במכירת נכס, לדעה שהיא אינה מחובות השמירה, הרי השומר משמש שליחו של בעל הנכס מכוח הכלל: "זכין לאדם שלא בפניו", בכל פעולה שהוא עושה בנכס לטובת בעל הנכס.

יש נפקות בין שני סוגי השליחות האלו במקרה שבעל הנכס מודיע לאחר מעשה שאין דעתו נוחה מפעולת השומר. גילוי דעת כזה אינו משפיע כלל על קיום קשר שליחות הנובע מחובות השמירה (העיקרון של הריטב"א), אך הוא מבטל שליחות מטעם "זכין לאדם שלא בפניו", כיוון שהלה גילה שעבורו אין זו זכות.²⁶

בסיכום, ניתן לומר שעמדת החוק ועמדת המשפט העברי מתאימות באשר לעצם הענקת מעמד של שליח לשומר, וההבדל ביניהן קיים רק לגבי מקורה של השליחות. לפי המשפט העברי, מקורה בחובות השמירה או בדין "זכין לאדם שלא בפניו". לעומת זאת, לפי החוק, מעמד השליח שיש לשומר אינו תוצאה של דין קודם אלא הוא קביעה מיוחדת לחוק השומרים.

פרק שלישי

האם השומר חייב לעשות את הפעולה? ("שומר רשאי")

1. עמדת החוק

במצב שהשומר רשאי לפעול להצלת הנכס, משום שיש להניח שבעל הנכס יסכים לכך, מתעוררת השאלה האם מוטלת עליו חובה להצילו בדרך זו. התשובה לשאלה זו תלויה בהגדרת המושג "שמירה". אם "שמירה" פירושה גם השתדלות

²³ שו"ת שם עולם (סטול), סימן ב, ס"ק ז, בהערה, כתב שלדעה שמכירת החמץ היא מחובות השמירה, המכירה מועילה כיוון שהיא מחובת השומר, אבל לדעה שהיא רק מצד השבת אבדה, נחוץ הסבר אחר.*

²⁴ שו"ת נאות דשא (אייבשיץ), סימן לט.*

²⁵ ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך זכין לאדם שלא בפניו, ליד ציון הערה 13.

²⁶ ראה אנציקלופדיה תלמודית שם, ליד ציון הערה 27.*

פעילה למנוע את אבדנו של הנכס או את נזקו, הרי כשקיבל השומר על עצמו את שמירת הנכס, הוא התחייב כלפי בעל הנכס גם להגן עליו ולהצילו. לעומת זאת, אם אין "שמירה" כוללת בתוכה השתדלות פעילה למניעת נזק העלול להיגרם לנכס, מעולם לא התחייב השומר כלפי בעל הנכס להציל את הנכס.

כדי לברר מה כוללת חובת השמירה המוטלת על השומר, עלינו לאמוד את כוונתו של בעל הנכס – מה הוא רוצה שהשומר יעשה? יש להניח שהשומר מתכוון לקבל על עצמו לעשות את מה שבעל הנכס מצפה ממנו (אם אמנם ברור במידה סבירה שזאת כוונת בעל הנכס, כך שהשומר היה יכול להבין זאת מעצמו), שאם לא כן, היה לו לטרוט לשמור, או להתנות עמו להפחית מאחריותו. מאחר שמה שהשומר מקבל על עצמו לעשות, קובע את היקף החובות המוטלות עליו, מובנת החשיבות שבאומדן כוונתו של בעל הנכס.

ובכן, ניתן היה לומר שבעל הנכס מצפה מן השומר רק לפעולה פאסיבית – להניח את הנכס במקום כזה שיקשה לגנבים למצאו שם, ושבו יהיה מוגן מפני אש ומפני רטיבות ודומיהן. אך קשה לומר שרק לשם כך מסר לו בעל הנכס את הנכס לשמירה, שכן את זאת היה יכול לעשות בעצמו (אלא אם כן הוא אדם שאין בבעלותו מקום הנשמר היטב מפני גנבים ושאר נזקים). סביר יותר לומר שבעל הנכס מצפה מן השומר לשבת ליד הנכס לשמרו (דבר שבעל הנכס אינו יכול לעשות בעצמו, מפני שאינו יכול להיות כבול למקום מסוים), באופן שעצם הימצאותו ליד הנכס תרתיע גנבים – שחוששים מפני גילוי זהותם (כלומר, גם אם יצליחו לגנוב את הנכס, בהנחה שהשומר לא יעשה פעולה למנוע זאת, הם חוששים שלאחר מעשה הוא יודיע את זהותם), וגם תרתיע חיות, החוששות באופן טבעי מבני אדם, גם מאדם שאינו עתיד לנקוט פעולה נגדם. אך יש נזקים אחרים שיכולים לקרות לנכס גם כשהשומר לידו – גזלתו בידי אדם שאינו חושש לגילוי זהותו, ועוד. יש להניח שבעל הנכס רוצה שהשומר יפעל למנוע נזקים אלו, שאם לא כן, הנכס יהיה חשוף לסכנה של אותם נזקים, בלי שתהיה שום הגנה מפניהם (אלא אם כן נניח שלבעל הנכס לא אכפת שלא תהיה הגנה מפני נזקים אלו, משום שהם נדירים יחסית, ודי לו בכך שהשמירה תמנע את הנזקים היותר שכיחים, שמנינו לעיל). מבחינה זו, יהיה די לבעל הנכס אם השומר יודיע לו על נזק כזה העומד לקרות, כדי שבעל הנכס ידע עליו, ויוכל לדאוג למניעת הנזק. בכך יש לבעל הנכס תועלת מן השמירה, אף לגבי נזקים מן הסוג האחרון. אך ניתן לומר גם שבעל הנכס מצפה שהשומר ינקוט אז פעולות הצלה משלו, ולא יסתפק בהודעה לבעל הנכס, משום שלעתים הודעה כזאת אינה אפשרית, או שתיצור עיכוב שיחבל בסיכויים להצלת הנכס.

מסקנתנו מן האמור היא, שיש מקום מבוסס לתפיסה שנקיטת פעולות להצלת הנכס כלולה בחובת השמירה.

בסעיף 1(א) לעיל מוגדרת שמירת נכס כ"החזקתו כדין שלא מכוח בעלות". אין ללמוד מכך שמה שמוטל על השומר הוא רק להחזיק את הנכס, ואין מוטל עליו להשתדל להגן על הנכס מפני אבדן או נכס. הלא לפי סעיף 2(ד) מוטלת על שומר חובה להודיע לבעל הנכס בכל מקרה שנשקפת סכנה לנכס, והודעה בוודאי אינה כלולה במשמעות של "החזקה". אלא, צריך לומר שלא התכוון המחוקק שם לקבוע את גבולות חובתו של השומר, אלא התכוון רק לקבוע תחום למקרים הבאים תחת הוראותיו של חוק השומרים, ולהוציא מקרים של החזקת נכס שלא כדין, או של החזקה מכוח בעלות, מתחולתו של חוק השומרים. אולם ניתן ללמוד מלשון החוק בסעיפנו, "רשאי לעשות כל פעולה", שזו רק רשות: רוצה

— יפעל, אינו רוצה — אינו חייב לפעול. הנה אומר, שהפעולה למניעת נזק, שסעיף זה עוסק בה, אינה בכלל חובת השמירה של השומר²⁷.

לעומת זאת, מעיון בסעיף 2(ב) נוכל להגיע למסקנה הפוכה. שם נאמר: "שומר שכר אחראי לאבדן הנכס או לנזק, זולת אם נגרמו עקב נסיבות, שלא היה עליו לחזותן מראש, ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן". מכאן, שאם היה בידו של שומר השכר למנוע את הפגיעה בנכס בפעולה אקטיבית (כלשון "למנוע"), היה עליו לעשות כך, ואם לא עשה כך, הוא חייב באחריות לנזק. הרי שמצינו בחוק חובה של שומר להשתדל למניעת אבדן הנכס או נזק²⁸. ואין נראה לומר שזוהי חובה המוטלת על שומר שכר בלבד ולא על שומר חנם, שכן גם שומר שכר כלול בהוראתו הסתמית של סעיף 6.

סתירה זו ניתן ליישב, אם נגביל את מה שלמדנו מהמילה "רשאי" שהשתדלות אינה חובה, רק לאותם מקרים שנחוצה בהם הרשאה לקיום פעולות השומר. נסביר את היסוד להבחנה זו: יש פעולות הצלה ששומר יכול לעשות בלי ההרשאה הניתנת בסעיפנו, כגון בקשת עזרה חנם מאנשים אחרים. בפעולות אלה אין סעיפנו עוסק, שכן לא נחוצה להן הרשאה. לכן לגבי פעולות כאלה אין הוכחה מהמילה "רשאי" שהן אינן חובה, שהלא המילה "רשאי" אינה מתייחסת אליהן. לעומת זאת, לגבי פעולות ההצלה שדרושה להן הרשאה, שמנינו דוגמאות להן בפרק א, 2, ובהן עוסק סעיפנו, ניתן ללמוד מהמילה "רשאי" (המתייחסת לאותן פעולות) שהפעולות האלה אינן חובה על השומר.

ואכן, הדעת נותנת שאם זו פעולה פשוטה, שאינה דורשת הרשאה, חובה היא על השומר לעשותה; ואילו פעולה יותר מורכבת, שדרושה לה הרשאה, חידוש הוא שהוא בכלל רשאי לעשותה, ולכן אין לחייב בה את השומר²⁹.

השופט שיינבוים קבע ששומר צריך לנקוט פעולה למנוע נזק לנכס, כשיש צורך בכך, ולא די שיימנע מגרימת נזק. הוא השווה זאת להוראת פקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיף 35, שאם בעל משלח יד לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה, זוהי רשלנות³⁰.

מהוראת סעיף 2(ד), המטילה על השומר חובה להודיע לבעל הנכס על נזק הנשקף לנכס, ניתן להבין שאם אינו יכול להודיע לו, הוא פטור מלהודיע לאדם אחר כדי לבקש את עזרתו במניעת הנזק. ניתן להסביר זאת בכך שאין ביטחון סביר שאדם אחר יסכים לעזור לו להציל את הנכס בחינם (משכירת עוזרים בשכר הוא פטור לפי האמור לעיל, כיוון שזו פעולה הדורשת הרשאה), וההשתדלות המוטלת על השומר היא רק כזאת שיש לה סיכוי סביר להצליח. מסיבה

²⁷ אבל ייתכן שהחוק נקט "רשאי" לא כדי ללמד שזו אינה חובה, אלא רק כדי ליצור הרשאה זו, הנחוצה לשם תוקפן המשפטי של פעולות השומר, כאמור לעיל, ולאחר ההרשאה קיימת, ממילא חלה עליו חובה להשתמש בה.

²⁸ לפי ר"ש שראל, אין הבנה זו מוכרחת. לדעתו ניתן לומר שהמלים "ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן" רק מגדירות מצב שבו לא התחייב השומר באחריות הנזק, ואינן מציינות את סיבת ההפטר מחובת השמירה, מפני שבלאו הכי היה פטור, גם אילו היה יכול למנוע.

²⁹ לפי ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, פסקה 59, במקרים מסוימים חלה על השומר חובה לפעול, כך שאם יימנע מפעולה, הדבר ייחשב הפרת חובתו כלפי בעל הנכס.

³⁰ ע"א 341/80 עלי נ' ששון ואח', פ"ד (3) 281, 288. גם מ' ויגודה, חוק לישראל, השבת אבדה, עמ' 98, הערה 8, סבור שמאחר שהשומר רשאי לעשות פעולה למניעת נזק, כגון מכירת הנכס, הרי אם לא עשה פעולה זו, יש בכך משום רשלנות, והוא חייב לשלם על הנזק. כמו כן, י' ויסמן, חוק המשכון, עמ' 226, סבור שזאת לא רק רשות אלא חובה. ראה גם ע"א 1439/90 מ"י (רכבת ישראל) נ' הום, פ"ד (2) 346, 363, הקובע שלשומר לא די ב"שב ואל תעשה", אלא עליו לעשות.

זו מוטל עליו רק להודיע לבעל הנכס, מפני שיש להניח שבכל מצב ינסה בעל הנכס בכל כוחו להציל את הנכס.

החוק בסעיף 4 פוטר שומר מאחריות לנזק שנגרם לנכס עקב בלאי טבעי. אך ייתכן שהפטר זה אינו כולל בלאי טבעי שהיה ביכלתו של השומר למנוע על ידי טיפול מתאים.

2. עמדת המשפט העברי – במניעת נזק של גורם מבחוץ

לפי המשפט העברי, חייב שומר לפעול למניעת נזק שסיבתו היא גורם מבחוץ (על מניעת נזק שסיבתו היא פחת עצמי של הנכס, נדון בפסקאות דלהלן). כפי שהבאנו בפרק א, 2, התלמוד אומר ששומר חייב בתשלומי הנזק אף אם הוא לבדו לא היה יכול להציל את הנכס, כיוון שהיה לו "לקדם ברועים ובמקלות", דהיינו לקרוא לאחרים לעזרתו, ולא עשה כן. חיוב תשלום זה מטיל התלמוד בין על שומר חנם ובין על שומר שכר. כמובן, שומר חנם יהיה חייב רק במקרה שאי העשייה שלו הייתה בגדר רשלנות; ואילו שומר שכר יהיה חייב גם אם לא הייתה זו רשלנות, ובלבד שזאת לא תהיה בגדר אונס – אם לא הייתה לו שום אפשרות להציל, הוא פטור.

המקרה הנקוט בתלמוד הוא של בהמה שחיות באות לטרוף אותה. חובת ההצלה קיימת גם ביחס לסכנות אחרות שסיבתן היא גורם מבחוץ: טביעה בנהר³¹; מושל מקומי שלקח את הנכס עם מות בעל הנכס, בטענה שאין לו יורשים והוא יורשו כמושל, וניתן להצילו ממנו בטענה שזהו נכס של אדם אחר³²; שודדים או גנבים שגנבו ואפשר לצעוק לעזרה ולהציל מידם בעזרת אנשים נוספים³³; נכס המצוי בתוך בית בוער ואפשר להוציאו³⁴; מוביל שקיבל את הנכס מן השומר להוביל למקום מסוים, והתברר שהוא רוצה להובילו בדרך מסוכנת, ואפשר להוציא את הנכס מידי³⁵; שומר שנשלח לו שק חתום של חפצים, בצירוף מכתב שבו נרשם משקל החבילה, ויש לחשוש שהמוביל גנב מן השק כמה חפצים ממה ששלח לו בעל הנכס, ואם השומר פותח את החבילה מיד כשמקבל אותה, ומונה את הכלים ומוצאם חסרים, הוא (או בעל הנכס) יכול לתבוע את המוביל, אבל אם יתן לשליח קבלה וימנה אותם רק אחר כך, לא יוכל לתבוע³⁶.

חיובו של שומר חנם בתשלומי הנזק במקרה זה, אף על פי ששומר חנם אינו חייב אלא בפשיעה, מעיד בבירור שההשתדלות להציל בעזרת אחרים כלולה בחובות השמירה שלו, ולפיכך אם התרשל ולא מילא חובה זו, הוא חייב, כדין שומר חנם שפשע. כל שכן שלגבי שומר שכר כלולה ההשתדלות להציל בעזרת אחרים בחובות השמירה שלו. שומר שלא נקט פעולה להציל את הנכס, חייב גם אם לא הזהירו אותו לפני כן שהוא חייב

³¹ שו"ת הרשב"ש, סימן עב.

³² שו"ת דברי ריבות, סימן רצב, ושו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שפח.

³³ ב"מ צג ע"ב.

³⁴ שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן כ; שו"ת מנחת שי (שור), חלק ב, סימן סב (ושחייב לבקש עזרת אנשים נוספים, אם זה נחוץ). מקורות נוספים לכך נביא בפרק ד.

³⁵ שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לה (בנידונו לא היה זה שומר ממש, אלא מי שקיבל על עצמו אחריות על נכס – מבטח); שו"ת שפת הים, חו"מ, סימן ס (שחובה על השומר ללחוץ על המוביל שיקחנו דרך מסוימת ולא בדרך מסוכנת).

³⁶ שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן פו; שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קמב (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצב, ס"ק ד).

לעשות כן³⁷, משום שכל אדם סביר מביין מעצמו שמוטל על שומר לעשות פעולה כזאת, והוא היה עושה כך אילו היה נכס שלו.

כמובן, אם ניסה השומר להביא אנשים לעזור לו להגן על הנכס, אבל האנשים לא הסכימו, משום שפחדו מן השודדים או מן החיות, השומר פטור, משום שהוא עשה את כל שביכולתו³⁸. סוג אחר של מניעת נזק של גורם מבחוץ, המוטלת על השומר, הוא אם נגנב הנכס, ונודע מי הגנב, וניתן להוציא ממנו את הנכס על ידי הגשת תביעה משפטית נגדו. אם אין בעל הנכס רוצה לטרוח בתביעה זו, חובה על השומר לתבוע את הגנב בבית דין כדי להוציא ממנו את הנכס, כפי שהזכרנו בפרק א,³⁹.

מאחר שזהו נזק הצפוי מגורם מבחוץ, מניעתו היא מחובות השמירה של השומר. לפיכך, אם התרשל השומר ולא קיים את חובתו לתבוע את הגנב, ובינתיים מת הגנב, או עזב את המקום, ולכן אי אפשר לתבוע, הוא חייב לשלם⁴⁰. רק אם השתדל לתבוע, ולא הצליח להוציא ממנו, הוא פטור⁴¹.

השומר צריך לתבוע את הגנב גם אם נגנב הנכס באופן שאין האחריות לגנבה מוטלת על השומר, כגון שנגנב באונס⁴² וכגון שומר חנם שהנכס נגנב ממנו שלא בפשיעתו⁴³. הסיבה שהוא חייב לתבוע את הגנב, אף על פי שלא היה אחראי על הגנבה, היא, שכשם שאילו נכח בשעת הגנבה, היה עליו לטרוח ולעמוד כנגד הגנב להציל את הנכס, ואם לא עשה כך, הוא נחשב פושע, וחייב גם אם הוא שומר חנם, כך גם כאן, כשנתפס הגנב, עליו לטרוח להציל מידו – סופו כתחילתו⁴⁴. כל זמן שהוא יכול לתבוע את הגנב בדין, אין לראות את הגנבה כאונס, ואם לא תבע אותו, זו פשיעה. גם שומר חנם שככלל אין מוטל עליו לטרוח טרחה יתרה, חייב לתבוע את הגנב, משום שאין זאת טרחה יתרה לתבוע לדין, שהרי בית הדין יכול לפסוק את הדין מיד ולחייבו⁴⁵. מאחר שהנכס נגנב מרשותו בעת שהוא היה שומר עליו, הוא חייב לעשות את כל מה שביכולתו כדי להחזירו לבעליו⁴⁶.

חייב התביעה קיים גם כשאי אפשר לתבוע את הגנב בבית דין של ישראל, כגון שהגנב נכרי, ואפשר לתבוע רק בערכאות הנכרים⁴⁷.

אם ידוע שהגנב הוא תקיף ואי אפשר יהיה להוציא ממנו אפילו בתביעה בדין, מפני שאין כוח ביד בית הדין לכופו מחמת אלמותו, השומר פטור מלתבוע⁴⁸.

³⁷ שו"ת תשורת ש"י, סימן תקכב.

³⁸ שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן פח. ראה גם סעיף (ב)2, ליד ציון הערה 97, על שומר שניסה להציל ולא הצליח.

³⁹ ב"ק קח ע"ב*.

⁴⁰ שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן קה*.

⁴¹ שו"ת מקור ישראל, חו"מ, סימן מ; ערוך השולחן, חו"מ, רצד, ח.

⁴² זה המקרה הנקוט בתלמוד.

⁴³ ב"ח, חו"מ, רצד, י; סמ"ע, רצד, ס"ק ו; שו"ת שערי רחמים, חו"מ, סימן ל.

⁴⁴ חידושי הרשב"א, ב"ק שם (הובא בשושנת יעקב, רצד, ס"ק ב, באמרי בינה, דיני דיינים, סימן ל, ד"ה והנה, ובחזון איש, חו"מ, סימן ח, ס"ק ג).

⁴⁵ הרמ"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק שם, הובא בשושנת יעקב, רצד, ס"ק ד*.

⁴⁶ ש"ך, חו"מ, רצד, ס"ק ט*.

⁴⁷ אור זרוע, חלק א, סימן תשעב (הובא בים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן נג, ובש"ך, חו"מ, רצג, ס"ק ט*).

⁴⁸ דברי מרדכי (גלנטי), קולו של משה, דרוש קול דברים, דף קעט ע"ב. גם שו"ת אבקות רוכל, סימן קמ, כותב שחייב לתבוע רק אם ברור שיוכל להוציא ממנו, אבל אם אינו יכול להוציא ממנו, פטור מלתבוע (אך לא

לפי דעה אחת, גם אם נגנב הנכס בניסיונות שבהן לא היה השומר אחראי (כגון שנגנב באונס), חייב השומר לשלם תחילה לבעל הנכס, ואז יתבע את הגנב, והוא (השומר) יגבה ממנו (מהגנב)⁴⁹. מאחר שהוא יחזור ויגבה מהגנב, אין לו הפסד מכך שישלם תחילה, וזו רק טרחה, ועל שומר מוטל לטרוח כשאין זה כרוך בתשלום כסף מכיסו⁵⁰. לדעה זו, גם אם כבר עמד הגנב בדין וחויב, בעל הנכס יכול לדרוש מן השומר לשלם לו, והשומר יגבה מן הגנב, ואין מוטל על בעל הנכס לפנות לגנב בעצמו, מפני שאין לו עסק עמו⁵¹.

מאחר שחייב השומר לשלם, לדעה זו, הוא רק מתוך הנחה שהשומר יחזור ויגבה מן הגנב, וכך לא יפסיד מכך ששילם, הרי אם בסופו של דבר לא הצליח השומר לגבות מן הגנב בבית דין, הוא חוזר וגובה מבעל הנכס את מה ששילם לו⁵². מאותה סיבה, השומר חייב לשלם רק אם ברור שהוא יזכה בדין, ויצליח להוציא מן הגנב, ויש עליו רק הטרחה לתבעו בדין – טרחה זו מוטלת עליו. אבל אם אין זה בטוח שיזכה, אינו חייב לשלם בתחילה לבעל הנכס, מפני שאין מוטל עליו לשאת בהפסד כספי עקב התביעה⁵³.

לעומת זאת, דעה אחרת אומרת שאין השומר חייב לשלם בתחילה, אם הנכס נגנב באופן שאין השומר אחראי לו (כגון באונס), ומוטלת עליו רק הטרחה לתבוע את הגנב בדין⁵⁴. לדעה זו, אין לחייב את השומר לשלם, מפני שבכך שהנכס נגנב באונס, כלתה שמירתו, אלא שמכל מקום מוטל עליו לטרוח כיוון שהנכס נגנב מרשותו, אבל אינו חייב לשלם משום כך. זאת בניגוד לשיטה הראשונה, הסוברת שלא כלתה שמירתו בכך שנגנב הנכס באונס⁵⁵. שיטה זו סבורה שאין לחייב את השומר לשלם בשעה שבפנינו נמצא הגנב, שהוא החייב העיקרי⁵⁶. במקרה שהנכס נגנב בפשיעת השומר, עליו לשלם לפני שהוא תובע את הגנב, גם לדעה השנייה, וזאת גם אם לא יוכל להוציא ממנו בדין, שהרי כבר חל עליו חיוב לשלם בשעה שנגנב הנכס, עוד לפני שנתפס הגנב⁵⁷.

3. במניעת נזק עקב פחת טבעי של הנכס

שומר המקבל על עצמו שמירת נכס מתכוון בעיקר להתחייב לשמור מפני גורמי נזק הבאים מחוץ לנכס. לא ברור האם השמירה מפני נזק הבא כתוצאה מפחת טבעי של הנכס כלולה

כתב מה הדין כשיש ספק האם יוכל להוציא ממנו). אך ערך לחם, חו"מ, שה, ב, כותב שחייב לתבוע אפילו אין לגנב במה לפרוע. רח"א מילר הסביר, שתביעת הגנב תועיל בזה שבית הדין יחייב את הגנב לשלם ברגע שיהיה לו במה לשלם.

⁴⁹ רש"י, ב"ק שם, ד"ה ואם שומר (הובא בסמ"ק מצוריך, מצווה רנא, עמ' עה, ובמחנה יהודה, חסמן, סימן ז, עמ' קלט), ובתשובות רש"י, סימן פ; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צג ע"ב; מאירי, ב"ק שם וב"מ שם.⁵⁰ אור זרוע, ב"ק, סימן תכז; תרומת הדשן, סימן שח וסימן שכה; שו"ת מגיד מראשית, חלק ב, סימן ה (כא ע"ג); שו"ת מקור ישראל, חו"מ, סימן מ (שאף שומר חנים חייב לטרוח).⁵¹ פרישה, חו"מ, שה, ב.

⁵² פרישה, שם; שו"ת משפטים ישרים (גאון), סימן טו.⁵³ ש"ך, חו"מ, רצד, ס"ק ח (הובא בדברי מרדכי שצוין בהערה 48).

⁵⁴ הרמ"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק שם; חידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש, ב"ק שם.⁵⁵ שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לה.⁵⁶ אשל אברהם (ניימרק), ב"ק שם.

⁵⁷ דברים אחדים, דרוש כ (קז ע"ב); דברי חיים, דיני שומרים, סימן יד.

בחובות השמירה. אפשר, שמאחר שבמקרה זה מקור הנזק הוא בנכס עצמו, יכול השומר לטעון כלפי בעל הנכס: "הרי שלך לפניך".

במשפט העברי יש התייחסות רבה לשאלה זו. כפי שראינו בפרק א, 2, המשפט העברי מטיל על שומר לבצע בנכס טיפולים הנחוצים להציל אותו מפחת טבעי, כגון ניעור בגדים, גלילת ספרים, ושימוש בכלים. יש מן הפוסקים הסבורים שחובת השומר לטפל בנכס טיפול מונע עיפוש, אינה מחובות השמירה. נראה שכך היא דעת הרמב"ם, שכתב: "הפקיד אצלו כסות של צמר, מנענעה אחת לשלושים יום. כדרך שאמרו באבדה כך אמרו בפיקדון, וכן כל כיוצא בזה, שזו חובה עליו משום השב אבדה לבעלים"⁵⁸. משמע, שזו חובת השבת אבדה, אבל לא מחובות השמירה.

הסיבה שהטיפול הזה אינו מחובות השמירה היא, שעיקר חיוב השומר הוא לשבת ולשמור, ודי בשיבתו כדי למנוע מגנבים ומחיות לבוא ולהזיק לנכס, וישיבתו זו היא פעולת השמירה; וגם קריאת אחרים לעזרתו למנוע נזק מגורם מבחוץ (ראה פסקה 2) כלולה בחובות השמירה, מפני שהיא רק עניין של שמירה מעולה יותר. אבל הצלה מריקבון או מַעֵש אינה באה על ידי פעולת שמירה בלבד, לשבת ולשמור, אלא היא מעשה של פועל, העושה פעולות ניקיון, ואין זה מחובות השמירה⁵⁹.

מאחר שחובה זו היא "משום השב אבדה לבעלים", כלשון הרמב"ם, הרי גם אם התרשל השומר ולא טיפל בנכס, ונגרם לו נזק, הוא פטור, מפני ש"לא מצינו שיתחייב לשלם מי שאינו משיב אבדה"⁶⁰. מצוות השבת אבדה אינה מחייבת את המוצא בחובות משפטיות כלשהן כלפי בעל הנכס באופן שיוכל לתבעו לשלם אם התרשל בהן, כמו שאינו יכול לתבעו אם השאיר את האבדה במקום שמצא אותה.

עלינו להעיר שהפטר זה חל על כל השומרים⁶¹ מלבד שואל. שואל, מאחר שהוא חייב באונס, הוא חייב על כל פחת טבעי של הנכס, גם אם לא הייתה לו שום דרך למנוע. קל וחומר, אם כן, שיהיה חייב על נזק שהיה יכול למנוע, גם אם פעולת המניעה אינה מוגדרת כחובת שמירה. חיובו של שואל אינו על חוסר שמירה, אלא הוא אחריות כוללת על כל מה שיקרה לנכס, כפי שהסברנו בדיוננו בסעיף 2(ג), ולכן יהיה חייב אף בענייננו.

לעומת שיטה זו, דעת התוספות היא שחיוב השומר לטפל בנכס, כדי שלא יתקלקל, הוא מחיובי שמירתו. בלשונם: "כיוון שהוא שומר, יש לו לעיין שלא יתקלקל [הנכס] אף על פי שהבעלים אינם אומרים לו"⁶². בעל הנכס סומך עליו שייזהר לטפל בנכס, כדי למנוע קלקול, ועל דעת זה קיבל עליו השומר את שמירת הנכס⁶³.

שיטה שנייה זו סבורה, שאף על פי ששמירה כפשוטה היא רק ישיבה לשומר, שבכך נמנעות גנבה וטרפת חיות וכדומה, מכל מקום כלולות בחובות השמירה גם פעולות טיפול בנכס, שבהן

⁵⁸ רמב"ם, הלכות שאילה, ז, ד, וכלשונו כתב גם סמ"ג, עשה פח, בסופו*.

⁵⁹ חלקת יוסף, סימן כז, ס"ק א. יש להוסיף, שהזעקת אחרים לעזרתו – עיקר מטרתה היא להבריח שודדים או חיות על ידי הימצאות אנשים רבים, והיא בגדר שומר ולא פועל, וגם אם הוא נאלצים להילחם עם השודדים או עם החיות, זה טפל לתפקידים העיקרי, מה שאינו כן בפעולות נגד עש, שעיקרן – פעולות נקיון*.

⁶⁰ לשון מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לה, הכותב שהרמב"ם פוטר אם אירע נזק*.

⁶¹ הנימוקים דלעיל קיימים גם בשומר חינוס וגם בשומר שכר, והפוסקים סתמו ולא עשו הבחנה ביניהם*.

⁶² תוספות, ב"מ ל ע"א (ד"ה לצורכו). כך כותב מחנה אפרים בדעתם*.

⁶³ תוספות הרא"ש, ב"מ שם.

השומר משמש "פועל". הרי בסופו של דבר יצטרך להשיב את הנכס בשלמות, ואם כן יש עליו חיוב להיזהר בנכס ולשמור אותו מכל גורמי הנזק, כדי שיוכל להשיבו בשלמות, וזה מטיל עליו גם חובה לעשות פעולות של פועל שאין להן קשר למעשה שמירה⁶⁴.

ניתן להסביר בדרך אחרת: חובת הטיפול יסודה אמנם במצוות השבת אבדה, שמחמתה תיקנו חכמים שהשומר יטפל בנכס כדי למנוע פחת טבעי, אבל מאחר שהוא קיבל את הנכס לשמירה, הוא קיבל אותו על מנת לנהוג בו בכל דיני שמירה כפי שתקנו חכמים, וממילא גם טיפול זה נכלל בחובות השמירה⁶⁵.

מאחר שחובת הטיפול היא מחובות השמירה, לדעה זו, אם התרשל השומר ולא טיפל בנכס, ואירע לו נזק מחמת אי הטיפול, הוא חייב בתשלומי הנזק⁶⁶.

גם דעת השולחן ערוך היא כדעת התוספות. השולחן ערוך⁶⁷ כותב לגבי משכון⁶⁸, שאם הוא נפחת בהיותו ביד המלווה משום שלא ניערו כראוי, הוא חייב לשלם את הפחת. חיוב המלווה בתשלומי הנזק נובע בוודאי מתפיסת הטיפול במשכון-בפיקדון כחלק מחובות השמירה שלו.

לשיטה זו, השומר חייב אם לא טיפל, בין אם הפחת הטבעי התחיל לפני ההפקדה, ובין אם התחיל רק אחרי ההפקדה⁶⁹.

מקרה דומה למקרה של פחת טבעי של נכס, הוא של בהמה שחלתה (הכוונה למקרה שחלתה שלא מתוך רשלנות מצד השומר), והשומר היה יכול להצילה על ידי שיטפל ברפואתה, ולא עשה כך, והבהמה מתה. יש מי שפסק, שכאן השומר פטור, מפני שהריפוי אינו חלק מחובת השמירה שלו אלא חיוב כהשבת אבדה, ולכן אינו חייב אם לא ריפא. זאת בניגוד להצלת הבהמה מחיות טורפות ומגנבים, שהיא מוגדרת כחובת שמירה, מפני שלשם כך נתבקש לשמור – לשמור מחיות ומגנבים⁷⁰. פסק זה מתאים לשיטה שטיפול בנכס למנוע עיפוש אינו מחובות השמירה. לשיטה שטיפול כזה הוא מחובות השמירה, נראה שאף טיפול לרפואת בהמה חולה הוא מחובות השמירה. והרי הדברים קל וחומר: אם טיפול המונע עיפוש הוא חובה גם אם הנזק טרם התחיל, כאמור, קל וחומר שחובה היא לרפא בהמה שמחלתה כבר הופיעה.

⁶⁴ חלקת יוסף, סימן כז, ס"ק א. צריך להוסיף, שחובת השבת הנכס בשלמות אין בה כדי לחייב שומר באונס, מפני שהאונס עצמו הוא כמו השבת הנכס (קצות החושן, שה, ס"ק ב). על חובת ההשבה, ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 4, סעיף 5, במילואים להערה 98, וסעיף 11, הערות 258-261. חידושי ר' אריה לייב מאלין, חלק א, סימן עח, מסביר את הדעה המחייבת, שאף על פי שלא פשע בעצם השמירה, מכל מקום עצם זה שלא קיים דברים שהשמירה מחייבת שומר לעשות, נחשב פשיעה – שלא עשה את המוטל עליו.

⁶⁵ תומים, עב, ס"ק מג, ובספרו מטה יהונתן, אור"ח, תמג, על מגן אברהם, ס"ק ה. ניתן להסביר כאן גם על פי ההסברים שניתנו לגבי מכירה, ליד ציוני הערות 78, 79, ו-88. צריך להוסיף, ששיטה זו אינה מקבלת את התפיסה של אבן האזל, ליד ציון הערה 74, ששומר אינו מקבל על עצמו אחריות לנזק שבא ממילא, מהנכס עצמו.

⁶⁶ כך לומד מחנה אפרים מדברי התוספות שם. כמו כן, תוספות הרא"ש, ב"מ ל ע"א, כותב שאם לא טיפל

בכלים למנוע חלודה, זו פשיעה*.

⁶⁷ שו"ע, חו"מ, עב, ל*.

⁶⁸ שהמלווה אחראי עליו כשומר – ראה סעיף 1(ג), פרק ג, 8.

⁶⁹ כנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות ז, בשם ר' אברהם מוטאל*.

⁷⁰ אמירה נעימה תניינא, חלק א, מאמר נד*.

4. במניעת הפסד כספי על ידי מכירת הנכס

(א) פירות ההולכים להתקלקל

בפרק א, 2, ראינו שהמשפט העברי מתיר לשומר למכור פירות ההולכים וחסרים. הפוסקים קבעו שזאת לא רק רשות אלא חובה (כפי שנביא בהמשך). אלא שהפוסקים נחלקו בשאלה האם זו חובה מחובות השמירה, ואם התרשל ולא מילא אותה, הדבר יגרור את חיובו בתשלום הנזק שנגרם עקב כך לנכס; או שהחובה היא חלק ממצוות השבת אבדה, וגם אם פשע ולא מכר את הנכס, הוא פטור, שכן "לא מצינו שיתחייב לשלם מי שאינו משיב אבדה".

יש להדגיש שהשאלה מתעוררת רק אם החיסור לא נגרם עקב רשלנותו של השומר. אבל אם התרשל השומר והניח את הפירות במקום או בצורה העלולים לגרום לריקבון הפירות או לאכילתם על ידי עכברים, ועקב כך חסרו הפירות, הוא חייב לשלם על פשיעתו זו, בלי קשר לשאלה האם ניתן לחייבו על הפשיעה שבאי המכירה.⁷¹ השאלה היא לגבי מקרה שעצם הריקבון הוא אונס, כגון שלא היה יכול למנוע את התחלת הריקבון, ולא היה יכול למנוע את המשכו לאחר שהוא כבר התחיל, או שלא היה יכול באופן סביר לדעת שמקום הנחתם או צורת הנחתם יגרמו לריקבון.⁷²

פוסקים רבים⁷³ סבורים שאין המכירה בכלל חובות השמירה של השומר, ולכן אין לחייבו באחריות לנזק שנגרם בגין אי ביצוע המכירה. לדעתם, חובת המכירה נובעת ממצוות השבת אבדה, כלשון המשנה "מפני שהוא כמשיב אבדה לבעלים", ואינה מחובות השמירה. נימוקם של פוסקים אלו הוא, שאין שומר מתכוון לקבל על עצמו אחריות לנזק שאינו בא מגורם מבחוץ, אלא מתקלקל מצד עצמו, ממילא⁷⁴.

גם מי שלא קיבל נימוק זה, ומשום כך מחייב שומר שלא ביצע בנכס טיפול למניעת פחת טבעי, כדעה שהבאנו בפסקה 3, יוכל לומר שהחיוב למכור אינו מחיובי שמירה. ניתן לומר שרק טיפול שבא למנוע ריקבון הנכס ועיפושו כלול בחיוב שמירה, כמו שמירה מפני גנבה וטרפת חיות, מפני שאלו באים להציל את גוף הנכס. לעומת זאת, מכירת הנכס, שאינה מצילה את הנכס, אלא מצילה את ערך הנכס, ומצילה את בעל הנכס מהפסד, אינה מוטלת על השומר, מפני שהצלה זו אינה באה על ידי שמירת הנכס אלא על ידי משא ומתן שאינו בגוף הנכס, ואין בזה חיוב על השומר יותר מעל אדם זר.⁷⁵

אולם פוסקים אחרים פסקו שאם לא מכר השומר את הנכס, הוא חייב לשלם על נזק שייגרם מכך, מפני שלדעתם המכירה היא מחובות שמירתו.⁷⁶

⁷¹ ראה סעיף 2(א), במילואים להערה 219. דברי חבר בן חיים, ב"מ לח ע"א, מדגיש שאם אבדו על ידי שאינם משתמרים, חייב על החיסור, וזאת גם במקרה שעדיין חסרו רק כדי חסרונם, כך שאסור לו למכור.*

⁷² ר"ש מטווארג, בשו"ת אפריון דוד, סימן כד, כותב שהריקבון והחימוץ הם אונס (כלומר, במשנה מדובר במקרה שהיה אונס, שלא היה יכול למנוע), ולכן זו השבת אבדה לבעליו שימכור, שאם לא נטיל עליו למכור, וירקב, יופטר.

⁷³ מאירי, פסחים יג ע"א, כותב שאם מוכר "תבוא עליו ברכה", משמע, שאינה חובה.*

⁷⁴ אבן האזול, הלכות גולה ואבדה, יג, יא. ראה בשמו במילואים להערה 59.*

⁷⁵ חלקת יוסף, סימן כז, ס"ק א (אלא שבמסקנתו הוא כותב שאם נאמר שיש לשומר חיוב השבה, הוא חייב גם בהצלה של מכירה); שו"ת חיים שאל, חלק ב, סימן לח, אות צו, ובספרו שיורי ברכה, חו"מ, רצב (שהכסף שיקבל הוא "פנים חדשות").*

⁷⁶ חכמת שלמה, חו"מ, רצא, ו (המביא ראייה מחיוב שומר שלא טיפל — ראה בשמו במילואים להערה 67); שו"ת יורו משפטיך ליעקב, סימן קמה; מגן גיבורים, ב"מ לח ע"א.*

לפי הפוסקים הללו, דברי המשנה "מפני השבת אבדה" אינם באים להוציא את חובת המכירה מחובות השמירה, ולצמצמה לגדר של מצוות השבת אבדה. לדעתם, המשנה נאלצה לנמק בכך את רשותו של השומר למכור, על אף האפשרות להתנגדות למכירה מצד בעל הנכס. השיקול של הצלת הרכוש, המשולה להשבת אבדה, דוחה את החשש להתנגדות אפשרית, ואף על פי שספק הוא האם בעל הנכס מתנגד, רשאי השומר למכור משום מצוות השבת אבדה⁷⁷. מכל מקום, מאחר שחכמים הטילו על השומר חובה זו מטעם השבת אבדה, זו הופכת להיות חלק מחובות השמירה, ומאחר ששומר המקבל על עצמו את שמירת הנכס, מקבל על עצמו את כל החובות הקשורות לשמירה כפי שתיקנו חכמים, לכן אם לא קיים חובה זו, הוא חייב⁷⁸. שיטה זו, בניגוד לקודמתה, סבורה שיש להניח שבעל הנכס הפקיד את הנכס אצל השומר על דעת שאם יתקלקל הנכס, השומר ימכרו כדי להציל את ערכו, ולכן גם השומר קיבל זאת על עצמו, ואם כן זו חובה מחובות השמירה⁷⁹.

כנגד נימוקה של השיטה הקודמת, שיש חיוב שמירה רק על הנכס ולא על ערכו, וכאן, כשהוא מוכר אותו, הוא אינו מתקן את הנכס עצמו אלא רק מציל את ערכו – כנגד זה סבורה שיטה זו, שיש חיוב שמירה גם לגבי ערך הנכס. ראיה לדבר: שומר שהייתה לפניו הבררה האם לתת את הנכס לגולן או לתת אותו ל"חמסן", הנותן תמורה, והניח לגולן לגולו, הדעת נותנת שהוא חייב על אי הצלת ערך הנכס, על אף שהנכס עצמו היה אובר בכל מקרה; הרי שיש חיוב שמירה גם על ערך הנכס⁸⁰.

(ב) חמץ בערב פסח

מקרה אחר של שומר הרשאי למכור את הנכס הוא של שומר חמץ, והגיע ערב פסח, והחמץ עומד להאסר, כפי שראינו בפרק א, 2. גם כאן התעוררה שאלה האם מכירת החמץ היא מחובות השמירה. שאלה זו אינה תלויה בהכרח בשאלה המקבילה לעניין פירות מרקיבים. בפירות מרקיבים, גוף הנכס עומד להיפגע, וכתוצאה מכך ייפגע גם ערכו. מאחר שהשומר קיבל עליו לשמור את גוף הנכס, יש מקום לחייבו לנקוט פעולות למניעת הפגיעה או למניעת תוצאותיה. לעומת זאת, במקרה של חמץ, גוף הנכס לא ייפגע, ורק ערכו ייפגע, וניתן לומר שאת ערכו לא התחייב השומר לשמור כחלק מחובות השמירה, אלא שעליו למכרו משום השבת אבדה, אבל לא יהיה חייב אם לא מכרו⁸¹.

מלבד זאת, במקרה של חמץ, ניתן לפטור את השומר בנימוק שבעל החמץ היה יכול למכור אותו במקומו, מפני שידע שיאסר בפסח, כך שמכירת השומר אינה נחוצה בהכרח (אלא שבכל

⁷⁷ שו"ת דברי שלום ואמת, או"ח, סימן יח, מסביר שזה בא לנמק מדוע לא נאמר שגם ביותר מכדי חסרונן לא ימכור מטעם "אדם רוצה בקב שלו" – שבכל זאת המכירה נחשבת הצלה, וגם אם בעל הנכס טוען שהיה רוצה בקב שלו, בטלה דעתו (ראה ליד ציון הערה 26, בשאלה האם המכר בטל אם בעל הנכס מוחה אחר כך).

⁷⁸ תומים, עב, ס"ק מג, ובספרו מטה יהונתן, או"ח, תמג, ב (לגבי חמץ). וראה הערה 65.

⁷⁹ מגן גיבורים, ב"מ לח ע"א.

⁸⁰ אבן האזל, הלכות גולה ואבדה, יג, יא, כותב סברה זו כדחייה לאפשרות שבמכירה פטור בעוד שבטיפול חייב. אך רז"ג גולדברג סבור שהשיטה האחרת אכן תפטור גם כאן.

⁸¹ חזון יחזקאל, תוספתא, ב"מ ג, ג.

זאת מוטל עליו למכרו, שמא שכח בעל החמץ למכרו, וכך מלבד הפסדו הנוכחי, יעבור באיסור החזקת חמץ בפסח⁸²). זאת על אף שחייבנו את השומר שלא מכר פירות מרקיבים, מפני ששם בעל הפירות לא ידע שחסרו, שיוכל למכרם במקומו⁸³.

בשאלה זו נחלקו הפוסקים. יש מן הפוסקים שפוטרים שומר חמץ שלא מכר אותו בערב פסח⁸⁴. יש מהם המנמקים זאת בנימוק הכללי (הקיים גם לגבי מכירת פירות מרקיבים), שמכירת נכס להציל את ערכו אינה מחובות השמירה. השומר מקבל על עצמו רק לשמור את החמץ, שיהיה שמור לבעליו, ולא יחסר ממנו מאומה עד שיחזירנו לבעליו בשלמות, אבל לא קיבל על עצמו למכור אותו. מכירה אינה בגדר שמירה, שהרי במכירה זו הוא מוציא את החמץ מרשות בעליו, היפוך המגמה הרגילה של שמירה. אלא, חיוב המכירה הוא רק מצד השבת אבדה⁸⁵.

יש המנמקים את הפטר בנימוק האמור לעיל, שהיה לבעל הנכס למכרו בעצמו, גם אם הוא במקום רחוק, כיוון שידע שהחמץ יאסר בערב פסח⁸⁶.

לעומתם, יש שפסקו שאם השומר לא מכר את החמץ, הוא חייב⁸⁷. הם סוברים שאף לגבי חמץ המכירה היא מחיובי השמירה של השומר, על אף שאין פגיעה בגוף הנכס, ועל אף שהמכירה אינה מתקנת את הנכס עצמו, ובאה רק להציל את בעל החמץ מהפסד. אין בעובדות אלה כדי לגרוע מקבלת השמירה הסתמית שקיבל עליו השומר, ויש לפרש סתמיות זו ככוללת כל פעולה שתמנע נזק הקשור לנכס⁸⁸.

שיטה זו אף אינה מתחשבת בנימוק שהובא לעיל, שיש לפטור את השומר שלא מכר מפני שהיה לבעל החמץ למכרו בעצמו. בעל החמץ היה רשאי לסמוך על כך שהשומר ימכור את החמץ, כיוון שידע שזאת חובתו של השומר⁸⁹. מאחר שהשומר קיבל עליו את השמירה, עליו לעשות לטובת הנכס את כל שביכולתו, ועליו מוטל לשמור, ולא על בעל החמץ⁹⁰. מלבד זאת, היה לשומר לחשוש שמא ישכח בעל החמץ למכרו, או שמא לא ימצא קונים, כיוון שקשה למצוא קונים לנכס שהקונה רחוק ממנו ואינו רואה אותו⁹¹.

⁸² אליהו רבה, אור"ח, תמג, ס"ק ד. יש להעיר שפוסקים נחלקו בשאלה האם במקרה זה יעבור השומר, או בעל החמץ, על האיסור.

⁸³ שו"ת דברי שלום ואמת, אור"ח, סימן יח.

⁸⁴ ט"ז, אור"ח, תמג, ס"ק ד, וערוך השולחן, אור"ח, תמג, ז, פטרו בלי לנמק.*

⁸⁵ שו"ע הרב, אור"ח, תמג, ח, הובא במשנה ברורה, תמג, ס"ק יב.*

⁸⁶ שושנת יעקב, רצב, יז; ר' אליהו מלובלין, בשו"ת יד אליהו, סימן יט; והליכות אליהו, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, ג, ד (הנוקט שלא קיבל על עצמו שמירה כמה שבעל הנכס יכול לעשות), פוטרים בנימוק זה.*

⁸⁷ מגן אברהם, אור"ח, תמג, ס"ק ה (הובא במקראי קודש, אבולפיה, תמג, ב, בשו"ת אורח ישר, סימן י, נתיב א, במפרשי הים, על הים התלמוד, ב"ק עא ע"ב, אות כג, בישועות יעקב, אור"ח, תמ, ס"ק א, בזכותא דאברהם, לנדא, עמ' צב, במהד' תשכ"ה, בשו"ת תרשיש שוהם, סימן קה, בקהילות יעקב, פסחים, סימן ד, בשו"ת מנחת ש"י, שור, חלק א, סימן לב, בשו"ת בית אפרים, אור"ח, סימן לז, ד"ה ולפי"ז אף, בשו"ת תשורת ש"י, סימן תקצג, בחוקי חיים, קופמן, הלכות פסח, אות כט, בשו"ת חסד לאברהם, תאומים, מהדורא קמא, חו"מ, סימן יט, בספר מהר"ם שיק על המצוות, מצווה נד, אות א, ועל ידי ר"מ לוין, התורה והמדינה, שנה ט, עמ' תקסה); שו"ת חתם סופר, אור"ח, סימן קה, וחידושי חתם סופר, ב"מ מה (ד"ה והנה תירץ).*

⁸⁸ תומים, עב, ס"ק מג (ראה ליד ציון הערה 78); דברי חיים, דיני חמץ, סימן י.*

⁸⁹ מגן אברהם שם.*

⁹⁰ דברי חיים שם.

⁹¹ חתם סופר שם; אורח מישורים, סימן עו. גם שו"ת אור שמח, חלק ב, סימן יד, הסביר שהחיוב הוטל על השומר, מפני שמבעל הנכס לא ירצו אנשים לקנות, כיוון שהחמץ אינו אצלו.

שתי נקודות אלה מצטרפות יחד, והדבר מובהר יותר: חכמים לא היו יכולים לפטור את השומר מלמכור, תוך הסתמכות על כך שבעל החמץ ימכור, שהרי ייתכן שבעל החמץ ישכח; ולכן תיקנו שהשומר ימכור. ולאחר שתיקנו שהשומר ימכור, ודאי הוא שבעל החמץ לא ימכור, מפני שהוא סומך על השומר למכור; וכעת זו חובה גמורה על השומר למכור, כיוון שברור שבעל החמץ לא ימכור⁹².

יש מקום לומר שמכירת חמץ היא חלק מחובות השמירה, אף אם מכירת פירות מרקיבים אינה חלק מחובות השמירה. הדברים אמורים במצב שיש לשומר אפשרות למכור את החמץ באופן המקובל בזמננו, היינו למכור לנכרי שידוע שהוא יבטל את המקח לאחר הפסח, כך שהמכירה היא כעין הערמה בלבד. אחת הסיבות שניתנו לכך שמכירת פירות מרקיבים אינה חלק מחובות השמירה היא, שאין בכך עשיית תקנה לעצם הנכס, אלא רק הצלת כספו של בעל הנכס, ובמכירה זו יוצא הנכס מרשות בעליו, והיא היפוך מגמת השמירה, ולכל היותר אינה חלק מגדרי השמירה. אבל סיבה זו אין לה מקום כאשר אפשרית מכירה באופן האמור, של הערמה: כאן אין הנכס יוצא מרשות בעליו באופן ממשי, ויש כאן תקנה לעצם הנכס, שלא יאסר בהנאה, אלא יחזור לרשות בעליו. אם כן, יש יסוד איתן לומר שמכירת חמץ כזאת היא חלק מחובות השמירה⁹³.

(ג) החלפת מטבע וביטוח

מקרה אחר הדומה למכירת חמץ הוא של מטבע או תעודה העומדים לאבד את תפקידם לפי חוק המדינה, בתאריך מסוים, או לרדת בערכם מכל סיבה אחרת, ורק אם השומר יחליפם במטבע או בתעודה חדשים לפני אותו תאריך, לפי התנאים שקבעו הרשויות (כגון תשלום עמלה מסוימת), הוא ימנע הפסד מבעל הנכס.

נבחן את חובת ההחלפה במקרה זה, לאור מה שאמרנו שחובת המכירה במקרה של חמץ קלה יותר מבמקרה של פירות משום שבחמץ אין גוף הנכס נפגע, ועוד, שבעל הנכס היה יכול למכרו במקומו.

מבחינה אחת, דומה מקרה זה למקרה של חמץ, בכך שבשניהם אין גוף הנכס עומד להיפגע, אלא רק עומד לאבד את ערכו – בניגוד למקרה של פירות מרקיבים, שבו גוף הנכס עומד להיפגע. לפי זה, חובת המכירה בנידוננו קלה יותר, כמו במקרה של חמץ.

מבחינה שנייה, משתווה מקרה זה למקרה של פירות, שכן בשניהם בעל הנכס לא היה יכול לבצע את פעולת ההצלה בעצמו: לגבי פירות, הוא לא ידע על הריקבון; לגבי תעודה, הוא לא היה יכול לעשות את ההחלפה במקום הימצאו, כשהתעודה אינה בידו. זאת בניגוד למקרה של חמץ, שבו בעל החמץ היה יכול למכרו במקומו. לפי זה, חובת המכירה בנידוננו חמורה יותר, כמו במקרה של פירות.

יש לבחון את חובת ההחלפה כאן גם לאור השיקול האחר ששקלנו לעיל – שחובת המכירה בחמץ חמורה יותר מבפירות, שכן שם הוא אינו צריך להוציא את החמץ מרשות בעליו, מפני

⁹² שו"ת ר' משולם איגרא, או"ח, סימן לה.

⁹³ מועדים וזמנים, חלק ז, סימן קסג, כותב שמגן אברהם מחייב רק אם היה יכול למכור באופן זה, אבל באמת אם לא מצא נכרי שיקנה באופן זה, פטור גם אם היה יכול למכור מכירה חלוטה, מפני שמכירה חלוטה אינה בכלל חובת השמירה, אלא חיוב השבת אבדה, והוא פטור עליה. כמו כן, פתחי חושן, פרק ב, הערה קג, מעלה אפשרות ששו"ע הרב, שפטר לגבי חמץ מן הנימוק האמור, יסכים שבמכירה הנהוגה זו מחובות השמירה*.

שהוא יכול למכרו מכירה זמנית; ואילו במקרה של פירות, המכירה מוציאה אותם מרשות בעליהם לגמרי. בנידוננו, מאחר שהשומר יוכל להחליף את התעודה בתעודה אחרת הדומה לה, ניתן לומר שאין בכך הוצאת הנכס מרשות בעליו, מפני שכל ערכה של התעודה הוא במה שהיא מייצגת, ואין לה ערך עצמי, ואם הוא מחליף אותה באחר, הרי זה כאילו לא אירע דבר⁹⁴.

הפוסקים נחלקו בפסק ההלכה בשאלה זו. יש מי שאומר, שאם השומר לא ביצע את ההחלפה, הוא חייב, על שלא מנע נזק מבעל הנכס, כמו שומר שלא הציל מנזק חיצוני⁹⁵. ואילו דעה אחרת אומרת שהשומר פטור כאן, על פי הדעה הפוטרת שומר שלא מכר את החמץ בערב פסח⁹⁶.

מקרה נוסף הדומה לזה הוא שומר אתרוגים, שאם יעבור חג הסוכות הם יפסידו כמעט את כל ערכם, והוא צריך למכרם לפני החג כדי להציל את ערכם. אם לא מכר, ועבר חג הסוכות, דינו תלוי במחלוקת הנזכרת בחמץ ובשטר⁹⁷.

סוג אחר של פעולת הצלה, שכמו מכירה, אינה מצילה את הנכס בעין, ורק מצילה את ערכו עבור בעל הנכס, היא ביטוח. השומר חייב לבטח את הנכס אם צפויה לו סכנה, כדי שאם יקרה נזק שחורג מתחום אחריותו, יקבל בעל הנכס שיפוי. אם לא ביטח את הנכס, וניזוק הנכס, אף באונס, הוא חייב, משום שאילו ביטח אותו, היה בעל הנכס מקבל שיפוי⁹⁸; וזאת לפי הדעה ששומר שלא מכר את הנכס כשצפויה לו סכנה, חייב⁹⁹. מדובר בשבעל הנכס עצמו לא היה יכול לבטח את הנכס, או שביקש מן השומר לעשות זאת, שאז אין השומר יכול לטעון שסמך על כך שבעל הנכס יעשה זאת¹⁰⁰.

⁹⁴ נקודה אחרונה זו היא על פי פתחי חושן, פרק ב, הערה קג.

⁹⁵ שו"ת שאלת יעבץ, חלק א, סימן פה, הובא בשו"ת תרשיש שוהם, סימן קה, בשו"ת חמדת משה, סימן קכה, בשו"ת תשורת ש"י, סימן תקצג, בשו"ת תפארת אדם (אסטרייכר), סימן קה, אות יב ואות יד, ובשו"ת שערי רחמים, חו"מ, סימן יג, דף כו ע"ד. מדובר במקרה שאין לפטור את השומר מצד הפטר שומר שטרות – ראה סעיף 1(א), פרק ב. גם חידושי חתם סופר, ב"מ מה (ד"ה והנה תירץ), ושו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן קיב, מחייבים שומר כסף אם נפסל על ידי השלטון, בנימוק שהיה צריך למכרו או להחליפו לפני כן. זקן אהרן כותב שגם אם לפני כן היה אפשר להוציאו רק בדרך של אלמות, היה צריך למכרו לאנשים אלמים (ראה הערה 272). אך חתם סופר שם (ד"ה וה"נ) כותב שמטבע זהב קשה להחליפו, ואפשר שכוונתו לומר שפטור אם לא החליף.

⁹⁶ שו"ת אמרי יושר, חלק ב, סימן קפה; שו"ת כרם שלמה (קוטלר), חלק ג, סימן פא וסימן פב (על שומר כסף, שהשלטון פסל אותו); שו"ת משפטיך ליעקב, או"ח, סימן כד, ס"ק ג.

⁹⁷ שו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן יח, פוטר, מאותו נימוק שהוא פוטר שומר חמץ שלא מכר: השומר חייב רק בשמירת הנכס, ולא בשמירת ערכו (ראה במילואים להערה 85).

⁹⁸ שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קנט (הובא בתשובת ר"מ גלנטי, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ו), מחייב "פאטור" (סוכן מכירה) שנתבקש לבטח את הנכס ולא עשה כן (אך הוא אינו מנמק זאת מדין שומר, אלא מדין שליח). כמו כן, שו"ת מקור חיים (סגלוביץ), סימן כב, מחייב שומר שבעל הנכס התנה עמו שיבטח את הנכס, ולא עשה כן (הבאנו זאת בשמו בסעיף 2(א), במילואים להערה 92, כדוגמה לחיוב מיוחד של שומר עקב התנאה).

⁹⁹ כך כתב שו"ת אור שמח, חלק ב, סימן יד, שחייב לפי מגן אברהם.

¹⁰⁰ במקרה של מהרש"ך ומקור חיים, נראה שבעל הנכס לא היה יכול לבטח, וגם אם היה יכול, אין השומר יכול לטעון שסמך על בעל הנכס, כיוון שהתנו שהיא (השומר) יבטח.

הבדלים בין סוגי השומרים ("שומר")

1. כללי

בין לפי המשפט העברי ובין לפי החוק, קיימים הבדלים בין חיוביהם של השומרים השונים. ככל שגדלות ההנאה והתועלת שמפיק השומר מן השמירה, כך גדלים חיוביו כלפי בעל הנכס, כפי שראינו בסעיף 2. הדעת נותנת שהדבר יהיה נכון גם לגבי חובת השומר לפעול למניעת נזק מהנכס.

אולם לעניין הרשות הניתנת לשומר לפעול להצלת הנכס, אין סיבה שיהיה הבדל בין השומרים השונים¹⁰¹. משום כך, בסעיף זה, העוסק אך ורק ברשות הניתנת לשומר לפעול, ולא בחובה המוטלת עליו (שהרי גם אם נניח שהחוק מכיר בחובה זו – ראה פרק ג, 1 – אין היא מוזכרת בסעיף זה), נקט החוק את הלשון הסתמית "שומר", בלי להבדיל בין סוגי השומרים.

ההבדל בין סוגי השומרים, לגבי חובת ההשתדלות להציל את הנכס מנזק, מוצא את ביטויו במשפט העברי, המבדיל לעניין זה בין שומר חנם לבין שומר שכר. על שומר חנם מוטלת חובה לעשות כל פעולה שאינה כרוכה בהוצאות, כגון לקרוא לאנשים שיסייעוהו בחינם, אבל הוא אינו חייב להוציא הוצאות לצורך פעולת ההצלה, כגון לשכור מצילים, גם אם לא יצליח להציל את הנכס בלי הוצאות, כגון שאינו מצליח למצוא מצילים בחינם. לעומת זאת, על שומר שכר מוטל להוציא הוצאות להצלת הנכס, אם לא יוכל להציל בפעולה בלי הוצאות (ואז יהיה זכאי לשיפוי, כפי שנראה בדיונו בסעיף 8)¹⁰².

2. שומר חנם פטור מלהוציא הוצאות

הסיבה שאין שומר חנם חייב להוציא הוצאות כדי להציל – אף על פי שאין זה כרוך בהפסד כספי עבורו, שהרי הוא יהיה זכאי לשיפוי מבעל הנכס על הוצאותיו, כפי שנראה בדיונו בסעיף 8 – היא, שהדבר כרוך בטרחת יתרה. אף על פי שיתכן שבשעת מעשה יותר קל לשכור אנשים מאשר לשכנעם לעזור לו בחינם, הרי לאחר שיוציא את ההוצאות מכיסו, הוא יצטרך לחזור ולגבות מבעל הנכס את מה שהוציא, ולשם כך יצטרך להישבע על הסכום שהוציא, וזוהי טרחה, ושומר חנם אינו מקבל על עצמו לטרוח טרחה כזאת. רק שומר שכר מקבל על עצמו טרחה כזאת, כשם שבתחומים אחרים הוא מקבל על עצמו לעשות שמירה טובה יותר מזו של שומר חנם¹⁰³.

נימוק נוסף הוא, שדווקא שומר שכר חייב להוציא הוצאות, מפני שבעל הנכס הראה שהוא מעוניין להוציא הוצאות לשמירת הנכס, בכך ששילם שכר לשומר. לעומת זאת, בשומר חנם, מאחר שאין לנו הוכחה שבעל הנכס מעוניין להוציא הוצאות לצורך השמירה, ייתכן

¹⁰¹ בהערה 4 ראינו שאף שומר שהתנה להיפטור מאחריות רשאי למכור נכס כשיש צורך; אך ראה סעיף 8, פרק ה, על הבדל אפשרי בין שומר חנם לשומר שכר לעניין זכות לשיפוי.

¹⁰² ב"מ צג ע"ב*.

¹⁰³ בית אהרן, ב"מ שם; מעייני החכמה, ב"מ שם, אות קסו; ערוך השולחן, חו"מ, שג, יג; פתחי חושן, פרק ג, הערה טו*.

שבעל הנכס אינו מעוניין שהשומר יוציא הוצאות להצלת הנכס, הוצאות שהוא (בעל הנכס) יצטרך לשאת בהן לאחר מכן; ומספק, אין השומר מחויב בכך¹⁰⁴.
להלן דוגמאות מיוחדות לדין זה, שאין מוטל על שומר חינום להוציא הוצאות:
(א) אם נפלה דלקה בבית שהנכס השמור ונכס של השומר מצויים בו, כך ששניהם בסכנת שרפה, והשומר יכול להציל רק אחד מהם, אין מוטל עליו להציל את הנכס השמור על חשבון הנכס שלו¹⁰⁵.

(ב) אם השומר היה עסוק במלאכתו בשעה שנדרשה פעולת ההצלה, כך שאילו הציל את הנכס היה נגרם לו מכך הפסד כספי, ולא ביצע את הפעולה, הוא פטור, כמו שבמקרה דלעיל בשרפה, הוא פטור אם לא הציל מפני שהוצרך להציל נכס השייך לו¹⁰⁶.

(ג) אם הנכס היה בסכנה, והייתה לשומר אפשרות להצילו, אך אנשים (שהיו מעוניינים לקחת את הנכס לעצמם) איימו עליו שאם ילך להציל, יגזלו ממנו כסף ("אנסוהו אונס ממון"), אין זו פשיעה אם לא יציל, שכן אינו חייב להציל תוך הפסד ממון¹⁰⁷.

(ד) שומר חמץ של הקדש אינו חייב למכרו כשמגיע ערב פסח, מפני שלפני שיוכל למכרו לנכרי יצטרך לפדותו, והדבר כרוך בהוצאות כספיות מצד השומר, ושומר חינום אינו חייב בהוצאת כסף¹⁰⁸.

(ה) אם פקיד של המלך אנס את השומר למסור את הנכס לאדם אחר, אין עליו חובה ללכת אל המלך להתלונן על כך, משום שהנטיעה אל המלך כרוכה בהוצאות¹⁰⁹.

בכל זאת, במקרים מסוימים חייב שומר חינום להוציא הוצאות להצלת הנכס:

(א) אם יש לשומר החינום אפשרות להשיג עוזרים (או מספקי אמצעי עזרה) שישכימו שהוא לא ישלם להם מיד, אלא בעל הנכס ישלם להם, עליו לשכור אותם לפי תנאי זה. הנימוק להפטר שומר מהוצאת הוצאות הוא הטרחה שתהיה לו בגבייה מבעל הנכס, כאמור לעיל, וכאן טרחה זו אינה קיימת¹¹⁰.

(ב) מאותה סיבה, אם יש ביד שומר החינום כסף של בעל הנכס, עליו להשתמש בכסף הזה להוצאות להצלת הנכס, מפני שכאן נחסכת לו הטרחה של הגבייה מבעל הנכס¹¹¹.

(ג) שומר חינום על נכס שהטיפול בו כפי שהוא קיבל על עצמו, כרוך בהוצאות – כגון סוכן שתפקידו לקנות נכס בשביל בעל הנכס ולשלחו בספינה למקום אחר ולשלם בעד ההובלה – חייב גם לעשות את ההצלה בשכר. בדוגמה האמורה, אם התעורר הצורך שילך השומר

¹⁰⁴ פתחי חושן שם.

¹⁰⁵ קצות החושן, שג, ס"ק ג; נתיבות המשפט, שג, ס"ק ה; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן לו; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן טז.

¹⁰⁶ נהר שלום, אר"ח, תמג, ס"ק ה.

¹⁰⁷ נתיבות המשפט, שג, ס"ק ה.

¹⁰⁸ מגן האלף, אר"ח, תמג, ס"ק ד. ראה במילואים להערה 86, על שומר חמץ של הקדש. וראה במילואים להערה 172, על מקרה שיש ספק האם הוא של הקדש.

¹⁰⁹ שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קצד.

¹¹⁰ מעייני החכמה, ב"מ צג ע"ב, אות קסו; שו"ת אבן הראשה, סימן ג. ראה מה שהוכחנו מדבריהם, במילואים להערה 1.

¹¹¹ שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן כט (קנה ע"ג). כמו כן, דברי ירוחם, סימן כ, כותב שאם נתן לו בעל הנכס כסף להוצאה זו, חייב להוציא ולהציל.

למקום רחוק, ולהוציא לשם כך הוצאות, כדי להשיג את הספינה ולדאוג שהנכס יגיע ליעדו, עליו לעשות זאת (כל ההוצאות המדוברות הן על מנת לקבל החזר מבעל הנכס)¹¹².
 (ד) אם עשו שומר החינם ובעל הנכס הסכם, שמשמע ממנו שעל השומר לעשות מאמצים מיוחדים להצלת הנכס, כגון שקיבל על עצמו "לשמור את הנכס כל מיני שמירה", עליו גם להוציא הוצאות לשם כך¹¹³. כל שכן, שאם התנו במפורש שהשומר יוציא הוצאות להצלה, הוא חייב בכך. לדוגמה, אם אמר בעל הנכס לשומר החינם: "אם תלך עם הנכס בדרך פלונית, שְׂכור אנשים חמושים ללוותך", והשומר השיב: "אעשה כדבריך", ולא נהג כך, הוא חייב, מפני שבעל הנכס יכול לטעון: "אילו לא הבעת הסכמה, הייתי הולך בעצמי לשכור אנשים ללוותך"¹¹⁴.

(ה) אם ידע שומר החינם מראש, בעת קבלת השמירה, שיצטרך לבצע פעולת הצלה מסוימת בנכס, הוא חייב לבצעה גם אם היא כרוכה בהוצאות. לפיכך, אדם זקן שקיבל בגדים לשמירה, חייב לנערם, כחובת כל שומר בגדים, כפי שהזכרנו בפרק א, 2, גם אם אין לו כוח לנערם בעצמו; ואם אין לו משרת שיוכל לעשות זאת, עליו לשכור אנשים אחרים לנער¹¹⁵. אף על פי שבהצלה אחרת לא היה הזקן חייב לשכור מצילים, כאן הוא חייב לשכור אנשים, מפני שידע בוודאות מראש שהוא יצטרך לנער את הבגדים, ואף על פי כן קיבל על עצמו שמירה, מה שאין ניתן להאמר בהצלה שנחיצותה לא הייתה צפויה מראש¹¹⁶.

נראה שמאותה סיבה, שומר בעל חיים חייב לקנות מזון להאכלתו, גם אם הוא שומר חינם, וגם אם לא נתבקש על ידי בעל הנכס לעשות כך. זאת גם אם זהו בעל חיים שאינו יכול לקיים את עצמו, דהיינו לשלם על מזונו בתנובתו, כגון בחלב, בביצים או במלאכה. אם בעל החיים יכול לקיים את עצמו, אין קניית המזון בגדר הוצאות, שהרי השומר יכול להשתמש בתנובת בעל החיים כדי לשלם עבור המזון, שלא כהוצאות רגילות שהוא יוכל לקבל עליהן החזר מבעל הנכס רק לאחר מכן. מוצא אבדה שהיא בעל חיים – פטור מלקנות לה מזון (אם אין בעל החיים יכול לשלם בעד המזון), על אף שגם הוא שומר, והוא רשאי למכור את בעל החיים לאחר תקופה קצרה¹¹⁷, אולם אין ללמוד משם שכך הוא לגבי שומר רגיל. שומר אבדה לא קיבל עליו את השמירה מרצון, אלא היא הוטלה עליו כחובה, ואין לאמוד את דעתו שהוא מוכן להוציא הוצאות כאלה. לעומת זאת, שומר רגיל קיבל על עצמו את השמירה מרצון, על אף שידע שיצטרך לקנות מזון לבעל החיים, ואם כן זה כלול בחובות שמירתו¹¹⁸.

¹¹² תשובת מהריט"ץ בשו"ת תורת אמת, סימן עז, הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות סא.
¹¹³ מהריט"ץ בתורת אמת שם (הובא בכנסת הגדולה שם, אות סד).
¹¹⁴ שו"ת מהריט"ץ, סימן קסח. הוא מוסיף, שאם לא הסכים השומר, אינו מחויב לשכור אנשים, גם אם ביקש זאת ממנו בעל הנכס. אך ראה במילואים להערה 104, שמדברי פתחי חושן עולה שכאן חייב לשכור אנשים כיוון שבעל הנכס גילה את דעתו.

¹¹⁵ שו"ת הרדב"ז, סימן שיג (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצב, הגהות הטור, אות מה).
¹¹⁶ פתחי חושן, פרק ב, הערה קב. הוא כותב עוד, שאם הנכס נשאר אצלו לאחר תום הזמן שנקבע לשמירה, אין הזקן חייב להוציא הוצאות לטפל, מפני שבעת ההפקדה לא קיבל על עצמו ניעור לאחר תום הזמן.
¹¹⁷ ב"מ כח ע"ב.

¹¹⁸ במילואים להערה 263 (בדיון מקביל לגבי חיוב הטרחה, בנתינת מזונות לבעל חיים היכול לשלם בעד מזונו), נביא מקורות האומרים ששומר רגיל חייב בכך, כיוון שידע ששמירתו תהיה כרוכה בזה, אלא שאחרי זמן רב, אם בעל הנכס יצא מן המקום ואי אפשר לברר את דעתו, אף שומר רגיל פטור מהוצאות אלה, ורשאי למכור את בעל החיים (המקורות ההם עוסקים בשני סוגי בעלי החיים – גם המקיימים את

3. שומר שכר חייב להוציא הוצאות

כפי שאמרנו, שומר שכר, שלא כשומר חינום, חייב אף להוציא הוצאות להצלה, כגון לשכור מצילים, אם אינו מצליח להציל בחינם, כגון שאינו מוצא מי שמוכן לסייעו להציל בחינם¹¹⁹. כשם ששומר שכר חייב להוציא הוצאות להצלה, כך עליו לשאת בהפסדים שייגרמו לו על ידי ההצלה. לפיכך, אם נכס שלו והנכס הנשמר מצויים בבית בוער, וביקלתו להציל רק את אחד מהם, על שומר השכר להציל דווקא את הנכס הנשמר, אף על פי שעל ידי זה יפסיד את שלו; ואם נהג להיפך, הוא חייב לשלם¹²⁰.

כפי שאמרנו לעיל, חובת שומר שכר להוציא הוצאות להצלת הנכס היא רק חובה לטרוח טרחה יתרה, אבל אין מוטלת עליו חובה לשלם מכיסו לטובת שמירת הנכס, ולכן הוא זכאי לשיפוי על הוצאותיו מבעל הנכס, כפי שנראה בדיונונו בסעיף 8. משום כך, חובה זו מותנית בכך שהוא יהיה אכן זכאי לשיפוי כזה, לפי הנסיבות. אם המצב הוא שאם יוציא השומר הוצאות לא יוכל לקבל עליו שיפוי, הוא פטור מלהוציא הוצאות. להלן שלוש דוגמאות לדבר: (א) אם הנסיבות הן כאלה שהשומר לא יוכל להוכיח שהוציא הוצאות כדי להציל, כך שאם יוציא הוצאות, לא יקבל שיפוי עליהן – אינו חייב להוציא הוצאות¹²¹.

(ב) מצא השומר אנשים שהסכימו להציל בשכר, אך הם הסכימו להציל רק בתנאי שהשומר יבטיח להם שכר גם למקרה שלא יצליחו בהצלה, אינו חייב לשכור אותם לפי תנאי זה, שהרי הוא לא יקבל החזר מבעל הנכס אם לא יצליחו להציל, כפי שנראה להלן¹²², ואין מוטל עליו להוציא הוצאות מכיסו¹²³.

(ג) אם הסכום שהשומר יצטרך להוציא להצלת הנכס הוא מעל לערך הנכס, אין השומר חייב להוציאו, מפני שבעל הנכס לא ישפה אותו על הסכום העודף, כפי שנראה להלן¹²⁴, ולכן לא יהיה זה הוגן לחייבו להוציא סכום זה¹²⁵. אולם אם הסכום הדרוש להצלת הנכס שווה לערך הנכס, חייב שומר השכר להוציא סכום זה להצלה. כפי שנראה להלן¹²⁶, אף על פי שבעל הנכס יצטרך לשפות אותו על הוצאותיו, ונמצא שלא הרוויח כלום מהצלת הנכס, מכל מקום חייב השומר לעשות זאת, משום שיש להניח שבעל הנכס רוצה בכך: אם יאבד הנכס, יצטרך

עצמם, וגם שאין מקיימים את עצמם). יצוין ששואל, היינו שומר שיש לו רשות שימוש בבעל החיים בחינם, חייב כמזונות בעל החיים – שו"ע, חו"מ, שמ, ד. וראה סעיף 2(א), הערה 404.

¹¹⁹ חובת שומר שכר להוציא הוצאות להצלה, הובאה על ידי: שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שלג; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער י; טור, חו"מ, שג, ו.

¹²⁰ ש"ך, חו"מ, שג, ס"ק ז, בשם שו"ת הרמ"א, סימן קו (הובא גם בעדות ביוסף, נתנוון, חלק א, סימן רפא, דף נג ע"ג, ובשו"ת חסד לאברהם, תאומים, מהדורא קמא, חו"מ, סימן כא); שו"ת שב יעקב, חו"מ, סימן כא; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן לו (שאינו רוצה לחלוק על הרמ"א, והובא בספר מבית מאיר, סטלביץ, חלק א, דף סט ע"ב); נתיבות המשפט, שג, ס"ק ה; קצות החושן, שג, ס"ק ג; שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ב; נחל יצחק, עו, ג. בסעיף 8, פרק ג, 2, נראה שאף אין לו זכות לשיפוי על הפסד הנכס שלו אם הציל את הנכס הנשמר.

¹²¹ אבני החושן, שג, ס"ק ה; בית יעקב, שג, ח, בשם מעייני החכמה, ב"מ צג ע"ב (על מקרה שהשומר "חשוד", אשר שבועתו אינה מתקבלת, בעוד שלשם הוכחת ההוצאות דרוש שהשומר יישבע עליהן).

¹²² בסעיף 8 פרק ד, 4.

¹²³ נתיבות המשפט, שג, ס"ק ט.

¹²⁴ בסעיף 8, פרק ד, 2.

¹²⁵ פרישה, חו"מ, שג, ו, וסמ"ע, שג, ס"ק ח; ערוך השולחן, חו"מ, שג, יג.

¹²⁶ בסעיף 8, פרק ד, 1.

לטרור לקנות אחר, וגם כשיקנה, יצטרך להתרגל אליו, ולכן הוא מעדיף לקבל את הנכס המקורי שלו, אף שיצטרך לשלם בעדו את כל ערכו.

אולם לעניין חובת שומר שכר לשאת בהפסדים שייגרמו לו על ידי ההצלה, כגון במקרה האמור, שהנכס הנשמר ונכס של השומר מונחים בתוך בית בוער, אין הדבר כך. כאן חובת השמירה מטילה עליו להציל את הנכס גם אם הדבר יגרום לו הפסד כספי הגדול מערך הנכס, כגון שהנכס השייך לו שווה יותר מן הנכס הנשמר. משום כך, אם לא ימלא חובה זו, אלא יציל את הנכס שלו, הוא יהיה חייב לשלם (אלא שטבעי הדבר שהשומר יבחר בכררה הזאת, שהיא יותר כדאית לו). סיבת הדבר היא, שלגבי הנכס הנשמר לא היה כאן מצב של אונס, מפני שהיה יכול להוציא אותו מהשֵׁרפה בקלות, והנוק שהיה נגרם לו כתוצאה מכך אינו משפיע על חובתו כשומר, מפני שהנוק אינו קשור לנכס הנשמר. רק אם הנכס הנשמר הוא במצב של אונס, אלא שאפשר להצילו על ידי הוצאות, אין מחובת השומר לשלם מכיסו להציל את הנכס, והוא חייב רק לטרור ולהוציא על מנת לקבל החזר, ולכן אינו חייב להוציא יותר מערך הנכס, מפני שלא יקבל על כך החזר, כאמור. אולם כאן אין הנכס במצב של אונס, וחובת השומר להוציא מן השֵׁרפה היא מחמת חיובו בדבר שאינו אונס, ואף שהוא יפסיד כתוצאה משֵׁרפת הנכס שלו, אין בעל הנכס חייב לשפותו על כך, כפי שנראה להלן¹²⁷. על כן, אין זה משנה אם ההפסד שלו יהיה גדול או קטן¹²⁸. אבל אם היו לשומר הרבה פקדונות (שאדם אחד או כמה אנשים הפקידו אצלו לשמירה) בתוך הבית הבווער, ולא היה יכול להציל את כולם, והציל רק את מקצתם, הוא פטור על השאר, משום שלגביהם היה זה מצב של אונס¹²⁹.

אם הוציא שומר השכר הוצאות, ולא הצליח להציל, כגון ששכר פועלים, והם רימוהו, ולא עשו את שביקש מהם, ולא הצילו את הנכס, הוא פטור, אם אמנם עשה את כל מה שהיה יכול לעשות¹³⁰.

שאלה היא האם חיוב שומר שכר שלא הוציא הוצאות הוא בגדר פשיעה (ואף על פי ששומר חנם חייב בפשיעה, כאן הוא פטור מן הסיבה שהסברנו לעיל), או בגדר "גנבה ואבדה", שאף בהן חייב שומר שכר. נפקות אחת מכך היא לגבי מקרה שהשומר לא ניסה להציל בהוצאות, אבל אחר כך התברר שייחכן שגם אילו ניסה לא היה מצליח למנוע את הנוק. אם רואים אי מילוי חובה זו כפשיעה, הרי כאן הוא יהיה חייב, מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב", עיקרון שדננו בו לעיל¹³¹. אך אם אנו רואים זאת כ"גנבה ואבדה", הוא יהיה פטור, לפי הכלל¹³²: "תחילתו כעין גנבה ואבדה וסופו באונס – פטור". הראב"ד סבור שאין זאת פשיעה, מפני שמצוי שאדם מתעצל מלהוציא הוצאות על תנאי שיקבל החזר מבעל הנכס, או שאין בידו כסף מזומן לשלם מיד, ולכן הוא פטור במקרה דלעיל¹³³. נפקות נוספת היא לגבי שומר שכר על שטר, שהיה יכול להצילו מנוק על ידי הוצאות,

¹²⁷ בסעיף 8, פרק ג.

¹²⁸ שו"ת שמן רקח, חלק ב, סימן סב. וראה סעיף 4, במילואים להערה 148.

¹²⁹ שמן רקח שם.

¹³⁰ שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (קא ע"ג). על זכות לשיפוי במקרה של הצלה בלתי מוצלחת,

ראה סעיף 8, פרק ד, 4.

¹³¹ בסעיף 2(א), פרק א, 3.

¹³² ראה סעיף 2(ב), פרק ב, 1.

¹³³ הראב"ד, בשיטה מקובצת, ב"מ צג ע"ב.

ולא הציל. לפי הדעה, שהבאנו לעיל¹³⁴, ששומר שטר פטור גם בפשיעה, ודאי שכאן הוא פטור. אבל לדעה שהבאנו שם, שהפושע בשטר חייב, ייתכן שגם כאן חייב – אם נאמר שאי הוצאת הוצאות להצלה היא בגדר פשיעה. וכך אכן דעתם של פוסקים אחדים¹³⁵. אבל פוסקים אחרים סבורים שאין זו פשיעה אלא כעין גנבה ואבדה, ולכן במקרה זה של שומר שטר, השומר פטור¹³⁶.

חובת שומר שכר להוציא הוצאות למניעת נזק, חלה גם על ביצוע טיפול מונע עיפוש ועל מכירת נכס ההולך לאבד מערכו, לפי הדעה, שהבאנו בפרק ג, פסקאות 3-4, שפעולות אלה כלולות בחובות השמירה¹³⁷. אולם לפי הדעה, שהבאנו שם, שחובת השומר להציל את הנכס על ידי מכירה או טיפול היא משום מצוות השבת אבדה, ולא מחובות השמירה, אין מחייבים אותו להוציא הוצאות לשם כך, גם אם הוא שומר שכר, שהרי אין מוטל על אדם להוציא הוצאות כדי להשיב אבדה, אף על פי שאם יוציא, יוכל לקבל החזר¹³⁸.

אם שומר שכר לא הציל בהוצאות כשהיה יכול לעשות זאת, עליו לשלם את הנזק לבעל הנכס. אולם הוא ינכה מן התשלום את הסכום שהיה צריך להוציא כדי להציל – שהרי אילו היה מציל, היה בעל הנכס חייב לשפותו על מה שהוציא, וכעת הרוויח בעל הנכס סכום זה¹³⁹. לכאורה, היה מקום לומר שמאחר שהשומר לא שמר כדין, הוא חייב בכל, ומה שהוא חסך לבעל הנכס את ההוצאות שהיה צריך להוציא, הוא כמו "מבריא ארי מנכסי חברו", שאינו זכאי לתשלום על פעולתו. האמת היא שאין מתחשבים בטענה זו, מפני שאין מוציאים מאדם כסף על פי טענת "מבריא ארי". רק אם אותו "מבריא ארי" מבקש החזר הוצאות, אנו אומרים שלא יקבל החזר, מפני שמן הסתם הוא התכוון לעשות מצווה, ולא היה בדעתו לבקש החזר. אבל כאן (ובכל מקרה שאחר תובע כסף מ"מבריא ארי") יש להניח שכוונתו של השומר (בכך שלא הציל) לא הייתה לעשות מצווה, אלא לתבוע את בעל הנכס על "הבריא ארי" בשבילו, משום שאינו רוצה לשלם לו (לבעל הנכס) את כל ערך הנכס¹⁴⁰.

אם הסכום שהיה שומר השכר צריך להוציא כדי להציל, היה שווה לערך הנכס (שגם אז היה עליו להוציא סכום זה, כאמור לעיל), הרי אם ננכה סכום זה מן התשלום שעליו לשלם לבעל הנכס, הוא יופטר לגמרי; וזה אינו מתקבל על הדעת. לפיכך, עליו לשלם לבעל הנכס סכום השקול כנגד: א) הטרחה שיהיה על בעל הנכס לטרוח לקנות מחדש נכס כזה; ב) והיתרון שיש לנכס שבעל הנכס רגיל אליו, על פני נכס חדש מאותו סוג, שהוא יקנה. אילו עשה השומר את המוטל עליו, להציל את הנכס על ידי הוצאות, היה בעל הנכס חוסך טרחה זו,

¹³⁴ בסעיף 1(א), פרק ב.

¹³⁵ תומים, סו, ס"ק סז (הובא בשו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן צ, בישועות יעקב, או"ח, סימן שו, ס"ק ב, וסימן שז, ס"ק א, במחנה ישראל, ניימן, ב"מ נו ע"ב, במימי הדעת, דף יא ע"ב [לב"מ מב ע"ב], ובעדות ביוסף, נתנון, חלק א, דף נג ע"ג); בית יעקב, שג, ג; קול יהודה (מגלוגא), על ב"מ מו, בשם ר' יונתן דרשן; מעייני החכמה, ב"מ צג ע"ב, אות קסז (בדעת הרמב"ם והתוספות).

¹³⁶ קצות החושן, סו, ס"ק מו (הובא באמרי שפר, סימן כה); שושנת יעקב, סו, מ, ס"ק מב.

¹³⁷ חזון יחזקאל, על תוספתא, ב"מ ב, ט, לגבי ניעור.

¹³⁸ חזון יחזקאל שם.

¹³⁹ השגות הראב"ד, הלכות שכירות, ג, ו; מגיד משנה שם.

¹⁴⁰ נפש חיה, ב"מ צג ע"ב. הוא מסתמך על מה שכתב ש"ך, חו"מ, קכח, ס"ק ח, שמסיבה זו, הפורע חובו של חברו, והיה בידו ממון משל חברו, לא הפסיד. שערי זיו, חלק ב, סימן לה, כתב לדחות את דבריו, אך אין דבריו מובנים.

והיה לו יתרון זה. כעת, שלא הציל, בעל הנכס צריך לטרוח, ואיבד את היתרון. לכן חייב השומר לשלם ערכים אלו¹⁴¹.

לכאורה אפשר לחייב כל שומר, במקרה שהנכס נזוק או אובד, לשלם מלבד ערך הנכס גם את הערכים הללו של טרחת הקנייה ויתרון הנכס המוכר. אולם הראשונים הזכירו תשלום מיוחד זה רק בנידוננו. ניתן להסביר, שבדרך כלל אין מחייבים שומר בכך, משום שערכים אלו אינם ערכי ממון ממשי, ורק במקרה המיוחד הזה, שעלול להיווצר בו מצב ששומר השכר לא מילא את חובת שמירתו ואף על פי כן לא יצטרך לשלם כלום עקב ניכוי ההוצאות, מטיילים עליו לשלם ערכים אלו, מפני שאין זה מתקבל על הדעת שהוא יצא פטור לגמרי¹⁴². זאת ועוד: שומר רגיל אינו חייב לשלם ערכים אלו, משום שאינם ממון ממשי, ודווקא שומר שכר המנכה מתשלומיו את ההוצאות שחסך לבעל הנכס, ישלם ערכים אלו. הסיבה לכך היא, שרואים את השומר כאילו הוא בא אל בעל הנכס במקום המצילים (שהיו באים אל בעל הנכס, אילו שכר אותם השומר להציל), ונותן לבעל הנכס את דמי הנכס במקום את הנכס עצמו (שהמצילים היו מביאים), ודורש ממנו את ההוצאות כמו שהמצילים היו דורשים את שכרם, אילו הצילו. אלא שיש הבדל בין דמי הנכס שהשומר מביא לבעל הנכס, לבין הנכס עצמו, שהמצילים היו מביאים לבעל הנכס. עכשו אין לבעל הנכס הערכים של חסכון הטרחה ושל יתרון הנכס המוכר. לכן לא יקבל השומר מבעל הנכס את ההוצאות בשלמות, אלא ינוכו מהם ערכים אלו. במלים אחרות, הוא דורש את ההוצאות מצד מה שגרם רווח לבעל הנכס, אולם רווח זה אינו שלם, שהרי בעל הנכס לא הרוויח את הערכים הללו¹⁴³.

יש מן הפוסקים האחרונים שהרחיבו את החיוב לשלם ערכים אלו, גם למקרה הקודם, כשההוצאות היו פחותות מערך הנכס. נמצא שהשומר ישלם אז את ערך הנכס בניכוי אותן הוצאות, וישלם גם את הערכים הללו¹⁴⁴.

4. שואל

אף שואל חייב להוציא הוצאות להצלה¹⁴⁵. אולם לגבי שואל, בניגוד לשומר שכר, ההוצאות הן לטובתו, שכן אם לא יצליח להציל את הנכס בחינם, יצטרך לשלם, שהרי שואל חייב באונס. מסיבה זו, לא יקבל השואל החזר על הוצאותיו, כפי שנראה להלן¹⁴⁶. לכן, אם השואל לא הציל, עליו לשלם את כל ערך הנכס, בלא ניכוי ההוצאות שהיה צריך להוציא, שכן גם אילו הציל בהוצאות, לא היה בעל הנכס חייב לשפותו על כך.

5. שומר אבדה

הבדל נוסף בין סוגי השומרים לענייננו קיים בקשר לאופן שקיבל על עצמו השומר את השמירה. שומר אבדה, שלא כשומר רגיל, לא קיבל על עצמו את השמירה מרצונו. משום כך,

¹⁴¹ ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ז, סימן ד; מאירי, ב"מ צג ע"ב; פסקי הרי"א, ז, ב"מ, פרק ז, הלכה ד, אות ח.*

¹⁴² שושנת יעקב, שג, ח; פתחי חושן, פרק ב, הערה מב, ופרק ג, הערה יז.*

¹⁴³ דבר אברהם, חלק א, סימן ט, אות ד.*

¹⁴⁴ פרישה, חו"מ, שג, ו; ב"ח, חו"מ, שג, ו; ערך ש"י, חו"מ, שג, ח (הם נוקטים רק את הערך של טרחה).

וכך נראה גם מדבר אברהם שם.*

¹⁴⁵ מרדכי, ב"מ, סימן שסו (הובא בספר בן הרמה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ג, ו, דף רג ע"ב); אגודה,

ב"מ, סימן קלט.

¹⁴⁶ בסעיף 8, פרק ג.

יש שחובות ההצלה המוטלות עליו קטנות מחובותיו של שומר רגיל, מפני שאין ראוי לחייבו לטרוח בטיפול בנכס יותר מדי, וזאת בשומר בעל חיים. שומר רגיל חייב לתת לו מזון, ואילו שומר אבדה אינו חייב בכך. ראה על כך לעיל, פסקה 2, ולהלן פרק ז, 2 (א). יש גם מקום להחמיר יותר בחובותיו של שומר אבדה מבחובותיו של שומר רגיל. יש מי שסובר שמה שהרמב"ם קובע שחובת הטיפול בנכס אינה מחובות השמירה, כפי שהבאנו בפרק ג, 3, הוא רק בשומר רגיל, כיוון שהוא נעשה שומר על ידי קבלת השמירה, ולא קיבל על עצמו נזק שבא ממילא. לעומת זאת, שומר אבדה, שחובו מוטל עליו בעל כורחו, התורה הטילה עליו גם אחריות לנזק שבא ממילא, ולדאוג "היאך תשיבנו לו", כלומר, שחובת הטיפול באבדה היא לא רק המצווה המוטלת על כל אדם להציל ממון חברו, אלא היא חלק מחיובו לשמור על האבדה; ולכן אם פשע ולא טיפל, חייב¹⁴⁷. קיים הבדל בין שומר רגיל לבין שומר אבדה גם לגבי ההרשאה למכירת הנכס. על כך, ראה בפרק ט, 2.

פרק חמישי

הנחיות שונות לאופן מכירת הנכס ("לעשות")

1. מכירה בבית דין

כאשר שומר מוכר את הנכס לפי הכללים שנראה, המכירה צריכה להתבצע ברשותו של בית דין ותחת פיקוחו¹⁴⁸. בשני דברים זקוק השומר לבית הדין: (א) השומר חייב ליטול את רשות בית הדין לפני המכירה; (ב) בית הדין מעריך את שווי הנכס, כדי לאשר שהשומר קיבל עבורו מחיר הגון¹⁴⁹. הסיבה שהיא צריך למכור בבית דין היא, שבעל הנכס הפקיד את הנכס אצלו על מנת שיהיה מונח בקרן זווית ולא יהיה לשומר עסק בו, ואם כן אין לשומר למכרו מצד עצמו בשום מקרה, אלא שאם הוא רוצה לעשות בו תקנה, בית הדין עושה זאת¹⁵⁰. בנוסף, צריך שבית הדין יראה האם אכן חסרו הנכסים כשיעור, ואם אין תקנה אחרת לנכס¹⁵¹. חשיבות נוספת למכירה בבית דין היא, שכך לא יהיה מקום לאנשים לחשוך בשומר שמא הוא מקפח במכירה את זכויות בעל הנכס, ומרוויח על חשבוננו של בעל הנכס¹⁵².

¹⁴⁷ משנת יעבץ, חו"מ, סימן מ, ס"ק ב. וראה במילואים להערה 60, אות ה, בשמו. ראה גם במילואים להערה 59 בשם באר המלך.

¹⁴⁸ ב"מ לח ע"א; ירושלמי, פסחים א, ד (על חמץ – ראה להלן).

¹⁴⁹ תוספות, פסחים יג ע"א, ד"ה מאי (הובא על ידי רי"ז שטרן, אבן ציון, עמ' רעו); חידושי הר"ן, פסחים שם; תוספות הרא"ש, כתובות צח ע"א; מעייני החכמה, ב"מ לח ע"א. תוספות הרשב"א, פסחים שם, תמה על כך שצריך בית דין בשביל עשיית שומא, והלא די שבית הדין יתן לו רשות, ויעשנו אפוטרופוס, למכרו כמו שיהיה נראה לו. תוספות, כתובות צח ע"א (ד"ה דאמרי), ותוספות הרא"ש שם, הסבירו שמדובר בבית דין של הדיוטות (ראה הערה 154), ולכן אין בכוחם למנותו שליח לשום בעצמו.

¹⁵⁰ חידושי הרשב"א, ב"מ לח ע"א.

¹⁵¹ שו"ת דברי שלום ואמת, או"ח, סימן יח; פני יהושע, ב"מ לח ע"א.

¹⁵² כך עולה מדברי רא"ש, ב"מ, פרק ב, סימן טז.

יש אומרים שצריך שיהיה זה בית דין של מומחים, ולא די בבית דין של שלושה הדיוטות¹⁵³. אבל דעה אחרת היא שדי בהדיוטות¹⁵⁴. המחלוקת תלויה בהגדרות כלליות של כוחו של בית דין של הדיוטות, ואין עניינה לכאן. עבר השומר ומכר שלא בבית דין, זו "שליחות יד"¹⁵⁵, והמכר בטל¹⁵⁶. הסכמתו מכללא של בעל הנכס, שהיא נחוצה לתקפות המכירה, כפי שהסברנו בפרק ב, ניתנת מן הסתם רק אם הדבר נעשה ברשות בית דין ובפיקוחו.

חובת השומר למכור בבית דין אמורה לגבי מכירת פירות העומדים להקרב, אבל שומר המוכר חמץ בערב פסח אינו צריך למכרו בבית דין¹⁵⁷. שלוש סיבות לדבר. ראשית, לגבי חמץ, הזמן דחוק, מפני שהוא רשאי למכרו רק בשעה החמישית ביום, כפי שנראה בפרק ח, 1 (ב), ובשעה השישית החמץ נאסר בהנאה, ואם נטיל עליו למכרו בבית דין, דבר שלוקח זמן, ייתכן שלא יספיק למכור את החמץ עד שייאסר¹⁵⁸. שנית, דווקא לגבי פירות דרוש בית דין, לראות האם אכן חסרו כשיעור, והאם הוא אמנם מוכרח למכור עכשו ואינו יכול להמתין, ואין צורך בזה לגבי חמץ, מפני שברור שצריך למכור כעת¹⁵⁹. שלישית, את החמץ אפשר למכור לנכרי שהוא יודע שימכרו לו חזרה אחרי הפסח, ואין צורך בבית דין לפעולה זו, שאינה מכירה חלוטה¹⁶⁰.

2. איסור על השומר לקנות לעצמו

הנחיה אחרת לשומר המוכר את הנכס היא, שאסור לו למכרו לעצמו, מפני החשד¹⁶¹. אנשים עלולים לחשוד בו שהוא מוזיל את המחיר לצורך עצמו, כיוון שלא הכול יודעים את ערך הנכס¹⁶². גם אם הוא מוכר בפני בית דין, לא ידעו בני אדם שבית הדין העריך את הנכס, ויחשדו בו שהטעה את בית הדין בדבר ערך הנכס¹⁶³.

¹⁵³ מרדכי, ב"מ, סימן תכח; תוספות הרא"ש, ב"מ לב ע"א; תוספות שאנץ, בשיטה מקובצת, ב"מ לח ע"א; ש"ך, חו"מ, עג, ס"ק מ, וקצות החושן, עג, ס"ק י, בדעת תוספות, פסחים יג ע"א (ד"ה מאי); שארית יעקב (ויינר), ב"מ, סימן ה, דף לח ע"א, בדעת תוספות, ב"מ לב ע"א (ד"ה בית).

¹⁵⁴ תוספות הרא"ש, כתובות צח ע"א (בתירוץ השני); תוספות, כתובות צח ע"א, ד"ה דאמרי (בלשון שמא); שו"ת הריב"ש, סימן שצו; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן צג; שו"ת אדמת קודש, חלק ב, חו"מ, סימן ז.

¹⁵⁵ מרדכי, ב"מ, סימן רעה (הובא בשו"ת אדמת קודש, חלק ב, חו"מ, סימן ז); שו"ת הריב"ש, סימן שצו.

¹⁵⁶ שארית יעקב שם על פי תוספות, ב"מ לב ע"א (ד"ה בית). מאותה סיבה, גם המוכר פירות ששיעור חיסורם היה מועט מן השיעור המתיר למכור (לפי פרק ח, 1 (א)), מכירתו בטלה.

¹⁵⁷ חידושי חתם סופר, פסחים יג ע"א; שו"ת דברי שלום ואמת, או"ח, סימן יח; בית יעקב, רצב, יז; פתחי חושן, פרק ב, הערה צו.

¹⁵⁸ חידושי חתם סופר ופתחי חושן — שם.

¹⁵⁹ דברי שלום ואמת שם.

¹⁶⁰ בית יעקב שם. רז"ג גולדברג הדגיש שזו מכירה גמורה, שאם לא כן היה בעל החמץ עובר ב"בל יראה", אלא שמכל מקום אין צריך בית דין מפני שבפועל החמץ יחזור אליו, ואסור לישראל אחר לקנות חמץ זה מן הנכרי (מגן אברהם, תמח, ס"ק ד).

¹⁶¹ פסחים יג ע"א; ב"מ לח ע"א; רמב"ם, הלכות שאילה, ז, ה.

¹⁶² רש"י, ב"מ לח ע"א (ד"ה ואין).

¹⁶³ מרדכי, ב"מ, סימן תכח; תוספות, כתובות צח ע"א (ד"ה דאמרי).

כפי שהסברנו, גם כשהוא מוכר בבית דין, אינו רשאי למכור לעצמו, מפני החשד¹⁶⁴. אולם אם עבר השומר ומכר את הנכס לעצמו, המכירה אינה מתבטלת, מפני שהאיסור לעשות זאת הוא רק משום חשד¹⁶⁵. אם השומר מוכן לשלם עבור הנכס יותר מן השומא ששם בית הדין את הנכס, או שאחרים מוכנים לשלם רק סכום מועט, ורק הוא מוכן לתת על פי השומא, מוכרים לו. וככלל, אם בית הדין רואה מאיזו סיבה שטובת בעל הנכס היא שהשומר יקנה, מוכרים לו¹⁶⁶. אסור לשומר גם למכור לאחד מקרוביו, מאלו שדרגת קרבתם אליו פוסלת אותם מלהעיד עליו¹⁶⁷, משום שגם כאן יחשדו אנשים שהוא הוויל להם את המחיר, כיוון שהם קרוביו. בנוסף, אסור לשומר למכור את הנכס לאחד מחברי בית הדין, מפני החשד, שיחשדו אנשים שהדיינים פסקו להתיר את מכירת הנכס מפני שהם רצו לקנות אותו¹⁶⁸.

3. הכסף מהמכירה

הכסף שמקבל השומר ממכירת הנכס מותר לשימושו של השומר, עד שתהיה לו הזדמנות לתיתו לבעל הנכס¹⁶⁹. כשתהיה לשומר אפשרות לתת את הכסף לבעל הנכס, יתן לו את הסכום שקיבל תמורת הנכס, וגם אם התייקר הנכס, אינו חייב להוסיף כסף¹⁷⁰.

4. פעולות הדרושות להתרת שימוש הקונה בנכס

מאחר שמי שקונה את הנכס ישתמש בו, מן הסתם, בעוד שלשומר היה אסור להשתמש בו, יש דברים אחדים שהשומר צריך לדאוג להם, כדי ששימושו של הקונה בנכס יהיה כשר מכל הבחינות.

א) אם זהו דבר מאכל החייב בתרומות ובמעשרות, על השומר להפריש ממנו תרומות ומעשרות, שמא לא הפרישם בעל הנכס (וכל שכן אם ידוע שלא הפרישם בעל הנכס), ונמצא שהקונה יאכל דבר אסור¹⁷¹.

¹⁶⁴ מרדכי שם; תוספות, כתובות צח ע"א (ד"ה דאמרי), וב"מ לב ע"א (ד"ה בית); חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ לח ע"א; פרישה, חו"מ, רצ, טו.

¹⁶⁵ שארית יעקב, ב"מ, סימן ה, דף לח ע"א, לומד זאת מתוספות, ב"מ לב ע"א (ד"ה בית).

¹⁶⁶ מעייני החכמה, ב"מ לב ע"א, אות קלח. אבל בית יעקב, רצב, יט, כותב שלא משמע כך מסתימת הפוסקים. מאירי הלכה, חלק ב, פרפראות לחכמה, שאלה מג, מעלה ספק האם נימוק החשד מתבטל אם השומר משלם יותר ממחיר הנכס בשוק.

¹⁶⁷ שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן א.

¹⁶⁸ ירושלמי, יבמות ב, יב (הובא בספר העיטור, פיקדון, ליד אות קטו), כמוסבר באור הישר על ירושלמי שם, בבית יעקב שם, ובזכרנו לחיים, חלק א, חו"מ, ערך בית דין (סא ע"א).

¹⁶⁹ רמב"ם, הלכות שאילה, ז, ה; בית יוסף, חו"מ, רצב, כא, ושו"ע, חו"מ, רצב, יט; סמ"ק מצורין, מצווה רנא (עמ' עא); תוספת ירושלים, חו"מ, רצב, טז, על פי ירושלמי, יבמות שם; שו"ת תורת אמת, סימן צג. בסעיף 1(ג), ליד ציון הערה 180, ראינו שהוא שומר שכר על הכסף עקב רשות השימוש; וראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 38, בשאלה האם הוא נחשב שואל בשל רשות זו.

¹⁷⁰ מרדכי, ב"מ, סימן רצח, הובא ברכי משה, חו"מ, רצב, ס"ק ד; סמ"ק מצורין, מצווה רנא (עמ' סט), בשם אבן הראשה (הראב"ן).

¹⁷¹ חידושי הרמב"ן, ב"מ לח ע"א; מחנה לוי, ב"מ שם.

ב) ייתכן שבעל הנכס "הקדיש" את הנכס, תרם אותו להקדש, בהיותו ביד השומר (או לפני ההפקדה), ויהיה אסור לקונה להשתמש בו. כדי לפתור בעייה זו, די אם יחלל השומר את קדושת הנכס (המסופקת) על מטבע השווה פרוטה, וכך הנכס יהיה מותר בשימוש¹⁷².

ג) כששומר מוכר חמץ בערב פסח לנכרי א, יש אפשרות סבירה שבעל החמץ כבר מכר אותו לנכרי אחר במקום הימצאו, בידעו שהחמץ יאסר אם לא יימכר, ובחששו שהשומר ישכח למכרו; ואם נכרי א יאכל את החמץ, נמצא גוזל את נכרי ב שכבר קנאו (אך אם השומר מוכר לנכרי שהוא יודע שיחזיר לו לאחר הפסח ולא יאכלנו, בעייה זו אינה קיימת). לפיכך, על השומר להתנות עם הקונה, שלא יאכל את החמץ עד שיתברר שלא מכר אותו בעל החמץ לנכרי אחר¹⁷³. לגבי שומר המוכר פירות העומדים להקרב, בעייה זו אינה קיימת כלל. ראשית, אין סבירות כל כך גבוהה שבעל הפירות ימכרם, כמו בחמץ, שהרי בעל הפירות אינו יודע על הסכנה של הרקבתם, כפי שהוא יודע על סכנת איסור החמץ. שנית, גם אם מכרם בעל הפירות לראובן, צריך השומר למכרם לאדם אחר, שיאכלם בהקדם, כדי למנוע הפסד מראובן, שהוא כעת בעל הפירות.

5. חשש שמאכל מופקד הוא תרומה

חשש נוסף, שהוזכר כבר בתלמוד, קיים לגבי פיקדון של דבר מאכל: ייתכן שבעל הנכס עשה אותו תרומה על פירות אחרים שיש לו בביתו, כדי להתירם באכילה, והרי תרומה מותרת למאכל רק לכהנים. לפיכך נפסק, שהשומר יוכל למכור נכס כזה לכהנים בלבד¹⁷⁴.

צורך זה של השומר למכור דווקא לכהנים, מוריד את המחיר שיוכל לקבל תמורת הפירות, כיוון שהביקוש קטן מהרגיל. אף על פי כן, המכירה היא לטובת בעל הנכס, שכן אם לא ימכור עכשו, הפירות עלולים לחסור יותר ממה שהוא מפסיד ממכירה לכהנים דווקא, כפי שנסביר בפרק ח, 1 (א), וכפי שנראה שם, אם אכן אין יסוד להניח שהפירות עלולים לחסור באופן מואץ, אסור למכור אותם, מפני שהמחיר לכהנים הוא נמוך.

היה אפשר לפתור את הבעייה של החשש לתרומה, בדרך אחרת: נאסור על בעלי פירות מופקדים לעשותם תרומה על פירות אחרים, ואז יהיה מותר לשומר למכרם גם למי שאינו כהן. אלא שדרך זאת לא הייתה יעילה, מפני שסביר לחשוש שבעל הנכס יעבור על האיסור, ביודעין¹⁷⁵ או שלא ביודעין, מתוך אי ידיעת האיסור¹⁷⁶. לעומת זאת, הדרך שנוקטים בה למעשה היא יעילה: השומר לא יעבור וימכור לאחר שאסרנו זאת, מפני שמן הסתם שומר הוא זהיר כשהוא מוכר; ועוד, שהוא מוכר רק בבית דין, כאמור לעיל, ובית הדין לא יתיר לו למכור במקרה כזה¹⁷⁷.

¹⁷² כוס ישועות (חריף), ב"מ שם, אומר שמאחר שיתכן שעשאו בעל הנכס מעשר שני על פירות שבביתו, צריך השומר לחללו על שווה פרוטה, שאם לא כן יהיה אסור לקונה לאכול חוץ לירושלים, כדין מעשר שני. זה נכון רק בפירות החייבים במעשר שני; ניתן להשתמש באותו פתרון לגבי החשש להקדש, חשש הקיים בכל סוג נכס, ולכן התייחסנו בפנים רק לבעייה של הקדש.*

¹⁷³ אשל אברהם (ניימרק), פסחים יג ע"א.*

¹⁷⁴ רמב"ם, הלכות שאילה, ז, א; מאירי, ב"מ לח ע"א; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ג, הלכה ג, אות ה; סמ"ק מצוריק, מצווה רנא (עמ' טז).*

¹⁷⁵ תוספות רבנו פרץ, ב"מ לח ע"א; תוספות הרא"ש, ב"מ שם.

¹⁷⁶ אמרי מהרש"ח, ב"מ שם.*

¹⁷⁷ שארית יעקב (ויינר), ב"מ, סימן ה, דף לח ע"א.

בכל זאת, הריטב"א¹⁷⁸ סומך במקרה מסוים על כך שבעל הנכס יימנע מצד עצמו מלעשות פירות אלו תרומה על פירותיו, ועל סמך זה מתיר לשומר למכור או למי שאינו כהן ("זר"). הכוונה לפירות שאין לבעל הנכס זיקה מיוחדת אליהם, כגון שהם קנויים, שהשומר רשאי למכור אותם גם אם הקלקול הוא רק בהיקף מועט, כפי שנראה בפרק ט, 2. לדעת הריטב"א, מאחר שכבר בקלקול מועט ימכור השומר את הפירות, בעל הפירות לא יעשה תרומה על פירותיו שבביתו, מפני שהוא יחשוש שהם (המופקדים) התקלקלו מעט (שהוא דבר מצוי), והשומר מכרם כבר, כך שהפרשתו לא תועיל; ומאחר שסביר להניח שבעל הפירות לא עשאו תרומה, רשאי השומר למכרם למי שאינו כהן. רק אם אלו פירות שיש לבעל הנכס זיקה מיוחדת אליהם, שהשומר רשאי למכור אותם רק אם הקלקול הוא מרובה, כפי שנראה בפרק ט שם, יש לחשוש שמא בעל הנכס עשאו תרומה, מפני שהוא לא יחשוש שמא כבר מכרם השומר, שכן אין זה סביר (לדעתו) להניח שהפירות כבר התקלקלו הרבה.

כמובן, אם הנכס הוא מסוג שאינו יכול להיות תרומה, אין החשש האמור קיים, והשומר יוכל למכרו גם למי שאינו כהן. דוגמאות לכך: פירות ממקום שאין בו חיוב תרומה, כגון חוץ לארץ¹⁷⁹; פירות שידוע שהופרשה מהם תרומה, כך שאי אפשר לעשותם תרומה; נכסים שאינם דברי מאכל¹⁸⁰; פירות ש"לא נגמרה מלאכתם", ועדיין לא חל עליהם חיוב תרומה¹⁸¹.

כמו כן, מאכל שהתקלקל במידה כל כך מרובה, עד שגם אילו היה תרומה, הייתה פוקעת ממנו קדושת התרומה שבו, מפני שאינו ראוי לאדם, כגון שמן שהבאיש – מותר למכרו למי שאינו כהן¹⁸².

גם פיקדון של קמח, אין לחשוש בו שמא עשאו בעל הנכס תרומה על חטים שבביתו, מפני שמן הסתם הוא כבר מעושר, שהרי אין רגילים לטחון חטים לקמח לפני שתופרש מהן תרומה. אלא שאם הפיקדון הוא עיסה או דבר מאפה, אסור לשומר למכרו למי שאינו כהן, שמא עשאו בעליו חלה על עיסה אחרת¹⁸³.

פירות שחיובם בתרומה הוא רק מדרבנן, יוכל השומר למכרם גם למי שאינו כהן. הרי גם אם עשאו בעליהם תרומה, הם רק תרומה מדרבנן, והאיסור שיעבור הקונה (שאינו כהן) באכילתם אינו כל כך חמור, ולכן אין לאסור את המכירה למי שאינו כהן מחמת ספק איסור זה¹⁸⁴.

אם אין כהן שהשומר יוכל למכור לו, מותר לו למכור לישראל, כדי להציל את בעל הנכס מהפסד מרובה, מפני שהחשש לתרומה הוא חשש רחוק, וכשאינן ברה, אין חוששים לו¹⁸⁵.

¹⁷⁸ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ לח ע"א (ד"ה כך).

¹⁷⁹ השגות הראב"ד, על הרמב"ם שם; מאירי שם; מגיד משנה, על הרמב"ם שם (שהרמב"ם מסכים בזה לראב"ד); פסקי הרא"ה שם (שנקט "במקום שהיו מפרשים"); באר יעקב, חו"מ, רצב, טז (בדעת הרי"ף והשולחן ערוך, לנמק מדוע לא כתבו שימכור רק לכהנים); שו"ת דברי חזקיהו, חלק ב, חו"מ, עמ' טו; פלפולא חריפתא, על הרא"ה ש, ב"מ, פרק ג, סימן י, אות ט ("לא שייך האידנא").

¹⁸⁰ תוספות, ב"מ לח ע"א (ד"ה מזבנין); רא"ה ש, ב"מ, פרק ג, סימן י; חידושי הר"ן, ב"מ שם; מלחמות ה', ב"מ כא ע"ב, בדפי הרי"ף (על דבש דבורים); מאירי שם ("אם ראוי לתרומות ומעשרות מוכרו לכהנים").

¹⁸¹ גאון צבי, ב"מ שם.

¹⁸² מלחמות ה', ב"מ כא ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא ביד המלך, פלומבו, על הרמב"ם שם); גאון אברהם, ב"מ לח ע"א; חידושי מהר"ם שף, ב"מ שם (על תוספות ד"ה מתנין), במסקנתו.

¹⁸³ חידושי מהר"ם חלאוה, פסחים יג ע"א.

¹⁸⁴ לבוש ישע וחידושי מהר"ם שיק, ב"מ שם, על פירות קנויים, שחיובם בתרומה הוא מדרבנן.

¹⁸⁵ חידושי הרשב"א, ב"מ לח ע"ב.

מאותה סיבה, אם החשש לתרומה יביא אותנו לאסור את השימוש במאכל אף לכהן, אין חוששים שבעל הנכס עשאו תרומה, משום שזהו חשש רחוק, ורק אם יש אפשרות לצאת ידי החשש הזה, מתחשבים בו, אבל אם אין מוצא, אין מתחשבים בו. לדוגמה, אם המאכל התקלקל כל כך עד שאינו ראוי לאכילת אדם, והוא ראוי רק לשימוש מהסוג שאסור לעשותו בתרומה, כגון שמן שהתקלקל וראוי רק לטיפול בעורות, ואת זאת אסור לעשות בשמן שהוא תרומה משום שזהו שימוש בזוי, אין אומרים שאסור למכרו אף לכהן, כיוון שאם השמן הוא תרומה אסור לו להשתמש בו כך, אלא מותר למכרו לצורך שימוש זה, כיוון שאין מוצא אחר, ולכן אין חוששים שזה תרומה¹⁸⁶.

פרק שישי

הגבלת ההרשאה בחוסר יכולת לברר את דעת בעל הנכס (“פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש”)

1. עמדת החוק

התנאי של “פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש”, המופיע בחוק, מציין מצב שאין השומר יכול לברר קודם ביצוע פעולת ההצלה, האם אכן מסכים לה בעל הנכס. מאחר שהיא “דחופה”, אין פנאי לברר את דעתו כעת¹⁸⁷; מאחר שהיא “בלתי צפויה מראש”, אין אפשרות לברר את דעתו מתוך העובדה שלא הורה לו מראש לעשות פעולה זו.

הצורך להתנות את הרשות לשומר לפעול, באי יכולת לברר את דעת בעל הנכס, נובעת מכך שפעולתו יכולה לפגוע בבעל הנכס. הרי סעיפנו עוסק בעיקר בפעולת הצלה העלולה לפגוע בבעל הנכס למרות שהיא מכוונת לטובתו. רק לצורך פעולה כזאת דרושה ההרשאה, שהיא עיקר ההוראה של החוק בסעיף זה. משום כך, אם אפשר לברר את דעת בעל הנכס, אסור לשומר לפעול בלי לעשות כן, שמא בעל הנכס מתנגד לפעולה העלולה לפגוע בו. רק אם אי אפשר לברר את דעתו, רשאי השומר לפעול, מתוך הנחה שמן הסתם מסכים בעל הנכס לפעולה שמטרתה למנוע נזק לנכס, על אף שיש גם סיכוי קטן שהפעולה תפגע בו. דוגמה אחת לכך היא מכירת נכס העומד להתקלקל. אף על פי שפעולה זו מטרתה היא להציל את ערך הנכס הפוחת והולך, ייתכן שבעל הנכס רוצה בהשבת הנכס בעין דווקא, למרות הפחת הגדול. זאת אחת הסיבות שנחוצה ההרשאה שנקבעה בחוק: כדי לאפשר את המכירה למרות הסיכוי שבעל הנכס מתנגד. מחמת חשש זה, יש להחיל במקרה זה את ההגבלה שהזכרנו על הרשות לפעול. לפיכך, אין השומר רשאי למכור את הנכס לשם הצלת ערכו אלא אם אין בידו לברר את דעת בעל הנכס לגבי המכירה.

דוגמה נוספת היא פעולת הצלה שהשומר מוציא עבורה הוצאות. מאחר שעל בעל הנכס לשפותו על הוצאותיו, כקבוע בסעיף 8(ב), ולשאת באופן כללי בתוצאות פעולתו, בעוד שקיימת אפשרות שהוא אינו חפץ בפעולת השומר, היה נחוץ שהחוק ייצור הרשאה לשומר

¹⁸⁶ חידושי הרשב"א שם. לאור זה, נראה שיהיה מותר אף למכרו למי שאינו כהן, כיוון שאף לכהן יש איסור.
¹⁸⁷ ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, פסקה 94, מעלה אפשרות שמלים אלה רומזות לתנאי של חוסר אפשרות להתקשר לבעל הנכס, ומציין שכך הוא גם לפי הדין האנגלי.

לעשות פעולות אלה. מחמת אותו חשש, חלה כאן הגבלת המחוקק שהשומר הוא מורשה של בעל הנכס דווקא כשאין ביכולתו לברר את דעת בעל הנכס לגבי פעולת ההצלה שלו, דהיינו אם היא "דחופה ואינה צפויה מראש".

התנאי של "דחופה" משתנה בהתאם לנסיבות. על השומר לשקול את מידת הנזק הצפוי עקב דחייה בביצוע הפעולה, וגם את מידת הפגיעה שפעולתו עלולה לפגוע בבעל הנכס¹⁸⁸. כמו כן, תנאי זה משתנה בהתאם למיקומו של בעל הנכס: ככל שהוא יותר רחוק ממקומו של השומר, יש סיכוי גדול יותר שדחיית הפעולה עד לברור דעתו תגרום נזק לנכס.

התנאי של "צפויה מראש" נקבע על פי נקודת ראותו של אדם סביר. אם אדם סביר לא היה צופה מראש את הסכנה, רשאי השומר לפעול, מתוך הנחה שהסיבה שבעל הנכס לא הורה לו לפעול אינה משום שהתנגד לפעולה, אלא משום שלא צפה את הסכנה. גם אם התברר אחר כך שבעל הנכס צפה את הסכנה, ואף על פי כן לא אמר לשומר לפעול, משום שהתנגד לפעולה, אין זה פוגם בהרשאתו של השומר לפעול, מפני שלא היה צריך לדעת בשעת מעשה שבעל הנכס צפה את הסכנה וששתיקתו הביעה התנגדות¹⁸⁹.

גם אם יתמלאו תנאים אלו, אם צריך להיות ברור לשומר שבעל הנכס מתנגד לפעולתו, מסיבה כלשהי, ההרשאה אינה קיימת. הרי מטרת ההרשאה היא שמירת האינטרס של בעל הנכס, וכאן הוא מתנגד לפעולה. קל וחומר, שאם הורה בעל הנכס במפורש לשומר שלא יפעל, ההרשאה אינה קיימת¹⁹⁰.

2. עמדת המשפט העברי

(א) במכירת נכס העומד להתקלקל

המשפט העברי מגביל את רשות השומר למכור נכס העומד להתקלקל, למצב שאינו יכול לברר את דעת בעל הנכס. אם הוא יכול לברר את דעתו, כגון שהוא במקום קרוב דיו שהבירור לא יגרום דחייה שתמנע את אפשרות המכירה, אסור לו למכור בלי לברר את דעתו. יש לחשוש שמא בעל הנכס מעוניין, מאיזו סיבה, שהנכס עצמו יחזור אליו גם אם ייפחת במידה ניכרת¹⁹¹. רק אם אין אפשרות לברר את דעת בעל הנכס, רשאי השומר למכרו, ואין עליו לחשוש שמא מתנגד בעל הנכס מסיבה כלשהי, אלא הוא רשאי לסמוך על חזקה, אומדן כללי, שאדם סביר היה מעוניין שהנכס שלו יימכר בנסיבות אלה של פחת ניכר. אבל אם אפשר לברר את הדבר, אסור לשומר לסמוך על החזקה הזאת.

כך אומר השולחן ערוך¹⁹²: "אבל אם חסרו יותר מכדי חסרונן – אם בעל הפיקדון בעיר, יודיענו; ואם אינו בעיר, מוכרן בבית דין".

אם מכר השומר את הנכס במקרה כזה בלי לברר את דעת בעל הנכס, אין למכירתו תוקף, מפני שתקפה של המכירה כשהיא מותרת נובע מדין "זכין לאדם שלא בפניו", כפי שראינו

¹⁸⁸ פרידמן שם, פסקה 97.

¹⁸⁹ פרידמן שם, פסקה 97.

¹⁹⁰ פרידמן שם, פסקה 95.

¹⁹¹ שהלא אם לא פחת הנכס במידה ניכרת, השומר מנוע בלאו הכי מלמכרו, כפי שנראה בפרק ח, 1 (א).

¹⁹² שו"ע, חו"מ, רצב, ט"ז.

בפרק ב, וכאן אין זו "זכות" לבעל הנכס, כשמוכרים את הנכס שלו בשעה שאפשר לשאול את פיו, ובעוד שהוא יכול למכרו בעצמו¹⁹³.

הודיע השומר לבעל הנכס את דבר הנזק, וקיבל ממנו הסכמה למכרו, הריהו שלוחו למכור. אם בעל הנכס הביע התנגדות למכירה, אסור לשומר למכור. גם אם שתק בעל הנכס, אסור לשומר למכור, כיוון שכעת, שהודיע לבעל הנכס, אין מוטל עליו למכור, מפני שבעל הנכס יכול למכור בעצמו, או לפחות לבקש מן השומר שימכור, ומשלא עשה כך, אין שום חובה על השומר להיכנס לספקות¹⁹⁴.

(ב) בטיפול בנכס כדי למנוע פחת טבעי

גם את ההרשאה לטיפול מונע בנכס, הרשאה הגוררת אחריה בתנאים מסוימים רשות שימוש בנכס להנאתו של השומר¹⁹⁵, מגביל המשפט העברי בכך שאם יכול השומר לברר את דעת בעל הנכס, כגון שהוא במקום קרוב, והפעולה אינה כל כך "דחופה", ויש פנאי לשאול אותו, אינו רשאי לטפל בנכס בלי לברר את דעתו. כך פוסק השולחן ערוך¹⁹⁶: "הפקיד אצלו כסות, מנערה... במה דברים אמורים? בפיקדון שהלכו בעליו למדינת הים. אבל היו עמו באותה ארץ, הרי זה לא יגע, אף על פי שיאבד". כשבעל הנכס אינו במקום קרוב, רשאי השומר להשתמש בנכס לצרכו, מפני שרוב בני אדם אינם מקפידים על שימוש שאינו מקלקל. אבל אם בעל הנכס במקום, אינו רשאי, שכלל הוא שאין לסמוך על "רוב" כשאפשר לברר את האמת¹⁹⁷. גם לפי הדעה שנוביא בפסקה 3, שחובת הטיפול מוטלת על השומר גם כשבעל הנכס בעיר, הכוונה היא שיטפל בו באופן שיהיה רק לטובת בעל הנכס. אבל אם ירצה לטפל בו באופן שיסב לו הנאה בשימוש, עליו לבקש תחילה רשות מבעל הנכס¹⁹⁸.

גם ההגבלה של "אינה צפויה מראש" תופסת כאן. בדרך כלל הצורך בטיפול מונע בנכס הוא צפוי מראש; ואם כן, אם לא אמר בעל הנכס במפורש לשומר, בעת ההפקדה, שהוא מוכן שיהנה מן הנכס תוך כדי טיפול, משמע שהוא אוסר זאת עליו. רק אם בעת ההפקדה חשב בעל הנכס שיישאר במקום קרוב לנכס, ולאחר מכן החליט לצאת (באופן פתאומי) להו"ל, רשאי השומר ליהנות בעת הטיפול בנכס כשבעל הנכס בחו"ל. כאן, העובדה שלא התיר לו זאת בעת ההפקדה אינה מעידה על התנגדותו, אלא הוא שתק אז מפני שחשב שהוא יהיה ליד הנכס כל משך השמירה, ויוכל לבצע את הטיפול בעצמו¹⁹⁹.

(ג) במכירת חמץ בערב פסח

לעניין שומר המוכר חמץ בערב פסח, אין הדבר כך. גם אם בעל החמץ בעיר, השומר יכול למכרו בערב פסח, ואין חוששים שמא מתנגד בעל החמץ למכירה. דווקא במקרה של פירות ההולכים להרקב, דבר שהוא תהליך מתמשך, בכל שלב יש מקום לחשוב שבעל הנכס מתנגד למכירתו עכשו, מפני שהוא מעדיף את הנכס עצמו, גם כשנפחת, על פני דמיו (במיוחד שבלאו

¹⁹³ שו"ת באר יצחק, או"ח, סימן א, ענף א.

¹⁹⁴ פתחי חושן, פרק ב, הערה צא, כותב שלאחר שהודיע לבעל הנכס, אינו רשאי למכרו, ששוב אין הדבר מוטל עליו. מן הסתם כוונתו למקרה שבעל הנכס שתק, כמוסבר בפנים.

¹⁹⁵ כפי שנפרט בפרק ז, 1 (א).

¹⁹⁶ שו"ע, חו"מ, רצב, כ"ב. כך פסק גם סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' עא).

¹⁹⁷ מחזה אברהם, ב"מ ל ע"א (הובא בנחלת משה, ב"מ שם).

¹⁹⁸ תוספות, ב"מ ל ע"א (ד"ה לצורכו).

¹⁹⁹ תוספות הרא"ש, ב"מ ל ע"א, כמוסבר במגדנות נתן, ב"מ שם.

הכי התמורה שיקבל השומר ממכירת הנכס עכשו תהיה קטנה מערכו הראשוני). לעומת זאת, לגבי חמץ, שאבדן כל ערכו יבוא בבת אחת, הרי ברגע האחרון לפני האיסור, אנו יודעים שילך לאבדון, וברור שבעל החמץ שכח אותו, ולכן לא בא לבערו או למכרו. כאן הדבר נחשב "דחוף", גם אם בעל החמץ במקום קרוב, מפני שבכל זאת אין זמן לשאול אותו. אין זה משנה אם השומר הודיע לו או לא הודיע, מפני שבכל מקרה יודע בעל החמץ שהחמץ יאסר ברגע מסוים. אמנם לא נהג השומר כשורה בכך שלא שאל אותו בעת ההפקדה האם למכור בערב פסח, אבל מכל מקום, עכשו השומר רשאי למכור את החמץ, כדי להצילו. והרי הוכחה לכך: אילו היינו אוסרים על השומר למכור כשבעל החמץ בעיר, היינו צריכים לאסור זאת גם כשבעל החמץ בעיר אחרת, שכן הוא יודע שבפסח יאסר החמץ, ועליו למכרו במקום הימצאו, או לבוא לעיר זו כדי למכרו. מכאן מוכח, שאין סומכים על כך שהדבר מוטל על בעל החמץ, מפני שהנזק ברור ומידי, ויש לחשוש שמא בעל החמץ שכח²⁰⁰.

לכאורה, העובדה שלא אמר בעל החמץ לשומר שימכרנו בערב פסח, אף על פי שהיה "צפוי מראש" שיהיה צורך בכך (מלבד מקרה שהפקידו אצלו לזמן קצר, והיה אמור ליטלו בחזרה לפני פסח, אלא שקרה שלא נטלו בחזרה עד ערב פסח, שאז הצורך במכירה לא היה צפוי מראש), מראה שהוא אינו רוצה שהשומר ימכור, אלא רוצה למכור בעצמו, במקום הימצאו, לנכרי שהוא יבחר בו. האמת היא שבכל זאת רשאי וחייב השומר למכור, שמא שכח בעל החמץ למכרו; ואשר לאפשרות שבעל החמץ רוצה למכרו לנכרי אחר, הרי אם אמנם יתברר שכך עשה, מכירת השומר מתבטלת, ומכירת בעל החמץ תקפה, וכפי שראינו בפרק ה, השומר צריך להתנות עם קונה החמץ שלא יאכלנו עד שיתברר שבעל החמץ לא מכרו לנכרי אחר. נמצא שרצון בעל החמץ התקיים, שהרי מכר לנכרי שבחר בו.

שוב: לכאורה יש הוכחה אחרת לגבי דעתו של בעל החמץ, שמחמתה יש לאסור את המכירה, ממה נפשך: אם בעל החמץ מכר את חמצו במקום הימצאו, אין צורך שהשומר ימכרנו; ואם לא מכר את החמץ במקומו, זה מראה שאין רצונו במכירה. האמת היא, שייחכן שבעל החמץ לא מכר אותו במקומו, ולא משום שהוא אינו רוצה שהחמץ יימכר, אלא משום שלא הייתה לו אפשרות למכור, או ששכח, או שלא ידע איך מוכרים נכס המצוי במקום מרוחק²⁰¹.

לשאלה האם זכות השומר לשיפוי על הוצאות שהוציא לצורך הצלת הנכס, מוגבלת בכך שהיא תהיה "פעולה דחופה ובלתי צפויה", ראה להלן²⁰².

3. הגבלת חובת ההצלה

בפרק ג ראינו שמוטלת על השומר חובה להציל את הנכס מנזקים שונים. כאן נדון בשאלה האם חובה זו מוגבלת בהגבלה של "פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש". היינו, האם החובה קיימת רק אם בעל הנכס לא היה יכול לדעת מראש על הנזק הנשקף לנכס ("בלתי צפויה מראש"), ואין פנאי להודיע לו ("דחופה"), אבל אם הוא ידע מראש על כך, או שהשומר

²⁰⁰ שו"ת נאות דשא (אייבשיץ), סימן לט.

²⁰¹ שו"ת באר יצחק, או"ח, סימן א, ענף א, מעלה סברות אלה. הוא כותב כך כדי להסביר מדוע לא נאמר שבמקרה שלאחר מעשה נודע שבעל החמץ לא מכרו במקומו, נראה זאת כגילוי התנגדות מצדו למכירה, ומכירת השומר תבטל.

²⁰² סעיף 8, פרק ד.

הודיע לו, או שנודע לו בכל דרך אחרת ובירדו לפעול בעצמו, אין השומר מחויב לפעול; או שמא בכל מקרה מוטל עליו לפעול.

יש להבדיל לעניין זה בין סוגים שונים של הצלה.

לגבי חובת ההצלה מגורם חיצוני כמו מחיות או מגזלנים ("קידום ברועים ובמקלות"), נפסק שהדבר מוטל על השומר גם אם בעל הנכס במקום ויודע על הסכנה, אם בעל הנכס סירב לטרוח ולהציל. מאחר שהצלה מגורם חיצוני היא חלק מחובות השמירה, כפי שהסברנו בפרק ג, 2, אין השומר יכול לטעון שעל בעל הנכס להציל בעצמו, מפני שזו חובה המוטלת עליו, ובעל הנכס הסתלק משמירת הנכס²⁰³. כשהוא קיבל על עצמו לשמור את הנכס, זה לא היה משום שבעל הנכס אינו יכול לשמר בעצמו, אלא משום שרצה לעשות לו טובה, להקל עליו מעול הדאגה לנכס (ובשומר שכר, הוא עשה זאת כדי לקבל שכר), ולכן הדבר מחייב אותו גם כשבעל הנכס יכול להציל בעצמו. והראיה, שהלא ברור הוא שגם אם בעל הנכס לידו, עליו להניח את הנכס במקום שמור, ואינו יכול לטעון שעל בעל הנכס לעשות זאת כיוון שהוא מצוי במקום.

גם חובת שומר לתבוע את הגנב בדיון, שהיא הצלה מגורם חיצוני, קיימת גם אם בעל הנכס יכול לתבעו, מפני שבתוקף תפקידו כשומר עליו לתקן את הנזק שנעשה, ואין זה מוטל על בעל הנכס, שהסתלק מכבר משמירת הנכס²⁰⁴.

באשר לחובת הטיפול המונע בנכסים, כגון בגדים, ספרים וכלים, חלוקת הדעות בשאלה האם החובה קיימת גם כשבעל הנכס יכול לבצע זאת בעצמו. התלמוד²⁰⁵ אומר על הברייתא המטילה חובת טיפול על שומר פיקדון: "פיקדון מאי עבידתיה [מה לו להשתמש בו, יבוא בעליו וישתמש בו – רש"י]? אמר רב אדא בר חמא, אמר רב ששת: בפיקדון שהלכו בעליהן למדינת הים".

הרא"ש מסביר: "דאי ישנן בעיר, אין הנפקד חייב לטפל בו, מאחר שהמפקיד יכול לשמור חפציו שלא יתקלקלו"²⁰⁶. לכאורה, אין הדבר מובן. וכי שומר פטור מכל חיובי שמירה כאשר בעל הנכס עמו באותה עיר, בטענה שבעל הנכס יכול לשמר בעצמו? ודאי שאין הדין כך. ניתן לנמק את הדבר בשתי דרכים. הדרך הראשונה היא על פי השיטה שהבאנו בפרק ג, 3, שחובת הטיפול בנכס אינה מחובות השמירה, אלא היא מטעם מצוות השבת אבדה. רק כאשר הנכס אכן אבוד מבעליו, ניתן להטיל עליו חובה זו. הנכס קרוי אבוד רק כאשר פעולת ההצלה "דחופה" – שבעל הנכס לא יספיק לבוא ולהציל את הנכס קודם שיינזק; ורק כאשר פעולת ההצלה "בלתי צפויה מראש", כך שבעל הנכס לא היה יכול להקדים רפואה למכה ולנקוט בפעולות מנע. לעומת זאת, אם בעל הנכס בעיר, הוא יכול להציל את הנכס בעצמו, בטיפול בו, ולכן אין זו אבדה, ואין השומר חייב לטרוח בדבר משום השבת אבדה. בכך שונה חובת הטיפול מחיובי שמירה אחרים, הנוהגים גם כשבעל הנכס באותה עיר, כיוון שהן אינן רק מכוח מצוות השבת אבדה, אלא הן מחובות השמירה²⁰⁷.

²⁰³ שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לה, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, שג, ס"ק ז; שו"ת תולדות שם, סימן ג, אותיות ט"ב; ערוך השולחן, חו"מ, שג, יג (הובא בפתחי חושן, פרק ג, הערה יב).

²⁰⁴ דברי חיים, דיני חמץ, סימן י; בית אפרים שם.

²⁰⁵ ב"מ ל ע"א.

²⁰⁶ רא"ש, ב"מ, פרק ב, סימן כ.

²⁰⁷ כך הסבירו לבוש, חו"מ, רצב, כב, ותומים, עב, ס"ק יז (המוסיף שמאחר שבעל הנכס אינו מטפל בו בעצמו, זו "אבדה מדעת").

הדרך השנייה שניתן להסביר בה את דעת הרא"ש היא, שהטיפול בנכס הוא אכן מחובות השמירה, כשיטה האחרת שראינו בפרק ג, 3, אלא שכאשר בעל הנכס נמצא בעיר, הוא מוחל לשומר על חובת הטיפול. כך מסביר הש"ך²⁰⁸: "דאין צריך הנפקד לטפל עמו, דכיוון שהוא עמו במדינה, אינו מקפיד". ההבדל בין חובת הטיפול לשאר חובות השמירה הוא, ששאר החובות הן תמידיות, לשמור על הנכס מגנבים ומשבירה וכדומה, ואין ביכולתו של בעל הנכס לקיימן בעצמו בעוד שהנכס בבית של אחר, ולכן אין הוא מוחל לשומר על קיומן. לעומת זאת, חובת הטיפול מתקיימת בטיפולים עונתיים, שאותם יכול בעל הנכס לבצע, ולכן הוא מוחל עליה לשומר²⁰⁹.

לכאורה, לשיטת הרא"ש, יש לפטור את השומר מטיפול גם אם בעל הנכס בחו"ל, אם בשעת ההפקדה אמר בעל הנכס לשומר שישאר במקום, ורק אחר כך החליט לצאת לחו"ל – הרי בשעת ההפקדה לא קיבל השומר על עצמו טיפולים אלו, כיוון שחשב שבעל הנכס יהיה במקום במשך השמירה. האמת היא, שבמקרה כזה השומר חייב לטפל בנכס, מפני שעל אף שבשעת ההפקדה לא קיבל על עצמו חובה זו, מכל מקום כעת הנכס מוגדר "אבדה", כיוון שאין בעל הנכס יכול לבוא לטפל בו, ומוטלת על השומר מצוות השבת אבדה²¹⁰.

לעומת הרא"ש, דעת התוספות היא, שגם אם יודע בעל הנכס על מצב הנכס, ויש ביכולתו לבוא ולטפל בו כדי למנוע את קלקולו, חייב השומר לבצע את זאת בעצמו. התוספות סבורים שכשהתלמוד מגביל את הטיפול למקרה שבעל הנכס במדינת הים, הוא מתייחס לאותו סוג של טיפול שיש לשומר הנאה ממנו, שאת זאת אין השומר רשאי לעשות אם ביכולתו לבקש תחילה רשות מבעל הנכס, כפי שראינו בפסקה 2, ואילו עצם חובת הטיפול מוטלת עליו גם כשבעל הנכס בעיר²¹¹.

נימוקם של התוספות הוא, שחובת הטיפול בנכס היא חלק מחובות השמירה, ולא מצוות השבת אבדה, ולכן אין לומר כנימוק הראשון שאמרנו בדעת הרא"ש; ואינם מקבלים את ההנחה של הש"ך, שאף על פי שזו חובה מחובות השמירה, מוחל בעל הנכס על כך כשהוא בעיר.

לגבי חובת שומר למכור נכס ההולך לאבד את ערכו, כגון פירות מרקיבים, עלינו להקדים את מה שראינו בפסקה 2, שאם בעל הנכס בעיר, אין רשות לשומר למכור אותו עד שיקבל רשות מפורשת; ואם אין לו רשות, ודאי שאין עליו חובה. אולם מאחר שבעל הנכס במקום קרוב, וניתן להודיע לו על הסכנה, חובה על השומר להודיע לו, לפי מה שראינו בדיוננו בסעיף 2(ד). שאלה מתעוררת לגבי מקרה שהשומר הודיע לבעל הנכס על המצב, והלה ביקש ממנו למכור בעבורו את הנכס: האם מוטלת על השומר חובה למכור את הנכס על אף שבעל הנכס יכול לעשות זאת בעצמו? הדבר תלוי במחלוקת שראינו בפרק ג, 4, בשאלה האם חובת המכירה היא מחובות השמירה, או שהיא רק מצוות השבת אבדה. לדעה שחיוב המכירה אינו מחובות השמירה אלא חיוב של השבת אבדה, הרי כשבעל הנכס בעיר, אין מקום להשבת אבדה, שהרי בעל הנכס יכול להציל את הנכס בעצמו, ולכן השומר יהיה פטור. אבל לדעה

²⁰⁸ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק כח.*

²⁰⁹ דיברות משה, ב"מ, סימן לא, הערה נח. הוא אינו מתייחס לסברת הש"ך שזו מחילה, אלא ליסוד הסתמי שהשומר פטור מפני שבעל הנכס יכול לטפל.

²¹⁰ דיברות משה, שם.*

²¹¹ תוספות, ב"מ ל ע"א (ר"ה לצורכו).*

שחובת המכירה היא בכלל חיובי שמירה, הוא יהיה חייב למכור גם כשבעל הנכס בעיר, ככל חיובי שמירה שהם מוטלים עליו אף על פי שבעל הנכס בעיר²¹². גם לדעה שחובת המכירה היא מחובות השמירה, ניתן לפטור אותו מכך אם בעל הנכס בעיר, בנימוק שבעל הנכס מוחל לו על חובתו, כיוון שבעל הנכס יכול לבצע את הדבר בעצמו מפני שזהו מעשה חד פעמי – סברה שראינו לעיל בקשר לטיפול מונע בנכס.

שונה דינה של חובת השומר למכור חמץ בערב פסח. ראשית, כפי שראינו בפסקה 2, השומר רשאי למכור גם אם בעל החמץ בעיר, כיוון שהנזק הוא כולל ומיידי. שנית, נפסק שחובה על השומר למכור את החמץ על אף שבעל החמץ יכול למכור, וזאת גם לפי הדעה שחובת שומר למכור חמץ היא מכוח מצוות השבת אבדה. דווקא במקרה של טיפול מונע עיפוש, ובמקרה של מכירת פירות מרקיבים, אמרנו שהשומר פטור (לדעה זו) מלטפל או למכור אם בעל הנכס במקום, מפני שאין זה בגדר "אבדה" אם בעל הנכס יכול להצילו בעצמו, כיוון שבכל שלב אנו אומרים שבעל הנכס יוכל לבוא עוד מעט, לטפל בו ולמכרו. לעומת זאת, בחמץ, אם השומר עומד בערב פסח בשעה האחרונה לפני איסור החמץ, והוא רואה שבעל החמץ לא בא, ברור שהוא שכח את העניין, וזו "אבדה", מפני שאם השומר לא יעשה מעשה עכשו, אף אדם אחר לא יעשה מעשה, והחמץ יאבד את ערכו; ולכן חלה עליו חובת השבת אבדה, למכור²¹³.

פרק שביעי

קביעת מידת הפעולה הדרושה ("הדרושה באופן סביר")

1. הגבלת הרשות

(א) בטיפול שהשומר נהנה ממנו

כפי שהזכרנו בפרק א, אחת ההתבטאויות של ההרשאה הניתנת לשומר לטפל בנכס טיפול מונע עיפוש היא, שהשומר רשאי ליהנות מן הנכס תוך כדי טיפולו, אם סוג הטיפול הוא כזה שהשומר יכול ליהנות ממנו אגב הטיפול.

בקביעת מידת הטיפול שרשאי השומר לעשות, ביחס לאיכות הנאתו מן הטיפול, יש כמה חילוקי דינים.

לגבי שטיחת כסות (בגד), התלמוד²¹⁴ מעלה ספק האם מותר לשומר לשטוח אותה לצורך הטיפול בה כשבצד זה עומדת גם מטרתו שיהנה הוא עצמו מכך (לשם קישוט ביתו, כבוד, עשיית רושם וכדומה) – "לצרכו ולצרכה". על כן הפוסקים אוסרים את הדבר, מספק²¹⁵. האיסור קיים בין אם צורך הכסות חשוב לו יותר, ובין אם צורך עצמו חשוב לו יותר²¹⁶.

²¹² משנת יעבץ, חו"מ, סימן מ, ס"ק ג.

²¹³ שו"ת נאות דשא (אייבשיץ), סימן לט; שו"ת בגדי ישע (הלוי), סימן ד.

²¹⁴ ב"מ ל ע"א.

²¹⁵ רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, יא; רא"ש, ב"מ, פרק ב, סימן כ; אור זרוע, ב"מ, סימן פד; מאירי, ב"מ שם; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ שם; טור, חו"מ, רסז, יז; שו"ע, חו"מ, רסז, יח.

²¹⁶ אמרות טהורות, אמרי זוטרי, ב"מ שם.

טעם האיסור הוא, שמאחר שהוא נהנה מן השטיחה, יש לחשוש שמא יניחנה שטוחה לצורך הנאתו יותר מכדי צורך הכסות, וזה יכול לגרום לקלקולה, דבר שאין לחשוש לו כששטוחה רק לצרכה, מפני שאז הוא שם לב לטובת הכסות²¹⁷.

אבל לעניין הטיפול בספר, המשנה²¹⁸ מתירה לשומר לקרוא בו בעת שגוללו לצרכו. הרי שמותר לשומר להנות מן הטיפול בספר. התוספות הסבירו את סיבת ההבדל בין ספר לכסות, שגדרי הטיפול בספר נקבעו מראש על ידי חכמים, כגון: קביעת הזמן לאחד לשלושים יום, ושלא ילמוד בו לימוד ראשוני, ושלא יקרא וישנה, כפי שנראה בפסקה (ב) – ולכן רשאי השומר להנות מן הטיפול במסגרת גדרים אלו, ואין חוששים שמא ימשיך מעבר להם. אבל בשטחת כסות, גדרי הטיפול נמסרו להערכת השומר, ולכן אסרו חכמים שימוש להנאתו, שמא יעדיף השומר את תועלתו האישית ויפריז בשימוש בנכס²¹⁹.

טעם נוסף להבדיל בין כסות לספרים – נותן הסמ"ע. ההנאה שמפיק השומר משטחת הכסות אינה על ידי מעשה, ולכן יש לחשוש שמא ישכח וישטחנה יתר על המידה. אבל בספר (וכל הדומים לו), התועלת באה על ידי מעשה, ואין לחשוש שישכח ויפריז בשימוש בו יותר מהדרוש לנכס, בעוד שהנכס נמצא בידו והוא מתעסק בו²²⁰.

גם לגבי ספר, אסור לשומר לפתוח אותו לצרכו לקרוא בו, אם אין בזה צורך הספר מצד עצמו²²¹.

באשר לטיפול בנכסים כמו כלי עץ, כלי נחושת, כלי כסף, מגרפות וקרדומות, שהטיפול בהם הוא בכך שהשומר ישתמש בהם לתפקידם הרגיל, פוסקים התוספות²²², שמותר לשומר להשתמש בהם גם לצרכו בלבד, "כיוון שעל ידי אותו תשמיש אינו יכול לבוא לידי קלקול". סיבת ההיתר היא, שמאחר שבעל הנכס אינו בעיר²²³, מעוניין בעל הנכס שישתמש בו השומר אפילו לצרכו לבד, כדי שיבדוק אותו לפעמים, שמא התקלקל²²⁴.

(ב) טיפול העלול לפגוע בנכס

הכלל הוא, שכל טיפול העלול לפגוע בנכס, אסור, למרות התועלת המסוימת שיש בו לשמירת הנכס. רק הטיפול המינימלי הנדרש מותר אף על פי שהוא עלול לגרום קצת נזק, מפני שמניעתו תגרום נזק יותר גדול. לכן, לדוגמה, מותר לשומר ספר לקרוא בספר תוך כדי גלילתו, אף על פי שאפשר שהוא מזיק לו בקריאתו בכך שממשמש ביריעות ומושך אותן אילך ואילך²²⁵.

להלן הגבלות מפורטות על אופן הטיפול, שנימוקן הוא חשש פגיעה בנכס.

שומר כלי כסף וכלי נחושת ישתמש בהם לצרכם, אבל לא באופן שישחקם²²⁶, ולכן אל

²¹⁷ כך נימקו המפרשים שנביא בהערה 219 לגבי ספר.

²¹⁸ ב"מ כט ע"ב.

²¹⁹ תוספות, ב"מ ל ע"א (ד"ה לצורכו).

²²⁰ פרישה, חו"מ, רסז, יז, וסמ"ע, רסז, ס"ק כא.

²²¹ ב"מ כט ע"ב; רמב"ם, הלכות שאילה, ז, ד; טור, חו"מ, רצב, כב; שו"ע, חו"מ, רצב, כ; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' ע); שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שלב; שו"ת זרע אמת, חלק ב, סימן קמג (קסח ע"ג).

²²² תוספות שם.

²²³ כפי שראינו בפרק ו, 2, שרק אז מותר השימוש בעת הטיפול.

²²⁴ שיטה מקובצת, ב"מ ל ע"א, בשם "גליון"; תוספות הרא"ש, ב"מ שם.

²²⁵ ר' יונתן מלוניל, ב"מ כט ע"ב; מאירי, ב"מ כט ע"ב.

²²⁶ משנה, ב"מ כט ע"ב; רמב"ם, הלכות שאילה, ז, ד; שו"ע, חו"מ, סימן רסז, יט, וסימן רצב, כא. רבנו חננאל, ב"מ ל ע"א, גורס "כלי חרס".

ישתמש בהם זמן ארוך יותר מכדי שיעור צורך שמירתם מעיפוש, משום שזה שוחק אותם, ועושה אותם ישנים²²⁷.

כמו כן, שומר כלי עץ ישתמש בהם רק שימוש מועט כדי שלא ירקבו, אבל יותר מן השימוש המועט הדרוש למנוע ריקבון אסור, מפני שריבוי השימוש עלול לקלקלם, שהרי כלי עץ נוחים לקלקול²²⁸.

בכלי נחושת מותר להשתמש במים חמים, אבל לא על ידי אש, מפני שאש שוחקת את הכלים²²⁹, ואסור אפילו לשימש אצל האש לחמם בהם מים²³⁰, ואפילו לזמן קצר²³¹.

כלי כסף, שהם יותר עדינים, מותר להשתמש בהם רק בצונן, אבל לא בחמין, מפני שזה יכול לגרום להשחרתם²³². אסור להשתמש בהם בחמין אפילו לזמן מועט, ואף על פי שיש תועלת בחמין, שמסירים חלודה, מכל מקום יש לחשוש שמא ישאיר את החמין בכלים זמן רב, והכלים יתקלקלו²³³.

הטיפול במגרפות ובקרדומות הוא בשימושם בדברים רכים (כולל עצים רכים²³⁴), אבל אסור להשתמש בהם בדברים קשים, משום שהם עלולים להיפגם מחמתם²³⁵.

כלי זכוכית אסור להשתמש בהם²³⁶, ואף על פי שבכך שהם מונחים במקום אחד הם יכולים להתקלקל, מכל מקום הסיכון הגדול של שבירת כלי זכוכית הוא שיקול כבד משקל יותר מן הקלקול שייגרם על ידי אי השימוש בהם²³⁷.

ספר העשוי בגלילה, הטיפול הנחוץ לו הוא – גליתו. בפסקה (א) הזכרנו שהותר לשומר לקרוא בו בעת הגלילה. יש הגבלות אחדות על היתר הקריאה, מחמת החשש לנזק שייגרם לספר.

אסור לשומר ללמוד בספר לימוד ראשוני, מפני שהוא אורך זמן רב, והדבר מגביר את החשש שהספר ייקרע תוך כדי הלימוד בו. מותר לו לקרוא רק דבר המוכר לו, שלא יקח לו זמן רב, כך שהחשש לקריעתו מופחתת²³⁸. לכן מותר אף לקרוא קריאה ראשונית אם הוא קורא בלי עיון, ואסור רק אם הוא מעיין כדי להבין היטב את מה שלמד²³⁹.

²²⁷ רש"י (ד"ה אבל), ר' יונתן מלוניל, ומאירי, ב"מ שם (ראה במילואים להערה 224 בשם שארית יעקב).
²²⁸ ר' יונתן מלוניל, ב"מ שם; מאירי, ב"מ שם; טור, חו"מ, רסז, יח; שו"ע, חו"מ, רסז, יט; ב"ח, חו"מ, רסז, יח; נחלת ישראל, ב"מ שם.*

²²⁹ ב"מ ל ע"א; רמב"ם, טור ושו"ע – שם. רש"י (ד"ה משתמש) כותב שכל שכן שמותר להשתמש בהם בצונן. כך כתב גם פרישה, חו"מ, רסז, יח.

²³⁰ פרישה, חו"מ, רסז, יח.
²³¹ סמ"ע, רסז, ס"ק כג.

²³² ב"מ, רמב"ם, טור ושו"ע – שם. מעיל שמואל, על הרמב"ם שם, מעלה ספק האם שאר סוגי מתכת הם כנחושת, או ככסף, לעניין זה.

²³³ אבני קודש, ב"מ שם.

²³⁴ ירושלמי, ב"מ ב, ט, הובא בתוספות רבנו פרץ, ב"מ שם, ובחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ שם.

²³⁵ ב"מ, רמב"ם, טור ושו"ע – שם. הירושלמי שם אומר שמגרפה – מקבל בה את הטיט ומדיחה ומניחה במקומה.

²³⁶ ב"מ, רמב"ם, טור ושו"ע – שם.

²³⁷ רש"י, ב"מ כט ע"ב (ד"ה לא), כתב שטעם המשנה האומרת שלא ישתמש בכלי זכוכית הוא מחשש שיישברו, והסביר אבני קודש, ב"מ שם, שלדעת רש"י זכוכית מתקלקלת בקרקע, והיה מקום לחייב אותו להשתמש בכלים כדי שלא יתקלקלו, ומכל מקום אסור לשומר להשתמש בהם למנוע קלקול, שמא יישברו.*

²³⁸ משנה, ב"מ כט ע"ב; רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, יג; טור, חו"מ, רסז, כ; שו"ע, חו"מ, רסז, כ.*
²³⁹ הגהות הרש"ש, ב"מ שם.

אסור לשומר לתת את הספר לקטן ללמוד בו, מפני שהקטן יקלקל את הספר²⁴⁰. לא ילמד השומר עם אדם אחר (גם אם האחר הוא שומר כמותו) ביחד בספר, משום שכל אחד מושך אותו לכיוון שלו, ויש חשש שייקרע²⁴¹. לדעת רש"י, חשש זה קיים רק אם שניהם קוראים באותו דף, ואז כל אחד מושך את הדף לכיוון שלו, אבל אם כל אחד קורא בדף אחר, כך שאין חשש שיקרעו אותו במשיכותיהם, מותר לשניים לקרוא יחד²⁴². שיטת הרמב"ם הפוכה: בדף אחד מותר לשניים לקרוא, ולא בשני דפים²⁴³. לדעתו, אם שניהם קוראים יחד בדף אחד, אין חשש שכל אחד ימושך לצד שלו, מפני שיכולים להניח את הדף בין שניהם; אבל אם כל אחד קורא בדף אחר, כל אחד ימושך את הספר לצד שלו, מפני שאי אפשר להניח את הדף של כל אחד בפני כל אחד בשווה²⁴⁴.

בכל מקרה אסור לשלושה אנשים לקרוא ביחד בספר²⁴⁵. מדובר גם אם כל אחד מהם קורא בעמוד אחר, ואף לפי רש"י שלא חשש למשיכת הספר בשניים הקוראים בשני עמודים, כאמור, הרי כאן שהם שלושה, ולומדים בדוחק, יש חשש גדול שימושך כל אחד לכיוון שלו²⁴⁶. אסור גם אם שלושתם קוראים בעמוד אחד, גם לשיטת הרמב"ם המתיר במקרה המקביל בשניים, מפני שאם הם שלושה, היושבים בצדדים ימשכו את הספר, כל אחד לכיוון שלו²⁴⁷. לא יקרא קטע ויחזור עליו, או יפרש אותו, משום שזה לוקח יותר זמן, ומגביר את הסיכוי שהספר ייקרע²⁴⁸.

לא יפתח בו יותר משלושה עמודים²⁴⁹, משום שאם הספר פתוח הרבה, הוא עלול יותר להיקרע.

שומר בגד צריך לנערו למניעת עיפוש. נייעור זה אסור שייעשה באופן שיוכל לגרום נזק לבגד, וזאת סיבתן של ההלכות שנביא בהמשך.

השומר ינער לבדו (או שאדם אחד ינער בשבילו), אבל לא ינער יחד עם אדם אחר, מפני שכששניים מנערים בגד, הדבר גורם למתיחתו ולקרעו²⁵⁰.

אין לנער בגד פשתן, שמא ייקרע. הנייעור המדובר, המותר, מתייחס רק לבגד צמר²⁵¹. יש לנער רק ביד, לא במקל, כדי שלא ייקרע הבגד²⁵².

לא ינער יותר מפעם בשלושים יום, מפני שזה מקלקל את הבגד²⁵³. אין זה מפני שיש יותר

²⁴⁰ שו"ת הרדב"ז, סימן שני אלפים רנב.

²⁴¹ משנה ורמב"ם שם. הרש"ש שם כותב שאסור אפילו שנים יקראו יחד בלי עיון.

²⁴² רש"י, ב"מ כט ע"ב (ד"ה בשני).

²⁴³ רמב"ם שם.

²⁴⁴ תורת חיים, ב"מ שם; אשדות הפסגה, ב"מ שם.

²⁴⁵ ברייתא, ב"מ שם.

²⁴⁶ פני יהושע ואשדות הפסגה, ב"מ שם.

²⁴⁷ תורת חיים שם.

²⁴⁸ ברייתא שם.

²⁴⁹ ברייתא שם.

²⁵⁰ ב"מ שם; רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, יא.

²⁵¹ ב"מ שם, כפירוש רבנו חננאל, ב"מ שם, ורי"ף, ב"מ טז ע"א (בדפי הרי"ף).

²⁵² ב"מ ורמב"ם שם. אבל פסקי הרי"ד אינו כותב את הדין שלא ינער במקל, ופסקי הרי"א משמיט את זה וגם את הדין שאל ינערו שניים, מפני שהם סוברים שדברים אלו שבתלמוד אינם למסקנה – ראה הערות לפסקי הרי"א שם, הערה 105.

²⁵³ טור, חר"מ, רסז, יז; סמ"ע, רסז, ס"ק יט. שיעור שלושים יום לעניין החובה – ראה ליד ציון הערה 305.

נזק בניעור תדיר, שהרי מאה ניצורים במאה חודשים מזיקים כמו מאה ניצורים במאה ימים, אלא שהיזק העיפוש של שלושים יום גדול מהנזק של ניצור אחד, ולכן רצוי לנער פעם בשלושים יום כדי למנוע עיפוש. אבל ניצור יותר תדיר, יגרום לנזק גדול יותר מן הקלקול שהוא ימנע, לגבי אותו פרק זמן²⁵⁴.

טיפול אחר שמועיל לבגד מופקד הוא – שטיחתו, שמטרתה למנוע עיפוש. טיפול זה מוגבל בכך שאין לשטוח את הבגד בנוכחות אנשים, גם אם מטרתו לצורך הבגד בלבד, ולא להנאת עצמו²⁵⁵. הסיבה לכך היא, שבכך שייודע לאנשים על הימצאות הבגד אצלו, יימשכו אליו גנבים²⁵⁶. אף על פי שאם הוא שומר שטר, גם אם ייגנב הבגד, הוא ישלם, מכל מקום אסור לו לשטוח את הבגד באופן שהוא עלול להיגנב, מפני שבעל הבגד רוצה את הבגד יותר משהוא רוצה את דמיו²⁵⁷.

(ג) מכירה שאינה נחוצה

הגבלה אחרת הנובעת מכך שרק "פעולה הדרושה" מותרת, מוטלת על הרשאת השומר למכור נכס העומד לאבד את ערכו: אם הוא יכול למנוע את ההפסד לבעל הנכס בדרך אחרת מלבד מכירה, אסור לו למכור. לפיכך, שומר תבואה שעכברים אוכלים אותה, אם הוא יכול להעבירה למקום אחר שאין בו עכברים, אסור לו למכרה²⁵⁸.

אף כשהשומר מוכרח למכור, עליו לנסות להימנע ממכירה מוחלטת. לפיכך, שומר חמץ שיש לו אפשרות למכור לנכרי שהוא יודע שיחזיר לו אחר הפסח כמקובל בזמננו, עליו למכור באופן זה דווקא, ואסור לו למכרו מכירה מוחלטת. רק בליית ברה, הוא רשאי למכרו מכירה מוחלטת²⁵⁹. גם אם במכירה החלוטה יקבל את המחיר המלא עבור החמץ, אסור לו למכרו כך אם יש לו דרך אחרת, מפני ש"אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבים של חברו"²⁶⁰. אולם גם אם היה יכול למכור לזמן באופן האמור, ומכר מכירה חלוטה, הוא פטור מלשלם, ורק לכתחילה ימכור לזמן, משום "השבת אבדה", מפני שבעל החמץ מעוניין בחמץ שלו, שהיה רגיל בו²⁶¹.

2. הגבלת החובה

(א) סבירות הטורח

כבר ראינו בפרק ד, שהמשפט העברי מגביל במקרה מסוים את חובת הטיפול בנכס, מתוך התחשבות בטרחת הנגרמת לשומר בגין הצלה. ההגבלה שהזכרנו שם היא, ששומר חינוס אינו

²⁵⁴ שארית יעקב (ויינר), ב"מ, סימן ד, דף כט ע"ב.

²⁵⁵ רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, יא; טור, חו"מ, רסז, יז; שו"ע, חו"מ, רסז, יח; כוס הישועות, ב"מ שם; אהבת חסד, חלק א, פרק ז, נתיב החסד, אות ב, בהגהה.

²⁵⁶ ב"מ ל ע"א; פסחים כו ע"ב*.

²⁵⁷ פרישה, חו"מ, רסז, יז.

²⁵⁸ מגן גיבורים, ב"מ לח ע"א*.

²⁵⁹ מגן אברהם, או"ח, תמג, ס"ק ד, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצב, ס"ק ח; מקראי קודש (אבולפיה), או"ח, תמג, ב; חמד משה, תמג, ג; חיי אדם, כלל קכ, סימן ה; שו"ע הרב, או"ח, תמג, ו; משנה ברורה, תמג, ס"ק יא*.

²⁶⁰ מחצית השקל, על מגן אברהם שם; ערוך השולחן, או"ח, תמג, ו.

²⁶¹ מקור חיים, קונטרס אחרון, תמג, ס"ק כא (בשם ר' אביגדור יהודה מקויל).

מחויב להוציא הוצאות להצלה, משום שזוהי טרחה יתרה, לדאוג לגבות את ההוצאות בחזרה מבעל הנכס. אולם לגבי שומר שכר, הגבלה זו אינה קיימת, והוא חייב להוציא הוצאות על אף הטרחה הכרוכה בכך.

הפטר אחר מטיפול שיש בו טרחה מרובה – מצוי במשפט העברי בנוגע לשומר אבדה. המשנה²⁶² אומרת: "כל דבר שעושה ואוכל, יעשה ויאכל [אם אבדה זו, דבר שיכולין להאכילו את שכר מעשיו, כגון שור וחמור, יעשה ויאכל ולא ימכור אותו המוצא, אם שהו בעליו מלדורשו, שכל אדם נוח לו בבהמתו שהכירה בו כבר, ולימדה לרצונו – רש"י]". התלמוד שואל: "ולעולם?!?" [וכי עד עולם זקוק זה לטפל בטורח שמירה?! – רש"י שם], ומשיבה: "אמר רב נחמן, אמר שמואל: עד שנים עשר חודש. תניא נמי הכי: כל דבר שעושה ואוכל, כגון פרה וחמור, מטפל בהן עד שנים עשר חודש. מכאן ואילך שם דמיהן ומניחן [מוכרן ומניח הדמים אצלו – רש"י]. עגלים וסייחין [דקין שאין עושין מלאכה – רש"י] מטפל בהן שלושה חודשים. מכאן ואילך שם דמיהן... ומניחן... אווזין ותרגולין וכל דבר שטיפולו מרובה משכרו מטפל בהם שלושה ימים. מכאן ואילך שם דמיהן ומניחן".

נמצאנו למדים, שאף על פי שמשום מצוות השבת אבדה, על שומר האבדה להשתדל להשיב את הנכס לבעליו בעין, אין מוטל עליו לטרוח לשם כך בלא גבול. כאשר הטורח עובר גבול מסוים שקבעו חכמים (שנים עשר חודש, שלושה חודשים, שלושה ימים), מופטר שומר האבדה מחובת השבתה בעין, והוא רשאי לזכרה.

לעומת זאת, בשומר פיקדון רגיל אין גודל הטרחה סיבה להקל מעליו את החובה לטפל. הרי הוא קיבל על עצמו את החובה מרצונו, ובכלל זה קיבל על עצמו את חובת הטיפול, ועליו לעמוד בה למרות הטרחה. זאת בניגוד לשומר אבדה שקיבל עליו את שמירתה בעל קרחו, ולכן ראוי שלא להטריח אותו יותר מדי. אבל אם עבר זמן רב מזמן ההפקדה, ובעל הנכס אינו מצוי במקום שניתן יהיה להחזיר לו את בעל החיים, ייתכן שגם שומר רגיל יהיה רשאי למכור את בעל החיים עקב גודל הטרחה²⁶³.

(ב) סבירות הסיכון

אין השומר חייב לנסות להציל את הנכס מנזק, אם הניסיון כרוך בסיכון שהשומר יינזק נזק רציני, וכל שכן אם קיים ספק לפיקוח נפש. לדוגמה, גנבים שנכנסו לביתו, ואם הוא יצעק לעזרה, הם עלולים לפגוע בו או להרגו, ולכן לא צעק, והם גנבו את הנכס, הוא פטור. הוא חייב להציל רק אם אין סיכון שיינזק, כגון אם, בדוגמה זו, היו שוטרים מחוץ לבית, כך שלא הייתה נשקפת לו סכנה מהגנבים, אילו צעק²⁶⁴. אבל אם הייתה לשומר אפשרות לברוח מן הגנבים ולהזעיק עזרה אחר כך, ולא עשה כך, הוא חייב, גם אם הגנבים איימו להרגו אם יצעק²⁶⁵.

מעשה שנפלה דלקה באונס, וחשש השומר מלקרוא לאנשים שיעזרו לו להציל מן האש, משום שבאותו מקום השלטון הנכרי היה מעניש מי שאש יצאה מביתו ופשטה לבתים אחרים,

²⁶² ב"מ כח ע"ב ורש"י שם. כך פסק שו"ע, חו"מ, רסז, כב"כד. ראה פרק ד, ליד ציון הערה 117, בעניין בעל חיים שאינו יכול לשלם את הוצאות מזונותיו ("אוכל ואינו עושה"), בשומר אבדה ובשומר רגיל; שם השאלה אינה של טרחה, אלא של הוצאת הוצאות על מנת לגבות חזרה.

²⁶³ ספר המקח, שער ו, הדרך השישית, בסופו, על פי זר זהב שם, ס"ק מח*.

²⁶⁴ כנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות סב ("קצת נזק"); שו"ת יהודה יעלה (קובו), חו"מ, סימן כו*.

²⁶⁵ שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן רכח, הובא בכנסת הגדולה שם*.

ובמקום זאת הוא צעק: "יש גנבים!", וביקש את עזרת האנשים, אך אנשים לא באו לעזור מפני שפחדו מהגנבים. נפסק, שהשומר פטור, משום שלא היה צריך להסתכן בעונש מהשלטון, לצורך ההצלה, גם אם הוא שומר שכר²⁶⁶.

דוגמה אחרת היא לגבי החיוב המוטל על שומר לתבוע גנב שנתפס: אם יש חשש, אפילו רחוק, שיינוק השומר עקב התביעה, הוא פטור מלתבעו²⁶⁷.

אם יש רק חשש לנוק גופני מועט אם השומר ינסה להציל, שומר חינוס פטור, ושומר שכר חייב. לדוגמה, אם זאב אחד תקף את הבהמה המופקדת, והשומר לא קם כנגדו להציל אותה, אין זו פשיעה, ולכן שומר חינוס פטור²⁶⁸. אין שומר חינוס חייב להציל אם יינוק על ידי כך קצת בגופו, ואין דרך אדם להילחם בזאב אם יינוק קצת בגופו על ידי כך²⁶⁹. לעומת זאת, שומר שכר חייב במקרה זה, מפני שיש לשומר סיכוי להתגבר על זאב אחד²⁷⁰, ולכן שומר השכר חייב להילחם עם הזאב, גם אם ייתכן שיינוק מכך נזק גופני, מפני שסיכון כזה מוטל על שומר שכר להסתכן בו²⁷¹.

עיקרון דומה לאמור הוא, שאין מטילים על שומר לעשות מה שאסור לפי ההלכה, כדי להציל את הנכס. יש שלוש דוגמאות לדבר:

(א) שרפה שנפלה בשבת בבית שהנכס הנשמר נמצא בו, והבית ממוקם כך שהוצאת הנכס מן הבית מהווה איסור של הוצאה מרשות היחיד לרשות הרבים בשבת: גם אם השומר הוא שומר שכר, הוא פטור, מפני שזה קרוי אונס – הוא אינו יכול למנוע את הנזק בדרך שההלכה מתירה²⁷².

(ב) חיות (וכדומה) שבאו בשבת לטרוף את הבהמה הנשמרת, והשומר זקוק לעזרת אחרים כדי להציל את הבהמה, אולם אנשים אינם מוכנים לסייעו בחינוס, ומוכנים לסייע רק תמורת

²⁶⁶ שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רלא (ובקיצור בכנסת הגדולה, חו"מ, שמ, הגהות בית יוסף, אות א), מחייב מפני שבנידונו הדלקה התחילה בפשיעתו (ראה בשמו בסעיף 101א), הערה 301), וכתב פתחי חושן, פרק י, הערה יב, שאם האש התחילה באונס, פטור.

²⁶⁷ ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן נג, הובא בש"ך, חו"מ, רצג, ס"ק ט. לדעת רו"ג גולדברג, מדובר גם בשומר שכר, שהרי הוא פטור באונס. וראה במילואים להערה 47. גם שו"ת מגן גיבורים, סימן סו, בסופו, כותב על תקופתו, שאין חיוב לתבוע גנב נכרי בערכאות, מפני שבתקופתו התבוע גנב היה צפוי לסכנה מאותו גנב, במקרה שלא מצא עדים על תביעתו.

²⁶⁸ חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צג ע"ב; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן לו (בלשון "אולי"), הובא כפתחי תשובה, חו"מ, שג, ס"ק ו; קצות החושן, שג, ס"ק ג. אך תלמיד הרשב"א שם כתב שגם שומר חינוס צריך לעשות קצת מאמץ להציל, לגעור בזאב ולהתגרות בו קצת, אלא שאם עשה זאת ולא הצליח להבריחו, הוא פטור ממאמץ נוסף. גם משו"ת הרמ"א, סימן קו, עולה ששומר חינוס חייב כאן. בית יעקב, שג, ג, דוחה את ראיית נודע ביהודה לפטור כאן – עיין שם.

²⁶⁹ קצות החושן שם.

²⁷⁰ רמב"ם, הלכות שכירות, ג, ד; סמ"ג, עשה פט (קעב ע"ב); ספר מירשים, נתיב ל, חלק ד; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' פא); טור, חו"מ, שג, ד; שו"ע, חו"מ, שג, ד; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אהע"ז, סימן ב; אור החיים, בראשית לא, לט. הם כותבים שאין הבדל לעניין זה בין זמן שהזאבים תקיפים במיוחד ("משלחת זאבים") לבין זמן רגיל. ראה על כך בסעיף 102ב), הערה 102.

²⁷¹ שו"ת הרמ"א, סימן קו.

²⁷² שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן טו. הוא כותב שהאמור נכון גם לגבי איסור דרבנן. הוא מוסיף, שגם אם השומר יכול להציל בהיתר, בכך שיאמר לנכרים "כל המציל אינו מפסיד", אינו צריך לומר זאת, מפני שיתכן שהוא מעדיף שלא לתת לנכרי להיכנס לבית במצב של שרפה. ראה על כך במילואים להערה 273.

שכר: על אף ששומר שכר חייב אם לא שכר אנשים לעזור לו בהצלה, כאן הוא פטור, מפני שאסור לשכור אנשים למלאכה בשבת, גם אם זו מלאכה מותרת²⁷³.
(ג) שרפה שנפלה בבית שהיה בו הנכס הנשמר, והיו בו גם ספרי קודש של השומר, והשומר הציל את ספרי הקודש שלו, ומשום כך לא היה יכול להציל את הנכס הנשמר מהשרפה: השומר פטור, מפני שלפי ההלכה עליו להציל תחילה את ספרי הקודש²⁷⁴.

(ג) סבירות התועלת

כאשר אין סבירות שהשתדלות השומר להצלת הנכס תועיל, אין היא נכללת בחיובי שמירתו, כיוון ששומר אינו מקבל על עצמו להציל את הנכס מנזק או מאבדן כשאין בידו לעשות זאת. כך נפסק בשולחן ערוך²⁷⁵ לעניין חובת ההצלה מחיות ומליסטים: "רועה שהיה לו להציל [=שהיה יכול להציל] הטריפה או השבויה ברועים אחרים ובמקלות, ולא קרא רועים אחרים, ולא הביא מקלות להציל, הרי זה חייב". עולה מדבריו שחיוב תשלומי הנזק כתוצאה מפשיעה והתרשלות בחובות השמירה, אינו קיים כאשר השתדלות השומר לא הייתה מועילה, משום שלכתחילה לא התחייב השומר להשתדל במקרה כזה.
אך אין להסיק מזה ששומר פטור להציל בכל מקרה שההצלה אינה בטוחה בכל מאת האחוזים. די שיהיה סביר שיוכל להציל, כדי שנטיל עליו לנסות זאת. הסבירות הזאת נמדדת לפי הנוהג המקובל באותו זמן: האם היה נהוג שאדם עושה נסיון להציל באותו מצב²⁷⁶.
בצד העיקרון הכללי האמור, שסיכויי ההצלה נמדדים לפי מה שמקובל לגבי התנהגות אדם סביר, המשפט העברי מונה מספר מקרים ספציפיים שבהם חזקה שפעולת הצלה לא תצליח. לעיל²⁷⁷ פירטנו את המקרים הללו.

פרק שמיני

סבירות החשש לנזק ("נזק העלול להיגרם")

1. הגבלת הרשות – במכירת נכס

(א) היקף הפחת הטבעי הצפוי

שנינו במשנה²⁷⁸: "המפקיד פירות אצל חבירו, אפילו הן אבודין, לא יגע בהן. רבן שמעון בן גמליאל אומר: מוכרין בפני בית דין, מפני שהוא כמשיב אבדה לבעלים".

²⁷³ קצות החושן, טו, ס"ק מו; ישועות יעקב, או"ח, שז, ס"ק א. אבל שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן עד, כתב שמותר לשומר שכר לשכור עוזרים בשבת, משום שההוצאות אינן לטובתו – ראה במילואים להערה 103.

²⁷⁴ ערך ש"י, או"ח, סימן שלד (על מג"א, ס"ק טו), וחור"מ, שג, ג.

²⁷⁵ שו"ע, חור"מ, שג, ח.

²⁷⁶ שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שלג, כותב לגבי מקרה שספק האם יוכל להשיג אנשים לעזור לו להציל, שאומדים האם הצבור נוהג באותה עת, לנסות להשיג אנשים שיעזרו לו להציל; ואם הדבר מפורסם לכל, ששום אדם לא היה מסכים לעזור, אלא כולם היו בורחים, פטור השומר על שלא ביקש עזרה.

²⁷⁷ בסעיף 2(ב), פרק ג.

²⁷⁸ ב"מ לח ע"א.

הלכה נפסקה כחכמים²⁷⁹.

טעמם של חכמים הוא, כדברי רב כהנא בתלמוד²⁸⁰: "אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבים של חברו". כלומר, יש להימנע מלמכור את הפירות משום התנגדותו המשוערת של בעל הנכס. אם אלו פירות שיש לבעל הנכס זיקה מיוחדת אליהם²⁸¹, ייתכן מאוד שהוא יעדיף לקבל את פירותיו עצמם, מלקבל את תמורתם ממכירתם על ידי השומר. על אף שעד שהוא יבוא לקבל את פירותיו, הפירות ירקיבו עוד, ויהיו שווים פחות ממה שהשומר יקבל תמורתם אם ימכרם עכשו, הפסד כספי זה מתבטל בעיניו לעומת חביבותם העצמית של הפירות. מסיבה זו, גם אם ימצא השומר קונים לנכס במחיר כפול מערכו, אסור לו למכרו, מפני שבכל זאת בעל הנכס מעדיף את הנכס שלו על פני תמורתו, ולו ברווח²⁸². לאור הטעם שנותן רב כהנא, תלוי איסור המכירה במידת הפחת העלול להיגרם לפירות. רצונו של בעל הפירות לקבל את פירותיו בחזרה, ולא את תמורתם, על אף ההפסד הכספי שייגרם לו עקב אי המכירה בהקדם – רצון זה מובן אם ההפסד יהיה קטן. אך כאשר יש חשש לנזק רב לפירות בעתיד, יש להניח שבעל הפירות מעוניין שהשומר ימכור אותם בהקדם, כדי להציל כמה שאפשר מערך הנכס. דרך זו עדיפה לו על פני האפשרות שהפירות יתקלקלו הרבה, ובסופו של דבר יקבל אמנם את הפירות עצמם, אבל הם יהיו מקולקלים במידה מרובה. לשון אחרת: נכון הוא ש"אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבים של חברו", אבל אם הבררה היא בין "חצי קב" שלו לבין תשעה קבים של חברו, הוא יוותר על "חצי הקב" שלו. כמוכך, היחס המספרי של אחד לתשעה, הנקוט בפתגם זה, הוא גוזמה. במציאות, היחס המיוחד של אדם לפירות שלו לא יביא אותו להיות מוכן לשאת בהפסד כספי כל כך גדול, לשם קבלת הנכס שלו.

על פי מה נוכל לקבוע שעתיד להיגרם לפירות נזק כל כך גדול, עד כדי ויתור בעל הנכס עליהם והעדפת תמורתם, שבעקבות כך נתיר לשומר למכרם כעת? קביעה זאת תהיה על פי חישוב הפחת של הפירות עד עכשו. אם אנו מוצאים שהפירות פחתו עד עכשו יותר מן הרגיל, יש להניח שימשיכו להתקלקל יותר מן הרגיל, וייגרם להם נזק רב. לכן במקרה כזה רשאי השומר למכור את הפירות. כך אומר רבי יוחנן: "אבל [פחתו הפירות] יותר מכדי חסרונן, דברי הכל – מוכרן בבית דין"²⁸³.

כיצד מגדירים "יותר מכדי חסרונן"? ההגדרה הפשוטה היא, שהפירות חסרו תוך פרק זמן נתון יותר משיעור החיסרון המקובל והצפוי לאותו פרק זמן לגבי פירות מהסוג הזה; וכך היא דעת חלק מן הראשונים²⁸⁴.

²⁷⁹ ספר המקח, שער ו, הדרך השישית; רבנו חננאל, ב"מ לח ע"ב; רי"ף, ב"מ כא ע"א (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות שאילה, ז, א, ובפירושו למשנה, ב"מ ג, ו.

²⁸⁰ ב"מ שם.

²⁸¹ כפי שנבאר בפרק ט, 2.

²⁸² חידושי הרי"ן, ב"מ לח ע"א; דברי חבר בן חיים, ב"מ שם (אפילו נודמנה שם שיירה, ומחיר הפירות עלה). ראה גם ליד ציון הערה 292.

²⁸³ ב"מ שם. כך פסקו: ספר המקח, שער ו, הדרך השישית (הובא בספר התרומות, שער מט, חלק ה, אות ב); רמב"ם, הלכות שאילה, ז, א; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' סט); ספר מישרים, נתיב ל, חלק ב; שו"ע, חו"מ, רצב, טז; ט"ז, חו"מ, שנט, ב; שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן לג; שו"ת איגרות משה, יו"ד, חלק א, סימן קמח.

²⁸⁴ רש"י, פסחים יג ע"ב (ד"ה בכדי) וב"מ לח ע"א (ד"ה בכדי), כותב שחכמים מתירים למכור במקרה שהפירות חסרו יותר מהשיעור הקצוב למינים השונים בב"מ מ ע"א. השיעור שם הוא לשנה.

אולם פוסקים אחרים סבורים שלא די בכך שבתקופה נתונה חסרו הפירות יותר מן הרגיל לאותה תקופה. לדעתם, רק אם חסרו הפירות תוך תקופה של פחות משנה, יותר מן הפחת המקובל לתקופה של שנה, הפחת קרוי "יותר מכדי חסרון", ומותר לשומר למכרם²⁸⁵. אבל אם הפחת לא הגיע תוך זמן קצר לשיעור של פחת המקובל למשך שנה, אסור למכרם אף על פי שקצב הפחת מואץ יותר ביחס לקצב המקובל לאותה תקופה קצרה. אף על פי שמצב זה הוא סימן ברור שנוק חמור ממשמש ובא, אין להתיר את המכירה מתוך הנחה שבעל הנכס מסכים לה, כיוון שעדיין אין הנזק ודאי – ייתכן שהפחת יעצר, או שבעל הנכס יקדים ויטול את הנכס לפני שהמצב יגיע לידי כך. רק כשיש חריגה בפועל מהפחת המקובל לשנה, רשאי השומר למכור את הנכס, מפני שזה יכול להעיד על כך שעתיד הפחת המואץ להימשך, כיוון שחסרו במידה כל כך משמעותית; ומאחר שקיים חשש מבוסס להמשך קלקול מרובה של הפירות, רשאי השומר למכור²⁸⁶.

לקביעה ששומר רשאי למכור את הפירות רק אם חסרו יותר מהרגיל, יש הצדקה מבחינה נוספת. ראינו בפרק ה, שכאשר השומר מוכר פירות המתקלקלים, עליו למכרם לכהנים דווקא, שהרי ייתכן שהם תרומה, המותרת רק לכהנים. אולם כפי שכבר הערנו שם, הגבלה זו מורידה את המחיר שהשומר יוכל לקבל תמורת הפירות, מאחר שהביקוש קטן ("דמי תרומה בזול"). לכאורה, היה עלינו לאסור את המכירה כליל מחמת ההפסד שייגרם לבעל הנכס כתוצאה מהמכירה בזול. האמת היא, שהפסד זה מתאזן לעומת ההפסד שהיה נגרם לבעל הנכס אילו לא מכר השומר את הפירות, והיו מוסיפים להתקלקל. אולם זה נכון רק במקרה שאנו רואים שהפירות חסרו כבר יותר מהרגיל; זאת סיבה להניח שהם ימשיכו לחסור במידה משמעותית, שתצדיק את מכירתם עכשו במחיר הנמוך לכהנים. אם לא חסרו עדיין יותר מהרגיל, אין לנו סיבה להניח שיחסרו בעתיד כל כך, ואל לשומר לגרום הפסד לבעל הפירות על ידי מכירתם לכהנים במחיר מוזל. מאכן חיזוק נוסף לקביעה שהשומר רשאי למכור את הפירות רק אם כבר חסרו יותר מהרגיל²⁸⁷.

ההסבר הראשון שהבאנו לקביעה זו, על סמך העיקרון "אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבין של חברו", חל רק על נכסים מהסוג שעיקרון זה אמנם תופס בו, כפי שנפרט בפרק ט, 2; ואילו ההסבר השני טוב גם לנכסים שבהם עיקרון זה אינו קיים. מצד שני, ההסבר השני טוב רק לפירות מהסוג שיכול להיות בו מקום לחשש שבעל הנכס עשאו תרומה, כפי שפירטנו בפרק ה; זאת לעומת ההסבר הראשון, שחל גם על סוגים אחרים של נכסים. בפרק ט, 2, נדון עוד בתנאי זה של היקף הנזק הצפוי, מבחינה זאת שאמות המידה משתנות בהתאם לסוג הנכס הנשמר, על פי מידת הזיקה שיש לבעל הנכס כלפיו.

(ב) מידת הסמיכות למועד שבו עתיד הנכס לאבד מערכו תחום נוסף שבו מוגבלת הרשאת השומר לפעול להצלת הנכס, מחמת הצורך שיהיה חשש סביר לנזק, הוא לגבי הזמן שנותר עד לרגע שבו עלול הנכס להינזק. אם הנזק צפוי לקרות רק

²⁸⁵ חידושי הרמב"ן, ב"מ לח ע"א (הובא במגיד משנה על הרמב"ם שם); תוספות, ב"מ לח ע"א, ד"ה מחלוקת (כמוסבר בב"ח, חו"מ, רצב, יז, ובחכמת מנוח, על התוספות שם).

²⁸⁶ חידושי הר"ן, פסחים שם, נימק, שאם חסרו פחות מהשיעור לשנה, ייתכן שלא ימשיכו לחסור עוד כל שנה זו.

²⁸⁷ חידושי הרמב"ן, ב"מ שם, בשם "יש מפרשים"; פני יהושע, ב"מ שם; גאון צבי, ב"מ שם; חושן אהרן, רצב, טו.

בעוד זמן רב, אסור לשומר לפעול, שכן ייתכן שבינתיים יבוא בעל הנכס, ויפעל בעצמו למניעת הנזק, והלא בעל הנכס מעדיף מן הסתם לפעול בעצמו ולפי שיקול דעת עצמו, על פני אפשרות שהשומר יפעל לפי שיקול הדעת שלו (של השומר). רק אם החשש הוא לנזק מידי, מותר לשומר לפעול, שכן אז אין סיכוי גדול שבעל הנכס יבוא בזמן הקצר שנותר, ויפעל בעצמו. יש דוגמה להגבלה זו בדברי התלמוד על שומר המבקש למכור חמץ מופקד בערב פסח. חמץ נאסר בהנאה בערב פסח בתחילת השעה השישית (מניין השעות מתחיל מן הבוקר). התלמוד קובע, שאסור לשומר למכור את החמץ עד השעה החמישית²⁸⁸, בתחילתה, דהיינו שעה לפני שיאסר החמץ בהנאה²⁸⁹. לפני רגע זה, אסור לשומר למכור, מפני שנותר יותר משעה עד שיאסר החמץ, ולכן יש סיכוי סביר שבינתיים יגיע בעל החמץ למקום, ויטפל בחמץ בעצמו – יאכלנו, או ימכרנו לנכרי שהוא יבחר בו. רק כשמגיעה תחילת השעה החמישית, רשאי השומר למכור, מכיוון שיש רק שעה עד שיאסר, ולכן יש רק סיכוי קטן שבעל החמץ יבוא בינתיים, ואם ימתין השומר עוד קצת, לא יספיק למכור את החמץ. השעה שיש מתחילת השעה החמישית עד הרגע שיאסר החמץ, תספיק לשומר למכור בלי הפסד²⁹⁰.

אסור לשומר למכור את החמץ לפני השעה החמישית גם אם החמץ התחיל להתקלקל, אלא אם כן הגיעה מידת הפחת ל"כדי חסרונם", שהוא השיעור שבו מתירים לשומר למכור פירות מקולקלים מחשש להמשך קלקולם, כפי שראינו בפסקה (א)²⁹¹.

גם אם מחיר החמץ ביוקר, אסור למכור את החמץ לפני השעה החמישית, מפני שסיבת האיסור אינה חשש להפסד כספי, אלא החשש שבעל הנכס יבוא וירצה לטפל בו בעצמו²⁹². אם השומר יודע, או חושש, שלא ימצא קונים לחמץ בשעה החמישית כלל, משום שהזמן הקצר העומד לרשותו לא יספיק לו, מותר לו למכור לפני כן. אבל אם ברור שיוכל למצוא קונה בשעה החמישית, אלא שאם ימתין עד אז, לא יוכל למכור אלא בזול, אסור לו למכור לפני כן כדי להשיג מחיר גבוה יותר. הרי תמיד יורד מחיר החמץ בתחילת השעה החמישית, כיוון שאז נאסר החמץ לאכילה לישראל, כך שיהודים לא יקנו ממנו, ואף על פי כן אסר התלמוד למכור את החמץ לפני כן כדי להשיג מחיר יותר גבוה. מכאן שחישוב זה נדחה מפני השיקול שייתכן שבעל החמץ יבוא בינתיים ויעשה בו כרצונו²⁹³. מעדיפים את השיקול האחרון, על אף הסיכון שהחמץ יזול בינתיים, מפני ש"אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבין של חברו"²⁹⁴. אולם יש הסבורים שאף במקרה זה, שהחשש הוא רק מפני ירידה בערכו של החמץ בשעה החמישית, רשאי השומר למכור לפני כן²⁹⁵. כנראה, הם סבורים שכשהתלמוד אוסר מכירה לפני

²⁸⁸ פסחים יג ע"א.

²⁸⁹ משנה ברורה, תמג, ס"ק י, על פי רש"י, פסחים יג ע"א (ד"ה המתן), הלכות גדולות, פסחים שם, והלכות רי"צ גיאת, הלכות פסח.

²⁹⁰ צמח צדק, חו"מ, רצב, יז.

²⁹¹ חידושי מהר"ם חלאוה, פסחים יג ע"א; שו"ת ר' שאול משה (זילברמן), סימן קה (לגבי חיסור מחמת עכברים).

²⁹² שרביט הזהב, פסחים שם (המעיר שאין ללמוד את ההיפך מרש"י שנקט "ומחירו בזול"). ראה גם ליד ציון הערה 282.

²⁹³ מגן אברהם, תמג, ס"ק ד, כמוסבר במקור חיים, תמג, ס"ק ד.

²⁹⁴ פרישה, חו"מ, רצב, יט, מזכיר כלל זה כנימוק לאיסור המכירה לפני השעה החמישית (וגם כנימוק לאיסור במקרה של זול ואונס, להלן); ניתן להשתמש בו כנימוק לדברי מגן אברהם.

²⁹⁵ שו"ע הרב, או"ח, תמג, ו, נוקט שאם לא ימצא בשעה החמישית קונים ברווח ויצטרך למכור בזול, מותר למכור לפני כן.

השעה החמישית, הוא מתייחס למקום שיש נכרים רבים, כך שמחיר החמץ לא ירד בשעה החמישית עקב איסורו לאכילת ישראל; אבל במקום שהנכרים מועטים, כך שמחירו ירד בשעה החמישית, מותר למכרו לפני כן, כדי למנוע הפסד זה לבעל החמץ.

עבר השומר ומכר את החמץ לפני השעה החמישית, מכירתו תופסת, אלא אם כן בא אחר כך בעל החמץ (לפני זמן איסורו) והביע התנגדות למכירה. יש נימוקים אחדים לדבר: א) סיבת האיסור למכור לפני השעה החמישית היא חשש שבעל הנכס יבוא בינתיים, ואילו היינו יודעים בזמן המכירה שאין בעל החמץ עתיד לבוא לפני זמן האיסור, היינו מתירים לשומר למכרו בזמן שהוא אכן מכר. ב) הכלל הוא, שהמוכר דבר שאינו שלו, ואחר כך בא בעל הנכס וגילה את דעתו שהוא מסכים למכירה, המכירה תופסת; ובמקרה זה, הדבר ודאי שאילו ידע בעל הנכס שאין השומר עתיד למכור בשעה החמישית, היה מגלה את דעתו שהוא מסכים למכירה המוקדמת, ולכן מכירה זו תופסת²⁹⁶. ג) יש לחשוש שמא יטעה שומר איזושהו וימכור את החמץ לפני הזמן, ואם נאמר לו לאחר מכן שלא הועילה המכירה, נמצאנו מכשילים אותו לעתיד לבוא, שלא ירצה למכור בעתיד חמץ המופקד אצלו²⁹⁷.

לפי מנהגנו, שמוכרים את החמץ באופן שידוע שהחמץ יחזור למוכר אחרי הפסח, השומר רשאי למכור גם לפני השעה החמישית. מאחר שמכירה כזאת אינה מוציאה את החמץ מיד בעליו לצמיתות, אין סיבה לחשוש להתנגדות מצד בעל החמץ²⁹⁸.

מקביעת התלמוד שאסור לשומר חמץ למכרו לפני השעה החמישית, לומד הרמב"ם²⁹⁹, שאסור לשומר למכור נכס גם אם הוא יודע בוודאות שבמועד מסוים מחירו יזול, או יחרים אותו המלך (לדוגמה), מפני שייתכן שיבוא בעל הנכס לפני אותו מועד, ויטלנו.

אם כבר הגיעה שעת הזול, או שהמלך כבר בא להחרים את הנכס, והשומר יכול להצילו על ידי המכירה, הוא רשאי למכרו³⁰⁰. לפיכך, במקרה של הזולה, אם המחיר כבר התחיל לרדת, הוא רשאי למכור, לפני שיירד המחיר עוד יותר³⁰¹. גם לגבי המקרה של החרמת המלך, השומר רשאי למכור סמוך לזמן שבו אמור המלך לבוא, אם הזמן שנותר הוא כל כך מועט עד שיוכל להניח בסבירות שלא יבוא בעל הנכס בינתיים. כך עולה מהשוואה לדין של חמץ (שממנו הסיק הרמב"ם דין זה), שהלא בחמץ רשאי השומר למכור שעה לפני שחל איסור ההנאה, מאותו נימוק – שאין סיכוי סביר שיבוא בעל החמץ בינתיים³⁰².

אך אם אין ידוע מתי יזול הנכס, או מתי יחרימנו המלך, אסור לשומר למכרו, ואין אומרים שמאחר שייתכן שהדבר יקרה בפתאומיות, כך שלא יהיה לו זמן למכור, נתיר לו למכרו כעת³⁰³.

²⁹⁶ מקור חיים, תמג, ס"ק ה (הובא בשו"ת בית שלמה, סקאלא, או"ח, חלק ב, סימן עד).

²⁹⁷ שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ה, סימן כב.

²⁹⁸ שערי עוזיאל, חלק א, שער ב, פרק א, אות ד, הערה ב. גם ערוך השולחן, חו"מ, רצב, לב, כותב שלפי מנהגנו, מוכר על ידי בית דין כנהוג.

²⁹⁹ רמב"ם, הלכות שאילה, ז, ג.

³⁰⁰ סמ"ע, רצב, ס"ק מ; ערוך השולחן, חו"מ, רצב, לג (האומר ככלל, שכל פיקדון שהתחיל להתקלקל ואם ימתין יתקלקל עוד, מוכרו); שו"ת דברי חזקיהו, חלק ב, חו"מ, עמ' טו; אור יעקב, פסחים, סימן ז, בסופו (ומנמק, מפני שאז הוא בגדר אבדה). ברורי הלכה (מענה שמחה), ד (תשנ"א), עמ' 8, הערה 1, לומד ממה שהסמ"ע כתב "יכול למכור" ולא "חייב", שזו באמת רשות ולא חובה, משום שקשה למצוא קונים אז, אך בכל זאת טוב להשתדל למכור אז.

³⁰¹ שו"ת סמיכה לחיים, חו"מ, סימן יז, מבאר שזאת כוונת הסמ"ע.

³⁰² ביאור הלכה, או"ח, סימן תמג, מבאר שזאת כוונת הסמ"ע.

³⁰³ בני אהרן, סימן רצב (קנג ע"ד).

מאחר שהנימוק לאיסור למכור זמן ניכר לפני הנזק, הוא העיקרון "אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבים של חברו", האיסור אמור רק בנכסים שעיקרון זה אכן קיים לגביהם; ואת זאת נפרט בפרק ט, 2.

2. הגבלת החובה

חובת השומר להציל את הנכס מנזק לסוגיו השונים קיימת רק אם הנזק הוא ברור³⁰⁴. אם לא היה ברור, באופן סביר, שיקרה נזק, אין מחייבים את השומר על שלא פעל למנוע נזק. באותם מקרים שהצורך בסבירות הנזק מגביל את רשות השומר לפעול, כפי שראינו בפסקה 1, ברור הוא שאין אז חובה עליו לפעול, ולא יחויב לשלם על אי פעולתו. הגבלת החובה על פי סבירות החשש לנזק, באה לידי ביטוי גם ביחס לחובת השומר לבצע בנכס טיפול למניעת עיפוש. בעניין זה נקבע שיעור לתדירות שבה על השומר לבצע את הטיפול, בהתאם לסבירות החשש לנזק – שיעור שבאופן סביר לא די בפחות ממנו, ולא נחוץ יותר ממנו, כדי למנוע את הנזק. ייתכן שהשיעור נועד גם למעט את הטורח המוטל על השומר, ואולי גם כדי שלא להתיר לו יתר על הנחוץ את השימוש בנכס בעת טיפולו, כפי שהזכרנו בפרק ז, 1 (ב).

לעניין נייעור כסות, השיעור הוא פעם בשלושים יום³⁰⁵.

לעניין גלילת ספר, הפוסקים נחלקו בקביעת השיעור. יש אומרים שצריך לגלול פעם בכל שלושים יום³⁰⁶. לעומת זאת, יש אומרים שכדי למנוע את עיפושו של ספר, די אם יגלול אותו פעם בשנים עשר חודש³⁰⁷. יש שעשו הבחנה בין שומר רגיל לבין שומר אבדה: שומר רגיל צריך לגלול פעם בשנים עשר חודש, ושומר אבדה צריך לגלול פעם בשלושים יום³⁰⁸. לדעה זו, הטיפול הדרוש באופן סביר למניעת העיפוש הוא לגלול פעם בחודש, ולכן באבדה נקבע שיעור זה. אבל בשומר רגיל, די בפעם בשנים עשר חודש, מפני שהעובדה שבעל הנכס יודע היכן הוא נמצא, ואף על פי כן לא ביקש ממנו לגלול, מראה שהוא מחל לו, והוא מוכן שיגלול רק פעם בשנים עשר חודש³⁰⁹.

³⁰⁴ שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קי; שו"ת מהרא"ל צונץ, סימן מב (ראה בשמו בסעיף 2א), הערה 119). שניהם דיברו על החיוב לעשות פעולת הצלה מנזק חיצוני.

³⁰⁵ משנה, ב"מ כט ע"ב; רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, יא; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' עא); שו"ע, חו"מ, רסז, יח. במילואים להערה 309 נביא שבאר יעקב אומר בדעת הרמב"ם והשולחן ערוך, שאם בעל הנכס במקום, די בפעם בשנים עשר חודש. שיעור שלושים יום לעניין הרשות – ראה ליד ציון הערה 253. באר המלך, על הרמב"ם שם (מה ע"ב), מדייק מהתוספות שהבאנו בהערה 219, שבשתיחת בנד אין שיעור כזה.

³⁰⁶ אור זרוע, ב"מ, סימן פב; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ כט ע"ב.
³⁰⁷ הרי"ף והרא"ש (להבנת בית יוסף, חו"מ, רצב, כב); סמ"ג, עשה פח; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' ע). יש לצרף כאן את הפוסקים שבהערה 308. ר' יונתן מלוויל, ב"מ שם, פוסק שבספר חדש גוללו פעם בשלושים יום, ובישן פעם בשנים עשר חודש – כדעת סומכוס.

³⁰⁸ רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, יג (לגבי אבדה), והלכות שאילה, ז, ד (לגבי פיקדון); מאירי, ב"מ שם; שו"ע, חו"מ, סימן רסז, כ (לגבי אבדה) וסימן רצב, כ (לגבי פיקדון); באר יעקב, חו"מ, רצב, כ, בדעת הרא"ש.

³⁰⁹ מאירי שם.

סוג הנכס כמגביל את הרשות למכירתו ("לנכס")

1. עמדת החוק

זיקת בעל הנכס לנכס היא סיבה להגביל פעולת הצלה שבגינה לא יוחזר הנכס לבעליו בעין, כגון מכירת נכס ההולך ונפחת. הדעת נותנת שראוי להימנע ככל האפשר, באופן סביר, ממכירת נכס שיש לבעל הנכס זיקה חזקה אליו, על אף שבאי מכירת הנכס יכול להיגרם נזק לנכס, כיוון שיתכן שאף בעל הנכס עצמו לא היה מוכרו במצב כזה, עקב זיקתו החזקה אליו. גורמי הזיקה או היעדרה משתנים מנכס לנכס בהתאם למהותו, וגם רמתה משתנה. משום כך יש מקום להבדיל בין סוגים שונים של נכסים, לעניין ההרשאה למכירת נכס על ידי השומר.

החוק אינו מבדיל במפורש בין סוגים שונים של נכסים לעניין תחולת הוראותיו: "שומר רשאי לעשות כל פעולה... למניעת נזק העלול להיגרם לנכס" – יהא הנכס אשר יהא. אולם אין להבין מסתימת לשון החוק, שלפי החוק אין להבדיל בין סוגי נכסים על פי מהותם, לעניין הגבלת רשות המכירה. הבדלה זו מובנת ממילא מן הסייג שקובע המחוקק, "באופן סביר". ממילים אלה ברור, שלפני שיורשה השומר למכור את הנכס, עליו לבחון את המצב לגופו, האם ניתן "באופן סביר" להניח שבעל הנכס היה מסכים למכירתו, אילו ידע על הנזק הנשקף לנכס. אם זהו נכס שיש לבעל הנכס זיקה חזקה אליו מסיבה כלשהי, יש להניח שרק אם הנזק הנשקף לנכס הוא חמור במיוחד, היה מסכים בעל הנכס למכירתו; לפיכך רק במצב כזה רשאי השומר למכרו. לעומת זאת, אם זהו נכס שאין לבעל הנכס זיקה מיוחדת אליו, כבר כשנשקף נזק מועט לנכס רשאי השומר למכרו, מפני שיש להניח שכבר במידה כזאת של נזק, היה בעל הנכס מוכן שהוא ימכור. עם זאת, גם בנכס כזה אין לשומר למכרו בלא שנשקף נזק סביר לנכס. אין לומר שבנכס כזה לא יהיה אכפת לבעל הנכס כלל אם יקבל בחזרה את הנכס המקורי או את ערכו. הלא העובדה שבעל הנכס הפקידו לשמירה, ולא מכר אותו, מראה שהוא מעוניין בנכס זה עצמו, ולא בשוויו. המסקנה היא, שלגבי כל נכס יש איזה סף של מידת הנזק הנשקף, שמתחת לאותו סף יש להניח שבעל הנכס מתנגד למכירתו, וסף זה משתנה מנכס לנכס, ואת זאת צריך השומר לקחת בחשבון, כשהוא שוקל האם המכירה דרושה "באופן סביר".

נראה, שכמו שלגבי שקילת השומר את מידת הנזק הנשקף לנכס, יש הבדל בין נכס שאין לבעל הנזק זיקה חזקה אליו לבין נכס אחר, כך גם לגבי החובה של בירור דעת בעל הנכס בדבר המכירה (שראינו בפרק 1), קיים הבדל זה. אם יש לבעל הנכס זיקה חזקה לנכס הנשומר, צריך השומר להתאמץ יותר לנסות לברר את דעתו; אם לאו, אין עליו להתאמץ כל כך בזה. אבל הדעת נותנת שגם נכס שאין לבעל הנכס זיקה אליו אין למכרו בלי לברר את דעת בעל הנכס, אם זה אפשרי במידה סבירה, שכן גם לגבי נכס כזה יש להניח, כאמור לעיל, שבעל הנכס לא היה מפקיד אותו לשמירה אילו לא היה לו רצון כלשהו בקבלת הנכס עצמו במקום את דמיו.

גורם אחר המשפיע על הרשאת השומר למכור את הנכס, על פי סוגו, הוא מטרת החזקת הנכס. נושה המחזיק נכס כמשכון על חוב, הוא שומר על הנכס, ואם כן, הוא רשאי למכור את הנכס כשצפויה לו סכנה, מכוח הוראת סעיפנו. נוסף על כך, יש בחוק המשכון, התשכ"ז-1967, סעיף 21, הוראה מיוחדת, המתירה לבית המשפט לצוות על מימוש מוקדם

של המשכון, אם הוא עלול להתקלקל או לאבד שיעור ניכר מערכו. במשכון יש לבית המשפט סמכות רחבה יותר מבשומר רגיל למימוש המשכון, משום שעקב קלקול הנכס הממושכן, צפוי הפסד למלווה-השומר עצמו, שמא לא יוכל לגבות מנכסי החייב, ויאלץ לגבות מן המשכון, ואם ירד המשכון בערכו ייתכן שלא יכסה את החוב³¹⁰.

2. עמדת המשפט העברי

בפרק ח, 1 (א) ראינו שהאיסור על שומר למכור פירות מופקדים הפוחתים והולכים (לפני שמגיע הפחת לשיעור גבוה מדי) נובע מרצונו המשווער של בעל הפירות בפירות אלו דווקא. בלשון התלמוד: "רוצה אדם בקב שלו מתשעה קבין של חברו". מכאן, שאם ניתן להניח שאין הוא מקפיד על כך, תשתנה אמת המידה להיתר המכירה בהתאם. מסקנה זו מחייבת הבחנה בין שני סוגי פקדונות: פיקדון שיש לבעליו זיקה חזקה אליו עד כדי כך שניתן להניח שהוא רוצה בהשבתו בעין למרות הינזקותו; ופיקדון שלא יקפיד בעליו אם יוחזר לו ערכו בלבד. גורמים אחדים קובעים את גדר הזיקה שבגללה לא התירו חכמים מכירת נכס שניזוק (אלא בתנאים מסוימים, שהזכרנו לעיל).

גורם אחד הוא מידת העמל שהשקיע בעל הנכס בהשגת הנכס. רש"י הסביר כך את העיקרון "אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבים של חברו": "קב שלו חביבה עליו, על ידי שעמל בהן, וקב שיישאר לו מהם הוא רוצה [יותר] מתשעה קבין של אחרים, שיקח בדמיהן, אם ימכרם"³¹¹. סיבת הזיקה לדעת רש"י הוא העמל, והדעת נותנת שהוא מתכוון לעמל של גידול ויצירה, ולא לעמל של טורח קנייה. אם כן, דווקא אם הפקיד אצל חברו פירות שגדלו אצלו בשדהו, ושהוא עמל בהם, אוסרת המשנה על השומר למכרם, עד שיפחתו במידה ניכרת, אבל אם אלו היו פירות שקנה בשוק, מותר לשומר למכרם מיד כשיתחילו להינזק³¹². העמל, שהוא סיבה לחביבות הנכס, אינו צריך להיות דווקא עמל של גידול פירות בשדה. לדוגמה, אם קנה פירות קודם שהיו מוכנים לאכילה, והכינם לאכילה ("מירוח"), ניתן לומר לגביהם "אדם רוצה בקב שלו", מפני שהוא עמל בהם בכך שהכינם³¹³. כמו כן, אם אפה דברי מאפה בעצמו, נוצרת לו זיקה אליהם שבעקבותיה אומרים "אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבים של חברו"³¹⁴.

³¹⁰ ויסמן, חוק המשכון, עמ' 367. הדעת נותנת שגם המשפט העברי מתחשב בשיקול זה, שכן שו"ע, חו"מ, עג, יג, פוסק שהמלווה יכול למכור את המשכון אם הוא כלה והולך, ואינו מתנה זאת בתנאים של חיסור קיצוני, שראינו בפרק ח; אך ביאור הגר"א, חו"מ, עג, ס"ק מג, מציינן כמקור לדברי השולחן ערוך את דברי התלמוד על פיקדון רגיל.

³¹¹ רש"י, ב"מ לח ע"א, ד"ה קב (הובא בשו"ת זקן אהרן, הלוי, סימן קצא). גם פירוש ר' ברוך מארץ יוון, ב"מ לח ע"א, נוקט, שהטעם הוא שעמל בפירות אלו. גם הרמב"ן, במלחמות ה', ב"מ כא ע"ב (בדפי הרי"ף), כותב: "...אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבין של חברו מפני שאדם נהנה כשאוכל מיגיעו ומקיים ביה יגיע כפיך כי תאכל אשריך וטוב לך' (תהילים קכח, ב)".

³¹² חידושי הריטב"א הישנים, תפארת אהרן, לבוש ישע, מנחת הבוקר, אמרי מהרש"ח, חידושי מהר"ם שיק, נחלת משה, גאון צבי, שארית יעקב (סימן ה) ודברי חבר בן חיים, ב"מ לח ע"א, כתבו שלרש"י בפירות קנויים אין אומרים "אדם רוצה בקב שלו".

³¹³ גאון צבי, ב"מ שם.

³¹⁴ שארית יעקב, ב"מ, סימן ה, דף לח ע"א, כותב שלפי רש"י הדין במכירת חמץ הוא בדבר שאפה הוא בעצמו, ולא בדבר קנוי (שאותו אפשר למכור גם לפני השעה החמישית).

יתר על כן: גם בחפצים שאינם בני אכילה, יכולה להיות חביבות של "אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבין של חברו", אם בעל הנכס השקיע עמל ביצירת החפצים האלו³¹⁵. לעומת דעת רש"י, הריטב"א³¹⁶ מוצא סיבה שאדם יחבב גם פירות שקנה: "ואפשר דאפילו אינם מקרקע שלו, מפני שעמל בהן וטורח אחריהם לקנותם". אך נראה שלא כל טרחה בקניית הנכס גורמת להקפדת בעליו על השבתו בעין, אלא יש צורך ברמה מסוימת של טורח. קל וחומר, שאם אלו פירות שקיבל בעל הנכס בירושה, שאין אומרים לגביהם "אדם רוצה בקב שלו", גם לריטב"א, מפני שהוא לא טרח בפירות כלל³¹⁷.

גורם אחר הקובע את זיקת בעל הנכס לנכס הוא מידת תקינותו. נכס שהתקלקל כל כך עד שאינו משמש בשימושו המקורי, אינו חביב על בעליו, גם אם זהו נכס שהוא עמל ביצירתו או בהשגתו. כך נפסק, שיין שהחמיץ, שמן שהבאיש ודבש שהתקלקל, ויש חשש שקלקולם יגרום להפסד המכלים שהם מונחים בהם, השומר רשאי למכרם, כדי למנוע את ההפסד הצפוי למכלים, על אף שהפסד זה הוא קטן יחסית. זאת גם אם המאכלים שבתוך המכלים התקלקלו במידה שלא יָרְדו עוד בערכם (כך שאין להצדיק את המכירה במניעת הפסד המאכלים), כגון שעכשו הם ראויים לשימוש אחר מלבד אכילה, כגון לרפואה, ולתפקיד זה הם יכולים לשמש גם בעתיד; בכל זאת, השומר רשאי למכור, כדי למנוע את הנזק המועט של המכלים³¹⁸. כך הדבר גם לגבי שאר פירות שהרקיבו, שגם אם הרקיבו לגמרי, כך שאין חשש לירידה נוספת של ערכם בעתיד, מותר לשומר למכרם מחשש שיתקלקלו המכלים שהפירות מונחים בהם³¹⁹. מאחר שהיין אינו ראוי לשתייה, והשמן והדבש והפירות אינם ראויים לשימוש הרגיל, אין מקום לומר לגביהם "אדם רוצה בקב שלו", מפני שאינו נהנה מהם, כיוון שאינם ראויים לאכילה, והוא גם מצטער שזה קרה. בנוסף, מאחר שכעת הם יכולים לשמש רק לתפקיד מיוחד, כגון לרפואה, ולא לכל אדם יש צורך לשימוש זה, הם עומדים למכירה, ועל כל פנים בעליהם מעדיף שיימכרו, כדי להציל את המכלים³²⁰.

אולם אף על פי שבאלו מניחים שאין לבעל הנכס זיקה כלפיהם, אסור לשומר למכרם בלי סיבה. רק אם עלולים המכלים להיפגע עקב שהיית המאכלים המקולקלים בתוכם (וכל שכן אם המאכלים עצמם עלולים לרדת בערכם עוד), רשאי השומר למכרם, מפני שבכך הוא מציל את בעל הנכס מהפסד, אף על פי שההפסד יהיה מועט בלבד.

גורם נוסף שיכול לשנות את זיקת בעל הנכס לנכס הוא, אם זהו נכס העומד למכירה. גם אם זה דבר שבעל הנכס עמל ביצירתו או בקנייתו, וגם אם מצבו כעת תקין, הרי אם זו סחורה העומדת להימכר, כלומר, שיש לנו סיבה להניח שבעל הנכס מתכוון למכרו, אין לאסור את

³¹⁵ שארית יעקב שם לומד מדברי תוספות, ב"מ שם (ד"ה מזבנין), שאומרים "אדם רוצה בקב שלו" גם בפשתן ובדברים אחרים מלבד פירות.

³¹⁶ חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ שם. לפי נפש חיה, אמרי מהרש"ה ונחלת משה, ב"מ שם, התוספות סוברים כריטב"א (עיין שם להוכחתם). הרש"ש, ב"מ שם, מסופק האם רש"י מתכוון להוציא פירות קנויים מן הכלל.

³¹⁷ חידושי ר' מרדכי מגריידן, ב"מ שם.

³¹⁸ דעת חכמים בב"מ לח ע"ב.

³¹⁹ רמב"ם, הלכות שאילה, ז, ב, נוקט "פירות שהרקיבו", ומאירי, ב"מ שם, מבאר שהכוונה היא שהרקיבו לגמרי, וראויים רק לרפואה וכדומה, שערכם לכך לא יָרְדו, ומוכר משום הפסד הסלים, כמו במקרה הקודם (והסכים לרמב"ם).

³²⁰ מלחמות ה', ב"מ כא ע"ב (בדפי הרי"ף). גם חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ לח ע"ב, חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ שם, ספר כתוב שם, ב"מ שם, נימוקי יוסף, ב"מ שם, וחידושי הר"ן, ב"מ שם (הובא בחושן אהרן, רצב, טו), כותבים שרשאי למכור מפני שכאן אין מקום לומר "אדם רוצה בקב שלו".

מכירתו מטעם "אדם רוצה בקב שלו", שהרי אדם זה התכוון בלאו הכי למכור את הנכס. עם זאת, גם בנכס כזה המכירה מותרת דווקא אם הוול, והולך וול, מפני שאז המכירה מונעת הפסד מבעל הנכס, אבל אם אין צפוי הפסד, אסור למכור, מפני שאסור לשומר למכור נכס מופקד כלשהו בלי סיבה³²¹.

הרמב"ם מרחיב מאוד את איסור מכירת הנכס, ומחיל אותו גם על "שאר הפקדונות", כלשונו³²² – משמע, אף אלו שלא עמל בהם כלל. הוא נוקט לשון זו לגבי מקרה שהשומר יודע שהנכס עתיד להיזול או להיות מוחרם, ושבו הוא פוסק שלמרות זאת אסור לשומר למכור לפני כן, שמא יבוא בעל הנכס בינתיים ויטלנו. כנראה, הרמב"ם סובר, שגם אם זהו נכס שלא נוצרה לבעל הנכס זיקה מיוחדת אליו עקב עמל מיוחד שהשקיע בו, ייתכן שבעל הנכס מתנגד למכירתו בשל טיבו המיוחד של הנכס, שייתכן שלא יזדמן לו להשיג אחר באותו טיב. אבל גם לדעת הרמב"ם, אם זהו דבר שאנשים אינם רגילים להקפיד עליו, יהיה השומר רשאי למכור, מפני שבעל הנכס יוכל לקנות חפץ הזהה לזה שנמכר, בכסף שהשומר יקבל תמורתו³²³.

שמירת כסף היא מקרה קיצוני, שכן אין לבעליו זיקה לשטרות אלו דוקא. בהתאם, שומר שקלים, ונודע לו שעומד להתבצע פיחות בשער, רשאי להמירם בדולרים, כדי למנוע הפסד מבעל הכסף, משום שאין לבעל השקלים זיקה אליהם כלל, ואינו מקפיד איזה מטבע יקבל חזרה. אך אם יש רק פיחות שהיה צפוי מראש, כגון שחיקה עקב אינפלציה רגילה לאותה תקופה, אסור לשומר להמירם בדולרים, משום ששתיקת בעל הכסף מעידה שהוא הפקיד את השקלים על דעת שהשומר לא ימיר אותם במצב כזה, ומחל על השחיקה הזאת³²⁴.

עלינו להדגיש שוב, שאף בסוגי הנכסים שיש להניח בהם (לכל דעה מהדעות דלעיל) שלא יקפיד בעל הנכס על כך שיימכרו, אסור לשומר למכרם בלי סיבה. אילו לא היה אכפת לבעל הנכס כלל אם נכס זה יישאר ברשותו, לא היה מפקידו לשמירה, אלא היה מוכרו מראש. רק אם הנכס הולך ונחסר, כמו פירות שמרקיבים, או צפוי שהנכס ייזול או יישדד, כך שמכירת הנכס תציל את בעל הנכס מהפסד, רשאי השומר למכרו. ואף במקרים כאלו, אם זהו נכס שיש להניח שיש לבעליו זיקה מיוחדת אליו, אסור לשומר למכרו, אלא בהגבלות שמנינו בפרק ח, 1. עניין אחר הוא הרשות שיש למוצא אבדה, שדינו כשומר עליה, למכרה. בשומר אבדה, הרשות למכור היא רחבה יותר מבשומר רגיל. בפיקדון רגיל, העובדה שבעל הנכס הפקידו אצלו ולא מכרו (ולא הורה לשומר למכרו בעת הצורך), מוכיחה שהוא מעוניין שישאר הנכס ברשותו, ואינו מעוניין בדמיו. מחמת הוכחה זו, אנו אוסרים על השומר למכור נכס שיש לבעליו זיקה מיוחדת אליו, אלא אם כן נשקף לו פחת מרובה, כפי שהסברנו לעיל. נמצא, שהאיסור הוא תוצאה של צירוף שני הנימוקים: הזיקה המיוחדת, וההוכחה מן העובדה שלא מכר את הנכס מקודם. הוכחה זו אינה קיימת באבדה, שייתכן שבעל הנכס רצה למכרו לפני שהוא אבד לו. לפיכך, אף אם זהו נכס מן הסוג שייתכן שיש לבעל הנכס זיקה מיוחדת אליו, רשאי השומר למכרו אף אם נשקף לו רק פחת מועט³²⁵.

³²¹ שו"ת דברי חזקיהו, חלק ב, חו"מ, עמ' טו.

³²² רמב"ם, הלכות שאילה, ז, ג. וראה ליד ציון הערה 299.

³²³ פתחי תשובה, חו"מ, שנט, ס"ק ב.

³²⁴ ברורי הלכה (מענה שמחה), ד (תשנ"א), עמ' 9-10.

³²⁵ מגיד משנה, הלכות גזלה ואבדה, יג, טז; גידולי תרומה, על ספר התרומות, שער מט, חלק ה, אות ב; גידולי שמואל, ב"מ לח ע"א.

אולם אף באבדה, אסור לשמור למכרה בלי סיבה, כלומר, כל זמן שלא נשקף לנכס שום נזק. נכס אחד יוצא מכלל זה: המוצא תפילין רשאי למכרן אף אם אינן עומדות להתקלקל או להינזק. כך פסק הרמב"ם³²⁶: "מצא תפילין, שם דמיהן ומניחן עליו, שדבר מצוי הוא ביד הכל, ואין עשויין אלא למצוותן בלבד". כלומר, מאחר שתפילין עשויות למצוותן בלבד, בעל הנכס מעוניין שהשומר יקנה אותן ויעשה בהן את המצווה³²⁷. זאת ועוד: מאחר שהן עשויות רק למצוותן, לא אכפת לבעל התפילין אלו תפילין יהיו לו, ובלבד שיהיו כשרות למצווה³²⁸.

אבל, כאמור, הדין בתפילין הוא יוצא דופן, משום שבתפילין מתקיימים שני התנאים שהתנה הרמב"ם: האחד, שדבר מצוי הוא ביד הכול; והשני, שהוא חפץ העשוי למצוותו בלבד. אבל שאר אבדה, שאין מתקיימים בה שני תנאים אלו, אסור למכרה, בשל רצון בעליה בהשבתה בעין. אם זהו דבר שאינו מצוי כל כך לקנות, בעל הנכס מעוניין בו מפני שיקשה עליו להשיג אחר דוגמתו אם יימכר. גם אם זהו דבר שמצוי לקנות כיוצא בו, אם זהו דבר העשוי לנוי, אדם חפץ בשלו יותר, מפני שמה שהוא שלו כבר מצא חן בעיניו, והתנאה בו; ואם זהו חפץ העשוי לשימוש, אדם חפץ בשלו, משום שמצא חן בעיניו לשימוש³²⁹.

יתר על כן: אף הדין המיוחד בתפילין, שיכול למכרן גם אם אינן עלולות להתקלקל אם יישאר אצלו, נוהג דווקא באבדה. אבל שומר שקיבל תפילין כפיקדון רגיל, אסור לו למכרן, אף על פי שעשויות למצווה, מפני שהעובדה שבעל התפילין לא הורה לו למכרן, מוכיחה שאין זה רצונו.

לסיכום, במשפט העברי יש שיטות שונות באשר למהות זיקת בעל הנכס לפיקדון או לאבדה, המונעת את מכירתם המיידית. התפיסה שלא בכל מקרה "אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבין של חברו", משותפת לכל השיטות, אלא שנחלקו הפוסקים בהגדרת תחומו של כלל זה. בין גורמי הזיקה לנכס מצינו את העמל בגידול-ייצורו, או אפילו בקנייתו, וגם את מידת תקינותו.

פרק עשירי

פעולת הצלה שגרמה לנזק

כפי שהזכרנו בפרק א, אחת ההשלכות מן הרשות הנתונה לשומר לעשות פעולה הדרושה למניעת נזק לנכס, מלבד עצם הדבר שהפעולה חלה, ומלבד הזכות להחזר הוצאות, היא, שאם כתוצאה מן הפעולה שהוא עשה, אירע נזק לנכס, הוא פטור.

מקרים אחדים בתחום זה נידונו במקורות, אך לא לגבי כולם נפסק בפשטות שהשומר פטור. (א) היה הנכס מונח בתחילה במקום שבו היה עלול להינזק, והשומר העביר אותו למקום שמור יותר, וניזוק הנכס – השומר פטור, בין ניזוק כשעודו בידו, בעת ההעברה, ובין לאחר

³²⁶ רמב"ם, הלכות גולה ואבדה, יג, יד. מקורו בב"מ כט ע"ב.

³²⁷ ש"ך, חו"מ, רסז, ס"ק טז.

³²⁸ סמ"ע, רסז, ס"ק ל.

³²⁹ פלפולא חריפתא, על רא"ש, ב"מ, פרק ב, סימן יח, אות ד.

מכן; בין החזירו למקומו הראשון, ובין לא החזירו. זאת מפני שגם אם נניח שהנזק נגרם עקב פעולת השומר, הרי הפעולה נועדה לטובת השמירה על הנכס³³⁰.

(ב) שומר שהפקדה אצלו תיבה סגורה, וחשש שמא יש בה חמץ, ולכן מכר אותה לנכרי ערב פסח, והתיבה אבדה עקב פשיעת הקונה – השומר חייב על הנזק, כיוון שלא היה צריך למכור את התיבה, וזאת אף על פי שהתכוון בפעולתו לטובת השמירה³³¹.

(ג) נכס שדרך בני אדם לשמרו בארגו, והשומר לא שם אותו בארגו אלא תחת מיטתו, והתכוון בכך לטובה, משום שגנבים אינם מחפשים מתחת למיטה, ובכל זאת נגנב – השומר פטור, משום שהתכוון לטובה³³².

(ד) שומר שמסר את הנכס לשומר אחר, ועשה זאת מתוך כוונה לטובת הנכס, חייב, למרות כוונתו הטובה, ככל שומר שמסר לשומר³³³.

(ה) חשש השומר שגולן מסוים עלול לבוא ולגזול את הנכס, והלך אליו השומר, ואמר לו: "איני מפחד ממך, גולן בזוי, משום שיש איתי אנשים חמושים, במקום פלוני", ובכל זאת בא הגולן – השומר חייב, משום שהוא התרשל בכך שהרגיז את הגולן ובכך שהודיע לו את מקום הימצאו, שאולי לא היה יודע לו, וגרם בכך לביאתו³³⁴. גם אם התכוון השומר בכך לטובה, להפחיד את הגולן כדי שלא יבוא, השומר חייב³³⁵. אף על פי שהוא חשב שיוכל להתגבר על הגולן עם הכוחות שהיו ברשותו, מכל מקום הוא חייב, מפני שהוא הכניס את עצמו לדבר ללא צורך³³⁶. מדובר שבאמת לא הייתה סכנה שיבוא הגולן, והשומר טעה וחשש לזה, ולכן איים על הגולן, וטעות זו היא פשיעה. אף על פי שהתכוון לטובה, הרי האמת היא שפעולתו לא הייתה נחוצה. אבל אם באמת הייתה סכנה שהגולן יבוא, השומר פטור, מפני שפעולתו הייתה נחוצה, ואין זה משנה שפעולתו היא שגרמה לנזק³³⁷. כל זה אמור בשומר שכר, מפני ששומר שכר חייב גם על מה שנגרם רק מחמת אמירתו, כיוון שהיה עליו לצפות מה שעלול להיגרם כתוצאה ממנה. לעומת זאת, שומר חנם שעשה כך אינו אחראי בשום מקרה לנזק שיארע, מפני שעל שומר חנם לא מוטל לדייק כל כך בדיבורו ולצפות את תוצאותיו, כיוון שהתכוון לטובה³³⁸.

³³⁰ רמב"ם, הלכות שאילה, ז, ט.

³³¹ שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן יט. וראה במילואים להערה 157.

³³² שו"ת ארמת קודש, חלק א, סימן עג, שהבאנו בסעיף 2(א), הערה 173. ראה דין דומה בסעיף 2(א), ליד ציון הערה 162.

³³³ מקורות לכך נביא בסעיף 7, הערה 15.

³³⁴ על עצם החיוב במקרה זה, בלי הכוונה לטובה, ראה סעיף 2(א), ליד ציון הערה 372, בשומר חנם, וסעיף 2(ב), ליד ציון הערה 41, בשומר שכר.

³³⁵ שו"ת מהרי"ק, שורש קכה (על שומר שכר), הובא בדרכי משה, חו"מ, שג, ס"ק ג, בסמ"ע, שג, ס"ק ז, בקצות החושן, שג, ס"ק ב, בנתיבות המשפט, שג, ס"ק ז, בשער משפט, קעו, ס"ק ד, ובשו"ת תרשיש שוהם, חו"מ, סימן קה.

³³⁶ עקבי אור, ב"מ צג ע"ב.

³³⁷ מהרי"ק שם (כמובא בדרכי משה ובקצות החושן שם, אבל במהרי"ק לפנינו אין זה מפורש), נוקט שידוע לנו שהגולן לא היה בא אילולא דברי השומר, אבל במקרה אחר, השומר פטור.

³³⁸ קצות החושן שם (הובא בשו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן נד, אות ד); נתיבות המשפט, שג, ס"ק ז. כמו כן, חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צג ע"ב, ומהרי"ק שם (הובא בדרכי משה שם), נקטו שהמקרה בתלמוד הוא בשומר שכר. מנחת פיתים, חו"מ, שפה, א, לומד מכאן באופן כללי, ששומר חנם פטור אם גרם נזק על ידי פעולה מתוך כוונה טובה, ושומר שכר חייב.

(ו) שומר כסף נתבקש להוליכו ממקום למקום, ובדרך ראה שודדים מתקרבים ומתלחשים ביניהם, וחשש שהם מתכוונים לגזול ממנו את הכסף, ולכן השליך את הכסף לתוך השיחים שבצד הדרך; וכשחזר אחר כך למקום, לא הצליח למצוא את הכסף. נפסק, שהשומר חייב אף על פי שהתכוון להציל בכך את הכסף, מפני שלמעשה הוא עשה מעשה של פשיעה, בכך שזרק את הכסף למקום שהכסף עלול ללכת לאיבוד³³⁹.

(ז) אם אותו שומר, שחשש מהשודדים, לקח את הכסף והתחיל לברוח, ותפסו אותו, ולקחו את הכסף, הוא פטור, מפני שהתכוון לטובה³⁴⁰.

(ח) השומר בית, ואחזה בבית אש מתוך פשיעת השומר, והרס השומר את התקרה כדי לכבות את האש – הוא חייב בנזק שנגרם מחמת שבירת התקרה. זאת משום שאילו נשרף הבית, הוא היה חייב, ונמצא שהוא הרס את התקרה כדי להציל את עצמו מלשלם, ולא כדי להציל את הנכס עבור בעל הנכס³⁴¹.

(ט) שומר כסף, שקבר אותו כדי שיהיה שמור היטב, אך שכח היכן קבר אותו, חייב לשלם, כפי שראינו לעיל³⁴². אף על פי שהתכוון לטובה בזה שקבר אותו, הרי הנזק לא נגרם על ידי המעשה הטוב שעשה, אלא נגרם על ידי שכחתו, שהיא נפרדת ממעשה הקבורה³⁴³.

(י) שומר בהמה, שהייתה צפויה לה סכנה, ורכב עליה השומר כדי להבריח אותה מהסכנה, וניזקה כתוצאה מרכיבתו, פטור, כיוון שהתכוון לטובה³⁴⁴.

אם כן, אנו רואים שיש שומר פטור על נזק שנגרם עקב פעולה שעשה לשם הצלת הנכס, ויש שהוא חייב עליו. נראה שהכלל העיקרי בעניין זה הוא, שאם הפעולה שנקט השומר הייתה אמנם נחוצה להצלת הנכס, באופן סביר, הוא פטור גם אם פעולתו גרמה נזק לנכס; ואם הפעולה לא הייתה נחוצה, גם אם היא נועדה להצלת הנכס, מתוך מחשבה מוטעית מצד השומר, השומר חייב בנזק שהפעולה גרמה לנכס³⁴⁵. במקרה של שומר שאיים על גזלן, נאמר במפורש שהוא חייב רק אם אכן לא הייתה סכנה, ופעולת השומר לא הייתה נחוצה. במקרה של שומר שהעביר את הנכס ממקום למקום, מדובר בשאכן היה צפוי באופן סביר שהנכס יינזק אם יישאר במקומו הראשון, ולא הייתה אפשרות למנוע נזק זה אלא על ידי העברת הנכס למקום אחר. במקרה של שומר שמכר תיבה סגורה, לא הייתה לו סיבה סבירה

³³⁹ שו"ת תפפו של יוסף, חלק א, סימן מא.

³⁴⁰ שו"ת הלכה למשה (אלבו), חו"מ, סימן לה. הוא כותב שהדין כך גם אם נאמר שבעל הנכס לא רצה שיעשה כך – ראה בשמו בסעיף 2(א), הערה 60.

³⁴¹ שו"ת מקור ברוך, סימן מא. הוא עוסק בשוכר בית, שהיו לו דברים בבית, ושם יש סיבה נוספת לחייב, מפני שהתכוון להציל את נכסיו שהיו בבית, וזה מציל עצמו בממון חברו; אך הוא כותב שגם בלי שיקול זה, השומר חייב, מפני שהוא נחשב מציל עצמו בממון חברו גם לגבי הבית, שהרי היה חייב אילו נשרף. אך נראה שנימוק זה קיים רק אם הדלקה פרצה בפשיעתו, כמו שכתבנו בפנים, שאז חייב גם לולא החיוב להציל מאונס. וראה בשמו בסעיף 1(א), במילואים להערה 301, מדוע חייב אף על פי שהשומר דבר המחובר לקרקע, פטור.

³⁴² בסעיף 2(א), פרק ד, 1.

³⁴³ שו"ת מקור חיים (סגלוביץ), סימן כב.

³⁴⁴ צ' קרל, "דיני ארבעת השומרים במשפט העברי בהתפתחותם", תרביץ ז (תרצ"ו), עמ' 266.

³⁴⁵ כך אומר שו"ת בני אברהם, חו"מ, סימן יט, שאם לא היה ברור שיינזק הנכס אם לא יעשה פעולת הצלה, הוא חייב על נזק שגרמה פעולת הצלה, אף על פי שהתכוון לטובה.*

לחשוש שזה חמץ, ולכן לא היה לו למכרו. במקרה של שומר שמסר לשומר אחר, הוא חייב מפני שמדובר בשהמסירה לא הייתה נחוצה לשמירת הנכס. נראה שהבחנה זו מקובלת על דעת החוק, כמו על דעת המשפט העברי. ההרשאה הניתנת לשומר לפי סעיף זה היא לעשות פעולה "הדרושה באופן סביר". מכאן, שההפטר של שומר על נזק שנגרם כתוצאה מפעולתו, מוגבל לפעולה שהייתה דרושה באופן סביר. עוד כלל הוא, שאם בעל הנכס היה במקום קרוב, והיה אפשר להיוועץ בו ולבקש ממנו הוראות, והשומר לא עשה כן, אלא נקט פעולה על דעת עצמו, והפעולה גרמה לנזק, הוא חייב³⁴⁶. כלל זה, בדומה לכלל הקודם, מתבסס על כך שההרשאה לפעול ניתנת לשומר רק כשאינו יכול להיוועץ בבעל הנכס, כפי שראינו בפרק ו, 2, והרי הפטר שומר על נזק שגרמה פעולתו נובע מן ההרשאה מכללא הניתנת לשומר לעשות פעולת הצלה, כאמור. עוד כלל הוא, שאם עשה השומר פעולה לא כדי למנוע נזק אלא כדי להביא רווח לבעל הנכס, והדבר גרם לנזק, השומר חייב, אף על פי שהתכוון לטובה³⁴⁷. בנוסף לכללים שקבענו, יש שיקולים ספציפיים שונים האם לחייב את השומר או לפטרו על הנזק שנגרם על ידי פעולת הצלה שלו, כפי שראינו במקרים שמנינו.

³⁴⁶ בני אברהם שם; שו"ת דברי מלכיאלי, חלק ג, סימן קסג.

³⁴⁷ בני אברהם שם; אות היא לעולם, חלק ב, מערכת ש, אות קכד. אות היא לעולם עוסק בשומר כסף, שהתעסק בו על דעת שבעל הכסף יקבל את הרווחים, ואבד הכסף בגלל התעסקותו. אך ראה בסעיף 2(א), במילואים להערה 332, שמשפטים ישרים פוטר שומר משום שהתכוון לטובה, אף שהכוונה לטובה לא הייתה להביא תועלת לנכס אלא להביא תועלת לבעל הנכס – ראה שם. עיקרון אחר אומרים שו"ת נחפה בכסף, חלק א, חו"מ, סימן יח, דף קד ע"א (הובא בשו"ת מכתם לרוד, חו"מ, סימן יג, ובשו"ת שערי רחמים, חו"מ, סימן יג, דף כד ע"ג), ושו"ת משאת משה, חלק א, חו"מ, סימן סה: ששומר פטור אם לא עשה מעשה בידיים, אם התכוון לטובה, אם לא ברי היזקא, כלומר, שלא היה ברור שאי מעש יגרום נזק (נחפה בכסף מציין שכך כתב שו"ת זרע אברהם, חו"מ, סימן כד). הם עוסקים בשומר שהוטל עליו לעשות מעשה (והוא שליח) ונמנע מכך מתוך כוונה למנוע נזק או להביא רווחים לבעל הנכס. הם מסבירים בכך מדוע שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קי (הובא במשפט שלום, ר, ס"ק יב), פוטר פאטור שנתבקש למכור את הנכס, והשתהה, מתוך ציפייה שהמחיר יעלה, והמחיר ירד (ראה הערה 73) – מפני שלא היה ברור שהשתהה תגרום נזק, והתכוון לטובה. אך עיקרון זה אינו שייך לפרקנו, העוסק בפעולת הצלה שגרמה נזק ולא בהימנעות מעשייה.

שומר שמסר לשומר

7. (א) שומר שמסר את הנכס לשומר משנה, רואים את מעשיו ומחדליו של שומר המשנה כמעשיו ומחדליו של השומר, ושומר המשנה אחראי גם כלפי בעל הנכס באותה מידה שהוא אחראי כלפי השומר.
 (ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו בין אם מסירת הנכס הייתה ברשות בעל הנכס ובין אם הייתה שלא ברשותו, ובלבד שאין בהן כדי לגרוע מאחריותו של השומר לפי סעיף 3 או לפי כל דין אחר.

שומר שמסר
לשומר משנה

התוכן

- פרק ראשון: אחריות שומר שמסר לשומר משנה ("ושומר המשנה אחראי גם כלפי בעל הנכס") 399
1. עמדת החוק 399
 2. עמדת המשפט העברי – כללי 399
 - (א) אחריותו היסודית של השומר נותרת בעינה 400
 - (ב) אחריות השומר מוחמרת למעשה בשל היעדר ראיות פוטרות 400
 - (ג) הנימוק להחמרה זו 403
 - (ד) מקרים ששומר שמסר לשומר פטור 406
 3. מסירה לאחר תוך הפחתת רמת האחריות 407
 4. מסירה לשימוש של אחר 410
- פרק שני: "ברשות בעל הנכס" 411
1. כללי 411
 2. ברשות מפורשת 411
 - (א) כללי 411
 - (ב) הסתלקות השומר 412
 - (ג) פרטי דיניה של הרשות המפורשת 413
 3. בידיעת בעל הנכס וללא מחאתו 415
 - (א) הפטר השומר 415
 - (ב) שתיקה לאחר מעשה 415
 - (ג) חריגים 416
 - (ד) הסתלקות השומר 417
 4. שומר שאין דרכו לשמור בעצמו 417
 - (א) הסתלקות השומר 417
 - (ב) הרחבת דין התלמוד 418
 - (ג) חריגים 420

התוכן

- (ד) שיטת הרא"ש שהשומר אינו מסתלק 421
5. שומר שמסר לבני ביתו 421
- (א) כללי 421
- (ב) מי כלול בכלל "בני ביתו" של השומר 423
- (ג) שכיר, שותפו ומי שידוע שדרכו למסור לו 423
- (ד) מצבים שנהוג בהם שאדם מוסר את נכסיו לאחרים 424
- (ה) חריגים 426
- (ו) הדעה שהשומר מסתלק 426
- (ז) הדעה שהשומר אינו מסתלק 428
6. מסירה למי שרגיל בעל הנכס להפקיד אצלו 431
- (א) כללי 431
- (ב) קביעת "רגילותו" של בעל הנכס להפקיד אצלו 432
- (ג) אדם שנעשה חשוד או העניי בינתיים 433
- (ד) הפסקה בהפקדת בעל הנכס 434
- (ה) התחשבות בערך הנכסים שהיה רגיל להפקיד אצלו 434
- (ו) הפקיד בעל הנכס אצל אדם מסוים לאחר שהשומר מסר לו 435
- (ז) אנשים אחרים שיש להניח שבעל הנכס מאמין להם 436
- (ח) בנתיים שהפקידו, או שהפקיד אחר בשליחות בעל הנכס 436
- (ט) הגבלת המסירה לדרך שבעל הנכס היה רגיל להפקיד 437
- (י) הסתלקות השומר 438
7. נכסים שמותר לקסרם לשומר אחר 440

פרק שלישי: סייגים לרשות 442

1. בשואל 442
2. אחריות השומר לאופן שמירתו של שומר המשנה 443
- (א) שומר שראה את פשיעת שומר המשנה 443
- (ב) שומר שגרם לפשיעת שומר המשנה 444
- (ג) שומר שהוא רחוק משומר המשנה 446
3. טיב השמירה של שומר המשנה 447
4. הפחתת רמת האחריות 449
- (א) במי שבעל הנכס רגיל להפקיד אצלו 449
- (ב) בבני ביתו של השומר 451
- (ג) הבחנות בין מורגל בשמירה לבין בני ביתו 452
- (ד) בשאר סוגים של מסירה ברשות 453
- (ה) שומר שכר שמסר לשומר שכר ושואל שמסר לשואל 453
5. הסתרת שייכות הנכס לאחר 454
- (א) בבני ביתו 454
- (ב) בשומר שכר 455
- (ג) בסוגים אחרים של מסירה ברשות 457
6. שומר משנה שהוא עני 458
7. שמירה הכרוכה בטיפול מיוחד בנכס 459
8. שומר שקיבל את הנכס חזרה 460

פרק רביעי: אחריות שומר המשנה ("שומר המשנה אחראי גם כלפי בעל הנכס") 461

1. עמדת החוק 461
2. עמדת המשפט העברי – כללי 463

התוכן

3. שומר שמסר לשומר שאחריותו חמורה משלו 466
 - (א) שוכר שהשאיל – ההלכה היסודית 466
 - (ב) שומר חנם שמסר לשומר שכר וכדומה 466
 - (ג) הנימוק – אחריות ישירה של שומר המשנה כלפי בעל הנכס 467
 - (ד) הנימוק – אחריות שומר המשנה נוצרת על ידי עקיפת השומר 468
 - (ה) נפקות בין הנימוקים 468
 4. שומר משנה שחשב שהנכס שייך לשומר 469
 5. אחריות שומר המשנה כלפי השומר ("באותה מידה שהוא אחראי כלפי השומר") 470
- פרק חמישי: סיכום 472

אחריות שומר שמסר לשומר משנה ("רואים את מעשיו ומחדליו של שומר המשנה כמעשיו ומחדליו של השומר")

1. עמדת החוק

מסירת הנכס לשומר משנה מעוררת בעיות שונות לגבי טיב מערכת היחסים המשפטית שבין השומר לבעל הנכס. ממערכת זו נגרעו, כמובן, בעקבות המסירה, ההלכות הנוגעות לשומר המחזיק בנכס בפועל (כגון הרשאה לעת צורך וכדומה), ונותרה שאלת האחריות: האם על ידי מסירת הנכס לשומר אחר מסתלק השומר הראשון מאחריותו לגמרי, או שמא הוא ממשיך לשאת באחריותו המקורית, בכולה או בחלקה, או שמא אחריותו מוחמרת? לעמדת בעל הנכס כלפי המסירה יש השפעה על קביעת אחריות השומר. משום כך יש לבחון את שאלת האחריות לאור עמדת בעל הנכס בכל מקרה. לעניין זה קיימות חמש אפשרויות: (א) רשות מפורשת של בעל הנכס למסירה; (ב) רשות מכללא, שטיבה משתנה על פי הנסיבות מהן מסיקים אותה; (ג) סתמא, חסר, לאקונה בהסכמת הצדדים, כלומר, שדעת בעל הנכס אינה ידועה, לא במפורש ולא מכללא; (ד) התנגדות מכללא של בעל הנכס למסירה; (ה) התנגדות מפורשת של בעל הנכס למסירה, הן על ידי התנאה בעת שהראשון מקבל את השמירה על עצמו, הן בהבעת התנגדות בשעת המסירה לשומר השני.

סעיף קטן (א) קובע: "שומר שמסר את הנכס לשומר משנה, רואים את מעשיו ומחדליו של שומר המשנה כמעשיו ומחדליו של השומר", כלומר, שמירתו של שומר המשנה נחשבת כאילו שהשומר הראשי שומר. משמעות קביעה זו לענייננו היא, שהשומר הראשון נותר האחראי הראשי כלפי בעל הנכס, אלא שחיובו באבדן הנכס או בנזק נקבע על פי השמירה שנעשתה בפועל על ידי שומר המשנה. לדוגמה, אם הראשון היה שומר חנם, הוא חייב בנזק שנגרם עקב רשלנותו של השני, ופטור בנזק אחר. הסיבה שהחוק אינו מגדיר את אחריותו של השומר בלשון "השומר אחראי" וכו' היא, שזה היה מסרב את הלשון, ולשם קיצור נקט החוק את הלשון שנקט.

אפשר היה ללמוד מן השימוש במונח "שומר משנה" לגבי השומר השני, שהחוק עוסק רק בשומר שמסר את הנכס מתוך כוונה שהוא יישאר השומר הראשי, ואילו השומר השני יהיה עוזרו בלבד – "שומר משנה". אך פירוש זה אינו נראה, שהרי אם כך, חסר מן החוק המקרה העיקרי, שהוא שומר שמסר לשומר בסתם. לכן נראה שכוונת המחוקק, כשהשתמש במונח זה, הייתה לקבוע, שאף אם מסר השומר לשומר שני במטרה להעביר את השמירה לגמרי, יהיה השומר השני שומר משנה בלבד, והאחראי הראשי להשבה הוא השומר הראשון. המסירה לשומר אחר מועילה לשומר רק לעניין שהשמירה המוטלת עליו מבוצעת באמצעות השומר השני, ואין הדבר נחשב לרשלנות, אך היא אינה גורעת מאחריותו המקורית כלפי בעל הנכס. גם אם הראשון היה שואל, ומסר את הנכס לאחר שלא על מנת להשתמש בו, נשאר השומר

באחריות החמורה של שואל. הרי גם אילו השאיר את הנכס בידו בלי להשתמש בו, עדיין היה נשאר בגדר שואל.

סעיף קטן (ב) קובע: "הוראות סעיף קטן (א) יחולו בין אם מסירת הנכס הייתה ברשות בעל הנכס ובין אם הייתה שלא ברשותו". "ברשות בעל הנכס" משמעו – ברשות מפורשת או ברשות מכללא. הרי, שלמרות הסכמתו המלאה והמפורשת של בעל הנכס למסירת הנכס לשומר משנה, אין השומר הראשון יכול להסתלק מאחריותו, והוא נשאר האחראי הראשי להשבה.

אולם הוראה זו בדבר תחולתו של סעיף 7 (א) כפופה לסעיף 14, הקובע: "הוראות חוק זה יחולו על שמירת נכסים כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון, ובאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים". לאור זה צריך לפרש את "ברשות בעל הנכס": ברשות סתמית למסור את הנכס לאדם אחר לשומר, שלא משתמעת ממנה הסכמה להעברת האחריות. אבל אם משתמעת מן הרשות גם הסכמה להעברת האחריות, מסתלק השומר הראשון משמירתו, על פי סעיף 14, כאילו הסכימו על כך בפירוש. ייתכן שמתן רשות לשומר להעביר את הנכס לאחר, באופן שאינו אמור להחזיר לו אותו, תתפרש כהסכמה להעברת האחריות. "שלא ברשותו" – משמעו, כשדעת בעל הנכס אינה ידועה במפורש או מכללא. אין בעל הנכס יכול לטעון שמאחר שלא נתן לשומר רשות למסור, מן הסתם מסר את הנכס לשומר על מנת לשמרו אישית, ולכן תוחמר אחריותו לפי סעיף 3. ההנחה מן הסתם היא, שלא אכפת לבעל הנכס בין אם ישמור השומר אישית או שימסור את הנכס לאחר, ולכן הוא ממשיך לשאת באחריותו המקורית בלבד.

החוק מגביל את תחולת הוראות סעיף קטן (א): "ובלבד שאין בהן כדי לגרוע מאחריותו של השומר לפי סעיף 3, או לפי כל דין אחר". סעיף 3 מורה, שאם אסר בעל הנכס על השומר למסור את הנכס לאחר, והוא מפר תנאי זה, מוחמרת אחריותו ל"כשל שואל".

2. עמדת המשפט העברי – כללי

(א) אחריותו היסודית של השומר נותרת בעינה הוראת החוק בסעיף קטן (א), שאחריותו של שומר נותרת בעינה גם לאחר שהוא מוסר את הנכס לאחר, הולמת את עמדת המשפט העברי. המשפט העברי קובע, ששומר חינום שמסר את הנכס לשומר אחר (ואין זה משנה מהי דרגת אחריותו), אחראי כלפי בעל הנכס למקרה שהנכס יאבד או ייזוק על ידי פשיעת השומר השני¹; שומר שכר שמסר לשומר אחר חייב אלא אם כן אבד הנכס מן השני באונס²; ושואל שמסר לאחר חייב אף אם הנכס אבד באונס³, ופטור אם אבד או ניזוק עקב שימוש רגיל⁴. בסיכום, כל שומר נשאר חייב בדרגת האחריות שהייתה לו לפני המסירה.

¹ ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ג, סימן ב; מאירי, ב"ק יא ע"ב (הובא בכד קודש, חלק ג, סימן מה); נחלת בנימין, מצווה ס; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, מז.*

² שו"ת עדות ביהוסף, חלק ב, סימן ה (דף טז ע"ג), כותב, ששומר שכר שמסר לשומר אחר, אפילו גם השני שומר שכר, ואירעה גנבה ואבדה או שפשע, בעל הנכס יכול לגבות ממי שירצה.*

³ דברי חיים, דיני שומרים, סימן כ, כותב שמש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק מא, משמע ששואל שהשאל ואירע אונס, הראשון חייב.*

⁴ נימוקי יוסף, ב"ק לט ע"א (בדפי הרי"ף), בשם הרא"ה (על שואל בהמה שמסרה לשלוחו לרכוב עליה,

אחריותו של השומר אינה מופחתת עקב המסירה, משום שלא ייתכן שזכות בעל הנכס עליו תצטמצם עקב צעדו החד צדדי במסירת הנכס. השומר לא יוכל לטעון: "מאחר שמסרתי את הנכס לבן דעת, שישמור במקומי, אני הסתלקתי מן השמירה, כאילו החזרתי לך את הנכס", מפני שהמסירה הייתה באיסור, והיא נחשבת פשיעה לעניין זה שהשומר אינו מסתלק על ידה מן השמירה⁵. בעל הנכס יכול לטעון שאינו מסכים שימסור לאחר, ויסתלק מן השמירה, והוא (בעל הנכס) יצטרך להסתפק בזכותו לתבוע את השני, מפני שהשני אינו מהימן בעיניו, והוא חושד בו שיפשע בנכס, ויכפור בכך שפשע, ולא יוכל לגבות ממנו⁶. זאת ועוד: גם אם נראה אותו כאילו הסתלק משמירתו, הוא חייב, כיוון שהעובדה שבסופו של דבר פשע השומר השני, מלמדת אותנו למפרע שעצם מעשה המסירה היה פשיעה, שכן הוא מסר את הנכס לאדם שעתידי לפשוע בו, ועל מעשה זה חייב השומר הראשון, שהרי הוא עשה מעשה זה לפני שהסתלק משמירתו⁷. גם במקרה שבעל הנכס זכאי לתבוע את השומר השני על האבדן, בהתאם למה שנפרט בפרק ד, אין השומר רשאי לדחות את בעל הנכס בטענה שהוא יכול לתבוע את השומר השני, מפני שבעל הנכס יטען שאינו רוצה לתבוע אדם שאין לו עסק איתו, והוא מעדיף לתבוע את השומר, כיוון שאחריותו לנוק קיימת, כאמור⁸.

מצד שני, אין אחריותו של השומר מוחמרת עקב המסירה. היה מקום לומר שאחריותו של השומר מוחמרת, כיוון שבעל הנכס מתנגד למסירת הנכס ("אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר"), ולכן השומר פשע בכך שעבר על רצונו של בעל הנכס, ומסר אותו, ומשום כך הוא ישא מעתה באחריות לכל מה שיארע לנכס – אף לאונס, מפני שגם אונס שיקרה, תחילתו בפשיעה שבמסירה, ו"תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב". כך היא באמת דעתו של האמורא אביי⁹. אולם האמורא רבא, שנפסקה הלכה כמותו¹⁰, סבור שאין להחמיר באחריותו של השומר שמסר לאחר. לדעתו, על אף שלא נהג כשורה, מפני שאסור לשומר למסור את הנכס לאחר¹¹, מכל מקום אין במסירתו זו משום פשיעה שיש לחייבו עליה – הרי הוא מסר לאדם אחר שיהיה מסוגל לשמור כמותו, ואין זו פשיעה¹².

ומתה מחמת הרכיבה); מאירי, ב"ק יא ע"ב וב"מ לה ע"ב (על שוכר שהשאל ויש עדים על כך שניזוק עקב שימוש רגיל). זו גם עמדת החוק, אף אם הראשון התחייב לשמור אישית – ראה סעיף 3, פרק א.
⁵ אבן האזול, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ד, בדעת הרמב"ם; ברורי הלכה (מענה שמחה), ד (תשנ"א), עמ' 56.
⁶ חזון איש, חו"מ, סימן ה, ס"ק יא. רק במקום שיש רשות מכללא למסור, מוכן בעל הנכס לפטור את הראשון ולסמוך על השני, מפני שהשני נאמן בעיניו – ראה פרק ב, שיש דעה הפוטרת את הראשון לגמרי, בסוגים השונים של רשות מכללא.
⁷ דברי חיים, דיני שומרים, סימן ה וסימן כ, מבאר כך את כוונת חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ לה ע"ב, שכתב שהוא חייב מפני שמסר למי שפשע בנכס.
⁸ בשו"ת רבנו תם, סימן פט, נאמר בסתם על מקרה זה שהוא יכול לגבות ממי שירצה.
⁹ ב"מ לו ע"א. כך הסבירו את דעתו תוספות שם (ד"ה אין).
¹⁰ כך פסקו: רי"ף, ב"מ כ ע"א (בדפי הרי"ף); תשובות הגאונים (אסף), חלק ב, סימן סז (עמ' 22); חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ לו ע"ב; פסקי הרי"ד, ב"ק נו ע"ב; פסקי הרי"ז, ב"מ, פרק ג, הלכה ב, אות ג; מרדכי, ב"מ, סימן רע; אגודה, ב"מ, סימן מט; רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן ו (הובא בשו"ת ר"א בן ארחא, סימן ט); תוספות, ב"מ לו ע"ב (ד"ה את); הלכות גדולות, כמובא בשו"ת עדות ביהוסף, חלק ב, סימן ד (דף יב ע"ב).
¹¹ כפי שראינו בסעיף 3, פרק ב, 1.
¹² הרי"ף שם.

במקרים יוצאים מן הכלל, שבהם המסירה אכן כרוכה בפשיעה מיוחדת או בשליחות יד, אחריותו של השומר תהא מוחמרת בעקבות המסירה – על כך ראה בפסקאות 4-3. במקרים אחרים, אחריותו מופחתת, משום שמסר ברשות – על כך ראה בפרקים ב.ג.

(ב) אחריות השומר מוחמרת למעשה בשל היעדר ראיות פוטורות על אף שאין החמרה באחריותו העצמית של השומר שמסר את הנכס לאחר (במקרה רגיל), כאמור, למעשה תוכל מסירתו להביא לחיובו אף באונס. מצב זה ייווצר אם אין השומר יכול להמציא עדים שיעידו שאמנם אירע אונס. שומר רגיל, שהאונס אירע בהיות הנכס ברשותו, וראה שהאונס אירע, יכול להישבע שהאונס אירע, ויפטר. אולם שומר שמסר לאחר, והאונס אירע בהיות הנכס ברשותו של האחר, מן הסתם לא ראה השומר (הראשון) את אשר אירע, כך שאינו יכול להישבע על כך. כל זמן שאין הוא מביא עדים על דבר האונס, וגם אינו נשבע על כך, יכול בעל הנכס לטעון שהנכס אבד בפשיעה, ולא באונס; והרי השומר (הראשון) חייב על אבדן בפשיעה. על אף שהשומר השני מוכן להישבע שהנכס אבד באונס (הוא ראה זאת, מן הסתם, כיוון שהאונס אירע כשהנכס היה ברשותו), לא תהווה שבועתו ראייה שתוכל לדחות את טענת בעל הנכס שהנכס אבד בפשיעה, ולפטור בדרך זו את הראשון. בעל הנכס יאמר שאינו מאמין לשבועתו של השני. רק אם השומר המקורי נשבע, מוכרח בעל הנכס לקבל את שבועתו כראיה, שכן העובדה שהוא מסר לו את השמירה מראה שהוא נותן אמון בו ובשבועתו, אבל אם מדובר בשבועתו של אדם אחר, יכול בעל הנכס להטיל ספק באמינותה. בלשון התלמוד: "אמר רבא: הלכתא, שומר שמסר לשומר חייב... מאי טעמא? דאמר ליה [בעל הנכס לשומר הראשון]: 'את מהימנת לי בשבועה, האיך [השומר השני] לא מהימן לי בשבועה'"¹³.

הדברים אמורים גם לגבי שומר שמסר לשומר שאחריותו חמורה משלו, כגון שומר חנם שמסר לשומר שכר (היינו, ששומר החנם שילם שכר שמירה לשני). גם אז, מחויב השומר על פי הטענה "האיך לא מהימן לי בשבועה", שבה דוחה בעל הנכס את שבועת השומר השני על נסיבות האבדן. על אף שהמסירה הביאה תועלת לבעל הנכס מבחינה מסוימת, שהרי מן הסתם שומר שאחריותו חמורה יותר מתאמץ לשמור יותר טוב, אין מתחשבים בכך, כיוון שאין בדבר השפעה על אמינות השומר השני בעיני בעל הנכס¹⁴. מסיבה זו טענה זו תופסת גם לגבי שומר שמסר לשומר אחר שיש לו כושר שמירה סובייקטיבי יותר טוב, כגון שיש לו יותר כוח מהראשון, ואין מתחשבים בטענתו שהתכוון במסירתו לתועלת בעל הנכס¹⁵. כך גם לגבי שומר

¹³ ב"מ שם*.

¹⁴ רמב"ם, הלכות שכירות, א, ד; ספר העיטור, פיקדון, ליד אות עג; אורחות חיים, סימן סה, אות ד; סמ"ק מצוריך, מצווה רנא (עמ' עז); פירושים ופסקים לר' אביגדור צרפתי, פסק פ; עץ חיים (חזן), חלק ג, הלכות שומר חנם ושכר, עמ' קס; טור, חו"מ, רצא, כה; שו"ת מהר"ם מינץ, סימן צב; שו"ע, חו"מ, רצא, כו; שו"ת משפט צדק, חלק ג, סימן ע (דף קסג ע"ד); שו"ת פני משה, חלק א, סימן נב; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מז; שו"ת מהר"ש צרור, סימן טז*.

¹⁵ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רכא, ושו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קכו (הובאו בשו"ת משאת משה, חלק א, חו"מ, סימן סה, ובפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג, דף קיד ע"א), כותבים ששומר חייב גם אם מסר לאחר כדי שיכניס את הנכס דרך שער העיר כדי שלא יקחוהו ממנו גובי המכס או שודדים המצויים שם – והיינו, שהשני יותר חזק ממנו*.

שמסר את הנכס לשומר האחר רק לשעה קלה¹⁶, או שמסר לו נכס שלו באותו זמן שמסר לו את הנכס הנשמר¹⁷.

מאחר שהסיבה לחיוב השומר הראשון כאן היא אי קבילותה של שבועת השומר השני, הרי אם עדים מעידים שהנכס אבד בידי השני בנסיבות פוטרות, לפי דרגת אחריותו של הראשון, הוא פטור מלשלם. מאחר שיש עדים, הוא פטור מן השבועה, ולכן אין שום משמעות לאי יכלתו להישבע; והרי הסברנו שאין אחריותו מוחמרת עקב המסירה, עד כדי חיובו גם בנסיבות פוטרות כאלה¹⁸. כמו כן, אם השומר הראשון ראה את אשר אירע לנכס, ויכול להישבע שהנכס אבד בנסיבות פוטרות, שבועתו תפטור אותו¹⁹. כך גם אם בעל הנכס מודה שאירע אונס²⁰, או אם אירע אונס מפורסם, כמו במעשה שהיה, שהאפיפיור גזר ליטול את הנכס הנשמר²¹. בכל המקרים האלו, אין הפטור של השומר מותנה בכך שהשני יישבע, ולכן אין זה משנה שהשני אינו מהימן בעיני בעל הנכס.

(ג) הנימוק להחמרה זו

החיוב על פי טענת "האיך לא מהימן לי בשבועה" מורכב משני חלקים: מה שבעל הנכס דוחה את שבועתו של השומר השני כפרור לנסיבות האבדן, ומה שהשומר מחויב עקב היעדר פרור לנסיבות האבדן.

הסברו של המרכיב הראשון, דחיית שבועתו של השומר השני, שנוי במחלוקת. התוספות²² כתבו: "לפי טעם זה [האיך לא מהימן לי]", אם השני נאמן יותר מן הראשון, נראה דפטור". מסקנה זו שהסיקו התוספות מטעמו של רבא מלמדת, שלדעתם זכותו של בעל הנכס לדחות את שבועת השני אכן נובעת ממהימנותו הפחותה. נראה שקביעת מהימנותו או אי מהימנותו של השומר השני לדעת התוספות, מורכבת משילוב של הערכתו האישית של בעל הנכס (שכך היא טענתו: "האיך לא מהימן לי בשבועה") עם הערכה אובייקטיבית. כאשר עדיפותו של השני על הראשון ברורה באופן אובייקטיבי, אין בעל הנכס יכול להתכחש לה ולהעמיד במקומה את הערכתו האישית השלילית על השני. ולכן "אם השני נאמן יותר מן הראשון, נראה דפטור" — גם אם טוען בעל הנכס שהשני אינו מהימן בעיניו. רק אם המציאות אינה מורה בפרור באופן אובייקטיבי על עדיפות כזאת, הערכתו האישית של בעל הנכס קובעת.

¹⁶ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רכא; שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קכו (הובאו שניהם בספר החפץ חיים, כלל לה, ס"ק א, ובספר ראה חיים, פרשת ואתחנן, דף פד ע"ד).

¹⁷ מרדכי, ב"מ, סימן רעד, הובא בספר החפץ חיים, כלל לה, ס"ק כט (שהעיר שאף על פי ששו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קצו, פטר שומר שמסר גם נכס שלו, זה היה רק "סניף", נימוק מצטרף); שו"ת מהרש"ך שם (הובא בשו"ת גבעות עולם, סימן כג, דף נ ע"ג, ובלב מבין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ד, דף קסה ע"ב); שו"ת מהרשד"ם שם.

¹⁸ ספר הפיקדון לרס"ג ("מספרות הגאונים" עמ' 35 — שאם יש עדים יישבעו שניהם ופטורים); רי"ף, ב"מ כ ע"א (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות שכירות, א, ד, ובפירושו למשנה, ב"מ ג, משנה ב ומשנה י; תוספות, ב"מ לו ע"ב (ד"ה את); ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ג, סימן ב; חידושי הרשב"א, ב"ק קד ע"א; שו"ת מהרי"ק, שורש ו.

¹⁹ טור, חו"מ, רצא, כה; תוספות שם; ההשלמה שם.

²⁰ מאירי, ב"ק יא ע"ב (עמ' 37); חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ לו ע"ב; חידושי תלמיד הרשב"א שם (שניהם — אם בעל הנכס ראה); ב"ח, חו"מ, רצא, כה; סמ"ע, עב, ס"ק צג (הובא בלב מבין שם); ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק קל; גבורת יהונתן, חילוק יב, בתחילתו.

²¹ שו"ת דברי ריבות, סימן שסה.

²² תוספות, ב"ק יא ע"ב (ד"ה את).

ר' שלמה קלוגר²³ נוקט (כנראה) כגישת התוספות, המבססת את טענת "האיך לא מהימן לי בשבועה" על הבדל מציאותי (אובייקטיבי או סובייקטיבי) במהימנות שני השומרים, ומסיק מכך: "אם המפקיד בעצמו מאמין [לשני] בלבד, נראה דגזל הוא בידו אם טוען 'איני מאמינך', ולכך נראה דצריך לקבלת חרם [שיהיה מוחרם אם הוא משקר] תחילה, שהאמת הוא שאינו מאמינו". על דעת התוספות, וממילא גם על ההלכה שהסיק בעקבותיה ר' שלמה קלוגר, חולק הרא"ש²⁴, וכותב: "אפילו אי ידעי כולי עלמא שהוא אדם טוב וכשר יותר מן הראשון, יראה דמצי למימר: 'את מהימנת לי בשבועה, האיך לא מהימן לי בשבועה, דאין לך להאמין עלי בשבועה כל מי שאין לי עסק עמו'".

מדברי הרא"ש נראה שטענת "האיך לא מהימן לי בשבועה" אינה מערערת על מהימנותו המציאותית של השומר השני, אלא היא טענה משפטית, המבוססת על כך שחובת בעל הנכס לקבל את שבועת השומר היא חלק ממערכת יחסים משפטית קודמת ביניהם. היעדרה של מערכת כזאת בין בעל הנכס לשומר השני – מאפשר לו לדחות את שבועתו. אסור לשומר למסור את הנכס אף לאדם מהימן יותר ממנו²⁵. משום כך, גם במקרה כזה יוכל בעל הנכס לטעון: "שאיין לך להאמין עלי בשבועה כל מי שאין לי עסק עמו".

רעיון דומה אומר ר' צבי אשכנזי²⁶: "שאיין בדינינו להכריח שום אדם להפסיד ממון בשבועת חברו, אלא אם כן הפקיד אצלו תחילה, לא זולת זה". יכלתו של נתבע לפטור עצמו מתשלומין על ידי שבועה – מותנית בהסכמת התובע. הסכמה זו מהווה חלק מיחסי שומר – בעל נכס שנוצרים עם הפקדת נכס בידי שומר. יחסים כאלה לא נוצרו בין בעל הנכס לבין השומר השני, מפני שבעל הנכס התנגד למסירת הנכס בידיו, ולפיכך אינו חייב לקבל את שבועתו.

לפי שיטת הרא"ש, מתקבלת הדעה²⁷ שגם אם הודה בעל הנכס בפני בית דין שהוא מאמין לשני, הראשון חייב – דעה שהיא בניגוד גמור לדעתו של ר' שלמה קלוגר המתבססת על התוספות.

בין לתוספות ובין לרא"ש, דחיית בעל הנכס את שבועתו של השומר השני, מבוססת על ההלכה שראינו לעיל²⁸, שאסור לשומר למסור את הנכס לאחר. אילו היה שומר רשאי למסור לאחר, לא הייתה מתקבלת טענה זו, שכן השומר היה מסתלק מחובותיו כשומר, בכך שהוא מוסר לאחר, והאחר היה בא במקומו, ובעל הנכס היה מחויב לקבל את שבועתו של השני כמו שבועה של שומר רגיל, שכן כשם שהוא מחויב לקבל את שבועתו של הראשון, שהרי הוא מסר לו את הנכס לשמירה, כך הוא מחויב לקבל את שבועתו של האחר, כיוון שידע שהנכס יגיע לידו (ברשות). האמת היא שאסור לשומר למסור לאחר, ולכן עומדת לבעל הנכס טענתו שהוא אינו מוכן לקבל את השבועה²⁹.

כעת נביא הסברים אחדים למרכיב השני של החיוב ב"האיך לא מהימן לי" – החיוב עקב היעדר פְּרוּר על נסיבות האבדן של הנכס. ההסבר הפשוט הוא³⁰, שבמצב שהשומר השני אינו

²³ חכמת שלמה, חו"מ, רצא, כו.

²⁴ רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן ו (הובא בבית יעקב, שמב, א).

²⁵ כפי שראינו בסעיף 3, פרק ב, 1.

²⁶ שו"ת חכם צבי, סימן קכו.

²⁷ נחלת צבי, חו"מ, רצא, כו.

²⁸ בסעיף 3, פרק ב, 1.

²⁹ אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ד, בהשמטות.

³⁰ הלכות גדולות, ב"מ לו ע"ב.

יכול להמציא עדים שיעידו שהנכס אבד בנסיבות פוטרות, וגם אינו יכול להישבע על כך, כיוון שהוא לא ראה את הנסיבות, חלה על השומר ההלכה הקובעת³¹: "מתוך שאינו יכול להישבע – משלם". לפי הסבר זה, שבועת השומרים אינה אמצעי ברור גרידא, המופעל רק כשביקלתו להועיל, אלא היא חוב, שהשומר חייב לבעל הנכס כחלק מחיובי שמירתו. לכן גם כאשר לטענת השומר הראשון (המסתמך על דברי השני המהימן בעיניו) אבד הנכס באונס – הוא חייב לשלם, כיוון שאינו יכול להישבע על כך.

מדברי הרא"ה³² עולה הסבר אחר לטענת "האיך לא מהימן לי בשבועה". זו לשונו: "דמשעת פשיעה הגורמת לאונס, מתחייב השואל עלה. ונפקא מינה לשואל חמור לרכוב עליה שלוחו, ומתה בדרך, והדבר ספק אם מחמת מלאכה מתה אם לאו, דכיוון דקיימא לן שאינו חייב עליה עד שעת אונסין, הרי הוא פטור, שהרי זה כאומר: 'איני יודע אם הלוייתי את לאו'. אבל השואל את החמור לרכוב עליה, ונתנה לשלוחו, והדבר ספק אם מתה בפשיעה או באונס [של 'מתה מחמת מלאכה'], חייב, שהרי הוא פושע עליה כשנתנה לשלוחו, שהרי אין השואל רשאי להשאיל, והוא מתחייב משעת פשיעה, והרי זה כאומר: 'הלוייתי ואיני יודע אם פרעתין את לאו', שהוא חייב".

במילים אחרות, מסירת הנכס לאחר גורמת שינוי במעמדו של השומר. לפני שהוא מסר את הנכס לאחר (או כשמסר לאחר ברשות בעל הנכס, כמו במי ששואל חמור כדי שירכב עליו שלוחו), היה לו מעמד של מי שאין עליו שום חיוב. לפיכך, אילו היה הנכס אובד או בנסיבות שאינן ידועות לו, היה פטור, כשם שהטוען "איני יודע אם הלוייתי את לאו", פטור – בתחילה הוא היה פטור בוודאות, אלא שיש ספק האם נוצר חיוב. אולם כאשר הוא מוסר את הנכס לאחר בלי רשות, הוא נחשב פושע, ומעמדו הופך להיות מעמד של חייב שחיובו כבר חל. לפיכך, אם אבד הנכס אחרי המסירה בנסיבות שאינן ידועות לו, הוא חייב, כיוון שהוא היה בוודאי חייב, ויש ספק האם הופטר על ידי אבדן הנכס בנסיבות פוטרות. הרי הוא כאומר: "הלוייתי ואיני יודע אם פרעתין", שהוא חייב. גם אם השומר השני יודע שהנכס אבד בנסיבות פוטרות, מכל מקום, מאחר שהוא אינו מהימן בעל הנכס, עדיין נחשב הדבר בגדר ספק, "איני יודע אם פרעתין".

תהיה נפקות בין ההסברים, אם מת השומר שמסר לאחר. אם הנימוק לחיובו הוא "מתוך שאינו יכול להישבע – משלם", היורשים פטורים³³, משום שהכלל הוא שירשיים פטורים מלשלם גם אם אינם יכולים להישבע שבועה המוטלת עליהם מחמת חוב אביהם³⁴. אולם אם הנימוק לחיוב כאן הוא שהשומר נכנס לגדר "איני יודע אם פרעתין", כשמוסר לאחר, הרי הגדרה זו עוברת גם ליורשים.

³¹ שבועות מז ע"א.

³² הרא"ה, מובא בנימוקי יוסף, ב"ק לט ע"א (בדפי הרי"ף).

³³ נתיבות המשפט, רצא, ס"ק כח. אך אולם המשפט, רצא, כו, חולק על נתיבות המשפט, בנימוק שמה שאין אומרים "מתוך שאינו יכול להישבע – משלם" ביורשים הוא במקום שהאב היה יכול להישבע ורק היורשים אינם יכולים מפני שאינם מכירים את פרטי המעשה שהיה, אבל כאן שגם האב לא היה יכול להישבע, אומרים ביורשים "מתוך שאינו יכול להישבע – משלם". חלקת יואב, מהדורא תניינא, סימן טו, לומד מסתימת הפוסקים שגם היורשים חייבים. ראה גם במילואים להערה 30, שנתיות המשפט וחלקת יואב נימקו את חיוב שומר שמסר לשומר בדרכים אחרות, שלפיהן גם יורשים חייבים.

³⁴ שו"ע, חו"מ, עה, טז.

החזון איש³⁵ כותב שטענת "האיך לא מהימן לי בשבועה" קיימת גם אם התנה השומר מראש שיהיה פטור משבועת השומרים, ושבכל הנכס יאמין לו כשיאמר שהנכס אבד בנסיבות פוטרות, גם בלי שיישבע על כך. הוא מסביר, שבעל הנכס פטר אותו משבועה רק משום שהאמין לו בדיבורו, אבל מאחר שכעת הוא אינו יודע אם אבד הנכס, נשאר עליו החיוב היסודי של שומר לשלם אם הוא אינו יודע מה אירע לנכס; ואילו לשבועתו של השני, אין בעל הנכס מאמין. לדבריו, אחת מחובותיו של השומר היא לברר לבעל הנכס מה אירע לנכס, על ידי עדים או על ידי שבועתו (ואם הופטר משבועה, לפחות על ידי דיבורו), וזאת גם מעבר לחיוב של "מתוך שאינו יכול להישבע – משלם", המוטל על המחויב שבועה שאינו יודע מה אירע; וחיוב זה הוא היסוד לטענת "האיך לא מהימן לי".

(ד) מקרים ששומר שמסר לשומר פטור
אם גורם חיצוני אילץ את השומר למסור את הנכס לאדם אחר, ולא היה יכול לעמוד בפני אילוף זה, הוא פטור³⁶.

שומר שמסר את הנכס לאחר, והאחר החזיר את הנכס לראשון בשלמות, אין אחריות מיוחדת על הראשון ביחס למה שיקרה לאחר מכן בהיות הנכס ברשותו, מפני שדינו חזר להיות כדין שומר רגיל³⁷. כל שכן, שאם החזיר השני את הנכס לבעליו, ולאחר מכן קיבל הראשון את הנכס בהפקדה חדשה, דינו ככל שומר אחר, ואחריותו המיוחדת בשל מה שמסר לאחר מקודם, התבטלה³⁸.

שומר שמסר לאחר רק את המפתח של הארגז שהנכס מצוי בתוכו, אבל לא מסר לו את הנכס עצמו, והלה גנב את הנכס וברח, השומר פטור. טעם הדבר הוא, שבאופן סביר לא היה לו לחשוש שמה יפתח האחר את הארגז, ויקח את הנכס, אלא היה רשאי להניח שהוא יפחד לפתוח, כיוון שאם ייתפס בשעת מעשה, הוא יחשב גנב, שהרי רק שמירת המפתח הוטלה עליו, ולא הותר לו השימוש בנכס³⁹.

אם השומר היה ליד השני במשך כל הזמן שמסר לו, הוא פטור, וזה מותר אף לכתחילה, כפי שראינו לעיל⁴⁰, מפני שהראשון עדיין שומר על הנכס⁴¹. כמו כן, שומר ההולך בשיירה, ונהוג שבמשך היום הסוחרים מתקדמים הרבה לפני הנהגים מובילי משאותיהם, מפני שהם יכולים לנסוע יותר מהר, והשומר (שהוא מהסוחרים) מסר את הנכס הנשמר לאחד ממובילי המשאות, הוא פטור, ואינו קרוי שומר שמסר לשומר. טעם הדבר הוא, שבלילה כולם לנים באותו מקום (גם אם אינו לוקח את הנכס חזרה בלילה), וגם ביום לפעמים הם פוגשים אלו באלו, כך שהשני מפחד לשלוח יד בנכס⁴².

³⁵ חזון איש, חו"מ, סימן ה, ס"ק יח.*

³⁶ שו"ת מהר"ם מינץ, סימן קז (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות בית יוסף, אות נח), כותב כך על מקרה שלא היה לשומר זמן להודיע לבעל הנכס שישלח שליח לקחת את הנכס, מפני שהיה בהול על ממונו, ומסרו לאחר, והנכס אבד ביד האחר – הוא פטור מפני ש"אנוס רחמנא פטריה".

³⁷ תשב"ץ, חלק ג, סימן פ.

³⁸ שו"ת לחם רב, סימן קפז, בסופו (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, שמב, הגהות הטור, אות ג).

³⁹ שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן טו (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קנב).

⁴⁰ בסעיף 3, פרק ב, 1.

⁴¹ גאון צבי (הליד), חו"מ, רצא, כו.

⁴² שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לה, דף רמ ע"ד (הובא בספר ראה חיים, פרשת ואתחנן, דף פד ע"ד).

אם התיר בית דין לשומר למסור לשומר אחר, הוא פטור⁴³. להלן⁴⁴ נראה, שהרמב"ם פוסק, ששומר שרצה לעזוב את מקומו, ולא רצה לקחת עמו את הנכס מפני סכנת אובדנו בדרך, הוא רשאי לְמַסְרו לְבֵית דִין, ובכך הוא מופטר מאחריות שמירתו, משום שאין מטילים עליו לחדול מכל עסקיו בשביל השמירה. הפוסקים הרחיבו דין זה למסירה לכל אדם כשר – אם השומר צריך לעזוב את מקומו, הוא רשאי למסור את הנכס לאדם מהימן, ובכך הוא מופטר מאחריות⁴⁵. אולם אם השומר מסר את הנכס לאדם סתם, שאינו ידוע במיוחד כמהימן, הוא חייב, למרות שנהג כך משום שהיה צריך לעזוב את המקום⁴⁶.

3. מסירה לאחר תוך הפחתת רמת האחריות

כל האמור בפסקה 2 הוא בשומר שמסר לשומר אחר שאחריותו אינה פחותה מאחריותו שלו, אלא שווה לה או חמורה ממנה, כגון שומר חנינם שמסר לשומר חנינם או לשומר שכר, או שומר שכר שמסר לשומר שכר. אולם שומר שמסר לאחר תוך הפחתת רמת האחריות, כגון שומר שכר שמסר לשומר חנינם, דינו שנוי במחלוקת ראשוניים. אין מחלוקת לגבי אחריות השומר לאבדון בנסיבות שהיו מחייבות אותו עצמו, כגון בשומר שכר שמסר לשומר חנינם, ואבד הנכס או נגנב. כאן השומר אחראי, לכל הדעות⁴⁷. הלא הוא היה אחראי על כך גם אילו מסר לשומר שאחריותו שווה לשלו, כפי שהזכרנו בפסקה 2 (א). מאידך גיסא, אין מחלוקת לגבי מקרה שהנכס אבד אצל השני בנסיבות פוטורות⁴⁸, כשברור שהדבר היה קורה גם אילו נשאר הנכס ביד השומר הראשון. כאן, לכל הדעות, השומר פטור. דוגמה לכך: שומר שכר על בהמה, שמסר אותה לשומר חנינם, ומתה מיתה טבעית. מאחר שהמוות היה משיג אותה בכל מקרה ("מלאך המוות – מה לי הכא מה לי התם?"⁴⁹), אין לחייב את השומר הראשון – הלא הנוק לא אירע כתוצאה מן המסירה⁵⁰. מחלוקת קיימת רק לגבי מקרה הביניים – שהנכס אבד בנסיבות שלא היה השומר חייב

⁴³ שו"ת הרמ"א, סימן כז (הובא בספר החפץ חיים, כלל לה, ס"ק ל); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תכד; כנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קנה, בשם שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן ו, ובשם שו"ת דברי ריבות, סימן שסה (דברי ריבות עוסק במקרה שהערכאות הורו לו למסור, ופוטור, כאמור במילואים להערה 36, מפני שהיה אנוס). על מקרה שבית דין הורה בטעות לשומר למסור לאחר, משום שבית דין חשב שהנכס שייך לאותו אחר, ראה סעיף 2(א), במילואים להערה 219. בסעיף 11, פרק ה, 1, נעסוק בפרטי דינו של ההפטר במסירה לבית דין, ומן הסתם דינים אלו יחולו גם על מסירה לנאמן.

⁴⁴ סעיף 11, פרק ה, 1.

⁴⁵ תשב"ץ, חלק ג, סימן רכט (הובא בשו"ת יכין ובוועז, חלק ב, סימן כח, ובספר ראה חיים, פרשת ואתחנן, דף פד ע"ד).

⁴⁶ שו"ת הרי"ף, סימן ריו, כותב שגם אם השומר מסר לאחר מפני שהיה צריך לנסוע, הוא חייב.

⁴⁷ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ לו ע"א (אפילו לדעת רב הפותר שומר שמסר לשומר); פסקי הריא"ז, ב"מ, פרק ג, הלכה ב, אות ה; הגהות אשרי, ב"ק, פרק א, סימן יד; שו"ת הרדב"ז, סימן תנט (הובא בשו"ת נשמת כל חי, חלק ב, חו"מ, סימן מה, דף פה ע"ב); מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לא (הובא בשו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יט, דף ק ע"א). הם עוסקים בשומר שכר שמסר לשומר חנינם ונגנב הנכס.

⁴⁸ ויש על כך עדים, או שהראשון יכול להישבע על כך, כך שאין לחייבו מטעם "האיך לא מהימן ליי", כפי שראינו בפסקה 2 (ב).

⁴⁹ ראה סעיף 2(א), ליד ציוני הערות 210 ו-309.

⁵⁰ כך כותב חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ לו ע"ב.

בהן לפי מידת אחריותו, אך יש אפשרות שאילולא מסר את הנכס לאחר, לא היה קורה מה שקרה. כאן יש מקום לחיבו, משום שהמסירה גרמה את הנזק. יש מן הפוסקים הסבורים שמסירה לשומר שאחריותו פחותה משל הראשון היא בגדר פשיעה, מפני שמטבע הדברים שומר שאחריותו פחות חמורה נזהר פחות ומתאמץ פחות בשמירת הנכס, ונמצא ששומר זה מסר למי שישמור פחות טוב ממנו. מאחר שהמסירה היא פשיעה, יש לחייבו גם אם כתוצאה ממנה ניזוק הנכס בנסיבות שהיה פטור בהן בדרך כלל, וזאת לפי העיקרון "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב"⁵¹. לכאורה, היה מקום לפטור, מפני שהנזק היה קורה אצל השני גם אילו השני היה שומר שכר, כך שהעובדה שהוא מסר לו כשהוא שומר חנם לא היא שגרמה לנזק. אך למעשה אין אומרים כך, מפני שיתכן שאילו שילם לו שכר, והיה שומר שכר, היה מרבה בשמירה – שכן שומר שכר שומר יותר טוב – והנזק לא היה קורה⁵².

לעומת זאת, יש אומרים שאין לחייב את השומר על שום נזק שקרה בנסיבות שהוא פטור בהן לפי מידת אחריותו (כגון שומר שכר באונס), גם אם הנזק לא היה קורה לולא המסירה. לדעתם, המסירה אינה בגדר פשיעה, שנוכל לחייב מחמתה מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב"⁵³. מאחר שהשומר השני הוא בן דעת, יש להניח שהוא ישמור כראוי, ולכן לא פשע השומר הראשון בכך שמסר לו⁵⁴. ייתכן שהנזק היה קורה גם אילו שילם השומר הראשון שכר לשומר השני, כך שהוא היה שומר שכר (שאז המסירה לו לא הייתה תוך הפחתת אחריות), ואם כן יוצא שהנזק לא קרה דווקא כתוצאה מכך שמסר תוך הפחתת במידת האחריות; ואין זה סביר לומר, שאילו שילם לו שכר, היה שומר יותר טוב עד כדי מניעת האונס שקרה בסופו של דבר⁵⁵. זאת ועוד: יש להניח שהנזק היה קורה גם אילו היה בעל הנכס מפקיד את הנכס אצל השני מראש, ואם כן, הנזק אינו תוצאה מן המסירה⁵⁶.

הדעה שלפיה מסירה תוך הפחתת מידת האחריות היא פשיעה, אומרת זאת גם לגבי שואל שמסר לשומר שכר. היה מקום לומר שכאן אין המסירה פשיעה (גם לדעה ההיא), מפני ששומר השכר לא ישמור פחות טוב מן השואל, שכן מה שהשואל חייב גם באונס אינו מביא לכך שהוא ישמור יותר טוב, שהרי אי אפשר להישמר מאונס. האמת היא, שיש אונסים שאפשר להישמר מהם, כגון אונס של שודד חמוש, שאפשר להישמר ממנו על ידי הקפת הנכס בחומה; לכן השואל שומר יותר טוב משומר שכר, שפטור מאונס ולא ינקוט באמצעים קיצוניים כאלו⁵⁷. העובדה שהמסירה נחשבת פשיעה, אין לה נפקות לעניין מקרה שהנכס אבד באונס, שהלא שואל חייב באונס בלאו הכי. הנפקות תהיה למקרה שהנכס ניזוק מחמת שימוש, ששואל פטור

⁵¹ מאירי, ב"ק יא ע"ב, כותב שהוא פושע וחייב אפילו יש עדים על כך שנאנס. כך כותב גם חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ לו ע"ב.

⁵² שער משפט, רצא, ס"ק ו (בדעת ים של שלמה).

⁵³ חידושי הרמב"ן, ב"מ צג ע"ב; חידושי הר"ן, ב"מ צג ע"ב; ש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק מו (הובא בשו"ת גנוי שלום, חו"מ, סימן ה); בני אהרן, סימן רצא, דף קמז ע"ג (אם יש עדי אונס); שו"ת מעיין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ט (עמ' 301). גם חידושי הרשב"א, ב"מ לו ע"א (הובא בתרומת הכרי, רצא, על ש"ך, ס"ק מד), כותב שהפחתה בשמירה אינה פשיעה, שהרי מסר לבן דעת, ולכן פטור באונס (ואף על פי שנידונו הוא מסירה ברשות, נימוקו טוב לכל מקרה).

⁵⁴ הרשב"א שם; רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן ו; ב"ח, חו"מ, רצא, כה.

⁵⁵ שער משפט, רצא, ס"ק ו (בדעת השולחן ערוך).

⁵⁶ לחם משנה, הלכות שכירות, א, ד.

⁵⁷ שו"ת אמרי שפר (קלצקין), סימן כד. גם נתיבות המשפט, רצא, ס"ק ל, כותב כך, אך נידונו הוא במוסר למורגל תוך הפחתה באחריות – הנושא של פרק ג, 4.

על כך בדרך כלל⁵⁸, ובכל זאת יחויב כאן (אם אפשר שהנוק לא היה קורה אילולא מסר), משום שהמסירה היא פשיעה⁵⁹.

בין הפוטרים, שאינם רואים במסירה תוך הפחתת האחריות פשיעה, יש אומרים שגם אם מסר שומר שכר (לדוגמה) לשומר חנם, ואמר לו: "תהיה פטור אפילו תפשע", אין המסירה פשיעה. מאחר שמסר לבן דעת, ודרכו של בן דעת לשמור על מה שבידו גם אם אינו מחויב בשמירתו, אין המסירה פשיעה; ולכן אין לחייב את הראשון באונס שיארע, מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב"⁶⁰. אך אם מסר השומר לאדם שלא קיבל על עצמו לשמור בכלל, המסירה נחשבת פשיעה, והשומר יחויב באונס שיארע מחמת המסירה. כאן אין זה משנה שהשני הוא בן דעת, כיוון שהוא כלל לא אמר שישמור⁶¹. לדוגמה, אם השומר מסר לחברו שק של קטניות לשמירה, ובתוכו שק של כסף, וחברו לא ידע על הכסף שבתוכו, זו פשיעה מצד השומר, מפני שחברו לא קיבל עליו לשמור על הכסף בכלל. לכן, אם אירע אונס שאפשר שנגרם עקב המסירה, השומר חייב מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב"⁶². מקרה דומה למסירה תוך הפחתת סוג האחריות, הוא של מסירה לאנשים שאינם בני שמירה: חרש, שוטה וקטן. מאחר שהם אינם יכולים לשמור כלל, המסירה להם היא בגדר פשיעה, בצורה יותר חמורה אף מבמקרה הקודם. לפיכך, גם אם אבד הנכס בידם בנסיבות שהשומר היה פטור בהן לפי רמת אחריותו, השומר חייב, לפי העיקרון "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב", גם לדעה הפוטרת במקרה המקביל בהפחתת אחריות⁶³. אולם זאת רק לגבי אונס שניתן לתלותו בפשיעה, דהיינו שיתכן שאילו נשאר בידי השומר הראשון לא היה קורה, שהרי רק על אונס שניתן לתלותו הפשיעה חל הכלל "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב". אבל אם אירע אונס שברור שהיה קורה גם בידו של הראשון, כגון שזו הייתה בהמה, והיא מתה מיתה טבעית, השומר פטור. כאן אין להפעיל את העיקרון "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב", שהרי האונס היה קורה גם לולא הפשיעה; המיתה הטבעית שנגזרה בשמים על הבהמה הייתה משיגה אותה גם אילו נשארה בידי השומר הראשון⁶⁴. יש מקרה אחר שבו המסירה לאחר נחשבת פשיעה. מעשה בשומר שבעל הנכס אמר לו לשלוח את הנכס לאדם בשם משה גארסון, ומאחר שהיו שני אנשים בשם זה, הוא נתן לו פרטים מזהים. השומר מסר את הנכס לאדם אחר, ואמר לו לתת אותו למשה גארסון, ולא מסר לו את הפרטים המזהים, והלה נתן אותו לאדם הלא נכון. המסירה שנעשתה ללא הוספת המידע הדרוש לטיפול נכון בנכס, נחשבת פשיעה מצד השומר⁶⁵.

⁵⁸ כפי שראינו בסעיף 4, פרק ב.

⁵⁹ דברי רז"ג גולדברג. היינו כדעה שליד ציון הערה 51, שהמסירה היא פשיעה.

⁶⁰ קצות החושן, רצא, ס"ק יג, על פי תוספות, ב"מ צג ע"ב (ד"ה אי).

⁶¹ פתחי חושן, פרק ד, הערה כא.

⁶² שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד, כותב שזה אף יותר חמור מפשיעה, וזה מזיק במעשה, מפני שאילו היה בא אחר וזורק את השק לים היה פטור על הכסף (אך יש להעיר שבב"ק סב ע"א נאמר שמזיק חייב גם אם לא ידע את ערך הנכס הניזוק – עיין שם), והרי השני לא ידע להיזהר מזה.

⁶³ ש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק מח (הובא בלב מבין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ד, דף קסה ע"ג); נתיבות המשפט, רצא, ס"ק יז.

⁶⁴ תוספות, ב"מ לו ע"ב (ד"ה את), הובא בבית יוסף, חו"מ, רצא, כו, ובשו"ת תורת חסד (פריח"א), סימן רסב.

⁶⁵ שו"ת מקור ברוך, סימן נג, בסופו, הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קסז. על דינו של השליח ראה ליד ציון הערה 93.

4. מסירה לשימוש של אחר

סוג אחר של מסירת נכס, הגוררת החמרה באחריות השומר המוסר, הוא בשומר שאינו רשאי להשתמש בנכס, לפי תנאי שמירתו, המוסר אותו לשימוש של אחר, כגון שומר חנינם שמסר לשואל. נוסף על עצם הפרת ההתחייבות לשמירה אישית, הקיימת בדרך כלל, חורג השומר במקרה זה גם מתנאי החזקת הנכס, והוא מוסר אותו לשימוש של אחר, אף על פי שלו עצמו אין כל זכות שימוש.

הריטב"א כותב: "ומיהו שומר חנינם או שומר שכר, שאין לו רשות להשתמש בפיקדון, והשכירו או השאלו – דכולי עלמא חייב באונסין כדין שולח יד בפיקדון"⁶⁶. מאחר ששומר זה מוגדר כשולח יד בנכס, נראה שהחמרת אחריותו חלה כבר בזמן שהוא נוטל את הנכס במטרה לקטרו לשואל, ככל שולח יד בפיקדון, שחייב באונס משעה שנטל את הנכס במטרה לגזלו⁶⁷. לפיכך אפילו אבד הנכס באונס מיד לאחר שנטלו השומר, קודם שהשאלו, הוא חייב לשלם.

נראה שאם לא נטל השומר את הנכס בעצמו כדי להשאלו, אלא רק הרשה זאת לשואל, והשואל נטלו בעצמו, אין השומר נחשב כשולח יד בפיקדון, אך מכל מקום הוא חייב בנוק שיארע, משום שהתרשל בשמירתו בכך שאיפשר את גזלתו, והוא חייב באחריות. אף על פי ששולח יד בפיקדון הוא רק מי שנטל את הנכס במטרה לגזלו או במטרה להשתמש בו, והשומר בנידוננו לא עשה כך, מכל מקום מאחר שהאדם האחר יהיה בגדר "שואל שלא מדעת", ושואל שלא מדעת מוגדר כגזול⁶⁸, שומר זה שנתנו לו הריהו שולח יד. אך מאחר שהגדרת השומר כשולח יד נובעת מכך שהשואל הוא "שואל שלא מדעת", שהוא גזול, ניתן להסיק ששומר המוסר לשוכר או לשואל שלא מדעת מן הסוג שאין דינו כגזול, אינו שולח יד בפיקדון. דוגמה לכך: נכס שאינו עשוי להינזק על ידי השימוש, שלפי דעה אחת אין השואלו שלא מדעת מוגדר כגזול, כיוון שלא עשה כלום בשימוש⁶⁹. דוגמה אחרת היא נכס המיועד להשכרה, והשוכרו נוטלו על מנת לשלם שכירות – כאן אין השוכר שלא מדעת נחשב גזול⁷⁰. מאחר שבמקרים כאלו השואל או השוכר אינם בגדר גזול, השומר המוסר להם אינו בגדר שולח יד, אלא הרי הוא כסתם שומר שמסר לשומר, שחויבו באונסין תלוי בחוסר יכולת לברר כראוי שהאבדן אירע בנסיבות פוטורת⁷¹. מכל מקום, שומר שיש לו רשות שימוש, כגון שוכר או שואל, שמסר לשומר אחר לשימוש, לא יחויב כשולח יד, כשם ששימוש עצמו בנכס אינו קרוי שליחות יד⁷².

⁶⁶ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ לה ע"ב (ד"ה והשואל). בדומה כתבו חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ שם, ומאירי, ב"ק יא ע"ב וב"מ לה ע"ב.

⁶⁷ שו"ע, חו"מ, רצב, א (לעניין הנוטלו כדי להשתמש בו תשמיש המחסור); ערוך השולחן, חו"מ, רצב, א (לעניין הנוטלו כדי לגזלו).

⁶⁸ רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, ג, טו.

⁶⁹ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מא ע"א, בשם הרמב"ן, הובא במחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן כ.

⁷⁰ טור, חו"מ, שסג, ד; מגיד משנה, הלכות גזלה ואבדה, ג, ח.

⁷¹ רז"נ גולדברג העיר שגם לדעת הרמב"ן שם, ששואל שלא מדעת אינו גזול אם אין סיכוי שהנכס יתקלקל, הוא הופך משומר רגיל להיות כשואל, וחייב באונס, ושלא כשואל חייב גם אם הנכס ניזוק מחמת שימוש (ראה סעיף 4, ליד ציון הערה 92), אלא שבשונה מגזולן (ושאר שולח יד) הוא יכול להחזיר בלי דעת בעל הנכס.

⁷² ראה לעיל הערה 4, שלרוב הפוסקים הוא פטור אם הנכס ניזוק עקב השימוש. רק הלבוש (שהבאנו במילואים

“ברשות בעל הנכס”

1. כללי

כל האמור בפרק א על אחריותו של שומר שמסר לאחר, נכון לגבי מקרה סתמי, שבעל הנכס לא נתן לשומר רשות למסרו לאחר, וגם אין לנו סיבה להניח שהוא מרשה לו את זאת. במצב סתמי כזה, חל איסור על השומר למסור לאחר⁷³, ולכן לא רק שאין אחריותו מופחתת, אלא שאחריותו אף מוחמרת בנקודה מסוימת, עקב טענת “האיך לא מהימן לי בשבועה” – הוא חייב אף אם אבד הנכס בנסיבות פוטרות, אם אין ראייה על כך מלבד שבועתו של השני. לעומת זאת, אם נתן בעל הנכס לשומר רשות מפורשת או מכללא למסור את הנכס לאחר, דינו של השומר קל יותר, לפי המשפט העברי. כאן לא תחול על השומר ההחמרה בגין טענת “האיך לא מהימן לי בשבועה”. העובדה שהוא מסר את הנכס ברשות, מטילה על בעל הנכס את החובה לקבל את שבועתו של השני, כפרור לנסיבות האבדן, כשם שמוטל עליו לקבל את שבועתו של השומר המקורי, שהוא שומר ברשות. לפי דעות מסוימות, אחריותו של השומר אף תפחת, כיוון שהשומר השני בא במקומו (ברשות), ואחריותו עוברת אליו. בכך אין החוק מתיישב עם עמדת המשפט העברי, שכן החוק אינו עושה שום הבחנה בין מסירה ברשות לבין מסירה שלא ברשות, כפי שראינו בפרק א, 1. אלא שגם לפי החוק, אם הייתה הסכמה מכללא של בעל הנכס להסתלקות השומר, דינו כאילו הסכים לכך בפירוש, כפי שראינו שם. בפרק זה נפרט את הקלת דינו של השומר לגבי הסוגים השונים של מסירה ברשות, החל ברשות המפורשת, וכלה בסוגים השונים של רשות מכללא, בסדר יורד של הוכחת הרשות – מקרה שבו ברור יותר שבעל הנכס מתיר את המסירה, יידון קודם. בפרק ג נראה שיש סייגים אחדים להפחתת אחריותו של שומר המוסר ברשות.

2. ברשות מפורשת

(א) כללי

המקרה הפשוט ביותר של מסירת נכס ברשות הוא, כשהרשות למסור את הנכס לאתגר ניתנה על ידי בעל הנכס במפורש. כפי שהסברנו בפסקה 1, מאחר שהמסירה הייתה ברשות, אין נוהגת במקרה זה החמרת אחריותו של השומר בגין טענת “האיך לא מהימן לי בשבועה” – דחיית בעל הנכס את שבועתו של השומר השני כפרור על כך שהנכס אבד בנסיבות פוטרות לפי רמת אחריותו (של הראשון). הרשות שבעל הנכס נותן למסירה, שומטת את בסיס טענתו ששבועת השני אינה קבילה עליו. בעצם הסכמתו שהנכס יימסר לשומר השני, נוצרו ביניהם יחסי שומר – בעל נכס, המחייבים אותו לקבל את פרור נסיבות האבדן על ידי השבועה של השני⁷⁴.

שם) מחייב במקרה זה מחמת שליחות יד. סמ"ע, שו"ט, ס"ק ד (הובא בשו"ת בית יעקב, צויזמיר, סימן קמג), כותב שאם השני שינה בשימוש, חייב הראשון מטעם שליחות יד. ראה סעיף 4, הערה 53, בשאלה האם שואל או שוכר ששינו מתנאי השימוש נחשבים שולחי יד.

⁷³ כפי שראינו בסעיף 3, פרק ב, 1.

⁷⁴ את הפטר שומר שמסר ברשות הזכירו (בלי לפרט שכאן צריך בעל הנכס לקבל את שבועתו של השני) באופן כללי: פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ג, הלכה ב, אות ו; ספר העיטור, פיקדון, ליד אות פב.

(ב) הסתלקות השומר

הסכמת בעל הנכס לשמירה, לא רק שהיא מאפשרת לשומר הראשון לברר, על ידי שבועתו של השני, שהנכס אבד בנסיבות פוטרות, אלא גם פוטרת אותו לגמרי מאחריותו כלפי בעל הנכס, והשומר השני נכנס במקומו. זו דעת רוב הפוסקים. כך פסק ר' יוסף חביבא⁷⁵, שמאחר שידוע שבעל הנכס מאמין לשומר השני, השני קם תחת הראשון לגמרי, וגם אם אין לשני במה לשלם, או שהלך לחו"ל, הראשון פטור. הוא מסביר את הפטר השומר מאחריות בגין מסירה לאחר ברשות בעל הנכס, בכך, שיכול השומר הראשון לומר לבעל הנכס: "הבאתי לך אדם אחר, שיהיה חייב בכל מה שהייתי חייב בו, והעמדתיו במקומי, וכעת עליך ללכת לדון עמו".

במילים אחרות, יש ביד השומר לפטור את עצמו לגמרי מאחריות על ידי העמדת שומר אחר במקומו, ובלבד שלא תהא אחריות השני פחותה משלו – "שהוא חייב בכל מה שהייתי חייב בו". במצב רגיל, של מסירה שלא ברשות, אין השומר השני נכנס במקום השומר הראשון, גם אם רמת אחריותו וטיב שמירתו שווים ואף גדולים מאלו של הראשון, מפני שהמסירה הייתה באיסור, כפי שהסברנו בפרק א, 2. ממילא מובן, שהדין משתנה אם הנכס נמסר ברשות בעליו.

לא מצינו בין הראשונים מי שחולק במפורש על ר' יוסף חביבא, הפוטר את השומר שמסר ברשות גם אם אין השני יכול לשלם. ברם, ייתכן שבכל זאת אין עמדתו מקובלת על כל הראשונים. אפשרות זו מתעוררת לאור המחלוקת הקיימת בין הראשונים לגבי אחד המקרים של רשות מכללא – שומר שאינו רגיל לשמור בעצמו, שיידון להלן, בפסקה 4. במקרה זה קיימת רשות מכללא למסירה, שכן ידוע מראש לבעל הנכס שדרכו של שומר למסור את הנכס לאדם אחר, ואם אף על פי כן הפקיד אצלו, יש להניח שהוא מסכים לכך שימסור לאחר. אף על פי כן סובר הרא"ש, כפי שנביא בפסקה 4, שאין רשות זו מועילה אלא לעניין קבילות שבועת שומר המשנה על בעל הנכס, אבל השומר אינו מסתלק לגמרי מאחריותו על ידי המסירה לאחר, ואם פשע שומר המשנה ואין לו במה לשלם, חוזר בעל הנכס על השומר. באחריות העיקרית נושא שומר המשנה, אך גם על השומר מוטלת אחריות, והיא משנית – אם אין לשני לשלם, חייב הראשון לשלם.

לדעת מהרשד"ם, מקרה של מסירה ברשות מפורשת מקביל למקרה של שומר שאינו רגיל לשמור בעצמו, ומכך הוא מסיק שלדעת הרא"ש, גם אם נמסר הנכס לשומר השני ברשות מפורשת של בעל הנכס, ממשיך השומר הראשון לשאת באחריות משנית כלפיו, ואם אין לשני לשלם, חוזר בעל הנכס על הראשון. אילו היה רוצה להסתלק לגמרי מאחריות, היה לו לומר לבעל הנכס מראש: "אני מוסר לאחר, ומסיר מעלי את האחריות"⁷⁶.

אולם ר' יצחק אדרבי חולק על ההשוואה שמשווה מהרשד"ם בין מקרה שידוע שהשומר אינו רגיל לשמור בעצמו לבין מסירה ברשות מפורשת. לדעתו, אם נמסר הנכס לשני ברשות מפורשת, גם לפי הרא"ש מסתלק הראשון מאחריותו לגמרי, מפני שהוא כאילו התנה להיות פטור לגמרי, ותנאי זה תופס⁷⁷. מסקנה זהה תהיה לפי האור זרוע, האומר (כפי שנראה בפסקה

⁷⁵ נימוקי יוסף, ב"מ יט ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בשו"ת ושב הכהן, סימן טז, דף כח ע"א).

⁷⁶ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מ (דף טו ע"ג).

⁷⁷ שו"ת דברי ריבות, סימן רטז וסימן ריח.

4) על שומר שאינו רגיל לשמור בעצמו, שהשומר מסתלק לחלוטין. אם הדבר כך במקרה ההוא, קל וחומר שבמקרה של רשות מפורשת, יש לפטור את השומר לחלוטין.

(ג) פרטי דיניה של הרשות המפורשת

מהרשד"ם פוסק, שהפטר שומר שקיבל רשות מפורשת למסור לאחר נוהג רק אם בעל הנכס נתן את הרשות מרצונו הטוב. אך אם הוא נתן רשות מתוך חוסר ברה, כשנאלץ להסכים לכך תוך בחירת הרע במיעוטו, כגון שהבירה הייתה שהשומר ילך עם הנכס למקום רחוק, אין השומר מופטר בכך.⁷⁸

די אם ישלח בעל הנכס לשומר כתב שבו הוא מרשה לו למסור את הנכס לאחר, כדי שהשומר יהיה פטור עקב המסירה.⁷⁹

נכס שאנשים אחדים הפקידו אצל שומר, ואחד מהם ביקש מן השומר למסרו לאחר, אינו רשאי למסור לאחר עד שיקבל רשות מכל המפקידים. אם מסר לאחר על סמך רשותו של אחד מהם, וניזוק הנכס אצל האחר (באופן שהוא חייב לפי כללי שומר שמסר לשומר), הוא חייב לשלם לשאר המפקידים לפי חלקם היחסי בנכס, ופטור רק מחלקו היחסי של המפקיד שהתיר לו את המסירה.⁸⁰

אם לא הורה בעל הנכס לשומר למסור לאחר, אלא האדם שהביא לו את הנכס מבעליו הורה לו, שלא על דעת בעל הנכס, למסרו לאחר, אין רשות זו פוטרת אותו.⁸¹ אבל אם אשתו של בעל הנכס התירה לשומר להוליך את הנכס לביתו של נכרי, משום שהייתה סכנה שהמלך יקח את הנכס, ובאותו מקום היה מקובל שהנשים היו דואגות להסתרת נכסי בעליהן מאימת המלך, השומר פטור, מחמת הרשות שקיבל מן האשה.⁸²

נתן לו בעל הנכס רשות למסור את הנכס לאדם פלוני, והוא מסר לו שלא בנוכחות עדים, ולאחר מכן כפר הלה וטען שלא קיבל ממנו את הנכס, השומר פטור.⁸³ אין אומרים שהוא פשע בכך שלא מסר בנוכחות עדים, ובכך אפשר לו לכפור, מפני שהוא היה רשאי להניח שהעובדה שבעל הנכס ייחד לו אדם פלוני למסור לו, מוכיחה שהוא נתן בו אמון, ולכן חשב זאת למיותר להעמיד עדים.⁸⁴ אבל אם נתן לו בעל הנכס רשות סתמית למסור לאחר, ולא הגביל זאת לאדם פלוני, והוא מסר לאחר בלי להעמיד עדים, הוא חייב. כאן לא הייתה לו סיבה מוצדקת להניח שבעל הנכס נתן אמון בכל מי שימסור לו, שהרי לא ייתכן שהוא מאמין

⁷⁸ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מ (דף טו ע"ב), כמוסבר בספר החפץ חיים, כלל לה, ס"ק כא.*

⁷⁹ שו"ת אהלי תם, סימן קסג. אך ראה סעיף 11, הערה 117, על מי שבא אל השומר עם מכתב מבעל הנכס המורה לשומר להחזיר לו את הנכס באמצעות מחזיק המכתב, שיש מצבים שהשומר צריך לחשוש שמא המכתב מזוייף, ולא למסור לאדם זה את הנכס.

⁸⁰ שו"ת ר"א אבן טוואה, סימן יח, כותב כך על שותפים שאחד מהם התיר ליהודי (עיין שם) שהנכס היה מופקד בידו, למסרו לאחר.*

⁸¹ שו"ת קרני ראם, סימן צג, בשם בני חיי, סימן רצ, וכרם חמר (שלא מצאנו).

⁸² שו"ת הרשב"ש, סימן קל.

⁸³ חידושי הר"ן, ב"מ לה ע"א; נימוקי יוסף, ב"מ יט ע"א (בדפי הרי"ף); שו"ע, חו"מ, קפה, ט; רמ"א, חו"מ, קכא, יא; שו"ת הרדב"ז, סימן תקנט. ראה על כך בסעיף 4, הערה 166. מקורות אלו עוסקים במי שנתן למתווך נכס למשכן אצל אחרים; אך נראה שכך הדין בכל שומר. הרדב"ז שם (בסוף הסימן) כותב שכך הדין גם אם נתן לו נכס למשכן ולא אמר לו אצל מי, אבל היה רגיל למשכן אצל אדם פלוני, והלה כפר.

⁸⁴ סמ"ע, קפה, ס"ק כג.

לכל באי עולם, ולכן היה עליו למסור בנוכחות עדים, ומשלא עשה כך, פשע⁸⁵. רק אם אמר לו בעל הנכס במפורש: "מסור למי שתראה", הוא פטור אף על פי שלא מסר בנוכחות עדים, משום שמשמעות הדבר היא גילוי דעת מצד בעל הנכס שהוא סומך על האמון שיתן השומר באדם שימסור לו, ולכן השומר היה רשאי למסור את הנכס למי שהיה נראה לו שלא יכפור בקבלת הנכס⁸⁶. אך יש אומרים, שבכל רשות סתמית פטור השומר, גם אם מסר לאחר שלא בפני עדים, אלא שאם אמר לו בפירושו למסור בנוכחות עדים, ולא עשה כן, הוא חייב⁸⁷. גם לדעה זו, אם מסר לאדם שאינו מוכר בעיר, או שאין לו משפחה בעיר, כך שהוא יכול להעלם בקלות, השומר חייב⁸⁸.

ברור, שאם אמר לו בעל הנכס למסור לפלוני שימסור לאלמוני, והשומר עצמו מסר לאלמוני, הוא פטור, מפני שבסופו של דבר רצה בעל הנכס שהנכס יגיע לאותו אלמוני⁸⁹. גם במקרה הפוך השומר פטור: אם אמר לו בעל הנכס לשלוח לו את הנכס בידי שליח (סתמי) באונייה, והוא מסר לראובן שיתן לשליח שיקח אותו באונייה. זאת משום שאילו רצה, היה שולח את הנכס עם ראובן באונייה, ואין הבדל בין לשלוח איתו לבין למסור לו לשלוח על ידי שליח אחר, כיוון שהוא אדם מהימן, ובעל הנכס נתן לשומר רשות סתמית לשלוח על ידי אחר⁹⁰.

אולם אם אמר לו בעל הנכס למסור לאדם פלוני, והוא מסר לאדם אחר, הוא חייב כמו כל שומר שמסר לשומר בלי רשות⁹¹. אלא שמהר"ם מרוטנבורג פסק, שאם שואל ספר קיבל רשות להשאיל אותו לבנו, הוא רשאי למסור אותו גם לחתנו, מפני שבלשון בני אדם, חתנו בכלל "בנו"⁹².

מעשה שאמר המפקיד לשומר למסור את הנכס לאדם בשם "משה גארסון", והוא מסר אותו למשה גארסון שהיה מוכר וידוע למפקיד ולשומר, ואחר כך התברר שהמפקיד התכוון למשה גארסון אחר. נפסק שהשומר פטור, שכן הוא נהג כשורה בכך שמסר את הנכס למשה גארסון הראשון, ולא היה מוטל עליו לבקש מן המפקיד פרטים יותר מזהים עליו כדי שלא יטעה, מפני שהיה רשאי להניח שהמפקיד התכוון למי שמוכר יותר, והמפקיד היה צריך לומר לו בדיוק למי למסור כדי שלא יטעה⁹³.

⁸⁵ תשובת הרי"ף, מובאת בחידושי הר"ן שם, בנימוקי יוסף שם, בשו"ת הרשב"ש, סימן קל, ובשו"ת דברי ריבות, סימן תכח; הרמ"א שם; הרדב"ז שם.

⁸⁶ נתיבות המשפט, קכא, ס"ק ב, בהסברו הראשון לדברי שו"ע, חו"מ, קכא, א. בהסברו השני הוא אינו כותב שהשומר פטור באומר "ביד מי שתראה", אלא כותב (והובא בפד"ר, כרך ט, עמ' 44), שאם מדובר בכסף, פטור, ואם מדובר בחפץ, חייב – עיין שם, להסברו להבדל.

⁸⁷ חידושי הר"ן, ב"מ לה ע"א, הובא בנימוקי יוסף שם, ברשב"ש שם, ובבית יוסף, חו"מ, קפה, מחודש ד; ש"ך, חו"מ, קפה, ס"ק יב.

⁸⁸ שו"ת נופת צופים, חו"מ, סימן שפ (שאינו מזכיר את המחלוקת כאן, אלא נוקט בפשטות שפטור אם מוסר לאדם מוכר).

⁸⁹ שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שד, נוקט דין זה על מקרה שאמר לו למסור לנכרי שישלח ליהודי, והוא שלח ליהודי בעצמו.

⁹⁰ שו"ת תקפו של יוסף, חלק א, סימן צא.

⁹¹ שו"ת מהר"ם אלשקר, סימן לט (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קג).

⁹² שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תתקסג, הובא במרדכי, ב"מ, סימן רפב (ומשם הובא בשו"ת משפטים ישרים, חסון, סימן י, ובשו"ת רוב דגן, עטייה, אות לטובה, אות ז).

⁹³ שו"ת מקור ברוך, סימן נג, הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קסו. בנידונו המפקיד לא

בפרק ג נדון (בין היתר) בסייגים להפטר שומר שמסר ברשות מפורשת. נדון שם בשאל שקיבל רשות מפורשת למסור לאחר (פסקה 1); בשומר שמסר ברשות מפורשת, אך לא אמר לשני לשמור, ובכך גרם שיפגע (פסקה 2 ב); קיבל רשות מפורשת למסור, ומסר לקטן (פסקה 3), או מסר לשומר שרמת אחריותו פחותה משלו (פסקה 4 ד); קיבל רשות מפורשת למסור לאדם פלוני, ובינתיים הלה העני (פסקה 6).

3. בדיעת בעל הנכס וללא מחאתו

(א) הפטר השומר

כתב המרדכי⁹⁴: "ושומר שמסר לשומר לפני בעל הפיקדון, ולא מיחה, ונגנב או נאבד – פסק בספר המקצועות דלישבע שני דלא פשע וגם ליתיה ברשותיה [=וגם שאינו ברשותו], ונפטרו תרוייהו [=ויופטרו שניהם], דכיוון שלא מיחה בו, לא מצי למימר: 'האיך לא מהימן לי בשבועה'".

הכוונה היא לשומר חינום שמסר לשומר חינום בנוכחות בעל הנכס, שלא התנגד לכך במפורש, והנכס נגנב או אבד, ונסיבות אלו פוטרות מאחריות את שני השומרים, שהרי שומר חינום פטור בגנבה ואבדה. הבעיה כאן היא קבלת שבועת השני שהאבדן לא אירע מחמת פשיעתו. פסק ההלכה הוא, שמאחר שלא מחה בעל הנכס בשומר בעת שמסר את הנכס לשומר אחר, אינו יכול לסרב לקבל את שבועתו של השני. שתיקתו מתפרשת כהסכמה למסירה, ומעידה על אמון שנותן בעל הנכס בשומר השני, ולפחות על נכונותו לקבל שבועה מן השומר השני. וכך פסק הרמ"א⁹⁵: "מיהו שומר שמסר לשומר לפני המפקיד ולא מיחה – פטור".

(ב) שתיקה לאחר מעשה

יש אומרים ששתיקתו של בעל הנכס מתפרשת כהסכמה דווקא אם הייתה המסירה בפניו, ולא אם הודיע לו השומר רק לאחר שכבר מסר, ושתק בעת ההודעה⁹⁶. את השתיקה מפרשים תוך שימת לב לסיבותיה האפשריות, וכאשר ניתן לתלותה בתחושת חוסר בררה מצד בעל הנכס, אין להסיק ממנה הסכמה מצידו. שתיקת בעל הנכס לאחר שהודיע לו השומר שכבר מסר את הנכס לאחר, אינה מעידה בברור על הסכמה, שכן אפשר ששתק רק משום שהמעשה כבר נעשה ואין באפשרותו לתקן את המעוות. לכן אין לפטור מאחריות את השומר המוסר.

לדעה זו, השומר חייב גם אם בעל הנכס, ששתק כשנודע לו על מסירת הנכס במועד מאוחר, הורה לשומר השני לשמור היטב. אין בכך גילוי דעת שהוא מסכים למסירת הנכס לשומר השני, אלא ייתכן שהוא מתנגד לכך, ובכל זאת זירז אותו לשמור היטב, מפני שהאמת היא שהוא מעוניין שהוא ישמור היטב, לטובתו ולטובת השומר הראשון, כדי שלא יאבד הנכס,

היה בעל הנכס, אלא אדם שקיבל את הנכס מבעליו לשלוח למשה גארסון; על דינו של המפקיד הזה כשומר

כלפי בעל הנכס, ראה ליד ציון הערה 65.

⁹⁴ מרדכי, ב"מ, סימן רעג. כלשונו כתב גם ספר האגודה, ב"מ, סימן נ.

⁹⁵ רמ"א, חו"מ, רצא, כו.

⁹⁶ ר"י אלמושנינו, בשו"ת עדות ביהוסף, חלק ב, סימן ד (דף יג ע"ב), ור"מ גלנטי שם, סימן ה, בסופו; שו"ת מהריט"ץ, סימן כא וסימן פד (דף עח ע"א); שו"ת לחם רב, סימן רכב (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות בית יוסף, אות פג, בשו"ת דברי מרדכי, קרישפין, חו"מ, סימן כג, ובשו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ה, דף לד ע"ב); שו"ת דברי מרדכי (קרישפין), חו"מ, סימן כ; שו"ת גנוי שלום, חו"מ, סימן ה; שו"ת השמיים החדשים, חו"מ, סימן קיא; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, מז.

שאו יצטרך לתבועו בדין לשלם לו⁹⁷. רק אם הסכים במפורש למסירה, השומר פטור גם אם ההסכמה ניתנה לאחר המסירה⁹⁸.

יתר על כן: יש אומרים שגם אם לאחר שנודע לבעל הנכס על המסירה, ושתק, הוא הפקיד בעצמו נכס אחר לשמירה אצל השומר השני, לא יופטר השומר הראשון. אין לפרש הפקדה זו כהסכמה מצד בעל הנכס למסירת הנכס הראשון לשומר השני, מפני שבעל הנכס עצמו רשאי לעשות בנכסים שלו ככל שהוא רוצה, ואין זה מתיר לשומר לעשות אותם הדברים בנכסים המופקדים אצלו לשמירה. ייתכן שבעל הנכס אינו נותן אמון בשומר השני (ולכן יוכל לטעון "האיך לא מהימן לי בשבועה", ביחס לנכס שהשומר מסר לו), ואף על פי כן הפקיד אצלו נכס אחר, מתוך שיקולים משלו, שמחמתם היה מוכן לקחת סיכון כזה⁹⁹. אך דעה אחרת אומרת, שמסירת הנכס השני לשומר זה מעידה על הסכמת בעל הנכס למה שמסר השומר הראשון, ולכן הוא פטור¹⁰⁰.

לעומת שיטה זו, פוסקים אחרים לא הבדילו בין שתיקת בעל הנכס בעת מסירת הנכס, לבין שתיקתו לאחר מכן. לדעתם גם שתיקה מאוחרת מהווה הוכחה להסכמת בעל הנכס למסירה¹⁰¹.

(ג) חריגים

מקרה מיוחד הוא כשבעל הנכס אמר לשומר בתחילה שלא למסור לאדם זה, ואף על פי כן הוא מסר לו, ובעל הנכס נכח בעת המסירה, ושתק. השומר ישא אז באחריות למרות שתיקת בעל הנכס, משום שאין לפרש את שתיקתו כהסכמה, שהרי ייתכן שהסתפק בהבעת התנגדותו בתחילה, ולא הרגיש צורך לחזור עליה כעת. רק אם הביע בעל הנכס הסכמה מפורשת לצעדו של השומר, יופטר השומר מאחריות, משום שכאן הראה בעל הנכס שחזר בו מהתנגדותו¹⁰². מקרה אחר שבו שתיקתו של בעל הנכס לא תפטור את השומר, הוא בלוי, בעל הנכס, שהתיר לראובן, שהיה שומר שלו, לשלוח את הנכס לשמעון, והוא שלח אותו לשמעון לשמירה; ולאחר שקיבל שמעון את הנכס לידיו, מסר אותו ליהודה בנוכחות לוי, בעל הנכס, ובעל הנכס שתק כשראה זאת. כאן, שתיקת לוי אינה מעידה על הסכמתו למסירת הנכס ליהודה, שכן ייתכן שהוא חשב שראובן שלח את הנכס לשמעון על מנת שימסור אותו ליהודה, ולא על מנת שישמור עליו, ולכן לא מזהה¹⁰³.

אם יש מנהג שהשומר אחראי גם אם בעל הנכס יודע שהוא מוסר לאחר, המנהג מחייב. לדוגמה, אם נהוג בין הסוחרים שבעל עגלה אחראי על הסחורה שהוא מוביל, הוא חייב גם אם יודע בעל הנכס שבעל העגלה שלח את הסחורה בעגלה עם משרתו, משום שמנהג סוחרים מחייב כאילו התנו כך¹⁰⁴.

⁹⁷ שו"ת גנוזי שלום, חו"מ, סימן ה.

⁹⁸ שו"ת מהריט"ץ, סימן פד, הובא בלב מבין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ד; רינ"ש מזרחי, בשו"ת דברי מרדכי (קרישפיץ), חו"מ, סימן כג.

⁹⁹ ר"א ישראל, בשו"ת דברי מרדכי (קרישפיץ), חו"מ, סימן כ, ובשו"ת נחפה בכסף, חלק ב, חו"מ, סימן טו.

¹⁰⁰ ר"י נבון, בדברי מרדכי שם, סימן כא, והסכים לו רנח"מ מזרחי, שם, סימן כב.

¹⁰¹ שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רמה; שו"ת אהלי יעקב, סימן מו.

¹⁰² שו"ת מהרש"ך, חלק ד, סימן נז, ושו"ת דברי ריבות, סימן קב (על התנאה שלא ימסור לשום אדם), כותבים שאם הסכים בעל הנכס לאחר שהביע התנגדות, השומר פטור, ואפשר ללמוד מדבריהם שאם רק שתק, הוא חייב.

¹⁰³ שו"ת מהריט"ץ, סימן פד (דף עח ע"א). לְבָאור דבריו, ראה במילואים.

¹⁰⁴ ערך ש"י, חו"מ, רצא, כו, הובא בפתחי חושן, פרק ד, הערה טו.

(ד) הסתלקות השומר

המרדכי עסק, כאמור, במקרה שהנכס אבד בנסיבות שהשומר הראשון אינו אחראי בהן, לפי רמת אחריותו. בדברי המרדכי לא נידונה שאלת הסתלקותו של השומר הראשון למקרה שהאבדן אירע בנסיבות שהשומרים אחראים בהן, ואין לשומר השני במה לשלם. לפי דעת הרמב"ם, שאף שומר שמסר לבני ביתו מסתלק מאחריותו לגמרי, כפי שנראה בפסקה 5, ברור שבענייננו מסתלק השומר הראשון מאחריותו לגמרי עקב ההסכמה המשתמעת משתיקתו של בעל הנכס, והשני נכנס תחתיו, מפני שמפרשים את הסכמת בעל הנכס כהסכמה להסתלקות גמורה של השומר. כך יהיה גם לפי האור זרוע, הכותב שאף רבנו תם (החולק על הרמב"ם לעניין שומר המוסר לבני ביתו) סבור ששומר שאין דרכו לשמור בעצמו, מסתלק לגמרי מאחריותו כשמסר לאחר, כפי שנראה בפסקה 4. אם האור זרוע אמר כך לגבי המקרה ההוא, על אף שהסכמת בעל הנכס שם מוסקת רק באופן כללי ממה שהוא יודע שדרכו של שומר זה למסור לאחר, קל וחומר שבנידוננו, שההסכמה מוסקת באופן פרטי מהתייחסותו הספציפית של בעל הנכס למסירת הנכס הזה, יאמר האור זרוע שהשומר מסתלק לגמרי¹⁰⁵.

לעומת זאת, לדעת הרא"ש, המרחיב את דברי רבנו תם, ששומר המוסר לבני ביתו אינו מסתלק מאחריותו, ומחיל אותם גם על סוגים אחרים של רשות מכללא, ולפי כמה פוסקים אף על רשות מפורשת, כפי שראינו בפסקה 2 – נראה שגם ברשות מהסוג שאנו עוסקים בו, הראשון אינו מסתלק מאחריותו לגמרי, ויוכל בעל הנכס לתבעו אם אין לשני לשלם. נפרש את הסכמת בעל הנכס רק כהבעת אמון בשבועתו של השני, ולא כהסכמה להסתלקות מוחלטת של הראשון¹⁰⁶.

בפרק ג, נדון בסייגים להפטר שומר שמסר ברשות, ובכלל זה נדון בשומר שמסר בנוכחות בעל הנכס ותוך שתיקתו, אם מסר לשומר שאחריותו נמוכה משלו (פסקה 4 (ד)) או לשומר שהוא עני (פסקה 6).

4. שומר שאין דרכו לשמור בעצמו

(א) הסתלקות השומר

מקורה של הרשות מכללא, הנתונה במקרה של שומר שאין דרכו לשמור בעצמו, ומסר את הנכס לאחר, הוא בסוגיית התלמוד¹⁰⁷, האומרת שאם רועה בהמה (שהוא שומר) מסר אותה לתלמידו, נכנס תלמידו במקומו, ובעל הבהמה צריך ללכת לדון עם התלמיד, והרועה מסתלק מאחריותו. טעם הדבר הוא, שמאחר שידע בעל הבהמה מראש שאין דרכו של הרועה לרעות את הבהמה בעצמו, אלא למסרה לתלמידו, הרי הפקדתה בלי תנאי מפורש בדבר שמירה אישית, משתמעת כהסכמה לנוהג זה. הסכמה זו עושה את השומר השני – תלמידו של הרועה – לשומר של בעל הבהמה במקום הרועה, והרועה מסתלק מכל אחריותו. מסוגיה זו

¹⁰⁵ שו"ת מהריט"ץ, סימן כא, בסופו, כותב שרבנו תם יפטור כאן כמו במקרה ההוא, שמאחר שבעל הנכס יודע שהשני שומר, סילק את האחריות מן הראשון.

¹⁰⁶ פתחי חושן, פרק ד, הערה ל, מדייק מלשון המרדכי, שכתב רק שאינו יכול לטעון "האין לא מהימן לי", ולא כתב שהראשון הסתלק לגמרי, מכאן שאין השומר מסתלק לגמרי.

¹⁰⁷ ב"ק נו ע"ב, על פי רש"י שם (ד"ה אלא).

ניתן להסיק, שהרועה במקרה הנידון פטור גם אם אין לתלמידו במה לשלם, משום שהרועה הסתלק לגמרי מהשמירה¹⁰⁸.

מאחר שהסוגיה התלמודית אומרת כך, היא מחייבת את כל הפוסקים – שכן שום פוסק אינו ראוי לחלוק על התלמוד. וכך אכן כתב האור זרוע¹⁰⁹, שאף הנוקט כשיטת רבנו תם בשומר שמסר לבני ביתו, ומותר על השומר אחריות משנית, כפי שנביא בפסקה 5, מודה שרועה שמסר לתלמידו מסתלק מאחריותו מכול וכול.

האור זרוע מנמק את ההבדל בין שני המקרים כך: "דהואיל ויודע [בעל הבהמה] שהרועה הגדול אינו מרעה אותן בעצמו אלא אותם שתחתיו – הוה ליה כאילו עצמו בעל הבהמה מסר בידם, הואיל שידוע בוודאי שהרועה הגדול ימסור בידם, אבל הכא [בשומר המוסר לבן ביתו], נהי שעל דעת כן מפקיד, שלא ימנע מלמסור הפיקדון ליד אשתו ובניו ובנותיו ואנשי ביתו, מכל מקום רוב פעמים דרכן של בני אדם בעצמן לשמור הפיקדון, וסבור המפקיד שבעצמו ישמור, מכל מקום אם ירצה למסור לאשתו ובניו – הרשות בידו". במילים אחרות, כנגד שומר הנעזר לעיתים בבני ביתו בעוד שעיקר השמירה מוטלת עליו, משמש "הרועה הגדול" רק כעין מתווך בין בעל הבהמה לבין תלמידו, והרי זה כאילו מסר בעל הבהמה בעצמו ביד התלמיד, והופטר הרועה מאחריות לגמרי.

(ב) הרחבת דין התלמוד

ר' ישראל מקרמז מרחיב הלכה זו מעבר למקרה של רועה שמסר לתלמידו, וכותב¹¹⁰: "אבל היכא שידוע בוודאי שהנפקד אין רגיל לשמור הפיקדון בעצמו, אלא ברור שכל פיקדון שמפקיד בידו הוא מוסר לשל תחתיו ואין משמרו בעצמו כלל, הוה ליה כאילו המפקיד בעצמו מסר פקדונו ביד מי שרגיל הנפקד למסור, ונסתלק הנפקד לגמרי. ואם פשע מי שהפיקדון בידו – פטור הנפקד לגמרי".

כך פוסק, בלשון כללית, גם השולחן ערוך¹¹¹: "מי שהוא ידוע בוודאי שאינו רגיל לשמור הפיקדון, אלא למסרו ביד אחר שאינו שרוי בביתו ואינו סומך על שלחנו – דינו כמוסר לבני ביתו". כפי שביאר הש"ך¹¹², השולחן ערוך מתכוון להסתלקות מוחלטת של השומר מאחריותו, שהרי זו דעת השולחן ערוך בדיון שומר שמסר לבני ביתו, כפי שנראה בפסקה 5.

בספרות התשובות מצויות דוגמאות רבות להרחבה זו של דין הרועה שמסר לתלמידו. (א) בעיר מסוימת, סוכני המכירות ("פאטורים") היו רגילים שלא לשמור בעצמם על הסחורות הנשלחות אליהם, אלא היו ממנים שומרים לשמרון במקומם במקום מסוים. מאחר שכך היה נהוג, כל מי ששלח סחורות שלח על דעת כן, ולכן אם פשעו השומרים, הסוכנים (שהם בעצם השומרים המקוריים) היו פטורים, גם אם לא היה לשומרים במה לשלם¹¹³.

¹⁰⁸ כך פירשו חידושי הרשב"א, ב"ק שם, ונימוקי יוסף, ב"ק כד ע"א, בדפי הרי"ף (בשם הרמב"ן והרא"ה), שפטור אפילו אין לשני במה לשלם, מפני שידוע שימסור לתלמידו.

¹⁰⁹ אור זרוע, ב"מ, סימן קלד, הובא במרדכי, ב"מ, סימן רפא, ובאגודה, ב"מ, סימן נט.

¹¹⁰ הגהות אשרי, ב"מ, פרק ג, סימן כג, הובא בבית יוסף, חו"מ, רצא, כד, בשו"ת צרור הכסף (גטיניו), חו"מ, סימן כח (צב ע"ד), ובשו"ת משאת משה (ישראל), חלק א, חו"מ, סימן לא (פד ע"א).

¹¹¹ שו"ע, חו"מ, רצא, כב.

¹¹² ש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק לב (הובא בשו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סימן ח, ובשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן כו). בדרכו הלכו נתיבות המשפט, רצא, חידושים, ס"ק לא, שו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צו, אות כט, שו"ת מעיין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ט (עמ' 297-298), וערוך השולחן, חו"מ, רצא, מח.

¹¹³ שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן עב (דף קעא ע"ב), הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות בית יוסף,

(ב) אומן שקיבל נכס לתקנו או לשפרו, ואת הנכסים שנותנים לו הוא תמיד מוסר לפועל שלו כדי שיעשה את המלאכה, והפועל פשע וקילקל את המלאכה – האומן פטור גם אם אין לפועל במה לשלם, או שהוא אדם אלים ואי אפשר לגבות ממנו¹¹⁴.

(ג) אשה שידוע שכל מה שיש לה היא נותנת למשרתת, וקיבלה נכס לשמירה, ומסרה למשרתת – פטורה משמירה לגמרי, מפני שרואים כאילו בעל הנכס עצמו מסר למשרתת¹¹⁵.

(ד) בעל ספינה שמוביל בספינתו סחורה בשכר, אינו נושא באחריות שמירה, משום שידוע שאין דרך בעל ספינה לנסוע עם ספינתו, אלא דרכו להושיב אחר במקומו להשיט את הספינה, ועל המשיט מוטלת האחריות¹¹⁶. כמו כן, בעל עגלה שרגיל למסור את הסוסים ואת הסחורות שבעגלה לשכירו, פטור אפילו אבד הנכס ואין לשכירו במה לשלם, מפני שאז השכיר הוא השומר של בעל הנכס, ולא בעל העגלה¹¹⁷.

(ה) רב שקיבל נכס לשמירה, וידוע שהוא טרוד כל הזמן בלימוד תורה, ומוסר לבני ביתו את מה שנותנים לו לשמור, הוא מסולק מן השמירה לגמרי, גם למקרה שאין לבני ביתו במה לשלם¹¹⁸.

(ו) מי שרגיל לשלוח את כל סחורותיו (כשהוא צריך לשלוח אותן למקום אחר) על ידי אדם מסוים, וקיבל סחורה מסוימת לשמירה, ושלח גם אותה על ידי אותו אדם, הוא פטור אפילו אין לשני במה לשלם, גם לדעת המחייבים במקרה כזה את המוסר לבני ביתו¹¹⁹.

(ז) שותפים שמסרו את דבר השותפות ביד בניהם, ואחד מן הבנים פשע בשמירה – אביו פטור מאחריות כלפי שותפו, גם אם אין לבן במה לשלם. אף על פי שבמקור, השמירה הייתה מוטלת על האבות, היה ידוע שלמעשה אינם שומרים בעצמם, אלא הם מוסרים לבניהם¹²⁰.

(ח) המוסר חפץ לשמירה או למלאכה למנהל חברה, או לכל מי שיש לו עובדים, וברור שהוא אינו מתעסק בזה בעצמו, אינו יכול לתבעו, אפילו אין למי שתחתיו במה לשלם¹²¹.

(ט) בעל בית רחיים, שמביאים לו תבואה לטחון, והוא אינו עוסק בטחינה, אלא יש לו עובד שטוחן ושומר על התבואה – אין על בעל בית הריחיים שום אחריות שמירה, מפני שידוע שהוא מוסר למי שתחתיו לשמור¹²².

(י) חברת גמ"ח, שרגילה להעביר את הנכסים שבידה כל שנה לידי שני נאמנים שממנים בני החברה כל שנה, ומסרה לנאמנים החדשים משכון שקיבלה מאדם מסוים – אין בעל המשכון יכול לטעון שאין הנאמנים האלו מהימנים בעיניו, וגם אם פשעו הנאמנים, מי שמסרו להם פטורים, שכן דרכם למסור את הנכסים לאנשים אלו¹²³.

אות מג ואות מה, בשו"ת באר מים חיים (מוצי"ר), חו"מ, סימן כב, ובשו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן כ (דף קו ע"ג). אך משפט צדק לא דק במה שכתב שגם הרא"ש המחייב במוסר לבני ביתו פוטר כאן, שהרי הרא"ש חולק, כבפסקה (ד). הוא כותב עוד, שהדין כך גם אם השומרים עצמם גנבו – ראה פרק ג,

3.

¹¹⁴ שו"ת אמרי נועם (דיין), חו"מ, סימן א, דף ד ע"ד.

¹¹⁵ שו"ת אדמת קודש, חלק א, סימן עג.

¹¹⁶ שו"ת בית דוד (טעביל), חו"מ, סימן א, בתחילתו (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רכה, ס"ק ה).

¹¹⁷ שו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן יח.

¹¹⁸ שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ג, סימן קמג*.

¹¹⁹ שו"ת מהריט"ץ, סימן כא.

¹²⁰ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קסח.

¹²¹ פתחי חושן, פרק ד, הערה טז*.

¹²² שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, חו"מ, סימן כא. הוא משווה זאת גם למסירה לבני ביתו.

¹²³ שו"ת שער אפרים, סימן קכב (ד"ה ועתה)*.

יא) שָׁמַשׁ בבית כנסת, שאנשים מפקידים אצלו חפצים אחרי התפילה לשמור בבית הכנסת, וידוע שדרכו של שמש זה ללכת מבית הכנסת מיד אחרי התפילה למקום אחר, משום שיש לו שם תפקיד אחר, וסומך על אנשים הנשארים בבית הכנסת קצת אחרי התפילה שהם יסגרו את בית הכנסת כשיצאו – הרי הוא מסתלק מן השמירה למשך אותו זמן. זאת מפני שרואים כאילו בעלי הנכסים מפקידים אותם אצל הנשארים בבית הכנסת, למשך אותו זמן קצר. לכן, אם האנשים הללו שכחו לסגור את בית הכנסת, וכתוצאה מכך נגנב הנכס, השמש פטור¹²⁴. אין צורך שיהיה ידוע לבעל הנכס ששומר זה מוסר תמיד לאדם אחר, ודי בכך שיהיה ידוע לאנשים שזה דרכו. מאחר שבעל הנכס היה יכול לברר זאת לעצמו, על ידי חקירה ודרישה אצל אנשים שונים בדבר דרך שמירתו של אדם זה, ואז היה מגלה שאין דרכו לשמור בעצמו, הרי אם לא ברר זאת בעל הנכס, הוא גרם את ההפסד לעצמו בסופו של דבר, שלא יוכל לגבות מן השומר¹²⁵. אף אין צורך שיהיה ידוע (לאנשים אחרים) מי הוא האדם שדרכו של שומר זה למסור לו¹²⁶.

(ג) חריגים

אם השומר רגיל למסור לראובן לשמור במקומו, ומסר לשמעון לשמור במקומו, הוא חייב. הרשות מכללא למסור ניתנה רק משום שהוא רגיל למסור לראובן, ועל דעת כן הפקיד אצלו בעל הנכס, שימסור לראובן, אבל אין כאן התרה כללית של הרצועה, שיוכל למסור למי שירצה¹²⁷. שומר הרגיל לשמור בעצמו חלק מן הזמן, ולמסור לאחר חלק מן הזמן, כגון שדרכו לשמור ביום, ולמסור לאחר בלילה לשמור – לא חל עליו ההפטר המיוחד של הגהות אשרי. כך פסק ר' יצחק אדרבי, שמי שיש לו מבנה ("בטאן") לשמירת בגדים, והציב שם נערים לשמור במקומו את הבגדים של אחרים שהיו מופקדים שם, ופשעו, ואין דרכו לשמור בעצמו כלל, הוא פטור, כמו שפסק ר' ישראל מקרמז; אבל אם רק בלילות הוא משאיר את הנערים לשמור, ובימים הוא שומר בעצמו, אין זה בכלל דינו של ר' ישראל מקרמז, אלא הוא פטור באותה דוגמה כמו המוסר לבני ביתו, מפני שבעל הנכס ידוע שזה דרכו, ועל דעת כן הפקיד אצלו¹²⁸. הפטר זה חל דווקא אם אין מנהג ידוע להיפקד. אבל אם המנהג הוא שהשומר הראשון נותר באחריותו על אף שהוא מוסר תמיד לאחר, הוא נושא באחריות. לדוגמה, אם אדם מסוים אחראי על מסירת חבילות המגיעות בדואר למקום מסוים, והוא מוסר אותן למי שמוביל אותן לבעליהן, והמנהג הוא שהוא נושא באחריות לחבילות גם לאחר שהן בידי המוביל, עד שהן מגיעות לבעליהן, המנהג מחייב אותו¹²⁹. אם הראשון קיבל על עצמו אחריות בפירוש, הוא חייב בכל מקרה¹³⁰.

¹²⁴ שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סימן ח.

¹²⁵ שו"ת יש מאין, חלק ב, חו"מ, סימן ו; ר' יוסף נחמולי, בשו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יט (דף ק ע"ב ודף קד ע"ב), ור' שמואל פלורנטין שם, סימן כ (דף קו ע"ג).

¹²⁶ ר"ש פלורנטין שם.

¹²⁷ אבני החושן, רצא, ס"ק יד; פתחי חושן, פרק ד, הערה טז. שו"ת דברי מלכיאל, חלק ד, סימן קמה (הובא בבית יעקב, רצא, כא), כותב שאם הרועה לקח תלמיד חדש ועכשו הוא מוסר לו תמיד, בעל הנכס יוכל לטעון (לפני המסירה) שלא הסכים לתלמיד זה, אבל בסתם, שבעל הנכס לא מזה, רשאי השומר למסור לו.

¹²⁸ שו"ת דברי ריבות, סימן קה (הובא בשו"ת צרור הכסף, חו"מ, סימן כח, בסופו).

¹²⁹ עטרת ישראל, תשובות, סימן כב.

¹³⁰ שו"ת בית דוד (טעביל), חו"מ, סימן א. אלא שהוסיף שאם כתב בשטר רק "לא קיבלתי על עצמי אחריות אש ומים", אין להבין מזה שקיבל על עצמו אחריות לשאר נזקים, אלא כתב זאת רק ל"שופרא דשטרא".

(ד) שיטת הרא"ש שהשומר אינו מסתלק לעומת דעתם של הפוסקים שהובאו לעיל, הרא"ש¹³¹ פוסק שהרועה שדרכו למסור לתלמידו אינו מופטר מאחריות באופן מוחלט. הוא סבור, שכשם שרכנו תם קבע ששומר שמסר לבני ביתו אינו מסתלק לגמרי מאחריות, כך גם רועה זה לא יסתלק לגמרי. לדעתו אין מקום להבחנה שעשה האור זרוע בין שני המקרים הללו, מכיוון שבסופו של דבר בשניהם מבוססת ההנחה של קיום רשות מכללא, על העובדה שדרך השומר למסור לאחר, ואם לא די בהנחה זו כדי לפטרו לגמרי שם, אף כאן לא יופטר לגמרי.

איך יתיישב פסקו של הרא"ש עם סוגיית התלמוד שהבאנו לעיל, שלפיה הרועה אכן מופטר לגמרי מאחריות? הוא מפרש את מסקנת הסוגיה באופן שונה מהפירוש שהוצג לעיל. לדעתו, כניסתו של תלמיד הרועה במקום הרועה, אין משמעותה הסתלקות מוחלטת של הרועה מאחריות, אלא משמעותה היא שאינו קרוי פושע כשאר שומר שמסר לשומר, ולכן צריך בעל הבהמה לקבל את שבועת השני¹³². בהתאם לפירושו בסוגיה, דעת הרא"ש היא, שהשומר-הרועה נושא באחריות משנית כלפי בעל הבהמה גם לאחר המסירה לתלמידו, כדין שומר שמסר לבני ביתו, לשיטתו, ולכן כשאין לתלמיד מה לשלם, חייב הרועה לשלם במקומו¹³³. אולם גם לדעת הרא"ש, השומר פטור במקרה זה מן ההחמרה הרגילה באחריות של שומר שמסר לשומר, בגין טענת "האיך לא מהימן לי בשבועה". במקרה דידן, לא יוכל בעל הנכס לדחות את שבועתו של שומר המשנה, כשיישבע שהנכס אבד בנסיבות פוטרות, כשם שעליו לקבל את שבועתו של בן ביתו של השומר לכל הדעות.

בפרק ג, תוך הדיון בסייגים להפטר של שומר שמסר ברשות, נדון בשומר שאין דרכו לשמור בעצמו, אם שומר המשנה פשע בנוכחותו (פסקה 2 (א)); אם השומר יצא לחו"ל (פסקה 2 (ג)); ואם מסר לשומר שרמת אחריותו פחותה משלו (פסקה 4 (ד)).

5. שומר שמסר לבני ביתו

(א) כללי

"אמר רבא: כל המפקיד – על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד"¹³⁴. פירש רש"י: "על דעת שהנפקד מוסרו לאשתו ובניו הגדולים, ואין יכולים לומר אין רצוננו וכו'". כלומר, ידוע לבעל הנכס מראש שדרך השומר למסור את הנכס לאשתו ולבניו הגדולים, מפני שאינו יכול להישאר בביתו ליד הנכס תמיד¹³⁵, וגם אם ירצה לשמור כל הזמן בעצמו, לא יוכל לשמור את הנכס

¹³¹ רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כג, ותוספות הרא"ש, ב"מ מב ע"ב.

¹³² כך מפרש פלפולא חריפתא שם, אות ת, את הרא"ש.

¹³³ כך מבינים רוב הפרשנים את דעת הרא"ש, שהוא מחייב בשומר שאינו רגיל לשמור בעצמו – כך לדוגמה כותב שושנת יעקב, רצא, ס"ק יג.

¹³⁴ ב"מ לו ע"א, ורש"י שם ע"ב (ד"ה על).

¹³⁵ סמ"ע, רצא, ס"ק לא (הובא בגן נעול, כפתור ג, פרח כד, אות ג, דף סז ע"א); בית הלוי (הורוביץ), עב, ס"ק כג.

מפני בני ביתו, שהם יודעים את ענייניו הפרטיים¹³⁶ – ולכן יש לראות בעצם ההפקדה, בלי תנאי מפורש בדבר שמירה אישית, הסכמה לנוהג זה. רשות מכללא זו, כמו רשות מפורשת, שומטת את בסיס טענת בעל הנכס שאין שבועת השני קבילה עליו. אין הוא יכול לטעון: "האיך [השומר השני] לא מהימן לי בשבועה", שכן הסכמתו מכללא שישמור בן הבית על הנכס מורה על נכונות לקבל את שבועתו. מכוח הסכמה זו, רשאי השומר למסור את הנכס לבני ביתו אף לכתחילה¹³⁷. בעל הנכס לא יוכל לטעון לאחר מעשה: "לא התכוונתי להפקיד על דעת שהשומר ימסור לבני ביתו, מפני שלא ידעתי שכך מקובל אצל שומרים". מאחר שרוב בני אדם יודעים זאת, "בטלה דעתו" של בעל הנכס הזה, ואין מתחשבים באי ידיעתו יוצאת הדופן¹³⁸. רק אם הוא אמר לשומר בעת ההפקדה שאינו מתיר לו למסור לבני ביתו, השומר חייב אם מסר לבני ביתו¹³⁹. אין צורך שיאמר זאת בעל הנכס במפורש, אלא די אם ניתן להבין זאת מדבריו או ממעשיו. לדוגמה, אם בעל הנכס שלח נכס לשומר, ואמר לו: "היא מעוכב בידך", ושלח נכסים אחרים לפקידו של השומר, אסור לשומר למסור נכס זה לפקידו (על אף שדינו כבני ביתו – ראה להלן), משום שיש להניח שבעל הנכס התכוון לאסור עליו למסור נכס זה לפקידו; וכל שכן אם שלח בתחילה את כל הנכסים לפקיד, ולאחר מכן אמר לשומר ליטול ממנו דבר מסוים ולשמרו¹⁴⁰. דוגמה אחרת היא, אם דרש בעל הנכס מן השומר שימציא לו ערב שיערוב לו על כך שהוא יחזיר את הנכס – כאן יש להניח שבעל הנכס אינו מוכן שימסור לבני ביתו, כיוון שגילה חוסר אמון אף בשומר עצמו¹⁴¹. אולם אם שתק בעל הנכס בעת ההפקדה, והביע התנגדות רק לאחר מכן, אין בכוחו לאסור על השומר למסור לבני ביתו¹⁴². שתיקתו בעת ההפקדה מראה שהפקיד על דעת שהשומר יהיה רשאי למסור לבני ביתו, ואינו יכול לחזור בו עכשו, מאחר שהשומר קיבל את השמירה על דעת שיוכל למסור לבני ביתו¹⁴³. אם בכל זאת רוצה בעל נכס לאחר ההפקדה לאסור על

¹³⁶ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קלג.

¹³⁷ תשובות אור זרוע ומהר"ם (מהד' כהנא), סימן תטו; ב"ח, חו"מ, רצא, כד; סמ"ע, שצו, ס"ק כא; שו"ע הרב, הלכות מציאה ופיקדון, סימן ל; חלקת השדה (דייטש), סימן כה (דף ע"ג); ערוך השולחן, חו"מ, שח, ח (בשוכר); שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לו (ד"ה ואמנם); מאירי הלכה (מאן), חלק א, דף ט ע"ד. שו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יט (דף ק ע"ב).

¹³⁸ לב מבין, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ח (דף קעז ע"ד), מוכיח כך מים של שלמה, ב"ק, פרק ט, סימן לט, שכתב שמואל לשומר למסור לבני ביתו מפני שלא התנה עמו שלא ימסור ומסתמא הוא מוכן שימסור להם – משמע שיכול להתנות עמו שלא למסור.

¹³⁹ שו"ת מהריט"ץ, סימן פד, דף עז ע"ג (הובא בלב מבין שם, ובספר החפץ חיים, כלל לה, ס"ק מב). מהריט"ץ מוסיף שגם במקרה שהנכסים נמסרו לפקיד למכרם, כך שאפשר לפרש שכוונת בעל הנכס באמירתו "היא מעוכב בידך" הייתה לומר שאינו רוצה שהנכס יימכר, אבל לא להתנגד לכך שהנכס יהיה שמור ביד הפקיד, בכל זאת "מצאה הקפדה מקום לנוח", ומפרשים שהוא מתנגד בכלל למסירת הנכס לפקיד.

¹⁴¹ שו"ת קרני ראם, סימן סד.

¹⁴² כך מוכח ממהריט"ץ שם שכתב שרק בשעת הפקדה מועילה מחאה, וכך מוכח גם מדברי מלכיאל שבסמוך. וראה סעיף 14, הערה 53, שלאחר ההפקדה אין בעל נכס יכול להתנות תנאי להחמיר על השומר (אלא אם כן עשו קניין). וראה במילואים להערה 175, מקרה מיוחד של התנגדות לאחר ההפקדה. וראה ליד ציון הערה 214, על הבעת התנגדות למסירה למורגל.

¹⁴³ דברי רח"א מילר.

השומר למסור לאחד מבני ביתו, יקח את הנכס חזרה (ואם הוא שומר שכר, ישלם לו את השכר המגיע לו עד אותו יום), ויפקיד אותו אצלו מחדש תוך הבעת התנגדותו¹⁴⁴.

(ב) מי כלול בכלל "בני ביתו" של שומר כל קרוביו של השומר השרויים עמו בביתו והסמוכים על שולחנו הם בכלל בני ביתו¹⁴⁵ – גם הוריו¹⁴⁶, חמותו¹⁴⁷ ובני אחותו¹⁴⁸. אבל מי שאינו שרוי עמו ואינו סמוך על שולחנו, אינו בכלל בני ביתו, אפילו הוא בנו של השומר, משום שאין דרכו של אדם למסור את נכסיו אפילו ביד בנו, אם אינו שרוי עמו או סמוך על שולחנו¹⁴⁹. כמו כן, מי שאינו קרובו של השומר אלא אדם זר, אף על פי שהוא סמוך על שולחנו, אינו בכלל בני ביתו, מפני שמי שאין בו שני תנאים אלו – קרובו וסמוך על שולחנו – אינו זהיר לשמור היטב בעבורו¹⁵⁰. אשה שומרת – בעלה בכלל בני ביתה לעניין זה¹⁵¹.

(ג) שכירו, שותפו ומי שידוע שדרכו למסור לו המרדכי מרחיב את הרשות מכללא שיש לשומר למסור פיקדון לבני ביתו, גם לגבי שכירו או שותפו, משום שדרך בני אדם להפקיד בידם של אלה את שלהם. וזו לשונו: "אבל אם הניח שמעון עבדו או אחד מבני ביתו בספינה עם הדבר שלו, לא הוי שומר שמסר לשומר, דכל המפקיד – על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד, שידוע המפקיד שהנפקד מוסר שמירתו לבני ביתו, ועל דעת כן הוא מפקיד, שימסור להם גם את שלו. ואפילו הניח בספינה שכירו או שותפו, שדרך בני אדם להניח שלהם בידם, פטור¹⁵²".

מדובר גם בשומר שאין ידוע לנו במפורש האם דרכו למסור לשכירו או לשותפו – בכל זאת הוא פטור אם מסר להם, משום שמקובל שאנשים מוסרים לשכיר ולשותף, ועל דעת זה הפקיד אצלו בעל הנכס¹⁵³. מדובר גם בשכיר או שותף שאינם גרים בביתו, על אף שלקרוביו רשאי השומר למסור רק אם הם גרים בביתו ("שרויים עמו"), משום שדרכו של אדם למסור את עסקיו לשכירו או לשותפו גם כשאלו אינם גרים בביתו¹⁵⁴. השכיר המדובר הוא דווקא כזה שעובד אצל השומר בקביעות לתקופה כלשהי. אבל אם השומר שוכר לפעמים אדם לעזור

¹⁴⁴ שו"ת דברי מלכיאל, חלק ד, סימן קמה.

¹⁴⁵ רמב"ם, הלכות שאילה, ד, ח; אורחות חיים, סימן סה, ב; שו"ע, חו"מ, רצא, כא; ב"ח, חו"מ, רצא, כד.

¹⁴⁶ ספר הפיקדון לרס"ג, מספרות הגאונים, עמ' 36. בב"מ מב ע"ב הובא הדין לגבי אמו של שומר.

¹⁴⁷ שו"ת סם חיי, סימן כט.

¹⁴⁸ שו"ת אדמת קודש, חלק ב, חו"מ, סימן ו.

¹⁴⁹ שו"ת מהריט"ץ, סימן כא וסימן רלד.

¹⁵⁰ שו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן ט (דף ס ע"ג). יש לנסח את הנימוק כך: כאן השומר חייב מפני שאין דרך אדם למסור לאדם כזה, שאינו זהיר, את נכסיו, ולכן לא היה בדעת בעל הנכס להתיר לו זאת.

¹⁵¹ פירוש המשניות לרמב"ם, ב"מ ג, י (לפי ר"י קאפח שם, הערה 26); פלפולא חריפתא, על רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן ג, אות ו; דברי משפט, קכה, ס"ק ב; אבן האזל, הלכות שאילה, א, ה; גן נעול, כפתור ג, פרה כד, אות ג (סח ע"ב).

¹⁵² מרדכי, ב"מ, סימן רעד.

¹⁵³ ב"ח, חו"מ, רצא, כד. אך לגבי שומר שכר המוסר למשרתו, כתב שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א (דף פז ע"ד), שגם הפוטר שומר שכר המוסר לבני ביתו (ראה הערה 320) יחייב שומר שכר המוסר למשרת אם בעל הנכס לא ידע שדרכו של השומר למסור למשרתו.

¹⁵⁴ שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן פה.

לו, ובכל פעם הוא שוכר אדם אחר, השכיר הוא כאדם זר לעניין זה שהמוסר לו חייב; והדין יקבע לפי ראות עיניו מהי התקופה ששכיר העובד תקופה זו נחשב מקורב למעסיקו, עד כדי שמעסיקו ימסור לו את עסקיו לשמירה¹⁵⁵.

יש אומרים, שרק אדם שהוא משרתו של השומר בעסקי ממונו וסחורותיו הוא בכלל בני ביתו, אבל מי שהוא משרתו רק בעסקי הבית, אינו סומך עליו בעסקי הממון, ולכן בעל הנכס לא הפקיד על דעתו, ומשום כך, אם השומר מוסר לו, הוא חייב¹⁵⁶.

מעניין, שלדעת סלטון¹⁵⁷, גם לפי החוק יש לשומר רשות מכללא למסור את הנכס לעובדו או לשלוחו, משום שאלו צרכיה המודרניים של החברה.

עוד מרחיב המרדכי¹⁵⁸ הפטר זה "לכל אדם שמסר למי שידוע שרגיל למסור לו". משמע, שזה כולל לא רק מי ששייך לקבוצה של אנשים שמקובל שאדם מוסר להם, אלא גם מי שרק ידוע לגביו באופן פרטי ששומר זה רגיל למסור לו. לדוגמה, אם השומר רגיל למסור לבנו את כל סחורותיו, הוא פטור אם מסר את הנכס לבנו, גם אם אין בנו סמוך על שולחנו, כך שאין בנו נכנס לגדר הפשוט של "בני ביתו"¹⁵⁹.

(ד) מצבים שנהוג בהם שאדם מוסר את נכסיו לאחרים כאמור, רשותו של שומר למסור לבני ביתו מבוססת על הרגלו של אדם למסור את נכסיו לבני ביתו. משום כך, הרחיבו הפוסקים רשות זו לרשות למסור במצבים מסוימים שנהוג בהם שאדם מוסר נכסיו לאחרים. יש דוגמאות רבות לדבר.

(א) מנהגם של סוחרים במקום מסוים היה לתת לסוחרים אחרים למכור את סחורתם במקומם. מאחר שזה היה נהוג, שומר-סוחר שביקש ממנו בעל הנכס למכור בעבורו את הנכס, היה ראוי לקטרו לסוחר אחר לעשות זאת במקומו¹⁶⁰.

(ב) דרכם של מתווכי מכירה ("סרסורים") היא למסור את הנכס ללקוח פוטנציאלי לבדיקה. מאחר שמקובל שעושים כך, אם מסר המתווך (האחראי על הנכס כשומר) את הנכס למטרה זו לאדם הידוע כמהימן, הוא פטור, גם אם בסופו של דבר גנב אדם זה את הנכס ולקח אותו לעצמו, וטוען שהוא שלו. אין בעל הנכס יכול לטעון כלפי השומר, שהיה צריך למסור את הנכס לאותו אדם בפני עדים, כדי שלא יוכל הלה לטעון שהוא שלו – מפני שמקובל שמתווך מוסר נכסים ללקוחות בלי עדים¹⁶¹.

(ג) שומר שקיבל נכס לשלוח למקום מסוים למכור, ושלח אותו בספינה עם ספן לאותו מקום, הוא פטור, מפני שכך נוהגים סוחרים, לשלוח את סחורותיהם בספינה עם ספנים¹⁶².

¹⁵⁵ שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד (דף עד ע"ד). חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מב ע"ב, כתב שפועל העושה מלאכה עם השומר לפעמים, אינו בכלל בני ביתו. רוח חיים, חו"מ, סימן שא (קמא ע"ג), כתב שפטור דווקא אם המשרת שרוי אצלו ועומד ומשמש לפניו, מה שאינו כן אם היה משרתו רק בעבר ועכשו נמצא במקום רחוק.

¹⁵⁶ בני אהרן, סימן רצא (קמא ע"א), הובא בלב מבין, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ט (קעז ע"ד).

¹⁵⁷ א' סלטון, "ההיבט הנזיקי של חוק השומרים", עיוני משפט ה (תשל"ז) 667.

¹⁵⁸ מרדכי, ב"ק, סימן נו, הובא בבית יוסף, חו"מ, רצא, כג.

¹⁵⁹ שו"ת מהריט"ן, סימן כא.

¹⁶⁰ שו"ת לחם רב, סימן קפא, הובא בשו"ת דברי מרדכי (קרישפיין), חו"מ, סימן יט.

¹⁶¹ חידושי הריטב"א, כתובות פד ע"ב.

¹⁶² ר"י אלמושנינו, בשו"ת עדות ביהוסף, חלק ב, סימן ד (יב ע"ד), ור"מ גלנטי שם, סימן ה (טז ע"ב).

ד) בעל בית דפוס שהדפיס ספרים עבור מחבר, והריהו שומר עליהם, ומסר אותם לכורך שיכרכם – פטור על המסירה, מפני שכך דרך המדפיסים, שמוסרים את הספרים לכורך. אבל אם השאיר את הספרים אצל הכורך לאחר סיום הכריכה, הוא חייב, מפני שלכך אין לו רשות¹⁶³.

ה) פקיד שמינוהו סוחרים בנמל לקבל את סחורותיהם הבאות בספינות ולשלחן למקומות שהן מיועדות להם, והמנהג באותו נמל הוא שמובילי סחורות חוטפים את הסחורות מן הספינות להובלה בלי לברר איזו סחורה לקח כל אחד, הפקיד פטור על נכס שיאבד¹⁶⁴.

ו) מוביל נכס בשיירה, שאיבד משהו, והוא רוצה לשוב על עקבותיו כדי לחפש אותו – רשאי להשאיר את הנכס הנשמר בין אנשי השיירה. זאת מפני שברור שעל דעת זה הפקידו אצלו בעל הנכס, כשם שבעל הנכס יודע שהוא יצטרך לישון ולצאת לצרכיו, והוא מסר לו על דעת זה שבזמנים אלו יוכל לסמוך על שמירת בני השיירה ולהשאיר ביניהם את הנכס, והרי זה כאילו בעל הנכס עצמו מסר לבני השיירה שישמרו בעבורו¹⁶⁵.

ז) ראש הקהל, שצריך למסור את הכסף של הקהל לגזבר, רשאי למסרו לשמש הקהל שיעביר אותו לגזבר, מפני שאין מצפים ממנו שיטרח למסור לו בעצמו¹⁶⁶.

ח) סוחר שקיבל סחורה למכור, ומכר אותה, ואמור לשלוח לבעליה את תמורתה בספינה, הוא רשאי לשלוח אותה עם אדם נאמן אל רב החובל של הספינה. זאת מפני שבעל הנכס יודע שדרכו של סוחר לעשות דברים כאלו על ידי שליחים, מפני שאינו יכול לעשות את הכול בעצמו, והוא שלח לו על דעת המנהג המקובל¹⁶⁷.

ט) שוקלי שקלים, שהיו שולחים את שקליהם לבית המקדש מדי שנה, אף על פי שהם היו בגדר שומרים האחראים על השקלים, שאילו היו נגנבים או אובדים היו חייבים – בכל זאת היו רשאים לשלוח על ידי שליח. זאת מפני שגזברי המקדש לא דרשו מהם להביא את השקלים בעצמם, והתירו להם לשלוח על ידי שליח¹⁶⁸.

י) השוכר בהמה ללכת בה ממקום למקום, והמנהג באותו מקום היה, שבהגיע השוכר למקום השני הוא משכיר את הבהמה לאדם אחר ללכת בה למקום הראשון ולהחזירה לבעליה – אם הוא נוהג כך, הוא פטור. אולם השוכר בהמה ללכת למקום השני וגם לחזור איתה, ובהגיעו למקום השני התחרט ולא רצה לחזור, ובמקום זאת השכיר אותה לאדם אחר שילך איתה למקום הראשון, הוא חייב בתור שומר שמסר לשומר¹⁶⁹.

¹⁶³ שו"ת רוב דגן (עטייה), אות לטובה, אות ז.

¹⁶⁴ שו"ת לחם רב, סימן קפ, שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן ר, ושו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קכ (הובאו בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קלו; מהרשד"ם הובא בגן נעול, כפתור ג, פרח כד, אות ג, דף סו ע"א). בנידונם, הפקיד התלונן לאחראים ולא עשו דבר לתיקון המצב, אבל נראה שגם לולא זה היה פטור.

¹⁶⁵ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מח (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קלח, ובשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לה, דף רמ ע"ב). הוא מסתמך גם על ההפטר בשומר שאין דרכו לשמור בעצמו (פסקה 4); אולם אין נראה שכוונתו לומר שהוא מסולק לגמרי משמירה גם לרבנו תם כמו באותו מקרה, גם למצב שאין לשני במה לשלם, שכן כאן הוא עדיין שומר, ורק לזמן קצר הוא יוצא מהשמירה (ראה במילואים להערה 128).

¹⁶⁶ שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן יב; שו"ת מילי דאבות (יפה), חלק ג, חו"מ, סימן ד.

¹⁶⁷ שו"ת תַּקְפוּ של יוסף, חלק א, סימן צא.

¹⁶⁸ אמירה נעימה תניינא, חלק א, מאמר קג.

¹⁶⁹ שו"ת נופת צופים, חו"מ, סימן לט.

יא) קבוצת אנשים שהיו נותנים כל אחד מהם דמי חבר שמיועדים לאירוע משותף, והיו מפיקים את הכסף בידי גבאי, והיו להם שני גבאים, ולא היו בני החבורה נוהגים להקפיד ביד מי משני הגבאים נמצא הכסף – רשאי גבאי אחד לתת את הכסף לגבאי האחר¹⁷⁰.
 יב) דבר שרגילים למכור על ידי מתווך ("סרסור"), והשומר שנתבקש למכור מסר אותו למתווך למכרו, הוא פטור¹⁷¹.

(ה) חריגים

אם ידוע שאין דרכו של שומר זה למסור את נכסיו אפילו לבני ביתו, אין הוא פטור כאשר הוא מוסר להם את הנכס הנשמר, שכן לגביו הם כאנשים זרים¹⁷². כמו כן, אם לבן בית מסוים יש רשות לחוד בבית, ואין לו עסק עם ממונו של השומר, הוא אינו בכלל בני ביתו לעניין זה¹⁷³.

הפוסקים נחלקו לגבי אדם, שבעת שקיבל השומר את הנכס לשמירה, לא היה בן ביתו, כגון משרת שהתקבל לעבודה רק לאחר ההפקדה, או קרובו שהתחיל להיות סמוך על שולחנו רק לאחר ההפקדה. יש אומרים שהשומר רשאי למסור לו, מפני שגם על אדם כזה היה בדעתו של בעל הנכס שיוכל למסור לו¹⁷⁴. אך יש מי שאומר ששומר רשאי למסור רק למי שהיה בן ביתו בעת ההפקדה. הרי העיקרון "כל המפקיד – על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד" מתייחס לעת ההפקדה, שהיא הקובעת את היתר המסירה לבני ביתו, מחמת כוונת בעל הנכס בעת ההפקדה, ולכן יש לצמצם את ההיתר למי שהיה בן ביתו בעת ההפקדה¹⁷⁵.
 אותה מחלוקת קיימת לגבי מי שבעל הנכס לא ידע בעת ההפקדה שהוא בן ביתו של השומר. הדעה השנייה דלעיל סבורה שרק מי שבעל הנכס ידע בעת ההפקדה שהוא בן ביתו של השומר, הוא בכלל בני ביתו לעניין זה; הרי היתר המסירה תלוי בדעת בעל הנכס בעת ההפקדה, וזו חלה רק על מי שהוא מכיר כבן ביתו של השומר¹⁷⁶. ואילו הדעה הראשונה דלעיל חולקת, וסוברת שהוא רשאי למסור לבן ביתו גם אם לא ידע בעל הנכס שאדם זה הוא בן ביתו. בעלי דעה זו מביאים ראיה לדבריהם: הלא ברור שגם השולח נכס לשמירה אצל שומר המצוי בארץ אחרת, על אף שאינו מכיר את בני ביתו של השומר, רשאי השומר למסור לבני ביתו, משום שמניחים שבעל הנכס מוכן לכך, מפני שהוא יודע שכך דרכו של כל שומר¹⁷⁷.

(ו) הדעה שהשומר מסתלק

כאמור, בעל הנכס מנוע כאן מלטעון "האיך לא מהימן לי בשבועה", משום שהסכמתו מכללא שהשומר ימסור לבני ביתו, מורה על נכונותו לקבל את שבועתו של בן הבית כשישבע שהנכס

¹⁷⁰ שו"ת חוות יאיר, סימן קצט, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, שא, ס"ק ו.

¹⁷¹ שו"ת הרשב"ש, סימן שלח (הובא באורח משפט, רצא, הגהות הטור, אות כח). וראה על כך במילואים להערה 15. דין דומה ראה ליד ציון הערה 160.

¹⁷² ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כב.

¹⁷³ שו"ת משפט צדק, חלק א, סימן עד (דף רמז ע"ד). חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מב ע"ב (ד"ה היה), כותב שבן בית שאין השומר רגיל להפקיד אצלו, אינו בכלל בני ביתו.

¹⁷⁴ שו"ת מהריט"ץ, סימן ריט, הובא בחקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן עט; שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק ב, סימן קכג; גן נעול, כפתור ג, פרח כד, אות ג, דף סח ע"ב (אשה שנישאה אחרי ההפקדה).

¹⁷⁵ ר' יאשיה פינטו, בשו"ת מהריט"ץ שם, ובשו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן פג.

¹⁷⁶ ר' יאשיה פינטו, בשו"ת מהריט"ץ שם.

¹⁷⁷ מהריט"ץ שם.

אבד בנסיבות פוטרות, והשומר הראשון יופטר על ידי שבועה זו. שאלה אחרת היא לגבי מקרה שהנכס אבד בנסיבות מחייבות. אם יש לבן הבית במה לשלם, ברור שבן הבית הוא זה שחייב לשלם, כיוון שהנכס אבד עקב שמירתו הלקויה. לא יוכל בעל הנכס לתבוע אז את השומר, שכן הוא מסר את הנכס ברשות, והעמיד אחר שישמור במקומו, אדם שבעל הנכס יוכל לגבות ממנו. אולם לגבי מקרה שאין לבן הבית במה לשלם, נחלקו ראשונים באשר לזכותו של בעל הנכס לתבוע את השומר.

דעת הרמב"ן היא, שהשומר הראשון מסתלק מאחריותו לגמרי, ובן ביתו נכנס במקומו, ואף כשאין לו לשלם, אין בעל הנכס זכאי לתבוע את השומר הראשון¹⁷⁸. כך נראית גם דעת הרמב"ם, שכתב¹⁷⁹: "השומר שמסר הפיקדון לאשתו ובני ביתו, והודיען שהוא פיקדון, ולא שמרו כדרך השומרים... חייבים לשלם לבעל הפיקדון, ובעל הבית פטור, שכל המפקיד — על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד".

יש נימוקים אחדים לשיטה זו: (א) השומר יכול לפטור את עצמו לגמרי מאחריות על ידי העמדת בן ביתו להיות שומר במקומו, שהרי על בן הבית חלה אחריות באותה מידה שהייתה מוטלת על השומר עצמו, ואם כן, הוא ממלא את מקומו לגמרי¹⁸⁰. (ב) מאחר שהכלל הוא ש"כל המפקיד — על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד", הרי זה כאילו בעל הנכס עצמו מסר לבן ביתו של השומר, ולכן הוא בעל דינו, והשומר מסתלק מכל אחריות שהייתה לו כלפי בעל הנכס¹⁸¹. (ג) מאחר שהוא מסר את הנכס ברשות, הרי זה כאילו החזיר את הנכס לבעליו, ושומר המחזיר את הנכס לבעליו מופטר לגמרי מאחריות¹⁸². (ד) גם אם נאמר שלא הסתלק לגמרי מאחריות שמירה, אין לחייבו על מה שבן ביתו פשע, כיוון שהשומר היה רשאי למסור לבן הבית, ונמצא שהוא ממלא במסירה זו את חובתו כשומר, כמו אילו שמר בביתו שמירה מעולה. לכן, כאשר בן הבית פשע, הרי זה כמו אונס ביחס לשומר, דבר שלא היה צריך להעלות על דעתו, ולכן הוא פטור¹⁸³.

יש שני חריגים להפטר השומר לדעת הרמב"ם:

(א) אם הנכס שמסר השומר לבני ביתו היה בידו בתור משכון על חוב שבעל הנכס היה חייב לו, לא יחויב בעל הנכס — הלווה לשלם לשומר-המלווה את חובו. רק בדין על חיוב שומר לשלם לבעל נכס, קובע הרמב"ם שאין לחייב אותו גם אם אין לבן הבית במה לשלם, אבל אם ההשלכה מזה תהיה שבעל הנכס יצטרך לשלם לשומר, כמו בנידון זה, לא נאמר כך, אלא נראה את השומר כאילו הוא חייב, כך שהלווה יהיה פטור מלשלם את חובו¹⁸⁴.

(ב) שומר שמסר לאשתו, ופשעה, ואין לה במה לשלם פרט לנכסי מלוג או נכסי צאן ברזל, בעל הנכס גובה מהם. אף על פי שבדרך כלל אין גובים נכסים אלו מאשת איש שומרת שפשעה וכדומה, מפני שהם משועבדים לבעלה, הרי כאן, שהבעל הוא השומר, כך שהחיוב

¹⁷⁸ חידושי הרמב"ן, ב"מ לו ע"א.

¹⁷⁹ רמב"ם, הלכות שאילה, ד, ט.

¹⁸⁰ נימוקי יוסף, ב"מ יט ע"ב (בדפי הרי"ף).

¹⁸¹ קונטרס הראיות (לרי"ז), ב"מ, פרק ג, ראייה יג; סמ"ע, רצא, ס"ק מא.

¹⁸² קצות החושן, רצא, ס"ק ח (הובא בדברי חיים, דיני שומרים, סימן א, ובאבן ישראל, על הרמב"ם, הלכות

שכירות, א, ד); בד קודש, חלק ג, סימן מה, ד"ה ומעתה (לעניין מורגל).

¹⁸³ נתיבות המשפט, רצא, ס"ק כד.

¹⁸⁴ שו"ת מהרש"ם, חו"מ, סימן מ (דף טו ע"ב), הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קמג.

חל על שניהם, אין הבעל-השומר יכול למנוע מבעל הנכס מלגבות מנכסים אלו, מאחר שהבעל-השומר משועבד לבעל הנכס¹⁸⁵.

(ז) הדעה שהשומר אינו מסתלק לעומת שיטה זו, דעת רבנו תם היא, שהרשות מכללא במקרה דנן אמנם מועילה לעשות את שבועת בן ביתו של השומר קבילה על בעל הנכס, אך אין בה כדי לפטרו מאחריותו לגמרי¹⁸⁶. כך כתבו התוספות¹⁸⁷: "כל המפקיד, על דעת אשתו ובניו – אומר רבנו תם, דהיינו לעניין שאינו יכול לומר: 'את מהימנת לי בשבועה ולא האיד', אבל אם פשעו, אפילו¹⁸⁸ אין להם מה לשלם – ישלם הנפקד". בן ביתו של השומר הוא האחראי הראשי לתשלום, אך גם השומר נושא באחריות, והיא אחרית משנית, לעניין שאם אין לבן ביתו ממה לשלם – חוזר בעל הנכס אל השומר.

רבנו תם אינו מקבל את התפיסה של השיטה הקודמת, שהשומר יכול להעמיד את בן ביתו כשומר של בעל הנכס במקומו, והוא יסתלק לגמרי משמירתו. לדעתו, בן הבית רק שומר עבורו ומסייע בידו להשלים את התחייבויות שמירתו כלפי בעל הנכס. זו משמעות הרשות מכללא – הסכמת בעל הנכס לנוהג של השומרים להיעזר בבני ביתם הגדולים בשמירתם; אך אין לראות בה הסכמה להסתלקות מוחלטת של השומר והטלת כל האחריות על אשתו או בנו. אלא שאף על פי שבן ביתו של השומר רק מסייע לו בשמירתו, הוא הנושא בעיקר האחריות, וממנו יתבע בעל הנכס תחילה, ורק אם אין לו ממה לשלם, חוזר בעל הנכס על השומר.

יש סיבות אחדות לכך שאין אומרים שבן הבית בא במקומו לגמרי: (א) בן הבית מתכוון לשומר את הנכס בשביל השומר, שהוא בעל הבית שלו, ולא בשביל בעל הנכס, ולכן אינו בא במקום השומר כשומר של בעל הנכס¹⁸⁹. (ב) אין שומר יכול לחזור בו מן התחייבותו לשומר תוך הזמן שנקבע לשמירה¹⁹⁰, ולכן לא יוכל להסתלק כאן מן השמירה על ידי העמדת שומר אחר; אלא שאם בן הבית יכול לשלם, אין בעל הנכס יכול לתבוע את השומר, מפני שמבחינתו הוא שמר כראוי בכך שמסר לבן ביתו¹⁹¹. (ג) יש להניח שבעל הנכס לא רצה שבן הבית יהיה שומר בלעדי שלו, והשומר יסתלק, שהרי אילו רצה בכך, היה מוסר מראש לבן הבית לשמור¹⁹². (ד) יש לחייב את השומר, מפני שהוא היה צריך לדעת שדרכו של בן בית זה לשומר שמירה גרועה ולפשוע, כפי שהתברר בסופו של דבר שהוא פשע, ולא היה לו למסור

¹⁸⁵ שו"ת תקפו של יוסף, חלק א, סימן ט (וכוונתו היא שהדין כך גם לרמב"ם, שכן הוא פוסק אחר כך כרמב"ם). ראה דבר דומה בשמו בסעיף 1(ב), במילואים להערה 8.

¹⁸⁶ רבנו תם, בתוספות, ב"מ מב ע"ב (ד"ה כל המפקיד), בתוספות רבנו פרץ, ב"מ שם, בתוספות שאנץ, בשיטה מקובצת, ב"מ שם, ובשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנח.

¹⁸⁷ תוספות שם.

¹⁸⁸ באור זרוע שם הנוסח הוא: "אבל אם פשעו ואין להם מה לשלם", וכך מובאת שיטה זו ברוב הפוסקים, שהשומר חייב דווקא אם אין לבן הבית במה לשלם – ראה לפני ציון הערה 178 (ראה להלן, בהסברים לדעת רבנו תם, ליד ציוני הערות 189-191 ו-193, מדוע הוא פוטר אם יש לבן הבית במה לשלם).

¹⁸⁹ חידושי הרמב"ן, ב"מ לו ע"א: "שמירתן משום שמירתו של השומר".

¹⁹⁰ ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 10.

¹⁹¹ דברי התורה, רצא, כג.

¹⁹² שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ג, סימן קמג (אינו אומר זאת לנמק את דעת רבנו תם, אלא לדחות הסבר בדעת הרמב"ם). הרמב"ם יוכל להשיב על כך, שייתכן שלא אכפת לו מי יהיה השומר הבלעדי שלו, השומר או בן ביתו, ובחר באחד מהשניים, ואין בכך הוכחה שאינו רוצה באחר.

לו. אלא שאם יש לבן הבית במה לשלם, השומר פטור, מפני שאין לחייבו חיוב מוחלט מצד מה שהיה לו לדעת שדרכו של בן הבית לפשוט, שהרי בסופו של דבר בן הבית הוא זה שפשע, ועליו האחריות; וגם אם השומר ידע שדרכו של בן הבית הזה לשמור את נכסיו (של השומר) שמירה פחותה וגרועה, הוא יכול לטעון: "חשבתי שמאחר שהוא יודע שזהו נכס של אדם זר, הוא ישמור יותר טוב"¹⁹³.

רבנו תם מציע טיעון להוכיח את צדקת דעתו: אם נאמר שכשאין לבן הבית במה לשלם, השומר פטור, אזי "כל מה שהופקד אצל בעל הבית, תבוא אשתו ותאכל ותיפטר!"¹⁹⁴. כלומר, לא ייתכן לקבוע שהשומר מסתלק לגמרי מאחריותו, ובמקומו באים אשתו ובניו, שהרי בדרך כלל אינם יכולים לשאת בתוצאות אחריותם, כיוון שאין להם במה לשלם. קביעה כזאת עלולה לגרום למצב בלתי נסבל, שלא יהיה שום ביטחון לבעלי נכסים המפקידים אותם אצל אחרים, שיוכלו לקבל תשלום במקרה של אבדן הנכס. עלינו לדאוג לכך שיהיה ביטחון כזה להפקדת נכסים, למען תקינות סדרי החברה¹⁹⁵. הדבר נכון במיוחד לגבי אשתו של השומר, שבהיותה אשת איש, כל נכסיה קנויים לבעלה, ואינה יכולה לשלם בהם.

השיטה הקודמת, שיטת הרמב"ם, תוכל להשיב על טיעון זה, שאין בהפטר השומר בנידוננו כדי לגרום חוסר ביטחון לבעלי נכסים, מפני שיש בכל זאת אפשרות לבעל נכס להימנע מן הסיכון הזה, שבן ביתו של השומר יפשע בנכס, ולא ישלם. דרך אחת מציע הרמב"ן: "המפקיד צריך שידקדק למי מפקיד, כיוון שיכול הנפקד להפקיע ממון חברו ונפטר, ואי לא עיין ודקדק, איהו דאפסיד אנפשיה [=הוא גרם הפסד לעצמו]"¹⁹⁶. כלומר, הוא יוכל לברר מראש, ולמסור רק לאדם שיוכל לסמוך עליו שלא ימסור לבני ביתו, או לאדם שיש לבני ביתו במה לשלם. הריטב"א רומז לאפשרות דומה: "דכיוון דעל דעת אשתו ובניו הוא מפקיד, ונתן לו סתם ולא פירש, הוא רצה לזוק בנכסיו"¹⁹⁷. כלומר, הוא היה יכול להתנות עם השומר מראש שלא ימסור לבני ביתו.

כדין מקרה שאין לבן הבית במה לשלם, שבו רבנו תם מחייב את השומר, כך דיין מקרה שבן הבית נמצא במקום רחוק, כך שבעל הנכס אינו יכול לגבות ממנו – גם אז השומר חייב לפי רבנו תם. דבר זה מקביל לדין ערב, שהוא חייב לשלם אם הלווה במקום רחוק, כשם שהוא חייב אם הלווה אין במה לשלם¹⁹⁸. אלא שאם בן הבית נמצא במקום שאינו כל כך רחוק, בית הדין שולח אליו שליח להזמין אותו לבוא לשלם, ורק אם הוא במקום רחוק כל

¹⁹³ פרישה, חו"מ, רצא, כג.

¹⁹⁴ גהות מיימוניות, הלכות שאילה, ד, אות כ; סמ"ג, עשה פח; תוספות, חידושי הרמב"ן, ותוספות רבנו פרץ – שם; רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כג, ותוספות הרא"ש, ב"מ מב ע"ב; פסקי רקנטי, סימן שס; חידושי הר"ן, ב"מ לו ע"א; טור, חו"מ, רצא, כג.

¹⁹⁵ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תמ, הקשה על סברת רבנו תם, שאם לא נוח לבעל הנכס בכך שהשומר יכול למסור לבן ביתו ויאכל ויפטר, אל יפקיד את נכסיו, שהלא אין מצווה להפקיד פקדונות? ר"מ קרישפין, בשו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן ח (דף נח ע"א), עונה על כך, שמצינו שחכמים עשו תקנה שאדם יוכל למצוא שומר שיוכל להפקיד אצלו נכס כשיצטרך, ואם כך בוודאי שאיננו יכולים לומר לאדם הבא בפנינו, "אל תפקיד". על פי דבריו הסברנו בפנים את טענת רבנו תם.

¹⁹⁶ הרמב"ן, הובא בחידושי הרא"ה, בשיטה מקובצת, ב"מ לו ע"א (ד"ה הא גדולים פטור).

¹⁹⁷ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ לו ע"א (הובא בשו"ת מעיין גנים, עבאדי, חו"מ, סימן כז).

¹⁹⁸ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן נ (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, עב, הגהות הטור, אות מח), כותב כך על מקרה שמסר ברשות מפורשת, ובאותו שלב בתשובתו הוא משווה מסירה ברשות מפורשת למסירה לבני ביתו.

כך, שהליכת השליח וחזרתו תארכנה יותר משלושים יום, אין שולחים שליח, ומחייבים את השומר לשלם, כפי שכך הדין גם במקרה המקביל בערב¹⁹⁹. אותו דין חל גם במקרה שבן הבית כאן ואילו נכסיו בעיר אחרת – השומר חייב, ואין מטריחים את בעל הנכס ללכת לאותו מקום כדי לגבות את חובו מן הבית. כך הדין גם בערב, אם נכסי הלווה מרוחקים²⁰⁰. אותו דין חל גם במקרה שבן הבית מת, כך שאי אפשר לגבות ממנו²⁰¹.

יש שני חריגים לחיוב השומר לדעת רבנו תם:

(א) אם הנכס מעולם לא בא לידי של השומר, אלא אשתו קיבלה את הנכס מבעל הנכס בעצמה, ופשעה בו, הוא פטור לגמרי²⁰².

(ב) אם בן הבית לא פשע, אלא הנכס נגנב או אבד, הראשון פטור (אם הוא שומר חנם) אפילו אין לבן הבית במה לשלם²⁰³. לגבי גנבה ואבדה אין מקום לנימוק ש"כל שומר יתן לאשתו ותאכל". גם אין לחשוש שכל שומר יתן לאשתו ותאכל ותטען בשקר שאירעו גנבה ואבדה או אונס ויופטר, מפני שאם תישבע על כך, אין לחשוש שהיא משקרת, שהרי שבועתה קבילה לבעל הנכס, ואם לא תרצה להישבע, השומר באמת יהיה חייב²⁰⁴.

לעניין פסק ההלכה במחלוקת זו, השולחן ערוך²⁰⁵ סתם כדעת הרמב"ם וסיעתו, שהשומר מסתלק מאחריותו לגמרי. לעומתו, מביא הרמ"א²⁰⁶ עם דעת הרמב"ם גם את דעת רבנו תם, ואינו מכריע ביניהן.

שאלת הסתלקותו של השומר הראשון מאחריותו במקרה שמסר השומר לשכירו או לשותפו או לאדם אחר שדרכו או שדרך בני אדם למסור לו, לא התפרשה בדברי המרדכי, שלימד, כמובא לעיל, על הפטר שומר במקרה זה. אך מאחר שהלכה מחודשת זו מקורה בדין שומר שמסר לאשתו ובניו, נראה שמחלוקת הראשונים שהוזכרה לעיל קיימת גם במקרה זה²⁰⁷. נכון הוא שטענתו של רבנו תם להטלת אחריות משנית על השומר, "כל מה שהופקד אצל בעל

¹⁹⁹ פנים במשפט, עב, ס"ק נג.

²⁰⁰ פנים במשפט שם. הוא עוסק במסירה למורגל בשמירה, אבל אין סיבה להבדיל בינו לבין נידונו. לגבי מקרה אחר שערב חייב בו, שהלווה אלים, מצאנו ששו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יט (דף קא ע"א), כותב בדעת רבנו ירוחם שהמוסר למורגל בשמירה פטור אפילו הלה פשע ואינו רוצה לשלם – הרי שהשוה מקרה זה למי שאין לו לשלם.

²⁰¹ דברי חיים, דיני שומרים, סימן ה, בסופו.

²⁰² שו"ת הרדב"ז, סימן אלף רי (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קמה). בנידונו הבעל ה"שומר" לא ידע כלל שעליו לקבל שמירה*.

²⁰³ שו"ת דברי ריבות, סימן קה (על אונס); שו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יט (דף ק ע"ג). מקצוע בתורה, עב, ס"ק עח, מוכיח זאת ממה שהרמ"א נוקט דווקא מקרה שפשע.

²⁰⁴ מקצוע בתורה שם. אך שו"ת דברי ריבות, סימן ריח (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קמד), כותב שאם לא ידוע בוודאי שבן הבית פשע, רבנו תם יפטור את השומר. על מקרה שבן הבית אינו רוצה להישבע, עיין תשובת תלמידי הרשב"א, בבית יוסף, חו"מ, רצא, כה.

²⁰⁵ שו"ע, חו"מ, רצא, כד. כך פסקו גם: שו"ת מהריט"ץ, סימן כא, בסופו; ערך לחם, חו"מ, רצא, כד; שו"ת פקפו של יוסף, חלק א, סימן ט; ר' יעבי"ץ, בשו"ת חוק ומשפט, סימן קנב (בהגהה); שו"ת מעיין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ט (עמ' 298).

²⁰⁶ רמ"א, חו"מ, רצא, כד*.

²⁰⁷ שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן כ, כותב שהמחלוקת קיימת גם לגבי משרת. שו"ת דברי מרדכי (קרישפין), חו"מ, סימן יט וסימן כ, כותב שגם לגבי מקרה שמסר למי שמקובל שמוסרים לו, יכול לטעון "קים לי" כרמב"ם. גם לחם רב שהבאנו במילואים להערה 202 מביא את דעת רבנו תם לגבי המוסר לפקידו. פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ח, כותב שגם לגבי משרת יכול לומר "קים לי" כרמב"ם.

הבית תבוא אשתו ותאכל ותיפטור", קיימת דווקא כששומרי המשנה הם בני ביתו של השומר, שבדרך כלל אין להם לשלם, ושהוא מעוניין שהם יֵהנו מן הנכס²⁰⁸. אך כאמור לעיל, אין זה הטעם העיקרי של שיטה זו. הטעם העיקרי לשיטת רבנו תם הוא, ששומרי המשנה שומרים עבור השומר שהוא בעל הבית שלהם, ואינם שומרים עבור בעל הנכס, וטעם זה גם קיים במקרה הנדון.

בפרק ג, במסגרת הדיונים בסייגים להפטר שומר שמסר ברשות, נדון בסייגים שונים להפטר שומר שמסר לבני ביתו: שואל שמסר לבני ביתו (פסקה 1); פשע בן הבית בנוכחות השומר (פסקה 2 (א)); גרם השומר לפשיעת בן הבית (פסקה 2 (ב)); יצא השומר לחו"ל והניח את הנכס ביד בני ביתו (פסקה 2 (ג)); מסר לבן ביתו החשוד כגנב, או שידוע שבן הבית גנב את הנכס (פסקה 3); מסר לבנו הקטן, או לבן ביתו שאינו שפוי (פסקה 3); קיבל בן הבית על עצמו אחריות ברמה נמוכה מזו של השומר (פסקה 4 (ב)); הסתיר מבן הבית שהנכס שייך לאחר (פסקה 5 (א)-(ב)); מסר לבן ביתו שהוא עני (פסקה 6); מסר לבן ביתו לעשות בנכס טיפול מיוחד או שימוש שלמענו קיבל את הנכס מבעל הנכס (פסקה 7).

6. מסירה למי שרגיל בעל הנכס להפקיד אצלו

(א) כללי

סוג אחר של רשות מכללא הוא במסירת הנכס לאדם שבעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו בעבר (בפוסקים לעיתים נקרא אדם כזה בקיצור "רגיל"; אנו נקרא לו "מורגל בשמירה" או "מורגל", לשם קיצור ונוחיות).

מקורה של רשות זו בסוגיית התלמוד²⁰⁹, ועל פיה קובע הרמב"ם²¹⁰: "אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני, הרי זה השומר הראשון פטור מלשלם, שהרי הוא אומר לבעלים: 'זה הדבר שהפקדתם אצלי או השאלתם אצלי, אמש הייתם מפקדין אותו אצל זה שהפקדתי אני אצלו'".

במקרה זה, השומר פטור אם אבד הנכס בנסיבות פוטרות לפי רמת אחריותו. זאת בניגוד לשומר שמסר שלא ברשות, שהוא חייב גם אם אבד הנכס בנסיבות פוטרות, ואינו יכול להסתייע בשבועתו של השני לבירור נסיבות האבדן, משום שבעל הנכס דוחה את שבועתו בטענת "האיך לא מהימן לי בשבועה", כפי שהסברנו בפרק א, 2. כאן, מאחר שבעל הנכס עצמו סמך על האחר והפקיד אצלו בעבר, אינו יכול לטעון שהוא אינו מהימן בעיניו, ולכן שבועתו של האחר בדבר אבדן הנכס בנסיבות פוטרות תוכל לפטור את הראשון מתשלום. אין הכוונה ששבועת השני פוטרת את הראשון מחובתו להישבע, שהרי לא ייתכן שאדם זר יפטור משבועה מי שמוטלת עליו שבועה. הכוונה היא שאין כאן על הראשון חיוב שבועה כלל, מפני שעל דעת זה הפקיד אצלו בעל הנכס, שיוכל למנות שומר אחר שיהיה במקומו, אם יהיה מהימן בעיני בעל הנכס²¹¹.

יש אומרים שקיים הבדל בין מסירה למורגל בשמירה לבין מסירה לבני ביתו של השומר.

²⁰⁸ המהדיר בשו"ת ר"א בן ארחא, סימן ט, הערה 12, העלה אפשרות שרבנו תם יפטור כאן כיוון שהנימוק הזה אינו קיים כאן.

²⁰⁹ ב"מ לו ע"א, בענין הגננים שהיו מפקידים את כליהם אצל זקנה מסוימת.

²¹⁰ רמב"ם, הלכות שכירות, א, ד.

²¹¹ חזון איש, חו"מ, סימן ה, ס"ק יא.

אף שבשני המקרים פטור השומר בדיעבד, אם מסר, הרי בעוד שלבני ביתו מותר לשומר למסור לכתחילה, כפי שראינו בפסקה 5, אסור לו לכתחילה למסור למורגל בשמירה. רק לגבי בני ביתו של השומר מניחים מן הסתם שבעל הנכס מסכים שהנכס יימסר להם, משום שזאת ההתנהגות המקובלת בין אנשים, למסור לבני ביתם, ואין לומר כן לגבי מסירה למורגל בשמירה²¹². אולם פוסקים אחרים התיירו לכתחילה למסור למורגל בשמירה²¹³. אם אסר בעל הנכס במפורש על השומר למסור למי שמורגל בשמירה, והשומר מסר לו בכל זאת, הוא חייב, גם אם בעל הנכס אסר זאת עליו רק לאחר שהפקיד אצלו. באזהרתו זו, מראה בעל הנכס שעכשו הורעה בעיניו מהימנותו של המורגל, והוא הופך להיות כמו אדם זר, שבעל הנכס זכאי לטעון שאינו מאמין לשבועתו²¹⁴. כמו כן, אם המנהג היה ששומר מסוג מסוים אינו מעביר את הנכס לשום אדם בלי לקבל רשות מפורשת מבעל הנכס, הוא חייב אם מסר לאחר בלי רשות מפורשת, גם אם מסר למי שבעל הנכס רגיל לשלוח לו²¹⁵.

(ב) קביעת "רגילותו" של בעל הנכס להפקיד אצלו בסוגים של רשות מכללא שנידונו בפסקאות הקודמות, הרשות למסור הוסקה מהתנהגות בעל הנכס לגבי ההפקדה הנידונה. לעומת זאת, הרשות מכללא הנתונה לשומר שמסר למי שרגיל בעל הנכס להפקיד אצלו, מוסקת מתוך התנהגותו של בעל הנכס בהפקדות קודמות, כלומר רגילותו להפקיד אצל האחר. השאלה היא, באילו תנאים ניתן להסיק ממנהגו של בעל הנכס בעבר, שהוא מסכים עתה להפקדת הנכס אצל השומר השני?
 ר' יעקב וייל לומד מלשון הרמב"ם, שהגדיר את המקרה שבו נתונה הרשות כ"דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני" – "משמע שהאמינו תמיד ולא שהאמינו לפרקים" (לשון ר' יעקב וייל). הפקדה פעם או פעמיים אצל השומר השני אינה מלמדת שהוא מהימן בעיני בעל הנכס, שכן אפשר שההפקדה נעשתה מחוסר ברה, וזהו דבר שאין לומר אם "האמינו תמיד" – שלוש פעמים או יותר²¹⁶.
 יש אומרים, שגם לדעת ר' יעקב וייל, אם השומר מסר לאותו שליח שבעל הנכס שלח איתו את הפיקדון אליו (אל השומר), הוא פטור, כיוון שגילה בעל הנכס אמון בשליח לגבי הפקדת הנכס הזה עצמו, וזאת גם אם מעולם לא הפקיד אצלו בעל הנכס מלבד שליחות זו²¹⁷.

²¹² שו"ת שער אפרים, סימן קלג (ד"ה ואין לדקדק); שו"ת רביד הזהב, סימן כח (בהגהה); שו"ת בני אברהם, סימן צג (כמובא בספר אם הדרך, על הרמב"ם שם, ולא מצאנוהו); צמח צדק, ב"מ לו ע"א.
²¹³ חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ לו ע"א; שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן רכו; קצות החושן, שם, ס"ק ד; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לו (ד"ה וא"כ); ר' בונם איגר, זכרון יצחק (גולדשמיד), עמ' מא (גם להשאל לו, מפני שאיסור מסירה לאחר הוא מחשש שיגנוב, וכאן הוא מאמין לו); אם הדרך שם; שו"ע הרב, הלכות מציאה ופיקדון, סימן ל (בשומר רגיל), והלכות שאילה שכירות וחסימה, סימן א (בשואל ובשוכר); קיצור שולחן ערוך, סימן קפה, א (בשואל ובשוכר), וסימן קפה, ד (בשומר אחר); כסף הקדשים, רצא, כו; חכמת שלמה, חו"מ, שמב, א (בשואל); ברורי הלכה (מענה שמחה) ד (תשנ"א), עמ' 56 (הערה 28, בדעת הש"ך), ועמ' 58 (בדעת הרמב"ן, הרשב"א, נימוקי יוסף ומגיד משנה).
²¹⁴ שו"ת דברי מלכיאל, חלק ד, סימן קמה, הובא בבית יעקב, רצא, כא.
²¹⁵ שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן רכו. נידונו: "קונסול" שאחראי להעביר סחורות ממקום למקום.
²¹⁶ שו"ת מהר"י וייל, סימן לא, הובא בבית יוסף, חו"מ, רצא, כה, ובכסף משנה, הלכות שכירות, א, ד, בקונטרס אמר שומר (קד ע"א), ובשו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן פג.
²¹⁷ שו"ת ושב הכהן, סימן יז (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק טז), על פי ר' שמחה, באור זרוע, הלכות

אבל יש מחייבים את השומר גם במקרה כזה, מפני שייתכן שבעל הנכס האמין לו רק לשליחות, שהיא לזמן קצר, ולא לשמירה סטאטית, שהיא לזמן ארוך.²¹⁸ כנגד ר' יעקב וייל, סבור ר' יוסף קארו שגם אם לא היה בעל הנכס מפקיד תמיד אצל אדם זה, פטור השומר שמסר לו²¹⁹. לדעתו, הרמב"ם נקט "תמיד" רק כדי "לאפוקי אם הפקיד אצלו בשעת חרום ויוצא בו, דבאותם זמנים שהם זמני טרדא ובהלה, אדם מפקיד נכסיו אפילו אצל מי שאינו נאמן אצלו, לסיבות מתחדשות אצלו כפי הזמן, ולכן אין לומר שהוא מחזיקו לנאמן אלא על ידי שהפקיד אצלו בשעת יישוב ושופי". אם כן, לדעת ר' יוסף קארו, "תמיד" אינו מורה על תדירות ההפקדה אצל השומר השני, אלא על קיומה גם "בשעת יישוב ושופי", וזהו תנאי להיותו קרוי מורגל בשמירה²²⁰.

(ג) אדם שנעשה חשוד או העני בינתיים

דבר נוסף שמסיק ר' יוסף קארו מדברי הרמב"ם הוא, שהרשות מכללא קיימת רק אם יש סבירות שבעל הנכס יתמיד ("תמיד") להפקיד אצל השומר השני. לכן, אם היה רגיל להפקיד אצלו, ואחר כך העני הלה או נעשה חשוד, אין רשות מכללא למסור לו, משום שהרגל בעל הנכס להפקיד אצלו קודם לכן, אינו מוכיח שהוא עדיין מחזיק אותו למהימן²²¹. גם אם הוא לא נעשה "חשוד" ממש, במובן זה שהוא מאבד את היכולת להישבע בבית דין, אלא רק הורעה מאיזו סיבה חזקה מהימנותו, שומר המוסר לו – חייב²²². גם אם לא נתפרסם ברבים שהוא נעשה חשוד, חייב השומר שמסר לו, מפני שהיה לו לברר היטב בדבר מהימנותו, לפני שימסור לו²²³. מדובר במי שנעשה חשוד בעיני בית דין באופן אובייקטיבי, אך אם לא נעשה חשוד בעיני בית דין, לא יוכל בעל הנכס לטעון שנעשה חשוד בעיניו בינתיים, ואיבד את מהימנותו בעיניו. כל בעל נכס מוסר לשומר על דעת שיוכל השומר למסור למי שהיה מורגל בשמירה אצלו, ואילו חשד באדם זה, היה צריך לומר לשומר שלא למסור לו, שמא ימסור לו מתוך אי ידיעתו על השתנות יחסו של בעל הנכס כלפיו; משלא אמר לו כך, גרם לעצמו את ההפסד. זאת ועוד: מאחר שאנו יודעים שבשלב מסוים, לפחות, היה נאמן בעיני בעל הנכס, אינו יכול לטעון שהשתנה משהו, כל זמן שלא ראינו הוכחה להרעת מהימנותו²²⁴. השומר חייב גם אם האדם הזה היה חשוד כבר בזמן שבעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו. השומר לא יוכל לטעון: "הרי אתה הראית בהתנהגותך שאתה מאמין לו למרות שהוא חשוד", משום שבעל הנכס ישיב לו: "אני רשאי לעשות בנכסי כרצוני, אפילו לְרַקם לים, ולכן מסרתי את הנכס לאותו אדם, אבל אתה אינך רשאי למסור לאדם חשוד נכס שלי המופקד אצלך לשמירה". לא היה לשומר ללמוד מן העובדה שבעל הנכס היה מוסר לו, שהוא יודע שבאמת הוא אדם מהימן. היה לו להעלות על הדעת אפשרות שבעל הנכס מסר לו מפני שלא חשד

גיטין, סימן תשז, בשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רלה, ובהגהות אשרי, גיטין, פרק א, סימן יט (הובא בים של שלמה, גיטין, פרק א, סימן מב).*

²¹⁸ **לְחִזְקַת מִסְתָּרִים, טַבְּעָא בְּמִלּוּאִים וְהַשְׁמַרָה קְרִימוּנָה**, סימן כו, אות ד.*

²²⁰ כך פסקו גם: שו"ת אהלי יעקב, סימן מו; שו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן פג; שו"ת גנוי שלום, חו"מ, סימן ה; שו"ת חוט השני, סימן פא. ראה גם במילואים להערה 163, שרד"ג גולדברג סבור שאינו נחשב מורגל אם בעל הנכס היה מוכרח למסור לו מפני שהיה בעל המלאכה היחיד.

²²¹ כך פסק חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ לו ע"א, הובא בבית יוסף ובכסף משנה שם.*

²²² שו"ת ושב הכהן, סימן יז, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק טז; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, מח.

²²³ מנחת הגרשוני, הלכה מה. ראה עיקרון דומה בשם רח"א מילר, במילואים להערה 354.

²²⁴ שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ט. וראה במילואים להערה 234, על דבריו אלו.

בו שיגנוב ממנו, מפני שהוא היה חברו; וחברות זו אין בה כדי להצדיק את מסירת הנכס לאותו אדם על ידי השומר, מכיוון שחברות זו אינה עשויה להשפיע עליו לטובה בשעה שהשומר הוא שמוסר לו את הנכס. אלא שבכל זאת יש הבדל בין מקרה זה לבין מקרה שבתחילה לא היה חשוד ונעשה חשוד רק אחרי הזמן שבעל הנכס היה מפקיד אצלו. אם היה חשוד עוד בתחילה, והשומר מסר לו, ואמר לו שזהו נכס של פלוני (בעל הנכס), הוא פטור. מאחר שאדם זה היה רגיל לשמור בנאמנות על נכסיו של בעל נכס זה מתוך ידידותו אליו, גם עתה ינהג כך. השומר חייב רק אם גרם לאדם זה לחשוב שהנכס שייך לו (לשומר), שאז לא ישמור בנאמנות. לעומת זאת, אם אדם זה לא היה חשוד בזמן שבעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו, ורק כעת הוא נעשה חשוד, שומר המוסר לו חייב גם אם אמר לו מי הוא בעל הנכס, שכן אין סיבה ששניח שאדם זה ישמור בנאמנות בעבור בעל הנכס הזה, גם לאחר שהוא נעשה חשוד²²⁵.

(ד) הפסקה בהפקדת בעל הנכס

ר' יעקב קשטרו פירש שהרמב"ם נקט "תמיד" למעט מקרה שהפסיק בעל הנכס להפקיד אצל השני זמן רב לפני שמסר לו השומר הראשון. נימוקו הוא: "כי באורך הזמן ישתנו הדעות והסברות של בני אדם". אי אפשר ללמוד מדעת בעל הנכס שלפני זמן רב, על דעתו עתה. לכן אם השומר מסר לשני עכשו, הוא חייב²²⁶.

יש שגם הפסקה של זמן קצר בהפקדה אצל השני גורעת ממנו את ההגדרה כמורגל בשמירה. אם פעם אחת היה לבעל הנכס צורך להפקיד נכס לשמירה, ואדם זה היה מצוי לידו, ולא הפקיד אצלו אלא הפקיד אצל מישהו אחר – הוא איבד בכך את הגדרתו כ"מורגל בשמירה", ושומר המוסר לו – חייב. כאן יש רגליים להנחה שבעל הנכס אינו מאמין לו עוד, שלכן לא הפקיד אצלו כשהייתה לו הזדמנות לעשות זאת²²⁷. אבל אם הסיבה שהפקיד או אצל מישהו אחר הייתה משום שאדם זה לא היה מצוי לידו, ולא הייתה לו הזדמנות להפקיד אצלו, לא איבד בכך את הגדרתו כמהימין בעיניו, מפני שאין שום הוכחה לכך שהלה כבר אינו מאמין²²⁸.

(ה) התחשבות בערך הנכסים שהיה רגיל להפקיד אצלו

לשון הרמב"ם: "דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה", מלמדת על זהות מסוימת בין הנכס שבעל הנכס היה רגיל להפקיד אצל השני לבין הנכס שמסר לו השומר הראשון עתה. מכך מסיק ר' יוסף קארו, שערך הפיקדון שלגביו נתונה הרשות מכללא, מוגבל לערך הנכס שרגיל בעל הנכס למסור בידי השומר השני. אין רשות מכללא למסור לו נכס השווה יותר מאותו ערך, שמא אין בעל הנכס מאמין לו ביותר מאותו שיעור²²⁹. אם השומר מסר למורגל בשמירה נכס בעל ערך גבוה יותר מזה שבעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו, הוא חייב על הכול, ולא רק על ההפרש שבין ערך הנכס לבין הערך שהיה רגיל להפקיד. בעל הנכס האמין לו לגבי נכס זול, בהנחה שאם זה יהיה נכס זול, הוא לא יגנוב אותו, ולא ישקר לגביו, משום שזהו עברה תמורת רווח מועט; אבל הוא חושד בו שאם זה יהיה נכס יקר, הוא יגנוב את כולו,

²²⁵ הר הכרמל שם.

²²⁶ שו"ת אהלי יעקב, סימן מו.

²²⁷ ב"ח, חו"מ, רצא, כה.

²²⁸ ב"ח שם, הובא בשו"ת ר' גבריאל אשכנזי, חלק א, סימן ב (עמ' 39).

²²⁹ בית יוסף וכסף משנה (שצוינו בהערה 216).

או יכפור לגבי כולו, כיוון שמדובר ברווח גדול בעברה אחת. נמצא, שאין לו שום נאמנות בעיני בעל הנכס על נכס יקר, גם לא נאמנות חלקית²³⁰.

אם אשתו של בעל הנכס רגילה לשאת ולתת בנכסיו ולטפל בעסקיו, דינה כמורגל בשמירה לגבי שמירת כל נכס, בלי הגבלה של ערך, שהרי בעלה, בעל הנכס, מאמין לה בטיפולה בכל נכסיו²³¹.

אבל יש אומרים שגם אם הנכס הנוכחי שווה יותר מן הנכסים שבעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו, השומר המוסר לו – פטור. לדעתם, אין זה סביר להניח שבעל הנכס מאמין לו דווקא על סכום קטן ולא על סכום גדול²³². יש גם דעה חולקת לקצה השני, ולפיה שומר המוסר למורגל בשמירה פטור רק אם הוא מוסר אותו נכס שבעל הנכס היה מוסר לו, בהתאם למובן המילולי של דברי הרמב"ם: "רגילים להפקיד דבר זה", ובהתאם למעשה המסופר בתלמוד על הגננים, שהיו מוסרים לזקנה את כלי עבודתם, ואת אלו מסר השומר לזקנה. דעה זו סבורה שאין הוכחה שבעל הנכס מאמין לו לגבי שמירת נכס אחר, מפני שיתכן שדווקא על נכס זה היה מאמין לו²³³.

(ו) הפקיד בעל הנכס אצל אדם מסוים לאחר שהשומר מסר לו ר' אליהו ישראל מרודוס פסק, שאם מסר השומר את הנכס לאדם מסוים, ולאחר מכן הפקיד בעל הנכס נכס אחר אצל אותו אדם, אין זה מחיל עליו דיני מורגל בשמירה²³⁴. לפי דעה זו, השומר פטור רק אם מסר את הנכס לאדם שכבר הראה בעל הנכס שהוא מאמין לו, על ידי שהפקיד אצלו בעבר נכס לשמירה.

ייתכן שהדבר תלוי במחלוקת התוספות והרא"ש, שהבאנו בפרק א, 2, לגבי שומר שמסר לסתם שומר, ובעל הנכס מודה שהוא מאמין לשני. ראינו, שלפי התוספות, כאן אינו יכול לטעון: "האיך לא מהימן לי בשבועה"; ואילו הרא"ש סבור שהוא יכול לדחות את השבועה של השני, בנימוק שאין לשומר זכות לכפות עליו לקבל שבועה מאדם שאין לו עסק עמו – כלומר, שמסר לו בלי רשות. אף כאן, המסירה הייתה בלי רשות, שכן בשעה שמסר לאדם זה עדיין לא הייתה הוכחה שבעל הנכס מאמין לו; ומצד שני, בעל הנכס הודה אחר כך שהשני

²³⁰ ציון במשפט, אות קעה (לסימן רצא).

²³¹ שו"ת מהר"י לבית לוי, סימן עח. תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן ג, שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף צו (הובא בים של שלמה, ב"ק, פרק ט, סימן לט), מרדכי, ב"מ, סימן רעב, ואגודה, ב"מ, סימן נ, כותבים בסתם שדינה של אשה כזאת כדין מורגל בשמירה. גם שו"ת מהרי"ק, שורש עז, כותב שהיא נחשבת מורגל, ואינו עושה הגבלה על ערך הפיקדון; אבל הוא סובר כך גם בשאר מורגל – ראה בשמו במילואים להערה 232. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה), סימן צג, כותב שאם מסר לאשת בעל הנכס, כשהיא בחיבה עם בעלה, הוא נחשב כמו מוסר למורגל, מפני שכל מה שיש לו הוא נותן בידה, ומאמין לה; אבל לא בזמן שהיא ובעלה מסוכסכים.

²³² כך כותבים ציון במשפט שם, ושו"ת די השב (בונאן), חו"מ, סימן כו, בדעת שו"ת ר"א אבן טוואה, סימן כא, שפטר שומר שמסר למורגל בשמירה קופה מלאה מטבעות כסף וזהב שהופקדה אצלו בשעת חירום, על אף שיש להניח שבעל הקופה מעולם לא הפקיד אצל אדם זה נכס בעל ערך גבוה כזה, שהרי רק בשעות חירום רגילים להפקיד נכסים יקרים כל כך*.

²³³ שו"ת תורת אמת, סימן קנ; שו"ת אהלי תם, סימן קסג; כבוד יום טוב, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ד, בדעת מהר"י וייל; חידושי חתם סופר, ב"מ לו ע"א, בדעת הרמב"ם (שרק או אין מקום לומר "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר"); ר' אברהם מוטאל, בשו"ת בני אהרן, סימן יא, בדעת הרמב"ם; פרי עץ חיים, חלק ב, סימן סח (מס' 229); י"ק רייניץ, מחקרי משפט ד, עמ' 168, הערה 5.

²³⁴ ר' אליהו ישראל, בשו"ת נחפה בכסף, חלק ב, חו"מ, סימן טו*.

מהימן בעיניו – בכך שהוא הפקיד אצלו את הנכס. אם כן, לפי התוספות, לא יוכל בעל הנכס לדחות את שבועת השני; ואילו לפי הרא"ש, הוא יוכל לדחותה. יש להעיר, שלפי ניתוח זה עולה שלפי הרא"ש יוכל בעל הנכס לדחות את שבועת השני גם אם הפקיד אצלו משהו לפני שמסר לו השומר את הנכס, ובלבד שזה היה אחרי ההפקדה אצל השומר (ועל מקרה כזה לא דיבר ר' אליהו ישראל).

(ז) אנשים אחרים שיש להניח שבעל הנכס מאמין להם דיני המורגל חלים גם על סוגי אנשים הקשורים לבעל הנכס, שאפשר להניח מן הסתם שבעל הנכס מאמין להם. באלו, גם אם לא היה בעל הנכס רגיל להפקיד מנכסיו אצלם באופן ספציפי, הוא לא יוכל לטעון שאינם מהימנים עליו בשבועתם. סוג אחד הוא – בני ביתו של בעל הנכס, הסמוכים על שולחנו. שומר המוסר להם – פטור, מפני שדרך אדם למסור את נכסיו בידיהם ולהאמין להם, אם הם בני דעת. כאן אין צורך שיהיה ידוע שהתקיימו התנאים דלעיל בהגדרת מורגל בשמירה, כגון מספר הפעמים שהפקיד אצלו, מפני שמניחים מן הסתם שהוא רגיל להפקיד אצלם.²³⁵ סוג אחר הוא שותפו של בעל הנכס, שיש להניח שהוא מאמין לו כמו לכל מורגל.²³⁶ כך גם במי שמשרת את בעל הנכס בחנותו, שבעל הנכס מאמין לו בדברים שהוא מניח עמו בחנות.²³⁷ כמו כן, השוכר עגלה וסוסים עם פועל של בעל העגלה – פטור מאחריות על העגלה והסוסים, מפני שהוא מוסר אותם לאחריותו של הפועל, והפועל הוא כמו מורגל בשמירה, לפחות ביחס לעגלה ולסוסים, שהוא רגיל לנהוג בהם עבור בעל העגלה.²³⁸ עוד סוג אדם שחלים עליו דיני מורגל גם אם לא הפקיד אצלו בעל הנכס מעולם, הוא מי שבעל הנכס הודיע לו (לשומר) שהוא אדם מהימן.²³⁹

(ח) בשניים שהפקידו, או שהפקיד אחר בשליחות בעל הנכס נכס השייך לשני אנשים, והשומר מסר אותו לאדם שאחד מבעלי הנכס היה רגיל להפקיד אצלו והשני לא היה רגיל להפקיד אצלו, השומר פטור על החלק של זה שהיה רגיל להפקיד אצלו, וחייב על חלקו של האחר.²⁴⁰

אם השומר לא קיבל את הנכס מבעל הנכס, אלא מידי אדם זר שהפקיד בידו את הנכס שלא בשליחותו של בעל הנכס, השומר פטור אם מסר את הנכס למי שאותו אדם זר רגיל להפקיד אצלו, גם אם בעל הנכס עצמו אינו רגיל להפקיד אצלו, שהרי השומר הוא שומר של

²³⁵ שו"ת ר"א אבן טוואה, סימן כא. כך מוכח גם משו"ת ושב הכהן, סימן טז (דף כז ע"ד). אולם בסעיף 11, פרק ג, 4, נראה שיש אומרים ששומר המחזיר את הנכס לאשתו של בעל הנכס, פטור רק אם היא נושאת ונותנת בנכסיו; ושם נראה שיש שהבחינו בין מסירה לשם שמירה ובין מסירה שהיא החזרה לבעל הנכס. ראה גם ליד ציון הערה 231, על מסירה לאשת בעל הנכס.

²³⁶ שו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן יט ("כל עוד לא חלקו את השותפות").

²³⁷ שו"ת מהר"ש צרור, סימן טז.

²³⁸ נתיבות המשפט, שט, ס"ק ד. נתיבות המשפט כותב שם ששואל חייב במקרה זה (כפי שמוכח מתוספות, ב"מ צט ע"א, ד"ה באומר), מפני שהפועל אינו הופך להיות אחראי כשואל, כך שלא העמיד אחר למלא את מקומו, והמוסר למורגל בשמירה וממעט את שמירתו חייב – פרק ג, 4. בפרק ג, 1, נביא שנתבות המשפט מחייב כל שואל המוסר למורגל בשמירה, מסיבה מיוחדת; כאן לא היה זקוק לסיבה זו, ולכן לא הזכיר אותה, ואילו שם הוא רוצה לחייב גם כשהשני הוא שואל, ולכן נזקק לסיבה המיוחדת.

²³⁹ תוספות, ב"ק קד ע"א (ד"ה הכי), וחידושי הרשב"א שם, הובאו בתומים, קכא, ס"ק ד, ובקצות החושן, רצג, ס"ק ג. ראה על כך בסעיף 11, פרק ג, 4 (ג).

²⁴⁰ שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קמה (הובא בבני אהרן, סימן רצא, דף קמז ע"ב).

אותו אדם ולא של בעל הנכס. אבל אם בעת שקיבל את הנכס לשמירה, הוא ידע מי הוא בעל הנכס, הוא נעשה אז שומר לבעל הנכס, ופטור רק אם מסר למי שבעל הנכס עצמו רגיל להפקיד אצלו²⁴¹. נראה ששאלה זו תלויה בשאלה הכללית, שנדון בה בפרק ד, 3, האם שומר משנה (וכאן השומר הוא שומר משנה) אחראי כלפי בעל הנכס או כלפי השומר.

(ט) הגבלת המסירה לדרך שבעל הנכס היה רגיל להפקיד עניין אחר שיש לבררו הוא, האם הרשות מכללא מוגבלת לתנאי החזקת הפיקדון שבהם היה רגיל בעל הנכס להפקיד אצל השני, או שמא רשאי השומר למסור לשני בלי תנאים מגבילים, למרות שבעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו תוך הגבלת החזקתו על ידי תנאים מסוימים. דוגמה אחת לדבר היא, מי שבעל הנכס היה רגיל למסור לו נכסים לשמירה בלי רשות שימוש בהם. לגבי מקרה זה נפסק, שהשומר הראשון פטור אם השכיר נכס או השאיל אותו לשני, היינו שמסר לו לשמירה עם רשות שימוש. אין אומרים שנאמנותו של השני על בעל הנכס מוגבלת לשמירת הנכס ללא שימוש בו²⁴². לכאורה, בעל הנכס יכול לטעון שהוא האמין לאותו אדם רק להיות שומר חינום או שומר שכר, מפני שהחשש האפשרי היחיד הוא שיפשע בשמירה ולאחר מכן יישבע לשקר שלא פשע, ובכך הוא לא חשד בו, שיעשה שני איסורים – לפשוע ולשקר; אבל הוא אינו מאמין לו להיות שואל, שאז יש לחשוש שמא יקרה אונס, וישקר ויטען שניזוק עקב השימוש ("מתה מחמת מלאכה"), ועל כך הוא חושד בו, שבכך הוא עושה רק איסור אחד – לשקר, אבל לא פשע. האמת היא שאין טענה זו מתקבלת, מפני שמן הסתם מניחים שאמון הניתן הוא אמון גמור²⁴³. מאותה סיבה, אין בעל הנכס יכול לטעון, שהוא האמין לו רק להיות שומר חינום או שומר שכר, מפני שלא חשד בו שאם יפשע, ישקר לומר שלא פשע; אבל הוא לא יאמין בו להיות שואל, מפני שאז יש לחשוש שישנה קצת בשימוש בנכס מן הראוי, ויארע אונס, והוא ישקר ויטען שלא שינה, מפני שאנשים חושבים שאין זה מוצדק לחייב שואל על שינה קצת בשימוש, כך שהוא יורה היתר לעצמו לשקר בזה. גם טענה זו אינה מתקבלת, מפני שמניחים שהאמון הסתמי הניתן הוא אמון גמור²⁴⁴. אבל לגבי מקרים אחרים נפסק, ששומר שמסר למורגל בשמירה – פטור דווקא אם מסר באופן שהיה בעל הנכס רגיל למסור לו. להלן רשימת פסקים בתחום זה.

(א) אם בעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו בנוכחות עדים, והשומר הפקיד אצלו בלי עדים, השומר חייב, משום שסביר להניח שבעל הנכס אינו סומך עליו שיחזיר לו את הנכס אם יפקיד אצלו בלי עדים, ולכן היה מקפיד על נוכחות עדים²⁴⁵.

(ב) אם בעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו לזמן מועט, והשומר הפקיד אצלו לזמן מרובה, הוא חייב, משום שהפקדה לזמן מרובה דורשת מהימנות יתרה²⁴⁶.

²⁴¹ חכמת שלמה, חו"מ, רצא, כו.

²⁴² ש"ך, חו"מ, שמב, ס"ק א (הובא בשו"ת זכרון שמשון, סימן כד, הלומד משם שמותר לשואל להשאיל לבני ביתו – ראה במילואים להערה 312); ערוך השולחן, חו"מ, שמב, א. בשאלה האם שומר שאין לו רשות שימוש רשאי למסור למורגל לשם שימוש, ראה הערה 363.

²⁴³ נתיבות המשפט, שמב, ס"ק ב.

²⁴⁴ אולם המשפט, על הש"ך שם; שושנת יעקב, על הש"ך שם. פתחי חושן, פרק ד, הערה ד, מעלה ספק לגבי מקרה שבעל הנכס היה רגיל להפקיד אצל המורגל בשמירה בחינם, כך שהוא מאמין לו רק לעניין פשיעה, והשומר הפקיד אצלו בשכר, וכך האמין לו לעניין גנבה ואבדה; ומעלה ספק גם לגבי מקרה הפוך.

²⁴⁵ ציון במשפט, אות קעה (לסימן רצא).

²⁴⁶ שו"ת חסד יהושע, מהדורא תניינא, סימן מה. סברה דומה – ראה ליד ציון הערה 218.

ג) אם בעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו נכסים שקל לשמור, והשומר הפקיד אצלו נכס שקשה לשמור, הוא חייב²⁴⁷.

ד) אם בעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו רק כשאדם אחר שמר יחד אתו, והשומר הפקיד אצלו את הנכס על מנת שישמור לבדו, הוא חייב, מפני שבעל הנכס לא האמין לו לשמור לבדו, בלי פיקוח של אדם אחר²⁴⁸. מסיבה זו, שניים שקיבלו נכס לשמור בשותפות, אין רשות לאחד מהם לצאת מן השמירה ולסמוך על שמירתו של השני בטענה שהשני בגדר מורגל בשמירה. בעל הנכס סמך על השני רק כשהוא שומר יחד עם אחר, ולא כשהוא שומר לבדו²⁴⁹.

ה) היה בעל הנכס רגיל להפקיד אצלו סחורות, והשומר הפקיד אצלו כסף, הוא חייב, מפני שבשמירת כסף החשד גדול יותר, מפני שקל לשלוח בו יד, וייתכן שבעל הנכס האמין לו רק בשמירת סחורות ולא בשמירת כסף²⁵⁰.

ו) היה בעל הנכס רגיל להפקיד אצלו נכסים לשמירה פשוטה בלי תנאים, והשומר הפקיד אצלו לשמירה עם תנאים, אותם תנאים שהתנה עמו בעל הנכס כשמסר לו (כגון הוראה למי למסור את הנכס בשבתות, שעה שאינו יכול לשמור בעצמו), הוא חייב, מפני שבעל הנכס האמין לו רק בשמירה פשוטה, ולא האמין לו לקיים תנאים בשמירה²⁵¹.

ז) אם בעל הנכס רגיל להפקיד אצלו לשמירה גרידא, ונתן לשומר הנוכחי נכס במטרה שימכור אותו עבורו, והשומר מסר אותו למורגל בשמירה לְמַכּוֹר – השומר חייב, מפני שבעל הנכס אינו סומך על המורגל לעניין מכירה, שכן ייתכן שאינו בקי במקח וממכר, או שאינו מתאמץ כמו שצריך לשם כך²⁵².

(*) הסתלקות השומר

שאלת הסתלקותו מאחריות של השומר שמסר למורגל בשמירה היא שאלה מורכבת. יש לדון בה לפי כל אחת מן הדעות שהבאנו בפסקה 5 בעניין הסתלקות מאחריות של שומר שמסר לבני ביתו: דעת הרמב"ם, הפוטרת; ודעת רבנו תם, המחייבת.

ראשית יש לברר את דעת הרמב"ם: האם כשפסק בהלכה זו ש"פטור מלשלם", התכוון לפטור רק אם הנכס אבד בנסיבות פוטרות, ומתיר להסתפק בבירור שבשבועת השומר השני, או שמא לדעתו מסתלק הראשון לגמרי מאחריותו, כפי שפסק לגבי מוסר לבני ביתו? הסמ"ע סבור שאפילו לדעת הרמב"ם, ששומר שמסר לבני ביתו מסתלק מאחריותו, הרי אם מסר למורגל, לא הסתלק מאחריותו, משום שהוא אדם אחר לגמרי, ולא היה לו למסור לו, והמסירה היא פשיעה²⁵³. אף על פי שרגילותו של בעל הנכס להפקיד אצל השומר השני

²⁴⁷ שו"ת אהלי יעקב, סימן מו. הוא כותב ככלל, שכל ששינה השומר, הוא חייב, מפני שתולים בכל מה שאפשר לתלות כדי לא לפטור, כל שיש הבדל מהותי בין צורות השמירה, לפי אומד הדעת.

²⁴⁸ פד"ר, כרך א, עמ' 184, עוסק במקרה שהמורגל בשמירה היה מקבל את הנכס (מבעליו, או משליחו) יחד עם אדם אחר, והוא פוטר משום שאותו אדם היה נשאר עם המורגל רק לזמן קצר, ואחר כך המורגל היה שומר לבדו על הנכס – מכאן שאילו היה שומר אתו כל הזמן, לא היה לו גדר מורגל בשמירה.

²⁴⁹ שו"ת משאת משה, חלק א, חו"מ, סימן מג (קיד ע"ד).

²⁵⁰ שו"ת עדות ביהוסף, חלק ב, סימן ה (טו ע"ג). חידושי הגרשוני, חו"מ, רצא, כו, מדייק משו"ת הרא"ש, כלל צו, סימן א, שמי שבעל הנכס רגיל להפקיד אצלו שטרות, אינו נאמן להפקיד אצלו כסף (ואין הוכחתו מובנת).

²⁵¹ שו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן צו. ראה פרק ג, 8, על מקרה שלא העביר לשני את ההוראה.

²⁵² שו"ת לחם רב, סימן קפב.

²⁵³ סמ"ע, עב, ס"ק צו.

מחייבת אותו לקבל את שבועתו בדבר נסיבות האבדן, ואם נשבע שאירע בנסיבות פטורות – פטור הראשון מלשלם, מכל מקום אין היא מהווה הסכמה לכניסת השני במקום הראשון והסתלקות הראשון מכל אחריות. השומר הראשון ממשיך לשאת באחריות משנית, ואם אין לשני לשלם (או שהוא במקום רחוק, או שנכסיו במקום רחוק, או שמת – שאז הוא כאילו אין לו במה לשלם, כפי שראינו בפסקה 5 לעניין מסירה לבני ביתו), יגבה בעל הנכס ממנו. אף ר' יהודה רוזאניס סבור שהרמב"ם מסכים ששומר שמסר למורגל אינו מסתלק לגמרי. נימוקו הוא, שדווקא המוסר לבן ביתו מסתלק לגמרי מאחריות, מפני שבעל הנכס ידע מראש שדרכו למסור לבני ביתו. לעומת זאת, לא ידוע לבעל הנכס מראש שהשומר ימסור את הנכס לאדם אחר שהוא מורגל בשמירה, ולכן אין הוכחה שבעל הנכס מסכים שימסור לו, ומשום כך אין השומר מסתלק מאחריותו במסירה למורגל²⁵⁴.

לעומת הסמ"ע ור' יהודה רוזאניס, סבור הש"ך²⁵⁵ שאף לגבי המוסר למורגל בשמירה, דעת הרמב"ם כשיטתו במוסר לבני ביתו, שהוא מסתלק לגמרי, ופטור גם כשאין לשני לשלם. מאחר שאילו ידע בעל הנכס על המסירה, היה מן הסתם מסכים לה, הראשון מסתלק, והשני נעשה שומר של בעל הנכס במקומו²⁵⁶. על סברתו של הסמ"ע, שאם הוא מוסר ל"איש אחר לגמרי", הוא אינו מסתלק מאחריות מפני ש"לא היה לו לעשותו", ישיב הש"ך, שהרי שומר שאין דרכו לשמור בעצמו ומסר לאחר, ברור שהוא מסתלק מאחריות לדעת הרמב"ם (ראה פסקה 4), אף על פי שהוא מוסר ל"איש אחר לגמרי", שאינו ממשפחתו²⁵⁷.

גם עמדתו של רבנו תם, שפסק שהמוסר לבני ביתו נושא באחריות משנית, כאמור בפסקה 5, שנויה במחלוקת באשר לשומר שמסר למורגל בשמירה. בעל התרומות²⁵⁸ סבור שגם במקרה זה דעת רבנו תם היא שהשומר נושא באחריות משנית.

לעומתו, סבור הרמב"ם²⁵⁹ שאף רבנו תם מודה שהמוסר למורגל בשמירה פטור לגמרי, שלא כמי שמוסר לבני ביתו. שם השומר ממשיך לשאת באחריות משנית, לדעתו, כפי שהסברנו בפסקה 5, מפני שבני ביתו של השומר שומרים על דעתו של השומר, כאילו שומרים את ממונו. לעומת זאת, לגבי המוסר למורגל בשמירה, מאחר שבעל הנכס עצמו רגיל להפקיד ישירות אצל השומר השני, הוא שומר על דעתו של בעל הנכס, שלא באמצעות השומר הראשון, ולכן השומר הראשון מסתלק משמירתו לגמרי.

מהרש"ל מוצא סיבה אחרת לכך שרבנו תם יפטור כאן את השומר הראשון הפטר מלא. כפי שהבאנו בפסקה 5, רבנו תם חיזק את שיטתו בטענה, שאם השומר יופטר לגמרי על פשיעת בני ביתו, יש לחשוש שמא תאכל אשתו של השומר את הנכס ותופטר, כיוון שאין לה במה לשלם. טענה זו אינה קיימת, כמובן, במוסר למורגל בשמירה, שאינו שונה, מבחינת יכלתו לשלם, מכל אדם אחר²⁶⁰.

²⁵⁴ משנה למלך, הלכות שאילה, ד, ח (הובא בחידושי ר"ע איגר, חו"מ, רצא, על ש"ך, ס"ק לב).*

²⁵⁵ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק קלד (הובא בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יו"ד, סימן קנה).*

²⁵⁶ נתיבות המשפט, רצא, ס"ק לא.

²⁵⁷ משנת דרבי אליעזר, על הש"ך שם.

²⁵⁸ ספר התרומות, שער מט, חלק ג, אות ג, הובא בטור, חו"מ, עב, כד (בקיצור), בבית יוסף, חו"מ, רצא,

כה, ובפני מבין, רצא, כו, בהגהה.*

²⁵⁹ חידושי הרמב"ן, ב"מ לו ע"א (ד"ה שומר).*

²⁶⁰ ים של שלמה, ב"ק, פרק א, סימן לב, הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות בית יוסף, אות עח, בש"ך

שם, ובשושנת יעקב, רצא, ס"ק יד.*

לסיכום, קיימת מחלוקת כפולה ומכופלת בשאלת חיוב השומר שמסר למורגל בשמירה, אם הלה פשע ואין לו במה לשלם²⁶¹.
 בפרק ג, נדון בסייגים להפטר שומר שמסר ברשות, ובכלל זה: שואל שמסר למורגל (פסקה 1); פשע המורגל בנוכחות השומר (פסקה 2 (א)); גרם השומר לפשיעת המורגל (פסקה 2 (ב)); גנב המורגל את הנכס (פסקה 3); מורגל שאחריותו פחותה משל השומר (פסקה 4 (א)); הסתיר השומר מן המורגל שהנכס שייך לאחר (פסקה 5 (ג)); מסר למורגל לשם טיפול מיוחד או שימוש שלשמש הוא עצמו קיבל את הנכס (פסקה 7); החזיר המורגל לשומר (פסקה 8).

7. נכסים שמוטר למסרם לשומר אחר

לעיל²⁶² ראינו שלגבי סוגים מסוימים של נכסים לא קיים האיסור על שומר למסור לשומר אחר, אלא קיימת רשות מכללא למסרם. השאלה מתעוררת, האם עקב רשות זו מופטר השומר מאחריותו לנכס, כמו בשאר המקרים של רשות מכללא. לגבי אחד מהמקרים שמנינו שם, נכסים שנשארים ברשות השומר בעת ששומר המשנה משתמש בהם – פשוט הוא שהראשון נושא באחריות, כפי שנראה בפרק ג, 2, שגם במקרים האחרים של מסירה ברשות, הראשון נושא באחריות אם השני פשע בנכס בנוכחותו.

אולם בסעיף 3 שם מנינו שלושה מקרים נוספים שבהם מותר לשומר למסור לאחר, גם בלי שהשומר יהיה ליד הנכס: מקרקעין; חפצי מצווה שאינם נוחים לקלקול (לדעה אחת); ונכסים שבעל הנכס נשאר לידם. לגבי אלו מתעוררת השאלה, האם השומר הראשון עדיין נושא באחריות²⁶³ למקרה שאין לשני במה לשלם, או שמא הוא מסתלק מאחריותו לגמרי, מכיוון שמסר ברשות. בשאלה זו יש לדון לאור השיטות השונות והנימוקים השונים, שהבאנו בפסקאות הקודמות, לעניין הסתלקות שומר שמסר לאחר בסוגים אחרים של רשות מכללא. נראה שהסוג של רשות מכללא, שהרשות מכללא בנידוננו דומה לו ביותר, הוא הרשות מכללא למסור למורגל בשמירה. אין לדמות את נידונו למקרים של רשות מפורשת (פסקה 2), שתיקת בעל הנכס (פסקה 3), ושומר שאין דרכו לשמור בעצמו (פסקה 4), מפני שבהם קיימת הוכחה מיוחדת על נכונות בעל הנכס להסתלקות השומר, שלא כבנידוננו. שני הסוגים שנותרו, הם שומר המוסר לבני ביתו (פסקה 5) והמוטר למורגל בשמירה (פסקה 6). אם נבחן את ההבדלים ביניהם, שכבר עמדנו עליהם בפסקה 6 (י), נראה שנידוננו דומה יותר למסירה למורגל בשמירה. הבאנו שם שר' יהודה רוזאניס כותב שהרמב"ם סובר שהמוטר לבני ביתו מסתלק מאחריותו לגמרי, משום שצפוי בוודאות שהוא ימסור להם, מה שאינו כן במוטר למורגל בשמירה, משום שלא היה צפוי בוודאות שהוא ימסור לו. גם בנידוננו אין זה צפוי בוודאות שימסור לאחר, ולפי ר' יהודה רוזאניס הרמב"ם לא יפטרנו לגמרי²⁶⁴.
 מאידך גיסא, ראינו שם שהרמב"ן כתב שבעוד שרבנו תם מחייב את המוסר לבני ביתו,

²⁶¹ במילואים כאן נציין את הפוסקים שהביעו דעה בעניין זה בלי לייחס זאת לדעת הרמב"ם או רבנו תם.
²⁶² בסעיף 3, פרק ב, 1.

²⁶³ לעניין קרקע, יש נפקות רק לדעה (סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 283 שפושע בקרקע חייב. לעניין בעל נכס שנשאר ליד הנכס, ראה סעיף 6, ליד ציון הערה 203, ששומר שלא הציל את הנכס מנזק חייב גם אם בעל הנכס נכח במקום ולא עשה דבר.

²⁶⁴ אך רח"א מילר העיר שהסמ"ע כתב שהרמב"ם מחייב במורגל משום שאסור למסור לו (לפי הבנה אחת בדבריו – ראה במילואים להערה 253), ואם כן בנידוננו יפטר הרמב"ם.

משום שהם שומרים על דעתו של השומר, שהוא בעל ביתם, הוא יפטור את המוסר למורגל בשמירה, כיוון שהוא שומר על דעתו של בעל הנכס. לפי זה, בנידוננו, רבנו תם יפטור, כיוון שאין השני מבני ביתו, ולכן אין לומר שהוא שומר על דעתו של השומר. הבאנו שם גם את הבחנתו של מהרש"ל, שרבנו תם מחייב דווקא את המוסר לבני ביתו מחמת החשש שאשת השומר תאכל את הנכס ותופטר, שכן בדרך כלל אין לאשת איש נכסים, וחשש זה אינו קיים במורגל בשמירה. גם לפי הבחנה זו, הרי בנידוננו, שהחשש אינו קיים, רבנו תם יפטור את הראשון לגמרי²⁶⁵.

באשר לגישתם של הש"ך ובעל התרומות, שהבאנו שם, שלא קיבלו את ההבחנות בין מסירה לבני ביתו לבין מסירה למורגל בשמירה, אין מקום להתלבטות היכן לשייך את המקרה שאנו עוסקים בו כאן. הדין יהיה תלוי, כמו בשני הסוגים האחרים של רשות מכללא, במחלוקת רבנו תם והרמב"ם – רבנו תם מחייב, והרמב"ם פוטר, אם אין לשני במה לשלם. המסקנה מבדיקה זו היא, שהסתלקות השומר במקרה דנן, של נכסים שמוטר למסור לאחר, דינה כהסתלקות שומר שמסר למורגל בשמירה.

זאת לגבי שאלת הסתלקות השומר הראשון במקרה שמוטל על השני לשלם ואין לו לשלם. שאלה אחרת היא לגבי מקרה שאין מוטל על השני לשלם, אלא קרה אונס, שאז בדרך כלל אנו מחייבים שומר שמסר לשומר, משום ששבועת השני על האונס אינה מתקבלת, מפני ש"את מהימנת לי בשבועה, האיך לא מהימן לי בשבועה". נראה שמאחר שבנידוננו רשאי השומר למסור את הנכס לאחר, אין בעל הנכס יכול לדחות את שבועתו של השני. דחייה זו מבוססת על איסור המסירה לשני, כפי שראינו בפרק א, 2. אבל במקרה שהמסירה היא ברשות, מסתלק הראשון מחובותיו כשומר (גם אם אינו מסתלק לגמרי – ראה לעיל), והשני בא במקומו, ובעל הנכס מחויב לקבל את שבועתו, כשם שהוא מחויב לקבל את שבועתו של שומר רגיל. לכאורה, נוצר בכך מצב תמוה: השומר יוכל למסור את הנכס לאדם שהוא זר לגמרי, שלא היה לו קשר מעולם לא עם בעל הנכס ולא עם השומר, ובכל זאת יאלץ בעל הנכס לקבל את שבועתו. האמת היא שאין בכך פגם: לכל אדם יש חזקת כשרות, ואין לבעל הנכס זכות להטיל ספק במהימנות שבועתו. רק אם המסירה הייתה באיסור, רשאי בעל הנכס לדחות את שבועתו בטענה שהוא מכיר אותו כבלתי מהימן, וזה תלוי בהסכמתו לקבל אותו כשומר. אבל כאן, שעל כרחו הוא נעשה שומר שלו, אין מקום לדחות את שבועתו²⁶⁶.

²⁶⁵ אך רח"א מילר העיר שלפי סברת העמק שאלה, במילואים להערה 259, שהמוסר למורגל מסתלק משום שהיה לבעל הנכס עסק עמו בעבר, מה שאינו כן בנידוננו, הרי בנידוננו חייב, משום שלא היה לבעל הנכס עסק עם שומר המשנה בעבר.

²⁶⁶ זהו הסברו של הר הכרמל, במילואים להערה 22, בדעת התוספות (אך הוא לא התייחס לנידוננו). לפי הרא"ש ההסבר יותר פשוט: החיוב מבוסס על הטענה שאין לשומר רשות לחייב את בעל הנכס לקבל שבועה ממי שאין לו עסק עמו, וכאן שהייתה לו רשות למסור, הוא יכול לחייבו בזאת*.

1. בשואל

כאמור בפרק ב, 5, דעת הרמב"ם היא, ששומר שמסר לבני ביתו מסתלק לגמרי מאחריותו, ואפילו אבד הפיקדון בפשיעת בני ביתו, ואין להם במה לשלם, הוא פטור. גם לעניין שומר המוסר למורגל בשמירה, קיימת דעה שלפיה הוא מסתלק לגמרי, כפי שהבאנו בפרק ב, 6. ר' יעקב מליסא אומר, שההפטר המוחלט מתשלומין (לדעה זו) בגין העברת השמירה במקרים אלו של רשות מכללא, קיים רק בשומר חנם או בשומר שכר, אך לא בשואל²⁶⁷. הסברת הבחנה זו דורשת הקדמה קצרה.

שומר חנם ושומר שכר אחראים רק על פשיעה או גנבה ואבדה (בשומר שכר), נזקים שהיו יכולים למנוע, אבל הם פטורים באונס. מכאן ניתן לומר, שאחריותם נובעת מחיובם לשמור — מאחר שלא שמרו כמו שהיו חייבים לשמור, ואירע נזק כתוצאה מכך, הם חייבים. לעומת זאת, שואל אחראי גם לנזק או אבדן שאירעו באונס שלא היה יכול למנוע, וכמובן לא התחייב לשמור מפניו. נמצא, אפוא, שבניגוד לשאר השומרים, אחריות שואל אינה תלויה בחיובו לשמור, אלא היא חיוב עצמאי שעליו לשלם גם אם נאנס. עסקנו בכך בהרחבה בדיוננו בסעיף 2(ג).

לדעת ר' יעקב מליסא, הסיבה ששאר השומרים פטורים כשמסרו ברשות מכללא היא, כפי שראינו באחד ההסברים בפרק ב, 5 (1), שמאחר שמסר השומר לבן דעת שיכול למלא את חובת השמירה שהייתה מוטלת על השומר, והוא מעביר אליו את השמירה, בכך הוא ממלא בעצמו את חובת השמירה שהייתה מוטלת עליו — זו השמירה הטובה ביותר, למסור לבן דעת שישמור במקומו; והרי לא אכפת לבעל הנכס מי ישמור, שהרי כל בני הדעת שומרים באותה מידה. מאחר שמילא השומר את חובת השמירה, הרי מה שאירע לאחר מכן, שהשני פשע, הוא בגדר אונס לגבי השומר, מפני שלא היה צריך לצפות זאת, ואם כן אי אפשר לחייבו לשלם. לעומת זאת, בשואל, שאחריותו אינה תלויה בחובת שמירתו, הרי העברת השמירה לאחר, שבה הוא ממלא את חובת השמירה שעליו, אין בה די לפטור אותו, מפני שעדיין מוטל עליו חיובו העצמאי (שהזכרנו) בכל נזק שיאירע. גם אם נראה את העובדה שהשני פשע כאונס לגביו, הלא השואל חייב באונס.

ר' יעקב מליסא התייחס בדבריו לשאלת הסתלקות שואל שהשאל ברשות מכללא, אך ניתן להסיק מטעמו, שאפילו שואל שהשאל ברשות מפורשת, אינו מסתלק מאחריותו כלפי בעל הנכס. גם ברשות מפורשת יש להתייחס למסירה כהעברת השמירה והאחריות הנובעת ממנה, אך לא כהעברת אחריות שאינה תלויה בשמירה.

יש החולקים על ר' יעקב מליסא ואומרים שגם שואל שמסר לבן ביתו, ופשע, השואל פטור, לפי הדעה שהזכרנו לעיל, גם אם אין לשני במה לשלם²⁶⁸. דעה זו מתאימה להבנה

²⁶⁷ נתיבות המשפט, רצא, ס"ק כד (הובא באמירה נעימה תניינא, חלק א, מאמר קג, בשו"ת מנחת שי, גרינברג, חו"מ, סימן ה, דף נו ע"ב, ועל ידי רא"ח וייס, עמק הלכה, באבוב, תשנ"ב, עמ' שצא). כך כתב גם אולם המשפט, רצא, כד (ראה במילואים להערה 183, באשר להבדל ביניהם בדבר הנימוק).

²⁶⁸ שו"ת משפטים ישרים (חסון), סימן טו; דברי משפט, רצא, כד; חזון יחזקאל, ב"מ, השמטות לתחילת פרק ג (במסקנתו); ברורי הלכה (מענה שמחה), ד (תשנ"א), עמ' 61.

שהבאנו לעיל, בפרק ב, 5 (ו), שהטעם שהרמב"ם פוטר את השומר במקרה זה הוא שרואים כאילו בעל הנכס עצמו מסר לבן הבית, או כאילו החזירו השומר לבעל הנכס, כך שהשומר מסולק מן השמירה. טעם זה ניתן להיאמר גם בשואל המוסר לבני ביתו, ולכן גם שואל יופטר לגמרי²⁶⁹.

2. אחריות השומר לאופן שמירתו של שומר המשנה

(א) שומר שראה את פשיעת שומר המשנה כפי שראינו לעיל, נתונה לשומר במקרים שונים רשות מכללא למסור את הנכס לשומר אחר, רשות שיסודה במנהג ידוע של השומרים או של בעל הנכס למסור את הנכס לאחר. הרמב"ם וסיעתו פסקו, שמכוח רשות זו, מסתלק השומר מאחריותו לגמרי, ואף כשאין לשני לשלם – הוא פטור. לכאורה נראה, שההולכים בשיטת הרמב"ם סבורים, שבשל העברת השמירה, נותקו כליל יחסי האחריות שבין השומר לבעל הנכס, ומכאן ולהבא אין הוא אחראי כלפיו בשום צורה שהיא. אולם מצאנו בפוסקים מקרים מסוימים של פשיעת שומר המשנה, שהשומר חייב בהם גם לשיטת הרמב"ם. ניתן לחלק את המקרים לשני סוגים: מקרים שבהם ידע השומר על הפשיעה, ולא מנע זאת; ומקרים שבהם השומר גרם לפשיעה.

נפתח במקרים שהשומר חייב בהם משום שידע על פשיעת שומר המשנה ולא מנע אותה. (א) על מקרה חמור במיוחד נשאל ר' יעקב קשטרו: שומר מסר למורגל בשמירה, והשומר השני שלח יד בנכס בנוכחות השומר הראשון, ואין לשני ממה לשלם. ר' יעקב קשטרו פסק, שאף לשיטת הרמב"ם, הפוטר לגמרי שומר שמסר למורגל, כאן הוא חייב, משום שהיה צריך למחות בו ולהציל את הפיקדון מידו, ולעניין מה שהוא רואה שליחות יד מצד המורגל, לא כלתה שמירתו²⁷⁰.

(ב) הניח השומר את הנכס במקום שאינו ראוי לשמירה, ונודע על כך לשומר, ולא עשה דבר לשיפור השמירה – השומר חייב גם לפי דעת הרמב"ם. לפני ר' משה אלשיך באה השאלה הבאה: שמעון, סוכנו של ראובן, טיפל בשכר במכירת סחורה של ראובן, כך ששמעון הוא שומר שכר על הסחורה. לוי קנה את הסחורה, ואמר לשמעון ולמשרתו לבוא עמו לביתו כדי שישלם להם, וכולם הלכו לביתו עם הסחורה. לוי הכניסם לביתו והזמינם לקומה השנייה לאכול שם. שמעון השומר השאיר את המשרת למטה לשמור על הסחורה, אולם אחרי זמן מה עלה גם המשרת למעלה וישב לאכול עם השומר. לוי ניצל את היעדרו של המשרת, ירד למטה ולקח את הסחורה, וברח בלי לשלם את תמורתה; ולמשרת לא היה במה לשלם. ר' משה אלשיך פסק, שאף על פי שהרמב"ם פוטר שומר שמסר למשרתו (שהוא בכלל בני ביתו) אם פשע המשרת ואין לו ממה לשלם, הרי בנידון זה, גם לדעתו חייב השומר. זאת משום שהנכס אבד בפשיעת משרתו בצירוף פשיעתו שלו: פשיעת המשרת שעלה והניח את הנכס למטה, ופשיעת השומר שראה את המשרת עולה בידיים ריקות ולא אמר לו כלום, ובכך הראה שהוא מסכים למשרת בהנחת הסחורה למטה. לכן בעל הנכס יוכל לתבוע את מי שירצה, גם אם יש למשרת במה לשלם²⁷¹.

²⁶⁹ דברי משפט שם; פד"ר, כרך א, עמ' 186 (שכך יהיה הדין לפי סמ"ע ונימוקי יוסף בהערות 180 ו-181); טבעת החושן, על נתיבות המשפט שם (שכך יהיה לפי סמ"ע שם).

²⁷⁰ שו"ת אהלי יעקב, סימן סד (הובא בשו"ת מעיין גנים, עבאדי, חו"מ, סימן כז).
²⁷¹ שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן כ, הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קמב ואות קסה, בבני

אולם יש מי שפוטר שומר שנודע לו שבן ביתו הניח את הנכס במקום בלתי שמור, בנימוק שהשומר זכאי לחשוב שרק באופן זמני הניח בן הבית את הנכס במקום שאינו ראוי, ובוודאי ישים אותו מיד במקום הראוי, כפי שכל אדם יודע שצריך לעשות כן.²⁷²

ג) השוכר בית, ואשתו הדליקה בו תנור, ונשרף הבית בפשיעתה, השומר חייב גם לשיטת הרמב"ם, אם אין לאשה במה לשלם. זאת משום שהתנור גלוי, והשומר היה יכול להשגיח על התנהגות האשה, ואין אומרים שמאחר שהטיפול בתנור מסור לאשה, רואים כאילו מסר (בעל הבית) את שמירת הבית לעניין זה לאשה.²⁷³

פסקים אלו מתאימים לתפיסה שהבאנו בפרק ב, 5 (ו), שנימוקו של הרמב"ם לפטור לגמרי שומר שמסר לבן ביתו הוא, שפשיעתו של בן הבית היא אונס לגביו, מפני שלא היה צריך לצפות שכך יקרה, אבל אין אומרים שהוא כבר אינו אחראי כשומר. לפיכך, אם ידע השומר על פשיעת בן הבית או על כך ששלח יד, השומר חייב, כיוון שאין לראות בכך אונס לגבי השומר, שהרי היה יכול למנוע את הנזק. לעומת זאת, לפי התפיסה שהבאנו שם, שלדעת הרמב"ם שומר שמסר לבן ביתו מסתלק לגמרי מאחריותו לשמירה, מפני שבן הבית נעשה שומר במקומו כלפי בעל הנכס – נראה שאף אם ידע שבן הבית פושע, והיה יכול למנוע זאת, הוא פטור. מאחר שהסתלק מן השמירה, הוא כמו אדם זר, ואדם זר הרואה שחברו מזיק לנכס של אדם שלישי, אין עליו שום אחריות.²⁷⁴

גם לדעה המחייבת, אם השומר לא נכח בשעת הפשיעה, הוא פטור, ואין אומרים שהיה צריך לשאול את בן הבית איפה הוא שם את הנכס ואיך הוא שומר עליו, מפני שמהרגע שהוא מסר לו בהיתר, אינו צריך להתעניין בזה עוד.²⁷⁵ אך יש אומרים שאם בן הבית הולך למות, ולא שאל אותו השומר איפה שם את הנכס, זוהי פשיעה, והשומר חייב.²⁷⁶ לעומתם, יש פוסקים גם כאן, ואומרים ששומר אינו מחויב לחקור את בן הבית ההולך למות בדבר מקום הימצאו של הנכס.²⁷⁷

אם הוא שומר שאין דרכו לשמור בעצמו, אלא תמיד מוסר לאחר, גם אם אותו אחר פושע בנוכחותו, הוא פטור, גם לדעה המחייבת במקרה המקביל בבן בית ובמורגל, מפני ששומר שאין דרכו לשמור בעצמו מסתלק לגמרי משמירה.²⁷⁸

(ב) שומר שגרם לפשיעת שומר המשנה

כעת נדון במקרים שמחייבים בהם את השומר על שגרם לשני לפשוע בנכס. החיוב במקרים

אהרן, סימן רצא (דף קמה ע"ד), בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן עח, ובשו"ת תקפו של יוסף, חלק א, סימן ט.^{*}

²⁷² שו"ת מהריט"ץ, סימן פד (עו ע"ד).^{*}

²⁷³ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רסו (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קמז).
²⁷⁴ דברי חיים, דיני שומרים, סימן ג (הובא בפתחי חושן, פרק ד, הערה מג), חולק על מהר"ם אלשיך, ופוטר את הראשון אפילו ראה שהשני פושע, מפני שהראשון יצא מדין שמירה, והוא כמו אדם זר שראה שהשומר פושע, שהוא פטור.

²⁷⁵ ר"ח גרשון, בשו"ת מהריט"ץ, סימן פד (עה ע"ב). גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רסו, כותב שאין השומר מחויב לשאול את בן ביתו היכן שם את הנכס.

²⁷⁶ שו"ת משפט צדק, חלק א, סימן עד (רמו ע"ד). משתמע מדבריו, שבעל הנכס אף אינו צריך לנסות לגבות מיורשי בן הבית – וראה על כך במילואים להערה 273.

²⁷⁷ ר"ח גרשון, בשו"ת מהריט"ץ, סימן פד (עה ע"ג).^{*}

²⁷⁸ מהריט"ץ שם (עו ע"ד).^{*}

אלו פשוט יותר מבמקרים דלעיל, שבהם השומר ידע על הפשיעה, אך לא גרם לה. נראה שגם הפוטרים במקרה שהשומר רק ידע על הפשיעה, שנימוקם הוא שהשומר הסתלק משמירתו לגמרי ובני ביתו באו במקומו, גם הם יחייבו אם השומר גרם לפשיעה באופן שמסר לבן הבית — וזאת גם לשיטת הרמב"ם. מאחר שאופן המסירה היה עלול לגרום לפשיעת בן הבית, מעולם לא חלה הרשות מכללא מצד בעל הנכס למסור ולהסתלק מאחריותו. יש להניח שבעל הנכס לא היה מסכים שימסור באופן שיגרום לפשיעה. יש דוגמאות אחדות לדבר.

(א) מסר את הנכס למורגל בשמירה לשמור לשעה קלה, השומר חייב. המורגל בשמירה בוודאי לא ישמור היטב, שהרי נתבקש לשמור רק לשעה קלה, ושומר המקבל נכס לשמור לשעה קלה אינו צריך לשמרו כל כך טוב כמו שומר אחר. לפיכך, השומר לא נהג כהוגן, שכן מסר את הנכס למי שלא ישמור היטב, ולכן הוא חייב²⁷⁹.

(ב) שומר מסר נכס למשרתו ("לאשר על ביתו"), שדינו כבן ביתו, ובנכס הייתה סכנת קלקול, והשומר ידע עליה אך לא הודיע על כך למשרתו, והנכס התקלקל. נפסק שהשומר חייב מפני שהיה לו להודיע למשרתו, והמשרת פטור, מפני שלא פשע בכך שלא נקט בצעדי מניעה, כיוון שלא ידע שהם נחוצים²⁸⁰.

(ג) שומר ששם את הנכס תוך שק של בן ביתו בלי ידיעתו, ובן ביתו לקח את השק, והנכס אבד, השומר חייב, מפני שהיה לו לקחת את הנכס מן השק כשראה שבן הבית עומד ליטול את שקו וללכת²⁸¹.

(ד) שומר המוסר למורגל בשמירה פטור רק אם אמר לו לשמרו כראוי. אך אם אמר לו לנהוג בנכס באופן מסוים, שהוא בגדר פשיעה, הוא חייב, כאילו הוא עצמו פשע בנכס. לדוגמה, אם נתן לו השומר את הנכס, ואמר לו להוליך אותו בדרך מסוימת, ובדרך ההיא יש סכנה, השומר חייב, אף על פי שהשני פשע בכך שיצא לדרך, מפני שהוא עשה זאת לבקשת השומר²⁸². גם אם אירע אונס בדרך, השומר חייב מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס — חייב", מפני שהתחיל בפשיעה, בכך ששלח אותו לדרך שיש בה סכנה²⁸³. אבל אם המורגל בשמירה פשע פשיעה אחרת בהיותו בדרך, השומר פטור (גם אם אין לשני במה לשלם, לשיטת הרמב"ם), מפני שאת הפשיעה השנייה הזאת לא גרם השומר²⁸⁴.

²⁷⁹ שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קכו (הובא בפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג, דף קיד ע"א).

²⁸⁰ ראבי"ה, המובא באור זרוע, ב"מ, סימן קלה, בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס לבוב), סימן עו, בהגהות אשרי, ב"מ, פרק ג, סימן כד, במרדכי, ב"מ, סימן רצב, בפסקי רגנטי, סימן שסא, בבית יוסף, חו"מ, רצא, כד, ובשו"ת נשמת כל חי, חלק ב, חו"מ, סימן מה (דף פו ע"א).

²⁸¹ שו"ת אבקת רוכל, סימן קסח. וראה במילואים להערה 287.

²⁸² שו"ת ר"א מזרחי, חלק ב, סימן ו (על פי תוספות, ב"ק קד ע"א, ד"ה הכי, הובא גם בבני אהרן, סימן רצא, דף קמו ע"ד), הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות בית יוסף, אות סח; משנה למלך, הלכות שכירות, א, ו; שו"ת ושב הכהן, סימן יז (על פי הגהות אשרי, גיטין, פרק א, סימן יט); שו"ת אהלי תם, סימן קסג; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן עד (במסקנתו); חזון איש, חו"מ, סימן א, ס"ק כח.

²⁸³ ר"א מזרחי, ושב הכהן, אהלי תם וחזון איש שם. חזון איש (הובא בפתחי חושן, פרק ד, הערה ג) הסביר שהמורגל בשמירה פטור מפני שלגביו זה אונס, ואילו לגבי השומר זו פשיעה מפני ששלח אותו לדרך. אבל אהלי תם כותב שאם המורגל בשמירה פשע בנכס בעודו בעיר, לפני שיצא לדרך, השומר פטור, מפני שאין כאן "תחילתו בפשיעה", מפני שטרם יצא לדרך, ואף על פי שמחמתו היה אמור לצאת לדרך, אין פשיעתו בעיר תוצאה מזה.

²⁸⁴ ושב הכהן וחזון איש שם. חזון איש מסביר, שגם אם אפשר שהשני לא היה פושע לולא פשיעת הראשון,

ה) שומר שקיבל רשות למסור את הנכס לאחר, ומסר לו, אבל לא ציווה עליו לשמור את הנכס, השומר חייב²⁸⁵. כך גם בשומר שמסר למורגל בשמירה, ולא אמר לו לשמור על הנכס²⁸⁶. כמו כן, שומר שמסר לבן ביתו פטור רק אם מסר את הנכס לבן ביתו בידיו, או שהניחו בבית ואמר לו בן הבית שהוא מקבל על עצמו לשמרו, אבל אם רק הניח את הנכס בבית, אינו יכול לעזוב את הבית ולסמוך על כך שבני ביתו ישמרו, שהרי הם אינם יודעים על הצורך בשמירה. אף על פי שהם ממילא נמצאים בבית ושומרים על שאר חפצי הבית, הרי לא קיבלו על עצמם שמירה על נכס זה, ואף על חפצי הבית אינם שומרים במודע, אלא בסתם²⁸⁷.

ו) מסר השומר את הנכס לאחר ברשות, ויש סיכוי סביר שהאחר ימסור את הנכס לאדם פלוני הידוע כגנב, צריך השומר להזהיר אותו שלא למסור לאותו אדם. אפילו אמר השומר לשני שלא ימסור לאותו פלוני, הרי אם השני מסר לו, וטען שהשומר הרשה לו למסור לו, השומר חייב, מפני שהיה לו לאסור זאת על השני בפני עדים, כדי שלא יוכל לכפור. רק אם אמנם התרה בו כך בפני עדים, הוא פטור²⁸⁸.

(ג) שומר שהוא רחוק משומר המשנה

דעה קיצונית בעניין זה היא דעתו של מהריט"ץ²⁸⁹. הוא אוסר על שומר למסור לבני ביתו, אם הוא עוזב את העיר ומשאיר את הנכס בידם, משום שלדעתו הרשות מכללא לשומר למסור לבני ביתו אינה נתונה לו אם אינו נמצא לידם. שומר המוסר לבני ביתו, דרכו לשים את עינו עליהם ולהזהירם תמיד על שמירת הנכס, ודווקא במסגרת נהוג מקובל זה מסכים בעל הנכס להעברת השמירה. תנאי זה הכרחי לדעת מהריט"ץ אף להולכים בשיטת הרמב"ם ופוטרים לגמרי שומר שמסר לבני ביתו, ואף לדעתם, אם התנאי אינו מתקיים, דין השומר כמוסר שלא ברשות, שנשאר אחראי למעשיו ולמחדליו של השומר השני. גם אם מסר לבן ביתו כשהוא בעיר, כך שמסירתו הייתה ברשות, אסור לו לעזוב את העיר ולהשאיר את הנכס בידו, משום שהרשות להמשיך להשאיר את הנכס בידו מותנית בכך שיהיה לידו ויוכל להזהיר אותו כל הזמן להיזהר בשמירה. אין אומרים שברגע שמסר לו ברשות, הסתלק משמירתו לגמרי, ובן הבית נכנס במקומו (כפי שסובר הרמב"ם במקרה רגיל של מסירה לבני ביתו, לפי אחד ההסברים), מפני שהסתלקות זו היא רק זמנית, בכפוף למשך הזמן ("לפי שעה או יום או יומיים") שמן הסתם מוכן בעל הנכס שישאיר אותו ביד בן ביתו; וברגע שיש להניח שהרשות מתבטלת, גם ההסתלקות מתבטלת, והשומר חוזר להיות חייב כרגיל.

כך שאפשר לחייב את הראשון מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס", מכל מקום אין בדעת בעל הנכס להטיל על השומר אחריות על פשיעתו של השני, מאחר שהשני מתחייב בפשיעתו. קצות החושן, רצא, ס"ק יא, כותב שהגהות אשרי מחייב את הראשון אם השני פשע, אבל הוא מפרש שהגהות אשרי סובר כרבנו תם והרא"ש, שהמוסר ברשות אינו מסתלק מאחריותו, ויטעים שלשיטת הרמב"ם הראשון פטור.

²⁸⁵ שו"ת הרמ"ה, סימן שג.

²⁸⁶ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צד. הוא משווה זאת לשומר שכר שמסר לשומר חנינם, שחייב מפני שהפחית בשמירה (לדעה אחת – ראה הערה 312), וכאן אף שומר חנינם שמסר לאחר נחשב הפחתה בשמירה אם לא אמר לו לשמור. בנידונו, אמר לו השני "ברשותך", שאז השני פטור משמירה (ראה סעיף 1(א), ליד ציון הערה 69).

²⁸⁷ שו"ת לחם רב, סימן קפו, הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קמו, ביד מלאכי, כללי הדינים, כלל שלט, בשו"ת השמיים החדשים, חו"מ, סימן רכד, ובבית יעקב, רצא, כא.

²⁸⁸ שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קכח (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות בית יוסף, אות נג).

²⁸⁹ שו"ת מהריט"ץ, סימן ריט, סימן רלד וסימן רעט.

אבל הדעה השלטת היא, שהשומר רשאי אף לצאת לחו"ל ולהשאיר את הנכס בידי בני ביתו, משום שיש להניח שבעל הנכס ידע שיתכן שהשומר ינהג כך, ועל דעת כן הפקיד אצלן²⁹⁰.

דין דומה לדינו של מהריט"ץ, דין שגם החולקים על מהריט"ץ יוכלו להסכים לו, הוא שהשומר רשאי למסור לבני ביתו רק אם יישאר הנכס ברשותו (של השומר), אבל אין השומר רשאי להוציא את הנכס מרשותו ולמסרו לבן ביתו שהוא רחוק ממנו²⁹¹. בדומה נפסק, שאין השומר רשאי לשלוח את בני ביתו להביא את הנכס אם הנכס מצוי במקום רחוק, מפני שהנימוק לרשות למסור לבני הבית, שבעל הנכס יודע שהשומר אינו יכול להימצא בביתו כל הזמן, אינו תקף כאן²⁹². גם לפסק זה יוכלו החולקים על מהריט"ץ להסכים. לעניין שומר שאין דרכו לשמור בעצמו, ומסר את הנכס למי שהוא רגיל למסור לו, המקרה שעסקנו בו בפרק ב, 4, נפסק שהוא פטור גם אם יצא לחו"ל בזמן שהנכס ביד שומר המשנה²⁹³. ייתכן שכאן יסכים מהריט"ץ שהשומר פטור, כיוון שהרשות הנתונה במקרה זה ברורה יותר מבמסירה לבני ביתו, והסתלקות השומר שלמה יותר, כפי שהסברנו בפרק ב, 4. גם לעניין שומר המוסר למורגל בשמירה, נפסק שהוא פטור גם אם עזב את הארץ בזמן שהנכס מצוי ביד השני²⁹⁴. נראה שגם כאן מהריט"ץ יסכים שפטור, מפני שקשה לומר שלדעתו גם במסירה למורגל בשמירה, הרשות מותנית בכך שישגיח על השני, שהלא אין לשומר קשר עם המורגל בשמירה, בדרך כלל, כפי שיש לו קשר עם בני ביתו, שהוא יכול להשיג עליהם. דינו של מהריט"ץ הוא דין מיוחד במסירה לבני ביתו, שהרשות למסור להם ניתנת רק מחמת האפשרות של השגחה מתמדת מצד השומר, ואין מקום לדין זה בשאר סוגי רשות מכללא – אין לחייבו על כך שלא הזהיר אז את השני כל הזמן לשמור היטב.

3. טיב השמירה של שומר המשנה

הסתלקות שומר שמסר לשומר מאחריותו כלפי בעל הנכס, מותנית גם בטיב שמירתו של השומר השני. במקרים השונים שהוזכרו בפרק ב, נתונה לשומר רשות מכללא למסור לאחר כל זמן שלא נגרע טיב השמירה בשל כך, אך כשתנאי זה אינו מתקיים, אין להניח שבעל הנכס מסכים, מה גם שבמקרים מסוימים הפחתת טיב השמירה מהווה רשלנות. כשירותו של השומר השני יכולה להשפיע על טיב השמירה משתי בחינות: מבחינת נאמנותו של השומר השני, ומבחינת יכולתו הסבירה לשמור. להלן דוגמאות אחדות לכך. לעניין הרשות מכללא של שומר למסור לבני ביתו, נפסק שאם נחשד אחד מבני הבית בכך שהוא גנב, או חשד דומה, גם אם נחשד רק לאחר זמן ההפקדה, אין רשות לשומר למסור את הנכס לאותו בן בית, שהרי ברור שנכונותו של בעל הנכס שהשומר ימסור אותו לבני ביתו, אינה כוללת אדם כזה²⁹⁵.

²⁹⁰ כנסת הגדולה, חו"מ, רצג, הגהות הטור, אות ט (הובא בחקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן נט).

²⁹¹ שו"ת נבחר מכתף, חו"מ, סימן פג.

²⁹² שו"ת גבול בנימין, סימן מז.

²⁹³ כנסת הגדולה, חו"מ, רצג, הגהות הטור, אות י.

²⁹⁴ שו"ת משפטי שמואל, סימן קטו (הובא בכנסת הגדולה שם, אות ט).

²⁹⁵ שו"ת דברי מלכיאלי, חלק ד, סימן קמה (הובא בבית יעקב, רצא, כא).

דבר דומה ראינו בפרק ב, 6 (ג): ששומר המוסר למורגל בשמירה שנאמנתו מעוררת בעיני בית דין – חייב.

מהרש"ך²⁹⁶ מרחיב חיוב זה, במסירת שומר לבני ביתו, למקרה שלא היה ידוע ברבים שהשני אינו נאמן, אבל היה לשומר לדעת את זאת. משום כך, הוא מחייב בתשלומין שומר שמסר פיקדון למשרתו והלה גנב אותו. טעמו הוא: "בהיות שהמשרת עצמו הוא הגנב, כמו שבא בשאלה, שודאי משרת כזה לא היה בחזקת נאמן, מפני שהמוחזק בנאמנות לא היה עושה נְכִלָּה כזאת, אלא ודאי שהיה חשוד, וכיוון שכן, אפילו בשומר חינום הוי פשיעה". במילים אחרות, למרות ששומר שמסר למשרתו דינו כמוסר לבני ביתו, ולדעת הרמב"ם הוא מסתלק לגמרי מאחריותו, מכל מקום, במקרה הנדון, המסירה למשרת הייתה רשלנות, כיוון שיש להניח מתוך הנסיבות שהשומר ידע שהמשרת אינו אדם נאמן, ובוודאי המסירה לא נעשתה ברשות מכללא של בעל הנכס. מאחר שזאת רשלנות, השומר חייב גם אם הוא שומר חינום, ואין אומרים שהוא פטור בגנבה זו כמו שומר חינום ששמר את הנכס במקום הראוי לשמירה, ונגנב משם.

אך יש אומרים שהשומר פטור אם בן ביתו גנב את הנכס. לדעתם, אין אומרים שהיה לשומר לדעת שכן הבית אינו נאמן, מפני שייתכן שכן הבית הצליח להסתיר זאת מפניו²⁹⁷. גם מהרש"ך מחייב רק אם המשרת לא היה מוחזק כמהימן, אבל אם היה מוחזק כמהימן, אין לומר שהשומר פשע בכך שמסר לו מפני שהתגלה שלא היה מהימן, שהרי בשעה שמסר לו היה מוחזק כמהימן²⁹⁸. בנוסף, לעניין מסירה למורגל בשמירה, יסכים מהרש"ך שאם המורגל בשמירה גנב את הנכס, השומר פטור (לשיטת הרמב"ם). דווקא על מקרה שכן הבית גנב, אומר מהרש"ך שהיה צריך לדעת שאינו מהימן, כפי שהתברר לבסוף, אבל במורגל אין לומר כך, שהרי השומר לא היה יכול לדעת שאינו מהימן, שהלא ראה שבעל הנכס נתן בו אמון, ועובדה זו מראה שלא היה אפשר לדעת שאדם זה יגנוב²⁹⁹.

גורם נוסף שתלויה בו כשירותו של השומר השני היא: יָכְלָתוּ הסבירה לשמור. יכולת זו נקבעת על פי אישיותו ועל פי הסכנות המאיימות על הנכס בזמן השמירה ובתנאיה הייחודיים. להלן דוגמאות אחדות להתחשבות בגורם זה.

התיר בעל הנכס לשומר במפורש למסור את הנכס לאחר, אין רשות זו כוללת רשות למסור לקטנים, מפני שמן הסתם לא התכוון בעל הנכס להתיר לו למסור לקטנים. לכן אם מסר השומר לקטן, השומר חייב³⁰⁰.

הרשות הנתונה מכללא לשומר למסור את הנכס לבני ביתו, אינה כוללת מסירה לבנים

²⁹⁶ שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן פה (הובא בשו"ת דברי מרדכי, קרישפין, חו"מ, סימן יט, בשו"ת השמיים החדשים, חו"מ, סימן רכד, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן כו, בשו"ת דברי שמואל, חו"מ, סימן י, דף ריא ע"ד [על מקרה של מנהג – ראה במילואים להערה 161, ומנמק, שאף על פי שלא היה יכול לדעת שהלה אינו מהימן, חייב, מפני שהתברר למפרע שלא הייתה לו חזקת מהימנות], ובפעמוני זהב, רצא, כא). כך פסק גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תמ, מאותו טעם, והובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קלא*.

²⁹⁷ שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן עח, חולק על מהרשד"ם*.

²⁹⁸ ר"מ קרישפין, בשו"ת דברי מרדכי (קרישפין), חו"מ, סימן יט*.

²⁹⁹ שו"ת מעיין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן כז; פד"ר, כרך א, עמ' 185. גם שו"ת הרשב"ש, סימן קמח, פוטר שומר אם המורגל גנב את הנכס*.

³⁰⁰ פרחי כהונה, ב"מ לו ע"א (ד"ה מתיב).

קטנים³⁰¹. הדין הוא כך גם אם הגיעו לגיל "הפעוטות" – שש או שבע שנים. אף על פי שאז חלים עליהם חלק מדיניו של גדול בדיני ממונות, מכל מקום, לעניין זה דינו כקטן³⁰². כמו כן, קרוב של השומר שאינו שפוי אינו בכלל בני ביתו, לעניין זה. אף מי שהוא לעיתים שפוי ולעיתים שוטה, שומר המוסר לו – חייב, גם אם מסר לו בעת שהוא שפוי, שמא בינתיים תגיע עת שהוא שוטה, ויאבד את הנכס³⁰³.

שאלה באה לפני מהרשד"ם אודות שומר שהניח את הנכס בתיבה בבית רעוע, ביד בניו הקטנים, שהגדול בכולם היה בן שלוש עשרה, וזה היה בעת שהיו גנבים מצויים; ובאו גנבים ופתחו את הדלת בדחיפה בעלמא, והבנים לא צעקו כלל. הוא השיב: "כיוון שהיו גנבים מצויים, והבית רעוע, ולא הניח שומרים ראויים לשמור, אין לך פשיעה גדולה מזו. ולא שייך כאן כל המפקיד – על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד ולפטור שמעון מטעם שהפקיד הבית לבניו, שהרי זה בכלל הפשיעה, שצריך שיהיו ראויים לשמור... וגדולים וקטנים, ראויים לשמור ושאינם ראויים לשמור – הכל לפי מקומו ושעתו"³⁰⁴. במילים אחרות, הרשות מכללא לשומר למסור לבני ביתו אינה קיימת אם לפי תנאי השמירה וזמנה, הם אינם מסוגלים לשמור כראוי.

4. הפחתת רמת האחריות

(א) במי שבעל הנכס רגיל להפקיד אצלו

כבר עסקנו, בפרק א, 3, בשאלת שומר שמסר לשומר שאחריותו היא ברמה פחותה משלו, כגון שומר שכר שמסר לשומר חנם. שם דננו במסירה סתמית, שלא ברשות בעל הנכס. שאלה דומה נשאלת לגבי שומר שמסר ברשות, באחד מן המקרים שמנינו בפרק ב, אך מסר לשומר שאחריותו פחותה משלו – האם הרשות פוטרת אותו גם כאן?

שאלה זו נידונה בראשונים בהרחבה לעניין מסירה למורגל בשמירה.

לפי הדעה המקילה ביותר, קיימת רשות מכללא למסור למורגל בשמירה אף על פי שהאחריות מופחתת – סוף כל סוף, זהו אדם שבעל הנכס סמך עליו בעבר לשמור. לפי דעה זו, השומר פטור גם אם השני פשע, ואין לו במה לשלם³⁰⁵.

³⁰¹ משנה, ב"מ מב ע"א; רמב"ם, הלכות שאילה, ד, ח.

³⁰² שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רצט; נתיבות המשפט, רלה, ס"ק א.

³⁰³ שו"ת מהריט"ץ, סימן רלד, הובא בספר ראה חיים, פרשת ואתחנן (דף פה ע"א).

³⁰⁴ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מט, הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קל.

³⁰⁵ שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד, דף עה ע"א (בדעת הרמב"ן, המובא בתשובת תלמידי הרשב"א, בבית יוסף, חו"מ, רצא, כה); שו"ת כרם שלמה (אמריאליו), חו"מ, סימן יד, בדעת הרמב"ם (כך משמע מדבריו); דברי משפט, רצא, כד, בדעת ספר משרים, נתיב ל, חלק ב; שו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יט (דף קא ע"א), בדעת ספר משרים (כאילו מסר בשליחות בעל הנכס, והראשון מסתלק לגמרי); טבעת החושן, רצא, על נתיבות המשפט, ס"ק יט, בשם שיטה מקובצת (וכתב שאם הראשון גרם לפשיעת השני, הראשון חייב – ראה במילואים להערה 343); שו"ת צמח צדק, חו"מ, סימן יז (שאפילו שואל שמסר לשומר חנם, דין בעל הנכס עם השני); גאון צבי, חו"מ, רצא, על ש"ך, ס"ק מד; שו"ת פני משה, חלק א, סימן נט, בסופו, בדעת תלמידי הרשב"א (שמסתלק משמירתו); חזון איש, ב"ק, סימן ה, ס"ק יא (ד"ה ובפ"ת), בדעת הרמב"ם; קהילות יעקב, ב"מ, סימן לב, בדעת הרמב"ן והרשב"א. שו"ת שער אשר, חלק ב, סימן כג (דף לה ע"ב), כותב שהשומר יכול לטעון "קים לי" כפוטרים אפילו אין לשני במה לשלם. גם ברורי הלכה (מענה שמחה), ד (תשנ"א), עמ' 60, כותב שמספק יש לפטור כדעה זו.

אולם רוב הפוסקים סבורים שאין השומר מופטר מלשלם על פשיעת השני, בשונה ממקרה שמסר לשומר בעל דרגת אחריות שווה לשלו. כך כתב הרמב"ם: "אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני, הרי זה, השומר הראשון, פטור מלשלם... והוא שלא ימעט בשמירתו. כיצד ימעט בשמירתו? כגון שהיה מופקד אצלו בשכר והפקידו אצל אותו השני בחינם, או שהיה שאול אצלו והפקידו אצל אותו השני בשכר. הואיל ומיעט בשמירתו, פושע הוא, ומשלם"³⁰⁶.

המגיד משנה מבאר את טעמו של הרמב"ם, שהסיבה שהמוסר למורגל פטור היא, שבעל הנכס גילה את דעתו שהוא מאמין לשני, ונמצא שהראשון לא פעל בניגוד לרצונו, אבל אם הפחית הראשון מהשמירה, הרי בעל הנכס גילה את דעתו שהוא חפץ עתה בשמירה מעולה, ואינו מוכן שימסור לשני בשמירה פחותה מזו, ולכן המסירה היא פשיעה³⁰⁷. זאת ועוד: במקרה רגיל בא המורגל בשמירה במקום השומר המקורי, ובכך מסתלק הראשון מאחריותו, אבל כאן אין לומר שהשני בא במקומו, שהלא השני הוא בעל רמת אחריות פחותה משל הראשון, ואם כך, הוא אינו ממלא את מקומו³⁰⁸.

גם לדעה הראשונה, אם ניווק הנכס בנסיבות שבהן הראשון אחראי והשני אינו אחראי, כגון שומר שכר שמסר לשומר חנם, ונגנב הנכס או אבד, הראשון חייב. לעניין אחריות בגנבה ואבדה לא יוכל שומר השכר לטעון שהוא העמיד שומר אחר במקומו, שהלא שומר החנם לא מילא את מקומו להיות אחראי בתחום זה, ולכן הוא נשאר באחריותו המקורית לעניין זה³⁰⁹. אין אומרים שמה שהנכס אבד או נגנב ביד השני הוא כאונס לגבי הראשון, כיוון שמסר ברשות ולא היה יכול לשמור בשעה שהנכס היה ביד השני – אין אומרים כך, מפני שמסירה תוך הפחתה באחריות נחשבת פשיעה לעניין כל המאורעות שלגביהם יש הפחתה בשמירה, דהיינו גנבה ואבדה, בדוגמה דלעיל, ולכן הוא חייב³¹⁰.

שאלה נפרדת היא לגבי מקרה שאבד הנכס בנסיבות פוטרות על פי מידת אחריותו של השומר הראשון – כגון שהנכס אבד באונס, בדוגמה של שומר שכר שמסר לשומר חנם. השאלה היא האם אחריותו מוחמרת בשל העובדה שמסר לשומר שאחריותו פחותה משלו, והרי מטבע הדברים מי שאחריותו פחותה מתאמץ פחות לשמור, ולכן יש לחייבו אף בנסיבות אלה. בפרק א, 3, הבאנו דעה שלפיה אף שומר שמסר לשומר סתמי, שאינו מורגל בשמירה, ושמידת אחריותו פחותה משלו, אין אחריותו של הראשון מוחמרת, מפני שהמסירה אינה

³⁰⁶ רמב"ם, הלכות שכירות, א, ד. *

³⁰⁷ מגיד משנה, על הרמב"ם שם (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן קעה). כך נימק גם נתיבות המשפט, רצא, ס"ק לא (הובא במעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סימן סס), שיש להניח שבעל הנכס לא היה מסכים למסירה, שהרי הוא מעוניין בשמירה מעולה של שומר שכר, ומאחר שבעל הנכס מתנגד, לא נעשה השני שומר שלו, ולכן גם אם פשע, ואין לו לשלם, הראשון חייב. וכך הסביר גם ערוך השולחן, חו"מ, רצא, מט. *

³⁰⁸ פד"ר, כרך א, עמ' 187. צריך להוסיף, שאין לומר שיבוא השני במקומו לעניין החיוב ששווה בשניהם (כגון פשיעה, בשומר שכר שמסר לשומר חנם), וישאר השומר הראשון אחראי על התוספת, שהרי אין הסתלקות לחצאין – או שנשאר שומר לגמרי, או שהסתלק לגמרי.

³⁰⁹ חידושי הרשב"א, ב"מ לו ע"א, ד"ה ומיהו (נידונו הוא מסירה ברשות, שהרי הוא מדבר על אפשרות ששומר המשנה יישבע) וב"ק קד ע"א (על מי שבעל הנכס אמר לו שהוא מהימן בעיניו – הובא בבני אהרן, סימן רצא, דף קמו ע"ד, ובנחל יצחק, עב, ס"ק יז). *

³¹⁰ חזון איש, חו"מ, סימן ה, ס"ק יא. ראה ליד ציון הערה 183, שהמוסר לבני ביתו בלי הפחתת רמת האחריות, פטור לרמב"ם אם בני ביתו פשעו, מפני שזה כאונס לגביו.

פשיעה, כיוון שסוף כל סוף מסר לבן דעת שיודע לשמור. לדעה זו, כל שכן שכאן, שמסר למורגל בשמירה, אין אחריותו מוחמרת. אף מי שראה במקרה ההוא, של מסירה לשומר סתמי תוך הפחתת האחריות, פשיעה הגוררת החמרת אחריותו, לפי העיקרון "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב", יוכל לומר שאם השני הוא מורגל בשמירה, המסירה אליו אינה בגדר פשיעה, כיוון שבכל זאת ידוע שבעל הנכס סומך על דרך שמירתו, ולכן המסירה לא תגרור החמרה באחריותו של הראשון³¹¹.

אך פוסקים אחרים סבורים שגם כאן, שמסר למורגל בשמירה, המסירה תוך הפחתה באחריות היא פשיעה, ואחריותו מוחמרת עד כדי לחיבו גם אם אבד הנכס בניסבות פוטורת, לפי העיקרון "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב"³¹². גם לדעה זו, אם נסיבות האבדן הן כאלה שברור שהאבדן היה קורה גם בהיות הנכס ביד הראשון, השומר פטור. דוגמה לדבר: בהמה שמתה מיתה טבעית, אשר יד מלאך המוות הייתה משיגה אותה בזמן שנקבע לה, גם אילו הייתה ברשותו של השומר הראשון ("מלאך המוות – מה לי הכא מה לי התם?"). מאחר שברור שהמסירה לא היא שגרמה לנזק, אף בעקיפין, הכלל "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב" אינו תופס³¹³.

אם, לפי הנסיבות, שמירתו של המורגל עשויה להיות טובה יותר משל השומר, השומר פטור גם אם הוא היה שומר שכר והמורגל היה רק שומר חנם, ואין זה נחשב מיעוט בשמירה. יש דוגמה לכך במעשה שהיה, בשומר שכר בשעת מלחמה, והיה ליד הגבול, והמלחמה הלכה והתקרבה לעירו. הוא מסר את הנכס לאדם מהימן שגר רחוק מן הגבול, במחשבה שזה יהיה לתועלת שמירת הנכס, שהרי כעת יהיה הנכס רחוק ממקום המלחמה; אלא שלמעשה, בסופו של דבר, גורשו היהודים מן העיר השנייה, ומשום כך אבד הנכס. נפסק, שהשומר פטור, ואף על פי שהוא שומר שכר והשני שומר חנם, וזו הפחתה ברמת השמירה מצד השומר עצמו, מכל מקום השמירה עצמה הייתה טובה יותר אצל השומר השני, ומה שקרה בסופו של דבר הוא אונס, שהראשון לא היה צריך להעלותו על דעתו³¹⁴.

(ב) בבני ביתו של השומר

גם לעניין שומר המוסר לבני ביתו תוך הפחתת האחריות, כגון שהוא שומר שכר, ובן הבית קיבל עליו אחריות של שומר חנם בלבד, נחלקו הפוסקים באותן שאלות כמו לגבי מסירה למורגל בשמירה. יש אומרים שהשומר פטור אף אם בן הבית פשע ואין לו לשלם, משום שלדעתו גם זה כלול ברשות מכללא של "כל המפקיד – על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד"³¹⁵. בעל הנכס ידע מן הסתם שהשומר ימסור לבן ביתו, ומן הסתם בן הבית יהיה שומר חנם, ועל דעת כן הפקיד אצלו³¹⁶. לעומתם, פוסקים אחרים פסקו שהשומר חייב במקרה זה, מפני

³¹¹ נביא כאן ובמילואים פוסקים שפטרו במקרה זה באונס, ושלא נזכרו בהערה 53 בין הפוטרים באונס במסירה לשומר סתמי: חידושי הרשב"א, ב"ק שם; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ לו ע"א.

³¹² שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנח (גם בדעת הרמב"ם).

³¹³ מהר"ח אור זרוע שם ("אם גם הראשון לא היה יכול להציל"); שו"ת ושב הכהן, סימן טו (כו ע"א); חושן אהרן, רצא, כו; ש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק מו; מחנה לוי, ב"מ לו ע"א (שהמסירה היא פשיעה, ומכל מקום הוא פטור באונס שלא בא מחמת הפשיעה).

³¹⁴ שאלות משה (רוזין), חו"מ, סימן סג, אות ז.

³¹⁵ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קסח.

³¹⁶ גאון צבי, רצא, על ש"ך, ס"ק מד.

שכאן העובדה שבעל הנכס הפקיד אצלו בשכר מוכיחה שהוא מעוניין בשמירה מעולה של שומר שכר, ואינו מסתפק בשמירה של שומר חנינם, אפילו של בני ביתו.³¹⁷ שוב, גם לדעה הפוטרת, אם נגב הנכס או אבד, בדוגמה של שומר שכר שמסר לבן ביתו שהוא שומר חנינם, השומר חייב, מפני שלא ייתכן שבעל הנכס יפקיד את הנכס אצל שומר שכר ולא יקבל תשלום על גנבה ואבדה.³¹⁸ אותו עיקרון שימש את בעל נחלת צבי לגבי פסיקתו במקרה דומה. אדם שכר בעל עגלה להביא משא של אתרוגים לביתו לפני חג הסוכות, ובעל העגלה מסר את האתרוגים לשכירו (שהוא נחשב כבן בית, כפי שראינו בפרק ב, 5), והלה איחר את המועד. בעל העגלה קיבל על עצמו התחייבות להביא את האתרוגים בזמן, ואילו שכירו לא קיבל על עצמו התחייבות זו, ואין להטיל עליו אחריות על האיחור. לכן בעל העגלה ישא באחריות במקרה זה, כמו במקרה דלעיל של שומר שכר שמסר לבן ביתו שהוא שומר חנינם, מפני שלא ייתכן שאחריותו תפחת עקב מסירתו לאדם שאחריותו פחותה משלו.³¹⁹ גם בשאלת חיוב השומר אם אבד הנכס בנסיבות פוטרות, כשמסר לבן ביתו תוך הפחתת האחריות, קיימים חילוקי דעות במקביל לחילוקי הדעות הקיימים בשאלה זו לגבי מורגל בשמירה. יש אומרים שהוא פטור בנסיבות פוטרות (בדוגמה של שומר שכר שמסר לשומר חנינם – אם קרה אונס).³²⁰ אין המסירה בגדר פשיעה, מפני שיש להניח שבעל הנכס מוכן שימסור לבן ביתו, שהרי הוא יודע שמקובל ששומר שכר מוסר לבני ביתו לשמור בחינם, ועוד, שמאחר שאימתו מוטלת על בני ביתו, הם ישמרו לו שמירה מעולה כאילו היו שומרי שכר.³²¹ ואילו פוסקים אחרים מחייבים גם במקרה של אונס, אם ייתכן שהאונס לא היה קורה לולא המסירה, משום שהמסירה הייתה בגדר פשיעה, עקב ההפחתה באחריות, ולכן חל כאן הכלל "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב".³²²

(ג) הבחנות בין מורגל בשמירה לבין בני ביתו
ראינו דיונים מקבילים באותן שאלות בהפחתה באחריות, לגבי מסירה למורגל ולגבי מסירה לבני הבית. בפשוטו, הדין שווה בשניהם, והמחייבים במקרה מסוים כאן יחייבו באותו מקרה שם; וכך אמנם הבינו פרשנים אחדים.³²³ אולם יש מהפרשנים הסבורים שאין בהכרח חפיפה בין שני התחומים. בעל פרח שושן³²⁴ סבור שמחלוקת הראשונים קיימת רק לגבי שומר שמסר למורגל, אבל במוסר לבני ביתו מסכימים כל הראשונים, שהרשות מכללא בטלה עקב הפחתת סוג האחריות. נימוקו הוא, שהמוסר למורגל יש יותר טעם לפטור, משום שרואים כאילו אמר לבעל הנכס בפירוש שיפקיד

³¹⁷ תשובת ר"מ מטלון, שנדפסה בשו"ת דברי ריבות, סימן רטז, ובשו"ת מהרש"ם, חו"מ, סימן מ. *
³¹⁸ ר' מאיר הכהן, בשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנח, המנמק, שאם לא כן כל שומר שכר ימסור לבני ביתו, ויפטר מגנבה ואבדה; ואסור לו למסור לבני ביתו, מפני שבעל הנכס שילם לו שכר לשמור שמירה מעולה, ולא למסור לבני ביתו שישמרו שמירה פחות טובה. *

³¹⁹ נחלת צבי, רצא, כד. וראה על כך במילואים להערה 333.

³²⁰ חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ לו ע"ב, במסקנתו. *

³²¹ הריטב"א שם. *

³²² שו"ת ושכ הכהן, סימן טז (דף כז ע"ד), בדעת הריטב"א ובדעת שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן פה. הוא מעלה אפשרות שגם הרמב"ם מחייב כאן כמו במורגל בשמירה (ולהבנת ושב הכהן, לעיל). *

³²³ שו"ת ר' יעקב לבית הלוי, סימן פז, הבין שהפוטרים לעניין מורגל בשמירה יפטרו גם כאן (ומכך הקשה על מהרש"ך שמחייב בלי להזכיר שיש פוטרים). *

³²⁴ שו"ת פרח שושן, חו"מ, כלל א, סימן א (סא ע"ב). *

בידו. לעומת זאת, המוסר לבניו ובניו ביתו חייב, מפני שלא ראינו שבעל הנכס מסכים לשמירתם, שהלא מעולם לא ראינו שמסר בידם שום דבר. דווקא שומר חנם, שאינו חייב אלא בפשיעה, פטור אם מסר לבניו ביתו, משום שבעל הנכס הפקיד אצלו על דעת כן, אבל שומר שכר, שחייב בגנבה ואבדה, אינו מופטר מסיבה זו.

סברה הפוכה לסברת בעל פרח שושן או מוצאים בדברי בעל טבעות זהב. הוא אומר שגם אם מסירת שומר שכר למורגל שומר חנם היא פשיעה, הרי לגבי בן בית אין זו פשיעה, אף על פי שהוא מקבל שכר לשמור, ומוסר למי שהוא שומר חנם. זאת מפני שבעל הנכס ידע שימסור לבניו ביתו, והפקיד אצלו על דעת כן, שהרי "כל המפקיד – על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד", ואם כן, השומר מסר להם בהיתר, ואין בכך פשיעה³²⁵.

(ד) בשאר סוגים של מסירה ברשות

שאלת המסירה תוך הפחתת האחריות עולה גם ביחס לסוגים האחרים של מסירה ברשות. לגבי שומר המוסר לאחר ברשותו המפורשת של בעל הנכס, יש אומרים שהוא פטור גם אם הוא שומר שכר ומסר לשומר חנם, מפני שמפרשים שכוונת בעל הנכס שהתיר לו זאת הייתה כאומר: "תן לו, ובזה תסתלק מדין שומר שכר"³²⁶. לדעתם, יסכים לכך גם הרמב"ם, המחייב שומר שכר המוסר לשומר חנם המורגל, משום שכאן אין מקום לנימוק שבעל הנכס הראה שרצונו בשמירה מעולה דווקא, שהלא הוא אמר במפורש שהוא רוצה שימסור לאחר³²⁷. אך יש אומרים ששומר השכר עדיין חייב, מפני שאין להניח שכשבעל הנכס ביקש ממנו לתת לאחר, התכוון שיתן לו ויעשה אותו שומר חנם, שהרי בכך יפסיד בעל הנכס את זכותו עליו כשומר שכר; אלא ברור שהרשות ניתנה על תנאי שימסור לשומר שכר³²⁸.

לגבי שומר המוסר לאחר בפני בעל הנכס, ובעל הנכס שותק, שדננו בו בפרק ב, 3, פסק בעל תרומת יעקב, שאם מסר לשומר שאחריותו פחותה משלו, הוא חייב, ואין מפרשים אז את שתיקת בעל הנכס כהסכמה, משום שהפחתת האחריות היא פשיעה, ויש להניח שבעל הנכס שתק מפני שהרגיש שאין צורך שיביע התנגדות, כיוון שברור שהוא מתנגד לפשיעה. הוא משווה זאת לדיון שהאומר לחברו "קרע את כסותי" ולא אמר "והיפטר", והלה קרע את כסותו, הקורע חייב, משום שמניחים שלא התכוון ברצינות להרשות לו לקרוע את כסותו, דבר שהוא נזק ברור³²⁹. אך ייתכן שלפי הדעה שהבאנו לעניין מסירה למורגל ולבני ביתו, שהפחתה באחריות אינה בגדר פשיעה, גם כאן יהיה השומר פטור, מפני שאילו התנגד בעל הנכס למסירה, היה לו לומר זאת במפורש, שכן אין זה כל כך ברור שהוא יתנגד. אולם נראה שגם לדעה זו, אם לא ידע בעל הנכס שהשומר מוסר לו על מנת שהשני יהיה שומר חנם, השומר חייב, מפני שיתכן שבעל הנכס שתק רק משום שחשב שהשני יהיה שומר שכר כמו הראשון. לגבי שומר שאין דרכו לשמור בעצמו, יש אומרים שהוא פטור גם אם הוא שומר שכר³³⁰.

³²⁵ שבשנתמחזהו צל קפקואהוטישן, קסא, ס"ק ז.

³²⁷ ר"י אדרבי, בשו"ת דברי ריבות, סימן ריח, הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות בית יוסף, אות סג. כך כותב גם שו"ת משאת משה, חלק א, חו"מ, סימן לא (פד ע"ב), אלא שבנידונו מראש נאמר לו למסור לאחר, כך שלא חלה עליו אחריות מעולם.

³²⁸ תשובת ר"מ מטלון, שנדפסה בשו"ת דברי ריבות, סימן ריז, ובשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מ.

³²⁹ תרומת יעקב, חלק א, סימן לג. שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סימן ח, כותב שהדין כאן הוא כמו במסירה למורגל תוך הפחתה באחריות.

³³⁰ שו"ת משפטים ישרים (חסון), סימן י; שו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן כו (בשם כנסת הגדולה המביא את שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קכ); שו"ת מעיין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ט (עמ' 298).

ראיה לכך ניתן להביא מן הסוגיה התלמודית על רועה המוסר לתלמידו, שהיא המקור להפטר השומר במקרה זה, כפי שראינו בפרק ב, 4 (א). סוגיה זו עוסקת בשומר שכר, שהרי רועה הוא שומר שכר³³¹; ומכאן שגם שומר שכר פטור במקרה זה. אולם ניתן לדחות הוכחה זו ולומר, שמה שהתלמוד פטר את הרועה הוא במקרה שגם התלמיד מקבל שכר והוא שומר שכר, ולכן אין בזה הפחתת אחריות, אבל אם התלמיד הוא שומר חנם, ייתכן שהרועה יהיה חייב מטעם הפחתה באחריות. ואכן יש פוסקים המחייבים שומר שכר שמסר לשומר חנם, גם אם הוא אדם שאין דרכו לשמור בעצמו³³².

(ה) שומר שכר שמסר לשומר שכר ושואל שמסר לשואל כל דיונו עד כאן הוא לגבי מקרה ששומר שכר, לדוגמה, מסר לשומר חנם, בצורה שיש לו בדרך כלל רשות מכללא למסור. מאחר שהמסירה הייתה תוך הפחתה באחריות, יש מקום לחייב את השומר המוסר. אולם אם שומר השכר מסר לשומר שכר, אין לחייב אותו מטעם הפחתה באחריות, כמובין³³³, כפי שרמזנו לעיל. מאותה סיבה, שואל שמסר לאחר באחד מן האופנים שיש רשות מכללא, וגם האחר משתמש בנכס, כך שחלה עליו אחריות של שואל, הרשות מכללא קיימת, משום שאין כאן הפחתה באחריות³³⁴.

5. הסתרת שייכות הנכס לאחר

(א) בבני ביתו

שומר שמסר נכס לבן ביתו לשמירה (מסר לידיו, או ביקש ממנו לשמור – שאילו אם לא עשה כך, הוא חייב, כפי שהבאנו בפסקה 2), ולא אמר לו שזהו נכס של אחר שקיבל לשמירה, ובן הבית חשב שהנכס שייך לשומר, וכתוצאה מכך לא שמר את הנכס בשמירה הראויה לו, השומר פטור. הוא יוכל לטעון שחשב שלא היה צורך שיודיע לבן הבית שזהו נכס של אחר, ולא העלה על דעתו שאי ידיעתו של בן הבית תביא לכך שיפגע בשמירתו, שכן בני ביתו של אדם רגילים לשמור בזהירות גם נכסים שלו עצמו, ואף ביתר זהירות מאשר נכסים של אחרים³³⁵. בפרק ד, 4, נראה שיש מצב שבן הבית פטור במקרה כזה גם אם למעשה לא שמר כראוי, בטענה שמתוך מחשבתו שהנכס שייך לשומר – בעל ביתו, הוא עשה חישוב מסוים שלפיו אינו צריך לשמור כראוי. גם באותו מצב השומר פטור, ואין אומרים שהשומר חייב מפני שהביא לכך שהשני פגע בעוד בעל הנכס לא יוכל לגבות ממנו. הוא לא היה צריך להעלות על דעתו שבן ביתו יעשה חישוב כזה. בדוגמה הניתנת בתלמוד, ונביא אותה בפרק ד, 4, שומר מסר כספי פיקדון לאמו, והיא לא קברה אותם באדמה כדין שמירת כספים. הָאֵם פטורה מפני שהיא נהגה כך מתוך מחשבה שהכסף של בנה השומר, והוא מיועד להוצאה,

³³¹ כפי שראינו בסעיף 1(ג), פרק ב, 4.

³³² שו"ת אגודות אוזב מדברי, חו"מ, סימן יז, כותב שאם בעל הנכס יודע ששומר שכר זה לא ישמור בעצמו על הנכס אלא ימסרנו למשרתו, הוא פטור דווקא אם גם משרתו שומר שכר.

³³³ קצות החושן, רצא, ס"ק ו; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לא; שו"ת ישמח לבב, חו"מ, סימן יב; שו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יט (צט ע"ד).

³³⁴ כנסת הגדולה, חו"מ, שמב, הגהות הטור, אות ב; לב מבין, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ח (קעז ע"ב); ר"ח גרשון, בשו"ת מהריט"ץ, סימן פד (עה ע"ד).

³³⁵ ב"מ מב ע"ב.

וכסף כזה אין רגילים לקבור. למרות זאת, השומר פטור, מפני שהוא היה זכאי לחשוב שהיא לא תעשה חישוב זה, אלא שגם האם תהיה מסופקת אם הכסף הוא להוצאה אם לאו, היא תקבור אותו באדמה, כהחמרה מספק³³⁶.

יש מי שאומר שהשומר פטור רק אם בן הבית שמר שמירה כלשהי, גם אם לא שמר ברמה הדרושה, אבל אם הניח בן הבית את הנכס במקום חשוף, השומר חייב. כאן לא יוכל השומר לטעון שחשב שבן ביתו ישמור בזהירות יתר מתוך מחשבה שזהו נכס שלו (של השומר), שהלא התברר בסופו של דבר שהוא לא שמר על הנכס כלל, ובוודאי ידע השומר שזו דרך התנהגותו של בן ביתו זה בשמירת נכסיו. אם כן, לא היה לו למסור לו בלי להודיע לו שזה פיקדון מאדם אחר, אלא היה צריך להודיע לו שזהו פיקדון, כדי שישמור בן הבית יותר טוב³³⁷. אולם רוב הפוסקים פוטרם את השומר אפילו פשע בן הבית פשיעה גמורה. לדעתם, ייתכן שהשומר לא ידע שדרכו של בן ביתו זה להתרשל בשמירת נכסיו³³⁸. על פי דעה שנייה זו, השומר פטור במקרה זה גם אם אין לבן הבית במה לשלם – לשיטת הרמב"ם הפוטר את השומר במקרה רגיל (כשהודיע לבן הבית שזהו פיקדון מאדם אחר) גם אם אין לבן הבית במה לשלם³³⁹. ואילו לשיטת רבנו תם, המחייב את השומר במקרה רגיל אם אין לבן ביתו במה לשלם, אף כאן, שלא הודיע לבן ביתו שזהו פיקדון מאחר, השומר חייב אם אין לבן ביתו במה לשלם, והוא פטור רק אם יש לבן ביתו במה לשלם³⁴⁰.

כמובן, אם ראה השומר שבן הבית אינו שומר את הנכס כראוי, הוא חייב, שכן ההפטר דלעיל מבוסס על כך שחשב שבן ביתו ישמור כראוי³⁴¹.

(ב) בשומר שכר

הפטר השומר, אף שלא אמר לבן הבית שהנכס הוא של אדם אחר, מוגבל לשומר חינוס. שומר שכר שלא הודיע לבן ביתו שהנכס הוא פיקדון של אחר, ובכך גרם שבן הבית ישמור שלא כראוי, מתוך חישוב המבוסס על מחשבתו המוטעית שזהו נכס של השומר – בעל ביתו – השומר חייב³⁴². לגבי מקרה שהנכס אבד או נגנב, ברור הדבר ששומר השכר חייב, שהלא גם במקרה רגיל, ששומר השכר הודיע לבן ביתו שהנכס הוא פיקדון של אדם אחר, שומר השכר חייב אז, כפי שראינו בפסקה 4. גם לגבי מקרה שבן הבית פשע, שומר השכר חייב, גם לדעה שבמקרה רגיל (כשהודיע) שומר השכר פטור על פשיעת בן ביתו. זאת משום שכאן, שלא

³³⁶ כך הסבירו רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כד, וב"ח, חו"מ, רצא, כו*.

³³⁷ פרישה, חו"מ, רצא, כג. השווה את דברי מהרש"ך בהערה 296 על מקרה שבן הבית גנב את הנכס. פרישה מדגיש שאם הודיע לבן הבית שהנכס שייך לאחר, הוא פטור גם אם לא שמר בן הבית כראוי, מפני שלא הייתה לו אפשרות לדעת שבן הבית רגיל לפשוע בשמירת פקדונות של אנשים זרים, וחשב שהוא מתרשל רק בשמירת נכסיו שלו (ראה בשמו ליד ציון הערה 193).

³³⁸ שו"ת תורת חיים, חלק א, סימן עה, כותב שאם מסר את הנכס לאשתו בארגז, ולא אמר לה שהנכס שייך לאחר, והשאירה את הארגז פתוח, שזוהי פשיעה, השומר פטור*.

³³⁹ שו"ת דברי מרדכי (קרישפיין), חו"מ, סימן יט; שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ב; דברי חיים, דיני שומרים, סימן א*.

³⁴⁰ ש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק לו (הובא בערוך השולחן, חו"מ, רצא, נה); שו"ת סם חיי, סימן כט*.

³⁴¹ פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (קיג ע"ב). על הדין הכללי בשומר שראה שבן ביתו פשע, ראה ליד ציוני הערות 270-272.

³⁴² נימוקי יוסף, ב"מ כד ע"א (בדפי הרי"ף), בשם הר"ן, הובא בבית יוסף, חו"מ, שג, ב, ובכרורי הלכה (מענה שמחה), ד (תשנ"א), עמ' 67; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מב ע"א; ר' מאיר בר' יקותיאל הכהן, בשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנח*.

הודיע לו של מי הנכס, ייתכן שאי ההודעה גרמה לפשיעה³⁴³. יש אומרים שהוא חייב גם אם הנכס נאנס אצל בן הבית, משום שהמסירה לבן הבית נחשבת פשיעה כיוון שלא הודיע, ו"תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב", וזאת גם לדעה שהבאנו שם, שבמקרה רגיל (כשהודיע), שומר השכר פטור על אונס³⁴⁴. אבל יש אומרים שגם שומר שכר פטור אם קרה אונס, ואין אי ההודעה נחשבת פשיעה³⁴⁵.

לכאורה, כשם שפטורנו שומר חנינם על אף שאי ההודעה גרמה לבן הבית שלא לשמור כראוי, וקיבלנו את טענתו: "חשבתי שבן ביתי ישמור יותר טוב מתוך מחשבה שזהו נכס שלי", כך ניתן לפטור שומר שכר על פי טענה זו. מה סיבתה של ההבחנה בין שומר חנינם לשומר שכר? יש שלושה הסברים לדבר.

(א) ההסבר הפשוט הוא, שכמו שבתחומים שונים מוטלת על שומר שכר חובת זהירות גדולה יותר בשמירת הנכס מזו המוטלת על שומר חנינם, כפי שראינו בדיונונו בסעיף 2(ב), כך בתחום זה. מאחר שאילו חשב השומר קצת יותר על העלול לקרות כתוצאה מאי ההודעה, היה צופה את מה שאכן קרה בסופו של דבר, שומר שכר חייב, על שלא חשב יותר. זאת לעומת שומר חנינם שאינו חייב לדקדק כל כך בשמירה, ואם השיקול הראשוני שלו קבע שיותר כדאי שלא יודיע לבן הבית שזהו פיקדון, הוא נהג כשורה כשנהג לפי השיקול הזה³⁴⁶.

(ב) הסבר אחר מבוסס על הבדל הקיים, לפי דעה אחת³⁴⁷, בין שומר חנינם לשומר שכר לגבי מקרה שהנכס הנשמר ונכס של השומר נמצאים בסכנה יחד (לדוגמה, בתוך בית בוער): שומר שכר מחויב ללכת להציל את הנכס הנשמר תחילה, גם אם על ידי כך יפסיד את הנכס שלו; ואילו שומר חנינם רשאי להציל את הנכס שלו קודם. משום כך, שומר שכר שמוסר לבן ביתו בלי להודיע לו שהנכס הוא של אדם אחר, הריהו גורם לכך שאם ייווצר מצב שבו הנכס הנשמר והנכס של השומר הם בסכנה יחד, בן הבית יציל את הנכס של השומר תחילה, מתוך מחשבה ששני הנכסים שייכים לשומר, בעוד שהוא בעצם חייב לנהוג להיפך. משום כך, שומר השכר חייב על אי ההודעה. לעומת זאת, שומר חנינם שנוהג באותה דרך, אינו יכול לגרום נזק באופן האמור, כיוון שגם אם ידע בן הבית שהנכס הוא מופקד, הוא יציל את הנכס האחר תחילה, ולכן שומר החנינם פטור על אי ההודעה³⁴⁸.

(ג) הסבר אחר הוא, שאם בן הבית יחשוב שזהו נכס של בעל ביתו-השומר, הוא ישמור אותו רק בתור שומר חנינם, שכן הוא אינו מקבל שכר על השמירה, ושומר חנינם מן הסתם

³⁴³ נתיבות המשפט, רצא, ס"ק יט, מקשה, מדוע הוצרך הש"ך (במילואים להערה 342) לחייב שומר שכר בנידונו, הלא כל שומר שכר שמסר לבן ביתו חייב (ראה הערה 350)? בית יעקב, רצא, כא, חקר הלכה, ערך שומרים, אות ב, ודברי משפט, רצא, כג (הובא בברורי הלכה, מענה שמחה, ד, תשנ"א, עמ' 52), הסבירו שהש"ך הדגיש זאת, מפני שהוא סובר (ראה במילואים להערה 320) ששומר שכר שמסר לבן ביתו שהוא שומר חנינם, פטור אם הודיע לו שהנכס שייך לאחר. דברי משפט כותב במפורש שהכוונה לחייב אם פשע*.

³⁴⁴ ערוך השולחן, חו"מ, רצא, נד; שושנת יעקב, שג, ג; טבעת החושן, על נתיבות המשפט שם. ראה במילואים להערה 348, שזו גם דעת נודע ביהודה. טבעת החושן מיישב בכך את קושיית נתיבות המשפט דלעיל – שהש"ך הוצרך לומר שחייב אף באונס. יש להעיר שמדובר באונס שאפשר שלא היה קורה אילו לא מסר לו, שאילו אונס שבוודאי היה קורה בלאו הכי, אין לחייב בו מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס".

³⁴⁵ נתיבות המשפט שם*.

³⁴⁶ ר' שמואל פנחס מבורקא, בהגהתו במחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ב; טבעת החושן שם*.

³⁴⁷ שהבאנו בסעיף 6, ליד ציוני הערות 105 ו-120.

³⁴⁸ שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן לו, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק י, ובספר מבית מאיר (סטלביץ), חלק א, דף סט ע"ב*.

אינו מתאמץ לשמור יותר מן הדרוש לשומר חינום. לכן אם השומר הראשון הוא שומר שכר, הוא חייב על המסירה, מפני שמוטל עליו לשמור יותר טוב משומר חינום, וחובה זו לא תמולא על ידי בן הבית, ושומר השכר היה צריך לצפות שמן הסתם בן ביתו ינהג כשומר חינום, כאמור. רק שומר חינום שמסר לבן ביתו פטור אף על פי שלא הודיע לו שהנכס של אחר, מפני שבן הבית ימלא את חובת השמירה בדרגה המוטלת על השומר עצמו, גם אם הוא חושב שזהו נכס של השומר³⁴⁹.

לפי ההסבר האחרון, אם שומר השכר אמנם ישלם שכר שמירה לבן ביתו, הוא יהיה פטור, שכן למרות שלא הודיע לבן הבית שזהו נכס של אחר, בן הבית ישמור בדרגת שמירה של שומר שכר, כמו אילו ידע את האמת, שזהו נכס של אחר. אולם לפי שני ההסברים הראשונים, גם אם בן הבית יהיה שומר שכר, שומר השכר שמסר לו יהיה חייב, מפני שההסברים ההם תופסים גם לגבי מקרה זה³⁵⁰.

(ג) בסוגים אחרים של מסירה ברשות

לפי דעה אחת, הפטר זה, הקיים לגבי מסירה לבני ביתו, נוהג גם במקרים האחרים שבהם שומר רשאי למסור לאחר מתוך הנחה שבעל הנכס מסכים, כגון שהיה נהוג שמוסרים לאדם כזה, כפי שראינו בפרק ב, 5 (ד), שדין מקרה זה כדין מסירה לבני ביתו³⁵¹. אך דעה אחרת היא שדווקא אם מסר לבני ביתו הוא פטור מפני שיוכל לטעון: "חשבתי שבן הבית ישמור יותר טוב כשיחשוב שהנכס שלי", אבל אם מסר לאדם אחר, גם מאלו שהוא רשאי למסור להם, ולא אמר לו שזה נכס של אחר, הוא חייב. זאת משום שלגבי אדם זה ברור (ולפחות – ייתכן) שאילו ידע שהנכס של אחר, היה שומר יותר טוב³⁵².

לגבי שומר שמסר למורגל ולא הודיע לו שזהו נכס של אדם אחר, והלה חשב שזה נכס שלו (של השומר), נפסק שהשומר חייב, מפני שאילו ידע שזהו נכס של אחר, היה שומר יותר טוב. זאת בניגוד לשומר המוסר לבן ביתו ולא אמר לו שזהו פיקדון בידו, שהוא פטור, מפני שהיה רשאי להניח שבן הבית ישמור יותר טוב כשיחשוב שהנכס הוא של בעל הבית³⁵³. נראה, שבכל המקרים שחייבנו בהם את השומר על שלא אמר לשני שהנכס שייך לאחר, הרי אם אמר לו השומר שהנכס שייך לאחר, ורק לא אמר לו מי הוא בעל הנכס, השומר פטור. אין אי ידיעה זו יכולה, באופן סביר, לגרום לרשלנות בשמירת שומר המשנה. רק אם

³⁴⁹ בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן נה, מביא השואל שנימוקי יוסף שם נימק (אך אין זה מפורש בדברי נימוקי יוסף), ששומר השכר לא יופטר בטענה שחשב שבן הבית יטמין את הכסף בקרקע, מפני שגם אז היה השומר חייב אילו נגנב הכסף, כדין שומר שכר – ראה סעיף 2(ב), פרק ב, 1. אולם המשיב שם העיר שלפי הדעה ששומר שכר פטור בגנבת אונס כזאת, כאשר הכסף נקבר באדמה (ראה סעיף 2 שם), אין לומר נימוק זה. מלבד זאת, צריך להסביר מדוע לא יוכל שומר השכר לטעון שחשב שבן הבית ישמור את הנכס באופן ששומר שכר פטור בו לכל הדעות. כדי לענות על קשיים אלו, ניסחנו נימוק זה בפנים בצורה אחרת, כללית.*

³⁵⁰ נתיבות המשפט שם כותב שהוא חייב גם אם בן הבית הוא שומר שכר, במקרה שאירעה גנבה או אבדה (ומתרחץ כך את קושייתו – ראה הערה 343), ואף על פי שאז חייב בן הבית לשלם מפני שהוא שומר שכר, חל חיוב על השומר הראשון למקרה שאין לבן הבית במה לשלם, גם לשיטת הרמב"ם שהמוסר לבן ביתו ופשע ואין לו לשלם, השומר פטור.

³⁵¹ ר"מ קרישפין, בשו"ת דברי מרדכי (קרישפין), חו"מ, סימן יט.

³⁵² ר"א ישראל, בסימן כ שם.*

³⁵³ ר"א ישראל שם.*

שומר המשנה הוא אדם שיש לו קשר מיוחד לבעל הנכס, כגון שהוא קרוב משפחתו, ידידו, בעל קשרי עסקים עמו, או שהוא מורגל בשמירה, יש מקום לחייב את השומר על שלא אמר לו למי הנכס שייך, מפני שסביר להניח שאילו ידע זאת, היה שומר טוב יותר.

6. שומר משנה שהוא עני

הורה בעל הנכס לשומר למסור את הנכס לאדם מסוים, ובזמן מתן הרשות היה אדם זה עשיר ואמיד, אך בינתיים ירד מנכסיו, ואף על פי כן מסר לו השומר את הנכס – השומר לא יופטר מאחריותו, מפני שברור שהרשות ניתנה רק תוך הסתמכות על כך שהאדם השני הוא עשיר, ויהיה אפשר לגבות ממנו³⁵⁴.

פסק דומה ניתן לגבי שומר המוסר לאחר בידיעת בעל הנכס ובלי מחאתו. נפסק, ששתיקת בעל הנכס לא תפטור את השומר אם האדם האחר היה עני באותו זמן, ובעל הנכס לא ידע זאת, ואילו השומר ידע זאת. כאן יוכל בעל הנכס לטעון, שהוא הסכים למסירת הנכס לאותו אדם רק משום שחשב שהוא בעל אמצעים ויוכל לשלם על אבדן הנכס, ואילו ידע שהאמת אינה כך, לא היה מסכים³⁵⁵. טענתו מתקבלת מפני שהשומר הטעה אותו בכך שלא גילה לו את האמת. חילוקי דעות קיימים לגבי מקרה שגם השומר לא ידע שהאחר עני. לפי דעה אחת, השומר פטור. כאן לא יוכל בעל הנכס לטעון שהסכים למסירה רק משום שחשב שאפשר לסמוך על אדם זה, ובסוף התברר שאי אפשר לסמוך עליו, ונמצא שהסכמתו הייתה בבחינת מחילה בטעות, ומחילה בטעות אינה תופסת. טענה זו אינה מתקבלת, מפני שיש להניח שמראש מחל מחילה גמורה גם למקרה שיתברר שטעה, מפני שאם יחזור בו אחר כך (בלי שיוכל להצטדק שהשומר הטעה אותו), אנשים לא יחזיקו אותו כאדם מהימן. זאת ועוד: הוא היה צריך לבדוק מראש האם זהו אדם שאפשר לסמוך עליו, ומשלא עשה כך, הראה שהוא מוכן לוותר בכל אופן³⁵⁶. השומר יוכל לטעון להגנתו: "בעל הנכס הכשיל אותי בכך שהורה לי בשתיקתו למסור לאדם זה, ומדוע אשא באחריות, בשעה שאני עשיתי את רצונו?" – טענה שאינה מתקבלת, כמובן, במקום שהשומר ידע שהאחר עני. לעומת זאת, קיימת דעה המחייבת גם כאן. לפי דעה זו, שתיקת בעל הנכס פוטרת רק אם בעל הנכס מכיר את האדם השני, שאז הוא יכול להיות מובטח שלא ייגרם לו נזק, אבל אם אינו מכירו, אין השומר פטור³⁵⁷, מפני ששתיקתו נבעה מתוך טעות.

גם הרשות שיש לשומר למסור לבן ביתו נתונה רק אם הלה עשיר ואמיד. אם מצבו הכלכלי של בן הבית בכי רע, השומר חייב אם מסר לו, מפני שברור שבעל הנכס לא הפקיד אצלו על דעת שימסור לאדם כזה, שמן הסתם יהיה קשה לו לגבות ממנו אם יצטרך³⁵⁸. על מסירה למורגל בשמירה שהוא עני, ראה בפרק ב, 6 (ג).

³⁵⁴ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן נ (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, סימן קפב, הגהות הטור, אות מד, וסימן רצא, הגהות בית יוסף, אות סו ואות עז, ובשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סימן יא, דף קמה ע"ב); שו"ת משפטי שמואל, סימן נב (הובא בכנסת הגדולה שם); ערך לחם, חו"מ, שא, י.
³⁵⁵ שו"ת משפטי ישרים (בירדוגו), חלק א, סימן רכט (הובא בפעמוני זהב, רצא, כו). יש להסיק מדברי משפטי ישרים גם לגבי המקרה של מסירה ברשות מפורשת, שאם בעל הנכס לא ידע שהשני עני בעת מתן הרשות, ולכן התיר לשומר למסור לו, השומר חייב.
³⁵⁶ ר"י נבון, בשו"ת נחפה בכסף, חלק ב, חו"מ, אחרי סימן יז.
³⁵⁷ ר"א ישראל, בשו"ת נחפה בכסף, חלק ב, חו"מ, סימן טו.
³⁵⁸ שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סימן יא (קמה ע"ב).

7. שמירה הכרוכה בטיפול מיוחד בנכס

שומר שהנכס נמסר לו לשם טיפול מיוחד, הרשות מכללא הנתונה לו במקרים השונים למסור לאחר, תושפע מכמה בחינות.

שומר שהנכס נמסר לו כדי שימכור אותו בעבור בעל הנכס, ולא רק לשמרו כפיקדון, אינו רשאי למסור לבן ביתו, כדי שימכור אותו במקומו. שומר רשאי למסור את הנכס לבן ביתו רק כדי שישמור אותו בעבורו שמירה סטטית, מפני שאין דרכו של אדם לשמור נכס בעצמו כל הזמן, ודרכו לסמוך על בני ביתו שישמרו, ועל דעת כן מסר לו בעל הנכס. לעומת זאת, אם בעל הנכס מסר לו אותו כדי שימכרו, אינו מוכן שאדם אחר ימכור במקומו³⁵⁹. אבל השומר רשאי למסור את הנכס לשכירו (שהרי דין שכיר כדין בן ביתו, כפי שראינו בפרק ב, 5 (ג)), אף כדי למכור את הנכס, כיוון שידוע שהוא רגיל לתת לשכירו נכסים למכור בשבילו עצמו³⁶⁰.

שומר שנמסר לו נכס להוליכו למקום אחר, יש אומרים שאינו רשאי למסור לבני ביתו להוליכו במקומו, מפני שבעל הנכס רוצה שדווקא הוא יוליכנו; והוא רשאי רק למסור להם בעודו בביתו, לפני שהוא יוצא לדרך³⁶¹. אבל קיימת דעה המרחיבה את הרשות מכללא הנתונה לשומר למסור לבני ביתו – גם לעניין הובלת נכס ליעדו³⁶².

לעניין שאר המקרים של רשות מכללא, השומר רשאי למסור לאחר גם לשם שימוש מיוחד. ברשות מפורשת (פרק ב, 2), הדבר ברור; אם ראהו מוסר לשם כך (וידע מה מטרת המסירה) ושתק (פרק ב, 3), הרי הסכים; אם הוא יודע שדרכו בכך (פרק ב, 4), הרי זה מותר, כמו שמותר לשומר למסור לאחר לשמירה אם בעל הנכס יודע שדרכו למסור לשמירה. לגבי מורגל, הרשות למסור מותנית ברגילותו של בעל הנכס להפקיד אצלו לשם טיפול מיוחד זה, כפי שראינו בפסקה ב, 6 (ט).

שאלה אחרת היא מסירה לאחר לשם שימוש בנכס. נראה שגם שומר שאינו רשאי להשתמש בנכס, רשאי למסור לשימוש של מורגל, אם בעל הנכס היה רגיל למסור נכסים לשימוש של המורגל³⁶³. הרשות במקרה זה משפיעה בשני תחומים: תחום אחד הוא – הסרת ההתנגדות להעברת הנכס מרשות השומר לרשות המשתמש, הקיימת בדרך כלל בשל חשש העלמת הנכס או לקלקולו בידי השני. התחום השני הוא התרת השימוש בנכס, כך שהמשתמש לא יוגדר כ"שואל שלא מדעת" שדינו כגזולן – דבר שהיה גורר את חיובו המוחלט של השומר הראשון באונס, לפי פרק א, 4.

לעניין מסירה לבני ביתו לשימושם, אם הוא עצמו רשאי להשתמש, הוא רשאי גם למסור להם לשימושם³⁶⁴; ואם הוא עצמו אינו רשאי להשתמש, גם אינו רשאי למסור להם לשימוש, ואם מסר, זו שליחות יד. לעניין רשות מפורשת, אם התיר לו זאת בעל הנכס במפורש, מותר

³⁵⁹ שו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן פג; שו"ת מהרי"ץ, סימן ריט (הובא בספר ראה חיים, פרשת ואתחנן, דף פה ע"א).

³⁶⁰ פתחי חושן, פרק ד, הערה ז. הוא מוסיף שהכל לפי העניין.

³⁶¹ שו"ת הרשב"ש, סימן קסז (הובא בישרי לב, חזן, מערכת פ); שו"ת קרני ראם, סימן סד, בשם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קלג (על פי קניין פירות, מערכת פ, סימן לו).

³⁶² שו"ת מהרי"ל, סימן קעב (הובא בבית יוסף, חו"מ, קכא, מחודש א, ובסמ"ע, קכא, ס"ק יח).

³⁶³ דברי ר"ש שראל.

³⁶⁴ ש"ך, חו"מ, שח, ס"ק ג. ראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 41, שזאת הסיבה שיורשי שואל רשאים להשתמש בנכס לאחר מותו (וראה במילואים להערה 334).

לו למסור לאחר לשימושו. ראה בעל הנכס שמסר לשימושו של אחר, ושתק (פרק ב, 3), נראה שהוא פטור. ייתכן שגם מי שדרכו למסור לאחר להשתמש (על פי פרק ב, 4), פטור אם הוא מוסר לשם שימוש.

גם אם שומר זה, שקיבל נכס לשם טיפול מיוחד, מסר אותו לאחר באופן שיש לו רשות מכללא למסור, ולא אמר לו לעשות את הטיפול המיוחד הזה, ניתן לחייב את השומר אם נגרם מזה נזק לבעל הנכס. לדוגמה, אם אמר לו בעל הנכס למכור עבורו את הנכס, ומסר אותו למורגל לשמרו, ולא אמר לו למכרו, והלה שלח בו יד, ואי אפשר לגבות ממנו, הראשון חייב. מאחר שרצון בעל הנכס הוא שהנכס יימכר, ולא יונח בקרן זווית, נמצא שהשומר עבר על דעת בעל הנכס כשמסר לאחר בלי לומר לו למכור, והוא מזיק בכך לבעל הנכס, שמפסיד בעיניו המכירה. לכן יש במסירה זו הפחתה בשמירה, ולא חל ההפטר שיש בדרך כלל במסירה למורגל, שפטור לפי דעה אחת (בפרק ב, 6 (י)), גם אם אין לשני ממה לשלם³⁶⁵. כמו כן, אם הפקיד בעל הנכס את הנכס בידי השומר בהשלשה, תוך הוראה שימסור את הנכס לפלוני אחרי עשרה ימים אם ימלא תנאי מסוים, והוא מסר לאותו פלוני לפני הזמן הזה – הוא חייב גם אם אותו פלוני הוא מורגל, שהרי הזיק לבעל הנכס, מפני שכעת לא ימלא אותו פלוני את התנאי כרצונו³⁶⁶. ציווה עליו בעל הנכס למסור אותו לשני אנשים שישמרו יחד, והשומר נתן אותו למורגל לשמור לבדו, הוא חייב, משום שאדם אחד שומר פחות טוב משניים³⁶⁷. אמר לו בעל הנכס למסור את הנכס לאדם מסוים בשבתות, והוא מסר את הנכס למורגל ולא הזכיר לו הוראה זו, זו פשיעה, והוא חייב³⁶⁸.

אך אם לא גרם לו השומר נזק באי קיום ההוראה, הוא פטור. לדוגמה, אם בעל הנכס נתן את הנכס לשומר, ואמר לו למסרו לפלוני לשמור, והוא מסר אותו לאדם אחר שהוא מורגל, השומר פטור³⁶⁹. ביקש ממנו בעל הנכס שישים את הנכס במקום פלוני בביתו, והוא מסר אותו למורגל, הוא פטור, מפני שאין פשיעה בעצם שינוי המקום³⁷⁰.

8. שומר שקיבל את הנכס בחזרה

שומר שמסר למורגל בשמירה, ואמר לו להחזיר לו את הנכס כשיגמור – כשיחזיר לו את הנכס, תחזור עליו אחריות השמירה. גם אם אמר למורגל להחזיר לאשתו (של השומר), כשיחזיר לאשתו, תחזור אחריות השמירה לחול על השומר³⁷¹. אבל אם לא אמר לו להחזיר לו או לאשתו, והמורגל החזיר לאשה מיזמתו, השומר פטור מאחריות על הנכס, שכן הסתלק מהשמירה ברגע שמסר לו; ואילו השני חייב על מסירתו לאשה, מפני שבכך הוא כאילו שם את הנכס במקום שאינו שמור, שהרי בעל הנכס לא יוכל לגבות ממנה עד שתתאלמן או

³⁶⁵ שו"ת אהלי יעקב, סימן סד.

³⁶⁶ שו"ת תורת אמת, סימן קנ.

³⁶⁷ שו"ת משפט צדק, חלק א, סימן עב, דף רלד ע"ד (הובא בספר החפץ חיים, כלל לה, ס"ק לב). משפט צדק מכנה זאת "מיעוט בשמירה", ומתוך כך הוא תולה את הדין כאן במחלוקת לגבי המוסר למורגל תוך הפחתה באחריות (פסקה 4 (י)). יש להעיר שהמקרה בו הוא עוסק אינו של שומר ממש.

³⁶⁸ שו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן צו.

³⁶⁹ שו"ת מהר"ם אלשקר, סימן לט; לב מבין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ו (קסה ע"ב), בשם שו"ת כהונת עולם, סימן ח (שלא מצאנו).

³⁷⁰ נתיבות המשפט, רצב, ס"ק ז. ראה סעיף 2(א), ליד ציון הערה 330.

³⁷¹ שו"ת הרשב"ש, סימן שלח. ראה ליד ציון הערה 393, בעניין אחריות שומר המשנה במקרה זה.

תגרוש, כיוון שלאשת איש אין נכסים. זאת גם אם קיבל השני את הנכס בתחילה מידי אשת השומר – בכל זאת לא היה לו להחזיר לה³⁷².

פרק רביעי

אחריות שומר המשנה ("ושומר המשנה אחראי גם כלפי בעל הנכס")

1. עמדת החוק

סעיף קטן (א) קובע ששומר המשנה אחראי אחריות ישירה כלפי בעל הנכס: "ושומר המשנה אחראי גם כלפי בעל הנכס". לכן, מלבד האפשרות שיש לבעל הנכס לתבוע מן השומר את השבת פקדונו או את תשלום דמי נזק או אבדו, יכול הוא באותה מידה לתבוע את שומר המשנה. מובן שאין כוונת החוק למימוש שתי הזכויות הללו במקביל, אלא אם רצה בעל הנכס – גובה מן השומר בלבד, רצה – גובה משומר המשנה בלבד.

ראוי לציין, שהחוק אינו נותן למימוש אחת הזכויות דין קדימה על פני חברתה. כלומר, מימוש אחריות שומר המשנה אינו מותנה בחוסר יכולת לממש את אחריות השומר, ולהיפך. הבחירה ממי לתבוע נתונה לחלוטין בידי בעל הנכס, ובלבד ששני השומרים אחראים לאבדן או לנזק במקרה הנידון.

הסיבה ששומר המשנה אחראי כלפי בעל הנכס, אף על פי שלא יצר קשר עמו, היא, שלפי החוק בסעיף 1(א), נוצרים יחסי שמירה גם בלי חוזה, אלא בעצם העובדה שהשומר מחזיק את הנכס, והרי שומר המשנה מחזיק נכס השייך לבעל הנכס³⁷³.

אחריות שומר המשנה כלפי בעל הנכס היא "באותה מידה שהוא אחראי כלפי השומר". החוק אינו תולה את מידת האחריות שיוכל בעל הנכס לתבוע משומר המשנה במידת האחריות שהיה זכאי לה מהשומר. גם אם אחריות שומר המשנה כלפי השומר יתרה על אחריות השומר כלפי בעל הנכס, זכאי בעל הנכס לתבוע משומר המשנה את סוג אחריותו המקורי. לדוגמה, שומר חנם שמסר את הנכס לשומר שכו, השני אחראי כלפי בעל הנכס "לאבדן הנכס או לנזק, זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא היה יכול למנוע את תוצאותיהן", כקבוע בסעיף 2(ב) לגבי שומר שכר³⁷⁴. כך גם אם היו תניות פטור או תקרות חיוב בהסכם בין שומר המשנה לשומר. לאידך גיסא, אם אחריות השני כלפי הראשון פחותה מזו של הראשון כלפי בעל הנכס, אין בעל הנכס יכול לתבוע יותר מאחריותו המקורית כלפי הראשון.

שאלה זו עלתה לדיון מעשי בבית המשפט בקשר למעשה שהיה: חבילת יהלומים נשלחה בדואר לאירופה, ואבדה. השומר הראשי הוא משרד התקשורת, האחראי על הדואר, ושומר המשנה הוא חברת "אל-על", שהטיסה את חבילת הדואר. לפי אמנת הדואר הבינלאומית, משרד התקשורת אינו חייב לשלם מעבר לסכום מסוים עבור דבר דואר שאבד; אולם אין הגבלה כזאת באחריות של "אל-על" לחפצים שהיא מטיסה. בית המשפט המחוזי סבר שחברת

³⁷² הרשב"ש ש.ש.

³⁷³ ז' צלטנר, "דיני חוזים בישראל בהתפתחותם", הפרקליט כט (תשל"ה) 91.

³⁷⁴ מ' קורנילדי, "שומר שמסר לשומר במשפט העברי ובחוק השומרים, תשכ"ד-1967", שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה), עמ' 453.

"אל-על" חייבת לשלם את כל ערך היהלומים, משום שאחריותה אינה מוגבלת. אולם בית המשפט העליון קבע, שמאחר שאחריות משרד התקשורת מוגבלת, אף אחריותה של "אל-על" מוגבלת לאותו סכום, משום שאם לא תוגבל אחריותה, נמצא שמשרד התקשורת ירוויח מן העניין שלא בצדק, כשיקבל יותר ממשלם, ומאחר שאחריות "אל-על" כלפי משרד התקשורת מוגבלת, גם אחריותה כלפי בעל היהלומים מוגבלת³⁷⁵. אך ברגמן נוטה להעדיף את עמדת בית המשפט המחוזי. טענתו היא, שמטרת האחריות שמטיל חוק השומרים היא להביא להשבת הנכס או שווייו לבעליו, וכך נכסים יישמרו, ורכוש הזולת יהיה מוגן, ובעל הנכס יוכל לממש את בעלותו בנכס; ואם "אל-על" לא תחויב לשלם את מלוא הסכום, לא תושג מטרה זו. על טענת בית המשפט העליון, שמשרד התקשורת יצא נשכר בתוספת שלא כדין, הוא משיב, שתוספת זו תעבור בלאו הכי לבעל הנכס, מכוח סעיף 5(ב), כפי שנראה בסמוך; וממילא, מכוח זכות העקיבה, יכול בעל הנכס לתבוע ישירות את "אל-על" על התוספת³⁷⁶.

כאמור, אחריות שומר המשנה כלפי בעל הנכס היא ישירה, ואינה תלויה באחריות השומר כלפיו. גם אם יפטור בעל הנכס לאחר המסירה את השומר מאחריותו, ימשיך שומר המשנה להיות אחראי כלפי בעל הנכס. זכות בעל הנכס כאן שונה מזכותו על פי סעיף 5(ב), הקובע: "לא היה השומר אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, אך היה לו בשל אבדנו או נזקו זכות לפיצוי או לשיפוי כלפי צד שלישי, רשאי בעל הנכס לתבוע מן השומר את נזקו מתוך הפיצוי או השיפוי המגיע לשומר". הסעיף הוא אינו אומר שהזכות שיש לשומר לפיצוי או לשיפוי מצד שלישי עוברת לבעל הנכס, ולכן בעל הנכס אינו יכול לתבוע את נזקו ישירות מאותו צד שלישי (אם לא מכוח זכות העקיבה), אלא דווקא מן השומר. לעומת זאת, כאן בעל הנכס יכול לתבוע ישירות את שומר המשנה – המקביל ל"צד השלישי" שבסעיף 5(ב)³⁷⁷. נראה שזכות זו אינה באה במקום זכותו על פי סעיף 5(ב), אלא בנוסף לה.

לעיל³⁷⁸ למדנו מלשון החוק כאן: "שומר המשנה אחראי כלפי בעל הנכס", שאם מסירת הנכס הייתה תוך התנגדות בעל הנכס (התנגדות יותר חזקה מ"שלא ברשות", שבסעיפנו, שמשמעותה – בלי רשות מפורשת או מכללא, אלא מצב סתמי), לא יחא שומר המשנה אחראי כלפי בעל הנכס, מכיוון שאינו מוגדר "שומר", שהוא המחזיק בנכס כדין, כלשון סעיף 1(א) לחוק.

על פי החוק, "שומר המשנה אחראי גם כלפי בעל הנכס": "גם" – לרבות אחריותו כלפי השומר, שלא בטלה. במצב של תביעה כפולה, מצד בעל הנכס ומצד השומר, החוק אינו מעניק עדיפות לאחד מן הצדדים, ואם כן, הבחירה היא בידי שומר המשנה: רצה – משיב לזה; רצה – משיב לזה. מכל מקום נראה שפירעון לאחד פוטר מאחריותו גם כלפי השני. אלא שאם הוא פורע לשומר, יחזור בעל הנכס ויגבה את הפירעון מן השומר, לפי סעיף 5(ב), כפי שהזכרנו.

³⁷⁵ ע"א 580/82 אינשורנס קורפוריישן אוף איירלנד ואח' נ' מדינת ישראל – משרד התקשורת ואח', פ"ד מא(2) 309, 331.

³⁷⁶ פ' ברגמן, "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו", משפטים יט (תש"ן) 485-487. עמדה זו התקבלה בע"א 1439/90 מ"י (רכבת ישראל) נ' הום, פ"ד מז(2) 346, 383.

³⁷⁷ ברגמן שם, עמ' 486, כותב שאם שומר מסר לשומר שאחריותה חמורה משלו, ואבד הנכס בנסיבות המחייבות את השני ולא את הראשון, ישלם שומר המשנה לבעל הנכס (כעמדת המשפט העברי, בפסקה 3), מכוח סעיף 5(ב). אולם הוא מוסיף (כאמור בפנים) שאין צורך להזדקק לזה, כיוון שהחוק קובע ששומר המשנה אחראי כלפי בעל הנכס באותה מידה שהוא אחראי כלפי השומר. וראה סעיף 5, הערה 153.

³⁷⁸ בסעיף 3, פרק א.

סעיפנו לא הוצרך ללמד ששומר המשנה אחראי כלפי השומר, שהרי זה נלמד מסעיף 13, הקובע שכל מי ששומר מחזיק את הנכס בשבילו נחשב בעל הנכס לעניין חוק השומרים, ובכלל זה חיוב אחריות, והרי כאן שומר המשנה מחזיק את הנכס בשביל השומר. אלא, סעיפנו בא ללמד שיש לשומר המשנה אחריות גם כלפי בעל הנכס החוקי, וגם ללמד שאחריות זו היא כמידת האחריות שקיבל על עצמו כלפי השומר³⁷⁹. מאחר שסעיפנו מטיל על שומר המשנה אחריות כלפי בעל הנכס וכלפי השומר, נראה שיש לראותו כמחזיק את הנכס בשביל שניהם, וממילא שניהם בכלל "בעל הנכס", על פי סעיף 13. להגדרה זו יש נפקות לתחולתן של הוראות חוק שונות העוסקות בדיני בעל נכס כלפי שומר, כגון: הרשאה לעת צורך (סעיף 6), שיפוי (סעיף 8), עיכובן (סעיף 9) וקיוזו (סעיף 10).

2. עמדת המשפט העברי – כללי

המשפט העברי מטיל על שומר המשנה אחריות כלפי בעל הנכס לאבדן הנכס בידו, בהתאם לרמת האחריות של סוג השמירה שקיבל על עצמו כלפי השומר הראשון (שומר חנם – בפשיעה; שומר שכר – בכול מלבד אונס; שואל – אף באונס), והוא אינו יכול לטעון שאין לו דין עם בעל הנכס. גם אם נסיבות האבדן היו כאלה המחייבות גם את השומר הראשון, אין זה פוטר את השומר השני³⁸⁰.

ברור הוא שאם המסירה הייתה ברשותו של בעל הנכס, במפורש או מכללא, בעל הנכס זכאי לתבוע את שומר המשנה. הרי כאן לא יוכל שומר המשנה להפנות אותו אל השומר הראשון, שהרי אין לו אפשרות לגבות מן השומר הראשון, כפי שראינו בפרק ב³⁸¹.

גם אם מסר שלא ברשות, אחראי שומר המשנה כלפי בעל הנכס³⁸². לכאורה אחריותו של השומר השני כלפי בעל הנכס כשהמסירה נעשתה שלא ברשות, אינה מובנת. הרי ההערכה היא שבעל הנכס מתנגד מן הסתם למסירה, כפי שראינו בדיוננו בסעיף 3, והתנגדותו מונעת לכאורה יצירת יחסי שומר – בעל נכס בינו לבין השומר השני, ואם כן מדוע הלה אחראי כלפיו? נכון הוא שהשומר יכול להעביר את שמירתו לשומר אחר, לגמרי או בחלקה, אם מסירת הנכס תעשה ברשות מפורשת או מכללא של בעל הנכס, כפי שראינו בפרק ב; ומשמעותה של העברת שמירה כזאת היא, שהשומר השני הוא שומר של בעל הנכס, ולכן הוא אחראי כלפיו לאבדן הנכס או לנזקו לפי סוג האחריות שקיבל על עצמו. אולם אם המסירה נעשית שלא ברשותו של בעל הנכס, לכאורה אין מה שייצור חבות מצד שומר המשנה כלפי בעל הנכס.

יש שני הסברים לדבר. הסבר אחד אומר, שלמרות שהמסירה נעשית שלא ברשות, יש להניח שכוונתו של שומר המשנה היא להיעשות לשומר של בעל הנכס; ועוד, שעצם החזקתו בנכס השייך לאדם מסוים, מטילה עליו אחריות כלפיו. הסבר שני אומר, שאמנם אין לו אחריות

³⁷⁹ ברגמן שם, עמ' 483.

³⁸⁰ מרדכי, ב"ק, סימן קמב (הובא במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לג, ובדברי משפט, רצא, כו); חידושי הר"ן, ב"מ מב ע"ב.

³⁸¹ שו"ת הרמ"ה, סימן שג, כותב כך על מסירה לבני ביתו.

³⁸² עטרת ישראל, תשובות, סימן כב. בנוסף, בפסקה 3 נביא מקורות לגבי שוכר שהשאל, שהדברים אמורים גם במסירה שלא ברשות. אבל ראה במילואים להערה 399, שלפי שיעורי הלכה, אף על פי שבמסירה ברשות, השני אחראי ישירות לבעל הנכס, במסירה שלא ברשות האחריות אינה ישירה.

ישירה כלפי בעל הנכס, משום שהוא לא קיבל את הנכס ברצונו של בעל הנכס, אבל הוא נושא באחריות עקיפה כלפי בעל הנכס, כיוון שהוא נושא באחריות ישירה כלפי השומר, והשומר נושא באחריות כלפי בעל הנכס. נדון בהסברים אלו ביתר הרחבה בפסקה 3, בהקשר של שומר שמסר לשומר שאחריותו חמורה משלו, משום שבאותו הקשר יש השלכות חשובות להבדלים שבין ההסברים האלו, כפי שנראה שם.

על כל פנים, השני חייב לבעל הנכס רק לפי מידת האחריות שהוא קיבל על עצמו כלפי הראשון. לדוגמה, אם השומר הראשון הוא שומר שכר, והשני קיבל על עצמו אחריות של שומר חנם כלפי השומר הראשון, בעל הנכס יוכל לתבעו על פשיעה, אבל לא יוכל לתבעו על גנבה ואבדה, על אף שהשומר הראשון אחראי לגנבה ואבדה. אין אומרים שהשני קיבל על עצמו חיוב כלפי הראשון, לשלם בכל מקרה שהראשון יחוב לפי מידת אחריותו, אלא דנים את השני לפי מה שקיבל על עצמו במפורש כלפי הראשון³⁸³.

נראה שאם לא קבע שומר המשנה במפורש מה תהיה מידת אחריותו כלפי השומר הראשון, היא תהיה רק כשל שומר חנם (כדין שומר רגיל שלא קבע במפורש את מידת אחריותו), וזאת תהיה גם מידת אחריותו כלפי בעל הנכס, גם אם הראשון הוא שומר שכר³⁸⁴.

הפוסקים נחלקו לגבי אחריותו של שומר המשנה במקרה שבעל הנכס פטר את השומר הראשון מאחריות על אבדן הנכס. יש אומרים ששומר המשנה פטור כאן כשם שהראשון פטור³⁸⁵. אבל יש אומרים שגם כאן שומר המשנה אחראי כלפי בעל הנכס. מאחר ששומר המשנה קיבל על עצמו שמירה כלפי השומר הראשון, הרי הוא כאילו קיבל על עצמו לשמור בעבור בעל הנכס, כיוון שהנכס שייך לבעליו בכל מקום שהוא, והוא כמו אדם שלקח את הנכס מבית בעליו בלי ידיעתו, וקיבל על עצמו שמירה, שהוא חייב בשמירה, ו"זכין לאדם שלא בפניו"³⁸⁶.

ייתכן שהדין במקרה הזה תלוי בשני ההסברים דלעיל לחיוב שומר המשנה כלפי בעל הנכס: אם זוהי אחריות ישירה, אפשר שהיא קיימת על אף שבעל הנכס מחל לראשון³⁸⁷; אך אם זו אחריות עקיפה, שמתבססת על חיובו של הראשון כלפי בעל הנכס, הרי כאן, שאין חיוב כזה, גם שומר המשנה פטור. מקרה זה דומה בכך למקרה שנעסוק בו בפסקה 3, כפי שהזכרנו, אלא ששם גם להסבר השני, שומר המשנה משלם לבעל הנכס מפני שהראשון אינו מופטר לגמרי כלפי בעל הנכס, ועליו להישבע לו, וכתוצאה מזה משלם שומר המשנה לבעל הנכס, כפי שנסביר שם.

³⁸³ שו"ת פני יהושע (קראקא), חלק ב, סימן קו. אך שער משפט, עב, ס"ק לא, בסופו, מעלה אפשרות ששואל שהשכיר, השוכר חייב באונס, מפני שהוא בא מכח השואל, ולכן אין חיובו יכול להיות קל יותר משל השואל. בספר באהלה של תורה, סימן קג, מעלה אפשרות ששומר המשנה חייב בדיני שמים (מעבר לאחריות שקיבל על עצמו כלפי הראשון), מפני שסייע לראשון לעבור על האיסור למסור לאחר, והמסייע לאחר לעבור עברה חייב בדיני שמים (ב"ק נו ע"א).

³⁸⁴ שושנת יעקב, שג, ג, אומר ששומר שכר שמסר לבני ביתו, בן הבית הוא שומר חנם מן הסתם, ואין מוטל עליו לשמור כשומר שכר – משמע, כלפי בעל הנכס.

³⁸⁵ מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לב, הובא בחידושי ר' יצחק (סוף ספר דברי משפט), רצא, כו.

³⁸⁶ חידושי ר' יצחק שם.

³⁸⁷ זה רק "אפשר", אבל אפשר גם שהוא פטור (כפי שהעיר רח"א מילר, שמחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לב, פטר אף על פי שהוא סובר בסימן לג שחיוב שומר המשנה הוא ישיר לבעל הנכס, מטעם שליחות, כפי שראינו במילואים להערה 386), משום שיש להניח שלא התכוון השני לקבל על עצמו חיוב שמירה אם הראשון יופטר, כיוון שכלפי חוץ נראה שחיובו נובע מחיובו של הראשון.

גם לדעה השנייה כאן, יש שהשומר השני פטור עקב הפטור של השומר הראשון. הכוונה למקרה ששומר המשנה הוא שומר קבוע של נכסי השומר, ומדי פעם הוא נותן לו נכס, ואינו אומר לו במפורש שהכוונה לשמירה, אבל זה מובן מאליה; ובהזדמנות מסוימת, נתן השומר לשומר המשנה נכס של אדם אחר שהוא ברשותו שלא בחיוב שמירה, וכרגיל לא אמר שומר המשנה שהוא מקבל על עצמו חיוב שמירה (ואין זה משנה אם ידע שזהו נכס של אחר, או לא ידע). מאחר שלא קיבל על עצמו במפורש לשמור נכס זה, וגם התחייבותו הכללית לשמור, הקיימת לגבי כל נכס הניתן לו, אינה קיימת לגבי נכס זה, שהוא שייך לאחר (מפני שהוא שומר קבוע של השומר רק על נכסים השייכים לשומר), אין לומר שנוצר חיוב שמירה מצידו כלפי בעל הנכס, מכוח הסברה שנראה בפרק 3 (ג), שכאשר שומר משנה מקבל על עצמו חיוב שמירה כלפי השומר, נוצר חיוב מצידו כלפי בעל הנכס, מפני שרואים את השומר כשליח של בעל הנכס. רק אילו היה השומר (הראשון) נושא באחריות שמירה כלפי בעל הנכס על נכס זה, היה שומר המשנה חייב מכוח התחייבותו הכללית לשמור על נכסי השומר, מפני שגם נכס זה, מאחר שיש לשומר אחריות עליו, שמירת שומר המשנה עליו תביא תועלת לשומר, והתחייבותו שמכללא חלה; ולא עוד, אלא שאם היה שומר שכר כלפי השומר (הראשון), הוא יהיה שומר שכר גם על הנכס הזה, מן הסיבה האמורה³⁸⁸.

מקרה נוסף ששומר המשנה פטור בו גם לדעה השנייה דלעיל, הוא אם הפטור של השומר הראשון נובע מאופיו של בעל הנכס, כגון שזהו נכס של הקדש או של צדקה³⁸⁹. הרי גם אם נאמר שהשני אחראי ישירות כלפי בעל הנכס (שזאת הסיבה שהדעה השנייה דלעיל מחייבת את השני למרות שבעל הנכס מחל לראשון), הרי הוא שומר של הקדש או של צדקה, שהוא פטור³⁹⁰.

מקרה דומה למקרה שמחל בעל הנכס לשומר, הוא מקרה שאבד הנכס בנסיבות המחייבות את הראשון, ובעל הנכס ויתר לו על חלק מהתשלום, ולא ידע שהנכס נמסר לשומר משנה. לפי התפיסה שהשני אחראי לבעל הנכס ישירות, ואחראי כלפי השומר הראשון רק אם השומר הראשון שילם לבעל הנכס, שאז השני אחראי על שגרם לראשון לשלם, הרי כאן גם השני ישלם לראשון רק את הסכום הקטן, ואינו צריך לשלם לו את כל ערך הנכס, שכן אין לשומר הראשון שום זכות תביעה עצמאית על שומר המשנה, שאינו שומר שלו, מלבד מה שהוצרך לשלם לבעל הנכס מחמתו³⁹¹. אולם לפי התפיסה שהשני אחראי ישירות כלפי הראשון, יכול הראשון לתבוע מהשני את כל התשלום, על אף שהוא עצמו ישלם רק חלק מזה לבעל הנכס³⁹². לאחר ששומר המשנה מחזיר את הנכס לשומר, הוא אינו אחראי כלפי בעל הנכס. זאת גם אם אמר השומר לשומר המשנה, בעת שמסר לו את הנכס, שבעל הנכס ביקש שהוא (שומר המשנה) יהיה שומר על הנכס. מאחר שבעל הנכס לא ביקש ממנו (משומר המשנה) בעצמו לשמור, הוא קיבל את הנכס לשמירה על דעתו של השומר, והוא מחזיר לו על דעתו. בעל

³⁸⁸ חידושי ר' יצחק שם. הוא כותב שזאת כוונת הריטב"א שהביא מחנה אפרים (ראה במילואים להערה 385).

³⁸⁹ בהפטרם נדון בסעיף 13, פרק ב.

³⁹⁰ חידושי ר' יצחק שם כותב שאם הנכס הנשמר שייך לצדקה, כך שהשומר הראשון פטור, גם השני פטור, כמו שכתב שו"ת מהרי"ט, חלק ב, י"ד, סימן לט (אך ראה סעיף 13, במילואים להערה 106, שיש שחלקו על מהרי"ט), מפני שגם אם רואים כאילו השומר השני קיבל על עצמו שמירה כלפי בעל הנכס, הרי כאן הוא יהיה פטור, ככל שומר נכס של צדקה.*

³⁹¹ ערך ש"י, חו"מ, עב, ח.

³⁹² שער משפט, עב, ס"ק יב.

הנכס לא יוכל לטעון כלפיו: "לא רצייתי שתחזיר את הנכס לשומר, מפני שאיני מאמין לו", שהרי אדרבה, הוא מאמין לראשון בעיקר³⁹³. רק אם בעל הנכס עצמו אמר לשומר המשנה לשומר בשבילו את מה שהשומר יתן לו, הוא מתחייב בשמירה כלפיו, ואינו מופטר בכך שיחזיר לידי השומר הראשון, מפני שהשומר הראשון שימש רק כשליח להביא לו, ואם הוא מוסר לראשון, הרי הוא ככל שומר שמסר לשומר, ויפטר רק אם יחזיר לבעל הנכס³⁹⁴.

3. שומר שמסר לשומר שאחריותו חמורה משלו

(א) שוכר שהשאל – ההלכה היסודית

שאלת אחריותו של שומר המשנה כלפי בעל הנכס והיקפה, במקרה שאבד הנכס בנסיבות הפוטרות את השומר הראשון אך אינן פוטרות את שומר המשנה, נידונה במשנה: "השוכר פרה מחבירו, והשאלה לאחר, ומתה כדרכה – יישבע השוכר שמתה כדרכה, והשואל ישלם לשוכר. אמר רבי יוסי: כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו? אלא תחזור פרה לבעלים"³⁹⁵. המשנה עוסקת בשוכר פרה שהשאל אותה, והפרה מתה מיתה טבעית, כלומר, אבדה בנסיבות המחייבות את השואל ופוטרות את השוכר, ויש עדים על מה שקרה, או שהשוכר יכול להישבע על כך, שבאופנים אלו שומר שמסר לשומר פטור, כפי שראינו בפרק א,³⁹⁶.

תנא קמא סובר שהשוכר יפטר לחלוטין אם יישבע לבעל הנכס שהאבדן אירע בנסיבות פוטרות לפי סוג אחריותו, והשואל, האחראי לאבדן כלפי השוכר, ישלם לו, לשוכר. כנגדו טוען רבי יוסי: "כיצד הלה [השוכר] עושה סחורה בפרתו של חבירו [המשכיר]? אלא תחזור פרה לבעלים", כלומר, השואל ישלם למשכיר.

התלמוד מכריע: "אמר רב יהודה, אמר שמואל: הלכה כר' יוסי"³⁹⁷. וכך נפסק בשולחן ערוך: "השוכר פרה מחבירו, והשאלה לאחר, ומתה כדרכה, או נאנסה, כיוון שהשני חייב – תחזור לבעלים הראשונים, שאין הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו"³⁹⁸. מדובר בין שהשוכר השאל את הנכס לשואל בלי רשות בעל הנכס³⁹⁹, ובין שהשאל לו ברשות בעל הנכס – בשני המקרים משלם השואל לבעל הנכס⁴⁰⁰.

(ב) שומר חנם שמסר לשומר שוכר, וכדומה

הלכה זו, "תחזור הפרה לבעלים", אינה מוגבלת לשוכר שהשאל, אלא בכל מצב שאחריותו של השומר השני עולה על אחריותו של הראשון, ואבד הנכס בנסיבות המחייבות את השני

³⁹³ שו"ת ציוני, חלק ב, סימן ב, ס"ק ב (המבאר שזאת כוונת הגהות אשרי שציון בהערה 217).

³⁹⁴ שו"ת ציוני שם.

³⁹⁵ ב"מ לה ע"ב.

³⁹⁶ שו"ת בני אהרן, סימן א (דף ב ע"ב), מביא שנימוקי יוסף, ב"ק, פרק ב (שלא מצאנו), כתב שמדובר שידוע

שקרה אונס; ובסימן ב (דף ה ע"א) העלה גם אפשרות שהשוכר נשבע.*

³⁹⁷ ב"מ לו ע"ב.

³⁹⁸ שו"ע, חו"מ, שז, ה.*

³⁹⁹ ספר העיטור, פיקדון, ליד אות עה (שאינן צריך לומר שמדובר בהשאל ברשות); סמ"ע, שז, ס"ק ה (הובא

על ידי ר"ז חרל"פ, תורה מציון, שנה א, סימן ט, וראה הסברו לכך במילואים להערה 405).

⁴⁰⁰ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תתקסג, מביא את דינו של ר' יוסי על מקרה של השאלה ברשות. ש"ך, חו"מ, שז, ס"ק ב, כתב במפורש שמדובר בהשאל ברשות, ואף על פי כן השואל משלם לבעל הנכס.*

ופוטורות את הראשון, ישלם השני את ערך הנכס לבעל הנכס. בכלל זה שומר חינום שמסר לשומר שכר, ואבד הנכס או נגנב, שהם נסיבות שבהן שומר שכר אחראי ואילו שומר חינום אינו אחראי. כך משמע מדברי הרמב"ם⁴⁰¹, שפסק באופן כללי: "שומר שמסר לשומר, והוסיף בשמירתו, ומתה – ההנאה לבעלים", ולאחר הדוגמה שהביא משוכר שהשאיל, הוסיף: "וכן כל כיוצא בזה". וכך כתבו במפורש התוספות⁴⁰².

מקרה אחר הוא של שומר חינום שמסר לשומר אחר שקיבל עליו אחריות לגנבה ואבדה כשומר שכר, בלי שיקבל שכר כשומר שכר, או שומר שכר שמסר לשומר שקיבל עליו אחריות לאונס כשואל, בלי שתהיה לו רשות שימוש כשואל. כאן השני ישלם לראשון ולא לבעל הנכס. מאחר שאחריותו הנוספת על של הראשון היא התחייבות שקיבל על עצמו מרצונו, נוכל לומר שהתכוון להתחייב כך רק לראשון, שממנו קיבל את הנכס, והתכוון לתת לו מתנה, ולא לבעל הנכס. מקרה זה שונה משומר חינום שמסר לשומר שכר, ששומר השכר לא קיבל על עצמו חיוב בגנבה ואבדה מרצונו, אלא התורה הטילה עליו חיוב זה מפני שקיבל שכר, ואם כן אין חיובו תלוי באדם שהוא התחייב כלפיו. לעומת זאת, כאן, הרי זה כאילו אמר בתחילה במפורש שהוא מתכוון לקבל על עצמו חיוב נוסף זה רק אם התשלום יהיה לשומר הראשון ולא לבעל הנכס. מה עוד, שהטעם שהתחייבות נוספת זו תופסת הוא משום ההנאה שיוצא עליו שם כאדם מהימן⁴⁰³, ולכן ניתן לומר שהוא מתכוון להתחייב כך רק לשומר הראשון, שגילה בו אמון בכך שהפקיד אצלו⁴⁰⁴.

(ג) הנימוק – אחריות ישירה של שומר המשנה כלפי בעל הנכס כפי שהזכרנו בפסקה 2, קיימת בעייה בהסברת אחריותו של שומר המשנה כלפי בעל הנכס, אם הוא קיבל את הנכס שלא ברצונו של בעל הנכס. בעייה זו חריפה יותר בענייננו, כאשר אנו מחייבים את השואל לשלם לבעל הנכס במקרה של אונס (במקרה בפסקה (א)), כאילו הוא אחראי ישירות כלפיו, בעוד שאילו היינו דנים אותו בהתאם להתחייבות השמירה שהוא קיבל על עצמו למעשה – כלפי השוכר – היינו מחייבים אותו לשלם לשוכר, והתוצאה הייתה שבעל הנכס לא היה מקבל דבר. זאת בניגוד למקרה רגיל, כשאחריותו של שומר המשנה אינה חמורה משל השומר הראשון, והנכס אבד בנסיבות ששניהם אחראים בהן, ששם בין אם נחייב את שומר המשנה ישירות כלפי בעל הנכס, ובין אם נחייב אותו כלפי השומר הראשון, התוצאה תהיה זהה, שהרי גם אם יקבל השומר את התשלום, יהיה עליו להעבירו לבעל הנכס, כיוון שגם הוא נושא באחריות לסוג זה של אבדן.

ובכן, בהסבר הלכה זו יש שתי גישות עיקריות. הראשונה נחשב כאילו השאיל בשליחות המשכיר, ולכן דין המשכיר הוא עם השואל⁴⁰⁵. אי אפשר לבאר את דברי הראשון, שהשוכר השאיל בשליחות המשכיר, כמשמעם, משום שהלכה זו אמורה גם במקרה של מסירה שלא ברשות, כפי שראינו לעיל, ואם המשכיר מתנגד להשאלת הנכס על ידי השוכר, בוודאי לא מינהו שליח לעשות זאת. לכן נראה שכוונת הראשון היא, שהשואל קיבל את הנכס

⁴⁰¹ רמב"ם, הלכות שכירות, א, ו.

⁴⁰² תוספות, ב"ק יא ע"ב (ד"ה לא מיבעיא).

⁴⁰³ כפי שנראה בסעיף 14, ליד ציון הערה 39.

⁴⁰⁴ שו"ת אבן שוהם, חו"מ, סימן פט, במסקנתו.

⁴⁰⁵ רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן ה (הובא בשו"ת דברי ריבון, סימן שלא, בשו"ת תשורת ש"י, סימן קו, בשו"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סימן קכב, ועל ידי נ' רקובר, עושר ולא במשפט, עמ' 48 ועמ' 64).

מן השוכר על דעת שהמשכיר הוא המשאיל לו, כיוון שהשוכר כאילו השאילו בשליחות המשכיר, ולכן הוא מקבל על עצמו אחריות כלפיו. התנגדות בעל הנכס למסירה אינה משפיעה על האחריות שהשואל מקבל על עצמו כלפיו, ומן הסתם בעל הנכס אינו מוותר עליה, כיוון שהשואל כבר מחזיק בפועל בנכס.

באופן דומה מסביר ר' יוסף חביבא את דינו של רבי יוסי – שהשואל נחשב שומר של בעל הנכס, ונכנס במקום השוכר, ולכן אין השואל יכול לטעון לבעל הנכס: "אינך בעל הדין שלי"⁴⁰⁶. נראה שכוונת הנימוקי יוסף היא כמו שהסברנו בדעת הרא"ש, שמאחר שהשואל נכנס תחת השוכר, ששומר עבור בעל הנכס, יש להניח שהיה בדעתו להיות שומר של בעל הנכס במקומו, ואינו יכול לטעון עתה כנגד בעל הנכס: "אינך בעל הדין שלי". גם אם הצהיר בעת קבלת הנכס שהוא רוצה להיות שומר של השוכר ולא של בעל הנכס, אין הצהרתו יכולה לבטל את האמון הכללי של בני אדם, ו"בטלה דעתו אצל כל אדם".

גם המרדכי כותב שהשומר השני אחראי אחריות ישירה כלפי בעל הנכס⁴⁰⁷. אולם מדבריו עולה שאחריות זו נובעת מעצם ההחזקה בנכס שלו, ולא מכוונתו של שומר המשנה, כפי שהסברנו בדעת הרא"ש והנימוקי יוסף. לדעתו, השומר השני הוא שומר של הבעלים החוקיים של הנכס ולא של זה שהפקידו בידיו, משום שבכל מקום שהנכס נמצא, הוא ברשות בעליו, ולכן יכול בעל הנכס לתבוע לדין את שומר המשנה.

(ד) הנימוק – אחריות שומר המשנה נוצרת על ידי עקיפת השומר לעומת שיטה זו, הטוענת לקיום אחריות ישירה של השואל כלפי המשכיר, אף כשמן הסתם התנגד המשכיר למסירה, סוברים התוספות⁴⁰⁸ שתשלומי השואל למשכיר אינם תוצאה של אחריות ישירה כלפיו. לדעתם, השואל אינו אחראי ישירות כלפי המשכיר, אלא הוא אחראי כלפי השוכר (את הסיבה לאחריותו, נסביר בפסקה 5), אלא שמאחר שהשוכר אחראי כלפיו, יכול הוא לעמוד במקומו ולתבוע את השואל מכוונתו⁴⁰⁹. אף על פי שלטענת השוכר, הנכס אבד בנסיבות הפוטרות אותו מאחריותו כלפי המשכיר, בכל זאת המשכיר יכול לסרב לקבל את הוכחות השוכר בדבר נסיבות האבדן, דהיינו שבועה או עדים, ובדרך זו להמשיך ולקיים את אחריות השוכר כלפיו, כדי לתבוע מכוונה את השואל.

(ה) נפקות בין הנימוקים לפי דרכם, מסיקים התוספות, שאם המשכיר עצמו חזה באונס שקרה לנכס, כך שהשוכר מופטר מאחריותו כלפיו בלא צורך בהבאת ראיות או בשבועה, המשכיר אינו יכול לתבוע את השואל, אלא השואל ישלם לשוכר, כפי שנראה בפסקה 4105.

⁴⁰⁶ נימוקי יוסף, ב"מ יט ע"ב (בדפי הרי"ף).

⁴⁰⁷ מרדכי, ב"ק, סימן קמב (הובא בשו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לה, בשו"ת מגיד מראשית, חלק ב, סימן ה, דף כ ע"א, ובשלטי הגיבורים על הרי"ף, ב"מ יט ע"ב, בדפי הרי"ף), העוסק בשומר משנה באופן כללי.

⁴⁰⁸ תוספות, ב"מ לה ע"ב (ד"ה תחזור), הובא בשער משפט, עב, ס"ק יב, ובמשכנות הרועים, מערכת ג, אות לה.

⁴⁰⁹ זו לשון תוספות, ב"מ מב ע"ב (ד"ה הכא): "דר' יוסי דאמר תחזור פרה לבעלים הראשונים... משכיר במקום שוכר קאי, ואית ליה דינא בהדי שואל".

⁴¹⁰ כך פסקו גם: הגהות אשרי, ב"מ, פרק ג, סימן ה; הגהות מרדכי, ב"מ, סימן תכט (בשם ר"י, בלשון "אפשר"); מהרי"ח, בהגהות מיימוניות, הלכות שכירות, א, אות ט; אגודה, ב"מ, סימן מט.

החתם סופר מצמצם את המחלוקת בין התוספות לשאר הראשונים בשאלת קיומה של אחריות ישירה, דווקא למסירה שלא ברשות בעל הנכס. לדבריו, התוספות מסכימים שאם השאיל השוכר ברשות בעל הנכס, השואל אחראי ישירות כלפי בעל הנכס, כאילו השוכר השאיל לו בשליחות בעל הנכס. רק לגבי מסירה בלא רשות, סבורים התוספות שאין לראות כאן היווצרות יחסי שומר – בעל נכס ביניהם⁴¹¹.

דעת התוספות יחידה היא, ורוב הראשונים סבורים שהשואל אחראי ישירות כלפי בעל הנכס, ולכן אפילו ראה בעל הנכס שהנכס אבד בנסיבות הפוטרות את השומר הראשון, ישלם לו השני בהתאם לאחריותו⁴¹².

נפקות נוספת בין שני ההסברים תהיה לגבי מקרה שהשוכר מחל לשואל על אחריותו כלפיו. אם אנו אומרים שהשואל אחראי ישירות כלפי בעל הנכס, גם כאן השואל אחראי כלפי בעל הנכס, שכן אין בכוחו של השוכר למחול חיוב של אדם אחר⁴¹³. ואילו אם אנו אומרים שחיוב השואל לבעל הנכס בא מכוח חיובו לשוכר, הרי מאחר שהשוכר מחל על חיובו, אין בעל הנכס יכול לתבוע את השואל.

4. שומר משנה שחשב שהנכס שייך לשומר

שאלה מיוחדת היא לגבי דינו של שומר משנה שקיבל נכס מן השומר ולא הודיע לו השומר וזהו נכס שקיבל כפיקדון, כך ששומר המשנה חושב שזהו נכס השייך לשומר. השאלה היא, האם העובדה שהוא אינו יודע שהנכס שייך לאדם אחר, תגרום לכך שהוא לא יהיה אחראי כלפי בעליו האמיתי של הנכס. לגבי שיטת התוספות, שהבאנו בפסקה 3 (ד), אין כלל מקום לשאלה זו, שכן לפי שיטתם, גם אם שומר המשנה יודע מי הוא בעל הנכס, הוא אחראי כלפי השומר ולא כלפי בעל הנכס (אלא שבכל זאת הוא ישלם לבעל הנכס, בדרך כלל, כפי שהסברנו בפסקה 3).

השאלה מתעוררת לפי שיטת הרא"ש, שגם היא הובאה בפסקה 3, שבמצב רגיל אחראי שומר המשנה כלפי בעל הנכס ישירות. יש מקום לומר שאם שומר המשנה חושב שהנכס שייך לשומר, ולא ידע שהנכס שייך לאדם אחר, הוא אינו אחראי כלפי בעל הנכס. אם נניח שהסיבה לאחריות שומר המשנה כלפי בעל הנכס היא, ששומר המשנה מתכוון לקבל על עצמו אחריות שמירה כלפי מי שהוא יודע שהנכס שייך לו (כך הסברנו את הרא"ש, בפסקה 3), הרי בנידוננו, שהוא חשב שהנכס שייך לשומר, הוא התכוון לקבל על עצמו אחריות כלפי השומר, וכך אמנם תהיה אחריותו.

אולם האמת היא שזאת לא הסיבה היחידה שיכולה לגרום ליצירת אחריות מצד שומר המשנה כלפי בעל הנכס. ניתן להסביר, שהשומר הראשון משמש שליח של בעל הנכס לזכות בהתחייבותו של שומר המשנה (שניתנה באופן גלוי כלפי השומר הראשון) עבור בעל הנכס, ומאחר ש"זכין לאדם שלא בפניו", ההתחייבות עוברת להיות התחייבות כלפי בעל הנכס. הסבר

⁴¹¹ חידושי חתם סופר, ב"מ לה ע"ב.

⁴¹² נימוקי יוסף שם, בדעת הרי"ף והרמב"ם; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ג, בדעת הרי"ף; חידושי הרשב"א, ב"מ לה ע"ב; חידושי הרי"ן, ב"מ לה ע"ב (הובא בבית יוסף, חו"מ, שז, ה), גם בדעת הרי"ף והרמב"ם.

⁴¹³ חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ לה ע"ב (הובא בחידושי ר' יצחק, סוף ספר דברי משפט, רצא, כו). הוא הוסיף להסביר, שאין אומרים שכשם שהשוכר הוא שלוחו של בעל הנכס למסור את הנכס לשואל, הוא נעשה שלוחו גם למחול, מפני שהוא נעשה שלוחו רק לזכותו, ולא לחובתו.

זה תקף גם לגבי מקרה ששומר המשנה לא ידע שהנכס שייך לאדם אחר, ולכן גם במקרה כזה הוא אחראי כלפי בעל הנכס⁴¹⁴.

עניין אחר בדיון באחריותו של שומר משנה שחשב שהנכס שייך לשומר הוא, שטעותו יכולה להביא להפטרו הגמור, אם טעותו גרמה לו להתנהג בצורה מסוימת בשמירת הנכס. לעיל⁴¹⁵ ראינו שהמסר כסף שלו לבן ביתו לשמור, ולא קבר אותו כדין שמירת כסף, אלא שם אותו בתוך תיבה, ונגנב הכסף, בן הבית פטור, משום שהוא יכול לטעון שחשב שהכסף מיועד להוצאה שוטפת, או שחשב שבעל הנכס מוותר לו על הטרחה שבקבורת הכסף. לפיכך, שומר כסף שמסר את הכסף לבן ביתו, בלי להודיע לו שזהו כסף מופקד, ובן הבית שם אותו בתוך תיבה, ונגנב הכסף, בן הבית פטור מלשלם, בטענה שלא קבר את הכסף משום שחשב שהכסף שייך לבעל ביתו – השומר, ואם אמנם הכסף היה שייך לשומר (כפי שחשב), הוא היה פטור על שהניחו בתיבה, כאמור⁴¹⁶. אין להאשים אותו בכך שהוא לא שאל את בעל ביתו האם זהו כסף שלו או כסף מופקד, משום שהוא היה זכאי להניח שמה שיש ביד בעל ביתו הוא שלו, שחזקה היא: "כל מה שתחת יד אדם הוא שלו"⁴¹⁷.

הפטור בן הבית שלא ידע שהנכס הוא של אדם אחר, שהזכרנו ביחס למקרה של כסף שהופקד, נוהג גם בשאר סוגי פיקדון, אם בן הבית שמר את הנכס באופן שאינו ראוי לשמירת נכס מופקד, אבל הוא מתאים לשמירת נכס של בעל הבית במצב שהוא עשוי להיות נדרש לשימוש⁴¹⁸.

אם מסר השומר את הנכס לבן הבית בתור שואל (באופן שלשומר הייתה רשות שימוש בנכס, שהיה יכול להעבירה הלאה), בן הבית חייב באונס, גם אם לא אמר לו השומר שהנכס שייך לאדם אחר. כאן אין מקום לטענה שהוא לא נזהר כל כך מפני שהוא חשב שהנכס הוא של בעל ביתו – השומר, שהלא שואל חייב באונס בכל מקרה⁴¹⁹. השאיל השומר את הנכס לאחר, דהיינו שהתיר לו את השימוש בנכס, והאחר לא ידע שהנכס אינו שייך למי שהשאיל לו, וניזוק הנכס מחמת השימוש, השני פטור, מפני שהיה רשאי להסתמך על החזקה ש"כל מה שתחת יד אדם הוא שלו"⁴²⁰.

5. אחריות שומר המשנה כלפי השומר ("באותה מידה שהוא אחראי כלפי השומר")

שאלת אחריותו של שומר המשנה כלפי השומר הראשון, תלויה במחלוקת שהבאנו בפסקה 3 בהבנת אחריותו של שומר המשנה כלפי בעל הנכס. לפי שיטת התוספות, שהבאנו שם,

⁴¹⁴ ערך ש"י, חו"מ, עב, ח.

⁴¹⁵ בסעיף 2(א), פרק ב, 2 (א).

⁴¹⁶ ב"מ מב ע"ב; רמב"ם, הלכות שאילה, ד, ח; טור, חו"מ, רצא, כו; שו"ע, חו"מ, רצא, כג.

⁴¹⁷ ההסבר לנקודה זו – מקורו בשו"ת ציוני, חלק ב, סימן ב, ס"ק ז. שער משפט, עב, ס"ק לא, מסביר שבן הבית אנוס בכך שטעה, ושומר רגיל פטור באונס. רח"א מילר סבור שגם שער משפט התכוון לסברת ציוני, שכיוון שחזקה שכל מה שתחת יד אדם הוא שלו, הוא אנוס בכך שלא ידע שהנכס שייך לאחר.

⁴¹⁸ נתיבות המשפט, רצא, ס"ק כג; שו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן טז, בסופו.

⁴¹⁹ שער משפט, עב, ס"ק לא, הובא בפתחי חושן, פרק ד, הערה כ.

⁴²⁰ שו"ת הרא"ש, כלל צג, סימן ב, הובא בטור, חו"מ, עב, כז, ובשו"ע, חו"מ, עב, לג, כמוסבר בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימנים עט, פד ר"קא, בקצות החושן, עב, ס"ק לה, באבני החושן, עב, ס"ק לג, בערך ש"י, חו"מ, שמ, ד, בתפארת יעקב, עב, ס"ק עו, בשו"ת נר למאור, סימן סד, בשער משפט שם, ובערוך השולחן, חו"מ, עב, נט.

אחריותו היסודית של שומר המשנה היא כלפי השומר הראשון, אלא שבעל הנכס עומד במקום השומר הראשון, ותובע את שומר המשנה מכוחו של השומר הראשון. לעומת זאת, לפי שאר הראשונים, שומר המשנה אחראי כלפי בעל הנכס אחריות ישירה, ולדעתם אין אחריות של שומר המשנה כלפי השומר.

מאחר שלפי התוספות, אחריותו היסודית של שומר המשנה היא כלפי השומר הראשון, הרי אם בעל הנכס מאבד את זכותו לבוא במקום השומר הראשון, דהיינו אם אבד הנכס בנסיבות שבהן השומר הראשון פטור, ובעל הנכס ראה זאת, יוכל השומר הראשון לתבוע את השומר השני אם השני חייב בנסיבות אלה⁴²¹, כפי שהסברנו בפסקה 3 (ה).

מה יוצר את אחריותו של שומר המשנה כלפי השומר הראשון, אף על פי שהנכס אינו שייך לו? מאחר שיש עליו אחריות על הנכס, ויתחייב לשלם על אבדנו, רואים כאילו הוא בעל הנכס, לצורך חיובו, ולכן הוא יכול לתבוע את שומר המשנה⁴²². זאת ועוד: חיוב שומר נובע מהתחייבותו לשומר, ומאחר ששומר המשנה קיבל על עצמו התחייבות כלפי השומר הראשון, לשמור בעבורו את הנכס, חיובו באחריות הוא כלפי⁴²³.

לגבי המקרה שהזכרנו, שבעל הנכס איבד את זכותו לעמוד במקום השומר הראשון, וכך גובה השומר הראשון משומר המשנה, מתעוררת קושיה נוספת. מדוע לא יוכל שומר המשנה לטעון כלפי השומר הראשון: "אינך יכול לתבוע אותי, מפני שלא גרמתי לך נזק בכך שהנכס אבד ברשותי, שהלא הנכס לא היה שייך לך, וגם לא תצטרך לשלם על אבדנו לבעל הנכס"? התשובה לקושיה זו היא, שמאחר שהשומר הראשון נחשב כאילו קנה את הנכס בעת שלקח אותו לשמירה, לעניין זה שהוא יוכל לגבות משומר המשנה, כפי שהסברנו, אין מתחשבים בכך שהוא לא יצא נפסד מאבדן הנכס. הרי זה כאילו קנה אדם נכס בזול, והפקיד אותו לשמירה אצל אדם מסוים, והנכס אבד – ברור שהשומר חייב לשלם לו את ערכו האמיתי של הנכס, למרות שהנזק שנגרם לבעל הנכס מאבדנו הוא קטן יותר מערכו⁴²⁴.

כפי שאמרנו, לדעת הראשונים האחרים, שהבאנו בפסקה 3, הגורסים ששומר המשנה אחראי ישירות כלפי בעל הנכס, הוא אינו אחראי כלפי השומר הראשון כלל, שהרי מעולם לא נעשה שומר שלו, והאחריות שהוא קבע כלפיו היא רק מדד לקבוע לפיה את מידת אחריותו כלפי בעל הנכס. גם לשיטה זו, יש מקרה שהשומר הראשון יכול לתבוע את שומר המשנה, אך גם אז זכות זו מוקנית לו על ידי בעל הנכס. לזכות זו תהיה חשיבות לגבי המקרה שנידון בפסקה 3, של שומר שמסר לשומר שאחריותו חמורה משלו, כגון שוכר שהשאיל ואירע אונס. שם, אם העניק בעל הנכס לשוכר זכות לתבוע את השואל, השוכר יקבל את התשלום לעצמו, ולא יצטרך להעבירו לבעל הנכס, כפי שהוא צריך לעשות במקרה רגיל, אם הנכס אבד בנסיבות שגם הוא אחראי עליהן. כך פוסק השולחן ערוך: "ואם אמר המשכיר לשוכר, 'אם תרצה, תשאילנה, ויהיה דינך עם השואל, ויהיה דיני עמך', אז ישלם השואל לשוכר"⁴²⁵. על אף שזכות זו עדיין לא באה לעולם בעת האמירה, ו"אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם", כאן מפרשים

⁴²¹ תוספות, ב"מ לה ע"ב (ד"ה תחזור, בסופו). בהערה 410 הבאנו עוד פוסקים הסוברים כתוספות.

⁴²² אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ח.

⁴²³ מזכרת חיים (מדניק), סימן לט.

⁴²⁴ משכן בצלאל, סימן קיט, אות כג. על שומר נכס שנקנה בזול, ראה סעיף 5, ליד ציון הערה 71. במילואים להערה 416 הבאנו בשמו הסבר זה לעניין אחר.

⁴²⁵ שו"ע, ח"מ, שז, ה (הובא בשו"ת אבן שוהם, פרלמוטר, סימן צה).

שבעל הנכס התכוון להקנות את הנכס לשוכר, לעניין זה שתהיה לו בו זכות זו, שיוכל לתבוע את השואל על אונסיו, והרי הנכס עצמו כבר נמצא בעולם, ולכן הקנאת הזכות מועילה⁴²⁶. יש מקרה אחר שבו יוכל השומר לתבוע את שומר המשנה על האבדן, גם לשיטת רא"ש. הכוונה למקרה שאבד הנכס בנסיבות המחייבות גם את השומר הראשון, ובעל הנכס גבה מן השומר הראשון, בהתאם למה שראינו בפרק א, 2. לאחר שגבה בעל הנכס מן השומר, יוכל השומר לחזור ולגבות משומר המשנה, כיוון שהוא קיבל על עצמו אחריות שמירה⁴²⁷. עד כאן עסקנו באחריותו של שומר המשנה כלפי השומר במקרה שהנכס אבד בנסיבות הכלולות באחריות שקיבל שומר המשנה על עצמו; השאלה הייתה האם שומר המשנה אחראי כלפי בעל הנכס או כלפי השומר. שאלה אחרת היא לגבי מקרה שאבד הנכס בנסיבות פוטרות לפי רמת האחריות שקיבל על עצמו שומר המשנה. בדרך כלל, שומר המשנה יהיה פטור לגמרי במקרה כזה, מפני שאין להטיל עליו יותר אחריות משקיבל על עצמו. שאלה מתעוררת רק לגבי מקרה שלא היו עדים שראו שהנכס אבד בנסיבות פוטרות, והשומר הראשון לא ראה את האירוע, כך שמחייבים את השומר הראשון לפי העיקרון "האיך לא מהימן לי בשבועה". לגבי מקרה זה, יש מקום לחייב את שומר המשנה לשפות את השומר הראשון על שהוצרך לשלם עקב מסירתו לו את הנכס. אולם למרות זאת, פסק המאירי שאין הראשון זכאי לתבוע מהשני⁴²⁸. נימוקו הוא, כנראה, שהראשון מאמין לשני באמרו (או בשבועתו) שהנכס אבד בנסיבות פוטרות, ומה שהוא עצמו חייב לשלם עקב אי מהימנותו של השני, אינו יכול לחייב את השני, מפני שהוא גרם נזק זה לעצמו, בכך שמסר לשני, והשני היה סביל בקבלת הנכס מהראשון, ולא הזיק לו⁴²⁹.

פרק חמישי

סיכום

שאלת יכלתו של שומר להעביר את שמירתו לשומר אחר, שנויה במחלוקת בין המשפט העברי לבין החוק. לפי המשפט העברי יכול שומר להעביר את שמירתו לשומר אחר, ובלבד שמסירת הנכס תעשה ברשות בעל הנכס במפורש או מכללא. בהיקפה של העברת השמירה חלוקות הדעות. יש הסוברים שהעברת השמירה היא מלאה, והשומר מסתלק לגמרי מאחריותו כלפי בעל הנכס. לעומת זאת יש הסוברים שהשומר ממשיך לשאת באחריות משנית להישכון, כלומר, אם אין לשומר השני מה לשלם – זכאי בעל הנכס לתבוע. שורשה של מחלוקת זו נעוץ בשאלת מהותה של הרשות מכללא, המשתמעת מהתנהגותו של בעל הנכס במקרים שונים. בנוסף לכך מתנה המשפט העברי את יכולת השומר להסתלק מאחריותו, במידה זו או אחרת, בתנאים שונים הקשורים לסוג אחריותו ולטיב השמירה של השומר השני וכו'. לפי החוק, מסירת הנכס לשומר אחר ברשות בעל הנכס, אינה גורעת מאחריותו של השומר,

⁴²⁶ קצות החושן, שז, ס"ק ב*.

⁴²⁷ שו"ת ר"א אבן טוואה, סימן יח, כותב על מקרה שמחייבים את השומר הראשון משום שלא היה לשני במה לשלם (ראה בשמו במילואים להערה 8), שאחר כך יחזור הראשון ויתבע את השני*.

⁴²⁸ מאירי, ב"ק יא ע"ב*.

⁴²⁹ דברי רח"א מילר.

והוא נותר אחראי עיקרי להישבון – בניגוד לעמדת המשפט העברי. אף על פי כן, יכולה להיווצר בין השומר לבין בעל הנכס מערכת יחסים אחרת, אם הרשות אינה סתמית אלא משתמעת ממנה כוונה להעברת השמירה. סעיף 7 כפוף להוראות סעיף 14, הקובע שהוראות חוק השומרים יחולו על שמירת נכסים, "באין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים". במצב זה ניתן להעזר בהלכות שנפסקו במשפט העברי, הן כדי לקבוע מה היא הכוונה המשתמעת מן הרשות המיוחדת, הן כדי לקבוע את היקפה של העברת השמירה ואת תנאיה. לגבי מסירה שלא ברשות יש דמיון בין עמדות החוק והמשפט העברי – לפי שתי שיטות המשפט, השומר נותר אחראי עיקרי כלפי בעל הנכס. מאידך גיסא, קיימים כמה הבדלים, בעלי השלכה מעשית על חיובו של השומר, הנובעים מהערכה שונה של עמדת בעל הנכס במקרה זה. החוק גורס, שכל עוד לא הביע בעל הנכס התנגדות למסירת הנכס לשומר אחר, כבסעיף 3, אין להניח שהוא מתנגד לכך. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, מן הסתם מתנגד בעל הנכס למסירה. למרות הנחה זו, אחריות השומר אינה מוחמרת, והוא נותר אחראי עיקרי להישבון לפי אחריותו המקורית. לפיכך, אם יברר, בדרך קבילה על בעל הנכס, שהאבדן אירע בנסיבות הפוטרות אותו לפי אחריותו המקורית – יופטר מהישבון. היעדרו של ברור כזה מביא אמנם לחיוב השומר בתשלומין ללא התחשבות בנסיבות אבדן הנכס, אך אין זו החמרה באחריות, משום שהוא כלול (לדעת רוב המפרשים) בהתחייבויותו המקוריות של השומר.

קיים דמיון בין הוראות החוק לעמדת המשפט העברי לגבי אחריות שומר המשנה כלפי בעל הנכס. הדמיון מתבטא הן בעצם קיומה של אחריות ישירה, בלתי תלויה, כלפי בעל הנכס, בלא התחשבות בעמדתו, הן בהיקפה – כמידת האחריות כלפי השומר. יוצאת מכלל זה שיטת התוספות, שאמנם מסכימה שזכותו של בעל הנכס היא לתבוע הישבון מהשומר השני, אך אינה מסבירה זאת כאחריות ישירה כלפי בעל הנכס, אלא כזכות לתבוע את השומר השני מכוחו של הראשון.

המשפט העברי אינו מתנה את מימוש אחריותו של השומר השני בחוסר יכולת לממש את אחריותו של הראשון. זאת בניגוד למימוש אחריותו של השומר הראשון כשמסר את הפיקדון ברשות בעליו, שהוא מותנה בחוסר יכלתו לממש את אחריותו של השני, ואף זאת רק לפי דעה אחת, כאמור.

אחריות שומר המשנה כלפי השומר אינה קיימת לפי המשפט העברי, והוא אחראי אך ורק כלפי בעל הנכס. זאת בניגוד לחוק, הקובע אחריות כפולה, כלפי בעל הנכס וכלפי השומר. גם לפי שיטת התוספות, או לפי ראשונים אחרים – אם הקנה בעל הנכס את זכותו לשומר, ששומר המשנה אחראי כלפי השומר או מי שבא מכוחו, הרי זו אחריות בלעדית כלפיו, ולא אחריות כלפי השומר ובעל הנכס כאחד.

שיפוי לשומר על הוצאותיו

8. (א) בעל הנכס חייב לשפות שומר חינם וכן את המחזיק משכון או בטוחה אחרת, על ההוצאות הסבירות שהוציאו ועל ההתחייבויות שהתחייבו בהן באופן סביר עקב השמירה.
- (ב) כל שומר זכאי לשיפוי כאמור בסעיף קטן (א) עקב פעולה שעשה לפי סעיף 6.

שיפוי

התוכן

פרק ראשון: כללי ("בעל הנכס חייב לשפות") 477

1. עמדת החוק 477

2. עמדת המשפט העברי 478

פרק שני: זכות השיפוי בשומרים השונים ("שומר חינם... כל שומר... לפי

סעיף 6") 479

1. עמדת החוק 479

2. עמדת המשפט העברי 480

(א) שומר שכר 480

(ב) שומר חינם 481

(ג) שואל 482

פרק שלישי: סוג ההוצאות המזכות בשיפוי ("על ההוצאות... ועל

ההתחייבויות") 482

1. שכר ראוי 482

2. הפסדים 483

פרק רביעי: סבירות ההוצאות ("הסבירות... באופן סביר") 485

1. היקף השיפוי – עד כדי דמי הנכס 485

2. חריגה מן השליחות בשכירת מצילים שלא לצורך 486

3. היה יכול לברר את דעת בעל הנכס ופעל בלי לבררה 487

4. פעולה שלא הצליחה 488

פרק חמישי: "עקב השמירה" 489

1. הציל גם נכס שלו 489

2. היה לשומר עניין בנכס 490

כללי ("בעל הנכס חייב לשפות")

1. עמדת החוק

החוק קובע לשומר זכות שיפוי על הוצאות שהוציא ועל התחייבויות שהתחייב לצורך השמירה. זכות שיפוי מקבילה נקבעה לשלוח המוציא הוצאות עקב השליחות, בחוק השליחות, התשכ"ה-1965, סעיף 11, ולשותף במקרקעין המוציא הוצאות לצורך הנכס, בחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, סעיף 32.

יש במשמעות לשון החוק, שהשומר זכאי להשבה גם על פעולה שנעשתה על פי חובות השמירה, דהיינו פעולה שאילו נמנע מעשייתה, היה נושא באחריות לנזק שנגרם לנכס עקב הימנעותו. הנימוק לזכות השיפוי אף במקרה זה הוא, שאף על פי שזו חובה, אין זה אומר שהשומר חייב לפעול על חשבונו. החובה הוטלה עליו רק כדי להגן על אינטרס של בעל הנכס, ולא כדי להעשירו על חשבון השומר. לכן השומר זכאי לשיפוי.¹

"בעל הנכס", החייב לשפות את השומר, הוא מי שהשומר מחזיק עבורו את הנכס, ולא דווקא בעליו החוקי של הנכס – כך עולה מסעיף 13. אם השומר מחזיק את הנכס עבור אדם (כלומר, קיבל את הנכס לשמירה מאדם –) שאינו בעל הנכס החוקי, הוא אינו זכאי לדרוש שיפוי מבעל הנכס החוקי על הוצאות שהוציא עקב השמירה, שכן הלה מעולם לא ביקש ממנו לשמור עבורו את הנכס, ואין ביניהם קשר חוזי – הוא אינו בעל דינו. אלא, השומר יוכל לתבוע שיפוי מן האדם שמסר לו את הנכס לשמירה, מכיוון שההוצאות נגרמו עקב עשיית השומר את רצונו של אותו אדם, שישמור את הנכס. אם האדם הוא החזיק בתחילה את הנכס עבור בעל הנכס החוקי, כך ששומר זה הוא שומר משנה של בעל הנכס החוקי, ייתכן שיש לו זכות לשיפוי מבעל הנכס החוקי, וזאת אם נגיח שרואים שומר משנה כמחזיק את הנכס עבור בעל הנכס החוקי.² גם אם נאמר שאין לו זכות כזאת, הרי לאחר שקיבל שיפוי מן השומר הראשון (שהוא "בעל הנכס" לגביו), השומר הראשון יוכל לפנות לבעל הנכס לתבוע ממנו שיפוי, כיוון שמה ששילם לשומר המשנה הוא בגדר הוצאות שהוציא (הראשון) עקב השמירה. אלא שבמקרה שמסירת הנכס לשומר המשנה היא שגרמה את הצורך בהוצאת ההוצאות, הדעת

¹ ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, פסקה 59.

² פרידמן, שם, פסקה 136, הערה 39, מציין שהפסיקה האנגלית קבעה שמוביל נכס ימי ששכר מצילי סחורה, והללו איחסנו את הסחורה לאחר שהעלוה לחוף, המצילים זכאים לקבל מבעל הסחורה את הוצאות האחסנה, מפני שהן היו חיוניות להגנה על הסחורה. והוא מעיר שדבר זה תלוי בשאלה האם שומר משנה נחשב שומר כלפי בעל הנכס – אם הוא נחשב שומר, הוא זכאי לשיפוי על פי סעיפנו; אלא שלעיתים ניתן להסיק מן ההסכם שעשה שומר המשנה עם השומר הראשי, שהוא (שומר המשנה) מותר על זכויות כלפי בעל הנכס. לפי המשפט העברי, בנפרד מן השאלה האם שומר המשנה נחשב שומר של בעל הנכס, ייתכן שיחול כאן "שעבודא דרבי נתן".

נותנת שבעל הנכס החוקי לא יהיה חייב לשפות את השומר הראשון על כך, משום שאלה אינן "הוצאות סבירות" מבחינת נחיצותן.
 אם האדם ששומר זה מחזיק את הנכס בשבילו, החזיק את הנכס בתחילה בלי רשותו של בעל הנכס החוקי, כגון שגנב אותו, ברור שלא יוכל אותו אדם לתבוע מבעל הנכס החוקי את מה שישלם לשומר זה כשיפוי על ההוצאות – הרי לגנב אין זכות שיפוי כזאת, משום שאינו שומר, שהרי אינו "מחזיק כדין", כנדרש בסעיף 1(א).
 לגבי התשלום המגיע לשומר מבעל הנכס, חלה זכות עיכובן על פי סעיף 9.
 לפי המשפט האנגלי, השומר זכאי להוצאות רק אם כשהוציא את ההוצאות התכוון לדרוש החזר. אולם החוק הישראלי אינו מזכיר תנאי זה.⁴
 אם השומר ביקש להחזיר את הנכס לבעליו, והלה לא קיבל אותו, והדבר גרם נזק לשומר, אינו זכאי לפיצוי, אף על פי שהוא זכאי להחזיר לפי סעיף 11, שהרי החוק אינו אומר שהשומר זכאי לשיפוי על הוצאותיו להחזרה ולשחרור. יש לו זכות לפיצוי רק אם היה חווה ביניהם שבעל הנכס חייב לקבלו חזרה.⁵

2. עמדת המשפט העברי

זכות השומר לשיפוי על הוצאות שהוציא לצורך השמירה – יסודה במשפט העברי בסוגיית התלמוד: "שומר חנינם שהיה לו לקדם ברועים ובמקלות [להציל את הבהמות הנשמרות מחיות טרף שתקפו אותן], ולא קידם, חייב, שומר חנינם – בחינם, ושומר שכר – בשכר... והיכן מצינו בשומר שכר שחייב באונסין [דקא רמית עליה (=שאתה מטיל עליו) לשכור אנשים משלו – רש"י שם]? דהדר שקיל דמיהן מבעל הבית [שחוזר ונוטל מבעל הנכס את השכר ששילם למצילים]".

אדם זר המציל נכס של חברו מנזק שהיה נשקף לו, והוציא לשם כך הוצאות ("מבריה ארי מנכסי חברו"), אינו זכאי, בעיקרון, להחזר הוצאותיו. הריטב"א⁶ מסביר מדוע שומר זכאי בכל זאת בהשבת הוצאותיו בהצלה: "והיה דרועים ומקלות... לא עשה מדין השבת אבדה, ולא כעושה מרצון נפשו, משום השבת אבדה, אלא מפני שמירה שקיבל עליו, שנעשה שלוחו של בעל הבית, וכדין שליח הוא עושה, שיש לו להשתלם כל מה שהוציא". כלומר, מינוי השומר על ידי בעל הנכס לשמור על הנכס, מקנה לו מעמד של שלוחו בכל הפעולות המתחייבות מן המינוי הזה, ושליח שנשלח להוציא הוצאות – זכאי בהשבתן.

הסברים נוספים לזכות השיפוי, נביא בפרק ב, 2 (ב).

אם הסכימו בעל הנכס והשומר מראש שההוצאות, או הוצאות מסוימות, תהיינה על חשבוננו

³ פרידמן, שם, פסקה 98.

⁴ פרידמן, שם, פסקאות 90 ו-94.

⁵ ג' טרסקי, "השומר על פי דין", משפטים ח (תשל"ח) 447-448. אך פרידמן שם, פסקה 126, כותב ששומר זכאי לשיפוי גם על הוצאות בהחזרת הנכס לבעליו, כגון שעבר הזמן שנקבע לשמירה, או שהזמין סחורה ונשלחה לו סחורה אחרת בטעות.

⁶ ב"מ צג ע"ב*.

⁷ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ לא ע"ב, הובא בשו"ת פורת יוסף (אלפנדרוי), חו"מ, סימן לא. את דבריו הבאנו בעניין אחר, בסעיף 6, פרק ב*.

של השומר, הוא אינו זכאי לשיפוי עליהן. כך, לדוגמה, שומר בהמה, שבעל הבהמה התנה עמו שהשומר יצטרך לתת לבהמה מזון משלו, השומר אינו זכאי להחזיר על הוצאותיו למזון⁸. בפרקים הבאים נדון בהלכותיה השונות של זכות השיפוי. בפרק ב נראה איך זכות זו משתנה על פי הסוגים השונים של השומרים. בפרק ג נדון בשאלה האם שכר ראוי והפסדים כלולים במונח "הוצאות" שבסעיפנו. בפרק ד נמנה הגבלות שונות על זכות השיפוי – לגבי הוצאות מרובות, או בלתי נחוצות, או בלתי יעילות. בפרק ה נראה האם יש צורך בכך שכוונת השומר בהוצאותיו תהיה להטבת השמירה.

פרק שני

זכות השיפוי בשומרים השונים ("שומר חנם... לפי סעיף 6")

1. עמדת החוק

החוק קובע שרק שומר חנם או המחזיק בטוחה זכאים לשיפוי על הוצאות שהוציאו, אבל שומר שכר ושואל אינם זכאים לשיפוי. לדעת המחוקק, השכר שמקבל שומר השכר מן השמירה, ורשות השימוש שנהנה ממנה השואל בהחזקת הנכס, באים במקום שיפוי על הוצאות שהוציאו. כוונת בעל הנכס במתן שכר ובמתן רשות השימוש הייתה, ששומר השכר והשואל יעשו בתמורה את כל הנחוץ לשמירת הנכס, ומאחר שצפוי שהם יצטרכו להוציא הוצאות לשם כך, גם אלה בכלל ההתחייבות שקיבלו על עצמם. אף על פי שגם מחזיק משכון נהנה מהחזקת הנכס, ולכן הוא שומר שכר⁹, הרי הוא שומר שכר מהסוג שהמטרה לשמור על הנכס הייתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו (סוג שאחריותו פחותה לעומת שומר שכר רגיל, כאמור בסעיף 2(ב)), ולכן אין לומר שהנאתו זו באה כדי שיוציא הוצאות על השמירה על חשבוננו. נראה, שמסיבה זו, כדין מחזיק משכון כך דין כל שומר שכר מהסוג שהמטרה לשמור על הנכס הייתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, והוא זכאי לשיפוי על הוצאותיו. אולם סעיף קטן (ב) לסעיפנו מציין סוג של הוצאות, שגם שומר שכר ושואל – "כל שומר" – זכאים לשיפוי עליהן. אלה הן הוצאות שהוציא השומר לצורך פעולה שעשה לפי סעיף 6. פעולה הכלולה בסעיף 6 היא פעולה "דחופה ובלתי צפויה", כלשון החוק שם. לגבי פעולה כזאת לא ניתן לומר שבעל הנכס נתן את השכר ואת רשות השימוש כדי ששומר השכר והשואל יוציאו הוצאות לצורך הפעולה, שהלא בעל הנכס והשומר לא היו יכולים לצפות מראש שיהיה צורך בפעולה כזאת. השכר שקול רק כנגד ההוצאות הצפויות, שכן אילו ידע השומר שתהיינה הוצאות נוספות, היה דורש שכר גבוה (ובשואל – היה דורש גם שכר על

⁸ שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (דף קא ע"ג). אך הוא כותב שאם הבהמה נפלה לשלג, והוא שילם כסף לאדם אחר להוציאה מהשלג, ולהוליכה לעיר ולתת לה מזונות במשך אותו זמן, הוא זכאי להחזיר על מה ששילם לאותו אדם.

⁹ י' יוסמן, חוק המשכון, עמ' 109 ועמ' 226. בעניין זה ראה בסעיף 1(ג), פרק ג, 8.

השמירה). משום כך, אף שומר שכר ושואל זכאים לשיפוי על הוצאות שהוציאו לצורך פעולה זו¹⁰.

אף בהוצאות לפעולה שעשה לפי סעיף 6, זכותו של שואל לשיפוי – מוגבלת. זכות זו, הנובעת מסעיף קטן (ב), מותנית במילים "כאמור בסעיף קטן (א)"; ובסעיף קטן (א) מוגבלת זכות השיפוי לפעולות שעשה השומר "עקב השמירה". מאחר ששואל חייב אף בנזק שלא היה יכול למנועו, כאמור בסעיף 2(ג), נמצא שכשהוא מוציא הוצאות להצלת הנכס, הוא אינו עושה זאת עקב השמירה, אלא לטובת עצמו, שכן אם לא יוציא, והנכס יאבד, יהיה חייב. מאחר שאינו מוציא את ההוצאות "עקב השמירה", אינו זכאי לשיפוי. רק לגבי נזק מן הסוגים המנויים בסעיף 4, שאף שואל פטור בהם, הוא זכאי לשיפוי על הוצאות שהוציא למניעת הנזק, שכן הוא הוציא הוצאות אלה "עקב השמירה" ולא לטובת עצמו.

מקרה נוסף שבו אף שומר שכר ושואל זכאים לשיפוי הוא, אם היו רשאים להחזיר את הנכס, ועשו את המוטל עליהם להחזיר, אלא שבעל הנכס לא קיבל אותו. סעיף 11 לחוק קובע שבמקרה זה, אף שומר שכר ושואל זכאים לשיפוי על הוצאותיהם, כמו שומר חינוס, כשם שרמת אחריותם יורדת לרמת אחריותו של שומר חינוס לאחר שניסו להחזיר את הנכס ובעל הנכס מנע זאת. במצב זה, השומר מחזיק בנכס שלא ברצונו, והיה מוכן מצידו שיפסיק לקבל שכר על השמירה ויפסיק להיות בעל רשות שימוש בנכס, ולכן אין לדרוש ממנו, מחמת השכר ומחמת רשות השימוש, להוציא מכיסו הוצאות לצורך השמירה. כאן אף שואל זכאי לשיפוי בכל מקרה, שכן פעולותיו הן "עקב השמירה" ולא לטובת עצמו, שהרי בשלב זה אחריותו היא כשל שומר חינוס, ורק כאשר הוא חייב באונס, אנו אומרים שהוא מוציא הוצאות לטובת עצמו.

2. עמדת המשפט העברי

(א) שומר שכר

כפי שהבאנו לעיל, האזכור הראשי של זכות השיפוי במקורות המשפט העברי הוא בשומר שכר. אך אין בנקודה זו סתירה לעמדת החוק, שאין לשומר שכר זכות שיפוי. באותו אזור, ההוצאות שהוציא שומר השכר נועדו למנוע תקיפת בהמות נשמרות על ידי חיות טרף; וזהו נזק "בלתי צפוי מראש", שלגביו גם החוק קובע ששומר שכר זכאי לשיפוי על הוצאות למניעתו. וכך אפשר לומר ככלל, שבכל המקרים המצויים במקורות המשפט העברי ששומר שכר מזוכה בהם בשיפוי, ההוצאות שימשו למניעת נזק שלא היה צפוי מראש. לעומת זאת, אם שומר שכר מוציא הוצאות לשם צורך שהיה צפוי מראש, אינו זכאי להחזר. לדוגמה, שומר בגד בשכר, מאחר שעליו לאוררו מזמן לזמן למנוע עיפוש, עליו לשכור עוזרים

¹⁰ לפי פרידמן, שם, פסקה 98, גם אם לא התקיים התנאי של "פעולה דחופה ובלתי צפויה" שהיא תנאי לקיום ההרשאה שבסעיף 6, המזכה בשיפוי לפי סעיפנו, יוכל השומר (משמע – אף שומר שכר) לדרוש הוצאות לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, סעיף 5, שבו התנאים להחזר קלים יותר – "בתום לב ובסבירות". אבל יש מקום לומר ששומר שכר נחות בתחום זה ביחס לאדם רגיל, מאחר שהוא כבר מקבל שכר על השמירה, כך שניתן לראות שיפוי זה ככלול בשכר השמירה, לעומת אדם זר שאינו מקבל שכר מבעל הנכס, ועל כן הוא זכאי לשיפוי על פעולתו מטעם עשיית עושר ולא במשפט.

לשם כך אם לא יוכל לעשות זאת בעצמו, כפי שראינו לעיל¹¹. אך הוא לא יקבל החזר על הוצאותיו בשכירת העוזרים, מכיוון שהחזר זה כלול בשכר שהוא מקבל על השמירה¹². כך משתוות עמדת החוק ועמדת המשפט העברי ביחס לשיפוי שומר שכר על הוצאות רגילות.

(ב) שומר חנם

שומר חנם זכאי לשיפוי גם על הוצאות שהיו צפויות מראש, כמו בדוגמה דלעיל של שכירת עוזרים לניעור בגד¹³, בדומה לעמדת החוק; וכל שכן שהוא זכאי לשיפוי על הוצאות למניעת נזק שלא היה צפוי מראש¹⁴.

מבחינה מסוימת, זכאותו של שומר חנם לשיפוי פחותה משל שומר שכר. כפי שראינו בפרק א, 2, הריטב"א מבסס את זכות השומר לשיפוי מבעל הנכס, על כך שהוא שליחו של בעל הנכס לביצוע פעולות המוטלות עליו מתוקף התחייבויות השמירה. כפי שראינו לעיל¹⁵, שומר חנם פטור בדרך כלל מביצוע פעולת הצלה הכרוכה בהוצאת הוצאות (גם על מנת לקבל שיפוי עליהן), מחמת הטרחת שבהוצאת ההוצאות. מאחר שפעולה כזאת אינה כלולה בהתחייבויותיו של שומר חנם, אי אפשר לומר שהוא שלוחו של בעל הנכס לביצוע פעולה זו; ואם כן לא יתפוס לגבי שומר חנם הסברו של הריטב"א, שזכות השיפוי נובעת משליחות¹⁶. מדוע בכל זאת זכאי שומר חנם בשיפוי, בשונה מאדם זר המונע נזק מנכס של זולתו

(“מבריה ארי מנכסי חברו”), שאינו זכאי לשיפוי בדרך כלל? שני הסברים לדבר.

לפי הסבר אחד, שורשה של זכות זו בתקנת חכמים, שמטרתה לעודד אדם להציל את נכסי חברו מנזק ומאבדן גם כשאינו חייב בהצלה מכוח חובות שמירה כל שהן¹⁷.

הסבר אחר הוא, שהעיקרון האומר שהמונע הפסד מחברו (“מבריה ארי מנכסי חברו”) אינו זכאי לשיפוי על ההוצאות שהוציא לצורך זה, נקוט רק במקרה שהסכנה שנמנעה לא הייתה בטוחה. לעומת זאת, אם הסכנה הייתה בטוחה (“ברי היזקא”), זכאי המונע לשיפוי, גם אם הוא אדם זר, וכל שכן אם הוא שומר חנם על הנכס¹⁸. לפי הסבר זה, זכות השיפוי של השומר

¹¹ סעיף 6, פרק ד (וראה בהערה הבאה).

¹² פתחי חושן, פרק ב, הערה קב, כותב שמדברי שו"ת הרדב"ז, סימן שיג, משמע ששומר שכר לא יקבל החזר על שכירת עוזרים בניעור בגד, גם אם הוא זקן ואינו לפי כבודו לנער בעצמו (אף על פי שגם שומר חנם שווה לשומר שכר בזה שהוא חייב לשכור עוזרים לנער כיוון שידע מראש שיצטרך לנער – כפי שהבאנו בשמו בסעיף 6, פרק ד, הערה 115); ומעלה אפשרות שכוונתו היא ששכרו כולל גם הוצאות אלה.*

¹³ הרדב"ז ופתחי חושן שם. כמו כן, שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק ב, סימן קנד, מחייב בעל נכס לשפות שומר חנם שהוציא הוצאות לרפואת בהמה ולמזונותיה.*

¹⁴ תוספות, כתובות קח ע"א (ד"ה חנן), ב"ק נח ע"א (ד"ה אי), וב"מ לא ע"ב, ד"ה אם (הובא במעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סימן תקנה, ובשו"ת ר' שאול משה, זילברמן, סימן קד).*

¹⁵ בסעיף 6, פרק ד.

¹⁶ כך מעיר שושנת יעקב, שג, ט, שלגבי שומר חנם נחוץ הטעם של ברי היזקא.*

¹⁷ תוספות, כתובות שם (הובא בשו"ת צמח צדק, חו"מ, סימן יט); תוספות רבנו פרץ, ב"ק נח ע"א, וב"מ צג ע"ב; הגהות מיימוניות, הלכות נזקי ממון, ג, אות ב (שניהם – לאו דווקא על שומר חנם); מרדכי, ב"ק, סימן נו.

¹⁸ תוספות, ב"ק שם (הובא בצמח צדק שם) וב"מ לא ע"ב שם; תוספות רבנו פרץ, ב"מ לא ע"ב; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צג ע"ב (הובא בדברי חיים, דיני שומרים, סימן ז, הגהה מבין המחבר); הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, ג, אות ה; שו"ת מהריב"ל, חלק א, סימן קד; שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לח.*

מוגבלת למקרה שהסכנה שהייתה צפויה לנכס אכן הייתה בטוחה. לכן, שומר חינום, שאין לו זכות שיפוי על פי הנימוק של הריטב"א, אינו זכאי לשיפוי אם הסכנה לא הייתה בטוחה¹⁹. מאחר שהנימוקים לזכות השיפוי של שומר חינום הם אלו, ונימוקים אלו טובים גם לאדם זר, הרי הכללים החלים לפי המשפט העברי על זכותו של אדם זר לשיפוי יחולו גם לגבי שומר חינום. ייתכן שכללים אלו יהיו שונים מן הכללים שנמנה בדיונונו בפרקים להלן, כללים שנאמרו במקורות המשפט העברי ביחס לשומר שכר (בדרך כלל), שזכותו לשיפוי נובעת מסיבה מיוחדת, כאמור.

(ג) שואל

שואל המוציא הוצאות, גם כשנועדו להצלת הנכס מנזק שלא היה צפוי מראש, לא יקבל החזר מבעל הנכס²⁰. את ההוצאות הוא הוציא לטובת עצמו, שכן אילו אבד הנכס, היה חייב לשלם, גם אילו לא היה יכול להציל, שהרי שואל חייב אף באונס, ולכן אין בעל הנכס חייב לשפוטו על הוצאותיו²¹.

כך עולה בברור מסוגיית התלמוד שהבאנו בפרק א, 2, הדוחה את האפשרות ששומר שכר יהיה חייב להוציא הוצאות להצלה בלי לקבל החזר, בטענה: "והיכן מצינו בשומר שכר שחייב באונסין?". מכאן, ששואל, שאכן חייב באונס, חייב להוציא הוצאות על חשבוננו כדי להציל את הנכס מאונס.

גם בשואל, אם נשקף לנכס נזק מחמת השימוש בו, שבו אף שואל פטור²², והוציא הוצאות כדי להציל את הנכס מן הנזק הזה, הוא זכאי להחזר, שהרי כאן ההצלה אינה לטובתו (שכן הוא היה פטור בלאו הכי) אלא לטובת בעל הנכס²³.

פרק שלישי

סוגי ההוצאות המזכות בשיפוי ("על ההוצאות... ועל ההתחייבויות")

1. שכר ראוי

בהגדרת סוג ה"הוצאות" וה"התחייבויות"²⁴ שעליהן זכאי שומר לשיפוי, מתעוררת השאלה האם שומר זכאי לשכר על טרחתו בפעולה שעשה לצורך מניעת נזק לנכס, בלי שהוציא

¹⁹ שו"ת פורת יוסף (אלפנדר), חו"מ, סימן לא.

²⁰ מרדכי, ב"מ, סימן שסז; אגודה, ב"מ, סימן קלט. וראה סעיף 6, במילואים להערה 1.

²¹ שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (צה ע"ג). צריך להוסיף, שאף על פי שבעל הנכס היה מעוניין שיוציא הוצאות להצלה, משום שהוא מעדיף לקבל את הנכס מאשר לקבל את תמורתו, מכל מקום עיקר מטרת השואל בהצלה אינה לשם כך, אלא לטובת עצמו.

²² כפי שראינו בסעיף 4, פרק ב.

²³ חסד לאברהם ש.ס.

²⁴ "התחייבויות" הן תשלומים שטרם שילם השומר, ושהוא התחייב כלפי צד שלישי לשלם בעתיד. אם הפעולה שעשה כלולה בסעיף 6, הוא לא יהיה זקוק לשיפוי, מפני שבעל הנכס יהיה מחויב לשלם בעצמו לאותו צד שלישי, מכיוון שהשומר פעל בהרשאתו, כפי שראינו בסעיף 6, הערה 1. רק אם זו פעולה שאינה כלולה בסעיף 6, כך שבעל הנכס לא יהיה מחויב כלפי הצד השלישי מכיוון שהשומר לא פעל בהרשאתו, השומר יהיה חייב לשלם בעתיד לאותו צד שלישי, ואז יהיה זכאי לשיפוי מבעל הנכס.

הוצאות או התחייב התחייבויות. לפני בית המשפט עלה לדיון מקרה בשומר שהתחייב לאחסן את הנכס באולמו למשך תקופה מסוימת, בשכר; ובתום התקופה, לא נטל אותו בעל הנכס, והשומר המשיך לאחסן אותו באולמו. לפי סעיף 11, אף שומר שכר זכאי לשיפוי על הוצאות שהוציא לאחר תום תקופת השמירה שהוסכם עליה. למרות זאת, בית המשפט קבע שאין השומר זכאי לתשלום מבעל הנכס כשכר על האחסון, מפני ששירות האחסון באולם אינו במשמע "הוצאות" או "התחייבויות"²⁵.

אבל פסק זה אינו נראה בעיני פרידמן. לדעתו, אם היה צורך בשרות מקצועי, בתחום מקצועי של השומר, ובמקום לשכור אדם מקצועי אחר לבצעו, ביצע זאת הוא בעצמו, מגיע לו תשלום על כך. לדוגמה: וטרינר שמצא כלב שהיה זקוק בדחיפות לטיפול רפואי, וביצע את הטיפול בעצמו, הוא זכאי לתשלום על כך, שכן אילו היה לוקחו לו וטרינר אחר ומשלם לו על הטיפול, היה זכאי לשיפוי על הוצאה זו, שהיא הוצאה סבירה. אבל גם לדעתו, יש למעט בזיכוי שכר על שרות כזה, שמא יעודד הדבר עשיית הפעולה על ידי השומר כדי לקבל שכר. הגבלה נוספת שהוא מטיל היא, שהשומר זכאי לשכר ראוי רק אם היה בדעתו בשעת מעשה לחייב את בעל הנכס על כך; אבל אם התכוון לפעול בחינם, לא יקבל שכר²⁶.

עמדת המשפט העברי היא ששומר זכאי לשכר טרחה על פעולתו במניעת נזק לנכס²⁷. זאת בהתאם לעמדתו הכללית של המשפט העברי, שאדם העושה פעולה לטובת זולתו – זכאי לשכר ראוי על פעולתו, ואין הלה יכול לטעון שהוא (המטיב) התכוון לעשות לו טובה בחינם²⁸.

2. הפסדים

"הוצאות" ו"התחייבויות" אין במשמעותן נזק שנגרם לשומר עקב השמירה. דוגמה לדבר: שרפה שאחזה בנכס שלא ברשלנות השומר, ותוך כדי ניסיון להצילו, אחזה האש בבגדו של השומר והזיקתו – השומר אינו זכאי לתבוע מבעל הנכס שיפוי על הנזק שנגרם לבגדו, מכח סעיפנו. אולם פרידמן מעלה אפשרות, ששומר שניזוק יוכל לתבוע מבעל הנכס שיפוי על הנזק, תוך הסתמכות על חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, סעיף 5(א), שלפיו

²⁵ ע"א 663/71 נכסים להשכרה א.מ.ג. בע"מ (בפירוק מרצון) נ' כונס הנכסים הרשמי כמפרק שטרק בע"מ (בפירוק), פ"ד כז(1) 609, 615, הובא אצל א' לבנר, "הוצאה לפועל – פירוק החברה – שומר חנם – הסגת גבול", הפרקליט כז (תשל"א) 345. ג' טדסקי, "השומר על פי דין", משפטים ח (תשל"ח) 447, נימק, שזה נובע מהרעיון של סולידריות חברתית, וגם נועד למנוע ריבוי תביעות.

²⁶ ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, פסקאות 99, 126, ו-133. לדעתו גם אדם זר הפועל לטובת נכס של הזולת, זכאי לשכר ראוי. הוא מדגיש שבמקרה דלעיל, השומר היה ראוי יותר לאהדה, מאחר שהוא מחזיק בנכס שלא מרצונו. בהערה 121 הוא מעיר שבמקרה כמו זה, ניתן לראות את השארת הנכס בידי השומר כהסכמה מצד בעל הנכס שימשיך השומר לזכות בשכר האחסון כל עוד לא יקחנו חזרה, וזאת על פי ע"א 138/55 לייב כהן (כהנא) נ' י. סבירסקי ושות', חברה להחסנה בע"מ, פ"ד ט 1833.

²⁷ רא"ש, ב"ק, פרק ו, סימן ו, כותב שנוטל שכר טרחה.

²⁸ רמ"א, חו"מ, רסד, ד. לעניין שכר אחסון, עמדתו הכללית של המשפט העברי היא ששוכר שלא מדעת פטור מלשלם שכר דירה (ענין שו"ע, חו"מ, שסג, ו). וראה סעיף 5, ליד ציון הערה 192, ששומר נכס של חברו מןמתו אינו זכאי לבקש שכר שמירה.

העושה פעולה להצלת נכס של חברו, ונגרם לו עקב כך נזק, בית המשפט יפסוק לו שיפוי על כך²⁹.

במשפט העברי, הדיון בזכות שומר לשיפוי על הפסדים עלה ביחס לשני מקרים. מקרה אחד הוא של דלקה שנפלה בבית שהנכס השמור ונכס השייך לשומר מצויים בו, באופן שאפשר להציל רק אחד מהם, והשומר הציל את הנכס הנשמר, ועקב כך נשרף הנכס שלו. נפסק, שאם הוא שומר שכר, הוא לא יקבל החזר על אבדן הנכס שלו. הסיבה שהתלמוד מזכה שומר שכר בשיפוי על הוצאותיו להצלת בהמה שעמדו עליה חיות לטרפה היא, שמצב הבהמה היה בגדר "אונס", משום שכדי להצילה היה השומר צריך לשכור אנשים לעזור לו. מבחינה זו כלתה שמירתו, ואין מוטל על שומר שכר להוציא מכספו כדי למנוע אונס, ולכן אם הוציא, הוא זכאי להחזר. לעומת זאת, בנידונו, אין מצבו של הנכס הנשמר מוגדר "אונס", שכן ניתן להצילו מן הטרפה בקלות. אף על פי שעל ידי כך שהשומר יציל את הנכס, יישרף נכס השייך לו, אין זה אונס בנכס עצמו – הרי אין שומר שכר רשאי לעזוב את השמירה כדי להציל נכס שלו³⁰.

דינו של שומר חנינם בכגון זה – שונה: הוא זכאי לשיפוי על שרפת הנכס שלו³¹. מאחר ששומר חנינם לא היה חייב להציל את הנכס הנשמר על חשבון הנכס שלו³², הרי משהציל את הנכס הנשמר, הוא כמו אדם זר אשר נכס שלו ושל זולתו היו בסכנה, והציל את של זולתו, ובכך אבד הנכס שלו, שהוא זכאי אז לשיפוי על הפסדו³³.

מקרה שני שבו עלתה לדיון שאלת השיפוי לשומר על הפסדים, הוא כשבאו לביתו של השומר אנשים אלימים, ולקחו ממנו נכס השייך לו, בטענה שהייתה להם תביעה על בעל הנכס. נפסק, שהשומר זכאי לשיפוי מבעל הנכס על הפסדו, שנגרם לו עקב השמירה³⁴. אלא שיש מי שחולק על פסק זה, מחמת העיקרון "אין אדם נתפס על חברו", כלומר, אדם שנשדד בצורה כלשהי אינו יכול לדרוש שיפוי מאדם אחר בטענה שהדבר נגרם מחמתו³⁵. לעומת זאת, הדעה הראשונה סוברת שאין להפעיל כאן את העיקרון "אין אדם נתפס על חברו", מפני ששומר שונה מאדם רגיל, בכך שקיבל על עצמו את השמירה על דעת שהוא יהיה רשאי (שלא כשאר אדם) לתת לשודדים במקרה כזה את הנכס הנשמר כדי להציל את שלו; וממילא התחייב גם על דעת שאם יטלו שודדים את הנכס שלו, הוא יקבל שיפוי³⁶.

²⁹ פרידמן, שם, פסקה 123. גם ג' טדסקי, "השומר על פי דין", משפטים ח (תשל"ח) 447, כותב ששומר חנינם שסבל נזק מן השמירה, כגון מחמת אופי הנכס, זכאי לפיצוי על כך, אף על פי שאינו זכאי לדרוש שכר על השמירה (סעיף 5, ליד ציון הערה 192), וזאת גם בשומר על פי דין.

³⁰ שו"ת הרמ"א, סימן קו (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, שג, הגהות הטור, אות מט, בקצות החושן, שג, ס"ק ט, בנתיבות המשפט, שג, ס"ק ה, ובשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן לו), כמוסבר בשו"ת שמן רקח, חלק ב, סימן סב, באולם המשפט, סימן שג, ג, ובשו"ת שב יעקב, חו"מ, סימן כג.*

³¹ שו"ת שב יעקב, חו"מ, סימן כג. כך תהיה דעתם של הפוסקים שהבאנו בסעיף 6, הערה 105, הפוסקים שומר חנינם במקרה זה מלהציל את הנכס הנשמר.*

³² כפי שראינו בסעיף 6 שם.

³³ רמ"א, חו"מ, רסד, ג.

³⁴ ר"י, במדכי, ב"ב, סימן תרס, הובא ברמ"א, חו"מ, סימן קכו, כב, וסימן קכת, א, ובשו"ת הרמ"א, סימן פו, בסופו.*

³⁵ ר"מ מפונטייזא, במדכי שם; בית יוסף, חו"מ, עב, מחודש לו (הובא בדרכי משה, חו"מ, קכו, ס"ק ז).*

³⁶ תומים, קכו, ס"ק כח. למקור סברה זו, ראה סעיף 2(א), ליד ציון הערה 50.

סבירות ההוצאות ("הסבירות... באופן סביר")

1. היקף השיפוי – עד כדי דמי הנכס

שומר שהוציא הוצאות בהיקף בלתי סביר לשם מניעת נזק לנכס, מבטל בכך את קשר השליחות הקיים בינו לבין בעל הנכס, כיוון שסביר להניח שאין הלה חפץ בפעולה כזאת. אין הכוונה שקשר השליחות בטל לחלוטין, אלא הוא בטל לגבי ההוצאות היתרות, והשומר ישא בהן, אבל לגבי ההוצאות הסבירות עדיין הוא שליח של בעל הנכס³⁷.

בשאלה מה הן הוצאות שאינן סבירות, דנה הסוגיה³⁸ שהבאנו בראש דברינו, בפרק א, 2, וזו לשונה: "שומר חינום [חייב להציל] בחינם, שומר שכר – בשכר. ועד כמה? עד כדי דמיהן [של הבהמות הנשמרות]. והיכן מצינו בשומר שכר שחייב באונסין? דהדר שקיל דמיהן מבעל הבית. אמר ליה רב פפא לאביי: אי הכי, מאי אהני ליה [=מה הועיל לבעל הנכס בפעולתו, אם הוא חייב להשיב לשומר את השכר ששילם למצילים כדי שווי הנכס]? נפקא מינה לכושרא דחיותא, אי נמי לטירחא יתירתא". הסביר רש"י: "כושרא דחיותא – כושר הבהמות, שמכיר בהן כבר ולמודות בביתו; טירחא יתירתא – שלא יצטרך לחזור אחר הבהמות לקנות".

אם כן, הוצאות סבירות הן עד גובה שווי הנכס ועד בכלל. רק בתחום זה חוזר השומר ונוטל את הוצאותיו מבעל הנכס. אבל בהוצאות יתרות על כך, הוא אינו מועיל לבעל הנכס, אלא מזיק לו, ולכן אינו זכאי לשיפוי עליהן. המקרה הגבולי של הוצאות בדיוק כשווי הנכס עדיין מצוי בתחום הסבירות, כיוון שעדיין יש תועלת לבעל הנכס בכך, כפי שהסביר התלמוד, בכושר הבהמות ובחיסכון הטרחה.

אף על פי שכושר הבהמות והחיסכון בטרחה חשובים לבעל הנכס, אין אומרים שאם הוציא השומר יותר מערך הנכס, חייב בעל הנכס לשלם לו גם כנגד ערכים אלו³⁹. הסיבה שהשומר מקבל החזר על הוצאות בכדי דמי הנכס היא מפני שיש להניח שבעל הנכס היה מעוניין בכך, מפני שבכך יחסוך טרחה לקנות אחרות, ותהיינה לו בהמותיו הוותיקות המכירות אותו; ואם יוטל עליו להחזיר לשומר גם דמי ערכים אלו, לא הרוויח דבר ממעשה השומר⁴⁰. השומר לא יקבל החזר יותר מכדי שווי הנכס, גם אם הסיבה שהוציא יותר משווי היא שהוא היה בהול מפני הסכנה ולא היה יכול לדקדק בסכום הוצאותיו⁴¹.

³⁷ שו"ת ר"א בן ארחא, סימן ח (עמ' לה), כותב, שאם הוציא יותר מדמי הנכס, ישלם לו בעל הנכס רק כערך הנכס. רח"א מילר העיר, שלפי הנימוקים (פרק ב, 2 (ב)), שזכות השומר לשיפוי היא מטעם תקנת חכמים או משום שהנזק בטוח, צריך להסביר את הגבלת הסכום בכך שיותר מערך הנכס אינו קרוי יורד ברשות, כדברי פתחי חושן בערה 41.

³⁸ ב"מ צג ע"ב. כך פסקו: שו"ת הרא"ש, כלל צה, סימן ב; שו"ע, חו"מ, שג, ח; שו"ת בני יעקב, סימן ה (דף קצד ע"ב).

³⁹ סמ"ע, שג, ס"ק ט, ופרישה, חו"מ, שג, ו; ערוך השולחן, חו"מ, שג, יג. אבל פתחי חושן, פרק ג, הערה יז, העלה אפשרות שלפי הדעה (ראה סעיף 6, פרק ד) ששומר שלא הציל, חייב לשלם דמי טרחה, הרי שזה ממון גמור, אם כן אם הוציא כנגד דמי הטרחה, יקבל החזר עליהם.

⁴⁰ שושנת יעקב, שג, ח. הסמ"ע וערוך השולחן הסבירו, שבעל הנכס יוכל לטעון: "לא אכפת לי הטרחה והכושר, מפני שלא היה בכוונתי לקנות אחרות".

⁴¹ פתחי חושן, פרק ג, הערה יז. הוא מסביר, שמעל לדמי הנכס הוא אינו קרוי "יורד ברשות".

לעניין זה, הערך הקובע הוא ערכו של הנכס בשעת פעולת ההצלה. בעל הנכס צריך לשלם לשומר את ערך הנכס שבשעת ההצלה (אם השומר הוציא כסכום זה, או יותר ממנו), גם אם מחיר הנכס ירד לאחר פעולת ההצלה, בגלל ירידה כללית של השער בשוק, כך שבשעת התשלום משלם בעל הנכס בעבור הנכס יותר מערכו הנוכחי. כיוון שבשעת ההצלה, ערך הנכס היה גבוה, הוצאת סכום גבוה זה הייתה לטובת בעל הנכס, ובעל הנכס היה מסכים לה באותה שעה, מן הסתם, ולכן השומר זכאי לשיפוי כנגדו⁴².

במקרה מסוים ישלם בעל הנכס לשומר יותר מערך הנכס. הכוונה היא לנכס שהיה פעמיים (או יותר) במצבים של סכנה, ובכל פעם הוציא השומר הוצאות להציל את הנכס, ובכל פעם ההוצאות היו בכדי ערך הנכס (או מעט פחות מכך). בעל הנכס יחויב לשלם לו את כל מה שהוציא בשתי הפעמים, אף על פי שבסך הכול, זה יהיה יותר משיעור ערך הנכס. את ההוצאות על ההצלה הראשונה, ודאי שהוא חייב לשלם לו, שהרי השומר נהג כשורה בכך שהוציא הוצאות כדי ערך הנכס (או פחות מכך) להצלתו (אם לא היה צפוי אז שתהיה סכנה נוספת שיצטרך להוציא עליה הוצאות). גם את ההוצאות של ההצלה השנייה הוא חייב לשלם לו, מפני שגם אז נהג השומר כשורה בכך שהוציא הוצאות כדי ערך הנכס (או פחות) להצלתו, שכן יש להניח שבעל הנכס היה מעוניין בכך, כדי שהנכס יחזור אליו⁴³.

הדעת נותנת, שאם מה שהיה צפוי לנכס לא היה אבדן כליל של ערכו, אלא נזק חלקי, היקף השיפוי יהיה לפי אותו חלק מערך הנכס, ולא לפי כל ערכו. אין להניח שבעל הנכס מעוניין שהשומר יוציא הוצאות (על חשבון בעל הנכס) השוות לכל ערך הנכס, כדי למנוע נזק חלקי לנכס. כפי שמתבטא פרידמן⁴⁴, ה"סבירות", שהיא תנאי לזכות השומר לשיפוי, נמדדת בין היתר לפי היקף הנזק שבאה ההוצאה למנוע.

2. חריגה מהשליחות בהוצאת הוצאות שלא לצורך

המשפט העברי מתנה את זכאות השומר לשיפוי בכך שההוצאות שהוציא אכן היו נחוצות להצלת הנכס, ובלעדיהן היה הנכס אובד או ניזוק. אם הייתה לשומר אפשרות לבצע את פעולת ההצלה בלי הוצאות, ובכל זאת הוציא הוצאות, הרי אין סיבה להניח שבעל הנכס מעוניין בהוצאת הוצאות שתהיינה על חשבוננו, וממילא בטל קשר השליחות שבין בעל הנכס לשומר, ואין לשומר זכות שיפוי. כך אומר רבי מאיר הכהן⁴⁵: "ונראה לומר שיכול [בעל הנכס] להשביעו שלא מצא [עוזרים] בחינם... ונשבע על כל זה, ונוטל מבעל הבית".

לדוגמה, שומר בגד ששכר אנשים לנער אותו, בעוד היה יכול לנער אותו בעצמו, לא יקבל שיפוי, מפני שבעל הבגד הפקידו אצלו על דעת שיטפל בו בעצמו, אף על פי שזו טרחה מרובה, כמו שדרכו לטפל בבגד שלו בעצמו. רק אם השומר זקן, ואין זה לפי כבודו לנער את הבגד בעצמו, הוא זכאי לשיפוי, מפני שעל דעת זה הפקידו אצלו בעל הבגד, שידע שאין זה לפי כבודו לנער בעצמו, ושישכור פועלים לטפל, ואין מוטל עליו להוציא הוצאות משלו⁴⁶.

⁴² נתיבות המשפט, שג, ס"ק ט; חידושי ר"ע איגר, חו"מ, שג, ט.

⁴³ שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן פג. וראה הערה 55.

⁴⁴ ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, פסקה 98.

⁴⁵ הרמ"ך, בשיטה מקובצת, ב"מ צג ע"ב.

⁴⁶ שו"ת הרדב"ז, סימן שיג (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצב, הגהות הטור, אות מה). ראה סעיף 6, פרק ד, בשמו. הוא עוסק בשומר חינם. על דעתו לגבי שומר שכר, ראה הערה 12.

אין בדברי רבי מאיר הכהן התייחסות לרמת סבירות הצורך. יש מקרים שבהם אין השומר מנוע לחלוטין מלהשתדל ולהצליח בעצמו (או בעזרת אחרים בחינם) להציל את הנכס בלי עזרתם של מצילים בשכר, אלא קיימים גורמים המקשים עליו את זאת. במקרים אלו יש לדון בסבירות הסיבות המקשות, האם הן מצדיקות שכירת מצילים והענקת החזר לשומר, אם לאו. גם הסוג של השומר יכול להוות גורם בהגדרת הסבירות. ייתכן ששומר חינם יהיה זכאי לשיפוי גם אם היה יכול להציל בחינם, אם זו הייתה טרחה מרובה, מפני שאין שומר חינם מחויב לטרוח טרחה מרובה (אלא אם כן הייתה זו פעולה הצפויה מראש, כמו נייעור בגד, שהוא חייב לעשותה למרות הטרחה).

גם אם לא הייתה לשומר אפשרות להציל את הנכס בחינם, מכל מקום, אם היה יכול להציל בהוצאות מועטות, והוא הוציא הוצאות מרובות לשם כך, הוא זכאי לשיפוי רק על הסכום הנמוך. אין הוא שליח של בעל הנכס בהוצאותיו שאינן הכרחיות, ולכן אינו זכאי בהשבתן. כלשון רבי מאיר הכהן⁴⁷: "ויש לו [לשומר] רשות להרבות שכרן [של המצילים] אפילו עד כדי דמי הבהמות, אם לא מצא בפחות, ונשבע על כל זה, ונוטל מבעל הבית".

גם אם בשעה שהציל לא היה יכול להציל בפחות ממה שהוציא, אלא שאילו המתין כמה ימים, היה יכול להציל בפחות הוצאות, לא יקבל שיפוי על כל ההוצאות שהוציא, מפני שהיה צריך להמתין ולהוציא פחות⁴⁸.

אולם אם לא הצליח השומר בשום אופן לעשות את הפעולה בהוצאות מועטות יותר, הוא זכאי לשיפוי על כל מה שהוציא (עד כדי דמי הנכס), גם אם שילם מחיר מופקע, כגון שפנה לעזרת אנשים, והם דרשו מחיר מופקע על עבודתם, כלומר, שמן הדין מחיר עבודתם היה נמוך מהמחיר שדרשו⁴⁹.

עניין אחר הוא כשיש שאלה האם הפעולה הייתה נחוצה באמת כדי להציל את הנכס. ייתכן מצב, שבעל הנכס יסרב לשלם לשומר את הוצאותיו, בטענה שהנכס היה ניצול גם בלי הפעולה שעשה השומר. נפסק, שבעניין זה קובע שיקול דעתו של השומר. אם לפי ראות עיני השומר היה צורך בפעולה זו, שהיא כרוכה בהוצאות, הוא זכאי לשיפוי. אם לא נסמוך על השומר, הרי לקתה מידת הדין, שכן תמיד יטען בעל הנכס שהפעולה וההוצאות לא היו נחוצות. זאת ועוד: יש להניח שבעל הנכס הפקיד את הנכס אצל השומר על דעת שהוא יוכל לעשות פעולות הצלה ויוציא הוצאות לשם כך, לפי דעתו ולפי ההיגיון שלו⁵⁰.

3. היה יכול לברר את דעת בעל הנכס ופעל בלי לבררה

כפי שאמרנו בפרק ב, שומר שכר ושואל זכאים לשיפוי לפי החוק רק על פעולה שעשו לפי סעיף 6. מכאן שהם זכאים לשיפוי רק אם הפעולה הייתה דחופה ובלתי צפויה מראש, שרק היא כלולה בהוראת סעיף 6. כלומר, אם לא הייתה דחופה, ולכן היה לו פנאי לברר האם

⁴⁷ הרמ"ך, בשיטה מקובצת, ב"מ צג ע"ב.

⁴⁸ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שפח.

⁴⁹ הרמ"ך שם, הובא בפתחי חושן, פרק ג, הערה טו.

⁵⁰ שו"ת נחלת שמעון, סימן נג.

בעל הנכס מסכים להוצאת הכסף, ולא עשה כך, אלא הוציא הוצאות בלי לשאול את דעת בעל הנכס, אינו זכאי לשיפוי, משום שהיה לו לברר זאת. כמו כן, אם הפעולה הייתה צפויה מראש, אינו זכאי לשיפוי, משום שהעובדה שבעל הנכס צפה מראש את הצורך בהוצאה, ואף על פי כן לא הבטיח לו שיפוי על כך, ממדת שהוא רוצה שהשומר יוציא בלי לקבל שיפוי, ושהשיפוי יהיה כלול בשכרו.

לעומת זאת, שומר חינום זכאי לשיפוי אף על פעולה שאין מתקיימים בה התנאים המנויים בסעיף 6. ניתן להבין מכך שהוא זכאי לשיפוי אף על פעולה שאינה דחופה, כלומר, שהיה לו פנאי לברר את דעת בעל הנכס, ולא בירר. כמו כן, הוא זכאי לשיפוי אף על פעולה שהייתה צפויה מראש, ואין אומרים ששתיקת בעל הנכס בעת ההפקדה מוכיחה שאינו מוכן לתת לו שיפוי על הוצאותיו, מפני שרק בשומר שכר ניתן לומר כך, כיוון שניתן לומר שהתכוון לכלול את השיפוי בשכר.

עמדת המשפט העברי בשאלה זו היא, שאם השומר היה יכול לשאול את בעל הנכס האם להוציא הוצאות להצלה או לא להוציא, כגון שבעל הנכס היה במקום, או שהיה אמור להגיע למקום בתוך זמן קצר (כשעדיין יהיה אפשר להציל) כך שיהיה אפשר לשאול אותו, והוא הוציא הוצאות בלי לשאול אותו, אינו זכאי לשיפוי. כפי שראינו בפרק ב, 2, אחד הנימוקים לזכות שומר לשיפוי הוא שחכמים תיקנו שיקבל שיפוי כדי לעודד אנשים להציל נכסי זולתם מנוק. במקום שהוא יכול לשאול את בעל הנכס, אין סיבה לתקן תקנה זו כדי להגן על האינטרס של בעל הנכס, מפני שיש דרך טובה יותר להגן עליו – שהשומר יודיע לבעל הנכס על הסכנה (כחובתו לפי סעיף 2(ד)), ובעל הנכס יבקש ממנו להציל תמורת שכר, אם ירצה⁵¹. כך הדין לגבי כל אדם המציל נכס של זולתו מסכנה: אם בעל הנכס היה שם, ולא התייעץ עמו המציל לפני פעולתו, המציל אינו זכאי להחזר מלא על הוצאותיו, כיוון שהיה יכול להתנות עם בעל הנכס שישפה אותו, ולא עשה כך⁵².

4. פעולה שלא הצליחה

לפי פרידמן, זכותו של שומר לשיפוי קיימת גם אם לא הצליחה פעולתו. לעתים הכישרון בפעולת ההצלה מעיד שהפעולה לא הייתה סבירה, ואז הוא מאבד את השיפוי משום ההגבלה "הוצאות סבירות", שלפיה רק הוצאות שבאופן סביר היה ניתן להניח שתהיינה יעילות, מזכות בשיפוי. אולם פעמים רבות אין זה כך, וזו רק בגדר חכמה שלאחר מעשה⁵³. המשפט העברי קובע שאין לשומר זכות לשיפוי אם לא הועילה פעולת ההצלה. זכות השומר לשיפוי מבוססת, כפי שראינו בפרק א, על כך שהוא פועל כשלוחו של בעל הנכס. כלל הוא בשליחות, שאם השליח עשה דבר שהוא לרעת בעל הנכס, בטלה השליחות לעניין פעולה זו, מפני שבעל הנכס לא התכוון לעשותו שליח כדי לגרום לו נזק ("לתקוני שדרתיך

⁵¹ הגהות מיימוניות, הלכות נזקי ממון, ג, אות ב, הובא בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שפח. הוא אומר שיקבל רק את שכרו. מדבריהם משמע שמדובר בין בשומר שכר ובין בשומר חינום.

⁵² שו"ע, חו"מ, רסד, ג. על פי חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 132-133, יקבל שיפוי על הוצאות הכרחיות או את שכר פעולתו – הנמוך שבשניים.

⁵³ ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, פסקה 98. בפסקה 134 הוא מציין שזו עמדת החוק האנגלי.

ולא לעוותי"). לכן כאן, שהשומר הוציא הוצאות ולא הצליח להציל, וקלקל ולא הועיל, אין הוא שלוחו של בעל הנכס בהוצאת ההוצאות, ולכן בעל הנכס אינו חייב לשלם לו את מה שהוציא.

אם שכר השומר עוזרים לפעולת הצלה שנכשלה, אינו זכאי לשיפוי על השכר ששילם להם. זאת משום שהשומר היה צריך להתנות איתם, שישלם להם שכר רק אם יצליחו להציל, וזה היה מונע מבעל הנכס את ההפסד הכפול – של הנכס ושל ההוצאות. אם לא היה מוצא מי שיסכימו לתנאי זה, היה צריך להימנע בכלל מהוצאת ההוצאות. אם בכל זאת שכר אנשים בלי התנאה, בין אם לא ניסה להתנות כלל, ובין אם ניסה להתנות ולא מצא אנשים שיסכימו, הרי פשע בכך, ואינו זכאי להחזר.

כך אומר החיד"א: "ראובן שכר שמעון להוליך סחורותיו לעיר אחרת, ובדרך אמר לו שיש סכנה מלסטים, ושכר שמעון שומרים שישמרו הסחורות בדרך במקום המסוכן, ובאו לסטים רבים ולקחו הסחורה, ולא יכלו השומרים להציל; ושמעון תבע מראובן לפרוע לו ההוצאות שהוציא לשומרים; וראובן טען, כיוון שלא הצילו הסחורה, אין לו עליו כלום. כתב הרב מהר"ר שמעון קאסטיילץ... דהדין עם ראובן... ואם ישכירם סתם, אין לו על בעל הבית כלום אם לא יצילו, דהוה ליה כמוציא יותר מכדי דמיהם, וכיוון שלא ידע אם שומרים אלו יכולים להציל, פשע שהוציאם על הספק"⁵⁴.

אולם אם הצליחה הפעולה, זכאי השומר לשיפוי גם אם לאחר מכן ניזוק הנכס או אבד עקב אירוע אחר, כך שלמעשה לא נהנה בעל הנכס מן ההצלה⁵⁵.

פרק חמישי

"עקב השמירה"

1. הציל גם נכס שלו

על אף שהחוק מדבר על הוצאות שהוציא השומר "עקב השמירה", סבור פרידמן שהשומר זכאי לפיצוי גם אם פעולתו נעשתה מתוך מניע אחר מלבד הצלת הנכס – כגון שהתכוון גם להציל בכך נכס שלו (של השומר); אלא שבמקרה כזה, מן הראוי שיחלקו ביניהם את ההוצאות בדרך של השתתפות. לדעתו, רק אם גילה בעל הנכס את דעתו שאינו רוצה בפעולה, ובכל זאת עשה השומר את הפעולה מן המניע האחר, אינו זכאי לשיפוי⁵⁶.

⁵⁴ שו"ת חיים שאל, חלק ב, סימן לח, אות צה, ושיורי ברכה, חו"מ, סימן שג. כך כתבו גם מאירי, ב"מ צג ע"ב (עמ' 343), נתיבות המשפט, שג, ס"ק ט, ואור עזרא, קובץ ב, עמ' קמ"קמז.

⁵⁵ כך מוכיח שושנת יעקב, שג, ט, ממהרי"ט (הערה 43), שאומר ששומר זכאי לשיפוי על שתי הצלות גם אם בשתי הפעמים הוציא כדי דמי הנכס; ואילו היינו אומרים שאילו אבד הנכס בפעם השנייה, היה בעל הנכס פטור מלשלם לו על ההצלה הראשונה, הרי הדין היה צריך להיות שלא יקבל שיפוי על ההצלה השנייה, מפני שיש להניח שבעל הנכס היה מעוניין שהנכס יאבד, כדי שלא יצטרך לשלם לו לא על ההצלה הראשונה ולא על השנייה.

⁵⁶ פרידמן שם, פסקה 96. בהערה 36 הוא מביע את דעתו שהדברים אמורים גם אם המניע האחר היה העיקרי, בניגוד לדעתו של א' ברק, חוק השליחות, עמ' 213 (עמ' 690 במהד' תשנ"ו).

דומה לכך היא עמדתו של המשפט העברי, שלפיה יקבל השומר שיפוי על הוצאותיו, גם אם הן נועדו גם לשם הצלת נכס של השומר⁵⁷; אלא שבמקרה זה הוא יקבל רק חצי מן ההוצאות, כיוון שההוצאות שימשו גם להצלת הנכס שלו⁵⁸.

2. היה לשומר עניין בנכס

אם יש לשומר עניין בנכס הנשמר, מאיזו סיבה שהיא, ספק האם ניתן לראות את ההוצאות שהוציא עליו כהוצאות "עקב השמירה". אף על פי כן, נאמר בסעיפנו במפורש, ש"מחזיק משכון או בטוחה אחרת" זכאי לשיפוי על ההוצאות שהוציא לשמירתם – על אף שכאן יש לשומר עניין אישי בקיום הנכס: רצונו שיהיה לו ביטחון שיוכל לגבות את חובו. לפי החוק האנגלי, מי שמחזיק בנכס בתור זכות עיכבון, או שזו בהמה שהזיקה לו, והוא תפס אותה עד שישלם בעליה דמי נזק, אין לו זכות שיפוי על הוצאות השמירה. אך פרידמן מפקפק במידת הצדק שבהפטר החייב (בעל הנכס) מתשלום הוצאות, בעוד שהוא מפגור בתשלום חובו⁵⁹.

פרידמן סבור שעל אף שמוצא אבדה הוא שומר, והוא זכאי להוצאות לפי סעיפנו, הרי אם התכוון לזכות בנכס לעצמו, אינו זכאי לשיפוי, מפני שהוא הוציא את ההוצאות לטובת עצמו, ולא לטובת בעל הנכס⁶⁰.

מקרה אחר של שומר שיש לו עניין אישי בנכס, הוא בשותף השומר על נכסי השותפות. לפי חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, סעיף 32, שותף במקרקעין זכאי לשיפוי משותפיו על הוצאות שהוציא למען הנכס; ולפי חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיף 9(ה), דין זה חל גם על שותף במיטלטלין. בכך הולך החוק בעקבות המשפט העברי, הקובע שגם אם הנכס הנשמר היה נכס של שותפות, כך שחלק ממנו היה שלו, הוא יקבל החזר, מפני שהיה יכול להציל רק את החלק שלו; אבל אם הצלת כל הנכס הייתה נמשכת רק קצת יותר זמן מהצלת חלקו בנכס לבדו, הוא יקבל רק החזר חלקי, באופן יחסי, לפי הזמן שהוצרך להשתוות יותר לצורך הצלת חלקו של שותפו בנכס⁶¹.

⁵⁷ שו"ת הרמ"א, סימן פו, הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, שג, הגהות הטור, אות מז, ובשו"ת פורת יוסף (אלפנדר), חו"מ, סימן לא.

⁵⁸ כך משמע משו"ת הרמ"א שם, שכתב כך על נידונו (שאינו מקרה של שומר המציל, אלא הרמ"א משווה אותו לשומר שהציל).

⁵⁹ פרידמן, שם, פסקה 133. אך הוא כותב שודאי שאין להחמיר על בעל הנכס כאן עד כדי פסיקת שכר ראוי לשומר.

⁶⁰ פרידמן, שם, פסקה 124.

⁶¹ שו"ת שב יעקב, חו"מ, סימן כג. הוא כותב כך לגבי שומר חנינם שהציל משריפה, ונשרף נכס שלו, שלדעתו הוא זכאי לשיפוי – ראה פרק ג, 2. דוגמה אחרת לשומר שיש לו אינטרס בנכס, היא של שוכר; אבל בעניינו יש דיון רחב השייך לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971, סעיף 9(א).

סיום השמירה

11. שומר הזכאי להחזיר את הנכס לבעלו ועשה את המוטל עליו כדי להחזירו, אלא שבעל הנכס לא קיבלהו, רשאי לבקש מבית המשפט הוראות מה יעשה בנכס ויהא פטור מכל אחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט; ואם היה שומר שכר או שואל, תהא אחריותו לאבדן הנכס או לנזקן וזכותו לשיפוי כשל שומר חנם, אף בלי שיבקש הוראות מבית המשפט.

בעל נכס שלא
קיבלהו בחזרה

התוכן

פרק ראשון: כללי 493

פרק שני: החזרת הנכס נגד רצון בעליו 494

1. כללי 494

2. נתינה בעל כרחו – הדין היסודי 495

3. זמן החזרת הנכס כמשפיע על זכות ההחזרה נגד רצון בעליו 496

(א) החזרה לאחר הזמן שנקבע 496

(ב) החזרה תוך זמנו – בשומר חנם 496

(ג) החזרה תוך זמנו – בשומרים אחרים 499

(ד) החזרת פיקדון שאין לו זמן קבוע 501

4. מקום החזרת הנכס ונסיבותיה כמשפיעים על זכות ההחזרה נגד רצון

בעליו 501

(א) כללי 501

(ב) מקום שנשקפת בו סכנה מיידית וגלויה לנכס 502

(ג) מצב שקיימת סכנה שאינה נראית לעין 504

(ד) החזרה ביישוב אחר 504

פרק שלישי: אופן החזרת הנכס 506

1. כללי 506

2. הנחה על גבי קרקע – אם לא התנגד בעל הנכס לקבל בידו 506

3. הנחה על גבי קרקע – לאחר שהתנגד בעל הנכס לקבל בידו 508

4. החזרה על ידי שליח 509

(א) כללי 509

(ב) אשתו של בעל הנכס ובני ביתו 511

(ג) אדם הנאמן על בעל הנכס 512

(ד) מקרים גבוליים במינוי שליח 513

5. החזרה בלי ידיעת בעל הנכס 514

פרק רביעי: "כלתה שמירתו" – סיום השמירה בלי החזרת הנכס

בפועל 515

1. כללי 515

2. הגיע מועד סיום השמירה 516

3. הודעה לבעל הנכס על סיום השמירה 517

(א) דין המשנה – באומן 517

(ב) בשאר סוגי השומרים 518

(ג) דרכים שונות של הודעה 519

(ד) מצבים שהודעה אינה פוטרת 520

(ה) קבעו פגישה להחזרת הנכס ונתבטלה 521

4. שומר שגמר את טיפולו בנכס ולא הודיע לבעליו 522

5. סיום השמירה על ידי נזק שקורה לנכס 523

(א) נגנב הנכס והחזירו הגנב לבית השומר 523

(ב) נמצא הגנב ואפשר לתבעו לדין 525

(ג) אחריות השומר על שאריות הנכס 527

פרק חמישי: סיום השמירה על ידי פנייה לבית המשפט 528

1. מסירת הנכס לבית המשפט 528

2. פעולת השומר על פי הוראת בית המשפט 531

פרק שישי: חיובי שומר כשהנכס ברשות בעל הנכס 532

1. נזק שאירע עקב פגיעה שהתחילה כשהנכס היה ברשות השומר 532

2. הפקיד השומר אצל בעל הנכס 534

3. חידוש השמירה אחרי סיומה 536

פרק שביעי: חובת ההחזרה 536

כללי

בסעיף שלפנינו מונחים היסודות הבאים:

(א) אין בכוחו של השומר להכריח את בעל הנכס לקבל את הפיקדון, גם אם על פי המוסכם בין הצדדים השומר "זכאי להחזיר את הנכס".

(ב) מאחר שניסה השומר להחזיר את הנכס, ורק התנגדותו של בעל הנכס¹ מנעה זאת ממנו, מיד פוקעים חיובי שומר שכר ושואל ואחריותו של השומר תהא כשל שומר חינוס. קביעה זאת ניתן לחלקה לשלושה חלקים: (א) חיובי שומר שכר ושואל מעוגנים בהסכמת השומר להיות שומר שכר או שואל, עם כל המתחייב מכך. שומר הפועל, בהתאם לתנאי ההסכם, לבטל את שמירתו, מסלק בכך את החיובים האלה. גם אם נהנה השומר מהחזקת הנכס אחרי שביקש להחזירו, אינו נחשב שומר שכר בשל כך, שהרי חסרה הסכמתו, אלא הוא שומר חינוס². (ב) חיוב שומר חינוס הוא לאבדן הנכס או נזקו הנגרם עקב רשלנותו. על רשלנות חייב השומר כל זמן שהנכס ברשותו, אף שבנסיונו להחזיר את הנכס ביטל את הסכמתו להמשך שמירתו, שהרי לפי סעיף 1(א), חיוב שומר תלוי בהחזקתו את הנכס, ואין צורך בהסכמתו לשמור. (ג) סיום זמן הפיקדון לפי הסכם הצדדים, כשלעצמו, אינו מפקיע את אחריות השומר – שהרי לא נזכרה הפקעה כזאת בחוק.

(ג) הפיתרון המשפטי לשומר שנמנע ממנו לסיים את שמירתו ואת אחריותו הוא – פנייתו לבית משפט. ביצוע הוראות בית המשפט בתום לב משחרר את השומר מחיובי השמירה שנשארו בעינם לאחר שלא הצליח להחזיר את הנכס, והכוונה היא שאז יופטר אף מנזק שייגרם עקב רשלנותו.

טדסקי מרחיב את הוראת החוק על שומר שניסה "להחזיר" את הנכס, למי ששומר את הנכס עבור אדם שמעולם לא היה הנכס בידיו, כגון שמכר את הנכס והקונה בושש לבוא לקחתו – אם המוכר עשה את המוטל עליו למסרו לקונה, והקונה לא קיבל אותו, חלה על המוכר הוראת סעיפנו³. עוד הוא מרחיב את המובן של "עשה את המוטל עליו להחזיר", למקרה שהשומר אינו יודע מי בעל הנכס או מה מענו, ופרסם מודעה בדבר⁴.

¹ לפי ההגדרה הניתנת בסעיף 13, "בעל נכס" המוזכר בחוק השומרים הוא כל מי שהשומר מחזיק את הנכס בעבורו. מכאן מתעוררת שאלה, מה דינו של שומר נכס של שותפים (או נכס שיש לאנשים אחדים אינטרס בו – ראה סעיף 13, פרק א, שכולם נחשבים "בעל נכס" לעניין חוק השומרים, גם אם אין להם בעלות חוקית בנכס), שניסה להחזירו לאחד מבעלי הנכס, והלה סירב, ולא ניסה להחזירו לשני – האם תרד רמת אחריותו לשל שומר חינוס, והאם יהיה רשאי לפנות לבית משפט לקבל הנחיות לפעולה?

² נקודה אחרונה זו קבע ג' טדסקי, "השומר על פי דין", משפטים ח (תשל"ח) 439.

³ שם, עמ' 441.

⁴ שם, עמ' 442. כמו כן, ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, פסקה 125, הערה 118, כתב שהוראת סעיף 11 חלה על בעל נכס שהבטיח לקחת את הנכס בתאריך מסוים, ולא בא, והשומר אינו מצליח להשיג את בעל הנכס כדי לבקשו לקחתו. פרידמן לא נקט שהשומר פירסם מודעה.

לעומת הדברים האלה שנקבעו בחוק, נשאו דברים אחדים שלא הוגדרו ולא נקבעו בחוק: (א) מה הדין אם החזיר השומר את הנכס לבעליו נגד רצונו? מן החוק נראה שאינו זכאי לעשות כן, אבל לא נקבע מה הדין אם הכניס בדיעבד את הנכס לרשותו של בעל הנכס בלי הסכמתו? אולי נאמר, שמאחר שהנכס הוחזר, והוא נמצא עכשיו ברשות בעליו, מופטר השומר מאחריותו, אף שפעל בדרך חריגה; או שמא נאמר שאין ההחזרה פוטרת את השומר מאחריותו עד שתבוצע החזרה זו בהסכמת בעל הנכס, כפי שמחייב החוק. אפשר ללמוד מניסוח החוק, שרק פנייה לבית המשפט וביצוע הוראותיו מסלקים את אחריות השומר, כאשר בעל הנכס מסרב לקבל את הנכס, ואין לשומר דרך אחרת להיפטר מאחריותו בלי הסכמת בעל הנכס. (ב) מה הן הדרכים המקובלות לפי החוק להחזרת פיקדון? מלשון החוק: "ועשה את המוטל עליו כדי להחזירו", אפשר אולי להבין שדרכי החזרה תיקבענה על פי הסכם בין הצדדים. אך אין החוק קובע מה נחשב "החזרה" בהיעדר הסכם מפורש על כך. (ג) אין החוק קובע קווי יסוד לפעילותו של בית המשפט. נראה מהחוק שבית המשפט מוסמך לפעול על פי שיקול דעתו ולהורות לשומר לבצע כל פעולה הנראית לו (לבית המשפט). כמו כן, אין החוק קובע מה תפקידו של בית המשפט, אם נמנעת החזרת הפיקדון מסיבות התלויות בבעל הנכס, חוץ מסיורו. כדי לאפשר למלא לאקונות אלה, נברר את עמדת המשפט העברי בתחומים הללו: (א) מה דינו של שומר המנסה להחזיר את הנכס, ובעליו מסרב לקבלו? האם זכאי השומר להכריח את בעל הנכס לקבל אותו לידיו? האם יש לו דרכים להיפטר מאחריותו גם בלי החזרת הנכס? בשאלות אלה, נעסוק בפרק ב. (ב) כיצד מוגדרת "החזרת הנכס"? בשאלה זו, נעסוק בפרק ג. (ג) האם יש אפשרות שהשומר יופטר גם בלי החזרה בפועל? בכך נעסוק בפרק ד. (ד) מה תפקידו של בית המשפט, כאשר החזרת הנכס נמנעת מסיבות התלויות בבעליו? בכך נעסוק בפרק ה. בנוסף, נעסוק בפרק ו בחיובי שומר לאחר החזרה; ובפרק ז נעסוק בחיוב השומר להחזיר את הנכס, לאחר כל הדין בזכות השומר להחזיר.

פרק שני

החזרת הנכס נגד רצון בעליו

1. כללי

השאלה המתעוררת בהחזרת הנכס נגד רצון בעל הנכס היא, האם על ידי החזרה זו מסיים השומר את חיובי השמירה שלו, או שמא אין חיוביו מסתיימים עד שתהיה החזרה בהסכמת בעל הנכס?

כפי שצינו לעיל, אין חוק הכנסת דן במפורש בשאלת התוקף של "נתינה בעל כרחו", אבל מלשון הסעיף שלפנינו משמע שאין לה שום תוקף, ועדיין מוטלת על השומר אחריות כשומר חנינם.

שאלת אחריותו של השומר לאחר "נתינה בעל כרחו" נידונה ביתר הרחבה במקורות

המשפט העברי. עקרונית, המשפט העברי מכיר בזכותו של השומר לסלק את חיוב אחריותו על ידי נתינה בעל כרחו. אך אין החזרה זו טובה בכל המקרים. זכותו של שומר להחזיר את הנכס בלי הסכמת בעליו תלויה בגורמים אחדים: א) אם השומר מנסה להחזיר לפני תום זמן הפיקדון או לאחריו; ב) סוג השומר; ג) מקום ההשבה – מקום שמור או מקום מסוכן.

2. נתינה בעל כרחו – הדין היסודי

השולחן ערוך פסק, שאם שומר רוצה להחזיר את הנכס לבעליו, הוא חייב לקבלו, אף בעל כרחו, ועל ידי החזרה זו מופטר השומר מכל חיוב ואחריות לגבי הנכס.⁵ הראשונים הסבירו, שאף על פי שבתחומים אחרים יש שאלה האם נתינה בעל כרחו נחשבת נתינה או לא, הרי זה רק כשהמקבל מפסיד דבר שהוא שלו על ידי נתינה זו, מפני שאז יש מקום לומר שאין לגרום לו להפסיד אלא בהסכמתו. לעומת זאת, בהחזרת פיקדון, מחזירים לבעל הנכס את רכושו, והוא אינו מפסיד בכך כלום. לכן אין צורך בהסכמת בעל הנכס כדי שנתנה זאת תחשב נתינה כשרה.⁶ ברם, עדיין שומה עלינו להבהיר מדוע בהשבת פיקדון אין בעל הנכס מפסיד כלום. אילו עסקנו רק בשאלת זכות השומר להכניס את רכושו בעל הנכס לרשותו של בעל הנכס, היה טיעון זה מתקבל על הדעת. אך בנתינה בעל כרחו אנו מעוניינים גם – ובעיקר – בשאלת יכלתו של השומר להסתלק מחיוביו על ידי נתינה זו. לגבי הסתלקות השומר מחיוביו, קשה לומר שאין הפסד לבעל הנכס, שהרי כל זמן שלא החזיר השומר את הפיקדון, נהנה בעל הנכס ממצב שהשומר אחראי לרכוש בעל הנכס. על ידי נתינתו, מבקש השומר ליטול מבעל הנכס את ההנאה שהוא נהנה מזה שאדם אחר אחראי על רכושו, ועל כן אין זה מובן מאליו שנתנה כזו תהיה תקפה אם היא נעשתה בלי הסכמת בעל הנכס.⁷ ההסבר טמון בהגדרת ה"הפסד" שבגיננו יכול המקבל למנוע את ביצועה של נתינה בעל כרחו. המשפט העברי מכיר בזכותו של המקבל למנוע נתינה בעל כרחו אם "הפסיד בכך המקבל מה שהוא שלו".⁸ חיוביו ואחריותו של שומר אינם נחשבים דברים השייכים לבעל הנכס, אלא הם בגדר התחייבות של השומר כלפי בעל הנכס. מאחר שהשומר "זכאי להחזיר את הנכס לבעליו", אין בסיום התחייבות זו משום הפסד בעל הנכס, שהרי אין שום חובה על השומר להתמיד בהתחייבות זו.

הבהרנו שנתנה בעל כרחו נחשבת נתינה במקרה שהשומר רשאי להחזיר את הנכס. עוד שומה עלינו לברר מתי אכן רשאי השומר להחזיר את הנכס, ומה דינה של נתינה בעל כרחו כאשר אינו רשאי להחזירו. זכותו של השומר להחזיר את הנכס מושפעת מהגורמים הבאים: א) אופי חיובו (שומר חנם, שומר שכר, שואל); ב) זמן החזרה (לפני תום זמן הפיקדון או אחריו); ג) נסיבות החזרה (מקומה, אופן ביצועה, ועוד). נדון בכך בפסקאות 3-4.

⁵ שו"ע, חו"מ, רצג, א.

⁶ הבחנה עקרונית זו מקורה בחידושי הרשב"א, גיטין עה ע"א (ד"ה מכלל), שהתייחס ללווה ולא לשומר. ⁷ לגבי לווה, הסביר בספר התרומות, שער ל, חלק ב (בעניין אחר), שחזקה על מלווה שהוא תמיד מעדיף שהכסף יעמוד ברשותו, למרות שאחריות כספו מוטלת עליו. אך תירוץ זה כוחו יפה רק לגבי הלוואה, שהרי בהלוואה המשכה הוא לטובת הלווה, ואילו בפיקדון, המשכו הוא לטובת בעל הנכס, ואין תירוץ של ספר התרומות מסייענו כאן.

⁸ לשון הרשב"א שם. השווה לשון רא"ש, גיטין, פרק ו, סימן ז: "וחברו יש לו זכות בדבר אחר כנגדו"; ולשון חידושי רבנו קרשקש, גיטין עד ע"ב: "...אין לבעל לזכות כלום... שהוא לא היה קנוי אלא שיש לאשה שעבוד עליו בלבד".

3. זמן החזרת הנכס כמשפיע על זכות ההחזרה נגד רצון בעליו

(א) החזרה לאחר הזמן שנקבע

אם קבעו בעל הנכס והשומר את משך זמן השמירה, והשומר מבקש להחזיר את הנכס לאחר תום הזמן, ברור שאז השומר זכאי להחזיר את הנכס, ואף נתינה בעל כרחו של בעל הנכס תהא נתינה כשרה ותפטור אותו מחיובי שמירתו.⁹

(ב) החזרה תוך זמנו בשומר חנם

אם קבעו הצדדים את משך זמן השמירה, והשומר מבקש להחזיר את הנכס לפני תום הזמן, נחלקו הפוסקים בשאלה האם השומר זכאי להחזיר את הנכס בעל כרחו של בעל הנכס, ולהיפטר בכך מאחריות שומר. לגבי שאלה זו יש להבחין בין סוגי שומר שונים. נפתח את דיוננו בשומר חנם.

הראב"ד פסק שאין שומר חנם רשאי לחזור בו בתוך זמנו מהתחייבותו לשמור, ואם החזיר את הנכס בתוך זמנו נגד רצון בעל הנכס, אין זה פוטר אותו מאחריות שומר.¹⁰

נימוקו הוא, שקביעת משך השמירה נועדה לתועלת בעל הנכס, ולכן נתחייב השומר לשמור כל הזמן הזה.¹¹ הראב"ד מסתמך על עיקרון כללי, שמי שמתחייב לעשות דבר לטובת חברו במשך זמן מוסכם, חייב לעמוד בדיבורו, ואסור לו להרע לחברו על ידי חזרה חד צדדית מהתחייבותו לפני סיום התקופה המוסכמת. בשומר חנם, קביעת הזמן היא לטובת בעל הנכס, שהרי השומר מתחייב, במשך הזמן הזה, לשמור על הנכס ולהיות אחראי לאבדן הנכס או נזקו הנגרמים על ידי רשלנותו, ואין השומר מקבל תמורה עבור שרות זה.¹² מכאן נובעת שיטת הראב"ד, שאין השומר זכאי לחזור בו מהתחייבותו כשומר חנם עד סוף הזמן, שהרי חזרה זו תגרע מטובת בעל הנכס שהוענקה לבעל הנכס על ידי התחייבותו של השומר.

מניעת השומר מהחזרת הנכס אמורה דווקא במקום שהשומר מתכוון להיפטר מאחריותו כשומר על ידי החזרת הנכס. אולם אם השומר מוכן להחזיר את הנכס ולהישאר אחראי עליו גם לאחר החזרתו, הרי אין בעל הנכס מפסיד על ידי אותה החזרה, ולכן חל הדין של "נתינה בעל כרחו – שמה נתינה".¹³

אולם הרשב"א¹⁴ חולק על הראב"ד, בטענה שיש להתייחס אל השומר כמו אל כל פועל אחר שהתחייב לעבוד לתקופה מסוימת. לגבי פועל שכיר, הרוצה לחזור בו באמצע זמן

⁹ חידושי רבנו קרשקש, גיטין עד ע"ב. כך משתמע מדברי שו"ע, חו"מ, רצג, א: "ואם הפקידו אצלו לזמן ידוע, אינו יכול להכריחו לקבלו ממנו תוך הזמן" – הוה אומר, שלאחר הזמן יכול השומר להכריחו לקבלו ממנו.

¹⁰ הראב"ד, הובא בחידושי הרמב"ן, קידושין יג ע"א וב"מ מט ע"ב (בב"מ בשם "איכא מרבנן"), בחידושי הריטב"א, קידושין יב ע"ב, במאירי, קידושין יב ע"ב, ד"ה ממה (בשם "יש מפרשים"), בספר התרומות, שער נ, חלק א, אות ד, ובדבר משה (רוזמין), ב"ק קח ע"ב, סימן תד.*

¹¹ סמ"ע, רצג, ס"ק ד; משנה למלך, הלכות שאילה, ז, יא; שלטי הגיבורים, ב"ק מד ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן פב.*

¹² על פי אותו עיקרון נפסק, בכיוון ההפוך, שבעל הנכס יכול לחזור בו ולתבוע את הנכס אף בתוך הזמן, כיוון שהזמן נקבע לטובתו. ראה על כך בפרק ז.

¹³ הסמ"ע כתב כך לגבי החזרה במדבר (ראה ליד ציון הערה 44), והדעת נותנת שהוא הדין גם לענינו. אך ראה במילואים להערה 19, שאמנם הדבר כך לפי הסבר קצות החושן, אבל לא לפי הסבר נחל יצחק.

¹⁴ חידושי הרשב"א, קידושין יג ע"א (ד"ה סברא). הוא כותב שהוא מסופק בזה. לפי אבן האזל, הלכות שאילה, ז, יא, זו גם דעת חידושי הרמב"ן, קידושין שם.*

מלאכתו, קובע התלמוד¹⁵: "פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום... דכתיב¹⁶: 'כי לי בני ישראל עבדים' – עבדי הם, ולא עבדים לעבדים".

אף שקביעת הזמן של עבודת הפועל היא לטובת המעסיק לא פחות מאשר לטובת הפועל, אוסר המשפט העברי לשעבד את הפועל למלאכתו ולמנוע ממנו לחזור בו, מפני ששעבוד כזה יחשב לעבדות. ובכך, שואל הרשב"א: "למה לא יוכל [שומר חינוס] לחזור תוך הזמן – מי [=וכי] עדיף שומר חינוס מפועל שחוזר בחצי היום?" מכאן מסיק הרשב"א שאין לשעבד שומר לחיוב שמירתו בעל כרחו. כמו שכל אדם בן חורין זכאי לחזור בו מביצוע מלאכה שנטל על עצמו, אף שבזה הוא פוגע ב"טובה" שהעניק לזולת בהתחייבותו זו, כך גם לשומר יש זכות לחזור בו משמירתו בתוך הזמן שנקבע לשמירה.

חכמים טרחו להסביר, מדוע לפי דעתו של הראב"ד, הדין של "פועל חוזר בחצי היום" אינו חל על שומר. הועלו שני כיווני מחשבה:

(א) קצות החושן מציע להסביר את דברי הראב"ד על סמך עיקרון חשוב שהוא מניח בדיני שומרים. שומר מתחייב לשני דברים: (א) שמירת הנכס, (ב) חובת פיצויים על אבדן הנכס או נזקו. שמירת הנכס היא בגדר פעולה שהשומר מתחייב לבצע, ולגבי פעולה זו אכן חל הדין של פועל: רשאי השומר להודיע לבעל הנכס, אף תוך זמנו, שהוא מפסיק לשמור על הנכס. אך חיוב הפיצויים הוא בגדר שעבוד ממוך, ולגביו לא חלה זכות חזרת פועל. אין השומר זכאי להפקיע באופן חד צדדי את חיובו לפצות את בעל הנכס עבור נזקו ואבדנו. יוצא אפוא, ששומר זכאי להודיע לבעל הנכס על הפסקת שמירתו, אך גם אם הודיע, הוא נשאר אחראי לפצות את בעל הנכס על אבדן הנכס או על נזקו¹⁷.

אם נרצה לחזור לשיטת הרשב"א, ולהבין מדוע בכל זאת הוא פטר שומר על פי השוואה לפועל, נאמר כך: הסברו של קצות החושן מושתת על ההנחה שחובת הפיצויים של השומר נמשכת אף לאחר שחובת שמירת הנכס כבר פקעה, משום שהם שני חיובים עצמאיים. אך הרשב"א סבור, שחיוב התשלומין הוא תולדה מחיוב השמירה, שמאחר שמוטל עליו לשמור, הוא חייב לשלם על שלא שמר. לכן מן הרגע שמסיים השומר את חיוב שמירתו על ידי חזרתו, מסתיימת ממילא חובת הפיצויים שלו, ואינו חייב לשלם אם לא שמר¹⁸.

(ב) הסבר בכיוון שונה לחלוטין מציע ערוך השולחן¹⁹: לדעת הראב"ד, שומר אינו דומה

¹⁵ ב"מ י ע"א.

¹⁶ ויקרא כה, נה.

¹⁷ קצות החושן, סימן עד, ס"ק א (הובא בשושנת יעקב, סימן רצג, א, ס"ק א, וסימן שא, ס"ק א, באמרי בינה, קונטרס בדיני קניינים, סימן ח [ד"ה ולענ"ד], בשו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צו, אות ז, בנר יצחק, סימן טו, בעמק הלכה, באבוב, תשנ"ב, עמ' שעט, ובאבן ישראל, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ד, וסימן רצג, ס"ק ב (הובא במנחת חינוך, מצווה נו, דף פד ע"ב, ומצווה נט, דף פה ע"ג).

¹⁸ קובץ שיעורים, קידושין, סימן צב; רמ"צ ברלין, "בדין חיוב תשלומין בשומרים", שערי תורה ג (אדר תש"ך), עמ' יב; ברכת אברהם, קידושין יג ע"א. על השאלה הכללית של היחס בין חיוב השמירה לחיוב התשלומין, ראה סעיף 1(א), ליד ציוני הערות 4-5.

¹⁹ ערוך השולחן, חו"מ, רצא, יט. כך הסבירו גם: הרב הרצוג, The Main Institutions of Jewish Law, חלק א, עמ' 190-191 (בקיזור); מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יח וסימן לח (שאינו כפועל מפני שאין עליו חיוב לשמור כל הזמן ודי שישים במקום שמור) (הובא בשו"ת מהרא"ש, היילפרין, סימן א, אות ז); תומים, עד, ס"ק ו; נחל יצחק, עד, ס"ק ב; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן עד וסימן עט (שהביא את מחנה אפרים); עולת שמואל (לובצר), חלק א, סימן נד. ראה להלן פסקה ג), בנפקות מהסבר זה לעניין שומר שכר.

לפועל, מפני שהוא אינו עושה מעשה, ואין זה בגדר "עבד". הרי עקרונית גם בפועל הרוצה לחזור תוך זמנו, קיימת בעייה שהוא מרע לחברו באופן חד צדדי. התרנו זאת רק משום שקביעה שאין הפועל רשאי לחזור בו מהתחייבותו למלאכה, תפגע בתורתו הבסיסית. טענת ערוך השולחן היא, ששמירת נכס, אף אם היא כרוכה בפעולות מסוימות, באופן בסיסי היא מתבצעת בלי פעילות מצד השומר. מאחר שאין משימת השמירה דורשת פעילות נמרצת ומתמדת מצד השומר, לא תהיה בה משום "עבדות" גם אם לא נאפשר לו לחזור בו תוך זמנו. לכן העיקרון של "כי לי בני ישראל עבדים, ולא עבדים לעבדים" אינו חל לגבי שומר, וממילא אין הדין של "פועל חוזר בו בחצי היום" תופס לגביו.

גישה זו שונה מגישת קצות החושן בזה שאין ערוך השולחן מפריד בין חובת השמירה ובין חובת הפיצויים, כפי שהפריד קצות החושן. לפי ערוך השולחן, אין השומר יכול לחזור בו לא מחובת שמירתו ולא מחובת הפיצויים. מצד שני, ערוך השולחן מוצא הבדל עקרוני בין מלאכת שמירה ובין המלאכות הכלולות בדיני שכירות פועלים, שחלה לגביהן זכות פועל לחזור בו תוך זמנו. לפי הבנת קצות החושן, אין שום הבדל בין מלאכת שמירה לבין מלאכות אחרות של פועלים, ושומר זכאי לחזור בו מפעולת שמירתו כמו כל פועל שכיר.

ההלכה נפסקה בשולחן ערוך²⁰ כדעת הראב"ד.

גם לפי דעת הרשב"א, אם עשה השומר קניין על השמירה, אינו יכול לחזור בו תוך זמנו²¹, שכן גם פועל שעשה קניין אינו יכול לחזור בו תוך הזמן שנקבע²².

מצד שני, גם לפי דעת הראב"ד והשולחן ערוך, ששומר אינו יכול לחזור בו תוך הזמן, הרי אם בשעת ההפקדה לא ידע השומר שבעל הנכס עתיד לצאת לחו"ל, ורק אחרי ההפקדה הודיע שהוא רוצה לצאת לחו"ל, יכול השומר להחזיר לו את הנכס, מפני שעכשו, שבעל הנכס בחו"ל, נתחייב השומר לשטחו ולנערו²³, ואילו הוא קיבל על עצמו רק שמירה בלי חובת שטיחה וניעור²⁴.

חריג נוסף הוא, שאם השומר צריך לצאת לדרך או לים, הוא יכול להכריח את בעל הנכס לקבל ממנו את הנכס, אפילו תוך הזמן, כמו ששומר שצריך לצאת לדרך או לים יכול למסור את הנכס לבית דין, אם בעל הנכס אינו מצוי במקומו²⁵, כפי שנראה בפרק ה.

מקרה מיוחד הוא אם השומר קיבל על עצמו לשמור את הנכס לעולם. לפי דעת הראב"ד והשולחן ערוך, התחייבותו תופסת, ולא יוכל לחזור בו לעולם בלי הסכמת בעל הנכס²⁶.

²⁰ שו"ע, חו"מ, רצג, א (הובא בשו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן יג, בספר מבית מאיר, חלק ב, עמ' קטז, בשו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צה, אות יג, וסימן צו, אות כד, ובספר משה ידבר, על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, יג, ח, דף פה ע"ג).

²¹ שושנת יעקב, שא, ס"ק א; ישועות יעקב, או"ח, שו, אחרי ס"ק ג, ד"ה ומעשה (גם בשומר שכר). הם לא התייחסו בפירוש לדעת הרשב"א על תוך הזמן, אלא כתבו בסתם ששומר שעשה קניין אינו יכול לחזור בו; אך נראה שזה שייך לכאן, שהרי התייחסו להשוואת שומר לפועל.

²² בית יוסף, חו"מ, שלג, א, בשם תשובת הריטב"א. אך דין זה שנוי במחלוקת – עיין ש"ך, חו"מ, שלג, ס"ק יד.

²³ כפי שראינו בסעיף 6, פרק ו, 3.

²⁴ אמרי מהרש"ח, ב"מ כט ע"ב.

²⁵ שושנת יעקב, רצג, א (ס"ק א), בסופו; כובע ישועה, ב"ק קיח ע"א.

²⁶ מאירי הלכה (מאן), חלק א, דף ט ע"ג.

(ג) החזרה בתוך זמנו – בשומרים אחרים

הפסק המקובל על רוב הפוסקים, ששומר חינום אינו יכול לחזור בו תוך זמנו, נקבע על פי שתי הנחות יסוד, כפי שהסברנו למעלה: א) קביעת הזמן היא לטובת בעל הנכס. ב) אין להחיל את הכלל של "פועל חוזר בחצי היום" על חיוב שומר חינום: לפי קצות החושן, משום שאין כלל זה תופס לגבי חיוב פיצויים; לפי ערוך השולחן, משום שאין בשמירה פוטנציאל ל"עבדות".

לגבי חזרת שומרים מסוגים אחרים בתוך תקופת השמירה, נצטרך לבדוק כל אחת משתי ההנחות הללו. נדון לגבי שומר שכר, שואל ושוכר, בשתי שאלות: א) לטובת מי נועדה קביעת הזמן? ב) האם חל לגבי אותו שומר הכלל של "פועל חוזר בחצי היום"?

שומר שכר: קביעת הזמן בשומר שכר היא לטובת השומר, שהרי הוא יקבל שכר עד סוף הזמן, ואם בעל הנכס ירצה לחזור בו תוך זמנו יצטרך לשלם לו שכר כפועל בטל, וזה יותר לתועלת השומר מלתועלת בעל הנכס, שכן בעל הנכס יוכל למצוא הרבה אנשים שישמרו בשכר. לכן שומר השכר יכול לחזור בו תוך זמנו.²⁷

עוד דרך שתוביל למסקנה ששומר שכר יכול לחזור בו היא אם נשווה אותו לפועל, שזכאי לחזור בו אף על פי שהזמן נקבע גם לטובת המעסיק. פוסקים אחדים העלו, שאף אם שומר חינום אינו רשאי לחזור בו תוך זמנו, מכל מקום זכאי שומר שכר לחזור בו תוך זמנו, כמו פועל.²⁸ נימוקה של שיטה זו נעוץ בתפיסה שהובאה למעלה (בשם ערוך השולחן), שאין שומר חינום יכול לחזור תוך זמנו מפני שאין במעשה השמירה דמיון לעבדות. אומרת שיטה זו: זה נכון בשמירת שומר חינום, המסתכמת בהנחת הנכס במקום משתמר ובחוסר רשלנות, שאין בה דמיון לעבדות, ולכן הוא אינו זכאי לחזור בו מהעסקה באופן חד צדדי תוך זמן העסקה. אך שמירת שומר שכר דורשת היצמדות השומר אל הפיקדון ושמירה אקטיבית תמידית, ולכן היא טומנת בחובה פוטנציאל של עבדות, אם לא יאופשר לו לחזור בו תוך זמנו.²⁹

ניתן לנמק שיטה זו גם לפי הלך מחשבתו של קצות החושן, שחובת הפיצויים של השומר ממשיכה גם אחרי שסיים השומר את חובתו לשמור את הנכס. הבנה זו הולמת את מצבו של שומר חינום, שאינו מקבל תמורה עבור שמירתו, ולכן יש לראות את חובותיו הקשורות

²⁷ עולת שמואל (לובצר), חלק א, סימן נד. אולם נראה שהפוסקים, שנביא בהמשך, שאמרו ששומר שכר אינו יכול לחזור בו תוך זמנו, צריכים לסבור שהזמן נקבע לטובת שניהם, משום שגם בעל הנכס נהנה משמירתו (אפשר לטעון שזו תהיה טרחה בשבילו לחפש שומר אחר), ובמקום שהזמן נקבע לטובת שני הצדדים, אף אחד מהם אינו יכול לחזור בו (עיקרון שהוזכר באופן כללי בשו"ת זקן אהרן, וולקין, חלק א, סימן קיג). ראה בעניין זה במילואים להערה 271, בדיון שבעל הנכס אינו זכאי לדרשו משומר השכר תוך הזמן.

²⁸ תומים, עד, ס"ק ו (ובקיצור, בס"ק ז); מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יח, ובחידושו על הרמב"ם, הלכות שאילה, ז, יא (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן עד וסימן עט, בספר מבית מאיר, חלק ב, עמ' קכז, בשו"ת מהרא"ש, היילפרין, סימן א, אות ז, בחלקת יואב, מהדורא קמא, חו"מ, סימן יב, בשו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן כב, אות א ואות ג, בישועות יעקב, או"ח, שו, אחרי ס"ק ג, ד"ה והנה עלה, בשו"ת פני מבין, פריד, או"ח, סימן קס, בדברי חיים, דיני שומרים, סימן ט, בחקל יצחק, עמ' רנד, בכובע ישועה, ב"ק קיח ע"א, בספר משה ידבר, על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, יג, ח, דף פה ע"ג, ועל ידי ר"י סגל, נועם כ, תשל"ח, עמ' קכז); עולת שמואל שם; ערך ש"י, חו"מ, שה, ד, בדעת הסמ"ע (ראה בשמו בסעיף 14, במילואים להערה 18); שושנת יעקב, שה, ס"ק א.

²⁹ מחנה אפרים שם; תומים שם (בקיצור, שמוטלת עליו שמירה מעולה); אור שמח, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, א (הובא בבאר המלך, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, י, דף לט ע"ג); שואל ומשיב שם (שמוטלת על גופו חובת שמירה); עולת שמואל שם.

לשמירתו בגדר התחייבות מצידו. כאן יש מקום לטעון, כדברי קצות החושן, שהתחייבות השומר לפצות את בעל הנכס עבור נזקים הנגרמים לנכס, היא התחייבות עצמאית, ואינה פועל יוצא מהתחייבותו לשמור את הנכס. המצב שונה בשומר שכו, שאין חיוביו התחייבות גרידא, אלא סעיף בתוך עסקה דו צדדית, שסעיפיה העיקריים קובעים שעבור תמורה הולמת, מתחייב השומר לשמור את הנכס שמירה מעולה ומקצועית. חובת הפיצויים המוגברת של שומר שכו היא מעין סעיף משנה הנובע מחובת שמירתו המוגברת, ואינה התחייבות נפרדת ועצמאית, בשונה מחובת הפיצויים של שומר חינוס. אם כן, ברגע ששומר שכו חוזר בו ומופטר בזה מחובת שמירתו, הוא מופטר ממילא גם מחובת הפיצויים שלו, שלא כשומר חינוס³⁰.

אולם פוסקים רבים סבורים שגם שומר שכו אינו יכול לחזור בו בתוך הזמן³¹. על ההבחנה דלעיל בין שומר חינוס ושומר שכו, ששומר שכו דומה לפועל משום שיש בשמירתו יותר טרחה, משיב ערוך השולחן, שאם נתחיל להבחין בין שמירה שדומה לעבדות לשמירה שאינה דומה לעבדות, נצטרך לומר שגם שומר חינוס יוכל לחזור בו אם יש בשמירתו טורח מיוחד, כגון בשמירת בהמה בשדה; ואין לדבר סוף. אלא לפי דעתו, יש לקבוע, שמעצם טיבה, שמירה אינה פעולה שיש בה פוטנציאל להפוך לעבדות, בין בשמירה הדורשת יותר מאמץ ובין בשמירה הדורשת פחות מאמץ³².

שואל: נפסק, שאף אם שומר חינוס ושומר שכו אינם יכולים לחזור בהם תוך הזמן, שונה מהם השואל, והוא זכאי לחזור תוך זמנו. זאת מפני שהזמן נקבע רק לתועלתו, שיוכל להשתמש בנכס כל הזמן הזה בלי שיוכל המשאל לדרוש ממנו את הנכס חזרה, והרי הכלל הוא שמי שהזמן נקבע לטובתו רשאי לוותר על הטובה הזאת על ידי חזרה תוך זמנו³³. מאחר שזכות חזרתו של שואל מבוססת על כך שהזמן נקבע לטובתו, אין צורך לדון האם לדמות שואל לפועל, שיכול לחזור בו תוך זמנו³⁴.

שוכר: שאלת זכותו של שוכר לחזור בו תלויה בשאלה לטובת מי פועלת קביעת הזמן של שכירות. בפשטות, קביעת הזמן של שכירות היא לטובת שני הצדדים. השוכר מרוויח את זכות השימוש בנכס, והמשכיר מרוויח את דמי השכירות שנקבעו בהתאם לזמן השכירות; והרי

³⁰ דברי ר' אהרן ליכטנשטיין. תשובה על כך, ראה במילואים להערה 32.

³¹ נחל יצחק, עד, ס"ק ב; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, יט; שו"ת זכרון צבי מנחם, סימן א (ב ע"א); מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יח, בדעת חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פא ע"א. רוב הפוסקים (שנזכרו בהערה 10 ובהערה 20) לא הבחינו בין שומר חינוס ושומר שכו, ועל כן נראה שלדעתם גם שומר שכו אינו יכול לחזור בו תוך זמנו*.

³² ערוך השולחן, חו"מ, רצא, יט*.

³³ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פא ע"א (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן עד); חידושי הר"ן, ב"מ צט ע"א; נימוקי יוסף, ב"מ נו ע"א, בדפי הרי"ף (מפני שיעקר השאלה היא לצרכו); מצוות המלך, מצווה ס, במשנה הלכות; מנחת חינוך, מצווה ס (דף פו ע"ב); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן עט; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, יט; חזון איש, ב"ק, סימן כג, ס"ק כז; שושנת יעקב, שא, ס"ק א; שו"ת דברי מלכיאל, חלק ו, סימן נד (מפני שיעקר השאלה היא לטובתו, שישתמש, וממילא יש חיוב שמירה); ר"ח הייבלום, עמק הלכה (כאבוב, תשנ"ב), עמ' שעט, בדעת שולחן ערוך; אמירה נעימה תניינא, חלק א, מאמר ק*.

³⁴ שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן עט, דן בתחילה האם שואל נקרא פועל, ובמסקנתו פוסק על פי הנימוק שהזמן נקבע לטובתו. אבל אפשר שתהיה נפקות בשומר חינוס שהתנה להיות כשואל – ראה במילואים להערה 33 בשם שושנת יעקב.

כאשר קביעות הזמן פועלת לטובת שני הצדדים, אף אחד מהם אינו זכאי להרע לחברו על ידי חזרה חד צדדית מהעסקה.

אף על פי כן, פסק ערוך השולחן, שאם משלם השוכר את דמי השכירות לכל התקופה, הוא יכול לחזור בו תוך הזמן, משום שהזמן נקבע לטובתו.³⁵ לדעתו, הטובה הצומחת למשכיר מקביעת הזמן היא השפעת משך זמן השכירות על גובה דמי השכירות. לכן אם השוכר מוכן לשלם את דמי השכירות במלואם, המשך החזקת הנכס עד סוף הזמן אינו אלא לטובת השוכר, ולכן הוא זכאי לוותר על הטובה הזאת באופן חד צדדי, היינו להחזיר את הנכס תוך זמן השכירות, אף אם אין המשכיר מסכים לכך.

אולם ערוך השולחן מעיר שיש מקרים של שאילה ושכירות, שבהם הזמן אכן פועל לטובת שני הצדדים, ובהם הוא מסכים שאין השואל או השוכר זכאים לחזור בהם תוך הזמן. כדוגמה לכך הוא מביא את המקרה של שאילת בתים ושכירתם, ששם יש לבעל הבית אינטרס שלא תישאר דירתו ריקה מאדם.³⁶

(ד) החזרת פיקדון שאין לו זמן קבוע

אם אין זמן קבוע להחזרת הפיקדון, הרי זה נחשב כמו פיקדון שקבעו לו זמן ועבר זמנו, והשומר זכאי להחזירו בעל כרחו של בעל הנכס כל זמן שרצה, ולהיפטר בכך מחיובי שמירה.³⁷

אולם יש שגם אם לא קבעו זמן לשמירה, נעריך מתוך הנסיבות שכוונת הצדדים הייתה שהשומר ישמור למשך זמן מסוים, ואז דינו לעניין החזרה יהיה כדין שומר שקבע זמן בפירושו. (א) אם שילם בעל הנכס לשומר שכר שמירה בסך מסוים, ומקובל שסך זה ניתן על שמירה של שישה חודשים, לדוגמה, הרי זה כאילו הסכימו בפירושו שישמור למשך שישה חודשים.³⁸ (ב) אם מסר בעל הנכס לשומר את הנכס בדרך, השומר חייב לשמור כל משך הליכתו באותה הדרך.³⁹

(ג) אם יש מנהג באותו מקום, כמה זמן צריך אדם לשמור פיקדון שניתן לו בסתם, המנהג קובע.⁴⁰

4. מקום החזרת הנכס ונסיבותיה כמשפיעים על זכות החזרה נגד רצון בעליו

(א) כללי

זכותו של שומר להחזיר פיקדון בעל כרחו של בעל הנכס ולהיפטר אינה מוחלטת. המשפט

³⁵ ערוך השולחן, חו"מ, רצא, יט. כך פסקו גם: מנחת חינוך, מצווה ס (פו ע"ב); קצות החושן, רצא, ס"ק טז (במרומו). הם לא כתבו שזה דווקא אם שילם את השכר מראש. אך נראה שאין בזה מחלוקת, שהרי בכל מצב הוא חייב לשלם את השכר מראש, אם הוא רוצה לחזור בו (רמב"ם, הלכות שכירות, ו, ז; ראה חוק לישראל, שכירות ושאילה, סעיף 19, פרק 2).

³⁶ ערוך השולחן שם.

³⁷ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פא ע"א; שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנח (על שואל); ערך ש"י, חו"מ, סו, מ (וצריך שידיע שיחזור בו); ערוך השולחן, חו"מ, רצא, יט.

³⁸ מאירי הלכה (מאן), חלק א, דף י ע"א. הוא אינו נוקט שזה מחייב לעניין זכות החזרה, אבל מן ההקשר ברור שזאת כוונתו.

³⁹ מאירי הלכה שם.

⁴⁰ מאירי הלכה שם.

העברי עושה הבחנה בין מקרים שסירובו של בעל הנכס לקבלו נובע מנימוקים מוצדקים, לבין מקרים שאין לסירובו נימוק מוצדק. זכותו של השומר להחזיר את הנכס קיימת (בתנאים שפורטו בפסקה 3) רק אם ההחזרה מתבצעת בתנאים סבירים. אך יש נסיבות המצדיקות את סירובו של בעל הנכס לקבלו, ואז רשאי בעל הנכס למנוע את החזרת הפיקדון. הכוונה היא למצב שהחזרת הנכס מתבצעת בתנאים שאינם מאפשרים לבעל הנכס לשמור על הנכס כראוי מן הסכנות הנשקפות לו. ברם, המשפט העברי מבדיל לעניין זה בין רמות שונות וסוגים שונים של סכנות לנכס. זכותו של בעל הנכס לסרב לקבל את הפיקדון תלויה בגורמים שונים. נפרט עניין זה בפסקאות הבאות.

(ב) מקום שנשקפת בו סכנה מיידית וגלויה לנכס נאמר במשנה: "הגוזל את חברו או שלוהה הימנו או שהפקיד לו בישוב, לא יחזיר לו במדבר"⁴¹. כלומר, אם הגיע הנכס לידי השומר ביישוב, ששם יש תנאים נוחים לשמירת הנכס, אין השומר זכאי להכריח את בעל הנכס לקבלו במדבר, ששם קשה לשמור את הנכס. לפי הרמב"ן, הנימוק לדין הזה הוא, שמאחר שהפקיד בעל הנכס את הנכס במקום משתמר, אנחנו משערים בדעתו, שהוא ציפה שהנכס יישאר במקום משתמר, ויחזור אליו במקום משתמר⁴². אומדנה זו היא כעין תנאי מכללא בין בעל הנכס ובין השומר, שלא יחזור הנכס אלא במקום יישוב.

לפי הרמ"א, הנימוק לדין זה הוא, שאין בעל הנכס חייב להסתכן בשביל השומר⁴³. יש להסביר את הדין לפי נימוק, על פי מה שהסברנו בפסקה 2, שהחזרת פיקדון בעל כרחו של בעל הנכס נחשבת החזרה כשרה רק בתנאי שאין בעל הנכס מפסיד בהחזרה זו. מאחר שבמדבר נמצא הנכס בתנאי סכנה, מי שמקבל עליו את אחריות הנכס במדבר מסתכן מבחינה כספית, ולכן החזרת הפיקדון בתנאים כאלו נחשבת להפסד לבעל הנכס, ולכן החזרה בעל כרחו של בעל הנכס בנסיבות כאלו אינה נחשבת החזרה לפטור את השומר.

הסמ"ע קובע סייג חשוב: אם מוכן השומר לקבל עליו את האחריות לנזק שיקרה לנכס גם בהיותו ביד בעל הנכס, צריך בעל הנכס לקבלו אף במדבר, משום שאז מצבו של בעל הנכס הוא כאילו הוא מקבל ביישוב, שהלא עכשו לא יפסיד כלום עקב הסיכון הגבוה לאבדן במדבר⁴⁴. במילים אחרות, בכל הנוגע לעניינינו, אין המדבר מקום גיאוגרפי, אלא מצב של סכנה והפסד פוטנציאלי. אם השומר נשאר באחריותו לנכס, כל סיכוני המדבר נופלים עליו, והחזרת הפיקדון במדבר בתנאים כאלו נחשבת כקיום מלא של התנאי מכללא שיחזיר את הנכס ביישוב. מאחר שהשומר מחזיר בתנאים שאין לבעל הנכס סכנת הפסד, זו נחשבת כהחזרה ביישוב. לאחר זמנו: הפסול בהחזרת פיקדון במדבר הוא רק בפיקדון שאין לו זמן קבוע. אבל

⁴¹ ב"ק ק"ח ע"א. כך פסקו (בשומר): רמב"ם, הלכות שאילה, ז, יא; סמ"ג, עשה פח; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער יב; תוספות, ב"ק קד ע"א (ד"ה הכי); ספר מישורים, נתיב ו, חלק א, בתחילתו; תשב"ץ, חלק א, סימן סא, וחלק ב, סימן רכו; טור, חו"מ, רצג, ג; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' עד); שו"ת מהר"ם מינץ, סימן צב; שו"ע, חו"מ, רצג, ב; שו"ת מהרי"ט"ן, סימן קסח; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן לו; חידושים ובאורים (גריינימן), ב"ק, סימן ט, ס"ק ד (מפני שבמדבר אין לו ערך); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן עו; שו"ת מקור ברוך, סימן נו; שו"ת חמדת הנפש, סימן יב; שו"ת אורח ישר, סימן י, נתיב ב.

⁴² מלחמות ה', ב"ק מד ע"ב (בדפי הרי"ף): "לא על דעת כן הפקידו". כך משמע קצת גם מהרמב"ם ומהשולחן ערוך שם שנקטו "כדרך שהפקדתיו אצלך ביישוב".

⁴³ שו"ת הרמ"א, סימן פו (דף עג ע"ב, במהד' וורשא).
⁴⁴ דרישה, חו"מ, שסו, וסמ"ע, רצג, ס"ק ה. הוא כותב שזו דעת הרמב"ם והטור, רצג, שם.*

אם היה לו זמן קבוע, והגיע הזמן, חייב בעל הנכס לקבלו גם במדבר גם בלי שהשומר ימשיך לשאת באחריות⁴⁵.

הפקיד במדבר: אם ההפקדה הייתה במדבר, השומר זכאי להחזיר את הפקידון במדבר אפילו בעל כרחו של בעל הנכס⁴⁶. לפי גישת הרמב"ן, שהמניעה להחזרת פקידון במדבר נובעת מגילוי דעתו של בעל הנכס בשעת ההפקדה שאינו רוצה שהנכס יימצא במדבר, סייג זה מובן מאליו, שהרי בנידון שלנו גילה בעל הנכס שלא אֶכפת לו אם הנכס נמצא במדבר. לפי גישת הרמ"א, שמניעת ההחזרה במדבר נובעת מעיקרון אובייקטיבי ולא מגילוי דעתו של בעל הנכס, יש להסביר דין זה בכך שאין השומר חייב להקפיד על מקום הימצאותו של הנכס יותר ממה שהקפיד בעל הנכס, והרי בעל הנכס גילה בזה את דעתו שלא אֶכפת לו אם יימצא או יוחזר הנכס ביישוב או במדבר.

התנאה: אם התנה השומר עם בעל הנכס מראש שיהיה רשאי להחזיר במדבר, התנאי מועיל⁴⁷, כמוכח.

השולחן ערוך פוסק, שגם בלי תנאי מפורש, אם בשעת ההפקדה אמר בעל הנכס לשומר: "אני רוצה לצאת למדבר", והשיב השומר: "גם אני רוצה ללכת למדבר", הרי זה כאילו התנה עמו בפירוש שיהיה רשאי להחזירו במדבר, ולכן הוא רשאי להחזיר לו במדבר⁴⁸. הנימוק לזה הוא, שמאחר שידעו בעל הנכס והשומר ששניהם הולכים לצאת למדבר, יש הסכמה מובנת מאליה שהשומר יוציא את הנכס איתו למדבר, ושהוא גם יהיה רשאי להחזירו במדבר, שהרי בעל הנכס מגלה בזה שאינו מקפיד על החזרת הנכס במדבר, כפי שהוא מגלה את חוסר הקפדתו על כך במקרה דלעיל, שהפקיד את הנכס במדבר.

אולם יש שחלקו על הפסק הזה, ופסקו שאם הפקיד בעל הנכס ביישוב, אין לשומר זכות להחזירו במדבר, אלא אם כן התנו השומר ובעל הנכס כך במפורש⁴⁹.

כדין החזרה במדבר כך דיין החזרה ביישוב בשעת מלחמה. אם ההפקדה הייתה בשעת שלום, השומר אינו זכאי להחזיר את הנכס בשעת מלחמה נגד רצון בעל הנכס, אפילו באותו מקום שהופקד⁵⁰.

כך הדין גם בראובן ושמעון שהיה במקומם שמד (כפייה להמרת דת), ושמעון התכונן לנסוע למקום אחר, וראובן הפקיד אצלו נכס במטרה שיוציא אותו מן המקום הזה, על דעת שהוא עצמו יצא משם אחר כך. אין השומר רשאי להחזיר את הנכס במקום השמד לבעליו, נגד רצונו, אף על פי שההפקדה הייתה שם⁵¹. מקרה זה שונה ממקרה של הפקדה במדבר,

⁴⁵ ערוך השולחן, חו"מ, רצג, ג. ראה על כך בהערה 59.

⁴⁶ שו"ת הרמב"ן, סימן לד, הובא בספר התרומות, שער ל, חלק א, אות ב (קלח ע"ב); שלטי הגיבורים, ב"מ כה ע"ב (בדפי הרי"ף); ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן נג; תורת חיים, ב"ק קיח ע"א; שו"ת שמע אברהם, סימן טו (נו ע"ג); כבוד יום טוב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ז, יא.

⁴⁷ ב"ק קיח ע"א.

⁴⁸ שו"ע, חו"מ, רצג, ב.

⁴⁹ ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן נד (הובא בש"ך, חו"מ, רצג, ס"ק ז); ב"ח, חו"מ, רצג, ג, בדעת הרי"ף, הלכות גדולות והרמב"ם; דרישה, חו"מ, רצג, ג, בדעת הרי"ף והרמב"ם; ביאור הגר"א, חו"מ, רצג, ס"ק ד, בדעת הרי"ף, רש"י והרמב"ם; מרכבת המשנה, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, א, ז, בדעת הרמב"ם.

⁵⁰ הרמ"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק קיח ע"א (הובא בספר משה ידבר, על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, יג, ח, דף פו ע"א).

⁵¹ תשב"ץ, חלק א, סימן סא, בסופו.

ששם רשאי השומר להחזיר במדבר, מפני שכאן גילה בעל הנכס את דעתו שאינו רוצה שהנכס יהיה במקום המסוכן הזה.

סוג אחר של סכנה מיידית הוא, אם מתוך רשלנות השומר אירע לנכס מאורע שדורש טיפול כדי למנוע נזק מידי. בעל הנכס רשאי לסרב לקבל את הנכס במצב זה, גם אם הגיע מועד סיום השמירה, בטענה שמוטל על השומר לטפל בנכס כדי למנוע את הנזק, כיוון שהדבר נבע מרשלנותו⁵².

(ג) מצב שקיימת סכנה שאינה נראית לעין לעניין פירעון חוב, יש הבדל בין פירעון במדבר לבין פירעון במצב שיש רק חשש לסכנה עתידית, כגון חשש לחילוף המטבע, או להטלת מס על מי שמחזיק בכסף⁵³. לעניין שומר, לא נזכר במקורות המשפט העברי מה דין החזרת הנכס במצב של חשש לסכנה עתידית, כגון רעידת אדמה, פוגרום או שיטפון; אולם ייתכן שאפשר להסיק את דינו מדין פירעון חוב. הפוסקים הבחינו לעניין פירעון חוב כשיש חשש לסכנה עתידית, בין מקרים אחדים. נבחן את דין השומר בעקבות חלוקה זו.

תוך זמנו: לווה אינו יכול לפרוע נגד רצון המלווה לפני מועד הפירעון, אם יש חשש לסכנה עתידית⁵⁴. אפשר להסיק מזה לגבי שומר, שגם באותם מקרים שראינו בפסקה 3 שהוא רשאי לחזור תוך זמנו (שואל ושוכר – לכל הדעות, שומר חנים ושומר שכר – לחלק מהדעות), לא תועיל החזרתו כשיש חשש לסכנה עתידית. אולם אפשר לדחות את ההשוואה הזאת, בטענה שזכות שומר להחזיר את הנכס גדולה יותר משל לווה, משום שהנכס תמיד נחשב ברשות בעליו, שלא כהלוואה, שהיא נחשבת ברשות הלווה עד הפירעון ("מלווה להוצאה ניתנה")⁵⁵.

אחר זמנו: מאחר ששומר רשאי להחזיר את הנכס אחר זמנו אפילו במדבר, כפי שראינו בפסקה (ב), ברור שמועילה החזרה אחר זמנו אם יש רק חשש לסכנה עתידית. פיקדון שאין לו זמן קצוב: לגבי הלוואה שאין לה זמן קצוב, נחלקו הפוסקים בשאלה האם הכלל של "סתם הלוואה – שלושים יום"⁵⁶, תופס לגבי הנידון שלנו, להחשיב את הלוואה תוך שלושים היום הראשונים להלוואה תוך זמנה, שאין לפרוע אותה נגד רצון

⁵² שו"ת הרא"ש, כלל צב, סימן ב, הובא בטור, חו"מ, שט, ג, ובנתיבות המשפט, שט, ס"ק י, בסופו. ראה על דבריו במילואים להערה 226. וראה סעיף 4, הערה 91, שהוא עוסק בפשיעה שאינה אבסולוטית אלא רק הפרת תנאי ההסכם.

⁵³ בתוספתא, ב"ק י, יד (הובא בשו"ת הרמב"ן, סימן לד, ובספר התרומות, שער ל, חלק א, אות ב), נחשב "ראה אנס בא נגדו" לרמת סכנה השווה לסכנת מדבר. מכאן אולי ניתן לדייק שאם לא ראה את האנס בא כנגדו, אלא רק נודע לו על אנס שפעיל באיזור, לא ייחשב הדבר לסכנה השווה לסכנת מדבר.

⁵⁴ שו"ע, חו"מ, עד, ב.

⁵⁵ בשומר חנים ובשומר שכר יש סיבה נוספת שיוכל שומר להחזיר במצב כזה: הדעה ששומר חנים ושומר שכר יכולים לחזור תוך זמנם (שלפיה אנו מדברים כאן) טעמה הוא שהם כמו פועל, ו"פועל חוזר בו בחצי היום", אף על פי שהוא פוגע בכך בזולת, וזאת מתוך דאגת המשפט העברי לחרותו של הפועל, ואם כן ייתכן שאף אם נוסף למצב את הגורם של חשש סכנה עתידית, השיקול של חרות הפועל עדיין יכריע את הכף, ונאפשר לשומר לחזור בו על אף פגיעתו בבעל הנכס. זאת בניגוד ללווה (וכמוהו יהיה דין שואל) שזכות חזרתו בתוך זמנו (כשאין סכנה) היא מפני שהזמן נקבע לטובתו, ואין קיצור זמן העסקה פוגע במלווה. ולכן כשיש חשש לסכנה עתידית כך שקיצור הזמן פוגע במלווה, אינו זכאי להחזיר.

⁵⁶ מכות ג ע"ב; ראש השנה י ע"ב; נדה מד ע"ב – מה ע"א.

המלווה אם יש חשש סכנה. הב"ח פוסק שאין כלל זה נוגע לענייננו, ואפילו תוך שלושים היום הראשונים של ההלוואה רשאי הלווה לפרוע את חובו, גם אם יש חשש לסכנה עתידית, כיוון שאין פירעון זה נוגד את הסכמת הצדדים⁵⁷. לעומתו התומים פוסק שבתוך שלושים יום נחשבת סתם הלוואה כהלוואה תוך זמנה, ולכן במשך הזמן הזה אין לוה רשאי לפרוע את חובו נגד רצון המלווה, אם קיים חשש לסכנה עתידית⁵⁸.

לעניין החזרת פיקדון, יש להבחין בין סוגים שונים של שומרים. בשומר חנם ובשומר שכר, הגדרת זמן השמירה תלויה רק בהסכמת הצדדים. בהיעדר הסכמה מפורשת בין הצדדים, אין המשפט העברי קובע זמן מינימלי לעסקה, ועל כן יש להתייחס לפיקדון שלא נקבע לו זמן כמו אל פיקדון לאחר זמנו⁵⁹. זאת אומרת, שהשומר זכאי להחזיר פיקדון שאין לו זמן, בלי הסכמת בעליו, גם בזמן שקיים חשש לסכנה עתידית. לגבי שואל, השאלה יותר מורכבת. בהשאלת נכס בלי זמן קצוב, נחלקו הפוסקים⁶⁰ בשאלה האם אומרים "סתם שאילה – שלושים יום", או שאין זמן מינימום לשאלה סתם. אם נפסק ש"סתם שאילה – שלושים יום", ונצרך לזה את שיטת התומים לגבי סתם הלוואה, נגיע למסקנה ששואל לזמן שאינו קצוב אינו רשאי להחזיר את הנכס נגד רצון בעליו במצב של חשש סכנה, במשך שלושים הימים הראשונים של השאלה. אולם אם נפסק שאין זמן מינימלי לסתם שאילה, או נסכים לדעת הב"ח לגבי סתם הלוואה, נגיע למסקנה שבסתם שאילה זכאי השואל להחזיר את הנכס במצב של חשש סכנה גם במשך שלושים הימים הראשונים.

מקרה אחר שדומה להחזרה במצב של סכנה עתידית הוא החזרת הנכס ביישוב רחוק, כאשר בעל הנכס יאלץ להעבירו דרך מקומות מסוכנים כדי להגיע למקום מגוריו. בפסקה (ד) נדון בכך.

(ד) החזרה ביישוב אחר

השומר זכאי להכריח את בעל הנכס לקבל אותו ממנו בכל מקום יישוב, ולא דווקא במקום ההפקדה⁶¹.

לגבי פירעון חוב נפסק שהדין הוא כך גם אם יצטרך המלווה לעבור במדבר לפני שיגיע ממקום הפירעון למקום מגוריו⁶², והדעת נותנת שהדין כך גם בהחזרת פיקדון. יש שני נימוקים להבדיל בין מקרה זה לבין החזרה במדבר, שאינה מועילה:

⁵⁷ ב"ח, חו"מ, עד, ב, ושו"ת הב"ח, סימן טז. הסכים לדעתו ש"ך, חו"מ, עד, ס"ק ז. אף על פי שהם דיברו על מי שהלווה במדבר, שהלווה יכול להחזיר במדבר, ובאו לומר שאף על פי שתוך זמנו אינו יכול, מכל מקום בסתם הלוואה יכול לפרוע תוך שלשים יום, מכל מקום התומים (שבסמוך) הביין שהב"ח מדבר גם על נידוננו, חשש לסכנה עתידית.

⁵⁸ תומים, עד, ס"ק ה.

⁵⁹ אף על פי שלעניין החזרה במדבר ראינו שבתוך זמן קצוב אינו יכול להחזיר וכשהזמן קצוב יכול להחזיר אחר הזמן (הערה 45), הרי כשיש רק חשש לסכנה עתידית כיוון שבהלוואה אם אין זמן קצוב יכול להחזיר (וגם התומים חולק רק משום שלדעתו גם בסתם יש קצבה של שלשים יום), אם כן כל שכן ששומר יוכל להחזיר, שהלא דינו קל יותר מפירעון חוב (ראה הערה 45).

⁶⁰ עיין טור, חו"מ, שמא, א.

⁶¹ רמב"ם, הלכות שאילה, ז, יא; טור, חו"מ, רצג, ב; שו"ע, חו"מ, רצג, א (הובא על ידי ר"י סגל, נועם, כ, תשל"ח, עמ' קכג); ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן נג.

⁶² שו"ע, חו"מ, עד, א.

א) המשפט העברי מקפיד רק שבעת ההחזרה יהיה הנכס נתון לשמירה. מאותה שעה ואילך נמצא הנכס ברשות בעליו, ואין השומר חייב לדאוג כיצד יטפל בעל הנכס בנכס בהמשך. כוונתו של בעל הנכס להשיב את הנכס דרך מדברות למקום מגוריו אינה מעניינתו של השומר. בהחזרת הנכס במקום הראוי לשמירה, הוא מסיים את חיובו⁶³.

ב) גם אם נאמר שחובה על השומר לדאוג לאפשר לבעל הנכס להחזיר את הנכס למקומו בביטחון, בכל זאת הרי כאן יש לבעל הנכס אפשרות להעביר את הנכס למקום מגוריו בלי לסכן אותו, כיוון שבכל מקום יישוב יוכל למצוא שיירה הנוסעת ליעדו, והרי שיירה מוגנת מפני סכנות האורבות לרכוש הנוסעים בה, אפילו כשהיא נוסעת במדבר. אם כן, שומר המחזיר את הנכס ביישוב מאפשר שמירה מקובלת על הנכס גם בשעת ההחזרה וגם בשעת העברת הנכס לאחר מכן למקומו של בעל הנכס⁶⁴.

פרק שלישי

אופן החזרת הנכס

1. כללי

החוק שלפנינו אינו קובע דפוסים או נורמות לדרך החזרת פיקדון, אלא מסתפק בביטוי: "ועשה את המוטל עליו כדי להחזירו", המתייחס כנראה לדרכי החזרה שנקבעו בהסכמת הצדדים. גם לפי המשפט העברי, יכולים הצדדים להתנות על אופן החזרה הנראה להם. ברם, בהיעדר התנאה מפורשת על ידי הצדדים, קובע המשפט העברי סטנדרטים משפטיים להגדרת "החזרה". מן הדין הוא ששאלה זו תעסיק את המשפט העברי, כיוון שנתונה בעל כרחו שמה נתינה, ועל כן יש צורך להגדיר איזוהי ה"נתינה" שהיא כשרה כאשר אין בעל הנכס מוכן לקבלו. האם חייב השומר למסור את הנכס לידו של בעל הנכס? להניחו לפניו? בחצרו? נדון בשאלות אלה בפסקאות הבאות.

יש דרך אחרת לשומר לסלק את אחריותו, והיא בהודעה בעל פה לבעל הנכס שברצונו לסיים את שמירתו. יש שהודעה כזאת מספקת לסלק את חיובי השומר. לא נדון בשאלה זו בפרק זה, מפני שקשה לראות הודעה זו כהחזרה. נראה שבאותם מקרים שהודעה זו מספקת לסלק את חיובי השומר, ההפטר הוא מדין "כלתה שמירתו", ועל כן תידון שאלה זו בפרק ד.

2. הנחה על גבי קרקע – אם לא התנגד בעל הנכס לקבל בידו

בפסקה זו נדון בשומר שלא מסר את הנכס לידו של בעל הנכס, ואף לא הציע לו לקבלו בידו, אלא מראש הניח אותו בפניו על הקרקע: האם בזה מסתלק חיוב השמירה מעליו? לדעת הרמב"ן, מאחר שבעל הנכס לא הביע התנגדות לקבלו בידו, אין השומר מופטר

⁶³ ספר התרומות, שער ל, חלק א, אות ב. הוא עוסק בפירעון חוב. לפי הסברו, נידונו דומה למקרה שנידון בפסקה (ג), חשש לסכנה עתידית, שהוא שונה מהחזרה למדבר, כמוסבר שם. ראה פרק ו, 1, שיש ששומר חייב על פשיעה שפשע בשעת השמירה, אם היא גרמה לנוק אחרי החזרה.

⁶⁴ לבוש, חו"מ, ער, א; ערוך השולחן, חו"מ, ער, א. הם עסקו בפירעון חוב.

מאחריותו אלא אם כן מסר את הנכס לידי בעליו⁶⁵, או אם הניחו בידיעתו בתוך ביתו או בתוך חצרו (של בעל הנכס)⁶⁶.

יש ראייה לדבריו מפירעון חוב, שלגביו נפסק שאין הלווה יכול להיפטר מאחריותו לכסף שהוא פורע למלווה על ידי זריקת הכסף או הנחתו לפני המלווה, אלא רק על ידי החזרת הכסף "ליד המלווה"⁶⁷. הנימוק לדין זה בפירעון חוב הוא, שהמלווה טוען: "אילו נתתו בידי, הייתי שומרו"⁶⁸. כלומר, הלווה חייב לפרוע את הכסף באופן שיאפשר למלווה את השמירה האופטימלית לכספו, שהיא החזקתו בידו (או הנחתו בביתו או בחצרו, שהוא מקום שמור). אם הוא פורע את הכסף בדרך אחרת, יכול המלווה לטעון שאינו מוכן להתאמץ כדי לשמור על כספו, ולכן אינו מוכן לקבל את פירעון כספו עד שיבוצע הפירעון באופן האופטימלי האמור. נימוק זה קיים גם לגבי פיקדון, ומכאן מובן מדוע הרמב"ן מחייב כאן.

אך הרשב"א חולק עליו, וסובר שכדי לפטור את השומר מאחריותו די אם הוא מעביר את הנכס למקום ששם מסוגל בעל הנכס לשמור על הנכס, דהיינו לתוך ארבע אמותיו. הוא מסביר את ההבדל בין החזרת פיקדון לפירעון חוב כך: הצורך במסירה ליד המלווה מעוגן בכך ש"מלווה להוצאה ניתנה"⁶⁹. מאחר שהכסף נחשב ברשות הלווה במשך ההלוואה, אין הלווה מופטר מאחריותו עד שהוא מעביר את כסף הפירעון לרשות המלווה, כלומר, הוא צריך להקנות אותו למלווה, ואת זה הוא חייב לעשות בדרך שתאפשר למלווה את השמירה האופטימלית על הכסף, כאמור. לעומת זאת, פיקדון נחשב ברשותו של בעל הנכס כל הזמן, ולכן כדי להסתלק מאחריותו, אין השומר חייב להעביר את הנכס לרשות בעל הנכס, אלא די שיפסיק את התחייבותו לשמור את הנכס ולהיות אחראי לנזקו או הפסדו, והרי לשם כך די שיעביר את הנכס למקום שבעל הנכס יוכל לשמור עליו⁷⁰.

הרמב"ן יוכל להשיב על טענה זו ולומר, שאף על פי שבפיקדון די לסלק מעליו את אחריות השמירה, מכל מקום לשם כך הוא חייב להעביר את הנכס למקום שהוא האופטימלי לשמירתו מבחינת בעל הנכס, ולא די להעבירו למקום ששם יוכל בעל הנכס לשמרו, אם שמירת הנכס שם תדרוש מבעל הנכס יותר מאמץ ותהיה פחות יעילה.

רוב הפוסקים סוברים כרמב"ן, ששומר המחזיר את הנכס חייב להחזירו לידי בעליו או לרשותו, ואם לא החזירו לידי בעליו, אין הוא מופטר מאחריותו⁷¹.

⁶⁵ חידושי הרמב"ן, קידושין יג ע"א (הובא בשיטה קדמונית, קידושין שם), וב"מ מט ע"א. הראיה מפירעון חוב אינה מופיעה בדבריו. עוד שפסקו כך – ראה בהערה ⁷¹.

⁶⁶ דיברות משה, ב"ק, סימן פז, ענף ב, כותב ששומר חנים שהחזיר בידיעת בעל הנכס למקום שמשמור בדרגה של שומר חנים, פטור גם אם בעל הנכס רחוק ואינו יכול לשמור, משום שאילו היה השומר מניח את הנכס במקום כזה אצלו (בביתו או בחצרו) היה רשאי ללכת לישון, ואם כן הוא יכול גם לסיים את שמירתו בהנחה במקום כזה.

⁶⁷ שו"ע, חו"מ, קכ, א, על פי גיטין עח ע"ב.

⁶⁸ טור, חו"מ, קכ, ג; שו"ע, חו"מ, קכ, ב (הובא בקצות החושן, רמג, ס"ק ד); ערוך השולחן, חו"מ, קכ, ד. קידושין מז ע"א.

⁶⁹ חידושי הרשב"א, קידושין יג ע"א (הובא בשו"ת צמח צדק, חו"מ, סימן יז). גם שיטה לא נודע למי, קידושין יג ע"א, שיטה קדמונית, קידושין יג ע"א (בשם הראב"ד), ר"ן על הרי"ף, קידושין ו ע"ב (בדפי הרי"ף), מאירי, קידושין יג ע"א (ד"ה ממה), וחידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מט ע"א, כותבים שאם הניח את הנכס בפני בעל הנכס ולא נטלו, השומר פטור, אך הם לא נקטו שיניח בתוך ארבע אמותיו.

⁷¹ חידושי הריטב"א, קידושין דף ח ע"ב ודף יב ע"ב (הובא בנימוקי יוסף, קידושין ח ע"ב); חידושי רבנו

גם לדעת הרמב"ן, אם הסכים בעל הנכס לפטור את השומר אם יזרוק את הנכס בפניו, הסכמתו מעניקה תוקף לאותו מעשה של החזרה, והשומר פטור⁷².

3. הנחה על גבי קרקע – לאחר שהתנגד בעל הנכס לקבל בידו

אם הציע השומר לבעל הנכס לקבל את הנכס בחזרה בידו, והלה סירב, ורק אז הניח השומר את הנכס בפני בעליו על הקרקע, והלך לו, מוסכם על הפוסקים שהשומר הופטר בכך⁷³. דין זה כלול בעיקרון הכללי שראינו לעיל, שנתינה בעל כרחו של בעל הנכס נחשבת נתינה. ההסבר לכך כאן הוא, שהצורך בהשבה לידו של בעל הנכס נובע מזכותו של בעל הנכס לעמוד על כך שרכושו יגיע לידו בדרך שתאפשר לו לשמור עליו בשמירה הטובה ביותר. זכותו זו מסמיכה אותו לפסול כל מעשה השבה שאינו מעביר את הנכס לידו, מכוח טענתו: "אילו נתתו בידו, הייתי שומרו", כפי שראינו בפסקה 2. אך בעל נכס המסרב לחלוטין לקבל את הרכוש המושב אליו, אינו יכול לטעון טענה זו, ולכן הוא מאבד את זכותו להגדיר את אופיו של מעשה הנתינה, ורשאי השומר להשיב את הנכס בכל דרך הנראית לו. אין בעל הנכס יכול להעמיד את השומר באחריותו בטענה שאופן ההשבה הקשה עליו את שמירת הנכס, כיוון שבעל הנכס עצמו אשם בכך שלא החזיר השומר את הנכס בדרך הרצויה, בהשבה לידו⁷⁴. מובן מאליו שאין השומר מופטר מאחריותו אם זרק את הנכס לרשות הרבים, שלא בנוכחות בעל הנכס. הרי גם אדם זר, שאינו שומר, המניח נכס של חברו ברשות הרבים, ונגרם לנכס נזק עקב כך, חייב מטעם מזיק, וכך גם בשומר, גם אם כלתה שמירתו⁷⁵. אך אם הניח את הנכס ברשות הרבים בנוכחות בעל הנכס, השומר פטור, משום שבעל הנכס היה יכול ליטלו משם⁷⁶.

קרקע, גיטין עד ע"ב; פירוש ר' חננאל בר שמואל, קידושין יג ע"א (אם זרקו בפניו בשוק אפילו במקום שאינו אבוד); שו"ת ר' משה מרוטנבורג, או"ח, סימן יא (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, שמג, ס"ק א); ניומקי יוסף, קידושין יג ע"א. כמו כן, סמ"ע, עב, ס"ק צח, וש"ך, חו"מ, עב, ס"ק קלו, נקטו ששומר צריך להחזיר ליד בעל הנכס, אלא שעיקר כוונתם היא לפסול החזרה לבני ביתו של בעל הנכס – ראה פסקה 4 (ב).

⁷² שו"ע, חו"מ, קכ, א, כתב כך לגבי פירעון חוב, וקל וחומר הוא בהחזרת פיקדון.
⁷³ חידושי הרמב"ן, קידושין יג ע"א, ד"ה סברא (הובא בשיטה קדמונית, קידושין שם, ובספר התרומות, שער נ, חלק א, אות ד), וב"מ מט ע"א; חידושי הריטב"א, קידושין יב ע"ב.

⁷⁴ כך הסביר ערוך השולחן, חו"מ, קכ, ד, לגבי פירעון חוב.
⁷⁵ ר"מ פיינשטיין, מוריה י, גל' ט"י (אב תשמ"א), עמ' מז. הוא כותב לגבי שומר שכלה זמנו, שאם הודיע לבעל הנכס שהוא מוציא לרשות הרבים, פטור על נזק שיקרה עקב כך (ראה בשמו ליד ציון הערה 162), והדעת נותנת שהוא יאמר כך בכל מצב של סיום השמירה, כגון כאן, שהשומר ביקש מבעל הנכס לקבלו והלה סירב, אף על פי שלא כלה זמנו. אך יש לבעל דין לחלוק, שאמנם חייב מטעם מזיק אם יקרה נזק כתוצאה מכך, אבל נפטר משמירתו כיוון שהוציא מרשותו אחרי סירוב בעל הנכס לקבלו, ואם אחר כך יטלנו בעל הנכס לביתו ויקרה לו נזק שלא מחמת היותו ברשות הרבים (אפילו שלא מחמת פשיעת בעל הנכס), השומר פטור.

⁷⁶ חידושי הריטב"א, קידושין יב ע"ב; שיטה לא נודע למי, קידושין יג ע"א; שיטה קדמונית, קידושין יג ע"א (בשם הראב"ד); ר"ן על הרי"ף, קידושין ו ע"ב (ברפי הרי"ף); מאירי, קידושין יג ע"א (ד"ה ממה); חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מט ע"א; וחידושי הרשב"א, קידושין יג ע"א – נוקטים שפטור אם זרק "בפניו", משמע גם ברשות הרבים. ונראה שאין הבדל לעניין זה בין תוך ארבע אמותיו לבין חוצה להן, שהרי ארבע אמות אינן קונות ברשות הרבים.

4. החזרה על ידי שליח

(א) כללי

אם מינה בעל הנכס שליח לקבל את הפיקדון מידי השומר עבורו, מופטר השומר מאחריותו מיד עם מסירת הנכס לידי השליח⁷⁷. מאחר שמסר את הנכס לידי השליח, הרי הוא כאילו מסרו לידי בעל הנכס עצמו, כיוון ש"שלוחו של אדם כמותו"⁷⁸. יש סוגים אחדים של מינוי שליח המועילים, לעניין זה, שהשומר המוסר לשליח מופטר מאחריותו.

אם אמר בעל הנכס לשומר: "שלח לי את הנכס עם אדם פלוני", הוא נחשב שליח לעניין זה⁷⁹, גם אם לא היו עדים על כך⁸⁰. הדין כך גם אם לא אמר זאת בפניו אלא כתב לו כך במכתב, אם השומר יודע שזה כתב ידו של בעל הנכס⁸¹. השומר פטור גם אם האדם שהזכיר בעל הנכס הוא חרש, שוטה או קטן, משום שבעל הנכס הראה שהוא מוכן להסתכן בכך שאדם כזה יביא לו את הנכס⁸². והוא פטור גם אם השליח הוליך את הנכס בדרך מסוכנת, משום שאין זה מעניינו של השומר, לאחר שנתן את הנכס למי שבעל הנכס ביקש שיתן לו⁸³. גם אם לא אמר בעל הנכס לשומר עם מי ישלח לו, אלא אמר לו, או כתב לו: "שלח לי את הנכס עם מי שתמצא", האדם שהשומר בוחר בו נחשב שלוחו של בעל הנכס, והשומר נפטר בזה מאחריותו⁸⁴. אבל במקרה זה הוא פטור רק אם שלח עם אדם מהימן, ולא אם שלח עם אדם הידוע כשקרן, ולא אם אמר לשליח ללכת בדרך מסוימת שיש בה סכנה ושאינן אנשים רגילים להעביר בה נכסים. זאת משום שברור שבעל הנכס לא התכוון להתיר לו לשלוח לו

⁷⁷ רמב"ם, הלכות שאילה, ג, ב (שלח ביד מישוהו, מדעת בעל הנכס); צורר הכסף הקצר, דרך ב, שער ט (אם אמר לו בעל הנכס לשלוח); ספר מישורים, נתיב ל, חלק ג (נתן לו במצוות בעל הנכס); שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן עח; מאירי, ב"מ צח ע"ב (מדעת בעל הנכס); סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' צו); טור, חו"מ, שמ, יא (שלח מדעת בעל הנכס); שו"ע, חו"מ, שמ, ח (שלח מדעת בעל הנכס); ערוך השולחן, חו"מ, שמ, כא (מדעת המשאיל); שו"ת ראש יוסף, דף לה ע"ב (דווקא אם בעל הנכס עשאו שליח בידיעת השומר, על פי טור, סימן קכה); שו"ת ציץ אליעזר, חלק ב, סימן ל.

⁷⁸ קצות החושן, רצג, ס"ק א (ראה ליד ציון הערה 171). אך הסבר זה אינו מספיק כדי לנמק מדוע פטור במוסר לחרש, שוטה או קטן (ליד ציון הערה 82), שהם פסולים לשליחות. לגבי זה צריך לומר שפטור מטעם מחילה.

⁷⁹ רי"ף, ב"ק לז ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות שלוחין, ב, ג; ספר התרומות, שער נ, חלק ג, אות ז; ספר העיטור, הרשאה, ליד אות כא; רא"ש, ב"ק, פרק ט, סימן כב (הובא בים של שלמה, ב"ק, פרק ט, סימן מ); נימוקי יוסף, ב"מ נו ע"ב (בדפי הרי"ף); הרמ"ך, בשיטה מקובצת, ב"מ צט ע"א; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, שערי תשובות (מהד' בלון), שער שני, סימן קלט (עמ' 208); שו"ע, חו"מ, קכא, א; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן פח וסימן קיח; שו"ת בני שמואל, סימן נא; ערוך השולחן, חו"מ, עב, נו.

⁸⁰ סמ"ע, קכא, ס"ק ה; ש"ך, חו"מ, קכא, ס"ק א.
⁸¹ תוספות, ב"מ צח ע"ב (ד"ה ואמר); מרדכי, ב"ק, סימן קכו; שו"ע, חו"מ, קכא, א; פרי עץ חיים, חלק ב, סימן סח (מס' 229); שו"ת מהריט"ץ, סימן טו.

⁸² רמב"ם, הלכות שלוחין, ב, ג (קטן); שו"ע, חו"מ, סימן קכא, א (גם נכרי), וסימן קפח, ג; ראש יוסף, חו"מ, עב, פו (וצ"ל אות פ), דף קפא ע"ב (בנו הקטן).

⁸³ סמ"ע, קכא, ס"ק ד.

⁸⁴ רי"ף, ב"ק לז ע"ב (בדפי הרי"ף); נימוקי יוסף, ב"מ נו ע"ב, בדפי הרי"ף ("שלח עם מי שבא ראשון"); שו"ע, חו"מ, קכא, א; שו"ת תורת חיים, חלק א, סימן עב.

עם אדם כזה או בדרך כזאת, שזו פשיעה⁸⁵. אם נהג השומר כך, הוא פטור רק אם אמר לו בעל הנכס בפירוש שיוכל לשלוח גם עם מי שהוחזק כשקרן, או בדרך מסוכנת⁸⁶. אפשרות אחרת למינוי שליח היא שבעל הנכס לא ידבר עם השומר, אלא יאמר למישהו: "הֲבֵא לי את הנכס"⁸⁷. אבל דרך זו מועילה רק אם אמר לו כך בנוכחות עדים, שאז ברור שהתכוון שיתפרסם הדבר, ויאמין השומר לשליח, ויתן לו את הנכס, ומתוך כך אנו רואים שבעל הנכס רוצה שאדם זה יהיה שליח גמור; אבל בלי עדים אין זה מועיל⁸⁸. אם עשאו שליח בדרך זו שלא בפני עדים, אין זה מועיל גם אם מסר לאדם זה את חותמו לסימן שהוא שלוחו, וגם אם עדים מעידים שזהו חותמו של בעל הנכס⁸⁹. אפשרות נוספת: אם אמר בעל הנכס למישהו: "אָמור לשומר שישלח לי את הנכס באמצעותך", הוא נחשב שלוחו, בתנאי שאמר לו זאת בפני עדים⁹⁰. אם ידע בעל הנכס שדרכו של השומר היא לשלוח את פקדונותיו חזרה על ידי אדם מסוים, הרי זה כאילו אמר לו: "שלח לי על ידו"⁹¹. לעומת זאת, אם מסר השומר את הנכס לאדם שאינו שלוחו של בעל הנכס, והשומר ביקש ממנו להביא את הנכס לבעליו, לא הופטר השומר בכך מאחריותו, והוא נשאר באחריותו עד שהנכס יגיע לבעליו⁹². טעם הדבר הוא, שאין לחייב את בעל הנכס באחריות לנכס עד שיגיע הנכס לידיו, מפני ש"אין חבים לאדם אלא בפניו". בפסקאות הבאות נעסוק במצבי ביניים, שהשומר החזיר את הנכס לאדם שלא מינהו במפורש להיות שליח, אבל יש מקום לראותו מורשה כללי לקבל את הנכס עבור בעל הנכס. נראה שגם אם הופקד הנכס לזמן קצוב, הרי אם באמצע הזמן אמר בעל הנכס לשומר: "שלח לי את הנכס עם פלוני", יופטר השומר במסירה זו. אף על פי ששומר אינו יכול להחזיר את הנכס תוך הזמן בלי הסכמת בעליו, כפי שראינו בפרק ב, 3, הרי כאן הורה לו בעל הנכס בפירוש להחזיר לו עכשו. אולם אם בעל הנכס אמר לו בתחילת השמירה: "כשתחזיר לי,

⁸⁵ תמים דעים, סימן סג, הובא בספר התרומות, שער נ, חלק ג, אות ח; שו"ע, חו"מ, קכא, א (הובא בשו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן יב); שו"ת מהריט"ץ החדשות, חלק ב, סימן קל (אם בעל הנכס ביקש שישלח לו, ושלח עם אדם לא מהימן); שו"ת בני שמואל, סימן נא (חייב אם ידוע שהשליח אינו מהימן). אך ש"ך, חו"מ, קכא, ס"ק ה, מעלה אפשרות שתוספות, ב"ק קד ע"א (ד"ה הכי), פוטרים כאן.

⁸⁶ ש"ך, חו"מ, קכא, ס"ק ח. לבוש, חו"מ, קכא, א, כתב שפטור גם אם אמר רק "שלח עם מי שתמצה, ותיפטר", אך הש"ך כותב שלא די בכך.

⁸⁷ שו"ע, חו"מ, קכא, ב (הנוקט שאומר לו: "אָמור לשומר שבדעתך לבוא אלי, ואם יתן לך, הבא לי"); שו"ת המב"ט, חלק ב, סימן קנא (אם בעל הנכס שלח מישהו לקחת אותו).

⁸⁸ שו"ת מהר"ם מינץ, סימן צב; סמ"ע, קכא, ס"ק ו; ש"ך, חו"מ, קכא, ס"ק ט; שו"ת אהלי תם, סימן קסג; שו"ת מהריט"ץ, סימן טו (המזכיר עדים).

⁸⁹ שו"ע, חו"מ, קכא, ג; סמ"ע, קכא, ס"ק ח; ש"ך, חו"מ, קכא, ס"ק יב; פרי עץ חיים, חלק ב, סימן סח (מס' 229).

⁹⁰ תמים דעים, סימן סג; סמ"ע, קכא, ס"ק ו; ש"ך, חו"מ, קכא, ס"ק ט; שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן כג (מ ע"ב). אך תוספות, ב"ק קד ע"א (ד"ה שליח), מחייבים כאן את השומר כל שלא אמר לו בפניו: "שלח לי על ידי פלוני" (ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 239). גם ש"ך, ס"ק י, כותב שרש"י, הרמב"ן והר"ן מחייבים כאן את השומר (משמע – גם אם היו עדים).

⁹¹ שו"ת שם אריה, חו"מ, סימן טז.

⁹² תוספתא, גיטין א, יא; גיטין יד ע"א.

החזר לי עם אדם פלוני, אין להסיק מזה שהוא מוכן שיחזיר עם אדם זה תוך הזמן, אלא יש לפרש שכוונתו היא שהוא מתיר לו לשלוח לו על ידי אדם זה רק בתום הזמן. על החזרת נכס של שותפות לאחד השותפים, ראה להלן⁹³.

(ב) אשתו של בעל הנכס ובני ביתו שואל לשלוח את הנכס למשאל ביד אחד מבני ביתו של המשאל, אין השואל מופטר בכך, אלא הוא פטור רק כשיגיע הנכס ליד המשאל⁹⁴. כך הדין גם אם החזיר אותו לידי אשת המשאל⁹⁵. אף על פי ששומר רשאי למסור לאשתו או לבני ביתו שלו לשמור במקומו, כפי שראינו לעיל⁹⁶, הרי זה משום שיש להניח שבעל הנכס מסכים לכך, משום שהוא יודע שקשה לשומר להישאר ליד הנכס כל הזמן, כפי שהסברנו לעיל שם. לעומת זאת, לעניין החזרת הנכס, שהיא חד פעמית, אין סיבה שלא יחזיר לבעל הנכס עצמו⁹⁷. מכל מקום, אם אשתו של המשאל משתתפת עם בעלה בניהול משק הבית ("נושאת ונותנת בתוך הבית"), נחשבת החזרת הנכס לידה כהחזרתו לידי המשאל, והשואל מופטר מאחריותו על ידי קבלתה את הנכס⁹⁸.

נחלקו הפוסקים לגבי שומר חנם ושומר שכר: האם דינם שווה לדין שואל לעניין זה? הסמ"ע פוסק שהדין שאין החזרה לידי בני ביתו של בעל הנכס פוטרת את השומר נאמר דווקא לגבי שואל, ולא בשאר שומרים. דין השואל חמור יותר משתי סיבות: א) כל ההנאה שלו, ולכן הוא צריך להיזהר יותר בשמירתו. ב) הנכס נחשב כקנוי ביד השואל, ולכן כדי להיפטר הוא צריך להקנותו בקניין חדש למשאל, וקניין כזה הוא צריך לעשות עם בעל הנכס בעצמו, ולא עם בני ביתו של בעל הנכס⁹⁹.

לעומתו, הש"ך אינו סבור שהשוני בין שואל לשאר שומרים מצדיק הבחנה ביניהם לענייננו, ולכן הוא פסק שדין שאר שומרים בזה כדין שואל¹⁰⁰. אם מסר השומר את הנכס לבני ביתו שלו, למסור לבעל הנכס, אינו מופטר בכך¹⁰¹. אף

⁹³ סעיף 13, פרק ב, 7.

⁹⁴ ב"מ צח ע"ב (על פי רש"י שם ד"ה וכן); סמ"ע, קכ, ס"ק יב; תשובת הרא"ש (בשואל או בממשכן), המובאת בטור, חו"מ, עב, כה, בשו"ע, חו"מ, עב, לא, בשו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן פג, ובבני אהרן, סימן רצא, דף קמה ע"ב.

⁹⁵ שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רטב (הובא בבית יוסף, חו"מ, שמ, יב, בדרכי משה, חו"מ, רצא, ס"ק יא, ובשו"ת באר המים, מנשה, סימן קכה, בנימוק שצריך החזרה לדעת המשאל, "דעת בעלים"); תשובת הרא"ש, בטור, חו"מ, עב, כה; רמ"א, חו"מ, שמ, ח (הובא בהליכות אליהו, אהע"ז, סימן כג); סמ"ע, קכ, ס"ק יב; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצא, נג, וסימן שמ, כא; שו"ת שערי אפר, חלק ב, סימן כג (לד ע"א); ערך לחם, חו"מ, סימן קכ, ב (הובא ביד מלאכי, כללי הדינים, כלל שב), וסימן רצא, כא (משכון ושאלה); לב מבין, על הרמב"ם, הלכות שאלה, ד, ח (קעז ע"א); שם יוסף (אליקים), על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ד; בית הלוי (הורוביץ), עב, ס"ק כד; כסף הקדשים, קפה, ה.

⁹⁶ בסעיף 7, פרק ב, 5.

⁹⁷ ב"ח, חו"מ, עב, כה; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, נג; בני יעקב, סימן יא, דף ריח ע"ג (מפני שנותנו להם בתורת החזרה ולא בתורת שמירה); פד"ר, כרך א, עמ' 188 (בקיזור).

⁹⁸ הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, א, אות ט; שו"ת מהרי"ק, שורש עז (כמו מורגל).

⁹⁹ סמ"ע, עב, ס"ק צח. כך כתב (ברמז) גם בסימן שמ, ס"ק יב (הובא בשו"ת הליכות אליהו, אהע"ז, סימן כג, דף נד ע"א). הסמ"ע מתבסס על פסק רמ"א, חו"מ, רצא, כא.

¹⁰⁰ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק קלו.

¹⁰¹ ב"מ צח ע"ב, על פי רש"י שם (ד"ה וכן).

על פי שיש אומרים ששומר שמוסר את הנכס לבני ביתו לשמור במקומו מסתלק לגמרי מאחריות שמירה¹⁰², הרי לעניין החזרת הנכס הוא מופטר רק אם הוא מוסר לידי בעל הנכס¹⁰³. גם במקרים שאמרנו ששומר מופטר במסירה לבני ביתו של בעל הנכס, הרי אם הייתה הפקדה לזמן קצוב, לא יופטר השומר במסירה זו תוך זמן השמירה, כשם שמסירה לבעל הנכס עצמו אינה פוטרת תוך הזמן, כפי שראינו בפרק ב, 104³.

(ג) אדם הנאמן על בעל הנכס אם מסר השומר את הנכס, לשם החזרתו, לידי אדם שבעל הנכס רגיל להפקיד אצלו את הנכס, אין בעל הנכס יכול לטעון: "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר", שהרי אדם זה ידוע כמי שמהימן בעיני בעל הנכס לטפל בנכס. אף על פי כן, פוסק השולחן ערוך שהשומר עדיין חייב באחריותו¹⁰⁵.

אך יש פוסקים שבמקרה זה פטור השומר מאחריותו¹⁰⁶. דעה זו מתאימה לדעה¹⁰⁷ ששומר שמוסר את הנכס לאדם שבעל הנכס רגיל להפקיד אצלו, במטרה שיהיה שומר משנה, השומר מסתלק לגמרי מאחריות שמירה; ויש להקיש מדין מסירה לשומר משנה לדיון מסירה לשם שליחות החזרה לבעל הנכס¹⁰⁸. אולם גם הדעה המחייבת כאן יכולה לסבור שבדרך כלל שומר המוסר לאדם שבעל הנכס רגיל להפקיד אצלו, מסתלק מאחריותו, ודווקא כאן הוא חייב באחריותו, משום שהוא מסר לאדם זה במטרה שיביא את הנכס לבעל הנכס בדרך, ויש בכך סכנות, ואפשר שאין בעל הנכס מסכים לכך¹⁰⁹.

אותה מחלוקת קיימת בשומר שמסר לאדם שבעל הנכס אמר עליו לשומר שהוא מהימן. לדעת השולחן ערוך, עדיין לא הופטר השומר מאחריותו בזה שמסר לאדם זה¹¹⁰; ולדעה השנייה, השומר מופטר כאן מאחריותו¹¹¹.

¹⁰² כפי שראינו בסעיף 7, פרק ב, 5 (ו).

¹⁰³ שו"ת נשמת כל חי, חלק ב, חו"מ, סימן מה (פה ע"ד), ביישוב קושיית שרשי הים, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ט.

¹⁰⁴ רא"ח וייס, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שצ. ראה בשמו במילואים להערה 100, שיש שיפטר בכל זאת, לדעת התומים. וראה סוף פסקה (א) על החזרה תוך הזמן כשיש הוראה מפורשת; כאן שזו רשות מכללא, זה דומה למקרה שתארנו שם, שמינהו שליח בתחלת ההפקדה, כך שאין להסיק מדבריו שהוא מתיר לו לשלוח אף תוך הזמן.

¹⁰⁵ שו"ע, חו"מ, רצג, ד (הובא בשו"ת מהר"ש צרור, סימן כט).

¹⁰⁶ מגיד משנה, הלכות שכירות, א, ו, הובא בלחם משנה שם, בשו"ת ושב הכהן, סימן טז (כו ע"ג), בב"ח, חו"מ, קכה, ד, בגידולי תרומה, שער נ, חלק ב, אות ב, בסמ"ע, קכה, ס"ק טו, ובשו"ת מהרי"ט"ץ, סימן פד (עה ע"ג).

¹⁰⁷ שהבאנו בסעיף 7, פרק ב, 6 (ו).

¹⁰⁸ קצות החושן, רצג, ס"ק ג. גם שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, סימן קפד, כותב שהדין כאן תלוי בדיון המוסר למורגל לשמור.

¹⁰⁹ שו"ת ראש יוסף, דף לו ע"ב. וראה סעיף 7, הערה 252, על מסירה למורגל לשם הובלה בדרך.

¹¹⁰ ר"ן על הרי"ף, גיטין ו ע"ב (בדפי הרי"ף); חידושי הרשב"א, גיטין יד ע"א (ד"ה הולך); שו"ע שם; ערוך השולחן, חו"מ, רצג, ו; שו"ת שדה הארץ, חלק ג, חו"מ, סימן ח (עא ע"א), בדעת הרמ"ה (המובא בטור, חו"מ, קכה, ד). אך שו"ת צמח צדק, חו"מ, סימן יז, סבור שגם הרשב"א המחייב כאן יכול לפטור במוסר למורגל.

¹¹¹ קצות החושן, רצג, ס"ק ג, כותב שדינו כמורגל, ששומר המוסר לו פטור לפי הדעה שהזכרנו (מסעיף 7) שהמוסר למורגל מסתלק מאחריותו.

אם החזיר השומר את הנכס לאדם שקיבל רשות מבעל הנכס לשאת ולתת בנכסיו, השומר פטור¹¹². כך גם בפועל בחברה, שתפקידו לקבל את הכלים ולהביאם לבעל הנכס¹¹³.

(ד) מקרים גבוליים במינוי שליח
אם אמר השומר לבעל הנכס: "אני שולח אליך עם אדם פלוני", ובעל הנכס הביע הסכמה, הוא נחשב שלוחו, והשומר פטור¹¹⁴. אבל אם שתק בעל הנכס, אינו נחשב כאילו מינה אותו כשליח, ואין אומרים כאן "שתיקה כהודאה"¹¹⁵.

אם אמר בעל הנכס לשומר להחזיר לו, אך לא אמר לו עם מי לשלוח, וגם לא אמר לו שישלח עם מי שירצה, לא יוכל השומר לבחור בכל מי שירצה לשלוח עמו, ואם שלח עם שליח שהוא בחר, אינו מופטר מאחריותו¹¹⁶.

היו ביד השומר פקדונות אחדים משל בעל הנכס, ואמר לו בעל הנכס לשלוח לו אחד מהם עם אדם פלוני, ושלח לו את כולם עם אדם זה, הוא מופטר מאחריות רק לגבי הנכס שביקש ממנו בעל הנכס, ולא לגבי שאר הנכסים. העובדה שבעל הנכס מוכן להסתכן באבדן נכס אחד אינה מוכיחה שהוא מוכן להסתכן באבדן נכסים נוספים¹¹⁷.

אם לא אמר בעל הנכס לשליח להביא לו את הנכס מהשומר, אלא רק אמר לו דבר כמו: "לך אל השומר, אולי ישלח את הנכס באמצעותך", אין הוא נחשב שלוחו לפטור את השומר במסירה אליו¹¹⁸, גם אם אמר לו כך בפני עדים¹¹⁹.

גם אם אמר בעל הנכס לשומר: "שלח לי את הנכס עם אדם פלוני", אם חזר בו לפני ששלחו השומר, ואמר לו: "אל תשלח איתו", השליחות בטלה, והשומר לא יופטר במסירה לשליח הזה¹²⁰.

¹¹² שו"ת בני בנימין, חו"מ, סימן י (כה ע"א); פד"ר, כרך א, עמ' 118; שו"ת שער אשר, חלק ב, סימן כג (לד ע"א), במסקנתו (דווקא אם מינהו בעל הנכס בפירוש כפקיד על כך); ערך לחם, חו"מ, קכ, ב (הובא ביד מלאכי, כללי הדינים, כלל ש.ב).

¹¹³ פד"ר שם. שם נוסף שאם פוטר הפועל ממשרתו, והפועל הציג את עצמו ברמאות כאילו הוא עדיין פועל של בעל הנכס, והשומר נתן לו, אינו מופטר מטעם זה, אלא שמאחר שחשב שהוא עדיין פועל, זהו אונס.

¹¹⁴ טור, חו"מ, שמ, יא; רש"י, ב"מ צח ע"ב (ד"ה וכן); פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ח, הלכה ג, אות ד; אור זרוע, ב"מ, סימן שטז.

¹¹⁵ מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לד. הוא עסק בשואל. הוא כותב שבמקרה זה רק אם החזיר לאשתו של בעל הנכס, פטור, מפני שידה כידו (ראה בשמו במילואים להערה 95), ודי בהודעה כדי לקיים את הצורך ב"דעת בעלים", ואין צורך בשליחות, שהיא צריכה להיות מפורשת בדברי בעל הנכס.

¹¹⁶ פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ח, הלכה ג, אות ג; נתיבות המשפט, קכא, ס"ק ב.

¹¹⁷ שו"ת נופת צופים, סימן שעז. הוא כותב כך לגבי מקרה שבעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו.
¹¹⁸ שו"ע, חו"מ, קכא, ב. ש"ך, חו"מ, קכא, ס"ק יא, כותב שאף על פי שבכך גילה בעל הנכס שהוא נאמן בעיניו, אין לפטור כמו המוסר במורגל (לדעה בהערה 106), מפני שמורגל עדיף, שהרי רגיל להפקיד אצלו. אך הוא מדייק מתוספות, ב"ק קד ע"א (ד"ה הכי), שלדעתם כאן חייב רק אם נתן לו להוליך את הנכס בדרך מסוכנת (ראה בשמם בהערה 105). על מקרה זה עיין שושנת יעקב, קכא, ב, ס"ק ה.

¹¹⁹ סמ"ע, קכא, ס"ק ז; ש"ך, חו"מ, קכא, ס"ק יא.

¹²⁰ שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קיח (הובא במשנה למלך, הלכות אישות, ו, י).

5. החזרה בלי ידיעת בעל הנכס

כדי ששומר יופטר מאחריותו, הוא צריך להודיע לבעל הנכס על החזרה. אם החזיר את הנכס בלי להודיע לבעל הנכס, לא הופטר מאחריותו¹²¹, גם אם החזיר למקום משתמרת¹²². טעם הדבר הוא, שאם בעל הנכס אינו יודע על החזרה, אינו מודע לכך שהוא צריך לטפל בנכס ולשמור עליו, ועלול להיגרם נזק לנכס¹²³.

גם אם לפני ההפקדה היה בעל הנכס רגיל להניח את הנכס בחוץ, כגון בהמה שהיה מניח במרעה, השומר צריך להודיע לבעל הנכס כשהוא מחזיר אותו. זאת משום שאם ידע שהנכס חזר, ילך לפקוד את הנכס מדי פעם כדי לדאוג לו, ואילו אם לא ידע שהנכס חזר, לא ישים לב אליו כלל¹²⁴.

אין צורך שיוודיע לבעל הנכס אישית, והוא יוכל להודיע לו על ידי שליח בית דין¹²⁵. בכל דרך שנודעה החזרה לבעל הנכס, השומר פטור. דוגמה לכך: אם היה לראובן עדר של חמישים כבשים, והפקיד אחד אצל שומר, והשומר החזיר אותו לעדר, ובעל הנכס מנה אותם וראה שהם חמישים – השומר פטור מכיוון שבעל הנכס יודע על ההשבה¹²⁶.

יוצא מן הכלל: שומר אבדה, שהוא פטור אם החזיר לרשות בעל הנכס גם אם לא הודיע לו על כך¹²⁷.

גם בשאר שומרים, אם החזיר על ידי שליח, לפי המפורט בפסקה 4, הוא פטור גם אם בעל הנכס לא ידע על החזרה. כפי שאמרנו, מטרת ההודעה היא כדי שידע בעל הנכס שהוא צריך לשמור על הנכס; והרי כשמוסר לשליח, השליח ישמור עליו, ולכן אין צורך בידיעת בעל הנכס¹²⁸. עוד נראה בפרק ד, 2, שיש שהשומר פטור מאחריות כשמסתיים הזמן שנקצב לשמירה, הפטר חלקי או מוחלט, וזאת גם אם לא הודיע דבר לבעל הנכס. טעם הדבר הוא, שבמקרים ההם יודע בעל הנכס על סיום הזמן, כמו שמסיבה זו פטור השומר אף על פי שלא החזיר את הנכס בפועל.

¹²¹ ב"ק נו ע"א וב"מ לא ע"א, כמבואר ברש"י שם, בחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ שם, ובתוספות חיצוניות, בשיטה מקובצת, ב"מ שם; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רסב; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ לו ע"ב (ד"ה ועוד); שו"ת ר"א בן ארחא, סימן לה; בני אהרן, סימן רצא (קמה ע"ב); שו"ת צמח צדק, חו"מ, סימן יז (בכל השומרים); סמ"ע, רסז, ס"ק א; פני יהושע, ב"מ מא ע"א; שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צה, אות יג; כסף הקדשים, קעו, ח.

¹²² ספר מישרים, נתיב ל, חלק א; שו"ת באר המים, סימן קכה, והסכים עמו זכרנו לחיים, חלק ב, ערך שואל, דף קמו (על שואל שהניח את הנכס במקום שהמשאיל רגיל להניחו בחנותו, במקום משתמר); שו"ת לב מבין (בירדוגו), חו"מ, סימן ריג וסימן ריד; דיברות משה, ב"ק, סימן פז, ענף ב ("משתמר לגמרי"); פרי חיים (סוף ספר זרע חיים), סימן ה. אך אבן האזל, הלכות גנבה, ד, י (ד"ה וברעת), העלה אפשרות שהרמב"ם סובר שאם מחזיר לבית בעל הנכס, אינו צריך להודיע לו.

¹²³ רש"י, ב"מ לא ע"א (ד"ה הכל), הובא במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לד.

¹²⁴ שו"ת לב מבין (בירדוגו), חו"מ, סימן ריג וסימן ריד, הובא בספר אם למטורת, ערך שומר, אות א.

¹²⁵ שו"ת קרית חנה, סימן כד. כמו כן, בלב מבין, סימן ריד, בשאלה, נאמר שיופטר אם הודיע לאשת בעל הנכס שהחזיר.

¹²⁶ אבן האזל, הלכות גנבה, ד, י; פרי חיים (סוף ספר זרע חיים), סימן ה (ד"ה ואולם).

¹²⁷ ב"ק וב"מ שם; יד רמה, ב"ב, פרק ג, סימן רו; חוק לישראל, השבת אבדה, עמ' 40; שו"ת לב מבין (בירדוגו), חו"מ, סימן רז; שערי זיו, חלק ב, סימן יג; אבני החושן, רצד, ס"ק ד; שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צה, אות יג; חידושי ר' אריה לייב מאלין, חלק א, סימן עח; דיברות משה, ב"ק, סימן לו, ענף א; ספר המבי"ט (רובינשטיין), ערך קתא דמגלא (קטז ע"ב); ספרי דבי רב, על ספרי, דברים צ"ה אבמחלקים למנוח, 98, אות ז, בשם בני אהרן.

"כלתה שמירתו" – סיום השמירה בלי החזרת הנכס בפועל

1. כללי

לפי חוק הכנסת, שומר שעשה את המוטל עליו כדי להחזיר את הנכס, אלא שבעל הנכס לא קיבל אותו, הוא מופטר מיד מכל אחריות מעבר לחיוב שומר חנם, גם אם היה בתחילה שומר שכר או שואל. הוזהר אומר, שאחריותו של השומר לנוק שנגרם ברשלנותו ממשיכה עד שהנכס חוזר בפועל לבעליו, או עד התערבותו של בית המשפט, על פי מה שנקבע בסעיף החוק שלפנינו. לעומת זאת, אין אחריות שומר שכר לגנבה ואבדה ואחריות שואל לאונס קיימת לאחר נסיונו של השומר להחזיר את הנכס, אף על פי שלא יצאה ההחזרה לפועל. כפי שהסברנו בפרק א, החוק מיוסד על ההנחה שחובת שומר חנם, הכוללת אחריות לנוק שנגרם ברשלנותו של השומר, נובעת מעצם היותו של הנכס ברשותו של השומר, ולא מכוח הסכמתו לשמור, כפי שראינו לעיל¹²⁹, שהחוק אינו מצריך את הסכמת השומר כדי לחייבו; ואילו אחריות שומר שכר לגנבה ואבדה ואחריות שואל לאונס אינן נובעות מעצם היות הנכס תחת ידו של השומר, אלא מכוח ההסכם בין הצדדים. לכן שומר הזכאי להחזיר את הנכס, שעשה את המוטל עליו כדי להחזירו, ופועל להביא את העסקה לסיימה, במסגרת התנאים הקבועים בעסקה, מסתיימות חובותיו הנובעות מההסכם, כלומר חיובי שומר שכר או שואל, אך הוא נשאר חייב באחריות הנובעת מהעובדה שעדיין נמצא הנכס ברשותו, דהיינו בחיובי שומר חנם, אלא אם כן התערב בית המשפט בדרך שנקבעה בחוק.

אין החוק קובע דרך אחרת לפטור את השומר מאחריותו, בין כולה ובין מקצתה, אלא על ידי פעולה מצד השומר להחזיר את הנכס לבעליו. מכאן שאף אם הגיע הזמן שהוסכם בין הצדדים לסיום תקופת השמירה, נשאר השומר אחראי לנכס עד שהוא עושה פעולת החזרה, אלא אם כן התנו בפירושו שיופטר אז.

לעומת זאת, במשפט העברי קיים מושג של "כלתה שמירתו". אפילו בלי שישתדל השומר בפועל לבצע מעשה החזרה, יכול הוא להיפטר מאחריותו לפחות באופן חלקי, באותם מצבים שבהם קובע המשפט העברי ש"כלתה שמירתו". סיום שמירתו של השומר בלי החזרת הנכס בפועל יכול להיות תוצאה של: סיום תקופת השמירה שנקצבה; הודעה מהשומר לבעל הנכס שהוא מסיים את שמירתו; סיום הטיפול בנכס; או נזק שקורה לנכס. אין הדין של "כלתה שמירתו" אחיד בכל המצבים. לפעמים אם "כלתה שמירתו" השומר פטור מכל החיובים והאחריות של שומר, ולפעמים מובילה "כלתה שמירתו" להפטר חלקי בלבד. בפסקאות הבאות נפרט את היקף הפטור בכל אחד מן הסוגים של "כלתה שמירתו".

אפשר היה לעסוק כאן גם בסיום שמירה על ידי שינוי בעלות הנכס – מכירת הנכס לאחר, או הורשתו בעקבות מות בעל הנכס. גם באלו מסתיימת השמירה (לפי דעות מסוימות) אף בלי החזרת הנכס בפועל, ואף שכאן אין הדבר בא ביזמת השומר, הרי גם סיום השמירה עקב נזק שקרה לנכס לא בא ביזמת השומר. עם זאת, לא נדון בעניינים אלו כאן, אלא בסעיף 13, שהוא מקום הדיון בכל הקשור לאישיותו של בעל הנכס.

¹²⁹ בסעיף 1(א), פרק א, 6.

אפשרות אחרת לסיים את השמירה על ידי שינוי בעלות, שלא ביזמת השומר, היא אם בעל הנכס יתן את הנכס לשומר במתנה. על כך ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 6. יש להזכיר שכל הדיון כאן הוא באפשרות לסיום השמירה בלי הסכמת בעל הנכס. כמובן, אם בעל הנכס מודיע לשומר שהוא מוכן שיסיים את השמירה, השומר פטור, גם אם לא החזיר את הנכס בפועל¹³⁰.

2. הגיע מועד סיום השמירה

התלמוד קובע ששואל, לאחר שמגיע מועד סיום שאילתו, דינו כשומר שכר¹³¹, וזאת גם אם הנכס עדיין ברשותו של השואל¹³².

מצד אחד, הוא פטור מנזק שנגרם לנכס באונס, משום שאחריות שואל לאונס נובעת מרשות השימוש שיש לו, ועם תום תקופת ההסכם מסתלקת רשות השימוש, ולכן הוא פטור מאונס¹³³. מצד שני, אין אחריותו מסתלקת לחלוטין, אלא הוא עדיין חייב כשומר שכר. מאחר שהוא מחזיק את הנכס מכוחה של עסקה שהפיק ממנה הנאה ותועלת בעבר, הוא עדיין נחשב שומר שכר, ועדיין חייב על גנבת הנכס ואבדתה¹³⁴.

מכאן דן ר' יוסף קארו, ששומר שכר לזמן, מאחר שכלה זמנו, כלתה שמירתו, ונעשה שומר חינוס¹³⁵ (ובכלל זה גם שוכר¹³⁶), גם אם הנכס עדיין בביתו¹³⁷. מצד אחד, מאחר שלא יקבל שכר על השמירה שישמור לאחר זמן זה, אין לחייבו כשומר שכר. מצד שני, הוא עדיין שומר חינוס, מפני שאי אפשר לפטור על פשיעה כל זמן שלא השיב את הנכס לבעליו. כך נימק בעל ערוך השולחן¹³⁸. ואכן, אם כשכלה הזמן, נמצא הנכס ברשות בעל הנכס, פטור שומר השכר

¹³⁰ שו"ת ר' משה מרוטנבורג, או"ח, סימן יא, דף יב ע"ד (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, שמג, ס"ק א), כותב שאם לא נקצב זמן לשמירה, ברגע שהסכים בעל הנכס שיכלה הזמן, הרי זה כאילו נקצב זמן וכלה הזמן, שפטור גם אם הנכס ברשות השומר.*

¹³¹ ב"מ פא ע"א.*

¹³² רש"י, ב"מ פ ע"ב (ד"ה אם); פסקי הרי"ד, ב"מ פ ע"ב; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן קמ; נימוקי יוסף, ב"מ נ ע"א (בדפי הרי"ף); מאירי, ב"מ פ ע"ב; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ דף פ ע"ב ודף צח ע"ב; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ו, הלכה ד, אות ד, ופרק ח, הלכה ג, אות ה; קיצור פסקי הרא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן יב (הובא בבית נבונים, שער ה, פרק יז, דף צד ע"ג); שו"ע, חו"מ, סימן שמ, ח, וסימן שמג, א; מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ז; שו"ת נופת צופים, סימן שעט; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שמ, כא, וסימן שמג, א; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן צט.*

¹³³ פרישה, חו"מ, שמ, יא; דרכי דוד, ב"מ מג ע"א; דברי משפט, עב, ס"ק ג; ערוך השולחן, חו"מ, שמג, א (שהנכס חוזר אז לרשות המשאיל); שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן צט; ר"י פופרש, ספר זכרון לר"ח שמולביץ, עמ' שטו.*

¹³⁴ ב"מ שם: "הואיל ונהנה – מהנה".*

¹³⁵ בית יוסף, חו"מ, שמג. כך כתב גם בשו"ע, חו"מ, סימן שד, ו, וסימן שמג, ב.*

¹³⁶ תוספות הרא"ש, ב"מ פא ע"א; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ פב ע"ב; פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (קטו ע"ב); נתיבות המשפט, קפו, ס"ק ב (מפני שאסור לו להשתמש עוד בנכס); ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כ; מצוות המלך, מצווה נט, משנה הלכות; עטרת יצחק, סימן כח; שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צו, אות ז; מנחת חינוך, מצווה נט (פו ע"א); שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן מח; שו"ת דברי רננה, סימן ו (עמ' כג).*

¹³⁷ בית יוסף ושולחן ערוך שם; ערוך השולחן, חו"מ, שמג, ב; שו"ת ר' משה מרוטנבורג, או"ח, סימן יא (יב ע"ד). ראה ליד ציון הערה 139, שאם אינו בביתו, פטור לגמרי.

¹³⁸ ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כ.*

לגמרי¹³⁹. יש להסביר את דברי בעל ערוך השולחן, שחייב השומר בנזק שנגרם ברשלנותו הוא תולדה מהימצאות הנכס ברשותו לאחר שקיבל על עצמו לשמור, ואינה תלויה בהסכמתו לשמור, כפי שהסברנו את עמדת החוק בפרק א. לפי נימוק זה, גם שומר חנים שכלה זמנו, עדיין חייב כשומר חנים¹⁴⁰. כל האמור כאן הוא אם השומר מוכן להחזיר את הנכס כשהגיע מועד סיום השמירה, אלא שמסיבות מסוימות הנכס נשאר אצלו. אולם אם הוא מסרב להשיב את הנכס, הוא בגדר מעכב פיקדון, שדינו כגזולן, כפי שראינו לעיל¹⁴¹.

3. הודעה לבעל הנכס על סיום השמירה

(א) דין המשנה — באומן

שנינו במשנה: "כל האומנין שומרי שכר הן¹⁴², וכולן שאמרו: 'טול את שלך והבא מעות' — שומר חנים"¹⁴³. כלומר, אומן, שהוא שומר שכר, אינו חייב להחזיר את הנכס בפועל לרשות בעל הנכס כדי שתסתלק ממנו אחריות של שומר שכר, אלא די שהוא יודיע לבעל הנכס שיבוא ליטול ממנו את הנכס, בהצהרה: "טול את שלך". אך אין הצהרה זו מספיקה לסלק את אחריותו כשומר לגמרי, אלא הוא עדיין אחראי לנזק שנגרם על ידי רשלנותו, כשומר חנים. זאת משום שלא ברור מלשון הצהרתו שהוא מתכוון לסלק את שמירתו לגמרי, ואפשר שהוא מתכוון רק להודיע שהוא חדל להיות שומר שכר, או שהוא חדל להחזיק את הנכס כביטחון לקבלת שכרו.

ההפטר של "טול את שלך" בנוי על העיקרון שהנכס נחשב רכושו של בעל הנכס ועומד ברשותו גם כשבפועל הוא מצוי ברשות השומר. לכן יכול השומר לסיים את אחריות שמירתו על ידי הצהרה בלבד, בלי להחזיר את הנכס לרשות בעליו¹⁴⁴. אם הסיבה שבעל הנכס לא בא ליטלו היא שלא היה יכול, כגון שהנכס היה כבד, והיה זקוק לעזרת פועלים להביאו, או שהיו שודדים עומדים בפניו ולא היה יכול ליטלו מתוך פחד מהם, או שהייתה מלחמה באזור, האומן עדיין שומר שכר¹⁴⁵. רק אם בעל הנכס היה יכול

¹³⁹ שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן טו; שו"ת מאורות נתן (שפיגלגלס), סימן עו. *
¹⁴⁰ ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כ; מנחת חינוך, מצווה נו (פד ע"ב, אות יח במהד' מכון ירושלים); אהלי יהודה (הכהן), ערך שומרים (מפני שחייב פשיעה הוא מטעם גרמי — ראה בשמו בסעיף 1(א), במילואים להערה 15); משכנות הרועים, מערכת ש, אות ע, בדעת הרשב"א, בשיטה מקובצת, ב"מ צד ע"א (שכתב ששומר חנים חייב בפשיעה מפני שהוא קרוב למוזיק); שו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א; שערי זיו, חלק ב, סימן יג, בדעת חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פא ע"א; שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צו, אות ז (שהרי אם הוא לא ישמור, הנכס לא יהיה שמור); אמרי הצבי, ב"ק נו ע"א, סימן ח, ס"ק ב.*

¹⁴¹ בסעיף 1(א), פרק ג.

¹⁴² ראה על כך בסעיף 1(ג), פרק ג, 4.

¹⁴³ ב"מ פ ע"ב.*

¹⁴⁴ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מט ע"ב (ד"ה להד"מ); חידושי הר"ן, ב"מ מט ע"א; שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן יז. הם באו להסביר את ההבדל בין פיקדון לחוב, שבחוב (לרוב הפוסקים) לא נפטר הלווה באמירת "טול את שלך" — משום שכסף של הלוואה נחשב ברשות הלווה.

¹⁴⁵ שו"ת מהר"ש צרור, סימן כד; רוב דגן (עטייה), אות לטובה, אות ז. מהר"ש צרור מוכיח כך מלשון הרמב"ם והטור (שצוינו במילואים להערה 143) "ולא נטלו בעליו", משמע שהוא שומר חנים רק אם בעל הנכס היה יכול ליטלו ולא נטלו. ראה גם ליד ציוני הערות 156 ו-157, ובמילואים להערה 163, שההפטר תלוי בכך שבעל הנכס ידע ולא בא ליטול.*

לבוא אליו וליטלו, ולא נטלו, אנו פוטרים את השומר על סמך הודעתו, משום שאז בעל הנכס הוא שגרם את הנזק לעצמו, כשידע שהנכס נשאר בלי שמירה ולא בא ליטלו.
 כדין אומן האומר "טול את שלך", כך דינו אם אמר "גמרתיו" – הוא שומר חנינם¹⁴⁶.
 אם אמנם הצהיר האומן הצהרה בלשון שברור ממנה שהוא מתכוון לסילוק מוחלט של שמירתו, מופטר האומן באותה הצהרה אף מחיוב כשומר חנינם. דוגמה לכך: אם אמר "טול את שלך, ואיני שומרו עוד"¹⁴⁷. גם אם אמר רק "טול את שלך", כך שאין לשון הצהרתו מוכיחה שהוא מתכוון להפסיק את שמירתו לגמרי, הרי אם נסיבות המקרה מוכיחות שזו הייתה כוונתו בהצהרתו, הוא מופטר משמירה לגמרי. דוגמה לדבר: אם החזיק את הנכס במחסן, והיה זקוק למקום שבמחסן למטרה אחרת, כך שבעל הנכס ידע שהתכוון להיפטר לגמרי משמירה¹⁴⁸.

(ב) בשאר סוגי השומרים

במשנה נידון סיום שמירה על ידי הצהרה רק באומן, אולם הפוסקים דנו בכך גם בשאר סוגי שומרים.

שומר חנינם שאומר "טול את שלך", פטור לגמרי מחיוב שמירה גם אם אין הוכחות לשוניות או נסיבתיות כמו אלה שהזכרנו באומן¹⁴⁹. ניתן לנמק את ההבדל בין אומן לשומר חנינם, בכך שאומן הוא שומר שכר, ואפשר שלא התכוון להודיע שהוא מסתלק מן השמירה לגמרי, אלא להודיע רק שהוא חדל להיות שומר שכר; אבל בשומר חנינם, ברור שהתכוון להסתלק משמירה לגמרי. זאת ועוד: דיה להודעה זו שתוריד את אחריות השומר דרגה אחת

¹⁴⁶ ר"ף, ב"מ נ ע"א (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות שכירות, י, ג; סמ"ג, עשה פט (קעג ע"ד); טור, חו"מ, שו, ב; חוקות הדיינים, סימן קצה; הרמ"ך, בשיטה מקובצת, ב"מ צט ע"א; ספר התרומות, שער נ, חלק א, אות ד; פירוש ר' אשר מלוניל (בתוך "שיטת הקדמונים" על הבבות), ב"מ פא ע"א; רא"ש, ב"מ, פרק ו, סימן יז; מאירי, ב"מ פ ע"ב (מפני שמשמעו שיוכל בעל הנכס ליטלו אף בלי לשלם לו את שכרו); פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ו, הלכה ד, אות א; רבנו תם, בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה), סימן קנג; חידושי הרשב"א, קידושין מח ע"א וב"ק צט ע"א; שו"ע, חו"מ, שו, א.

¹⁴⁷ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פא ע"א (אם בעל הנכס הניחו ולא נטלו); חידושי הרמב"ן, ב"מ מט ע"א ("איני שומר מעתה, טול את שלך"); תלמידי הרשב"א, המובאים בבית יוסף, חו"מ, שו, ב (משם הובאו בשו"ת תורת חיים, חלק א, סימן פב, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן עו, בשו"ת כהונת עולם, סימן כג, דף ל ע"א, ועל ידי ר"י סגל, נועם כ, תשל"ח, עמ' קכב); חידושי רבנו קרשקש, גיטין עד ע"ב; "שיטה", בשיטה מקובצת, ב"מ מט ע"א; נימוקי יוסף, ב"מ כט ע"ב, בדפי הרי"ף (על האומר "איני רוצה להתחייב בנכס"), בשם הר"ן (והובא בשו"ת צמח צדק, חו"מ, סימן יז); רמ"א, חו"מ, שו, א; אהלי יהודה (הכהן), ערך שומרים (אם גילה דעתו בפני בעל הנכס שאינו רוצה שיהיה הנכס ברשותו); שו"ת הב"ח, סימן קלח; שו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א; שו"ת מאורות נתן (שפיגלגלס), סימן עו; ש"ך, חו"מ, עד, ס"ק טו (הובא בשו"ת נודע בשערים, אשכנזי, תרכ"ד, סימן סו) (על "איני רוצה לשמור עוד"); באר המלך, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, י, דף מא ע"ג (על כל שומר שכר). ראה מקורות נוספים על מקרה דומה, בהערה ¹⁵⁵.

¹⁴⁸ ר"מ פיינשטיין, "מי שהופקד אצלו פיקדון ואינו מוצא את המפקיד להחזירו", מוריה י, גל' ט"י (אב תשמ"א), עמ' מז. הוא עוסק בשומר שכר ולא דוקא באומן. דוגמה נוספת להוכחה נסיבתית – ראה ליד ציון הערה 152.

¹⁴⁹ תוספות, ב"מ מט ע"א, ד"ה אלא (הובא בספר התרומות, שער נ, חלק א, אות ד, בתומים, עד, ס"ק ח, בתרומת הכרי, סימן רד, בשו"ת מאורות נתן, שפיגלגלס, סימן עו, בשו"ת הב"ח, סימן קלח, בלחם משנה, הלכות מכירה, ז, ג, באמרי הצבי, ב"ק נו ע"א, סימן ח, ס"ק א, ובשו"ת כהונת עולם, סימן כג, דף כט ע"ד); ספר מישרים, נתיב ט, חלק ד, בסופו; שו"ת מהריט"ן, סימן רלד; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן עו (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, שו, הגהות הטור, אות יא, ובלב מבין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, ג).

ולא שתי דרגות. לכן אומן, שהוא שומר שכר, הופך להיות שומר חינום אחרי ההודעה, אבל בשומר חינום, ההודעה פוטרתו לגמרי, משום שזו ירידת דרגה אחת אצלו. לגבי שומר שכר, חוץ מאומן, חלוקות הדעות. יש אומרים שכל שומר שכר דינו כאומן, שאם אמר: "טול את שלך", הוא נשאר עדיין שומר חינום¹⁵⁰. טעמה של דעה זו הוא, כנראה, שההודעה יכולה להוריד את רמת אחריותו רק בדרגה אחת, מאחר שאין הוכחות לשוניות או נסיבתיות שהתכוון להפסיק לגמרי להיות שומר, ולכן הוא נשאר עדיין שומר חינום. אולם יש פוסקים המבדילים בין אומן לשאר שומרי שכר, וסוברים ששומר שכר אחר שאומר "טול את שלך" – פטור לגמרי. טעמם הוא, שאומן שאמר כך – אפשר שלא התכוון להסתלק לגמרי משמירה, אלא להודיע שהוא מוכן שבעל הנכס יטלנו לפני שישלם את שכרו, ואינו מתכוון לעכב את הנכס כביטחון לשכרו. לעומת זאת, בשומר שכר אחר אין לפרש כך את כוונתו, ומכאן ברור שהתכוון להסתלק משמירה לגמרי, ולכן הוא פטור לגמרי¹⁵¹. ואכן, גם אומן, אם כבר קיבל את שכרו, כשאומר "טול את שלך", הוא פטור לגמרי, על פי קו מחשבה זה, שהרי אין לומר שהתכוון רק להודיע שאינו מחזיק בנכס כביטחון לשכרו, אלא ברור שהתכוון להודיע שברצונו להיפטר לגמרי¹⁵². מאידך גיסא, גם בשומר שכר אחר, אם עדיין לא קיבל את שכרו, אפשר שבאמירת "טול את שלך" התכוון רק להודיע שאינו מתכוון לעכב את הנכס עד לקבלת שכרו, ולא התכוון להסתלק בזה משמירתו לגמרי, ולכן דינו עדיין כשומר חינום¹⁵³.

שואל, מאחר שכל ההנאה שלו, אינו מופטר בהודעת "טול את שלך", ופטור רק כשיחזיר את הנכס בפועל לרשות המשאיל¹⁵⁴.

(ג) דרכים שונות של הודעה

כדין האומר: "טול את שלך, ואיני שומר עוד", שפטור לגמרי משמירה, כך דין האומר רק: "איני רוצה לשמור עוד", וכדומה¹⁵⁵.

¹⁵⁰ תשובת הגאונים, הובאה בבית יוסף, חו"מ, קצח, יז (על מוכר שאמר לקונה "תן לי את הכסף כפיקדון עד שאתן לך את הנכס"); מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כ (הובא במעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סימן שסב), בדעת תוספות, ב"מ מט ע"א (ד"ה אלא); שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קכ (פה ע"ג); אגודת אוזב (סוף ספר גדולת מרדכי), סימן שמד; אמרי הצבי, ב"ק נו ע"א, סימן ח, ס"ק א, בדעת התוספות שם; ר"מ פיינשטיין שם, בדעת התוספות שם. כך מוכח גם מרבנו פרץ ומהגהות אשרי (במילואים להערה 149), שאמרו שאומן נשאר שומר חינום מפני שהיה שומר שכר בתחילה*.

¹⁵¹ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מט ע"ב (ד"ה להד"ם); חידושי ר"ע איגר, ב"מ מט ע"א; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כ; המגיה במחנה אפרים שם (הובא באמרי הצבי, ב"ק נו ע"א, סימן ח, ס"ק א), בדעת רש"י; שו"ת פני יצחק (חריף), חו"מ, סימן א, בדעת רש"י, ב"מ פא ע"א; הגהות הרש"ש, ב"מ מט ע"א, כאפשרות בדעת תוספות, ב"מ מט ע"א (ד"ה אלא)*.

¹⁵² פסקי הריא"ז, ב"מ, פרק ו, הלכה ד, אות ג, וקונטרס הראיות, ראה ב; המגיה במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כ*.

¹⁵³ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מט ע"ב (ד"ה להד"ם), כותב ששומר שכר שאמר "טול את שלך" פטור לגמרי אם קיבל כבר את שכרו, ומכאן שאם עוד לא קיבל את שכרו, הוא שומר חינום מהטעם שאומן שומר חינום, כפי שהסברנו בפנים*.

¹⁵⁴ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מט ע"ב (ד"ה להד"ם)*.

¹⁵⁵ מרדכי, גיטין, סימן תכח (הובא בשו"ת פני יצחק, חריף, חו"מ, סימן א, ועל ידי ר"י פופרש, ספר זכרון לר"ח שמולביץ, עמ' שיז); אור זרוע, ב"ק, סימן תסה (הובא בפסקי רקנטי, סימן שסב, ובסם של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן נג); חידושי הר"ן, ב"מ מט ע"א; "שיטה", בשיטה מקובצת, ב"מ מט ע"א; סמ"ק

אם הנכס לא היה ביד השומר, אלא ביד אדם אחר שקיבל אותו מן השומר, ואמר השומר לבעל הנכס: "טול את שלך מידי פלוני", אין השומר מופטר בכך. בעל הנכס יוכל לטעון שאינו מוכן לטרוח ללכת לבקש את הנכס מאותו פלוני, כיוון שאותו פלוני עלול לסרב לתיתו לו, בטענה שאינו בעל דינו, ושאינו מאמין לו שהשומר מוכן שיחזיר את הנכס לבעליו¹⁵⁶. שומר מופטר על פי הודעה רק אם אמר את הדברים לבעל הנכס, או ששלח לו מכתב וידוע שהמכתב הגיע אליו¹⁵⁷. רק אם בעל הנכס יודע על רצון השומר לסיים את השמירה, השומר פטור, משום שבעל הנכס היה צריך ליטול את הנכס ולשמור עליו בעצמו. אבל אם לא ידע על כך, אין לשומר הצדקה להפסיק לשמור על הנכס, כיוון שאם הוא לא ישמור, שום אדם אחר לא ישמור.

(ד) מצבים שהודעה אינה פוטרת

מעמד מיוחד לעניין זה יש לשומר כסף, אם הכסף הופקד בנסיבות המתירות לשומר להשתמש בו ולהחזיר לבעל הכסף כסף אחר במקומו¹⁵⁸. יש אומרים שבשומר כזה אין מועילה אמירת "טול את שלך", אלא השומר חייב באחריות גם אחרי הודעה זו, כיוון שהוא רשאי עדיין להשתמש בכסף¹⁵⁹. אולם יש דעה אחרת, הפוטרת את השומר על אף רשותו להשתמש בכסף, וזאת בנימוק שאי אפשר לחייב אותו להנות מרשות השימוש נגד רצונו¹⁶⁰.

ראינו לעיל, פרק ג, 2-3, שלפי רוב הפוסקים, שומר שהניח את הנכס על הקרקע ליד בעל הנכס, אינו מופטר. למעשה, יש בכך הודעה מכללא שאינו רוצה לשמור עוד, שהרי בוודאי מדובר שם שבעל הנכס יודע על ההחזרה, שאם לא כן בלאו הכי חייב השומר משום שחסרה ידיעת בעל הנכס (ראה פרק ג, 5). אף על פי כן ההודעה אינה פוטרת את השומר. יש בכך קושי: מדוע דינו גרוע מבנידונו, שהשומר השאיר את הנכס בביתו (של השומר) ורק הודיע לבעל הנכס שהוא רוצה להיפטר מהשמירה, ודי בכך כדי לפטרו? נראה שהפתרון לקושי זה הוא על פי העיקרון, שאף על פי שההודעה לבעל הנכס פוטרת את השומר משמירה, מכל מקום הוא עדיין חייב אם הוא מזיק לנכס¹⁶¹, שהרי גם אדם זר, שאינו שומר, שמזיק לנכס,

מצורף, מצווה רנא (עמ' עד), ליקוטים מס' 144 (אפילו הניח את הבית פתוח); ניקוקי יוסף, ב"מ כט ע"ב

(בדפי הרי"ף); שו"ת גבול בנימין, סימן מז.

¹⁵⁶ שו"ת מהריט"ץ, סימן רלד.

¹⁵⁷ שו"ת בית יהודה (עייאש), חו"מ, סימן ב (עג ע"ג). הטעם אינו מופיע בדבריו. הוא נוקט שהשומר יודע בברור שהמכתב הגיע לבעל הנכס, אבל אם השומר לא ידע זאת, מי מסלק אותו משמירה? כוונתו היא שאם אינו יודע על כך, מספק לא יוכל להפסיק לשמור. אך נראה שאם לא שמר, פטור אם התברר אחר כך שהמכתב אכן הגיע.

¹⁵⁸ לפי הכללים שראינו בסעיף 1(א), פרק ד, 3.

¹⁵⁹ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תשכז, הובא בבית יוסף, חו"מ, עד, מחודש ב, בשם "מצאתי כתוב" (ומשם הובא בשו"ת גבול בנימין, סימן מז, בבית אברהם, ישראל, חו"מ, עד, א, דף קעה ע"ב, ובשו"ת מהריט"ץ, סימן רלד); סמ"ע, עד, ס"ק ט (הובא על ידי ר"י פופרש, ספר זכרון לר"ח שמולביץ, עמ' שטו), והגהות דרישה ופרישה, חו"מ, עד, ס"ק ב (מפני שבעל הכסף הראה שאינו צריך את הכסף עכשו, כך שהשומר יכול להשתמש בו).

¹⁶⁰ דרכי משה, חו"מ, עד, ס"ק ב; בח, חו"מ, עד, ה; ש"ך, חו"מ, עד, ס"ק טו; שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן יז; ט"ז, חו"מ, עד, ג. על סברת הסמ"ע, בהערה 159, משיב הט"ז, שאין ללכת אחר דעת בעל הנכס אלא אחר דעת השומר שאמר שאינו רוצה לשמור.

¹⁶¹ מאירי, ב"מ מט ע"א (ד"ה זה). נידונו: מוכר שקיבל "מי שפרע" ואמר לקונה: "טול מעותיך חזרה". הוא נוקט שחייב בסוג פשיעה שהוא מזיק בידיים, ולא פירט דוגמאות.

חייב. והרי אם השומר מניח את הנכס בקרקע ברשות הרבים, הוא מזיק לנכס, שכן ברשות הרבים עלולים כל מיני פגעים לקרות לנכס¹⁶². ואף על פי שבעל הנכס עומד בסמוך לשם, אין זה משנה, משום שבעל הנכס אינו צריך לדאוג לנכס כשמישהו מזיק לו¹⁶³. מן הראוי להדגיש שאין אמירת "טול את שלך" מועילה אלא במצב שהשומר זכאי להחזיר את הנכס בעל כרחו של בעל הנכס, ולא, לדוגמה, בפיקדון שזמנו קצוב, ועדיין לא הגיע סוף הזמן¹⁶⁴.

(ה) קבעו פגישה להחזרת הנכס ונתבטלה
 ההפטר של האומר "טול את שלך, ואיני רוצה לשמרו עוד" נוהג במקרה שהנכס היה ביד השומר כשנפגש עם בעל הנכס ואמר לו כך¹⁶⁵, או שהנכס היה בביתו, במקום ההפקדה¹⁶⁶. כאן השומר פטור, משום שבעל הנכס הזיק לעצמו בזה שסירב לקחת את הנכס, וסירובו לא היה מוצדק, שכן מוטל על בעל הנכס ללכת לקבל את הנכס במקום ההפקדה. אולם אם לא הציע השומר לבעל הנכס לקחת את הנכס מביתו (כגון שלא היה בביתו, או מסיבה דומה), אלא השומר הציע לו שיביא לו את הנכס, ובשעת ההצעה לא היה הנכס מזומן ביד השומר להחזירו, ואחר כך כשהביא השומר את הנכס למקום שדיברו תחילה, לא נכח בעל הנכס במקום, הדין שונה. אין למצוא פסול בהתנהגותו של בעל הנכס, כאילו סירב לקבל את הנכס, שהרי בעת הודעת השומר שהוא מתכוון להחזיר את הנכס, לא היה ביכולתו לבצע זאת, ולא היה מוטל על בעל הנכס להמתין שם עד שהשומר יביא לו את הנכס, ולכן אין השומר פטור¹⁶⁷. נחלקו הפוסקים לגבי מקרה שבעל הנכס הוא זה שביקש מהשומר להביא את הנכס למקום מסוים, ועשה השומר כן, אלא שבינתיים הסתלק בעל הנכס מהמקום – האם עדיין נשאר השומר אחראי לנכס? לדעת הסמ"ע, מאחר שהראה בעל הנכס שהוא מעוניין בהחזרת הפיקדון לידו, הופטר השומר, שהרי זה כאילו שלח בעל הנכס שליח לקבל את פקדונו מיד השומר¹⁶⁸.

¹⁶² ר"מ פיינשטיין, "מי שהופקד אצלו פיקדון ואינו מוצא את המפקיד להחזירו", מוריה י, גל' ט"י (אב תשמ"א), עמ' מז. אך אור זרוע, ב"ק, סימן תסו, כותב שמי שאינו שומר, וזקק נכס של חבריו במקום הפקר, פטור, שזה לא נחשב מזיק, מפני שכשבעל הנכס ישמע, יבוא לשמור עליו.

¹⁶³ הסבר זה קשה, שכן אור זרוע ומרדכי (שהובאו בהערה 155) פטרו שומר שאמר "איני שומרו עוד" גם אם הניח את הנכס בפני בעל הנכס ברשות הרבים. אפשר שהם חולקים על הפוסקים שהובאו בפרק ג, וסוברים שהנחה בפני בעל הנכס ברשות הרבים פוטרת בלי אמירה (וכך הדעת נותנת, שכן גם בלי אמירה ברור לבעל הנכס שהשומר רוצה להיפטר, אם מניחו בפניו).*

¹⁶⁴ ש"ך, חו"מ, עד, ס"ק טז.

¹⁶⁵ אור זרוע (שיובא בהערה 167) נוקט שפטור אם הנכס מזומן בידו.

¹⁶⁶ אור זרוע שם נוקט שפטור אם הניח את הנכס בביתו. כמו כן, ערוך השולחן, חו"מ, רצג, ב, מסייג את החיוב של הפוסקים בהערה 167, בכך שאם אמר לבעל הנכס לבוא לביתו (של השומר), מקום ההפקדה, ליטול את הנכס, פטור. אך לשונו אינה ברורה, שבתחילה נקט שפטור "במקום שהפקיד אצלו" ואחר כך נקט "בביתו של השומר".

¹⁶⁷ הראב"ה, באור זרוע, ב"ק, סימן תסה (הובא במרדכי, גיטין, סימן תכח, בדרכי משה, חו"מ, סימן קכ, ס"ק ב, וסימן רצג, ס"ק א, בש"ך, חו"מ, קכ, ס"ק ג, בים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן נג, בספר לחקרי הלכות, סימן א, עמ' ז, ובמעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סימן ססב); רמ"א, חו"מ, רצג, א.*

¹⁶⁸ סמ"ע, רצג, ס"ק ג. כך פסק גם שו"ת ר' משה מרוטנבורג, או"ח, סימן יא, דף יב ע"ד (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רצג, ס"ק א, וסימן שמג, ס"ק א). ערוך השולחן, חו"מ, רצג, ב, כותב שפטור כאן גם אם הוא תוך זמנו, כיוון שבעל הנכס פטר אותו. אך הסמ"ע נקט שמדובר בפיקדון בלי זמן קצוב; וגם ר' משה מרוטנבורג שם פטר רק אם אין זמן קצוב (ראה הערה 169).

זאת ועוד: מאחר שבעל הנכס אמר לשומר להביא לו, הרי זה כאילו קבע לו זמן, שישמור רק עד שיביא את הנכס למקום שקבע, ובוזו פטר את השומר מחיוב שמירתו אחרי זמן זה, ולכן כשהביאו, הופטר משמירתו אף שהלך לו בעל הנכס¹⁶⁹. לעומת זאת, הלבוש מחייב את השומר גם אם בעל הנכס הוא שהציע לשומר להחזיר לו¹⁷⁰. לדעתו, אין להשוות מקרה זה לשומר שמוסר לשליח של בעל הנכס, ששם הוא פטור משום שמשגהגיע הנכס ליד שלוחו, הרי זה כאילו הגיע ליד בעל הנכס, שהרי שלוחו של אדם כמותו, אבל בנידוננו עדיין לא יצא הנכס מרשות השומר¹⁷¹. הלבוש גם אינו מקבל את הנימוק השני, שיש לראות את אמירת בעל הנכס כאן כקביעת זמן לסיום השמירה. כנראה, הוא סבור שמאחר שבעל הנכס ביקש מהשומר להביא לו את הנכס, יש להניח שהוא מוכן לפטור את השומר רק אם יביא לו את הנכס, ולא בהגעת מועד מסוים בלבד.

4. שומר שגמר את טיפולו בנכס ולא הודיע לבעליו

הפוסקים דנים בשאלה, האם יופטר שומר משמירה אם גמר את הטיפול שלמענו הופקד אצלו הנכס, אלא שלא הודיע על כך דבר לבעל הנכס? האם סיום הטיפול בנכס נכנס בגדר "כלתה שמירתו"? הכוונה היא למקרה שלא נקצב זמן לטיפול, שאילו אם נקצב זמן, ועבר הזמן, יש לפטור משום שכלה זמנו, כפי שראינו בפסקה 2, משום שבעל הנכס יודע שעכשו סיים השומר את שמירתו. אבל אם לא נקצב זמן, אין בעל הנכס יודע שסיים את טיפולו. יש דוגמאות אחדות לדבר:

(א) אומן שגמר את המלאכה שקיבל על עצמו לעשות לתיקון הנכס וכיוצא בזה, ולא הודיע על כך: נחלקו הפוסקים בדינו. יש אומרים, שמאחר שלא הודיע, הוא נשאר שומר שכר¹⁷², מפני שבעל הנכס טוען כלפיו: "אילו הודעת לי שאינך רוצה לשמור עוד, הייתי נוטל את הנכס ושומר אותו בעצמי, ומאחר שבשתיקתך מנעת ממני את האפשרות לשמור, מוטלת חובת השמירה עליך"¹⁷³. אולם אחרים אומרים, שמאחר שגמר את מלאכתו, כלתה שמירתו, והוא רק שומר חנם¹⁷⁴. גם לדעה הראשונה, אם בעל הנכס יודע שהאומן גמר את המלאכה, האומן

¹⁶⁹ נתיבות המשפט, רצג, ס"ק א (הובא בערוך השולחן, חו"מ, רצג, ב). גם ר' משה מרוטנבורג שם הסביר כך, ולכן כתב שאם מראש היה זמן קבוע לשמירה, לא הופטר בכך, מפני שבזה אין לומר שהוא כאילו קבע עכשו זמן לסיום, שהרי כבר נקבע זמן אחר לסיום. הוא כותב אחר כך שאומן, אחרי שכלה זמנו, הוא שומר חנם (והוא מתייחס לשני המקרים בשווה), ומשמע מדבריו שגם במקרה שבפנים ימשיך להיות שומר חנם גם אחרי שאמר לו בעל הנכס לתת לו.

¹⁷⁰ לבוש, חו"מ, רצג, א. כך פסקו גם חידושי הגרשוני, רצג, א, וקצות החושן, רצג, ס"ק א.

¹⁷¹ קצות החושן, רצג, ס"ק א. ראה ליד ציון הערה 78, על שליח.

¹⁷² שו"ת מהריט"ץ, סימן קפד (הובא בפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג, דף קטז ע"ב, בשמחת עולם, חו"מ, שו, ב, ובשו"ת ימי יוסף בתרא, חו"מ, סימן לא); גידולי תרומה, שער מו, חלק ג, אות ז; שמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן קצה, בדעת הרמב"ם ובדעת חוקות הדיינים; מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ז (הובא בדברי משפט, סימן קפו, א, וסימן רלב, כא); המהדיר לשו"ת דברי רננה, סימן ו, הערה יז, בדעת חידושי הריטב"א החודשים, ב"מ פא ע"א (ד"ה אס), ובדעת פירוש רבנו אשר מלוניל שם (ב"שיטת הקדמונים", על הבבות); שער משפט, קפו, ס"ק א, בדעת הרמב"ם והטור.*

¹⁷³ מחנה אפרים שם. על פי זה הוא מחייב אותו כשומר שכר גם אם כבר קיבל את שכרו, כך שאין לו הנאה מזה שתופס את הנכס כביטחון לשכרו.

¹⁷⁴ שו"ת מהר"ש צרור, סימן טז; שמו משפט שם, בדעת חידושי הרשב"א, קידושין מח ע"ב וב"ק צט ע"א; שו"ת דברי רננה, סימן ו (עמ' כד).*

שומר חינום אף על פי שלא אמר דבר לבעל הנכס¹⁷⁵, מפני שאז אין בעל הנכס יכול לטעון את הטענה האמורה.

(ב) שואל ששאל נכס לשם שימוש מסוים, וגמר את השימוש, אך לא הודיע על כך לבעל הנכס: כאן קיימת מחלוקת דומה לזו שבאומן. יש אומרים שמאחר שלא הודיע, הוא נשאר שואל¹⁷⁶, ויש אומרים שאינו נשאר שואל, אלא הוא שומר שכר¹⁷⁷. אך אין בהכרח חפיפה בין דין אומן לדין שואל. גם אם אומרים שאומן שגמר את מלאכתו לא כלתה שמירתו, אפשר לומר ששואל שגמר את השימוש, נפסק חיובו באונס בתור שואל, משום שאין בעל הנכס יכול לטעון כלפי השואל את הטענה שהזכרנו: "אילו ידעתי, הייתי שומר בעצמי", שהלא אי אפשר לשמור מפני אונס¹⁷⁸.

(ג) ראובן נתן לשמעון ארנק להעבירו בשער העיר, ולהחזירו לו מיד אחר כך, משום שהייתה סכנה מסוימת דווקא בשער העיר: נפסק, שאחרי שהעביר אותו בשער העיר הוא פטור משמירה, משום שקיבל אותו מראובן רק כדי להעבירו בשער העיר, על דעת שמיד אחר כך יטלנו ראובן ממנו בחזרה¹⁷⁹. זאת גם אם לא הודיע שמעון לראובן על סיום ההעברה.

(ד) שומר שתפקידו היה להוביל את הנכס ולתת אותו לאדם פלוני במקום אחר: ברגע שמוסר השומר את הנכס לאדם המיועד, מופטר השומר משמירתו¹⁸⁰, ומן הסתם הדין כך גם אם לא ידע בעל הנכס שהוא סיים את משימתו.

5. סיום השמירה על ידי נזק שקורה לנכס

(א) נגנב הנכס והחזירו הגנב לבית השומר
שאלת סיום השמירה על ידי נזק שקורה לנכס עלתה במשפט העברי לעניין מקרה שנגנב הנכס

¹⁷⁵ פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (קטו ע"ד); שו"ת ימי יוסף בתרא, חו"מ, סימן לא. פרי האדמה משווה זאת לדין ששומר שכר לזמן קצוב, ועבר זמנו, הוא שומר חינום מפני שבעל הנכס יודע שכלתה שמירתו (ליד ציון הערה 135).

¹⁷⁶ נתיבות המשפט, קפו, ס"ק ב (בשואל או שוכר בהמה לחרוש שדה פלונית, וגמר); מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ז (הובא בדברי משפט, עב, ס"ק ג), בדעת רש"י, ב"מ פא ע"א; שער משפט, קפו, ס"ק א, בדעת רש"י שם ובדעת הסמ"ע; ישועות ישראל, עב, ס"ק ד (ואף על פי שעכשו אינו משתמש, הנאתו ממה שהשתמש בתחילה, מחייבת אותו למשך כל השמירה).

¹⁷⁷ שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שפח (אם השאיל נכס לשימוש עד שיגיע למקום פלוני, והגיע לשם); שו"ת דברי רננה, סימן ו, עמ' כד (על שואל אתרוג בסוכות למצווה, וגמר לברך עליו ו"ליטלו").

¹⁷⁸ מחנה אפרים שם (הובא בבית נבונים, שער ה, פרק יז, דף צה ע"א). דברי משפט, קפו, א, מביא נימוק זה בשמו בנוסח קצת שונה: פטור מאונס מפני שגם אילו הודיע, ובעל הנכס היה נוטל, האונס היה קורה; ועל פי זה כתב שאם קרה אונס שלא היה קורה אילו היה ביד המשאיל, חייב השואל.

¹⁷⁹ רשב"ץ, המובא בבית יוסף, חו"מ, רצא, יח (ומשם בשו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קנז, וחלק ג, סימן פז, בשו"ת תורת חיים, חלק א, סימן צ, ובשו"ת זרע אברהם, יצחקי, חו"מ, סימן כג).

¹⁸⁰ כך עולה משו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קלג (והוא סימן קלב במהד' שלוניקי, מפני ששם חסרה תשובה קלג, ובדפוסינו חסרה תשובה קלב; הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, פג, הגהות בית יוסף, אות ז, ובשו"ת מהר"י לבית לוי, סימן עח), שאומר שהמוביל פטור אף אם לא מסר לאותו פלוני אלא לאשתו הנושאת ונותנת בבית; אלא שאם זו אשה שאינה נושאת ונותנת בבית, לא הופטר השומר אם מסר לה, או לשאר בני ביתו של אותו פלוני, מפני שייתכן שפלוני המקבל רוצה לעשות בנכס דבר מיוחד, ובוודאי בעל הנכס מקפיד שהשליח-השומר יביא אותו לפלוני דווקא; ולמד זאת מהדין שאם החזיר לבני ביתו של בעל הנכס, חייב — ראה ליד ציון הערה 100.

באופן שהשומר אינו אחראי על הגנבה (שומר חנם – כששומר את הנכס באופן שאין בו רשלנות; שומר שכר – באופן ששומר היטב, ונגנב ממנו הנכס באונס¹⁸¹), והחזירו הגנב לבית השומר. יש אומרים שאין השומר אחראי עוד בשמירה, מפני שכלתה שמירתו ברגע שנגנב הנכס באופן שאינו בתחום אחריותו. אף על פי שאחר כך חזר הנכס לרשותו, אין זה מחייב אותו בשמירה, משום שלשם כך דרושה יצירת הסכם שמירה חדש עם בעל הנכס. משום כך הוא פטור גם אם פשע אחר כן¹⁸².

אולם אחרים אומרים שאין לראות בגנבה זו סיום השמירה, אלא חיוב השמירה נמשך. אמנם כשהנכס ביד הגנב השומר אנוס ואינו יכול לשמור, ולכן אינו חייב על מה שקורה לנכס ביד הגנב¹⁸³, אבל כשהנכס מוחזר לו, הוא חייב לשמור כבתחילה¹⁸⁴.

אפשר ששאלה זו תלויה בדרך הגדרתו של חיוב שומר. דרך אחת להגדיר היא, שבעת ההפקדה חל עליו חיוב להחזיר את הנכס או את דמיו, אלא שאם קורה נזק שאינו בתחום אחריותו, הוא פטור משום שבכך שניזק הנכס באופן זה, רואים כאילו החזיר את הנכס לבעליו. אם כן, בנידוננו, כשהנכס נגנב באופן שאינו בתחום אחריותו השומר, הרי זה כאילו החזיר את הנכס לבעליו, וכלתה שמירתו, וכדי לחייבו אחר כך בשמירה כשהגנב מחזיר לו, צריך לעשות הסכם שמירה חדש. לעומת זאת, יש דרך אחרת להגדיר את חיוב השומר, והיא, שבעת ההפקדה אין על השומר שום חיוב, אלא שאם קורה נזק שהוא בתחום אחריותו, חל עליו חיוב תשלומין. לפי דרך זו, הסיבה שהשומר פטור כשקורה נזק שאינו בתחום אחריותו, אינה משום שרואים כאילו החזיר, אלא משום שמעולם לא חל עליו חיוב. לכן בנידוננו אפשר שהשמירה נמשכת גם לאחר שנגנב הנכס, משום שאין רואים זאת כאילו החזיר השומר את הנכס לבעליו¹⁸⁵. גם לדעה הראשונה, אמנם נפסקה השמירה הראשונה, אבל אם בעל הנכס אינו יודע שהגנב החזיר אותו לבית השומר, הנכס מוגדר כאבדה, ולכן חל על השומר חיוב כשומר אבדה¹⁸⁶.

¹⁸¹ מנחת חינוך, מצווה נו (פד ע"ד), ופני יהושע, ב"ק קח ע"ב, כותבים שהספק בתלמוד, ב"ק קח ע"ב, בעניין זה, היא בשומר חנם ובשומר שכר.*

¹⁸² רמב"ם, הלכות שאילה, ה, ו (הובא בסמ"ק מצורף, מצווה רנא, עמ' עה, ובקובץ שיעורים, ב"ב, סימן תרנח), כותב שמספק פטור. גם מאירי, ב"ק שם, ר' ברוך מארץ יוון, ב"ק שם, ספר ההשלמה, ב"ק, פרק ט, סימן יג, עץ חיים (חזן), חלק ג, עמ' קעא, וים של שלמה, ב"ק, פרק ט, סימן נח, כתבו שהסוגיה שם נשאת בספק, ולפי זה השומר פטור מספק.*

¹⁸³ נקודה זו הדגיח חידושים ובאורים (גריינימן), ב"ק, סימן ד, ס"ק יד.

¹⁸⁴ קצות החושן, רצד, ס"ק ז, בדעת הרי"ף, הרא"ש והטור (שלא כתבו דין זה, מפני שפשוט להם שלא הופטר השומר); חידושי ר"ע איגר, חו"מ, שה, ב, וחידושי ר"ע איגר, ב"ק שם, בדעת הרא"ש והטור; פני אריה (יפה), קט, א (בדעת הפוסקים שהשמיטו); תורת השלמה, על ספר ההשלמה, ב"ק שם, בדעת הרי"ף, הרא"ש והטור; דבר משה (רוזמרין), ב"ק שם, סימן תב, בדעת רש"י; פני יהושע, ב"ק שם, בדעת הרי"ף, הרא"ש והטור; חזון איש, חו"מ, סימן ה, ס"ק ד, בדעת הרי"ף, הרא"ש והשולחן ערוך; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לה, בדעת הרי"ף והרא"ש; תהילה לדוד, חו"מ, סימן קלו (לסימן רצד), בדעת הרי"ף והרא"ש.*

¹⁸⁵ קצות החושן, רצד, ס"ק ז. בשאלה האם חיוב שומר הוא משעת ההפקדה, ראה סעיף 5, במילואים להערה 98. קצות החושן הסביר שהראשונים הולכים לשיטתם: הרי"ף, הרא"ש והטור סוברים (בסעיף 5 שם), שחיוב שומר הוא משעת הנזק, ולכן סוברים שכאן לא כלתה שמירתו, ואילו הרמב"ם פוטר (מספק) מפני שהוא סובר (סעיף 5 שם) שחיוב שומר הוא משעת ההפקדה.*

¹⁸⁶ דברי חיים, דיני שומרים, סימן יד; שאילות משה (רוזין), חו"מ, סימן סב, אות ד; תהילה לדוד שם. הם מסבירים שמה שהסוגיה לא אמרה שחיוב מטעם שומר אבדה, הוא משום שהסוגיה עסקה במקרה שבעל הנכס ידע על החזרה, שאז בוודאי אינו שומר אבדה (שאילות משה נקט שאז זו אבדה מדעת; ראה בשמו בסעיף 1(א), במילואים להערה 265).

יש להדגיש, שבשאר המקרים בפרק ד, ש"כלתה שמירתו" של השומר, אין לחייבו כשומר אבדה, מפני שבעל הנכס יודע שהנכס עדיין בבית השומר, ורק כאן יש מקום לומר שהוא חייב כשומר אבדה, מפני שאפשר שבעל הנכס אינו יודע שהנכס חזר לשומר. כדין נכס שנגנב והוחזר, כך דין נכס שאבד באונס באופן שהשומר לא היה יכול למצאו, ואחר כך חזר מעצמו, כגון בהמה שאבדה וחזרה בעצמה¹⁸⁷.

כל האמור עד כאן הוא כשהנכס נגנב באופן שאינו בתחום אחריותו של השומר. אז יש מקום לומר שרואים בזה כאילו החזיר השומר את הנכס לבעליו, ולכן כלתה שמירתו (לדעה הראשונה). אולם אם נגנב הנכס בפשיעה, כך שהשומר חייב על הגנבה, והחזירו הגנב לבית השומר, השמירה נמשכת, משום שאין לראות בגנבה זו כאילו החזיר השומר את הנכס, שהלא הוא חייב לשלם עליה. נפקות מכך תהיה במקרה שהנכס התייקר בינתיים: אילו היינו מחייבים אותו רק על הגנבה המקורית, היה די שישלם כערכו אז (כפי שראינו לעיל¹⁸⁸), ששומר משלם כערך הנכס בשעת הנוק גם אם התייקר אחר כך), ואילו עכשו שאנו אומרים שהוא ממשך להיות שומר, הרי אם יאבד הנכס אחר כך בפשיעה נוספת שלו, ישלם כערכו הגבוה שבשעת האבדן¹⁸⁹.

(ב) נמצא הגנב ואפשר לתבעו לדין ביטוי אחר לסיום השמירה עקב נזק שקרה לנכס הוא לעניין חובת השומר לתבוע גנב שנגנב ממנו את הנכס. מדובר שהנכס נגנב בנסיבות שהשומר פטור בהן, ונמצא הגנב. לעיל¹⁹⁰ ראינו שמוטלת חובה על השומר לתבוע גנב זה, ואין אומרים שכלתה שמירתו מחמת עצם הגנבה. גם לדעה שראינו בפסקה (א), שכלתה שמירתו לעניין זה שאם החזיר לו הגנב את הנכס אינו חייב לשמור עליו, בכל זאת מוטל עליו לתבוע את הגנב כדין¹⁹¹. יש לכך שני הסברים אפשריים: א) משום חיוב השבחה¹⁹², היינו שהחיוב כאן הוא תוצאה מחיוב השמירה שמקודם, שמחמתו הוא חייב להשיב את הנכס לבעליו, והוא פטור משמירה רק מכאן ולהבא¹⁹³; ב) משום חיוב השבת אבדה¹⁹⁴.

אולם אם כבר נשבע השומר שהנכס נגנב ממנו בנסיבות פטורות, הרי אם הוא שומר חינוס, הוא מופטר בכך מלתבוע את הגנב, ואם הוא שומר שכר הוא עדיין חייב¹⁹⁵. ההבדל כאן בין

¹⁸⁷ חידושים ובאורים (גריינימן), ב"ק, סימן ד, ס"ק יג.*

¹⁸⁸ כפי שראינו בסעיף 5, פרק ב, 1.

¹⁸⁹ מצמצא, פהלקנת גנבה, ד, ה (ד"ה ואחר).*

¹⁹¹ חידושי הראב"ד, ב"ק קח ע"ב; תורת השלמה, על ספר ההשלמה, ב"ק שם, בדעת הרמב"ם וההשלמה; ראשית ההשלמה, על ספר ההשלמה שם, בדעת הרמב"ם וההשלמה; ערוך השולחן, חו"מ, רצד, ט, בדעת הרמב"ם; פני יהושע שם, בדעת הרמב"ם; המהדיר לפסקי הרי"ד, ב"ק שם, הערה 183, בדעת הרמב"ם.*

¹⁹² ברכת אברהם, ב"ק, מהדורא תניינא, קח ע"ב, בדעת הרמב"ם.*

¹⁹³ טבעת החושן, רצד, על קצות החושן, ס"ק ז. אך הוא מעיר שלפי קצות החושן, שם, ס"ק ד, שאין חיוב השבחה בשומר (ראה הערה 258), אי אפשר להסביר כך.

¹⁹⁴ ר"א הורביץ, בפד"ר, כרך ט, עמ' 57, בדעת הרמב"ם. הוא נוקט שחייבוהו חכמים מדין השבת אבדה לטרוח עם הגנב, אף על פי שגם בעל הנכס יכול לטרוח. הוא מוסיף שבשומר שכר, מאחר שקיבל שכר עבור השמירה, יש עליו חיוב מיוחד לתבוע.

¹⁹⁵ ב"ק קח ע"ב; רמב"ם, הלכות שאילה, ת, ו; אור זרוע, ב"ק, סימן תכח, בשם אבי עזרי; תשובות רש"י, סימן פ (על שומר שכר); שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנד (על שומר חינוס); סמ"ג, עשה פח, בסופו; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ב; סמ"ק מצורין, מצווה רנא, עמ' עה (אך לא כתב בפירוש שמדובר שנשבע); טור, חו"מ, סימן רצד, י"א, וסימן שה, ב; שו"ע, חו"מ, סימן רצד, ו, וסימן שה, ב, ושו"ת אבקת רוכל, סימן קלט (ששומר שכר חייב).*

שומר חנינם לשומר שכר מבוסס על העיקרון הכללי, שמאחר ששומר שכר מקבל שכר, מוטלת עליו חובה לטרוח בשמירה יותר משמוטל על שומר חנינם, כפי שראינו בדיונו בסעיף 2(ב)¹⁹⁶. הסבר פרטני יותר להבדל זה הוא, ששמירת שומר חנינם כלתה ברגע שנשבע, מה שאינו כן בשומר שכר. זאת משום ששומר שכר צריך לטרוח ולחפש את הגנב עד שימצאו, וכל זמן שהוא יכול לטרוח ולמצאו, אין זה אונס, ושומר שכר חייב במה שאינו אונס; והשבועה שנשבע אינה פוטרתו לגמרי, אלא פוטרתו רק מלשלם לאלתר, ועדיין לא כלתה שמירתו, אלא הוא עדיין חייב לטרוח בחיפושיו. לעומת זאת, בשומר חנינם, כלתה שמירתו משנשבע, מפני שבזמן השבועה לא הייתה פשיעה, ואין אומרים שהיה חייב לטרוח אחריו עוד לפני שהוכר הגנב, היינו לפני שנשבע וכלתה שמירתו, מפני שהתורה לא הטילה טרחה כזאת על שומר חנינם, שהרי זו טרחה יתרה לחפש גנב. רק אם הוכר הגנב לפני שנשבע (כשעדיין לא כלתה שמירתו), הוא חייב לתבעו, מפני שהתביעה אינה טרחה יתרה¹⁹⁷.

שבועה פוטרת שומר חנינם רק אם נשבע לפני שהוכר הגנב, אבל אם נשבע אחרי כן (מזמתו, שהלא בית הדין לא יטיל עליו להישבע אלא לתבוע את הגנב), לא יופטר מחובתו לתבוע את הגנב¹⁹⁸.

שומר חנינם שנשבע – פטור מלתבוע את הגנב גם אם התנה (אחרי הגנבה) שיהיה חייב לתבוע את הגנב אם יוכר אחרי שנשבע. אף על פי שהתנאה מועילה להחמיר את אחריותו של שומר¹⁹⁹, הרי זה רק אם הוא כבר חייב בשמירה על הנכס, ובאמצעות תנאי זה הוא מחייב את עצמו באחריות מוגברת, אבל כאן הרי כשנשבע, כלתה שמירתו, ונמצא שעכשו הוא מבקש ליצור חיוב חדש לאחר שכלתה שמירתו. בכך הוא דומה לאדם שמתנה להתחייב לאחר שלושים יום, שהדין לגביו הוא שהוא יכול לחזור בו עד אז. גם אם התנה להתחייב בזה לאחר שכבר הוכר הגנב, אין ההתנאה מחייבת, משום שחיוב שמירה צריך להיות על חפץ, שהרי הוא אינו חיוב ממון ערטיילאי בעלמא, ולכן אינו יכול לחול על חפץ שאינו ברשות בעליו, כגון חפץ זה שבעליו אינו יכול למכרו כיוון שהוא בידי הגנב²⁰⁰.

גם אם לא נשבע שומר החנינם, אם בעל הנכס פטר אותו מחובת השבועה, הרי זה כאילו נשבע לפני שהוכר הגנב, והוא פטור מלתבעו²⁰¹. אולם זאת דווקא אם פטר אותו משבועה לפני שהוכר הגנב. אבל אם פטר אותו משבועה רק אחרי שהוכר הגנב, השומר עדיין חייב לתבעו²⁰², שהרי אפילו נשבע בפועל ואחר כך הוכר הגנב, לא הופטר מחובת התביעה, כאמור. מצד שני, גם שומר חנינם שנשבע לפני שהוכר הגנב, חייב לתבעו אם המצב הוא שבעל

¹⁹⁶ ר' יונתן מלוניל, ב"ק שם (ששומר חנינם פטור מפני שלא נהנה מהשמירה); חידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש, ב"ק שם (כיוון ששומר שכר מקבל שכר, צריך לטרוח כל מה שיכול לטרוח); ים של שלמה, ב"ק, פרק ט, סימן נו (מפני שעל דעת זה מקבל שכר, שיטרח בכל יכולתו אם אין לו נזק מזה); תורת חיים, ב"ק שם (ששומר חנינם פטור מפני שכלתה שמירתו, מה שאינו כן שומר שכר, שהוא חמור יותר); אשל אברהם (ניימרק), ב"ק שם (ששומר שכר צריך לטרוח יותר, כמו שצריך להוציא הוצאות להציל – סעיף 6, פרק ד); שאילות משה (רוזין), חו"מ, סימן סט, אות ד.*

¹⁹⁷ הרמ"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק שם.*

¹⁹⁸ שושנת יעקב, רצד, ס"ק ג; חזון איש, חו"מ, סימן ח, ס"ק ג, בדעת הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש.*

¹⁹⁹ כפי שנראה בסעיף 14, פרק ג.

²⁰⁰ חזון איש, חו"מ, סימן ח, ס"ק ה.*

²⁰¹ פתחי חושן, פרק ב, הערה כה. כך מוכח גם משו"ת בית יעקב (ציוזמיר), סימן ח.

²⁰² ערך ש"י, חו"מ, רצד, ו.

הנכס עצמו אינו יכול להוציא את הנכס מן הגנב, ורק השומר יכול. כאן הוא חייב לתבוע משום השבת אבדה²⁰³.

שומר שכר חייב לתבוע את הגנב גם אם עדים מעידים שהגנב גנב ממנו את הנכס באונס²⁰⁴. שומר השכר אינו רשאי לדרוש מבעל הנכס שכר נוסף עבור טיפולו בתביעת הגנב, משום שחייב התביעה הוא חלק מחיוב השמירה שלו, ולכן השכר עליו כלול בשכר שקיבל על השמירה בכלל²⁰⁵.

(ג) אחריות השומר על שאריות הנכס

השואל נכס, ונשבר, יש אומרים שהוא עדיין חייב באחריות אונס על השברים²⁰⁶. אולם יש אומרים שהוא אחראי על השברים רק כשומר שכר²⁰⁷, מפני שעכשו שנשבר הנכס, והשואל אינו יכול להשתמש בו, הרי זה כאילו כלה זמנו, וכפי שראינו לעיל, פרק ד, 2, שואל שכלה זמנו הוא שומר שכר²⁰⁸. השיטה הקודמת תוכל להשיב על טיעון זה, שדווקא אם כלה הזמן שנקבע מראש, הוא חָלַל להיות שואל, משום שבעל הנכס יודע שכלה זמנו, מה שאינו כן כאן, שבעל הנכס אינו יודע שהנכס נשבר ושכבר אי אפשר להשתמש בו. ואכן ראינו בפסקה 4, שפוסקים נחלקו בעניין שואל שגמר את שימושו בנכס ובעל הנכס אינו יודע על כך, בשאלה האם הוא ממשיך להיות שואל.

נראה שלפי הדעה השנייה, השוכר נכס ונשבר, נעשה שומר חנים על השברים. כך דין שוכר שכלה זמנו (פרק ד, 2), והרי דעה זו משווה מקרה שהנכס נשבר למקרה שכלה הזמן, כאמור.

כל האמור הוא במצב שקרה לנכס נזק בלתי הפיך. אולם אם קרה נזק שאפשר לתקנו,

²⁰³ אבני החושן, רצד, ס"ק ה. רח"א מילר העיר, שמאחר שזה רק מטעם השבת אבדה, ולא חיוב ממוני, אם לא תבע, רק ביטל מצווה, ואילו שומר שכר חייב לתבוע מעיקר הדין (ויכול לחייבו בבית דין לתבוע), ויש לו עליו תרעומת, ואולי לרש"י (ראה סעיף 6, ליד ציון הערה 49) אף חייב לשלם לפני התביעה.

²⁰⁴ שושנת יעקב, רצד, ס"ק ד (בנימוק שגם כאן תקף הטעם של הרמ"ה בהערה 197); בית יעקב, רצד, על הש"ן, ס"ק ט (שגם כאן תקף הטעם של הרמ"ה, שמאחר שיכול לתבוע אינו אונס); ערוך השולחן, חו"מ, רצד, ח; אולם המשפט, רצד, ו (שמוכח מהסוגיה שאפילו יודע שנאנס, כך שכולנו עדים, חייב לתבוע); שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לה (שאיין עדיפות לעדים על שבועה, כיוון שהתורה האמינה לשומר בשבועה, ומסיבה זו בעל הנכס נתן לו מראש על דעת זה שיופטר בשבועה, ואין לומר שדווקא בשבועה חייב לטרוח כדי לפייס את דעת בעל הנכס שמה אינו מאמין לו כל כך, שהרי השומר יודע בעצמו שהוא נשבע אמת; ומוכיח כך מתרומת הדשן, ומנימוקי יוסף, ב"ק ד ע"ב, בדפי הרי"ף); דברי חיים, דיני שומרים, סימן יד (ומוכיח כך משיטה מקובצת, ב"ק שם – עיין שם); פורת יוסף (רוזין), סימן רצד (על פי הרמ"ה שם).

²⁰⁵ ר"ש טנא, פד"ר, כרך ט, עמ' 36-37. הוא כותב שגם לדעה (בסעיף 6, ליד ציון הערה 54) שכשהוכר הגנב, השומר אינו חייב לשלם מיד ומוטל עליו רק לטפל בתביעה, החיוב נובע מחובת השמירה שקיבל על עצמו בזמנו, ולא ממצוות השבת אבדה, ולכן אין לו זכות לדרוש שכר חדש. אבל ראה סעיף 6, במילואים להערה 40, שרש"י נוקט שזה משום השבת אבדה.

²⁰⁶ ביאור הגר"א, חו"מ, שמד, ס"ק ז, בדעת נימוקי יוסף, ב"מ נה ע"ב (בדפי הרי"ף); סמ"ע, שמד, ס"ק ז, בדעת נימוקי יוסף שם ובדעת רמ"א, חו"מ, שמד, ב; נתיבות המשפט, שמד, ס"ק ב (הובא בחידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ פא ע"א), בדעת נימוקי יוסף; שער משפט, רצו, ס"ק א, בדעת הרמ"א; אגודת אוזב (סוף ספר גדולת מרדכי), סימן שמד (גם בדעת נימוקי יוסף ותלמידי הרשב"א).

²⁰⁷ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צו ע"ב; ביאור הגר"א שם, בדעת הרמ"א (ומסכים עמו); קצות החושן, שמד, ס"ק ב (הובא במעשה בראשית, מצווה ס, ובטבעת החושן, רצד, על קצות החושן, ס"ק ז), בדעת נימוקי יוסף ובדעת תלמידי הרשב"א (המובאים בבית יוסף, חו"מ, שמד, ד) ובדעת הרמ"א.

²⁰⁸ הריטב"א, ביאור הגר"א וקצות החושן שם.

השומר ממשיך לשאת באותה רמת אחריות שהייתה לו, גם במשך ימי התיקון של הנכס, דהיינו – שואל נשאר חייב באונס, ושוכר נשאר חייב כשומר שכר. מאחר שהשומר רשאי לתקן את הנכס ולהמשיך להשתמש בו, הוא עדיין נהנה באותה רמה של הנאה. גם במהלך זמן התיקון, מאחר שהוא מתקן אותו בעבור שימוש שלו, הרי זה נחשב שהשאיילה או השכירות נמשכות, שהלא כך דרכו של אדם בנכס שלו – הוא משתמש בו כדרכו, ואם הנכס מתקלקל, הוא מתקן אותו וחוזר ומשתמש בו²⁰⁹.

פרק חמישי

סיום השמירה על ידי פנייה לבית המשפט

1. מסירת הנכס לבית המשפט

המחוקק קבע שאם בעל הנכס מונע מן השומר להחזיר את הנכס, הוא זכאי להיזקק לבית המשפט כדי להיפטר מאחריות שמירתו. תפקידו של בית המשפט הוא להורות לשומר כיצד עליו לפעול, ואין החוק כובל את ידי בית המשפט, אלא משאיר לו כר נרחב להפעיל את שיקול דעתו, על פי הנסיבות של כל מקרה ומקרה, על איזו פעולה להורות לשומר. אם קיים השומר בתום לב את הוראות בית המשפט, הוא פטור מאחריותו לגמרי. לדוגמה, אם בעל הנכס שכר אולם והניח בו את הנכס, ולא בא ליטלו בתאריך שהתחייב לכך, בית המשפט יכול לפסוק שהשומר ימשיך לקבל שכר על האחסון, או שהנכס יופקד במחסן אחר בדמי שכירות על חשבון בעל הנכס²¹⁰. כמובן, אם הורה לו בית המשפט שימשיך לשמור, ויקבל שכר, הוא לא יופטר מאחריות לגמרי. לגבי הוראה כזאת, לשון החוק: "ויהא פטור מכל אחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט" אינה מדויקת, ואינה באה לפטרו לגמרי מאחריות שמירה, אלא לפטרו מנזק שיקרה עקב פעולתו.

גם במשפט העברי יש מקרים שבהם שומר מופטר מאחריותו על ידי היזקקות לבית הדין. כך פסק הרמב"ם²¹¹: "המפקיד אצל חבירו, והלך בעל הפיקדון למדינת הים, והרי השומר רצה לפרש מיבשה לים או לצאת בשיירה, יש מי שהורה שאם בא השומר והביא הפיקדון לבית דין, נפטר מאחריות שמירתו. ודברים של טעם הם, שאין אוסרין זה במדינה זו מפני פקדונו של זה שהלך, ואין אומרים לו להוליכו עמו, שמא יארע לו אונס ויהיה חייב באחריותו. ובית דין מפקדין אותו ביד נאמן אצלם משום הֶשֶׁב אֲבָדָה לבעלים".

הדמיון בין הדין הזה ובין חוק הכנסת בולט לעין, ומכל מקום יש כמה הבדלים חשובים בין השניים:

(א) חוק הכנסת מצריך את השומר לפנות לבית המשפט בכל מקרה שאין בעל הנכס מוכן

²⁰⁹ בירורי הלכה (מענה שמחה), ד (תשנ"א), עמ' 37-38. שם נקטו מקרה שהשומר פטור על הנזק, כגון מתה מחמת מלאכה, אך נראה שכך הדין גם אם קרה נזק שבתחום אחריות השומר (וגם במקרה הקודם, של נזק בלתי הפיך, נראה שאין הבדל בין נזק שבאחריותו לנזק שאינו באחריותו, לענין חיובו לגבי השברים).

²¹⁰ ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, פסקה 126.

²¹¹ רמב"ם, הלכות שאילה, ז, יב.*

לקבל את הנכס או שאינו מסוגל לכך. לעומת זאת, פנייתו של השומר לבית המשפט, לפי הדין שנפסק ברמב"ם, נחוצה רק אם "הלך בעל הפיקדון למדינת הים", כלומר שבעל הנכס נעדר, ואין השומר מסוגל לאתר אותו כדי להחזיר אליו את הפיקדון. אם בעל הנכס נוכח, אין צורך בהתערבותו של בית הדין, שהרי אם השומר זכאי להחזיר את הנכס, הוא יכול להכריח את בעל הנכס לקבלו. רק אם אין בעל הנכס נוכח, יש צורך בהתערבות בית הדין²¹². בזה שונה המשפט העברי מחוק הכנסת, שאינו מכיר ב"נתינה בעל כרחו", כפי שראינו בפרק ב, 1, ולכן מצריך התערבות בית המשפט גם אם בעל הנכס נוכח, אם הוא מסרב לקבל את הנכס.

(ב) לפי חוק הכנסת, רצון השומר להיפטר מאחריותו מהווה עילה מספקת לפנייתו לבית המשפט, אם רצונו זה מעוגן בהסכם שבין הצדדים, דהיינו אם הוא זכאי להחזיר לפי ההסכם. לעומת זאת, לפי הרמב"ם, גם אם השומר זכאי להחזיר את הנכס, אין רצונו של השומר להיפטר מחיובי שמירתו מספיק כדי להצדיק את פנייתו לבית הדין, אלא דרושה עילה לפנייה כזו, כגון שהמשך שמירת הנכס יגרום לשומר קשיים בלתי סבירים. במקרה של הרמב"ם, העילה לפניית השומר לבית הדין היא הקושי הנגרם לשומר בשעה שהוא רוצה לצאת לנסיעה. מצד אחד "אין אוסרין זה במדינה זו מפני פקדונו של זה שהלך", ומצד שני אין זה הגיוני לסכן את הנכס בסכנות הכרוכות בהוצאת הנכס בדרך, ולכן נחשב מצב זה כמצב בלתי סביר, המצדיק את פנייתו של השומר לבית הדין. עילה נוספת המצדיקה פנייה לבית דין היא אם תפקיד השומר הוא להוליך את הנכס לאדם פלוני במקום אחר, וקרה שהשומר אינו יכול להגיע לשם²¹³. אך אם אין שום מכשול המונע מהשומר להמשיך את שמירתו, נראה מדברי הרמב"ם שלא יתערב בית הדין, ורצון השומר להיפטר מאחריותו אינו עילה מספקת להתערבות בית הדין, גם אם זכאי השומר על פי ההסכם לסיים את תפקידו²¹⁴, והשומר יצטרך להמשיך בשמירה. נראה שהטעם לצמצום הדין הזה, נעוץ בנימוק שנתן הרמב"ם לדבריו: "משום השב אבדה לבעלים". נימוק זה תקף רק כשיש לשומר קשיים לטפל בנכס, אבל כל עוד יכול השומר לטפל בנכס – גם אם הוא זכאי להחזירו – לא חל על בית הדין חיוב של השבת אבדה לבעליה, ולכן אין בית הדין מתערב בתהליך החזרת הפיקדון.

(ג) בחוק הכנסת אין הנחיות לפעולת בית המשפט, והחוק נשען על שיקול דעתם של השופטים; ואילו הרמב"ם מגדיר בדיוק מה תפקידו של בית הדין: הנכס נמסר אליו, והוא מוסר אותו "ביד נאמן אצלם", ובוה מופטר השומר מאחריותו.

(ד) לפי המשפט העברי, אפילו בפיקדון שהופקד לזמן קצוב, אם בתוך הזמן הוצרך השומר לנסוע למרחקים, הוא זכאי למסור את הנכס לבית דין, מפני שאין מתקבל על הדעת ואין זה הגון לומר שמאחר שקבע זמן לפקדונו, יצטרך להשליך את ענייניו אחרי גוו²¹⁵. זאת אומרת,

²¹² מקרה נוסף שנחוז בפתרון של מסירה לבית דין: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תכד, מביא את דינו של הרמב"ם על מקרה שמת בעל הנכס ויורשיו קטנים, והשומר צריך לנסוע ואינו יכול להמתין עד שיגדלו שאז יוכל להניחו בידם. גם הרמ"א, בהערה 223, עוסק באפוטרופוס על נכסי יתומים.*

²¹³ שו"ת יכין ובוועז, חלק ב, סימן כח. הוא כותב כך לגבי דברי תשב"ץ (הערה 222) שכשם שהוא רשאי למסור לבית דין, כך הוא רשאי למסור לאדם נאמן.

²¹⁴ שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן כז, ושו"ת ידיו של משה, חו"מ, סימן סד (הובא במשנת ר' אליעזר, חלק ב, מערכת פ, אות ט), כתבו שאינו רשאי למסור לבית דין אם הוא נשאר במקום.*

²¹⁵ ערוך השולחן, חו"מ, רצג, ד; שושנת יעקב, רצג, א (ס"ק א), בסופו; בית יעקב, רצג, ג, בדעת השולחן ערוך; משנת ר' אליעזר, חלק ב, מערכת פ, אות ט; כובע ישועה, ב"ק קיח ע"א.*

זכותו של השומר לפנות לבית הדין אינה תלויה בזכותו להחזיר את הנכס לבעליו. אפילו שומר שאינו זכאי להחזיר את הנכס, אם הוא נקלע לקשיים, כגון הצורך לנסוע למרחקים, רשאי לבקש את התערבות בית הדין. ובכך המשפט העברי מפעיל מבחן שונה מן המבחן של חוק הכנסת: לפי חוק הכנסת, זכות השומר לפנות לבית המשפט תלויה בזכותו של השומר להחזיר את הנכס, ולא בשום קושי המעכב את המשך שמירתו; ואילו לפי המשפט העברי, התערבות בית הדין תלויה רק בקשיי המשך השמירה, ולא בזכותו של השומר להחזיר את הנכס.

האפשרות למסור לבית דין אמורה גם בשומר שכר, משום שמצב זה הוא בגדר אונס, ששומר שכר פטור בו²¹⁶. הדברים אמורים גם בשואל, שאף על פי שהוא נהנה מן השמירה, אין זה מחייב אותו להישאר במקומו²¹⁷.

שומר רשאי למסור לבית דין בין אם בעל הנכס הפקיד אצלו והלך, ובין אם מראש היה במקום אחר ושלח אליו את הנכס. אם בעל הנכס הפקיד אצלו והלך, רשאי השומר למסור אותו לבית דין, מפני שבעל הנכס לא דאג לפקדונו והלך בלי להודיע לשומר מה יעשה בו, ואם כן הוא הפסיד לעצמו בהליכתו. גם אם מראש היה בעל הנכס במקום אחר ושלח אותו למקומו של השומר, שאז אין מקום לנימוק דלעיל, מכל מקום יש להניח שהשומר לא הסכים לקבל שמירה על דעת שלא יוכל לצאת מהעיר²¹⁸. לנימוק זה מצטרפת גם הערכת דעתו של בעל הנכס: יש להניח שהוא מוכן לזה, מפני שאם לא כן, אנשים לא יסכימו לשמור נכסים של אחרים, בידעם שזה עלול או להחזיקם ב"מאסר בית", או לאלצם לקבל אחריות על הנכס בתנאי השמירה הקשים שיש בדרך²¹⁹.

בית הדין יוכל למסור את הנכס לאדם נאמן בתנאים זהים לאלו שהיו אצל השומר המקורי – שאילה, שכירות, או שמירה בשכר. בית הדין רשאי לשלם שכר לשומר שמתמנה על ידו, גם אם יצטרך לשלם הרבה שכר, שיכלה את כל הקרן של הנכס, שהרי בעל הנכס גילה את דעתו שהוא רוצה שהנכס יישמר בשכר עד שיבוא. כמו כן, הוא רשאי למסור את הנכס לנאמן לשימוש כשואל (אם השומר המקורי היה שואל), משום שבעל הנכס אינו מפסיד כלום משימושו של הנאמן בנכס²²⁰.

לעניין ההיתר לשומר למסור את הנכס, אין צורך בבית דין במובן הרגיל. מעשה בשומר שנאלץ לעזוב את מקומו, ומסר את הכסף המופקד לאדם מהימן בפני עשרה אנשים. נפסק, שעשרת האנשים משמשים בית דין לעניין זה, והשומר מופטר מאחריות²²¹.

²¹⁶ ערוך השולחן, חו"מ, רצג, ד; בית יעקב, רצג, ג, בדעת השולחן ערוך. אך שו"ת אדמת קודש, חלק ב, חו"מ, סימן ו, נוקט שטעם התקנה הוא שהוא שומר חנינם ואין לנעול דלת בפני גומלי חסד – משמע שאין תקנה בשומר שכר ובשואל.

²¹⁷ שערי עזריאל, חלק א, שער ב, פרק א, אות ג, הערה א.

²¹⁸ שו"ת מהריט"ץ, סימן רעט. הוא נימק עוד, שאם שלח לו ממקום אחר, אין ראוי שנאסור על השומר לזוז ממקומו, בגלל נכס ששלח לו אחר בלי ידיעתו, בעוד שמראש היה יכול לסרב לקבל שמירה. אלא שנימוק זה קיים רק אם אמנם שלח לו בלי ידיעתו.

²¹⁹ שו"ת אדמת קודש, חלק ב, חו"מ, סימן ו.

²²⁰ שערי עזריאל, חלק א, שער ב, פרק א, אות ג, הערה א. הוא נוקט שבית דין ימסור לנאמן שידוע לשומר על הנכס בשלמות.

²²¹ שו"ת תורת אמת, סימן קב.*

הפוסקים הרחיבו דין זה של הרמב"ם למסירה לכל אדם כשר: אם השומר צריך לעזוב את מקומו, הוא רשאי למסור את הנכס לאדם מהימן, והוא פטור²²².

2. פעולת השומר על פי הוראת בית המשפט

עד כאן עסקנו באפשרות שהשומר ימסור את הנכס לבית המשפט ויפטר בכך. כפי שראינו, בעניין זה דומה עמדת החוק לעמדת המשפט העברי; אלא שיש הבדל ביניהן, בכך שהחוק עוסק במצב שבית המשפט נותן הוראות לשומר איך לנהוג בנכס, ואילו על פי דברי הרמב"ם בית הדין עצמו לוקח אחריות על הנכס.

דין דומה יותר לדברי החוק מצוי בתשובת הרמ"א. הוא פסק, שאם בית הדין התיר לשומר למסור את הנכס לשומר אחר, הוא פטור²²³.

כאמור, החוק אומר שהוראות בית המשפט ניתנות רק אם ניסה השומר להחזיר את הנכס לבעליו, והלה לא קיבל אותו. הרמ"א מדבר על מצב מקביל לזה, באפוטרופוס על נכסי יתומים, שאינו יכול להחזיר את הנכס לבעליו מפני שבעל הנכס קטן (שאילו היה גדול, הייתה מועילה ההחזרה אליו אף בעל כרחו, שלא כמו לפי החוק). מן הסתם, לא יתיר לו בית הדין למסור לאחר אם אין צורך בכך, כגון אם אפשר להחזיר לבעל הנכס עצמו. אולם הדעת נותנת שגם בלאו הכי, בכל מקרה שבית הדין התיר לשומר למסור לאחר, הוא פטור. יתר על כן: נראה שכל מה שבית הדין הורה לו לעשות, הוא פטור אם פעל לפי הוראתו, משום שהפקר בית דין – הפקר.

אפשר שגם לפי החוק, שומר שפעל לפי הוראת בית המשפט פטור גם אם לא ניסה להחזיר את הנכס. זאת לפי פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], סעיף 6, הפוטר מזיק שפעל מכוח חיקוק. אלא שמן הסתם בית המשפט לא יורה לשומר להקל בשמירה אם לא ניסה להחזיר או שאינו יכול להחזיר; והחוק נקט מקרה שבעל הנכס סירב לקבל, לא כדי להוציא מצבים אחרים מן הכלל, אלא כדי לתת פתרון לבעיית השומר במצב הנתון.

דוגמה נוספת שמצאנו במשפט העברי לפעולת שומר על פי בית הדין היא, ששומר שמוציא את הנכס עמו לדרך על פי היתר של בית דין – פטור מאחריות לאונסי הדרך²²⁴. כאן אין הפטר מוחלט מאחריות, אלא הפטר מנזק שיקרה כתוצאה מן הפעולה שנקט השומר על פי הוראת בית הדין; וגם הפטר חלקי זה כלול בהוראת החוק כאן, כפי שאמרנו בפסקה 1. כמו במקרה של הרמ"א, גם כאן מדובר בשבית הדין התיר לו לצאת עם הנכס לדרך, משום שאינו יכול להחזירו לבעל הנכס, שאינו במקום.

תפקיד נוסף של בית הדין בדיני שומרים הוא שאם הנכס מתקלקל, השומר רשאי למכרו

²²² תשב"ץ, חלק ג, סימן רכט (הובא בשו"ת יכין ובעזו, חלק ב, סימן כח, ובספר ראה חיים, פרשת ואתחנן, דף פד ע"ד); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תכד.

²²³ שו"ת הרמ"א, סימן כז, בסופו (הובא בספר החפץ חיים, כלל לה, ס"ק ל); כנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קנה, בשם שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן ו, ושו"ת דברי ריבות, סימן סשה (דברי ריבות עוסק במקרה שהערכאות הורו לו למסור, ופוטר כאמור בסעיף 7, במילואים להערה 36, מפני שהיה אנוס). על מקרה שבית דין הורה בטעות לשומר למסור לאחר, משום שבית הדין חשב שהנכס שייך לאותו אחר, ראה סעיף 2(א), במילואים להערה 219.

²²⁴ כפי שראינו בסעיף 2(א), ליד ציון הערה 335.

על פי בית דין²²⁵; וגם היתר זה ניתן רק אם בעל הנכס אינו במקום. אך שם בית הדין נחוץ רק כדי לפקח על המכירה, ואין שם הפחתה מאחריות השומר מתוך שפעל על פי בית דין.

פרק שישי

חיובי שומר כשהנכס ברשות בעל הנכס

1. נזק שאירע עקב פשיעה שהתחילה כשהנכס היה ברשות השומר גם אם החזיר השומר את הנכס באופן שהוא פטור מכל אחריות שמירה, לפי הכללים שפורטו בפרקים הקודמים, הוא עדיין ישא באחריות לנזק שאירע לנכס אחרי ההחזרה, אם הנזק נבע מרשלנות שנהג בו השומר בעת שמירתו. דוגמה לכך: בהמה שהשומר נהג בה ברשלנות, וכתוצאה מכך חלתה; והחזיר אותה, ומתה ביד בעל הנכס מחמת מחלתה²²⁶. השומר חייב אז גם אם מתה זמן רב אחרי ההחזרה, אם אמנם יש יסוד ברור להניח שהדבר נבע מרשלנות השומר בעבר²²⁷. נראה שדבר זה ייקבע על פי מומחה, שיודע לומר שאילולא רשלנות השומר לא הייתה הבהמה מתה לבסוף. סימן אחד שמעיד שאכן קרה הדבר מחמת רשלנותו הוא, שכבר בעת ההחזרה ניכרו בהמה סימני מחלה²²⁸. סימן אחר הוא, שמתה תוך זמן קצר²²⁹. סימן אחר הוא, שהייתה מתנוונת והולכת כל הזמן²³⁰. אם התרשל בעל הנכס בטיפול בנכס בזמן שהיה אצלו, השומר פטור, משום שפשיעת בעל הנכס תרמה לנזק הסופי. בדוגמה דלעיל, אם בעל הנכס לא טיפל בהמה כיאות לבהמה חולה, אלא רכב עליה לצרכיו, כמו שרוכבים על בהמה רגילה, השומר פטור²³¹. עד כאן עסקנו בנזקים שנבעו מן הרשלנות בגרימה טבעית. ייתכן גם שרשלנות בעת השמירה תגרום לנזק אחרי ההחזרה מסיבות משפטיות. דוגמאות אחדות לדבר:

(א) שור שהמית אדם, דינו – סקילה. אם המית השור בהיותו ביד שומר, והשומר החזיר אותו לבעליו לפני שבית דין פסק את דינו לסקילה, השומר פטור, אף על פי שלאחר מכן בית הדין פסק את דינו לסקילה, והשור נסקל²³². זאת גם אם השור המית כתוצאה מרשלנות השומר,

²²⁵ ראה סעיף 6, פרק ה.

²²⁶ שו"ת הרא"ש, כלל צב, סימן ב, הובא בטור, חו"מ, שט, ג; שו"ע, חו"מ, שט, ג; ערוך השולחן, חו"מ, שט, ד. *
²²⁷ הרא"ש שם נוקט: אפילו יותר משמונה ימים; ובשאלה, בשלב השני שלה, מדובר על מצב שמתה אחרי חצי שנה.

²²⁸ שו"ת לב מביין (בירדוגו), חו"מ, סימן רט, כותב שאם בזמן שהחזיר אותה הייתה בריאה ולא היו בה סימני מחלה, פטור, שמא הדבר נגרם אחר כך, ואם כבר אז היו ניכרים סימני מחלה, חייב, מפני שמניחים שהמוות נגרם לפני כן (על נידונו, ראה בשמו בסעיף 4, במילואים להערה 154).

²²⁹ שו"ת הרא"ש שם – שמתה תוך שמונה ימים, והובא בקצות החושן, שח, ס"ק א, בנתיבות המשפט, שח, ס"ק א, ובאמירה נעימה תניינא, חלק א, מאמר נד. נתיבות המשפט הסביר שההוכחה נחוצה כדי שלא יוכל לטעון שבעל הנכס גרם בפשיעתו למיתתה.

²³⁰ שו"ת הרא"ש שם – ואז זה גם אם עבר זמן רב.

²³¹ שו"ת הרא"ש שם. הוא נוקט שבעל הנכס שומר חנים על הנכס כלפי השומר לאחר ההחזרה, ולכן הוא מפסיד אם פשע; ראה על דבריו אלו במילואים להערה 226. זהו דוגמה להפטר שומר בשל אשם תורם של בעל הנכס – ראה סעיף 4, פרק ז. *

²³² ב"ק דף מה ע"א ודף צח ע"ב; רמב"ם, הלכות נזקי ממון, יא, ט; פסקי הרי"א, ב"ק, פרק ד, הלכה ד,

שלא שמר עליו כראוי שלא יצא ויגח²³³. טעם הדבר הוא, שבעל השור היה יכול לשחטו מיד כשקיבל אותו, ולאכלו, ובכך שלא עשה כן, אלא המתין עד שביית הדין פסק את דינו לסקילה, הוא גרם הפסד לעצמו²³⁴. ואף על פי שערך שור לשחיטה נמוך מערכו המקורי, כשהיה אפשר לעשות בו מלאכה, מכל מקום ירידה זו בערכו היא בגדר גרמא, ששומר פטור עליו²³⁵.

ב) נכס שנאסר בהנאה מחמת פשיעת השומר – ראינו לעיל²³⁶ שנחלקו הפוסקים בשאלה האם השומר חייב על עצם זה שהנכס נאסר בהנאה ואיבד את ערכו, או שמא הוא פטור משום שזהו היזק שאינו ניכר. לכאורה, גם אם נתעלם מעצם הנזק שקרה ביד השומר, משום שאינו ניכר, אפשר לחייבו משום שכתוצאה מרשלנותו יצטרך בעל הנכס להשמיד את הנכס מפני איסורו בהנאה, ואז יהיה זה היזק ניכר. אף על פי כן אין בכך כדי לחייב את השומר, משום שנוק זה לא קרה בעת שהנכס היה ברשותו²³⁷. אף על פי שראינו לעיל שהשומר חייב על נזק שקרה לאחר ההחזרה אם הוא נבע מפשיעת השומר בעת השמירה, צריך לומר שזה אמור דווקא כשהיה קשר סיבתי טבעי בין הדברים, אבל אין מחייבים את השומר אם יש רק קשר סיבתי משפטי. יש לנמק הבחנה זו, שבמקרה של בהמה שחלתה, לדוגמה, כבר בשעת ההחזרה הבהמה הייתה נגועה במחלה, ולכן ההחזרה אינה פוטרת את השומר, משום שלא החזיר את מה שקיבל. לעומת זאת, כשהיה רק קשר משפטי, בשעת ההחזרה אין הנכס עצמו פגום, אלא שסיבות חיצוניות גורמות לו אחר כך להיזק, ומאחר שבשעת ההחזרה החזיר בדיוק את מה שקיבל, הוא הסתלק מן השמירה, ואין לחייבו על מה שקרה אחרי ההחזרה.

ג) שור "תם" (שהזיק פחות משלוש פעמים) שהזיק, נחלט לניזק, כולו או חלקו – בהתאם לסכום הנזק. אם השור המופקד היה שור תם, והזיק, והשומר החזיר אותו לבעליו לפני גמר הדין, כך שהניזק נטל את השור מבעליו רק אחרי ההחזרה, השומר חייב. טעם הדבר הוא, שכבר בהיות השור ביד השומר, נעשה נזק לבעל השור – שהשור עבר לבעלות הניזק, אף שבפועל עוד לא הגיע לידיו²³⁸. אף על פי שבעל השור היה יכול לשחטו ולאכלו לפני שיבוא הניזק ליטלו, או היה יכול להבריח אותו לפני ביאת הניזק, אין זה פוטר את השומר מאחריות.

אות ב; ים של שלמה, ב"ק, פרק ד, סימן ל; חסדי דוד, ב"ק, פרק ה (ד"ה הגוזל); ר' יעקב אצורף, שי למלך (חב"ד), עמ' רמט; אבן האזל, הלכות גזלה ואבדה, ג, ד. הדין כך גם בבהמה אחרת שהמיתה.²³³ פני יהושע, ב"ק מה ע"א; קונטרסי שיעורים, ב"ק, סימן יח, אות ג (מפני שיכול לומר "הרי שלך לפניך"); אבן האזל שם (ברמז).

²³⁴ פני יהושע שם. הוא התכוון להסביר שלכן אין אומרים שכבר בעת ההחזרה יש נזק – מפני שהשור עדיין בעל ערך, לשחיטה; ואפשר להשתמש בדבריו גם כנימוק לכך שאין לחייבו על זה שאחר כך השור נסקל – מפני שבעל השור היה יכול לשחטו.

²³⁵ חידושים ובאורים (גריינימן), ב"ק, סימן ט, ס"ק ד. על גרמא כזאת ראה סעיף 2(א), במילואים להערה 400. הקושי מצד ירידת ערכו של השור הועלה על ידי אמרי בינה, דיני פסח, סימן יב (מד ע"ב).

²³⁶ סעיף 2(א), פרק ה, 3.

²³⁷ שיעורי הלכה (בלוך), סימן יז, עמ' צו, נימק בדעת ר' יעקב, בב"ק שם, שפוטר בשור שהמית (אף שגם שם הנזק נעשה ניכר), מפני ששומר פטור על נזק שקרה אחרי הסתלקותו, שהסתלק על ידי ההחזרה.

²³⁸ תוספות, ב"ק מה ע"א, ד"ה השתא (הובא בנתיבות המשפט, סימן עו, בהקדמה, בחידושי ר"ח מטלו, ב"ק, עמ' צב, בגן נעול, כפתור ד, פרח ו, אות א, ואות ב, דף יא ע"א, ואות ג, דף יד ע"א, בהליכות אליהו, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, ג, ד, ובשו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ב, סימן קלה, דף עה ע"ד); ריב"א בתוספות שאנן, בשיטה מקובצת, ב"ק מה ע"א; ים של שלמה, ב"ק, פרק ד, סימן ל. פני יהושע, ב"ק מה ע"א, וקונטרסי שיעורים, ב"ק, סימן יח, אות ג, הסבירו שאין לומר כאן "הרי שלך לפניך" (ראה סעיף 2(א), פרק ה, 3), שהרי זה לא "שלך".

זאת משום שבעל השור היה יכול לטעון: "איני רוצה ליטול מהניזק את מה ששייך לו, על ידי שחיתת השור או הברחתו, ואם אתה רוצה לגזול ממנו, שלם לי ועשה בשור כרצונך"²³⁹. (ד) שור תם שהזיק, ובעליו הודה בנוק, הוא פטור, לפי הכלל "מודה בקנס פטור". אבל אין זה הפטר מוחלט, ואם הניזק תופס ממנו, תפיסתו מועילה. משום כך, שומר של שור תם, שנגח והזיק, והודה השומר, והופטר כלפי הניזק כדין מודה בקנס, והחזיר את השור לבעליו, ותפס הניזק מבעל השור, תפיסתו מועילה. בכל זאת, השומר פטור כלפי בעל השור, מפני שיוכל לטעון כלפיו: "היית צריך לשמור שלא ייתפס השור"²⁴⁰. זאת על פי העיקרון שהזכרנו לעיל, שאם פשע בעל הנכס, וגרם לנזק אחרי ההחזרה, השומר פטור. לבסוף נמנה מקרים שיש מקום לחייב בהם את השומר אף על פי שפשע רק לאחר ההחזרה.

(א) אם במשך השמירה אירע לנכס דבר באונס (כך שהשומר פטור על עצם הנזק) המצריך השגחה מיוחדת עליו כדי למנוע את המשך הנזק, והחזירו לבעליו, ולא הודיע לו שצריך השגחה, ואירע נזק מחמת זה, השומר חייב²⁴¹, אף על פי שהוא עשה נזק זה אחרי ההחזרה, משום שההחזרה לא הייתה שלמה, כיוון שלא לוותה בהודעה הדרושה.

(ב) מעשה שאירע לנכס נזק במהלך השמירה, והשומר היה צריך להביא עדים או להישבע שהנזק קרה באונס, כדי שיופטר, ובינתיים החזיר את הנכס, אבל מאחר שדחה את הבאת העדים ואת השבועה, לא היה בעל הנכס יכול למכרו בינתיים, ונגרם לו הפסד, משום שערכו ירד. בעל הנכס טען שהשומר חייב לשלם על הפסד זה, אף על פי שהוא קרה אחרי ההחזרה. בכל זאת, נפסק שאין לחייב את השומר על כך, מפני שזהו גרמא²⁴².

2. הפקיד השומר אצל בעל הנכס

יש מצב ששומר מוסר את הנכס לבעל הנכס, לא במטרה לסיים את השמירה, אלא במטרה שבעל הנכס ישמור עליו במקום השומר, מסיבה כלשהי. בעל הנכס יכול לחוב בשמירה כלפי השומר, אף על פי שהשומר אינו בעל הנכס החוקי, וזאת בהתאם למה שנראה להלן²⁴³, בעניין מצב שאדם שאינו בעל הנכס החוקי הפקיד אותו לשמירה.

בכגון זה, אין שמירת השומר מסתיימת, שהרי לא התכוונו לכך הצדדים. אלא שאם השומר היה שומר חינם, לא ישא באחריות לנזק שיקרה אצל בעל הנכס, שהרי בעל הנכס קיבל על עצמו אחריות שמירה לפחות בדרגת שומר חינם, ולכן לא נשארה שום אחריות על השומר. אולם אם היה זה שומר שכר שהפקיד את הנכס אצל בעל הנכס, לא כהחזרת הנכס לסיום שמירתו אלא במטרה שבעל הנכס ישמור על הנכס בשבילו בתור שומר חינם, השומר ממשך

²³⁹ פני יהושע שם.

²⁴⁰ אהבת דוד, סימן ד, אות ד. מדובר לפי חידושי הראב"ד, ב"ק לה ע"ב, שסובר שמועילה תפיסת הניזק אחרי הודאה בחצי נזק. נראה שמדובר שהודיע השומר לבעל הנכס על כך שהוא הודה, כך שידע שעליו להיזהר מתפיסה.

²⁴¹ שו"ת מהרי"ל דיסקין, פסקים, סימן קצז, דף נג ע"א, בלשון "אפשר". בסעיף 2(ד), הערה 17, הובאו דברי מהרי"ל דיסקין, בקשר לחובת ההודעה. ראה גם במילואים להערה 126, בשם דיברות משה, שגם הוא מסופק בכיוצא בזה, שלא הודיע לבעל הנכס שהבהמה התרגלה להסתובב בחוץ ודורשת שמירה מיוחדת.

²⁴² שו"ת קרית חנה, סימן כד. הוא נימק עוד, שמקובל שאין מוכרים בהמה במצב כזה, אלא משתדלים ברפואתה, משום שנוח יותר לעבוד עם בהמה שמכירה את בעליה ("כושרא דחיותא").

²⁴³ סעיף 13, פרק א, ופרק ג, 1.

לשאת באחריות כשומר שכר, ואם אירעה גנבה או אבדה, הוא חייב. רק אם התרשל בעל הנכס בשמירה, השומר פטור, מפני שבעל הנכס הוא שומר חנם כלפי השומר²⁴⁴. השומר ממשיך להיות שומר שכר, משום שהשכר שקיבל בתחילת השמירה מחייב אותו כשומר שכר לכל משך השמירה, עד שיחזיר את הנכס החזרה גמורה לבעל הנכס²⁴⁵, ואילו בעל הנכס הוא רק שומר חנם כיוון שאינו מקבל שכר על השמירה²⁴⁶. הרי זה כאילו שומר שכר הפקיד את הנכס אצל אדם אחר, שקיבל על עצמו אחריות שומר חנם כלפיו, שהדין הוא שהראשון ממשיך להיות חייב בגנבה ואבדה²⁴⁷.

מדובר שלפי ההסכם אין לבעל הנכס רשות שימוש בנכס בזמן שהוא שומר עליו עבור שומר השכר. אולם אם יש לו רשות שימוש, לפי ההסכם שביניהם או לפי כללים אובייקטיביים, בעל הנכס שומר שכר על הנכס מחמת רשות השימוש (ולעיתים הוא אף נעשה שואל מטעם זה²⁴⁸), וממילא אין שום אחריות על השומר המקורי²⁴⁹.

בשומר שהפקיד אצל בעל הנכס, מתעוררת גם שאלה הפוכה: האם בעל הנכס יהיה חייב לשלם לשומר על נזק? אם האחריות שקיבל על עצמו בעל הנכס שווה לאחריות שהייתה על השומר (או פחותה ממנה), ברור שאין לחייב את בעל הנכס כלפי השומר, משום שאחריות בעל הנכס כלפי השומר מתקזזת עם האחריות של השומר כלפי בעל הנכס. זאת גם עמדת החוק, לפי חשין, אלא שהוא מוצא מצב שבכל זאת יחוב בעל הנכס כלפי השומר: אם שוכר נכס השכיר אותו חזרה למשכיר תוך תקופת השכירות, והנכס ניזוק מחמת רשלנות בעל הנכס, חייב בעל הנכס לשלם לשוכר על אבדן זכות השימוש שהייתה אמורה להיות לו לאחר שבעל הנכס יחזיר לו אותו²⁵⁰. אך זהו רק חיוב על אבדן זכות השימוש, ולא על הנזק הממשי לנכס. רק אם האחריות שקיבל על עצמו בעל הנכס כלפי השומר חמורה מן האחריות שקיבל על עצמו השומר כלפי בעל הנכס, יש מקום לחייב את בעל הנכס לשלם לשומר על הנזק הממשי לנכס, וגם זאת רק במקרה מצומצם. יש לדון מצב זה לפי כללי שומר שמסר לשומר. לעיל²⁵¹ ראינו ששומר שמסר לשומר משנה שאחריותו חמורה משלו, ואירע נזק שמצוי בתחום אחריותו

²⁴⁴ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה), סימן פט, בשם ר"י; מרדכי, ב"מ, סימן שסג, בשם ר"י (הובא בבית יוסף, חו"מ, עב, מהודש ד, בש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק מח, בשו"ת בית מאיר, סימן כג, ובשו"ת שפת הים, חו"מ, סימן נט); שו"ע, חו"מ, עב, ג; מנחת חינוך, מצווה נו (פד ע"ב); מגן אברהם, או"ח, תמ, ס"ק א (הובא בשער המלך, הלכות חמץ ומצה, ד, ג); שו"ת מהריט"ץ, סימן פד (בשאלה, עה ע"ב); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ב, סימן רה; קצות החושן, עד, ס"ק א; שו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ, סימן נה (מב ע"ב), בדעת רש"י, שביעות מג ע"ב (ד"ה והשתא); חזקת רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה שפו, בדעת רש"י שם; שו"ת דברי מלכאל, חלק ו, סימן נד; שו"ת זכרון צבי מנחם, סימן א, דף ב ע"א (שבעל הנכס מתחייב באחריות, ויש נפקא מינה לחמץ).

²⁴⁵ ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק כה (הובא בנתיבות המשפט, קעו, ס"ק טז), כפי שהוסבר בחזקה רבה שם. על עיקרון זה באופן כללי, שפרוטה אחת בתחילת השמירה עושה אותו שומר שכר למשך כל השמירה – ראה סעיף 1(ג), ליד ציון הערה 13.

²⁴⁶ סמ"ע, עב, ס"ק יז.

²⁴⁷ מרדכי, ב"מ, סימן שסג. על שומר שכר שהפקיד אצל שומר חנם סתם, ראה סעיף 7, פרק א, 3.

²⁴⁸ תומים, עב, ס"ק טו, בדעת הרא"ש, לגבי לווה על המשכון.

²⁴⁹ תומים שם (הובא בשו"ת חסד יהושע, מהדורא תניינא, סימן ט, בסופו); ערוך השולחן, חו"מ, עב, ז.

²⁵⁰ מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 157, ה"ש 72. ראה בשמו בסעיף 1(א), הערה 374, על האפשרות שבעל הנכס יהיה שומר כלפי השומר. דבריו עולים בקנה אחד עם מה שנראה בסעיף 13, הערות 4-2, שלפי החוק שומר חייב לפצות את שוכר הנכס על אבדן השימוש, שלא כמשפט העברי.

²⁵¹ סעיף 7, פרק ד, 3.

של השני ולא של הראשון, השני ישלם לבעל הנכס, פרט למקרים מיוחדים שבהם ישלם לשומר הראשון. אם כן, אף כאן, מאחר שבעל הנכס הוא כשומר משנה כלפי עצמו, הרי גם אם קרה נזק שהוא בתחום אחריותו ואינו בתחום אחריותו של השומר, הוא "ישלם לעצמו", כלומר, שלמעשה הוא פטור מלשלם, פרט למקרים החריגים הללו²⁵².

3. חידוש השמירה אחרי סיומה

אם פטר בעל הנכס את השומר לזמן מסוים בתוך משך השמירה, אפילו קיבל בעל הנכס את הנכס לביתו, מכל מקום כשהוא מחזיר אותו לשומר, חוזר השומר לשמירתו הראשונה. גם אם לא משך ממנו את הנכס, אלא השאיר אותו ביד בעל הנכס, השומר אחראי עליו, מהרגע שמסתיים ההפטר שפטר אותו בעל הנכס²⁵³. טעם הדבר הוא, שסיום השמירה אינו מצריך את הקנאת הנכס לבעליו, אלא את מחילת בעל הנכס על חובת שמירתו, ולכן בתום תקופת המחילה, חוזרת אחריות השומר על הנכס באופן אוטומטי²⁵⁴.

מאותה סיבה, אף ששואל פטור מאונס אחרי תום משך השאילה²⁵⁵, הרי אם נסתיימה תקופת השאילה, ואחר כך שאל את הנכס שוב מבעליו, הוא חייב כשואל, גם אם הנכס אינו ברשותו אלא במקום הפקר. גם אם לא עשה קניין בנכס, הוא חייב, אף על פי שיש דעה²⁵⁶ ששומר חייב רק אם עשה קניין בנכס. זאת מפני שכאן היה שואל מכבר. יתר על כן: הוא חייב גם אם לא הסתלק בעל הנכס משמירתו על הנכס, כגון שאחרי זמן השאילה עמד בעל הנכס ליד הנכס, והנכס היה במקום הפקר, וביקש ממנו השואל להשאיל לו את הנכס שוב – הוא חייב באונס מפני שכבר היה שואל לפני כן²⁵⁷.

פרק שביעי

חובת ההחזרה

עד עכשו דננו בזכות השומר להחזיר את הנכס, זכות שהיא עניינו של סעיף 11 בחוק. כעת נדון, אגב כך, בחובת השומר להחזיר את הנכס.

אין חובה על השומר להחזיר את הנכס בפועל לבעל הנכס בסיום השמירה, אלא בעל הנכס עצמו צריך לדאוג לקחת אותו²⁵⁸. מאחר שבכל מקום שנמצא הנכס, הוא שייך לבעליו, והוא

²⁵² ראה סעיף 7, במילואים להערה 425.

²⁵³ נתיבות המשפט, קעו, ס"ק טז.

²⁵⁴ דברי רח"א מילר.

²⁵⁵ כפי שראינו בפרק ד, 2.

²⁵⁶ סעיף 1(א), ליד ציון הערה 127.

²⁵⁷ פני אריה (יפה), קלא, ד. וראה במילואים להערה 200, מה שכתבנו על כך.

²⁵⁸ מלחמות ה', ב"ק מד ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בהלכה למשה, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואגדה, א, ז, ובשו"ת שמע אברהם, סימן טו, דף נו ע"ד) ("חס ושלום שהשומר יהיה חייב לחזור אחרי בעל הנכס כדי להחזיר לו"); קצות החושן, סימן פו, ס"ק ד, סימן קצח, ס"ק ה, סימן ש, ס"ק א, וסימן שמ, ס"ק ד (הובא במנחת חינוך, מצווה נו, דף פד ע"ב, בגידולי שמואל, ב"מ נו ע"ב, ד"ה וכן, בשו"ת דברי משה, זקס, סימן א, ענף ד וענף י בהגהה, באמרי שפר, סימן כד, בדברי חיים, דיני חמץ, סימן י, ועל ידי ר"מ לוי, ו

ברשות בעליו, אין צורך שהשומר יחזיר אותו לבית בעל הנכס כדי לסיים את השמירה, והחזרה פיזית אינה כלולה בחובות שקיבל השומר על עצמו²⁵⁹. גם לפי הדעה שחל על השומר חיוב בכוח של השבת הנכס או דמיו, גם כשהנכס בעין²⁶⁰, אין פירושו של דבר שהוא חייב להשיב את הנכס בפועל, אלא שמוטל עליו חיוב לדאוג לאפשר לבעל הנכס ליטלו²⁶¹. אף אין מוטל על השומר להישאר בביתו עד שיבוא בעל הנכס ליטלו, אלא הוא רשאי (אף בתום השמירה) ללכת למקום שהוא רוצה, ובעל הנכס צריך לבוא ליטלו ממנו²⁶². גם אם ניזוק הנכס, אין חובה על השומר להחזיר את השאריות לבעל הנכס, אם הנזק קרה באופן שאינו בתחום אחריותו של השומר²⁶³. רק אם ניזוק הנכס באופן שכלול בתחום אחריותו (כגון שומר חנם שפשע), חייב השומר להחזיר את השאריות לבעל הנכס²⁶⁴, אם הן במקום שבעל הנכס אינו יכול ליטלן בקלות²⁶⁵. אם הבאת שאריות הנכס לבעליו כרוכה בהוצאות, השומר יצטרך לשלם את הוצאות ההובלה²⁶⁶, אף על פי שזה בגדר גרמא, משום ששומר חייב בגרמא, שלא כמזיק רגיל, כיוון שקיבל על עצמו לשמור²⁶⁷. זאת ועוד: אף שאר

התורה והמדינה ט, עמ' תקסו), ומשובב נתיבות, פו, ס"ק א; שו"ת דברי מלכיאל, חלק ה, סימן רעח; שו"ת אורח ישר, סימן י, נתיב ב; שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, יו"ד, סימן מח, וח"מ, סימן יא; נתיבות המשפט, סימן עו, בהקדמה (הובא בלבוש מרדכי, ב"מ, סימן א); שו"ת מהר"י הכהן (רפפורט), חו"מ, סימן יב; שו"ת הלכה למשה (ראם), סימן ו, אות ב.*

²⁵⁹ קצות החושן שם (בכל ארבעת המקומות); מהר"י הכהן שם.*
²⁶⁰ ראה סעיף 5, במילואים להערה 98, שיש דעה שחיוב תשלומין של שומר מתחיל כבר בשעת ההפקדה, ולדעה זו בשעת ההפקדה חלה חובה על השומר להשיב לבעלים בסוף השמירה את הנכס או את דמיו, אלא שאם קורה אונס, הוא מופטר. זאת בניגוד לדעה האחרת שם, שאין על השומר שום חיוב עד שעת הנזק.*

²⁶¹ דבר אברהם, חלק ג, סימן יא, אות ד, בדעת ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן ג, שכתב "התחייב להשיב בהמתו", וכך אפשר לומר על כל המקורות שנוכרו במילואים להערה 260. בהסבר דעת ים של שלמה ראה גם סעיף 1 (א), במילואים להערה 4.*

²⁶² פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (קיג ע"ד). אך חוק לישראל, השבת אבדה, עמ' 36, הערה 85 (ומקורו בדברי רז"ג גולדברג, כפי שאמר לי המחבר), נוטה לומר שלדעה שיש חיוב השבה, אסור לשומר לצאת לחו"ל אם שם יקשה עליו להחזיר (נידונו – שומר אבדה, שבו"ל לא יוכל להכריז עליה).

²⁶³ נימוקי יוסף, ב"ק ד ע"ב (בדפי הרי"ף), הובא בקצות החושן, סימן קצח, ס"ק ה, וסימן שמ, ס"ק ד, במנחת חינוך, מצווה נו (דף פד ע"ב), בדברי חיים, דיני חמץ, סימן י, בשו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, חו"מ, סימן יא, ובשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ג, סימן ג, דף ד ע"ד (שנימק, מפני שכלתה שמירתו). ראה סעיף 2 (ד), שהשומר חייב להודיע לבעל הנכס על הנזק כדי שיוכל ליטול את השברים.*

²⁶⁴ נימוקי יוסף שם, הובא בקצות החושן שם ובסימן שמד, ס"ק ב, במנחת חינוך ובשואל ומשיב שם.*
²⁶⁵ שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לה. הוא מסביר בכך מדוע הפוסקים אמרו ששואל שאמר לבעל הנכס "טול את השברים" הופטר מאונס (ראה במילואים להערה 154) אף על פי שהנכס ניזוק באופן שהוא בתחום אחריותו – מפני ששם מדובר שבעל הנכס יכול ליטלו בקלות.

²⁶⁶ רא"ש, ב"ק, פרק א, סימן יא, פסק שבעל הנכס חייב לטרוח בהעלאה, והשומר ישלם את ההוצאות. שם מדובר בעיקר במזיק, והרא"ש כותב שבכלל זה כל עשרים וארבעה אבות הנוזקין (המנויים בב"ק ד ע"ב), ששומר הוא אחד מהם. כדעת הרא"ש פסק סמ"ע, תג, ס"ק ח, לעניין מזיק.

²⁶⁷ ערך ש"י, חו"מ, שפו, ג. על חיוב שומר בגרמא, ראה סעיף 1 (א), הערה 16, וסעיף 2 (א), הערות 400-402, 404 ר-448.

מזיק חייב בגרמא כשהוא מצטרף לנזק ישיר שהוא הזיק לנכס, כמו כאן, שהוצאות ההובלה מצטרפות לנזק הישיר שניזוק הנכס ברשלנותו²⁶⁸.

אף על פי שאין חובה על השומר להביא את הנכס לבעליו, בעל הנכס רשאי לדרוש מן השומר לאפשר לו לקחת אותו, כמובן. גם אם נקבע שהשמירה תהיה למשך זמן מסוים, בעל הנכס יכול לדרוש את השבת הפיקדון אפילו בתוך זמנו²⁶⁹, משום שהזמן נקבע לטובתו, ועיקרון כללי הוא שמי שהזמן נקבע לטובתו רשאי לוותר על טובה זו, ולסיים את העסקה לפני הזמן. ואכן, אם יש לשומר הנאה מן ההפקדה, כגון שזהו כסף שהוא רשאי להשתמש בו, אין בעל הנכס זכאי לדרשו ממנו לפני הזמן, משום שהזמן נקבע לטובת שניהם²⁷⁰. כמו כן, אם השומר הוא שומר שכר, בעל הנכס אינו יכול לחזור בו לפני תום הזמן שנקבע, מפני שאז יפסיד השומר את השכר שהובטח לו על הזמן הנותר. רק אם בעל הנכס מוכן לשלם את כל שכר השומר עד סוף הזמן, הוא רשאי לדרוש את הנכס חזרה, משום שלאחר שישלם, נמצא שקביעת הזמן היא רק לטובת בעל הנכס, שכן השומר מקבל את שכרו בין כך ובין כך²⁷¹.

אם בעל הנכס תובע מן השומר להחזיר את הנכס, והנכס בעין, השומר חייב להחזירו מיד, ואין נותנים לו "זמן בית דין", שלושים יום, שלא כמו בהלוואה²⁷². טעם הדבר הוא, מפני שאין טרחה בהחזרה, שהרי הנכס בעין²⁷³. אבל אם השומר רחוק מבעל הנכס, ויקח לו זמן להחזירו לו, נותנים לו את הזמן הנחוץ לו²⁷⁴. אם הנכס אינו ביד השומר, נותנים לו את הזמן שנחוץ לו להביאו²⁷⁵.

בעל הנכס אינו יכול לדרשו במקום שאינו מקום ההפקדה, אפילו אחרי הזמן, גם אם הוא

²⁶⁸ קצות החושן, שפ"ו, ס"ק י.

²⁶⁹ ספר מישרים, נתיב ל, חלק ג ("המפקיד יכול לחזור בו כל זמן שירצה"); מנחת חינוך, מצווה נו (פד ע"ד) ומצווה נט (פה ע"ג); ערוך השולחן, חו"מ, רצ"א, יט; שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן יג (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצ"ג, ס"ק ב); פתח האוהל (זולצבאך), ערך פיקדון; שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן קיב. באשר לעמדת החוק, ראה סעיף 101(א), ליד ציון הערה 2, שטסדקי אומר שאין בעל הנכס יכול לדרשו חזרה תוך הזמן בטענה שהשומר אינו שומר כראוי (אם זה סוג שומר שזכאי להחזיק עד סוף הזמן).*

²⁷⁰ שו"ת דברי שמואל (ארדיטי), חו"מ, סימן ט (רו ע"ג), עוסק בפיקדון שיש לשומר הנאה ממנו (כגון עסקא), ופוסק שבעל הנכס אינו יכול להוציא מידו תוך הזמן (עייני שם שהביא מקורות לכך).*

²⁷¹ ערוך השולחן, חו"מ, רצ"א, יט, כמוסבר על ידי רח"א מילר. כמו כן, חזון איש, ב"ק, סימן כג, ס"ק כו, כתב שמאחר שמשך שומר שכר את הנכס, מתחייב לו בעל הנכס בכל שכרו. וראה על כך בסעיף 5, הערה 186. השווה את דברי ערוך השולחן ליד ציון הערה 35, על שוכר המשלם מראש.*

²⁷² שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תתכב; מרדכי, ב"מ, סימן תיד (הובא בתרומת הדשן, תשובה שכה, בשו"ת מהר"ם מינץ, סימן צב, בתומים, ק, ס"ק ב, ובבאר היטב, חו"מ, ק, ס"ק ב); כסף הקדשים, ק, א; ערוך השולחן, חו"מ, ק, ד. כסף הקדשים, ק, א, כותב שבכסף מופקד, שהשומר רשאי להשתמש בו, נותנים לו זמן בית דין מפני שהיה רשאי להשתמש, ואם יוציא אותו מיד מהעסק שהוא מושקע בו, יפסיד (אך יש להעיר שבלאו הכי, אם השתמש, זה הופך להלוואה שנותנים עליה זמן בית דין). ראה גם סעיף 5, הערה 133, על נתינת זמן בית דין לשומר הפורע על אבדן הנכס.

²⁷³ מהר"ם מינץ שם.

²⁷⁴ מהר"ם מינץ שם. בנידונו השומר הוא זה שהתרחק, אבל אם בעל הנכס הוא זה שהתרחק, הרי נראה בסמוך שאינו חייב להחזיר לו כלל במקום שאינו מקום ההפקדה.

²⁷⁵ באר היטב שם.

והשומר נמצאים באותו מקום²⁷⁶. אבל אם הנכס מצוי בידי השומר כשבעל הנכס תובע אותו, הוא חייב לתת לו אותו אף על פי שאין זה מקום ההפקדה²⁷⁷.

שאלה שיש לדון בה בעניין חובת השומר להחזיר את הנכס היא: האם שומר חייב להחזיר לבעל הנכס, אם הוא עלול להפסיד מכך? השאלה עלתה במקום שמת בעל הנכס, ולפי ההלכה הנכס היה אמור לעבור ליורש, אבל לפי דיני הנכרים הנכס היה שייך לאדם אחר, ואותו אדם היה תובע פיצוי מן השומר אילו נתן את הנכס ליורש. הריב"ש פסק, שאין השומר חייב להחזיר את הפיקדון לבעליו, מאחר שיש בסיס לחשש שמא יאלץ "להחזיר" את הנכס פעם נוספת לאחר החזרתו; ובמקום זאת, השומר יוכל לשלוח את הנכס לבית הדין של מקום בעל הנכס²⁷⁸. חלק עליו התשב"ץ, בנימוק שמאחר שבעל הנכס בפנינו, ותובע את הנכס, השומר מחויב לקיים מצוות השבה, כפי שקיבל על עצמו בשעה שקיבל את הפיקדון; והחשש שיפסיד בגלל זה, אינו פוטר אותו מחובתו היסודית להחזיר את הנכס²⁷⁹.

מת בעל הנכס, ואין לו יורשים מוכרים, ר' אהרן ששון פסק שאין בית הדין צריך לקחת את הנכס לאחריותו, משום שאין בית הדין צריך לדאוג ליורש, שהוא אדם שזהותו אינה ידועה, אלא אפשר להשאיר את הנכס בידי השומר. זאת ועוד: אפשר לשומר יש קרבה משפחתית רחוקה (שאינה ידועה לנו) לבעל הנכס, ואפשר שהוא עצמו היורש, ומספק אין להוציא מידו. אף אפשר שבעל הנכס היה גר או ממשפחת גרים, ואין לו יורשים, ואם כן נכסיו הם הפקר, וכל הקודם לזכות בהם זכה. עוד נימק, שהשומר הוא כמו מוצא אבדה, שאפשר להשאיר את הנכס בידו עד שיתברר מי בעל הנכס²⁸⁰. אולם ר' מאיר מלובלין חלק עליו, ופסק שבית הדין צריך להוציא את הנכס מיד השומר, ולהחזיק בו (באמצעות אפוטרופוס) עד שיוודע מי היורש. אף על פי שלא ידוע מי בעל הנכס, מוטל על בית הדין לדאוג לו מטעם מצוות השבת אבדה. לדעתו, אין להתחשב באפשרות שהשומר עצמו הוא היורש, כיוון שאין ידוע לנו על קרבה משפחתית ביניהם, וזה כעין הוכחה שאכן אין קרבה כזאת. רק אם השומר הוא אדם נאמן בעיני בית הדין, והנכס בטוח אצלו, בית הדין משאיר את הנכס בידו, ואין מוציאים אותו ממנו במטרה לתיתו לאפוטרופוס, שהרי אין ממנים אפוטרופוס על נכסים של אדם בגיר. אבל אם השומר אינו ידוע כאדם נאמן, או שאין הנכס בטוח אצלו, מוציאים את הנכס מידו ונותנים לאדם אחר, לא כאפוטרופוס שיטרח בנכס, אלא כדי שיחזיק אותו

²⁷⁶ ב"ק קיח ע"א; שו"ת הרי"ף (דפוס ליוורנו), סימן ריו; רמב"ם, הלכות שאילה, ז, יא; סמ"ג, עשה פח, בסופו; טור, חו"מ, רצג, א; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' עג); רא"ש, ב"ק, פרק י, סימן לא; פסקי הריא"ז, ב"ק, פרק י, הלכה ז, אות ב; ספר מישורים, נתיב ל, חלק א; שו"ע, חו"מ, רצג, א; ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן נג; שלטי הגיבורים, מכות א ע"ב (בדפי הרי"ף); ר"י סגל, נועם כ (תשל"ח), עמ' קכג (אם בעל הנכס עבר דירה לעיר אחרת).

²⁷⁷ מאירי, ב"ק קיח ע"א; הרמ"ך, בשיטה מקובצת, ב"ק קיח ע"א; תשב"ץ, חלק א, סימן סא; ש"ך, חו"מ, רצג, ס"ק א; תומים, עד, ס"ק א; שו"ת שמע אברהם, סימן טו (נח ע"ג) בדעת רש"י, ב"ק קיח ע"א.

²⁷⁸ שו"ת הריב"ש, סימן נב (הובא בשו"ת מהר"ם לובלין, סימן יב).

²⁷⁹ תשב"ץ, חלק א, סימן סא. הוא התנגד למסור לבית דין של מקום בעל הנכס, משום שאותו בית דין היה דן שלא לפי דיני ישראל, בלחץ השלטון הנכרי. עוד נימק, שלמעשה בנידונו לא הייתה סכנה שהשומר יפסיד – עיין שם בהסברו לכך.

²⁸⁰ שו"ת תורת אמת, סימן צג.

בנאמנות. אף על פי שבעל הנכס המקורי סמך על שומר זה, והפקיד אצלו, אפשר שלא היה סומך עליו לשמור עבור יורשיו²⁸¹.

שומר חייב להחזיר את הנכס גם אם הוא יודע שבעל הנכס יעשה בו איסור, כגון ספר קודש שבעליו מבזה אותו וקורע אותו, או יין של נזיר שביקש שיחזירו לו לשתייה. גם אם לא יוכל בעל הנכס ליטלו בלי שהשומר יתן לו, כך שהחזרה נכנסת לגדר איסור "לפני עיוור לא תתן מכשול", מכל מקום השומר חייב להחזיר לו, שהרי אם לא יחזיר, זוהי גזילה, ולכן אינו עובר בזה משום "לפני עיוור"²⁸².

בעל נכס ששכח היכן הנכס, והתייאש ממנו, אין זה מקנה את הנכס לשומר, אלא עדיין הוא חייב להחזיר אותו לבעליו. מאחר שהפיקדון נחשב ברשות בעליו, אין מועיל בו יאוש להפכו לנכס של הפקר, כשם שלא היה מועיל אילו היה הנכס ברשות ממש, והיה מתייאש ממנו²⁸³. בכך פיקדון שונה מאבדה, שאם בעליה התייאש ממנה, היא הופכת להפקר, והמוצאה רשאי ליטלה לעצמו, משום שהאבדה אינה ברשות בעליה, ולכן מועיל היאוש לעשותה הפקר.

²⁸¹ שו"ת מהר"ם לובלין, סימן יב (הובא בחידושי ר"ע איגר, חו"מ, רפה, לש"ך, ס"ק ד). הוא לא התייחס לאפשרות שבעל הנכס היה ממשפחת גרים. רא"ח וייס, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שכ, כותב שאם לא ידוע מי המפקיד ויש ספק בכשרותו (כלומר, ביהדותו), גם למהר"ם יכול השומר להשתמש בו.

²⁸² שו"ת כפי אהרן (עפשטיין), סימן נג.

²⁸³ השגות הראב"ד, הלכות גזילה ואבדה, טז, ד; מלחמות ה', ב"מ יד ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בקצות החושן, רנט, ס"ק א, בישועות יעקב, חו"מ, סימן קנו, ד"ה אולם וד"ה ובחידושי, ובשו"ת הלכה למשה, ראם, סימן ו, אות א); חידושי הרשב"א, ב"מ כו ע"א; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ כא ע"ב. שו"ת מהרש"ג, חלק ב, סימן רלב, נימק, שזהו יאוש בטעות, מפני שבאמת הנכס אינו אבוד ממנו אלא הוא ברשותו.*

אחריות בעל מלון על חפצי אורחיו

דין בעל מלון

12. (א) בסעיף זה –
"מלון" – לרבות פנסיון ובית אירוח אחר;
"בעל מלון" – לרבות מי שבידו ניהול של מלון;
"אורח" – מי שניתן לו מקום לינה במלון.
(ב) לעניין נכסים של אורח הנמצאים במלון, דין בעל המלון כדין שומר שכר.
(ג) היו הנכסים כספים, ניירות ערך או חפצי ערך אחרים, לא יחול סעיף קטן (ב) אלא אם הודיע עליהם האורח לבעל המלון ומסרם, לפי דרישתו, להחזקתו.
(ד) בעל מלון פטור מאחריותו לפי סעיף זה, אם לא ניתנה לו הודעה על אבדן הנכס או על נזקו תוך זמן סביר לאחר שנודע על כך לאורח או שהיה עליו לדעת על כך.
(ה) לבעל מלון תהא זכות עכבון על נכסי האורח הנמצאים במלון או שנמסרו להחזקתו לפי סעיף קטן (ג) כדי המגיע לו הן עקב השמירה והן עקב האירוח.

התוכן

- פרק ראשון: כללי 543
פרק שני: הגדרות – סעיף קטן (א) 545
1. "מלון" 545
2. "בעל מלון" 546
3. "אורח" 546
פרק שלישי: בעל המלון כשומר שכר – סעיף קטן (ב) 546
1. עמדת החוק 546
2. עמדת המשפט העברי 548
פרק רביעי: שמירת חפצים יקרים – סעיף קטן (ג) 549
1. עמדת החוק 549
2. עמדת המשפט העברי 549
פרק חמישי: אורח שלא הודיע על הנזק – סעיף קטן (ד) 550

המחוקק קובע בסעיפנו הוראות מיוחדות ומפורטות בדבר אחריותו של בעל מלון לחפציהם של אורחי המלון. הוראות אלה אינן משתמעות מכלל לא מן הסעיפים האחרים של חוק השומרים; אילו היו משתמעות מהם, לא היה צורך בסעיף מיוחד המפרט את אחריותו של בעל מלון. מכאן ברור שמטרת המחוקק כאן הייתה לקבוע דינים מיוחדים לאחריות בעל מלון, דינים שהיו שונים אילולא ההוראות המיוחדות הללו.

הצורך בהוראות אלה התעורר, משום שלפי הכללים הרגילים של חוק השומרים, הייתה סכנה רצינית לאבדן חפצי האורח, בלי שיוכל לקבל שיפוי על אבדנם. ראשית, מקובל שעובדי המלון נכנסים מדי פעם בפעם לחדרי האורחים לצורך ניקיון וסידורים שונים, אף כשאין האורח מצוי שם ואינו יכול לפקח עליהם. אם כן, קיימת סכנה שעובדי המלון יגנבו מחפצי האורח. זאת מלבד הסכנה של גנבה על ידי אנשים מבחוץ, שקיימת בכל שמירה. שנית, לפי סעיף 1(א), רק מי שהנכס נמצא בהחזקתו, אחראי בשמירה עליו; והרי חפצי האורח אינם מוחזקים באופן ישיר על ידי בעל המלון, שהרי הם מצויים בחדר שנתון להחזקתו של האורח. אם כן, אם ייגנבו חפצי האורח, לא יקבל שיפוי על כך. כדי לפתור בעייה זו, הטיל החוק אחריות מיוחדת על בעל המלון, יותר מן האחריות שהיה נושא בה לפי סעיף 1(א).¹ מכוח הוראת סעיפנו, אחראי בעל המלון גם על נכסים שהחזקתם היא רק בידי האורח, כגון חפצים הנעולים במגרה שהמפתח שלה מצוי רק בידי האורח. אף על פי שלפי סעיף 1(א) היה בעל המלון פטור משמירה על חפצים אלו, ההוראה המיוחדת בסעיף זה מחייבת אותו בכך.²

על הצורך בקביעת הוראות מיוחדות לאחריות בעל מלון, תעיד העובדה שמדינות מועצת אירופה כרתו אמנה מיוחדת לעניין זה (מתאריך 17 בדצמבר 1962). הוראות אמנה זו דומות להוראות סעיפנו, אך יש ביניהן הבדלים אחדים. החשובים שבהבדלים הם: (א) האמנה מטילה אחריות גם על חפצי האורח שאינם במלון, אלא מחוצה לו, אם בעל המלון קיבל אחריות עליהם; (ב) לפי האמנה בעל המלון אחראי על חפצי האורח גם במשך זמן סביר לפני תקופת הלינה ולאחריה, אם קיבל אחריות עליהם; (ג) האמנה מגבילה את אחריות בעל המלון לסכום של שלושת אלפים פרנקים, אלא אם כן הנכס הופקד אצלו, או אם סירב לקבל לשמירה רכוש שמוטל עליו לשמור; (ד) האמנה מחייבת את בעל המלון לקבל לשמירה חפצי ערך, אלא אם יש בכך סכנה או שערכם גבוה מדי; (ה) האמנה פוטרת את בעל המלון אם הנזק לנכס נגרם על ידי האורח או על ידי אדם שבא עם האורח, או שנגרם באונס, או שנגרם עקב אופי הנכס עצמו; (ו) האמנה מונעת אפשרות להתנות להקטין את אחריות בעל המלון; (ז) לפי האמנה,

¹ דברי ההסבר להצעת חוק שמירת נכסים, התשכ"ו-1965, סעיף 12, ה"ח 676 (תשכ"ו) 52; שר המשפטים, דברי הכנסת 44 (תשכ"ו) 215.

² ג' טרסקי, "דיוור קבע במלון דירות ובבתי אבות", עיוני משפט יא (תשמ"א) 193.

אחריות בעל המלון אינה חלה על כלי רכב, על חפצים שבתוך כלי רכב, או על בעלי חיים. בהמשך דיונו נסביר חלק מהשינויים הללו.

לעומת חוק הכנסת והאמנה האירופית, המשפט העברי לא קבע תקנות מיוחדות לגבי בעל מלון כדי לפתור את הבעייה שעמדנו עליה לעיל. נראה שלפי המשפט העברי, בעייה זו אכן יכולה לבוא על פתרונה במסגרת דיני שומר רגילים.

נוכל להגיע למסקנה זו אם נבדיל בין נזק שהאורח היה יכול למנוע, לבין נזק שלא היה יכול למנוע. אם קרה נזק שהאורח היה יכול למנוע באמצעי זהירות מתאימים, כגון נעילת הנכס בארון, נעילת חלונות וכדומה, ולא עשה כן, ברור שבעל המלון פטור. דבר זה הוא בגדר "אשם תורם", שראינו לעיל³ שאם בעל הנכס הוא שאפשר את הנזק לנכס, השומר פטור; וכפי שצינו לעיל, אף האמנה האירופית מסייגת בכך את אחריות בעל המלון. ואילו אם קרה נזק שהאורח לא היה יכול למנוע, משום שיש לעובדי המלון מפתח לחדרו (שזה שורש הבעייה, כפי שהדגשנו לעיל), אכן יש לחייב את בעל המלון בשמירה, על פי העקרונות של המשפט העברי ליצירת חיוב שומר, שראינו לעיל⁴. כפי שראינו שם, מבחינה פורמאלית שומר חייב רק אם ביקש ממנו בעל הנכס לשמור בעבורו, והשומר השיב בהסכמה, אולם למעשה די בבקשה והסכמה מכללא. מנינו שם מקרים רבים שנוצר בהם חיוב שמירה משום שעולה מן הנסיבות שהצדדים התכוונו ליצור חיוב כזה⁵. אחד השיקולים שמנינו שם הוא, שאם ברור שבעל הנכס לא יוכל לשמור אותו בהיותו ברשות הנפקד, מניחים שהנפקד התכוון לקבל על עצמו שמירה⁶. אף כאן, שהאורח, בעל הנכס, אינו יכול לשמור על הנכס מפני נזקים מסוימים, כיוון שיש לעובדי המלון אפשרות להיכנס לחדרו, הרי הנפקד, בעל המלון, מקבל על עצמו אחריות שמירה לעניין הנזקים הללו.

בפרקים הבאים נבדוק את הפרטים השונים שקובע החוק לגבי אחריות בעל המלון, ונראה מהי דעת המשפט העברי לגביהם. בכל הנקודות האלה הקו המנחה יהיה שקביעות החוק הן במסגרת תקנה מיוחדת בבעל מלון, ואילו המשפט העברי לא קבע תקנה מיוחדת בבעל מלון, והוא חורץ את דינו במסגרת דיני שומר רגילים.

לא נדון כאן בזכות העיכבון שיש לבעל המלון על נכסי האורח (סעיף קטן (ה)), כשם שלא דננו במה שקובע החוק בסעיף 9, שיש לכל בעל הנכס ולכל שומר זכות עיכבון זה על נכסיו של זה, משום שדיני עיכבון ראויים לבחינה כללית, ולא דווקא במסגרת סקירת דיני שומרים.

³ סעיף 4, פרק ז.

⁴ סעיף 1(א), פרק א.

⁵ ראה סעיף 1(א), פרק א, 5, על שואל, שוכר, מעביר נכס, פועל, ועוד. כפי שצינו שם, דוגמאות נוספות לכך מנויות בסעיף 1(ג), פרק ג, שבהן אף נוצר חיוב של שומר שכר בלי קבלת שמירה בפירוש; ובעל מלון דומה יותר לדוגמאות ההן, משום שאף הוא שומר שכר, כפי שנראה בהמשך.

⁶ ראה שם ליד ציון הערה 80, על שומר היוצא לדרך*.

הגדרות – סעיף קטן (א)

1. "מלון"

החוק קובע בסעיף קטן (א) שלעניין סעיף זה, פנסיון וכל בית אירוח אחר דינו כמלון. המחוקק לא הזכיר שמדובר דווקא במלון שהלינה בו היא בשכר, ואף בהגדרת המילה "אורח" לא קבע החוק שמדובר דווקא באורח בשכר. אפשר אולי להסיק מכאן, שהוראת החוק חלה גם על בעל מלון שאינו נוטל שכר מן האורח. אך אפשר שהחוק לא הזכיר תנאי זה רק משום שהדבר מובן מאליו, שהרי בתי מלון ובתי אירוח פועלים על בסיס רווחי וכמעט שאינם מכניסים אורחים בחינם.

מכל מקום, לפי המשפט העברי, אם האורח אינו משלם שכר על הלינה, אין בעל המלון שומר שכר. כפי שנראה להלן, הסיבה שבעל המלון נחשב שומר שכר לפי המשפט העברי (לפי דעה אחת) היא, ששכר הלינה נחשב כמיועד גם כשכר על השמירה; ונימוק זה אינו קיים כשאין שכר לינה.

בית אבות אינו בית אירוח, ועל כן אינו כלול בהוראת סעיפנו, בפשטות. עם זאת, סבור טדסקי שיש לראות את חובת השמירה כאחת החובות שמוסד כזה חייב לספק, מן הסתם; והעובדה שהדיירים נמצאים שם בצורה קבועה אינה סיבה לפטור את ההנהלה מחובת שמירה⁷. לפי הניתוח שעשינו בפרק א, נראה שאם עובדי המקום יכולים להיכנס לחדרי הדיירים בחופשיות, אכן חלה הוראת סעיפנו, שכן זו עיקר הסיבה לקביעת אחריות מיוחדת על בעל מלון, כפי שהסברנו שם. לעומת זאת, אם עובדי המקום אינם יכולים להיכנס לחדרי הדיירים בלי ידיעת הדיירים, הרי הם כשוכרים רגילים, ואין בעל בית אחראי כשומר על נכסי השוכר. בעניין שוכר דירה צריך לומר, שגם אם יש לבעל הדירה מפתח לדירה, כמקובל, אין זה בכלל הוראת סעיפנו, המקיף רק בתי אירוח. המחוקק סבור, כנראה, שכאן אין נשקפת סכנה מוגברת לנכסי השוכר עקב יְכַלְתו של בעל הדירה להיכנס אליה, משום שבפועל מקובל שאין המשכיר נכנס לדירה בלי רשות השוכר, וקל וחומר שעובדים שלו אינם נכנסים אליה בלי רשות השוכר, ובכך זה נבדל מבית אירוח.

נראה שגם לפי המשפט העברי, אין משכיר חייב בשמירה על נכסי השוכר שבדירה המושכרת. כפי שהסברנו בפרק א, העילה לחיוב בעל מלון בשמירת נכסי האורח לפי המשפט העברי היא, שהאורח אינו יכול לשמור בעצמו (מפני סכנות מסוימות); והרי שוכר דירה יכול לשמור על נכסיו בעצמו, כמו שכל בעל בית יכול לשמור על הנכסים שבביתו, כיוון שאין אנשים זרים יכולים להיכנס לביתו בלי רשותו.

הדעת נותנת שאף בבית אירוח, אם אין לבעל המלון או לעובדיו אפשרות להיכנס לחדרו של האורח בלי רשותו, לא תחול על בעל המלון אחריות שמירה. הרי הסברנו בפרק א, שהסיבה שהוטלה אחריות על בעל המלון היא, שנכסי האורח חשופים לסכנה מוגברת, כיוון שעובדי המלון יכולים להיכנס לחדרו בחופשיות. אם כן, במקום שהמצב אינו כן, יש להניח שהחוק אינו מטיל אחריות זו. אפשר שהחוק לא הזכיר סייג זה משום שאין זה מצב מצוי

⁷ טדסקי, שם.

בבתי אירוח, ובמקום שאכן יש נוהג כזה, יצא המקום מגדר בית אירוח ונכנס לגדר דירה שכורה, שעליה לא חל סעיפנו.

2. "בעל מלון"

סעיף קטן (א) כולל בתוך המונח "בעל מלון" גם את מי שאינו הבעלים החוקיים של המלון, אלא רק מנהל אותו. נראה שהרחבה זאת נעשית עקב העובדה שבעל המלון לעתים קרובות אינו מצוי במקום ואינו מסוגל להשגיח על חפצי אורחיו. דווקא מנהל המלון נמצא במקום בפועל ומשגיח על צוות העובדים, והטלת אחריות ישירה עליו עשויה להגביר את עירנותו ואת הקפדתו שלא יאונה כל רע לנכסי האורחים.

במקום שמנהל המלון אינו בעליו החוקיים, אם אירע נזק לחפצי האורח, יוכל האורח לתבוע איזה מן השניים שהוא יבחר, את בעל המלון החוקי או את מנהל המלון, משום שעל כל אחד מהם מטיל סעיפנו אחריות לנזק. אילו רצה החוק להגביל את האחריות במקרה זה רק למנהל המלון, היה צריך לומר: "בעל מלון" – מי שבידו ניהול של מלון, ואז היה משתמע מדבריו שבעל המלון החוקי פטור מאחריות אם אינו מנהל את המלון. המילה "לרבות" מורה שעדיין נשארת אחריות גם על כתפי בעל המלון החוקי.

מאחר שמטרת החוק היא להבטיח שמי שמנהל את המלון בפועל ושולט בצוות העובדים, יעשה כמיטב יכולתו להבטיח את נכסי האורחים מפני אבדן או נזק, ראוי לתת פרשנות רחבה לדברי החוק "ניהול של מלון". יש לומר שבכלל זה כלול גם מי שאינו מנהל רשמי, אלא משמש כממלא מקום בהיעדרו של המנהל הרשמי, בין אם נתמנה לכך באופן רשמי ובין אם לאו.

מאותה סיבה יש לומר, שאם על כל קומה של המלון אחראי אדם אחר, אותו אדם ישא באחריות על נכסי האורחים שבקומה שלו. אף לגבי אדם זה אפשר לומר ש"ניהול של מלון" מצוי בידו. זאת ועוד: בכך שנטיל אחריות על מנהל כל קומה בנפרד, תושג יותר טוב המטרה של שמירת הנכסים, שכן למנהל הכללי של המלון קשה להשגיח על נכסי כל האורחים במלון בסקירה אחת.

אולם עובדי המלון אינם כלולים באחריות זו, שהרי אין בידם ה"ניהול". אף אין לחייבם כשומרי משנה לפי סעיף 7, שכן כאן לא מסר המנהל את החפצים לעובדים לשמור במקומו, ובסך הכול הוא אפשר להם את הגישה למקום הנכס.

נראה שלפי המשפט העברי, אחריות השמירה מוטלת רק על מי שמסוגל להשגיח על הנכס בפועל, דהיינו על המנהל הישיר של המלון או על מנהלי הקומות, ולא על בעליו החוקיים, שאינו נמצא במקום. כפי שהסברנו בפרק א, אנו מניחים שבעל המלון מקבל על עצמו שמירה משום שרק הוא יכול לשמור על הנכס, וזה נכון רק במנהל המלון, שנמצא שם בפועל⁸. מאותה סיבה, אם מישהו מעובדי המלון מופקד על שמירת החפצים, או שהוא מצוי בפועל

⁸ ראה סעיף 1(ג), ליד ציון הערה 79, שאם מישהו שוכר מרחץ, ואנשים באים להתרחץ בשכר, הוא שומר שכר על בגדי המתרחצים, ובעל המרחץ אינו אחראי בשמירה, משום שהוא אינו מצוי שם, אלא שוכר המרחץ הוא שמפעיל אותו. אלא שיייתכן שיש הבדל בין שוכר מרחץ למנהל מרחץ, לדעה (בסעיף 1(א)), ליד ציון הערה 127), ששומר חייב רק אם יעשה קניין בנכס. שוכר מרחץ קונה את הנכס המוכנס למרחץ, בקניין חצר, ואילו מנהל מרחץ אינו יכול לקנותו בקניין חצר, שהרי אין זה "חצר" שלו. אולם יש אומרים (סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 137), שאם השומר מקבל שכר, הוא חייב בלי עשיית קניין.

באופן תמידי ליד החפצים, יותר משמצוי שם המנהל (ויותר ממנהל הקומה), אחריות השמירה תהיה עליו דווקא. למסקנה זו נגיע גם אם נניח שיחסי השמירה הראשוניים נקשרים (מכללא) בין האורח לבין המנהל הכללי, מפני שהאורח אינו מכיר את עובדי המלון ואינו יודע מי מהם מופקד על חדרו. גם לפי הנחה זו, התוצאה תהיה שחייב שמירה מוטל רק על העובד המופקד על השמירה או המצוי באופן תמידי ליד החפצים. זאת לפי האמור לעיל⁹, שאם ידוע שהשומר רגיל למסור את הפקדונות המופקדים אצלו לאדם אחר לשמור במקומו, האדם ההוא חייב בשמירה במקום השומר המקורי¹⁰.

3. "אורח"

סעיף קטן (א) מגביל את אחריות בעל המלון דווקא לנכסי אורח שניתן לו מקום לינה במלון. הכוונה כאן היא לפטור את בעל המלון מאחריות שמירה על נכסים של אנשים שבאו לבקר את אורחי המלון, של אנשים המזדמנים באקראי למלון, ואפילו של אנשים שמשתמשים בשירותי המלון בשכר, אם אין בכללם שרותי לינה, כגון ברכת שחייה, מגרשי ספורט, וכדומה. נראה שטעם הדבר הוא, שאנשים כאלה אינם מקבלים חדר משלהם שיוכלו להגיח בו את חפציהם, אלא בדרך כלל הם מחזיקים את חפציהם בצמוד אליהם, ועל כן אין סכנה מיוחדת לאבדנם, ולכן אין צורך להטיל על בעל המלון אחריות מיוחדת על חפציהם. אולם במשפט העברי נפסק שאף לעניין אנשים הבאים להתרחץ במרחץ, העובד במרחץ הוא שומר שכר על הבגדים שמניחים המתרחצים במרחץ בשעת רחיצתם¹¹, משום שאין ביכולתם לשמור עליהם כשהם רוחצים, ורק העובד במרחץ יכול לשמור עליהם.

פרק שלישי

בעל המלון כשומר שכר – סעיף קטן (ב)

1. עמדת החוק

סעיף קטן (ב) קובע את אחריות בעל המלון כאחריות שומר שכר. אין צורך לבחון קביעה זו לאור האמור בסעיף 1(ג), המגדיר איזה שומר נחשב שומר שכר. הרי הסברנו בפרק א שלפי עקרונות חוק השומרים, בעל המלון היה צריך להיות פטור לגמרי מאחריות שמירה, וסעיפנו מטיל עליו אחריות כהוראה מיוחדת, שאינה כפופה לעקרונות אחרים של חוק השומרים. על כן נוקט הסעיף בלשון "דין בעל המלון כדין שומר שכר", ולא "יִרְאֶה כשומר שכר"¹², משום שבאמת אינו שומר שכר, אלא מוטלת עליו אחריות ברמה זהה לזו שמוטלת על שומר שכר. נראה שהסיבה שהחוק הטיל על בעל המלון אחריות כשומר שכר היא, כדי להמריץ אותו להשגיח היטב על נכסי האורחים, שזו המטרה של עצם התקנה לחייב בעל מלון בשמירה.

⁹ בסעיף 7, פרק ב, 4.

¹⁰ נקודה זו – מדברי רו"ג גולדברג.

¹¹ סעיף 1(ג), ליד ציון הערה 79.

¹² זאת לעומת חוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971, סעיף 24, האומר ש"ראו שומר שכר".

אילו היה רק שומר חנינם, היה עלול להקל ראש בעניין זה, בנדעו שיחויב רק אם יוכח שהתרשל בשמירה.

לעניין אחריות שומר שכר, מבחין סעיף 2(ב) בין שני סוגים של שומרי שכר: זה שהשמירה היא המטרה העיקרית של החזקתו את הנכס, וזה שהשמירה אינה המטרה העיקרית של החזקה. שומר שכר מן הסוג הראשון אחראי לכל נזק חוץ מנזק שלא היה יכול לצפותו (אונס); ושומר שכר מן הסוג השני אחראי רק לנזק שנגרם ברשלנותו. לאיזה סוג משווה החוק את בעל מלון? לכאורה, הוא שייך לסוג השני, שהרי שמירת הנכס אינה המטרה העיקרית של החזקתו, אלא מטרתה העיקרית היא מתן לינה לאורח תמורת שכר. אולם כבר הסברנו שאחריות בעל מלון בכלל אינה נובעת מהחזקתו בנכס – שהרי אינו מוגדר מחזיק – אלא היא נובעת מהוראה מיוחדת של המחוקק. אם כן, ניסיון לפרש את סעיפנו לאור הגדרים המהותיים שבסעיף 2(ב) הוא מלאכותי, ומבוסס על דמיון חיצוני בלבד.

פרשנות סעיפנו צריכה להעשות לאור מטרתו. מאחר שמטרת המחוקק הייתה להחמיר באחריות בעל המלון, כאמור, יש להניח שהכוונה הייתה להטיל עליו את האחריות החמורה יותר, כשל הסוג הראשון הנזכר בסעיף 2(ב). הסוג השני שם חייב רק אם התרשל, ואין בחיוב כזה כדי להמריץ את בעל המלון להשגיח על נכסי האורחים. ואכן, אף האמנה האירופית מחייבת את בעל המלון בכל נזק מלבד מה שנגרם על ידי כוח טבע שלא היה אפשר לצפותו ולא היה אפשר למנעו, או על ידי מלחמה; ולמעשה זוהי רמת האחריות של שומר שכר מהסוג הראשון.

2. עמדת המשפט העברי

כפי שהסברנו בפרק א, לפי המשפט העברי, חלה על בעל המלון אחריות כשומר על פי הדין היסודי, ולא רק מכוח תקנה. על כן בירור השאלה האם בעל המלון שומר חנינם או שומר שכר, כפוף לעקרונות הכלליים שראינו בדיוננו בסעיף 1(ג), הקובעים מתי שומר מוגדר שומר שכר.

השאלה היא, האם יש להניח שאילו אמר בעל המלון בפירוש שאינו מקבל על עצמו אחריות שמירה, היה האורח מקטין את התשלום, וזה מראה שהשכר שמקבל בעל המלון על האירוח ניתן לו גם תמורת שמירתו על נכסי האורחים, ולכן הוא שומר שכר; או שמא הוא עושה את השמירה בחינם, והשכר ניתן לו רק תמורת מתן הרשות לאורח ללון במלונו, ותמורת הארוחות ושירותים אחרים? לעיל¹³ ראינו שדעות הפוסקים חלוקות לגבי מקרים דומים, כגון משרת, שמש בבית כנסת ומשכיר מקום אֶחְסוֹן – האם אומרים שהשכר הניתן להם ניתן גם על השמירה, או שמא אומרים שהשמירה ניתנת בחינם. על כן אף לעניין אחריות בעל מלון, תהיינה הדעות חלוקות.

¹³ בסעיף 1(ג), פרק ב, 4.

שמירת חפצים יקרים – סעיף קטן (ג)

1. עמדת החוק

סעיף קטן (ג) קובע שאין בעל המלון אחראי על נכסים יקרים, כגון כספים, ניירות ערך או חפצי ערך אחרים של האורח, אם האורח לא הודיע עליהם לבעל המלון. הנימוק לסייג זה לאחירות בעל המלון – נעוץ באי ידיעתו. יש להניח שאילו ידע שהאורח מניח בחדרו חפצים כל כך יקרים, היה בעל המלון נוקט בצעדים מתאימים להבטחת שמירה מעולה, כגון אחסונם בכספת, וכדומה, מאחר שהם "מזמינים" גנבות. אין בעל המלון צריך לשאת באחירות לרשלנותו של האורח, שלא הודיע לו שהוא משאיר חפצים יקרים כאלה בחדרו, שזהו דבר שאינו מקובל, ובעל המלון לא היה צריך להעלות זאת בדעתו.

אולם אם הודיע האורח לבעל המלון על הימצאם של חפצים יקרים אלה ברשותו, ומסר אותם להחזקתו, נושא בעל המלון באחירות עליהם. אם הודיע לו האורח על החפצים, אך לא הסכים למסרם לו להחזקתו, אלא הניחם בחדרו במלון, אין בעל המלון חב באחירות עליהם. החוק מחייב את בעל המלון רק אם האורח גם "הודיע" לו וגם "מסרם" לו.

מן החוק עולה שאין בעל המלון צריך לשאול את האורח האם יש ברשותו חפצי ערך, אלא האורח הוא שצריך ליזום את ההודעה לבעל המלון. למעשה נהוג שאורחים במלון מקבלים טופס שבו הם נשאלים האם יש ברשותם חפצי ערך; ויש גם מודעה גדולה על כך, תלויה במקום גלוי.

אין החוק קובע מה דין בעל המלון אם נודע לו על הימצאות חפצים יקרים אלה, אך לא דרש שהם יימסרו להחזקתו לצורך שמירה מעולה, או שהאורח ביקש ממנו לשמורם שמירה מעולה, ובעל המלון סירב, והסתפק בהשאתם בחדר האורח. הדעת נותנת שגם אז הוא אחראי לנזק או לאבדן שנגרמו לחפצים, משום שהוא התרשל בכך שלא שמרם בשמירה מעולה; והרי הסברנו שהסיבה להפטר בעל מלון מאחירות על חפצי ערך היא, שלא היה צריך לדעת עליהם.

2. עמדת המשפט העברי

לעיל¹⁴ ראינו באופן כללי, שלפי המשפט העברי, אם השומר לא ידע שהנכס המופקד הוא יקר, וחשב שהוא שווה פחות, הוא אחראי רק לפי הערך שהוא חשב עליו. שם הזכרנו דין הדומה מאוד לנידוננו, שמי שקיבל על עצמו שמירה על תכולת בית, אחראי רק לפי מה שיש לשער שיש לאדם זה בביתו¹⁵. אם כן, הדעת נותנת שאף אחירות בעל מלון אינה חלה לפי המשפט העברי על חפצי ערך שאינם רגילים להיות בחדרי מלון.

¹⁴ בסעיף 1(א), פרק א, 3(ו).

¹⁵ סעיף 1(א), ליד ציון הערה 160. אולם ראה שם, ליד ציוני הערות 158-159, שחלק מהפוסקים סבורים שהקלה זו על השומר קיימת רק אם בעל הנכס הוא שהטעה את השומר והביא אותו לחשוב שהנכס זול יותר מערכו האמיתי; ובנידוננו לא הייתה הטעייה כזאת.

אורח שלא הודיע על הנזק – סעיף קטן (ד)

בסעיף קטן (ד) פוטר המחוקק את בעל המלון מאחריותו, אם לא הודיע לו האורח על אבדן הנכס או נזקו תוך זמן סביר לאחר שנודע הדבר לאורח. מטרת סייג זה היא למנוע תרמית מצד האורח, שעלול לטעון מאוחר יותר (ייתכן אף זמן ניכר לאחר שעזב את המלון), שנכס שלו ניזוק בהיותו במלון, ואז לא תהיה לבעל המלון אפשרות להפריך את טענתו. סיבה נוספת לסייג זה היא, שרק אם קיבל בעל הנכס הודעה על הנזק תוך זמן סביר, הוא יוכל לערוך חקירה כדי לגלות את הגנב או את המזיק בקרב עובדי המלון או עובדיו, או מחוץ למלון. נמצא שהיה כאן "אשם תורם" מצד האורח, בעל הנכס, שבלעדיו אפשר שהנזק היה נמנע. נימוק אפשרי נוסף הוא שהאיחור בהודעה יכול להעיד על כך שהאורח, בעל הנכס, מחל על רכשו, אלא שאחר כך התחרט; ובאמת אינו יכול להתחרט. הסעיף קובע שההודעה צריכה להינתן "תוך זמן סביר". זמן סביר צריך להיקבע, בדומה למבחן "האדם הסביר", על ידי בית המשפט, בהתאם לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. החוק מודד את הזמן שבו ההודעה חייבת להינתן, כזמן סביר מאז שנודע לאורח, או מהזמן "שהיה לו לדעת על כך". נראה שפירוש תוספת זו הוא, שאם חזר האורח לחדרו ולא גילה את הנכס, ואדם סביר היה שם לב לכך, רואים כאילו האורח יודע מאותו רגע. לגבי שומר רגיל, לא קבע חוק השומרים הפטר לשומר אם בעל הנכס ידע על אבדן הנכס ולא הודיע לשומר. טעם הדבר הוא, כנראה, שאין זה דבר מצוי, שכן בדרך כלל דווקא השומר נמצא ליד הנכס, ולא בעל הנכס, ואם כן נדיר הוא שבעל הנכס ידע על האבדן לפני השומר. במשפט העברי, לא מצאנו ששומר מופטר משום שבעל הנכס לא הודיע לו על אבדן הנכס. כפי שהסברנו, זהו מקרה נדיר, שבעל הנכס ידע על האבדן לפני השומר, ועל כן לא נזכר הדבר במשפט עברי. אפשר עוד, שהמשפט העברי אינו חושש לתרמית מצד בעל הנכס, ואינו מאפשר לשומר לטעון שבעל הנכס עצמו גנב את הנכס.

הגדרת "בעל נכס"

13. לעניין חוק זה "בעל נכס" כלפי שומר – כל מי שהשומר מחזיק את הנכס בשבילו.

הגדרה

התוכן

פרק ראשון: הוראת הסעיף 553

1. עמדת החוק 553

2. עמדת המשפט העברי 554

פרק שני: מי כשיר להיות בעל נכס לעניין דיני שמירה 555

1. קטן 555

2. אשה 558

3. הקדש 559

4. צדקה 562

(א) כללי 562

(ב) צדקה קצובה 564

(ג) הפקדת צדקה לשמירה 565

(ד) סוגי צדקה מיוחדים 567

(ה) כסף שנידר לצדקה לאחר ההפקדה 568

(ו) כספי פדיון שבויים 569

פרק שלישי: השפעת אופי מיוחד של בעל הנכס על דיני השמירה 570

1. מפקיד שאינו בעל הנכס 570

2. העברת הבעלות בנכס במשך זמן השמירה 571

3. נכס שהופקד על ידי מפקידים אחדים 572

פרק ראשון
הוראת הסעיף

1. עמדת החוק

בסעיף זה מגדיר החוק את "בעל נכס" האמור בסעיפים השונים של חוק השומרים – סעיף 2(ד), סעיף 5(א)-(ב), סעיף 6, סעיף 7(א)-(ב), סעיף 8(א), סעיף 9, סעיף 10 וסעיף 11 – לגבי יחסיו עם השומר, כמי שהשומר מחזיק את הנכס בשבילו. לולא הגדרה זו היינו מפרשים את האזכורים של "בעל נכס" בחוק השומרים, כמתייחסים רק אל מי שהבעלות החוקית בנכס היא שלו. הגדרה זו מלמדת אותנו, שאמנם פיצויים על הנזק, לדוגמה, משתלמים בראש ובראשונה למי שהבעלות החוקית בנכס היא שלו, אך אם היה אדם אחר זכאי להחזיק בנכס, כגון שוכר וכיוצא בו, זכאי גם הלה לפיצוי בגין הנזק שנגרם לו¹. השוכר זכאי לתבוע פיצוי על הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מאבדן יכולת השימוש בנכס, ואילו בעל הנכס החוקי יוכל לתבוע פיצוי על הנזקים שנגרמו לו מן העובדה שלא יקבל את הנכס חזרה בתום תקופת השכירות².

הרחבה זו של המושג "בעל נכס" מובנת לעניין "בעל נכס" המוזכר בסעיף 5, לאמר, שחובת הפיצוי הנקבעת שם תיתכן כלפי יותר מאדם אחד. כך גם לגבי "בעל נכס" המוזכר בסעיף 7(א), שגם שם הנידון הוא אחריות השומר כלפי "בעל הנכס"³. לעניין "בעל נכס" המוזכר בסעיף 6, אין נפקות בהגדרתו, משום ששם נאמר שיש הרשאה מכללא כאילו קיבל רשות מפורשת מבעל הנכס, ונוכל לפרש, שרואים כאילו קיבל רשות מכל מי שבידו לתת רשות. כך גם לגבי סעיף 7(ב), הקובע רק שאין הבדל בין שומר שמסר לאחר ברשות בעל הנכס לבין שומר שמסר בלי רשות – ודאי שלעניין זה אין הבדל מי נחשב בעל הנכס. לעניין סעיף 8, יש להניח שחובת בעל הנכס לשפות את השומר על הוצאות שהוציא לשמירת הנכס – תתחלק באופן יחסי בין בעל הנכס לשוכר (בדוגמה דלעיל), לפי מידת העניין שיש לכל אחד בנכס. לעניין סעיפים 9 ו-10, העוסקים בתוצאות הזכויות ההדדיות של בעל הנכס והשוכר, הרי פירושם נגזר מפירוש הסעיפים האחרים העוסקים בזכויות אלה.

¹ דברי ההסבר להצעת חוק שמירת נכסים, התשכ"ו-1965, ה"ח 676 (תשכ"ו) 54.
² דברי המשפטים בכנסת, דברי הכנסת 44 (תשכ"ו) 215. אף על פי שלשון סעיפנו שונה מהלשון בהצעת החוק, ששם נאמר "לרבות מי שזכאי להחזיק בנכס", הרי השינוי שנעשה הוא רק שינוי נוסח, ולא שינוי מהותי (דברי יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, דברי הכנסת 49 [תשכ"ו] 2152). ראה גם סעיף 11, הערה 250, שחשין מחייב שומר לפצות את השוכר על שהפסיד יכולת שימוש.
³ אך פ' ברגמן, "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו", משפטים יט (תש"ן) 478, ה"ש 5, סבור ש"בעל נכס" המוזכר בסעיף 7(א) הוא בעל הנכס על פי דיני קניין, ולא מי שהשומר מחזיק את הנכס עבורו, שהרי שומר המשנה מחזיק את הנכס עבור השומר הראשון, אבל הרי השומר הראשון מוזכר שם בלשון אחרת – "השומר". לדעתנו יש בחוק חוסר דיוק. ייתכן שאין כאן חוסר דיוק, משום שסעיף 13 אומר ש"בעל נכס" הוא כל מי שהשומר מחזיק את הנכס עבורו, וזה יכול להיות שני אנשים, ואף שומר משנה מחזיק את הנכס עבור שני אנשים – בעל הנכס החוקי, והשומר הראשון.

אולם הדבר אינו כל כך ברור ביחס ל"בעל נכס" המוזכר בסעיפים אחרים. לדוגמה, לגבי הוראת סעיף 2(ד), חובת שומר להודיע לבעל הנכס על נזק העתיד לבוא – כשהשומר מחזיק את הנכס עבור יותר מאדם אחד, מתעוררת שאלה האם מוטלת עליו חובה להודיע לשניהם, או אדרבה, די אם הודיע לשוכר (בדוגמה דלעיל), ואינו צריך להודיע דווקא לבעל הנכס החוקי? כמו כן, לעניין סעיף 11, הקובע שאם בעל נכס סירב לקבל את הנכס חזרה, יורדת אחריות השומר בדרגה – ברור שהוראת הסעיף תחול אם שני "בעלי הנכס" מסרבים לקבלו; אך תתעורר שאלה מה הדין אם פנה השומר רק לאחד מהם, והלה סירב לקבל, ולא פנה לשני – האם תרד אחריותו בדרגה? האמת היא ששאלות אלה היו מתעוררות גם אילו "בעל נכס" היה כולל רק את בעל הנכס החוקי, מפני שעדיין הייתה אי בהירות באשר לנכס של שותפות, לגבי שני הסעיפים הללו.

2. עמדת המשפט העברי

נראה שלפי המשפט העברי, אין לשוכר נכס זכות תביעה מן השומר על אבדן זכותו לשימוש בנכס⁴. אפשר אולי להסיק מזה שגם לעניין תחומיהם של שאר הסעיפים, כשהוזכר "בעל נכס", לפי המשפט העברי מדובר רק בבעל הנכס החוקי.

בפסקה ג, 1, נראה שהדעות חלוקות לגבי אדם שאינו בעל הנכס החוקי, והפקיד את הנכס אצל שומר – האם השומר אחראי כלפי בעל הנכס החוקי או כלפי מי שהפקיד אצלו? מכל מקום, אינו אחראי כלפי שניהם, גם אם יש לשני אינטרס בנכס. אולם אם לשני אנשים יש בעלות חוקית בנכס, דהיינו שהם שותפים בו, אחראי השומר כלפי שניהם. על מקרה מיוחד זה, ראה פרק ג, 3.

ראינו לנכון לדון בסמיכות להוראת סעיף זה, בעמדת המשפט העברי באשר להגדרה עקרונית יותר של "בעל נכס", היינו האם יש בעלי נכסים שלא יחולו כלפיהם חיובי שמירה. בחוק לא נזכרה אפשרות כזאת, כנראה משום שהמחוקק סמך על המפורש בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962. אולם במשפט העברי יש דוגמאות אחדות לכך, שכללי הכשרות המשפטית אינם חופפים את דיני אחריות שומרים. נפרט זאת בפרק ב. בפרק ג נדון במקרים שונים שדיני השמירה מושפעים בהם על ידי אופי מיוחד שיש לבעל הנכס.

⁴ כך עולה מב"מ לה ע"ב, ששם נאמר ששוכר שהשאיל, ואירע אונס, השואל משלם לבעל הנכס, המשכיר, ולא לשוכר (וגם לדעה שמשלם לשוכר, אין פירושו שמשלם לו על זכות השימוש שיש לו, אלא לדעה זו משלם לו את כל ערך הנכס; טעם דעה זו נתפרש בסעיף 7, פרק ד, 3). ושם לו ע"א נאמר שאם השוכר השאיל את הנכס למשכיר לחלק מתקופת השכירות, ואבד הנכס באונס, חייב המשכיר לתת לו נכס אחר כזה לשימוש (מלבד מה שמשלם לו כערך הנכס על אבדן עצם הנכס, לדעה דלעיל – ראה סעיף 7, במילואים להערה 425), וזאת לא מטעם חיובי שומר אלא מטעם חיובי משכיר להעמיד לשוכר נכס לשימוש לכל תקופת השכירות; משמע שלולא זה אין חיוב דיני שומר לפצותו על אבדן שימוש*.

מי כשיר להיות בעל נכס לעניין דיני שמירה

1. קטן

הפוסקים נחלקו בשאלה האם השומר נכס של קטן אחראי כלפיו אחריות של שמירה. יש אומרים שאינו אחראי כלפיו, ואפילו פשע בשמירת הנכס, הוא פטור, משום שאין יחסי שמירה נוצרים כלפי קטן.⁵ זאת משום שבפרשת שומרים בתורה נאמר: "כי יתן איש"⁶, ללמד שרק כאשר איש – בר דעת – נותן נכס לשמירה, חלים יחסי שמירה.⁷ לדעה זו, אף אם עשה השומר קניין להתחייב בשמירת הנכס, לא חל חיובו,⁸ משום שאין אדם יכול לקבל על עצמו התחייבות כלפי קטן.⁹

אולם אחרים אומרים שיש חיוב שמירה כלפי קטן.¹⁰ הם סבורים ש"איש" לא נאמר בתורה כדי להוציא קטן מדיני שמירה, אלא נאמר לעניין דינים אחרים.

יש שלושה סייגים לדעת פוסקים שומר נכסי קטן.

(א) אם השומר פושע, הוא חייב לשלם; אך זאת רק לפי הדעה¹¹ האומרת שגם בנכסים שאין חלים בהם חיובי פרשת השומרים, חל חיוב פשיעה.¹²

(ב) אם אדם גדול הפקיד נכס אצל שומר, ומת, ויורשו קטן, השומר ממשיך להיות חייב בשמירה.¹³ דווקא אם קטן מפקיד בעצמו, אין נוצרת שמירה, משום שיש צורך שגדול ימסור את הנכס לשומר לשמור, אבל כאן שאכן הפקיד גדול, נוצרת שמירה, והיא אינה פוקעת עם

⁵ חידושי הראב"ד, ב"ק קו ע"ב (הובא במחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ח); חידושי הרשב"א, שבועות מב ע"א (הובא בנתיבות המשפט, רצא, ס"ק ג); הרמ"ה, המובא בטור, חו"מ, צו, י, ובשיטה מקובצת, ב"ק קו ע"ב; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ט, בדעת הר"ן; נחל יצחק, צו, ס"ק ב, ענף ב; שו"ת הליכות אליהו, חו"מ, סימן לב, לדרך מ ע"א.*

⁶ שמות כב, ו ר"ט.

⁷ התלמוד, שבועות מב ע"א, דורש מפסוק זה שאין נתבע חייב להישבע על מה שקטן תובע אותו, והפוסקים דלעיל מפרשים שמדובר גם בתביעה שמחמת עסקת שמירה, שהרי הפסוק הזה נאמר בפרשת שומרים; וכפי שהבאנו, האחרונים מבינים שבהפטר משבועה נרמז גם הפטר מתשלום על נזק עקב השמירה.

⁸ נחל יצחק, צו, ס"ק ב, ענף ב. אך הוא כותב שיתכן שתועיל התחייבות בקניין לשמור על נכסי קטנה, שהרי בשולחן ערוך (שיצוין בהערה הבאה), נאמר שיכול אדם להתחייב התחייבות לקטנה.

⁹ שו"ע, חו"מ, רמג, יט.

¹⁰ חידושי הר"י מיגאש, שבועות מב ע"א; רמב"ם, הלכות טוען ונטען, ה, ט, ושו"ע, חו"מ, צו, א, לפי הבנת מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ט, ונתיבות המשפט, רצא, ס"ק ג; ש"ך, חו"מ, צו, ס"ק ב; מלאכת בצלאל, שבועות מב ע"א, בארץ צבי, ס"ק קעה, בדעת רש"י (עיינין שם להוכחתו); מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ח, במסקנתו.*

¹¹ בסעיף 1(א), ליד ציון הערה 283.

¹² ש"ך, חו"מ, צו, ס"ק ב (שזו דעתו לעניין קרקע ושטר – ראה סעיף 1(א), הערה 289); ערוך השולחן, חו"מ, צו, ב; אורים, צו, ס"ק ו; נתיבות המשפט, צו, חידושים, ס"ק ד; מעייני החכמה, ב"מ מב ע"ב.*

¹³ הרמ"ה והראב"ד (שצויינו בהערה 5) מחייבים את השומר להישבע במקרה זה, שלא כדעתם בשומר לקטן סתם; וכך פסקו: ש"ך, חו"מ, צו, ס"ק ג; תומים, צו, ס"ק ב; ערוך השולחן, חו"מ, צו, ב (שהוסיף שחייב בכל דיני שומר).*

מות המפקיד¹⁴. מצד שני, הפוטרים כשהפקיד קטן – פוטרים את השומר גם לאחר שגדל הקטן, משום ששעת ההפקדה היא הקובעת את יצירת חיוב השמירה¹⁵.
 ג) אם בית הדין, המטפל בנכסי הקטן, הפקיד את הנכס אצל השומר לשמירה, חייב השומר בשמירה¹⁶. שלושה הסברים ניתנו לדין זה: א) השומר מתחייב באחריות שמירה כלפי הקטן, משום שכשיגדל הקטן יוכל לתבעו¹⁷; ואף על פי שאם הפקיד הקטן את הנכס בעצמו, השומר פטור כאמור גם כשיגדל הקטן, מכל מקום כאן שגדול – בית הדין – הפקיד, חלה אחריות שמירה, בצירוף העובדה שבעל הנכס יוכל לתבעו בעתיד, כשיגדל¹⁸. ב) השומר מתחייב באחריות שמירה כלפי בית הדין, ואחריות זו מחייבת אותו בתשלומים לקטן. אף על פי שאין אדם יכול לקבל על עצמו התחייבות לשלם לקטן, הרי אדם יכול לזכות נכס לקטן על ידי אחר¹⁹, ואף כאן, השומר מנכה לקטן את התחייבותו לשלם לו – על ידי בית הדין²⁰. ג) זוהי תקנת חכמים, ביתומים, שבית הדין זוכה בשבילם, בזה שנתניתו תועיל להחיל אחריות שמירה²¹.

לפי הדעה המחייבת, מתעוררת שאלה לגבי שומר שהחזיר את הנכס לקטן, בעל הנכס, ואבד הנכס. יש מקום לומר, שמאחר שקטן אינו יודע להשגיח על נכסים, פשע השומר כשמוסר לו את הנכס, והוא חייב לשלם. אולם נפסק שאין השומר חייב²², משום שלפני שקיבל השומר את הנכס לשמירה, היה הנכס במצב של שמירה גרועה, בהיותו ביד הקטן, והשומר רשאי

¹⁴ תומים שם. הוכחתו: אילו הייתה פוקעת, היה השומר פטור גם לכשיגדל הקטן, ואת זאת בוודאי אין הסמ"ע אומר – ראה במילואים להערה 13. וראה ליד ציון הערה 141, על אחריות שומר כשמת בעל הנכס, ויש יורש גדול.

¹⁵ חידושי הריטב"א, שבועות מב ע"א; הרמ"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק קו ע"ב; רמ"א, חו"מ, צו, א; חלקת יואב, מהדורא קמא, חו"מ, סימן יב.

¹⁶ פרישה, חו"מ, שא, ו, וסמ"ע, שא, ס"ק י; אורים, צו, ס"ק ז (המוסיף, גם אם אפוטרופוס של הקטן הפקיד אצל אחר, והובא במנחת סולת, מצווה ט); נפש חיה, ב"מ מב ע"ב (המוסיף, גם אם אביו של הקטן מינהו כשומר); נתיבות המשפט, רצא, ס"ק ג (בכל גדול המפקיד נכס של קטן, שהנפקד הופך לאפוטרופוס); תפארת יעקב, גיטין נב ע"ב, ד"ה תניא (לעניין חיוב אפוטרופוס בשבועת השומרים); שו"ת אבני נזר, יו"ד, סימן קנו, אות ד (בכל גדול המפקיד נכס של קטן).

¹⁷ פרישה וסמ"ע שם.

¹⁸ בית יעקב, על הסמ"ע, שם, ובסימן רצ, כא. הוא מיישב בזה את קושיית מעייני החכמה, ב"מ מב ע"ב, על הסמ"ע, מהדין שאפילו נתן כשהוא קטן, ותבעו כשהוא גדול, פטור (ב"ק קו ע"ב). כך הסביר גם מנחת סולת, מצווה ט. בית יעקב, סימן רצ, הסביר, שמאחר שיתבענו כשהוא גדול, בטל החיסרון של "ממון שאין לו תובעין".

¹⁹ שו"ע, חו"מ, רמג, כח.

²⁰ שער משפט, צו, ס"ק א. הוא מסביר בכך מדוע זה שונה מגזבר המוסר נכס של הקדש לשמירה, שלא חל חיוב שמירה (כפי שהקשה אולם המשפט, רצ, כ).

²¹ אולם המשפט, רצ, כ. מנימוקו עולה שבשאר קטן, שאינו יתום, לא יחול חיוב שמירה גם כשבית דין מוסר את הנכס.

²² חידושי הרמב"ן, ב"ב דף נב ע"א, ודף פז ע"ב, הובא בשו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רצט; עליות דרבנו יונה, ב"ב פח ע"א (בשואל); מאירי, ב"ב פז ע"ב (בשואל), בשם חכמי הצרפתים (הרשב"ם); חידושי הריטב"א, ב"ב פז ע"ב (בשואל), והובא בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז, דף קמו ע"א; חידושי הר"ן, ב"ב פז ע"ב; שיטה מקובצת, ב"מ לא ע"א, בשם תוספות חיצוניות (בשואל); מגיד משנה, הלכות שאילה, ז, י, בשם הרשב"א; נימוקי יוסף, ב"ב כז ע"ב (בדפי הרי"ף); צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער יב, בשם הרשב"א; חידושי הר"ן, ב"ב פז ע"ב (הובא במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ט, והלכות שאילה, סימן ח); שירי מנחה, חו"מ, שב, ב.

להחזיר את הנכס לאותו מצב שהיה כשקיבל אותו – ממקום שנטל, לשם יחזיר²³. כמוכן, נימוק זה תקף רק אם אמנם הקטן הוא שמסר לו את הנכס לשמירה. אולם אם גדול מסר נכס של קטן לשמירה אצל אחר, והשומר החזיר אותו לקטן, ייתכן שיהיה חייב כפושע, משום שכעת רמת השמירה של הנכס גרועה מן הרמה שהייתה כשהופקד אצלו²⁴. מכל מקום, אם הקטן כבר הגיע ל"עונת הפעוטות", שיש בו דעת לשאת ולתת, שלגביו תיקנו חכמים שיכול לקנות ולמכור, החזרה אליו אינה נחשבת פשיעה, מפני שהוא יודע לשמור על שלו²⁵. מקרה מיוחד בשומר נכסי קטן הוא כשהקטן משאיל את הנכס או משכיר אותו. כשם שקטן אינו יכול למכור נכס, כך אינו יכול להשאיל ולהשכיר, מפני שאין לו דעת לתת רשות שימוש. לכן השואל או השוכר דינם כגזלנים, מאחר שהם משתמשים בלי רשות בנכס שאינו שלהם. רק אם הגיע הקטן ל"עונת הפעוטות", שאז מכירתו מועילה מתקנת חכמים, אף מתן רשותו לשואל או לשוכר מועילה מתקנת חכמים, ולא יחשבו גזלנים, אלא ככל שואל או שוכר²⁶. לכל הדעות, לכתחילה אסור לקבל מקטן נכס לשמירה²⁷, אם אין ידוע בוודאות שזהו נכס השייך לקטן, שמא הקטן גנב אותו מאביו או ממי שהוא גר בביתו, ואם ישמור על נכס בשביל הקטן, נמצא מסייע ידי עובר עברה; אלא מי שהקטן ביקש ממנו לשמור – יסרב לשמור, ואז מן הסתם יחזיר הקטן את הנכס למקום שממנו גנב אותו²⁸. אם בכל זאת קיבל את הנכס לשמירה, אל יחזירנו לקטן, שהרי הקטן אינו מסוגל לשמור עליו, ונמצא שמי שמחזיר לו אותו הוא כאילו משליך אותו לאיבוד²⁹, והרי ייתכן שהנכס באמת שייך לקטן³⁰. ייתכן גם שהנכס הוא אבדה שמצא הקטן, ומאחר שהשומר קיבל אותו, התחייב בשמירתו כשומר אבדה³¹. ואין

²³ רמב"ן שם.

²⁴ שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן לט, ואמרי בינה, דיני טוען ונטען, סימן לח, כותבים על מקרה שהאב הפקיד ומת ויורשו קטן, שאז השומר חייב בשמירה לכל הדעות (ראה ליד ציון הערה 13), שאם החזיר לקטן, חייב, שזו פשיעה (אך אמרי בינה מחייב גם אם קיבל מן הקטן והחזיר לו, לפי המחייבים בשמירה בקיבל מקטן – ראה בשמו בהערה 22). את ההבחנה שבפנים עשה שו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן נו, כדי ליישב את קושיית משנה למלך, הלכות מכירה, כט, ז, מן הרשב"א (הערה 22) על מהרי"ט. ²⁵ שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תקצו, וחלק ד, סימן רמב (הובא בבית יוסף, חו"מ, רלה, מחודש ה); אמרי בינה שם; נתיבות המשפט, רלה, ס"ק א (קל וחומר מתקנת חכמים שמתנתו קיימת); משנת ר' אליעזר שם (אפילו הופקד על ידי גדול). וראה ליד ציון הערה 42. רח"א מילר סבור שהדברים אמורים רק לדעה ששומר נכסי קטן פטור, אבל למחייבים, חייב אם החזיר לקטן, אפילו הגיע לעונת הפעוטות. אך אין הכרח לומר כך.

²⁶ מנחת חינוך, מצווה נט (פה ע"ד), על שוכר, ומצווה ס (פו ע"ג), על שואל.

²⁷ תוספתא, ב"ק יא, א; ירושלמי, ב"ק ט, ז; ב"ב נא ע"ב; רמב"ם, הלכות אישות, כב, לב, והלכות שאילה, ז, י; ספר העיטור, פיקדון, ליד אות רפה; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער יב; אורחות חיים, סימן סה, אות ג; סמ"ג, עשה פח; טור, אהע"ז, סימן פו; פסקי הרי"א, ב"ב, פרק ג, הלכה ח, אות יב; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן ריז.

²⁸ רשב"ם, ב"ב שם (ד"ה לא).

²⁹ רשב"ם, ב"ב נב ע"א (ד"ה קיבל); שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רצט; חידושי הרמב"ן, ב"ב נב ע"א; הגהות אשרי, ב"ב, פרק ג, סימן נה ("שמא יאבד"); יד רמה, ב"ב, פרק ג, סימן רו.

³⁰ תוספות, ב"ב נב ע"א (ד"ה קיבל); יד רמה, שם.

³¹ הגהות אשרי, ב"ב, פרק ג, סימן נה (הובא בב"ח, אהע"ז, סימן פו). יש להוסיף, שגם אם הקטן גנב את הנכס ממישהו, חייב שומר זה כשומר אבדה (רמ"א, חו"מ, שמח, ו). הגהות אשרי כותב שאין לחייב אותו מסיבה זו ליטלו ממנו לכתחילה, מפני שיתכן שאדם אחר נתן את הנכס לקטן ועתיד ליטלו ממנו, וזה בכלל הדין "ספק הינוח – לא יטול, ואם נטל לא יחזיר" (ב"מ כה ע"ב).

לחשוש שמא הנכס שייך לאחר שהפקיד אותו אצל הקטן, והוא יפסיד בזה שהשומר לא יחזיר לקטן, שהרי אנשים אינם רגילים להפקיד אצל קטן, כיוון שאין לו דעת לשמור³². במקום להחזיר את הנכס לקטן, השומר ימכור אותו, ויקנה בתמורתו דבר שישמור על ערכו עד שיגדל הקטן, ושגם יביא תועלת לקטן בינתיים, כגון ספר תורה, שהקטן ילמד בו בינתיים, או עץ שיניב פירות בינתיים לטובת הקטן³³; ולאחר שיגדל הקטן, יתן לו את הדבר שקנה בשבילו³⁴. אפשרות אחרת היא, שהשומר יחזיר את הנכס לאפוטרופוס של הקטן³⁵. אם מת בעודו קטן, יתן השומר את הנכס ליורשי הקטן³⁶. אם הודה הקטן, בחייו, שהוא גנב את הנכס, והוא מביע רצון להחזיר אותו לבעליו, הוא יכול ליטול אותו מן השומר ולהחזירו לבעליו³⁷. אם הקטן מודיע בשעת מותו שהנכס שייך לאדם פלוני, צריך השומר לתת את הנכס לאותו פלוני³⁸, אלא אם כן הוא חושש שהקטן משקר. במצב כזה, על השומר לתת את הנכס לאביו של הקטן או למי שהיה גר בביתו³⁹; ויש אומרים שאז עליו לתת ליורשיו של הקטן⁴⁰; ויש אומרים שאז צריך השומר להמשיך להחזיק את הנכס ברשותו מספק⁴¹.

ההוראה שלא יחזיר השומר את הנכס לקטן – אמורה בקטן שהוא מתחת לגיל שש ("עונת הפעוטות"). אם הוא מעל לגיל שש, רשאי השומר להחזיר לו את הנכס, מפני שאין חוששים שקטן בגיל זה יאבד נכס הניתן בידו⁴². אלא שגם כאן, אם רוצה השומר להחזיק את הנכס אצלו ליתר ביטחון עד שבית הדין יעמיד אפוטרופוס לקטן, אין כופים אותו להחזירו⁴³.

2. אשה

אשה שהפקידה נכס לשמירה, השומר אחראי כלפיה כמו כלפי איש שמפקיד⁴⁴.

³² יד רמה, ב"ב, פרק ג, סימן רו.

³³ ב"ב נב ע"א; רמב"ם, סמ"ג, עיטור, אורחות חיים וטור – שם; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' עג); מאירי הלכה (מאן), חלק א, דף יא ע"ג; שערי עזריאל, חלק א, מבוא, פרק ד.

³⁴ רשב"ם, ב"ב נב ע"א (ד"ה קיבל).

³⁵ נימוקי יוסף, ב"ב כז ע"ב (בדפי הרי"ף), הובא בבית יוסף, אהע"ז, סימן פו.

³⁶ ב"ב נב ע"א; טור שם ("לאביו").

³⁷ רשב"ם שם (ד"ה בשעת); מגיד משנה, הלכות שאילה שם, בשם הרי"מ יגאש.

³⁸ ב"ב נב ע"א; רמב"ם וסמ"ג שם. נחל יצחק, עה, ס"ק ה, ענף ג (ד"ה אך), כותב שהשומר חייב בזה רק כדי לצאת ידי חובתו כלפי שמים – עיין שם.

³⁹ רשב"ם שם (ד"ה ה"ג); פסקי הרי"א"ז, ב"ב, פרק ג, הלכה ח, אות טז, הובא בשלטי הגיבורים, ב"ב כז ע"ב (בדפי הרי"ף).

⁴⁰ רמב"ם וסמ"ג שם.

⁴¹ נימוקי יוסף שם, הובא בבית יוסף, אהע"ז, סימן פו; פסקי הרי"ד, ב"ב נב ע"א, הובא ברי"א"ז שם. השווה לדיון בסוף סעיף 11, על מקרה שמת בעל הנכס או שנעלם, ולא ידוע מי יורשו.

⁴² יד רמה, ב"ב, פרק ג, סימן רו; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקצז, וחלק ב, סימן רצט (שזה בכלל תקנת חכמים שהפעוטות מקחם מקח), הובא במגיד משנה שם, בנימוקי יוסף שם, בצרור הכסף הקצר, דרך ב, שער יב, ובשו"ת הריב"ש, סימן כ; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ט (הובא במנחת חינוך, מצווה נט, דף פו ע"א); שירי מנחה, שב, ב (הנוקט, אם ידוע שהממון שלו).

⁴³ שו"ת הריב"ש, סימן כ. אך יד רמה שם נוקט, שאם הקטן תובעו, מחזיר לו – וקצת משמע מזה שלדעתו חייב להחזיר לו.

⁴⁴ מכילתא דרשב"י, שמות כב, ט; רמב"ם, הלכות שכירות, ב, ו; טור, חו"מ, שב, א; שו"ע, חו"מ, שב, א; מעשה בראשית, מצווה נו. במקורות אחרים נידונו מקרים של שומר נכסי אשה, בלי שהדבר יגרוור הבדל בין, לדוגמה: שו"ת מהרי"ק, שורש קד.

3. הקדש

אם הנכס המופקד שייך להקדש, ולא לאדם פרטי, אין דיני שמירה חלים על הנכס. התורה מוציאה נכסי הקדש מכלל דיני שמירה, במילים: "כי יתן איש אל רעהו"⁴⁵ – הרי השומר אינו "רעהו" של הקדש, והוא "רעהו" רק של אדם פרטי אחר⁴⁶.

לעניין זה, "הקדש" פירושו מה שאדם הקדיש לבית המקדש, הן לצורך הקרבה למזבח והן לשאר צרכי המקדש ("בדק הבית")⁴⁷. בזמן הזה, שאין בית המקדש קיים, המונח "הקדש" מושאל לעיתים למובן של ייעוד לצרכי מצווה מסוגים שונים; אך צרכים אלו אינם כלולים באמור בפסקה זו. לדוגמה, שמירת כספי צדקה כלולה בדיני שומרים, שכן ניתן לומר שהשומר הוא "רעהו" של הצדקה⁴⁸. על דיניו של שומר צדקה, ראה פסקה 4. כמו כן, מה ש"מקדישים" לבית כנסת – אין דינו כהקדש לעניין זה, אלא חלים בו דיני שמירה⁴⁹, וכך גם לגבי כסף ש"מקדישים" לקניית קרקע לבית קברות⁵⁰.

נכס שהיה שייך להקדש בתחילת השמירה, ולאחר מכן "נפדה" ויצא מרשות הקדש (ועכשו הוא "חולין"), אין השומר מתחייב עליו בכך באחריות שמירה, מפני שבעת שקיבל על עצמו לשמור, לא הייתה אחריות שמירה יכולה לחול, והיא גם אינה יכולה לחול במשך זמן השמירה בלי שיקבל זאת על עצמו בפירושו⁵¹. כמו כן, אם בתחילת השמירה היה הנכס שייך לאדם פרטי, ובמשך זמן השמירה הוא הקדיש אותו, באותו רגע פקעה אחריות השומר, מפני שאין שומר אחראי כלפי הקדש⁵².

אולם נכס שהיה הקדש בתחילת השמירה, ואחר כך ביטל בעליו (המקורי) את ההקדש על ידי התרת נדרים, השומר חייב בשמירה, מפני שהתברר למפרע שבעת התחלת השמירה לא היה הקדש, ונמצא שיש כאן נכס של חולין בתחילתו ובסופו. היה מקום לפטור כאן את השומר מסיבה אחרת: מאחר שבעת ההפקדה חשב השומר שהנכס של הקדש, נמצא שלא קיבל על עצמו שמירה, ושומר שאינו מקבל על עצמו שמירה – פטור, כפי שראינו לעיל⁵³.

⁴⁵ שמות כב, ו.

⁴⁶ מכילתא על שמות שם; ב"מ נו ע"ב.

⁴⁷ שו"ע, חו"מ, שא, ז; ערוך השולחן, חו"מ, שא, ב.

⁴⁸ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן קא וסימן קט, דפוס פראג, סימן עג, ודפוס לבוב, סימן רלד וסימן תעח.

⁴⁹ טור, חו"מ, צה, טו (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן עח); שו"ע, חו"מ, צה, א; שו"ת מעשה חייא, סימן ה (הובא בשו"ת שפת הים, חו"מ, סימן מז, ומשם בשו"ת שערי צורה, חו"מ, סימן יז, דף קיד ע"ג), על רימוני כסף של ספר תורה; שו"ת גבעות עולם, סימן כו (נו ע"א), על ספר תורה; ערוך השולחן, חו"מ, צה, א; אור עזרא, קובץ א, סימן א.

⁵⁰ פסקי הרא"ה, שו"ת, פרק ו, הלכה ג, אות ט, הובא בשלטי הגיבורים, שו"ת כג ע"ב, בדפי הרי"ף (והובא משם במלאכת שלמה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, א); טור שם.

⁵¹ מכילתא דרשב"י, שמות כב, ו; רמב"ם, הלכות שכירות, ב, ה; עץ חיים (חזן), חלק ג, הלכות שומר חנינם ושכר, עמ' קסא; טור, חו"מ, שא, ז; שו"ע, חו"מ, שא, ט; לוית חן (סינגר), חלק א, סימן יז; נפש חיה, ב"מ נו ע"ב (ד"ה נשבעין); מעייני החכמה, ב"מ נו ע"ב, מהדורא בתרא, אות קסט; אור שמח, הלכות חמץ ומצה, ד, ג, וחידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ נו ע"א; מגנזי הגר"ח, סימן נא; דברי התורה, צד, א; דיבורות משה, ב"ק, חלק ב, סימן סד, ענף ז; מהר"ם שיק, על המצוות, מצווה נד, אות ב; מרחשת, חלק ב, סימן לא, ענף ג, אות ב, בהגהה; חלקת יואב, מהדורא קמא, חו"מ, סימן יב.

⁵² המקורות בהערה 51; בית יעקב, רצב, ה.

⁵³ בסעיף 1(א), פרק א, 3 (ד).

למעשה אין פוטרים מטעם זה, משום שגם שומר הקדש מקבל על עצמו לשמור בפועל, אלא שהוא פטור מתשלומין, מגירת הכתוב⁵⁴.

הפטור של שומר הקדש מקביל להפטור של שומר קרקע או שטר, שגם הם הוצאו מכלל דיני שמירה, כפי שראינו לעיל⁵⁵. הקבלה זו מעוררת שאלה: בדיונונו שם, ראינו שיש מקרים שחלה אחריות שמירה בשומר קרקע או שטר, כגון אם פשע השומר, לפי דעה אחת, או אם עשה "קניין". האם במקרים הללו תחול אחריות גם על שומר הקדש?

לגבי מקרה של פשיעה, התשובה שנויה במחלוקת. יש אומרים, שגם לדעה המחייבת שומר קרקע או שטר שפשע, בנימוק שפושע הוא כמזיק, הרי שומר הקדש שפשע, פטור. נימוקם נעוץ בעיקרון שגם המזיק הקדש בפועל, פטור; פושע, שהוא כמו מזיק, בוודאי אינו חמור יותר ממזיק ממש, שהוא פטור בהקדש⁵⁶. לעומתם, אחרים אומרים שלפי הדעה המחייבת בפשיעה בשומר קרקע או שטר, אף שומר הקדש חייב בפשיעה⁵⁷. הם סבורים שמזיק הקדש חייב, ועל כן גם כאן ניתן לחייב את הפושע לפי הנימוק שפושע כמזיק⁵⁸.

אבל לגבי המקרה האחר, של קניין, לכל הדעות שווה הקדש לקרקע ולשטר: גם שומר הקדש שעשה קניין חייב באחריות שמירה⁵⁹. אלא שיש כאן בעייה טכנית בביצוע הקניין, שסתמו "קניין סודר": כאשר רוצים לתת להתחייבות כלשהי תוקף על ידי ביצוע "קניין סודר", משתמשים בסודר של מקבל ההתחייבות ("כליו של קונה"). נותן ההתחייבות נוטל את הסודר מן האחר, כאילו שתמורת סודר זה, הוא מקבל על עצמו את ההתחייבות כלפיו. אם כך, כדי שהתחייבות השומר תתפוס כאן, צריך שיעשה קניין בסודר השייך להקדש. אבל הרי אסור לאדם ליטול סודר או כל נכס אחר השייך להקדש, משום שזו היא "מעילה", וביצוע קניין בסודר של הקדש מהווה נטילת נכס מהקדש, גם אם היא נטילה זמנית בלבד (רגילים להחזיר את הסודר לבעליו, מקבל ההתחייבות, מיד אחר כך). יש מי שאומר, שמסיבה זו באמת לא תיתכן יצירת אחריות שמירה על נכסי הקדש באמצעות קניין⁶⁰. אולם דעה אחרת היא שאפשר בכל זאת ליצור אחריות כזאת, תוך ניצול דרך אחרת לביצוע "קניין סודר": אדם זר נותן סודר שלו לנותן ההתחייבות, והמתחייב עושה בו את הקניין. אף כאן, השומר ישתמש בסודר של אחר, שאינו שייך להקדש, לעשיית הקניין, כך שאינו עובר על איסור מעילה. כך יוכל שומר זה לקבל על עצמו אחריות שמירה כלפי הקדש⁶¹. אפשרות אחרת היא, שבמקום לעשות קניין

⁵⁴ מנחת חינוך, מצווה נו (פג ע"ד); מנחת סולת, מצווה נו; גידולי שמואל, ב"מ נו ע"ב (ד"ה ובספר).

⁵⁵ כפי שראינו בסעיף 1(א), פרק ב.

⁵⁶ פרישה, חו"מ, שא, ה.

⁵⁷ רמב"ן, בקונטרס דינא דגרמי, בתחילתו (שיש מחייבים פושע); ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ד, סימן ד; שו"ת מהרי"ק, שורש קצג.

⁵⁸ פני יהושע, ב"מ נו ע"ב (שמה שנאמר שמזיק הקדש פטור, הוא לומר שפטור מחומש, אבל חייב קרן); גינת ורדים, שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, ומהדורא ד, אמרי משה, משאת משה, שערי טוהר, יקב זאב, חכמת שלמה – שצוינו במילואים להערה 57.

⁵⁹ ב"מ נח ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, ב, א; ראב"ן, ב"מ נח ע"א (דף רא ע"א, במהד' עהרנרייך); שו"ע, חו"מ, שא, ד; קצות החושן, שא, ס"ק ב; שו"ת דובב מישרים, חלק ג, סימן קב; מגדל דוד, ספר מצווה, מצווה רמד; רא"ב קמאי, אבן ציון, עמ' שיח; פרי החג, פסחים, סימן יג.

⁶⁰ תומים, סו, ס"ק עא (הובא בספר מהר"ם שיק על המצוות, מצווה נו, אות ד); שו"ת אוריין תליתאי (תאומים), סימן כה. התומים כותב כך לפי הדעה שאי אפשר לעשות קניין סודר בכלי שאל.

⁶¹ קצות החושן, סו, ס"ק מז (הובא במנחת חינוך, מצווה נו, דף פד ע"א, ובנחל יצחק, סו, ס"ק יב); כסף הקדשים, מ, על ש"ך, ס"ק ד. הם מסתמכים על דברי רמ"א, חו"מ, קצה, ג, המזכיר אפשרות של

סודר, יעשה קניין שטר: השומר יכתוב בשטר שהוא מתחייב באחריות השמירה, וימסור את השטר לגזבר, שהוא שליח של הקדש, וכך הוא מתחייב.⁶²

שומר הקדש עדיף על פני שומר קרקעות או שטרות, בדרך נוספת שיש לו ליצירת אחריות שמירה: יאמר, "אם יאבד הנכס, אני מחייב את עצמי להקדש בכך וכך [ערכו של הנכס]". לפי העיקרון "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט", אדם המקבל על עצמו התחייבות כלפי "גבוה", הקדש, התחייבותו תופסת במילים בלבד, בלי עשיית קניין, כמו שהתחייבות כלפי "הדיוט", אדם פרטי, תופסת בעשיית קניין. כך, שומר זה שקיבל על עצמו התחייבות כלפי הקדש, למקרה שהנכס הנשמר ייזוק, התחייבותו תופסת בלי קניין.⁶³ אלא שכאן, מאחר שהתחייבותו באה מכוח אמירתו להקדש, שהיא נדר, הרי אם יתיר את נדרו, תתבטל התחייבותו, מה שלא ייתכן אם הוא עושה קניין.⁶⁴ נוסף על כך, מאחר שחיובו הוא מכוח נדר, הרי אם ימות, אין יורשיו חייבים, מה שאינו כן כשעושה קניין.⁶⁵ אבל אם ינסח את התחייבותו בלשון: "יהיה לי דין שומר על ההקדש", הוא לא יתחייב באחריות שמירה, ולא יועיל כאן העיקרון "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט". זאת משום שמה שאמר "דין שומר על ההקדש" הוא חסר משמעות, שהרי אין דיני שומרים בנכסי הקדש, ונמצא שלא קיבל על עצמו מאומה בלשון זו.⁶⁶

כל האמור עד כאן הוא בחיוב שומר הקדש לפי הדין המקורי. אולם חכמים תיקנו, שאם אבד הנכס של הקדש או ניזוק, השומר חייב להישבע ששמר כראוי, כחובת כל שומר. מטרת התקנה היא כדי למנוע מצב שאנשים יזלזלו בנכסי הקדש מתוך שהם רואים ששומר נכסי הקדש אינו נושא בשום אחריות.⁶⁷ לפי פוסקים אחדים, בכלל זה תיקנו חכמים ששומר הקדש חייב לשלם כמו שומר רגיל: אם הוא שומר חנם – הוא חייב לשלם אם פשע; ואם הוא שומר שכר – הוא חייב לשלם גם על גנבה ואבדה.⁶⁸ דעה אחרת היא שחכמים תיקנו אמנם

עשיית קניין בסודר של אדם אחר (היסוד לכך הוסבר בקצות החושן, קצה, ס"ק ט). פתרון דומה מציע אור שמח, הלכות שקלים, ב, ט: הגזבר יתן סודר משלו, שאין בו מעילה, והתחייבות השומר תהיה כלפיו, וזה יועיל מדין "יד גזבר כיד הקדש".*

⁶² מנחת חינוך, מצווה נו (פד ע"א); שו"ת מקור ישראל, חו"מ, סימן מט. אף על פי שגם אור שמח שם משתמש בעיקרון "יד גזבר כיד הקדש", יש עדיפות בכתיבת שטר, שבה התחייבות השומר היא כלפי הקדש ולא כלפי הגזבר, והגזבר משמש שליח רק למסירת השטר, אבל בדרך של אור שמח, ההתחייבות היא כלפי הגזבר.*

⁶³ נתיבות המשפט, שא, ס"ק ד (הובא בשו"ת מנחת יצחק, חלק ב, סימן עז, ס"ק ו, בשושנת יעקב, רצא, כז, ועל ידי רי"ד בלייך, מוריה ד, תשל"ב, גל' ג"ד, עמ' מג); קצות החושן, שא, ס"ק ב (הובא בשיירי מנחה, על מנחת חינוך, מצווה נו, ובשו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צה, אות טו); שו"ת מהר"י אסאד, חלק ב, סימן רלו (בתירוץ הראשון).*

⁶⁴ חכמת שלמה, חו"מ, שא, ד; מנחת חינוך שם; אור שמח, הלכות שכירות, ב, א; בית יעקב, שא, ד; מעייני החכמה, ב"מ נו ע"ב, מהדורא בתרא, אות קעה.*

⁶⁵ בית יעקב שם; מהר"ם שיק על המצוות, מצווה נו, אות ד.

⁶⁶ נתיבות המשפט שם, הובא במנחת יצחק שם. רי"ד בלייך, "שמירה בקרקע, עבדים, שטרות והקדש", מוריה ד (תשל"ב), גל' ג"ד, עמ' מג, הסביר שנתחייבות המשפט סובר שהקדש נתמעט משמירה לגמרי, אף יותר מ"מקנה אצ"א וזהו שלמי, שקלים ב, א.*

⁶⁸ חידושי ר"י אלמדיה, סימן מז (כא ע"א); מעייני החכמה, ב"מ נח ע"א, מהדורא קמא, אות לו (ד"ה ועפ"ז, השני); בניין עולם (קלוגר), על הרמב"ם, הלכות שקלים, ג, ט; יד המלך (פלומבו), על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג; בית ישחק, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, הלכה א (ק"ט ע"ג) והלכה ב; חוות אליעזר, סימן נ (על פי חקר הלכה, ערך שומרים, אות ג); רי"מ בן מנחם, באבן האזל, השמטות אחרי הלכות מלווה ולווה, דף צ ע"א; שו"ת שערי עזרה, חו"מ, סימן יז (קיד ע"ג).*

חובת תשלומין, אך זאת רק על פשיעה, אבל אין שומר שכר חייב לשלם על גנבה ואבדה⁶⁹, משום שלגביו לא קיים חשש שיזלזל בשמירה מתוך ידיעתו שלא יצטרך לשלם, שהלא הוא בוודאי ישמור היטב כדי שלא יפסיד את שכרו אם לא ישמור כראוי⁷⁰. אולם אחרים אומרים שתקנת חכמים זו אינה מחייבת את השומר לשלם בכלל, והתקנה היא רק שעליו להישבע שהוא לא פשע בשמירת הנכס, ושאינו ברשותו, בעוד שהדין היסודי פוטר אותו אף משבועות אלה⁷¹.

4. צדקה

(א) כללי

השומר כסף (או כל נכס אחר) של צדקה – אין עליו אחריות שמירה⁷². חז"ל דרשו מן הפסוק: "כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור"⁷³, שחייב שמירה חל רק כשהנכס מופקד על מנת "לשמור", ולא כשהנכס מופקד במטרה שהנפקד יחלק אותו לעניים⁷⁴. סיבת ההפטר היא שאין כאן "בעל הנכס". אין מי שהשומר יהיה אחראי כלפיו בשמירה. הוא קיבל את הכסף מנותני הצדקה, ואמור לתת אותו לעניים, מקבלי הצדקה, אך משני הצדדים אין מי שהוא יהיה אחראי כלפיו: מי שנתן לו את הכסף לצדקה, מאחר שהוא לא נתן לו אותו במטרה שישמור אותו בעבורו, אלא כדי שיחלק אותו לעניים, אין השומר אחראי כלפיו⁷⁵, שהרי הכסף כבר אינו של הנותן⁷⁶. גם כלפי העניים לא ניתן לחייבו, שכן זהו "ממון שאין לו תובעין" – ציבור העניים הוא כללי, וכל עני שיתבע ממנו לתת לו מן הצדקה, יענה לו השומר: "בדעתית לתת את הכסף לעניים אחרים"⁷⁷. מסיבה זו, גם אם פשע השומר בשמירת הכסף, הוא פטור

⁶⁹ ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ד, סימן ד (ונימק תורת ההשלמה שם, שגנבה ואבדה אינה קורה מתוך זלזול); חידושי ר"ע איגר, ב"מ נח ע"א, ד"ה אמנם לפ"ז (בנימוק שרק פשיעה היא זלזול); שו"ת תורת אמת, סימן עג (אך הוא מסופק בזה, משום שמהרמב"ם משמע שחייב גם בגנבה ואבדה); חידושי מהר"ם שיק, ב"מ נח ע"א (ד"ה מאי); שמחת עולם, שא, ב, בדעת המרדכי (בלשון "אפשר"); שו"ת פאת נגב, חו"מ, סימן מח, בדעת המרדכי; תרומת הכרי, סו, מ (ד"ה וראיתי), בדעת לחם משנה; בית לוי (גולדברג), חלק א, שער טוען ונטען, פרק ט (מט ע"ד); אברהם יגל, על הרמב"ם, הלכות שקלים, ג, ט, והלכות שכירות, ב, ג (נה ע"ד); חזקה רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה שפה (בדעת התוספות).

⁷⁰ תורת אמת, מהר"ם שיק, פאת נגב, חזקה רבה – שם.

⁷¹ מאירי, ב"מ נח ע"א; ש"ך, חו"מ, סו, ס"ק כו; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק א, סימן רסה, בדעת הטור והשולחן ערוך; פני יהושע, ב"מ נח ע"א (ד"ה אלא).

⁷² ב"ק צג ע"א; רמב"ם, הלכות שאילה, ה, א; שו"ע, חו"מ, שא, ו.

⁷³ שמות כב, ו, בשומר חנם; פסוק דומה בשומר שכר, שם פסוק ח.

⁷⁴ ב"ק שם.

⁷⁵ מרדכי, ב"ב, סימן תקג, ושו"ת מהרי"ט, חלק ב, יו"ד, סימן לט (הובאו בחקרי לב, יו"ד, חלק ב, סימן יג, דף כא ע"ב, ובמשנה למלך, הלכות מלווה ולווה, ד, יד, ד"ה עוד וד"ה וכתב, שהובא בחוות דעת, קס, ס"ק י, ובשו"ת תבנא לדינא, סימן יז, עמ' 106), הסבירו שזה מה שלומדים מן הדרשה "לשמור ולא לחלק לעניים" – שאין אומרים שהוא אחראי כלפי המפקד, מפני שאין אומרים שכל זמן שלא חילק את הכסף לעניים, הוא שייך למפקד.

⁷⁶ ב"ח, חו"מ, שא, ה.

⁷⁷ רמב"ם, הלכות שאילה, ה, א; סמ"ג, עשה פח; שו"ת ר"א מזרחי, חלק א, סימן נג (עמ' קמט ועמ' קנד); שו"ע, חו"מ, שא, ו; פרישה, חו"מ, שא, ה, וסמ"ע, שא, ס"ק ט; ב"ח שם; שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן עח; שו"ת תורת אמת, סימן עג; מזל שעה, ליקוטים, דף קה ע"ג.

על הנוק שאירע⁷⁸, גם אם הוא שומר שכר⁷⁹. הרי אף אם נראה את פשיעתו כאילו הזיק לכסף בפועל, אין לחייבו משום כך, שהרי גם המזיק בפועל לכסף של צדקה – פטור, מכיוון שאין מי שיוכל לתבעו לשלם, כאמור⁸⁰. אלא שיש המחייבים את המזיק לצדקה בפועל⁸¹, ובכל זאת הם מסכימים שפושע פטור משום שהוא אינו מזיק בפועל. לכל הדעות, אם הכסף לא ניוזק, והוא עדיין קיים, ניתן לחייב את השומר להמציא אותו⁸².

אף מדרבנן אין עליו חיוב שמירה, בשונה משומר הקדש, שלגביו תיקנו חכמים שיהיה חייב מחשש שיבואו לזלזל בהקדש, כפי שראינו בפסקה הקודמת. סיבת ההבדל היא, שבצדקה לא חששו חכמים לזלזול, מפני שאיסור ההנאה ממנה אינו כל כך חמור כמו בהקדש⁸³. אולם יש אומרים שהשומר חייב לשלם לצדקה "לצאת ידי שמים", אף על פי שהוא פטור בדיני אדם כיוון שאין מי שיוכל לתבעו. זאת כפי שמצאנו בתחומים אחרים, שגם מי שפטור בנימוק של "ממון שאין לו תובעין", חייב בכל זאת לשלם לצאת ידי שמים⁸⁴. לעומתם, יש פוסקים

⁷⁸ רמב"ם ופרישה שם; ליקוטי פירושי רבנו חננאל, ב"ק צג ע"א (נדפס באוצר הגאונים); סמ"ג, עשה פט (קעב ע"א); תשב"ץ, חלק ב, סימן רצג, וחלק ג, סימן שג; סמ"ק מצורף, מצווה רנא, עמ' עח; אור זרוע, הלכות צדקה, סימן כט; ר"ן על הרי"ף, שבועות כב ע"ב (בדפי הרי"ף), וחידושי הר"ן, שבועות מב ע"א; מרדכי, שבועות, סימן תשעג; רא"ש, שבועות, פרק ו, סימן כד, ותוספות הרא"ש, שבועות מב ע"ב; חידושי הרשב"א, שבועות מב ע"א וע"ב; מאירי, שבועות מב ע"ב, עמ' קסב (משום ממון שאין לו תובעין); שו"ת מהרי"ק, שורש ו (הובא בשו"ת משפט צדק, חלק א, סימן לג); שו"ת מהרי"ל החדשות, סימן ק; פסקי רקנטי, סימן סד.

⁷⁹ רא"ש, שבועות, פרק ו, סימן כד; ר"ן על הרי"ף, שבועות כג ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ת מהרי"ק, שורש ו; ים של שלמה, ב"ק, פרק ח, סימן עא; שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סימן ג; שו"ת תשובה מאהבה, חלק א, סימן קצא.

⁸⁰ מלחמות ה', ב"ק לג ע"א (בדפי הרי"ף); תשב"ץ, חלק ב, סימן רצג, וחלק ג, סימן שג.
⁸¹ חידושי הריטב"א, חולין קל ע"ב. הוא כותב שהמזיק צדקה או אוכלו חייב, אף שהמזיק מתנתן כהונה פטור, מפני שצדקה היא ממון הגמור של העניים (נקודה זו הובאה בשמו בשו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן ק, אות ב), ולכן הוצרך הפסוק "לשמור" לפטור פושע.

⁸² הריטב"א שם; תשב"ץ, חלק ב, סימן רצג; שו"ת מהרי"ק, שורש ו, ענף ד; ים של שלמה, ב"ק, פרק ח, סימן עא; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, יו"ד, סימן מה (הובא במשנה למלך, הלכות מלווה ולווה, ד, יד, ד"ה כתב); שו"ת קרית חנה דוד, חלק א, חו"מ, סימן א (קלח ע"ד).

⁸³ הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, ב, אות ב; מרדכי, ב"מ, סימן שט; אגודה, ב"מ, סימן עב; תשב"ץ, חלק ב, סימן רצג (שאם זה "הקדש" [כינוי לצדקה] סתם, פטור אפילו מדרבנן מפני שזה לא לאנשים ידועים); ים של שלמה שם; שו"ת אורח לצדיק, חו"מ, סימן ז. אך שו"ת מהרי"ל החדשות, סימן ק, כותב שטור, חו"מ, צה, יד, סובר שגם בצדקה נתקנה תקנה זו, שהרי הוא כותב שנשבעים בהקדש מדרבנן, ובוודאי התכוון לצדקה, שהרי בזמן הזה אין הקדש. בשאלה זו עיין בית ישחק, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ב.

⁸⁴ פסקי רקנטי, סימן סד (בלשון "אפשר", בדעת רש"י); שו"ת חוות יאיר, סימן קצט (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, שא, ס"ק ו, בשו"ת תבנא לדינא, סימן יז, עמ' 104, בעטרת מרדכי, זלבוניץ, דף עה, ובשו"ת באר חיים מרדכי, חלק ב, סימן נט); שו"ת מקור חיים (סגלוביץ), סימן כח; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, סימן יג; שו"ת קרית חנה דוד, חלק א, חו"מ, סימן א, בסופו (אם פשע); בית יעקב, שא, ו, בדעת שיטה מקובצת, ב"ק צג ע"א (עיין שם להוכחתו לכך); דיברות משה, ב"ק, סימן סד, ענף א (בדעת רש"י והרמב"ם); אור יקר, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ה, א; כובע ישועה, ב"ק קיו ע"ב.

את השומר אף מלשום לצאת ידי שמים⁸⁵, משום שיש כאן הפטר מיוחד, הנלמד מהפסוק שהזכרנו לעיל, מעבר לנימוק שזהו ממון שאין לו תובעין⁸⁶. שומר צדקה שמסר אותה לאחר, דינו כשומר שטר שמסר אותו לאחר⁸⁷, שדינו נתפרש לעיל⁸⁸.

יש בכל זאת מקרים אחדים ששומר כסף של צדקה אחראי עליו, מן הסיבה שאין בהם מקום לטענות הפטר שמנינו. יש מהם מקרים שהשומר אחראי כלפי מי שנתן לו את הצדקה, כגון שהוא אמור להחזירה לו בתום השמירה; ויש מקרים שהוא אחראי כלפי העניים מקבלי הצדקה, כגון שהוא מחויב לתת את הצדקה לעניים מסוימים. נפרט זאת בהמשך הדברים.

(ב) צדקה קצובה

במקום שנקבע לכל עני סכום קצוב המגיע לו מן הצדקה, השומר אחראי בשמירת הכסף, כלפי העניים, שהרי כאן אין זה "ממון שאין לו תובעין"⁸⁹, ורואים כאילו כל אחד מן העניים הפקיד אצלו את הסכום שלו⁹⁰. זאת בתנאי שידוע מי הם העניים הזכאים לקבל את הצדקה הזאת, כך שהשומר לא יוכל לדחות כל עני התובעו, בטענה: "אני אתן את הסכום הקבוע

⁸⁵ שושנת יעקב, שא, ו (שאינו שומר בכלל, והוא כמו אדם זר שפשע, שפטור לגמרי); מנחת סולת, מצווה נו (דף לט ע"ג); שו"ת חבלים בנעימים, חלק ב, סימן קלה; אולם המשפט, שא, א; שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן יד (שאינו שומר כלל, ומי שאינו שומר פטור אם פשע), ומהר"ם שיק על המצוות, מצווה נו, אות ו; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן פ; ברכת אברהם, ב"ק, מהדורא תניינא, צג ע"א (בדעת הרמב"ם, בהסברו הראשון); יד יוסף (ואלקווא תקפ"ט), ב"מ לו ע"א, ד"ה ראיתי (הובא בשו"ת מהר"ם, חלק ב, סימן קלח; ולא דק כשהביא בחלק ג, סימן פה, כאילו שיד יוסף מחייב); בית יעקב, שא, ו, בדעת תוספות, ב"ק צג ע"א (ד"ה ורמינהי); שו"ת תבנא לדינא, סימן יז (עמ' 104); בני אהרן, סימן רצב, דף קנג ע"א (הובא באור יקרות, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ה, א, ובשו"ת שמע אברהם, סימן סח, דף קסב ע"ב); נחמד למראה, חלק א, פאה, פרק א (כג ע"ב), בדעת מערכי לב, חזן, חלק א, דרוש לג (עיי' שם להוכחתו); שו"ת מנחה בלולה, סימן א (דף א ע"ד).

⁸⁶ שושנת יעקב, מנחת סולת, אולם המשפט, מהר"ם שיק, ברכת אברהם, תבנא לדינא, מנחה בלולה, שואל ומשיב, בני אהרן – שם.

⁸⁷ שו"ת מהרי"ק, שורש ו, וים של שלמה, ב"ק, פרק ח, סימן עא, כותבים שאם מסר לשומר אחר, פטור, מפני שלכל היותר עבירתו על "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר" היא כפשיעה, והרי הוא פטור בפשיעה. ודברי מהרי"ק הובאו על ידי הרמ"א לענין שומר שטר, כפי שראינו בסעיף 1(א), הערות 302-304. רוח חיים, חו"מ, סימן שא (קלד ע"א), כותב שלרמ"א, אם מסר צדקה לאחר לשומר, חייב, אבל אם מסר אותה לאחר בתורת הלוואה, כך שהאחר אחראי אף לאונס, פטור הראשון, כדעתו בשומר שטר שמסר לאחר; ולש"ך, חייב רק אם מסר לאחר בתורת מתנה, אבל אם מסר רק בתורת הלוואה, פטור, כדעתו בשטר.

⁸⁸ סעיף 1(א), פרק ב, 3.

⁸⁹ תשובות גאוני מזרח ומערב, סימן קסב; רי"ף, ב"מ כד ע"א (כדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות שאילה, ה, א; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער יב; סמ"ג, עשה פח; ר' יונתן מלונגיל, ב"ק צג ע"א; מרדכי, ב"ב, סימן תקג; פסקי רקנטי, סימן סד; אור זרוע, הלכות צדקה, סימן כט; מאירי, ב"ק צג ע"א; פסקי הרי"ד, ב"ק צג ע"א; טור, חו"מ, שא, ה; שו"ת מהרי"ק, שורש קצג; שו"ע, חו"מ, שא, ו.

⁹⁰ רא"ש, ב"ק, פרק ח, סימן יח (הובא בנוגע בשערים, מנדלבוים, שער גבאי צדקה, דף יב ע"א); נימוקי יוסף, ב"ק לג ע"א (כדפי הרי"ף); פירוש ר' ברוך מארץ יוון, ב"מ מב ע"א; תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן יד; טור, חו"מ, שא, ה; פסקי רקנטי, סימן סד; אור זרוע, הלכות צדקה, סימן ל (כאילו כבר בא ליד העניים וחזרו והפקידו אצלו); פירוש רבנו חננאל, ב"ק צג ע"א (נדרס באוצר הגאונים); פסקי הרי"ד, ב"ק צג ע"א; הגהות מיימוניות, דפוס קושטא, הלכות מלווה ולווה, ד, יד; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ב; שו"ת ר"א אבן טוואה, סימן לד; חקרי לב, יו"ד, חלק ב, סימן יג (כא ע"א); שו"ת חוות יאיר, סימן קצט.

לעני אחר⁹¹. גם אם אין הכסף מיועד לעניים מסוימים דווקא, הרי אם הכלל הנהוג הוא שכל עני שמבקש, מקבל את הסכום המסוים, חלה על שומר הכסף אחריות שמירה, מפני שכאן, שוב, לא יוכל לדחות אף עני בטענה "אתן לעני אחר", ולכן אין זה "ממון שאין לו תובעין"⁹². יש אומרים, שאם הכסף מיועד לעניים מסוימים דווקא, ואין לגבאי הצדקה רשות לתת אותה לאחרים, השומר חייב בשמירה כלפי העניים גם אם לא נקבע סכום קצוב המגיע לכל אחד מהם⁹³. זאת משום שגם כאן "יש לו תובעין", שהרי אינו יכול לדחות אחד מן העניים הללו שיבקש צדקה. לעומת זאת, הדעה הראשונה סוברת שהשומר חייב רק אם העניים מסוימים וגם יש סכום קצוב לכל אחד⁹⁴, אבל אם רק העניים מסוימים, אך אין לכל אחד סכום קצוב, עדיין השומר פטור, משום שזהו ממון שאין לו תובעין, שהרי לכל עני יוכל לומר: "אתן לך רק פרוטה"⁹⁵. משיבה על כך הדעה השנייה: מאחר שיש קבוצה מסוימת של עניים שהכסף מיועד להם, יוכלו למנות אדם אחד כשלוחם, ולתת לו הרשאה לתבוע את כל הכסף מן השומר בשמם⁹⁶. כנגד זה, סבורה הדעה הראשונה, שלא יהא תוקף להרשאה כזאת, משום שבעת ההפקדה עדיין לא עשו את ההרשאה, והכסף היה אז בבעלות בלתי מוגדרת, ולעניין חיוב שמירה חשוב מה היה המצב בעת ההפקדה⁹⁷. כמו כן, האוסף כסף לצדקה עבור עני מסוים – אחראי בשמירה כלפי אותו עני, מפני שהכסף שייך לו⁹⁸.

(ג) הפקדת צדקה לשמירה

מקרה אחר שנוצרת בו אחריות שמירה על כספי צדקה הוא אם גבאי הצדקה (או התורם עצמו) מסר את הכסף לשמירה אצל אחר, על מנת שיחזירנו לו בתום תקופת השמירה.

⁹¹ מגיד משנה, על הרמב"ם שם (הובא בשלטי הגיבורים, ב"מ כד ע"א, בדפי הרי"ף, ובשו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן יד); שו"ת יפה נוף, חו"מ, סימן סג.

⁹² ב"ח, חו"מ, שא, ה.

⁹³ תשב"ץ, חלק ב, סימן רצג, וחלק ג, סימן שג, בשם תוספות (שם זה לעני העיר, נחשב ממון שיש לו תובעין, ודווקא אם שולח למקום אחר, נחשב ממון שאין לו תובעין); שו"ת מהר"י וייל, סימן כו (הובא בנוגע בשערים, מגדלבוים, שער גבאי צדקה, דף יב ע"ב), בדעת הרמב"ם; כסף משנה, על הרמב"ם שם, בדעת הרמב"ם (הובא במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יז).

⁹⁴ מגיד משנה שם; ר"מ מסרקסטה, בשיטה מקובצת, ב"ק צג ע"א; סמ"ק מצוריק, מצווה רנא, עמ' טו (שנוקט את שני התנאים); ערוך השולחן, חו"מ, שא, ח, בדעת רש"י; חזק יד, על הרמב"ם שם; שו"ת קרית חנה דוד, חלק א, חו"מ, סימן א (קלח ע"ג), בדעת סמ"ג, עשה פח; סמ"ע, שא, ס"ק ט; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רסו; שו"ת מנחה בלולה, סימן א (דף א ע"ג), בדעת מרדכי ורש"י; שו"ת דברי מרדכי (לוריא, תרנ"ו), סימן נג; ר"פ מימון, אור תורה, שנה ט, חוב' יא (ניסן תשל"ז), עמ' תיג; דרך אמונה, הלכות מתנות עניים, פרק ט, ס"ק עא.

⁹⁵ ערוך השולחן, חו"מ, שא, ח.

⁹⁶ שו"ת חוות יאיר, סימן קצט (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, שא, ס"ק ו), כותב שאם הצדקה שייכת לעני העיר, יכולים העניים להעמיד מורשה לתבועו (משמע, גם אם אין קצבה). כמו כן, ראינו במילואים להערה 93, שירושת פליטה כותב בדעת כסף משנה, שהגבאי יכול לתבוע בעד כלל העניים שתחת ידו כיוון שהעניים ידועים.

⁹⁷ שו"ת מהרי"ט, חלק ב, יו"ד, סימן מה (הובא באור יקרות, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ה, א), כותב שאינם יכולים למנות מורשה לתבועו, מפני שבשעת ההפקדה לא היה זה "לשמור". גם שו"ת תבנא לדינא, סימן יז (עמ' 108), כותב שאינם יכולים למנות מורשה, ומביא לכך ראיות מן התלמוד (עין שם).

⁹⁸ רוח חיים, חו"מ, סימן שא, דף קלג ע"ד ודף קמא ע"ב (מפני שהנותנים עשאוהו שליח למסור את הכסף לעני); שיעורי ב"ק (גרוסמן), סימן כב, אות ב.

שומר זה אחראי בשמירה כלפי הגבאי⁹⁹, משום שהגבאי התכוון שהשומר יחזיר לו את הכסף בתום השמירה, ואז הגבאי יחלק אותו לעניים¹⁰⁰. זהו ממון שיש לו "תובעין" – כאשר הגבאי ידרוש ממנו את הכסף, הוא יהיה מוכרח להחזירו לו. אף על פי שאין כסף זה שייך לגבאי, וזכותו לדרוש אותו מן השומר היא רק על מנת שיחלק אותו אחר כך לעניים, ניתן לומר שמאחר שהגבאי יחליט לאיזה עני יתן, הרי אז יתברר למפרע (לעכשו) שכסף זה שייך לעני פלוני ואלמוני וכו', ואותם עניים הם ה"תובעין" של הממון, כך שחלה על השומר אחריות שמירה¹⁰¹. הדין הוא כך גם אם הגבאי (או התורם) מסר לשומר שלא על מנת שיחזיר לו, אלא על מנת שימסור לאדם אחר – גם אז השומר אחראי בשמירה, כיוון שאין זה מתפקידו לחלק את הכסף לעניים¹⁰². כמו כן, מי שקיבל כסף לחלק לעניים על תנאי שלא יחלק אותו לבדו, אלא יחד עם מי שנתן לו, חייב בשמירה, שהרי אם הוא יפר את התנאי, יצטרך להחזיר את הכסף למי שנתן לו אותו¹⁰³.

פירעון השומר על אבדן כספי הצדקה ילך לצדקה, ולא לגבאי, על אף שאילו הגבאי היה השומר מופטר בתור שומר כספי צדקה. זאת משום שאין זה ראוי שהגבאי יעשה רווחים מאחריותו על כספי צדקה¹⁰⁴.

תנאי לחיוב השומר הוא, שהגבאי יאמר לו לשמור את הכסף בעבורו¹⁰⁵. אם הוא אמר לו לשמור בעבור העניים (או שלא אמר לו דבר), אין לחייבו, מפני שהגבאי לא יוכל לדרוש ממנו את הכסף, ושוב זהו "ממון שאין לו תובעין".

אולם יש פוסקים הפוטרם גם אם הופקד כסף הצדקה אצל השומר במטרה שהוא ישמור אותו ולא שיחלק אותו לעניים¹⁰⁶. דעה זו סבורה שהדרשה שהבאנו לעיל, "לשמור" – ולא

⁹⁹ מרדכי, ב"ק, סימן קא (הובא ברמ"א, חו"מ, שא, ו, בשו"ת הרמ"א, סימן לא, בשלטי הגיבורים, ב"מ כד ע"א, בדפי הרי"ף, בשו"ת אדמת קודש, חלק א, סימן ט, דף קכה ע"ג, ובשו"ת באר חיים מרדכי, חלק ב, סימן נט).*

¹⁰⁰ *תלמידיהם שגאשעטק שאבשיש. ח.*

¹⁰² שו"ת קרית חנה דוד, חלק א, חו"מ, סימן א, דף קלט ע"ד (ש"לרש"י, אם לא קיבלו כדי לחלק אלא כדי למסור לגבאי אחר כשיראנו, חייב, מפני שכל עוד לא מסר לשני, יכול הראשון לתבעו, ואין זה נחשב ממון שאין לו תובעין); שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן קלח (שלפי השיטה בהערה 99 יש לחייב מי שקיבל את הכסף שלא כדי לחלק לעניים אלא כדי לשלוח לגבאים העוסקים בחלוקה); פרי עץ חיים, חלק ב, סימן יט, מס' 180 (שאם תורם הכסף לפדיון שבויים רק שלחו עם השומר, ולא אמר לו מה לעשות בו, חייב, שהרי הוא נתן לו בתורת שמירה, או בתורת מתנה להוליך לשבויים); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן פ (שרש"י מחייב אם התורמים נתנו לו לשמור, אבל לא על מנת להחזיר להם); שו"ת להורות נתן, חלק ג, סימן קיז (שחייב אם מסר הנודב כסף לשומר למסור לגבאי שיחלק, מפני שהשומר הוא שליח של הגבאי לקחת מן הנודב, ולכן כשמגיע הכסף ליד השומר נקנה הכסף לגבאי, כדין שליח, ורואים כאילו הגבאי מסר לו לשמור ולהחזיר לו).

¹⁰³ מנחת הגרשוני, הלכה כב (דף נ).

¹⁰⁴ מרדכי שם (הובא בחידושי ר' עקיבא איגר, חו"מ, שא, ו, ובבית זבול, חלק ג, קונטרס ונצדק קודש, סימן לג, אות ד); ר' יחזקיה, הגהות מיימוניות, וים של שלמה (שצוינו במילואים להערה 99); פסקי הגר"א, חו"מ, שא, ו, בדעת ביאור הגר"א, חו"מ, שא, ס"ק יב.

¹⁰⁵ ש"ך, חו"מ, שא, ס"ק י (הובא בשו"ת שיבת ציון, סימן צט); אורח משפט, שא, הגהות הטור, אות ה, בדעת סמ"ע, שא, ס"ק ט; דרך אמונה, הלכות מתנות עניים, פרק ט, ס"ק עא.*

¹⁰⁶ אור זרוע, הלכות צדקה, סימן כט, בשם ר' שמשון בן אברהם; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן קצו וסימן תשנב, בשם הרשב"א; מרדכי, ב"ב, סימן תקג (בשם ר' שמשון); הסבר שני בחידושי תלמידי הרשב"א, ב"ק צג ע"א, כמובא בבני אהרן, סימן רצב (קנב ע"ד); פסקי רקנטי, סימן סד.*

לחלק לעניים", באה לפטור את השומר גם כאן¹⁰⁷, משום שגם כאן, סוף הצדקה שתחולק לעניים¹⁰⁸.

גם הדעה השנייה תחייב במקרה הנפוץ, שאדם מקדיש סכום כסף לצדקה, על מנת שהקרן תהיה קיימת לעולם, והפירות של הקרן יתחלקו לעניים. כאן שומר הקרן חייב בשמירתה, מאחר שהקרן אין סופה שתחולק לעניים¹⁰⁹. מאותה סיבה, שומר רכוש של בית כנסת, כגון רימוני כסף של ספר תורה, אין לפטרו כמו שומר צדקה, כיוון שהרכוש אינו עומד לחלוקה, אלא עדיין הוא שייך למפקיד, אנשי הקהל, והם יכולים לתבעו¹¹⁰. כמו כן, כסף שאסף הציבור להקים בית כנסת או בית קברות, השומרו חייב, כיוון שזהו כסף השייך לציבור ואינו מיועד לחלוקה¹¹¹.

(ד) סוגי צדקה מיוחדים

יש שגבאי הצדקה עצמו, על אף שהוא מקבל את הצדקה מן הציבור לתת לעניים, הוא אחראי בשמירה כלפי הציבור: אם עדיין יש לציבור קשר לכסף. דוגמה לכך היא מקום שיש תקנה שלפיה גבאי הצדקה מחלק צדקה לעניים לפי אומד דעתו, ואם חסר, מוטל על הציבור להוסיף, ואם יש עודף, הוא חוזר לציבור, ויש לציבור רשות לשנות את ייעוד הכסף. כאן גבאי הצדקה חייב בשמירת הכסף, מפני שזהו כסף של הציבור, כפי שמשקף מזכויותיו של הציבור בכסף, לפי התקנה, וזהו "ממון שיש לו תובעין"¹¹². דוגמה שנייה לכך היא ב"מעות חיטים", שגבאי הצדקה אוסף מן הציבור כדי לקנות בו לעניים קמח לפסח. החיוב חל במקרה שפרנסי העיר עשו הסכם עם מוכר הקמח שיתן להם כמות מסוימת של קמח תמורת סכום כסף מסוים, באופן שאם סכום "מעות החיטים" שיאסף לא יגיע לסכום הזה, יצטרכו הפרנסים להשלים מכיסם את התשלום למוכר הקמח. כאן הגבאי חייב בשמירה כלפי הפרנסים, ואפילו לא ביקשו ממנו במפורש שישמור בעבורם, הרי ברור שלכך התכוונו, כיוון שאם יאבד כסף זה, ההפסד יהיה על חשבונם הפרטי¹¹³. דוגמה נוספת היא, שאם הפקידו ראשי הקהל כסף אצל מישהו לחלק לעניים, ואמרו לו: "אם כבר הגיע כסף לעניים ממקום אחר, השאֵר את הכסף אצלך לעת הצורך, או כדי לפרוע חובות" – השומר חייב, משום שהכסף עדיין נמצא ברשות הקהל, שהרי הקהל רשאי עדיין לשנותו לצרכים אחרים כרצונם, ולכן הוא כשאר נכסי הקהל שאפשר שיחול עליהם חיוב שמירה¹¹⁴.

¹⁰⁷ מרדכי שם (שאילו למקרה רגיל די בטעם של ממון שאין לו תובעין, ואין צורך בפטוק); שו"ת מהר"ם שם; פסקי רקנטי שם; כובע ישועה, ב"ק צג ע"א; אבן האזל, הלכות שאילה, ה, א. אור יקרות, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ה, א (ד"ה מי, השני), מסביר את דעת ר"ש, ש"לשומר" מלמד שגם זה נקרא ממון שאין לו תובעין.

¹⁰⁸ מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יז (בדעת הרשב"א); ר"מ מיוחס, ציון וירושלים, סימן יד (עמ' לה); אבן האזל שם*.

¹⁰⁹ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רסו (על שוכר בית שהוקדש לצדקה על מנת שדמי השכירות יחולקו לעניים – על הבית יש חיוב שמירה), הובא בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סימן יא, דף קמה ע"א (על מי שקיבל סכום כסף להתעסק בו, על מנת שהרווח ילך לעניים – על הקרן אחראי בשמירה), ובחקרי לב, יו"ד, חלק ב, סימן יג (כב ע"ב), במסקנתו (על קרן שאמורה להיות קיימת לעולם והרווחים יתחלקו)*.

¹¹⁰ שו"ת מעשה חייא (דפוס ונציה), סימן ה; שו"ת לחם רב, סימן קפז*.

¹¹¹ נתיבות המשפט, שא, ס"ק ו (הובא בערוך השולחן, חו"מ, שא, י).*

¹¹² נתיבות המשפט שם (הובא בערוך השולחן שם)*.

¹¹³ שו"ת שיבת ציון, סימן צט, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, שא, ס"ק ט.

¹¹⁴ ר' אפרים נבון, במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יז, ובתשובתו בשו"ת כהונת עולם, סימן נג.

סכום כסף, המיועד בחלקו לצדקה ובחלקו למטרה פרטית של המפקיד, השומרו אינו אחראי בשמירה על החלק המיועד לצדקה, אף על פי ששאר הכסף הוא כסף פרטי¹¹⁵. עניין מיוחד הוא דינו של אדם המחזיק קופת צדקה בתוך ביתו, ומכניס לתוכה את הכסף שהוא עצמו נותן לצדקה. בפשטות, הוא חייב בשמירה על הכסף שבקופה, אם מתקיימים התנאים לחיוב שמירה על צדקה, כגון שהכסף קצוב לעניים מסוימים¹¹⁶. יתר על כן: לפי הדעה שהבאנו לעיל, ששומר צדקה חייב אם אין זה מתפקידו לחלק אותה, הרי כאן יהיה חייב על הכסף שבקופה, משום שאין זה מתפקידו לחלק אותו, אלא תפקידו הוא למסרו לגבאי הצדקה¹¹⁷; וזאת גם אם אין הכסף קצוב לעניים מסוימים. אך יש מי שאומר, שדווקא אם הניח בקופה סכום קצוב, הוא חייב להחזירו אם נגנב או אבד, אבל אם אינו יודע כמה יש בה, אינו מקבל על עצמו שמירה על הכסף בכלל, שהרי אינו יודע כמה להשיב אם ייגנב או יאבד, ולכן הוא פטור¹¹⁸. אולם גם אם נאמר שאין עליו חיוב שמירה ביחס לכסף, אפשר לחייבו לשלם לצדקה את הסכום שנגנב, מסיבה אחרת: משום שהבטיח לתת צדקה, ולא קיים את הבטחתו; אך חיוב זה אינו מתחום דיני הממונות¹¹⁹.

(ה) כסף שנידר לצדקה לאחר ההפקדה
שאלה מעניינת מתעוררת בשומר שקיבל כסף סתמי לשמירה, ולאחר זמן מסוים נדר בעל הכסף לתת אותו לצדקה: האם השומר עוודו חייב בשמירה על הכסף? דעה אחת מחייבת את השומר. נימוקה הוא, שהפטור של שומר כספי צדקה מבוסס על כך שנותן הצדקה הפקיד אותה אצלו כדי שיחלק אותה לעניים, ולא כדי שיחזירנה לו, ואילו כאן, שבתחילה הפקיד בעל הכסף כדי שיחזירנו לו, אין לפטור¹²⁰.

אולם דעה אחרת היא ששומר זה פטור מהרגע שהפך הכסף להיות כסף של צדקה, מפני שחל בו שינוי מהותי, כשם שאם נכס מופקד הוקדש להקדש במהלך זמן השמירה, פוקעת מן השומר אחריות השמירה, כפי שראינו בפסקה¹²¹.

כנגד זה, סבורה הדעה הראשונה שיש הבחנה יסודית בין ההפטר בצדקה לבין ההפטר בהקדש. הקדש נתמעט משמירה גם לגבי שעת ההפקדה וגם לגבי שעת הנזק, שכן המילה "רעהו" נזכרה בתורה בפרשת שומרים פעמיים, פעם בהפקדה ופעם בתשלום, ללמדנו שיש חיוב רק אם הנכס היה "חולין" בשני הזמנים. לעומת זאת, ההפטר בצדקה נלמד מן הפסוק

¹¹⁵ תנ"ך ושלום והצדקה "סומן אצמו".

¹¹⁷ שו"ת חבלים בנעימים, חלק ב, סימן קלה. הוא מסביר שאף על פי שהקופה בתוך ביתו, הכסף נקנה לעניים על ידי קניין חצר, שכליו של לוקח קונים ברשות המוכר אם אין המוכר מקפיד, כמו שפוסק שו"ע, חו"מ, ר, ג.

¹¹⁸ חבלים בנעימים שם. הוא מנמק עוד: אין אדם מקבל על עצמו שמירה על קופת הצדקה, שאילו כן לא היה מניח אותה במקום גלוי שגדולים וקטנים מגיעים אליו; ולפי נימוק זה יש לפטור גם כשהסכום ידוע. אך במסקנתו הוא מחייב כשהסכום ידוע.

¹¹⁹ חוות דעת, יו"ד, קס, ס"ק י, מחייב באחריות את האומר "מטבע זו לצדקה", כמו שנאמר בחולין קלט ע"ב, שלעניין ערכין האומר "הרי זו" חייב באחריות כמו "הרי עלי", מפני שאין קדושה בכסף עד שעת נתינה, ולכן לא יצא ידי נדרו במה שאמר "זו", ולפי זה גם בצדקה הדין כך, כלומר, יש עליו אחריות לקיים את נדבתו; אבל אין זה מדין שומר.

¹²⁰ שלטי הגיבורים, ב"מ כד ע"א (ברפי הרי"ף), הובא במנחת סולת, מצווה נו.

¹²¹ קצות החושן, שא, ס"ק ד; מרחשת, חלק ב, סימן לא, ענף ג, אות ב, בהגהה. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן פ, מעיר שלדעה שצדקה דינה כהקדש (ראה במילואים להערה 48), הלכה כמו קצות החושן.

"כי יתן... לשמור", שנאמר על שעת ההפקדה, ולכן כל נכס שהופקד במטרה לשמור ולא במטרה לחלק, גם אם אחר כך נדר אותו בעליו לצדקה והמטרה היא לחלק אותו, השומר חייב¹²². זאת ועוד: הקדש אינו נכנס בגדר דיני שמירה בכלל, ולכן כשהקדיש בעל הנכס את הנכס, השתנה שינוי מהותי, ופקע ממנו חיוב שמירה; ואילו ההפטר של צדקה אינו הפטר מהותי, שהרי יש שנכסי צדקה חלים עליהם דיני שמירה, כפי שראינו לעיל, אלא שהשומר פטור אם הופקד הנכס במטרה לחלק, וכאן שהופקד במטרה לשמור ולהחזיר, בהיותו נכס רגיל, השומר חייב גם כשהפך להיות נכס של צדקה¹²³.

(ו) כספי פדיון שבויים

דין כספי פדיון שבויים כדין כספי צדקה לעניין שמירה, כיוון שגם הם מיועדים לחלוקה לטובת אנשים בלתי מוגדרים, וזהו ממון שאין לו תובעין¹²⁴. כמו בצדקה כך גם כאן, מדובר בשניתנו הכספים לשומר במטרה שיחלק אותם לצורך השבויים, אבל אם הם הופקדו אצלו רק לשמירה, ועליו להחזירם למי שהפקידם אצלו, הוא חייב בשמירתם¹²⁵.

אולם גם אם הופקדו לשמירה ועליו להחזירם, יש קולה מיוחדת בשמירת כספי פדיון שבויים: אם באו שודדים ואיימו על השומר, הוא רשאי לתת מן הכסף הזה לשודדים כדי להציל את עצמו (גם אם אין נשקפת לו סכנת נפשות, אלא סכנת שבי וכדומה), ולא יחויב לשלם על כך למי שהפקיד אצלו את הכסף (ואשר הוא היה אמור להחזירו לו). סיבת הדבר היא, שיעוד הכסף הוא פדיון שבויים, וכאשר השומר מנצל את הכסף כדי למלט את עצמו מידי השודדים, הרי הוא מבצע בכך פדיון שבו – הוא עצמו¹²⁶. גם אם הוא אדם עשיר, הוא פטור מלשלם, משום שהיה רשאי להשתמש בכסף לפדיונו, כיוון שבזמן שבאו עליו השודדים לא היה לו כסף משלו (כפי שנראה בסמוך), כך שבאותה שעה היה בגדר עניי¹²⁷.

יש שני חריגים לקולה זו. א) אם היה לידו כסף משלו שהיה יכול לתת לשודדים: כאן היה יכול לתת את כספו לשודדים כדי להציל את עצמו, ומשלא עשה כך, אלא נתן את הכסף המופקד, הוא חייב לשלם על כך למי שהפקיד אצלו¹²⁸. ב) אם הכסף נגבה לצורך שבויים

¹²² שושנת יעקב, שא, ו; בית יעקב, שא, ט; שו"ת דבר אליהו, סימן צד; כובע ישועה, ב"ק צג ע"א (ד"ה לשמור); יקב זאב, סימן שא; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן פ.

¹²³ שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק א, סימן רסה (הובא בשו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן פה); רש"מ מאהילנער, שערי תורה (פייגנבוים), טבת תרע"ד, חלק ח, קונטרס ד, סימן לח, ס"ק ג.

¹²⁴ טור, חו"מ, שא, ה; שו"ע, חו"מ, שא, ו.

¹²⁵ נימוקי יוסף, הרא"ש ותלמידי הרשב"א (שצוינו במילואים להערה 99) הסבירו שבמקרה הנדון בתלמוד, שיצוין בהערה 126, מדובר שניתנו לו כספי פדיון שבויים לשמור ולהחזיר, ואין לפטור מטעם "לשמור ולא לחלק", ולכן הוצרך התלמוד לפטור מטעם "אין פדיון שבויים גדול מזה". אולם הפוטרים גם במפקיד צדקה על מנת לשמור (ליד ציון הערה 106) יפטרו גם כאן, והם מסבירים בדרכים אחרות מדוע הוצרך הנימוק "אין פדיון שבויים גדול מזה" – ראה במילואים להערה 126.

¹²⁶ ב"ק קיז ע"ב ("אין פדיון שבויים גדול מזה"); רמב"ם, הלכות שאילה, ה, א; סמ"ג, עשה פח; רא"ש, ב"ק, פרק י, סימן כט; אגודה, ב"ק, סימן קמו; סמ"ק מצורין, מצווה רנא (עמ' סו ועמ' עה); ספר מישרים, נתיב לג, חלק ג; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער יב; טור, חו"מ, רצב, יג; שו"ע, חו"מ, רצב, ט.

¹²⁷ תוספות, ב"ק שם, ד"ה אין (הובא בשו"ת תורת חיים, חלק א, סימן סח, דף קו ע"ב, ובשו"ת מעיין גנים, עבאדי, יו"ד, סימן יח, אות ד); הגהות מיימוניות, הלכות שאילה, ה, אות ב, בשם ר"י; ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן נא; סמ"ע, רצב, ס"ק כו; ערוך השולחן, חו"מ, רצב, כה; אשר למלך, על הרמב"ם שם.

¹²⁸ טור שם, בשם הרמ"ה; תוספות, הגהות מיימוניות, שו"ע וערוך השולחן – שם.

מסוימים: כאן, אף על פי שהצלת השומר היא בגדר "פדיון שבוי", היא אינה ייעוד הכסף. לכן השומר שהשתמש בו לצורך הצלתו – חייב לשלם¹²⁹.

פרק שלישי

השפעת אופי מיוחד של בעל הנכס על דיני השמירה

1. מפקיד שאינו בעל הנכס

הדיון במפקיד שאינו בעל הנכס מתחלק לשני מקרים: א) נכס הפקר, שהפקידו אדם אחד אצל אחר לשמור בעבורו; ב) נכס של ראובן, שהפקידו שמעון אצל לוי לשמור. ויש קשר בין שני המקרים.

נכס הפקר, שאין לו בעלים חוקיים, אלא שהוא נמצא ביד אדם מסוים (שלא התכוון לזכות בו להיות שלו), ואותו אדם הפקידו לשמירה אצל אדם אחר – נחלקו הדעות בשאלה האם נוצרת אחריות שמירה. לפי דעה אחת, אחראי השומר כלפי מי שהפקיד בידו את הנכס, אף שאינו בעליו החוקיים¹³⁰. אולם דעה אחרת אומרת, שכלל אין נוצרים יחסי שמירה בנכס שאין לו בעלים¹³¹.

לגבי המקרה השני, אדם המפקיד נכס השייך לאדם אחר, יש להבחין בין שני מצבים, שרק באחד מהם נעסוק כאן. אם המפקיד עצמו אחראי כשומר כלפי בעל הנכס החוקי, הרי כעת, שהפקיד אותו אצל אחר לשמירה, הוא בגדר שומר שמסר לשומר, והשומר שקיבל ממנו הוא שומר משנה, שעסקנו בדינו בסעיף 7, פרק ד. כאן נדון רק במצב ששמעון אינו אחראי בשמירה כלפי ראובן, אלא נטל נכס של ראובן, וביקש מלוי לשמור עליו עבור עצמו – עבור שמעון.

יש אומרים, שכאן חייב לוי כלפי שמעון, שהפקידו אצלו¹³². דעה זו מתאימה לדעה הסבורה

¹²⁹ חידושי הרשב"א, ב"ק קיז ע"ב (הובא בשו"ת שער המים, סימן כד, דף נה ע"ד, בחקרי לב, יו"ד, חלק ג, סימן קה [לסימן רנו] [דף קיח ע"ב = עמ' רלו], ובשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן פ; מגיד משנה, על הרמב"ם שם (בדעת הרמב"ם); ספר מישרים שם; אור זרוע, ב"ק, סימן תסג; שו"ע שם; שו"ת מנחה כלולה, סימן א (דף ב ע"ג); שם יוסף (אליקים), על הרמב"ם שם; בקע לגולגולת, דף לו ע"ב; שלל דוד, על הרמב"ם שם; ערוך השולחן שם.

¹³⁰ תרומת הכרי, סו, מ, בהגהה. הוא מוכיח זאת מב"מ נח ע"א, ששם מוזכרת אחריות של מי ששומר ספיחים בשביעית לצורך הבאת קרבנות שתי הלחם והעומר, והרי שם אין בעל נכס חוקי, מפני שבשביעית הכל הפקר, ואף על פי כן יש אחריות שמירה, כלפי מי שביקש ממנו לשמור.

¹³¹ חזון איש, חו"מ, סימן ח, ס"ק ה; אבן ישראל, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ד, בהגהה, בדעת הרמב"ם (שהרי הרמב"ם לא הביא את דין שומר ספיחים במקום שהיה צריך להביא אותו, בהלכות שבת, ו, כה – מפני שהוא סובר שדין זה אינו נפסק להלכה); מעייני החכמה, ב"מ נו ע"ב, מהדורא קמא, אות לא, ד"ה כל (הוא לא נקט שאחר הפקידו, אבל כך מדובר בתלמוד שם); מכתבי תורה, מכתב עב; שו"ת דברי מלביאל, חלק א, או"ח, סימן ו, אות ל (שבתלמוד שם אין מדובר בהפקר).

¹³² ר' שמחה, באור זרוע, הלכות גיטין, סימן תשו (מקוצר בהגהות אשרי, גיטין, פרק א, סימן יט, וראה סעיף 7, הערה 380); תרומת הכרי, סו, מ, בהגהה. הם לא אמרו במפורש שמדובר ששמעון אינו שומר, אולם הם סתמו, ומכאן שמדובר גם (לפחות) כשמעון אינו שומר.

שנוצרת אחריות שמירה במפקיד נכס הפקר, מפני שלא הבעלות החוקית קובעת, אלא עצם ההפקדה קובעת¹³³. לעומתם, יש אומרים שלוי אחראי בשמירה כלפי ראובן, בעל הנכס החוקי, משום שהבעלות החוקית בנכס היא שקובעת¹³⁴. דעה זו טוענת, שגם אם נאמר שבנכס הפקר אחראי השומר כלפי המפקיד אף על פי שאין הנכס שלו, הרי זה משום ששם אין אדם אחר שיהיה השומר אחראי כלפיו, אבל כאן, שיש אדם שהנכס שייך לו, אחריות השמירה היא כלפיו ולא כלפי אדם אחר¹³⁵.

אשר לעמדת החוק בשאלה זו, יש להזכיר את דברי חשין לגבי מקרה מיוחד מעין זה: גולן שהפקיד את הנכס אצל אחר. לדעתו, חל חוק השומרים על שומר זה. אף על פי שחוק השומרים אינו חל על גולן בחיובו כלפי בעל הנכס, משום שאין זו "החזקה בדין" (כלשון סעיף 1(א)), מכל מקום הוא חל על חיוב השומר כלפי הגולן, משום שכלפי הגולן הוא מחזיק כדין. יתר על כן: לדעתו, אם השומר מוביל את הנכס עבור הגולן, הוא נחשב "מחזיק בדין" גם כלפי בעל הנכס החוקי, וחל לגביו חוק השומרים כלפי בעל הנכס¹³⁶. לגבי עמדת המשפט העברי בגולן שהפקיד, נראה שדין השומר תלוי במחלוקת שראינו לעניין סתם אדם שאינו שומר (ואינו גולן), שהפקיד נכס של חברו אצל אחר¹³⁷.

2. העברת הבעלות בנכס במשך זמן השמירה

העברת הבעלות בנכס מבעל הנכס המקורי לאדם אחר במשך תקופת השמירה, מעוררת שאלה בדבר אחריות השומר לאחר העברת הבעלות. יש סוגים אחדים של העברת בעלות, ששאלה זו נידונה לגביהם.

מקרה אחד הוא שבעל הנכס החוקי מכר אותו לאדם אחר אחרי ההפקדה. כאן, אחרי המכירה, אחריות השמירה של השומר היא כלפי הקונה, שהוא כעת בעל הנכס החוקי¹³⁸. לפיכך אם המוכר נתן לשומר רשות שימוש בנכס, והקונה לא נתן לשומר רשות זו, והשומר השתמש בנכס וגרם לו נזק תוך שימושו בו, הוא חייב על הנזק כדין שומר המשתמש בנכס שלא ברשות בעליו¹³⁹.

¹³³ תרומת הכרי מקשר את דבריו לדעתו (הערה 130) ששומר נכס הפקר אחראי כלפי מי שביקש ממנו לשמור. אך יש להעיר שאין הקבלה משם לדברי אור זרוע, שכשיש בעל נכס חוקי, השומר אינו אחראי גם כלפי בעל הנכס החוקי.

¹³⁴ אור זרוע שם, דעת עצמו (הובא בהגהות אשרי שם); עונג יום טוב, סימן כג.*

¹³⁵ אבן ישראל שם. כמו כן, קהילות יעקב, ב"מ, סימן כט, אות ה, כותב שהרמב"ן שאומר (ראה במילואים להערה 134) שהשומר אחראי כלפי הבעל הנכס ולא כלפי מי שהפקיד אצלו, מסכים שבהפקר השומר אחראי כלפי המפקיד מפני שאין אדם אחר שיהיה אחראי כלפיו; וזאת כדי ליישב את הסוגיה בב"מ נח ע"א. ראה בשמו במילואים להערה 75, שהוא אומר סברה דומה לעניין צדקה.

¹³⁶ מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 149-150.

¹³⁷ רמ"א, חו"מ, שמו, יז, עוסק בגולן המפקיד נכס, וכותב (בשם המרדכי) שלא יופטר השומר מצד מה שהגולן היה "עמו במלאכתו" – "בעליו עמו", מפני ששומר אינו מופטר אלא אם כן בעל הנכס החוקי עמו במלאכתו. זה מתאים לדעה לעיל, שאחריות השומר היא תמיד לבעל הנכס החוקי.*

¹³⁸ קרני ראם, על מהרש"א, גיטין יג ע"ב, ופני יהושע, גיטין שם, על תוספות (ד"ה גופא), כותבים שאם בעל הנכס מקנה את הנכס לאחר במעמד שלשתם, השומר נכנס לחיוב שמירה גם כלפי הקונה.*

¹³⁹ שו"ת הרא"ש, כלל צג, סימן ב (הובא בדרכי משה, חו"מ, רצב, ס"ק ה). אך רח"א מילר סבור, בעקבות דבריו במילואים להערה 138, שהרא"ש סובר שהשומר אינו חייב בשמירה כלפי המקבל, שכאן חיובו אינו מטעם שומר אלא מטעם גולן, כמבואר ברא"ש שם.

אך יש אומרים שאין השומר נושא באחריות שמירה כלפי הקונה, משום שלא קיבל על עצמו שמירה כלפיו¹⁴⁰. מקרה אחר הוא שמת בעל הנכס שהפקיד אותו לשמירה, והנכס עבר לבעלות יורשו. כאן נפסק שהשומר אחראי כלפי יורשו¹⁴¹. כך נהוג היום בארץ ביחס לכספות לקוחות בבנקים, שאם מת בעל הכספת, יורשיו החוקיים ממשיכים ביחסי השמירה עם הבנק השומר¹⁴². מקרה מיוחד של העברת הבעלות בנכס הוא כשבעל הנכס המקורי היה חייב כסף למישהו. עקב חוב זה, משתעבד הנכס הזה לנושהו של בעל הנכס, מטעם "שעבודא דרבי נתן" – הכלל שלפיו אם ראובן חייב לשמעון, ושמעון חייב ללוי, וראובן חייב ללוי. לכן השומר צריך לתת את הנכס לנושהו של בעל הנכס¹⁴³, והוא אף חייב בשמירה כלפי נושה זה שהוא בעל הנכס החדש, ואם מסר את הנכס לבעל הנכס המקורי או ליורשיו, זו פשיעה כלפי בעל הנכס החדש, והוא חייב לשלם לו על כך¹⁴⁴.

3. נכס שהופקד על ידי מפקידים אחדים

בשמירת נכס שהפקידוהו שני אנשים או יותר, יכולות להתעורר שאלות אחדות. שאלה אחת שנידונה בפוסקים היא בנכס השייך לשניים, ואחד השותפים תובע מהשומר להחזיר לו את הנכס, והשותף השני אינו נוכח. השאלה היא האם השומר יתן לשותף הנוכח את חלקו, או שמא עליו להמתין עד שיופיעו שני השותפים ביחד, ויתן לשניהם את הכול? יש אומרים שהשומר אינו רשאי, ואינו חייב, לתת לאחד את חלקו, עד שיבוא האחר, ואז יתן לשניהם, משום שלא התחייב לכל אחד בנפרד, אלא לשניהם יחד¹⁴⁵. גם אם השומר רוצה

¹⁴⁰ מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כ, בסופו (הובא בשו"ת הליכות אליהו, פיינשטיין, אה"ע"ז, סימן כג, דף נה ע"ד), כותב שאם בעל הנכס הקנהו לאחר בקניין סודר, אין השומר מתחייב בשמירה כלפי הקונה עד שיקבל זאת על עצמו בפירושו.

¹⁴¹ כך עולה מן המקורות בהערה 13, שכתבו שהשומר אחראי בשמירה כלפי היורש גם אם היורש קטן. רח"א מילר הוסיף, שגם הסמ"ע הפוטר שם, מחייב כשגדל היורש; הרי שיש אחריות כלפי היורש.

¹⁴² "שנהג ור' לויטן, "היבטים באחריותו של הבנק לרכוש המופקד בכספת לקוחות", הפרקליט לא (תשל"ז) 124. הם ציינו שבארה"ב מקובל לקבוע בחוזה שהשמירה נפסקת עם מות בעל הנכס.

¹⁴³ ר"ף, כתובות מב ע"ב (בדפי הרי"ף); אור זרוע, ב"ק, סימן קצו וסימן קצח בשם ר' יהונתן בר' יצחק; חידושי הרשב"א, ב"ק מ ע"ב (הובא בשו"ת הריב"ש, סימן שצג, בבית יוסף, חו"מ, קה, מחודש ג, בשו"ת תורת אמת, סימן קיב, בגידולי תרומה, על ספר התרומות, שער סז, חלק ב, אות ו, ובשו"ת מהר"ם אלשיך, סימן קיג), ושו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קכב (הובא בשו"ע, חו"מ, פו, ד); מרדכי, ב"ק, סימן מט; ספר התרומות, שער סז, חלק ב, אות ו; שו"ת הרא"ש, כלל ט, סימן ב (על בעל נכס שהיה חייב מס לקהל); הגהות אשרי, ב"ק, פרק ד, סימן ד; תשובות הרמב"ן (מהד' שאוועל), סימן טט, הובא בטור, חו"מ, קה, ח (ומשם הובא בשו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכד); שו"ע, אה"ע"ז, ע, ז (על חיוב מזונות שנתחייב בעל הנכס לאשתו, והובא בשו"ת יביע אומר, חלק ג, אה"ע"ז, סימן טו, אות יט), וחוו"מ, קה, ו (הובא בשו"ת חוק ומשפט, סימן קמב); שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן נג; ים של שלמה, ב"ק, פרק ד, סימן יט; ש"ך, חו"מ, פו, ס"ק ט; נתיבות המשפט, סימן נח, ס"ק ד, וסימן פו, ס"ק א; נחל יצחק, ער, ג, בסופו; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קמג וסימן ריז.

¹⁴⁴ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קמג.

¹⁴⁵ חידושי הרמב"ן, שבועות לח ע"ב (הובא בספר התרומות, שער מד, חלק א, אות א), על פי ירושלמי, שבועות ה, א; ר"ן על הרי"ף, שבועות יז ע"א, בדפי הרי"ף (הובא בבית יוסף, חו"מ, רצט); חידושי הר"ן, ב"מ לד ע"ב (ד"ה שאל מן השותפין); רא"ש, שבועות, פרק ה, סימן ב; פסקי רקנטי, סימן תטז; ספר מישרים, נתיב ל, חלק א, בסופו; חידושי ר"י קרקושה, שבועות לו ע"א; מאירי, שבועות לו ע"א (עמ' עמ')

לתת את הנכס לשותף הראשון, ואומר שאם יתבענו השותף השני בעתיד, ישלם בכסף שלו, אינו ראוי, שמא השותף השני מעדיף לקבל את חלקו בנכס מלקבל את דמי¹⁴⁶. אך אם השותף האחר נמצא בעיר, ויודע שהשותף הראשון תובע מהשומר את הנכס, והוא לא בא אל השומר, השומר חייב לתת אותו לשותף הראשון, מפני ששתיקתו של השני מראה שהראשון עושה את שליחותו¹⁴⁷. במקרה זה, יתן לשותף הראשון את הכול, ואם ירצה השומר, יוכל לתת לו רק את חלקו, ואת החלק האחר יתן ביד בית דין¹⁴⁸.

אולם יש אומרים שיכול השותף האחד לתבוע מן השומר את כל הנכס¹⁴⁹. גם לדעה הראשונה, אם באו שניהם יחד, נותנים לכל אחד את חלקו, גם אם אחד מהם טוען "כולה שלי". מאחר שהוא אינו מביא ראיה לדבריו, מניחים שהנכס שייך לשניהם, שהרי שניהם הפקידוהו יחד¹⁵⁰.

כל זה אמור בשניים שהפקידו יחד. אך אם אדם אחד הפקיד, ומת, ויש לו יורשים אחדים, ויורש אחד תובע את חלקו מן השומר, יש מי שפסק שהשומר יתן ליורש הנוכחי את חלקו, בפני בית דין, וימשיך לשמור על השאר עד שיבואו היורשים האחרים¹⁵¹.

שאלה אחרת היא בנכס הנתון בסכסוך בעלות, ושני האנשים, שכל אחד מהם טוען לבעלות על הנכס, השלישו אותו אצל אדם שלישי עד שיתברר מי בעל הנכס. נפסק, שאם פשע השליש, ואבד הנכס, הוא חייב לשלם לכל אחד מהם את כל ערך הנכס, מספק¹⁵².

עניין אחר הוא, שאפשר שאחריות השומר כלפי אחד מבעלי הנכס, תהיה שונה מאחריותו כלפי בעל הנכס השני. דוגמה לדבר: שותפים שמסרו לאדם נכס לשימוש, ואחד מהם דרש ממנו דמי שכירות, והשני השאיל לו בחינם. אדם זה אחראי כשוכר כלפי הראשון, וכשואל כלפי השני¹⁵³, ואין רואים כאילו דמי השכירות ניתנים בחלקם גם לשותף השני¹⁵⁴.

קבג ועמ' קכו; טור, חו"מ, סימן עז, י, וסימן רצט; שו"ע, חו"מ, סימן עז, ט, וסימן רצט; שו"ת מהריט"ץ, סימן קכו*.

¹⁴⁶ פרישה, חו"מ, רצט. נראה שאם עבר ונתן את הכל לראשון, דינו כלפי השני הוא כדין שומר שהחזיר את הנכס למי שבעל הנכס רגיל להפקיד אצלו – ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 106.

¹⁴⁷ רמב"ן, ר"ן על הרי"ף, רא"ש, מאירי, ר"י קרקושה, טור ושו"ע – שם*.

¹⁴⁸ שו"ע, חו"מ, עז, ט. וראה סעיף 11, פרק ה, 1, בעניין החזרת שומר על ידי נתינה לבית דין. אך ש"ך, חו"מ, עז, ס"ק כב (כפי שהסביר אותו נתיבות המשפט, עז, ס"ק י), כותב שאם האחר בעיר, ויודע שלכל אחד חלק שווה בנכס, צריך לתת את חלקו של השני ביד בית דין, אבל אם לא ידוע כמה היה שייך לכל אחד, צריך לתת הכל לתובע, שיש להניח שהכל שלו כיוון שהלה שמע ולא בא (ראה במילואים להערה 151, הבחנה אחרת של הש"ך בין ידוע שהחלקים שווים, לבין שלא ידוע).

¹⁴⁹ הראב"ד, המובא ברמב"ן שם (וטעמו), שהוא מפרש את הירושלמי דלעיל בדרך אחרת*.

¹⁵⁰ שו"ת תקפו של יוסף, חלק ב, סימן קי.

¹⁵¹ מהר"ם מרוטנבורג, בתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כו (הובא בשו"ת מהר"ם לובלין, סימן יב), ובשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קב (שכפי שכתב ש"ך, חו"מ, עז, ס"ק כה, זו תשובת מהר"ם מרוטנבורג), כותב כך לגבי יורשים, אלא שהוא לא עשה את ההבחנה בין שניים שהפקידו לבין אחד שהפקיד ומת; הבחנה זו עשו הרמ"א, חו"מ, עז, ט, וערך לחם, חו"מ, עז, ט, ליישב את דברי מהר"ם עם דברי הפוסקים דלעיל האומרים שלא יחזיר לשותף יחיד*.

¹⁵² שו"ת אדמת קודש, חלק א, סימן ס (קכו ע"ב). הוא מסתמך על דברי שו"ע, חו"מ, סימן ש, על מי שתבעוהו שניים, שכל אחד טוען שהנכס שלו, והשומר אינו יודע, שחייב לשלם לכל אחד את ערך הנכס – ראה

סעיף 2(א), במילואים להערה 348*.

¹⁵³ שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קפח.

¹⁵⁴ שם, סימן קצא. הבאנו דין זה בסעיף 1(ד), סוף פרק ד.

התנאה לשנות את דיני השומר

14. הוראות חוק זה יחולו על שמירת נכסים כשאינן בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון, ובאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים.

תחולה

התוכן

פרק ראשון: כללי 577

פרק שני: התנאה להפחית באחריות 577

1. חלות ההתנאה 577

2. פרשנות ההתנאה 581

פרק שלישי: התנאה להוסיף באחריות 582

1. חלות ההתנאה 582

2. פרשנות ההתנאה 585

פרק רביעי: התנאה ליצור חיוב שמירה כשאינן חיוב מן הדין כלל 586

כללי

החוק קובע בסעיפנו שני סייגים לתחולת הוראות חוק השומרים. ראשית, אם יש בחוק אחר הוראות לגבי עניין מסוים, יחולו הוראות החוק ההוא, ולא חוק השומרים. שנית, אם מן ההסכם שבין הצדדים משתמעת כוונה שהיחסים ביניהם יהיו שונים מן הקבוע בהוראות החוק, לא יחולו הוראות החוק, אלא היחסים ייקבעו לפי המשתמע מן ההסכם.

לא נעסוק כאן בסייג הראשון, בדבר התנגשות חוקים. נדון כאן רק בסייג השני – התנאה במפורש או מכללא בשונה מהוראות חוק השומרים. החוק אינו נכנס לפרטים בעניין זה כאן, משום שהיכולת לקבוע תנאים מיוחדים בהסכם, במפורש או מכללא, ופרשנות התנאים, נקבעות על פי העקרונות הכלליים של דיני חוזים.

סייג זה תואם את עמדת המשפט העברי. ככלל דיני ממונות, גם בדיני שומרים מאפשר המשפט העברי לצדדים להתנות ביניהם שהחייבים יהיו שונים מן הדין הקבוע. הדבר נכון לגבי כל דיני שומרים, אבל מקורות המשפט העברי עוסקים בעיקר בהתנאה על מידת אחריותו של השומר, הן להוסיף על האחריות שעל פי דין, הן להפחית ממנה.

בפרק ב נדון בהתנאה להפחתה באחריות השומר, ובפרק ג נדון בהתנאה להוסיף על האחריות. עניין מיוחד תופס דינו של שומר הפטור לגמרי לפי הדין היסודי, ובכל זאת חפץ להתחייב בשמירה. על כך נדון בפרק ד.

פרק שני

התנאה להפחית באחריות

1. חלות ההתנאה

שומר יכול להתנות להקל בחיובו, גם בלי לעשות "קניין"¹, מעשה פורמאלי לאשר את ההתנאה. כך, שואל, החייב כרגיל בכל נזק (ראה סעיף 2(ג)), יכול להתנות להיות פטור במקרה של "אונס" או במקרה של "גנבה ואבדה"². שומר שכר, החייב כרגיל ב"גנבה ואבדה" (ראה

¹ רמב"ם, הלכות שכירות, ב, ט, הובא בספר התרומות, שער כו, חלק ג, אות ב; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תשל"ב; בית יוסף, חו"מ, שה, ד; דרכי משה, חו"מ, סימן רצ"א, ס"ק י, וסימן שמד, ס"ק א, ורמ"א, חו"מ, שמד, א; שו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ה; פרי עץ חיים, חלק ד, דף נה (מס' 378); שו"ת המב"ט, חלק ג, סימן ע; שו"ת דברי ריבות, סימן רכ"א.

² תוספות, ב"מ לד ע"א (ד"ה שואל); סמ"ק מצורף, מצווה רנ"א, עמ' עח (להיות פטור); טור, חו"מ, שמד, ב; שו"ע, חו"מ, שמד, א; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שעב; ברית יעקב, חו"מ, סימן ק"א, בסופו (להיות כשומר חנים); שו"ת ראשי בשמים (גוריון), סימן קב, אות ז; חזון יחזקאל, ב"מ, השמטות לפרק ג.

סעיף 2(ב)), יכול להתנות שיופטר בגנבה ואבדה³. הסיבה שאין צורך בקניין היא, שהתנאה זו היא מחילה מצד בעל הנכס, היינו הוא מוותר על תשלום השומר למקרה שיהיה אונס וכדומה; והכלל הוא שמחילה מועילה גם בלי עשיית קניין⁴.

שומר יכול להתנות שיהיה פטור אף מפשיעה⁵, וזאת גם בלי שיעשה קניין⁶. יש אמנם דעה האומרת שאין התנאה זו מועילה לפטור מפשיעה⁷, מפני ששומר שפשע הריהו כאילו הזיק בפועל לנכס, ותנאי זה אינו יכול לפטור מנזק שהוא עושה בפועל⁸ – אך זוהי דעה יחידאית. יתר על כן: יכולים השומר ובעל הנכס להתנות שהשומר יהא רשאי אף להשחית את הנכס ("על מנת לאבד"), ואז השומר יופטר אף אם ישחית את הנכס⁹. גם אם אמר לו לשמור את הנכס לזמן קצר, ואחר כך להשחיתו, הוא פטור משמירה, משום שאין זה נחשב שביקש ממנו לשמור בכלל, שכן משמעות שמירה היא – לשמור כדי להחזיר לבעל הנכס¹⁰. עמדה זו תואמת את לשון החוק בסעיפנו, יותר מקביעת חשין¹¹ שחוק השומרים חל גם אם יש תנאי בהסכם המתיר לשומר להשמיד את הנכס.

יכול השומר להתנות להקל גם בפרמטרים אחרים של אחריותו. לדוגמה, הוא יכול להתנות שאחרי שעה פלונית יהיה פטור מאחריות¹²; או שמיום פלוני עד יום פלוני תוך תקופת השמירה, לא תהיה עליו אחריות¹³; או שאם יאבד הנכס בפשיעתו, יחויב לשלם רק את חצי ערכו¹⁴.

עוד ראינו לעיל¹⁵, שהשומר יכול להתנות עם בעל הנכס, שיהיה רשאי לשמור את הנכס

³ טור, חו"מ, שה, ד; שו"ע, חו"מ, שה, ד; ערוך השולחן, חו"מ, שה, ג; שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א (פז ע"ד); שו"ת כרם שלמה (אמריליו), חו"מ, סימן פה (דף ריו ע"ג, ודף ריט ע"ד); שו"ת כרם חמר, חלק א, סימן קל; שו"ת ויחל שלמה (סקילי), סימן לו (הובא בספר דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 919). בשאלה האם שומר השכר הפסיד אז את שכרו, ראה סעיף 5, פרק ה.

⁴ סמ"ע, שא, ס"ק ז.

⁵ מאירי, ב"מ צד ע"א; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ז, הלכה ד, אות טז.

⁶ שו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א, הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצו, ס"ק ה.

⁷ ר' ברוך בר' יצחק מרגנשבורק, הובא באור זרוע, ב"מ, סימן רצו, ובהגהות אשרי, ב"מ, פרק ז, סימן יז (ומשם הובא בביאור ר"י פרלא לספר המצוות לר"ס, ג, חלק ג, דף קנ ע"ג).

⁸ תומים, עב, ס"ק כג, נימק את דעת ר' ברוך, שהוא סובר שפושע כמזיק (כדעה בסעיף 1(א)), ליד ציון הערה 283), והרי גם אם אינו שומר (כפי שהתנה להיות כאדם זר), הוא חייב בנזק – ראה בשמו במילואים להערה 32 דבר דומה על שומר המתנה שלא תהיה עליו אחריות. בהתאם, בס"ק ו, שם, כתב ששומר שהתנה להיפטר אפילו יאבד הנכס, פטור גם אם פשע, לדעה שפושע אינו כמזיק.

⁹ ב"ק צג ע"א; טור, חו"מ, שא, ח; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ב; שו"ע, חו"מ, שא, י.

¹⁰ חידושים ובאורים (גריינימן), שבועות מב ע"ב (ד"ה לתוד"ה שומר חינוס).

¹¹ מ' חשין, "שמירה ושומרים", משפטים ג (תשל"א) 161.

¹² ציון לנפש חיה, פסחים ה ע"ב (ד"ה ואע"ן). ראה סעיף 11, פרק ד, 2, על שומר שכלה זמנו; שם מדובר שלא התנה שאחרי הזמן יופטר מאחריות, ורק אמר שישמור למשך זמן מסוים, ולכן יש מקום לומר שאחריותו נמשכת (לפחות באופן חלקי) גם אחר כך.

¹³ שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ו, סימן נט. הוא מסביר שבתום תקופת ההפסקה, הוא חוזר להיות שומר, מפני שכל זמן שלא חזר בו, הוא מתחייב מהרגע שקיבל את השמירה. השווה סעיף 11, פרק ו, 3, על חידוש שמירה לאחר סיומה.

¹⁴ דבר אברהם, חלק ג, סימן כה, אות ב, דן לגבי שומר שור שהתנה כך, מה הדין אם נגח ונגמר דינו בבית השומר, ומה הדין אם מישוהו גנב אותו וטבחו או מכרו – משמע שהתנאי קיים.

¹⁵ בסעיף 2(א), פרק א, 4, ובסעיף 2(ב), פרק ב, 1.

באופן מסוים, שבדרך כלל שומר בדרגתו (שומר חנם כמותו או שומר שכר כמותו) חייב אם שמר כך.

יש תוקף להתנאה מסוג זה גם בלי עדים¹⁶.

אין הבדל בין שבעל הנכס מתנה, לבין שהשומר מתנה ובעל הנכס שותק¹⁷.

מדובר בשומר המתנה להפחית באחריותו לפני שהוא מקבל על עצמו את השמירה או באותו זמן. אך לאחר שקיבל על עצמו את השמירה, לא יוכל השומר להפחית את מידת האחריות שלו, על ידי שיאמר: "איני מקבל על עצמי אחריות", או: "על מנת שאין עלי אחריות"¹⁸. מאחר שכבר נוצר חיוב שמירה, אין בכוחו לשנות אותו לטובתו באורח חד צדדי, בעוד שייתכן שבעל הנכס מתנגד לכך.

דין שונה יהיה אם ההתנאה באה מצד בעל הנכס, או שבעל הנכס מביע הסכמה לזימת השומר להפחית באחריותו. במקרה כזה ההתנאה מקבלת אופי של מחילה ויתור – בעל הנכס מוותר על אחריות השומר כלפיו, ויתור גמור או ויתור חלקי. מאחר שזוהי מחילה, והיא באה לטובת השומר, שבוודאי מסכים לה, הדעת נותנת שהיא תוכל לתפוס גם לאחר יצירתו של חיוב השומר. בכל זאת, יש הבדל בין בעל נכס המתנה לפני יצירת החיוב, לבין בעל נכס המתנה לאחר יצירת החיוב. אם הוא מתנה לפני יצירת החיוב, הוא אינו צריך לומר במפורש שהשומר יהיה פטור אם יקרה כך וכך. די שישתמע כך מדבריו, כגון שיאמר: "תהיה רשאי לפשוט בנכס", כדי שתהא זו התנאה מועילה. לעומת זאת, בהתנאה שלאחר תחילת השמירה צריך לומר במפורש שהשומר יהיה פטור אם יקרה כך וכך¹⁹, ואם לא אמר כך בפירוש, אין השומר פטור, משום שיש להניח שבעל הנכס לא התכוון ברצינות לפטורו, כיוון שכבר היה חייב בשמירה²⁰.

לפי דעה אחת, גם התנאה מפורשת מצד בעל הנכס לא תועיל לאחר יצירת השמירה, על אף שהתנאה זו מהווה מחילה לשומר על אחריותו, והיא משנה את ההסכם לטובת הצד שכנגד. זאת לפי העיקרון שאין מועילה מחילה על "דבר שלא בא לעולם"²¹. אחריותו של שומר היא בגדר דבר שלא בא לעולם, כל זמן שלא אירע נזק לנכס, המחייב אותו לשלם; חיובו לשלם הוא חיוב על תנאי, שיתממש רק אם יאירע נזק שהוא אחראי לו. משום כך אין בעל הנכס יכול למחול לשומר על חיוב התשלום, כל זמן שחיוב זה תלוי בתנאי עתיד. רק אם יעשו הצדדים קניין, יוכלו להפחית מאחריות השומר, לאחר תחילת השמירה, לדעה זו²². בהתנאה לפני יצירת השמירה, לעומת זאת, אין בעייה של מחילה על דבר שלא בא לעולם, משום

¹⁶ שו"ת רבנו תם, סימן לד, אות ה = שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן רעא (לגבי שומר המתנה להיות פטור משבועה); שו"ע, חו"מ, רצו, ה.

¹⁷ שו"ת הרדב"ז, סימן אלף ב, הובא בדעת קדושים, מערכת פ, אות כב, בשם שו"ת הרדב"ז כתב יד, סימן תקצג.

¹⁸ ש"ך, חו"מ, שה, ס"ק ג; ט"ז, חו"מ, שה, ד; ערך לחם, חו"מ, שמד, א.

¹⁹ שלטי הגיבורים, ב"מ כ ע"א (בדפי הרי"ף); קצות החושן, שמד, ס"ק א. הם כותבים כך באופן כללי, בכל תנאי להפחית באחריות, וקצות החושן לומד זאת מן התלמוד, ב"ק צג ע"א, האומר כך לגבי בעל נכס האומר לשומר שיוכל להשחית את הנכס (ליד ציון הערה 9).

²⁰ תוספות, ב"ק צג ע"א, ד"ה ורמינהי (לגבי המקרה בתלמוד, על היתר להשחית). וראה במילואים להערה 18, אות ב, בשם דברי חיים.

²¹ עיין אנציקלופדיה תלמודית, ערך דבר שלא בא לעולם, ליד ציוני הערות 354-357.

²² נתיבות המשפט, שמד, ס"ק א; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כא; אמרי דוד, מצווה נו, אות ב, בדעת הגהות אשרי, ב"מ, פרק ז, סימן יז (ראה בשמו במילואים להערה 4).

שהשומר מתנה שאינו מקבל על עצמו חיוב כלל, ואיננו זקוקים למחילה, שהיא נחוצה רק כשבאים לבטל חיוב קיים²³.

התנאה פוטרת שומר רק אם עשה את ההתנאה עם בעל הנכס. אם עשה את ההתנאה עם אדם אחר, גם אם זהו אדם הקשור לבעל הנכס, אין ההתנאה חלה. מעשה באשה שהייתה מנהלת ("נושאת ונותנת") את נכסי בעלה, ונתנה למישהו פיקדון, ובעלה לא היה בבית, והתנה עמה השומר שיהיה פטור מפשיעה. נפסק, שאין ההתנאה מועילה, מפני שמחילת אשה על חוב של בעלה אינה מועילה. אף השומר ידע מראש שאין ביכולתה להתנות ולהפקיר מנכסי בעלה, ולכן יש להניח שלא התייחס להתנאה זו ברצינות, אלא קיבל על עצמו שמירה באחריות מלאה²⁴.

אם עשה בעל הנכס התנאה מקילה עם השומר, ולאחר מכן חזר בו וביטל אותה, לפני ההפקדה, הרי זה כאילו ההפקדה נעשית בלי שום התנאה, ודין השומר כדין שומר רגיל, שלא עשה שום התנאה. אולם אין בעל הנכס יכול לבטל את ההתנאה אחרי ההפקדה, משום שההפקדה נעשית על פי ההתנאה המקילה, והשומר קיבל על עצמו את השמירה על סמך ידיעתו שאחריותו מופחתת, ואילו ידע שבעל הנכס יבטל הקלה זו, לא היה מסכים לשמור²⁵. לגבי חוק הכנסת, יש עניין מיוחד בהתנאה שמקילה את אחריות השומר במידה שאינה מתקבלת על הדעת. אם זהו חוזה שמירה רגיל, יש להתנאה זו תוקף, שהרי שום אדם אינו חייב לקבל על עצמו חיוב שמירה, והוא רשאי להתנות להיפטר, אם בעל דינו מסכים²⁶. אולם אם מדובר בחוזה אחיד, כהגדרתו בחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, סעיף 2, בית המשפט יכול לבטל התנאה כזאת, לפי סעיף 14(1) שם, מפני שזהו תנאי מקפח²⁷.

במקורות המשפט העברי מצאנו מי שמציע פשרה בעניין זה (הוא עסק בבעל מוסך המתנה בחוזה אחיד להיפטר מאחריות על המכוניות שבמוסך): גם אם כתוב בטופס ההסכם שהשומר פטור מאחריות לגמרי, הוא ישא באחריות לפשיעה, ויפטר מאחריות נוספת²⁸. אולם פוסק אחר הכיר בלי סייג בתנאים של חוזה אחיד, שעל פיו הופטר השומר מאחריות לכל נזק שיהיה מעבר לסכום שהוא פי עשרה מהסכום ששולם עבור השירות שנתן השומר, או למקרה שבעל הנכס לא ביטח אותו²⁹. כמובן, יש מקום לעשות הבחנה בין שני המקרים, ולומר שהתנאה

²³ מחנה אפרים שם; אמרי דוד, מצווה נז, אות א.

²⁴ שו"ת אפריון דוד, סימן כד, ס"ק ג.

²⁵ פרישה, חו"מ, שא, ח, וסמ"ע, שא, ס"ק יד; ערוך השולחן, חו"מ, שא, יג; ושו"ת שמע אברהם, סימן סח (קסב ע"ג), כותבים לגבי בעל נכס שאמר לשומר להשחית את הנכס, שהשומר פטור גם אם לאחר מכן אמר לו בעל הנכס שישמרוהו בעבורו*.

²⁶ "אנגלרד", "האחריות לגנבת מכונית מתוך חניון", משפטים יא (תשמ"א) 300.

²⁷ אנגלרד שם, בעמ' 303. כמו כן, "שנהב ור' לויתן", "היבטים באחריותו של הבנק לרכוש המופקד בכספת לקוחות", הפרקליט לא (תשל"ז) 127, סבורים שהתנאה לפטור בנק משמירה על תכולת כספת, בטלה, לפי החוק הישראלי, מפני שזהו חוזה אחיד ואין זה תנאי הוגן. הם ציינו (עמ' 125) שהפסיקה האמריקאית לא הכירה בהתנאה לפטור בנק ברשלנות, משום שזה נגד תקנת הציבור, ואלו הפסיקה האנגלית הכירה בה.

²⁸ ברורי הלכה (מענה שמחה), ד (תשמ"א), עמ' 40. הוא כתב שגם מהר"ם (הערה 32), המפרש "איני מקבל אחריות" כהפטר מוחלט, יחייב כאן בפשיעה. כנראה, הנימוק להבחנתו הוא כנימוק של החוק, שמאחר שזהו תנאי סטנדרטי, אין הוכחה לגמירת דעתו של בעל הנכס.

²⁹ רא"צ שיינפלד, שורת הדין, חלק ב, עמ' רס. הוא כותב שהתנאי פוטר גם אם בעל הנכס לא קרא את הטופס שהתנאים היו כתובים בו (על אף שהטופס הגיע לידי).
*אמרי דוד, מצווה נז, אות א.

להיפטר מפשיעה בטלה מפני שהיא אינה הוגנת, ואילו התנאה להגביל את תקרת האחריות תקפה, מפני שהיא הוגנת.

2. פרשנות ההתנאה

יש לציין תחילה דיון של הפסיקה האזרחית בפרשנות התנאה שנעשתה להקל על אחריות השומר. בחוזה מסוים נאמר ששומר השכר יהיה פטור ב"התפרצות של יחידים או של קבוצות". לא היה ברור מלשון החוזה האם זה כולל גנבה, או שמא זה רק במובן התפרעות. מספק, פסק בית המשפט העליון לחומרא לשומר, וזאת משני נימוקים: א) אין זה מתקבל על הדעת שבעל הנכס ישלם שכר שמירה ויפטור את השומר מאחריות של מחסנאי רגיל, שחייב על פי החוק לשמור כראוי, ולכן רק אם ההתנאה ברורה ממש, הוא פטור. ב) הכלל הוא שמפרשים חוזה נגד מי שניסח אותו, ובמקרה הנידון, השומר ניסח אותו³⁰.

במקורות המשפט העברי נידונו בעיות אחדות של פרשנות התנאה מקילה. התנה השומר: "איני מקבל אחריות" (או שאמר לבעל הנכס: "באחריותך"³¹), הוא פטור גם מאחריות על פשיעה. זאת גם לגבי שומר שכר או שואל, שאחריותם המקורית מקיפה גם מה שאינו פשיעה. כך משמעות הלשון "איני מקבל אחריות" – שאפילו אחריות על פשיעה לא תהיה מוטלת עליו³². אך אם הזיק לנכס בפועל, הוא חייב, שכן גם אדם שלא קיבל על עצמו אחריות של שומר, חייב אם הוא מזיק לנכס של זולתו³³.

אם אמר בעל הנכס לשומר בעת ההפקדה: "הפיקדון אצלי כמו אבוד", אין מפרשים שהתכוון לפטרו משמירתו, אם אפשר לפרש שהתכוון לומר: "אם יישאר אצלי, יהיה אבוד, מפני שהשלטון מתנכל לי, מה שאינו כן אצלך"³⁴.

אמר השומר: "אשמרנו ולא יזיק לי", או: "אשמרנו ולא יגיע לי על ידי זה שום נזק", אין מפרשים שהתכוון להתנות שיהיה פטור מהפסד, אלא מפרשים שהוא רק הביע את בטחונו שלא יקרה לו שום הפסד על ידי השמירה, משום שהיה בטוח שדבר לא יקרה לנכס. אילו

³⁰ ע"א 429/54 "אריה" חברה לביטוח בע"מ נ' עצמון, מחסני ערוכה בע"מ, פ"ד (1) 231, 233-234. ³¹ שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן כט, דף קנו ע"א (הובא בזכרנו לחיים, חלק א, חו"מ, ערך נזקי ממון, אות א, דף צד ע"ב), כתב שדין לשון זו כדין "על מנת שלא אתחייב באחריות", שדנו בו הפוסקים שבסמוך.

³² שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן רכט, ובתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן יא, הובא במרדכי, ב"מ, סימן שסא (לגבי אחריות מלווה על משכון שבידו), ומשם הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן עב, מחודש ג, וסימן שג, ה, ובשו"ע, חו"מ, עב, ז, בדרכי משה, חו"מ, שה, ס"ק א, וברמ"א, חו"מ, שה, ד, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן צח, בשער המלך, הלכות חמץ ומצה, ד, ג, בשו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן פב, ובדיני עבודה במשפט העברי, עמ' 919*.

³³ תומים, עב, ס"ק כג (הובא בקצות החושן, עב, ס"ק יד, בשו"ת שמן ראש, חו"מ, סימן לג, באמרי בינה, דיני פסח, סימן ה, ובתפארת ירושלים, על משניות, מנחות, פרק יג); שו"ת חיים של שלום, חלק ב, סימן סא, בדעת מהר"ם; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קטז, בדעת מהר"ם; רמ"מ אורבך, בשו"ת ר"י מפוזנא, סימן פב (מפני שבתנאו לא התכוון שיחשב נכס שלו, שפטור אם מזיק לו); שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן יט, במסקנתו (אף על פי שרואים כאילו בעל הנכס הפקירו, מכל מקום אסור לשומר להזיק); פני אריה (יפה), חו"מ, עב, ז; פסקי הגר"א, חו"מ, עב, ז. קצות החושן עצמו ופני אריה נימקו, שמשמעות הלשון אינה כוללת הפטר למזיק בפועל*.

³⁴ שו"ת ר"א בן ארחא, סימן לה (עמ' קסט ועמ' קעא).

התכוון להתנאה, היה צריך לומר: "על מנת שלא יקרני שום הפסד", או: "אם לא יקרני" וכו'.³⁵

אמר השומר לבעל הנכס: "אוליך את הנכס על אחריותך", אין מפרשים שהתכוון שיופטר לגמרי מפשיעה, משום שאפשר לפרש שהתכוון רק שיהיה פטור אם יפול ממנו הנכס בשעת רכיבה מחמת טלטול וריצת הסוס, ולא אם יאבד משום שהניחו במקום פתוח.³⁶ יש מי שקבע כלל, שאם יש ספק בפרשנות ההתנאה, השומר פטור מספק.³⁷ נראה שהוא מסכים, שבמקרים כגון אלו שמנינו, שיש נימוק לפרש את ההתנאה לחובת השומר, הוא חייב. התנאת השומר צריכה להיות בסגנון של התנערות מאחריות תשלומין על חלק מן הנזקים או על כל נזק. אך שומר שרק הודיע לבעל הנכס (לפני תחילת השמירה) שהוא מתעתד לפשוע בשמירת הנכס, לא יופטר בכך על נזק שיארע כתוצאה מפשיעתו, אלא אם כן ישיב בעל הנכס להודעתו, שהוא יהיה פטור אם יפשע.³⁸

פרק שלישי

התנאה להוסיף באחריות

1. חלות ההתנאה

התנאה להוסיף על יצירת השומר – יש בה משום יצירת חיוב חדש, נוסף על החיוב המקורי של השומר. זוהי התחייבות מיוחדת של השומר, לשלם גם במקרים שהוא לא היה אחראי להם לפי הדין המקורי. בדרך כלל, התחייבות שהיא בלי קבלת תמורה – מקבלת תוקף רק על ידי עשיית קניין. אולם כאן, בהתנאת שומר להוסיף באחריות, אין צורך בקניין. זהו חידוש של המשפט העברי, שקבע שאין זו כהתחייבות רגילה, שאין בה קבלת תמורה. כאן יש לשומר תמורה על התחייבותו לשאת באחריות שמירה: הוא נהנה בכך ששמו מתפרסם כאדם מהימן, שמפקידים אצלו נכסים לשמירה. מאחר שיש לו תמורה על התחייבותו, היא תופסת (בכל היקף שייבחר לקביעת מידת חבותו) גם בלי עשיית קניין.³⁹ בכך משתווה התנאה להוסיף על אחריות השומר להתנאה להפחית מן האחריות, שלגביה ברור שאין דרוש לה קניין, משום שאין בה יצירת חיוב חדש, כפי שראינו בפרק ב. לפיכך שומר חינום יוכל להתנות להיות חייב אף באונסים, כמו שואל, בלי קניין.⁴⁰ ושומר

³⁵ שו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א. הוא מביא ראייה מביצה יט ע"ב, ומש"ך, חו"מ, רנ"ג, ס"ק טז – עיין שם.

³⁶ שו"ת מהר"י ברונא, סימן א, בטופו. הוא מוסיף שגם ההפטר המצומצם מתבטל אחרי שהגיע למלון, ולא יופטר אם ניווק בנסיעה אחר כך.*

³⁷ שו"ת הרדב"ז, סימן אלף ב.

³⁸ נתיבות המשפט, רמא, ס"ק ט. אך ראה סעיף 2(א), פרק ב, 1, שאם שומר הניח את הנכס בנוכחות בעל הנכס במקום שאינו שמור, ובעל הנכס שתק, הוא יופטר על מה שיקרה כתוצאה מהנחתו שם, כאילו שתיקתו היא הסכמה. כנראה, ההבדל הוא, ששם זו פשיעה ספציפית, ואילו כאן הוא מבקש להיות רשאי לפשוע בכל פשיעה שירצה, ועל זה אין לפרש את שתיקת בעל הנכס כהסכמה.

³⁹ ב"מ צד ע"א.*

⁴⁰ ירושלמי, ב"מ ה, ה.*

שכר יוכל לקבל על עצמו להתחייב באונס בלי קניין⁴¹. כמו כן, שואל יוכל (בלי קניין) לקבל על עצמו להיות חייב במקרה שהנכס ניזוק מחמת שימוש⁴², אף שהוא בדרך כלל פטור בזה⁴³. לעיל⁴⁴ ראינו שבעל נכס יכול להתנות עם שומר חנם שיהיה חייב לשומר באופן מסוים, שהוא מעל לרמת השמירה המוטלת על שומר חנם רגיל.

שומר שקיבל על עצמו אחריות נוספת, היא נחשבת חיוב של שומר, וחלים עליה דיני חיוב שומר. לדוגמה: אם ניזוק הנכס, והשומר משלם מקרקע, עליו לשלם מקרקע עידיית, כמו שהדין כך בחיוב רגיל של שומר, כפי שראינו לעיל⁴⁵. אין רואים את האחריות הנוספת כהתחייבות עצמאית, שעליה משלם המתחייב מקרקע בינונית. סיבת הדבר היא, שמה ששומר חנם חייב רק בפשיעה, לדוגמה, הוא מפני שהתורה העריכה שכך הוא רוצה להתחייב, וממילא אם הוא מראה שברצונו להיות חייב יותר, התורה מחייבת אותו חיוב נוסף זה כשומר, ולכן גם חיוב נוסף זה הוא בגדר חיוב שומר של התורה⁴⁶. מאותה סיבה, אם ניזוק הנכס באופן שהשומר חייב על פי האחריות הנוספת שקיבל על עצמו, הוא ישלם לפי ערך הנכס בשעת הניזוק⁴⁷, כמו שראינו לעיל⁴⁸ שכך הדין בחיוב רגיל של שומר.

אין צורך בעדים כדי להעניק תוקף להתחייבות זו⁴⁹, משום שהיא יונקת את תוקפה מן ההנאה שהזכרנו, של פרסום השומר כאדם מהימן.

קיימים כמה סייגים לעיקרון זה, שהתנאה להוסיף באחריות מועילה בלי קניין. הסייגים הם מקרים שמסיבה כלשהי לא קיימת בהם הנאת האמון. מאחר שרק בזכות הנאה זו מוותרים על הצורך בקניין, הרי במקרים שאין בהם הנאה זו, יש צורך בקניין⁵⁰.

מקרה ראשון הוא של שומר שכר שבעל הנכס הסכים להפקיד אצלו רק בתנאי שיתן לו (השומר) משכון כביטחון לנכס המופקד (בשומר חנם לא ייתכן מצב כזה, שכן הוא עושה טובה לבעל הנכס, ואין סיבה שיסכים לעשות טובה אם בעל הנכס דורש ממנו דרישות לשם כך). העובדה שבעל הנכס דורש ממנו משכון, מראה שהוא אינו נותן אמון בשומר. לכן אין לשומר ההנאה דלעיל, וממילא לא יוכל להתנות להוסיף באחריותו בלי קניין⁵¹.

⁴¹ רמב"ם, הלכות שכירות, ב, ט; חידושי הרמב"ן, ב"מ ע"א וע"ב; שו"ת הר"ן, סימן עג; חוקות הדיינים, סימן קצ"ד; סמ"ג, עשה פט (קע"ב); חידושי הריטב"א, שבועות מ ע"ב, ושו"ת הריטב"א, סימן יב; תוספות הרא"ש, ב"מ נח ע"א, לפי הבנת המהדיר, הערה תנ"ד; טעמי המצוות לרקנטי, מצווה כד; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צד ע"א; טור, חו"מ, שה, ד; שו"ע, חו"מ, סימן רצ"ו, ה, וסימן שה, ד.

⁴² ר' יונתן מלוניל, ב"מ מא ע"א (ברפי הרי"ף), הובא בשיטה מקובצת, ב"מ סט.

⁴³ כפי שראינו בסעיף 4, פרק ב.

⁴⁴ סעיף 2(א), פרק א, 5.

⁴⁵ סעיף 5, פרק ג, 1.

⁴⁶ מנחת חינוך, מצווה נו (פד ע"א), על פי תוספות, כתובות נו ע"ב, ד"ה הרי (שהבאנו בסעיף 2(א), הערה 5), שמגדיר כך את טעמי ההבדלים ברמות האחריות בין השומרים. ראה בשמו בהערה 72, שהמתחייב באחריות בקרקע ובשטר על ידי קניין, משלם מזיבורית.

⁴⁷ שושנת יעקב, שט, א, ס"ק א; חידושי ר"ע איגר, כתובות נד ע"ב.

⁴⁸ בסעיף 5, פרק ב, 1.

⁴⁹ רמב"ם, הלכות שכירות, ב, ט; מאירי, ב"מ צד ע"א; שו"ע, חו"מ, רצ"ו, ה.

⁵⁰ הקניין מועיל אף על פי שאין הנאת האמון, כפי שמוכח ממה שהגמרא אומרת בב"מ צד ע"א שמועיל קניין, אף לפני שהגיעה להסבר של הנאת האמון. כך מוכח גם מזה שמועיל קניין לחייב שומר קרקע או שטר, אף על פי שלפי חלק מן ההסברים (במילואים להערה 70), אין בהם הנאת האמון.

⁵¹ שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן כא (ל ע"ב), הובא בפתחי תשובה, חו"מ, שה, ס"ק ב, ובמנחת עני (שטרק), רצא, על קצות החושן, ס"ק טז; אולם המשפט, שה, ד.

מקרה שני הוא של התנאה לאחר שכבר התחילה השמירה, באופן שעדיין אין בעל הנכס רשאי לדרוש את הנכס חזרה, כגון בשיכר ששכר את הנכס לזמן קצוב⁵². במצב זה, אין לשומר הנאת האמון כמו שיש לשומר בעת תחילת השמירה, שאז העובדה שבעל הנכס מפקיד אותו אצלו מראה שהוא נותן בו אמון. גם העובדה שבעל הנכס משאיר את הנכס בידו ואינו נוטלו ממנו אינה מעידה על מהימנותו בעיניו, שכן לא הייתה לו אפשרות ליטלו ממנו גם אילו התעורר אצלו פקפוק במהימנותו. משום כך, אם ירצה השומר כעת להתנות להוסיף על האחריות, הוא לא יוכל לעשות זאת בלי קניין, מאחר שאין לו הנאת האמון. רק במצב שיש בכוחו של בעל הנכס ליטול את הנכס מידי השומר, יוכל להתנות כך (בלי קניין) גם באמצע תקופת השמירה, שכן אז העובדה שהוא משאיר את הנכס בידו ואינו נוטלו ממנו – מביאה לשומר פרסום כאדם מהימן⁵³.

יש מקרה נוסף שבו אין התנאה מועילה, לפי דעה אחת, וניתן לקשר זאת לכך שהתנאה מועילה רק מכוח הנאת האמון שיש לשומר. מדובר במי שקיבל נכס מסוים לשמור, ומתנה להוסיף באחריותו כאילו הוא שומר נכס בעל ערך גדול יותר – לאמר, שאם יינזק הנכס, יהיה עליו לשלם לא את ערכו, אלא את ערך הנכס היקר יותר. כאן לפי דעה אחת, השומר פטור על תוספת האחריות שקיבל על עצמו, והוא חייב רק בחיובו המקורי, כערך החפץ המופקד עצמו⁵⁴. ניתן לומר שסיבת הפטור היא, שהנאת האמון יכולה לחייב רק כערך הנכס המופקד. השומר נהנה מכך שבעל הנכס מראה נכונות לסכן ערך זה, מתוך האמון שהוא נותן בשומר. נמצא, שהנאה זו היא פונקציה של אותו ערך, ולכן היא יכולה לחייב אותו לשלם כסף באותו ערך בכל מקרה שיקבע לעצמו – לדוגמה, אם הוא מקבל על עצמו להיות כשוואל, ההנאה מחייבת אותו באותו סכום למקרה שיארע אונס לנכס. אבל אין בכוחה של הנאה זו לחייב אותו בסכום העולה על ערך הנכס, כיוון שההנאה תואמת דווקא את ערך החפץ המופקד. ברם, קיימת דעה חולקת, האומרת ששומר יכול להתנות גם שאחריותו תהיה מעבר לערך הנכס⁵⁵. כנראה, דעה זו אינה מקבלת את ההבחנה דלעיל, וסבורה שהנאת האמון אינה קשורה בערך החפץ, אלא השומר יכול לקבל על עצמו כל התחייבות שהיא, תמורת ההנאה, על פי הכלל שב"קניין כסף", די בתמורה שווה פרוטה כדי להקנות אפילו נכס יקר.

הגבלה אחרת ליכולתו של שומר להוסיף באחריותו, שניתן לקשור אותה להיעדר הנאת האמון של השומר, נתונה גם היא במחלוקת. הכוונה היא לדעה האומרת שרק אם שומר מתנה שיהיה אחראי כמו שואל, התנאתו מועילה, אבל שומר חינם אינו יכול להתנות (בלי קניין) להיות חייב כמו שומר שכר, לדוגמה⁵⁶. הגבלה זו נובעת מתוך תפיסה, שהנאת האמון המחייבת

⁵² ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 270, שאין בעל הנכס זכאי לדרשו אז.
⁵³ קצות החושן, רצא, ס"ק טז (הובא בשיעורי חן, ב"מ, סימן לז, שלא דק בהסבר דבריו); נתיבות המשפט, רצא, ס"ק לג (לגבי שוכר); מנחת חינוך, מצווה נו (פד ע"ד), ומצווה נט (פו ע"א).
⁵⁴ חידושי ר"ע איגר, חו"מ, רצא, כז; שו"ת נופת צופים, חו"מ, סימן שנט; ביאור מהרש"ל לסמ"ג, עשה צד (מפני שזו אסמכתא); בית שלמה (אבעל), שער י, תורת הבית, אות ג, דף עז ע"א, ואות יד, דף פג ע"א (מפני שזו אסמכתא); חידושים ובאורים (גריינימן), ב"מ, חלק ב, סימן לב, ס"ק ז (מפני שחייב שומר הוא מטעם מזיק, ומזיק חייב כערך הנכס), ושבועות דף מב ע"ב (ד"ה ועו"ל) ודף מג ע"ב (ד"ה כבוד).
⁵⁵ חסדי אבות – ראשי אבות (לחיד"א), על מסכת אבות ה, א; מפרשי הים, על הים התלמוד, ב"ק סב ע"ב, אות ג.

⁵⁶ חידושי ר"ע איגר, ב"מ נו ע"ב (ד"ה תוד"ה אמר), בדעת תוספות, ב"מ נח ע"א, ד"ה אמר (בתירוץ השני); משנה למלך, הלכות שכירות, ב, ט (הובא במנחת חינוך, מצווה נו, דף פג ע"ד, ובפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק כב); יפה ענף, מערכת שומרים, אות ט; שו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ, סימן נה (מא ע"ב), בדעת התוספות שם; לחם שלמה (בולה), קונטרס קניין סודר, סימן סח (סג ע"א), בדעת התוספות שם;

שומר המוסיף באחריותו, היא הנאתו מכך שאנשים חושבים שבעל הנכס השאיל לו את הנכס, דהיינו נתן לו רשות שימוש בנכס, שכן נתינת רשות לאדם להשתמש בנכס מעידה יותר על מהימנותו מאשר הפקדת הנכס אצלו בלי רשות שימוש⁵⁷. הנאה זו קיימת רק אם השומר מקבל על עצמו חיוב כמו שואל. במקרה הזה, אנשים מקבלים את הרושם שבעל הנכס נתן לו רשות שימוש כשואל, ומכך נובעת ההנאה שהזכרנו. לעומת זאת, אם השומר מתנה שאחריותו תהיה במידה שונה מזו של שואל, אין ההנאה קיימת. משום כך, התנאה כזאת לא תחייב אותו בלי שיעשה קניין. אך, כאמור, אין דבר זה מוסכם, ולפי פוסקים רבים, כל שומר המתנה להוסיף באחריותו, בכל מידה שהיא, חייב⁵⁸. נימוקם הוא, שבכל מקרה נהנה השומר מן האמון שמגלה כלפיו בעל הנכס בכך שהוא מפקיד אצלו את הנכס.

2. פרשנות ההתנאה

שומר חנינם שאמר במיוחד שהוא "מקבל על עצמו אחריות" – דינו כדין שומר שכר (לדעה ששומר חנינם יכול להתנות להיות כשומר שכר – ראה פסקה 1). יש להניח שהתכוון שאחריותו תהיה כאחריותו של אחד מן השומרים, ולא שאחריותו תהיה אחריות ביניים, בין אחריות שומר חנינם לאחריות שומר שכר, או בין אחריות שומר שכר לאחריות שואל⁵⁹. הרי אילו התכוון לאחריות ביניים, היה צריך לומר במפורש לאיזו מידת אחריות הוא מתכוון, כיוון שהאפשרויות בזה הן רבות. לאחר שקבענו שהתכוון שדינו יהיה כאחד מן השומרים, יש להכריע שאחריותו תהיה כשל שומר שכר, ולא כשואל, מפני שעלינו לצמצם את החידוש שבהתנאתו – מעין "המוציא מחברו עליו הראיה". לעומת זאת, שומר שכר שאמר בסתם שהוא "מקבל על עצמו אחריות", יש להניח שהתכוון להתחייב באונס, שהרי בגנבה ואבדה הוא חייב בלאו הכי מן הדין⁶⁰. שומר שהתנה שיהיה חייב באונס, חייב רק באונס שכוח, משום שיש להניח שלא התכוון לקבל על עצמו אחריות לאונס שאינו שכיח⁶¹.

אוזן אהרן, מערכת ש, אות לט, בדעת התוספות שם; חידושי מהר"ם שיף, ב"מ נח ע"א, בדעת התוספות שם; אבני מילואים, כט, ס"ק ו, בדעת התוספות שם; דין אמת, חו"מ, סימן רצא (עט ע"א), בדעת התוספות שם; ערך ש"י, חו"מ, רצו, ה, בדעת התוספות שם.*

⁵⁷ תוספות, ב"מ נח ע"א (ד"ה אמר). שמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן קצו, הסביר שהנאתו היא, שלהבא אנשים יהיו מוכנים להשאיל לו חפצים, מפני שרואים שהוא מהימן בתור שואל.*

⁵⁸ הפוסקים הללו כתבו ששומר חנינם יכול להתנות להיות כשומר שכר: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף ג; מרדכי, ב"מ, סימן שפ (בלי קניין), וב"ב, סימן תפא; תרומת הכרי, טו, כ (ד"ה ודע שהתוספות); שו"ת אורח לצדיק, חו"מ, סימן י (צה ע"ב); שו"ת תורת אמת, סימן עג, הובא בשמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן קצו, ובכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות קעא; קצות החושן, עב, ס"ק יג; אוזן אהרן, מערכת ש, אות לט, בדעת השולחן ערוך; דין אמת שם, בדעת הטור והשולחן ערוך; שו"ת ברך משה, סימן כו (ק ע"ג).*

⁵⁹ שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף ג, חלק ג, סימן כב, וחלק ד, סימן סט (הובא בבית יוסף, חו"מ, רצא, מחודש ז, בסמ"ע, רצא, ס"ק נ, בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן לו, ובשו"ת תקפו של יוסף, חלק א, סימן כח); שו"ת הרדב"ז, סימן תשטו; ערך לחם, חו"מ, רצא, כו; ישועות יעקב, או"ח, תמ, ס"ק ג; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, נו; אור עזרא, קובץ א, סימן יב.*

⁶⁰ שו"ת ברך משה, סימן כו (דף ק ע"ג, דף קא ע"ב ודף קב ע"א).

⁶¹ שו"ת הרשב"א שם; תקפו של יוסף שם; שו"ת משפט צדק, חלק ג, סימן כד (דף ע ע"ג); שו"ת שער

אם עיקר החשש בזמן ההפקדה היה מנוק מסוג מסוים, הרי כשהשומר מקבל על עצמו אחריות לאונס, יש להניח שהתכוון רק לאותו סוג נזק, ולא לאונס אחר. לדוגמה, אם עיקר החשש שהיה להם באותה שעה היה שמא יבואו שודדים מחוץ לעיר, שהם חוטפים מה שבגלוי, ולא פחדו מחיילי העיר, מפני שהם היו אמורים לשמור עליהם, יש להניח שהתנאה הייתה לחייבו רק לגבי שודדים מבחוץ, ואם בסוף קרה שחיילי העיר שדדו את הנכס עם רשות מהמלך, אינו חייב באחריות⁶².

אולם אם השומר אמר שהוא מקבל על עצמו אחריות "כשואל", דינו כשואל ממש, שחייב בכל אונס, גם באונס שאינו שכיח⁶³.

שואל שמסיבה מסוימת אינו חייב באונס, לפי הכללים שראינו בדיונונו בסעיף 1(ד), כגון שהוא נותן תמורה מסוג כלשהו לבעל הנכס, ואמר לבעל הנכס בשעת ההפקדה: "השאלני", אין מפרשים זאת כהתנאה להתחייב באונס, כשואל, משום שמקובל להשתמש בלשון שאילה גם במי שאינו שואל ממש, אלא נותן קצת תמורה⁶⁴.

שומר חנינם שהתנה להיות כשומר שכר, לא תהיה אחריותו כאחריות שומר שכר בדיוק (גם לדעה דלעיל, שהתנאה כזאת תקפה). כפי שראינו לעיל⁶⁵, שומר שכר חייב גם אם נגנב הנכס בדרך שהיא מוגדרת כ"אונס". יש סיבה מיוחדת לכך שהוא חייב באונס זה שלא כשאר אונסים, כפי שהסברנו שם. אך שומר חנינם המתנה להיות כשומר שכר, אינו חייב בגנבת אונס. יש להניח שהתכוון להתחייב באחריות הרגילה של שומר שוכר, החייב ככול מלבד נזק שקורה באונס. מאחר שלא התכוון להיות חייב באונס, לא יהיה חייב אף בגנבת אונס⁶⁶.

פרק רביעי

התנאה ליצור חיוב שמירה כשאינן חיוב מן הדין כלל

כפי שראינו לעיל⁶⁷, קרקעות ושטרות נתמעטו מפרשת שומרים שבתורה, והשומרם אינו נושא באחריות שמירה. אולם אם השומר עושה "מעשה קניין" המקובל ליצירת יחסי ממון, חלים יחסי שמירה גם בהם. הרי במשפט העברי יכול אדם לחייב עצמו בממון לחברו, אף כשלא היה חייב לו כלום, אם הוא עושה קניין. קניין זה, שהוא בדרך כלל "קניין סודר"⁶⁸, יש בכוחו

אפרים, סימן קכב (ד"ה וראשון). הם מסתמכים על גיטין עג ע"א (שנפסק בשו"ע, חו"מ, רכה, ב), אף שהתלמוד שם לא עסק בשומר.*

⁶² שו"ת תקפו של יוסף, חלק א, סימן כח. הוא מוסיף שמה שחיילי העיר שודדים נחשב אונס שאינו שכיח, שאינו כלול בתנאי סתמי (כאמור לעיל); אך כמובן, זה כפוף לנסיבות.*

⁶³ פתחי שערים, ב"מ צד ע"ב, ד"ה תאמר (גם בשבייה, ואינו יכול לטעון שלא העלה זאת על דעתו); דיברות משה, גיטין, סימן יט, ענף ד (ראה בשמו במילואים להערה 39, לטעם לכך). אך שו"ת הרדב"ז, סימן תשסו, כותב שהמקבל על עצמו להיות כשואל פטור מאונסים גדולים ומ"מתה מחמת מלאכה".

⁶⁴ עליות דרבנו יונה, ב"ב מג ע"ב.*

⁶⁵ בסעיף 2(ב), פרק ב, 2 – לדעה אחת.

⁶⁶ קצות החושן, עב, ס"ק יג. ראה בשמו בדומה, בסעיף 1(ג), הערה 243, על אחריות מלווה על משכון, לדעה שהוא שומר חנינם אלא שרואים כאילו התנה להיות שומר שכר.*

⁶⁷ בסעיף 1(א), פרק ב.

⁶⁸ עיין רש"י, ב"ב ג ע"א (ד"ה קניין), ורשב"ם, ב"ב מ ע"א (ד"ה קניין).*

ליצור יחסים חוזיים, ועל כן אם עשה השומר קניין, נוצרים יחסי שמירה חוזיים אף בנכסים שלא נכללו בפרשת שומרים⁶⁹.

כאן מתעורר מיד קושי: הרי בפרק ג, 1, ראינו ששומר יכול להתנות להחמיר באחריותו אף בלי קניין, והתחייבותו מקבלת תוקף מכוח הנאתו מן האמון שמגלה בו בעל הנכס, בזה שהוא סומך על שמירתו. מדוע לא נאמר גם בקרקעות ובשטרות, שהנאת האמון תחייב את השומר המקבל על עצמו התחייבות לשלם כשומר רגיל? התשובה היא, שהנאת האמון הזאת יכולה רק להוסיף על חיוב שכבר קיים, ולא ליצור חיוב שאינו קיים כלל. שומר חנם (לדוגמה) המתנה להיות כשואל (לדוגמה) כבר חייב בפשיעה מן הדין, ולכן הנאת האמון יכולה לחייבו גם בגנבה ואבדה ובאונס כדין שואל, כפי שהוא רוצה. אולם שומר קרקע או שטר אינו חייב מן הדין כלל, ולכן לא יוכל להתחייב בשמירה מכוח הנאת האמון, בלי קניין⁷⁰. מאחר שחיוב זה בשמירה, בקרקעות ובשטרות, נוצר על ידי קניין, ולא על פי פרשת שומרים שבתורה, יש הבדל מסוים בין חיוב זה לבין חיוב השמירה בנכסים רגילים. ההבדל הוא בסוג הקרקע שממנה יוכל בעל הנכס לגבות, למקרה שהנכס ייזוק והשומר יחויב לשלם, ולא יהיה לו כסף לשלם בו. שומר רגיל חייב לשלם מעידית (הקרקע הטובה)⁷¹, והוא נחשב לעניין זה כמו מזיק, שחייב לשלם מעידית. לעומת זאת, השומר בנידוננו, מאחר שחיובו נובע מהתחייבות עצמית שלו, הוא דומה לחייב רגיל, שיכול לשלם מזיבורית (קרקע גרועה) או מבינונית⁷².

הבדל נוסף הוא, שחיוב זה חל ברגע עשיית הקניין, ולא בשעת הנזק⁷³, בניגוד לחיוב שומר רגיל, שחל בשעת הנזק⁷⁴.

לפי דעה אחת, יש אפשרות ליצור חיוב שמירה בקרקעות ובשטרות בהתנאה אף בלי קניין, וזאת לעניין מקרה שהשומר פשע בשמירת הנכס וכתוצאה מכך ניזוק הנכס או אבד. אם השומר קיבל עליו במפורש להיות חייב בפשיעה, הוא יהיה חייב בכך אף בלי לעשות קניין. הנזק שבא בעקבות הפשיעה הוא בגדר נזק ב"גרמא", נזק בעקיפין, כיוון שבעל הנכס סמך

⁶⁹ ב"מ נח ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, ב, א; חוקות הדיינים, סימן קל; סמ"ג, עשה פט; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' עז); שו"ע, חו"מ, סימן סו, מד, וסימן שא, ד; סמ"ע, צה, ס"ק ו.

⁷⁰ תוספות, ב"מ נח ע"א, ד"ה אמר (הובא בשו"ת אור שמח, חלק ב, סימן יד, במשכנות הרועים, מערכת ג, אות לח, ובתפארת יעקב, חו"מ, סו, ס"ק סד-סה); נימוקי יוסף, ב"מ דף לב ע"ב ודף נד ע"א, בדפי הרי"ף (הובא בבית יוסף, חו"מ, שא, א, בסמ"ע, סימן סו, צ, וסימן שא, ס"ק ז [ומשם בשו"ת שער שלמה, זוראפה, סימן קלב, דף קח ע"א ודף קיד ע"ד], בפרישה, חו"מ, רצא, ב, בשו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן נה, בערוך השולחן, חו"מ, סו, מט, ובשו"ת מנחת יצחק, חלק ג, סימן קכו, ס"ק ט); חידושי הרמב"ן, ב"מ נח ע"א; חידושי הרשב"א, ב"מ נח ע"א; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ נח ע"א (הובא בשמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן קצז); חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ נו ע"ב; שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסו (התשובה אינה של הרשב"א); חידושי הרי"ן, ב"מ צד ע"א; תוספות רבנו פרץ, ב"מ צד ע"א (בתירוץ ראשון).

⁷¹ כפי שראינו בסעיף 5, פרק ג, 1.

⁷² מנחת חינוך, מצווה נו (פד ע"א, אות טו במהד' מכון ירושלים); חכמת שלמה, חו"מ, שא, א.

⁷³ כך כתבו דברי יחזקאל, סימן נט, אות ה, ופרי החג, פסחים, סימן יג, על שומר נכסי נכרי שקיבל על עצמו חיוב שמירה בפירוש בקניין (ראה סעיף 13, במילואים להערה 10), בנימוק שאינו נחשב שומר אלא נחשב בעל התחייבות מיוחדת. פרי החג מסתמך על רא"ש, כתובות, פרק ה, סימן א, שכתב ששומר חנם העושה קניין להתחייב כשואל, חיובו חל, ואינו קניין דברים, מפני שזה חל מעכשו (ראה במילואים להערה 50). זאת בניגוד לשומר רגיל המתנה להוסיף באחריותו, שחיובו חל בשעת הנזק — ראה במילואים להערה 47.

⁷⁴ לפי אחת הדעות שראינו בסעיף 5, במילואים להערה 98.

על הבטחתו של השומר לשמור, ועקב כך הוא הפסיד את הנכס; ואף שהמזיק בגרמא פטור, הרי אם אדם מקבל על עצמו מראש במפורש שיהיה חייב בגרמא מסוימת, התחייבותו תופסת אף בלי קניין⁷⁵. אין זה כמו נזק הבא בעקבות גנבה ואבדה או אונס, שהם פחותים מגרמא, ולכן אין התנאה מועילה לחייב בהם את השומר, בלי שיעשה קניין⁷⁶.

אפשרות אחרת ליצור חיוב שמירה בקרקעות ובשטרות בלי קניין, היא לגבי שואל – היינו מי שמשתמש בקרקע או בשטר יחד עם שמירתו. הוא יוכל לקבל על עצמו להיות חייב בנזק שייגרם לנכס עקב שימוש בו, אף על פי ששואל רגיל פטור מנזק כזה, כפי שראינו לעיל⁷⁷. להתחייבות זו לא יצטרך לעשות קניין, משום שמפרשים את התחייבותו כאילו הוא אומר: "אם ייזק הנכס עקב שימושי בו, יחשב הדבר כאילו מראש לא קיבלתי רשות שימוש". אם מתבטלת רשות השימוש מראש, דין השואל כדין כל אדם שמשתמש בנכס שלא זולתו בלא רשות, וגורם לו בכך נזק – שהוא חייב על הנזק גם בלי חיוב שמירה וגם בלי עשיית קניין. אך אם שואל קרקע או שטר מקבל על עצמו להיות חייב בפשיעה או באונס, אי אפשר לחייב אותו מסיבה זו, שכן אם הוא אומר: "אם אפשע, יחשב הדבר כאילו לא קיבלתי רשות שימוש", הרי משמעות הדבר היא שיהיה כאדם זר, ואדם זר שאינו שומר – פטור בפשיעה⁷⁸.

⁷⁵ מרדכי, ב"ק, סימן קטו – זהו המקור לעיקרון שמועילה התחייבות מפורשת לשלם על גרמא.
⁷⁶ מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ח (הובא בחלקת יואב, קבא דקשייתא, סימן כד, בשו"ת אבן שתייה, סימן פ, בשו"ת ארצות יהודה, סימן יז וסימן לט, בשו"ת הלכה למשה, ראם, סימן סד, אות א, בערך ש"י, חו"מ, שא, ד, בשו"ת צבי גאון יעקב, סימן יח, ובשו"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט; וראה סעיף 1(א), במילואים להערה 302, בשם חלקת יואב); אמרי בינה, דיני פסח, סימן יב (מד ע"ב), בדעת שו"ת הריטב"א, סימן קצט, המובא בבית יוסף, חו"מ, סו, מא; ר"נ בן סניור, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שצו-שצו.
⁷⁷ בסעיף 4, פרק ב.
⁷⁸ נתיבות המשפט, שמ, ס"ק ב."