

מילואים לסעיף 1(א)

להערה 1

לעניין עסקת הפיקדון ביטל חוק השומרים, סעיף 15, את הספר השישי של המגילה הדין גם בפיקדון (שער שני), ולא הוחק חוק מיוחד לעניין פיקדון. חוק השומרים מתיימר אפוא לכלול הסדר מפורט לעסקת הפיקדון, אולם בדיקת הוראות חוק השומרים מעלה שחסרים בחוק יסודות חיוניים לפיקדון, כגון דרכי יצירת הפיקדון ופיקיעתו ועוד. ואכן, בדברי ההסבר, שם, עמ' 53, נאמר שפרט לאחריות השומר על אבדן הנכס או נזק וזכותו לשיפוי על הוצאותיו, "אין החוק דן בזכויות וחובות אחרות של השומרים והבעלים". נמצא שאין הסדר בחוק למכלול יחסים זה, בענייני פיקדון. יש למלא לאקונה זו על ידי היוקקת למשפט העברי, שעמדותיו ביחסים בין השומר לבעל הנכס שלא נדונו בחוק התבררנה בחיבורו במקומות שונים. ראה לדוגמה סעיף 5, פרק ה, על שכן שומר שכר; וסעיף 11, פרק ז, על חובת החזרת הנכס.

להערה 3

א. כמו כן, אהבת חסד, חלק ב, פרק כב, כתב לגבי שואל, שאם לא שמר כראוי, ונשבר, זה עולה גם אם ישלם, מפני שלא לשם כך השאיל לו.

ב. גן ועול, כפתור ד, פרח א (ב ע"א), כותב שהשומר צריך לשמור כראוי, גם אם הוא מוכן לוותר על שכר השמירה (בשומר שכר), ואם אינו שומר כראוי, הוא גולן, מפני שבעל הנכס מסר לו את הנכס על דעת שישמור.

ג. א' ורפהטיג, "קניין בשומרים", ספר זיכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רצא-רצב, מעלה ספק האם יש חובה לשמור בפועל. הוא מתקשה בחובה לשמור, שהלא זה קניין דברים (ראה בשמו לגבי זכות חזרה, בסעיף 11, במילואים להערה 14); והוא מיישב, שאין זה קניין דברים, מפני שחל על גוף השומר חיוב שמירה, כחווה מיוחד (אך הוא כותב שאין להסביר זאת מדין פועל, שהלא אין בכך מלאכה, במיוחד בשומר חנם שאינו טורח בשמירה יותר משהוא שומר את שלו). הוא מעלה אפשרות ליישב, שמאחר שקיבל על עצמו מעמד של שומר האמור בתורה, התורה מטילה עליו חיוב לשמור.

ד. ראה סעיף 11, במילואים להערה 19, שרמת שמואל אומר שלפי הראב"ד חיוב השמירה אינו בשביל בעל הנכס אלא בשביל השומר, כדי שלא יתחייב לשלם. משמע שהוא סובר שאין מתחשבים בכך שבעל הנכס מעוניין לקבל את הנכס בחזרה יותר מאשר את דמיו.

ה. הבחנה: שו"ת מהר"ש ענגל, חלק ז, סימן קפד, כותב שאומרים "אדם רוצה בקב שלו" רק בדבר העומד לאכילה או לתשמיש בעליו, מפני שזה חביב לו, אבל בחפץ שאינו עומד לשימוש, אלא הוא רגיל להשכירו לאחרים למטרת רווח, וחפצים מסוגו מצויים לקנייה בשוק, אין אומרים כך. נידונו הוא: שואל שהשאיל את הנכס לנכרי, והנכרי החזיר לו בטעות נכס גדול יותר. הוא פוסק, שדווקא אם זה דבר מאכל או דבר שהוא לשימוש בעליו או כל דבר שאינו מצוי לקנות בשוק, חייב השומר לטרוח להשיג את הנכס המקורי, אף על פי שבכך הוא מפסיד את הרווח שהיה לו, שיצטרך להחזיר לנכרי את הנכס הגדול יותר. אך ייתכן שהוא יסכים שלכתחילה, כשהנכס בעין, חלה חובת שמירה גם על נכס שעומד להשכרה, גם אם מצוי לקנות כיוצא בו בשוק. ראה גם סעיף 6, פרק ט, שבמקרים מסוימים אין אומרים "אדם רוצה בקב שלו", לעניין מכירת הנכס למנוע נזק הצפוי לו.

ו. השלכה ממונית מחובת השמירה: רא"נ לעויטאן, "בדין תביעה על גוף החפץ", הפרדס שנה יט, חוב' יא (שבט תש"ו), עמ' 31 (ובקיצור בחוב' יב, עמ' 18), כותב שיש התחייבות מיוחדת של השומר, שאם יפשע ולא יקיים את חובת השמירה, שקיבל על עצמו להעמיד את גוף הנכס לבעליו (ראה בשמו בסעיף 11, במילואים להערה 261), ישלם את הנזק שייגרם לבעל הנכס (כגון כושרא דחיותא — ראה בשמו בסעיף 6, במילואים להערה 141), אך אין זה מטעם חיוב התשלומין של השומר, שאילו דין תשלומין בשומר הוא רק על דמי החפץ ולא על עצם גוף החפץ, ויש בכך נפקות: שאין בחיוב מיוחד זה חיוב שבועה.

ז. רז"ג גולדברג ציין לעניין זה, שר"ן על הרי"ף, שבועות כד ע"א (בדפי הרי"ף), מביא שהרמב"ן אומר על משכון ששוה פחות מהחוב ואבד, שהלווה אינו חייב לשלם כלום עד שיישבע המלווה שאינו ברשותו; ואילו הרי"ן עצמו מחייב את הלווה לשלם את ההפרש בין ערך המשכון לחוב, אלא שלדעתו יכול הלווה לכופף את המלווה להחזיר לו את המשכון, על ידי שלא ישלם את חובו. הוא מעלה אפשרות שמדובר שם דווקא בחפץ שאינו מצוי בשוק, אבל במצוי אינו חייב להחזיר את גוף המשכון, שהרי במצוי אינו חייב שבועה שאינו ברשותו (שו"ע, חו"מ, רצה, א). הוא נימק את דעת הרמב"ן, בכך שבעל הנכס (הלווה) יכול לומר: "אני רוצה את הנכס, מפני שעבורי הוא שווה יותר מערכו בשוק". זה מתאים לאמור בפנים, שיש חובה לשמור בפועל על הנכס. הוא הביא ראייה ששומר אינו חייב להתאמץ להשיב את גוף הנכס, מהדין שאפילו שומר שכר אינו צריך להוציא הוצאות להצלת הנכס יותר מערך הנכס (סעיף 6, ליד ציון הערה 125). אבל הוא דחה את הראיה, משום שיתכן שהדין כך דווקא אם לא גילה בעל הנכס את דעתו שהוא רוצה את החפץ יותר משהוא רוצה את מחירו.

ח. מצב שאין חיוב לשמור בפועל: רז"ג גולדברג, "שומר חפץ שאינו של המפקיד", תחומין יד (תשנ"ד), עמ' 201, כותב שחברת ביטוח שמקבלת על עצמה אחריות תשלומין בלי חיוב שמירה, התחייבותה היא סתם התחייבות נפרדת בלי גרדי שומר,

מילואים לסעיף 1(א)

שהרי אין חיוב שומר כזה בתורה, ולכן אינה משלמת מעידית, בשונה משומר רגיל – ראה סעיף 5, ליד ציון הערה 93. וראה בשמו בסעיף 11, הערה 17, על חיוב תשלומין בלי חיוב שמירה.

ט. ראה בשם חתם סופר, בסעיף 2(ב), במילואים להערה 6, על חובת שמירה מיוחדת בשומר שכו. וראה בשם מהר"ם שיק, בסעיף 5, במילואים להערה 118, בשאלה האם בערבות הדדית של שומרים משותפים, יש חובת שמירה משותפת.

י. ראה ליד ציון הערה 282, ששומרי קרקעות ושטרות, הפטורים מתשלומין, חייבים לשמור, לפי רוב הפוסקים. נמצא שאפשרי (לפי דעה זו) חיוב שמירה בלי חיוב תשלומין.

להערה 4

א. כך נראית גם דעת ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן ג, שכתב שכשיש ספק האם פשע השומר אם לאו, הוא מוגדר כטוען "איני יודע אם פרעתין", מפני שהוא נתחייב מראש להשיב את הנכס, אלא שיופטר אם יקרה אונס, וכאן יש ספק האם נאנס – כלומר היה ודאי חיוב וספק האם הופטר ממנו. וכפי שהסביר דבר אברהם, חלק ג, סימן יא, אות ד, כוונתו היא שמראש חל על השומר חיוב לשמור כדי לאפשר לבעל הנכס ליטול בתום תקופת השמירה (ואין כוונתו לומר שיש חיוב להביאו בפועל לבעל הנכס – ראה סעיף 11, הערה 261). נמצא שלדעתו חובת התשלומין היא תולדה של החיוב לאפשר לבעל הנכס ליטול, שהרי אילו היו שני חיובים מקבילים, לא היה נחשב כטוען "איני יודע אם פרעתין" לגבי חיוב התשלום מצד שהיה עליו חיוב ודאי לדאוג להשבה.

ב. ר"נ גולדברג סבור שזו גם דעת חידושי ר"ע איגור, כתובות נד ע"ב, שכתב (ונביאהו בסעיף 14, במילואים להערה 50) ששומר חינם המתנה להיות כשואל, אף על פי שאינו יכול להתחייב בקניין לשלם כיוון שמדובר בהבטחה לעתיד לבוא, מכל מקום מאחר שהתחייב לשמור כשואל, התורה מטילה עליו לשלם כשואל. מכאן שלדעתו חיוב התשלום הוא תולדה של חיוב השמירה. אך יש לדחות הוכחה זו, משום שאולי בשומר רגיל התורה מטילה עליו חיוב עצמאי של תשלומין, ודווקא בשומר חינם המתנה להיות כשואל, שאין התורה יכולה להטיל עליו חיוב תשלומין כשואל, שהרי באמת אינו שואל, ורק מיוזמתו הוא מקבל על עצמו חיוב נוסף, בזה יכול החיוב הנוסף לחול רק כתולדה מחיוב השמירה.

ג. א' והרפטיג, "קניין בשומרים", ספר זכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רצב, הערה 58, מסביר שההתחייבות לשמור כוללת התחייבות לשלם אם לא יקיים את התחייבותו לשמור.

ד. רמ"צ ברלין, "ברין חיוב תשלומין בשומרים", שערי תורה ג (אדר תש"ך), עמ' יב"ד, כתב שש"ת הריטב"א, סימן קצט (הובא בבית יוסף, חו"מ, טו, מא), האומר שפושע חייב מפני שבעל הנכס סמך עליו והבטיחו השומר לשמור – סובר ששומר אינו מקבל על עצמו חיוב תשלומין, אלא מקבל על עצמו לשמור, ומאחר שלא שמר, חייבתו התורה, מפני שבעל הנכס סמך עליו וסילק את עצמו משמירה. והוא מוצא כמה נפקויות בין תפיסה זו לתפיסה שמדובר בשני חיובים נפרדים, שבשעה שקיבל את הנכס לשמור קיבל על עצמו גם לשלם אם הוזק: האם יכול לחזור בו תוך זמנו – ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 18; אם הנכס המופקד הוזק לאחרים (ענין שם); מתי מתחיל החיוב – ראה סעיף 5, במילואים להערה 98; האם "שמין" לשומר – ראה בשמו בסעיף 5, הערה 113; ונפקות בשומר נכרי שהתגייר – ראה בשמו בסעיף 1(ב), במילואים להערה 7.

ה. עלת שמואל (לובצ'ר), חלק א, סימן נד, מוכיח שחיוב האחריות אינו נפרד מחיוב השמירה: א' אם הוא נפרד, יצטרך השומר לעשות קניין נפרד על חיוב האחריות, שהרי לזה אי אפשר לומר שהתחלת המלאכה היא קניין (ראה ליד ציון הערה 136), שהרי קבלת האחריות אינה שייכת למלאכת השמירה. ב' חיוב האחריות היא אסמכתא, מכיוון שהוא יחייב רק אם יקרה נזק, ודווקא אם נאמר שחיוב האחריות תלוי בחיוב השמירה, אפשר לומר שמאחר שחייב בשמירה חייב באחריות, אבל אם נאמר שהם חיובים שונים, לא יוכל להתחייב באחריות, ואפילו קניין לא מועיל כשיש אסמכתא; ואין לומר שיוכל להתחייב באחריות מצד הנאת האמון, כמו שמתנה שומר חינם להיות כשואל בהנאה זו (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 39), שהרי זה מועיל רק במי שהוא כבר שומר, אבל מי שאינו שומר כלל וקיבל על עצמו אחריות על נכס של ראובן בבית של ראובן – זו אסמכתא. ג' נאמר בב"מ נח ע"א שאסור לקבל שכר שמירה בשבת, ולכאורה קשה, הרי יכול לקבל שכר על קבלת האחריות שאין בה שום פעולה? אלא, השמירה והאחריות הם דבר אחד, ובשמירה יש פעולה; ואינו יכול לומר "אקבל שכר על קבלת אחריות בלבד", מפני שזה אסמכתא.

ו. ר"י יגל, שם עולם, עמ' 475, ובספרו נתיבות יהושע, ב"מ, סימן ל, כתב שלרמב"ם האחריות עיקר, והחובה לשמור נגזרת מחובת האחריות שקיבל על עצמו, ולר"ן העיקר הוא החובה לשמור והאחריות היא תוצאה מזה. עיין שם, להוכחתו שזו דעתם.

ז. ראה במילואים להערה 10, בשם מזכרת חיים ועוד, בשאלה האם שומר מקבל על עצמו חיוב שמירה, וממילא חל עליו חיוב תשלום, או שהוא מקבל על עצמו גם חיוב תשלום. עיין גם ר"מ פנט, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שעה, שמוצא שראשונים נחלקו בשאלה האם חיוב התשלומין נובע מחובת השבת הנכס כשהוא בעין, או שהם חיובים נפרדים.

ח. יש להעיר, שבחיוב שואל באונס אין לומר שהוא תולדה של החיוב לשמור, שהרי אי אפשר לשמור מפני אונס.

ט. על היחס בין חיוב השמירה לתשלומין: חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), ב"מ, סימן כה, כתב שחיוב השומר הוא להשלים את שמירתו, ושומר חינם אינו חייב כעונש על פשיעתו, אלא מאחר שקיבל את הנכס לשמור, יש מצדו חיוב להשלים את חוק שמירתו – שישמור בעצמו, או שהנכס יישמר מעצמו; ואם לא יתקיימו תנאים אלו, יחזיר את הנכס או את דמיו.

י. גם אבן האול, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג, כתב שהרמב"ם סבור שמשעת ההפקדה יש חיוב על השומר לשמור על הנכס ולהחזירו לבעליו, ורק אם שמר כראוי, הופטר מחיובו, ואם פשע, חייב לשלם – לא שחייב על הפשיעה, אלא על שלא קיים את התחייבותו לשמור כראוי; ומכל מקום אין חיוב תשלומין כל זמן שהנכס בעין (ראה בשמו בסעיף 5, במילואים להערה 98, נפקות מכך לעניין שומר שנתן משכון או כתב שטר).

יא. כמו כן, ש"ע הרב, או"ח, סימן תמג, קונטרס אחרון, ס"ק ב, כתב ששומר אינו חייב על הפשיעה עצמה, שהרי היא גרמא, אלא הוא נתחייב משעת ההפקדה להחזיר את הנכס בשלמות כשיגיע הומן שנקצב, אלא שאם אבד תוך הומן באונס, חסה עליו התורה ופטרתו, מפני שמה היה לו לעשות? ובשומר שכר התורה החמירה יותר, ובשואל החמירה עוד יותר. כלומר, עיקר חיוב השומר הוא חובת ההשבה, וממנה נובע חיוב התשלומין במקרה של אבדן.

מילואים לסעיף 1(א)

יב. גם שו"ת באר מרדכי (פרהנד), סימן ה, מבאר שמאחר שקיבל עליו לשמור, חייב להחזיר לבעל הנכס, ובעצם שומר חנם היה צריך להיות חייב בכל אונס שבעולם, שמאחר שנכנס הנכס לרשותו חייב להחזירו בשלמות (ודווקא סתם מוזק בגרמא פטור, משום שאינו חייב לשלם על נזק שעשה בגרמא, אבל כאן יש לומר שחייב אפילו באונס, לא על מה שעשה אלא מפני שהתחייב להחזיר), ומכל מקום התורה חידשה, ששומר חנם קיבל על עצמו אחריות רק לפשיעה. כלומר, יסוד החיוב הוא חיוב ההשבה, ומזה נובעת אחריות תשלומין.

יג. היה אפשר לומר, ששו"ע הרב ובאר מרדכי סבורים שעצם חיוב השומר בתשלומים הוא פשוט: משום שהמקבל נכס חייב להחזירו, ומסברה היינו אומרים שכל שומר חייב אפילו באונס, וחידוש התורה הוא רק שיש מקרים שהוא פטור בהם (וזה שלא כהכבדים השונים בפסקה 2, למקור לאחריות שומר). אך אין נראה כך, שהרי אין סיבה לחייב אדם שקיבל לידו נכס, ואבר באונס.

להערה 5

א. נראה שזו גם דעת קצות החושן, סימן פו, ס"ק ד, וסימן שמ, ס"ק ד, שחלק על ים של שלמה (שנביא בסעיף 5, במילואים להערה 98, אות פ), וכתב ששומר מסופק נחשב כטוען: "איני יודע אם נתחייבתי לך", כלומר, ספק האם היה חייב אי פעם, מפני שאין עליו חיוב השבה, ומטעם זה אין בו שעבודא דרבי נתן. אין נראה לומר שקצות החושן סובר שאין בכלל חיוב לשמור, שהרי הסברנו (ליד ציון הערה 3) שבעל הנכס מעדיף לקבל את הנכס על פני קבלת דמיו; ואף קצות החושן עצמו, בסימן שז, ס"ק א, משווה את השומר לפועל, שהתחלת המלאכה מחייבת אותו שלא יוכל לחזור בו, הרי שלדעתו מתחיל מאז חיוב כלשהו (וגם אם נפרש שמאז מתחיל חיוב תשלום מוטנה, שאם יינזק, יתחייב לשלם משעת הנזק, רח"א מילר סבור שעצם ההתייחסות להתחלת המלאכה מעדיה שלפי קצות החושן יש חיוב שמירה כפועל). אלא, הוא סבור שחיוב זה אינו קשור לחיוב התשלומין, וחיוב התשלומין הוא נפרד, ולכן כשיש ספק אם פשע, לגבי חיוב התשלומין יש ספק האם חל חיוב כלל. נראה להסביר כך גם את הריטב"א, שנביא בסעיף 5 שם, האומר שהשומר נחשב כטוען "איני יודע אם נתחייבתי לך", מפני שאין עליו שום חיוב לפני הנזק. ראה גם במילואים להערה 321, את מה שהסביר ר"נ גולדברג על פי דעת קצות החושן, שחיוב השמירה מנותק מחיוב התשלומין. אמרי בינה, קונטרס דיני קניינים, סימן ח (ד"ה ולענ"ד), כותב שקצות החושן, עד, ס"ק א, סובר שחיוב השומר אינו על השמירה אלא חיוב תשלומין, שחייבה אותו התורה. נראה שהוא מסכים שיש חיוב שמירה, אלא שסובר שהחיוב לשלם אינו על שלא שמר. גם נר יצחק, סימן טו (עמ' 10), ועולת שמואל (לובצר), חלק א, סימן נד, מבינים ממה שכתב קצות החושן סימן עד, שם (שנביא בסעיף 11, ליד ציון הערה 17), ששומר אינו יכול לחזור בו תוך זמנו, מפני שאף שיכול לחזור בו מחיוב השמירה כמו פועל, מכל מקום אינו יכול לחזור בו מחיוב התשלומין מפני שכבר נשתעברו נכסיו — מכאן שלדעתו הם חיובים עצמאיים, ויכול להיות חיוב תשלומין בלי חיוב שמירה.

ב. יש להדגיש, שאף על פי שברוך כלל השומר רק מביע הסכמה לשמור, ואינו מדבר על תשלומין, מכל מקום אנו מניחים שהוא מתכוון גם להתחייב לשלם אם יאבד הנכס (כפי שהסביר שו"ת אבני נזר, או"ח, סימן שכו, אות טו, על פי תוספות, כתובות נ ע"ב, ד"ה הרי); והמחלוקת כאן היא האם מניחים שהוא מקבל על עצמו התחייבות נפרדת לשלם, או שמניחים שהוא מקבל על עצמו התחייבות לשלם כהמשך של התחייבותו לשמור. עוד יש להדגיש, שאף על פי שחיוב שומר מעוגן בכתובים, והוא בגדר חידוש התורה, אנו משתמשים במונחים של מה שקיבל על עצמו השומר, כיוון שברור שהסכמתו נחוצה (ראה פסקה 2 (ד)), והתוספות שם הסבירו, שהתורה מחייבת את השומר לפי מה שאמדה את נכונותו להתחייב. על דברי תוספות אלו, ראה במילואים להערה 10, ובסעיף 2(א), הערה 5. גן נעול, כפתור ג, פרח טו, וכפתור ד, פרח ד ופרח ט (כא ע"ג), מוכיח מהתוספות שם שגם אם לא דיבר עם בעל הנכס על החיוב, אומרים שמן הסתם שעבד את עצמו לפי מה שהתורה אומרת את דעתו.

ג. בית ישראל (שלומוביץ), סימן כא, אות ב, כותב שעל השומר יש רק חיוב שמירה, וחיוב התשלומין נוצר על ידי שלא שמר, שבוה שלא שמר הוא כאילו הויק. הוא דוחה את האפשרות שבשעת ההפקדה מקבל השומר על עצמו חיוב לשלם אם יינזק הנכס, והנוק הוא רק תנאי בחיוב, שהרי אם כן מדוע אמרו הפוסקים שיש עליו חיוב לשמור? לשם מה ישמור? הוא מביא ראיה מזה שבב"ק ד ע"ב נמנה השומר בין המזיקים, ומזה שלרמב"ם הפרשע בקרקע או בשטר חייב כמו מוזק (ראה ליד ציון הערה 287), וזה אינו מובן אם נניח שבשעת ההפקדה מקבל על עצמו לשלם והנוק הוא רק תנאי; אלא, החיוב הוא משום שלא שמר, ומאחר שלא שמר, ופשע, הוא נחשב מוזק (ראה ליד ציון הערה 15). גם בסימן יד, אות ט, הוא כותב שחיוב השמירה חל משעת ההפקדה, וחיוב ההשבה, להחזיר את הנכס (או את דמיו) כמו שקיבל אותו, חל רק בשעת הנזק, שאם לא שמר, ואבד הנכס או ניווק על ידי פשיעתו, הוא חייב לשלם כאילו הויק אז לנכס.

ד. גם חלקת יוסף, סימן כו, ס"ק ב, כותב שחיוב התשלומין מתחיל רק משעת פשיעה, אבל כבר לפני כן יש על השומר חובת זהירות בשלמות הנכס, כיוון שמוטל עליו להשיבו בסופו של דבר לבעליו. גם יד דוד (קרלין), חלק ג, פרק י, אות לט, כותב שגם לדעה שהחיוב הוא רק משעת הנזק, זה אומר רק שלא נתחייב עדיין בתשלומין, אבל חיוב השמירה מתחיל לפני כן. על זמן תחילתו של חיוב התשלום, ראה סעיף 5, במילואים להערה 98.

ה. אך גן נעול, כפתור ג, פרח ד, אות ד, דוחה את ההבנה שמאחר שחייב לשמור, לכן אם לא שמר חייב לשלם: א) לפי הבנה זו, חיוב התשלום היה צריך לחול מהזמן שהתחייב לשמור כראוי ולא שמר, ואילו בסעיף 5 שם, נראה שלרוב הפוסקים הוא חל רק בשעת הנזק. ב) יש דעה ששומר שגר חייב לשלם בגנבת אונס (סעיף 2(ב)), ליד ציון הערה 26, והלא שם שמר כראוי, ואף על פי כן חייב לשלם. ג) חיוב שואל באונס בוודאי אינו על שלא שמר, שהרי "אונס — רחמנא פטריה", אלא מכאן שחיוב השומר לשלם הוא גנרת הכתוב, ונפרד מחובת השמירה. ומדוע באמת אין מחייבים אותו לשלם על שלא שמר? הוא מנמק, שעכשו, שהוא חייב לשמור, ידו כיד בעל הנכס, והרי זה כאילו הנכס מונח ברשות בעל הנכס (ראה ליד ציון הערה 380), ואין לחייבו לשלם על זה.

ו. נר יצחק, סימן ח (עמ' לט), מביא שר"ע איגר חקך האם חיוב שמירה הוא לשמור בפועל וממילא אם לא ישמור, ישלם, או שקבלת שמירה היא רק להתחייב בתשלומין, וממילא צריך לשמור בפועל (בסימן טו הוא מביא חקירה זו, ונוקט בצד השני — שהם שני חיובים שונים). הוא מוכיח מתוספות, כתובות נד ע"ב (ד"ה אם), שהחיוב הוא בתשלומין, ולא לשמור בפועל (עיין שם להוכחתו). הוא תולה בשאלה זו את המחלוקת בשאלה מתי חל חיוב תשלומין (ראה סעיף 5, במילואים להערה 98), ומה הדין אם

מילואים לסעיף 1(א)

התייקר הנכס (ראה סעיף 5, פרק ב, 1). מתוך כך הוא כותב בסימן טו (עמ' עא), שמי שסובר שחייב התשלומין הוא משעת הפקדה, סובר שחייב התשלומין נובע מחיוב השמירה, והרעה האחרת סוברת שהם שני חיובים שונים.

ז. דיבורת משה, ב"ק, סימן מ, ענף ב וענף ג, כותב שהרמב"ם סובר שחייב שומר בתשלומין הוא משום שלקח חפץ מחברו, ולכן הוא חייב להחזיר או אותו או את דמיו, אלא שאם שמרו כהלכתו (כגון שומר חנינם שלא פשע), פטור, מפני שבעל הנכס נתן לו באופן שהסכים לו, והתורה אמרה את דעת השומר, שהוא מוכן להתחייב רק כפי הדין האמור אצלו בתורה (כדברי תוספות, כתובות נו ע"ב, ד"ה הרי); כלומר, החיוב אינו על שלא שמר, אלא גופו השתעבד בעת ההפקדה להחזיר את החפץ או את שוויו, אלא שאם שמר כדינו, פטור, מפני שרואים כאילו התנה שיופטר אם ישמור כדינו (הוא מוצא נפקות מכך לשבועה, מאחר שיש עליו חזקת חיוב — עיין שם). לעומת זאת, הוא כותב, שהראב"ד סובר שכל זמן שהנכס בעין אין על השומר חיוב השבה, שהרי בעל הנכס אינו צריך שיהיה על השומר חיוב כזה, מפני שגם בלי חיוב על גופו הוא צריך להשיב, שהרי זה חפץ של חברו, ועוד שזה ברשות בעל הנכס, והשומר רק מחזיקו עבורו (ראה ליד ציון הערה 380), ואין לומר שיש חיוב השבה בדבר שכבר נמצא ברשותו, אלא, הוא התחייב לשמור, ושאלם לא ישמור, ויניק הנכס, יתחייב לשלם; כלומר, החיוב הוא על שלא שמר, והחיוב חל רק בעת הפשיעה, ואין חזקת חיוב. הוא תולה במחלוקת זו את מחלוקתם לעניין שבועה בשומר נכסי קטן — ראה סעיף 13, פרק ב, 1. בסימן סד, ענף ב, הוא חוזר על שתי האפשרויות הללו להגדרת חיוב השומר, ומוסיף אפשרות שלישית: הוא חייב רק אם פשע (ושומר שכו בגנבה ואבדה), מפני שקיבל על עצמו אחריות, ולא מפני שלא שמר או מפני שלא החזיר. עיין שם בנפקות בין ההסברים. בספרו איגרות משה, חו"מ, סימן פה, כתב שחייב שומר נובע מקבלתו, שהתורה העריכה את דעתו שהוא מתחייב את עצמו בכך וכך.

ת. א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ספר ב, פסקה ט, ופסקה כט, מגדיר חיוב שמירה כחיוב פעולה, מפני שהשמירה נעשית על ידי פעולת ההחזיר ששעשה השומר, ואינו חיוב נתינה או חיוב עשייה (לפי הגדרותיו).

להערה 9

א. גם נתיבות המשפט, רצא, ס"ק יב (שנביא בהערה 137), וקצות החושן, שז, ס"ק א (שנביא בהערה 136), לומדים דינים מסוימים בשומר מדיני פועלים, אך הם לא למדו משם לחיוב השמירה, אלא לחיוב התשלומין: שאחרי הסתלקות בעל הנכס או מתן שכר אין השומר יכול לחזור בו, ואם פשע, חייב לשלם, גם אם לא משך. ראה גם במילואים להערה 269, שש"ת עמוריי אש לבית יוסף משווה שומר לפועל לעניין חיוב תשלומין, אבל שם לא התכוון לומר שיש לו דין פועל.

ב. אך ש"ת הלכה למשה (ראם), סימן ד, אות ג, כותב שקבלת שמירה עיקרה הוא חיוב תשלומין ולא הטרחה הגופנית לשומר, שהרי אי אפשר להתחייב לעשות טרחה גופנית. דבריו קשים, שהרי פועל מתחייב לעשות פעולה גופנית.

להערה 10

א. הבחנה: ש"ת מנחת אברהם (ריינהלד), חלק א, סימן יז, ס"ק ה, כותב שהתורה הטילה חיוב פשיעה, אבל חיוב גנבה ואבדה ואונס הוא משום שהתורה העריכה ששומר שכו ושואל מוכנים להתחייב בהם מכיוון שהם מקבלים שכו.

ב. צפנת פענח חקר בכמה מקומות האם "שמירה היו חיוב תורה או מה שהוא משעבד עצמו": בהלכות ערכין, ו, כב (דף מו ע"ב); בהלכות מתנות עניים, ט, יג (דף סז ע"ב); בב"ק צג ע"א; בהשמטות להלכות חמץ ומצה, ד, ד, דף קיא ע"ד (שם כתב שמהדין של שומר מטבע זהב שחשב שהוא כסף, ליד ציון הערה 149, משמע שהשומר משעבד עצמו לחיוב). בקונטרס השלמה לחלק ד, דף כג ע"ד, הוא מנסח את השאלה: "אם דיני שומרים הוא מחמת שעבודו או מחמת גזרת הכתוב". תורת מיכאל, סימן כה וסימן לו, כותב שלפי תוספות, כתובות נו ע"ב (ד"ה הרי), החיוב הוא מפני שהתורה העריכה שהוא מוכן להתחייב, ואילו לשאר הראשונים התורה מטילה את החיוב. גם צורר החיים (קליין), דף נו ע"ב, מביא מהתוספות שם, שהתורה אינה מטילה חיוב שומר, אלא התורה מעריכה שהשומר מוכן להתחייב מעצמו. אך חידושי ר' אריה לייב (מאלין), חלק א, סימן עז, כותב שהתוספות לא התכוונו לומר שעצם החיוב הוא משום מה שקיבל על עצמו, אלא עצם החיוב הוא ממה שהתורה חייבה אותו, אלא שהיא מטילה חיוב זה בעקבות קבלתו על עצמו לשמור (בפועל). עיין נתיבות תורה (ברטלוב), א (תשנ"ב), עמ' שעו, בשאלה האם החיוב הוא גזרת הכתוב או מפני שהשומר קיבל על עצמו.

ג. פרחי אליהו, הדרן למסכת שבועות, מעלה שתי אפשרויות להבין את חיוב השומר: א) גזרת הכתוב — על שחיסר את ממון בעל הנכס; ואף על פי שלפי זה היו כל השומרים צריכים להיות שווים ברמת חיובם, שהרי בכל סוג של שומר הבעלים נחסר באותה מידה, גזרת הכתוב היא שכל סוג של שומר חייב ברמה שונה; ב) סברה — על ההנאה שהוא מקבל, ושומר חנינם שאינו נהנה חייב בפשיעה, וגם זו סברה, שהיה לו לשמור בלי לפשוע. הוא תולה שני הסברים אלו בשני תירוצי התוספות בכתובות שם. עיין שם. גם ברכת אברהם, קידושין יג ע"א, מביא שהגר"ד ליבונין אמר ששני תירוצי התוספות בכתובות שם חלוקים ביניהם בשאלה, האם חיוב שומר הוא מדין תורה, או שאינו גזרת הכתוב אלא שהתורה אמרה שהוא מוכן לזה.

ד. מזכרת חיים (מדניק), סימן לט (נדפס תחילה בהפרדס, חלק ו, חוב' יא, עמ' 21-18), כותב שלפי התירוצי הראשון בתוספות שם, חיוב שומר הוא משום שהוא מקבל על עצמו לשמור, וממילא מוטל עליו חיוב התשלום, והתירוצי השני בתוספות סובר ששומר המקבל על עצמו לשמור מקבל על עצמו גם את חיוב התשלומים לפי מה שקבעה התורה. וראה עוד בשמו, במילואים להערה 136, שתלה בזה מחלוקת אחרת.

ה. כמו כן, דרכי שמחה, סימן יח, כותב שהראב"ד בהשגותיו, הלכות נזקי ממון, ד, ד, סובר ששומר חייב משום שהתורה הטילה עליו חיובים, כלומר, שמאחר שקיבל על עצמו להיות שומר, התורה מטילה עליו חיוב, אבל אינו צריך לקבל בעצמו את החיוב; ואילו לרמב"ם ולתוספות בכתובות שם, בתירוץ השני, מי שמקבל על עצמו להיות שומר, מקבל על עצמו באותו זמן את החיובים, והם תלויים ברצונו, ואינם חלים ממילא, אלא שהתורה אמרה את דעתו שהוא רוצה להתחייב בזה (ראה בשמו בסעיף 2(א), במילואים להערה 422, איך הסביר בזה את דעת הרמב"ם בהיקף שאינו ניכר).

ו. כמו כן, ברכת שמעון, ב"ק, סימן יח, אות ג, כותב שקצות החושן, עד, ס"ק א, סובר שחייב שומר יסודו בהתחייבות שקיבל על

מילואים לסעיף 1(א)

עצמו, אלא שהתורה קבעה מה דינו בסתם (ראה בשמו בסעיף 11, במילואים להערה 17), ואילו נתיבות המשפט, שמד, ס"ק א, סובר שחייב שומר הוא ממה שהתורה מטילה עליו (אלא שהתחייבותו נחוצה כדי לקבל על עצמו את חיוב התורה). הוא כותב שבוה חלוקים שני התירוצים שבתוספות בכתובות שם.

ז. רא"ב קמאי, כנסת ישראל (ירושלים) ב (אב תשכ"ח), עמ' יג, כותב שחייב שומר הוא גזרת הכתוב, ואין לחייב אדם מטעם התחייבות גרידא, שהרי אדם שמקבל על עצמו חיוב לשלם אם יאבד חפץ של חברו, התחייבותו פסולה מטעם אסמכתא.

ח. אמרי דוד, מצווה נט, אות א, כותב שלפי התוספות בכתובות שם (בתירוף השני), שומר חייב משום שהתורה אמרה שהוא מסכים להתחייב בוה. הוא מוצא נפקות בין תפיסה זו לתפיסה שהתורה הטילה עליו חיוב בלי הסכמתו, לשאלה מתי חל חיוב השומר (ראה סעיף 5, במילואים להערה 98), והאם שומר שכר חייב בנטירותא יתירתא (ראה בשמו בסעיף 2(ב), במילואים להערה 6).

ט. ר"י יגל, שם עולם, עמ' 477, ובספרו נתיבות יהושע, ב"מ, סימן ל, כותב שחייב שומר הוא דין מיוחד של התורה, חיוב עצמאי, שעניינו הוא שסילוק בעל הנכס משמירה מחייב את השומר בתוצאות — כל שומר לפי דרגתו; ובגלל סילוק זה, מניחים שהשומר גמר בדעתו להתחייב, ועל דעת זה נכנס כל שומר שמסכים לשמור.

י. חידושי הרי"ם, חו"מ, עו, ס"ק א, כותב ששומר אינו מקבל על עצמו חיוב אחריות, אלא מקבל על עצמו לשמור, וממילא מאחר שנעשה שומר, חייבה אותו התורה, כל שומר כדינו.

יא. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן פ, כותב, על פי התוספות בכתובות שם, שגם אם כממון אין עונשים מן הדין, בשומרים מועיל קל וחומר לחייב, מפני שחייבו אינו עונש, אלא התחייבות שקיבל על עצמו. נטע שורק, פרשת מקץ (דף לב ע"ד ודף לך ע"ג), כותב על פי התוספות שם, ששומר חייב מפני שהתורה העריכה שהוא רוצה להתחייב, וזו התחייבות לשלם על שלא שמר, ואין זה תשלום על החפץ בתור מזיק.

יב. שערי זיו, חלק ב, סימן יב (דף טז ע"ג), כותב שבשעת ההפקדה השומר מתחייב בתשלומי נזק, אלא אם כן ישמור כראוי. ראה בשמו במילואים להערה 258.

יג. במילואים להערה 280, נביא את דברי מלאכת בצלאל שכתב שהרמב"ן והראב"ד סוברים ששומר חייב אינו רוצה להתחייב בפשיעה (שלא כתוספות בכתובות שם), ומכל מקום התורה הטילה עליו חיוב, ושומר שכר אף על פי שרוצה להתחייב בגנבה ואבדה, אין רצונו מועיל, ורק לעניין פשיעה מועיל רצונו, מפני שזה כגרמא בניזקין ומדין ערב, אבל בגנבה ואבדה לא מועיל רצונו, מפני שזה פחות מגרמא, אלא שהוא חייב משום שהתורה הטילה עליו חיוב.

יד. יד המלך (לנדא), על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג (ד"ה גס), כתב, שחייב שומר נובע מההתחייבות שהוא מקבל על עצמו, אבל חיוב גנבה ואבדה ואונס הוא מכוח החידוש של התורה, שאילו מה שהוא מקבל על עצמו להתחייב זו אסמכתא, שהרי אין בידו לשמור מפני אלו, ודווקא חיוב פשיעה אינו אסמכתא מפני שהדבר בידו. דו"ג גולדברג העיר שהסבר זה מתאים לדעת הרמב"ם, שפושע חייב גם בקרקע ובשטר (ליד ציון הערה 283).

טו. דו"ג גולדברג הסביר שבלי חידוש התורה, היה השומר פטור, אף על פי שיש אומדנא שהוא רוצה להתחייב, מפני שיש צורך בקניין כדי לתת תוקף להתחייבותו, ולעניין זה לא די במשיכת הנכס מפני שהיא אינה קניין על התחייבות השומר לשלם על נזק עתידי, ולשם כך נחוצה קבלת קניין מהשומר. אולם מאחר שחייבתו התורה, די במשיכת הנכס בעשיית קניין לשמור, ומשיכת הנכס מועילה כאילו קונה אותו לשמירה, ובוה מחייבתו התורה לשלם.

להערה 11

א. דו"ג גולדברג הסביר, שחייב התשלומין חל משום שהתורה מטילה אותו על השומר, והסברי הפרשנים (הוא התייחס לדברי מחנה אפרים, במילואים להערה 15) הוצרכו רק להסביר מדוע נתחייב לשמור; ומאחר שנתחייב לשמור, הטילה עליו התורה חיוב תשלום.

ב. רח"א מילר הסביר, שאמנם לכל הדעות יסוד החיוב הוא בדין התורה, אלא שצריך קניין כדי שיחול דין התורה, ולא די בקניין רגיל בנכס (כגון משיכה) כיוון שאינו קונה חלק בגוף הנכס, ולכן צריך להסביר שחייב מטעם מזיק או ערב או הנאה, שהם קניינים המחילים את דין התורה. לדעתו, יש להגדיר את חיוב השומר, כהתקשרות על פי הסכס, המחילה חיוב על פי דין. הוא סבור, שלפי הריטב"א (הערה 10), התורה מחילה את חיוב השומר גם כשאין קניין, כיוון שסמך עליו בעל הנכס והבטיח השומר לשמור (אלא אם כן נניח שהריטב"א מדבר בשעשה קניין סודר).

ג. עוד אפשר להסביר על פי דברי הש"ך (הערה 289), שלדעת הרמב"ם, חיוב פושע אינו כתוב בתורה בפרשת שומרים, ולפי צריך למצוא יסוד נפרד לחייב בפשיעה.

להערה 12

א. כמו כן, חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צט ע"א, כותב בדעת רב הונא, ששואל מתחייב אף לפני שהשתמש, משום הנאתו מזה שהוציא בעל הנכס את הנכס מרשותו להשאיל לו, ואדם משעבד עצמו תמורת כסף — ההנאה.

ב. דיברות משה, ב"ק, סימן לו, ענף ב, כותב שבשומר שכר ובשואל התורה חייבה אותם מחמת הנאתם, ואינם חייבים מצד מה שקיבלו על עצמם. ראה גם במילואים להערה 10, בשם פרחי אליהו (לפי צד אחד), ששומר שכר ושואל חייבים מצד הנאתם.

ג. אף על פי שיש יסוד משפטי לחיוב זה, הרי בקרקע ובשטר, גם שומר שכר ושואל פטורים (ראה ליד ציוני הערות 280-281), משום שאינם כלולים בפרשת השומרים שבתורה. צריך להסביר, שאין די בהנאה עצמה לחייבם, כיוון שלא אמרו במפורש שהם מקבלים על עצמם חיוב תשלומים תמורת ההנאה, ואת זאת התורה מטילה, וקרקע ושטר אינם בכלל חיוב זה שהתורה הטילה. ובאמת, אם יאמרו שומר שכר או שואל במפורש שהם רוצים להתחייב בקרקע או בשטר, זה יועיל — ראה במילואים להערה 280 בשם פרי החיים (על מקרה שהקדים לשלם את השכר).

ד. אך ראה במילואים להערה 10, בשם יד המלך, שכתב שדווקא בשומר שכר ובשואל צריך יותר את חידוש התורה לחייבם.

מילואים לסעיף 1(א)

ה. בספר לחקרי הלכות, סימן א, עמ' ב, כתב ששומר שכר אינו מתחייב מן התורה על ידי קבלת כסף, שאילו כן לא היו צריכים חכמים לתקן בו משיכה. הוא לשיטתו (ראה בשמו במילואים להערה 127) שהתקנה היא שהמשיכה מחייבת עוד לפני שהתחיל במלאכת השמירה, אבל לפי ההבנה המקובלת, שהתקנה היא שלא יתחייב עד שימשיך, הוכחתו נופלת.

להערה 13

א. אלא שהאומרים שפושע אינו כמזיק יסבירו שבכל זאת יש פסוק המחייב בפשיעה, והם יכולים להסתמך על המקורות דלהלן: רש"י, ב"ק קז ע"ב (ד"ה שבועה שלא פשעה), וב"מ צה ע"א, ד"ה אש"ח (הובא באבן האזל, הלכות שכירות, ב, ג), כתב שחיוב שומר חינוס בפשיעה נלמד מ"על כל דבר פשע" (שמות כב, ח). בהסבר הפסוק לפי הבנה זו, עיין ברכת הנצי"ב, על המכילתא, שמות כב, ח. גם חידושי הראב"ד, ב"ק סב ע"ב; ור"ק, שמות כב, ח (מתוך ספר השרשים, ערך פשע); רלב"ג, שמות כב, ח (דף צג ע"א); ר' חיים פלטיאל, שם; התורה והמצוה (מלבי"ם) שם, אות קג; בית שלמה (אבעל), שער י (דף עו ע"ב); וספר שער המצוות, מצוות שנוהגות בזה"ז, מצווה רסא — פירשו ש"על כל דבר פשע" בא לחייב פושע. בתורה שלמה, שמות כב, אות קסג, מפרש שהמכילתא דרשב"י, על שמות כב, ו, הדרוש "שאם לא שימר כדרך השומרים — חייב", בא למצוא מקור מן התורה לחיוב פושע. חידושים ובאורים (גריינימן), ב"מ, חלק ב, סימן לב, ס"ק ז, ושבועות מב ע"ב, כתב שאפשר ללמוד חיוב פושע מ"ונקרב בעל הבית", אם מפרשים שזו שבועה שלא פשע. רביד הוזהב, פרשת משפטים (ד"ה על כל דבר), לומר מלשון המכילתא, שכשחייבו חכמים את הפושע, נקטו את לשון הפסוק: "על כל דבר פשע". שו"ת עמודי אור, סימן ק, מוכיח מב"מ צה ע"א שחיוב פשיעה נלמד מהפסוקים — עיין שם.

ב. צ' קרל, "דיני ארבעת השומרים במשפט העברי בהתפתחותם", תרבי"ז (תרצ"ו), עמ' 264-265, כתב שחיוב פשיעה הוא הרחבה של הפסוק "אם לא שלח ידו" (שמות כב, ז).

להערה 14

א. כמו כן, מאירי, פסחים ה ע"ב, כתב שחיוב פושע אינו מחמת שמירה, אלא מפני שהוא כעין היוק. כמו כן, חידושי מהר"ם חלאוה, פסחים ו ע"א, כתב שלדעת רבנו תם פושע מזיק הוא, ואינו חייב מדין אחריות (בדיונו הנפקות היא לענין חמץ בפסח). כמו כן, מצודת דוד (לרדב"ז), מצווה תקיג, כתב שפושע דומה למזיק.

ב. קונטרסי שיעורים, ב"ק, סימן יח, אות יא ואות יג, כתב שגם הפוטרים פושע בקרקע ובשטר מסכימים שפושע הוא כמזיק בשומר רגיל, אלא שהם סוברים שמאחר שקרקע ושטר אינם בכלל פרשת השומרים, הפושע בהם אינו כמזיק.

ג. דברות משה, ב"מ, סימן לה, ענף ב, כתב שהשומר חייב על הנוק כאילו הוא מזיק, ולכן נמנה עם אבות הנוזיקין (ב"ק ד ע"ב).

ד. א' ורהפטיג, "קניין בשומרים", ספר זיכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רצא, הערה 52, כתב גם בדעת חידושי הרמב"ן, ב"מ צד ע"א, שחיוב השומר הוא נזיקי. ובעמ' רצב, הערה 58, הביא שקהילות יעקב, ב"ק, סימן לו, נקט שחיוב התשלום הוא מדין מזיק.

ה. לדעה שחיוב התשלומין אינו נובע מחיוב השמירה (ליד ציון הערה 5), קשה לומר שהוא מטעם מזיק, שהרי חיוב כמזיק צריך להתבסס על זה שלא שמר.

ו. השלכה נוספת להבנה שהחיוב בפשיעה הוא מטעם מזיק: דבר שבמניין, על ספר המצוות לרמב"ם, עשה רמד, מסביר ששומר חינוס נמנה כמצווה נפרדת משומר שכר, מפני ששומר חינוס חייב רק בפשיעה, ופושע הוא כמזיק, לדעת הרמב"ם, ונמצא שחיובו שונה במהותו מחיוב שומר שכר.

ז. חזון איש, חו"מ, סימן ח, ס"ק ה, הוכיח שחיוב שומר הוא לשלם על הנוק שקרה לנכס ולא רק קיום התחייבותו, מזה שמשלם מקרקע עידית (ראה סעיף 5, פרק ג, 1), ואילו המתחייב התחייבות ממונית רגילה משלם מבינונית. גם ד"ר מ' רפפורט, בספרו Der Talmud und Sien Recht, חלק 5, מס' 7 (כמובא אצל א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ספר ב, פסקה ו, הערה 2), מונה את חיובי השומרים (גם שומר שכר ושואל) בין חיובי הנוק, על סמך הברייתא בב"ק ד ע"ב, המונה את ארבעת השומרים ברשימת חיובי הנוזיקין. כמו כן, רי"ד ברגר, "בעניין חיובי שומרים בעכו"ם וניגוד משפטי בין בעלי דין", שרידים גל' ז (שבט תשמ"ו), עמ' כא, מוכיח מרש"י, ב"ק ד ע"ב (ד"ה כל), שחיוב שומר אינו מפני שהוא מקבל על עצמו אחריות אלא מפני שלא שמר כראוי (עיין שם בפסקות שהוא מוצא לשעת חלות החיוב). אך ר"י יגל, שם עולם, עמ' 484, דוחה את הוכחת חזון איש, שזה באמת התחייבות, אלא שמאחר שהחוב חל עקב טילוק שמירת בעל הנכס, לכן התשלום צמוד לערך הנכס, ובכל תשלום הבא להשלים נזק של חפץ, משלם מעדיית. ושם עמ' 477, ובנתיבות יהושע, ב"מ, סימן ל, דוחה את הראיה מזה ששומר נמנה בב"ק דף ד ע"ב ודף י ע"ב בין המזיקין, שבאמת חיובו הוא התחייבות לשלם את הנוק לנכס, ומכל מקום זה כלול בגדר תשלומי נזיקין, מפני שזה חיוב לשלם על נזק, ולא נתם התחייבות. רח"א מילר דחה את ההוכחה, בהסבירו ששומר נקרא "מזיק" רק במובן זה, שהתורה החילה דין מזיק על השומר לענין שישלם מעדיית; והא ראייה, שהזוכר שם שואל, אף על פי שאין חיובו מטעם מזיק, שהרי אי אפשר להישמר מפני אונס (אך בסעיף 2), במילואים להערה 14, נביא שר"ד שמולביץ הסביר שהכוונה שם לחיוב שואל בפשיעה ובגנבה ואבדה).

ח. ראה גם במילואים להערה 5, אות ג, שבית ישראל כתב ששומר חייב משום שבוה שפושע ולא שמר, נחשב כאילו הוּק לנכס.

להערה 15

א. כמו כן, ערוך השולחן, חו"מ, רצא, ב, כתב שפושע הוא כעין מזיק בידיים, שהרי קיבל על עצמו לשמור, ובעל הנכס סמך עליו. ב. מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ז (הובא בשו"ת חיי אריה, ליפקין, חו"מ, סימן ג, אות ז, ובמקוה ישראל, דייכס, עמ' 41, אות ב), כתב שאפשר להסביר ששומר חייב מדין גרמי, מפני שבעל הנכס סמך עליו וסילק על פיו את שמירתו מן הנכס; אך הוא מקשה, אם הוא בגדר מזיק, מדוע הוא חייב בשבועות השומרים? נתיבות ירושלים, על ירושלמי, ב"מ ו, ה, השלים את החסר: מאחר שהוא חייב בגרמי, הוא נחשב כאילו עשה מעשה, וכאילו עשה מעשה קניין, שמחיל כל חיובי שומר, כולל חיוב שבועה.

מילואים לסעיף 1(א)

ג. גם בהלכות ערב, סימן א, כותב מחנה אפרים שאפשר להסביר את חיוב שומר כחיוב גרמי, אך שם העיר שאי אפשר לנמק חיוב שואל באונס, מדין גרמי, שהרי האונס לא נגרם על ידי השומר. מלאכת בצלאל, שבועות מב ע"ב, מדייק מדבריו שאת חיוב שומר שכר בגנבה ואבדה אפשר לנמק מטעם גרמי, מפני שאפשר להישמר מזה. אך הוא מעיר שזה סותר את מה שכתב מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ח, שתנאי (בלי קניין) אינו מועיל בקרקע או בשטר לחייב בגנבה ואבדה, אלא רק בפשיעה (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 76), מפני שגנבה ואבדה היא אפילו פחות מגרמא בנוזקין. רח"א מילר יישב את הסתירה, שמחנה אפרים מסופק האם גנבה ואבדה הן בגדר גרמי, או שהן פחות מגרמא, ולכן לא כתב שתנאי מועיל לחייב בהן; ומצד שני, לא היה יכול לומר שאי אפשר להסביר את חיוב גנבה ואבדה מצד גרמי (שתהיה קושיה על ההסבר שהשומר חייב מטעם גרמי), שמה הן אכן גרמי. אהלי יהודה (הכהן), ערך שומרים, כותב בתחילה (בדעת הרמב"ם) שגם חיוב שומר בגנבה ואבדה ובאונס הוא מדין גרמי, כיוון שסמך על דיבורו וניזוק על פיו. אך בהסברו השני כתב שרק פושע חייב מדין גרמי, ואילו בגנבה ואבדה ואונס חייב מכוח פרשת השומרים. בסעיף 2(א), ליד ציון הערה 6, נסביר מדוע רק בפשיעה אפשר לחייב מטעם גרמי נזק.

ד. רז"ג גולדברג הדגיש, שאדם רגיל שפשע בשמירה אינו חייב מטעם מוזיק, ודווקא שומר שפשע נחשב מוזיק (וכך גם שומר שכר בגנבה ואבדה), מפני שהתורה החשיבה אותו כמוזיק (עוד הסבר לכך, ראה בהערה 18, וליד ציון הערה 285). עוד העיר, שהשיטה ששומר חייב מטעם מוזיק תצטרך לסבור כדעה (בסעיף 5, במילואים להערה 98) שחיוב שומר מתחיל משנת הנזק, שהרי רק אז אפשר לקרוא לו מוזיק.

ה. שו"ת אבני נזר, או"ח, סימן שכו, אות טו, כתב שלדעת הרמב"ם, שפושע הוא כמוזיק, חיובו אינו מטעם קבלת אחריות לשלם, אלא שמאחר שקיבל על עצמו לשמור, כשהוא פושע הוא נחשב כמוזיק. באות טז הסביר שפושע הוא כמוזיק, מפני שרואים כאילו השליך את הנכס בידיים למקום שאינו שמור, מאחר שבעל הנכס הסתלק ממשירתו שעל פי השומר. אך באות יז הוא כותב שהרמב"ם אינו יכול להסביר כך, שהרי הוא סובר (ראה ליד ציון הערה 127) ששומר חייב רק אם עשה קניין, ולא די בהסתלקות בעל הנכס והרמב"ם יצטרך לפרש, שמאחר שהתחייב (על ידי קניין) לשמור, ולא שמר, נחשב כאילו הנכס היה שמור והולכיו למקום שאינו שמור, כמו שהסביר הרמב"ן. בקונטרס דינא דגרמי, שכל מי שהיה חייב לעשות משהו ולא עשה, חייב מדינא דגרמי כאילו עשה את ההיפך. ראה בשמו בסעיף 13, במילואים להערה 10, שההסבר השני אינו אפשרי בשומר נכסי נכרי.

ו. ראה סעיף 2(א), במילואים להערות 413 ו-415, ששערי זיו אומר שלדעה אחת שומר חייב מפני שנחשב כאילו הויק, ולדעה אחרת שומר חייב מפני שלא שמר כראוי. על חיוב שומר מדין מוזיק, עיין חידושי ר"מ שורקין, ב"ק ד ע"ב, אות כו.

ז. נחל יצחק, עו, א, מבאי שנימוקי יוסף בב"מ (ולא מצאנוהו) כתב, שטעם חיוב השומר הוא משום ש"לא שרי איניש זווי בכדי" (=אין אדם משליך ממונו סתם), כלומר, ברור שהשומר מקבל על עצמו אחריות מכיוון שידע שבעל הנכס ציפה לכך, שהרי אין להניח שיהיה מוכן שהנכס שלו יהיה נתון לסכנות בלי שמירה. זה מתאים להסבר שהסתלקות בעל הנכס מחייבת את השומר.

להערה 16

א. גם שער משפט, רצ, ס"ק ב, וחקר הלכה, ערך שומרים, אות ג, מסבירים שאין זה גרמי משום שהנזק אינו ברור (הם אמרו זאת כהסבר לפוטרים שומר שלא עשה קנין — ראה בשם חקר הלכה במילואים להערה 127).

ב. כמו כן, שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קמ (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, נה, ס"ק א, בשו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן ג, ובשו"ת פני יצחק, אבולפיה, חלק א, חו"מ, סימן כד, דף קצד ע"ג), כותב שכל פשיעה היא גרמא, ואף על פי כן התורה חייבה את מי שפשע. גם בתורות שור, סימן יח, ס"ק כד (הובא בערך ש"י, חו"מ, שפו, ג, בשו"ת תשורת ש"י, סימן תקכב וסימן תרו, במשמרת שלום, סימן ר, ס"ק יב, ובשו"ת אוריית תליתאי, תאומים, סימן נד), אומר ששומר חייב בגרמא, אף על פי שהנזק אינו ברור ולא נעשה מיד, מפני שקיבל על עצמו. עוד העירו ששומר חייב גם בגרמא: שו"ת הרדב"ז, סימן תשנ"ט (שכל פשיעה היא גרמא); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ד, סימן קפ (סט ע"ד); שו"ת מקור ישראל (בורלא), חו"מ, סימן מ (ס ע"ד); כנסת הגדולה, חו"מ, קעו, הגהות הטור, אות ריד; שו"ת מנחת יצחק, חלק ב, סימן פח; שו"ע הרב, או"ח, תמג, קונטרס אחרון, ס"ק ב; שו"ת באר מרדכי (פרהנד), סימן ה; שו"ת פרי החיים, יו"ד, סימן מ; שו"ת שאלת יעבץ, חלק א, סימן פה (מפני שקיבל על עצמו); שער משפט, טו, ס"ק לב; שו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ה; שו"ת לחם רב, סימן קפ (מפני שעל דעת זה הפקיד אצל); שו"ת רביד הזהב, סימן מב, אות ה, וסימן מג, אות א ואות ג; שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן טז; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קי; שו"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט; שו"ת מקור חיים (סגלוביץ), סימן כב; שו"ת דברי מלכיאל, חלק ו, סימן נד (מפני שבעל הנכס סמך עליו, והשומר קיבל על עצמו חיוב); חידושי הרי"ם, חו"מ, עו, ס"ק א (שהתורה חייבה אותו בפשיעה אף על פי שהיא רק גרמא); שו"ת הלכה למשה (ראם), סימן ד, אות ג (מפני שקיבל על עצמו); שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יד (קב ע"ב) וסימן כט (קנו ע"א); שו"ת מהרי" הכהן (רפפורט), חו"מ, סימן יב (מפני שבקבלת השמירה כאילו התנה שיתחייב); מנחת פיתים, חו"מ, שפה, א, ושיירי מנחה, חו"מ, שפה.

ג. צריך להבהיר שחלק מאלו שאמרו שחייב בגרמא מתכוונים לומר שכל מה שקורה בפשיעה אינו נזק ישיר לנכס, אלא נזק עקיף, ואף על פי כן השומר חייב; וחלקם התכוונו לחייב גם בסוג נזק שבמהותו הוא גרמא, והיינו במקרים הנזכרים בסעיף 2(א), פרק ה, פסקאות 4-2. יפה ענף, מערכת גרמא בנוזקין, אות ב, מדגיש שאף ששומר חייב בפשיעה שהיא גרמא, אינו חייב בנזק שהוא עצמו גרמא, כגון מניעת נזק.

ד. חידושים ובאורים (גריינימן), ב"מ, חלק ב, סימן לב, ס"ק ז, ושבועות מב ע"ב, דוחה את הסבר הש"ך בדעת הרמב"ם שחיוב פושע ידוע לנו בלי שיהיה כתוב בתורה, משום שהוא מוזיק (ראה ליד ציון הערה 289) — הרי זהו גרמא? וגם אם נאמר שזה גרמי, הרי ש"ך, חו"מ, שפו, ס"ק א, סובר שחיוב גרמי הוא מדרבנן, ואם כן נחוץ הפסוק כדי לחייב אותו מן התורה; וגם אם גרמי רגיל הוא מן התורה, כאן זה רק מדרבנן, שהרי לא עשה שום מעשה לגרום נזק, ורק נמנע משמירה.

ה. חידושי הרמב"ן, ב"ב קסח ע"א, מנחת חינוך, מצווה נו (דף פד ע"א), ושו"ת תשואת חן, סימן נד, מסבירים שאין אסמכתא בהתחייבות שומר, אף על פי שזו התחייבות מותנית, שאם יאבד הנכס ישלם (ראה בשמם בסעיף 14, במילואים להערה 39). מפני שבדין למנוע את הנזק, והוא מקבל עליו תשלום הולם ולא מוגזם, שבוה אין פסול אין אסמכתא (רמ"א, חו"מ, רו, יג). הרמב"ן מעיר שאין בכוחו של הסבר זה להסביר את חיוב שואל באונס, שאינו "בידור", ומציע הסבר אחר לחיוב שואל: התורה חייבה אותו

מילואים לסעיף 1(א)

כאלו הוא קונה (ראה בדיונו בסעיף 2(ג)). חידושי מהר"י אסאד, כתובות לד ע"ב, כתב שבהתחייבות שומר אין אסמכתא מפני שהוא תולה בדעת אחרים. מדבריהם עולה שהם הבינו שחיוב שומר הוא בגדר התחייבות, שהרי רק התחייבות נפסלת מטעם אסמכתא, ולא חיוב מדין. רד"ג גולדברג התקשה, איזה צורך יש להסביר מדוע אין חיוב שומר נפסל מטעם אסמכתא, הרי התורה הטילה עליו חיוב שומר? צריך להסביר כעין מה שהסבירו בהערה 11, שאילו היתה אסמכתא בחיוב שומר, היינו צריכים ללמוד ממה שהתורה מחייבת שומר, שגם בשאר התחייבויות אסמכתא כשרה.

ו. ר"ש מטווארג, בתשובתו בשו"ת אפרין דוד, סימן כד (לג ע"ב), מביא שכתב מהר"ק, או"ח, תמג (לא מצאנוהו), בשם דברי ריבות, שאם אין הפשיעה בגוף שמירת הנכס, זה רק גרמא.

ז. א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ספר ב, פסקה ו, הערה 2, ופסקה ט, הערה 6, קבע שחיוב שומר הוא "התקשרות" (חוזה), ולא מדין מדין. הוא מסתמך על דעת רוב הפוסקים שחלקו על הרמב"ם הסובר ש"פושע כמזיק".

ח. לענין פשיעה בגרמא, ראה סעיף 5, הערה 37, אות יב, בשם מעשה בצלאל.

ט. שו"ת נחפה בכסף, חלק א, חו"מ, סימן יח, דף קד ע"א (הובא בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן יג), כתב ששומר חייב בגרמא דווקא אם "ברי היקא". אך כוונתו לנידונו, שהשומר עשה מעשה בנכס מתוך כוונה טובה, וזה גרם נזק — ראה בשמו בסעיף 6, הערה 347.

להערה 18

א. כמו כן, א' ורהפטיג, "קניין בשומרים", ספר זכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רצ, הסביר שהרשב"א סובר שאמחר שהסכים לשמור, ובעל הנכס סמך עליו, הוא חייב מטעם מדין אף על פי שזה גרמא.

ב. רד"ג גולדברג העיר שלפי הסבר זה, צריך לומר שגנבה ואבדה היא פחות מגרמא (ראה במילואים להערה 15, אות ג), ואין מועילה התחייבות בה לחיבו, שאילו הייתה גרמא, לא היה צורך בפרשת שומרים לחייב שומר שכן בגנבה ואבדה, מפני שבלאו הכי היה חייב, משום שהוא מקבל על עצמו מכללא לשלם בגנבה ואבדה (כמו שכתבו תוספות, כתובות נו ע"ב, ד"ה הרי, שיש אומדנא ששומר שכן מוכן לשלם בגנבה ואבדה), כמו שטעם זה אין פסוק המחייב פושע (ראה במילואים להערה 9), מפני שאין צורך בזה, כאמור.

להערה 19

ראה גם במילואים להערה 136, בשם מהר"ם שיק, שהסביר לדעה אחת שחייב מטעם הנאה זו. שואל ומשיב כתב שהנאה זו פחותה משווה פרוטה (ראה בשמו בסעיף 1(ג)), הערה 111, שזו הסיבה שאין אומרים שכל שומר יהיה שומר שכן מכות הנאה זו, ומכל מקום לעניינו די בכך. ערך ש"י, שם, כותב שזה הטעם ששומר חייב מן התורה בלי משיכה, ורק מדרבנן צריך משיכה (ראה ליד ציון הערה 128), לדעה אחת. וראה סעיף 11, במילואים להערה 42, מקור נוסף המזכיר הנאת האמון בכל השומרים. בית שלמה (אבעל), שער י (דף עז ע"ב), כותב שמן התורה שומר חייב בגלל הנאת האמון שהיא ככסף, אלא שחכמים תיקנו להצריך משיכה (ליד ציון הערה 127).

להערה 20

א. ראה במילואים להערה 135, שלפי נחל יצחק ועוד, שומר חייב מטעם ערב (לדעה אחת); וכך גם במילואים להערה 136, לפי דברי התורה ושבילי דוד. וראה במילואים להערה 80, בשם אולם המשפט. ראה גם במילואים להערה 55, וליד ציון הערה 146, שיש מסבירים חיוב שומר במקרים מסוימים מדין ערב.

ב. דוגמה נוספת לכך: בני ציון (מיטאווסקי), סימן קעג, מבאר את דברי הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג, המחייב שומר על אי עשייה, במי שקיבל כרם לעבדו (ראה במילואים להערה 301), שזה משום שבעל הכרם סמך עליו שיעשה, ואף על פי שחיוב עבודה אינו כלול בגדר שומר, מכל מקום נעשה שומר מדין ערב. אך יש להעיר שרק הירטב"א סובר שאפשר לחייב מדין ערב על מניעת רווח (ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 80), ושם זו רק מניעת רווח.

ג. שו"ת אבן שתייה, סימן פא, הקשה, מדוע שומר קרקע או שטר פטור (ראה ליד ציון הערה 279), ומדוע שומר שלא עשה קניין פטור, לדעה אחת (ליד ציון הערה 127), הרי מאחר שבעל הנכס סמך עליו שישמור, יהיה חייב מדין ערב? ועוד, הרי ערב חייב בכל אונס, גם אם קרה לחייב אונס שמחמתו אינו יכול לשלם, ואם כן נאמר שכל שומר יהיה חייב באונס, ולא רק שואל? הוא מתרץ, שכל שומר מקבל על עצמו חיוב לפי מה שכתוב בתורה (על פי תוספות, כתובות נו ע"ב, ד"ה הרי), וגם בערב יש דרגות חיוב שונות, ולכן שומר מתחייב מדין ערב רק להיות שומר חנם או שומר שכן, לפי מה שהסכים, אבל לא נעשה ערב להיות חייב גמור, שהרי לא קיבל זאת על עצמו; ולכן בקרקע או בשטר, או אם לא עשה קניין, פטור (לדעה אחת), אף על פי שיש בזה דין ערב, מפני שערכותו היא בשביל חיוב השמירה, וערב רק כפי דין תורה של שומרים, והרי התורה פטרה במקרים אלו משמירה. כתב וחותם (לר"ע איגור), חלק ב, סימן יב, הסביר שאין אומרים ששומר קרקע או שטר יחויב בפשיעה מדין ערב, משום שאומרים כך רק בנכסים שיש בהם חיוב שומר מן התורה, וחייב זה נגמר על ידי שבעל הנכס הסתלק על פיו, אבל כאן שמן התורה אין חיוב, אין לחייבו מכת דין ערב בלבד, משום שאין בעל הנכס משליך את הנכס לאיבוד לגמרי על סמך השומר, ואינו עושה ויתור גמור על פיו, כך שאין כאן חיוב גמור מדין ערב, ולכן פטור גם אם אמר לבעל הנכס: "סלק את עצמך מהשמירה, ואתחייב לך". שאלת שלום (רבינוביץ), סימן יג, בסופו, תירץ, שדין ערב אומר רק שאף על פי שלא התנו בפירוש, יש אומדנא שהוא רוצה להתחייב, אבל בקרקע או בשטר אפילו תנאי מפורש לא מועיל בלי קניין (ראה סעיף 14, פרק ד), לכן גם אומדנא לא מועילה. אך דבריו קשים, שהלא בכל המקרים של דין ערב, שנמנו בחוק לישראל, ערבות, סעיף 2, פרק ד, 2, גם בהתנאה מפורשת היה פטור לולא התוקף שמעניק "דין ערב", ונמצא שזה שקול לעשיית קניין. על חיוב מדין ערב בקרקע או שטר, ראה במילואים להערה 283, בשם דברי ירוחם.

שאלה דומה אפשר לשאול לגבי "בעליו עמו" – מדוע הוא פטור, הלא אפשר לחייבו מדין ערב? תשובה על כך ראה במילואים להערה 135.

להערה 21

א. נימוקים נוספים, שאין לחייב שומר מדין ערב: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ז, כותב שההסבר ששומר חייב מדין ערב, לא יתיישב לפי הדעה שאין חיוב מדין ערב אם לא אמר המבקש "ואתחייב לך" (ראה חוק לישראל, ערבות, סעיף 2, פרק ד, 3), שהרי השומר אמר רק "אשמור", ואינו אמר "ואתחייב לשלם לך". אמרי בינה, דיני טוען ונטען, סימן יד, השיב על כך, שכשאומר "אני אשמור", הוא מקבל על עצמו להתחייב אם יאבד הנכס, וכאילו אמר "ואתחייב לך", שהרי תוספות, כתובות נו ע"ב (ד"ה הרי), כתבו שהשומר מתחייב מרצונו לכל הכתוב בפרשה.

ב. עוד חסרון מצא מחנה אפרים בהסבר שחייב מדין ערב, שכשהוציא בעל הנכס את הנכס מרשותו על סמך השומר, איש לא זכה ולא נהנה בנכס, ויש אומרים שבכונן זה אין "דין ערב", כמו באומר "זרוק מנה לים" (ראה חוק לישראל, ערבות, סעיף 2, פרק ד, 4). כך כתב גם גן נעול, כפתור ד, פרח ו, אות ג (יג ע"ב), שלדעה זו אין לומר ששומר חייב מדין ערב, אלא צריך לומר ששומר חייב מגזרת הכתוב. כמו כן, א' ורהפטיג, מחקרי משפט ב (תשמ"ב), עמ' 59, הערה 97, מעלה אפשרות שש"ת הרשב"ש, סימן קע"ה (שלשונו סתומה), מתכוון לומר שלדעה הפוטרת ב"זרוק מנה לים", אין שומר חייב מדין ערב. אך מלאכת בצלאל, שבועות מב ע"ב, כותב שכאן חייב גם לפי דעה זו, מפני שהטעם לפטור שם הוא משום שיתכן שאמר כך כמשטה, מפני שאין דרך בני אדם להתחייב על ידי שאדם אחר זורק חפץ לים, מה שאינו כן כאן, שבידו שלא לפטור, ולכן אומרים שהתכוון באמת להתחייב אם יפגע. ארץ צבי, על מלאכת בצלאל, שם, ס"ק קע"ה, הסביר שזה אינו כ"זרוק מנה לים", מפני שבעל הנכס מרוויח את הזמן שהיה צריך לטפל בעצמו בשמירת הנכס, ולכן זה כאילו שנהנה השומר, וזה מחייב אותו. א' ורהפטיג, שם, מעלה אפשרות שהשומר חייב מדין ערב גם בלי שכן דעת יקבל משהו, כמו שאומר משנה למלך בעניין האומר "הכיתה במקל" (ראה להלן, במילואים להערה 146). לתשובה אחרת על ההשוואה ל"זרוק מנה לים" ראה במילואים להערה 136 בשם ספר דברי התורה, ועיין שו"ת שואל ומשיב, מהדורה ב, חלק ב, סימן כח. וראה בשאלה זו בחוק לישראל, ערבות, סעיף 2, הערה 154, והערות 164-165.

ג. גן נעול, כפתור ג, פרח ד, אות ד, דוחה את ההסבר ששומר חייב מדין ערב, שכן זה מסביר רק את חיוב השמירה, ואינו מסביר את עעבוד נכסי השומר השלם שחל (לדעה אחת – ראה סעיף 5, במילואים להערה 98) בשעת הנוק, שהלא עד שעת הנוק עבר זמן רב מאז שהוציא בעל הנכס את הנכס מרשותו, ואז אי אפשר לחייב מדין ערב. הוא דוחה אפשרות להסביר שבעל הנכס הוציא את הנכס משמירתו על דעת שאם יקרה נזק יהיה השומר חייב לשלם, ולכן חל חיוב תשלומין מדין ערב – שהרי אם כן שעבוד הנכסים צריך להתחיל משעת משיכה, אלא ודאי, בעל הנכס אינו מעלה על דעתו אפשרות שיקרה נזק, ולכן לא נוצר חיוב מדין ערב לגבי התשלומין. הוא דוחה גם אפשרות להסביר שמתוך שחייב לשומר מדין ערב, חל גם חיוב תשלומין כשאיננו נזק באחריותו – שהרי אי אפשר לומר "מיגו" כזה, כשם שאם אדם מקנה בקניין סודר דבר אחד מעכשו, והקנה דבר שני לאחר שלושים יום, שבדבר השני לא מועיל קניין סודר – אף על פי שעשה קניין בבת אחת על שניהם, אין אומרים בזה "מיגו". לכן הוא כותב שהחיוב לשלם הוא גזרת הכתוב. ושוב הוא כותב, באות ו, שחיוב השומר מן התורה הוא ממילא, מגזרת הכתוב, ואין צורך את דעת השומר (כלומר, אין צורך את הסכמתו לשלם, ודי בהסכמתו לשמור).

ד. אבני החושן, בהשמטות לסימן רצא, ב, מוצא שלוש סיבות שמחמתן אין לחייב שומר מדין ערב: א) לא אמר "ואתחייב לך". ב) הנוק אינו צפוי לבוא מיד (הוא מתייחס לדעה שהאומר לאחר "זרוק מנה לים" חייב מדין ערב, והרי שם הנוק צפוי לבוא מיד; אך האמת היא שערב רגיל חייב אף על פי שהנוק – אי תשלום הלווה – אינו צפוי לבוא מיד, וספק אם בכלל יבוא). ג) במקרה שבעל הנכס הוא שיוזם את ההפקדה, יש סיבה נוספת שלא לחייב מדין ערב – שדין ערב חל רק כשהמתחייב הוא שמבקש מן הנותן לוותר על שלו. אך ראה חוק לישראל, ערבות, סעיף 2, ליד ציון הערה 131, שיש חיוב מדין ערב גם אם הנותן הוא שמציע את ההצעה.

ה. ראה במילואים להערה 20, שר' עקיבא איגר כתב שאין לחייב שומר מכוח דין ערב בלבד, אלא זה רק גומר את חיוב השומר שהטילה עליו התורה.

ו. אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פב, כותב שאם חיוב שואל באונס, אי אפשר לנמק על פי הסתמכות בעל הנכס על שמירתו, שהרי אי אפשר לשמור מפני אונס (אך אנו אמרנו, ליד ציון הערה 12, שבשומר שכן ובשואל אפשר לומר שחייבים מכוח ההנאה). והוא מסביר, שמאחר ששואל מתחייב בשמירה כשומר חנם וכשומר שכן, כיוון שסמך בעל הנכס על שמירתו (כלומר, שישמור מפגיעה ומגנבה ואבדה), לכן גזרת הכתוב היא שיתחייב באונס, מפני שכל ההנאה שלו, ומפני שקיבל על עצמו חיוב שהטילה עליו התורה, כדברי תוספות, כתובות שם. וראה בשמו במילואים להערה 135, שהסביר בכך מדוע לדעה אחת דווקא שואל צריך משיכה.

ז. הסברים נוספים לחיוב שומר: מדברי מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ז, נראה שהבין שלפי הדעה ששומר חייב רק אם משך (ליד ציון הערה 127), חייב מחמת המשיכה. נראה שכונתו היא שהמשיכה היא מעשה קניין הנותן תוקף להתחייבותו (ראה גם במילואים להערה 45 ולהערה 137 על כך). אך בהערה 128 נראה שרבים אומרים שמשכיכה זו נחוצה רק מדרבנן, ולפייהם אי אפשר להסביר בדרך זו את חיוב השומר, שהוא מן התורה. ואכן במילואים להערה 128, אות יג, נביא שר"א מילר למד מכאן שמחנה אפרים מצריך קניין מן התורה לדעה זו.

ח. לחקרי הלכות, סימן א, עמ' ב, הסביר שאם אבד הנכס או ניזק כשעסק השומר בשמירה, הוא חייב לשלם מדין פועל, מפני שזאת המלאכה שקיבל על עצמו, לשמור שלא יאבד ולא ייזוק, ונתחייב במה שעשה.

להערה 26

א. ראה סעיף 13, פרק ב, 4, שהשומר פטור אם נמסר לו הנכס כדי לחלקו לעניים. למעשה, זהו תוצאה מן הצורך שביקש בעל הנכס מן הנפקד לשמור.

מילואים לסעיף 1(א)

ב. סיבה נוספת לפטור אם בעל הנכס לא ביקש לשמור: במילואים להערה 96 נביא שחתם סופר פוטר במקרה מסוים שבעל הנכס לא ביקש לשמור, מפני שהנפקד יכול לטעון שחשב שבעל הנכס נתן לו את הנכס בנתנה. אך נימוק זה תקף רק אם לא הסכים הנפקד בפירוש או מכללא לשמור, וכאן אנו מבקשים לפטור גם אם הסכים לשמור, אם בעל הנכס לא ביקש (ראה ליד ציון הערה 36).

ג. שונות יעקב, רצא, ב (ס"ק א), כותב שגם אם לא ביקש ממנו בעל הנכס לשמור, הוא חייב בנוק שבא מחמתו, כמקרה שליד ציון הערה 82, וכהגדרתו במילואים שם.

ד. מקרה יוצא דופן, של מי ששומר נגד רצון בעל הנכס, הוא במשכון שלקח בית דין מן הלווה על כורחו ונתן למלווה, או שתפס ממנו המלווה (סעיף 1(ג), פרק ג, 9). כמו כן, בשומר אבדה אין בקשה לשמור — ראה במילואים להערה 27 ולהערה 35.

ה. דעות חולקות: מרכבת המשנה, על המכילתא, שמות כב, ו, מפרש בפירוש אחד, שכוונת המכילתא היא שפטור מפני שהשומר לא קיבל על עצמו שמירה, כדעת רבי הפוסט בהכניס נכס לחצר חברו ברשות (במילואים להערה 82). כך הסביר גם הורוביץ, בפירושו למכילתא שבמהדורתו, עמ' 299; וכך משמע גם מפירוש רבנו מיוחס, שמות כב, ו. ובפירוש שני, הסביר מרכבת המשנה, שהמכילתא פוטרת ב"ענין בו", משום ששומר חייב רק אם עשה קניין (כדעה ליד ציון הערה 127). מכאן מתקשה אבני החושן, רצא, ס"ק ז, מניין לתוספות ולרמב"ן שהמכילתא מתכוונת להצריך בקשת שמירה, אולי הפירוש הוא כאחד מפירושי מרכבת המשנה. לעומתו, מנחה חדשה, מצווה נז, אות ד, דוחה את פירושי מרכבת המשנה, כיוון שהתוספות לא פירשו כך. ד' הנשקה, "ארבעה שמורים הן?", שנתון המשפט העברי טד"ו (תש"ן-תשנ"א), עמ' 156, הערה 50, כותב שמהלשון משמע שהדגש הוא על דברי בעל הנכס ולא על דברי השומר (כתוספות).

ו. שו"ת פני יצחק, חלק ג, ח"מ, סימן ה, בתחילתו, כותב שמשו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רצא, משמע שאין צורך שיאמר לו בעל הנכס "שמור לי" או לשון מעין זאת. אבל הוא כותב שאין הלכה כמותו, נגד המכילתא, תוספות, הרמב"ן, טור והרוביץ ערוך. גם שו"ת משנת רבי אליעזר, חלק א, ח"מ, סימן קי, מקשה על המבי"ט שהמכילתא; והוא מעלה אפשרות שהמבי"ט מחייב רק אם נתן ליד הנפקד, ומדייק גם משו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שמא, שחייב אם משך הנפקד גם אם לא אמר "שמור לי" (ראה במילואים להערה 27, אות ב). אך הוא מקשה, שגם אז הוא פטור (ראה ליד ציון הערה 33).

ז. שו"ת רוח יעקב, סימן יב, כותב שהמכילתא מדברת בנפקד שאמר לשון גרועה כמו "הנח" או "כנוס", וכדעת חכמים (במילואים להערה 82) שבמקרה זה חייב (לפחות בחלק מהנוק). משמע מדבריו, שאם אמר הנפקד לשון שברור ממנה שהוא מקבל עליו שמירה, אין צורך שיבקש ממנו בעל הנכס לשמור.

ח. על נצאי נוסף שייתכן שהוא דרוש לחיוב שמירה, נתינת הנכס לשומר, להוציא מקרה שהיה הנכס ברשות השומר מכבר, ראה במילואים להערה 203.

להערה 27

א. מקרים נוספים שברור שבעל הנכס רוצה שישמור: נתיבות המשפט, רצא, ס"ק כב, כותב על פי מלחמות ה', שם, שאם נתן השומר את הנכס לאחר, ואמר לו "זה פיקדון שקיבלתי לשמור", רואים כאילו אמר לו "שמור לי", והלה חייב בשמירה.

ב. כמו כן, שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שמא (הובא בשו"ת פני יצחק, חלק ג, ח"מ, סימן ה), כותב שראובן ששלח סחורות עם לוי אל שמעון, וכתב לו לקמן, ואם לא יצליח לקמן, יחזירן לו — נתחייב שמעון בשמירה שקיבלן לרשותו, ואף על פי שלא הזכיר לו תורת פיקדון, נתחייב בשמירה כשומר חנם. ככלל הוא כותב שאין צורך דווקא בלשון "שמור לי", אלא גם באמירת: "קח את זה", או "הנח", או "הולך את זה בדרך", או כמו בנידונו "קח ומכור בשבילי", או "הולך את זה לפלוגי", או "הבא לי דבר פלוגי" — חייב, כמו ששומר אבדה חייב אף על פי שלא אמר לו בעל הנכס דבר (אך דברי יחזקאל, סימן נג, איתן, ו. הסביר ששומר אבדה חייב אף על פי שבעל הנכס לא ביקש ממנו לשמור, מפני שהתורה חייבה אותו אף נגד רצונו). הוא מנמק, שכל שהנפקד לוקח את הנכס לרשותו (כדעת הרמב"ם, שצריך מעשה קניין — ראה ליד ציון הערה 127), והסתלק בעל הנכס משמירתו, חייב הנפקד, גם אם לא אמר בעל הנכס שום דבר, ולכן הרא"ש (בהערה 80) מחייב באומר "הולך עמך נכס זה". אך ראה במילואים להערה 28, שפני יצחק מבין שהרא"ש מחייב שם מפני שיש הוכחה שבעל הנכס רוצה שישמור — שהרי בדרך לא יוכל אדם אחר לשמור. וראה הערה 35, שקול אליהו הסביר, ששם חייב מפני שיש הוכחה שהנפקד קיבל על עצמו לשמור. על המבי"ט שם ראה במילואים להערה 26, אות ו.

ג. מנחת עני (שטרק), סימן רצא (ד"ה עובדא), מחייב על פי מלחמות ה', במעשה שהיה, שאמר בעל הנכס: "תן ענין בו מפני שאני הולך, ואני טומך עליך", שברור שהתכוון שישמור. הוא מוכיח שאין צורך שיאמר בפירוש "שמור לי", מזה שיש מחייבים נפקד שרק נתן לבעל הנכס רשות להכניס את הנכס לחצרו (ראה במילואים להערה 82), אף על פי ששם לא ביקש ממנו בעל הנכס שישמור. אך יש להעיר ששם גם למחייבים יש ספק האם יש חיוב שמירה גמור — ראה שם.

ד. ראה גם במילואים להערה 86, בשם מעשה חייא, שאם בעל הנכס הכניס את הנכס לבית הנפקד ברשות, הוא חייב בשמירה אף על פי שלא ביקש ממנו בעל הנכס במפורש לשמור — והיינו מפני שבקשת ההכנסה משתמעת גם כבקשת שמירה.

ה. אבני החושן, רצא, ס"ק ז, כותב שמה שאמרנו שם לא ביקש ממנו לשמור, פטור, היינו כגון המקרה (ליד ציון הערה 221) שנתן לו נכס שיוכה בו עבור אדם שלישי, אבל אם אדם מוסר חפץ לבני ביתו שניחוחו באיזה מקום, וראי שמוסר על דעת שישמרו עליו (ראה ליד ציון הערה 263, שלפי שו"ת ציוני הם חייבים משום שומר אבדה). הוא חולק בזה על נתיבות המשפט, רצא, ס"ק כב, שכתב שהמוסר לאמו (הנידון) — שומר שמסר חפץ לאמו בלי לומר לה שזה פיקדון מאדם אחר) אינה נחשבת שומר, מפני שלא אמר לה "שמרי לי". הוא מביא ראייה מהדין שאשה ששברה כלים בבית, פטורה מפני תקנת חכמים, כדי שיהיה שלום בית (ראה סעיף 1(ב), ליד ציון הערה 9, ובמילואים שם) — משמע שמעיקר הדין האשה בסתם חייבת כשומרת על נכסי בעלה; ודווקא לומר שדווקא אשה מקבלת עליה שמירת הבית, ולא האם (ד"ו גולדברג דחה ראייה זו, משום ששם מדובר בכלים שמסורים לאשה לעשות בהם מלאכה, ובוה ודאי התכוון הבעל שתשמור, שהרי אם לא תשמור, הם עלולים להינזק במהלך מלאכתה בהם, כסברת נתיבות המשפט, ליד ציון הערה 28, על המניח נכס במקום גלוי, מה שאינו כן בסתם נכס שאדם מוסר לבני ביתו, שיתכן שאינו מתכוון שישמרו). הוא מביא עוד ראיות לדבריו: א) ש"ך, ח"מ, רצא, ס"ק לה, אומר שהאם חייבת אם פשעה. ב) הרמב"ם ספק ששומר

מילואים לסעיף 1(א)

שמסר לשומר וגרע את שמירתו, חייב (סעיף 7, הערה 306), ואם האם אינה נחשבת שומרת כלל, יש לחייב את השומר על שמסר לה. ג) נתיבות המשפט עצמו כתב (ראה ליד ציון הערה 28), שאם הניח בעל הנכס את הנכס במקום שאינו משתמר, הוא כאומר "שומר לי", וכל שכן שיש לפרש כך בנותן ביד אמו, שכל השימור הוא רק על ידה. כדעת אבני החושן סובר גם ש"ת חוט השני, סימן פא, העוסק בשומרת שביקשה מבנה להעביר את הפיקדון לנכרי שישמרונו (משום שהייתה שעת חירום), ופסק שהבן אחראי בשמירה אף על פי שלא אמרה לו האם "שומר פיקדון זה", מפני שמן הסתם התכוונה שיעביר אותו בדרך ראויה לשמירה.

ו. ש"ת הרי בשמים, חלק א, סימן קכו, כותב שמה שכתבו תוספות, ב"ק לו ע"ב (ד"ה כגון), ורא"ש, ב"ק, פרק ד, סימן א, שאם תפס הניזק את השור המזיק, הוא פטור משמירה על חלקו של המזיק, בעל השור (ראה סעיף 1(ג), הערה 314) — הוא דווקא אם תפס נגד רצון המזיק, אבל אם הגיע אליו השור ברצון המזיק, יש להניח שמסרו לו על דעת שישמור, שהרי אין דרך אדם למסור נכס שלו לחברו בלי שמירה.

ז. מאותה סיבה, כותב הרי בשמים, שם, שראובן שהיה חייב חמישים לשמעון, ונתן לשמעון שטר של מאה, וביקש ממנו להשיג לו עודף, ואבר שטר המאה מידי שמעון, שמעון חייב בשמירה, מפני שברור שראובן נתן לו על דעת שישמור, שהרי אין אדם מוסר נכס שלו לאחר שלא במטרה שישמור. גם ש"ת משיב שלום, סימן יט, מחייב בכיצא בזה את המלווה בחיוב שמירה, אלא שהוא דן בשאלה האם לפטור כאן מטעם "בעליו עמו".

ח. הגביה הנפקד או משך: דברי חיים, דיני שומרים, סימן ב, כותב, שאם הניח חפץ בבית של חברו, וחברו ראה, אף שלא גילה את דעתו שנתן לו לשמור, וחברו לא קיבל על עצמו שמירה, אם אחר כך נטל בעל הבית את החפץ והניחו במקום משתמר, נעשה שומר משעת הגביה החפץ, מפני שבכך גילה את דעתו שהוא מקבל עליו שמירה. הוא מסביר שזה שונה מן האומר "תפוס כלי זה", ששם לא הגביה השומר בעצמו, אלא בעל הנכס מסר לידו. הוא מסתמך על ש"ת לחם רב, סימן קפו, שכותב ששקש שהביא כלי בית הכנסת לביתו של שמעון, והחזיר לבית הכנסת, ואחר כך לקחם שמעון שוב לביתו, חייב שמעון בשמירה כיוון שנטלם מבית הכנסת לביתו (ראה במילואים להערה 82); הרי שאף על פי שלא נעשה שומר כשהניחם השמש בביתו, מכל מקום כשנטלם בעצמו, נעשה שומר. אך הוא מעיר שזה שלא כמחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ג, שכתב שאם משך אחרי שאמר לו הלה "שומר לי", חייב כשומר, שמשמע מזה שאם לא אמר הלה "שומר לי", פטור אף על פי שמשך. וראה לעיל אות ב בשם המבי"ט על נפקד שמשך.

ט. דעה חולקת: ש"ת קול אליהו (ישראל), חלק ב, ח"מ, סימן כה, כותב (במסקנתו), שאם לא אמר בעל הנכס במפורש "שומר לי", גם אם מוכח מדבריו שהוא רוצה שהנפקד ישמור, הנפקד פטור מספק.

להערה 28

א. כמו כן, ש"ת פני יצחק, חלק ג, ח"מ, סימן ה, כותב שמתשובת הרא"ש (הערה 80), שעיקרה לגבי הסכמת הנפקד לשמור, נראה שגם לעניין בקשת בעל הנכס שישמור, אם נתן לו נכס בהיתור בדרך, ודאי שנתן לו על דעת שישמור. על פי זה הוא מחייב בנידונו, שראובן מסר לשמעון כסף להוליך עמו ללוי בעיר אחרת, משום שבדואי מסר לו על דעת שישמור. כמו כן, ש"ת משנת ר' אליעזר (טולידו), חלק א, ח"מ, סימן נ (פב ע"א), כותב שהרא"ש מחייב בנידונו אף על פי שלא אמר בעל הנכס "שומר לי", משום שבמקום שהעניין מוכיח מתוכו שבעל הנכס התכוון לשמירה, חייב המקבל לשמור, וכאן בעל הנכס אינו יכול לשמור שהרי אינו נוכח ליד הנכס, וברור שהתכוון שהנפקד ישמור, ולכן חייב הנפקד לשמור.

ב. אך מנחה חדשה, מצווה נו, אות ד, מקשה על נתיבות המשפט, שמהמכילתא משמע שמדובר בשמסר לידו, ולא ייחד לו מקום להניחו שם, ומכל מקום פטור אם לא ביקש ממנו לשמור, ולא כנתיבות המשפט שכתב שהמכילתא פוטרת רק אם ייחד לו מקום. על דברי נתיבות המשפט עיין אור עזרא, קובץ א, סימן י.

ג. ר"י פרייל, בש"ת ספר המאור (פרייל), סימן סח, מעלה אפשרות שנתיבות המשפט מחייב דווקא אם עמדו בבית השומר, ולא אם עמדו בבית בעל הנכס (הוא עוסק בשומר שמסר לאמו ולא אמר לה שהנכס מופקד — ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 335).

ד. יש סיבה אחרת לחייב במקרים כאלו, כשהנכס אינו שמור: מדין שומר אבדה. ראה על כך ליד ציון הערה 263.

להערה 29

א. ש"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט, בסופו, מעיר שמה שנקט מחנה אפרים, שאמר לו "תפוס זה בידך" — הוא כדעה שבלי מעשה קניין, הנפקד פטור (ראה ליד ציון הערה 127), אבל לדעה שאינו צריך קניין, חייב גם בלי שיאמר לו "יהיה בידך".

ב. דיוגמה נוספת: ר"י בן סניור, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שצה, כותב ששוכר בית חייב בשמירת החפצים שהשאיר המשכיר בבית, מפני שהעניין מוכיח שהמשכיר רוצה שישמור עליהם. גם משפטי התורה (שפיץ), חלק א, סימן נח, כותב ששואל בית חייב בשמירת החפצים שבתוכו, מפני שיש לאמור את דעת בעל הבית, שהתיר לו להשתמש בו רק על דעת שישמור על החפצים. גם פתחי חושן, פיקדון ושאלה, פרק ב, הערה מט, מחייב את השואל בשמירת החפצים (עיין במשפטי התורה ובפתחי חושן בשאלה האם הוא צריך לעשות מעשה קניין בחפצים). על עמדת החוקר בעניין זה, ראה ליד ציון הערה 243.

להערה 31

א. על פי דברי מחנה אפרים פטר משנת ר' אליעזר שם בנידונו, שאמר בעל הנכס לנפקד: "טול כסף זה בידך", וחזר מיד. אך לכאורה לא משנה מתי חזר בפועל, אלא מתי היה אמור לחזור.

ב. מנחת פיתים, ח"מ, רצא, ב, התקשה בדברי מחנה אפרים, הרי כאן מוכח מן העניין שהתכוון שישמור, שהרי כשמוסר את הנכס לנפקד, זקוק הנכס לשמירה? התשובה לכך נעוצה בהסבר מחנה אפרים, שמדובר בנכס שהופקד אצלו לזמן קצר בלבד, ובדרך כלל גם אם לא יישמר בכלל לזמן קצר, לא יארע לו נזק.

להערה 32

א. ש"ת יש מאין, חלק ב, ח"מ, סימן ו, פוטר מי שביקש מחברו רשות להכניס את סחורתיו למחסן שלו, מפני שאין הוכחה שהוא רוצה שישמור, אלא ייתכן שרק רצה מקום להניח אותן עד שיבואו קונים. אך אין די בנימוק זה, שהלא ברור שרצה שישמור,

מילואים לסעיף 1(א)

שאלו רצה רק מקום להניח, היה יכול להניח ברשות הרבים או בשדה (ואין להניח שהיה חוק שאסור להניח סחורה בשדה, ורק בגלל זה לא רצה להשאיר בשדה). צריך לומר שהוא מתכוון לנימוק של נתיבות המשפט, שבעל הנכס התכוון שהסחורות תישמנה רק על ידי עצם הימצאותו במחסן, בלי שמירתו של בעל המחסן. וראה ליד ציוני הערות 82-90, שפוטרים בכיצד בזה משום ההנחה שהנפקד לא התכוון לשמור, אלא התכוון שהנכס יישמר על ידי עצם הימצאותו במקום מוצנע.

ב. דוגמה נוספת לפטור: פתחי חושן, פיקדון ושאליה, פרק ב, הערה מט, כותב (בלשון ספק) ששניים שהיו צריכים לעבור במכס, ואחד היה פטור מתשלום מכס, והאחר מסר לו חפץ להחזיק עד שיעברו את המכס – הוא פטור משמירה מפני שלא ביקש ממנו הלה לשמור. אך בסעיף 11, במילואים להערה 179, נראה שמהרש"ך מחייב בשמירה מי שנתבקש להבריח חפץ מהמכס (ודן רק האם חיובו מסתיים אחרי שעובר). ייתכן שדווקא שם חייב, משום שהנכס הוברח בהסתרה, בדרך עקלקלה, ואילו כאן הנכס מועבר בקלות כיוון שהמעביר פטור ממכס, ונמצא שאינו לוקח על עצמו מטלה משמעותית.

להערה 35

גם ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כא, כותב שאם הניח בעל הנכס את הנכס בפני הנפקד בשתיקה, וקיבל על עצמו בפירוש לשמור, הוא חייב כשומר, אבל אם אמר הנפקד רק "הנח לפני", פטור. גם מנחה חדשה, מצווה נו, אות ד, כותב שאם לא אמר בעל הנכס כלום, אלא הנפקד אמר: "הנכס דבר זה ואשמרנו", או: "תן לי דבר זה ואשמרנו", ונתן לו בעל הנכס, או הכניס לרשותו, הנפקד חייב בשמירה, מפני שבעל הנכס הסכים (בשתיקתו) למה שאמר הנפקד, שישמור. הוא מביא ראיה לדבריו משומר אבדה, החייב אף על פי שלא ביקש ממנו בעל הנכס שישמור, כיוון שיש מצווה עליו לשמור, ולכן רואים כאילו אמר "אשמור", שאז הוא חייב גם בלי בקשת בעל הנכס (אך במילואים להערה 27, הבאנו הסבר אחר של דברי יחזקאל לחיוב שומר אבדה למרות העדר הבקשה). נראה שטעמם הוא, ששתיקת בעל הנכס היא כהסכמה, כבקשה שישמור. ראה ליד ציון הערה 96, שאומרים "שתיקה כהודאה" אם יש לשותק תועלת מן העניין (וכאן הרי בעל הנכס נהנה מן השמירה), או אם עשה מעשה בנוסף לשתיקתו (וכאן הרי מר את הנכס לנפקד).

להערה 36

א. גם ר"ב ליפשיץ סבור שבמקרה זה הנפקד חייב. לדעתו, הצורך בבקשת בעל הנכס הוא רק כדי להבהיר שהנפקד מסכים לשמור (וכך משמע קצת גם מנתיבות המשפט, רצא, ס"ק ב, שכתב "דאז אין מוכח מעניינו שהבעלים [=בעל הבית, שהוא הנפקד] יקבלו שמירה"), ואינה נחוצה כשהדבר ברור בלי זה. אך, כאמור, קשה עליהם מהמכילתא. את הנימוק של "זכין לאדם שלא בפניו" יש לדחות, שהלא אין אדם יכול להתחייב לחברו או להקנות לחברו דבר מכות "זכין" בדבור בלבד, אלא צריך קניין או הנאה כלשהי, כגון דין ערב או חיוב מזיק, כפי שהסברנו בפנים שרק מכות זה חל חיוב שומר. ואולי ר' יצחק מדבר באופן שעשה קניין, ואז חייב מדין "זכין", ואם כן אין זה חיוב רגיל של שומר, ואין מדבריו ראיה לדיונו, שאנו דנים על חיוב רגיל של שומר. שיטה זו תיתכן גם לפי ההבנה שחיוב שומר הוא גזרת הכתוב, בלי טעם (ראה ליד ציון הערה 13), ונפרש שהמכילתא בעצם באה ללמד שצריך הסכמת השומר (שאין עליה דרשה אחרת). וראה סעיף 7, ליד ציון הערה 386, מה מסיק מכאן ר' יצחק לעניין חיוב שומר משנה. ב. שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ב, כותב שהאומר "הנח לפני" חייב רק אם בעל הנכס ביקש ממנו לשמור משום שרק אז ברור שהשומר התכוון לשמור. משמע שלדעתו אם אמר השומר "אשמור" וכדומה, הוא חייב גם אם בעל הנכס לא ביקש ממנו לשמור. ג. עמדת ביניים: שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קטו, כותב שהמבקש רשות מאדם להכניס נכס שלו לחצרו, ואמר בעל החצר: "הנח אותו ואני אשמרנו", חייב רק בנוק שיבוא ממנו ולא בנוק שיבוא מגורם חיצוני, מאחר שלא ביקש ממנו לשמור (ראה בשמו במילואים להערה 82). הרי פשרה מיוחדת, למקרה שהייתה קבלת שמירה ולא בקשת שמירה. ד. האמת היא ששאלה זו אינה כל כך מעשית, שהרי יש לה נפקות רק אם בעל הנכס אינו ליד הנכס (שהרי אם הוא לידו, שתיקתו תתפרש כבקשה לשמור, כאמור בפנים); ואם הנכס אינו בביתו אלא הוא במקום לא שמור, השומר חייב בלאו הכי כשומר אבדה; ואם הנכס בבית בעליו (או במקום שמור אחר), כשהשומר נוטל אותו בלי רשות בעליו, הוא מתחייב באחריות כשואל שלא מדעת, ולפתח שומר אבדה, כיוון שהוא מוציא את הנכס ממצב שהיה שמור. הנפקות תהיה רק למצב שהנכס היה במקום שמור, והשומר לא הזיז אותו ממקומו (ולכן אינו שומר אבדה, כיוון שלא הפך את הנכס לאבדה), ומקבל על עצמו לשמור אותו שם (ומאחר שאינו מזיז אותו ממקומו, תתעורר המחלוקת בפסקה (ה), האם נפקד שלא ביצע קניין בנכס, חייב).

להערה 38

אך באור זרוע מובאת מחלוקת בשאלה כלפי מי מתחייב השומר? אור זרוע עצמו אומר שהוא אחראי כשומר כלפי בעל הנכס משום שהשליח ביקש ממנו לשמור עבור בעל הנכס; ואילו ר' שמחה (המובא שם) סבור שהוא יכול לומר שקיבל על עצמו אחריות שמירה רק כלפי השליח שהביא לו את הנכס, משום שבעל הנכס לא ביקש בעצמו את השמירה, אלא השליח ביקש זאת ממנו. המחלוקת מובאת בהגהות אשרי, גיטין, פרק א, סימן יט; בשו"ת ושב הכהן, סימן יו; ובפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק טו. וראה סעיף 7, במילואים להערה 380 ולהערה 393, לעניין אחריות שומר משנה כלפי בעל הנכס, באותו מקרה.

להערה 41

כמו כן, מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ה, מחייב בשמירה בעל מחסן שבני אדם מכניסים בו נכסים לשמירה בשכר, אף על פי שהמפקדים אינם מזכירים לנפקד לשון שמירה, כלומר שאינם מבקשים ממנו במפורש לשמור. בעיקר הוא בא לומר שם שמאחר שקיבל שכר, חייב אף על פי שלא קיבל על עצמו הנפקד במפורש לשמור (ראה הערה 84), אך הוכחה היא מן העובדה שבמקומות אחרים נאמר שפלוני שומר שכר מחמת ההנאה שהוא מקבל, אף על פי ששם לא קיבל על עצמו לשמור, והוכחה זו טובה גם לענייננו, שהרי במקומות ההם גם לא ביקש בעל הנכס מן הנפקד לשמור. על מתן שכר בלי בקשת שמירה, עיין תולדות חנוך, פרשת משפטים, דף מב ע"ד.

להערה 45

א. מקור הדין: מחנה אפרים, שם, לומד דין זה מהמכילתא האומרת שיש צורך שיסלק בעל הנכס את הנכס מרשותו לרשות הנפקד.

מילואים לסעיף 1(א)

דבר אברהם, חלק א, סימן מ, אות ג, מסביר שמחנה אפרים הבין שהמכילתא על שמות כב, יג, האומרת: "וכי ישאל איש מעם רעהו" – מגיד שאינו חייב עד שיוציאו חרץ מרשותו", באה ללמד שהנפקד פטור עד שיסתלק בעל הנכס מהשמירה. גם תורה שלמה, שמות, כב, אות רפא, מביא שרבונו מיוחס, שמות כב, יג, לומד מ"מעם רעהו" שבעל הנכס צריך להוציא את הנכס מרשותו. אך דבר אברהם כותב שאפשר לפרש את המכילתא בדרך אחרת, שהיא באה להצריך מעשה קניין (ראה בשמו במילואים להערה 135). שו"ת רוח יעקב, סימן יג, מסביר שמה שאומרת המכילתא, שמות כב, ו: "עד שיפקידו אצלו", בא למעט מקרה שאמר לו בעל הנכס לשמור נכס פלוני שבמקום פלוני, שפטור מפני שבעל הנכס הסתלק משמירתו מכבר, ולא הסתלק על סמך הנפקד (ראה במילואים להערה 51).

ב. דוגמאות להפטר בשל אי הסתלקות בעל הנכס: שו"ת חמדת שלמה (ורשה), אהע"ז, סימן נא, אות י, כותב שאם מסר בעל הנכס את הנכס לנפקד, ובעוד מקצת הנכס ביד בעל הנכס, השליך הנפקד את הנכס, הוא פטור משמירה, מפני שעוד לא הסתלק בעל הנכס. בסימן מח (ד"ה הנה ראייה), פטר באותו מקרה בנימוק שלא עשה קניין.

ג. מנחת צבי, חלק ב, סימן ז, אותיות ב"ג, כותב שפועל שעובד בבית מעבדו, ובעל הנכס נמצא שם, הפועל פטור משמירה על חפצי הבית שאינם קשורים למלאכתו, מפני שלא הסתלק בעל הנכס; אך במפעל גדול, שיש בו משרדים שונים, ולבעל המפעל יש משרד משלו, הפועל שומר חיים על החפצים שבמשרדו; וגם עובד באולם במפעל, שבעל המפעל מגיע למקום מסוים בו רק לעיתים רחוקות, הפועל חייב בשמירת החפצים שבסביבתו, וגם אם יש שם מנהל עבודה, תפקידו רק לפקח על עבודתו של הפועל ולא לשמור על החפצים, והשמירה מוטלת על הפועל. ועיין לחקרי הלכות, סימן קמא, שגם אם הסתלק בעל הנכס, אם הנכס עדיין ברשותו, השומר פטור.

ד. ראה ליד ציוני הערות 181 ו-183 דוגמה נוספת להפטר מחמת אי הסתלקות בעל הנכס: אם היה הנכס ברשות אדם שלישי לפני בקשת השמירה; אבל אם על ידי בקשת השמירה השתנה מעמד הנכס בידי האדם השלישי, זה נחשב הסתלקות בעל הנכס, המחייבת את השומר. על הצורך בהסתלקות בעל הנכס עיין חמדה גנוזה – זכר מרדכי, רצא, ס"ק ח.

ה. בסעיף 13, במילואים להערה 90, נביא ששואל ומשיב מסביר ששומר הקדש פטור, מפני שלא יצא הנכס מרשות בעל הנכס לרשות השומר, כבבכס רגיל, שהרי "בי גזא דרחמנא איתיה". אפשר שכוונתו לצורך בהסתלקות בעל הנכס; אך אפשר שהוא מתכוון לצורך בקניין (לפי דעה אחת, ליד ציון הערה 127), שבא להוציא את הנכס מרשות בעל הנכס לרשות השומר.

ו. עשה הנפקד קניין, ולא הסתלק בעל הנכס: המקורות שצוינו בהערה (פרט לבי"ח) מתייחסים לדעה (ליד ציון הערה 135) שהנפקד חייב בלי מעשה קניין, ובאים לומר, שכבר משעת הסתלקות בעל הנכס, הנפקד חייב; והיה אפשר לומר שאם עשה קניין, חייב גם בלי שבעל הנכס הסתלק. אך אמרי בינה, קונטרס בדיני קניינים, סימן יב (ד"ה וראיתו), כותב שגם לדעה שצריך קניין, וגם אם עשה קניין, צריך גם שיסתלק בעל הנכס. על פי זה הוא פטור משמירה שוכר נכס ששילם דמי שכירות, ונשאר הנכס ברשות המשכיר (והוא חולק על ספר המקנה, קידושין כו ע"א, שמחייב את השוכר בשמירה), אף על פי שתשלום השכר הוא קניין כמו משיכה (ראה ליד ציון הערה 137), ואף על פי שהוא ראשי ליטול את הנכס כל זמן שירצה (על מקרה זה עיין דבר אברהם, חלק א, סימן מא, אות ג). והוא מסביר, שמן הסתם אדם אינו רוצה להתחייב בשמירה כל עוד הנכס אינו ברשותו, גם אם עשה מעשה קניין, והרי התורה חייבה שומר לפי מה שדעתו להתחייב (תוספות, כתובות נו ע"ב, ד"ה הרי). הוא מסביר בכך את דברי ספר המקנה, קונטרס אחרון, אהע"ז, כח, ג, שכתב שמלווה אינו נעשה שומר על משכון לפני שהוא בא לידו, אף על פי שקנה את המשכון על ידי מתן ההלוואה: הטעם הוא שבעל המשכון (חלווה) טרם הסתלק משמירתו.

ז. דבר אברהם, שם, סימן מ, אות ג, מעלה אפשרות שהב"ח, שם, שפטר אומן בבית בעל הנכס בנימוק שבעל הנכס לא הסתלק משמירה (ראה הערה 226). אומר כן דווקא אם לא עשה קניין, שחייבו הוא מטעם הסתלקות בעל הנכס (לדעה שליד ציון הערה 135), ואם לא הסתלק אין מה שיחייב אותו, אבל אם עשה קניין חייב גם בלי הסתלקות בעל הנכס. אבל הוא כותב שזה דחוק, שהרי התחלת מלאכת האומן היא קניין.

ח. דבר אברהם, שם, מציינ ששו"ת באר יצחק, חו"מ, סימן ו, מסתפק באומן שהתחייב בקניין טורד לעשות את אומנותו אבל הנכס ביד בעליו, האם האומן מתחייב בשמירה מיד, או שמא הוא פטור מפני שעוד לא הסתלק בעל הנכס (ולא מצאנוהו שם).

ט. אולם אבן האזל, הלכות שאילה, א, ד, כתב בדעת תוספות, ב"ק עט ע"א (ד"ה תיקון) וב"מ צט ע"א (ד"ה כך), שאם עשה השומר קניין, הוא חייב גם אם עדיין לא הסתלק בעל הנכס משמירתו, כגון שעדיין הוא נמצא ליד הנכס (ראה בשמו במילואים להערה 127). כך כתב גם ידי אליהו, תיקון קנט, בדעת הרא"ש, וכך כתבו גם דברי נפתלי, רצג, א, וגידולי שמואל, ב"מ פ ע"ב (ד"ה אמנם). גם עונג יום טוב, סימן כג, כותב שגם לדעה (ליד ציון הערה 135) שאין צורך במעשה קניין, קניין מועיל לעניין שיתחייב גם אם בעל הנכס לא הסתלק. כמו כן, ר' ברוך מארץ יוון, ב"ק עט ע"א, כותב שעל ידי המשיכה מתחייב הנפקד באחריות, ואין צורך שיצא הנכס מעין הבעלים. משמע – אפילו לא הסתלק בעל הנכס. כמו כן, המגיה בשו"ת עמק הלכה (ברימל), חלק א, סימן ל, הערה 3, כותב שבנידונו לא הסתלק בעל הנכס, ובכל זאת אם משך הנפקד, הוא חייב. נידונו הוא בשוחט שקיבל על עצמו לשחוט בהמה של משהו, שנעשה שומר רק לעניין שלא תנבל, ולעניין שאר דברים אחראי בעל הבהמה, ולכן נחשב שלא הסתלק, כמו כן, ר"י יגל, שם עולם, עמ' 475, ובספרו נתיבות יהושע, ב"מ, סימן ל, כותב שאם משך חייב גם אם בעל הנכס לא הסתלק, מפני שבמשיכה עצמה מסולק בעל הנכס משמירה (ראה בשמו במילואים להערה 128, שמשמעות המשיכה היא הסתלקות בעל הנכס). שיטה זו מובנת לאור מה שהסברנו בפסקה 2, שחייב שומר מדין ערב או מדין מויק מבוסס על הסתלקות בעל הנכס משמירתו בהסתמכו על השומר, אבל אם עשה מעשה קניין, אפשר להסביר (כדברי מחנה אפרים, במילואים להערה 21) שהקניין מחייב את השומר ככל התחייבות שחלה על ידי קניין. בשאלה זו עיין רא"י ברזל, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שמה-שמו.

י. שומר שכר, כשלא הסתלק בעל הנכס: אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פב, כותב שאם לא הסתלק בעל הנכס, השומר פטור גם אם הקדים לו בעל הנכס שכר שמירה, משום שהתורה חייבה שומר רק אם הסתלק בעל הנכס, ומצד עצמו לא קיבל על עצמו במפורש לשלם אם ייגנב הנכס או יאבד, וקיבל על עצמו רק לשמור בפועל.

יא. אולם חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סב (צח ע"א), כותב שאם שכרו לשמור, גם אם הוא שומר בבית בעל הנכס, זה נחשב

מילואים לסעיף 1(א)

ההסתלק בעל הנכס משמירתו, והשומר חייב, אבל אומן בבית בעל הנכס פטור מפני שלא הסתלק בעל הנכס (להלן הערה 226, וסעיף 1(ג), הערה 147). נראה שהוא מתכוון לומר שההבדל ביניהם הוא שאומן אינו מקבל שכר מפורש על השמירה.

יב. בהתחייבות מפורשת: אמרי בינה, קונטרס בדיני קניינים, סימן יב, מעלה אפשרות שאם קיבל על עצמו שמירה במפורש, חייב אף לפני הסתלקות בעל הנכס, אם עשה קניין, כגון תשלום כסף (דמי שכירות, במקרה דלעיל). וראה סעיף 14, פרק ד, על קבלת שמירה במפורש כשפטור מן הדין. כמו כן, נתיבות המשפט, נח, ס"ק ד, כותב שאדם יכול לחייב את עצמו "בחיוב המועיל" על אחריות החפץ של שמעון שנמצא ברשות שמעון אף על פי שלא הסתלק שמעון. נראה שהוא מתכוון למי שעשה קניין סודר על חיוב זה. כמו כן, רו"ג גולדברג סבור שאי הסתלקות בעל הנכס פוטרת רק אם לא קיבל על עצמו במפורש לשמור, אבל אם קיבל על עצמו במפורש, חייב גם אם לא הסתלק בעל הנכס. לדוגמה, בשני המקרים ליד ציוני הערות 48 ו-49, אם אמר המחמר שהוא ישמור את הכלים ששם השוכר על החמור, המחמר חייב בשמירה אף על פי שבעל הכלים נמצא שם; וכן, אם העוסק קיבל על עצמו שמירה במפורש, הוא חייב בשמירה אף על פי שבעל הנכס שם; ואף על פי שבכל עסקא כותבים בשטר שחציו פיקדון, אין הכוונה לעניין קבלת שמירה, אלא הכוונה היא שהרווח וההפסד לנותן.

יג. אם השתמש בנכס: נתיבות המשפט, שם, ס"ק ח, כותב ששואל שהשתמש בנכס חייב בשמירה גם אם עדיין לא הסתלק בעל הנכס. כך יש להבין גם את שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שפח, העוסק בראובן שמוכר את סחורת שמעון על בהמתו, והוא מכנה את שמעון שואל על בהמת ראובן, אף על פי שראובן לא הסתלק מהשמירה; ואחר כך הוא מכנה אותו שוכר (עיין שם בנידון). עיקרון דומה ראה ליד ציון הערה 177, ששימוש מחייב גם בלי שעשה קניין.

יד. כמו כן, בסעיף 1(ג), ליד ציון הערה 186, נראה שסוכן מכירה המורד את הנכס הנמכר עבור קונה בכלי מידה של המוכר, חייב מדין שומר; זאת אף על פי שבעל הנכס היה לידו, ולא הסתלק. הדבר מובן, אם נאמר ששימוש מחייב גם בלי הסתלקות בעל הנכס.

טו. אך אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פב, כותב לגבי המקרה (ליד ציון הערה 181) של שמעון שהשתמש במשכון של ראובן שהיה אצל המלווה, לוי, כדי ללוות עליו, שאף על פי ששימוש מחייב במקום קניין (כאמור), שמעון פטור כיוון שלא הסתלק ראובן בעל הנכס משמירתו על סמך שמירת שמעון, שהרי עוד לפני כן היה הנכס ביד המלווה ולא בשמירתו של ראובן (ראה בשמו במילואים להערה 183). אך יש להעיר שנתחייבות המשפט מסביר את ההפטר באופן אחר, כפי שנראה שם, ולפי יוצא שאף על פי שלא הסתלק בעל הנכס על סמך הנפקד, השימוש מחייב את הנפקד.

טז. שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קעז, עוסק בראובן ששכר סוס משמעון, ושכר גם את אביו של שמעון לבוא עמו להראות לו את הדרך, ושמעון נתן לו הנחה על שכירות הסוס מפני שאביו הולך עמו וישיגה על הסוס, ובחזרתו נעשה הסוס פיסח קצת, ואמר לו אביו של שמעון שיוכל לרכוב על הסוס וזה לא יזיק לו, ואחר כך חלה הסוס מאד (ראה על מקרה זה בסעיף 4, ליד ציון הערה 147, בשם שו"ת הרא"ש, כלל צב, סימן ג). הוא פוסק, שמאחר שמראש אמר בעל הנכס שהוא סומך על אביו שישגיח, ואביו אמר לו שיוכל לרכוב, ואמר זאת מפני שלא רצה שהסוס יישאר בדרך ובנו יפסיד הוצאות – השוכר פטור, וזאת אף על פי שהשתמש בנכס (והרי האב אינו נחשב שליח של המשכיר, כפי שהוא מוכיח שם, ונפקא מינה לעניין "בעליו עמו"). אין ייתכן ששם זה מקרה מיוחד, כיוון שבעל הנכס אמר בפירוש שהוא סומך על אביו שישגיח. וראה הערה 50.

להערה 48

אך שו"ת שאלת שלום (טויבש), חלק ב, סימן קצג, עוסק במי ששכר בעל עגלה להביא לו סחורה למקום אחד, ונסע עם בעל העגלה לשמור את סחורתו, ונגנב מהסחורה בדרך, ופוסק שאין לפטרו מטעם "בעליו עמו". והוא אינו פוטר מצד שבעל הנכס לא הסתלק. ראה גם במילואים להערה 80 בשם דברי שמואל. על מוביל נכס, שבעל הנכס נשאר עמו, עיין גם שו"ת מגן שאול (קצלבוגן), סימן קלט (עמ' רי).

להערה 51

א. דעה חולקת: ר"ב ליפשיץ טען שיש לחייב כאן, מפני שההסתלקות נחוצה כיוון שאין צורך בשמירת השומר אם הנכס שמור כבר על ידי בעל הנכס, וכאן שאין שומר אחר, אין סיבה לפטור. יש להשיב על כך, שכבר הסברנו שההסתלקות נחוצה לצעם יצירת החיוב, מדין ערב, והרי מי שמוציא כסף מרשותו, ואחרי זמן מסוים מבקש ממנו משהו להוציאו מרשותו, אינו מתחייב מדין ערב (וזה טעם הפטר ערב אחר מתן מעות – ראה חוק לישראל, ערבות, סעיף 3, פרק ד, 1); וכך גם להסבר שמטעם מזיק.

ב. סיבה נוספת לפטור: זכר יצחק, סימן סג, כותב שאם הנכס נמצא ביד גולן, ובעל הנכס הסכים שישאר הנכס ברשות הגולן ושיהפוך לשומר, אינו מתחייב כשומר, מפני ששומר צריך לעשות קניין כדי להתחייב (לדעה שליד ציון הערה 127), ולכן צריך שההכנסה לרשות השומר תהיה בתורת שמירה, מפני שהעיקר הוא ההכנסה. אך רח"א מילר העיר, שלפי נימוקו של זכר יצחק, אם יוציא את הנכס מרשותו וימשוך אותו חזרה, זה מעשה קניין לחייבו כשומר; ואילו לפי סברת כסף הקדשים, שלא הסתלק בעל הנכס בהסתמך עליו, גם כאן פטור; ולפי האומרים (במילואים להערה 45) שאם עשה מעשה קניין, חייב גם אם לא הסתלק בעל הנכס, אין לפטור כאן גם מצד סברת כסף הקדשים. במילואים להערה 80 נראה נפקות נוספת בין שני הנימוקים.

ג. נראה שבמקרה שבפנים, אם בעל הנכס דורש מן הנפקד או שישכים לשמור או שיחזיר לו את הנכס, אם אינו מחזיר את הנכס, הוא חייב בשמירה, כמו שנפסק לגבי יורשים (ראה הערה 115). טעם הדבר הוא, שבעל הנכס מותר על ההחזרה על סמך הסכמת השומר (הסכמה שמכללא), ויותר זה שקול להסתלקותו משמירתו הנכס.

ד. בפשטות, אם הנכס נמצא במקום שאינו שמור, והשומר קיבל על עצמו שמירה, אינו חייב, מפני שבעל הנכס לא הסתלק, שהלא בלאו הכי לא היה הנכס שמור על ידו. אך רח"א מילר סבור שזו נחשבת הסתלקות, משום שהוא כאילו אמר לשומר: "במקום שאחריות השמירה תהיה עלי, היא תהיה עליך" (ראה בשמו בסעיף 1(ד), במילואים להערה 20). ולפי דבריו, גם במקרה שבפנים, חייב, מפני שעד עכשו אחריות השמירה הייתה מוטלת על בעל הנכס אף על פי שלא שמר בפועל. אך דבריו קשים, מפני שהסברנו שהסתלקות בעל הנכס נחוצה כדי ליצור חיוב מדין ערב, שקיים רק אם בעל הנכס עשה ויתור, והרי אם הנכס מצוי במקום הפקר, לא עשה בעל הנכס ויתור. וראה במילואים להערה 45, אות א, בשם רוח יעקב, על מקרה זה, וראה אות ד שם.

א. כל הדינים בתחום זה נקוטים במקורות בשואל, אך יש להניח שהדין שווה בשאר השומרים. למעשה, בדרך כלל אין נפקות בכך לגבי שאר השומרים, שכן אם יקרה נזק לנכס בהיותו ביד השליח, אין לראותו כפשיעה או כגנבה ואבדה מצד השומר, שהרי הנכס אינו בשליטת השומר (בדרך כלל), ואין לחייבו כשומר שמסר לשומר, שכן הוא כאילו מסר לו ברשות מפורשת של בעל הנכס (ראה סעיף 7, פרק ב, 2); ואפשר לחייב בכך רק שואל, שחייב באונס. על דינים אלו עיין אור עזרא, קובץ ב, עמ' קכ"ב קכ"ד.

ב. הסברנו בפנים את הדינים הללו על פי היסוד של הסתלקות בעל הנכס, כדי להסביר אותם לפי הדעה ששומר חייב גם בלי לעשות מעשה קניין (ליד ציון הערה 135). לפי הדעה שצריך קניין (ליד ציון הערה 127), ההסבר פשוט: אם שלח את הנכס על ידי שליח של השומר, משיכת השליח מחייבת את השומר; ואילו אם שלח אותו על ידי מי שאינו שלוחו, השומר פטור משום שלא היה מעשה קניין. כך הסבירו ריא"ז בקונטרס הראיתי, ב"מ, פרק ו, ראה ג, ידי אליהו, תיקון קנט, ופני מבין, שמ, ז, שמשיכת השליח מחייבת את השומר — משלחו. וכך כתב אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות שאילה, א, ד, שלפי תוספות, ב"ק עט ע"א (ד"ה תיקון), כשאמר לו השומר: "שלח עם פלוני", חייב גם בלי הטעם שהסתלק בעל הנכס משמירתו, שהרי בב"מ צח ע"ב מחייבים גם אם אמר השומר לבעל הנכס לשלחו עם בנו (של בעל הנכס), אף על פי שיש להניח שבנו שומר עבד אביו, ואם כן אביו לא הסתלק (ראה הערה 50); אלא הטעם לחיובו הוא משום שהבן נעשה שלוחו של השומר לעשות בעבורו קניין משיכה (לשיטתו במילואים להערה 45, שלפי התוספות משיכה מחייבת גם אם לא הסתלק בעל הנכס). ים של שלמה, ב"ק, פרק ט, סימן לט, הסביר שאם שלח על ידי אדם שלא התמנה לשליח, הנפקד פטור מפני שלא קיבל על עצמו שמירה עד שיבוא הנכס לידו. אפשר להסביר את דבריו לאור העיקרון שנביא ליד ציון הערה 105, שאם הנכס במצב שאין הנפקד יכול לשלוט עליו, מניחים שלא התכוון לקבל על עצמו שמירה.

ג. ההסבר שכתבנו בפנים מתאים להסברו של חידושי הר"ן, ב"מ צח ע"ב (הובא במנחת עני, שטרק, רצא, ד"ה המחנה), שאם אמר השומר: "שלח על ידי פלוני", הוא חייב מדין ערב, מכיוון שביקש מבעל הנכס להוציא מרשותו דבר בעל ערך, והלה עשה כך לבקשתו (כך כתב גם נימוקי יוסף, ב"מ נו ע"ב, בדפי הר"ף, בהסברו השני, שהובא בשו"ת אבן שתייה, סימן פא), והרי הסברנו בפנים לעיל שהסתלקות בעל הנכס יוצרת חיוב מדין ערב. אולם הראב"ד (בשיטה מקובצת, ב"מ צח ע"ב, בחידושי הר"טב"א הישנים, ב"מ שם, ובצורר הכסף שם, והובא בחידושי ר"ע איגור, חו"מ, שמ, ה) הסביר שהשומר חייב מפני שפלוני זה נחשב שלוחו, ואף על פי שהשומר לא דיבר עמו, מדובר בשומר בעל הנכס לשליח: "זכה בנכס עבור השומר", ומאחר שהשליח זכה בו עבור השומר, נעשה שליח של השומר, וידו כידו; ואף על פי שאין זה לטובת השומר להתחייב באחריות, מכל מקום חבים לאדם שלא בפניו אם גילה את דעתו שהוא רוצה בזה. בהסבר שני אומר הראב"ד, שמדובר בשומר לו בעל הנכס: "השומר אמר לי לשלוח עמך", ובה הוא מתמנה על ידי בעל הנכס להיות שלוחו של השומר. נימוקי יוסף, ב"מ נו ע"ב (בדפי הר"ף), מסביר (בהסברו הראשון), כהסבר השני בראב"ד (אך הוא נקט גם שזכה בו עבור השומר, וגם שנעשה שלוחו על ידי בעל הנכס). נתיבות המשפט, שמ, ס"ק יא, מביא את ההסבר השני של הראב"ד, שלא בתור אוקימתא, שמדובר בשומר לו בעל הנכס: "השומר אמר לי לשלוח עמך", אלא שבסתם רואים כאילו אמר לו בעל הנכס כך. הרמ"ך, בשיטה מקובצת, שם, הסביר בדרך אחרת: מאחר שיצא הנכס מרשות בעל הנכס, הרי זה כאילו בא ליד השומר. נתיבות המשפט, שם, מוצא שתי נפקויות בין הר"ן לראב"ד: א) אם ירצה בעל הנכס לחזור בו ולקחת את הנכס חזרה מן השליח, לראב"ד לא יוכל לחזור בו מפני שהשליח כבר זכה בו עבור השומר (היינו בשומר מהסוג שבעל הנכס אינו יכול לחזור בו עד מועד מסוים, כגון שואל ושוכר — ראה סעיף 11, פרק ז), ולר"ן יוכל לחזור בו; ב) אם השליח אינו בר שליחות, לראב"ד לא נתייבב השומר שהרי זה כאילו אין שליח, ולר"ן נתייבב. לנפקויות בין הנימוקים, עיין גידולי שמואל, ב"מ פ ע"ב (ד"ה תנן וד"ה תו נ"מ).

ד. ביאר הנימוק שחייב מדין ערב: נתיבות המשפט, שם, מעיר (והובא באמרי בינה, דיני טוען ונטען, סימן יד) שהנימוק שהוא חייב מדין ערב, אין לו מקום כפשוטו אם בדרך אירע לנכס נזק שהיה קורה גם בהיותו בבית בעליו, כגון בהמה שמתה מיתה טבעית (לענין חיוב שואל, החייב באונס), שכן בעל הנכס למעשה לא הוציא או דבר (=לא גרם לעצמו הפסד) במילוי בקשת השומר. לכן הוא מסביר, שכאן הנימוק יהיה שמאחר שבעל הנכס מסתלק מן השמירה לבקשת השומר, ומסתכן באבדן הנכס עקב כך, השומר מתחייב בשמירה לענין מקרה של אבדה, מדין ערב; ואף שזה מחייב רק שמירה בדרגת שומר חנינם, בכל זאת אם ביקש את הנכס בהשאלה, ישא גם באחריות של שואל, מפני שרואים כאילו התנה להתחייב כשואל, ושומר חנינם יכול לקבל על עצמו להתחייב כשואל, כפי שנראה בסעיף 14, פרק ב (וראה בעניין זה בחוק לישראל, ערבות, סעיף 2, פרק ד, 2; ולהלן הערה 146). שושנת יעקב, שמ, ז (ט"ק א), מעיר שסברת נתיבות המשפט לא תיחכן לפי הסברם השני של תוספות, ב"מ נח ע"א (ד"ה אמר), שמועילה התנאת שומר חנינם להיות כשואל מתוך הנאתו מזה שחושבים שהשאל לו, שכן לפי זה במקום ששואל פטור, לא מועילה התנאה לחייב בהשאלה, ישא גם באחריות של שואל, מפני שרואים כאילו התנה להתחייב כשואל, ושומר חנינם יכול לקבל על עצמו להתחייב כשואל, כפי שנראה בסעיף 14, הערה 57, והערה 70), והרי כאן אף שואל פטור, שכן חיוב מדין ערב אינו יכול לחייב באונס מהסוג שהזכרנו. ר"מ הירשור, בהערותיו לתוספות הרא"ש, ב"מ צט ע"א, הערה פב, כותב שלפי ההסבר שזה מדין ערב, לא נעשה עדיין שומר גמור (אך ראה ליד ציון הערה 20, שמחנה אפרים מבסס כל חיוב שומר על דין ערב), אלא רק חל עליו חיוב ההחזיר את הנכס ולשלם על נזקו, וכשיגיע לידו יהיה שומר גמור. הוא מעיר שהסבר נתיבות המשפט לחיוב אונס אינו טוב לדעה (ליד ציון הערה 127) ששומר חנינם חייב רק אם עשה קניין (כלומר, גם אם יכול לחול חיוב מדין ערב בלי עשיית קניין, זה אינו דין שומר, ולא חל בזה הדין שיכול להתנות להיות כשואל — כך נראית כוונתו). הוא מוסיף, שאין לפרש שחייב כאן מטעם שומר אבדה, מפני שגם חיוב זה חל רק כשהנכס נכנס לרשותו.

ה. יש קושי בהסבר שחייב מדין ערב, שהלא אין חיוב מדין ערב אם הנותן יכול ליטול חזרה את מה שנתן (ראה במילואים להערה 146), וכאן בעל הנכס יכול ליטול חזרה מן האדם שמסר לו. חידושי הר"ן, ב"מ צט ע"א (הובא באמרי בינה, דיני טוען ונטען, סימן יד), תירץ שמכל מקום מאחר שמישהו הולך עם הנכס, יש לשומר סמיכות דעת להתחייב, מפני שאותו אדם שומר עליו. שו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ז, תירץ שמאחר שהנכס מגיע למקום משתמר, יש חיוב מדין ערב (ראה בשמו במילואים להערה 59). ר"מ הירשור, שם, תירץ, שמאחר שנתן את הנכס לאדם אחר, תפס אותו הלה בשביל השומר, והנכס יצא מרשות בעל הנכס, וחל דין ערב.

מילואים לסעיף 1(א)

ו. נתיבות המשפט, קכב, ס"ק ג, כותב שלפי ההסבר ששומר האומר: "שלה לי על ידי פלוני" חייב מטעם ערבותו, הוא חייב גם אם מת (השומר) או ביטל את השליחות בלי ידיעת בעל הנכס (ראה בשמו בסעיף 11, הערה 77, לגבי המקרה המקביל בהחזרת הנכס).
ז. ביאור הנימוק שחייב מטעם שליח: חידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ צח ע"ב, מבאר את סברת האב"ד, שהשליח זכה לשומר מטעם "זכין לאדם שלא בפניו", שאף על פי שזה לרעתו, שמתחייב באחריות ובמונחות (בבהמה), מכל מקום עיקרו זכות, שיוכל להשתמש בנכס, ובמיוחד כאן שגילה את דעתו למשאל שהוא רוצה בכך (ולפי זה, שומר שאין לו רשות שימוש לא יחייב על ידי הבאת השליח). אבל הוא מעיר שהסבר זה אינו מתיישב לרב הוגא (ב"מ צט ע"א), שסובר שגם אם השואל עצמו משך, יכול המשאל להזדרז בו לעניין רשות השימוש, ואם כן זה אינו זכות לו, אלא רק לרעתו. גם רז"ג גולדברג הסביר, שמדובר בשואל, שנהנה מזכות השימוש, ולכן גם האחריות היא זכות לו, שכן אם לא יקבל על עצמו אחריות לא יסכים בעל הנכס להשאילו לו. אך נראה יותר שהראב"ד מתכוון לומר (כפי שהבאנו לעיל), שאף על פי שזה לחובתו, הרי גילה דעתו שנוח לו בחובה זו. וראה בשמו במילואים להערה 58.

ח. רז"ג גולדברג התקשה, מדוע לא פירשו הראשונים בפשטות, שהשומר עושה אותו שליח שלא בפניו, כפי שאומר הרמב"ן, המוכח בר"ן על הר"ף, גיטין לג ע"א (בדפי הר"ף), שאפשר למנות שליח שלא בפניו.

ט. חידושי תלמידי הרשב"א, ב"מ שם, ביאר, שגם אם פלוני זה הוא בדרך כלל שליח של בעל הנכס, השומר (המיועד) חייב אם אמר לו לשלוח עמו (שכך מוכח מן התלמוד — עיין שם), מפני שהוא כאילו אומר לו: "תן את הנכס לשליח שלך, שיביאנו לי בשליחותו".

י. עוד דוגמה לחיוב שומר (מדין ערב או מדין שליח) גם בלי שהגיע הנכס לרשותו, משום שביקש מבעל הנכס לקטרו לאדם אחר: שו"ת שערי רחמים, חו"מ, סימן לג, כותב שאם אמר ראובן לשמעון: "תן נכס פלוני ללוי כמשכון, ויהיה אצלו, והוא יתן לך את ההלוואה", ונתן לוי את ההלוואה לשמעון מכספו של ראובן, ראובן אחראי כשומר על המשכון, מפני שמה שמסרו שמעון ללוי היה בשליחותו של ראובן ובציוויו, ולוי הוא שלוחו של ראובן, ולכן ראובן חייב בשמירה. הוא מבאר שאף על פי ששו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קמו (הובא בערך לחם, חו"מ, עב, ג, ובשו"ת כהנות עולם, סימן פה, דף פח ע"א, וראה על דבריו בסעיף 7, במילואים להערה 95), כותב שאם לא הסכים הלווה שיעג המשכון ליד המלווה, והסכים רק שישאר ביד שלישי, שליח של המלווה, אין המלווה קונה אותו לחיוב אונס או גנבה ואבדה, אפילו משכנו שלא בשעת הלוואתו, מפני שמלווה קונה משכון מדר' יצחק (ב"מ פב ע"א) רק אם הוא ברשותו או ברשות שלוחו כשהלווה מסכים שהמשכון יגיע ליד המלווה — אין ללמוד מדבריו לענייננו, מפני ששם מדובר בהלווה הוא שהקפיד שלא לתת את המשכון ביד המלווה, מפני שלא האמין לו, ולכן אין על המלווה השומר חיוב שמירה, מה שאינו כן כאן. יצוין שדברים דומים לדברי מהרש"ך יש בשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנח וסימן רנט, המסרו בלווה שלא רצה שהמלווה יחזיק את המשכון, מפני שלא האמין לו, ופוסק שאם לא הגיע המשכון ליד המלווה אלא ליד בתו, אין עליו אחריות שמירה, וגם אין בו הדין (סעיף 121), ליד ציון הערה 239), שאם אבר המשכון, איבר המלווה את חובו (וראה במילואים להערה 58, אות ב, שמהרש"ם מחייב את המלווה עוד לפני שהגיע המשכון לידיו, אך שם הגיע המשכון לפקיד של המלווה). כסף הקדשים, שם, א, עושה הבחנה בזה, לעניין ראובן שביקש משמעון, בעל הנכס, שיתן את הנכס ללוי לשמירה, ומסרו שמעון לראובן ליתנו ללוי: אם ביקש זאת ראובן שלא בשליחות לוי, אין נוצרים יחסי שמירה בין לוי לבין שמעון, אלא לוי אחראי בשמירה כלפי ראובן, וראובן אחראי כלפי שמעון (וזה למעשה מקרה של שומר שמסר לשומר ברשות מפורשת של בעל הנכס); ואם ראובן ביקש זאת בשליחות לוי, נוצרים יחסי שמירה בין לוי, השומר, לבין שמעון, בעל הנכס. במקרה של כסף הקדשים, הגיע הנכס ליד לוי, שלא כבמקרים שבפנים ושל שערי רחמים, שהנכס עוד לא הגיע ליד השומר. בכל זאת בשלושת המקרים השאלה הקובעת היא האם מי שהביא את הנכס לשומר נחשב שלוחו (ואם כן, השומר חייב עוד לפני שהגיע הנכס לידו), או שאינו נחשב שלוחו (ואם כן, השומר פטור עד שיגיע הנכס לידו, ובמקרה של כסף הקדשים, שהוא לא ביקש את הנכס מבעל הנכס, לא נעשה שומר בכלל כלפי בעל הנכס).

יא. שתיקת השומר המיועד: שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סימן ג, מעלה אפשרות שאם לקח מישהו את הנכס מבעליו לקטרו לשומר (נידונו — משכון שהשליח אמר להעביר מהלווה למלווה), והשומר ראה שלקח הלה את הנכס מבעליו, ושחק — זה מחייב אותו בשמירה (משמע — גם אם לא הגיע ליד השומר), והשליח יכול לתבעו. מסקנתו היא שנכון לפשר. הספק הוא, האם וראים את שתיקתו כהסכמה, וכאילו אמר לבעל הנכס לשלוח אליו את הנכס עם אותו אדם.

יב. מקרה אחר, שהשומר המיועד ביקש מבעל הנכס לשלוח לו, וגם בו מחייבים פוסקים אחרים את השומר אף לפני שהגיע הנכס לידו, כיוון שביקש מבעל הנכס לשלוח לו — הוא ב"פאטור" (סוכן) שביקש מבעל הנכס לשלוח לו. ר"מ גלנטי. בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ו, מביא ששו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן מז, שו"ת תורת אמת, סימן קח, ושו"ת לחם רב, סימן קפג, מחייבים פאטור בשמירה אף בטרם הגיע אליו הנכס; וששו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קנט, מחייב אף פאטור שנתבקש לבטח את הנכס ולא ביטח. ר"מ גלנטי מסביר, שהם מחייבים מדין ערב, מפני שבעל הנכס הוציא את הנכס מרשותו למקום שאין ידו משגת ליטלו חזרה, וזאת על סמך השומר, ולכן השומר חייב אף על פי שלא עשה קניין (ראה בשמו במילואים להערה 127). הוא מוסיף, שאם לא יהיה הפאטור אחראי, יזיק הרב לחיי המסחר, שהרי שום אדם לא ישלח נכסים לפאטור. הוא כותב שבנידונו של הפוסקים הנוכחים ושל, היה הפאטור חייב גם שלא בתור שומר, אלא כמוזיק בידיים: בנידון של לחם רב ותורת אמת, שלא תבע את דמי הביטוח מהמבטח (ראה סעיף 121), במילואים להערה 181); בנידון מהרש"ך, שלא ביטח את הנכס; ובנידון של ר"מ גלנטי, שהתעצל מלקחת את הנכס מהנמל.

יג. לעומתם, ר"ש לניידו, בשו"ת בית דינו של שלמה, שם, סימן ז, כותב שאין לחייב בזה מדין ערב (ראה בשמו במילואים להערה 127), והסביר במסקנתו (בדף קנו ע"א) שמהרש"ך, תורת אמת ולחם רב חייבו מפני שבנידונו קיבל על עצמו שמירת עניין, לא שמירת נכס, ולזה אין צורך במשיכה. אך הוא נמנע מלחדש הלכה על פי יסוד זה. הוא דוחה (בדף קנח ע"א) את מה שר"מ גלנטי מחייב על פי מנהג סוחרים, מפני שאי אפשר שיהיה מנהג כזה, שהרי אין זה מצוי שהפאטור פושע, ומנהג כזה היה נקבע רק אילו משהו סיפר לנו שאירע פעמים אחדות שפאטור פושע והסוחרים חייבוהו. כמו כן, הוא דוחה (בדף קנו ע"א) את מה שר"מ גלנטי מחייב מטעם מוזיק בפועל, שמאחר שאינו שומר כלל אין זה נחשב מוזיק בפועל, והוא מסיים (בדף קנח ע"ג), שבנידונו יפטור גם מי שאינו מצריך מעשה קניין (ליד ציון הערה 135), מפני שאדם אחר נטל את הנכס מן הנמל, והתברר למפרע שבעל הנכס היה מרוצה מזה שהאחר נטלו. כמו כן, פסק שו"ת יוסף של יוסף, חלק ב, סימן צב (הראשון), שמי ששלח לאחר סחורה למכור בשבילו

מילואים לסעיף 1(א)

ב"קומיסיון" (תמורת אחיזים), ולא היה בעיר כשהגיעה הסחורה, ותפסה אדם אחר מיד המובילים בטענה שבעל הסחורה חייב לו כסף – אין עליו אחריות של שומר, כיוון שלא באה הסחורה לרשותו. הוא מוסיף, שגם אם כתב לו שטר נאמנות, שהאמינו ונתחייב בכל הסחורות שישלח לו, התכוון רק שמאמינו שאחרי שתגיע לידו הסחורה, לא יכפור לומר שלא שלח, אבל אין זה מחייב אותו באחריות לסחורות כשעוד לא הגיעו לידו.

יד. מקרה נוסף שהשומר חייב גם בלי שהגיע הנכס לרשותו, משום שביקש מבעל הנכס לשלחו לו, הוא באומר לבעל בהמה: "הכישה במקל, והיא תבוא" – ראה ליד ציון הערה 142. ראה גם במילואים להערה 129, את ט, שהשומר חייב אם שלחו משך במקומו.

להערה 56

א. אפשר להסביר שכאן (ובמקרה ליד ציון הערה 57) החיוב אינו מטעם "שלוחו של אדם כמותו", וכאילו קיבלו השומר כשהגיע לידו השליח, אלא שמאחר שהנפקד אומר לשליח: "לך הבא לי מבעל הנכס", והשליח אומר לבעל הנכס לתיתו לו בשביל הנפקד, רואים כאילו הנפקד עצמו אומר לבעל הנכס: "תן לשלוחי", ומתחייב מדין ערב, כיוון שבעל הנכס הוציא מרשותו לפי בקשתו.

ב. חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צח ע"ב, כותב שמדובר בין בשאמר לו בפני עדים: "לך הבא לי את הנכס מפלוני", ובין בשעשאו שליח בעדים סתם (שיהיה שלוחו באופן כללי), ואחר כך אמר לו: "לך הבא לי את הנכס מפלוני", ואפילו לא הודיע לבעל הנכס שישלח על ידו. תוספות רבנו פרץ, ב"מ צח ע"ב, אומר בשם ר"י, שאם אמר לו בפני עדים שבעל הנכס ישלח את הנכס על ידו, הוא שליח, ומיד כשהגיע לידו השליח, נכנס לרשות השומר.

ג. דעה חולקת: פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ח, הלכה ג, אות ב, כתב שאפילו עשאו שליח בעדים ובשטר, אין השומר חייב באחריות, עד שיגיע הנכס לידו.

להערה 58

א. מאירי, ב"מ צח ע"ב, מסביר שגם אם אמר בעל הנכס למי שמוליק את הנכס: "זכה בנכס לנפקד", לא נתחייב הנפקד, מפני שחיוב באחריות הוא לרעתו, ואין חבין לאדם שלא בפניו. כך הסביר גם הראב"ד, המובא בשיטה מקובצת, ב"מ שם, ובחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ שם. כך הסביר גם חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ שם, שחיוב האחריות הוא לרעת השומר, וזאת גם לשאל, אף שהשאלה עצמה היא זכות לו. אך ר"ז גולדברג סבור שבשואל, אם בעל הנכס מוכה לו את הנכס על ידי אחר, זכה בו לעניין שאין המשאל יכול לחזור בו מן ההשאלה, מפני שזה לטובת השואל, אבל לא נתחייב השואל באחריות, מפני שזה לרעתו. הוא ציין דוגמה להפרדה מעין זו בין הויכוח לחיוב, בניטין יג ע"א (ראה בשמו במילואים להערה 55).

ב. במסירת משכון המלווה למלווה על ידי אחר, נחלקו הפוסקים: שו"ת דברי ריבות, סימן ריח, כותב שאם נתן הלווה משכון לפקיד של המלווה, המלווה אינו מתחייב בשמירתו, משום שזה חוב למלווה שיחוב בשמירה, ואין חבין לאדם שלא בפניו. אך שו"ת מהרשד"ם, ח"מ, סימן מ (טז ע"א), ובתשובתו בדברי ריבות, סימן ריז, מחייב את המלווה בשמירה, מפני שזכות היא למלווה שהוא מקבל משכון כביטחון לחובו, וזכין לאדם שלא בפניו. וראה במילואים להערה 55, אות י.

ג. שליח פסול אחר: בב"מ צט ע"א (ונפסק ברי"ף, ב"מ נו ע"א, בדפי הרי"ף, בחידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ שם, בפסקי הרי"א, ז', ב"מ, פרק ח, הלכה ג, אות ג, ברמב"ם, בסמ"ג, בצרוור הכסף, בספר מישרים, בסמ"ק מצורף, ובטור – שם, בשו"ע, ח"מ, שם, ו, בגידולי תרומה, שער ג, חלק ג, אות ז, ובשו"ת ברכת כהן, רפפורט, סימן יא, דף יח ע"ב), נאמר שאם השליח הוא עבד כנעני של בעל הנכס, אין הנפקד מתחייב בהגעת הנכס לידו (ליד העבד) אפילו אמר הנפקד: "שלח לי בידו", מפני ש"יד עבד כיד רבו", ולכן הרי זה כאילו לא יצא הנכס מרשות בעל הנכס (ונראה שהדין יהיה כך גם אם השומר מינה אותו שליח ישירות). חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צט ע"א, מסביר שאין לחייב את האומר: "שלח לי ביד עבדך הכנעני" מצד שהוא כאומר "הכישה במקל והיא תבוא", שחייב מדין ערב (ראה ליד ציון הערה 146), משום שכשהנכס עם העבד הוא כאילו במקום משתמר כיוון שאימת אורנו עליו, ונמצא שלא הוציא בעל הנכס דבר על פי הנפקד-הערב; אבל אם אמר השומר: "אמור לעבדך הכנעני שיכישנה במקל, והיא תבוא", חייב (אך מרש"י שם, ד"ה לא, משמע שגם במקרה זה פטור). שו"ת דברי חזקיהו (שבת), חלק ב, ח"מ, עמ' טז, מסביר שאין לפטור כאן מצד שאין שליחות לנכרי או לעבד כנעני, שהרי מחנה אפרים, הלכות שלוחין, יא, כתב שבדבר שאינו צריך שליחות, כשר אם עשאו נכרי, וגם כאן אין צורך בשליחות (ראה במילואים להערה 55 ולהערה 56).

ד. אם השליח הוא עבד כנעני של השומר, אין השומר מתחייב כשהנכס מגיע ליד העבד, אם לא אמר לבעל הנכס לשלוח עמו, משום שאין אומרים "יד עבד כיד רבו" לחובת האדון, כשהעבד עושה דבר בלי ידיעת האדון, והרי חיוב אחריות הוא חובה לאדון. כך כתבו: מאירי, ב"מ צח ע"ב; ריא"ז, בקונטרס הראיות, ב"מ, פרק ח, ראה ב; שיטה מקובצת, ב"מ צח ע"ב, בשם "שיטה"; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ צח ע"ב; והגהות חוות יאיר, על הרי"ף, ב"מ נו ע"א (בדפי הרי"ף). אך רמ"ך, בשיטה מקובצת, ב"מ שם, מסופק האם אומרים כאן "יד עבד כיד רבו", או שאין אומרים כך אלא אם כן ידע שהגיע ליד העבד והיה מרוצה מזה.

ה. נפסק בתשובת שר שלום גאון, המובאת בראב"ן, חלק התשובות, סימן קטו, באור זרוע, ב"ק, סימן שג, ובשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תטו (ומשם הובא בשו"ת שער אשר, חלק ב, סימן כג, דף לד ע"א), שמי שמינה את עבדו אפטרופוס לגבות חובותיו, וקיבל העבד משכון מאחד הלווים, המלווה חייב באחריות על המשכון מפני שיד עבד כיד רבו, ועוד, שרק מפני שמינה אותו המלווה שליח על גביית חובותיו והראה בכך שהוא מרשה אותו לפעול במקומו, מסר לו הלווה את המשכון תוך הסתמכות על כך שהמלווה ישא באחריות למעשי העבד. נראה שהטעם השני הוא העיקרי, וחייב מדין ערב, אבל הטעם השני אינו תקף, שהרי סברת "יד עבד כיד רבו" אינה נאמרת בעבד של השומר לדעת רוב הפוסקים, כאמור.

ו. אם ביקש השומר מבעל הנכס: "שלח לי עם בןך הקטן", מחנה אפרים, הלכות שלוחין, סימן ה, כותב שאין השומר מתחייב בהגעת הנכס לידו הבן הקטן, משום שידו כיד אביו, והנכס עדיין נחשב כאילו הוא ברשות בעל הנכס. הוא מנמק עוד (כדי להסביר לא את ההבדל בין זה לתחומים אחרים שבהם הדין שונה – עיין שם), שפטור אם קרה אונס כשהנכס ביד הקטן, מפני שהשומר לא גרם לזה שהרי גם בלעדיו היה הנוק קורה (וכפי שהסברנו במילואים להערה 55, כל מה שקורה ביד השליח הוא אונס). אך שו"ת

מילואים לסעיף 1(א)

דברי חזקיהו (שבת), חלק ב, חו"מ, עמ' טז, מקשה עליו, הרי מסיבה זו אפשר לפטור גם בעבר, ואם כן, מדוע נזקק התלמוד לטעם אחר (כך נראית כוונתו)? והוא כותב שבאמת השומר מתחייב בהגעת הנכס לידי הבן הקטן (וכך עולה גם מספח משנה, הלכות שלוחין, ג, א), ומסביר את ההבדל בין קטן לעבד על פי תוספות יום טוב, עירובין ז, ו, בסופו, שכתב שיד עבד כיד רבו ממש, מה שאינו כן לעניין "יד קטן כיד אביו", והרי כאן השואל הסכים שישלח על ידו. עוד נימק, שמאחר ששלח אליו בעל הנכס דרך זכיה, כמו שכתב הראב"ד (במילואים להערה 55), הרי כששלח האב ביד הבן, זכה הבן לעצמו, כך שיצא הנכס מרשות האב, ולכן השומר חייב.

להערה 60

א. שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שמא, כותב שחייב גם אם הניחו השליח במקום מסוים ואמר לנפקד ליטול משם, כמו שנפקד האומר "הנח לפני" חייב בשמירה אף על פי שלא הגיע הנכס לידו, וכמו ששומר אבדה חייב אף על פי שבעל הנכס לא מסר לידו (אך ראה במילואים להערה 27, שדברי יחזקאל דחה הוכחה מעין זו, בכך ששומר אבדה מתחייב על פי דין, אף נגד רצונו). וראה סעיף 13, במילואים להערה 106, בשם להורות נתן, שהשומר חייב גם אם התנה השליח עם בעל הנכס שלא יחוב (השליח) בדיני שמירה.

ב. שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צה, אות ו, כותב שאם שליח של בעל הנכס הניח אותו בפני השומר, הוא חייב לפי הדעה שאין צורך במעשה קניין (ליד ציון הערה 135), משום שהשליח הסתלק מהשמירה על פי השומר.

ג. מקרה אחר שיש מקום לחייב אדם בשמירה משום שנטל אדם אחר את הנכס בשליחותו, אבל (בשונה מכאן) אין הנכס עתיד להגיע אחר כך לאדם זה, נדון בשו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צז: שמעון הבטיח לראובן שישמור נכס בעבורו, אך לפני שמסר לו שליחו של ראובן את הנכס, חזר בו; ולוי הציע שהוא ישמור במקומו, ושמעון הסכים להצעה זו, ושליחו של ראובן מסר את הנכס ללוי. הוא מעלה שיקולים אחדים בשאלה האם לחייב את שמעון כיוון שלוי שומר בשליחותו: א) המסירה ללוי הייתה בגדר עברה, שהרי אסור לשומר למסור לאחר (ראה סעיף 3, פרק ב, 1), והרי אין שליח לדבר עברה. ב) ההתחייבות לשומר היא בגדר "מילי" (דברים ערטילאיים), לדעה שאין צריך קניין (ליד ציון הערה 135), ואי אפשר למסור "מילי" לשליח (גיטין עא ע"ב). ג) יש אומרים ששומר המוסר לבני ביתו פטור לגמרי מאחריות (ראה סעיף 7, פרק ב, 5 (ו)), ונמצא שלדעה זו אין מחייבים שומר על מה ששליחו עושה. ד) כפי שגדאה בסעיף 7, פרק ד, שומר משנה חייב כלפי בעל הנכס, מפני שרואים כאילו השומר הראשון הוא שליח של בעל הנכס למסור לו, הרי שאין אומרים ששומר המשנה נחשב שליח של השומר, וזוהו חייב את השומר (אלא ששם מדובר בשכר על כל הראשון חוב שמירה, מה שאינו כן כאן). ה) שמעון לא התכוון שלוי יהיה שליחו לשמור עבורו, אלא התכוון שלוי ישמור במקומו, משום שלוי היה מעוניין בכך וביקש ממנו שיסכים לכך, נמצא שלוי עשה על דעת עצמו. ו) אם שמעון מקבל שכר (חלקי) על הובלה שעשה לו, יש לומר שלוי הוא שליחו של שמעון. במסקנתו (אות לו) הוא כותב שמספק יש להתפשר.

להערה 62

אך יש להעיר שאפשר ששער משפט מחייב דווקא בנידונו, שבעל הנכס הסתלק בפועל משמירת השטר, וזהו מעשה מוחשי שהוא עושה על סמך השליח, אבל בנידון של הר הכרמל לא הסתלק בפועל משמירת דבר מוחשי. ערך ש"י, חו"מ, טו, מ, מעיר, ששער משפט עצמו כתב שם שלדעה שצריך מעשה קניין (ליד ציון הערה 127), פטור בנידונו מפני שלא עשה קניין.

להערה 64

א. ישועות יעקב, או"ח, שו, אחרי ס"ק ג (ד"ה עוד מעט), מסביר שאם חסרה הסכמת הנפקד (הוא עוסק במקרה של "הנח", שליד ציון הערה 72), אין לחייבו מטעם "פושע כמזיק", שמאחר שלא קיבל על עצמו לשמור, הרי הוא כאדם זר, שבו אין לומר "פושע כמזיק" (כפי שהסברנו ליד ציון הערה 18).

ב. נראה שמועילה קבלת שמירה כלפי מי שהוא שלוחו של בעל הנכס לכך. כך עולה מדברי חוק ומשפט, שנביא במילואים להערה 80, שיש שנפקד חייב גם אם הוא אומר לשליח "הנח". אך במילואים להערה 202, נראה שהמבי"ט פטר אדם משמירה משום שקיבל על עצמו שמירה שלא בפני בעל הנכס, אלא בפני מי שנשלח על ידי בעל הנכס לקחת את הנכס חזרה. רח"א מילר הסביר ששם פטור משום שהשליח נשלח רק כדי ליטול את הנכס, ולא לשמוע מהשומר קבלת שמירה חדשה, ולעניין זה אינו שלוחו של בעל הנכס.

ג. חיוב בלי קבלת שמירה, מטעם שומר אבדה: שו"ת לב מבין (בידווגו), חו"מ, סימן ריב, כותב שמי שאסף חפצים של אחר שהיו מפורזים על הרצפה, וצרר אותם ולקח אותם לרשותו, אפילו לא קיבל על עצמו שמירה במפורש, הוא חייב כשומר (וכתב כך גם בסמ"ק ר"י), מפני שכל מי שנוטל חפץ של חברו מעצמו אפילו שלא מדעתו, חייב בשמירתו, כמו ששומר אבדה חייב בשמירה אף על פי שלא קיבל על עצמו חובת שמירה; והדין שנפקד פטור אם אמר רק "הנח" וכדומה (ליד ציוני הערות 68-72) הוא רק אם בעל הנכס הוא המניח את הנכס בפני הנפקד. הוא עוסק שם גם במי שאסף את החפצים בפני בעליהם באופן המשתמר, ומחייב מפני שאז בעל הנכס סומך עליו שישמור. נראה שבוהו הוא מחייב לא מטעם שומר אבדה, אלא שמאחר שבעל הנכס רואה שהוא אוסף את החפצים, הרי זה כאילו ביקש ממנו לשמור והוא מסכים, כיוון שברור לשניהם שזאת מטרתו של האוסף; והשוואתו לשומר אבדה מתייחסת למקרה שהוא אוסף את החפצים שלא בנוכחות בעל הנכס. וראה במילואים להערה 263, מקורות נוספים המחייבים בלי קבלת שמירה אם הנכס במצב של אבדה.

ד. הרב השואל בשו"ת מהריט"ץ, סימן פד (עה ע"ד), כותב, שהשולח נכס לאדם, וביקש ממנו לשמור, והוא לא הסכים לשמור, והשאר את הנכס ביד השליח, אין עליו חיוב שמירה, ואינו פושע בזה שלא רצה לקבל; וזה דבר פשוט. אך הרב המשיב שם (דף עו ע"ג) כותב שאם הגיע הנכס לידו, ואחר כך נתן אותו לאדם אחר מתוך סירוב לקבל את הפיקדון, זו פשיעה, מפני שאם אינו רוצה לשמור, היה צריך לומר לשליח שהביא לו שיתחזר לבעליו, ולא היה לו למסור אותו לאחר. נראה שגם הוא מתכוון לומר שמאחר שהגיע הנכס לידו, הוא חייב כשומר אבדה.

מילואים לסעיף 1(א)

ה. רו"ג גולדברג העלה אפשרות שהשומר נכס של אחר בלי דעתו (כאשר אינו בגדר שומר אבדה, כגון שהייתה אבדה מדעת), אם לא התכוון להתחייב בשמירה אלא לעשות חסד, פטור משמירה.

ו. דעה חולקת: סמ"ע, שמש, ס"ק ד, כותב שבסתם אין צורך בקבלת שמירה, ודווקא האומר "הנח לפניך" פטור (ליד ציון הערה 68), מפני שגילה את דעתו שאינו רוצה שהלה יסמוך עליו. הוא כותב כך כדי להסביר מדוע רמ"א, חו"מ, צו, ו, מחייב בעל בפשיעה על מה ששאלה אשתו (ראה ליד ציון הערה 200), אף על פי שלא קיבל על עצמו שמירה. שער משפט, צו, ס"ק א, מביא את דברי הסמ"ע להסביר איך מועילה קבלת שמירה על נכס של קטן אף על פי שאי אפשר להתחייב לקטן (ראה סעיף 13, הערה 10) – מפני שאין צורך בקבלת שמירה. אך דברי הסמ"ע נוגדים את המקורות שהבאנו, שאומרים שקבלת שמירה נחוצה, ואכן שער משפט כתב שדברי הסמ"ע "מרפסן איגרי". את חיוב הבעל בשמירת נכס ששאלה אשתו, מסביר שער משפט, צו, ס"ק ה, בדרך אחרת: יש להניח מן הסתם שהוא מקבל על עצמו שמירה, מכיוון שהוא נהנה מהנאת אשתו מן הנכס. אפשר שהסמ"ע לא התכוון לומר שאין צורך בכלל בקבלת שמירה, אלא התכוון לומר שגם אם הנפקד שותק, ולא קיבל שמירה בפירושו, אנו מניחים שהתכוון לקבל על עצמו שמירה, ולכן הוא חייב; ונביא דעה כזאת במילואים להערה 93 (או שהוא מדבר דווקא כשהנכס בבית הנפקד, שאז יש סיבה מיוחדת להניח שהוא מוכן לשמור – ראה ליד ציון הערה 87). ולפי הסבר זה בדעת הסמ"ע אין להסביר כמו שער משפט את דין שומר נכסי קטן, שהלא שתיקה מועילה רק משום שמניחים שיש התחייבות, והרי אין מועילה התחייבות לקטן.

ז. ראה עוד במילואים להערה 80, שרש"א רפפורט אומר שהרא"ש אינו מצריך הסכמה לשמור; במילואים להערה 171, שאהלי יהודה ודבריות משה (בדעת הרשב"א) כותבים שחיוב שומר חנם חל בלי קבלת שמירה; ובמילואים להערה 210, שאהל תורה כותב שלדעת התוספות אין צורך בקבלת שמירה. אפשר שחלקם מתכוונים לומר ששתיקה מתפרשת כהסכמה, כפי שהסבירו בדעת הסמ"ע.

להערה 65

א. כך פסקו גם: שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסו; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ו, הלכה ב, אות ח ואות יא; ספר העיטור, פיקדון, ליד אות יב; ארחות חיים, סימן סה, אות ד; סמ"ג, עשה פט (קעב ע"א); ספר מישרים, נתיב ל, חלק א; ראב"ן, ב"מ פ ע"ב (רה ע"ב במהד' עהרנרייך); תשב"ץ, חלק ב, סימן רעב (דף מ ע"א); סמ"ק מצורף, מצווה רנא, עמ' עח (גם בשם אבן הראשה = ראב"ן); שו"ת דברי ריבון, סימן פ; שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ב, סימן כד; שו"ת הרמ"ע מפאנו, סימן נב; שו"ת הרי"ם, אה"ע"ז, סימן יח; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כא; שו"ת ברך משה, סימן יז, דף עא ע"ב (מפני שגילה דעתו שרוצה לשמור).
ב. שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צד, כותב כאילו האומר "הנח לפני" חייב רק במה שמזיק בעצמו, על פי רמ"א, חו"מ, שצח, ה. אך הרמ"א דיבר במי שרק נתן לבעל הנכס רשות להכניס את הנכס בחצרו – ראה במילואים להערה 82.

להערה 68

א. הדין מוזכר גם בראב"ן, בסמ"ג, בעיטור ובספר מישרים (שצוינו במילואים להערה 65); בשו"ת שער אפרים, סימן קמא (ד"ה אמנם); בשו"ת יפה נוף, חו"מ, סימן סג; בשו"ת משאת משה (ישראל), השניות, חו"מ, סימן לד (קיא ע"ב); בערוך השולחן, חו"מ, רצא, כד; בשו"ת המב"ט, חלק א, סימן רמא וסימן רצא; בשער משפט, צו, ס"ק ה; בשו"ת בני אהרן, סימן לא, בסופו; בב"ח, חו"מ, שמש, ב; ובסמ"ע, שמש, ס"ק ד.
ב. בשכר: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ה, פוטר כאן גם אם הנפקד מקבל שכר, משום שזו לשון גרועה, שמשמעה שהנפקד מסלק את עצמו משמירה (ראה ליד ציון הערה 76). עוד פטור: פלפולא חריפתא, על הרא"ש, ב"מ, פרק ו, סימן יז, אות ד (אפילו הבטיח שכר); שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן מא (הובא בדברי גאונים, כלל צו, סימן לז); בני יהודה, דף מג ע"ד = לחם יהודה השלם, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ה; וערוך השולחן, חו"מ, רצא, כד.
ג. הטלת חרם: הרמב"ם והשולחן ערוך שם (הובא בשער משפט, צו, ס"ק ה), וערוך השולחן, חו"מ, רצא, כד (נוקט "קבלה סתם", וכוונתו ל"חרם סתם", אלא שחשש מן הצנוורה), כתבו (גם על "כל כיוצא בזה") על נידונו שיש יכול בעל הנכס להטיל חרם "סתם" על מי שלוקח פיקדון מחברו ואינו מחזיר. נראה שהכוונה היא, שאף על פי שהנפקד פטור אם אבד הנכס בפשיעתו, מכל מקום אם הנכס בעין, הוא חייב להחזירו. מאירי, ב"מ פ ע"ב, וסמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' עח), מביאים שהגאונים תיקנו חרם זה.
ד. בבית הנפקד: שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ב, סימן כד, כותב שלשון "הנח לפניך" משמעה הסתלקות מהשמירה, ופטור בה גם בבית, שלא כמי שנתן רשות להכניס לביתו – ראה ליד ציון הערה 86. גם שו"ת פני יהושע (חנדלי), סימן מב, ובני יהודה שם, פוטרים ב"הנח לפניך" בבית הנפקד, וראה במילואים להערה 72 בשם זרע יעקב.

להערה 72

א. כך פסקו גם: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תרטו; ראב"ן, ב"מ פ ע"ב; שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסו; מאירי, ב"מ פ ע"ב; רבנו חננאל, ב"מ פא ע"ב; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ פא ע"ב; הרשב"א, בשיטה מקובצת, ב"מ פא ע"ב; פסקי הרי"ד, ב"מ פא ע"ב; מרדכי, ב"מ, סימן שעז; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ו, הלכה ב, אות ט; עיטור וראב"ן (שצוינו במילואים להערה 65); ספר מישרים שם (שמספק פטור); צור הכסף הקצר, דרך ב, שער י; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' עח); תשב"ץ, חלק ב, סימן רעב (דף מ ע"א ודף מא ע"א); טור, חו"מ, רצא, ב; שו"ע, חו"מ, רצא, ב; העמק שאלה, שאלת כ, ס"ק י, בדעת השאלות; שו"ת המב"ט, חלק א, סימן רמא וסימן רצא; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כד; שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לה (רמ ע"א); שו"ת תורת אמת, סימן קמד; מנחה חדשה, מצווה נו, אות ד; שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ב, סימן כד; שו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ה.

ב. פטור מספק: בפשטות, מאחר שדין זה נשאר בספק בתלמוד, ב"מ פא ע"ב, הנפקד פטור רק מספק, ואם פשע, ובעל הנכס חפס מממונו, התפיסה מועילה. וכך כתב פסקי הרי"א, שם, אות ט. וכך הבינו לחם משנה (הובא בצדק ומשפט, רצא, ה) ומרכבת

מילואים לסעיף 1(א)

המשנה על הרמב"ם שם. מרכבת המשנה הסביר שהרמב"ם לא כתב כך משום שהוא עסק בחיוב שבועה, ובוהו אין מקום לתפיסה. אולם הראב"ה, המוכר בהגהות מיימוניות, הלכות שכירות, ב, אות ה, ובב"ח, חו"מ, רצא, ח, פסק שאין תפיסת בעל הנכס מועילה. ישונות יעקב, או"ח, שו, אחרי ס"ק ג (ד"ה ודברי), נימק את דעת הראב"ה על פי הרשב"א (שהבאנו בהערה 15), האומר ששומר חייב מחמת מה שבעל הנכס סמך עליו, וכאן הרי לא סמך עליו, שהרי ידע שמספק לא יוכל לתבוע, ונמצא שהנפקד פטור בתורת ודאי, כיוון שלא סמך עליו בעל הנכס, ולכן אין תפיסת בעל הנכס מועילה. וראה בשמו במילואים להערה 82. אמרי בינה, דיני דינים, סימן נ, מנמק את דברי הראב"ה, בכך שעיקר הספק הוא חייב בשמירה, וממילא מסתעף מזה ספק בחיוב הממון, והשומר מחזק ואינו חייב בשמירה, ולכן אין תפיסה מועילה. הוא חיוק את הסבור על פי דברי תוספות, כתובות נו ע"ב (ד"ה הרי), שחיוב השומר הוא מתוך ההתורה העריכה שהוא רוצה להתחייב במידה זו, ומאחר שיש ספק אם רצה להתחייב, פטור בוודאי. ר"ש פיק, "בענין קניין בשומרים", מגל ו (תשמ"ח), עמ' 53, כתב שהרמב"ם פסק שב"הנח" פטור ולא נקט שזה ספק, מפני שדווקא ב"הנח" לפני" חייב מפני שבעל הנכס מסר את הנכס לשמירתו על פי דיבורו, וזה לא קיים ב"הנח", ואם כן, אין חלות שמירה. אולי הוא מתכוון לסברת ישונות יעקב. עיין על כך גם בכני יהודה (שציון במילואים להערה 68).

ג. בבית הנפקד: חידושי תלמיד הרשב"א, שם, שו"ת תורת חיים, חלק ב, סימן כד, ודרישה, חו"מ, רצא, ג (בדעת הטור), פוטרים את האומר "הנח" גם אם השיחה התנהלה בבית הנפקד. גם שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן מא, כתב שהאומר "הרי ביתי לפניך" או "הנח לפניך", פטור אפילו הניחו בעל הנכס בבית שדר בו הנפקד. אבל בסימן לה (והובא בדברי גאונים, כלל צו, סימן לו) הוא כתב שהאומר "הנח" פטור דווקא בחצר או בשוק, אבל אם הניחו בעל הנכס בבית שדר בו הנפקד, הוא חייב, מפני שיש להניח שהתכוון לקבל על עצמו שמירה, כמו הסברה ליד ציון הערה 86.

ד. ט"ו, חו"מ, רצא, ב, כתב שאם השומר בביתו, ואמר "הנח", דינו תלוי במחלוקת שנוביא במילואים להערה 82, במי שמתיר לבעל הנכס להכניס את הנכס, האם הוא חייב בנוק שבא מחמתו. גם בני שמואל (חיון), על טור, סימן רצא, כתב שלפי הרי"ף, שפוסק שהנותן רשות להכניס פטור, כדעת רבי (במילואים להערה 82), כל שכן שהאומר "הנח" סתם בחצר או בבית פטור, קל וחומר מהשוק, ששם אין לומר שהתכוון רק לתת רשות להכניס, ומכל מקום פטור; אבל לפי מי שמחייב שם כחכמים (במילואים שם), האומר "הנח" סתם פטור רק בשוק, אבל בבית או בחצר חייב, כפי שנאמר בב"מ פא ע"ב שדין האומר "הנח" בחצר תלוי במחלוקת רבי וחכמים.

ה. עשה קניין בנכס: נוכח השולחן, חו"מ, רצא, ב, לומר מדברי מחנה אפרים שנוביא בהערה 96, המחייב נפקד ששתק ואחר כך משך את הנכס, מכאן שגם מי שאמר "הנח" ומשך — חייב. הוא מסביר שמה שהגמרא מבדילה בין "הנח" ל"הנח לפניך" הוא כשהנכס מונח בחצר השומר, שאילו אם אינו בחצר, הרי אם לא משך, גם ב"הנח לפניך" פטור לדעה (ליד ציון הערה 127) המצריכה קניין, ואם משך, חייב גם ב"הנח", כאמור כאן. גם פעמוני זהב, רצא, ה, כתב שנפקד שאמר "הנח", ומשך, חייב, משום שזה מראה על רצון לשמור.

ו. בשכר: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ה (הובא בברורי הלכה, מענה שמחה, ד, תשנ"א, עמ' 14 הערה 1 ועמ' 15), מחייב שומר שכר שאמר "הנח", בנימוק שמצאנו במקומות אחרים שאדם נעשה שומר שכר בהנאה מסוימת שהוא מקבל אף על פי שלא אמר במפורש שהוא מקבל על עצמו לשמור. הוא עושה הבחנה בין זה לבין האומר "הרי ביתי לפניך", שפטור גם בשכר (ליד ציון הערה 76, וראה במילואים להערה 68), מפני ששם זו לשון גרועה, שמשמעה שהוא מסלק את עצמו משמירה. כמו כן, הרב השואל בשו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד, מוכיח מב"מ פא ע"ב, שגם שומר שכר פטור ב"הנח". אבל המשיב (שם דף ע"א) מחייב בשכר, ודוחה את ההוכחה מב"מ (עיין שם לדחיתו).

ז. כמו כן, שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן מא (הובא בדברי גאונים, כלל צו, סימן לו), פוסק שהאומר "הנח" ומקבל שכר על המקום, הוא שומר שכר. שו"ת פתח זוטא, חו"מ, סימן יג, מנמק את דבריו, שיש להניח שהוא מקבל על עצמו לשמור מתוך חשש שאם לא יסכים לכך, לא ירצה בעל הנכס להניח שם את הנכס, ואז הוא (הנפקד) יפסיד את שכר המקום (ראה במילואים להערה 95). רח"א מילר הוסיף, שב"הרי ביתי לפניך" פטור גם כשמקבל שכר, כאמור, ואין אומרים סברה זו, מפני ששם משמעות לשונו היא שמסלק את עצמו משמירה (כדברי מחנה אפרים), ומראה בזה שלא אכפת לו להפסיד את השכר. עוד העיר, שבמקרה של כסף הקדשים (הערה 106), בטוחן שהביאו לו תבואה לטחון, אין לחייב מטעם שמקבל שכר, משום שגם אם לא יסכים לקבל שמירה, לא יפסיד את שכרו, שהרי בלאו הכי יקבל שכר על עבודתו בטחינה. אך יש להשיב על סברתו, שהטוחן צריך לחשוש שגם אם לא יסכים לשמור, בעל החטים ילך לטוחן אחר.

ח. מקרה נוסף שנתינת שכר יוצרת חיוב שמירה: ירושלמי, ב"מ ג, 2 (הובא בחידושי הרשב"א, ב"מ מב ע"א, ובספר העיטור, פיקדון, ליד אות פו), אומר שהנותן לחברו "פליטורין" שלו בשוק, חברו אינו חייב באחריות שמירה, ופטור גם אם מסרם לבני ביתו הקטנים (שומר רשאי רק למסור לבני ביתו הגדולים) — ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 301, מפני שלא העלה על דעתו שיצטרך לשמור "פליטורין" בשוק. רח"א מילר הסביר שהכוונה לדבר שגנאי ללכת עמו בשוק, ולכן מניחים שלא קיבל על עצמו שמירה (שאלו לפרוש פני משה, שם, "תכשיטים", אין מובן מדוע יש להניח שלא קיבל על עצמו שמירה). וכך נראה הבין חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מב ע"א, שכתב שאם הפקיד לו בשוק דבר של משוי, כגון עורות, ומסר לבניו הקטנים ואבד, פטור, מפני שלא עלה על דעתו שיצטרך לטעון אותם בשוק על גבו. אך חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מב ע"א (הובא בקצות החושן, רצא, ס"ק ז, ובבית יעקב, רצא, טו), אומר על מקרה זה, בשם רב האי, שאם נתן לו שכר שמירה, הוא חייב לשמור, מפני שנתן לו שכר על דעת שיטעון אותם (כלומר, ישא אותם עמו) או שישמור עליהם אף על פי שהוא בשוק. ראה סעיף 7 שם, במילואים, שיש שהבינו מהירושלמי שהוא חייב בשמירה אלא שיש בו קולא מיוחדת בדיני מסירה לשומר אחר; ושם נביא שמעשה בצלאל סבור שדין הירושלמי אינו נפסק להלכה.

להערה 73

אך רח"א מילר העיר ש' יחיאל בן הרא"ש, בשו"ת הרא"ש, כלל צד, סימן ד, אומר שהאומר "הנח כאן" חייב כמו "הנח לפניך".

מילואים לסעיף 1(א)

וראה במילואים להערה 80, בשם מהר"ש צור, שאפשר שאף הרא"ש מחייב בזה. גם ברורי הלכה (מענה שמחה) ד (תשנ"א), עמ' 14, הערה 1, דייק מלשון תשובת הרא"ש המובאת בטור, ש"הנח כאן" דינו כמו "הנח לפני". והוא כותב שגם לדעת הט"ז דינו כמו "הנח" ולא כמו "הנח לפניך", ויש לכך נפקות לאור האמור במילואים להערה 72. לעומתו, שו"ת פני יהושע (חנדלי), סימן מב, מזכיר מתשובת הרא"ש ש"הנח כאן" דינו כדיון "הנח לפניך", ואף על פי שאפשר לדחות הוכחה זו, מספק הוא פטור.

להערה 74

א. כך כתבי עוד: מאירי, ביצה מ ע"ב, וב"מ דף פ ע"ב ודף צד ע"א; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן רכט, ותשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן יא; מרדכי, ב"מ, סימן ססא; שו"ת רבנו תם, סימן לד, אות ה; פסקי הרי"ז, ב"מ, פרק ג, הלכה ז, אות יג, ופרק ו, הלכה ב, אות יא; אור זרוע, ב"ק, סימן רכה; חידושי רבנו דוד, פסחים ו ע"א; חידושי מהר"ם חלאוה, פסחים ו ע"א; ראב"ן, ב"מ מט ע"ב (דף רא ע"ב במהד' עהרנרייך); הגהות אשרי, ב"ק, פרק ה, סימן ג; תוספות תלמיד רבנו תם ור' אליעזר, ב"ק מח ע"ב; ספר העיטור, פיקדון, ליד אות יב; סמ"ק מצורף, מצווה נא (עמ' סח ועמ' עח); סמ"ג, עשה פח (קצא ע"א) ועשה פט (קצב ע"א וע"ב); ספר מירשים, נתיב ט, חלק ד, ונתיב ל, חלק א; רמ"א, חר"מ, רצא, ב; שו"ת שער אפרים, סימן קמא (ד"ה אמנם); שו"ת תורת חיים, חלק ב, סימן כד; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כא; שו"ת מהרש"ם, חו"מ, סימן מט (על מלווה שלא רצה לקבל משכון); מגן אברהם, שצו, ס"ק טו; משנה ברורה, שצו, ס"ק מא; שו"ת אבן הראשה, סימן ג; מגיני שלמה, פסחים ו ע"א (הובא בשו"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סימן קיד); שו"ת דבר אליהו, סימן צד; לתם משנה, הלכות חמץ ומצה, ד, ג, ושו"ת לחם רב, סימן קפד וסימן קפו; אורח מירשים, סימן רצא; ביכורי אליהו, סימן ה; שו"ת המב"י, חלק א, סימן רצא; שו"ת פני יהושע (חנדלי), סימן מב; ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כג"כ.

ב. העמק שאלה, שאלתא כ, ס"ק יא, כותב שלדעת השאלות, לשון הגמרא "כל הא ביתא קמך פטור" באה לרבות מצב שנחוצה בו שמירה ובעל הנכס אינו יכול לשמור בעצמו, ולומר שגם אז הנפקד פטור.

ג. דיבורת משה, ב"ק, סימן מ, ענף א, מסביר שאין מחייבים את השומר בתור שומר אבדה (ראה הערה 263), מפני שהנכס אינו אבוד. שו"ת מבית מאיר, חלק ב, עמ' קצט, נימק, שאינה אבדה, שהרי בעל הנכס נוכח בעת ההפקדה ויכול לשמור בעצמו.

ד. דיבורת משה, שם, ענף ג, מדגיש שאף על פי שאינו חייב בשמירה, הוא חייב להחזירו לבעליו אם הנכס בעין, שהרי זה חפץ של אחר.

ה. שו"ת פני אריה (ברסלא), סימן סג (הובא בשאגת אריה, קונטרס אחרון, לסימן פח), כותב שלר"י שפוסק כחכמים (במילואים להערה 82), שאם היתר הנפקד לבעל הנכס להכניס, חייב, חכמים מסכימים שכאן פטור מפני שהוא כאלו אמר בפירוש שהוא מסלק מעל עצמו חובת שמירה.

ו. עשה קניין בנכס: שו"ת לחם רב, סימן קפד (הובא בשו"ת באר המים, מנשה, סימן קכד), כותב שאם אמר "הרי ביתי לפניך" ואחר כך לקח את הנכס לביתו, חייב. כמו כן, פעמוני זהב, רצא, ה, כותב שב"הרי ביתי לפניך", אם הנפקד משך את הנכס, הוא חייב, משום שזה מראה שהסכים לשמור, שאם לא כן, מדוע משך?

ז. דעה חולקת: משנה ברורה, שצו, שער הציון, ס"ק לד, דוחה את דברי מחצית השקל, על מגן אברהם, שם, שעולה מדבריו שב"הרי ביתי לפניך" יש חובת שמירה.

להערה 76

א. שו"ת חו"מ, רצא, ס"ק ו (כמוסבר בנתיבות המשפט, רצא, ס"ק ו, שהובא בשו"ת באר מרדכי, פרהנד, סימן ה), כותב שגם אם הבטיח לו את השכר כשישמור, הוא פטור, מפני שאמירת "הרי ביתי לפניך" מראה שאינו רוצה לשמור, ולכן גם אם יתן לו שכר, זה יחשב שכר עבור המקום ולא שכר שמירה. אך שו"ת יש מאין, חלק ב, חו"מ, סימן ו, כותב שמהתוספות, ב"ק שם, ומתוספות רבנו פרץ שם, משמע שלא כש"ך (שהרי הם נקטו רק שאם מקבל שכירות מקום אינו חייב בשמירה). כמו כן, אולם המשפט, רצא, ב, נשאר כ"צריך עיון" על הש"ך, מפני שהתוספות לא נקטו מקרה שנתן שכר שמירה, והרי בזה אין לפרש שזה באמת שכר על המקום בלבד. גם ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כד, כותב שאם הבטיח לו שכר שמירה, או אל יטול שכר, או יתחייב בשמירה; והוא כותב שהריטב"א פטר רק אם הבטיח לו שכירות מקום, אפילו אמר לו "שמור לי". כמו כן, זרע יעקב כותב שאם אמר בפירוש שזה שכר על השמירה, הוא שומר חנם, ואינו יכול לפטור את עצמו באמירתו, שהלא אם אינו שומר מדוע הוא נוטל שכר?

ב. נתיבות המשפט מדגיש שבעל הנכס חייב לשלם את השכר שהבטיח לנפקד, אף על פי שהוא אינו שומר עבורו את הנכס.

ג. דעות חולקות: באר מרדכי שם כותב שהרמ"א חולק על הריטב"א וסיעתו, ולכן לא הביא את דבריו (ראה בשמו בסעיף 1(ג), הערה 56). כמו כן, ברורי הלכה (מענה שמחה) ד (תשנ"א), עמ' 16, הערה 3, לומד מרא"ש, ב"מ, פרק ד, סימן יג, שאם נטל שכר הוא שומר שכר.

ד. ראה במילואים להערה 72, שהאומר "הנח" חייב אם הוא מקבל שכר. שו"ת רוח יעקב, סימן יג, מביא ש"מו"ח" כתב באופן כללי, שאם קיבל הנפקד הנאה, הוא חייב גם אם לא קיבל על עצמו שמירה בפירוש. על מקרה זה עיין חמדה גנוזה — זכר מרדכי, רצא, ס"ק ה; אור עזרא, קובץ א, עמ' עז.

להערה 78

א. במילואים להערה 263 נראה שיש מחייבים במקרה זה מטעם שומר אבדה. אבל הרמ"א לא התכוון לכך, אלא הוא אומר שהנפקד חייב (לפי הרא"ש) משום שיש להניח שהתכוון לקבל על עצמו לשמור.

ב. דרכי משה, חו"מ, רצא, ס"ק ב, מקשה על הרא"ש ממה שהתלמוד, ב"מ פא ע"ב, אומר שבחצר שהיא מקום שמור נוטים יותר לפרש שהנפקד התכוון לקבל על עצמו שמירה, מה שאינו כן במקום שאינו שמור, שאינו רוצה להטריח עצמו כל כך (ובדומה הקשה

מילואים לסעיף 1(א)

ר' שמואל פלורנטין, המוכר במורה צדק, רצא, ג. ב"ח, חו"מ, רצא, ג, תירץ, שבכ"מ מדובר בשבעל הנכס נשאר במקום, ואז מפרשים שהתכוון לומר "שב ושומר בעצמך"; ואילו הרא"ש דיבר במקרה שבעל הנכס הלך לו, ואם כן מן הסתם השומר מתכוון לשמור (זהו שלא כרמ"א, שהבין שהרא"ש מחייב ברשות הרבים גם אם בעל הנכס נשאר שם — ראה במילואים להערה 79, בשם הב"ח). ר"י סגל, "בדיני שומרים", נועם כ (תשל"ח), עמ' ק"ז, מתרץ בדרך אחרת: כשמניח בשוק, פטור מפני שיש להניח שלא התכוון לשמור, מפני שזה מטריח אותו לשמור במיוחד; ואילו הרא"ש מחייב ביוצא לדרך, שהרי מסתבר שכמו שהוא שומר את חפציו האישיים שנמצאים על כלי הרכב שלו, הוא מוכן לשמור גם על הפיקדון; ומצד שני, בבית פטור אם אמר "הרי ביתי לפניך", שאף על פי שקל לשמור שם, והנכס גם מונח יחד עם חפציו ומשתמר עמהם, מכל מקום יש להניח שהתכוון רק לתת לו רשות להכניס שם את הנכס, שיהנה מעצם הימצאות הנכס במקום משומר, ולא שקיבל על עצמו לשמור. אך הרמ"א הבין שהרא"ש מחייב בכל מקום שאינו משתמר. רח"א מילר הקשה על התירוץ של ר"י סגל, שלפיו אם הנפקד אינו לוקח עמו שום חפצים אישיים על כלי רכבו, יופטר משמירה, ולא משמע כך מסתימת הרא"ש. עוד הקשה, לגבי מה שמחייב אור זרוע (הערה 86) בנוהג רשות להכניס לבית, בנימוק שברור שלא התכוון בעל הנכס וישמור בעצמו, הרי בזה לפי ר"י סגל צריך להיות שחייב רק אם יש לשומר דברים משלו בבית, שאז הוא מוכן לשמור אגב שמירת החפצים שלו, אבל אם ביתו ריק, יופטר כמו בשוק; ולא משתמע כך מסתימת האור זרוע (אך אפשר שהוא סתם משום שביט ריק אינו שכיח). בעניין שבפנים עיין אור עזרא, קובץ א, סימן י' וסימן יב.

להערה 79

א. לפי ב"ח, חו"מ, רצא, ג, פרישה, חו"מ, רצא, ג, וסמ"ע, רצא, ס"ק ה, וש"ת אדמת קודש, חלק א, סימן ס, גם הרא"ש (הערה 80) פוטרו כאן. כמו כן, ט"ז, חו"מ, רצא, ב, כותב שהטור והשולחן ערוך פוטרים בשוק באומר "הנח", וזאת גם בנוק שבא ממנו, אף לדעה במילואים להערה 82 שמחייבת בנוק שבא ממנו במקרה דומה. כמו כן, מדברי עדות ביהוסף, שנביא במילואים להערה 80, יוצא שהרא"ש פוטר כאן, שהרי הוא כותב שהרא"ש מחייב רק אם אמר: "אני אוליכנו".
ב. ר"י סגל, "בדיני שומרים", נועם כ (תשל"ח), עמ' קטו, כותב שמאחר שדרכי משה תמה על הרא"ש, והכריע כמדרכי, אם כן כך ההלכה; אלא שהרמ"א כתב רק "ויש חולקים", משמע שאינו פוסק כמדרכי בהחלט.

להערה 80

א. את תשובת הרא"ש הביאו: טור, חו"מ, רצא, ג; תשב"ץ, חלק ב, סימן רעב (דף מ ע"א); שו"ע, חו"מ, רצא, ב; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימני מדיח; העמק שאלה, שאלתא כ, ס"ק יא; שו"ת הב"ח, סימן קלח; שו"ת ר' ברוך אנגל, סימן א (מפני שבעל הנכס לא הסכים שלא יקשור); שו"ת עין משפט (מלכי), חו"מ, סימן יב (קט ע"ד); שו"ת חוות יאיר, סימן רכג; מחנה אפרים, הלכות שלוחין, סימן ה; שו"ת באר מים חיים (מוצריי), חו"מ, סימן כב; שו"ת הלכה למשה (מיומן), חו"מ, סימן י; שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן כג; שו"ת קול אליהו, חלק ב, חו"מ, סימן לא. על דבריו עיין חמדה גנוזה — זכר מרדכי, רצא, ס"ק ב"ג וט"ק ו; בני יהודה, דף מג ע"ד = לחם יהודה השלם, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ח.

ב. דעה חולקת: דרכי משה, חו"מ, רצא, ס"ק א, הבין שהמדרכי (הערה 79) פוטר כאן. כך הבין גם לבוש, חו"מ, רצא, ב (במסובר בשו"ת חסד לאברהם, אלקלעי, חו"מ, סימן כט, דף קנו ע"ב). ואילו ב"ח ופרישה על הטור שם, וסמ"ע, רצא, ס"ק ה, סבורים שאין מחלוקת בין הרא"ש למדרכי, ושניהם מברילים בין מקום בלתי שמור, כשיכול בעל הנכס להישאר ליד הנכס, לבין יוצא לדרך, שברור שבעל הנכס לא יישאר ליד הנכס, שאז הנפקד חייב (ראה בסמוך, אות ט, בשם פני מבין). שו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ה, כתב שגם הפוטרים אפילו במקום שאינו משתמר, מסכימים שחייב כאן, מפני שמדובר בשומר "אני אוליכנו", שהוא כאומר "אשמרנו". מכיוון שברור צריך שישמור.

ג. ראה במילואים להערה 28, שמהסיבה המוסברת כאן בפנים, הנפקד חייב אף על פי שבעל הנכס לא ביקש ממנו לשמור.
ד. יש אומרים שבמקרה זה פטור הנפקד, לדעה (ליד ציון הערה 127) ששומר פטור אם לא עשה קניין בנכס. ראה במילואים להערה 129, שהאחרונים דנו בשאלה האם משיכת בהמה מחייבת בשמירת הנכס המונח עליה, ואם אינה מחייבת, הרי שכאן יש לפטור לפי הדעה הנוכחת, לכאורה. וראה במילואים להערה 132, שאפשר שהנפקד חייב כאן לדעה זו מטעם קניין "ארבע אמות". אך יש שהסבירו שחייב כאן גם לדעה הנוכחת אף שלא עשה קניין: א) נתיבות המשפט, רצא, ס"ק ז, כתב שכאן חייב מטעם מזיק, מכיוון שעשה מעשה בגוף הנכס, שהביא אותו למקום שאינו משתמר (אך אבני החושן, רצא, ס"ק ג, דחה הסבר זה, שכן הנפקד עשה זאת בידיעת בעל הנכס, כך שבעל הנכס פשע בעצמו, ואין לראות את הנפקד כמזיק; תשובה על כך יש בדברי מהרשד"ם שנציין בסמוך, שהסבירו שאין מתחשבים בשתיקת בעל הנכס לקולא). אך נתיבות המשפט מעיר שמאחר שחייב רק מטעם מזיק, אינו חייב שבועה אם לא ידוע האם פשע. ב) אולם המשפט, רצא, ב, הסבירו שמאחר שברוך יש סכנת אבדן, נמצא שבעל הנכס עשה ויתור על סמך הנפקד, ולכן הנפקד חייב בלי קניין מדין ערב (ראה ליד ציון הערה 20) כאילו קיבל כסף. ג) שאילות משה (רוזין), חו"מ, סימן סב, אות ב, וש"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צו, אות יח, הסבירו על פי האומרים (ראה במילואים להערה 263) שכאן חייב מטעם שומר אבדה — בהיותו שומר אבדה, אינו צריך קניין (ראה בשם במילואים להערה 269). ד) ראשי בשמים, שם, אות כז, מסביר בדרך אחרת, על פי עיקרון שהוא מניח (ראה בשם במילואים להערה 127), שגם לדעה המצריכה קניין, אם התחיל להתעסק בשמירה חייב בלי קניין, והרי כאן התחיל להתעסק בשמירה, בזה התחיל ללכת עם כלי רכבו כשהנכס עליו. ה) שו"ת רוח יעקב, סימן יג, מביא ש"מ"ח" הסבירו שכאן חייב בלי משיכה, מפני שבעל הנכס אינו יכול לשמור. בעניין זה עיין אור עזרא, קובץ א, עמ' עח.

ה. ראה סעיף 2(א), הערה 86, שמהרשד"ם ומהר"ש צורו מסבירים מדוע אין פוטרים אותו על אבדן הנכס בנימוק שבעל הנכס ראה איך הנפקד הניח אותו על כלי רכבו ושחק.

ו. הרחבת דברי הרא"ש, וסיוגם: ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כה, מדגיש שלפי הנימוק של הרא"ש, גם כשאנו בדרך, אלא בשוק או בחצר, אם אמר בעל הנכס: "שמור לי ואני אלך מכאן", והלה השיב: "הנח", זו קבלת שמירה; ומאידך גיסא, גם בדרך, אם בעל הנכס הולך עמו, הנפקד פטור, מפני שבעל הנכס יכול לשמור את הנכס. והוא כותב שגם בדרך, אם אמר: "הרי כלי הרכב

מילואים לסעיף 1(א)

- לפניך, אין זו קבלת שמירה, מפני שמשמעות לשון זו היא: "איני מקבל על עצמי שמירה". אבל ראה להלן, שרש"א רפפורט כותב שהרא"ש מחייב גם אם אמר "הרי כלי הרכב לפניך".
- ז. נימוקים לדברי הרא"ש: ש"ת מהר"ש צור, סימן כד, נותן שני הסברים אפשריים בדעת הרא"ש: א) הוא פוטר ב"הנח לפניך" רק בעיר, מקום המשתמר; ב) הוא סובר ש"הניחהו כאן על כלי רכבי" הוא כמו "הנח לפני" (אך הסבר זה קשה, שהרי אם כן לא היה הרא"ש צריך לנמק מצד ש"אם הוא לא ישמור, מי ישמור"). על "הנח כאן", ראה ליד ציון הערה 73.
- ח. הופקד הנכס שלא בדרך, ורק אחר כך יצא לדרך: הרב השואל בשו"ת בית שלמה (סקאלא), ח"מ, סימן קיד, כתב שמי שמסר לעגלון כסף להוביל, ושמר את הכסף יחד בתוך שק על העגלה, אין מוטל חיוב שמירה על העגלון לפני שיצא לדרך, מפני שלא קיבל על עצמו שמירה סתם, אבל לאחר שיצא לדרך, ובעל הכסף נשאר במקומו, חייב העגלון בשמירה (כדברי הרא"ש). אבל המשיב שם פוסק על פי הרא"ש, שהעגלון חייב בשמירה אף לפני שיצא לדרך. רח"א מילר הסביר את דעת השואל על פי דברי כסף הקדשים, שראינו ליד ציון הערה 51, שכשהנכס ברשות הנפקד שלא בתורת שמירה, לא תוכל אחריות שמירה לחול אחר כך, משום שלא הסתלק בעל הנכס בהסתמך עליו, וכאן, עד שיוצא העגלון לדרך לא הסתלק בעל הנכס, וכשיצא לדרך הסתלק בעל הנכס, וזה מחייב את העגלון. הוא הוסיף, שגם לפי זכר יצחק (במילואים להערה 51), שאין חיוב שמירה יכול להיווצר אם הנכס נכנס לרשות הנפקד שלא בתורת שמירה, כאן העגלון חייב כשיצא לדרך, מפני שהסתלקות בעל הנכס היא מעשה שמחייב את הנפקד כמו משיכת הנכס, וכאן בעל הנכס הסתלק בהסתמך על העגלון בתורה שמירה. דעה קיצונית בעניין זה, היא של שו"ת רוח יעקב, סימן יג, בהסברו לדברי שו"ת תורת אמת, סימן קמד, הפוטר משמירה במקרה שראובן ביקש משמעון בעודו בביתו להוליך חפץ בעבורו לעיר אחרת, והלה שתק (ראה הערה 93). הוא מסביר, שאין לחייב בזה מטעם דברי הרא"ש, כיוון שההפקדה הייתה בבית, ורק אחר כך הגיע למקום סכנה. בדרך. כלומר, הוא פוטר גם כשיצא לדרך.
- ט. כשבעל הנכס הוא שהלך לו: שו"ת זכרון יוסף, ח"מ, סימן א, למד מדברי הרא"ש, שאם אמר בעל הנכס לנפקד: "היה הנכס מושלש אצלך, ומופקד אצלך עד זמן פלוני, ואז אחזור לעיר", ברור שהנפקד קיבל על עצמו לשמור, ושלא התכוון לומר: "תשמור בעצמך או תשכור אדם לשמור", שהרי הוא יודע שבעל הנכס לא יישאר במקום, ואם הוא לא ישמור מי ישמור? כמו כן, פני מבין (בירדוגו), רצא, על סמ"ע, ס"ק ה, כותב שלפי הרא"ש כאן, יש לחייב מי שאמר "הנח" בשוק, אם בעל הנכס הלך לו, והנפקד ראה שהוא הולך, וזאת מפני שברור שהנפקד מקבל על עצמו שמירה, שאם לא כן אין מי שישמור. כמו כן, מנחת עני (שטרק), סימן רצא (ד"ה עובדא), מחייב על פי הרא"ש בנפקד שאמר לו בעל הנכס: "אני הולך, ואני סומך עליך", והניח את הנכס לידו בשוק, והנפקד השיב רק "נו נו" – ברור שקיבל על עצמו שמירה, שאם לא כן אין מי שישמור. כמו כן, שו"ת חוק ומשפט, סימן קא, כותב שאם שלוחו של בעל הנכס מסר את הנכס ליד הנפקד, ואמר הנפקד לשליח: "הנח", והשליח נתן לו על מנת שישמור, חייב, מפני שמה שפוטרים ב"הנח" הוא דווקא כשבעל הנכס בעיר, שאז אפשר לומר שהתכוון הנפקד לומר "הנח ושמור בעצמך", אבל כאן שבעל הנכס ושלוחו אינם בעיר (שהרי אף השליח מן הסתם חזר למקומו – כך נראית כוונתו), ברור שכיוון שנתן לו לשמור, ואמר "הנח", התכוון שהוא מסכים לשמור, שאם לא כן מי ישמרנו.
- י. אך כפי שכתבנו, הסמ"ע סובר שהרא"ש פוטר אם הניחו לפניו בשוק והלך לו. כמו כן, שו"ת משנת רבי אליעזר, חלק א, ח"מ, סימן קי, כותב שאין ללמוד מן הרא"ש לחייב אם אמר בעל הנכס לנפקד: "טול כסף זה בידך", והלך לו (לא נאמר בנידונו שהלך בעל הכסף למקום רחוק), בנימוק שאם הוא לא ישמור, אין מי שישמור, מפני שהרא"ש מחייב רק אם הלך הנפקד למקום רחוק. נראה שנימוקם הוא, שאם הנפקד נשאר במקומו ורק בעל הנכס הלך לו, אפשר שבעל הנכס יחזור אליו וישמור על הנכס בעצמו, ואין בהכרח צורך שהנפקד ישמור, ולכן ייתכן שלא קיבל על עצמו לשמור.
- יא. פוסקים שחייבו למעשה על פי הרא"ש: שו"ת נבחר מכתף, ח"מ, סימן צו, מחייב על פי הרא"ש נפקד שאמר "הנח לפניך" (שאינה לשון של קבלת שמירה), והניח את הפיקדון ב"מחארה" (שיירה) להוליך עמו בדרך – מפני שבזה קיבל על עצמו לשמור בדרך.
- יב. שו"ת מהר"ש הלוי, ח"מ, סימן כג (מד ע"ג), לומד מתשובת הרא"ש, שמי שאמר לבעל הנכס: "חן את הנכס לכרי פלוני שלוחי", חייב בשמירה, שהרי "סתם נכרים גנבים וקשונים", וברור שהמבקש קיבל על עצמו שמירה, שאם לא כן הנכס לא ישמור. ראה בשמו על מקרה זה גם במילואים להערה 104.
- יג. ברורי הלכה (מענה שמחה) ד (תשנ"א), עמ' 14, מחייב על פי הרא"ש במי שמסר קופסת קפה למישהו שתעיד לנסוע למקום אחר, אף על פי שלא לקח אותה לשם שמירה. בעמ' 15 שם הוסיף שהדין כך גם אם לא לקח אותה בידו, אלא אמר לבעל הנכס להניח אותה בין חפציו, והדין כך גם אם אמר: "הנח לפניך".
- יד. שו"ת הר הכרמל, ח"מ, סימן ב, מחייב על פי הרא"ש בעל עגלה שמוביל נכס בדרך בעבור בעל הנכס.
- טו. שו"ת ראשי בשמים (גוריון), ח"מ, סימן צה, אות ב, כותב על פי הרא"ש שמוביל נכס במקום רחוק שאינו משתמר, ואם לא ישמור אין לבעלים תועלת בנכס, בוודאי שניהם מתכוונים שיקבל על עצמו שמירה.
- טז. ר"י אבולפיה, בשו"ת פני יצחק, חלק ג, ח"מ, סימן ה, פסק שראובן שקיבל משמעון כסף בעת נסיעתו, להוליך לפלוני, וראובן הניח אותו בתוך כיסו, חייב בשמירה אף על פי שלא קיבל על עצמו במפורש לשמור, כמו שהרא"ש מחייב גם אם לא קיבל על עצמו במפורש, מפני שרק הוא יכול לשמור. הוא מוסיף שאפשר שכאן, שקיבל את הכסף בידו ממש, גם החולקים מחייבים.
- יז. ראה במילואים להערה 218, מה שלמד רח"א מילר מדברי הרא"ש.
- יח. שו"ת דברי שמואל (ארדיטי), ח"מ, סימן טז (רכו ע"ג), פוסק שהמניח את בגדו על בהמת חברו, ושניהם עוברים בנהר, אנו מניחים שבעל הבהמה קיבל על עצמו שמירה על הבגד, מפני שמוטל עליו לשמור כדי שלא יפול מהבהמה, מה שעלול לקרות במיוחד כשעוברים בנהר. יש בדבריו חידוש גדול יותר מדברי הרא"ש, שהרא"ש מחייב רק אם בעל הנכס אינו הולך עמו בדרך, ודברי שמואל מחייב גם כששניהם הולכים יחד (כך נראה מדבריו). אף על פי ששומר פוטר אם בעל הנכס לא הסתלק מהשמירה (פסקה ג), צריך לומר שכאן נחשב שבעל הנכס הסתלק מכיוון שאינו יכול לשמור מה שעל בהמת חברו כששניהם בנהר.

מילואים לסעיף 1(א)

יט. ר"י סגל, "בדיני שומרים", נועם כ (תשל"ח), עמ' קטז, עוסק באדם שביקש מבעל חנות רשות להשאיר את חבילתו בחנות לזמן קצר, והלה הסכים, והניח אותן בחנות. הוא פוסק שזו קבלת שמירה, שהרי הרא"ש מחייב ב"הנח" במקום שאינו משומר, מפני שמן הסתם מקבל על עצמו שמירה, וגם כאן, שזו חנות גדולה ורבים מסתובבים בה, ובעל הנכס הלך לו ואינו יכול לשמור, ודאי התכוון בעל החנות שישמור, ואינו כמניח בבית (שלגבי פוטרים משום שיש לפרש שהתכוון לומר שישמור הנכס על ידי עצם הימצאותו בבית – ראה ליד ציון הערה 75), שהרי הנכס אינו שמור מצד עצם היותו בחנות. עוד נימק, שקל לבעל החנות לשמור את הנכס יחד עם שמירתו על הדברים האחרים שבחנותו, ובוודאי התכוון להיות שומר. אולם רח"א מילר סבור שאין יש יותר סיבה להניח שאינו מתכוון לשמור, מפני שקשה לשמור במקום שרבים מסתובבים, כסברת כסף הקדשים שליד ציון הערה 106.

כ. ראה סעיף 12, פרק א, שבעל מלון אחראי על נכסי האורחים משום שאין להם אפשרות לשמור עליהם בעצמם.

כא. הסבר אחר לדברי הרא"ש: רש"א רפפורט, "קבלת שמירה – הסכם או חיוב תורה", עלון שבות גל' 95 (סיון תשמ"ב), עמ' 7, הקשה על ההסבר שניתן בפנים (שהוא ההסבר המקובל – עיין לדוגמה בב"ח, חו"מ, רצא, ג), שהרא"ש מחייב מפני שמניחים שהתכוון לשמור כיוון שידע שבעל הנכס לא יוכל לשמור: הרי בשו"ת הרא"ש, כלל צד, סימן ד, מסופר שבסופו של דבר, אחרי שאבד הנכס, טען הנפקד בבית דין שלא פשע, אף על פי שהודה שהניח את הנכס על חמורו בלתי קשור והלך להסך את רגליו, ולאורה קשה, הרי זה בוודאי פשיעה? אלא ברור שכונתו היא שחשב שמאחר שבעל הנכס עצמו הניחו על החמור בלי לקשור, הוא עצמו לא היה צריך לקשור; והרי אילו קיבל שמירה, ודאי היה צריך לקשור; ומכאן ברור שהאדם לא התכוון לשמור, במוכן של טיפול בחפץ אלא התכוון לסמוך על מה שעשה בעל הנכס (אך יש לדחות הוכחה זו, שאמנם אדם זה לא התכוון לשמור, אבל בטלה דעתו אצל כל אדם, שיש להניח שסתם אדם מתכוון לשמור). לכן הוא מסביר (בעמ' 8) שהרא"ש אינו מצריך שסיכסם השומר לשמור, וטובר שחיוב שמירה מוטל על ידי התורה (בעמ' 11 מוסיף נימוק לזה – מפני שיש חיוב לשמור ממון של ישראל), שמאחר שבעל הנכס הסתלק משמירה הנכס בהסתמך עליו, כשהחפץ ברשות הנפקד, התורה מחייבת את הנפקד לנהוג כשומר, לטפל בו שלא יינזק. משום כך, הוא מסביר, די שהנפקד יבין שבעל הנכס מסתלק בהסתמך עליו, ומשהסכים לזה, נתחייב בשמירה גם אם לא הבין שכתוצאה מזה יתחייב בשמירה של טיפול. הוא מסביר שהאומר "הנח לפניך" פטור מפני שלא הביע בכלל הסכמה שבעל הנכס יסלק את שמירתו, ולכן פטור מלשמור ולהשגיח, מה שאינו כן במקרה של הרא"ש, שמאחר שהסכים להוליך את הנכס למקום רחוק והבין שבעל הנכס יסתלק משמירה, התורה מחייבת אותו לשמור, גם אם אמר "הרי החמור לפניך" או "הנח לפניך" (אלא אם כן התנה בפירוש שאינו שומר). רש"א רפפורט (בעמ' 9) מציע לעומת גישה זו את הרמ"א, שהבאנו בהערה 79, שלא קיבל את הבחנת הב"ח בין שוק, שבעל הנכס יכול להישאר שם, לבין דרך, ומסביר שזה מפני שהרמ"א סובר שצריך הסכמה לשמור, כגון באמירת "הנח לפניך", כאומר "ואני אשמור", ואילו האומר "הנח" פטור גם אם ברור שהנפקד יודע שבעל הנכס הסתלק בהסתמך עליו, מפני שלא הסכים לשמור ולהשגיח. ראה בשמו במילואים להערה 110 ולהערה 128 – נפקדות מהסברו המחודש בדעת הרא"ש. ועיין עלון שבות, גל' 99, עמ' 5 ואילך, שהוא תולה במחלוקת הרא"ש והרמ"א מחלוקות לעניין שליחות יד ו"בעליו עמו".

להערה 81

א. זאת כנגד שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קטז (הובא בקהילות יעקב, אלגזי, מענה לשון, לשון בני אדם, סימן תמא, בשו"ת חסד לאברהם, אלקלעי, חו"מ, סימן כט, דף קנו ע"ב, בכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות ט, ובחקר הלכה, ערך שומרים, אות א – ראה בשמו בסעיף 5, הערה 12; והסכים למהרי"ט גם שו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ה), שחייב גם במקרה זה, על פי תשובת הרא"ש שם, כיוון שהוא יוצא לדרך, ופירש את מה שאמר "חשב כאילו מצאתי מציאה", שהתכוון רק להיפטר מביצוע (וראה הערה 140). אך לא הבאנו את דעתו בפנים, מפני שהוא מסכים שאם אמר הנפקד בבירור שאינו רוצה לשמור, הוא פטור, והוא מחייב בנידונו רק מפני שהלשון לא הייתה כל כך ברורה. וראה ליד ציוני הערות 264-265, שמהרי"ט וקצות החושן נחלקו עוד האם לחייב כאן מטעם שומר אברה.

ב. שו"ת דברי מרדכי (קרישפין), חו"מ, סימן כד, כותב על פי מהרי"ט, שגם אם אמר הנפקד לבעל הנכס: "הכנס את הנכס לשך בעצמך", אין זה פטור אותו משמירה.

ג. ברכות שמים, על קצות החושן, שם (נרפס בסוף שו"ת ברכות שמים, חו"מ), כותב כאילו לשון זו אינה מפורשת כל כך לשלילה (!), ומכל מקום הנפקד פטור מפני שלא נתבקש במפורש לשמור אלא להוליך.

ד. בדומה לקצות החושן, כותב שו"ת ר"י מפוזנא, סימן צג, שהרא"ש מחייב רק באומר "הנח" סתם, שברור שכשאמר "הנח" התכוון לומר "הנח ואשמור" כיוון שבעל הנכס אינו יכול לשמור, שאם לא כן היה לו לפרש, ועכשו שאמר "הנח" הטעה את בעל הנכס בכך שנתן לו לחשוב שהוא מוכן לשמור. כוונת ר"י פוזנא היא שאם אמר: "הנח לפניך", פטור גם ביוצא לדרך, כשם שאילו התנה להיפטר בפירוש, היה פטור גם ביוצא לדרך – ראה בשמו בסעיף 14, הערה 32.

להערה 82

א. אלו פטור לגמרי, כדעת רבי, בב"ק מז ע"ב; רי"ף, ב"ק ע"א (בדפי הרי"ף); רבנו חננאל, המובא באור ורוע, ב"ק, סימן רכה; תוספות תלמיד רבנו תם ור' אליעזר, ב"ק מח ע"ב; חידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש, ב"ק מז ע"ב; פסקי הרי"א, ב"ק, פרק ה, הלכה ב, אות א, אות ז ואות יד, וב"מ, פרק ו, הלכה ב, אות י, ובקונטרס הראיות, ב"מ, פרק ו, ראה ג; פסקי הרי"ד, ב"ק דף מז ע"ב ודף מח ע"ב; מאירי, ב"ק מז ע"ב וב"מ פא ע"ב; ספר ההשלמה, ב"ק, פרק ה, סימן א; המאור הגדול, ב"ק כ ע"ב (בדפי הרי"ף); שאילתות, שאלתא כ (הובא בהעמק שאלה, שאלתא עח, ס"ק ג); אורחות חיים, סימן סה, אות ד; רמב"ם, הלכות נזקי ממון, ג, יד (הובא בבית יוסף, חו"מ, רצא, ד, ובמקצוע בתורה, סו, מ, ס"ק צו, ד"ה ועל פי זה), ובפירוש המשנה, ב"ק, ה, ב; אגודה, ב"מ, סימן סז; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ מט ע"א (לפי הגהת כור לזהב שם); דרישה, חו"מ, רצא, ד, בדעת רש"י, ב"ק מז ע"ב (ד"ה היכא); תוספות, ב"מ מט ע"א (ד"ה כל); שו"ע, חו"מ, סימן רצא, ג, סימן שצג, א, וסימן שצח, ה; שו"ת אבן הראשה, סימן ג; שו"ת יש מאין, חלק ב, חו"מ, סימן ו; שו"ת פני אריה (ברסלא), סימן סג (הובא בשאגת אריה, קונטרס אחרון לסלימן פחו), בדעת רש"י, פסחים ו ע"א (ד"ה יחד); רש"י ורדאן, אהל יצחק (סטמור), שבט תרע"ע, סימן י; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צג.

מילואים לסעיף 1(א)

ב. לעומתם, אלו מחייבים בנוק שבא מחמת השומר, ופוטרים רק בנוק שיבוא מגורם חיצוני כתוצאה מפשיעתו של השומר, כדעת חכמים בב"ק שם: רא"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק דף מח ע"א וע"ב ודף מט ע"ב (שם כתב שזה גם בשדה); ר"י, בתוספות, ב"ק מח ע"ב (ד"ה ושמואל); רא"ש, ב"ק, פרק ה, סימן ג (שניהם לפי הבנת הטור, חו"מ, שצח, ו, והובאו ברמ"א, חו"מ, שצח, ה, בסמ"ע, רצא, ס"ק ד, ובשו"ת שארית שמחה, סימן נה); רבנו ירוחם (לפי הבנת ב"ח, על הטור, שם, ובני שמואל, חיון, על הטור, שם); ר"ן על הרי"ף, פסחים ב ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בספר אומר לציון, סימן עח, בקיצור, ובפרי החג, פסחים, סימן יג), בדעת רש"י (אך שו"ת חקקי לב, חלק ב, סימן סא, דף קצא ע"א, כתב שהר"ן לא התכוון לומר שרש"י פוסק כך, אלא מבאר את הסוגיה בפסחים ו ע"א לפי דעת חכמים); ים של שלמה, ב"ק, פרק ה, סימן ו (הובא בש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק ט) דעת חכמים שחיוב כאן בנוק שנגרם מחמתו, הובאה בחסד ומשפט, רצא, ס"ק א. תשב"ץ, חלק ב, סימן רעב (מ ע"א), מוצא סתירה בין דברי הרא"ש בפסקיו, שפסק חכמים, לבין דבריו בחשובה (שצוינה בהערה 80), שפוסק כרבי (ע"ן שם להוכחתו לך). יצוין שגם בתוספות הרא"ש, ב"מ מט ע"א, פסק כרבי. על הסתירה העיר גם בני שמואל, סימן רצא. בית מועד, דרוש א (נד ע"ג), מוסיף להוכיח משו"ת הרא"ש, כלל קא, סימן ד, שהוא פוסק כרבי. אך הוא מביא שבני אהרן, סימן רצא, הבינו שגם בתשובתו פסק חכמים. א' גולאק, יטודי המשפט העברי, ספר ב, פסקה ט, נוקט שיש חיוב שמירה על כל מי שנכס של הוללת נכנס לרשותו בהסכמתו; וזה מתאים יותר לדעת חכמים.

ג. שו"ת לחם רב, סימן קפז, שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ב, סימן כד, ושו"ת פני יהושע (חנדלי), סימן מב, כותבים שאפשר לומר "קים לי" כדעה הפוטרת גם בנוק שבא ממנו. מחלוקת הרמב"ם והרא"ש נזכרת במעייני החכמה, ב"מ נו ע"ב, מהדורא קמא, אות לא, ובשו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ב. על מחלוקת רבי וחכמים ע"ן לחקרי הלכות, סימן קלט; החפץ חיים, כלל ב; דבר משעה, ב"ק, חלק א, סימן לו וסימן תב; תרומת יד, סימן מג; חמדה גנוה – זכר מרדכי, רצא, ס"ק ב; בני יהודה, דף מג ע"ד = לחם יהודה השלם, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ח; פני הבית (מאוזן), חו"מ, רצא, ס"ק א; שמחת עולם, חו"מ, רצא, ד; שושנת יעקב, שמו, א (ס"א).

ד. הגדרת "נוק שבא מחמתו": תוספות, ב"ק מז ע"ב (ד"ה או), בתירוץ השני (הובא בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צג); הגהות אשרי, ב"ק, פרק ה, סימן ד; וים של שלמה שם (הובא בש"ך, חו"מ, שצח, ס"ק ג, בפני יהושע, ב"ק מז ע"ב, ד"ה רבא, ובשו"ת רוח יעקב, סימן יב) – כותבים ש"נוק שבא ממנו" כולל גם מצב שנתן לו בעל החצר רשות להכניס את בהמתו, והבהמה יצאה מחוץ לחצר וניזוקה בצורה כלשהי בחוץ, או שנתן רשות להכניס כלי והכלי נשבר ברוח; ו"נוק שמבחוץ" הוא רק אם ניווקה הבהמה בתוך חצרו על ידי בהמות אחרות שנכנסו מבחוץ, מפני שאת זה לא היה צריך להעלות על דעתו (ולא דק בספר דברי התורה, רצא, ג, שכתב שלתירוץ השני בתוספות, אם נגנב או אבד, נחשב נוק מבחוץ ופטור, וכתב שכן דעת הטור והרמ"א). גם ספר ההשגחה, ב"ק, פרק ה, סימן א, ביאר שנוק שמחמתו כולל גם אם נשבר ברוח, ובנוק שמבחוץ פטור רק משום שלא היה צריך להעלותו על דעתו. כמו כן, חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פא ע"ב (הובא בשושנת יעקב, רצא, ב, ס"ק א), כתב ש"נוק שמחמתו" כולל כל נוק שבא בפשיעתו. גם שו"ת חקקי לב, חלק ב, סימן סא (קצ ע"ד), כותב ש"נוק מחמתו" כולל גם פשיעה שבגללה חנקה הבהמה את עצמה (שבוה נאמר בב"ק מז ע"ב שהנפקר חייב). גם בית מועד, דרוש א (נד ע"א), הסביר שאם פשע ובגלל זה חנקה הבהמה את עצמה (כגון שהיה יכול להעמיד את הבהמה באופן שזה לא יקרה), חייב, וזה חמור יותר ממקרה שבאו שוורים מבחוץ, שבוה יש ספק לפי התוספות שהוכרנו (שעל כך הקשה שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן ו, מרוד זה קל יותר מאילו חנק את עצמו).

ה. לעומת זאת, ים של שלמה, שם, דייק מדברי הרא"ש והטור, שאם יצאה הבהמה חוץ לחצרו והזיקה, נחשב נוק שמבחוץ. כך מדייק גם ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רצא, ס"ק יא, וסימן שצח, ס"ק ט, מהרמ"א (מה שכתוב בסימן רצא שם שהרא"ש והטור סוברים כתירוץ השני בתוספות, הוא טעות סופר, כפי שמתברר מדברי בסימן שצח, ס"ק ה). גם תוספות הרי"ד, ב"ק מז ע"ב, ופסקי הרי"ד שם, הסביר ש"נוק שמבחוץ" הוא כל נוק שבא מגורם אחר, שיכול בעל החצר לטעון כלפי בעל הנכס: "קבע ממי שהזיק לך" (לעומת שומר רגיל שאינו יכול לטעון כך), ו"נוק שמחמתו" הוא כל נוק שלא מחמת גורם אחר, כולל אם נשבר ברוח. כך הסביר גם תוספות רבנו פרץ, ב"ק מז ע"ב (בתירוץ הראשון). בית מועד, דרוש א (נד ע"א), מקשה על פירוש הריטב"א שכל פשיעה היא בכלל נוק שבא מחמתו, שלפי זה השאלה על נוק שמבחוץ היא בגנבה ואבדה, ומה מקום יש לומר שיהיה חייב בוה, הלא אינו שומר שכר? בעניין זה ע"ן גם שמחת עולם, חו"מ, רצא, ב.

ו. טעם החיוב בנוק שבא מחמתו: פני יהושע, ב"ק מז ע"ב, ד"ה הא מני (הובא בשו"ת רביד הוהב, סימן מב, אות ט), כותב שהחיוב בנוק שמחמתו לדעת חכמים הוא מדין שמירה, שכל אחר קיבל על עצמו חיוב שמירה שלא להזיק לחבורו, ואין זה מדין מו"ק. אבל ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כב, כותב שהחיוב בנוק שבא מחמתו, לדעת חכמים, אינו עניין לדיני שומרים, אלא משום שקיבל על עצמו לשמור מפני נוק שמצוי לקרות מחמתו. גם תשובות רבי אליעזר, חלק א, סימן ב, כתב שזה מטעם מו"ק. לפי השיטה שהבאנו, ש"נוק שמחמתו" כולל גם נוק חיצוני שנגרם בפשיעתו, זה בוודאי מטעם חיוב שמירה.

ז. מקום לחייב גם בנוק מגורם חיצוני: הגמרא, ב"ק מז ע"ב, מעלה ספק האם לחכמים חייב גם בנוק מגורם חיצוני. משום כך, כתב ים של שלמה, שם (הובא בש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק ט, ובאמרי בינה, דיני דינים, סימן נ), שגם בנוק שבא מגורם חיצוני, אף על פי שהכול פוטרים, מכל מקום מאחר שזה ספק בתלמוד, הרי אם בעל הנכס תופס מנכסי השומר, התפיסה מועילה. ישועות יעקב, או"ח, שו, אחרי ס"ק ג (ד"ה ודברי), כותב שלפי הראב"ה פסק ב"הנח" שאין תפיסה מועילה, וטעמו הוא, שהנפקד פטור בתורת ודאי מאחר שלא סמך עליו בעל הנכס (ראה בשמו במילואים להערה 72), אף כאן אין תפיסה מועילה. מטעם זה; אך אם קיבל שכר, תפיסה מועילה, ואף על פי שהאומר "הנה בייתי לפניך" פטור גם אם הוא מקבל שכר (ראה ליד ציון הערה 76), זה משום שלא התכוון להתחייב, ומכל מקום התשלום מאפשר להתחייב גם בלי שסמך עליו בעל הנכס (ראה ליד ציון הערה 12), אלא שכאן יש ספק האם התכוון להתחייב, ולכן התפיסה מועילה.

ח. הקלה בבקשת שמירה מפורשת: לפי רש"י, ב"ק מז ע"ב (ד"ה היכא); אור זרוע, ב"ק, סימן רכו; שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסו; ספר ההשלמה, ב"ק, פרק ה, סימן א; רא"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק מז ע"ב; ורא"ש, ב"ק, פרק ה, סימן ג (בהסברו השני), גם אם אמר בעל החצר: "הכנס את הנכס לחצר, ואני אשמרנו", הוא פטור משמירה מנוק שבא מחוץ, ונפרש שהתכוון לשמור רק מנוק שיבוא ממנו. כך יוצא ממה שהם פירשו שהספק של הגמרא שם הוא על מקרה כזה (לפי רבי), ואם כן מספק פטור בנוק שבא מבחוץ, ויש בכך נפקות גם לפי הפוסקים כרבי. הרא"ש הסביר שלשון זו שונה משאר לשונות של קבלת שמירה, ששם חייב גם בנוק שמבחוץ, מפני שכאן משמע שישמור רק שהבהמות שבחצר לא יזיקו לנכס. שו"ת הרשב"א הסביר, שכאן מדובר בשבעל הנכס

מילואים לסעיף 1(א)

לא ביקש ממנו לשמור, אלא ביקש רשות להכניסו לחצר, וזאת על פי הדין (ראה ליד ציון הערה 26) שצריך בקשת שמירה (וראה במילואים להערה 36). כמו כן, הרא"ה (הובא בבית מועד, דרוש א, דף נג ע"ג) הסביר שהמיוחד כאן הוא שבתחילה בעל הנכס רק ביקש רשות להכניסו, ולכן אפשר שגם אם קיבל בעל החצר על עצמו שמירה במפורש, התכוון רק לנזק שיבוא ממנו. חקקי לב, שם (קצא ע"א), מסביר על פי הריטב"א (שהבאנו לעיל) שאמר ש"נזק מבחוח" כולל רק מה שאינו בפשיעתו, ולכן מובן שיש מקום לפטור עליו אף שאמר "אשמרנו". לעומתם, ים של שלמה, שם, כתב שאם אמר "אשמרנו", חייב גם בנזק שבא מבחוח, מפני שמשמעות דבריו היא שיהיה הנכס שמור ביותר, שלא יצטרך בעל הנכס לדאוג עליו כלל. שו"ת מעשה חיים, סימן ה, כותב שגם לפי הרא"ש, הספק הוא דווקא בבהמה מופקדת, שיתכן שהתכוון רק לקבל על עצמו אחריות אם תינזק על ידי בהמה שלו (של בעל הבית, השומר); אבל בכסף וזהב שהופקדו אצלו, אם אמר "אשמרנו", ברור שלא התכוון רק לאחריות על נזק שייגרם לכסף ולזהב ממנו, שהרי פשוט שאסור לו לנגוב ולהזיק, ובודאי התכוון לאחריות מנוק חיצוני. והוא כותב (ואפשרות זו העלה גם חקקי לב, שם, דף קצא ע"ב) שהרי"ף והרמב"ם מחייבים גם בנזק חיצוני (גם בבהמה), אם אמר "אשמרנו". מאירי, ב"ק מז ע"ב, כותב שאמנם הבעיה הייתה גם על האומר "אשמרנו", אבל הבעיה נפשטה, שמקבל עליו גם נזק שמבחוץ. כך כתבו גם פסקי הרי"ד, שם, ופסקי הרא"ה, ב"ק, פרק ה, הלכה ב, אות ב.

ט. בית מועד, דרוש א (נד ע"ד), כתב שאם נשבע לשמור, ואמר "אני אשמרנו", אף על פי שספק האם מקבל על עצמו שמירה מנוק חיצוני, מספק חייב גם בזה מפני חומר השבועה.

י. ביקש בעל הנכס שישמור: מנחה חדשה, מצווה נו, אות ד, מביא שמחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן א, כותב שגם רבי מחייב אם ביקש בעל הנכס מהנפקד "שמור לי", והוא פוטר רק אם ביקש ממנו רשות להכניס (אך אין זה מפורש בדברי מחנה אפרים). אך מנחה חדשה עצמו אומר שרבי פוטר גם בזה, מפני שהנפקד לא קיבל על עצמו שמירה. מחלוקת זו מופיעה גם בשו"ת רוח יעקב, סימן יב: המחבר מביא ש"מ"ח" כתב שגם רבי מחייב אם ביקש ממנו לשמור; ואילו המחבר עצמו כותב שרבי פוטר גם אם ביקש ממנו לשמור (בנידונו, הנפקד שתק, וזה בכלל לא היה רשות הנפקד, אלא שבעל חנות ביקש ממישהו לשמור על חנותו, ולכן קצת קשה ההשוואה לדברי רבי). מזה שהגמרא בב"מ פא ע"ב מביאה את מחלוקת רבי וחכמים על מקרה שבעל הנכס ביקש "שמור לי", משמע שרבי פוטר גם בבקשת שמירה. לפי הפוסקים יוצא שההבדל היחיד בין נידונו לבין המצבים שליו ציוני הערות 80-65 הוא, שכאן הנפקד השיב "אני מתיר לך להכניס", ושם השיב תשובות אחרות.

יא. העמק שאלה, שאלתא כ, ס"ק יא, מדייק מהשאלות, מהרמב"ם ומהרי"ף, שהם פוטרים בחצר גם את האומר "הנח לפני", משום שאפשר לפרש שהתכוון רק לתת רשות לבעל הנכס להכניסו לחצר, ודווקא בשוק חייב כשאומר "הנח לפני" (ליד ציון הערה 65). מפני שאין לפרש שהתכוון לתת רשות להכניס. מן ההקבלה משתמע שהוא מדבר על מקרה שבעל הנכס ביקש ממנו "שמור לי" (שהרי בשוק אינו יכול לבקש רשות להכניס), ואף על פי כן הוא פוטר בחצר, וזה כדעת מנחה חדשה. אך נמצא שדבריו נוגדים את האומר ליד ציון הערה 78, שהאומר "הנח" פוטר בחצר, משמע שב"הנח לפני" חייב בחצר.

יב. שתק הנפקד: בית מועד, דרוש א (נג ע"ב), כותב שלפי רבנו חננאל, בשיטה מקובצת, ב"ק מז ע"א, חכמים מחייבים (לפחות בנזק בשחמתו) גם אם לא אמר כלום, אפילו לא אמר "הכנס"; אך הוא דוחה פירוש זה — עיין שם. על שתיתק הנפקד ראה ליד ציון הערה 93.

יג. ייחד לו מקום: חידושי הר"ן, פסחים ו ע"א, ור"ן על הרי"ף, פסחים ב ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בנתיבות המשפט, רצא, ס"ק ב, בערוך השולחן, ח"מ, רצא, כג, בשו"ת פתחא זוטא, ח"מ, סימן יג, ואצל רמ"צ אייכנשטיין, הפרדס, שנה כא, חוב ו, סימן טו), כותב שרש"י סובר שגם לחכמים, האומרים שאם הנפקד מתיר לבעל הנכס להכניסו לרשותו, יש בכך קבלת שמירה (ולא נקט — דווקא בנזק שבא ממנו!). מכל מקום אם אמר לו באיזה מקום לשים את הנכס, פטור משמירה, מפני שבכך משמע שבעל החצר מנתנו מאחריות, שכן הוא משאיר את ההחלטה בידי בעל הנכס. כך כתב גם ב"ח, או"ח, סימן תמ (ד"ה הלכה), ברע"ת רש"י, הרי"ף והרמב"ם. לפי שו"ת פני אריה, סימן סג (הובא בשאגת אריה, קונטרס אחרון לסימן פח), גם תוספות, פסחים ו ע"א (ד"ה יחד), סוברים שזו דעת רש"י. והוא כותב שלפי רש"י ולפי טור, או"ח, סימן תמ, הדין כך גם אם לא אמר לו היכן לשים, אלא אמר לו: "שים אותו באחת מפנינות הבית" (ואף על פי שפני אריה נוקט כך על מקרה שאמר: "הרי הבית לפניך, ויחד לך פינה", הרי פני אריה כותב שרש"י חכמים סוברים שדין "הרי הבית לפניך" כדין "הכנס"). כמו כן, שו"ת בית שלמה (סקאלא), ח"מ, סימן קיד, גהה ג, מביא שמגן אברהם, שצו, ס"ק טו, כתב שגם לחכמים, אם ייחד לו מקום, פטור משמירה (ואינו מפורש בדברי מגן אברהם). מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ג (הובא בחידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ מא ע"א, בקיצור, ובשו"ת באר המים, מנשה, סימן קכד), עושה הבחנה בזה: אם אמר הנפקד לבעל הנכס: "שים אותו בוויית זו של הבית", היהו כאומר: "איני מקבל על עצמי שמירה, אלא אני רק משאיל לך מקום בבית", והוא פטור; ואילו אם בעל הנכס עצמו אמר: "שמור לי", ואמר לנפקד שהוא רוצה שהנכס יהיה בוויית פלונית, והנפקד הסכים, הוא חייב בשמירה, מפני שהתכוון להשאיל לו מקום ולשמור, והוא כמקבל על עצמו לשמור על נכסי חברו ברשותו חברו. על מקרה זה עיין אור עזרא, קובץ א, סימן י.

יד. הסכמה להכניס גדיש לגורן: התלמוד, ב"ק נט ע"ב, אומר שמי שממונה לשמור את גדישי התבואה שאנשים שמים בגורן, כשנותן רשות למישהו להכניס שם את גדישו, הוא חייב בשמירה, מפני שהוא כאילו קיבל על עצמו לשמור כיוון שכל שמירת הגדישים מוטלת עליו. הדין מובא ברמב"ם, הלכות נזקי ממון, ג, טו; בפסקי הרא"ה, ב"ק, פרק ה, הלכה ב, אות ח; בספר מישרים, נתיב ל, חלק א (בשם הרא"ש); ובשו"ע, ח"מ, שצג, ד. נראה שמדובר גם בשאינו מקבל שכר, שאילו במקבל שכר, גם סתם אדם חייב בשמירה (ראה ליד ציון הערה 84 ובמילואים שם). וראה במילואים להערה 84 ולהערה 86, על גדיש.

טו. מעשה של הנפקד המראה רצון לשמור: שו"ת לחם רב, סימן קפו, כותב שאם אחרי שהניח בעל הנכס את הנכס בבית הנפקד בעצמו (שאו לא התחייב בשמירה), הנפקד מוליך ומביא את הנכס מביתו לבית בעל הנכס בחזרה לצורך בעל הנכס, ואחר כך מחזירו לביתו (נידונו — שומר רימוני ספר תורה בביתו עבור בית הכנסת, ומביאם לבית הכנסת בימים שהם נחוצים; ראה על מקרה זה במילואים להערה 86 ולהערה 105), נעשה שומר עליו בנטילתו, ואין אומרים שבכל פעם שלקח אותו התכוון שישאר המצב כמו שהיה, שלא היה חייב בשמירתו. וראה במילואים להערה 27 בשם דברי חיים, בעניין זה. וראה במילואים להערה 96, שר"מ פרדו מביא את דברי לחם רב כמחייב אם נטל את הנכס בידו, גם בלשון גרועה.

מילואים לסעיף 1(א)

טז. טעם נוסף לפטור: ראה במילואים להערה 32, שפוטרים במכניס ברשות מסיבה נוספת: אין הוכחה שבעל הנכס רצה שישמור בעבורו, שאולי רק רצה שהנכס יישמר על ידי הימצאותו במקום מוצנע; והמחייבים יסבירו שבבקשה להכניס כלולה מכללא גם בקשה לשמור.

להערה 84

א. מחנה אפרים הביא ראייה לדבריו, שמצאנו בכמה מקומות שאדם נעשה שומר שכן תמורת הנאה מסוימת אף על פי שלא קיבל על עצמו שמירה במפורש. הוא מסביר שזה שונה מ"הנה ביתי לפניך" שפטור גם אם מקבל שכן (ליר ציון הערה 76), מפני ששם זו לשון גרועה (ראה בשמו גם במילואים להערה 72). בית שלמה שם הביא ראייה לדבר – עיין שם.

ב. כך משמע גם בים של שלמה, ב"ק, פרק ה, סימן ו, בסופו, שכתב שב"הנה ביתי לפניך" פטור אפילו בשכר, משום שזו לשון יותר גרועה מסתם מתן רשות, משמע שבמתן רשות חייב בשכר.

ג. מחנה אפרים, שם, מחייב על פי זה בעל מקום המיוחד לשמירת חפצים תמורת שכר חודשי, שהתיר למישהו להכניס חפץ לשם. הוא מוסיף שבנידונו היתה סיבה נוספת לחייב: שכל מי שרוצה שישמרו נכסיו היה מביאם לשם, וכל אדם היה יכול להיכנס לשם, ואם כן, אם הנפקד לא ישמור, הנכס לא יהיה שמור, ואין זה כמו בית פרטי, שיכול הנפקד לטעון שהתכוון שהנכס יישמר על ידי עצם הימצאותו בבית (אך לא ברור האם לדעתו די בנימוק הזה כדי לחייב גם כשהשמירה היא בחינם). אהלי יהודה (הכהן), ערך שמורים, נוכח השולחן, חו"מ, רצ"מ, ב, מוכיחים שהוא חייב, מרמב"ם, הלכות נזקי ממון, ג, טו, הכותב על שומר הגרנות, שמאחר שאמר "הגדש", הוא כאילו אמר "הגדש ואשמור לך", מפני שהוא מיוחד לשמור (ראה במילואים להערה 82); ומכאן שבמקום המיוחד לשמור נכסי בני אדם בשכר, חייב בעל המקום בדין שומר שכר אפילו בסתם. וראה במילואים להערה 82, שנראה ששומר הגרנות חייב מטעם זה גם אם אינו מקבל שכר, ואפשר ללמוד משם לכאן גם כשאין שכר; ואכן נוכח השולחן לא הזכיר שכן.

ד. דעה חלקת: רמ"צ אייכנשטיין, הפרדס שנה כא, חוב"ב, ו, סימן סז, אות ו, כותב שהשוכר מקום בבית זולתו לשימוש, והכניס לשם כלים שאינו זקוק להשתמש בהם (על כלים שהוא זקוק להם, ראה במילואים להערה 98, בשמו), בעל הבית פטור, גם לדעת חכמים, מפני שמתן הרשות אינו הוכחה שקיבל על עצמו לשמור, שהרי הסיבה שלא התנגד להכנסת הכלים הללו היא מפני שלא היה יכול להתנגד, כיוון שהלה שכר את המקום לשימוש. על חיוב משכיר בשמירת נכסי השוכר ראה סעיף 12, פרק ב, 1.

להערה 85

רח"א מילר סבור, שאם אמר בפירוש: "ביתי מוכן לגמול חסד", הוא פטור משמירה, מפני שמשמעות דבריו היא שאינו מוכן לשמור, רק לעשות חסד. הוא הביא ראייה משרות מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קטז, שנוקט שהאומר "אוליכנו דרך חסד" פטור משמירה.

להערה 86

א. שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד (עד ע"ב), כותב שאף על פי שיש פוסקים החולקים על הגהות אשרי (ראה הערה 88), אפשר להשתמש בדעתו כסניף לחייב.

ב. פוסקים שפסקו לפי העיקרון של אור זרוע, בלי להזכיר אותו: שו"ת מעשה חייא (דפוס ונציה), סימן ה, מחייב בנותן רשות הכנסה לבית. כמו כן, שו"ת משאת משה (ישראל), חלק א, אהע"ז, סימן ג, דף קח ע"ד (נדפס בשינויים בשו"ת קול בן לוי, סימן ד, דף מט ע"א), כותב שאם הנכס ברשות הנפקד, גם אם לא קיבל על עצמו שמירה, חייב כאילו קיבל, ולכן גם אם לא הפקידו בעל הנכס (כלומר, לא ביקש ממנו לשמור), חייב, ודי שנייחנו ויצא. הוא מסתמך על חידושי הר"ן, פסחים ו ע"א, שכתב שאם קיבל נכס ברשותו, הרי הוא כאילו קיבל אחריות (אך יש להעיר שהר"ן שם דיבר לפי חכמים החולקים על רבי). כמו כן, שו"ת זכרון צבי מנחם, סימן א, כותב שאם שלח לו מישהו נכס ואמר הנפקד לשליח להניחו בעלייה, הוא שומר כמו האומר "הנח לפני".

ג. מאור זרוע שם עולה שהנפקד חייב גם אם בעל הנכס לא ביקש ממנו לשמור, אלא רק ביקש רשות להכניס לביתו. וכך כתב בפירוש מעשה חייא שם. נראה שהטעם הוא על פי העיקרון שליד ציון הערה 27, שאין צורך בבקשת שמירה מפורשת, ודי שיהיה ברור שהוא רוצה שהלה ישמור. כך עולה גם מדברי נתיבות המשפט, רצ"מ, ס"ק ב.

ד. סייג לחיוב: מעשה חייא שם (הובא בשו"ת כהונת עולם, סימן כג, דף כט ע"ד, בבית מועד, דרוש א, דף נד ע"ג, ובכנסת הגדולה, חו"מ, רצ"מ, רצ"א, הגהות הטור, אות ג), כותב שאם לא היה בבית כשבעל הנכס הכניס את הנכס, גם אם אחר כך בא לביתו וראה שם את הנכס, אינו חייב בשמירה, משום שאין זה נחשב הכנסה ברשות (כלומר, אין הוכחה שהוא מסכים לשמור). הוא מוסיף, שגם אם זה דבר שבעל הנכס היה רגיל להביא לביתו כל יום וליטלו כשהיה צריך (נידונו: שמש של בית הכנסת היה מפקידו אצלו רימוני ספר תורה כשאינם בשימוש – ראה על מקרה זה במילואים להערה 82, אות טו, בשם לחם רב), מכל מקום כשנטלו בעל הנכס מן הבית ביום הקודם, כלתה שמירתו, ואינו מתחייב מחדש אם לא היה בבית בעת שהובא הנכס לביתו. על חידוש שמירה אחרי סיומה, ראה סעיף 11, פרק ו, 3.

ה. כמוכן, אין מקום לדון על העומד ברשות הרבים ו"מתיר" לבעל הנכס להכניס, שהרי אין צורך ברשותו.

ו. ביאור הגר"א, שם, כותב שהירושלמי שם אומר שכדין מכניס לבית, כך דין מכניס גדיש של תבואה לשדה, וזה נחשב כקבלת שמירה מצד בעל השדה, אלא שהבבלי פוטר בזה. גם רמ"צ אייכנשטיין, הפרדס שנה יד, חוב"ב א, ביאר כך את דברי הירושלמי. כמו כן, בית יעקב, רצ"א, על ש"ך, ס"ק ח, כותב שכדין בית כך דין שדה, מכיוון שאדם מקפיד על המגדיש בשדהו. אך פני משה, שדה יהושע, מהר"א פולדא, והרידב"ז על הירושלמי שם, פירשו שמדובר רק בשדה שיש לה חומה ועשרה נעול, שהיא כבית. כמו כן, מנחה חדשה, שם, מביא שהירושלמי אומר שלכל הדעות, אם היה בשדה והשיב לו "הכנס", פטור משמירה; והוא כותב שזו גם מסקנת הבבלי, ב"ק נט ע"ב. וראה במילואים להערה 82, על שומר גדיש.

ז. העמק שאלה, שאלת כ, ס"ק יא, מדייק מלשון אור זרוע "אם הכניס עניינו לבית", שמדובר בעסק שרבים ממשמים בו ונחוצה

מילואים לסעיף 1(א)

לו שמירה, אבל אם זה נכס שמשמטר מעצמו בבית, בעל הבית פטור משמירה. כמו כן, רז"ג גולדברג למד מהבחנת נתיבות המשפט (הערה 87) בין בית לחצר, ומדבריו בס"ק ב, על הצורך בבקשה לשמור (הערה 28), שנתיבות המשפט סובר שאם זה דבר שנשמר על ידי עצם הימצאותו בבית בלי שמירה נוספת, מניחים שבעל הבית לא התכוון לקבל על עצמו לשמור; ואם זה דבר שאינו משמטר מעצמו, כגון שור, שצריך לשמור כדי שלא יזיק לעצמו, מניחים שבעל הבית התכוון לקבל על עצמו שמירה; ואם זה דבר שעלולים אנשים מבני הבית להזיק לו, יש להניח שבעל הבית מקבל על עצמו שמירה מפני זה, אבל אינו מתכוון לקבל על עצמו שמירה מפני נזקים מבחוץ, שהרי הבית עצמו אמור לשמור מפניהם. ראה עוד בשמו בסעיף 12, במילואים להערה 6.

להערה 87

א. חסד ומשפט, רצא, ס"ק ב, מקשה על נימוק זה, שאם כן, מדוע הירושלמי מחייב גם בשדה עם חומה ששערה נעול (ראה במילואים להערה 86), והלא שם אין נימוק זה תקף?
ב. פני משה, על הירושלמי שם, נימק בדרך אחרת: בבית קל יותר לשמור, ולכן יש להניח שקיבל על עצמו לשמור, ובחצר ובשדה פטור מפני שזו טרחה לשמור שם. רמ"צ אייכנשטיין, הפרדס שנה יג, חוב' יב, עמ' 15, הביא ראייה לנימוק זה — עיין שם.
ג. אף על פי שהאומר "הנה ביתי לפניך" פטור גם בבית, משום שמפרשים שהתכוון לומר שהבית עצמו ישמור את הנכס (ראה ליד ציון הערה 75), זה משום שמשמעות "הנה ביתי לפניך" היא הסתלקות משמירה, כאומר: "אין לי עסק בזה, עשה כרצונך", מה שאינו כמי שנותן רשות להכניס. כך עולה מדברי ערוך השולחן, שם. על האומר "הנח" בבית, ראה במילואים להערה 72. על האומר "הנח לפניך" בבית, ראה במילואים להערה 68.
ד. שו"ת יש מאין, חלק ב, חו"מ, סימן ו, כותב שלפי הסבר נתיבות המשפט, שבבית שמיוחד לו ברור שלא התכוון שהלה ייכנס וישמור, אם כן, ארצ'מחסן, שעשוי לפועלים להיכנס אליו, נחשב כחצר, והנפקד פטור משמירה.

להערה 88

א. שו"ת לחם רב, סימן קפו, עוסק במקרה שעוסק בו מעשה חייא, שהובא במילואים להערה 86, והוא אינו מזכיר אפשרות לחייבו מצד שהכניס לבית, ומכאן שהוא פוטר כאן.
ב. מחנה אפרים, שם; חסד ומשפט, שם; העמק שאלה, שם, ס"ק יב, ובהוספות בסוף השאלות לטפס דברים, עמ' סג; ורמ"צ אייכנשטיין שם — מסבירים שאף על פי שהירושלמי מחייב בבית, הפוסקים הפוטרים סבורים שהבבלי פוטר, והלכה כבבלי נגד הירושלמי. עיין בדבריהם, שהוכיחו שהבבלי פוטר.
ג. אך העמק שאלה, שאלתא כ, ס"ק יא, כותב שהרא"ש מסכים לאור זרוע, ומה שכתב: "פטור בעל הבית", שמשמע שפטור אפילו בהכניסו לבית, הוא בנכס שאין נחוצה לו שמירה. ראה בשמו במילואים להערה 86, שבוה אף אור זרוע פוטר.

להערה 93

א. דעות חולקות: שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן מח, מוכיח מרא"ש, ב"ק, פרק א, סימן ט, ששתיקה מועילה בקבלת שמירה, שהרי הוא אומר שבחמישה שומרים, אם אחד הסתלק והאחרים שתקו, הסתלקותו מועילה, מפני שבשתיקתם קיבלו על עצמם לשמור במקומו. אך יש להעיר ששם מדובר בשמירת נויקין (ראה סעיף 5, במילואים להערה 118 ולהערה 129), ועוד, ששם כבר היו חייבים בשמירה ועכשו באים רק להוסיף כמה "אחוזים" בשמירה.
ב. ב"ח, או"ח, סימן תמ, ד"ה הלכך (בדעת רש"י, הרי"ף, הרמב"ם, ומהר"ל בשם מהר"ש); אליהו זוטא, על לבוש, או"ח, תמ, ס"ק א; וחוק יעקב, תמ, ס"ק א — כתבו שבסתם חייב בשמירה, והיינו אם שתק הנפקד. הקשה עליהם שו"ת בגדי ישע (הלו"י), סימן ד, מהדין (ליד ציון הערה 72) שב"הנח" סתם פטור. יש לומר, ש"הנח" משמעותו אי רצון לשמור, ואילו שתיקה אפשר לפרש כהסכמה לשמור. רח"א מילר העלה אפשרות שהם עוסקים בהפקדה בבית, על פי האמור ליד ציון הערה 86, שבוה חייב גם אם אמר רק "הכנס". וראה במילואים להערה 82 בשם בית מועד, על שתיקת הנפקד אחרי שבעל הנכס ביקש רק רשות להכניס. וראה במילואים להערה 64 שאפשר שהסמ"ע סובר כמו שהסברנו בדעת הב"ח.
ג. בשכר: דברי מלכיאל, שם, כותב, שמשרת בשכר, שאמר לו בעל הבית לשמור משהו, מתחייב בשמירה גם אם שתק, מפני שתמורת שכרו התחייב מראש לעשות את כל מה שירצה בעל הבית.
ד. ר"י סגל, "בידני שומרים", נועם כ (תשל"ח), עמ' קכד, כותב שבעל חנות שיצא מחנותו, וביקש ממישהו שהיה שם לשמור על חנותו, ושחק הלה, שתיקתו כהודאה, ויש להניח שקיבל על עצמו שמירה. נימוקו הוא, שאין לומר ששתק רק משום שלא רצה לענות לו בשלילה משום שעשה לו טובה בעבר, שהרי היה צריך לחשוב שאפשר שבאמת בעל החנות סמך עליו, והיה צריך לסרב; ואין להניח ששתק מפני שלא היה אכפת לו, אלא ברור שקיבל על עצמו שמירה, כיוון שראה את בעל החנות הולך מן המקום ולא אמר לו שאינו מוכן לשמור. עוד נימק, שגם אם נאמר ששתיקתו לא הייתה בגדר קבלת שמירה, מכל מקום כיוון שראה שהצבב כך, חייב לשמור כשומר אבדה (אך רח"א מילר העיר שקצות החושן כתב ששומר אבדה חייב רק אם עשה קניין — ראה ליד ציון הערה 269 — וכאן הנפקד לא עשה קניין); ואין אומרים ששכנו של בעל החנות יכולים לשמור בעבורו, שהרי הוא הקרוב ביותר למקום. הוא מוסיף, שאם הוא הולך מן החנות ומשאיר אותה פתוחה לרבים, הוא חייב משום מזיק, שהרי הוא מפקיד את ממון חברו בידיים (דבריו קשים — וכי שומר שאינו עומד ליד הנכס נחשב מוזיק?), ורק אם הודיע לבעל החנות שהוא חוזר בו, אינו בגדר מוזיק. על בעל חנות המבקש מוולתו לשבת בחנות ולשמור, והלה ישב בה, ראה במילואים להערה 96.

להערה 95

א. ניתן להסיק מן הנימוק הזה, שאם ביקש ממנו בעל הנכס לשמור תמורת שכר, הוא חייב גם אם שתק, שכן הוא נהנה מנסקת

מילואים לסעיף 1(א)

השמירה, ולכן יש להניח שהסכים. ר"ח מילר הוסיף שיש לחייב כאן, מפני שיש להניח שהסכים לשמור, שאם לא כן יפסיד את שכרו, כסברת פתחא זוטא במילואים להערה 72 (ואפשר שזהו אותו טעם). אך אין ללמוד כך מדברי מלכיאלי, במילואים להערה 93, המחייב משרת בשכר ששתק, משום ששם עיקר טעמו הוא שהתחייב מראש בפירוש לשרתו, וזה כולל כל מה שביקש המעסיק אחר כך.

ב. דבר אליהו הוסיף נימוק אחר: שמאחר שיש ספק האם שתק מתוך שהסכים, או ששתק מתוך שלא היה אכפת לו, פטור משמירה מספק. על שתקת הנפקד עיין גם שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ב, סימן כח; שושנת יעקב, שג, ס"ק א.

להערה 96

א. מסר בעל הנכס ביד הנפקד, ושתק הנפקד: שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רצא (הובא בשו"ת קול בן לוי, סימן ד, דף מז ע"ג, ובחינושי ר"ע איגור, חו"מ, רצא, ב), מעלה ספק, האם יחויב כאן הנפקד בשמירה. ר"י אבולפיה, בשו"ת פני יצחק, חלק ג, חו"מ, סימן ה, לומד מסתימת הפוסקים, שגם כאן פטור אם לא קיבל על עצמו במפורש לשמור, שכן הרמב"ם, הטור והשולחן ערוך נקטו את הדין שצריך קבלת שמירה במפורש בשומר "כסף או כלים", וסתם מוסר כסף לשמירה מוסר בידו, ואף על פי כן הצריכו שקבל על עצמו שמירה במפורש. עוד הביא ראייה מהמבי"ט שהסתפק בזה, ומספק יש לפטור. אך ר' משה פרוז, שם, סימן ו (כא ע"ד), דוחה את הוכחתו, שאולי שם מדובר בשלא מטר בידו, אלא בעל הנכס הניח את הנכס בבית השומר. והוא מדייק מנכסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות לב, משו"ת לחם רב, סימן קפו (שהבאנו במילואים להערה 82), ומשו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן כג — שאם נטל את הנכס בידו הרי זה כאילו קיבל על עצמו לשמור. גם מנחה חדשה, מצווה נו, אות ד, כותב שאם ביקש ממנו לשמור, ונתן לידו את הנכס, והנפקד קיבל ממנו ושתק, חייב, מפני שזו קבלת שמירה.

ב. שו"ת הרי"ם, אהע"ו, סימן יח (ד"ה ומכל מקום), כותב שאם הגביה הנפקד את הנכס בידו, זו קבלת שמירה — משמע, אפילו שתק. ראה במילואים להערה 135, אות ד, שלפי שמחת עולם, הרא"ש מחייב אם שתק וגם עשה קניין.

ג. שו"ת חתם סופר, אהע"ו, חלק א, סימן פב (כמוסבר במנחת פיתים, חו"מ, רצא, ב, וראה בשמו במילואים להערה 226), כותב שאם נתן לו בסתם (ומדובר שנתן בידו), פטור, מפני שהוא יכול לומר שחשב שהתכוון לתת לו מתנה. אך נימוק זה תקף רק אם לא ביקש ממנו לשמור, ומשמע שאם ביקש ממנו לשמור, ושתק השומר, חייב, אם נתן בידו.

ד. חידושי הריטב"א, קידושין ח ע"ב (הובא במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ב), כותב שאם לא קיבל מבעל הנכס (כלומר, לא הסכים לשמור), וזרק את הנכס בפניו, פטור אפילו לא אמר כלום, מפני שלא קיבל על עצמו שמירה. ומשמע שמדובר שם בשנטל את הנכס מיד בעל הנכס. אך ייתכן ששם העובדה שזרק מוכיחה שאינו רוצה לשמור, ואין ללמוד משם לכל מקרה ששתק הנפקד.

ה. במילואים להערה 27 הבאנו שדברי חיים אומר שאם הניח בעל הנכס את הנכס בבית הנפקד בלי שהסכים הנפקד לשמור, ואחר כך שם הנפקד את הנכס במקום משתמר, הוא חייב בשמירה, מפני שבמעשהו זה גילה את דעתו שהוא מקבל על עצמו שמירה.

ו. שו"ת רוח יעקב, סימן יב, מביא ש"מ"ח" פסק, בראובן שאמר לשמעון: "שב בחנותי ותן עיניך בה עד שאחזור", והלה ישב בה (מדבריו משמע שמדובר שהלה שתק), נחשב שקיבל עליו חובת שמירה. ואילו המחבר עצמו פוטר, ולא התייחס לשיקול שעצם הישיבה היא קבלת שמירה.

להערה 98

א. מחבר התשובה אינו הרשב"א, כפי שמעיר שו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן נ (פב ע"ב), וכפי שמוכח מן העובדה שהוא מביא את דברי הרא"ש (שחי אחרי הרשב"א) כראיה. שו"ת חקקי לב, יו"ד, סימן מה, דף פח ע"ב (מאת ר"ח פאלאג'י, שהוציא לאור את שו"ת הרשב"א, חלק ה), נוטק שמחבר התשובה הוא ר"ש קורקוס.

ב. שו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן יג, פוטר במקרה זה מאותם נימוקים שהוא פוטר במשרתת שהכניסה חפצים לבית המעסיק (ליד ציון הערה 101): התלמיד לא ביקש רשות להכניס את הספר, והשכר שהמלמד מקבל על ההוראה אינו בשביל השמירה, והמלמד לא היה יכול לסרב.

ג. סימכה לחיים, דף קמא ע"ד, כותב שיש לפטור את המלמד מאותה סיבה שצמח צדק פטר את האשה שהחזיקה תינוק עם מטבע (ראה ליד ציון הערה 99).

ד. הרב רצון ערוטי, במכתב לר"י ליברמן מיום ט טבת תשנ"ה, פסק על פי שו"ת הרשב"א, שמורה והנהלת בית ספר אינם אחראים לחפצי התלמידים. הוא הוסיף, שבמצאיות שלנו, שהמורים מתחלפים במשך היום, בוודאי אין זה מעשי להטיל עליהם אחריות שמירה, שהרי כדי לקיימה יצטרכו לעשות רישום של החפצים בתחילת כל שיעור, והנהלת בית הספר תצטרך להעמיד שומרים מיוחדים לעניין זה. הוא הסביר שמה שנאמר בנדרים לו ע"א, שהשכר שמקבל מלמד הוא שכר על שימור התלמידים, אין הכוונה לשמור שלא ייגזק בגופם או ברכושם, אלא שלא ייגזקו מבחינה חינוכית על ידי השפעות רעות של הרחוב, כפי שהסביר הרא"ש בפירושו שם.

ה. רמ"צ אייכנשטיין, הפרדס שנה כא, חוב' ו, סימן סז, אות ד, מביא את שו"ת הרשב"א שם כאילו התשובה עוסקת במי ששוכר מקום בבית זולתו לשימוש, והכניס שם חפצים, ונפסק שם שאין בעל הבית חייב כשומר על החפצים, מפני שאינו יכול לשמרם, שהרי השוכר משתמש בהם (סברה זו אכן נזכרת שם, אלא שהמקרה הזה אינו נידון שם). וראה בשמו במילואים להערה 84.

להערה 99

א. צמח צדק הוסיף, שגם אם נטלה הדודה את המטבע מיד התינוק, והחזירה לו אותו, ואחר כך אבד, פטורה, ואין אומרים שזה שנתנה את המטבע לתינוק נחשב מעשה איבוד בפועל, ונחייב אותה מטעם מזיק — אין אומרים כך, משום שבוה שנתנה האם את

מילואים לסעיף 1(א)

המטבע לחינוך, היא איברת אותו מדעת. הוא מסביר שאינה יכולה לטעון שאין זה אבדה מדעת מפני שסמכה על הדורה שתשמור, שהרי לא אמרה כלום לדורה, ודברים שבלב אינם דברים. רח"א מילר סבור שגם אם נטלה הדורה את המטבע מן התינוק והניחה אותו במקום שמור, אין מפרשים זאת כקבלת שמירה, מפני שהמטבע כבר היה במצב של אבדה מדעת (שהרי האם לא ידעה שהדורה עתידה להניחו במקום משתמר). על דברי צמח צדק עיין אור עזרא, קובץ א, סימן י.

ב. דעה חולקת: שער משפט, צו, ס"ק ה, מעלה אפשרות שיש לחייב כאן, משום שכשסמרה האם את המטבע לחינוך, מן הסתם סמכה על אחותה שתשמור, מפני שהתינוק אינו יכול לשמור, וגם האחות מן הסתם קיבלה זאת על עצמה, כמו שמטעם זה מניחים שבעל מקבל על עצמו שמירה על נכס שאשתו שואלת (ראה בשמו בהערה 201). והוא מוסיף שלפי הסמ"ע (במילואים להערה 64) הסובר שאין צורך בקבלת שמירה, בוודאי כאן האחות חייבת. כנגד השוואה זו, כתב אבני החושן, שם, ששם הבעל חייב מפני שנהנה מן השימוש, ואילו כאן אין האם יכולה לטעון שסמכה על אחותה, שהרי אילו כן, הייתה צריכה לומר לה לשמור.

ג. הרב רצון ערוסי, במכתב לר"י ליברמן מיום ט טבת תשנ"ה, הבין שצמח צדק פוטר רק משום שהדורה לא ידעה על המטבע, אבל אם שמרטף יודע על חפץ שניתן לחינוך לשחק עמו כשהוא תחת השגחתו, הוא חייב בשמירת החפץ.

להערה 100

א. נראה שהדין כך גם אם ידע הפורע שהוא נותן יותר מדי (והייתה לו סיבה לתת לו עוד) והאחר לא ידע, מפני שגם כאן לא הייתה קבלת שמירה. אולם אם ידעו שני הצדדים שהוא אמור להחזיר לו עודף, המקבל חייב בשמירה על העודף — ראה במילואים להערה 27, בשם הרי בשמים.

ב. ראה במילואים להערה 216, בהשלכה מדברי כסף הקדשים על דין מקח טעות.

ג. לגבי מקרה הפוך, שהפורע לא הבחין בטעותו והאחר הבחין, אלא שלקח את היתרה מתוך האפשרות שהפורע היה חייב לו כסף בעבר — בזה מסופק כסף הקדשים, שם, האם הוא חייב בשמירה: מצד אחד לא הייתה בקשה מצד בעל הכסף שישמור; אך מצד שני, אילו היה הפורע מבחין בטעות, היה דורש מחברו את היתרה בחזרה, ולפחות היה דורש ממנו לשמור. הוא כותב שאם התכוון המקבל לגנוב את הכסף תוך ניצול טעותו של הפורע, הוא יחויב באחריות בתור גולן. רח"א מילר סבור שאם התכוון המקבל ליטול את הכסף כפירעון לחוב ישן שהיה הלה חייב לו (ולא שהיה מסופק אם היה חוב כזה, ככנידון כסף הקדשים), הוא בוודאי פטור משמירה, שהרי לא התכוון לקבל על עצמו שמירה מכיוון שחשב שזה שלו, כסברת מרחשת בסמוך, שהחושב שהנכס שלו — פטור משמירה.

ד. דוגמאות נוספות להפטר משמירה משום שהנפקד חשב שהנכס שלו: שו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן כג, בסופו, כותב שאין חיוב שמירה בשניים שנתחלפו בגדיהם בבית הכנסת וכדומה (כל זמן שלא נתגלתה הטעות), מפני שכל אחד חושב שמה שבירדו הוא שלו. גם ר"מ קרישפיין, בשו"ת משאת משה (ישראל), השניות, חו"מ, סימן ח, כתב שאינו חייב בשמירה מפני שלא קיבל על עצמו שמירה (משמע — גם אחרי שנודעה הטעות). וראה סעיף 1(ג), במילואים להערה 102, שיש מי שאומר שהם שומרי שכו. על מקרה שנתגלתה הטעות ואחר כך אבד הנכס, ראה במילואים להערה 263, בשם משאת משה.

ה. מרחשת, חלק ב, סימן לב, ענף א, אות ב, כותב שמי שגול נכס וחושב שמוחר לו לקחתו, אין עליו אחריות שמירה, מפני שהוא טועה בדין ולא קיבל על עצמו שמירה. הוא מוסיף, שאינו חייב מטעם שומר אבדה, מפני שהנכס לא בא לידי בתורת אבדה (הוסיף רח"א מילר: ולא ידע שזו אבדה), ואינו מחויב בהשבתה ולא נתחייב בהגבהתה, וכשהגביה לא התכוון להגביה עבור בעליו אלא עבור עצמו, והנכס כאילו עדיין מונח על הקרקע. על אחריות מטעם שומר אבדה בכיוצא בזה, ראה במילואים להערה 263.

ו. ר"ג נוסבוס, מקבציאל י, אלול תשמ"ו, עמ' קלד"קלו, מציין (תוך עיסוק בקונה במקח טעות — ראה במילואים להערה 216) מקרים אחדים שנפסק בהם שאם הנפקד חושב שהנכס שלו, הוא פטור משמירה, ואין אומרים שחייב מתוך הנחה שאילו ידע שאינו שלו היה מסכים לשמור, אלא אומרים שאולי לא היה מסכים לשמור: ירשי שומר שלא ידעו שהנכס מופקד (ליד ציון הערה 117; אך שם פטורים גם אם ידעו); ובעל שאשתו שאלה נכס וחשב שהוא שלה (ליד ציון הערה 189; אך בזה יש מחלוקת — ראה במילואים להערה 201). עוד הוא מביא לענין זה, את דברי נתיבות המשפט, עב, ס"ק יב, ששמעון שמישכן נכס ללוי, והתנה שאם לא יפדנו עד זמן פלוני, יהיה שלו, ולוי נתן אותו במתנה ליהודה — יהודה נחשב שומר כלפי שמעון רק אם ידע שלוי קיבל את הנכס משמעון רק באסמכתא, שמאחר שידע שזו אסמכתא ושאפשר שאין תוקף למתנה (וגם אם לא ידע את ההלכה, היה צריך ללמוד דיני אסמכתא ולדעת שאפשר שאין תוקף למתנה), יש להניח שהוא מתכוון להיות שומר אם אין המתנה קיימת, שאם לא כן לא היה צריך ליטלו בכלל; ומכאן שאם לא ידע שלוי קיבל את הנכס באסמכתא, פטור משמירה לגמרי (וקצות החושן, עב, ס"ק לה, כתב שפטור אם לא ידע את האמת מפני שזה כאונס. לעומת נתיבות המשפט שנקט שאינו שומר בכלל).

ז. כמו כן, פתחי חושן, הלכות פיקדון, פרק ד, הערה כ, כותב שמי שנתנו לו נכס וחשב שהוא שלו או של המוסד שהוא מנהל, והוא הניח אותו במקום שאינו משתמר בו, פטור, ואין עליו דין שומר כלל, מפני שחשב שהוא שלו. שו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קסו, פוטר באותו מקרה מתוך השוואה למעשה בשומר שנתן את הנכס לאמו ואמר לה שהוא שלו, שהאם פטורה כלפי בעל הנכס מפני שלא ידעה שהנכס שייך לאדם אחר (סעיף 7, הערה 416).

ח. ראה עוד בסעיף 1(ג), במילואים להערה 403, בשם ר"ע אופמן, בענין חיוב שמירה על סבלונות אם השידוך התבטל, שגם שם חשב הנפקד שהנכס שלו. וראה חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 85, הערה 56, על אחריותו של מי שחשב שהנכס שלו.

להערה 101

א. הוא הוסיף, שאף על פי שהנותן רשות לאחר להכניס נכס לביתו חייב בשמירה (ראה ליד ציון הערה 86), יש הבדלים בין המקרים. א) שם הוא חייב משום שברור שקיבל על עצמו לשמור, שאם לא כן היה צריך לייחד לו מקום או לסרב להכניסו, אבל כאן הרי המעסיק מוכרח להחזיר למשרתת להכניס את חפציה לביתה, ואם כן, הסכמתו להכניס אינה מעידה על הסכמה לשמור.

מילואים לסעיף 1(א)

ב) כאן אפשר שהוא התכוון שהיא תשמור עליהם מכיוון שהיא נמצאת בבית, מה שאין לומר כן באדם זר. ג) שם ביקש רשות להכניס, ובעל הבית הסכים במפורש, ולכן העובדה שלא ייחד לו מקום מוכיחה שהוא מסכים לשמור; אבל כאן לא ביקשה רשות להכניס, שהרי זה מובן מאליו, וגם אם אמר למשרתת: "בואי לכאן עם הפצוץ", אין זה נתינת רשות להכניס, אלא כוונתו לומר שתבוא לעבוד כמשרתת. הוא מביא ראיה מנתיבות המשפט, קצו, סי' טו, המסביר ששותף אינו נעשה שמור על חלקו של שותפו בזה שהכניס את נכס השותפות לביתו, מפני שאין מפרשים זאת כהסכמה לשמור על חלקו של השותף, אלא מפרשים שהכניסו לביתו כדי לשמור על חלקו בנכס (ראה סעיף 1(ג), הערה 334), ואף כאן, יש לו טענה להסביר מדוע לא סירב.

ב. אך ר"ז גולדברג העיר שבמשרתת יש לפטור מטעם "בעלי עמו" – המשרתת, בעלת הפיקדון, עובדת בשביל ה"שומר".

להערה 104

א. מקרים שונים שעלתה בהם השאלה האם הנפקד הסכים לקבל על עצמו חיוב שמירה: שו"ת מהריב"ל, חלק א, סימן צו, עוסק בראובן שביקש משמעון: "מאחר שאתה נוסע לתורכיה בספינה פלונית, שמור לי על סחורה שיש לי בספינה זו", ושמעון הסכים. הוא פוסק שזו נחשבת הסכמה לקבל שמירה. שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן כג (מד ע"א), לומד מדברי מהריב"ל למקרה אחר: אם כתב שמעון לראובן לתת נכס שלו לנכרי פלוני שהוא שלוחו (של שמעון), ראובן חייב בשמירה, קל וחומר מהמקרה של מהריב"ל, ששם הנפקד חייב אף על פי שהנכס לא הגיע לידו, אלא בעל הנכס הניח אותו בספינה. הוא מסביר (והובא בשו"ת באר המים, מגשה, סימן קכד), שהחייב באמירת "הנח לפני" (ליד ציון הערה 65) אינו דווקא כשהנכס מולו, כשענינו רואות, אלא די שיהיה הדבר בידיעתו ובהכרת רצונו, שהניחו במקום שהוא מונח, "הניחהו במקום שאני יודע שהוא נתון שם". ראה בשמו על מקרה זה גם במילואים להערה 80. לגבי מקרה שאמר שמעון לראובן: "אם אפתוס את הספינה בעיר ראגודה אעלה עליה", מהריב"ל פוסק שאף על פי שמחמת הבטחתו לא שלח ראובן אדם אחר לשמור, אין זו קבלת שמירה, מפני ששמעון לא היה בטוח שימצא שם את הספינה, ואם כן בעצם ראובן לא סמך על שמעון, ולא עשה מעשה על פיו (זה דומה לאמור ליד ציון הערה 54, שהנפקד חייב רק אם הסתלק בעל הנכס מהשמירה על פי בקשת הנפקד), ואף שמעון לא קיבל על עצמו את השמירה, ואולי אילו היה בטוח שימצא את הספינה, לא היה מקבל על עצמו לשמור. ר"מ גלנטי, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ו, לומד מנימוקו של מהריב"ל, שאם היה ראובן בטוח שיוכל שמעון לתפוס את הספינה, חייב שמעון בשמירה.

ב. שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קפו, כותב שראובן שביקש משמעון לפרוט לו שטר של מאה שקלים, לשטרי עשרות, ושמעון נתן לו את שטרי העשרות, וראובן הניח בפניו על השולחן את שטר המאה, אין שמעון נעשה שומר על שטר המאה (שאינו שלו עדיין, כיוון שמטבע אינו נקנה בחליפין, אלא רק במשיכה), מפני שלא הביע הסכמה לשמור.

ג. שו"ת חלקת יעקב, חלק ד, סימן כב, פוסק שבית כנסת שנסגר, ושמו ספר תורה מבית הכנסת ביישיבה מסוימת – הישיבה פטורה משמירה מפני שלא קיבלה על עצמה לשמור, ודבר מצוי הוא שאדם שיש לו ספר תורה ואין לו מקום ראוי להחזיקו, מקבץ ממישהו להחזיק את ספר התורה אצלו במקום ראוי, ולא כדי שיתחייב בשמירה. אבל הוא מעלה אפשרות הפוכה: שאחרי שבספר תורה יש קדושה וצריך שמירה יתרה, גם אם אמר רק "הנח", קיבל על עצמו שמירה. בשאלה דומה, שו"ת קקקי לב, יו"ד, סימן מח (פח ע"ב-ע"ג), פוסק שאם מישהו משאל ספר תורה לבית כנסת, אין חיוב שמירה, מפני שהציבור והחזן לא קיבלו על עצמם שמירה, ובעל הספר הביא אותו על מנת שיקראו בו בציבור; ועוד, שבית הכנסת אינו רכוש הציבור, אלא הרי זה כאילו בעל הספר מצניע אותו ברשות שלו. הוא מושהו זאת לפסק של שו"ת הרשב"א על מלמד (ליד ציון הערה 97 וליד ציון הערה 105), ששני נימוקיו תקפים כאן: א) בעל הספר לא ביקש מהציבור לשמור, ב) הציבור אינו מסוגל לשמור על הספר, שהרי מטרת בעל הספר היא שיקראו בו, ובוודאי אינו רוצה שיצניעו אותו.

ד. רש"ז ורדאן, אהל יצחק (סטמור), שבט תרע"ב, סימן י, מסופק במי שגבה חוב עבור חברו, ושלחו לו בדואר – האם קיבל על עצמו שמירה על הכסף.

ה. שמעתתא דרבא, חלק ב, אהע"ז, סימן א (עמ' קג), עוסק במי שלקח מטבע של חברו מעל השולחן להביט בה. הוא כותב שדינו תלוי במחלוקת (ראה סעיף 1(ג)), ליד ציוני הערות 335-336) בעניין ניוק שהפס שור חם – האם הוא חייב בשמירה על חלקו של המזיק, אף על פי שבעל הנכס לא נתן לו לשמור. והוא כותב, שאם לפני כן דיבר בעל המטבע על אפשרות להשליש בידו את המטבע, יש להניח שלקח את המטבע על דעת כן, וחייב בשמירה לכל הערות, וגם אם בלבו לא התכוון לזה, אלו "דברים שבלב" שאינם דברים.

ו. אשה עמדה לעזוב את ביתה כשסיר מונח על כירי הגז, וביקשה מחברתה לכבות בעבורה את הגז בביתה, וחברתה הבטיחה לעשות כן. שכחה, והסיר התקלקל, והגז נגמר – האם היא חייבת על הגז ועל הסיר מדין שומר? לדעה שנתקד חייב רק אם עשה קניין (ליד ציון הערה 127), ודאי שהיא פטורה. נראה שגם לדעה שאין צורך בקניין (ליד ציון הערה 135) היא פטורה, מפני שאין כלולה בלשון זו קבלת שמירה על הגז או על הסיר, שהרי מקובל שבין שכנות אין יחסים משפטיים בכגון זה, ולכן סביר להניח שלא התכוונה לקבל על עצמה שמירה.

ז. בשאלה האם שכיר יום, שאסור לו לקבל שכר בשבת, הוא שומר חנם בשבת או פטור לגמרי, מפני שלא התכוון לקבל על עצמו שמירה בשבת, ראה סעיף 1(ג), ליד ציוני הערות 25-26. בשאלה האם שוכר בית חייב בשמירת המיטלטלין שבתוכו, ראה במילואים להערה 29.

להערה 105

א. כמו כן, שו"ת השמיים החדשים, חו"מ, סימן רלח, כותב שמלמד ילדים אינו חייב כשומר על בגדי הילדים, מפני שאינו יכול לשמור, שהרי המלמד הולך לביתו כמה פעמים לצרכים שונים, כגון לסעוד, ואז הוא מניח את הילדים לבדם בבית הספר. הוא מסביר שזה שונה מרועה בשכר שהוא חייב אם נכנס לעיר אפילו בשעה שרוגלים להיכנס (ראה סעיף 2(ב)), ליד ציון הערה 46, מפני שעיקר תפקידו הוא לשמור מפני גנבה ואבדה, שלא כמלמד, שעיקר תפקידו ללמד; ואף על פי שהמלמד מקבל שכל, השכר

מילואים לסעיף 1(א)

- א. אינו על השמירה אלא על ההוראה (ראה סעיף 1(ג), הערה 66). עוד נימק, שזה נחשב אגדה מדעת מצד אבי הילד, כמו אב השולח צלוחית עם בנו לחנווני לקנות שמן (שו"ע, חו"מ, קפח, א).
- ב. חסד ומשפט מקביל זאת לעומת הדין שנביא בסעיף 2(א), הערה 176 (ראה גם לעיל במילואים להערה 82 ולהערה 86). ששומר רימוני כסף של ספר תורה צריך לנעול אותם בתיבה, אף על פי שבאים ליטלם בימים מסוימים, ובימים ההם אינו יכול לשמור. הוא מסביר את ההבדל, ששם יש ימים קבועים שהם באים ליטלם, ובשאר הימים ודאי שלא יבואו, ולכן יכול לשמור בשאר הימים, ואילו כאן בכל רגע עלול הילד לדרוש את הספר, ולכן אינו יכול לשמור בשום זמן.
- ג. היסוד הזה, שנפקד פטור אם אין לו אפשרות לשמור, נכון גם לדעה המחייבת שומר שלא עשה קניין (ליד ציון הערה 135).
- ד. סיבה נוספת לפטור שומר שאין לו שליטה על הנכס, היא שבעל הנכס לא הסתלק מהנכס בהסתמכו על השומר. ראה במילואים להערה 144 בשם אבן האול.
- ה. אך ראה במילואים להערה 104, שמהריב"ל ומהר"ש הלוי מחייבים במקרה מסוים אף על פי שהנכס נמצא חרוק מן הנפקד, משום שהנפקד ביקש מבעל הנכס להניחו באותו מקום.

להערה 106

כסף הקדשים כותב שגם האחראי הטכני פטור משמירת החיטים, אפילו אמר לבעל החיטים: "הנח לפני". מאחר שמקובל שהאחראי עוסק מאור בטחינה, ומאחר שהרבה אנשים מצויים שם, אינו יכול לשמור על החיטים, ולכן יש להניח שלא התכוון לשמור. זאת במיוחד כשמדובר בשווא אינו מצוי במקום בשבת, ובוודאי אינו יכול לשמור או על החיטים. אך נראה מלשונו שאינו פטור אותו לגמרי משמירה (בנימוק שאי יכולת מצביע על חוסר הסכמה), אלא רק מקיל באופן השמירה המוטלת עליו, כיוון שבעל החיטים הפקיד אצלו על דעת שישמור שמירה פחותה.

להערה 108

א. אם טעה גם בעל הנכס: מהרי"ק כותב שהנפקד פטור גם אם טעה בעל הנכס ולא ידע שנכסים אלו חייבים במכס. עמר משפט, קפה, ס"ק א, מקשה עליו, שמוכח מהמקרה של שור בלי שנייים (ראה סעיף 4, פרק ח), שאם בעל הנכס לא ידע על המום, שומר שכר חייב על שלא בדק, ואילו מדברי מהרי"ק מוכח שהוא פטור גם בשומר שכר? יש להשיב, שכאן יש לפטור יותר מפני שבעל הנכס אמר בפירוש שהנכס פטור ממכס, שלא כמו בשור. רז"ג גולדברג הביא סייע לשער משפט ממחר"ח אור זרוע, שבסמוך, המחייב שומר שטעה אם גם בעל הנכס לא ידע (אך גם שם לא הטעה אותו בעל הנכס בפירוש). מחלוקת זו דומה למחלוקת ליד ציון הערות 158-159, האם שומר שטעה בהערכת שווי הנכס פטור (מהערך האמיתי) אם לא הטעה על ידי בעל הנכס. אך רח"א מילר סבור שכאן שומר שכר ושואל חייבים אם לא ידע בעל הנכס, מפני ששומר שכר או שואל היו צריכים לברר אילו סכנות צפויים לנכס (כדעת עמר משפט, המחייב בשומר שכר), ודווקא אם הוטעו, חייבים, מפני שבעל הנכס גרם את הנוק לעצמו; ואילו שם אפשר שאפילו שומר שכר או שואל פטור גם אם לא ידע בעל הנכס את הערך האמיתי, מפני שסוף כל סוף לא קיבל על עצמו שמירה על הערך הנוסף, וכשאין חיוב שמירה אין הבדל בין שומר חנים לשומר שכר. אך אין הבחנתו נראית, שהרי אמרנו שגם ההפטר כאן הוא משום קבלה חלקית של שמירה, כלומר, שכלל לא קיבל על עצמו לשמור מפני נזק פלוני, וזה יכול לפטור גם שומר שכר ושואל.

ב. דבר שמואל מוכיח מדין זה שאם לא תיאר בעל הנכס את המצב בפירוש, יכול השומר לומר: "אילו ידעתי שזה המצב, לא הייתי מקבל". אך יש לדחות את ההוכחה, שאולי כאן פוטרם דווקא מפני שהטעה את השומר בפירוש (בשוגג או במזיד) — שאמר לו שהנכס פטור ממכס; אולם מהרי"ח אור זרוע פוטר אף שלא הטעה אותו בפירוש.

ג. מקרים נוספים ששומר פטור בשל טעות: שו"ת מהרי"ח אור זרוע, סימן רס, פוסק שמי שהשאל לחברו סוס גנוב, והמשאל ידע שהיה גנוב, ולא הודיע לשואל שייחור שלא יקחנו בעליו, והנכרי בעל הסוס לקח את הסוס מן השואל באונס או בערכאות הנכרים, השואל פטור מלשלם למשאל, מפני שלא קיבל על עצמו שמירה של סוס גנוב, שהוא קשה יותר לשמור מסוס רגיל, מפני הסכנה שבעליו יתפוס אותו; אבל אם המשאל הודיע לו, השואל חייב; וכן, אם גם המשאל לא ידע שהוא גנוב, ולכן לא הודיע לשואל, השואל חייב, שהרי שואל חייב באונס. המקרה הנדון הוא שהמשאל קיבל את הסוס מנכרי אחר (שואל הוא הגנב) כמשכון, ונמצא שהפסיד את חובו על ידי שנלקח ממנו הסוס. למעשה יש כאן שומר שמסר לשומר, שהרי המשאל הוא שומר על המשכון, והשואל שומר משנה, והמשאל מפסיד את חובו כתשלום על אבדן המשכון, והשואל, שומר המשנה, משלם לו. רז"ג גולדברג הקשה, הרי כיוון שהסוס גנוב, לא יכול לחול חיוב שמירה כלפי המשאל, שאינו בעל הסוס (ראה סעיף 13, ליד ציון הערה 130, בשאלת אחריות שומר שהנכס הופקד אצלו על ידי מי שאינו בעל הנכס החוקי)? ותירץ, שמדובר בשעשה קניין סודר להתחייב לשלם למשאל אם יאבד (ואין חיובו מדין שומר רגיל); או כגון שקנאו המשאל בייאוש ובשינוי רשות, אלא שבדיני הנכרים הגנב יכול להוציא מן הגנב אפילו אחרי ייאוש ושינוי רשות, ולכן הייתה חלה אחריות שמירה אילו ידע שהסוס גנוב.

ד. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן קעה, פוסק ששומר שחשב שהיו "בעליו עמו" בשעת ההפקדה, ובאמת לא היה כן, שאמנם האיש שהפקיד אצלו את הנכס עבד עמו, אבל אותו אדם לא היה בעל הנכס אלא היה עובד שלו, ובוה אין פטור של "בעליו עמו" — השומר פטור, מפני שלא פעל על דעת להתחייב, ולכן לא קיבל על עצמו חיוב שמירה. גם פרי החיים, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ב, יא; נתיבות המשפט, שמו, ס"ק ח"ט; ושו"ת ספר המאור (פרייל), סימן סח וסימן ע, כותבים ששומר חנים פטור אם טעה בכיוצא בזה וחשב שהוא פטור מטעם "בעליו עמו". פרי החיים נימק, שעל שומר חנים אין מוטל לברר האם המפקיד הוא אכן בעל הנכס (אך עיין בספרו, לחקרי הלכות, סימן רד, שדין שומר שכר ושואל שונה); וראה גם להלן, במילואים להערה 192, וסעיף 7, הערה 416. שואל ומשיב מביא שמחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן א, במסקנתו, פוטר גם שואל בכיוצא בזה, והוא מסכים אתו. אך מדברי מחנה אפרים נראה שבמסקנתו הוא מחייב בפשיעה, בנימוק שלא ייתכן שמי שמקבל על עצמו לשמור, יופטר מפשיעה, ואף על פי ששומר יכול להתנות להפטר בפשיעה (סעיף 14, הערה 5), זה דווקא אם התנה בפירוש (ולא דק בית יעקב, רצא, כו, המביא כאילו מחנה אפרים מחייב רק על סמך הדעה שאי אפשר להתנות להיפטר מפשיעה). כמו כן, שו"ת ברכת רצה,

מילואים לסעיף 1(א)

סימן ז, בהגות "מלחמות אריה", כותב (בשם "הקדמונים"), שאם בעת קבלת השמירה חשב "בעליו עמו", והתברר שטעה, כגון שזה היה של אדם אחר, הוא חייב. הוא נימק, שגם על שומר ש"בעליו עמו", יש תורת שומר. גם שבילי דוד, שנביא במילואים להערה 192, מחייב כאן. בעניין זה עיין גם אבני החושן, רצא, ס"ק יט. על דברי מחנה אפרים עיין מנחת עני (שטרק), רצא, על ש"ך, ס"ק מא.

ה. ערוך השולחן, שם, קובע כלל: כל שאמר לו בעל הנכס שהשמירה קלה, ונמצא שהיא קשה וכבדה, פטור משמירה. ו. שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ג, סימן ו, כותב שברוך כלל שומר שלא הביא את דברי בעל הנכס, וחשב שלא יהיה נידון אפילו כשומר חנים, פטור, מפני שמעולם לא נעשה לו שומר. אך בנידונו הוא אינו פטור על פי טענה זו. הוא דן בנפקד שטעה וחשב שהכסף המופקד הוא לחשבון הקהל, ובאמת היה של אדם אחר, שהפקידו אצלו, והנפקד טען שמעולם לא קיבל על עצמו שמירה כלפי אדם זה. הוא פוסק שהנפקד חייב בשמירה, מפני שבנידונו בעל הכסף הסביר לנפקד היטב את מה שרצה ממנו, כך שהנפקד היה צריך לדייק היטב בכתב ששלח לו בעל הכסף, ולרדת לעומקם של דברים, כיוון שכבר היה שומר שלו לפני כן (על ממון אחר). ז. ראה גם במילואים להערה 100, על הפטר שומר שחשב שהנכס שלו; ולדי צייני הערות 149 ו-167, על הפטר חלקי בשל טעות בהערכת שווי הנכס; וסעיף 13, הערה 54, בעניין קבלת שמירה על הקדש, בטעות, ושם במילואים להערה 89, אות ט, בשם חוות יאיר, על קבלת שמירה על צדקה, בטעות. ועיין שו"ת מהר"ש צדור, סימן יז, על הפקדת מטבעות שהשלטון אסר להחזיק, כשהשומר לא ידע זאת.

ח. חריג: בסעיף 4, ליד ציון הערה 100, נראה שערך ש"י מחייב ב"מתה מחמת מלאכה" במי שקיבל נכס להשאלה ממי שאינו בעל הנכס, וחשב שבעל הנכס ידע על ההשאלה — אף על פי שטעה, הרי מויק בשוגג חייב, והשימוש שעשה הוא בגדר מויק. בכך שונה מקרה זה מהמקרים שפטרנו בהם כאן בנימוק שקבלת השמירה הייתה בטעות, מפני שבמקרה זה גם הוא אדם זר, הוא חייב על שמוק בפועל.

להערה 109

אור שמח שם (הובא בגידולי שמואל, ב"ק מה ע"א), נימק שאילו ידע הנפקד את האמת, לא היה רוצה שהנכס יהיה ברשותו, ולכן הרי זה כאילו בעל הנכס מסר לו נגד רצונו, ולכן נשאר חיוב השמירה על בעל הנכס. הוא פטר גם בשתי הדוגמאות שהביא מחנה אפרים — ראה במילואים להערה 110.

להערה 110

א. כמו כן, שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ט (הובא בדברי גאוני, כלל צו, סימן יב), עוסק בחיוב שומר ספר שלא הייתה בו חותמת של הממשלה בזמן שהיה חוק שספר בלי חותמת יוחרם. הוא כותב שהשומר חייב דווקא אם ידע שאין בו חותמת, אבל אם לא ידע, הוא פטור, מפני שבעל הנכס הפסיד לעצמו בזה שלא הודיע על כך לשומר. מנימוק משמע שאינו פטור לגמרי משמירה, אלא פטור רק על שלא נזהר מפני בודקי הספרים מטעם הממשלה, כדעת מחנה אפרים.

ב. מחנה אפרים מביא דוגמאות לחיוב: (א) מי שקיבל לשמירה מטבעות, והתברר שהיו מסוג שהשלטון אסר להחזיקם, ולבסוף אבדו — אין השומר פטור משמירה בנימוק שאילו ידע שהם מסוג האסור בהחזקה היה מסרב לשמורם מחשש שיתפס על ידי השלטון, כיוון שבסופו של דבר זה לא קרה, אלא קרה נזק אחר. (ב) מי שקיבל שור לשמירה, והתברר אחר כך שהוא רגיל לנגון ולהזיק, ואבד השור — השומר חייב לשלם, ואף שאילו ידע שהשור נגזן היה מסרב לשמור, מחשש שהשור יגח אחרים והוא יחויב בנזק, מכל מקום הוא חייב כיוון שבסופו של דבר לא קרה דבר זה אלא קרה נזק אחר. הוא מביא ראייה לכך מב"ק מה ע"ב, ששם נאמר שאם ידע השומר שהשור נגזן, מניחים שקיבל על עצמו שישמור שלא יזיק השור לאחרים, ולא שלא יזוק השור על ידי אחרים (ראה הערה 166); משמע שאם לא ידע שהשור נגזן, הוא חייב לשמור שלא יזוק השור. אך יש לדחות, ולדייק שאם לא ידע, פטור לגמרי מחמת הטעות.

ג. שער משפט מביא ראייה לדיעה זו מהדין ששומר מטבע של זהב וחשב שהוא של כסף חייב באחריות שמירה לפי ערך מטבע של כסף (ליד ציון הערה 149), והלא לדעת מהרי"ק, היה צריך להיות פטור לגמרי משמירה בשל הטעות. הוא דוחה את הראיה שמביא מהרי"ק לדיעתו (עיין שם), ומסיים שדברי מהרי"ק צריכים עיון.

ד. ערך ש"י, חו"מ, רצא, ד, משיב על ראיית שער משפט ממטבע זהב, ששם אינו יכול לטעון שאילו ידע שזה זהב לא היה מסכים לשמור בכלל, שהרי שמירת מטבע זהב אינה קשה יותר משמירת מטבע כסף (ראה ליד ציון הערה 157 ובמילואים שם), ודי שנפטור אותו מההפרש בין זהב לכסף; אבל כאן יוכל לטעון, שאילו ידע שהספר חייב במכס, לא היה מסכים לשמור בכלל, גם אילו בעל הנכס היה מוחל לו על החיוב הנוסף שיש בשמירת סחורה החייבת במכס, מפני שמלבד עצם הצורך לשלם מכס, יש בסחורה זו יותר סכנת עלילה מצד השלטון, ויש יותר טרחה. מדבריו יוצא שגם מהרי"ק פטור לגמרי רק אם לטעות הספציפית של השומר הייתה השפעה על קלות השמירה בכללה.

ה. רש"י רפפורט, "קבלת שמירה — הסכם או חיוב תורה", עלון שבות, גל' 95 (סיון תשמ"ב), עמ' 10-11, כותב שלפי הרא"ש הסובר שאין צורך בהסכמת הנפקד לשמור, אלא התורה מטילה חיוב שמירה אם הסתלק בעל הנכס על דעת הנפקד (ראה בשמו במילואים להערה 80), השומר כאן חייב בנזק שלא היה תלוי בטעותו (כדעת מחנה אפרים) מפני שבעל הנכס הסתלק על דעת הנפקד, ולא משנה שלא היה מסכים לשמור אילו ידע את האמת. הוא משווה זאת לשומר אבדה שהגביה אותה מתוך שחשב שלא תהיה טרחה בשמירתה, ובאמת הייתה טרחה — בוודאי אין פוטרים מטעם טעות, שהרי התורה מטילה את החיוב. והוא כותב שהרא"ש מסכים שפטור אם קרתה פשיעה שנבעה ישירות מטעותו, מפני שזו פשיעת בעל הנכס (אשם תורם — ראה סעיף 4, פרק ז) ולא פשיעת השומר, שהרי הוא שמר כהוגן לפי מה שידע. כמו כן, הוא כותב שהרא"ש מסכים ששואל שור מועד שחשב שהוא תם משלם רק חצי נזק (כפי שמוכח מב"ק מה ע"ב), מפני שזו שמירת נזקים כלפי צד שלישי, וזה לא חיוב שהתורה מטילה אלא מכח הסכם, ולכן טעות פוטרת; ובאמת יהיה חייב אם יינזק השור. הוא דוחה את ראיית מהרי"ק משומר זהב שחשב שזה כסף: שם לא קיבל על עצמו שמירת החפץ כפי שהוא — שהוא זהב, אלא קיבל על עצמו שמירת ממון חרו (דיני זהב) כשיעור דינר כסף; אבל כאן קיבל שמירת ספר כמו שהוא, אלא שהייתה טעות ברבר אחר.

להערה 112

א. כמו כן, מן הפרשנים שדנו בירוש של שומר חינוס או שומר שוכר, האם יכול בעל הנכס לגבות מנכסים שהניח האב (ראה סעיף 5, הערה 108), מוכח שהירוש עצמו פטור. לאזכור הפטר יורשי שומר עיין פני יהושע, מעיין החכמה, ומענה אליהו, ב"מ לד ע"ב, ש"ך, חו"מ, רצה, ס"ק ת, ואבן האזל, הלכות שאילה, ח, ה.

ב. יורשי שואל חייבים בגנבה ואבדה משום שהם משתמשים בנכס (ראה סעיף 1(ד), פרק ב, 2). אולם נראה שירשי שאר שומרים פטורים לגמרי מפני שאינם משתמשים בנכס. לגבי יורשי שוכר, ראה סעיף 1(ג), פרק ג, 2, בשאלה האם הם חייבים בגנבה ואבדה מחמת רשות השימוש.

ג. ראה סעיף 1(ב), ליד ציון הערה 8, שבעל פטור מאחריות על נכס שקיבלה אשתו לשמירה (בחייה ובמותה), משום שלא קיבל על עצמו שמירה.

ד. שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ג, נוקט שאם לא ידע הירוש שזה פיקדון, או שהיה קטן (שידיעתו אינה נחשבת), הוא פטור משמירה. ראה ליד ציון הערה 117, שלידיעת הירוש יש נפקות במקרה שהזיק לנכס.

ה. יש לשאול, הלא היורשים חייבים להחזיר את הנכס לבעליו, ואם כן הם צריכים להיות חייבים לשמרו כדי שיוכלו להשיבו? התשובה לכך היא, שכשם שבכל המקרים דלעיל שפירשו בהם את דברי השומר כאי הסכמה לשמרו, לא חייבנו אותו להחזיר את הנכס לבעליו (ומאחר שלא חייבנוהו להחזיר, לא חייבנוהו לשמרו), משום שהנכס מעולם לא היה באחריותו, כך היורשים אינם מחויבים להחזיר בפועל — אין הם מחויבים לדאוג שהנכס יגיע לבעליו בשלום, ורק אטור להם ליטול אותו ולעצמם. ראה ליד ציון הערה 3-5 ובמילואים שם, על היחס בין חובת ההשבה לחובת השמירה.

ו. רח"א מילר סבור, שאם ידעו היורשים שהנכס אינו של אביהם, יש עליהם חיוב כשומרי אבדה, כפי שיש אומרים לגבי מקרים אחרים של אי קבלת שמירה — ראה במילואים להערה 263; אבל אם חשבו שהנכס של אביהם, כך שלא ידעו כלל שהוא אבדה, אין לחייבם כשומרי אבדה (ראה במילואים להערה 100 בשם מרחשת). אך רז"ג גולדברג סבור שגם אם ידעו את האמת, אין על היורשים חיוב כשומרי אבדה כל עוד לא התכוונו לזכות בנכס ולהחזירו ולשמרו בעבור בעליו.

ז. מדין זה קשה לכאורה על קצות החושן, שם, ס"ק ד, שכתב שהאב נקרא פושע אם לא הודיע ליורשיו שהחפץ הוא פיקדון, כדי שישמרוהו, ומתוך אי ידיעה זו פשעו בו (ונפקא מינה לעניין גבייה מנכסים שהשאיר — ראה סעיף 5 שם). וקשה: הרי אמרנו שהיורשים פטורים מפשיעה, ואם כן ייתכן שאפילו היה מודיע להם, היו פושעים בה, מפני שאינם מחויבים לשמרו? רז"ג גולדברג תירץ, שאילו הודיע להם שהחפץ הוא פיקדון, היו שומרים בהתנדבות אף שלא היו חייבים כלל בשמירה, או שהיו שומרים מטעם מצוות השבת אבדה, אף על פי שאין עליהם חיוב כשומרי אבדה, כאמור.

ח. בית אהרן, כתובות לד ע"ב, מקשה, מדוע לא נאמר שבני השומר ואשתו יהיו חייבים בשמירה לאחר מותו לפי העיקרון "כל המפקיד — על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד", כשם שמכוח יסוד זה זכאי בעל הנכס לתבוע את אשתו ובניו של השומר אם השומר מסר להם (ראה סעיף 7, פרק ב, 5)? הוא כותב שבאמת הדין כך, אלא שאין עליהם חיוב באונס כשואל גם אם האב היה שואל. אך אין דבריו נראים, שהלא הבאנו מקורות האומרים שירשי שומר פטורים לגמרי. שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן מח, כתב שאין מחייבים יורשי שומר מטעם שומר משנה, מפני שהשומר לא מסר להם. כמו כן, רז"ג גולדברג הסביר, שדווקא אם מסר השומר לאשתו ולבניו, יש עליהם חיוב כלפי בעל הנכס אף לאחר מות השומר מכוח "כל המפקיד" וכו', ולא פקע חיובם במות אביהם, אבל אם לא מסר להם, אין לבעל הנכס תביעה עליהם לאחר מותו, כשם שאין הוא יכול לתבעם בחיי השומר, שהרי אין אדם יכול לקבל על עצמו שמירה ולחייב בזה את אשתו ובניו בשמירה בלי הסכמתם; ומה שהשומר מת והנכס נכנס לרשותו, אין זה נחשב שהוא מסר להם לשמרו. לגבי שואל הוא עשה הבחנה: אם נתן להם להשתמש, ומת, הם חייבים כשואלים; אבל אם השתמשו בו מעצמם בחיי אביהם, הם פטורים אחרי מיתו, מפני שיש להם רשות להשתמש מכח ירושה (ראה סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 41), ולא כאילו שאלו מאביהם.

להערה 118

א. אולם הרמב"ן, במלחמות ה', ב"ק יג ע"א (ברפי הרי"ף), סבור שמזיק חייב גם באונס גמור, וכך גם דעת הרמב"ם, לפי הבנת מגיד משנה, הלכות חובל ומזיק, ו, א. האחרונים הסבירו בדרכים שונות מדוע למרות זאת אין מחייבים כאן מטעם מזיק. מעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סימן תסז, נימק, שכאן הנכס היה ברשות המזיק, הירוש, וכתב שו"ת חוות יאיר, סימן רו, שהמזיק באונס ברשות המזיק פטור. אך הוא מעיר שהסבר זה לא ייתכן לפי רשב"ם, ב"ב פה ע"א (ד"ה המופקדון), שכתב שהמקום שבו נמצא הפיקדון בחצר השומר נחשב כחצר של בעל הנכס (ראה ליד ציון הערה 382), שהרי לפיו הנכס נחשב ברשות בעליו, הניזק. נחלת דוד, ב"ק כז ע"ב, ביאר, שבמקרה הנידון בתלמוד, ששחט פרה שאולה ואכלה, אין זה מזיק כלל, מפני שהירוש אכל כדרכו ולא התכוון בכלל להזיק (וכמובן, לפי הסבר זה, אם הזיק ממש, חייבים). קהילות יעקב, ב"ק, סימן טז (במהדורה מסוימת הוא בסימן כג), הסביר על פי דברי הרמב"ן עצמו, בחידושי הרמב"ן (שנדפסו בעבר על שם הרשב"א), כתובות לד ע"ב, שאין הירוש פושע מפני שחזקה שכל מה שאדם מוצא ברשות מורישו הוא שלו, ומאחר שמסיבה זו מותר לו מדין תורה לאכול, אינו בגדר מזיק. בית מאיר, אר"ח, תמח, ב, הסביר שהירוש פטור מפני שאביו פשע כשלא הודיע לו שהנכס מופקד (כלומר, הגורם לנוק הוא אחר, ולא הירוש). תירוצו נוסף נביא ליד ציון הערה 120, בשם רביד הוהב.

ב. ניומקים שונים לפטור: בתשובת רש"י, סימן רמא, עמ' 280 (=תשובות חכמי צרפת ולותיר, סימן כט), מסביר שפטור מפני שבעל הנכס העמיד את הנכס באחריות השומר, וכשהירוש הזיק, הזיק באחריות אביו, ויכול לומר לבעל הנכס "לך אל אבי"; אבל לא כל מזיק שחושב שהנכס שלו, פטור. פסקי הרי"ד, ב"ק קיב ע"א, מסביר שהוא פטור מפני שאילו ידע שהנכס של אחר לא היה מזיק לו. כך כתבו גם קצות החושן, שם, ס"ק ז, ומחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ג. חידושי מהר"א אסאד, כתובות לד

מילואים לסעיף 1(א)

ע"ב, ביאר שאין לחייב מטעם אונס (ביורש של שואל) או מטעם חיוב שומר בגנבה ואבדה, מפני שהיורש סמך על החזקה שכל מה שתחת יד אדם הוא שלו, ועוד, שחזקת ממון מסייעת לו, שהרי הוא מוחזק. דברי משפט, רלב, יג, כתב שאין לחייבו מטעם מויק, מאחר שחשב שזה שלו. שו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן עה, מסביר בסתם, שהוא אנוס.

ג. לגבי המקרה שנידון בתלמוד, שהפיקדון היה פרה, והיורש שחט ואכל אותה בטעות, מתקשים הראשונים, הלא יש לחייב את היורש לשלם מדין גולן, שהרי מי שאוכל נכס של הזולת חייב לשלם גם אם אינו שומר שלו, מדין גולן? ותשובה אחת היא, שהוא פטור מכיוון שחשב שהנכס שלו, והתעסק בנכס ברשות, שלא בתורת גזלה אלא בתורת ירושה. כך הסבירו חידושי הרמב"ם (שנדפסו על שם חידושי הרשב"א), כתובות לד ע"ב, חידושי הרשב"א (מהר" הירשלה), כתובות לד ע"ב, ושיטה מקובצת, כתובות לד ע"ב, בשם חידושי הרשב"ד, ב"ק קיב ע"ב (ואינו בחידושי הרשב"ד בב"ק לפנינו). חידושי הריטב"א, כתובות לד ע"ב (הובא במחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן ז' נמשם הובא בדברי חיים, דיני ראש השנה, סימן ג), ובמאמר מרדכי, פונפדר, דף לו ע"ג), הסביר שמאחר שלא התכוון לגזול, אלא לקחת משל עצמו, אין לחייבו כגולן. שער משפט, עב, ס"ק לא, מסביר שאינו קרוי גולן, מפני שחשב שהנכס של אביו, ולכן לא התכוון לזכות בו ולהוציא מרשות זולתו לרשותו, ולכן לא קנאו בתורת גזולות (אך שו"ת שמן ראש, חו"מ, סימן לא, דוחה את הסבר שער משפט, בטענה שבמיטלטלין אין צורך בכוונה לקנות, שהרי ידו או חצרו קונים שלא מדעת, ועוד, שאם אכל אותו, כיוון שלעס קנה, על פי תוספות, פסחים כט ע"א, ד"ה מאן; ועיינין שם, מה שהסביר על פי דברי שער משפט לפנינו מקרה שירשו נכסים מהאב — ראה סעיף 5, פרק ג, 3). גם שו"ת אגודות אוזב מדברי, חו"מ, סימן ה, כתב שאינו גולן מפני שלא התכוון להוציא מרשות לרשות. שו"ת הרי"ם, חו"מ, סימן ו, הסביר שאינו חייב מטעם גולן, מפני שהגזול בשוגג פטור, ועוד שגולן צריך קניין המועיל במקח. אמרי משה, סימן לד, ס"ק ט, הסביר שאף על פי שסמ"ע, שמח, ס"ק כ, סובר שהגזול בשוגג חייב (שכן הוא מחייב מי שגנב בשליחות אדם אחר, אף שהשליח לא ידע שזוהי גנבה), מכל מקום כאן אין לחייב מטעם זה, משום שהיורש לא התכוון לעשות קניין כלל, מפני שחשב שהנכס שלו. משכנות יעקב, חו"מ, סימן סד (סימן מה במהדורה המקורית), נימק שרק מי שירדע שזה נכס של אחר נקרא מויק או גולן, וכאן לא היה היורש צריך לדעת.

ד. הבחנה: שו"ת שמן ראש, חו"מ, סימן לא, כותב שלפי הרמב"ם, שאינו נחשב גולן מפני שאכל ברשות, לפי זה אם לא אכל אלא הויק לנכס בפשיעה, שעבור באיסור "בל תשחית", הוא חייב לשלם מפני שהאונס נחשב אונס הקרוב לאבדה, וחייב מדין מויק. כמו כן, כפי שהעירו לעיל, מדברי נחלת דוד עולה שאם הויק שלא בדרך אכילה, חייב מטעם מויק.

להערה 122

א. התלמוד, בכתובות לד ע"ב ובב"ק קיב ע"א, אומר רק "דמי בשר בזול" (וכך הובא בחזון איש, ב"ק, סימן טו, ס"ק כא, ובראש יוסף, חו"מ, עב, כט), וכך העתיק גם הרמב"ם, הלכות שאילה, א, ה, והראשונים שצינו בהערה הם שפירשו שהכוונה היא לשני שלישי המחיר.

ב. אולם חידושי הריטב"א, כתובות לד ע"ב ובב"ק קיב ע"א, מביא שהרמב"ם כתב שדווקא בנידון בב"ב קמו ע"ב, ששם מוזכר "דמי בשר בזול", השיעור הוא שני שלישים, מפני ששם יש סיבה לשיעור זה, אבל כאן אין סיבה לקבוע שיעור זה דווקא, אלא אמרים כמה היה היורש משלם עבור בשר אילו לא היה לו בשר במבהה זו.

ג. במקור מדובר ביורש שואל, וקל וחומר שהקלה זו נוהגת גם בשאר שומרים.

ד. בשאר סוגי נכסים: חידושי הרא"ה, כתובות לד ע"ב, כותב שלחם ויין שונים מבשר, מפני שעבור קניית לחם ויין יש להניח שהיה היורש מוכן לשלם את המחיר המלא (מפני שאינם מותרות כמו בשר), אילו לא היו לו לחם ויין שהניח לו אביו (השומר, והיורש חשב שהם של האב), ולכן חייב לשלם על הנאתו את המחיר המלא, מפני שזה מה שהשתרש לו (ומביא ראיה לכך — עיין שם). אולם הרשב"ם, ב"ק קיב ע"ב (קצד ע"ב, במהר" עהרנרייך), כתב "והוא הדין לכלי שאול", משמע שלדעתו גם שם השיעור הוא שני שלישים. חידושי ר"ע איגר, חו"מ, ש"א, ג, מסתפק בשומר בגדים שמת, והיורש חשב שהבגדים של האב, והשתמש בהם, ובלו — האם הוא חייב לשלם? הוא תולה זאת בשאלה של סבלונות בקידושי טעות, שהשתמשה האשה בהם, ובלו (ראה סעיף 1(ג)), במילואים להערה 403, בשם ר"ע אופמן). בית מאיר, אהע"ז, סימן נא, כותב שבבגדים חייב היורש לשלם על כל הנוק. מנחת פיתים, חו"מ, ש"א, ג, מקשה עליו מב"ק כ ע"א, ששם נאמר שבהמה שאכלה תבואה ברשות הרבים, בעליה משלם רק דמי תבן או דמי שעורים בזול, דמי מה שנהנתה (מפני שהוא פטור מלשלם על הנוק, כמו כאן). אף על פי שעל ידי אכילתה שווה הבהמה יותר למכירה, ובכך זה דומה לבגדים. שו"ת רביד הוהב, סימן מד, אות ו, כותב שגם בשאר מאכלים ישלם היורש את מחירם בזול, והביא ראיה מב"ק כ ע"א, ומרשב"ם, ב"ב קמו ע"ב (ד"ה ושמיין), העוסק בשאר אוכלין.

ה. בשומר תרומה: חידושי ר"ע איגר, כתובות ל ע"ב, כותב שמי שהיה שומר תרומה עבור כהן, ומת, היורש לא ידע שזה פיקדון, ואכל אותה, ישלם לפי הנאת מעיו בלבד, ולא לפי ערך התרומה, כמו שכאן משלם רק לפי הנאתו (והוא מוצא מכך נפקות לעניין קם ליה דברבה מיניה — עיין שם). אך יד משה, כתובות ל ע"ב, מעלה אפשרות שאם לא היה כהן וידע שזו תרומה אך לא ידע שהיא פיקדון, ישלם את ערכה המלא, שהרי גם אילו הייתה זו תרומה של אביו, היה חייב לשלם לצאת ידי שמים, ככל זר שאכל תרומה שלו (כלומר, שהפריש מתבואתו ועדיין לא נתן ליד כהן). הוא משווה את היורש לראובן שהתכוון לגזול נכס משמעון, ואחר כך נודע שזה של לוי, שהוא בוודאי חייב באחריות, ואף כאן, היורש ידע שהוא גזול את שבט הכהנים, ורק לא ידע איזה כהן הוא גזול. הוא מוסיף, שגם אם חשב היורש שזו תרומה שקנה אביו מכהן, שאו אין בזה גזל משבט הכהנים, מכל מקום פשע, שהיה לו לחקור אם זו האמת, שלא כבמקרה שבגמרא, שלא הייתה ליורש סיבה לחשוב שהבהמה של אחר. גם שו"ת רביד הוהב, סימן מד, אות ו, כותב שגם בשאר מאכלים ישלם היורש את מחירם בזול, ומשלא העלה זאת על דעתו, פשע, מה שאינו כן במקרה שבתלמוד, שלא היה היורש צריך להעלות על דעתו שהבהמה מופקדת, שהרי חזקה שכל מה שתחת יד אדם הוא שלו. אך הוא כותב שלפי הרמב"ם, שהטעם לפטור הוא שבעל הנכס לא הודיע ליורש שהנכס מופקד (ראה הערה 120), היורש פטור גם בתרומה, מפני שהכהן היה צריך להודיע ליורש. על דברי ר"ע איגר, עיין בית אהרן (קלפיש, אב"ד וינא), ב"ק סה (דף לא ע"א בדפי הספר).

להערה 125

לפי פרישה, חר"מ, שמא, ו, וסמ"ע, שמא, ס"ק יא, אם ירצו הם רשאים להחזיק את העור אצלם, מפני שקנו אותו ב"שנינו". אך קצות החושן, שמא, ס"ק ב (הובא בשו"ת אגודות אוזב מדברי, חר"מ, סימן ה), ונתיבות המשפט, שמא, ס"ק ז, כותבים שאינם רשאים, משום שאין שני קונה כאן כמו בגזלן ובגנב, אלא שאם מכרו את העור, ישלמו את מחירו.

להערה 127

א. אך גם דעת: ר"י מיגאש, בתשובתו בשיטה מקובצת, ב"מ פא ע"א; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, שערי תשובות (מהד' בלוק), שער ב, סימן קנט, עמ' 213, ותשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן ס (הובא בשו"ת בית דינו של שלמה, חר"מ, סימן ה); מרדכי, ב"מ, סימן שעא; צורר הכסף הקצר, דרך ב, שער ט (שהמשיכה קונה שיתחייב בדיניה; ובשער י נקט בסתם שתיקנו משיכה בשומרים); תוספות, ב"ק עט ע"א (ד"ה תיקנו), ופסקי תוספות, ב"ק, סימן קפא, וב"מ, סימן קמו; חוקות הדיינים, סימן קצג; רמב"ן (כמובא בקצות החושן, שו, ס"ק א); תוספות הרי"ד ופסקי הרי"ד, ב"ק עט ע"א; ר' יונתן מלוני, ב"ק עט ע"א (במשנה ובגמרא); ספר ההשלמה, ב"ק, פרק ז, סימן ו; חידושי הראב"ד, ב"ק עט ע"א, והראב"ד בשיטה מקובצת, ב"מ פ ע"ב; מאירי, ב"ק עט ע"א וב"מ פ ע"ב; חידושי הרי"ן, ב"מ פא ע"ב; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ צט ע"א; עין חיים (חזן), חלק ג, עמ' קסא; ניםוקי יוסף, ב"מ נ ע"ב; בדפי הרי"ף (הובא בבית יוסף, חר"מ, רצא, ב); גאון, בשיטה מקובצת, ב"ק עט ע"א; שו"ע, חר"מ, שג, א; תורת חיים, ב"ק עט ע"א; שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רמא וסימן שמא; כובע ישועה, ב"ק צג ע"א, בשם הרשב"א; שלטי הגיבורים, ב"מ נ ע"ב (בדפי הרי"ף), בשם סמ"ג, עשה פט; ערוך השולחן, חר"מ, רצא, יג, בדעת הרי"ף; שו"ת מהר"ב"ח, סימן צד (הובא במשנת משפט, על חוקות הדיינים, שם); ש"ך, חר"מ, סימן רצא, ס"ק יג, וסימן שמא, ס"ק יג (הובא בערך ש"י, חר"מ, קפה, א, וע"י רט"י טיבומי, המאור, שנה ד, חוב' ה, שבט תשי"ג, עמ' 6); שו"ת חתם סופר, חר"מ, סימן ה וסימן קפו; שו"ת מהריט"ן, סימן קסח; שו"ת דברי ירבות, סימן פ; שו"ת בית דינו של שלמה, חר"מ, סימן ה וסימן ז (קנ"ג ע"ג); שו"ת לב מבין (בירדגו), חר"מ, סימן רד, סימן רח (בשו"ת) וסימן ריא; שו"ת משנת ר' אליעזר (טולידו), חלק א, חר"מ, סימן נ (פ ע"ד), בדעת הראב"ד; נתיבות המשפט, שו, ס"ק א; שו"ת תשורת ש"י, סימן תרו; שו"ת דגל מחנה אפרים (לניאדו), חר"מ, סימן ז; שו"ת הלכה למשה (מיון), חר"מ, סימן י; שו"ת דברי מלכיא, חלק ה, סימן רטו; שו"ת בר ליואי, חר"מ, סימן כז (שוו הכרעת האחרונים); צדק ומשפט, רצא, ה, גם בדעת הרי"ף, הסמ"ג, הראב"ד והרשב"א; שו"ת תועפות ראם (טוביב), חר"מ, סימן לג; שו"ת עמק הלכה (בוימל), חלק א, סימן ל (עמ' פה), גם בדעת הרמ"ה בפריטיו, בשיטה מקובצת, ב"ק צט ע"ב; רש"א רפפורט, עלון שבות גל' 95 (סימן תשמ"ב), עמ' 9, בדעת הרמ"א; חידושי הרי"ם, חר"מ, רצה, ס"ק יח (שוו דעת רוב הפוסקים).

ב. הם מסתמכים על דברי התלמוד, ב"ק עט ע"א וב"מ צט ע"א: "תיקנו משיכה בשומרים", ועל דברי היורשלים, שבועות ה, א: "ארבעה שומרין הן ואינן חייבין אלא דרך קניין" (צדק ומשפט, שו, ב, הביא ראה מהירושלמי). מקה ישראל (דייסי), עמ' 41, אות ב, ובספרו נתיבות ירושלים, על ירושלמי, ב"מ ו, ה, דוחה את הראיה מהירושלמי, בכך שיש סיבה לומר שחבל חולק על הירושלמי — עיין שם להסברו לכך. לדחייה אחרת לראיה מהירושלמי, ראה במילואים להערה 135, אות ה, בשם הנב יצחק. לפי מלחמות ה', ב"ק יז ע"ב (בדפי הרי"ף), גם הירושלמי, ב"ק ד, א, מתכוון לומר ששומר חייב רק אם משך. נידונו הוא בחיוב שומר על מה שהבהמה הנשמרת מוקה לאחרים. את הראיה מ"תיקנו משיכה בשומרים", דוחים החולקים, שהסוגיה מתכוונת לעניין אחר לגמרי — לומר שעד שמושך השואל או השוכר, יכול בעל הנכס לחזור בו (ראה ברור הלכה, ב"ק עט ע"א, ציון ח). ועיין שו"ת עונג יום טוב, סימן כג, שהביא ראה נוספת לדעה זו מב"ק שם.

ג. עוד ראיות לדעה זו: בדק הבית, חר"מ, שם, ח, מביא ראה שמתחייב רק על ידי משיכה, מן האמור בב"מ צא ע"א וכתובות לד ע"ב, ששואל מתחייב במזונות משעת משיכה, משמע שגם חיובו באחריות הוא רק מאז. גם לחם משנה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, שם, כותב שזמן חלות חיוב השומר באחריות תלוי בזמן חלות חיובו במזונות הבהמה הנשמרת. אך שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חר"מ, סימן צח, אות ה, לחקרי הלכות, סימן קמא, ושושנת יעקב, שם, ד (ס"ק ב), דוחים את הוכחת בדק הבית — עיין שם. מהר"ם שיק על המצוות, מצווה ס (נדפס גם בחידושי מהר"ם שיק, ב"מ צט ע"ב), והעמק דבר, שמות כב, יב, בהרחב דבר, מביאים ראיות שצריך לעשות קניין — עיין שם. על המחלוקת עיין חמדה גנוזה — זכר מרדכי, שו, ס"ק א; אור עזרא, קובץ ב, עמ' ע"פג.

ד. דעת התוספות: הבאנו לעיל, שתוספות, ב"ק עט ע"א, כתבו ששומר חייב משעת משיכה, והבין מכך ביאור הגר"א, חר"מ, רצא, ס"ק יג, שהם סוכרים כדעה זו. אבל בספר עושה שלום, מערכת מ (סה ע"ד), הקשה, שתוספות בב"מ כתבו להיפך, כפי שנראה במילואים להערה 135, אות ז. למעשה אין זו קושיה, כיוון שכידוע, התוספות על מסכתות שונות נתחברו על ידי מחברים שונים. מכל מקום, אכן האול, על הרמב"ם, הלכות שאילה, א, ד, כתב שבאמת תוספות בב"ק לא התכוונו לומר שבלי משיכה פטור אפילו הסתלק בעל הנכס, אלא כוונתם היא שהמשיכה מחייבת אף על פי שלא הסתלק בעל הנכס משמירתו (ראה בשמו במילואים להערה 45).

ה. דעת רש"י: רש"י, ב"ק עט ע"א (ד"ה תיקנו), כותב שתיקנו משיכה בשומרים לעניין שאינו חייב עד שימשוך. מזה למדו ש"ך, חר"מ, רצא, ס"ק יג, שלטי הגיבורים, ב"מ נ ע"ב (בדפי הרי"ף), ושו"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט, שהוא סובר כשיטה זו. גם שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חר"מ, סימן צו, אות כג, ושו"ת עמק הלכה (בוימל), חלק א, סימן ל (עמ' פה), כותבים שרש"י מצריך קניין. אך פני יהושע, ב"ק עט ע"א, כתב שאין הוכחה משם שרש"י סובר כך — עיין שם. תוספות יום טוב, ב"מ ז, י, מוכיח שרש"י סובר שמתחייב רק אם עשה קניין, ממה שכתב בב"מ צד ע"א (ד"ה אפילו): "ושומר לא נחית לשמירה עד דמשך הבהמה" (וכך כתב גם ר"ע מברטנורא, ב"מ שם). אך חזון איש, חר"מ, ליקוטים, סימן יז, ס"ק ז, דוחה הוכחה זו, שאפשר שרש"י נקט כך רק מפני שזה הדבר המצוי, שבעל הנכס מסתלק מהשמירה רק כשהשומר מושך, ובאמת אם יסתלק קודם, יתחייב השומר מאז. ר"מ פיינשטיין, מוריה י (תשמ"א), גל' ג"ד, עמ' מו, דוחה את הוכחה מרש"י ב"מ צד, שאולי כתב כך מפני שבנידון שם הייתה קבלת התחייבות מיוחדת, ולא חיוב מדין שומר.

ו. ראב"ן, ב"ק עט ע"א, פסק שאם משך רק ברשות בעל הנכס, לא נתחייב בשמירה. ושמו משפט, על חוקות הדיינים, סימן קצג,

מילואים לסעיף 1(א)

כתב שהראב"ן סובר כשיטה זו. אך ייתכן שטעמו הוא משום שלא הסתלק בעל הנכס מהשמירה, ואולי הוא יחייב ברשות הרבים גם בלי משיכה, משום שבעל הנכס הסתלק.

ז. דעת השולחן ערוך: אף על פי ששו"ע, חו"מ, סימן רצא, ה, וסימן שז, ב, מכיב את שתי הדעות, דעתו היא צריך משיכה, כמפורש בדבריו בסיומן שג, א. כך כתבו: שו"ת שם עולם (סטול), או"ח, סימן ה; צדק ומשפט, רצא, ה; שו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימנים הו; שו"ת יש מאין, חלק ב, חו"מ, סימן ו; שו"ת פקדו של יוסף, חלק ב, סימן צב (הראשון); ר"מ פרוני, בשו"ת פני יצחק, חלק ג, חו"מ, סימן ו, דף כב ע"א (והוכיח שזו דעתו, שהרי הביא דעה זו כ"ש אומרים" בתרא, ושכן עולה מדרך הבאתו בשאר מקומות), ור"י אבולפיה בהגהתו, שם (שמה שכתב צדק ומשפט, שו"ב, שברור ששולחן ערוך סובר כחוספות בב"מ, צריך לומר "דלא כתוספות"); שו"ת ר' משה מרוטנבורג, או"ח, סימן יא (יב ע"ד); אמרי הצבי, ב"ק נו ע"ב, אות ג, ס"ק ג; ר"נ בן סניור, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שצה. אך בני יהודה, דף מג ע"ד = לחם יהודה השלם, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ח, כותב שהשולחן ערוך סובר כהבחנת התוספות בין שואל לשאר שומרים — ראה במילואים להערה 135, אות ז.

ח. טענת "קים ליי": שו"ת מהריב"ל, חלק א, סימן צו (הובא בש"ך, חו"מ, שמ, ס"ק טז, ובשו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן כג, דף מד ע"א); שו"ת משפטים ישרים (חסון), סימן ע וסימן עד (דף עו ע"א); שו"ת אהלי חם, סימן יא (הובא בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ה); שו"ת חיי אריה (ליפקין), חו"מ, סימן ג, אות ז; ור"י סגל, נועם כ (תשל"ח), עמ' קיח — אומרים שהנפקד יוכל לטעון "קים ליי" כרמב"ם. גם כתב וחותם (ר"ע איגר), חלק ב, סימן יב, ומשפטי התורה (שפיץ), חלק א, סימן נא, כותבים ששומר שלא עשה קניין פטור מספק. גם דבר אברהם, חלק א, סימן א, אות ג, כותב שאנו חוששים לדעת הרמב"ם, כלומר, פוטרים מספק אם לא עשה קניין. שו"ת תשורת ש"י, סימן תרו, ערך ש"י, חו"מ, קפה, ז, ושו"ת מהר"ש הלוי שם, כותבים שבעל הנכס יכול לטעון "קים ליי" כדעה האחרת אם הוא מוחזק.

ט. קושייה על דעה זו: קצות החושן, רצא, ס"ק ה (הובא בשו"ת ר"ש איגר, חלק ב, כתבים, סימן ז, עמ' רמג, ובנתיבות יהושע, ב"מ, סימן ל), מקשה על הדעה צריך קניין, אם כן מדוע הוצרך פסוק לפטור שומר שטר (ראה ליד ציון הערה 279), הרי בלאו הכי הוא פטור, שהרי שטר אינו נקנה במשיכה אלא בכתיבה ומסירה (שו"ע, חו"מ, טו, א), שלא ייתכנו בשומר? תירוצים רבים נאמרו על כך: א) קצות החושן מתרץ, שדווקא מוכר שטר צריך כתיבה משום שהוא משייר לעצמו זכות בשטר, מה שאינו כן בהפקדה (ראה בשמו במילואים להערה 292, על בעיה דומה בחיוב שטר בפשיעה). ב) יד המלך (לנדא), על הרמב"ם, הלכות גנבה, ב, טז (הובא באושר ירוחם, סימן נב), מיישב, שהפסוק הוצרך למקרה שכתב בעל השטר לשומר "קנה לך לפיקדון שטר זה וכל שעבוד שיש בו", כגון רצעה לתת לו רשות לגבות בו את חובו, ובוה עשה קניין, ואף על פי כן הפסוק ממעטו משמירה. ג) אמרי בינה, קונטרס בריני קניינים, סימן יב (ד"ה ואין), תירץ על פי מה שכתב שם שאין צורך בקניין דווקא, ודי שיכניסו לביתו, מפני שזה התחלת מלאכת השמירה (ראה בשמו במילואים להערה 131), ולכן היה אפשר להתחייב כך בשמירת שטר — על ידי הכנסה לביתו, ולכן הוצרך פסוק לפטור (הוא מתרץ כך קושייה דומה בשומר הקדש — ראה סעיף 13, במילואים להערה 46). כך תירץ גם תורת מיכאל, סימן כה, שמטרת הקניין היא להכניס את הנכס לרשותו מפני שצריך לשמור כמו ששומר את שלו, ולכן בשטר די להכניסו לרשותו. שכן הוא שומר על שלו, ואין צריך מעשה שמועיל במכר. גם מעייני החכמה, ב"מ נח ע"א, מהדורא בתרא, אות קע, תירץ, שהקניין כאן אינו כדי שהשומר יקנה את הנכס לגמרי, שהרי הנכס עדיין ברשותו בעליו, שיכול להקדישו (ראה במילואים להערה 381), אלא הקניין הוא רק כדי שהנכס יהיה ברשותו, ולכן די בזה שהשטר יהיה ברשותו (על ידי משיכתו), כדי שיהיה חובו שומר, ואין צורך בכתיבה. ד) מעייני הישועה (מוגדורובין), ב"מ נו ע"ב (ד"ה יצאו), ותורת מיכאל, סימן כה, בתחילתו, מסבירים שדווקא במכר אין משיכה מעילה, מפני שהקונה רוצה את החוב, לא את הנייר, אבל בשמירה הוא שומר על הנייר, שהרי אי אפשר לשמור על החוב, אלא שהשומר מקבל על עצמו שאם יאבד הנייר, ישלם את החוב, והכול תלוי בכוננת השומר, כדברי תוספות, כותבותו נו ע"ב (ד"ה הרי). כך תירץ גם אבני החושן, רצא, ס"ק ה, שהכתיבה נחוצה רק כדי לקנות את השעבוד, ואילו שומר אינו צריך לקנות את השעבוד, אלא לשמור על הנייר, ולכן די במשיכה (והוסיף שיש אומרים שגם במכירת שטר, משיכה לבדה מועילה במקצת, לעניין שאין הקונה חייב להחזירו, ואם כן תוכל להועיל גם בחיוב שומר). גם מנחת עני (שטרק), רצא, על קצות החושן, ס"ק ה, הסביר שדי שהנפקד ישה קניין בחפץ שהוא מקבל לשמור, ואינו צריך לקנות את מה שמסתפק ממנו; ושומר שטר שומר על הנייר ולא על החוב, ומשיכתו מועילה לקנות את הנייר, וגם לדעה שאינה מועילה במכר לגבי הנייר של השטר, היא מועילה בנתינת מתנה, כמו שכתב ש"ך, חו"מ, טו, ס"ק ו. גם שו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צו, אות כב, מסביר, שהיינו חושבים שמאחר שהמשיכה מועילה לחייבו על ערך הנייר (ראה בשמו במילואים להערה 318), ממילא היא תועיל לחייבו גם על ערך החוב, ולכן צריך פסוק לפטור אותו. גם אמירה נעימה תניינא, חלק א, מאמר קד, מסביר שרק במכר, שבא לקנות קניין גמור, משיכת השטר אינה מועילה לקנות את שעבודו, מפני שהשעבוד אינו בידו שיהיה אפשר למכרו, אבל שמירה היא על גוף השטר, ואינו בא לקנות קניין גמור אלא קניין של התחייבות לשמור, ואת גוף השטר, בלי השעבוד, יכול למכור מן התורה, ולכן מועילה בו משיכה (ועיין שם תירוצים נוספים לקושייה זו). ה) נפש חיה, ב"מ כט ע"ב, מיישב, שהקניין כאן אינו דרוש להעברת בעלות, אלא להתחלת פעולה, כהסבר קצות החושן שליו ציון הערה 134, ואם כן זה יועיל גם בשטר לעניין זה. ו) דברי התורה, טו, מ, וערך ש"י, חו"מ, רצא, ה, תירצו, שהצורך במשיכה הוא רק מדרבנן (ראה ליד ציון הערה 128), ומן התורה חייב אף בלי משיכה, והוצרך פסוק לפטור מדין תורה (אבל בית אהרן, ב"מ נו ע"ב, ד"ה שוב, דוחה תירוץ זה, לפי מה שהוא אומר שגם מדאורייתא צריך קניין — ראה בשמו במילואים להערה 128). ז) שער משפט, טו, ס"ק לב, מיישב, שלולא הפסוק הפוטר, היינו חושבים שמשיכת השטר עצמה מחייבת באחריות שווי השטר (הממון שהשטר מייצג), מפני שהשטר הוא שמירת הממון ושווה ממון לגבות בו. ח) שושנת יעקב, רצא, ה (ס"ק ד), מיישב, שלולא הפסוק היינו חושבים ששומר שטר חייב אם קיבל שטר מקודם, לפי הדין (ליד ציון הערה 137) שהמקדים שטר לשומר שטר חייב בלי משיכה (וכך תירץ גם מנחת פיתים, חו"מ, רצא, ה); הוא מיישב כך גם קושייה דומה על דעה זו: מדוע הוצרך פסוק לפטור שומר נכסי נכרי (סעיף 13, במילואים להערה 10), והלא נכרי אינו קונה במשיכה, לפי רש"י, קידושין יד ע"ב (ד"ה הואיל)? (ט) שו"ת בית אפרים, או"ח, סימן לו (כמוסבר בשושנת יעקב, שם), מיישב לפי שיטתו (בסמוך) שגם בלי משיכה חייב השומר בפשיעה — לכן הוצרך פסוק לפטור גם פושע בשטר ובנכסי נכרי. י) שו"ת שאילות משה (רויון), חו"מ, סימן סב, אות ד, תירץ, שהוצרך פסוק לפטור מי שמצא שטר, שהרי שומר אבדה חייב גם בלי קניין (ראה בשמו במילואים להערה 269). יא) שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צו, אות כד, תירץ (ברמז) על פי יסוד הניחה (ראה להלן) שגם לדעה המצריכה משיכה, אם התחיל להתעסק בשמירה, חייב בלי משיכה. עוד על קושייה זו עיין נר אלחנן, עמ' רטז. יב) פני יהושע, ב"מ מא ע"א (ד"ה הא שקלינהו), ושו"ת שואל ומשיב, מהדורא בתרא, חלק א, סימן עח, מזכירים את דעת הרמב"ם ששומר צריך קניין.

מילואים לסעיף 1(א)

יא. לעניין חיוב פשיעה: נתיבות המשפט, שא, ס"ק א; שו"ת מהרלב"ח, סימן צד; מנחת חינוך, מצווה נו; ערך ש"י, חו"מ, קפה; ד; שו"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט (ענין שם לראיותיו); שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צו, אות כח; ושושנת יעקב, רצא, ה (ס"ק ד), מדגישים שלשיטה זו, אם לא עשה קניין פטור אפילו בפשיעה, ואין אומרים שפושע הוא כמוקמי (ראה ליד ציון הערה 287) אלא במי שחל עליו חיוב שמירה. א' ורפטיג, "קניין בשומרים", ספר זיכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רצא, הערה 52, הוכיח מפירוש המשניות לרמב"ם, ב"ק ז, ו, שגם שומר חנים צריך קניין כדי להתחייב, אף על פי שכל חיובו הוא רק בפשיעה. אך יש לדחות את הוכחתו, שאפשר ששומר חנים צריך קניין כדי להתחייב בשבועת השומרים, ולא כדי להתחייב בפשיעה. ר"ש רוננרטן, באוסף התירושים ססביב קבא דקשייאת, סימן כד, הסביר שכאן אין לחייב מטעם "פושע כמוקמי", מפני שבעל הנכס פשע בעצמו בכך שהסתלק משמירת הנכס לפני עשיית הקניין (צריך להוסיף שבקרקע או בשטר מחייבים פושע מטעם מוזיק לדעה שליד ציון הערה 283, ואין אומרים את הסברה הזאת, מפני שבקרקע ובשטר גם כשימשוך לא יתחייב, ואין לדרוש שבעל הנכס להישאר לידו כל הזמן). גם שו"ת רוח יעקב, סימן יג (בדברי המחבר), פוטר גם בפשיעה, בנימוק שבעל הנכס הספיד לעצמו, בהפקידו לאדם שלא עשה קניין. חקר הלכה, ערך שומרים, אות ג, מבאר (בלי התייחסות לדין פושע) שדעה זו סוברת שאין לחייב בלי קניין מטעם גרמי, כיוון שבעל הנכס סמך עליו, שהרי ייתכן שלא יקרה שום נזק, והנזק לא היה ברור בעת ההפקדה, ולכן אין לחייבו מטעם גרמי (ראה בשמו במילואים להערה 16), אלא רק מצד שקיבל על עצמו שמירה, ולזה צריך קניין. על פי זה הוא מעלה אפשרות, ששומר פרה אדומה וילד לטהרה (שנוכר בב"מ נח ע"א), שנפסלים מיד כשמסלק את השמירה, פסול של היסח הדעת, חייב מצד גרמי, אף שילד אינו נקנה במשיכה מפני שהוא בן חורין (והוא מבאר שהרמב"ם אינו גורס שם "זרעים", שבו הנוק אינו ברור, שהרי זרעים הנשמרים לקצירת העומר אינם נפסלים בלי שמירה, וגם לא תיתכן בהם משיכה); ואף על פי שזה היוק שאינו ניכר, חייב מדרבנן כדי שלא יהא כל אחד וכו'.

יב. לעומתם, פיתי מנחה, על מנחת חינוך שם, כותב שחייב כאן בפשיעה, מפני שחיוב פשיעה הוא חיוב על מעשיו, שכן פשיעה אינה באה ממילא אלא מכוח השומר. עמודי אש לבית יוסף, שם, מביא שדייני וישניצא חייבו את הפושע גם בלי קניין, בנימוק שפושע כמוקמי. ערוך השולחן, חו"מ, רצא, טו (הובא על ידי ר"מ בקריצקי, הדרוש לו, תשל"ג, עמ' 66), מדייק מהרמב"ם שהוא מחייב בפשיעה גם אם לא עשה קניין, מטעם גרמי, אם אמר "הנח לפני", כמו פועל שחזר בו, וכמו האומר "סמוך עלי", וגם אם זה גרמא, הרי יש מחייבים מי שמקבל על עצמו לשלם על גרמא (מרדכי, ב"ק, סימן קטו). אבל בסעיף טו כתב שמהשולחן ערוך משמע שהפוסטור פוטר גם בפשיעה. כמו כן, שו"ת בית אפרים, או"ח, סימן לו (ד"ה ומ"ש), כותב שגם לדעה זו, גם אם לא עשה הנפקד קניין המועיל במכר, הוא חייב בפשיעה, אלא שכאן החיוב בא בשעת הפשיעה ולא בשעת ההפקדה, והסביר על פי זה את הדין בשו"ע, חו"מ, שצו, ג, שאם הוציאו לטמים בהמה מהדיר שלה על מנת לאבדה ולא על מנת לזכות בה, הם חייבים על אבדה, והיינו מדין פשיעה, אף על פי שלא עשו קניין; אך ושושנת יעקב, שם, מסביר, ששם הם חייבים מטעם מוזיק בפועל. ראה גם סעיף 13, במילואים להערה 46, שתולדות יצחק סובר שגם בלי עשיית קניין, פושע כמוקמי, שו"ת רוח יעקב, סימן יג, מביא ש"מו"ח" כתב שלרמב"ם חייב בפשיעה גם אם לא עשה קניין, מדין גרמי, כמו בקרקע או בשטר. כמו כן, אהלי יהודה (הכהן), ערך שומרים (בהסבר השנו), כתב, שלרמב"ם חיוב פשיעה חל גם בלי משיכה מטעם גרמי (ראה הערה 14), ודווקא לחיוב גנבה ואבדה ואונס, שחיובם מדין פרושת השומרים (שלכן לרמב"ם רק בגנבה ואבדה פטור שומר קרקע — ראה ליד ציון הערה 289), צריך קניין. גם ממשובב נתיבות, צה, ס"ק א, עולה שלדעתו הרמב"ם מחייב בפשיעה אם לא עשה קניין, מטעם מוזיק, שהרי הוא אומר שהפושע בקרקע חייב בלי קניין מדין מוזיק (ראה בשמו במילואים להערה 292), ורצא מדבריו שהדין כך גם במיטלטלין, שהרי אין סיבה שהפושע בקרקע יהיה חמור יותר מהפושע במיטלטלין; אלא שכדי להתחייב בפשיעה מדין שומר, יצטרך לעשות קניין. א' ורפטיג שם, עמ' רצא, מעלה אפשרות, שלפי הרשב"א (הערה 15) האומר ששומר חייב בפשיעה מטעם גורם נזק, חייב גם בלי עשיית קניין. מדין מוזיק, ורק לחיוב גנבה ואבדה ואונס צריך קניין, מפני שחיובם הוא עניין חזוי. אף יש לדחות סברה זו, שאף על פי שזה מטעם נזק, תיקנו חכמים שיחייב רק אם יעשה קניין.

יג. קניין בשומר הקדש: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק א, סימן רסה, כותב ששומר הקדש מתחייב בלי לעשות קניין (כשלא קיים ההפטר העצמי של שומר הקדש, כגון שפשע — ראה סעיף 13, פרק ב, 3), מפני ש"אמירה לגבנה כמסירה להדיוט". בשאלה האם הרמב"ם מצריך קניין בשומר שטר, ואין יבוצע הקניין, ראה ליד ציון הערה 292.

יד. ראה סעיף 4, במילואים להערה 94, שרחה"א מילר אומר שצריך הסכמה מפורשת של בעל הנכס שיעשה את הקניין (ושם נשאל, מדוע לא תספיק הסכמה מכללא).

טו. בהרחבת חיוב שמירה: פני אריה (יפה), קלא, ד, מסתפק, במי שהיה שומר חנים וביקש רשות שימוש, האם צריך לעשות קניין כדי להתחייב כשואל (לדעה ששומר צריך לעשות קניין), או שדי שהנכס ברשותו, והמשיכה הקודמת מועילה? הוא מסתפק בפרשנות לשון ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לא, על מקרה זה. הוא תולה זאת בספק של הגמרא, בב"מ צו ע"ב, האם מי ששכר ואחר כך שאל נחשב חיובו מחמת המשיכה הראשונה. והוא כותב שאם היה בתחילה שואל ואחר כך שוכר ואחר כך שואל, חייב כשואל גם אם לא עשה קניין חדש, מפני שהקניין הראשון מועיל, כיוון שהשאלה הראשונה חוזרת למקומה, כאמור בב"מ שם. רז"ג גולדברג סבור ששומר חנים שביקש רשות שימוש, אם הנכס ברשותו, הוא קונה אותו בקניין חצר להיות שואל, והעלה אפשרות שאף אם זה בחצר שאינה משתמרת (ראה במילואים להערה 131), הקניין הראשון שעשה מועיל גם לעשותו שואל.

טז. ראה גם ליד ציון הערה 177, לעניין חיוב השואל בשימוש שאינו מוציא את הנכס מרשות בעליו, כגון ישיבה על ספסל או הלוואה תוך ניצול נכס של אחר כמשכון, האם זה מחייב בלי קניין לדעה זו.

יז. קושייה מב"ק מח ע"א: חלקת יואב, קבא דקשייאת, סימן כד, מקשה על הדעה ששומר חייב רק אם עשה קניין, מב"ק מח ע"א, ששם נאמר שאשה שנכנסה לחצר של אחר לאפות, מקבלת על עצמו שמירה על הנכסים שיש שם, מפני שהיא יודעת שבעל החצר, שהוא בעל הנכסים שבה, יוצא משם כשהיא אופה — והרי לא עשתה קניין על נכסים אלו? רח"א מילר תירץ על פי הפוסקים שהבאנו לעיל, שסוברים שחיוב פשיעה חל גם בלי עשיית קניין. שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צו, אות כח, מיישב על פי העיקרון שהוא מניח (ראה בסמוך) שגם לדעה זו, התחלת השמירה מחייבת גם בלי קניין. תורת מיכאל, סימן כה, בסופו, תירץ, שמה שצריך קניין הוא מפני שהשומר צריך לשמור כמו שהוא שומר את שלו, ולכן הוא צריך להכניס את הנכס לרשותו כמו ששלו מצוי ברשותו, וכאן צריך לשמור את הנכסים שבחצר, ומאחר שבעל החצר נאלץ לצאת והשמירה מוטלת על האשה, נחשב שכך דרכה

מילואים לסעיף 1(א)

לשומר. שו"ת רוח יעקב, סימן יג, מביא ש"מ"ח" הסביר שחייבת אף על פי שלא עשתה קניין, מפני שבעל הנכס אינו נמצא שם – כלומר, שלכן ברור שקיבלה על עצמה לשומר. המחבר עצמו שם תירץ (על פי אותו עיקרון) שמאחר שבחצר קל לשמור, יש להניח שקיבלה על עצמה, ולכן אינה צריכה לעשות קניין. גם ר"נ גשטטנר, באוסף התירוצים שסביב קבא דקשיטא (מה"ר מנדלבוים) שם, תירץ, שאצאנה במקומות אחדים, שאם ברור שאדם גומר בדעתו להקנות, אינו צריך מעשה קניין, וכאן ברור שהיא מוכנה לשמור מפני שהיא יודעת שבעל החצר אינו יכול לשמור, ולכן אין צורך בקניין. כך תירץ גם ר"מ פיינשטיין, בקונטרס הערות, הארות ותירוצים, סימן כד (שנדפס בסוף קבא דקשיטא, מה"ר מנדלבוים, חלק א), שחייבת בלי קניין מפני שיש אומדנא דמוכח שהיא מוכנה להתחייב, וכשיש אומדנא אין צורך במעשה קניין (אך קשה על דבריהם מהרשב"א, כפי שציינן בהמשך). ר"ש רוונגרטן, באוסף התירוצים, שם, תירץ, שחייבת מטעם גרמי כיוון שפשוטה (יש להעיר שזה נכון רק לדעה, ליד ציון הערה 283, שפושע בקרקע או שטר חייב), ואף על פי שברוך כלל שומר שלא עשה קניין פטור אף מפשיעה, הרי זאת משום שלא היה לבעל הנכס להסתלק, ופושע בעצמו (ראה לעיל בשמו), מה שאינו כן כאן, שבעל הנכס היה מוכרח לצאת – ולכן חייבת מטעם גרמי. תורת מיכאל, סימן כה, בתחילתו, תירץ, שחייבת מטעם מזיק, שהרי במעשה בגמרא בהמתו של בעל החצר אכלה מעיסת האשה ומתה מזה, ואף על פי שברוך כלל אין חיוב מזיק כביוצא בזה מפני שאומרים "היה לבהמה שלא תאכל" (ב"ק שם), מכל מקום כאן מצטרף לזה החיוב שקיבלה על עצמה מכלל, שלא להזיק. כך תירצו גם ר"נ גשטטנר ור"מ דיסקין באוסף התירוצים שם, שחייבת מטעם בור המזיק, ואין אומרים "היה לה שלא תאכל" כיוון שידעה שבעל החצר אינו יכול לשמור (לפי הסבר זה, אינה חייבת אם החפצים שבחצר נגנבו וכדומה, ואילו להסבירם האחרים חייבת גם אם נגנבו). משפטי התורה (שפי"ן), חלק א, סימן ו, תירץ שאינה חייבת מדין שומר, ולכן פטורה אם ייגנב נכס מהחצר, וחייבת רק מטעם התחייבות, אם ייגנב נכס מחמתה, והתחייבותה חלה תמורת השימוש. יצוין שערוך השולחן, חו"מ, שג, ג, כותב שבמקרה זה האשה אינה חייבת בשמירה גמורה שכן לא קיבלה שמירה על עצמה, אלא היא חייבת רק בנוק שגנב על ידי הדבר שהיא הכניסה, כמקרה בתלמוד שמתה הבהמה מתוך שאכלה את עיסתה (רמז להבחנה דומה שראינו במילואים להערה 82 על מקרה אחר); זה קרוב להבנה שהוכרז, שיש כאן רק הרחבה של חיוב בור המזיק. על חיוב האשה כאן, עיין שו"ת חקקי לב, חלק ב, סימן סב. תירוצים נוספים לקושייה שלפנינו, ראה במילואים להערה 128, להערה 131, להערה 137, ולהערה 263, אות ו.

יה. הבחנה: פסקי הרא"ה, ב"מ, פרק ח, הלכה ג, אות ח, ובקונטרס הראיות, ב"מ, פרק ו, ראה ג, עושה הבחנה: אם הנפקד מקבל על עצמו לשמור את הנכס במקום שהנכס נמצא בו, די בדיבורו, שהרי על סמך הבטחתו הניחו שם בעל הנכס (גם אם הנכס אינו בחצרו, שייקנה לו בקניין חצר); אבל אם השומר מתכוון להביאו ולהוליכו במקומות שונים, כגון המקבל בהמה לרעות, אינו מתחייב בשמירה עד שיעשה קניין.

יט. הבחנה הפוכה עושה ר"מ גלנטי, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ו: הוא כותב שהרמב"ם מסכים שאם השומר אמר להוביל את הנכס למקום רחוק (כמקרה שליד ציון הערה 80), הוא חייב בלי עשיית קניין, מדין ערב, מפני שבעל הנכס מוסר לו את הנכס על סמך הבטחתו לשמור; ודווקא כשהשומר נאשר במקום קרוב לבעל הנכס, פטור אם לא עשה קניין, מפני שאז אין לחייב מדין ערב, שהרי בעל הנכס לא נכנס לסיכון כשמוסר לו, שהלא הוא יכול ליטול את הנכס חזרה (ראה בשמו בהערה 21 ובמילואים להערה 55, וראה במילואים להערה 20 בשאלה מדוע אין מחייבים בלי מעשה קניין מדין ערב). אבל ר"ש לנידו, שם, סימן ז (קנ"ב), חולק, ומוכיח שהרמב"ם יפטור גם כאן. הוא מנמק, שאין לחייבו מדין ערב, מפני שבעל הנכס לא נכנס לסיכון, שכן על כול לא עשה השומר קניין, יכול בעל הנכס לחזור בו, לפי הדין, אף על פי שבמציאות לא יוכל ליטול את הנכס חזרה מפני שהוא רחוק, ועוד, שגם במציאות, יכול ליטול על ידי שליח; ואין אומרים שהשומר יחויב קצת זמן לפני עשיית הקניין, מפני שכבר אז גם אם בעל הנכס ילח שליח לא יספיק השליח להגיע – אין אומרים כך, מפני שמכל מקום בשעת יציאתו מיד בעל הנכס היה יכול ליטול, ואם כן אין דין ערב. הוא מוסיף (ברך קנה ע"א), שגם אם נאמר שרגע הגעת הסחורה לעיר של הפאטור, נחשב שעת הוצאת הממון, ואז אין ביד בעל הנכס להחזירו אליו, מכל מקום אי אפשר לחייבו מדין ערב, מפני שיש אומרים שאין חיוב מדין ערב אם אין מי שנהנה מן הכסף שהוצא (ראה חוק לישראל, ערבות, סעיף 2, פרק ד, 4), וגם לפי המחייבים, חייב רק אם אמר: "ואתחייב לך" (ראה במילואים להערה 146, וחוק לישראל, ערבות, סעיף 2, פרק ד, 3). וראה בשמו במילואים להערה 55.

כ. מעין דברי ר"מ גלנטי, כתב נתיבות המשפט, רצא, ס"ק ז, שבמקרה שליד ציון הערה 80, שהשומר יצא לדרך והניח את הנכס על כלי רכב שלו, חייב גם בלי עשיית קניין, מפני שהוא הביא את הנכס בפועל למקום שאינו משתמר, ובוהו גם מי שאינו שומר חייב מטעם מזיק, וכך יהיה הדין בכל שומר ששם את הנכס במקום שאינו משתמר. בדומה, שו"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט, כותב שבמקרה ההוא, חייב אף על פי שלא משך, מפני שבעל הנכס סמך עליו שלא יזניח את הנכס, כיוון שהנכס מגיע למקום שיש סיכון שיאבד (ראה בשמו במילואים להערה 80). כמו כן, שו"ת באר מים חיים (מוצירי), חו"מ, סימן כב, מביא שהרב של דמשק סבר שחייב שם בלי עשיית קניין, משום שבעל הנכס אינו נמצא שם ואינו יכול לשמור. והוא עצמו מעלה אפשרות לחייב מטעם אחר: מאחר שאמר לו בעל הנכס "הולך לי את הנכס", עשאו שליח, ושליח חייב בלי עשיית קניין, כמו שכתב שו"ע, חו"מ, קפ"א, א (ומטעם זה הוא כותב ש"פאטור" אינו צריך לעשות קניין כדי להתחייב בשמירה, מפני שהוא כשליח). אך הוא מוכיח שכנסת הגדולה ותומתי ישרים סוברים שגם במקרה זה פטור אם לא עשה קניין (עיין שם להוכחתו). ערך ש"י, חו"מ, קפ"ה, ז, דוחה את דבריו, שהרי מה ששליחות אינה צריכה קניין הוא לתת תוקף למעשי השליח, ולא לעניין חיוב שמירה. הוא כותב שאפשר לחייבו מדין ערב על מניעת הרווח, אם קיבל על עצמו למכור את הנכס, אבל אי אפשר לחייב מדין ערב על אבדן הנכס עצמו, כיוון שהיה אפשר לעשות בו קניין ולא עשה. בשאלה האם אפשר לחייב מדין ערב בלי קניין, עיין שו"ת מגן שאול (קצנלבוגן), סימן קלט (עמ' רי) וסימן קמ, ואבני החושן, שם, ס"ק ז. כא. קיבל על עצמו חיוב בפירוש: שו"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט, כותב שאם לא עשה קניין, פטור אפילו קיבל על עצמו במפורש להתחייב (עיין שם בהוכחתו), מפני שרק מי שיש עליו כבר חיוב שמירה יכול להוסיף חיוב בדיבורו בלי קניין (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 70). אבל הוא כותב שגם בלי עשיית קניין יכול לקבל על עצמו חיוב בפשיעה, כמו שכתב מחנה אפרים לגבי שומר קרקע או שטר (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 76).

כב. לגבי מקרה שהביע הסכמה לשמור, הרשב"א שצוין בהערה 132 אומר שלדעה זו, האומר "הנח לפני" חייב רק אם היה הנכס בחצרו או בסמטא בתוך ארבע אמותיו, שקונה על ידי קניין ארבע אמות; זאת אף על פי שאמירה זו היא הסכמה לשמור. וקשה מדבריו על האחרונים שהבאנו באות יז, בהקשר המקרה בב"ק מח ע"א, שכתבו שאם יש אומדנא דמוכח שהוא מוכן לשמור, חייב גם לדעה זו בלי קניין. וגם החיוב בפשיעה על פי דברי עמודי אש לבית יוסף לא יועיל שם, מכיוון ששם הייתה הסכמה לשמור ולא התחייבות לשלם על נזק.

מילואים לסעיף 1(א)

כג. פרי אליהו, חלק א, סימן ע, אות ד, מחדש שהאומר "הנח לפני" חייב בלי קניין מדין ערב גם בלי אמירה "ואתחייב", מפני שהיה יכול לומר "הנח" או "הנח לפני" שאז היה פטור (ראה ליד ציוני הערות 68 ו-72), ועכשו שאמר "הנח לפני" הראה שהוא רוצה להתחייב, שזה הטעם שב"ואתחייב לך", חייב; ודווקא באומר "הכיסה" אין חיוב מדין ערב, כפי שהסביר הר"ן (במילואים להערה 146), מפני שלא גילה את דעתו שהוא רוצה להתחייב. אך כאמור, מהרשב"א מוכח להיפך.

כד. התחיל להתעסק בשמירה: ש"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צו, אות כד, כותב שאם הנפקד כבר התחיל להתעסק בשמירה, הוא חייב גם לדעה זו גם אם לא עשה קניין, כמו שלענין פועל התחלת המלאכה משמשת קניין (מגיד משנה, הלכות שכירות, ט, ד). וראה ליד ציון הערה 134, שקניין מחייב מפני שהוא כמו התחלת מלאכה, וראשי בשמים סבור שקל וחומר הוא שהתחלת שמירה ממש תחייב. באות כה, ביאר, שזה מועיל מן התורה, וחכמים תיקנו שקניין יועיל גם אם לא התחיל להתעסק בשמירה (ראה במילואים להערה 128, על מהות התקנה). גם מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ז, כותב עיקרון זה, שתחילת המלאכה מחייבת בלי קניין, פועל, שבו התחלת מלאכה מחייבת שכיר יום, משום שהוא עושה על דעת המעסיק, ואינה מחייבת קבלן, משום שהוא עושה על דעת עצמו. אך ראשי בשמים מעיר שאם נרצה לעשות השוואה מוחלטת בין שומר לפועל, נצטרך לומר שבשומר חנים אין התחלת מלאכה מחייבת, כמו שכתב רמ"א, חו"מ, שלג, ה, שפועל בחינם יכול לחזור בו גם בדבר האבד, והרי לא ייתכן לומר שתחילת מלאכה אינה מחייבת שומר חנים ורק עשיית קניין מחייבת, שהלא התורה מחייבת שומר חנים, ועשיית קניין היא רק תקנת חכמים (יש להשיב על כך, שלפי רוב הפרשנים התקנה לא הייתה שקניין מועיל, אלא שצריך קניין, ובאמת מן התורה חייב בלי קניין — ראה ליד ציון הערה 128). מכאן הוא מוכיח ששומר עדיף מפועל, והסיבה היא שהתורה חייבה את השומר, ומן הסתם החיוב חל משעה שהכניס את עצמו לחיוב. לכן הוא חולק על מחנה אפרים, ופוסק שגם שומר קבלן וגם שומר חנים מתחייבים על ידי התחלת השמירה. הוא נשאל על מקרה ששליח של בעל הנכס הניח את הנכס על עגלת השומר ברשות הרבים באופן שאין קניין; והוא פוסק שזה נחשב התחלת שמירה מכיוון שהשומר היה שם, ולכן הוא חייב אף בלי קניין. וראה במילואים להערה 138, שדברי מחנה אפרים עיקרם מצד שהשכר מחייב, וראה שם בשם עמודי אש לבית יוסף.

כה. גם נפש חיה, ב"מ כט ע"ב, כותב שאם השומר התחיל בפעולה, הוא חייב בלי קניין, מטעם התחלת מלאכה. הוא מסביר בכך את הר"ן על הר"ף, גיטין יד ע"ב (בדפי הר"ף), שכתב בשם הרמב"ן, שאדם שאמר לשליח להולכת גט לאשתו: "טול לי מהאשה חפץ פלוני שלי הנמצא בידה", והשליח השאיר את החפץ בידה, השליח חייב לשלם, כיוון שלא מילא את שליחותו (שלא בחידושי ר"ע איגו, גיטין כט ע"א, שהסתפק בזה, האם נעשה שומר כיוון שלא עשה קניין — ראה בשמו במילואים להערה 129 על מקרה דומה). הוא מבאר שהשליח חייב מדין שומר על החפץ אף על פי שלא עשה קניין בחפץ, מפני שהרמב"ן סובר שהטעם שצריך קניין הוא שהקניין נחשב התחלת המלאכה (כחסבר קצות החושן); ושליח זה כבר התחיל בפעולת הולכת הגט, ולכן הוא נחשב שומר על החפץ כיוון שקיבל זאת על עצמו יחד עם שליחות הגט, וזה מחייב אותו בכל מה שיעשה בשליחות זו. אולם ד"ו"י גולדברג הניח שאין מפורש בדברי הר"ן שם שהשליח חייב בתשלומים. הוא העלה אפשרות להסביר את החיוב (אם נניח שהוא חייב), לא מדין שומר אלא מדין גרמי, שכן היה יכול להכריח את האשה לתת לו את החפץ (למסור אותו לבעלה) על ידי שיסרב למסור לה את הגט עד שתתן לו את החפץ, ועכשו שמסר לה את הגט איבד את קלף המיקוח הזה, ובוהו גרם נזק לבעל.

כו. כמו כן, לחקרי הלכות, סימן א, עמ' ד, כותב ששומר חייב גם בלי משיכה, אם התחיל לעסוק בשמירה, מדין פועל (ראה בשמו במילואים להערה 21), והתקנה היתה שאם עשה קניין, חייב גם אם לא התחיל לשמור, וטעם התקנה הוא כדי שהשומר יטרח ויציל את הנכס כשצפויה לו סכנה, ואם היה פטור אחרי הקניין, לא היה טורח להציל. גם ר"ש פיק, "בענין קניין בשומרים", מגל ו (תשמ"ח), עמ' 51-52, כותב שלרמב"ם גם בלי משיכה, שומר חייב בתחילת שימוש (בשואל), או בתחילת השמירה, כמו פועל, והתקנה מחייבת כבר משעת משיכה. הוא מסביר בזה מרע האומר "הנח לפני" (ראה ליד ציון הערה 65) חייב גם בלי משיכה — מפני שהוא מעשה מסירה (וזאת בשם ר"ד סולובייצ'ק, בשיעוריו לפרק השוכר את האומנין, מהד' אהרן כהן, תשל"ד, עמ' 109), והיא התחלת שמירה, שאז הנכס נכנס לתחום השמירה שלו, ולכן חייב גם ברשות הרבים (כמו שכתב חידושי תלמידי הרשב"א, ב"מ פא ע"ב), מפני שאינו צריך קניין. אך הוא כותב שלרמב"ם "הנח לפני" מועיל רק בשומר חנים, אבל לשאר שומרים יש קניין בנכס, בשואל ושוכר, או התחייבות ממונית, בשומר שוכר, ולשם כך צריך קניין, ורק בשומר חנים זה התחייבות שמירה בלבד, ולכן אין צורך במעשה קניין, ודי בהתחלת שמירה. לעומת זאת, הוא מסביר, שהראב"ד (שהובא במקורות שצוינו בהערה 132) העמיד את חיוב "הנח לפני" דווקא בסימטא, מדין קניין ארבע אמות, ואינו מחייב בזה מטעם התחלת שמירה, מפני שהוא סובר שגם בשומר חנים יש צד ממוני, ולכן כדי להתחייב בו צריך מעשה קניין כמו בכל התורה, והוא לשיטתו (ליד ציון הערה 297) שפושע אינו כמזיק, אלא זהו דין מיוחד בשומר.

כז. לעומת זאת, נחל יצחק, עד, ס"ק ב (הובא בנפש חיה שם), כותב שאין אומרים שעצם תחילת השמירה מחייבת כהתחלת המלאכה בפועל, ודווקא בפועל התחלת המלאכה היא קניין, מפני שזה כמו קניין חזקה שקונה עבד, ופועל דומה לעבד, וכמו ששכירות נקנית בשימוש ובאכילת פירות, ולפי זה בשומר שאינו נחשב עבד, שהרי משמר אינו כעושה מעשה (ב"מ צג ע"א, לענין זכות פועל לאכול משל המעסיק בשעת מלאכה), התחלת מלאכה אינה קניין, ולכן צריך דווקא מעשה קניין (יש להעיר שנפש חיה שם דיבר על שליח שהתחיל בפעולת השליחות, ואולי הוא יסכים לנחל יצחק שבשמירה סטאטית, שאין בה מעשה, התחלת השמירה לא תחייב). וה"א מילר הסביר בדרך אחרת: אין אומרים שהתחלת השמירה היא קניין כמו בפועל, מפני שבשומר חובת התשלומין נפרדת מחובת השמירה, ולגבי חובת התשלומין (שבה אנו נדנים) הוא שונה מפועל — ראה ליד ציוני הערות 4 ו-5.

להערה 128

- א. גם מהרמב"ם, ספר המצוות, עשה רמה, עולה שהצורך בקניין הוא תקנת חכמים.
- ב. במילואים להערה 135, אות יב, נביא שבאר מרדכי הסביר שתקנו להצריך קניין, כדי שיהיה ברור מתי מתחיל החיוב, ועל ידי זה לא יקל ענין השמירה בעיני השומר; ועוד, כדי שקבלת השמירה תהיה ברורה ולא יוכל לטעון שלא התכוון לקבל על עצמו לשמור.
- ג. רש"י רפרטור, "קבלת שמירה — הסכם או חיוב תורה", עלון שבות גל' 95 (סיון תשמ"ב), עמ' 9, מסביר את הצורך בתקנה,

שקבלת שמירה תלויה בהסכמת השומר, והרי בדרך כלל מהסכמה אפשר לחזור כל זמן שלא עשו קניין, ותקנת הקניין יוצרת גמירת דעת מוחלטת. לעומת זאת, הרא"ש מחייב בלי קניין, מפני שלדעתו אין צורך בהסכמה, אלא חיוב שמירה מוטל על ידי התורה אם הסתלק בעל הנכס על דעת הנפקד (ראה בשמו במילואים להערה 80).

ד. ר"י יגל, בשם עולם, עמ' 477, בניב המדרשיה, תשכ"ח, עמ' טז"ח, כג"כ, ובנתיבות יהושע, ב"מ, סימן ל, כותב שלרמב"ם יסוד חיוב שומר הוא סילוק בעל הנכס (ראה בשמו במילואים להערה 10), אלא שתיקנו חכמים שיתחייב רק על ידי קניין, מפני שרגע סילוק בעל הנכס אינו ברור, ולכן תיקנו לקבוע את רגע הסילוק על ידי קניין ברור, ולא שהקניין יוצר את החיוב. ובצ"מ 475, הוא כותב בדעת חידושי הר"ן, כ"מ צט ע"א, שהתחלת מלאכת השמירה מחייבת את השומר בשמירה ובאחריות מן התורה, והקניין בא חקנה לקבוע את צורת התחלת מלאכת השמירה ואת זמנה, על ידי משיכת הנכס מרשות בעל הנכס בדרך קניין.

ה. עמודי אור, סימן קיד, אות ג, נימק את הדעה המצריכה קניין, שבלי קניין לא היה לבעל הנכס לסמוך על שמירתו של זה ולסלק את שמירתו. אפשר שהוא מתכוון לנמק שלכן חכמים תיקנו שיעשה קניין, מפני שבלי החיזוק הזה אין גמירת דעת מצד השומר, ובעל הנכס פושע בעצמו בזה שהוא סומך על השומר.

ו. אפשר לנמק עוד על פי דברי תורת מיכאל (במילואים להערה 134) שצריך קניין כדי שיוכל לשמור כמו ששומר את שלו.

ז. גדר התקנה: אכן האול, הלכות גבה, ב, טז (ד"ה אכן, הראשון), מקשה, למה משווים תקנה זו (כב"ק עט ע"א) ל"תיקנו משיכה בלקוחות" הרי שם תיקנו שתועיל משיכה, וכאן תיקנו שצריך משיכה; עיין שם מה שתירץ. אשר למלך, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג, מבאר שאכן התקנות מקבילות: כאן תיקנו חכמים שלא יועיל קניין כסף בחיוב שומר, היינו שלא יתחייב על ידי ההנאה שהוא מתפרסם כאדם מהימן, ודווקא שומר המתנה להחמיר בחיובו מתחייב על ידי הנאה זו (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 39). מפני שהוא דבר שאינו שכיח, ולכן לא תיקנו חכמים שלא יועיל. הוא מסביר שלכן שומר קרקע או שטר צריך קניין כדי להתחייב (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 69) ואין מועילה הנאה זו (ראה סעיף 14 שם, הסברים שונים להבדל) — מפני שזה דבר שכיח, וגורו שלא תועיל. הוא מסביר שטעם תקנה זו הוא כמו במכר, שתיקנו שלא יועיל קניין כסף שמה יאמר לו "נשרפו חטיף בעלייה" (כ"מ מח ע"א), ואף כאן תיקנו שלא תועיל הנאה זו, שמה יאמר בעל הנכס לשומר: "נשרף הפידוקן בעלייתי, ואתה חייב לשלם לי מפני שפשת בזה שלא מיהרת לקחת אותו לבייתך לשמור", ומשום "לא פלוג רבנן" ביטלו גם בקרקע אף על פי שקרקע נקנית (בכסף) את אפשרות ההתחייבות בכסף — הנאת האמון. ידי אליהו, תיקון קנט, הסביר שתיקנו שתועיל משיכה, והטעם הוא כדי לחזק את התקנה שמשכיח מועילה במכר. בית שלמה (אבעל), שער י' עזו ע"ב, הסביר שאף שבדרך כלל משיכה היא לקניית הנכס, אף כאן השומר קונה את הנכס על תנאי, למקרה שיאבד וישלם על האבדן (וקונה בכך את הנכס — עיין ב"מ לד ע"א). א' ורהפטיג, "קניין בשומרים", ספר זיכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רצד, מעלה אפשרות שהתקנה היא שרואים כאלו יש לשומר קניין בנכס, שהנכס נחשב שלו לשם שמירה (ובשומר שכר — לשם השכר); וזה מסביר מדוע השווה זאת התלמוד למשיכה במכר.

ח. קשות מיושב (יעקובוביץ), סימן כד (נדפס גם באוסף התינוצים ססביב קבא דקשייתא, סימן כד), כותב שמאחר שהצורך בקניין הוא רק מדרבנן, ומן התורה אין צורך בקניין, והוא מתחייב עוד לפני שעשה קניין, לכן חיובו אינו פוקע בגלל התקנה (הוא מיישב בכך את המקרה בב"ק מח ע"א — ראה במילואים להערה 127, אות יז). אך דבריו קשים, שהרי אם כן אין שום משמעות לתקנה, כיוון שלמעשה גם אחריה חייב בלי לעשות קניין.

ט. דעות חולקות: יש ממפרשי המכילתא שאומרים שהמכילתא דורשת מהפסוקים שצריך משיכה, ואם כן דין זה הוא מן התורה. המכילתא, על שמות כב, יג, אומרת (על שואל): "אינו חייב עד שיוציאנו חרץ מרשותו", ופירש ברכת הנצי"ב, על המכילתא שם, שבא לומר ששואל חייב באונס רק אם משך את הנכס מרשות המשאל, שרק אז נקרא שאילה. גם לפי זית רענן, על ילקוט שמעוני, שמות כב, רמז שמו, אות טז, מרכבת המשנה על המכילתא, שמות כב, ו, בפירושו השני (ראה בשמו במילואים להערה 26), ותורה שלמה, שמות כב, אות רפא, המכילתא שם באה להצריך משיכה (אך מרכבת המשנה אומר שאפשר שזה רק אסמכתא). במילואים להערה 135, נביא מקורות נוספים שפירשו שהמכילתא באה לומר ששואל צריך משיכה. אבל הורוביץ, בפירושו למכילתא, במהדרותו, עמ' 299 (הובא על ידי הנשקה, שנתון המשפט העברי טז"ז, תש"ג-תשנ"א, עמ' 156, הערה 50), סבור שאין משמע כן מהלשון. ועיין זה ינחמנו, על המכילתא שם, ומחקרים במכילתא ובמשנה (לוי), עמ' 286.

י. כמו כן, בית אהרן, ב"מ דף נו ע"ב (ד"ה שוב) ודף צט ע"א (ד"ה ואמנם), כתב שמן התורה צריך קניין, והתקנה הייתה שדי במשיכה אף על פי שהיא קניין דרבנן. עוד העלו אפשרות זו באוצר מפרשי התלמוד, ב"מ נו ע"ב, הערה 64, וא' ורהפטיג, "קניין בשומרים", ספר זיכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רפג, הערה 12. א' ורהפטיג, שם, מעלה אפשרות נוספת: שכל הדין הוא מן התורה, ו"תיקנו" פירושו: קבעו.

יא. בדומה, רז"ג גולדברג סבור שמן התורה צריך קניין, ולשון "תיקנו" מתייחסת לחלק האחר של דין זה (ראשונים אחדים פירשו כך את המימרה "תיקנו משיכה בשומרים" — ראה בירור הלכה, ב"ק עט ע"א, ציון ח): שאם משך השואל אין המשאל יכול לחזור בו, ודין זה הוא רק מדרבנן. אך לפי דבריו יוצא שהדין שצריך משיכה כלל לא נזכר בגמרא.

יב. שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חר"מ, סימן צו, אות כה, דוחה את ההבנה שמן התורה חייב בלי עשיית קניין, וחכמים תיקנו שחייב רק אם עשה קניין, שמדוע יתקנו כך (לעיל הבאנו נימוקים אחרים לתקנה)? ולכן הוא מפרש שמן התורה חייב בהתחלת שמירה, וחכמים תיקנו שגם בלי התחלת שמירה, חייב אם עשה קניין (ראה בשמו במילואים להערה 127). אפשר שכונתו היא, שהיה צורך בתקנה זו כדי שלא ייווצר מצב שלא יתחיל לשמור, כדי שלא יתחייב.

יג. רח"א מילר סבור שלפי מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ז, הצורך בקניין הוא מן התורה, שכן הוא נוקט שעצם תפקודו של חיוב השומר לדעה זו הוא מכוח הקניין, כפי שהבאנו בשמו במילואים להערה 21.

יד. עד כאן ביררנו האם הצורך בקניין הוא מדרבנן או מן התורה. יש גם שאלה האם תפקודו של חיוב שומר שמשך הוא מדרבנן או מן התורה. בפשטות, לפי ההבנה שהצורך בקניין הוא מדרבנן, ומן התורה חייב בלי קניין, ודאי ששומר שמשך חייב מן התורה. רק לפי ההבנה שהצורך בקניין הוא מן התורה, יש מקום לומר שהתורה מצריכה קניין המועיל מן התורה, ולא תועיל משיכה, כמו שאינה מועילה במכר מן התורה. תוספות, ב"מ צט ע"א (ד"ה כך), כתבו שמשכיח מחייבת שואל מן התורה. גם דברי משפט, רצב, ס"ק ד, נוקט שבשואל המשיכה מועילה לחייב באחריות מן התורה, מפני שהנאת זכות השימוש מחייבת באונס, והתקנה הייתה רק לעניין זכות בעל הנכס לחזור בו אחרי המשיכה (כדברי רז"ג גולדברג לעיל). אבל יש להעיר שסברה זו אינה קיימת בשומר שאין לו רשות שימוש, שהנאה זו אינה יכולה לחייבו. גן נעול, כפתור ג, פרח ז (כח ע"ב), מסביר שאף על פי שבמכר משיכה אינה

מילואים לסעיף 1(א)

קונה מן התורה, כאן היא קונה, כמו שכתב קצות החושן, עב, ס"ק ב, שבמקום שאין אפשרות לעשות קניין אחר, מועילה משיכה מן התורה (נראה שכונתו היא, שכאן אין אפשרות לעשות קניין כסף, מפני שאין לדרוש מן השומר לשלם כסף לבעל הנכס, או להיפקד, בשומר חנים). אך ישירות יעקב, ח"מ, סימן קנו (ד"ה כ"ח), דחה את דברי קצות החושן. דברי שלום (איזולוון), סימן כו (עמ' 75), מסביר את ההבדל בין מבר לשומר, שכאן חיוב האחריות תלוי בשומר לבדו, ולא ב"דעת אחרת", ודי בזה שקיבל על עצמו לשמור, וקבלתו עושה את המשיכה לקניין המועיל מן התורה לחיובו באחריות. אך הוא מדייק מדברי הרמב"ם שגם בשומר משיכה מועילה רק מדרבנן. כמו כן, ר"ש פיק, "בעניין קניין בשומרים", מגל ו (תשמ"ח), עמ' 48-49, כותב שמשיכה מחייבת מן התורה באונס, לפי תוספות, ע"ז ע"א ע"א (ד"ה פדרשני), האומרים שמשיכה קונה מן התורה כשאין מקום לכסף, אלא שלפי חידושי הריטב"א, קידושין מה ע"א, שכתב שלשואל יש רק קניין פירות ואין מועילה בזה משיכה, אין משיכתו מחייבת אותו מן התורה; אבל מתוספות, ב"מ צט ע"א (ד"ה כ"ך), מוכח שלדעתם יש לשואל קניין הגוף בנכס, ולכן משיכתו מחייבת מן התורה, שעל ידי המשיכה חל שם שואל, שמחייב באונס (אך יתכן שזה לא אמור בשומר חנים ובשומר שר, כיוון שאין להם זכות בנכס). זית רענן, חלק ב, סימן נו, אות ג, וסימן ע, אות ז, שו"ת באר יצחק, י"ד, סימן כג, ענף ח, ונטע שורק, פרשת מקץ (ל ע"ב) ופרשת פנחס (קלח ע"ג), כותבים שהמשיכה קונה בשומר מדרבנן.

טו. יש להעיר, שלכאורה היה אפשר לפרש שמן התורה חייב רק אם עשה קניין המועיל מן התורה (כגון קניין כסף או סודר), וחכמים תיקנו שתועיל משיכה לחיובו אף שהיא קניין דרבנן. אך למעשה פירוש זה דחוי, מפני שאינו מתיישב עם הסוגיה בב"ק ט ע"א, כפי שיווכח המעיין.

להערה 129

א. משיכה ברשות הרבים: ר' ברוך מארץ יוון, ב"ק עט ע"א, כותב שעל ידי המשיכה מתחייב הנפקד באחריות אפילו משך ברשות הרבים, כמו שגב קונה במשיכה ברשות הרבים (אך יש בזה מחלוקת – ראה ברור הלכה, כתובות לא ע"ב, ציון ג), אף על פי שבמכר משיכה ברשות הרבים אינה קונה. כמו כן, תוספות, ב"מ צט ע"א, ד"ה כיוון (הובא בקובץ שיעורים, ב"ק, סימן פ); תוספות הרא"ש, שם; חידושי הריטב"א הישנים, שם; מרדכי, ב"מ, סימן שעה; ואגודה, ב"מ, סימן קנא – כתבו (באחד מתירוצייהם) שמשיכה קונה ברשות הרבים בשומר (ראה במילואים להערה 145). כך פסק גם ערוך השולחן, ח"מ, רצא, יג. כמו כן, שער המלך, הלכות גנבה, ג, ג (לט ע"א), כותב שלדעת הרמב"ם, משיכה ברשות הרבים מחייבת בשומר, כמו שהרמב"ם סובר שמשיכה מועילה ברשות הרבים לעניין חיוב גנב באחריות (עיי' שם, להוכחתו שזו דעת הרמב"ם). רד"ג גולדברג הסביר שפוסקים אלו סוברים שמשיכה ברשות הרבים אינה מועילה במכר מפני שאינה יכולה לעשות שיהיה הנכס של המושך, אבל יכולה להוציא מרשות הבעלים, ובשומר אין צורך שהמשיכה תקנה לו, ודי שתוציא את הנכס מרשות הבעלים; אך לא די בהסתלקות בעל הנכס בלי שהשומר יהיה זה שמוציא מרשותו. אולם לא ברור האם לדבריו (ולפי הסבר דברי יחזקאל שכסמון, ב"דעת התוספות) תועיל משיכה אם הנכס כבר היה ברשות הרבים ומשכו למקום אחר ברשות הרבים, שאז המשיכה לא הוציאה את הנכס מרשות הבעלים.

ב. דברי יחזקאל, סימן כה, אות ב, מסביר ששער המלך הבין שמשיכה ברשות הרבים היא קצת קניין, ולעניין חיוב אחריות די בקניין מועט. והוא מבאר את דעת תוספות שחייבו גם שומר במשיכה ברשות הרבים, שמאחר שמשך לרשות הרבים, זה נחשב כאילו הסתלק בעל הנכס. לכאורה קשה, הרי דעה זו סוברת שאין די בהסתלקות בעל הנכס, אלא צריך משיכה? רח"א מילר תירץ, שבדברי יחזקאל סובר כמו באר מרדכי, במילואים להערה 135, אות יב, שהתקנה להצריך קניין היא רק כדי למנוע זלזול השומר בשמירה, ולשם כך די במעשה מיוחד המבטא את סילוק בעל הנכס, ואין צורך דווקא בקניין המועיל.

ג. ר"ש פיק, "בעניין קניין בשומרים", מגל ו (תשמ"ח), עמ' 51, מסביר שמשיכה מחייבת ברשות הרבים, לתוספות, מפני שאף על פי שמשיכה ברשות הרבים אינה מועילה לגוף החפץ, היא מועילה כגמירת דעת להתחייבות האדם, שלכן היא מחייבת שומר חנים ושומר שר אף על פי שאין להם קניין בנכס.

ד. לעומת זאת, תורת חיים, ב"ק עט ע"א, מוכיח מלשון "כדרך שתיקנו" (שלא נאמר "כשם"), שמשיכה ברשות הרבים אינה מחייבת בשומר, כמו שאינה מחייבת במכר; והוכיח כך גם ממה שכתב הרמב"ם בפירושו המשנה, ב"ק ז, ו, ששומר צריך קניין הקונה במכר. גם שו"ת ראשי בשמים (גוריון), ח"מ, סימן צה, אות ו, כותב בפשטות שלרמב"ם אין מועילה משיכה ברשות הרבים. כמו כן, חנינא וחסדא, חלק ב, דף קנו ע"ד, כותב שנימוקי יוסף סובר שאין מועילה משיכה ברשות רבים. כמו כן, טור, ח"מ, רצא, ו, כתב שלרמב"ם צריך שימוש במקום שמשיכה קונה – משמע, ולא ברשות הרבים.

ה. דברי יחזקאל, שם, מעלה אפשרות שגב קונה ברשות הרבים ולא שומר, שהטעם שמועילה משיכה לגנב ברשות הרבים הוא שעיקר דין גנב הוא בהוצאה מרשות הבעלים, ואין צורך בקניין (אלא שגם ברשות הבעלים אם הוא עושה קניין, חייב, מפני שבתחומים אחרים חפץ יוצא מרשות בעליו על ידי קניין, ולכן חידושי התורה שזה מחייב גם בגנב); ושונה ממנו חיוב אחריות בשומר, שבעוד גנב חייב באחריות בכל אופן מפני שחיוב האחריות שלו הוא תוצאה מדין גנבה, וכל שהוציא את הנכס מרשות הבעלים נעשה גנב ובוה מתחייב באחריות, הרי שומר צריך קניין לחיובו באחריות.

ו. כמו כן, דברי משפט, רצא, ה (ס"ק ג), כותב שאף על פי שלתוספות, כתובות לא ע"ב (ד"ה וברשות), משיכה קונה בגנב ברשות הרבים מכיוון שאינו צריך לקנות את הנכס קניין גמור, מכל מקום בשומר אינה קונה, מפני ששומר אינו מחייב את עצמו במסירה עד שימוש במקום שמשיכה קונה קניין גמור – כלומר, משום שחיוב שומר תלוי ברצונו, שלא בגנב.

ז. כמו כן, אמרי בינה, קונטרס בדיני קניינים, סימן ח (ד"ה ולעני"ד), כותב שאף לדעה שגב קונה במשיכה ברשות הרבים, שומר אינו קונה בה, ודווקא בגנב שאין לו קניין הגוף בחפץ, אלא שהתורה חייבתו באחריות כיוון שרצה לקנות, די בקניין כלשהו, אבל בשומר שבמשיכה זו הוא מחייב את עצמו לשלם אם יאבד הנכס (כמו שכתבו תוספות, כתובות נו ע"ב, ד"ה הרי, שחיוב השומר הוא מפני שהתורה אמרה שזה רצונו להתחייב), צריך לזה קניין המועיל במכר (כלומר, שמאחר שזה תלוי ברצונו, צריך קניין גמור, מפני שרק זה מבטא את רצונו); ובמיוחד לפי מה שכתב חידושי הריטב"א, קידושין מז ע"ב, שהמשיכה מועילה בשומר רק מדרבנן (אך הריטב"א דיבר על זכות המשאל לחזור בו משמשך השואל), אפשר שתז"ל תיקנו רק באופן המועיל במכר. הוא מתמסך על דעת קצות החושן (ראה במילואים להערה 5), שחיוב השומר אינו על שלא שמר אלא חיוב תשלומין שהתורה הטילה עליו אם יאבד

מילואים לסעיף 1(א)

הנכס. רח"א מילר הסביר את כוונתו, שאם חיוב התשלום הוא תוצאה מחיוב שמירה, אפשר לחייבו בתשלומין על ידי משיכה ברשות הדין בתור התחלת פעולת השמירה (ראה בסמוך, בשם נפש חיה) או מפני שזה מלמד על הסתלקות בעל הנכס (ראה לעיל בשם דברי יחזקאל, ובמילואים להערה 136, אות יב, בשם מזכרת חיים); אבל אם אלו חיובים נפרדים (כדעת קצות החושן), אי אפשר לחייבו בתשלומין מטעם התחלת שמירה, שהרי זה דבר נפרד, ולכן צריך קניין ממש.

ח. נפש חיה, ב"מ כט ע"ב, כותב שלפי ההסבר שקניין נחוץ בתור התחלת פעולה (ליד ציון הערה 134), גם משיכה ברשות הרבים תחייב את השומר, מפני שסוף כל סוף זו התחלת פעולה; ואילו לפי ההסבר (ליד ציון הערה 133) שצריך משיכה דרך קניין, צריך שימשוך במקום הראוי למשיכה במכר, ולא ברשות הרבים.

ט. משיכה על ידי שליח: שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן כג (מד ע"ג), כותב שאם אמר הנפקד לבעל הנכס: "תן את הנכס לפלוני, שהוא שלוחי", הנפקד חייב בשמירה, מפני ש"שלוחו של אדם כמותו", ומשיכת השליח היא כאילו הנפקד עצמו משך. כמו כן, שער משפט, ר, ס"ק ד, כותב שאם אמר השומר לבעל הנכס: "שלח לי את הנכס ביד פלוני", משיכת השליח (או הגבהתו) קונה לשומר, מפני שהוא שלוחו אף על פי שלא אמר לו בעצמו, שהרי סוף כל סוף הוא אמר לבעל הנכס לומר לשליח. הוא מביא ראה לכך מהדין ששומר האומר לבעל הנכס: "שלח לי ביד פלוני" — חייב (ראה ליד ציון הערה 55). כמו כן, שו"ת לב מבין (בירדוגו), חו"מ, סימן ריא, כותב שגם משיכת השליח של השומר מחייבת, ולכן שומר האומר לבעל הנכס: "שלח לי ביד פלוני" — חייב. כמו כן, שו"ת משפטים ישרים (חסון), סימן עד (עו ע"ג), כותב שאם הנפקד שלח משהו להביא לו את הנכס, משיכת השליח מחייבת אותו (את הנפקד) בשמירה, ולכן אסור לו להשאיר את הנכס בידי השליח, ככל שומר, שאינו רשאי למסור לאחר (בסעיף 3, פרק ב, 1). כך כתב גם חידושי ר' עקיבא איגר, גיטין כט ע"א (הובא בנפש חיה, ב"מ כט ע"ב) — ראה בשמו במילואים להערה 127), שאם אמר אדם לשלוחו: "טול לי מאשתי חפץ פלוני", והשליח מינה אדם אחר כשלוחו ליטול ממנה, הרי כשהשליח השני נוטל, נעשה השליח הראשון שומר על החפץ, מפני שמשיכת השליח השני מחייבת את השליח הראשון כשומר, כיוון שהשליח השני משך בציוויו. הוא כותב גם, שאם הראשון משאיר את הנכס בידי השני, הוא נחשב שומר שמסר לשומר. רח"א מילר העיר שר"ע איגר שם אינו כותב זאת בלשון ודאית, וזאת משום ששם השמירה אינה המטרה העיקרית של השליחות, אלא העניק הוא הבאת הנכס לבעל, ולכן אפשר שאינו מתכוון לקבל על עצמו שמירה במשיכת השליח, מה שאינו כן באומר: "שלח לי ביד פלוני", שכל השליחות היא כדי לקבל את הנכס לשם שמירה, ובוהו בוודאי מתכוון השולח להיות שומר על ידי משיכת השליח.

י. שו"ת מהר"ב"ח, סימן צד, כותב שאם מורשה של הנפקד ביקש מנכרי להכניס את הנכס למחסן מסוים, והנכרי התכוון שיוכה בו המורשה בעד הנפקד, מתחייב הנפקד בשמירה (כך משמע מדבריו). אבל בנידונו הנכרי לא התכוון לכך אלא התכוון למצוא תואנות ולהאריך את הזמן, ולכן פסק שאין זאת נחשבת משיכה לחייב את הנפקד. הוא כותב שגם אם הנכרי נתן ביד הנפקד מפתח של המחסן, אין זה נחשב חצרו של הנפקד לקנות לו.

יא. משיכה על ידי שליח נכרי: שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן כג (מד ע"ג), כותב שאם שליח נכרי של הנפקד משך את הנכס, אין לחייבו בשמירה מטעם זה, שהרי אין שליחות לנכרי. אך שו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן כז, כותב שאם משך נכרי, שכירו של השומר, דינו כדיון משיכה במכר, שעליה כתב נתיבות המשפט, קפה, ס"ק א, שפועל נכרי (בשכר) הנכס נקנה לממסיק אם משך לרשות הממסיק, אבל לא אם משך בסמטא. רז"ג גולדברג העיר שמשיכה זו לרשות השומר מועילה גם אם זו חצר שאינה משתמרת, שאילו חצר משתמרת קונה בלאו הכי מטעם חצר (ליד ציון הערה 131).

יב. גליין השי"ס, על ירושלמי, עירובין ז, ו, כותב שאם הנפקד קורא לבהמה המופקדת והיא באה אליו, הוא חייב, כמו שזה נחשב כמשיכה במכר (קידושין כב ע"ב). על מקרה זה ראה גם במילואים להערה 141, אות יג, בשם משפט שלום.

יג. משיכת בהמה שעליה מונח הנכס: ר"מ פרדו, בשו"ת פני יצחק, חלק ג, סימן ו (כב ע"א), כותב שאם משך הנפקד רק את הבהמה שעליה מונח הנכס המופקד (נידונו — המקרה שליד ציון הערה 80), אינו מתחייב בשמירה, כמו שבמכר משיכת בהמה אינה קונה את מה שעליה (שו"ע, חו"מ, רב, יג). כך כתבו גם מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ז (הובא בחידושי ר"ע איגר, חו"מ, רצא, ב), ושו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ו. אך שו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ה, כותב שמשיכת הבהמה מחייבת בשמירה על הנכס שעליה. כמו כן, שו"ת רוח יעקב, סימן יג, מעלה אפשרות שאף על פי שמשיכת בהמה אינה קונה דברים שיש עליה, זה אמור רק אם הבהמה אינה שלו, אבל אם היא שלו, משיכתה קונה את מה שעליה. ראה גם במילואים להערה 131, בשאלה האם במקרה זה יכול לקנות מדין חצר.

יד. קושי מיוחד במשיכה: חידושי ר"ע איגר, ב"מ מח ע"א, ד"ה באמת (הובא בספר אסמכתא, ליפשיץ, עמ' 211), הקשה איך מועילה משיכה בחיוב שומר, הרי משיכה עושה רק שהמושך יזכה בחפץ, ולא עושה קניין להתחייבות שמקבל המושך על עצמו (עיין שם, שהוכיח עיקרון זה במהות קניין משיכה). ר"י יגל, שם עולם, עמ' 477, תירץ את הקושיה על פי הסברו (ראה במילואים להערה 128) שהמשיכה היא רק תקנה לקבוע זמן לסילוק בעל הנכס, ולא שהמשיכה עצמה מחייבת. אפשר לתרץ עוד, שחכמים תיקנו במיוחד כאן שהמשיכה תטיל חיוב אחריות. לתירוץ נוסף, עיין ראי ברזל, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שמד.

להערה 130

בשו"ת פני יצחק, חלק ג, חו"מ, סימן ו (דף כב ע"ב), נחלקו פוסקים לגבי נידונו, שהנפקד לקח את הכסף שבעל הכסף הניח על בהמתו (כשהולכים למקום אחר) ושם אותו בתוך כיסו: ר"מ פרדו מחייב מטעם הגבהה, ואילו ר"י אבולעפיה, בהגהה, פוטר מכיוון שהנפקד לא התכוון לקנותו בהגבהתו, ובעל הכסף לא התכוון להקנות לו בהגבהה זו, אלא התכוון רק להולכתו לאדם שלישי, וצריך כוונה קונה ומקנה. רז"ג גולדברג תמה על דעת ר"י אבולעפיה: (א) הלא אין צורך שהשומר יתכוון לקנות, אלא די שיתכוון לשמור. (ב) מאחר שהכסף בכיסו, הוא נקנה לו בקניין חצר, וחצר קונה לאדם אף שלא מדעתו בדבר שהוא זכות לו, וכאן זה נחשב זכות, כיוון שהסכים לשמור. ג) שו"ת ר"ע איגר, מהדורא קמא, סימן לו, אומר שכשדעת אחרת מקנה, אין צורך בכוונה הקונה לקנות, וכאן יש דעת אחרת מקנה.

להערה 131

א. מרכבת המשנה, על המכילתא, שמות כב, ו, כותב שאם הנכס ברשות הנפקד, ואמר לו בעל הנכס: "הילך", והנפקד מקבלו, זה קניין לחייבו בשמירה.

מילואים לסעיף 1(א)

ב. שלטי הגיבורים, ב"מ נ ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בשו"ת תורת אמת, סימן קמד), מבאר שמה שכתב רמב"ם, הלכות נזקי ממון, ז, ה, שמי שקיבל על עצמו לשמור שור, חייב בנוקו, שמשמע שחייב אפילו לא משך, מרובר בשהשור ברשותו, שזה נחשב כאילו משך. כלומר, שקנה בקניין חצר.

ג. מעייני החכמה, ב"מ נח ע"א, מהדורא בתרא, אות קעה, כותב שמי שמכר לזולת גפנים נטועות בשדהו, ונשאר המוכר שומר עליהם, המוכר מתחייב בשמירה בלי משיכה. הוא מתכוון לומר, שהוא קונה על ידי קניין חצר. הוא כותב זאת לפי ההוהא אמיאנא בסוגיה שם, ששומר קרקע (ובכלל זה גפנים מחוברות לקרקע) חייב.

ד. אך כסף הקדישים מטייג זאת, שבמקום שהכול מניחים את חפציהם, אין מועיל קניין חצר, כמו שאין קניין מועיל בחצר השותפים (ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך חצר (ב), ליד ציון הערה 967).

ה. השכיר את חצרו לבעל הנכס: שו"ת יש מאין, חלק ב, חו"מ, סימן ו, כותב שלדעה המצריכה קניין, אם הניח אדם אחר את הנכס במחסן של הנפקד, מתחייב הנפקד בשמירה על ידי קניין חצר, אבל זאת דווקא אם הוא משכיר לו מקום במחסן, וקבעו את מחיר השכירות, או שנותן לו רשות אחסון בחינם, אבל אם השכיר הנפקד את מחסנו לבעל הנכס לשים שם את הנכס, ועדיין לא קבעו את מחיר השכירות, הרי שו"ע, חו"מ, ר, ז, פוסק שחצר אינה קונה במכר בלי פסיקת דמים, ואף כאן, מאחר שלא קבע מחיר, אין המחסן קונה את הנכס לנפקד שישב ברשותו להתחייב עליו בשמירה, מפני שלא סמך דעתו על הבטחתו כיוון שלא קבע מחיר. אך שו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ, סימן נד, כותב שלדעה שצריך קניין, אם ייחד הנפקד לבעל הנכס את הבית שהנכס מצוי בו, אם אומרים ששכירות קונה (ובעל הנכס משלם שכירות עבור המקום — כך נראית כוונתו), אם כן זה ביתו של בעל הנכס, ולא נקנה הנכס לנפקד, ואינו מתחייב בשמירה.

ו. חצר שאינה משתמרת: דברי משפט, רצא, ה (ס"ק ג), כותב ששומר קונה גם בחצר שאינה משתמרת, גם לפי שו"ע, חו"מ, ר, א, שסובר שמכר אינו נקנה בחצר שאינה משתמרת אף על פי שדעת אחרת מקנה. הוא מנמק זאת על פי קצות החושן, רב, ס"ק ז, שכתב שגם בחצר שאינה משתמרת נחשב בעל החצר מוחזק כמה שמצוי בחצר, ולכן מאחר שהנפקד קיבל על עצמו שמירה, והוא מוחזק בנכס, זה נחשב קניין לחיוב; ועוד, שמאחר שנתנה הנאת האמון (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 39, שלכל שומר יש הנאת האמון), הוא מתחייב בהנאה זו (כשהיא מצטרפת לקניין חצר חלקי). מאותה סיבה הוא כותב ששומר קונה בחצר מהלכת (כגון שהנכס מונח על בהמתו), כיוון שהחיסרון בחצר מהלכת הוא רק שאינה משתמרת (רש"י, ב"מ ט ע"ב, ד"ה מי קני). גם אמרי בינה, קונטרס בדיני קניינים, סימן יב (ד"ה ואין), מעלה אפשרות שנפקד המכניס את הנכס לחצר שאינה משתמרת מתחייב בשמירה, משום שדי בכך להוות התחלת מלאכת השמירה, שהיא מטרתו של הקניין (ראה ליד ציון הערה 134). גם תורת מיכאל, סימן כה, כותב ששומר יכול לקנות בחצר מהלכת או שאינה משתמרת, מפני שמטרת הקניין אינה שיהיה הנכס שלו, אלא שיהיה מונח ברשותו ולא ברשות הריב, וגם בחצר מהלכת ושאינה משתמרת, הנכס מונח ברשותו. הוא מנמק עוד על פי מה שכתב שם, שהטעם שצריך משיכה הוא שצריך לשמור על הנכס כמו ששומר על שלו, והרי כשהוא הולך בדרך, גם שלו נמצא על בהמתו, ולכן זה נחשב קניין לחיוב בשמירה. כמו כן, פני מבין, רצא, ב, כותב שהנחת הנכס על הבהמה היא כהנחה ברשותו, ונחשבת קניין.

ז. ר"י סגל, "בדיני שומרים", נועם כ (תשל"ח), עמ' קיח, כותב שאם בעל הנכס הניח את הנכס בחנותו של השומר, אף על פי שאינה משתמרת, שהרי רבים מסתובבים בחנות, מכל מקום מאחר שבעל החנות עומד שם, חצרו קונה לו, ומחייבת אותו בשמירה.

ח. קניין על ידי חצר של אחר: יש מן האחרונים שהסבירו את הדין בכ"ק מח ע"א, שאשה שאופה בתנור בחצר של אחר, חייבת בשמירה על החפצים שבחצר, אף על פי שלא עשתה בהם משיכה (ראה במילואים להערה 127) — שזה משום קניין חצר, והסבירו בדרכים שונות אך היא יכולה לקנות על ידי חצר של אדם אחר. שו"ת רוח יעקב, סימן יג, בסופו, הסביר שבעל החצר הקנה לה את החצר לשימושה לאפייה, וממילא היא יכולה לקנות בחצר דברים שונים (אך הוא מעיר, שאם כן הרי זה חצר השותפים, של האשה ושל בעל החנות, ויש מחלוקת האם שותפים בחצר יכולים לקנות דברים זה מזה בקניין חצר — ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך חצר (ב), ליד ציוני הערות 967-968). גם קבא דניחותא, סימן כד (נדפס גם באוסף התירוצים שסביב קבא דקשייתא, סימן כד, במהד' מנדלבוים), כותב כך על פי קצות החושן, קפט, ס"ק א, שכתב שאפשר לקנות קרקע על ידי השימוש בה, ואמנם אינו קונה אותה קניין גמור, אבל הוא קונה אותה לאותו שימוש, ואף כאן, בשימוש האשה בקרקע החצר היא קונה אותה לעניין התחייבותה בשמירה זו. בדומה, קב ונקי, סימן כד (נדפס גם באוסף התירוצים שם), מסביר על פי מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן א, שכתב שאפשר לקנות דבר לקניין זמני על ידי שימוש, ואף כאן, היא קנתה את החצר לעניין זה בשימושה.

ט. שו"ת בר ליואי, חו"מ, סימן כו, כותב שאם שלח בעל הנכס את הנכס לנפקד, והנפקד ציווה לשליח להניח את הנכס בחצרו של חותנו, חייב גם לשיטה שצריך קניין, מפני שחותנו מקנה את המקום לנפקד, והיא כחצרו, וקנה לו. הוא מוסיף, שגם אם נאמר שחותנו אינו מקנה את החצר לנפקד אלא לבעל הנכס, מכל מקום אם בעל הנכס ידע איפה הניח השליח את הנכס, בעל הנכס חוזר ומקנה את המקום לנפקד כדי שיתחייב בשמירה, ואם בעל הנכס לא ידע זאת, בוודאי לא הקנה החותן את המקום לבעל הנכס, אלא לנפקד, ואם כן, קנה הנפקד באופן ישיר בקניין חצר, ומתחייב. אך רז"י גולדברג הקשה, איך מקנה בעל הנכס את החצר לשומר בלי מעשה קניין? אמנם בעל הנכס קונה את המקום לשימוש, בעצם זה שהנכס נמצא שם לשימוש, כפי שהסביר קצות החושן שם, שזכות שימוש נקנית בשימוש, אבל המקום אינו יכול לעבור לרשות הנפקד (שאינו משתמש במקום) בלי מעשה קניין.

י. שו"ת ר' ברוך אנג'ל, סימן א, עוסק באדם "קראגור" שתפקידו לקחת בגדים מן האורג למקום אחר ("באטאניש") לטיפול נוסף, והניחו בבית האורג. הוא מחייב אותו בשמירה, בנימוק שרואים כאילו האורג השאיל את רשותו לאדם זה, והלה קנה את הנכס כאילו בא לרשותו ממש, ובוה מתחייב בשמירה.

יא. בספר המקנה, קידושין כו ע"א, כתב, ששוכר ששילם דמי שכירות, והנכס עדיין נמצא אצל המשכיר, רואים כאילו נטלו השוכר וחזר והפקידו אצל המשכיר, והמשכיר נעשה שומר עליו (ראה בשמו בסעיף 11, במילואים להערה 244). אמרי בינה, קונטרס בדיני קניינים, סימן יב (ד"ה ואין), מסביר, שאף על פי שהמשכיר לא עשה קניין להתחייב בשמירה, מכל מקום מאחר שזה ברשותו, אינו צריך קניין. הוא מסביר שתפקיד הקניין בשומר הוא לשמש כהתחלת מלאכת השמירה (כהסבר ליד ציון הערה 134), ולכן אף על פי שכאן המשכיר אינו יכול לעשות קניין בנכס, שהרי הוא שלו, מכל מקום מאחר שהכניס לתוך רשותו וביטו, זה נחשב התחלת מלאכת השמירה.

מילואים לסעיף 1(א)

יב. קניין על ידי כלים: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ז (הובא בהגהת ר"י אבולפיה, בשו"ת פני יצחק, חלק ג, חו"מ, סימן ו), כתב שאם היה על בהמת הנפקד כלי של הנפקד, והונח הנכס בתוכו, קנו לו כליו, והוא חייב בשמירת הנכס. אך ר"מ גלנטי, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ו, מעיר על מחנה אפרים, שכלי של לוקח קונה לו רק בסמטא. השיב לו ר"ש לינידו, שם, סימן ז, דף קנד ע"א, שמאחר שכאן כליו על בהמתו, ויש לאדם רשות להניח את כליו על בהמתו אף ברשות הרבים, כליו קונים לו גם ברשות הרבים, על פי חידושי הרשב"א, הריטב"א הישנים והר"ן, ב"מ ט ע"ב.

יג. שו"ת מגן שאול (קצנלבוין), סימן קלט (עמ' רי), כותב שאם הניחו בעגלה שלו, קונה מטעם כליו. אך שו"ת מצח אהרן (מגןקטש), חלק ב, סימן נה, כותב שגם אם הניח בעל הנכס את הנכס על העגלה של הנפקד, לא נעשה שומר בכך, עד שימנע הנפקד את העגלה, מפני שכלים אינם קונים בסמטא, אלא רק ברשותו, ועוד, שבשו"ע, חו"מ, ר, ג, יש דעה שכלים קונים רק אם המקנה אומר: "זיל קני". יד. שו"ת בית אפרים, אר"ח, סימן לו (ד"ה אמנם), כותב ששואל כלי, ושפך לתוכו דבר של המשאל, השואל אינו קונה בזה את הדבר ההוא להתחייב באונס עליו, במיוחד לפי דעת רוב הפוסקים שחייב שומר מתחיל בשעת הנזק (ראה סעיף 5, במילואים להערה 98), שלפיהם אין עליו עדיין חיוב אונס על הכלי, ואינו יכול לקנות באמצעותו דבר אחר להתחייב באונסיו.

להערה 132

א. בית דינו של שלמה, שם, מעיר שזה מועיל דווקא אם השומר הגיע ראשון לסמטא, כשם שהדין כך במכר.

ב. דברי משפט, רצא, ה (ס"ק ג), כותב שאם הנכס נמצא גם בתוך ארבע אמותיו וגם בתוך חצרו, אז הן חצר מהלכת או שאינה משתמרת (לדעה שאינה מועילה בשומר – ראה במילואים להערה 131), דינו תלוי במחלוקת (עיי' שם, למקורות לכך) האם במקרה כעין זה קניין דאורייתא של חצר (גם כשכפועל אינו מועיל) מבטל קניין דרבנן של ארבע אמות. אבני החושן, רצא, ס"ק ג, כותב על מקרה זה, שארבע אמותיו קונות אף על פי שהנכס על גבי בהמתו שהיא חצר מהלכת, משום שלדעתו כלי או בהמה אינם פוסלים קניין חצר מטעם הפסקה, וכך גם לעניין ארבע אמות. גם בית יעקב, רצא, ג, כותב שארבע אמות קונות לו גם אם הנכס מונח על גבי בהמתו. הם כתבו כך כדי להסביר מדוע גם הדעה המצריכה קניין מחייבת במקרה שליד ציון הערה 80.

ג. שו"ת רוח יעקב, סימן יג, בסופו, הקשה, הרי מגיד משנה, הלכות גולה ואבדה, יו, י, כותב שלרמב"ם, כשדעת אחרת מקנה, לא מועיל קניין ארבע אמות, והרי כאן יש בעל נכס שהוא דעת אחרת? הוא מתרץ, שבשומר אין צריך קניין, אלא צריך שיכנס הנכס לרשותו, ומאחר שארבע אמות קונות במציאה (שאינן בה דעת אחרת מקנה), זה נחשב רשותו לעניין שומר.

ד. שו"ת מהר"ל דיסקין, פסקים, סימן קצה (דף נג ע"א), מעלה ספק האם ארבע אמות קונות לשומר, ומעלה אפשרות שזה תלוי במחלוקת האם הן קונות לגנב (אך באנציקלופדיה תלמודית, ערך ארבע אמות (א), ליד ציוני הערות 70-71, הובאה רק דעה שאינן קונות לגנב). גידולי שמואל, ב"מ פ ע"ב (ד"ה והנה ב"מ), מעלה אפשרות שקניין זה לא יועיל בשומר המקבל על עצמו לשמור שלוש שנים, שזה אסור לדעה (בסעיף 11, פרק ב, 3) ששומר כפועל (ולפי רמ"א, חו"מ, שלג, ג, אסור לפועל להתחייב לעבוד יותר משלוש שנים), שהרי חידושי ר"ע איגור, ב"מ י, כותב שקניין ארבע אמות אינו מועיל כשיש איסור.

ה. רוח יעקב שם, באמצע התשובה, מביא ש"מ"ח" כתב שכוונת המכילתא, שמות כב, ו, המצריכה "עד שפיקדו אצלו", היא ללמד שהשומר חייב רק אם הניח בעל הנכס את הנכס בתוך ארבע אמותיו.

ו. קניינים נוספים: ראה במילואים להערה 321, שנתביית המשפט מצא אפשרות שיתחייב הנפקד על ידי קניין מיטלטלין אגב קרקע, ושמושב נתיבות חלק עליו. על קניין אגב בשואל ובשוכר, ראה במילואים להערה 135, אות י, בשם דבר אברהם. רמב"ם, בפירושו המשנה, שם, כותב באופן כללי, שיקנה באחת הדרכים הקונות במכר. עיי' ר"נ בן סניור, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שצו, שמועיל קניין סיטומתא – על פי מנהג, כגון מסירת מפתח, או חתימת חוזה בימינו (אף אם אין לו דין שטר). ועיי' נטע שורק, פרשת פנחס (קלח ע"ג, קלט ע"ד), שקניין שטר או חליפין מועילים מן התורה בשומר.

ז. קניין סודר: א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ספר ב, פסקה פד, כותב שאם עשו קניין סודר, מתחייב הנפקד גם אם הנכס מצוי במקום אחר. יש לציין שקניין סודר מועיל לחייב גם שומר קרקע או שטר (ראה סעיף 14, פרק ד), אך שם הקניין אינו מחיל חיוב רגיל של שמירה אלא התחייבות עצמאית, ומועיל דווקא אם קיבל על עצמו בפירוש להתחייב לשלם; ואפשר שכך יהיה גם דינו של מי עושה קניין סודר לגבי מיטלטלין. על קניין סודר בשואל ובשוכר, ראה במילואים להערה 135, אות י, בשם דבר אברהם. יש להעיר, שלפי חלק מן ההסברים שנביא במילואים להערות 133-134, תפקיד הקניין הוא להכניס את הנכס לרשות השומר, ואם כן, קניין סודר יוכל להחיל חיוב שומר רגיל רק אם מטרת הקניין תהיה להכניס את הנכס לרשות השומר, ולא קניין ליצור התחייבות.

ח. לעניין התחייבות באמירת "אתם עדי", א' ורהפטיג, "קניין בשומרים", ספר ויכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רפז, הערה 30, העלה אפשרות שאף על פי שזה מועיל בשמירת קרקע או שטר (לדעה אחת – ראה סעיף 14, במילואים להערה 69), אין זה מועיל בשמירת נכס רגיל. כוונתו היא שזה יכול ליצור התחייבות עצמאית, שרק היא אפשרית בקרקע ובשטר (ואפשרות גם במיטלטלין), ואינו יכול להחיל חיוב שמירה רגיל. במיטלטלין.

להערה 133

א. קצות החושן כותב שרק מי שסובר שחייב התשלומים של שומר מתחיל משעת הפקדה (ראה סעיף 5, במילואים להערה 98), יכול לפרש שזה תפקיד הקניין; ואילו מי שסובר שחייב התשלומין מתחיל משעת הנזק, לא יוכל להסביר כך, מפני שאין משיכה (וכדומה) מועילה כדי לקנות נכס (או ליצור התחייבות) לאחר זמן, והוא יצטרך לנקוט בנימוק שליד ציון הערה 134. אך שושנת יעקב, שו, ב (ס"ק א), חולק ואומר שדווקא משיכה שבאה להקנות חפץ אינה יכולה להקנותו לאחר זמן, משום שאז כבר כלתה המשיכה, אבל במשיכה לחייב באחריות, אפשר להתנות שתחול האחריות לאחר זמן, ואין חסרון בכך שכלתה או משיכתו, כיוון שבשעת משיכתו השתעבדו נכסיו לאחריות שלאחר זמן.

ב. גן ועול, כפתור ג, פרק ד, אות ג, הבין שקצות החושן, בהשוואתו לגולן, מתכוון לומר שתיקנו חכמים שעל ידי הקניין, אם יינזק הנכס, יתברר למפרע שהיה נכס שלו בשעת הקניין, ולכן הוא אחראי עליו כאילו גולו. אך הוא דוחה הסבר זה, על ידי שהוא מוכיח ששומר אינו קונה כלום בגוף הנכס (עיי' שם, להוכחתו).

להערה 134

א. קצות החושן מביא כאילו נימוקי יוסף, ב"מ נו ע"א (בדפי הרי"ף), אומר כך בשם הרמב"ן. אך האמת היא שנימוקי יוסף דיבר

מילואים לסעיף 1(א)

לעניין הדין שמשמשך השומר אין בעל הנכס ראשי לחזור בו, ולא על חיוב השומר, ודיבר בשם הר"ן ולא הרמב"ן (ולפי א' ורש"י), "קניין בשומרים", ספר זיכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רפח, הערה 36, יש טעות סופר בקצות החושן וצריך להיות "ר"ן" ולא "רמב"ן". לגבי זכות החזרה מובנת ההשוואה לפועל, שגם שם המעסיק אינו יכול לחזור בו אחרי התחלת המלאכה, אבל אין מובנת ההשוואה לפועל לעניין חיוב באחריות, שהרי בפועל אין חיוב באחריות, והוא אף ראשי לחזור בו באמצע היום. צריך לומר שכונתו היא, שכמו שבפועל התחלת המלאכה מחילה את החיובים שהטילה התורה על הפועל ועל המעסיק, כך התחלת המלאכה בשומר מחילה את החיובים שהטילה התורה על השומר — חיוב אחריות.

ב. שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צה, אות יג, מקשה על ההסבר שחייב מדין פועל (אינו מזכיר את קצות החושן), הרי פועל יכול לחזור בו ואילו שומר אינו יכול לחזור בו בלי להחזיר את הנכס (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 10) והוא כותב שזה חידוש שחידשה התורה, ששומר חייב בזה יותר מפועל. ראה במילואים להערה 128, שלפי רוב הפרשנים, תוקף המשיכה הוא מן התורה.

ג. שושנת יעקב, שו"ב (ס"ק א), הקשה על הסבר קצות החושן, הרי בשואל ובשוכר אין לומר שמעשה הקניין הוא התחלת המלאכה, שהלא הנכס נמצא אצלם לשם שימוש, והשימוש הוא המלאכה? הוא מתרץ, שלגביהם מעשה הקניין מועיל מפני ששאלה ושכירות הן כמו מכר, שכן הנכס נקנה בהן לזמן. גם דבר שבמניין, על ספר המצוות לרמב"ם, עשה רמז, מבאר ששואל ושוכר זוכים ברשות השימוש על ידי הקניין, ורשות השימוש מחייבת אותם באחריות. וראה פסקה 5 (א), ששואל ושוכר מתחייבים אם השתמשו בנכס, גם אם לא עשו קניין. עיין גן נעול, כפתור ג, פרק ד, אות ג, שהקשה עוד על הסבר קצות החושן.

ד. אמרי בינה, דיני דיינים, סימן ל, כותב שמאחר שמעשה הקניין מועיל כאן בהתחלת מלאכה, הרי שחוטח בהמה מתחייב בשמירתה בלי קניין, מפני שהתחלת השחיטה היא התחלת המלאכה. אך, כפי שהוא מביא שם, הרמ"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק צט ע"ב, מצריך משיכה בשחוט, ונמצא שהרמ"ה אינו מקבל סברה זו.

ה. יש להעיר שהצורך בקניין הוא מדרבנן (לפי רוב הפרשנים — ראה ליד ציון הערה 128), וצריך לומר שהנימוקים של קצות החושן (ושאר הנימוקים שנביא) באים להסביר איך הקניין נותן תוקף מן התורה לחיוב (ראה במילואים להערה 128, שרוב הפרשנים אמרו שיש למשיכה זו תוקף מן התורה).

ו. בשאלה האם התחלת שמירה ממש תחייב במקום קניין, מטעם התחלת מלאכה — ראה במילואים להערה 127, אותיות כד-כו.

ז. הסברים אחרים לתוקף הקניין: שו"ת באר מרדכי (פרהנד), סימן ה, מסביר על פי מה שכתב (ראה בשמו במילואים להערה 135, אות יב ואת יז), שמצד הדין שומר חייב באמירה בלבד, וחכמים תיקנו שצריך מעשה כלשהו להיכר (לא כמעשה קניין), כדי שהמקבל שמירה יקבלנה בלב שלם, ולא יוכל לומר אחר כך שלא התכוון לשמור. הוא מסביר, שמשום כך, אף על פי שקניין זה אינו מועיל בקניין, והוא רק כמו דיבור, בכל זאת די בו כיוון שכבר סילק בעל הנכס את שמירתו; וקניין זה בא רק לחיזוק, כאמור.

ח. רז"ג גולדברג הסביר, שבוה שמשך את הנכס, הוא כאילו קונה אותו, לעניין שחייב לשמור, וזהו קניין על התחייבותו לשמור, שאת זה אין התורה מטילה עליו אלא הוא מקבל על עצמו, אבל הקניין כאן אינו קניין על ההתחייבות לתשלומין, מפני שהתורה עצמה מטילה את חיוב התשלומין. זאת בניגוד לשומר קרקע או שטר שרוצה להתחייב אף על פי שהוא פטור מן התורה (סעיף 14, פרק ד), שנותנים לו סודר ותמורתו הוא מתחייב בתשלומין.

ט. שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צה, אות יג, כותב שאין לומר שעל ידי המשיכה הוא קונה את הנכס לחיוב אחריות, שהרי חידושי הריטב"א, קידושין מז ע"ב, כתב שמשיכה מועילה רק כשמושך כדי לקנות את גוף הנכס, ולא כשמושך רק כדי לקנות את פירות הנכס, כגון זכות השימוש, ואף כאן אינו מתכוון לקנות את גוף הנכס אלא להתחייב באחריותו.

י. איילת השחר, ב"מ נח ע"א (ד"ה תודה אמר), מסביר שהמשיכה אינה עושה קניין, אלא היא אופן קבלת הנכס, שאז מתחיל דין שומר, שהתורה חייבה אותו משקיבל את הנכס לשמור, והקבלה מתחילה עם כניסת הנכס לרשותו.

יא. ר"מ פיינשטיין, "בעניין מתנה שומר חינוס", מוריה י (תשמ"א), גל' ג-ד, עמ' לט, מסביר שהמשיכה מועילה לא משום שהיא מחילה חיוב, אלא מפני שבוה נעשה הנכס ברשות השומר, ונעשה שומר, ומאחר שהוא שומר הוא ממילא חייב בחיובים שאמרה תורה. עיין גם ראשי שערים, ב"ק, סימן לב, המסביר מדוע מועילה משיכה.

יב. תורת מיכאל, סימן כה, מסביר שצריך קניין, מפני שהשומר צריך לשמור כמו שהוא שומר את שלו (ראה סעיף 2(א)), ליד ציון הערה 34), ולכן צריך הנכס להיות ברשותו כמו שהוא שומר את שלו כשזה ברשותו. אך הסברו קשה, שהלא כאן אנו עוסקים ביצירת חיוב השמירה, והדין שצריך לשמור כמו שהוא שומר את שלו הוא דין באופן ביצוע השמירה. לטעם שצריך קניין, עיין גם חמדה גנוזה — זכר מרדכי, שו"ב ס"ק א.

להערה 135

א. המחלוקת מובאת בטור, חו"מ, סימן רצא, ו, וסימן שג, א; בשו"ע, חו"מ, סימן רצא, ה, על שומר חינוס, וסימן שו, ב, על שוכר; בב"ח, חו"מ, רצא, כט; בפרישה, חו"מ, רצא, כט; בפרי אליהו, חלק א, סימן סט, אותיות א-ב; בשו"ת באר עשק, סימן מג; בשו"ת, חו"מ, לט, ס"ק מט; ובשו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א. בשאלת הצורך בקניין עיין אהלי שם (ביטון), ב"מ, סימן ז, ושערי מאיר, סימן טז; יד דוד (דהאין), סימן י (עמ' קיד).

ב. אהלי יהודה (הכהן), ערך שומרים, כותב (בניגוד להבנת כל הפרשנים), שזו גם דעת הרמב"ם, והוא אינו מצריך קניין, כפי שמוכח ממה שהוא מחייב את האומר "הנח לפני", משמע שחייב גם אם לא עשה קניין, ואפילו ברשות הרבים (ששם אין לומר שקנה בקניין חצר; אבל מגיד משנה, הלכות שכירות, ב, ח, הסביר שמדובר בשעשה קניין — עיין שם ובמקורות שצוינו בהערה 132); ומה שכתב שתיקנו קניין, הוא בשוכר ובשואל, לומר שאף על פי שעדיין לא התחילו להשתמש, מאחר שעשו קניין, חייבים בשמירה.

ג. כתב רא"י ורטהיימר, בהערותיו לפסקי הרי"א, ב"מ, פרק ח, הערה 43, שהרי"ד מחייב באחריות בלי מעשה קניין, שהרי בב"מ

פירש את המימרה "תיקנו משיכה בשומרים" על זכות החזרה. ודבריו קשים, שהרי בפסקי ה"ר"ד, בב"ק, הצריך מעשה קניין כדי להתחייב באחריות, כפי שהבאנו במילואים להערה 127.

ד. סתירה ברע"ת הרא"ש: שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן פב, ועושה שלום, מערכת מ (סה ע"ד), מקשים, שיש סתירה בין הרא"ש, ב"מ, פרק ו, סימן טו, ששם הוא מחייב בלי קניין, לב"ק, פרק ו, סימן יא, ששם הוא מחייב דווקא בקניין. שו"ת באר מדרכי (פרהנד), סימן ה, מצוין שסתירה זו קיימת גם בקיצור פסקי הרא"ש, שבב"ק העתיק סתם "תקנו משיכה בשומרים", ומשמעותו גם לעניין חיוב שמירה, ואילו בב"מ כתב שחייב כבר מהסתלק בעל הנכס. שלטי הגיבורים, בי"מ נ ע"ב (ברפי הרי"ף), הסביר שמה שכתב הרא"ש בב"ק שחייב משעת משיכה, אינו בדיוק, אלא כוונתו משעת משיכה והוא הדין משעת קבלת השמירה. יד אליהו, תיקון קנט, תירץ שלרא"ש קניין מועיל לחייב גם אם עוד לא הסתלק בעל הנכס (ראה במילואים להערה 45, אות ו). שושנת יעקב, שו"ב (ס"ק א), תירץ, שהרא"ש מחייב לפני שעשה מעשה קניין מדין ערב (ראה במילואים להערה 136) ולא מדין שומר, ונמצא שאינו חייב שבועת השומרים עד שיעשה קניין, וזאת כוונתו כשכתב שחייב רק כשיעשה קניין — שרק אז חייב שבועת השומרים. שמחת עולם, חו"מ, רצ"מ, ב, תירץ שהרא"ש סובר שאם שתק, צריך קניין (ראה ליד ציון הערה 96), אבל אם הסכים בפירוש לשמור, אין צורך בקניין. פרי אליהו, חלק א, סימן סח, מיישב, שהרא"ש אינו מצריך מעשה קניין, ומה שהצריך משיכה בב"ק הוא מפני שמדובר שם בשהפקיד אצלו גנב, והגנב אינו מתחייב עד שעת משיכה, מפני שבעל הנכס אינו מסלק את שמירתו לפני משיכה שהרי אינו יודע שזה גנב, ומאחר שעוד לא נתחייב הגנב, גם השומר אינו יכול להתחייב לפני המשיכה. פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שלוחין, ב, ג (פו ע"ב), כותב שהרא"ש מחייב בלי מעשה קניין בשומר חנם ובשומר שטר, אבל בשואל מצריך מעשה קניין (עיין שם בהוכחתו לכך). גם הרב הרצוג, The Main Institutions of Jewish Law, חלק ב, עמ' 185, הבין שזו דעת הרא"ש. אפשר שהתכוונו ליישב בכך את סתירת הרא"ש. כפי שנציין בסמוך, הבחנה דומה מופיעה בתוספות הרא"ש. על סתירה דומה בדעת התוספות ראה במילואים להערה 127.

ה. נפקות מהקניין גם לדעה זו: נחל יצחק, עד, ס"ק ב, כותב שגם לדעה ששומר אינו צריך מעשה קניין, וחייב משעת סילוק בעל הנכס מדין ערב (ראה ליד ציון הערה 20), כמו שכתבו מקצת הראשונים על "הכרזה במקל" (ראה ליד ציון הערה 146), מכל מקום יכול לחזור בו מהשמירה ולהחזיר את הנכס גם אם קיבל על עצמו שמירה לזמן קצוב, כמו שבערב, אם הלווה מוכן לשלם למלווה, הערב פטור (שו"ע, חו"מ, קלא, ד), אלא שכל זמן שלא חזר בו, חייב מדין ערב; אבל אם עשה השומר קניין, אינו יכול לחזור בו (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 21). הוא מיישב לפי זה מה שקשה על דעה זו מהירושלמי, שבועות ח, א (שהבאנו במילואים להערה 127, אות ב), האומר: "ארבעה שומרים אין חייבים אלא דרך קניין" — שאפשר לפרשו לעניין שומר לזמן קצוב, לומר שיכול לחזור בו כל זמן שלא עשה קניין. גם א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ספר ב, פסקה כט, כותב שלפי התוספות והרא"ש, השומר חייב בשמירה משעה שסילק בעל הנכס את שמירתו על סמך הסכמת השומר, אבל הוא עדיין יכול לחזור בו (ובפסקה עה, לגבי שואל, כתב בסתם שחיוב השואל באחריות חל משעה שהסתלק המשאל על פי הסכמתו לשמור).

ו. נתיבות המשפט, נח, ס"ק ד, כותב שאף על פי שלדעה זו שומר חייב בלי קניין, מכל מקום כל זמן שלא עשה קניין לא יחול בו הדין המיוחד (שהוא מחדש שם) שקניין המשיכה קונה לו שעבוד בנכס, שהנכס ישמש כמשכון בשביל האחריות שקיבל על עצמו, ויש נפקות מזה, שלא יוכל נושה של בעל הנכס לתבוע ממנו.

ז. הבחנת התוספות בין סוגי השומרים: דעת התוספות, ב"מ צט ע"א (ד"ה כך), ותוספות הרא"ש, שם, היא ששומר חנם ושומר שטר אינם צריכים קניין, ואילו שואל ושוכר צריכים קניין מן התורה; והובאה בבאור הגר"א, חו"מ, שם, ס"ק טו, ובשושנת יעקב, רצ"מ, ב (ס"ק ב). כמו כן, תוספות, קידושין מז ע"ב (ד"ה אלא הא), כתבו ששואל חייב באונס משעת משיכה (אך אפשר שבאו לומר רק שמתחייב עוד לפני שישתמש, ולא לומר שאינו חייב משעת סילוק בעל הנכס). מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ז (הובא בשו"ת ארצות יהודה, סימן לו, באמרי בינה, דיני טוען ונטען, סימן יד, ובשושנת יעקב, שם, ז, ס"ק ג), מסביר שדווקא בשומר חנם ובשומר שטר ניתן לומר שהם חייבים משום שבעל הנכס סילק את שמירתו מהנכס על סמך שמירת השומר, אבל בשואל, שחייב באונס, אין לומר כן, שהרי אונס בא ממילא, ובעל הנכס לא סמך עליו לשמור מפני אונס, שהרי אי אפשר לשמור מפני אונס. מרביו יוצא שגם שואל חייב בפשיעה ובגנבה ואבדה בלי עשיית קניין (לפי התוספות), משום שבוה סמך המשאל על שמירתו. יצוין שהוא לא התייחס לדין שוכר. אך שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צח, אות יז, דחה הסבר זה, שהרי יש סוגי אונס שלא היו קורים אילו נשאר הנכס ביד בעליו, כגון לקיחתו על ידי שורדים. יש להשיב על כך, שבכל זאת אין לומר שבמסירתו לשומר הסתכן בעל הנכס באונס כלשהו, מפני שבאותה מידה שהיה הדבר יכול לקרות אצל השומר, היה יכול לקרות אצל בעל הנכס.

ח. בדומה, אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פב, מנמק הבחנה זו בכך שחיוב שואל באונס אינו בגלל שמירה, שהרי אי אפשר לשמור מפני אונס (כנראה התכוון להסבר של מחנה אפרים). לנימוק נוסף להבחנת התוספות, ראה במילואים להערה 136 בשם דומכת חיים. ט. בדומה, הרב הרצוג, The Main Institutions of Jewish Law, חלק ב, עמ' 185, כותב שהתוספות הצריכו משיכה דווקא כחיוב שואל באונס, משום שחיוב אונס הוא מצד שיש לשואל בעלות חלקית בנכס (ראה סעיף 2(ג), ליד ציון הערה 10), ולשם כך צריך מעשה קניין; ואין לומר שיחול חיוב שמירה מפני שבעל הנכס הסתלק משמירתו על סמך הבטחת השומר, שהרי אי אפשר לשמור מפני אונס, שנוכל לומר שזהו חיוב שמקבל על עצמו משום שבעל הנכס סמך עליו. ראה גם במילואים להערה 141, שלפי ר"מ בקריצקי, הרמב"ם מצריך קניין גמור דווקא בשואל.

י. דבר אברהם, חלק א, סימן מ, אות ג, מסביר שהתוספות למדו הבחנה זו מהמכילתא, שמות כב, יג, האומרת על "וכי ישאל איש מעם רעהו": "מגיד שאינו חייב עד שיוציאנו חוץ מרשותו", היינו שיעשה קניין (שהרי גם הגבהה ברשות בעל הנכס היא כהוצאה חוץ מרשותו), וזה מן התורה (ראה במילואים להערה 128, על המכילתא), ומאחר שמיד לפני כן אומרת המכילתא: "ניתקן הכתוב שואל מכלל השומר", מוכח ששומר חנם ושומר שטר אינם צריכים קניין (גם אמרי בינה, שם, מביא ראיה זו מהמכילתא). הוא מנמק את הבחנה, ששומר חנם ושומר שטר עיקר מלאכתם היא לצורך בעל הנכס, לשמור על הנכס בעבורו, ומאחר שקיבלו זאת על עצמם, נתחייבו ברגע שהסתלק בעל הנכס; אבל שואל — עיקר מלאכתו הוא בשביל עצמו, לשימוש, והשמירה היא רק אגב זה, ולכן אינו מתחייב עד שיעשה קניין לקנותו בתורת שאילה (להסבר דומה עיין ראשי שערים, ב"ק, סימן לב, ובית שלמה, אבעל, שער י, דף פא ע"א-ע"ב). הוא מסביר בכך מדוע כתבו התוספות שגם שוכר צריך קניין (אך שלא נזכר הדבר במכילתא) — מפני ששוכר דומה לשואל בזה שעיקר מטרתו היא שימוש (ואפשר למצוא ביטוס לכך גם על פי דרשת המכילתא, שהלא שוכר נזכר בפסוק עם שואל: "אם שכיר הוא", ומה שהכתוב "ניתקן" שואל מכלל השומרים, מנתק גם את השוכר). הוא כותב שלא יועיל כאן

מילואים לסעיף 1(א)

קניין חליפין, לדעה (תוספות, ב"מ יא ע"ב, ד"ה מקומו), ששאלה ושכירות אינם נקנים בחליפין, שכמו שהשימוש אינו נקנה בזה, כך גם חיוב השמירה; וגם קניין אגב לא יועיל לחייבו, אם נאמר שאינו מועיל לקנות זכות שימוש של שאלה ושכירות.

יא. א' ורהפטיג, "קניין בשומרים", ספר זיכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רפד, הסביר שהתוספות סוברים שמן הסתם שואל אינו מוכן לקבל על עצמו חיוב אונס על סמך הסתלקות בעל הנכס בלבד, אלא רק לאחר מעשה קניין (כוונתו היא, מפני שאונס הוא חיוב חמור, ואין אדם מקבל אותו על עצמו בקלות); ובהערה 19 כתב שלפי הסבר זה, התוספות יחייבו שואל בפשיעה ובגנבה ואבדה בלי קניין כמו שומר חנים ושומר שכר (וכך הדבר גם לפי מחנה אפרים, כפי שאמרנו לעיל, וגם לפי ארצות יהודה שבסמוך, אבל לא לפי דבר אברהם).

יב. ש"ת באר מרדכי (פרהנד), סימן ה, מבאר את דעת התוספות, שהחכמים תיקנו שצריך לעשות קניין כדי שקבלת השמירה תהיה ברורה, ושלא יוכל השומר לטעון שלא התכוון לקבל על עצמו שמירה, ונימוק זה קיים דווקא בשואל, מפני שאם רק ידבר ולא יעשה קניין, תקל בעיני השמירה, ולא ישמור שמירה מעולה כדרוש ממנו (רח"א מילר הסביר שהוא לא רצה להסביר את ההבדל כמו מחנה אפרים, מפני שבאר מרדכי סובר שהקניין דרוש רק מדרבנן, ואילו מדברי מחנה אפרים יוצא שבשואל נחזק קניין מן התורה). הוא מוסיף להסביר מדוע הרמב"ם אינו מקבל הבחנה זו: הרמב"ם סובר שגם בשומר חנים ובשומר שכר תיקנו חכמים להצריך קניין, שאם לא כן יורה לעצמו היתר לא לשמור היטב כיוון שאין כל ההנאה שלו, וגם בשואל, אף שכל ההנאה שלו, תיקנו שצריך קניין מהסיבה שהוסברה לעיל.

יג. ש"ת ארצות יהודה, סימן לו, נימק את הבחנת התוספות, שחיוב שואל באונס הוא משום שכל ההנאה שלו, ולכן אם לא השתמש בכנס אין לחייבו באונס, שהרי לא נהנה, ודווקא אם עשה קניין הוא חייב אף על פי שלא השתמש, מפני שהקניין מחייב, מה שאינו כן כשלא היה לא קניין ולא שימוש.

יד. לחקרי הלכות, סימן א, עמ' ה, הסביר שהתוספות סוברים ששומר חנים ושומר שכר חייבים בלי עשיית קניין, מפני שאין לומר שחייבים באחריות רק כשיקנו את הנכס, שהרי אין להם קניין בנכס; אבל שואל ושוכר שאינם מקבלים על עצמם לשמור, אלא שהתורה חיבה אותם בשמירה, חייבים רק אם עשו קניין, שאז קנו את הנכס להיות כשלהם, לשימוש שהם רוצים, ועד אז אפשר שיחזור בו בעל הנכס, ולכן אין לחייבם באחריות לפני כן; ובשומר חנים אין לחשוש שבעל הנכס יחזור בו, שהרי השמירה היא לטובתו, וגם בשומר שכר, אף על פי שבעל הנכס יכול לחזור בו כדי שלא לתת שכר מכאן ולהבא, מכל מקום יצטרך לתת את שכרו עד עכשיו, לכן הם מתחייבים בשעת קבלת שמירה. ובסימן קמא כתב שגם לתוספות, שואל חייב בפשיעה ובגנבה ואבדה בלי קניין, שלא יגרע משומרים אחרים.

טו. ש"ת ראשי בשמים (גוריון), סימן צח, אות יז, הסביר שדעה זו סוברת כדעה (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 33), ששואל יכול לחזור בו לפני עשיית הקניין, ואחר כך אינו יכול לחזור בו, ואם כן, אם קרה נזק לפני שעשה קניין, הוא יחזור בו ויפטר; ונמצא שאי אפשר לחייבו לפני עשיית הקניין. על דעת התוספות עיין גם ש"ת שואל ומשיב, מהדרוא ב, חלק ב, סימן כח; תורת ראובן, סימן ב (עמ' 21); ברכת ראובן, סימן לו (דף קמב); ראשי שערים, ב"מ, סימן ל; רא"י ברזל, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שמב.

טז. לעומת כל אלו, יד דוד, ב"ק עט ע"א, כותב שלדעת התוספות גם שואל חייב אף בלי שעשה קניין, כפי שמוכח מתוספות, ב"ק עט ע"א (ד"ה תיקנו), ואף שהתוספות בב"מ שם נקטו ששואל חייב כשימשיך, הם התכוונו לומר שאין לפרש שתיקנו חכמים שחייב רק משעת הקניין, שמשמע שמן התורה חייב גם בלי קניין, שהרי שואל אינו חייב מן התורה לפני המשיכה; אבל מאחר שבמסקנתם הם מפרשים שהתקנה אינה על חיוב אונס אלא על זכות המשאיל לחזור בו, אפשר לומר שגם שואל חייב מדרבנן באונס אף בלי מעשה קניין (תקנה אחרת, הפוכה). הוא מעלה אפשרות שבכל השומרים, לדעה זו, החיוב אם לא עשה קניין (שהתקנה בזה מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ז, מחמת מה חייב) הוא מדרבנן. בדומה, ר"מ הירשלה, בהערותיו לתוספות הרא"ש, ב"מ צט ע"א, אות צב, כותב, שאפשר שלמסקנה סוברים התוספות שגם שואל אינו צריך קניין, אלא שכוונתם היא, שאם נאמר שצריך קניין, זה בודאי מן התורה, ואם כן, אי אפשר לפרש בזה את "תיקנו משיכה", ומכאן שהתקנה הייתה לענין חזרת המשאיל, ועכשו אפשר לומר שגם שואל אינו צריך קניין להתחייב. ובתחילה הסביר ששואל חייב באונס במשיכה מדין תורה (כמו שכתבו התוספות ותוספות הרא"ש שם), ואף על פי שמש"כ קונה במכר רק מדרבנן, כאן היא קונה מן התורה מפני שאין כאן נתינת כסף (כדברי תוספות, ע"ז עט ע"א, ד"ה פרדשני, על מתנה) — ראה דבר דומה במילואים להערה 128, אות יד.

יז. הבחנה הפוכה: הטור הביא את שתי הדעות לענין שומר חנים ושומר שכר, ולענין שואל ושוכר הביא רק את הדעה שאין צריך קניין. ש"ת באר מרדכי (פרהנד), סימן ה, מבאר שיש מקום לומר שדווקא בשומר חנים ושומר שכר, שיש הנאה לבעל הנכס, שהרי הוא זה שביקש את השמירה, צריך תקנה גדולה לדעת מתי מתחילה השמירה, כדי שלא יקל הדבר בעיני השומר, אבל בשואל כל ההנאה שלו, והוא יודע שצריך לקבל את השמירה מיד, שהרי בהנאה זו הוא גומר ומקנה מיד, ואין צורך לתקן שיעשה קניין.

להערה 136

א. קצות החושן משווה זאת לפועל, שמשעתחיל במלאכה, אין הצדדים יכולים לחזור בהם — טור, חו"מ, שלג, א. אין נראה שכוונתו לומר שיסוד חיוב שומר הוא שהתחלת המלאכה מחייבת כמו פועל (לעומת שיטות אחרות בהסבר יסוד חיוב שומר, בפסקה 2, שהרי בפועל אין חיוב תשלומין. יותר נראה שהוא מתכוון לומר שהתחלת השמירה מחילה את חיוב השמירה, כמו שהתחלת המלאכה מחילה את דיני הפועל).

ב. שושנת יעקב, שו" ב (ס"ק א), מקשה על הסבר קצות החושן: א) אם הסתלקות בעל הנכס נחשבת תחילת השמירה, מדוע יכול בעל הנכס לחזור בו עד עשיית הקניין, שבזה מסכימים התוספות והרא"ש? ב) הלא בשואל ובשוכר מטרת החזקת הנכס היא השימוש, ואם כן, התחלת המלאכה היא תחילת השימוש ולא תחילת השמירה, ויש לפטור אותם עד שיתחילו להשתמש.

ג. א' ורהפטיג, מחקרי משפט ב (תשמ"ב), עמ' 66, הערה 144, ובספר זיכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רפח, מעיר שלפי הסבר קצות החושן, השומר חייב רק אם הונח החפץ לפניו בנסיבות שיש בהן משום שמירה למעשה, שאם לא כן אין לראות זאת כהתחלת המלאכה. בספר זיכרון לר"י נסים, שם, הקשה לאור זה על הסבר קצות החושן: א) הלא הרא"ש מחייב באומר "הכישו במקל" (ליד ציון הערה 142) אף על פי ששם אין הנכס נשמר על ידו (אך אפשר ששם חייב מדין ערב — ראה הערה 146). ב) קשה לראות שומר חנים כפועל. ג) קשה לראות שואל כפועל, כיוון שהחזקתו בנכס היא לטובתו.

מילואים לסעיף 1(א)

ד. הסברים שונים לשיטה זו: סמ"ע, שמא, ס"ק ט, מנמק, שאף על פי שבעל הנכס יכול לחזור בו עד שיעשו קניין (גם בהשאלה, שאינו יכול לחזור בו אחרי עשיית הקניין), מכל מקום מאחר שלא חזר בו, והסתלק מהשמירה משום שהשומר קיבל על עצמו לשמור, נתחייב השומר באחריות. כמו כן, אמרי בינה, דיני טוען ונטען, סימן יד, וש"ת ארצות יהודה, סימן ז', נימקו, שבעל הנכס סילק את שמירתו על סמך השומר. גם אכן משה (לונץ), הדרן לסדר טהרות (טו ע"ב), נימק, שבעל הנכס הסתלק על סמך הבחנת השומר, והשומר יכול לשמור, ואם הוא לא ישמור, מי ישמור? גם שושנת יעקב, שמ, ז (ס"ק ג), מסביר ששיטה זו סוברת שדי בסילוק השמירה מבעל הנכס להחיל חיוב שומר. גם א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ספר א, פסקה סה, הערה 1, הסביר ששיטה זו מחייבת לא משום שהנכס נכנס לרשותו, אלא משום שבעל הנכס סמך על הבטחתו לשמור. אלא שפרשנים אלו לא הסבירו איך הסתלקות בעל הנכס יוצרת את החיוב. הפרשנים שנביא בסמוך גם הם מסתמכים על הסתלקות בעל הנכס (שהרי הרא"ש מדגיש שהנפקד מתחייב משעת הסתלקות בעל הנכס), אלא שהם מסבירים מדוע היא יוצרת חיוב.

ה. מחמת הנאה: מהר"ם שיק על המצוות, מצווה ס (נדפס גם בחידושי מהר"ם שיק, ב"מ צט ע"ב), מנמק, שהשומר גומר בדעתו ומתחייב בהנאה שמאמין לו בעל הנכס. ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 39, שהנאה זו מחייבת שומר שמקבל על עצמו להוסיף בחיובו. וראה לעיל, ליד ציון הערה 19.

ו. מדין מזיק: שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צו, אות כו, מסביר ששיטה זו סוברת שפועל חיוב ברגע שהוא גורם הפסד (אם יחזור בו), גם אם עדיין לא התחיל במלאכה, ולכן אף שומר מתחייב ברגע שהסתלק בעל הנכס, שאז אם לא ישמור, נמצא שהוא גורם הפסד.

ז. מדין ערב: דברי התורה, רצא, ה, מנחת עני (שטרק), סימן רצא (ד"ה המחנה), נטע שורק, פרשת פנחס (קלח ע"ד, קלט ע"א), ושושנת יעקב, שו, ב (ס"ק א), נימקו שיטה זו, שהנפקד חייב מדין ערב, כיוון שבעל הנכס סילק את שמירתו בהסתמך עליו (ראה ליד ציון הערה 20). גם שבילי דוד, רצא, ה, נימק שחייב מדין ערב, בהנאה שהלה האמין לו, והתורה חייבה שומר לפי מה שהעריכה שהוא מוכן להתחייב (על פי תוספות, כתובות נו ע"ב, ד"ה הרי), ומאחר שהשומר מוכן להתחייב בזה, יש לו הנאה זו, שמחייבת אותו כמו ערב. גם שו"ת רוח יעקב, סימן יג, מביא בשם "מריח", ששיטה זו מחייבת מדין ערב, ולכן הנפקד חייב דווקא אם הניחו בעל הנכס במקום שאינו משתמר, שאז אכן עשה בעל הנכס ויתור על סמך הנפקד, והויתור יוצר חיוב ערבות; אך המחבר עצמו דחה הסבר זה על ידי שהוכיח שהרא"ש מחייב גם כשהניחו בבית הנפקד. ראה גם במילואים להערה 135, בשם נחל יצחק, שהחיוב כאן הוא מדין ערב. דברי התורה, רצא, ה, מוצא נפקות מכך: אין בזה הפטר של "בעליו עמו" (אם עשה עברו בעל הנכס מלאכה אחרת בעת בקשת השמירה) כיוון שחיובו אינו מדין שומר אלא מדין ערב. אך דבריו קשים, שהרי לפי זה גם אם עשה קניין אחר כך, שחל חיוב שומר, מדוע יופטר מטעם "בעליו עמו", הרי אפשר לחייבו מדין ערב, שהלא חיוב זה לא פקע? לכן צריך לומר שאף על פי ששומר חייב מדין ערב, התורה מטילה על השומר דינים מיוחדים, וביניהם — שפטור אם "בעליו עמו". וראה סברה דומה במילואים להערה 20.

ח. על הסבר זה הקשה שושנת יעקב, שמ, ז (ס"ק ג), שהלא הרא"ש סובר שאין חיוב מדין ערב כשאין מי שנהנה מן הנתינה ("זורק מנה לים" — ראה חוק לישראל, ערבות, סעיף 2, פרק ד, 4, ולעיל, במילואים להערה 20), ואם כן אינו יכול לחייב כאן מדין ערב. דברי התורה, שמ, ד, ומנחת עני שם, השיבו על כך, שמכל מקום כאן הוא חייב מפני שהוא נהנה מזה שהוא מתפרסם כאדם נאמן — כלומר, יש כאן הנאה נוספת שאינה מצויה במצב רגיל של דין ערב, והיא שמחייבת. וראה סעיף 14, במילואים להערה 39, בשאלה האם הנאת האמון שנוכרה בערב והנאת שומר מפרסומו כנאמן — זהות.

ט. בספר ביצחק ייקרא, חלק א, סימן נט, מעלה שתי אפשרויות להסביר שיטה זו: א) מדין פועל, ב) הוא כמזיק כיוון שסמך עליו בעל הנכס. הוא כותב שלעניין חיוב שומר שכן בגנבה ואבדה, רק הטעם הראשון תקף; ולעניין חיוב שואל באונס גם הטעם הראשון אינו תקף, שהרי אי אפשר לשמור מאונס.

י. דירבות משה, ב"ק, סימן פו, ענף ב, כותב שגם לשיטה זו, הנכס נחשב קנוי לשומר במקצת, שהרי בלי שייכות לנכס אי אפשר שיתחייב בשמירתו, ובמיוחד לפי ההסבר שחיוב השומר הוא מצד קבלת אחריות (ענין דירבות משה, ב"ק, סימן לב, ענף א), או להסבר שחיובו הוא שמאחר שלקח את הנכס, צריך להחזירו (ענין שם, סימן מ, ענף ב), בוודאי צריך קניין כדי להתחייב; אלא שלדעה זו אין צריך משיכה, אלא עצם קבלת השמירה הוא קניין, ומקבל על עצמו חיוב מכיוון שמחמתו סילק בעל הנכס את שמירתו מהנכס.

יא. א' ורהפטיג, "קניין בשומרים", ספר זיכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רפת, מנמק שיטה זו, שדי בדירוב כיוון שהתורה מחייבת שומר, ודי בהבעת רצון לשמור כדי שיחול חיוב התורה. דבריו מתאימים להבנה שהובאה בהערה ליד ציון 11, שמאחר שהתורה מחייבת שומר, אין חיוב זה זקוק לביסוס משפטי חיצוני. בעמ' רפד נימק, ששיטה זו מחייבת אף שואל בלי קניין, משום שחיוב שואל באונס הוא מטעם התחייבות ולא משום שהנכס קנוי לו (ראה בשמו בסעיף 2(ג), במילואים להערה 8).

יב. מוכרת חיים (מדניק), סימן לט, מבאר את המחלוקת כך: הרא"ש אינו מצריך עשיית קניין, משום שהוא סובר ששומר מקבל על עצמו רק חיוב שמירה, וממילא חל עליו חיוב תשלום (ראה ליד ציון הערה 4), ודי בהסתלקות בעל הנכס כדי לחייבו בחיוב שמירה; ואילו הרמב"ם מצריך מעשה קניין, מפני שלדעתו בלי זה אין כאן סילוק רשות של בעל הנכס; או שהוא סובר ששומר מקבל על עצמו גם חיוב תשלום, וכדי שיחול חיוב תשלום צריך מעשה קניין. הוא מבאר את דעת התוספות בכ"מ, הסוברים ששואל צריך לעשות קניין ושאר השומרים אינם צריכים (ראה במילואים להערה 135, אות ז), שהם סוברים בעיקרון כרא"ש, אלא שהם סוברים ששואל צריך לעשות קניין כדי לחייבו באונס (לא בשאר חיובים), מפני שטעם חיובו באונס הוא שכל ההנאה שלו, ואם לא השתמש ולא נהנה אי אפשר לחייבו בלי קניין.

יג. למעשה, כל ההסברים שהובאו בפסקה 2 ליסוד חיוב שומר, יכולים לשמש הסברים לשיטה זו, שכן הם מסבירים מדוע יש תוקף לחיוב שמירה, ואינם מסתמכים על מעשה קניין. מכל מקום, הבאנו כאן רק את ההסברים שניתנו במפורש כדי לנמק לשיטה זו. מצד שני, ההסברים שם יכולים להיות טובים גם לשיטה המצריכה קניין, אלא שהשיטה היא מצריכה קניין בנוסף ליסודות המשפטיים שבהסברים הללו, מהסיבות שהוסברו במקומן. להסברים נוספים לשיטה זו, עיין רא"י ברול, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שמא; גידולי שמואל, ב"מ פ ע"ב (ד"ה והנה לשיטת רד"ה לפי"ז צ"ל).

יד. יש לדון (גם לשיטה זו, שאין צורך שייכנס הנכס לרשות השומר), האם אדם יכול להתחייב בשמירה על נכס המצוי ברשות אדם אחר. שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רמא (הובא בבני אהרן, סימן רצא, דף קמח ע"ד), דן באשה ששמה תכשיט על צווארה של

מילואים לסעיף 1(א)

כלה, וביקשה מנשים אחרות לשמור על התכשיט, והוא פוסק שעל הכלה מוטל חיוב שמירה, ואינו מזכיר חיוב על הנשים האחרות (ראה על מקרה זה במילואים להערה 174). ראה עוד בסעיף 6, הערה 36, בשם מהר"ט ושו"ת יעקב, ששומר שנשאלה אליו חבילה עם ציין משקלה, ולא שקל אותה, ואחר כך התברר שחסר ממנה, הוא חייב על שלא בדק אותה בשעת קבלתו, מפני שאילו בדק אז, היה יכול לתבוע את השליח. ברור שלדעה שצריך קניין כדי להתחייב, הנפקד פטור במקרה זה, שהרי את החלק שלא הגיע לידו – הוא לא משך (ואין לומר שמי שהביא לו עשה משיכה בשליחותו, שהרי זה היה שליח של בעל הנכס ולא של, ורק אם הוא ביקש מבעל הנכס לשלוח אליו עם אדם זה, אפשר לומר שהוא נחשב שלוחו) – ראה במילואים להערה 129, אות ט, בשם שער משפט), ואם כן אי אפשר לחייבו עליו. מכל מקום, עולה מדבריהם שלפחות לדעה שאין צריך קניין, חייב הנפקד גם אם לא הגיע הנכס לרשותו, אם בעל הנכס הסתלק על פיו. שו"ת תורת ש"י, סימן תרו, וערך ש"י, חו"מ, קפה, ז, כותב על מקרה זה, שאם בעל הנכס מוחזק, יוכל לטעון "קיים לי" כדעה ששומר חייב בלי קניין, ואמנם גם לדעה זו יש לפטור, שמא בשעת ההפקדה כבר נחסר הנכס, והנכס לא היה בעין, ואולי לא היה אפשר להצילו מן השליח כן שמעולם לא נעשה שומר עליו (אם ברור שהיה יכול להציל ממנו, חייב גם אם לא היה בעין אז, מפני שקיבל על עצמו שמירה משעה שמסר בעל הנכס לשליח, שאז הסתלק על פיו, ואז היה הנכס שלם), אבל אם בעל הנכס מוחזק, אין מוציאים ממנו, מספק (על המקרה של שבות יעקב, עיין שו"ת מגן שאול, קצנבלובין, סימן קלט, עמ' ריב, וסימן קמ). משפטי התורה (שפיין), חלק א, סימן ו, כותב שמי שביקש משכנו לכתוב את האש שמתחת לסיר שבביתו, בעוד זמן מסוים, ושכח, והתבטל נשרף, אינו חייב כשומר, שהרי לא קיבל על עצמו שמירה למקרה שייגנב הסי (על כך יש להשיב, שניתכן שמירה רק מפני סוג סכנה אחד – ראה פסקה 1(1)), אלא חייב מטעם התחייבות, כיוון שבעל הנכס סמך עליו (מדן ערב); ולא עמד על הבעייה, שהנכס לא היה ברשות השומר. ראה ליד ציוני הערות 61-62, ובמילואים להערה 127, אות כה, בשם נפש חיה, למקרים נוספים של חיוב נפקד אף שהנכס לא הגיע לידו. בשאלה זו עיין: באהלה של תורה (אריאל), סימן ב, הערה 29. וראה במילואים להערה 55, ולהערה 104, אות א, ולהערה 129, אות ט, שבמקרים אחדים מחייבים נפקד אף שהנכס לא הגיע לידו, אם ביקש מבעל הנכס לקטרו למישהו אחר.

להערה 137

- א. מקורות לכך מהראשונים: שו"ת פרי החיים, יו"ד, סימן מ, ושו"ת עמק הלכה (בוימל), חלק א, סימן ל (עמ' פה), מוכיחים כך גם מהרמ"ה בפריטיו, בשיטה מקובצת, ב"ק צט ע"ב (הובא גם בשו"ת אוריין תליחאי, תאומים, סימן צג, בבית יעקב, שו"ד, ובשו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן ט), המחייב את "הקדים דינר", גם אם לא עשה קניין (וראה בשמו במילואים להערה 269, לגבי שומר אבדה, ובמילואים להערה 280, לגבי שומר קרקע או שטר). אך ראה להלן אות יד, שערך ש"י הבין מהרמ"ה להיפך.
- ב. מחנה אפרים, שם, הסביר על פי החידוש שלו כאן, את דברי שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קלד, שמחייב מי שקיבל על עצמו לשמור על תכולת בית תמורת הוצאת לדמי שכירות על חדר מהבית – אף על פי שלא עשה קניין על תכולת הבית, הוא חייב בשמירה מפני שקיבל שכר: דמי השכירות. תורת מיכאל, סימן כה, כותב על מקרה זה, שחייב גם בלי שכר, אף שלא עשה קניין, משום שהטעם שצריך משיכה הוא מפני שצריך שישמור כמי ששומר את שלו (ראה בשמו במילואים להערה 134), והרי בבית זה הוא שומר כמו ששומר את שלו.
- ג. בירור ההשוואה לפועל: חקר הלכה, שם, הסביר שאף על פי שפועל יכול לחזור בו אפילו באמצע היום, שומר אינו יכול לחזור בו עד שיחזיר את הנכס לבעליו ויודיע לו שהחזירו, מפני שהוא צריך לקיים השבה (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 258, בשאלה האם שומר צריך לקיים השבה), ונמצא שחל עליו חיוב שמירה עד שיחזיר (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 14, בשאלה האם שומר כפועל לעניין זכות החזרה).
- ד. שו"ת דברי מלכיאל, חלק ה, סימן רטו, מסביר שאף שפועל יכול לחזור בו, מכל מקום כל זמן שלא חזר בו הוא עומד בחיובו.
- ה. אבני החושן, רצא, ס"ק ה, דוחה את ההשוואה לפועל, שהקדמת שכר מועילה בפועל רק להטיל על גופו חיוב לעשות את הפעולה, אבל אינה יוצרת חיוב לשלם אם הנכס יאבד, כיוון שלא התנה שיהיה חייב לשלם, וחייב התשלום חל מכללא רק אם עשה קניין.
- ו. טעמים נוספים לחייב כאן: דברי מלכיאל נימק, שהנפקד חייב מדן ערב, שהרי אדם יכול להתחייב לשלם לחבורו על הפסד שייגרם לו מאיזו סיבה, בקניין או תמורת כסף (צריך להוסיף: אם חברו הוציא ממון מרשותו על סמך הבטחתו), ואף כאן, תמורת הכסף הוא מתחייב לשלם על נזק שייגרם מאי שמירתו; ואף על פי שיש אומרים שאין חיוב מדן ערב אם אין מי שנהנה מן הנתנה ("זרוק מנה לים" – ראה חוק לישראל, ערבות, סעיף 2, פרק ד, 4, ולעיל במילואים להערה 21), מכל מקום גם לדעה זו חייב מדן ערב במקרה זה אם קיבל שכר. עוד נימק, שהוא חייב מדן גרמי, כיוון שהסתלק בעל הנכס על סמך בקשתו (אך לא הסביר מדוע אין אומרים כן כשלא קיבל שכר).
- ז. גם שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צה, אות ז, נימק, שאם הקדים לו חלק משכרו, חייב מדן ערב, מפני שהוא מוכן להתחייב תמורת הנאה זו כמו שערב מתחייב מחמת הנאת האמון, אף על פי שבשניהם יש אסמכתא, שהרי יש ספק האם יהיה חיוב (ראה חוק לישראל, ערבות, סעיף 1(א), פרק א, 1). באות יד, הביא את דברי מחנה אפרים, אבל מדבריו באות טו עולה שלדעתו חייב רק אם קיבל על עצמו התחייבות בפירוש.
- ח. דוגמאות של הנאה המחייבת: דברי מלכיאל שם מחייב על פי האמור בפנים, משרת קבוע שנתבקש לשמור, מפני שהוצאות אכילתו מוטלות על מעסיקו כחלק משכרו, ולכן מאחר שהתחיל לאכול משל מעסיקו בחודש הזה, נחשב שהתחיל לקבל את השכר על החודש, ונתחייב בעבודת כל החודש, גם לאחריות שמירה. אך הוא כותב (על פי הרמ"ה שם) שאם הוא רק שכיר או אומן, שלא נשכר בפירוש כדי לשמור, הוא פטור גם אם כבר קיבל את שכרו, מפני שכל זמן שלא עשה קניין אין הנכס עומד ברשותו.
- ט. כמו כן, ראשי בשמים שם, אות ח, כותב שאם זה לא היה שכר על השמירה אלא על הובלת הנכס (לדוגמה), אף על פי שהמוביל נעשה שומר שכר בגלל זה (ראה סעיף 1(ג), הערה 70), זה מועיל רק לחייב כשומר רגיל (כלומר, כשעשה קניין), אבל כדי להתחייב מדן ערב (ראה בשמו לעיל) לא די בזה כיוון שלא התנו שתמורת זה יתחייב באחריות. וראה במילואים להערה 138 בשם עמודי אש לבית יוסף.
- י. שו"ת רוח יעקב, סימן יג, מביא בשם "מו"ח", שאם הלך בעל הנכס לעשות איוו שליחות בעבור הנפקד, ולכן ביקש ממנו לשבת בתורתו ו"לשים עין" על תכולתה, הוא חייב בשמירה אף על פי שלא עשה קניין, מחמת הנאתו ממה שבעל הנכס עשה שליחות בעבורו. אך יש להעיר שבוה יש לפטור מטעם "בעליו עמו", מפני שבעל החנות עשה שרות עבור השומר.

מילואים לסעיף 1(א)

יא. רז"ג גולדברג, באוסף התיורצים שסביב קבא דקשייטא, סימן כד, כותב שמי שקיבל רשות להכניס את בהמתו לחצר חברו, חייב בשמירת הפפצים שבחצר אף על פי שלא עשה בהם קניין, משום שהוא נהנה מרשות האחסון של בהמתו בחצר; והוא הסתמך על הסוגיה בב"ק מז ע"ב, האומרת שבמקרה זה חייב גם אם נשברו קדרות של בעל החצר ברוח. אך האמת היא שאין זה המקרה הנדון בסוגיה שם, אלא מדובר במי שהכניס קדרות לחצר חברו, והסוגיה אומרת שבעל החצר אחראי גם אם נשברו הקדרות ברוח. יב. פוסקים נוספים המחייבים בעקבות נתינת שכר נביא בהערה 138, בין המחייבים גם אם רק הובטח שכר. עיין גם נטע שורק, פושט פנחס (קלח ע"ג, קלט ע"ד), שכתב שקניין כסף מחייב שומר מן התורה.

יג. נחלקו הדעות, האם לעניין זה נחשב שכר אם הנפקד מקבל שירות מבעל הנכס תמורת שמירתו, אך הוא משלם לו על שירות זה. המחלוקת מוסבת על המקרה המתואר בב"ק מח ע"א, באשה שקיבלה רשות לאפות לחם בתנור של מישורו (ומן התלמוד מוכח שהיה זה תמורת שכר), וחייבה בשמירת בהמה של בעל התנור שהייתה בחצר עם התנור. התקשו בזה האחרונים: מדוע חייבה בשמירה בלי משיכת הבהמה (ראה על כך במילואים להערה 127)? מחזה אברהם, ב"ק מח ע"א, וש"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צו, אות כח, כותבים שהנאתה מהרשות לאפות נחשבת כקבלת כסף, ולכן זה מחייב אותה בלי עשיית קניין; וכך כתבו גם רז"ג גולדברג ור"א אובנדר, באוסף התיורצים שסביב קבא דקשייטא, סימן כד (אך ארבעתם לא התייחסו לשאלה האם שילמה עבור רשות זו). לעומתם, קבא דקשייטא עצמו כתב שם (ברמז) שאין לומר שהנאה זו מחייבת אותה, כיוון ששילמה עבור הרשות הזאת. נראה שבשאלה זו תלוי גם דינו של שוכר, שגם הוא מקבל הנאה אך הוא משלם בעבורה — והוא השורה 177. יצוין שמנחת חינוך, מצווה נט (פה ע"ד, אות יד במהד' מכון ירושלים), עוסק בדיון שוכר כאן מוויית אחרת: הוא כותב ששוכר שהקדים לשלם דמי שכירות מתחייב מאז באחריות אף שלא עשה קניין (כך נראית כוונתו); אבל זאת דווקא אם דמי השכירות הם פרוטה או יותר, שאילו פחות מפרוטה אינו ממון.

יד. דעות חולקות: תוספות הרי"ד, ב"ק עט ע"א; גאון, המובא בשיטה מקובצת, ב"ק עט ע"א; וספר ההשלמה, ב"ק פז, ז, סימן ו — כותבים שגם שומר שכר שכבר קיבל שכר פטור אם לא עשה קניין. ערך ש"י, חו"מ, סימן סו, מ, סימן רצא, ה, סימן שו, א, וסימן שז, ד, הבין שזו גם דעת הרמ"ה בפריטיו, בשיטה מקובצת, ב"ק צט ע"ב, שכותב ששוחט אמן בשכר, אם נתגבלה הבהמה, חייב כשומר שכר אם משך או הגביה את הבהמה, אם פסק עמו לתת לו שכר, ואם הקדים לו דינר, חייב כשומר שכר אף בלי משיכה, מפני שאינו צריך להכניסו לרשותו לשמור אלא הוא רק משעבד את עצמו לעשות מלאכה, והוא שכיר בעלמא שמתחייב בכסף — משמע, שכדי להיות שומר לא מועילה הקדמת דינר בלי משיכה (אך לעיל אות א הבאנו שפרי החיים הבין שהרמ"ה מחייב בשומר). מחזה אברהם, ב"ק מח ע"א, כותב שמנימוקי יוסף, ב"ק כט ע"א (כדפי הרי"ף), משמע שקבלת שכר אינה מחייבת בלי קניין (גם ש"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ב, סימן כח, העיר על דברי נימוקי יוסף). ערך ש"י, סימן סו, שם, נשאר בספק האם לחייב בהקדמת שכר, כיוון שיש פוטרים. מאירי הלכה (מאן), חלק ב, פרפראות לחכמה, שאלה לג, מטופק בזה, האם מועיל תשלום כסף במקום קניין. בשאלה זו, עיין ר"א ברזל, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שמד.

להערה 138

א. ערך ש"י, חו"מ, קפה, א, נימק שהוא פטור גם אם כבר הסתלק בעל הנכס, מפני שהוא יכול לחזור בו מלשמור עד שיעשה קניין, אם עוד לא קיבל שכר. ש"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צה, אות ז, נימק, שאינו מתחייב עכשו מחמת השכר שיקבל אחר כך, מפני שגם בעל הנכס אינו מתחייב לשלם את השכר אם לא יחול חיוב אחריות על הנפקד.

ב. לכאורה, יש לחייב את הנפקד גם אם לא קיבל עדיין את שכרו, לאור מה שראינו ליד ציון הערה 12, שתוקף חיובו של שומר שכר ושואל נובע מן העובדה שהם מקבלים שכר, ומסתמית הרשב"א, שהבאנו בהערה 12, משמע שגם אם לא הקדים את שכרו, יש לחייב תוקף מכוח ההנאה העתידית; ומאחר שיש תוקף לחיוב גם בלי מעשה קניין, שהרי הצורך במעשה קניין הוא רק כדי לתת תוקף לחיוב? צריך לומר שההנאה אמנם נותנת תוקף לחיוב, אבל להחלת החיוב על השומר נחוץ מעשה קניין, מתקנת חכמים — ראה ליד ציון הערה 128, ולשם כך מועילה דווקא הקדמת שכר במקום הקניין.

ג. מקרים שהבטחת שכר מחייבת בלי עשיית קניין גם אם עדיין לא ניתן השכר: ש"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט (דף לג ע"ב), כותב בדווקא בשומר שכר רגיל, שבעל הנכס אינו חייב לתת שכר לפני המשיכה, אין הבטחת השכר בלבד מחייבת, אבל אם בעל הנכס הבטיח לעגלון (לדוגמה) לתת לו דמי נסיעה, הוא חייב באחריות כשומר גם לפני מתן השכר, אף על פי שלא עשה קניין, מפני שכבר נתחייב בעל הנכס לשלם לו (עיין שם בהסברו מדוע נתחייב לשלם לו שכר). זה הפוך ממה שאומרים דברי מלכיאל וראשי בשמים (במילואים להערה 137, אותיות ח"ט), שאם לא נשכר לשמור אלא לעשות דבר אחר, הוא פטור גם אם כבר קיבל שכר.

ד. מחנה אפרים, שם, כתב שפועל שהוא שכיר יום לשמור, חייב גם בלי לעשות קניין, אפילו בטרם קיבל שכר, מפני שתחילת המלאכה מחייבת כמו בשכירות פועלים, מה שאינו כן כשאינו שכיר יום אלא שכיר לשמור (כלומר, שאינו מגודר פועל). עמודי אש לבית יוסף, שם, מבאר שכשמתחיל שכיר היום במלאכה, מתחייב בעל הנכס בשכרו, וזה מהווה קניין גם לעניין האחריות, אבל אם נשכר רק לשמור את הנכס, הוא קבלן, ובוה מסתפק מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ד, האם לגבי התחלת המלאכה היא קניין לחייב את המעסיק בשכרו, ולכן הוא שונה משכיר יום גם לעניין האחריות (כנראה, הוא חולק על ראשי בשמים שהובא במילואים להערה 127, אות כד, שאומר שהתחלת המלאכה מחייבת את השומר גם בשומר חנים אף שאין בו חיוב על בעל הנכס לשלם שכר; וראה במילואים שם בהסבר דברי מחנה אפרים). אך ש"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק א, סימן רסה, מעיר שבשומר זרעים, שנוכר בב"מ נח ע"א (מקרה שמחנה אפרים התייחס אליו), אי אפשר לחייב מטעם פועל, שהרי התוספות שם (ד"ה לשמור), הסבירו שאינו שומר ממש (שהלא אז יהיו הזרעים אסורים משום "שמור" בשביעית), אלא הוא אומר לכל אדם "זה לעומר" והשמעים נמנעים מעצמם, ואם כן אין זו מלאכה אלא מנוע. לעומתו, רז"ג גולדברג סבור שגם שומר זרעים כזה ניתן להגדירו כעושה מלאכה, שהרי הוא פועל שנשכר להזהיר אנשים, והרי אפשר לקדש אשה בזה שידבר בעבורה לשלטון (קידושין סג ע"א), אף על פי שהוא רק מדבר ואינו מכריח את השלטון לעשות משהו עבורו האשה, ואף כאן זה יחשב התחלת מלאכה, כשמתחיל להזהיר את האנשים.

ה. ש"ת משפטים ישרים (חסון), סימן ע, כותב שגם למצריכים קניין, משרת חייב בשמירה גם בלי עשיית קניין, מפני שהוא שומר שכר, שדינו כפועל, ופועל מתחייב בריגוע התחיל במלאכתו. אך הוא מסייג זאת, שמשרתו של ראובן, שאמר שישמור סחורות של ראובן ושל שמעון, אינו אחראי על של שמעון אם לא עשה קניין, לדעה זו. מדבריו עולה שמשרת חייב גם אם לא הקדים את שכרו,

מילואים לסעיף 1(א)

וזאת כסברת מחנה אפרים שהזכרנו. אך רז"ג גולדברג הסביר שמשורת שונה משומר רגיל, שאינו כפועל, מפני שבשמירה אין עשיית מלאכה, כדברי נחל יצחק (שהבאנו במילואים להערה 134, אות ה), ודווקא כשהוא גם משורת, שעושה מלאכה ממש, השמירה נחשבת חלק ממלאכתו, והוא נחשב פועל גם ביחס לשמירה, ולכן הוא מתחייב מרגע עשיית המלאכה.

ו. אמרי בניה, דיני הלוואה, סימן פב (וחזר על דבריו בקיצור בדיני טוען ונטען, סימן לו), כותב שאם הסתלק בעל הנכס משמירת הנכס, והבטיח שכר לנפקד, אפילו לא הקדים לו שכר, הנפקד חייב אפילו לא משך; ואם לא הסתלק בעל הנכס משמירתו, הנפקד פטור גם אם הקדים לו שכר (ראה בשמו במילואים להערה 45).

ז. שו"ת דברי מלכאל, חלק ה, סימן רטו, כותב, שאף אם עדיין לא קיבל שכר, אם הוא נשכר לחודש, לדוגמה, וכבר עשה קצת ממלאכת הזמן הקצוב, הוא חייב בשמירה, מפני שמעסיקו נתחייב לשלם לו על כל החודש (אלא אם יחזור בו בינתיים), והוא כאילו כבר קיבל שכר של כל החודש; אך אם שכר אותו לזמן לא קצוב, אין אומרים שהוא כאילו כבר קיבל שכר, מפני שכנגד השכר שנתחייב לו המעסיק, כבר עשה מלאכה, ונמצא שלא קיבל שום הנאה מעבר למגיע לו.

ח. ערך ש"י, חו"מ, רצ"מ, ה, כותב על המקרה של הרשב"א, שהבאנו במילואים להערה 137, אות ב, במי ששומר על תכולת בית ובתמורה מקבל דמי שכירות של חדר מהבית, שלפי מחנה אפרים יהיה חייב גם אם עוד לא קיבל את דמי השכירות, וזאת מדין ערב: מאחר ששוכר החדר נהנה, נחשב כאילו השומר נהנה, כיוון שהשוכר נהנה בזכות הבטחת השומר לשמור. הוא מוסיף, שגם אם השוכר עדיין לא גר שם, מכל מקום ברגע שעשו קניין על השכירות, הרי זה כאילו נתן לו את דמי השכירות, מכיוון שהמשכיר אינו יכול לחזור בו, והוא כאילו הקדים לו את שכרו.

ט. ראה במילואים להערה 308, ששער משפט כותב שאם אין אפשרות לעשות קניין (ראה בנידונו שם), השומר מתחייב תמורת שכר הטרחה, והסביר מנחת פיתים, חו"מ, שא, א, שהוא חייב גם אם עדיין לא קיבל את השכר. כמו כן, בסעיף 13, במילואים להערה 46, נביא שתולדות יצחק (הרובין), דיני שותפין, כלל ב, כתב ששומר הקדש היה מתחייב בקבלת שכר בלי משיכה (לולא הפסוק הפוטר) משום שלא תיחנן משיכה בהקדש, ובמקום שאין מועילה משיכה מועיל כסף. נראה שגם הוא מתכוון למקרה שרק הבטיח את השכר, שאילו אם כבר נתן, גם שומר רגיל חייב בלי משיכה.

י. חזון איש, ב"ק, סימן ז, ס"ק יח, כותב ששוחט שנתבלה בהמה בידו, חייב מדין שומר גם אם הבהמה בבית בעליה, ואינו צריך לעשות קניין, מפני שבעל הבהמה מתחייב לשלם לו את שכר השחיטה, וממילא מתחייב השוחט כשומר (אף על פי שלא הקדים את שכרו!). אך הוא מעלה אפשרות שמאחר שקלקל את שחיטתו, ולכן בעל הבהמה פטור מלשלם לו שכר, ממילא אין השכר יכול לחייבו בשמירה. מצד שני הוא מעלה אפשרות, שאם קלקל בסוף השחיטה, לא יפסיד את שכרו, מפני שבעל הבהמה נתחייב בשכרו בתחילת השחיטה, ואם כן השכר מחייב אותו בשמירה.

להערה 139

א. כמו כן, טור, חו"מ, צו, י, מביא שהרמ"ה כתב שחייב שומר הוא אם מסר לו בעל הנכס על דעת שישמור, או שאמר לו לקחת אותו על דעת כן, והוא לקח. כלומר, אין צורך במסירה מיד ליד, שמה שכתוב "כי יתן" אינו בדווקא.

ב. רח"א מילר העיר שזה מתאים לאמור בשו"ע, חו"מ, קצ"ח, יב, במשיכה באופן כללי, שאין צורך שיתן המקנה את הנכס לידו של הקונה.

להערה 141

א. כן גם דעת: חידושי הרמב"ן, קידושין ח ע"ב, בשם רבנו חננאל; מאירי, ב"מ צט ע"א; רמ"ך, בשיטה מקובצת, ב"מ צט ע"א; ר"ן על הרי"ף, קידושין ד ע"ב (בדפי הרי"ף), בדעת הרי"ף, וחידושי הר"ן, ב"מ צט ע"א (גם בדעת הרי"ף); חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צח ע"ב; תוספות הרא"ש, ב"מ צט ע"א, בשם רבנו חננאל; אור זרוע, ב"מ, סימן שיט, בשם רבנו חננאל; פסקי הרא"ש, ב"מ, פרק ח, הלכה ג, אות ו; חידושי הריטב"א, קידושין ז ע"ב, בשם הגאונים; תוספות, ב"מ צט ע"א (ד"ה אמר); שו"ע, חו"מ, שמ, ז (הובא בחלקת יואב, חו"מ, סימן א); הראב"ד והרשב"א, שהובאו בשיטה מקובצת ובחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ צט ע"א; לחם משנה, הלכות שאילה, ג, ג, בדעת הראב"ד בעל ההשגות (מזה שלא השיג על הרמב"ם). דעת הרמב"ם הובאה בשו"ת ר"י ברוך אנג'ל, סימן א.

ב. קיבל על עצמו חיוב בפירוש: שו"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט, כותב שגם לפוטרים ב"הכישה במקל", אם קיבל על עצמו חיוב בפשיעה, הוא חייב, כמו שאומר מחנה אפרים בשומר קרקע או שטר (סעיף 14, ליד ציון הערה 76). והוא כותב בדעת הרשב"א, שחייב בפשיעה גם אם לא התחייב במפורש, משום שגם בסתם רואים כאילו אמר "ואתחייב לך".

ג. אך ר"מ בקריצקי, "בקנייני שומר חינוג ושואל", הדרום לו (תשל"ג), עמ' 67, כותב שהרמב"ם פוטר ב"הכישה" גם אם התחייב בפירוש, באמירת "ואתחייב לך" (אף על פי שאז היה מקום לחייב מדין ערב). ראה במילואים להערה 146 עוד בשאלה האם חייב אם אמר "ואתחייב לך".

ד. חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן יז, ס"ק ד, כותב בדעת נימוקי יוסף, שאם אמר במפורש "אני מקבל על עצמי אחריות מיד", חייב (ומצייץ שכן כתב הריטב"א), מפני שכאן יש סמיכות דעת, ואז משיכת בעל הבהמה מועילה לחייב את השומר. אך בס"ק ו, הוא מוכיח שהרי"ף, רש"י והרמב"ם סוברים כמו הר"ן (במילואים להערה 146, אות י) שגם אם אמר במפורש שמקבל על עצמו אחריות, פטור.

ה. אם הנפקד נוכח: לחם משנה שם (הובא בפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שלוחין, ב, ג, דף פו ע"ב) כותב שטעם ההפטר הוא חוסר גמירת דעת, ולכן אם עמד הנפקד ליד בעל הבהמה, ואמר לו: "הכישה במקל, והיא תבוא", הוא חייב מיד, מפני שסמכה דעתו שלא תלך אנה ואנה. כך צריך להסביר את דברי הראב"ד, בשיטה מקובצת, ב"מ פ ע"ב, ומאירי, ב"מ פ ע"ב, שכתבו שבעל נכס שביקש מן הנפקד לשמור, ואמר לו הלה: "הנח לפני", אפילו הוא ברשות הרבים הרי זה כאילו אמר: "הכישה במקל, והיא תבוא", וחייב גם בלי שמשך, שמאחר שבעל הנכס גורם שיגיע אליו בשליחותו הרי זה כאילו הוא משך. ולכאורה קשה, הרי

מילואים לסעיף 1(א)

הראב"ד והמאירי פטרו ב"הכישא במקל"? אלא, צריך לומר שפטרו דווקא כשהנפקד אינו נוכח. וראה במילואים להערה 142, על דעת נימוקי יוסף.

ו. אך שר"ת עמודי אש לבית יוסף שם כותב להיפך מלחם משנה, שאם הנפקד רחוק, הוא חייב בפשיעה משום שמניחים שהתכוון לקבל על עצמו חיוב מיוחד בפשיעה (כפי שהבאנו בשמו לעיל שחייב מן הסתם בפשיעה כחיוב מיוחד) אף על פי שאין עליו חיוב שמירה (שהרי לא משך), מפני שברור שלא התכוון לקבל על עצמו לשמור שהרי אינו יכול לשמור ממרחק, אלא התכוון לקבל על עצמו התחייבות מיוחדת, וזה תופס לעניין חיוב בפשיעה, כאמור; אבל אם הוא ליד הבהמה, אפשר שהתכוון לקבל על עצמו שמירה, וחיוב שמירה לא חל כיוון שלא משך, ולכן אין מניחים בסתם שהתכוון להתחייבות מיוחדת, כיוון שלא אמר כך במפורש. רח"א מילר הסביר, שלחם משנה מחייב מדין משיכה אם יש סמיכות דעת, ואילו עמודי אש לבית יוסף סובר שאין זו משיכה.

ז. הבחנה בין שואל לשאר שומרים: ר"מ בקריצקי שם כותב שהרמב"ם פטר דווקא בשואל, מפני שהוא צריך קניין גמור כמו במכר, שכן שאילה היא מכירה ליומו (ראה בשמו, בסעיף 2(ג), במילואים להערה 10), והשואל זוכה בגוף הנכס, ולכן תיקנו בו משיכה; אבל שומר חנם או שומר שכר, שאין להם זכיה בגוף הנכס, אינם צריכים משיכה, ואמנם הם צריכים קניין, אבל די להם בקניין קל של "הכישא", שמועיל רק לשם שעבוד ולא לשם קניין גמור.

ח. הבחנה בין אונס לגנבה ואבדה: הרמ"ך, בשיטה מקובצת, ב"מ צט ע"א, כותב שמי שפטרו את השואל ב"הכישא" פטר רק באונס אבל חייב בגנבה ואבדה. שר"ת עמודי אש לבית יוסף שם מנמק, שהוא סובר ששילוק בעל הנכס מועיל לענין גנבה ואבדה.

ט. כתב וחותר (לר"ע איגור), חלק ב, סימן יב, מעלה אפשרות שאף הרי"ף והרמב"ם מחייבים כאן בפשיעה מדין ערב כיוון שהסתלק בעל הנכס על סמך הבטחתו (ראה ליד ציון הערה 146), ופטרו דווקא באונס, שאין לחייבו בו מדין ערב. אך הוא כותב שאין מקור להבחנה זו, ושיש לפטור מספק.

י. בחצרות סמוכים: התלמוד, בב"מ צט ע"א, אומר שגם לדעה הפוטרת, אם הנפקד גר בחצר שהיא לפניו מחצר בעל הבהמה, ואמר לו: "הכישא במקל", חייב מיד כשיצאה הבהמה מרשות בעל הנכס, אפילו לפני שהגיעה לחצר הנפקד (אם בעל הבהמה מטה אותה לכיוון חצר הנפקד, כפי שמסביר רש"י, ד"ה לפנים), מפני שיש לו סמיכות דעת מכיוון שברור שתוכנס לחצרו. זאת גם אם יש בליטות, מכשולות ועקלקלות בדרך לחצרו, ואין אומרים שבגלל הבליטות הללו הוא חושש שלא תיכנס הבהמה. וכך פסקו המאירי, תלמידי הרישב"א, והרמ"ך בשיטה מקובצת שם, וערוך השולחן, חו"מ, שם, כ. פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ח, הלכה ג, אות ז, מדיגש שהנפקד חייב מהרגע שיצאה מרשות בעליה, וגם אם יש בין שני החצרות מקום שאינו לא של זה ולא של זה, ומתה שם, הוא חייב. חידושי הרישב"א החדשים, ב"מ צט ע"א, כותב שאם בליטות אלה הן ברשות בעל הנכס, הנפקד פטור שהרי לא יצאה הבהמה מרשות בעליה; והסוגיה מתכוונת למקרה שהבליטות ברשות אדם שלישי. אך מרש"י (ד"ה דאיכא) משמע שהבליטות ברשות בעל הנכס, כפי שהעיר הרישב"א, ויש להסביר את דעתו, שאמנם אם תישאר הבהמה שם לא יחוייב הנפקד, אבל החידוש הוא שאם לא נתקעה שם, הנפקד חייב ברגע שיצאה מרשות בעל הנכס, ואין אומרים שלא סמכה דעתו שלא תגיע אליו מתוך חשש שתיקע בבליטות אלה. הראב"ד והרשב"א המובאים בשיטה מקובצת ובחידושי הרישב"א הישנים, שם, הסבירו שהנפקד חייב כאן משום שבעל הבהמה הוא שלוחו של הנפקד במשיכה זו (מעין ההסבר שלידי ציון הערה 145), כיוון שסמכה דעתו. הם כתבו עוד, שאם חצר בעל הבהמה הייתה לפניו מחצר הנפקד, הנפקד פטור אף על פי שברור שתגיע אל חצרו השומר, מפני שגם כשתגיע נחשב שלא יצאה מרשות בעליה, כיוון שיש לבעל הבהמה זכות מעבר בחצר הנפקד כדי להגיע לרשות הרבים. פרי אליהו, חלק א, סימן ע, אות ג, כותב שהרמב"ם מפרש כרש"י, שמדובר בשאין שום הפסק בין חצר בעל הבהמה לחצר הנפקד, ומיד כשיוצאת מכאן נכנסת לכאן, וחייב מטעם קניין חצר אף על פי שאינו יודע על כניסתה, כיוון שהוא רוצה לקנות וסמכה דעתו שהבהמה תבוא לשם; ולכן הרמב"ם לא הביא דין זה, מפני שפשוט שקנה מטעם חצר, והשמיט את דין הבליטות, משום שגם זה פשוט, שהנפקד מוכן להתחייב אף על פי שהבהמה הייתה יכולה להתעכב בדרך. כמו כן, ר"ש פיק, "בענין קניין בשומרים", מגלו (תשמ"ז), עמ' 53, כותב שהרמב"ם פטר ב"הכישא במקל" מפני שנתוצה מסירה לרשות הנפקד, ולכן גם אם חצר הנפקד היא לפניו מחצר בעל הנכס, פטור, מפני שלא הייתה מסירה לשמירה (והוא מסביר שמה שהתלמוד מחייב בזה הוא רק דיהויא), וחייב רק כשנכנסה הבהמה לרשות הנפקד, מטעם קניין חצר, אבל בזה אין חידוש, ולכן לא הוצרך הרמב"ם לכתוב זאת.

יא. חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן יז, ס"ק ד, כותב שלפי נימוקי יוסף, אם חצר הנפקד לפניו מחצר בעל הבהמה, חייב מפני שדעתו סומכת, כשם שהוא חייב בהתחייבות מפורשת (ראה בשמו לעיל), וזאת גם אם יש רשות של אדם אחר באמצע; ולעומת זאת, לפי מה שכתב הרי"ן, שאפילו קיבל על עצמו אחריות, פטור (ראה במילואים להערה 146, אות י), הרי שאין מועילה הוכחה על סמיכות דעת, אם כן במקרה של חצר לפניו מחצר, אפשר לחייב רק מטעם קניין חצר, ובתנאי שאין רשות אחרת באמצע. בס"ק ו הוא מדייק מדעת רש"י, הרמב"ם והרי"ף ש"ב"חצר לפניו מחצר" מדובר בשאין רשות אחרת באמצע, והבליטות הן בחצר בעל הנכס, וזה מועיל מטעם קניין חצר; והבליטות אינן מפריעות מפני שמניחים שדעתו סומכת כיוון שהוא בטוח שתיכנס לשם, ולכן חייב גם אם לא ידע שכנסה לרשותו.

יב. ליווה אותה עבד: נימוקי יוסף, ב"מ נו ע"א (בדפי הרי"ף), ולחם משנה, הלכות שאילה, ג, א (הובא בגידולי תרומה, שער ג, חלק ג, אות ז), מוסיפים, שגם אם אחרי שאמר השומר: "הכישא במקל והיא תבוא", בעל הבהמה שלח אותה עם עבדו הכנעני, אין נוצרת אחריות שמירה. וראה במילואים להערה 58 על עבד. וראה על מקרה זה במילואים להערה 146, אות ט, בשם דברי התורה.

יג. הלכה אחרי הנפקד: משפט שלום, ר, ס"ק יח, כותב שהרמב"ם מסכים שהנפקד חייב אם אמר לבעל הנכס: "פתח לבהמה את הדלת", שהוא רק הסיור את המונע, ואחר כך הבהמה הולכת אחרי הנפקד מפני שהיא רואה אותו, שזה כאילו "קורא לה והיא באה", שקנה מטעם משיכה (ראה במילואים להערה 129, אות יב, בשם גליון הש"ס), ודווקא ב"הכישא והיא תבוא" פטור מפני שכל המעשה בא על ידי בעל הנכס.

להערה 142

א. דרישה, חו"מ, רצא, ב, כותב שנימוקי יוסף, ב"מ נ ע"ב (בדפי הרי"ף), מחייב כאן. לפי זה צריך לומר שמה שכתב בדף נו ע"א

מילואים לסעיף 1(א)

(בדפי הרי"ף) שפטור, הוא רק בדעת הרי"ף והרמב"ם, אף שגם דבריו בדף נ הם רק ציטוט מדברי הראב"ד והרשב"א. עיין חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן ז, ס"ק ד (ד"ה ובוה), שמיישב את סתירת נימוקי יוסף. אפשר ליישב כמו שיישבנו את סתירת הראב"ד, במילואים להערה 141, אות ה.

ב. שיירי קרבן, ירושלמי, עירובין ז, ו, מוכיח מהירושלמי שם שב"הכישא במקל" חייב. אבל גליון הש"ס על הירושלמי שם דוחה את דאיתו – עיין שם.

להערה 143

רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן טו, פירש שב"הכישא במקל" חייב משום ששומר מתחייב גם בלי עשיית קניין (לשיטתו, ליד ציון הערה 135), ולכן חייב גם אם הבהמה עוברת דרך רשות הרבים בלבד, ששם אין משיכה קונה. כך כותבים ש"ך, חו"מ, שם, ס"ק י, ושו"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט, שלדעה שאין צורך בקניין, חייב במקרה זה. כמו כן, שושנת יעקב, רצא, ב (ס"ק ב), כותב ששתי המחלוקות חופפות: הרמב"ם פטר כאן מפני שלא עשה קניין, והתוספות פטרו כאן דווקא בשואל (כנידון החלמוד), ויטכינו ששומר חינום ושומר שכר חייבים, מפני שלדעתם שומר חינום ושומר שכר אינם צריכים לעשות קניין (על דעה זו של התוספות ראה במילואים להערה 135, אות ז); ואף התוספות והרמב"ם יחייבו אם נכנסה לסמטא, משום שמשכה קונה שם. גם בית יעקב, שם, על ש"ך, ס"ק י, כותב שהתוספות מחייבים כאן משום שאינם מצריכים משיכה. אבל פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שלוחין, ב, ג (פו ע"ב), דוחה את מה שהש"ך תולה את שני הדברים זה בזה. בשאלה האם המחלוקות חופפות, עיין שמחת עולם, חו"מ, שם; אבני החושן, שם, ס"ק ז.

להערה 144

א. גם אבן האזל, הלכות שאילה, א, ד, בסופו, כותב שגם לדעה שאין צורך בקניין, ונפקד מתחייב בהסתלקות בעל הנכס מדין ערב, זה רק כשבעל הנכס הסתלק משמירתו מפני שסמך על שמירת הנפקד, אבל כאן שהנפקד אינו יכול לשמור, בעל הנכס אינו סומך עליו, ופטור (ראה על כך במילואים להערה 105). והוא כותב שגם הדעה המחייבת כאן אין טעמה משום שהסתלק בעל הנכס, אלא זה מדין קניין שמירה.

ב. ערוך השולחן, חו"מ, שם, כ, נימק את הדעה הפוטרת, שכאן הבהמה אינה תחת שמירת הנפקד, שהרי אינה לידו, ואין דעתו סומכת שבעל הנכס יעשה את בקשתו (וחזור על נקודה זו בסעיף כא); ועוד, שבעל הנכס יכול להחזיר אותה.

ג. גם א' ורהפטיג, מחקרי משפט ב (תשמ"ב), עמ' 64, הערה 136, מעלה אפשרות שגם התוספות והרא"ש המחייבים שומר שלא עשה קניין, פוטרים כאן, שהרי להסבר קצות החושן (ליד ציון הערה 136) הם מחייבים רק מטעם תחילת שמירה, וכאן לא הייתה כוונה, ולהסבר מחנה אפרים (ליד ציון הערה 20, שנאמרה בדעת הרא"ש) הם מחייבים רק מטעם דין ערב, וכאן אין דין ערב.

להערה 145

א. בהסבר שני, הסבירו התוספות, תוספות הרא"ש, מרדכי, אגודה, וחינושי הריטב"א הישנים שם, שחייב מטעם משיכה, ומכל מקום אין צורך להגביל זאת לסמטא, משום שגם משיכה ברשות הרבים מחייבת שומר (ראה על כך במילואים להערה 129).

ב. כתב וחתם (לר"ע איגר), חלק ב, סימן יב, מדייק מהתוספות, שהחייב כאן הוא משום שרואים כאילו משך בעל הנכס בשליחות הנפקד.

ג. הפרשנים התקשו, איך יכול בעל הנכס לעשות את המשיכה עבור הנפקד. שער משפט, ר, ס"ק ד, כתב שההסבר "הכישא במקל" מועיל מדין משיכה, אפשרי רק אם אומרים שמועילה משיכה שמושך מוכר עבור הקונה. והוא כותב שהראשונים שהסבירו שזה אינו מדין משיכה אלא מדין ערב (ליד ציון הערה 146), וגם הראשונים שפטרו ב"הכישא במקל", משמע אפילו נכנסה לסמטא בגלל ההכשה, טעמם הוא שלדעתם משיכה שנעשית על ידי המקנה אינה מועילה. אמרי משה, סימן לג, אות ט, מסביר שאף על פי שבעל הנכס עושה את הקניין, זה מועיל כמשיכה מפני שזה בא על ידי מה שהנפקד ציווה לבעל הנכס לעשות, וזה מצטרף עם כוונת הנפקד לקנות.

ד. אמרי בינה, קונטרס בדיני קניינים, סימן ח (ד"ה ובוה), כותב שאף הראב"ד שהסביר ש"הכישא במקל" מועיל משום שבעל הנכס מושך בשליחות הנפקד, זה לא שבעל הנכס זוכה לנפקד, שהרי בעירובין עט ע"ב נאמר שאין אדם יכול לזכות בשלו לאדם אחר, אלא כוונתו היא שמעשה המשיכה נעשה בשביל הנפקד, ואף על פי שאינו יכול לזכות בשלו לאדם אחר, מכל מקום מצטרפת כוונת הנפקד למשיכת בעל הנכס, כסברת קצות החושן, רעה, ס"ק א, על מי שעשה שליח לערור בנכסי גר שמת, כדי לזכות בהם מן ההפקד, והשליח חשב שהם שייכים למשלח, שכוונת המשלח מצטרפת למעשה השליח; ולכל הפחות אומרים כך בקניין לשמירה שאינו צריך להיות קניין גמור, או משום שבשמירה הקניין נחוץ רק כדי שיהיה כהתחלת מלאכה (ראה ליד ציון הערה 133, בשם קצות החושן), ובוה די בשליחות בעל הנכס. ובד"ה וראיתי, הוא מעלה אפשרות שגם האומרים שמשכת בעל הנכס אינה מחייבת את הנפקד, נימוקם הוא שעיקר המשיכה בשמירה אינה כדי להוציא מרשות הבעלים אלא להכניס לרשות הנפקד לחייבו בשמירה, ולכן צריך שיעשה הוא עצמו או שלוחו את הקניין, שבוה מסולק בעל הנכס משמירתו, והנכס נכנס לרשות הנפקד לחיוב שמירה, אבל אם בעל הנכס מושך בשליחות הנפקד, אין זה מועיל.

ה. ר"מ הירשור, בהערותיו לתוספות הרא"ש, ב"מ צט ע"א, הערה פב, הסביר שאף על פי שבדרך כלל הנותן אינו יכול לזכות בעצמו לאחר, שלא באמצעות אדם שלישי, כאן זה מועיל מפני שהוא מוציא את הנכס מרשותו.

ו. כנגד זה, חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צט ע"א (הובא בשושנת יעקב, רצא, ב, ס"ק ב), כתב שאין לומר ש"הכישא במקל" מועיל מדין משיכה, מפני שלא משך הנפקד לעצמו. חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ שם, הסביר שאין לחייב מדין משיכה אפילו נכנסה לסמטא, מפני שלא סמכה דעתו שיעשה כך (כלומר, לא האמין שבעל הבהמה ישלחנה אליו בסיכון כזה), ולכן לא גמר בדעתו להתחייב בשמירה.

מילואים לסעיף 1(א)

ז. ש"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט, מביא מי שהסביר שהרא"ש מחייב מפני שהוא סובר שמשכיח קונה ברשות הרבים בשומר. אך הוא דוחה הסבר זה, משום שהטור מחייב ב"הכיסה במקל" אף על פי שבחור"מ, סימן שמח, הוא פוסק (ואינו מפורש בדבריו) שמשכיח אינה קונה בגנב ברשות הרבים. הוא כותב שמה שנימקו התוספות שחייב מטעם משכיח ברשות הרבים הוא לשטת ר"י בתוספות, כתובות לא ע"ב (ד"ה וברשות), שמשכיח קונה לגנב ברשות הרבים, אבל כל הפוסקים חולקים עליו. כנראה, הוא לא ראה את תוספות הרא"ש, שהסביר כך.

להערה 146

א. יש להעיר, שאם נאמר שחייב כאן מדין ערב, צריך לומר שכל שומר חייב בלי קניין מדין ערב, כיוון שבעל הנכס הגיח אצלו את הנכס והסתלק משמירתו על סמך הבטחתו שישמור. נמצא שמי שמצריך קניין (משום שהוא סובר שאין לחייב מדין ערב — נימוקים לכך ראה במילואים להערה 20 ולהערה 136) אינו יכול לחייב ב"הכיסה" מדין ערב.

ב. תוספות רבנו פרץ שם, בתירוץ השני, הסביר שמדובר אפילו ברשות הרבים, שמאחר שאמר "הכיסה" שעבר עצמו מראש. ייתכן שכוונתו לחיוב מדין ערב, שהרי אף רש"י, ב"מ צט ע"א (ד"ה לא תימא), הסביר שחייב משום ששעבד עצמו, וחיידושי הריטב"א החדשים שם, הסביר שכוונתו היא שחייב מדין ערב.

ג. על חיוב שומר רגיל מדין ערב, ראה ליר ציון הערה 20.

ד. חיידושי הריטב"א החדשים, שם, הדגיש שאינו חייב מדין שומר, אלא מדין ערב. נראה שיש נפקות מדבריו, שאינו חייב שבועת השומרים ושאר דיני שומר, אלא חייב רק באחריות (אך ראה חזון איש ודברי חיים, להלן, שהבינו שבגלל דין ערב הוא נעשה שומר רגיל). וראה בשמו במילואים להערה 58, בשאלה מדוע כשבעל הנכס שולח את הבהמה עם עבדו הכנעני אין חיוב כמו ב"הכיסה במקל".

ה. בעיית "זרוק מנה לים": משנה למלך, הלכות שכירות, ב, ח (הובא בפרי אליהו, חלק א, סימן ע, אות ה), הוסיף, שאף על פי שלא הגיע לרשות בר דעת, ויש אומרים שאין בכיוצא בזה דין ערב ("זרוק מנה לים" — ראה חוק לישראל, ערבות, סעיף 2, פרק ד, 4), בכל זאת כדי להתחייב כשומר די עשה מעשה על פיו, בלי שתגיע הנאה לבן דעת. אך א' ורהפטיג, מחקרי משפט ב (תשמ"ב), עמ' 66, הערה 146, כותב שדברי משנה למלך אינם מוסברים, ואינם מוכרחים. הסבר דומה, שעונה על הקושי שעורר משנה למלך (ואפשר שמשנה למלך התכוון לכך), יש בדברי אמרי בינה, דיני טוען ונטען, סימן יד, המסביר שהרא"ש סובר שמאחר שסילק בעל הנכס את שמירתו על פי הנפקד, והוציא ממון מרשותו על פיו, אף על פי שאף אחד לא זכה ולא נהנה בממון (כך שאין לחייבו מדין ערב לדעה הנוכחת), הנפקד חייב, מפני שהתורה חייבה שומר (יותר מסתם אדם) ברגע שסילק בעל הנכס את שמירתו על סמך קבלת השומר התחייבות לשמור. ש"ת דברי חיים (צאנז), ח"מ, סימן מד, אות ד, כותב שאכן לדעה הפטורה ב"זרוק מנה לים", אי אפשר להסביר שכאן חייב מדין ערב, וצריך להסביר שחייב מדין "הנח לפני" (נראה שהוא מתכוון לדעה ששומר חייב בלי קניין), ואף על פי שנאמר "לשמור ולא לאבד" (ראה סעיף 14, במילואים להערה 9; אך שם מדובר בשיש חסרון כזה בבקשת בעל הנכס, וכאן אין כזה!) כאן אין זה בגדר "לאבד", מפני שהנפקד מתכוון ליהנות מהנכס, והשמירה מתחילה מיד. יש להעיר שלפי ההסבר הזה, רק שואל או שוכר, שנהנים מן הנכס, חייבים.

ו. חזון איש, ח"מ, ליקוטים, סימן יז, ס"ק יב, מביא בשם נתיבות המשפט, שם, ס"ק יא, שהסביר שבעצם מדין ערב אפשר לחייב רק אם אבדה הבהמה, שזה נגרם על ידי שליח אותה בעל הבהמה על פי בקשת הנפקד בלי השגחה, אבל אין לחייב מדין ערב אם מתה הבהמה באונס בדרך (אפילו בשואל שחייב באונס), שכן זה לא קרה מחמת ההענות לבקשתו אלא היה קורה בלאו הכי; ובכל זאת השומר חייב גם בזה (אם ביקש להיות שואל, שחייב באונס), משום ששומר יכול להתנות (בלי קניין) להחמיר בחיובו (ראה סעיף 14, הערה 39; האמת היא שנתיות המשפט לא כתב כך על נידונו אלא על המקרה שלידי ציון הערה 55, והבאנוהו שם). חזון איש מקשה עליו (ברמז), אם זה מכוח מה שיכול להתנות להחמיר בחיובו, הרי אין צורך ביסוד של דין ערב, אלא אפשר לבסס את כל החיוב על התנאה? והוא מתרץ, שכוונת נתיבות המשפט לעיקרון (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 70) שאין התנאה להחמיר מועילה אם לא היה חיוב מן הדין בלאו הכי. אך הוא דוחה זאת, שהלא תוספות, ב"מ נח ע"א (ד"ה אמר), נקטו בניסוח עיקרון זה, שהתנאה להחמיר מועילה רק אם היה חיוב שבועת השומרים מן הדין, והרי כאן, שעיקר חיובו הוא מדין ערב, אין חיוב שבועת השומרים מן הדין. לכן הוא מסביר בדרך אחרת: בחיוב מדין ערב נחשב כאילו המבקש קיבל כסף, ותמורת זה הוא יכול להתחייב בחיוב שומר, ובכלל זה חיוב אונס (שיעורו חן, ב"מ, סימן לו, מקשה על חזון איש, הרי את ה"כסף" הוא מקבל עכשו ואילו החיוב הוא רק בשעת הנוק, וכלתה אז הנאתו; האמת היא שאין אומרים "כלתה הנאתו" בכסף, ומה שצייטט מקצות החושן, רצא, ס"ק טז, כאילו אומר כך, באמת קצות החושן לא התכוון לומר כך, אלא בנידונו לא הייתה בכלל הנאה — ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 53). גם בב"ק, סימן ז, ס"ק יח, הוא מסביר (לא כדי ליישב את קושיית נתיבות המשפט) שדין ערב אומר שנחשב כאילו קיבל שווה פרוטה כיוון שהלה סמך עליו, וזה נחשב קניין לחיובו בדין שומר (כלומר, גם לפי ההסבר שזה מדין ערב, הוא שומר ממש). וראה להלן אות יב בשם הראב"ד, על האפשרות לבסס את כל החיוב ב"הכיסה" על דין התנאה.

ז. ש"ת דברי חיים שם כותב שחייב מדין ערב, ומאחר שחייב מדין ערב, חייב מדין שומר. הוא מסביר שהרא"ש פוטר כאן, מפני שהוא סובר שאין לחייב מדין ערב, כיוון שבסופו של דבר למעשה לא הלכה הבהמה לאיבוד (ואילו המחייבים סוברים שהיא כאן ויתור מצד בעל הנכס מכיוון שהסתכן באפשרות לאבדן).

ח. חזון איש, ב"ק, סימן ז, ס"ק יח, כותב ששוחט שנתגבלה הבהמה בידו, חייב מדין שומר גם אם הבהמה בבית בעליה, ואינו צריך לעשות קניין, לדעה שב"הכיסה במקל" חייב מדין ערב, מפני שגם כאן השוחט קיבל עליו שמירה מדין ערב, כיוון שבעל הבהמה מסר את הבהמה לשחיטה, וכבר אינו יכול למנוע את הבהמה מלהתגבל. ראה במילואים להערה 55, שרי"מ גלגלי מחייב במקרה דומה מדין ערב.

ט. חרי"ג: דברי התורה, רצא, ה, כותב שאם עבדו הכנעני של בעל הנכס מלווה את הבהמה בדרך לנפקד, אחרי שהכיש אותה בעל הנכס, אין מחייבים מדין ערב (ראה במילואים להערה 141, אות יב, בשם נימוקי יוסף), מפני שבעל הנכס סמך על שמירת העבד.

מילואים לסעיף 1(א)

י. החולקים על החיוב מדין ערב: חידושי הריטב"א, קידושין ז ע"ב, כתב שאין לחייב כאן מדין ערב מפני שלא אמר "ואתחייב לך" (ראה חוק לישראל, ערבות, שם, פרק ד, 3, שיש מחלוקת האם יש חיוב מדין ערב כשלא אמר כך). חידושי הר"ן, ב"מ צט ע"א, ור"ן על הרי"ף, קידושין ד ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בנימוקי יוסף, ב"מ נו ע"א, בדפי הרי"ף, כפרי אליהו, חלק א, סימן ע, אות ג, באמרי בינה, דיני טוען ונטען, סימן יד, בגן נעול, כפתור ד, פרח ו, אות ג, דף יג ע"ג, ובערוך השולחן, חו"מ, שם, כ), הסביר, שאין לחייב מדין ערב מפני שלא סמכה דעתו ולא אמר "ואתחייב לך", או, שאפילו אמר "ואתחייב לך", אין דין ערב מפני שיכול להחזיר לעצמו גם לאחר שהכיסה (ראה חוק לישראל שם, פרק ד, 4, ליד ציון הערה 140). השיב על כך חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ שם, שאף על פי שלא אמר "ואתחייב לך", הרי זה כאילו אמר, מכיוון שהוא מבקש את הבהמה להנאתו, ודווקא כשאינו להנאתו, פטור מדין ערב כשלא אמר "ואתחייב לך". בית יעקב, רצא, ג, הוסיף שנימוק זה קיים גם בשומר חנים מפני שיש לו הנאה מן השמירה — מזה שהוא מתפרסם כאדם נאמן (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 39).

יא. שושנת יעקב, שם, ז (ס"ק ג), הסביר את השיטות השונות ביחס לחיוב כאן מדין ערב: א) התוספות סוברים ששומר חנים ושומר שכר יכולים להתחייב כאן מדין ערב, אבל לעניין חיוב שואל באונס לא יועיל דין ערב, שהרי האונס היה יכול לקרות גם בבית בעל הנכס (כהסבר מחנה אפרים בדעת התוספות — ראה במילואים להערה 135); ולכן התוספות העמידו את חיוב השואל כאן בסמטא, ומטעם משיכה (ראה ליד ציון הערה 145). ב) הרא"ש סובר שגם בלי דין ערב, שומר חייב כשבעל הנכס מסלק את שמירתו, וחל אז חיוב שומר (ראה בשמו במילואים להערה 136), ולכן אף שואל חייב כאן, אף שלא בסמטא. ג) הרמב"ם פוטר מפני שהוא מצריך מעשה קניין, ולדעתו אין לחייב כאן מדין ערב, מפני שגם אחרי שבעל הנכס הוציא את הבהמה מרשותו, הוא יכול להחזיר אותה.

יב. טעמים נוספים לחייב: הראב"ד, המובא בשיטה מקובצת ובחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ צט ע"א, נימק, שהנפקד קיבל על עצמו אחריות משעה שהתחילה הבהמה לבוא אליו, וזה מועיל כמו שמתנה שומר חנים להיות כשואל (סעיף 14, ליד ציון הערה 39). כוונתו היא שהנפקד חייב מחמת הנאתו ממה שבעל הנכס סמך עליו, כמו ששם זו סיבת החיוב. ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 46, בשאלה האם התחייבות זו מחילה דין שומר ממש לגבי תוספת האחריות שקיבל על עצמו, כגון לעניין שבוטעת השומרים; והדין כאן יהיה בהתאם לדין שם, לפי הסבר הראב"ד. כנגד זה, פרי אליהו, חלק א, סימן ע, אות א, הסביר שהרמב"ם פטר ב"הכנישה" ואינו מחייב מטעם זה, מפני שאין מועילה התנאה להחמיר אם אין שום חיוב מעיקר הדין בלי זה (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 70), וזה המצב כאן. חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן יז, ס"ק יב, מעיר, שגם לשיטה אחת בתוספות, ב"מ נח ע"א (ד"ה אמר), שסוברת שגם מי שפטור לגמרי מן הדין יכול להתנות להיות כשואל (ראה בשמם בסעיף 14, במילואים להערה 39 והערה 57), אין אומרים שאין נחייב שואל שביקש "הכנישה במקל" מכוח התנאה, משום שזה דווקא כשואמר בפירוש שהוא רוצה להיות חייב יותר מדינו, אבל כאן סתם את דבריו, והתכוון רק להתחייב לפי דיני שומרים שמעיקר הדין.

יג. שו"ת עמודי אור, סימן קיד, אות ג, נימק את הדעה המחייבת, בכך שהרגיל את הבהמה להסתובב בחצר ("ניגרי ברייתא"), וגרם לסילוק שמירת בעל הנכס (על פי ב"ב פח ע"א). כך נימק גם ערוך השולחן, חו"מ, שם, כ, שהשומר גרם לבהמה להתרגל להסתובב בחצר, ובעל הנכס הסיח את דעתו ממנה מתוך בקשת השומר, ואם לא יתחייב השומר בשמירתה, תוכל ללכת לאיבוד בקלות. אפשר שהם מתכוונים שחייב מדין שומר אבדה; ואפשר שהם מתכוונים שחייב מדין מוק.

להערה 148

גם ר"מ גלנטי, בתשובתו, שם, סימן ו (קנה ע"א), מסכים עמו בעיקרון, שפטור משמירה על סחורה שאינו אמור למכור, אלא שהוא חלק עליו לגבי המקרה הנדון שם, שמראש כתב לו בעל הנכס שהוא ימכור את הסחורה כרגיל, אלא שכתב לו שאם פלוני כועס עליו, ימסור לו את הסחורה — לכן הוא מחייב בשמירה, בנימוק שזה נחשב בכלל הסחורה שקיבל על עצמו לשמור, משום שאין זה משנה אם ימכור בעצמו, או ימסור לאחר שימכור, ואדריכה, הפאטור מעדיף כך, שיש פחות טרחה. שני הפוסקים חולקים ביניהם גם בפירוש לשון הפאטור, שכתב לבעל הנכס: "כבר הגיעה הסחורה, ועכשו אעשה חשבון עם פלוני" — האם התכוון בכך לקבל על עצמו את בקשת בעל הנכס שיעשה חשבון עם אותו פלוני וימסור לו את הנכס, ובכך קיבל על עצמו לשמור באופן זה, או לא. רד"ב גולדברג הסביר, שאם הביע הסחורה לקבל סחורה זו, הוא חייב בשמירה, אלא שאינו שומר שכר (שלא כפאטור רגיל — ראה סעיף 1(ג), ליד ציון הערה 181) אלא שומר חנים; ודווקא אם לא הביע הסכמה לקבל את הסחורה, הוא פטור משמירה לגמרי. עוד העיר, שגם אם לא הביע הסכמה לקבל אותה, הוא זכאי לתבוע שכר מכיוון שבעל הנכס נהנה מפעולתו, ואם אמנם העביר את הסחורה, הוא שומר שכר אף על פי שלא הסכים מראש, אלא אם כן החליט להעביר אותה בלי לקבל שכר ובלתי להתחייב בשמירה, שאז הוא פטור משמירה. וראה בסעיף 1(ג), במילואים להערה 38, בשמו, בעניין השומר נכס של חברו בלי דעת חברו.

להערה 149

א. כך כתבו: תשובות הגאונים (קרוניל), סימן לו; אור זרוע, ב"ק, סימנים רע"ט-רפ; רא"ש, ב"ק, פרק ו, סימן יד; פסקי הרי"א, ז, ב"ק, פרק ו, הלכה ד, אות יד; אגודה, ב"ק, סימן פז; שו"ת מהרי"ק, שורש קנה; מאיר, קידושין יב ע"ב (ד"ה מה); ספר העיטור, פיקדון, ליד אות רסו; ספר מישרים, נתיב ל, חלק ב; טור, חו"מ, רצא, ה; שו"ע, חו"מ, רצא, ד; שו"ת בנימין זאב, סימן תלו; שו"ת לחם רב, סימן קפז; שו"ת עדות ביהוסף, חלק ב, סימן ד (דף יא ע"ב ודף יג ע"ג); שו"ת זכות אבות, סימן סה; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ה; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן עט; אחיעזר, חלק ב, סימן ה, אות ו (מפני שמי שאינו שומר פטור מפשיעה שהרי זה גרמא), וחלק ג, סימן לו, אות ד; אמרי משה, סימן לג, אות ח; נחלת בנימין, מצווה ס; חסדי אבות — ראשי אבות (לחיד"א), על אבות ה, א; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן מד; אור שמח, השמטות להלכות מלווה (נדפס בסוף ספר משפטים); ישועות יעקב, אהע"ז, פה, ס"ק ד (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן קעה); רא"ח צימרמן, תורת ארץ ישראל, שנה ד, סימן לה; שו"ת מאורות נתן (שפיגלגלס), סימנים ערעז; בית שלמה (אבעל), שערי י (עו ע"א); ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כח.

ב. שומר או שומרת: התלמוד נוקט מקרה זה באשה, אבל הפוסקים דלהלן אמרו שהדין כך גם באיש: נימוקי יוסף, ב"ק כה ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בשלטי הגיבורים, ב"מ יט ע"ב, בדפי הרי"ף); מאיר, ב"ק סב ע"א; ראב"ן, ב"ק שם (דף קצ ע"ב במהר"

מילואים לסעיף 1(א)

הערה(י); טור ושו"ע שם (מאירי, ראב"ן, טור ושו"ע מביאים את הדין בלשון זכר); פלפולא חריפתא, על הרא"ש, שם, אות ל; שו"ת דובב מישרים, חלק א, סימן צא (שהסוגיה נקטה אשה לחידוש, שהיה מקום לומר שקיבלה על עצמה אחריות לערך הגבוה מכיוון שאשה אינה יודעת הלכות); לבוש ישע, ב"ק שם (שהסוגיה נקטה אשה מפני שיותר מצוי שישקר בעל הנכס באופן זה לאשה, שמה חסר לשומר אם תדע שזה זהב, מפני שבאשה יש יותר סכנה שיאבד הנכס). אבל פסקי הרי"ד, ב"ק שם, כותב שהסוגיה נקטה אשה מפני שאין דרכה להכיר מטבעות, ואפשר שאף על פי שראתה את המטבע, חשבה שזהו כסף מצופה בזהב; והמהדיר שם, בהערה 81, מעלה אפשרות שלדעת הרי"ד, אם זה איש, שמכיר מטבעות, וראה את המטבע, אינו יכול לטעון שטעה בזה.

ג. שושנת יעקב, רצא, ד (ס"ק ג), מדגיש שמאחר שחשב שזה כסף, פטור גם מנוק שבא מחמתו (כהגדרתו במילואים להערה 82, לגבי המקרה שם).

ד. דעת הרמב"ם: הרמב"ם לא כתב דין זה. בירור הלכה, ב"ק שם, ציון ג, הסביר שהרמב"ם סמך על מה שכתב בהלכות נזקי ממון, יד, יא, על מקרה דומה, שגם אם השומר הדליק אש, ונשרף הנכס, השומר חייב לפי הערך שאמר לו בעל הנכס. ראה במילואים להערה 296, שימי שלמה כותב שהרמב"ם פוטר כאן דווקא ב"תחילתו בפשיעה וסופו באונס", אבל אם פשע, חייב, מפני שהפושע כמזיק. בשאלה האם לרמב"ם חייב כאן בפשיעה לפי הערך הגבוה, עיין קול יהודה (צדקה), עמ' עה; אור עזרא, קובץ א, עמ' עה.

ה. אפשרות לחייב מטעם שומר אבדה: חקר הלכה, ערך שומרים, אות א, מסביר שאין אומרים שחייב מטעם שומר אבדה על ההפרש בין הערך האמיתי לערך שהעריך אותו, מצד שאין אחר שישמור על הערך הזה (כסברת מהרי"ט בנפקד שלא קיבל על עצמו לשמור – ליד ציון הערה 264). מפני שבעל הנכס פשע בכך שלא הודיע לשומר שהוא יקר (כלומר, שזו אבדה מדעת). ר"נ גולדברג סבור שגם אם טעה בעל הנכס וחשב שהוא של כסף (כך שלא פשע), בכל זאת השומר אינו שומר אבדה על ההפרש, מפני שאין זה חפץ אבוד, שהרי החפץ נשמר על ידי השומר, ואמנם חיובו בתשלום הוא רק לחלק מן הנכס, אבל פעולת השמירה אינה קשה יותר בחפץ יקר מבחפץ זול. רח"א מילר הסביר, שגם אם טעה בעל הנכס, אין השומר חייב על ההפרש כשומר אבדה, משום שלא ידע בכלל שזו אבדה (ראה בשמו במילואים להערה 271). הוא הוסיף, שלדעה ליד ציוני הערות 272 ו-273, ששומר אבדה שטעה בהערכת שווי האבדה חייב לפי הערך שחשב, אף כאן אין לחייבו על התוספת מטעם שומר אבדה, משום שלא היה צריך לתאר לעצמו שהוא יקר יותר (הסברא ליד ציון הערה 272), או משום שלא משך את הנכס על דעת שערכו גבוה (הסברא ליד ציון הערה 273).

ו. ראה בשם חקר הלכה, בסעיף 5, במילואים להערה 13, שהסביר ששומר נכס שהתייקר חייב על הערך שבשעת הנזק, אף על פי שבשעת ההפקדה קיבל על עצמו שמירה לפי מחיר נמוך יותר, מפני שעל התוספת הוא שומר אבדה. זה שונה מן האמור לעיל, שהרי שם אין לומר שפשע בעל הנכס כשלא אמר לו שהנכס עתיד להתייקר. אך לפי הסבריהם של ר"נ גולדברג ורח"א מילר, גם שם אין לחייב מטעם שומר אבדה. בסעיף 5 שם נביא תשובות אחרות לשאלה מדוע חייב על הסכום הגבוה אחרי ההתייקרות.

ז. טעות במחיר ולא במהות: ר"נ גולדברג הדגיש, שאם שומר הזהב יודע שהוא זהב, אלא שאינו יודע את ערכו, וחושב שהוא שווה פחות מערכו האמיתי, הוא חייב בשמירה לפי כל ערכו האמיתי, שהרי הוא יודע את מהות הנכס, ואדם מקבל שמירה על הנכס, ואינו מקבל שמירה לפי המחיר; ובמקרה של חרב (בסמוך), שלא ידע שזו חרב יקרה, מדובר בשחשב שזו חרב מסוג אחר, ולכן אינו חייב לפי ערכה האמיתי.

ח. ראה את המטבע: תוספות רבנו פרץ, ב"ק סב ע"א (ד"ה מברייטא), נוקט שמדובר בשומר בעל הנכס את המטבע לשומר עטופה בסמרטוט. גם ראב"ן, ב"ק שם, נוקט שמדובר בשפקיד אצלו את המטבע בתוך ארנק. בירור הלכה, ב"ק שם, מדייק מזה שלדעתם אם ראה השומר את המטבע, הוא חייב בערך של זהב, שהרי ראה שהוא של זהב, ואף על פי שבעל הנכס אמר לו שהוא של כסף, אינו יכול לטעון שחשב שזה כסף מצופה בזהב. בשאלה האם יש הבדל בין ראה ללא ראה, ראה גם במילואים להערה 158 ולהערה 159.

ט. ידע שהוא של זהב: מאירי, ב"ק סב ע"א (ד"ה מעשה), כותב שאם עדים מעידים שהשומר ידע שהוא של זהב, הוא חייב לפי ערך של זהב, אף על פי שאמר לו בעל הנכס שהוא של כסף. אך ברורי הלכה (מענה שמחה) ד (תשנ"א), עמ' 18, הערה 8, כותב שלשיטת ים של שלמה (ליד ציון הערה 158), שההפטר כאן מבוסס על הטעיית בעל הנכס את השומר, והרי זה כאילו אמר בעל הנכס בפירוש שהוא מבקש ממנו רק שמירת כסף, יוצא שגם אם ידע השומר בשעת ההפקדה שזה של זהב, הוא משלם כשל כסף, מכיוון שקיבל על עצמו רק אחריות כשל כסף, מפני שזה מה שאמר לו בעל הנכס; אבל לשיטת הש"ך (ליד ציון הערה 159), שההפטר כאן מבוסס על כך שהשומר לא היה צריך להעלות על דעתו את ערכו האמיתי, יוצא שכאן, שידע את הערך האמיתי, הוא חייב לפי ערך של זהב. הוא מדייק ממהרש"א, ב"ק סב ע"א, שבמקרה זה משלם כשל כסף, ואילו ממהר"ם, שם, הוא מדייק שבמקרה זה משלם כשל זהב.

י. אמר בעל הנכס את האמת אך השומר לא האמין לו: שו"ת ציוני, חלק ב, סימן יד, מוכיח מן התלמוד שאם בעל הנכס אמר לו את האמת על שווי הנכס (נידונו – שק עם עשרים וחמשה זהובים), גם אם השומר לא ידע האם זה אמת, הוא חייב לפי הערך האמיתי, שהרי התלמוד מקיל בדינו רק אם אמר לו בעל הנכס ערך נמוך מן האמת. וראה שאלה דומה במילואים להערה 151, אות ג.

להערה 151

א. מקרים נוספים: הראב"ן, שם, לומד מן התלמוד, שהמפקיד חבילת בגדים, והיו בחוץ בגדים וזלים ובפנים היו בגדים יקרים, ולא הודיע לשומר על היקרים שבפנים, השומר חייב רק לפי ערך בגדים זולים, מפני שקיבל על עצמו שמירה רק על מה שראה.

ב. סמ"ק מצוירך (הערה 150) נוקט שהדין כך גם אם הפקיד טבעת זהב, ואברה, וטוען שהייתה בה אבן טובה.

ג. שו"ת לחם רב, סימן קפא, לומד מן התלמוד, שאם קיבל השומר ארגו סגור לשימירה, ולא נאמר לו מה יש בפנים, ופשע בו, פטור על הערך של הדבר היקר שיש בו, מפני שהוא יכול לומר: "אילו ידעתי שיש בו כך וכך, הייתי נוהר יותר". והוא כותב שאם השומר מכר אותו (כגון שזאת הייתה מטרת השמירה) סגור, בלאו הכי אינה פשיעה, מפני שכך היה מנהג הסוחרים בזמנו; אבל אם אמר לו בעל הנכס מה יש בפנים, אפילו פתח אותו ולא ראה את הדבר היקר, הוא חייב עליו, מפני שהיה צריך להסתכל היטב.

מילואים לסעיף 1(א)

ד. שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד (עה ע"א), לומד מן התלמוד, שהמוסר לאדם שק קטניות לשמור, והיה בתוכו שק כסף (שלא ידע עליו השומר), אינו חייב בשמירה על הכסף.

ה. עזרת ישראל, פסחים יג ע"א, לומד מן התלמוד, שמי שקיבל לשמירה שק עם משהו בתוכו, ולא ידע מה יש בתוכו, הוא אחראי בשמירה רק על השק ולא על מה שבתוכו, מפני שהוא יכול לטעון שחשב שיש בו עפר או חול (שלא כעטרת זהב שבסמון). צריך להסביר, שאף על פי שבדרך כלל אין אדם נוהג לחברו חול לשמור, יכול לטעון שחשב שנתן לו לשמור רק את השק (במיוחד בנידון שם, שהיה שק עור); או כגון שטרף להביא את החול למקומו, ולהכניסו לשק, או שיש לחול ערך אישי בשבילו, ולא שיש לו ערך בשוק. אך רח"א מילר סבור שיש לחייב כאן לפי מה שיש לשער שיש בתוכו, והיינו הערך של דברים שמקובל ששמים בשק, וזאת על פי דברי הרשב"א, ליד ציון הערה 160, ששומר בית ומה שבתוכו חייב לפי מה שמקובל שיש בבית, ואינו יכול לטעון שחשב שאין בו כלום.

ו. רש"צ וייגר, אהל יצחק (טטמר), חוב' ז (ניסן תרס"ח), סימן יד, לומד מן התלמוד, ששומר תפילין יקרות, ולא הודיע לו בעל הנכס שהן יקרות מאוד ונכתבו על ידי סופר מפורסם, קיבל על עצמו שמירה רק על ערך של תפילין פשוטות. אך נראה שלפי העיקרון שקבע רז"ג גולדברג, שהבאנו במילואים להערה 149, ששומר שלא טעה במהות החפץ אלא בערכו, חייב בכל ערכו, אף כאן יחויב בכל ערך התפילין. על שיעור אחריותו של שומר תפילין יקרות, ראה סעיף 5, ליד ציון הערה 68.

ז. עטרת זהב (באדמה), חוב' א, דברי חזקיהו, סימן ב (עמ' מ), דן במי שהפקיד שק זרעונים, ובתוכו כסף, ולא ידע השומר על הכסף. הוא עושה הבחנה בין מקרים שונים: א) אם ידע השומר שיש בשק זרעונים, הוא פטור על הכסף, מפני שאין זה רגיל ששמים כסף בתוך זרעונים, ואם כן הוא לא קיבל על עצמו שמירת כסף. ב) אם רק לאחר שבא הנכס לידו נודע לו שהם זרעונים, ובעל הנכס הוא עשיר, וסביר שיפקיד שק מלא כסף, אם כן בשעת ההפקדה מן הסתם קיבל השומר על עצמו שמירה לכל מה שיהיה בשק, כולל כסף. ג) באותו מצב, אם בעל הנכס אינו אמוד להיות עשיר כל כך שישלח לו שק מלא כסף (הנידון היה שנתן לו את השק להוביל לאמו שבארץ ישראל; וייתכן שגם מי שאמור שיהיה לו סכום כזה, אינו אמוד שישלח סכום כזה לאמו), השומר לא היה צריך להעלות על דעתו שיהיה מלא כסף, אלא יכול לחשוב שיש בו בגדים וכלים כמקובל; ולכן אם זהו מקום שמקובל שאנשים שמים קצת כסף בתוך חבילות בגדים, השומר חייב, מפני שזה היה כלול בקבלת השמירה שלו, ואינו יכול לטעון שלא קיבל על עצמו שמירה על דעת שיהיה שם כסף. ד) במצב הנוכח, במקום שאין רגילים לשים כסף בחבילות בגדים, יכול לומר שקיבל על עצמו רק שמירה על בגדים, ולא שמירה על כסף. בנידון השומר הניח את השק עם פקדונות דומים לו ולא עם צורות כסף. מדבריו עולה, שאם ראה בתוכו זרעונים, כך שהיה מוצדק לחשוב שאין שם כסף, והניח את השק במקום הראוי לשמירת זרעונים, אף שאינו ראוי לשמירת כסף (שצריך לשמור בקרקע – ראה סעיף 2(א)), ליד ציון הערה 125, הוא פטור לגמרי, ואפילו משווי זרעונים – ראה במילואים להערה 157. עוד עולה מדבריו לגבי המקרה השלישי שהזכרנו, שהיה צריך לחשוב שיש בו בגדים ובתוכם כסף, שצריך לשלם על הכסף, מכיוון שלא הניחו במקום הראוי לשמירת כסף, אלא במקום הראוי לשמירת דברים אחרים – מכאן שהוא סובר שהדין שצריך לשמור כסף בקרקע הוא גם לגבי שק בגדים ובתוכו כסף, או שנפרש שהיה צריך להפריד את הכסף ולישים אותו לבדו בקרקע. ח. שו"ת גבול יהודה (צירלונן), סימן ס, פוסק שאם בעל הנכס ביקש ממנו לשמור על "מכתב", והתברר שיש בו כסף, פטור משמירת הכסף. עיין גם שו"ת באר יצחק, אה"ע"ז, סימן ז, על שומר תיק שהיה בו כסף, ולא ידע זאת.

ט. שו"ת מגן שאול (קצנבלונג), סימן קלט (עמ' ריג), כותב שאם בעל עגלה אמר לבעל הנכס שהוא מוכן להוביל משקל מסוים, והלה הטעין יותר, הוא אחראי רק על המשקל שהוסכם; אך הוא מעיר שיש בעייה לקבוע את מידת האחריות אם חלק מהנכס יקר וחלקו זול.

להערה 152

א. הפוסקים נחלקו רק בשאלה האם יחויב שואל במקרה כזה על הסכום הגבוה יותר – ראה על כך בפקטה 5 (א). ראה בעניין זה גם בהערה 251.

ב. אך ערוך השולחן, שם, כותב שאם השומר יכול להודיע לבעל הנכס שאינו מסכים לשמור על זה, ולא הודיעו (והיינו כשהתגלה לו הדבר במשך זמן השמירה, אחרי ההפקדה), הוא פושע, שמה באמת לא ידע בעל הנכס את הערך האמיתי.

ג. מנחת פיתים, חו"מ, רצ"א, ד, כותב כאילו מאירי, ב"ק סב ע"א, אומר שאם נודע לו אחרי ההפקדה שזה זהב, חייב כערך של זהב. האמת היא שהמאירי נקט סתם לשון "יודע", ובפשטות כוונתו היא שידע זאת בשעת ההפקדה, כפי שהבאנו בשמו במילואים להערה 149.

ד. שושנת יעקב, שמו, יז (ס"ק ו), כותב שדווקא אם נודעה האמת לשומר מעצמו, הוא ממוסד להיות חייב לפי הערך הנמוך, אבל אם הודיע לו בעל הנכס את הערך האמיתי אחרי ההפקדה, הוא מתחייב לפי הערך הגבוה. יש לנמק, שברור שבעל הנכס הודיע לו כדי שהשומר יקבל על עצמו שמירה לפי הערך הגבוה, ואילו התנגד השומר לכך, היה צריך להחזיר לו את נכס, ושתיקתו מעידה על הסכמה.

להערה 153

שלטי הגיבורים, ב"מ יט ע"ב (בדפי הרי"ף), כותב שדווקא במקרה של מטבע זהב, אם הויקו צריך לשלם זהב, אבל במקרה של חרב, די שישלם מחיר חרב רגילה, מפני שאין מצויה חרב יקרה כזאת, ולא היה צריך להעלות על דעתו שזה שווייה, ורק לגבי מטבע זהב היה השומר צריך להעלות על דעתו שיתכן שבעל הנכס אמר לו שהוא של כסף כדי שלא יסרב לשמור. רח"א מילר נימק, שלדעתו הטעות בחרב היא בגדר אונס גמור, שבו גם אדם המזיק פטור (ותוספות, ב"ק כו ע"ב, ד"ה ושמואל). לעומתו, ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק מ, כותב שגם במקרה של חרב, אם הויק, חייב לפי ערכו האמיתי. יש לנמק, שלא היה אנוס בעשיית הנזק, אלא בהערכת הנזק, ואין הצדקה להקל עליו בשל כך.

להערה 157

א. אך חכמת שלמה (הערה 151) נוקט לגבי נידונו (שטעה בהערכת השווי) כאילו השומר פטור לגמרי מחמת הטעות, משום שלא היה מקבל על עצמו שמירה אילו ידע שהנכס כל כך יקר. אפשר שהוא עסק במקרה שהייתה טעות גדולה בהערכה, ולכן מתקבלת טענתו. קשה לומר שהוא חולק על תשובות הגאונים, שהרי משמע כדבריהם מן התלמוד המחייב לשלם כערך מטבע כסף. וראה גם

מילואים לסעיף 1(א)

את המחלוקת ליד ציון הערה 109, בשאלה האם שומר שלא ידע שסכנה מסוימת צפויה לנכס, מופטר בשל כך משמירה לגמרי.
ב. כפי שהבאנו במילואים להערה 151, מעטרת זהב נראה שאם לפי הדינים של אופן חובת השמירה (שנראה בסעיף 2(א)), יש הבדל בין אופן השמירה הנחרץ לנכס יקר (מהותו האמיתית של הנכס) לבין זה של נכס לא יקר (שהשומר חשב אותו כך), ושומר באופן השני, ואבר — הוא פטור לגמרי. ראה עוד ליד ציון הערה 167.

להערה 158

א. עוד הסוברים כך: נראה שזו גם דעת השגות הראב"ד על הרי"ף, ב"ק כו ע"א (ברפי הרי"ף), וחידישו הראב"ד, ב"ק סב ע"א (ד"ה והאי), שכתב ששומר שק חתום ובו כסף, שלא ידע שיש בו כסף, ולכן לא קברו — חייב בכול, מפני שהיה צריך לשמור שמירה מעולה מספק. צריך לומר שמדובר בשלא אמר לו בעל הנכס שאין בו כסף, ושהראב"ד סובר כים של שלמה.
ב. תשובות גאוני בתראי, שם, ושו"ת שער אפרים, סימן קכב (ד"ה בוודאי), כותבים שגם המרדכי סובר כמו ים של שלמה, שחייב כערך האמיתי של החרב, והוא פטר אותו רק מהעלילה שהייתה בנידונו, שבעל הנכס הנכרי טען שהיא שווה יותר משוויה האמיתי, ופטר מפני שלא קיבל עליו אחריות על עלילות (ראה על שאלה זו בסעיף 5, ליד ציון הערה 77).

ג. בית הלוי (הורוביץ), עב, ס"ק ט (צו ע"ב), מסופק האם הלכה כים של שלמה. משפטי התורה (שפיץ), חלק א, סימן נו, עוסק בשואל מקדחה יקרה במיוחד, וחשב שהיא רגילה, ופוסק שמספק די שישלם כמחיר הרגיל, אבל אם בעל הנכס מוחזק, יכול לתפוס כמלוא המחיר.

ד. עטרת זהב (באדהב), חוב' א, דברי חזקיהו, סימן ב (עמ' מב), כותב שגם השולחן ערוך מחייב במקרה של חרב, והוא מתכוון לומר שהשולחן ערוך סובר כים של שלמה.

ה. במילואים להערה 273, נביא קושייה על דעת קצות החושן כאן.

ו. תוספת נימוק: תשובות גאוני בתראי, שם, מוסיף, שאין לומר שישלם כדמי חרב פשוטה מפני שחרב יקרה אינה שכחה — שהרי מי יאמר איזה יוקר שכח.

ז. אם לא פשע בעל הנכס במה שאמר לשומר: מנחת חינוך, מצווה נו (פד ע"א), כותב שלפי ים של שלמה, שהעיקר כאן הוא פשיעת בעל הנכס במה שהטעה את השומר, אם בעל הנכס הוא קטן (לדעה בסעיף 13, פרק ב, 1, שיש חיוב שמירה כלפיו), או חרש או שוטה, השומר חייב בכל ערך הנכס, שהרי אין לתלות פשיעה כזאת במי שאינו בר דעת, והשומר היה צריך להעלות על דעתו שהם טעו בהערכה, והיה צריך לברר את ערכו בעצמו. לעומת זאת, הוא כותב שלפי הש"ך, בסמוך, שהפטר השומר הוא גם בלי פשיעת בעל הנכס, אותו דין יהיה אם בעל הנכס חרש, שוטה או קטן.

ח. רח"א מלך סבור שהשומר פטור כאן גם אם לא ידע בעל הנכס מה ערכו האמיתי, כך שלא פשע בהטעיית השומר, מפני שבכל זאת השומר לא היה צריך לברר כיוון שבעל הנכס אמר לו שזה ערכו, וזאת גם אם הוא שומר שחר (ראה הערה 185). כך משמע גם מערוך השולחן (שהבאנו במילואים להערה 152), שאומר שרק במקרה מסוים חייב מצד שבעל הנכס לא ידע (אלא שערוך השולחן פוטר גם אם בעל הנכס לא אמר כלום — ראה הערה 159 — ואין להוכיח מדבריו מה יהיה הדין כאן לשיטה המחייבת, אם בעל הנכס לא אמר כלום). הוא הסביר שאף על פי שמנחת חינוך כתב שטעם הפטר השומר הוא שבעל הנכס פשע כשלא הודיע, הרי גם לפי מנחת חינוך, עיקר הפטר השומר הוא מפני שהיה רשאי לסמוך על דברי בעל הנכס, שהרי לענין חרש, שוטה וקטן לא כתב רק שחייב מפני שבעל הנכס לא פשע, אלא שחייב מפני שהיה צריך לברר, משמע שבאדם רגיל השומר פטור מפני שלא היה צריך לברר, גם אם לא פשע בעל הנכס. ראה בשמו גם במילואים להערה 108.

ט. לא ראה השומר את הנכס: עטרת זהב (באדהב), חוב' א, דברי חזקיהו, סימן ב (עמ' מב), כותב שים של שלמה מחייב (כשלא הטעהו בעל הנכס) רק אם ראה השומר בתחילה את החרב, שאז היה צריך לדעת שהיא יקרה.

י. כמו כן, ברורי הלכה (מענה שמחה) ד (תשנ"א), עמ' 19, כותב שים של שלמה מחייב רק אם השומר ראה את החרב, שאז היה צריך לדעת שהיא יקרה, אבל גם ים של שלמה יפטור אם הופקדה לשמירה קופסת קפה, והיו בה יהלומים, והשומר לא ידע על כך — הוא אינו חייב בשמירה על היהלומים, אף על פי שלא הטעהו בעל הנכס ולא אמר לו שיש בו רק קפה, מפני שרואים כאילו אמר לו כך בפירוש, שהרי דבר נדיר הוא לשים יהלומים בקופסת קפה, והיהלומים היו מוסתרים והוא לא ראה אותם.

יא. כמו כן, ראש יוסף, שם, כותב שאם הטעה אותו בעל הנכס, השומר משלם לפי הערך הנמוך, גם אם ראה את הנכס, מפני שהתחייב רק לפי מה שאמר לו בעל הנכס. ומדבריו שם משמע קצת שהחייב כשלא הטעה אותו בעל הנכס הוא דווקא אם ראה השומר את הנכס.

יב. עמדת ביניים: תומים, עב, אורים, ס"ק לו, נוקט עמדת ביניים (הוא נוקט דוגמה של שומר חרב), לגבי מקרה שבעל הנכס לא הטעה את השומר, ומבחין בין שני מקרים: א) אם באותו מקום ובאותו זמן החרבות המצויות הן קצת גדולות או יקרות, השומר היה צריך להעלות על דעתו שמה חרב זו יקרה, ולכן הוא חייב לפי ערכה האמיתי, ודווקא אם אמר לו בעל הנכס שאינה יקרה, חייב כערך הנמוך, מפני שלא היה צריך לחשוש שמה היא יותר יקרה ממה שאמר לו, וקיבל על עצמו רק שמירת חרב זולה. ב) אם באותו זמן ובאותו מקום החרבות המצויות הן זולות, ורק חרב זו יוצאת דופן ביוקרה, לא היה השומר צריך לחשוש שמה היא יקרה, ולא קיבל על עצמו שמירה על הערך הנמוך, וחייב רק לפי ערך של סתם חרב מצויה.

להערה 159

א. עטרת זהב (באדהב), חוב' א, דברי חזקיהו, סימן ב (עמ' מב), לומד מדברי הש"ך, שגם אם ראה השומר את החרב, הוא משלם כערך חרב רגילה, ואין אומרים שהיה צריך להעלות על דעתו שמה החרב יקרה, מפני שלא כל כך מצוי שתהיה חרב כל כך יקרה, ולכן מניחים שקיבל על עצמו רק שמירה על חרב רגילה, לא על חרב יקרה.

ב. בהתאם לאמור בפנים, שהש"ך מסכים ששומר אבן יקרה חייב בכל ערכה, פסק בד"צ דמכון הוראה כמאנסי, מקבציאל א (אלול תשמ"ד), עמ' טז, ששומר חבילה שלא ידע שיש בה תכשיטי זהב, וחשב ששווה רק ארבעים דולר, חייב בכל ערכה, מפני שהש"ך

מילואים לסעיף 1(א)

הקל דווקא בחבר, משום שסתם חרב היא זולה, וכאילו בעליה אמר בפירוש שהיא זולה, אבל המקבל חבילה סגורה, כאילו קיבל על עצמו שמירה על תוכן החבילה לכל שווייה. בנידונו, מי שמסר לו את החבילה אמר לו שכבר קיבל ארבעים דולר מבעל הנכס, שזה מה שמגיע לו עבורה, והבין השומר שכונתו הייתה שהחבילה שווה ארבעים דולר, ובאמת התכוון שאלו דמי עבורה. ככל זאת פסק בית הדין, שהשומר חייב בכל הערך, מפני שהיה צריך להבין את כונתו האמיתית של זה שמסר לו.

ג. ברורי הלכה (מענה שמחה) ד (תשנ"א), עמ' 18, הערה 7, מרגיש שגם לפי הש"ך, במקרה של מטבע זהב, אם לא אמר בעל הנכס כלום, השומר חייב כשל זהב, מפני שהיה צריך להעלות על דעתו שזה זהב (משמע – גם אם היה בתוך ארנק), שלא כמו כשאמר לו בעל הנכס שזה כסף; ורק במקרה של חרב, הוא חייב כערך חרב רגילה גם אם לא הטעהו בעל הנכס, מפני שלא היה צריך להעלות על דעתו שהיא יקרה יותר מהרגיל, שכן סתם חרב אינה יקרה כל כך.

ד. קצות החושן, שם; תפארת יעקב, עב, ס"ק כט; ומקצוע בתורה, עב, ח (ס"ק כח), משיבים על טענת הש"ך, שדווקא אם לא הטעהו בעל הנכס, השומר חייב לפי הערך האמיתי, מפני שהיה צריך לחשוב שיתכן שהוא יקר; אבל אם הטעהו בעל הנכס כדי שלא יסרב לשמור מתוך ידיעת ערכו הגבוה, הרי בזה הראה בעל הנכס שהוא דורש רק רמת שמירה של נכס זול ולא שמירת נכס יקר, משום שידע שהנפקד לא יסכים לקבל על עצמו שמירת נכס יקר; ואם כן, גם אם ניחש השומר שזו כוונת בעל הנכס, הוא מקבל על עצמו רק שמירת נכס זול, כדרישת בעל הנכס.

להערה 161

א. דוגמה נוספת היא שחוט שקיבל על עצמו לשחוט את בהמת חברו. המגיה בשו"ת עמק הלכה (ביומל), חלק א, סימן ל, הערה 3, סבור שהוא חייב כשומר לעניין מניעת אפשרות שהבהמה תתנבל בשחיטה, ולא לעניין שאר דברים העלולים לקרות לה. והוא העלה אפשרות שמאחר שאינו שומר לכל דבר, לא יחויב על ידי משיכה אלא רק על ידי הקדמת שכר השחיטה (ראה במילואים להערה 137) שמתייחס למה שקיבל על עצמו. בהערה 7 העלה אפשרות שמאחר שאינו שומר גמור, אינו חייב בשבועת השומרים אפילו ביחס לניבול.

ב. סוג אחר של קבלה חלקית של שמירה, הוא כשהשומר מקבל על עצמו אחריות רק למקרה שנכס שלו יגרום נזק לנכס הנשמר – ראה על כך במילואים להערה 127, אות יז, בשם ערוך השולחן ותורת מיכאל.

ג. סוג אחר של קבלה חלקית של שמירה הוא חלקיות בזמן – ראה סעיף 14, ליד ציוני הערות 12-13.

להערה 165

אך בספר אולם המשפט, שמו, א, כתב שמהתוספות משמע שאין לדייק כך מלשון "אשמור שלא יזיק" (עיין שם להוכחתו). והוא כותב שכן משמע מסתימת הפוסקים, ומסתמך גם על שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רע (הובא בבית יוסף, חו"מ, סא, מחודש כ), האומר שאיננו יכולים לדייק מ"לישנא יתירא" משיהו אומר מלבו דיוקים שמצאנו במקורות הקדומים; ובמיוחד כאן, שלא מקובל לשמור רק שלא יזיק ולא יזוק. כמו כן, בית יעקב, שמו, א, כותב שיש של שלמה, ב"ק, פרק א, סימן לו, חולק על הסמ"ע (אך אינו מפורש בדבריו).

להערה 166

א. תוספות רבנו פרץ, ב"ק שם, כותב שדין זה נוהג גם בשומר שכר ובשואל.

ב. אך הרא"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק שם, אומר בשם ר' בנבנשה הלוי, שאם שור מועד נגח את השור הנשמר, השומר חייב, מפני שהיה צריך להעלות זאת על דעתו. כלומר, לדעתו השומר חייב לשמור שלא ינזק השור מנזקים חיצוניים שסביר שיקרו, ופטור רק אם נגח אותו שור תם, מפני שלא היה צריך להעלות זאת על דעתו (וזה אונס).

ג. הר צבי, חו"מ, סימן שג, מסופק בזה: האם כוונת התלמוד היא שבכלל אינו מקבל על עצמו שמירה שלא יזוק (ואם כן גם שומר שכר פטור – ראה בשמו בסעיף 2(ב)), במילואים להערה 43, ויהיה פטור גם אם ייגנב השור), או שמא הוא אמנם חייב בשמירה, אלא שאם הוא שומר חנינם הוא פטור אם הוזק השור על ידי שור אחר, מפני שלא היה צריך להעלות זאת על דעתו, אבל יהיה חייב על נזקים אחרים. לכאורה האפשרות הראשונה קשה, שהרי יש סכנה שהשור ייגנב או יחלה, וכדומה, וצריך משהו שישמור עליו מפני נזקים אלו, ואם כן יש להניח שהשומר התכוון לקבל על עצמו לשמור מפניהם? יש להשיב, שמכל מקום הסכנה הגדולה יותר היא שהוא יזיק לאחרים, ולכן מניחים שרק לזה התכוון השומר.

להערה 171

א. כמו כן, שו"ת משאת משה (ישראל), השניות, חו"מ, סימן לד (קיא ע"ב), מסביר שסוכן מכירה חייב בשמירה אף על פי שלא קיבל על עצמו בפירוש, מפני שמן הסתם הוא קיבל על עצמו לשמור כיוון שהסתלק בעל הנכס.

ב. ר"מ הירשלר, בהערותיו לתוספות הרא"ש, ב"מ צו ע"ב, הערה לב, הסביר שמלווה חייב בשמירת המשכון, מפני שלא ייתכן שיתפוס חפץ של אחר ולא יהיה שומר עליו; וכתב שזה הטעם גם בשומר אבדה. הוא מתכוון לנמק שאם הוא לא ישמור, הנכס לא יהיה שומר – ראה בשמו במילואים להערה 194. אך לא ברור האם הוא מתכוון לומר שלכן יש להניח שקיבל על עצמו לשמור, או שלכן התורה מטילה עליו חובת שמירה בלי הסכמתו.

ג. אהלי יהודה (הכהן), ערך שומרים, נוקט שמלווה חייב בשמירה על המשכון אף על פי שלא קיבל על עצמו שמירה, מפני שחיוב

מילואים לסעיף 1(א)

שומר חנים חל גם בלי שיקבל על עצמו לשמור (ראה במילואים להערה 64). הוא מושהה זאת לשומר חנים לזמן קצוב, שעבר זמנו — ראה סעיף 11, הערה 140. גם ברכת שמואל, ב"ק, סימן ד, אות ו, כותב שהמלווה חייב בשמירה מפני שכל מי שנכס של אחר מצוי ברשותו, חייב בשמירה.

ד. דיבורת משה, ב"ק, סימן סד, ענף ז, כותב שלדעת הרשב"א, חיוב בפשיעה יכול לחול גם בלי התחייבות מצד הנפקד, אלא כל שהנכס מוכרח להיות אצלו, הוא חייב, כמו במשכון בשעת הלואה, שהמלווה אחראי אף על פי שלא קיבל על עצמו שמירה, ובוודאי הסיבה היא שהמשכון מוכרח להיות אצלו; ואילו הש"ך סובר שחיוב בפשיעה חל רק על ידי התחייבות, וגם במשכון אומרים שמקבל על עצמו חיוב בפשיעה כיוון שהוא מקבלו ממקום שמור (עיין שם, שמוכח שכך דעתם).

ה. במקרה שמחזיק זה עשה קניין משיכה, יש סיבה נוספת להניח שהתכוון לקבל על עצמו לשמור: שו"ת קול אליהו (ישראל), חלק ב, חו"מ, סימן כו, מסביר ששולחני בכסף שאינו צרור (ראה ליד ציון הערה 383), מלווה על משכון, אומן, ושומר שגר אחרי שכלה זמן השמירה (שהוא שומר חנים — סעיף 11, ליד ציון הערה 135), אף על פי שלא קיבלו על עצמם שמירה במפורש, חייבים בשמירה מפני שהנכס בא לידם, והמשיכה היא מעשה בפועל שמראה שקיבלו על עצמם שמירה, והרי זה כאילו קיבלו על עצמם שמירה במפורש. יצוין שליד ציון הערה 96 ראינו דבר דומה, שמשכיח נחשבת הוכחה שהנפקד קיבל על עצמו שמירה, אף על פי שנתק. וראה הערה 35, בשם קול אליהו, שאף על פי שלא ביקש בעל הנכס במפורש מן הנפקד לשמור (כנדרש, לפי פסקא 3 (ב)), אם יש הוכחה גמורה שהנפקד מקבל על עצמו שמירה, הוא חייב.

ו. רביר הזהב, פרשת משפטים (ד"ה וכל בהמה לשמור), כותב שאין ללמוד מהמלה "לשמור" (שמות כב, ט) שצריך שהחזקה הנכס תהיה למטרת שמירה, ולפטור משמירה אומן ומלווה על משכון וכיוצא בהם שמחזיקים בנכס בעיקר למטרה אחרת, אלא "לשמור" בא לפטור משמירה שומר נכסים מסוג שאינו ראוי לשמירה — ראה בשמו במילואים להערה 330.

להערה 174

א. המביט עוסק באשה ששמה תכשיט על צוואר של כלה בלי לבקש ממנה לשמור אותו וכלי שהכלה הביעה הסכמה לשמור, ורק ביקשה מנשים אחרות לשמור על התכשיט, ואשה אחרת הסכימה. הוא פוסק, שאף על פי שבעלת הנכס ביקשה מנשים אחרות לשמור, לא התכוונה לפטור בכך את הכלה משמירה, אלא להוסיף שמירה, והכלה חייבת בשמירה אף על פי שלא ביקשה מהאשה לשים לה את התכשיט, מפני שהעבודה שהתייפתה בו והלכה עמו ממקום למקום, נחשבת שימוש, וקיבלה עליה שמירה. ראה על דבריו במילואים להערה 64, להערה 136, ולהערה 202. נכנס הגדולה, חו"מ, שמו, הגהות בית יוסף, אות טו, מביא שמהר"א גאליקו מחייב באותו מקרה, ולא נימק.

ב. שו"ת הריב"ש, סימן רעט, כותב ששואל חייב באונס אף על פי שלא קיבל על עצמו שמירה, כיוון שנהנה. אפשר שלפי טעם זה הוא חייב גם אם עוד לא התחיל להשתמש, מפני שנהנה מאפשרות השימוש.

ג. רשב"ם, ב"ב פז ע"ב (ד"ה אלא אביי), כותב שחוננוני שנטל כלי מהלקוח למרוד לו שמן, לדוגמה, מתחייב בשמירה על הכלי. אבל זה נכון רק ל"הווה אמנא" בסוגיה, ואילו מסקנת הסוגיה היא שאינו חייב בשמירה (שאינו דומה למכיש בהמה, שחייב משום שבכך הרגיל אותה להסתובב בחורן). אפשר ששימוש זה אינו מחייב מפני שזהו שימוש לטובת בעל הנכס, ולא לטובת המשתמש.

ד. אמרי בינה, דיני הלואה, סימן פב, מוכיח מהרשב"ם, המובא בתוספות, ב"ק י ע"א (ד"ה כגון), שישעיהו על ספסל מחייבת את היושב באחריות של שואל. אך חידושי ר' אריה לייב (מאלין), חלק א, סימן ס, כותב שמה שכתב הרשב"ם שסתם ספסל שואל להשתמש בו, אין כוונתו שהוא שואל להתחייב באונס, אלא כוונתו לקולא, לומר שאין עליו חיוב מויק אם נזק מחמת ישיבתו, כיוון שהוא יושב ברשות, ולכן הרשב"ם משתמש בביטוי "מתה מחמת מלאכה". כובע ישועה, ב"ק י ע"ב, מסתפק בשאלה זו: האם לרשב"ם חייב באונס אם קרה לספסל נזק שלא מחמת ישיבתו? הוא מעלה אפשרות שיש לחייבו כשואל שלא מדעת, שחייב באונס מטעם שואל אף על פי שאינו גולן (ב"ב פח ע"א). אבל הוא מעיר שלפי מה שכתב דברי משפט, רצב, ס"ק ג, בשם הרא"ש, שהמניח מקלו ותרמילו על בהמה אינו נעשה שואל על הבהמה, מפני שבעל הבהמה אינו מקפיד על זה, והבהמה לא יצאה מרשות בעליה, אם כן גם כאן אינו שואל, כיוון שבעל הספסל אינו מקפיד.

ה. דעה חולקת: שו"ת פתחא וזוטא, חו"מ, סימן יג, כותב שתלמיד המביא ספר לבית המלמד, גם אם המלמד לומד בספר, אינו חייב עליו כשומר, מפני שאין הוכחה שהוא מקבל על עצמו לשמור תמורת הנאה זו. אבל רז"ע גולדברג סבור (כמו המבי"ט), שאם המלמד משתמש בספר, הוא חייב עליו כשומר, מפני ששוכר ושואל חייבים בשמירה אף על פי שלא קיבלו אותה על עצמם במפורש, והמלמד הוא שוכר על הספר, אם זה תמורת עבודתו, כלומר אם הותנה תמורת העבודה יקבל המלמד רשות שימוש בספר; ואם לא הותנה כך, הוא שואל.

ו. יש שימוש אינו מחייב באחריות: יורשי שוכר רשאים להשתמש בנכס ואינם חייבים באחריות עליו, כפי שנראה בסעיף 1(ג), פרק ג, 2. אפשר להסביר, שמאחר שהם יודעים שהם רשאים להשתמש בנכס בלי לקבל אחריות, אף בלי רשות בעל הנכס, הרי זה כאילו אמרו בפירוש שאינם מקבלים על עצמם שמירה.

להערה 177

א. בסימן שו, ס"ק א (הובא במנחת צבי, חלק ב, סימן ז, אות א), כתב נתיבות המשפט שהדין כך גם בשוכר, משום שהשימוש הוא כקבלת כסף. אך רח"א מילר העיר שבסימן רצב, שם, נימק נתיבות המשפט שהשימוש מחייב משום שכל ההנאה שלו, ונימוק זה אינו קיים בשוכר. על שוכר ראה במילואים להערה 137.

ב. מנחת צבי, חלק ב, סימן ז, אות ב, כותב שפועל שעובד בבית של מעבידו, חייב כשומר חנים על חפצי הבית, מפני שבעל הנכס הסתלק משמירתם על דעת שהפועל יסגור את הדלת; וגם לדעה (ליד ציון הערה 127) ששומר צריך לעשות קניין, מכל מקום שימוש הפועל בבית נחשב קניין, כמו שכתב נתיבות המשפט. אך דבריו קשים, שהרי כאן לא השתמש בחפצים האחרים שבבית.

ג. ראה גם במילואים להערה 45, שאפשר ששימוש מחייב את הנפקד גם אם לא הסתלק בעל הנכס. על חיוב בלי קניין בשל תחילת

מילואים לסעיף 1(א)

שימוש, עיין גם עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שצה; חמדה גנוזה – זכר מרדכי, שו" ס"ק א; אור עזרא, קובץ א, סימן ד (שימוש בכרטיס טלפון מגנטי של אחר, המונח בתוך הטלפון הציבורי).

ד. מנחה חדשה, מצווה ס, אות ב, מסכים לנתיבות המשפט מכוח דברי חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צט ע"א, שאם הוציא המשאיל את הנכס מרשותו לרשות השואל, חייב השואל גם אם לא עשה קניין, משום שהמשאיל מראה בזה שמאמין לו, וזה גורם לשואל הנאה שמחייבת אותו. הוא מקשה על נתיבות המשפט, שהמכילתא על שמות כב, יג, דורשת מ"מעם רעהו" ששואל אינו חייב עד שיוציא את הנכס מחוץ לרשות בעליו, משמע שאם השתמש בנכס בחצר חברו ולא הגביהו, כגון שישב על ספסל, פטור מאונס (ומשמירה בכלל!) מפני שלא יצא הנכס מרשות המשאיל? יש ליישב, ששם מדובר בשעור לא השתמש, שאז אינו חייב עד שיעשה קניין.

ה. שו"ת יריעות שלמה, בהשמטות לסימן א (בסוף הספר), מביא שאב"ד וילנא אמר שגם לפי נתיבות המשפט, שואל ספר קודש אינו מתחייב בשימוש בלי למשוך, מפני שהשימוש מחייב רק משום שבו הוא עושה את עצמו כבעל הנכס, ואילו כאן מאחר שנוח לבעל הנכס שתעשה מצווה בממונו, אם כן השואל משתמש מטעם בעל הנכס ולא בתורת שואל, ואמנם להלכה אין אומרים "נוח לעשות שתעשה מצווה בממונו" (ראה סעיף 3, ליד ציון הערה 24), אבל המשחמש חשב כך, ולכן לא קיבל על עצמו חיוב שואל. אך נכד המחבר חולק שם על דבריו בטענה שמה שחשב אינו יכול לפטור מחיובו כלפי חברו, כמו ששומר שלא ידע ששומר חייב, בוודאי חייב אף על פי טענה.

ו. דעות חולקות: ערך ש"י, חו"מ, שמ, ד, העיר שלדעה ששומר צריך לעשות קניין גם אם הוא מקבל שכר (ראה במילואים להערה 137), גם שואל שמתמש יצטרך לעשות קניין, שהרי הייחוד של השימוש הוא רק שהוא כמו קבלת שכר.

ז. אבני החושן, שמ, ס"ק ב, מפקפק במה שכתב נתיבות המשפט ששימוש מחייב. עיין גם בדבריו בס"ק ו.

ח. שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רמא, כותב ששואל צריך קניין כמו שאר השומרים. אך אפשר שהוא מתכוון למקרה שעדיין לא התחיל להשתמש, והוא מסכים לנתיבות המשפט שאם השתמש, הוא חייב גם בלי קניין. מדבריו שהבאנו במילואים להערה 174 אין להוכיח שהוא מחייב בלי קניין, שכן שם הכלה הלכה במקום למקום עם התכשיט, והליכתה מהווה משיכה.

ט. בשואל נכרי: אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פב, כותב ששואל נכרי, אין שימוש מחייבו באחריות, מפני שהנאת השימוש מחייבת משתמש יהודי מטעם קניין כסף, וכסף אינו קונה בנכרי. הוא מנמק עוד, שלפי דעת חידושי הריטב"א, קידושין מז ע"ב, האומר שהחייב מחמת השימוש הוא מתקנת חכמים – אם כן, אפשר שלא תיקנו כך בנכרי (הוא אומר זאת לעניין אחר, אבל הוא אומר את בסמיכות לדבריו על חיוב אחריות מחמת שימוש, ויש ללמוד מדבריו גם לעניין אחריות משתמש נכרי). על חיוב שומר נכרי בכלל, ראה סעיף 1(ב), במילואים להערה 2.

להערה 179

א. שו"ת אבני זרק, חו"מ, סימן ז, מביא מכאן ראייה ששוכר שביטח את הנכס השכור, דמי הביטוח הולכים אליו ולא למשכיר, ואין אומרים שהמשכיר יקבל את הכסף מצד שהביטוח הוא על ביתו (ראה סעיף 5, פרק ד, 2). כנראה, הוא מבין שהטעם ששמעון פטור בנידונו הוא משום ששמעון לא נחשב שקיבל את ההלוואה על סמך המשכון של ראובן.

ב. אך לדעת תומים, עב, ס"ק ס (הובא באמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פב, בסופו), ונתיבות המשפט, עב, ס"ק נג, שמעון חייב לראובן מטעם "שעבודא דרבי נתן", כיוון שלוי המלווה חייב לראובן על שנשרף משכונו (שכן מלווה אחראי לשמירת המשכון שבירו, בתנאים מסוימים), ושמעון חייב ללוי את חובו (ועיין בתומים שהסביר מדוע השולחן ערוך אינו מחייב מטעם זה). כמו כן, ערוך השולחן, חו"מ, עב, עא, כותב שאם אבד המשכון באופן שהמלווה חייב לשלם לראובן על אבדן החלק העודף על החוב, ועכשוו שמעון לוה עליו אין המלווה חייב לשלם לראובן מפני ששווי המשכון מכוסה על ידי חובו של שמעון, חייב שמעון לראובן, מאחר שהפסיד מחמתו, וזה יותר חמור מ"גרמי". אולם קצות החושן, עב, ס"ק מג, ומשובב נתיבות, על נתיבות המשפט, שם (והסכים עמו שו"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סימן כג), חולק, ודוחה את סברת התומים (לא התייחס לסברת ערוך השולחן) בנימוק ששמעון פטור מחובו כלפי לוי, שהרי הדין הוא שאם נשרף המשכון או אבד מידי המלווה, החוב פוקע; ואמנם אם נשרף המשכון באונס, המלווה אינו מפסיד את חובו, ואם כן יש מקום לשעבודא דרבי נתן, אבל במקרה הנידון במקורות מדובר במלווה נכרי, שאינו יכול להישבע שנשרף המשכון באונס, ולכן מספק מופטר שמעון הלווה מחובו כלפיו, ולכן אין שעבודא דרבי נתן. על חיוב מטעם שעבודא דרבי נתן, עיין אבני החושן, עב, ס"ק מה.

להערה 180

חלקת יואב, שם, ושער משפט, עב, ס"ק לח, הסבירו שהוא פטור מפני שאינו משתמש בנכס, כמו שהשואל נכס להארות בו פטור מאונס (לדעה אחת – סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 94), ולכן הוא פטור גם אם הגיע הנכס לידו – ראה סעיף 1(ד), הערה 102. אך לפי ההשוואה זו, יש לפטור כאן רק מאונס, ולחייב בפשיעה, כמו ששואל להארות חייב לפחות כשומר חנם. אלא שכאן למעשה לא יוכל לפשוט בשמירת הנכס כיוון שאינו ברשותו, ויכול לפשוט רק בזה שאיחר בפירעון חובו, ועל ידי כך יישאר הנכס בידי הנושה זמן רב. עיין אור עזרא, קובץ ב, סימן ז, שלמד מן הפטור כאן למקרה דומה.

להערה 181

א. שער משפט, עב, ס"ק לח, מעיר שלפי טעם זה יש לפטור גם אם משך שמעון את הנכס, כגון ששמעון היה שלוח של ראובן ללוות עבורו מלוי על סמך משכון של ראובן, וביקש שמעון מראובן רשות ללוות לעצמו על סמך המשכון, הרי שמעון משך את המשכון, ואף על פי כן הוא פטור מן הטעם השני.

ב. דברי משפט, שמ, ב (ס"ק ג), מסביר שפטור מפני שהמשכון היה נשרף בלאו הכי, ושואל אינו חייב באונס שהיה קורה גם לולא השאילה, אם הנכס לא יצא מרשות המשאיל ולא נכנס לרשות השואל (ראה עיקרון זה בשמו, בסעיף 3(ג), במילואים להערה 10),

מילואים לסעיף 1(א)

ואף כאן הנכס נשאר אצל המלווה כמו שהיה. מדבריו בסעיף 2(ג) שם עולה שהוא מודה שאם קרה לנכס נזק שלא היה קורה לולא המלווה הנוספת, חייב. אך לא ברור האם יש מציאות כזאת. גם רא"י הורוביץ, דגל התורה, סימן מט, מסביר שפטור מפני שהנימוקים של הראב"ד לחיוב שואל באונס (ראה סעיף 2(ג)), במילואים להערה 10, שמולו גרם ושהנוק קרה בשבילו, אינם תקפים במצב שהנכס בידי המשאיל. לפי הסברים אלו, אם לא קרה אונס אלא פשיעה או גנבה ואבדה, צריך להיות חייב; אלא שנראה שלמעשה כל נזק הוא אונס, כיוון שהנכס אינו ברשותו ואינו יכול למנוע נזק.

ג. גם שו"ת דגל מתנה אפרים (לניאדו), חו"מ, סימנים דח, כותב שהטעם השני הוא שהיה נשרף בלאו הכי. והוא כותב שדי בטעם השני כדי לפטור.

להערה 182

א. נתיבות המשפט, שם, ס"ק א, מסביר שאין שמעון חייב על עצם הנאתו מאבדן המשכון מטעם "זה נהנה וזה חסר", שהרי לא נחסר ראובן בגללו, כיוון שבלאו הכי היה נשרף (אלא הוא חייב רק משום שרואים כאילו פרע את חובו בממון ראובן — ראה בשמו בסמוך, שזה מעבר לסתם הנאה). אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פב, מסביר שאין מחייבים את שמעון על הנאתו מחסרונו של ראובן, משתי סיבות: א) יש עיקרון (תוספות, ב"ק קא ע"א, ד"ה או), שאדם חייב על הנאתו רק אם גופו או בהמתו נהנו, מה שאינו כן אם נתרבה ממנו שלא על ידי מעשיו, ואף כאן רק ממנו נתרבה. ב) אדם חייב על הנאתו רק אם הייתה לשכנגדו זכות למנוע ממנו ליהנות, ולכן עכשו שנהנה, חייב, אבל כאן בתחילה הרשה לו ראובן להשתמש במשכנו, ואחר כך פקע החוב ממילא, וכאילו ריחמו עליו מן השמים. שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קכב (הובא אצל נ' רקובר, עושר ולא במשפט, עמ' 30), הסביר שכאן אין לחייבו על שנהנה, משום שנהנה בשעה שהמשכון כבר נשרף ואינו בעולם, ובכגון זה כתבו תוספות, כתובות ל ע"ב (ד"ה ואי), שאין מחייבים על הנאה. בסימן קכג, הסביר בסתמיות שמה שהופטר מחובו אינו נחשב שהשתרש לו. בית הלל (ליבשיץ), סימן עב, בסופו, הסביר שאין מחייבים על שנהנה, מפני שבמקרה הנדון ראובן עדיין היה חייב קצת כסף ללוי, ולכן המשכון היה מעוכב אצל לוי גם בשביל ראובן, גם אילו לא לווה שמעון, ונמצא ששמעון לא השתתף בחסרון של ראובן ולא משנה ששמעון נהנה בו; ובאמת אם כבר פרע ראובן את חובו, יחויב שמעון על שנהנה. אך שער משפט, עב, ס"ק לט, כותב שלפי תוספות, ב"ק כ ע"ב (ד"ה הא), שכתבו שאדם חייב אם נהנה כתוצאה מחיסורו של אחר, גם אם החיסור היה קורה גם לולא הנאתו — כאן שמעון חייב לשלם לראובן על שנהנה בו שהופטר מחובו.

ב. נתיבות המשפט, עב, ס"ק נג, מוצא סיבה לחייב בכל זאת את שמעון כלפי ראובן מחמת מה שהרוויח שמעון: ראובן הפסיד מכך ששמעון לווה מלוי על סמך משכנו, שהרי לולא זה היה לוי אחראי כלפי ראובן כשומר על המשכון, לאחר שפרע לו ראובן את חובו; ואילו כעת ששמעון לווה על סמך המשכון, אין לוי אחראי כשומר כלפי ראובן, אלא הוא מפסיד את חובו של שמעון כפירעון על הנזק; ומאחר שהופטר שמעון מחובו מחמת הנזק למשכון, נמצא שהוא כאילו פרע את חובו באמצעות שווי המשכון, אותו שווי שהיה לוי המלווה חייב לשלם לראובן אילו לא לווה ממנו שמעון, ונמצא ששמעון פרע את חובו ללוי באמצעות ממונו ראובן, ולכן הוא חייב לשלם לראובן. כנגד זה, משובב נתיבות, על נתיבות המשפט, שם, דחה סברה זו בטענה שאין לראות זאת כאילו פרע שמעון את חובו באמצעות ממונו ראובן, אלא החיוב פקע על ידי אבדן המשכון, ושמעון רק נהנה ברוב, ועל הנאה אין חייבים לשלם.

ג. רו"נ גולדברג סבור שמה שהמרדכי פטר למרות שהשתמש במשכון, הוא דווקא בנידונו, שהמלווה היה נכרי, ונשרף המשכון באונס, שלפי דינינו לא הופטר הלווה מחובו כיוון שנשרף המשכון באונס, אלא שלמעשה הלווה הופטר מפני שדיני הנכרים פטורים במקרה זה, ומאחר שהופטר שלא מן הדין, אין זה נחשב שהשתרש לו על ידי שרפת המשכון, אלא הופטר משום שמולו גרם; אולם אם נשרף בפשיעה, שמן הדין פטור הלווה מחובו, חייב שמעון לשלם לראובן מה שהשתרש לו על ידי שרפת המשכון השייך לראובן. אך הוא העיר שמקצות החושן, שהבאנו במילואים להערה 179, מוכח שגם במקרה זה אין מחייבים מצד שהשתרש לו. והוא התקשה בו, מדוע אומר קצות החושן שיופטר שמעון מחובו כלפי הנכרי, כשהנכרי חייב לראובן על שרפת המשכון; ודווקא אם נשרף שלא בפשיעה, מוכן שאין זה נחשב שהשתרש לשמעון על ידי שרפת המשכון, לדעה (ראה סעיף 2(ג)), ליד ציון הערה 239) שמהלך אינו שומר שכר על המשכון אלא שהלווה פטור מחובו משום שרואים כאילו התנו שיופטר מחובו במקרה כזה, ולכן לא נחשב שהשתרש לשמעון, משום שהוא פטור רק מכוח תנאי ומחילה, ולא מעיקר הדין.

ד. אך אבני החושן, שם, ס"ק ב, מעלה אפשרות שלדעה שמלווה הוא שומר חנים על המשכון, אלא שמפסיד את חובו במקרה של גנבה ואבדה, מפני שרואים כאילו התנה שיפסיד את חובו במקרה של גנבה ואבדה — הרי כאן שמעון השואל חייב לשלם על הנאתו (כוונתו למקרה שהנושה ישראל, שבו נוהגת התנאה זו), שהרי זה כאילו ראובן, המשאיל, פרע בעבורו את חובו, משום שרואים כאילו שבעת שנתן ראובן את המשכון לנושה, הוא התנה שאם יאבד, יפסיד הנושה גם את חובו של הלווה השני, שמעון, ונמצא שנתינת המשכון הייתה כפירעון (על תנאי) לחובו של שמעון.

ה. ערוך השולחן, חו"מ, עב, עא, כותב שמאחר ששמעון הרוויח על ידי אבדן המשכון, ראוי שיפצה את ראובן לפנים משורת הדין, ושבת הדין יעשה פשרה. בעניין החיוב בשל הנאה, עיי' שו"ת צור יעקב, חלק א, סימן נט; אבני החושן, עב, ס"ק מו.

להערה 183

א. אך נתיבות המשפט מוסיף, שהמרדכי פטר משום שעסק במלווה ("לוי") נכרי, אבל אם המלווה הוא ישראל, גם במקרה האחרון חייב שמעון באחריות לראובן, מפני שגם אז מעמד המשכון משתנה. זאת, מפני שמלווה ישראל קונה את המשכון שקיבל מן הלווה (שו"ע, חו"מ, עב, ב); ואם כן, כשמעון לווה על המשכון, קנה לוי המלווה אותו חלק במשכון השקול כנגד חובו, וזאת על ידי שזכה בו לוי עבור שמעון וחזר וקנאו ממנו — ומאחר שזכה בו שמעון (בשלב הביניים), נתחייב באחריות (על החלק שכנגד חובו). ב. דעות חולקות: אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פב, מקשה על נתיבות המשפט, הרי בכל מקרה השתנה מעמד המשכון על ידי מעשהו של שמעון, שהרי עכשו המלווה יחזיק אצלו את המשכון עד שיפרע שמעון את חובו? לכן הוא מסביר, שכאן השימוש (שינוי המעמד) אינו מחייב את שמעון, ה"שואל", משום שלא הסתלק ראובן משמירת הנכס (כמוסבר ליד ציון הערה 181), ולכן פטור גם בגנבה ואבדה, וזאת גם במקרה שנתיבות המשפט מחייב בו, שהוארך זמן השארת המשכון ביד המלווה בגלל שמעון, מפני

מילואים לסעיף 1(א)

שגם כאן לא הייתה הסתלקות בעל הנכס. לעומתו, נתיבות המשפט סבור ששימוש מחייב שואל גם אם לא הסתלק בעל הנכס, כפי שהסברנו במילואים להערה 45.

ג. אבני החושן, שמ, ס"ק ב, מפקפק במה שנתבות המשפט מחייב אם זה פיקדון רגיל או שהראשון כבר פרע את חובו: הרי סוף כל סוף, שמעון השואל לא קיבל על עצמו אחריות כיוון שלא עשה מעשה קניין, ומה שבגללו לא היה יכול ראובן בעל הנכס להוציא מידי הנושה, הוא רק גורם, כמו אדם שמונע מחברו מלהציל נכס שלו, שבדומה אינו חייב על כך; ואף אין לחייבו על שימוש, שהרי אינו משתמש אלא רק נהנה מן הנכס. והוא כותב שאפשר שפטור גם אם הזהיר ראובן בעל הנכס את שמעון השואל שיפרע את חובו מפני שהוא רוצה לקחת את המשכון חזרה – גם אז אפשר לפטור מפני שבלאו הכי היה הנכס ביד הנושה, כך שהמזב לא השתנה בגלל שמעון השואל. אבני החושן מפקפק גם במה שכתב נתיבות המשפט שבמלווה ישראל, שמעון חייב משום שמעון כאילו קנה את הנכס (על ידי שהנושה זכה בו). לדעתו, מה שהנושה קנאו אינו משום ששמעון קנאו ומקנה לו, אלא הנושה קנאו מראובן, המשאיל, מדין ערב, כאילו אמר ראובן לנושה: "תן הלוואה לשמעון, והמשכון יהיה קנוי לך", ומאחר ששמעון לא קנאו, אינו חייב באחריותו.

להערה 186

א. הוא עוסק בשואל. מדברי שושנת יעקב, שמו, יז (ס"ק ו), עולה שהבין שלפי קצות החושן שוכר חייב בכגון זה רק לפי הערך הנמוך. רח"א מילר הסביר שיש סברה לחייב דווקא בשואל לפי הערך הגבוה מחמת השימוש, משום שכל ההנאה שלו.
ב. עוד סבור רח"א מילר, שהשימוש אינו נחשב קניין שמחייב אותו, אלא השימוש רק מראה שהוא מוכן להתחייב באחריות על כל הסכום, והוא מתחייב על ידי קניין חצר וכדומה, כיוון שהנכס ברשותו. אך הוא העלה אפשרות שקצות החושן סבור שהשימוש משמש כקניין, כדעת נתיבות המשפט (הערה 177).

להערה 187

א. גם הוא עוסק בשואל, והעיר רח"א מילר שקל וחומר שכך הדין גם בשוכר.
ב. עוד העיר רח"א מילר, שאם גם בעל הנכס לא ידע שהנכס יקר, נתיבות המשפט יסכים שהשומר חייב לפי הערך הגבוה, שהרי כאן לא הייתה מחילה מצד בעל הנכס. על מקרה שבעל הנכס טעה, בשומר רגיל, ראה במילואים להערה 158.

להערה 189

א. הרמב"ן, המאירי והטור נוקטים שוכרת; הרמב"ם והשולחן ערוך נוקטים שואלת.
ב. מעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סימן תקט, כותב שמכל מקום, אם תפס המשאיל מנכסי הבעל, מנכסים שהכניסה לו אשתו בנישואיה ("נכסי צאן ברזל"), התפיסה מועילה גם אם נגנב הנכס או אבד, מפני שלעניין זה רואים אותו ככירוש מאשתו (ראה סעיף 1(ד)), ליד ציון הערה 47, שירוש של שואל חייב בגנבה ואבדה, ולא כקונה מאשתו (ראה במילואים להערה 191, שמה שהבעל פטור כאן הוא מפני שהוא נחשב כקונה מאשתו). עיין שם, שהוכיח מתחומים אחרים שבכיוצא בזה הוא נחשב כירוש מאשתו.
ג. דעה מצמצמת: הראב"ד, המובא בחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ צו ע"ב (ד"ה אלא) ובשיטה מקובצת שם, אומר שפטור רק אם שאל הבעל מהאשה והאשה היא שוכרת, וקרה אונס, אבל אם פשע או שנגנב או אבד (וכן אם הייתה שואלת, וקרה אונס), הוא חייב, מפני שרואים כאילו שכר מן האשה, ונכנס במקומה כשוכר כלפי המשכיר, והרי שוכר חייב בגנבה ואבדה (ואם הייתה שואלת, חייב באונס, שהרי אין לומר שהוא נחשב שוכר ממנה). הוא מסביר שסברת התלמוד "לוקח הוא" באה רק לומר שאינו נחשב שואל אף על פי ששאל ממנה.
ד. על אשה ששאלה והשתמש בעלה, עיין אבני משפט, פה, ס"ק ה.

להערה 190

שו"ת צבי גאון יעקב, סימן ג, מסביר שהאשה חייבת מפני שפשעה בכך שלא הודיעה לבעל שזה פיקדון כדי שיקבל על עצמו שמירה. רז"ג גולדברג התקשה, מדוע הוצרך להסביר שהאשה פשעה, הרי בלאו הכי היא חייבת כיוון שהיא שואלת וחייבת באונס, או שוכרת וחייבת בגנבה ואבדה?

להערה 191

א. הטור והשולחן ערוך נימקו (ומקורם בב"מ צו ע"ב), שהוא פטור מפני שכל בעל נחשב קונה בנכסים שהביאה לו אשתו בנישואיהם. כוונתם היא, שאילו היה נחשב שואל או שוכר ממנה בנכסים אלו, היה חייב באחריות על הנכסים כולם מטעם שואל או שוכר, ולא היה משנה שאינו יודע שנכס זה שייך לאחר. אך עדיין לא הוסבר מדוע הוא פטור לגמרי, שהלא גם לוקח לזמן הוא שומר חינום, כפי שנראה בפסקה (ב)? על זה הסביר נתיבות המשפט, שבלוקח לזמן יש הוכחה שהתכוון לשמור, שהרי אין אחר שישמור, ואילו כאן אין הוכחה כזאת. נביא את דבריו בנקודה זו, ליד ציון הערה 194.
ב. רז"ג גולדברג הקשה על סברת נתיבות המשפט, משו"ע, חו"מ, שמו, טז, שכתב שבעל שפשע ב"נכסי מלוג" של אשתו פטור משום "בעליו עמו", ומדוע לא פטור מטעם סברת נתיבות המשפט, שלא קיבל על עצמו לשמור מפני שאין צורך בכך כיוון שהיא שומרת? יש להשיב, שהשולחן ערוך רצה לפטור גם אם ידע הבעל שהנכס שואל או שוכר והשתמש בו, שבוה אין לפטור מן הנימוק של נתיבות המשפט, כפי שנראה בפנים בסמוך.
ג. על נימוק התלמוד, שהוא פטור מפני שהוא נחשב קונה, הקשו תוספות, ב"מ צו ע"ב, ד"ה אלא (הובא בשו"ת עדות יעקב, סימן

מילואים לסעיף 1(א)

כג, דף נה ע"ד; תוספות הרא"ש, שם; וחידושי הריטב"א הישנים, שם, הלא הכלל הוא (ב"ב קלט ע"ב) שכשיש הפסד למישהו אחר מן העניין (מלבד האשה), הבעל נחשב יורש ולא קונה, וכאן יש הפסד למשאל, ואם כן הדין צריך להיות שהבעל נחשב יורש, ויתחייב בגובה ואבדה כדון יורשי שואל שחייבים בגובה ואבדה (סעיף 1(ד)), ליד ציון הערה 47)? הם תירצו, שכאן לא התחשבו חכמים בהפסדו של המשאל, מפני שהשאל מרצונו הטוב ולא היה מוכרח להשאל, ואם כן הוא הפסיד לעצמו. ישועות יעקב, אהע"ז, פה, ס"ק ד (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן קעה), דוחה תירוצו זה, שהלא המשאל לא התרשל בזה שהשאל לאשה, שכן לא היה יכול לדעת שהיא עתידה להתחתן. והוא תירץ בדרך אחרת את הקושייה: חכמים לא התחשבו בהפסדו של המשאל, מפני שהיה צריך להודיע לבעל שהנכס שואל, שאז הבעל היה מתחייב בשמירה, ובהו שלא הודיע, הוא זה שגם את ההפסד לעצמו. ראה סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 51, שירשי שואל פטורים אם לא ידעו שהנכס שואל; זה עוד תירוצו לקושייה. הראשונים שלא תירצו כך — או חולקים על הדין שם, או פוטרים את הבעל גם אם ידע שהנכס שואל, כדעה ליד ציון הערה 199.

בגנין זה עיין בני דוד, על הרמב"ם, בהשמטות להלכות שאילה, ב, א; דברי חיים, דיני שומרים, סימן כו.

ד. נימוקים שונים: פסקי הרי"ד, ב"מ צו ע"ב, נימק, שהוא כאילו קנה מן האשה את השימוש בנכס בלי קבלת אחריות, על מנת שהאחריות תהיה מוטלת עליה.

ה. אבן האול, על הרמב"ם, שם (ד"ה ועתה), מנמק (בדעת הרא"ש) על פי תוספות, קידושין נה ע"א (ד"ה אין), שכתבו שהנהנה מדבר שהוא חושב שהוא שלו, פטור, ואף כאן, מאחר שהבעל נחשב כקונה, הוא חושב שהנכס שלו.

ו. שער משפט, עב, ס"ק לא, נימק, שאם לא ידע שהנכס שואל, והשתמש בו, הוא פטור מחיוב שאילה, ואף על פי שהתכוון לזכות בנכס, שהרי כשנשאה הוא כקונה, מכל מקום אין אומרים שיש עליו דין גולן או שואל, אלא פטור מאונס, כיוון שהנכס בא לידי בתורת קונה ולא בתורת שומר.

ז. לאור הנימוק של השולחן ערוך, שפטור מפני שהוא קונה ולא שואל, כתב נתיבות המשפט, שמו, ס"ק ז (השני), שאם ויתר הבעל על זכותו לקבל את פירות נכסיה (היינו הרווחים, מלבד הקרן), והשאלה לו האשה את הנכס השואל, הוא יחויב באחריות כשואל. זאת, מכיוון שבוטל הנימוק שהבעל הוא כקונה, שהרי הנאת השימוש היא בגדר "פירוח", והלא הפירות אינם שלו, אלא הוא מקבל ממנה את רשות השימוש ככל אדם ששואל ממנה.

להערה 192

א. תוספות, ב"מ צו ע"ב, ד"ה בעל (הובא בלחם משנה, על הרמב"ם, שם); הגהות מיימוניות, שם, אות ג, בשם ר"י; ואגודה, ב"מ, סימן קמד — כתבו בסתם שהוא שומר חנים בתור קונה לזמן.

ב. פרוור אוקימתת הפרישה: קצות החושן, שמו, ס"ק ד, מקשה על הפרישה, ממה נפשך: אם שאלה האשה את הנכס לכל הזמן שהנכס קיים, הרי היא והבעל פטורים בלאו הכי, משום שזו שאלה "בטובו", והיא רשאית להשתמש בנכס לעולם וממילא אין עליה חיוב שמירה (ראה סעיף 1(ד)), פרק א, ואם כן גם הבעל פטור (על מקרה זה עיין חמדה גנוזה — זכר מרדכי, שמו, ס"ק ז); ואם שאלה אותו לכל ימי חייה (שאין זה בגדר שאלה "בטובו"), הדין צריך להיות שיש חוב הבעל כקונה לזמן קצוב, שהרי לא תחיה לעולם, ויחייב בפשיעה? ערך ש"י, חו"מ, שמו, יו, מיישב שמדובר שהנכס הושאל לכל זמן שהוא קיים, בתנאי שאם תמות האשה כשעדיין הנכס קיים, תסתים אז השאלה; ונמצא שאם פשע הבעל ואבד הנכס, הפסיד המשאל, שהרי אילו היה הנכס נשאר קיים עד אחרי מות האשה, היה חזר למשאל, ואין זאת שאלה "בטובו". הוא מוסיף שאין לחייבו משום שהזמן קצוב (עד מותה), שדווקא אם שאלה לזמן קצוב ממש (כגון מספר שנים), הבעל חייב בשמירה מפני שיש להניח שהכניסה לו את הנכס על דעת שהיה חייב בפשיעה, שאם לא כן הוא עלול לפגוע בו והיא תצטרך לשלם למשאל (בדומה לטעם בקונה בזמן — ליד ציון הערה 208); אבל אם הוא שואל לכל ימי חייה, אין יסוד לאומדן זה, שכן אין חשש שהוא יפשע, שהלא הוא מעוניין להשתמש בנכס לאורך זמן. יש להוסיף שגם אין חשש שלקראת סוף הזמן יפשע בו, כשידע שצריך להחזירו בקרוב, שהרי אינו יודע מתי תמות אשתו.

ג. טעם החיוב: שו"ת צבי גאון יעקב, סימן ג, מנמק דעה זו האומרת שהבעל שומר חנים מטעם קונה לזמן, שהוא חייב בשמירה כיוון שיש כסף של אחר תחת ידו, כמו שומר אבדה, ולא מצד שקיבל על עצמו שמירה. רח"א מילר העיר, שלפי מה שקבע (ראה במילואים להערה 271) שרק מי שיודע שהנכס שבידו הוא אבדה, חייב כשומר אבדה, הסברו של צבי גאון יעקב טוב רק למקרה שידע הבעל שהנכס שואל, גם אם נודע לו הדבר רק אחרי הנישואין — כהעמדת נתיבות המשפט, ליד ציון הערה 198. צבי גאון יעקב כותב שגם הרא"ש סובר שאם שאלה ונישאת, הבעל שומר חנים מטעם שומר אבדה כיוון שהמשאל אינו יודע שהנכס עכשו בידו. הוא הסביר שאף על פי שיש חיוב על האשה, זו אבדה, מפני שהאשה לא תוכל לשלם שהרי אין לה נכסים (ראה סעיף 1(ב)), ליד ציון הערה 3).

ד. יש להקשות על דעה זו, מדוע הוא חייב מטעם קונה, הרי אין לו זכות בנכס, שהרי השימוש הוא בגדר "פירי פירא" (ראה במילואים להערה 197)? תשובה לכך נמצאת במה שהסביר דברי חיים (במילואים להערה 196) שיש לו זכות שימוש מטעם "כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד", וזאת אף על פי שאין לו זכות מדין בעל הזכאי לפירות נכסי אשתו.

ה. רא"ש, ב"מ, פרק ח, סימן ג, ותוספות הרא"ש, ב"מ צו ע"ב, וטור, חו"מ, שם, כתבו שאף על פי שהבעל כקונה בזמן קצוב שחייב בשמירה, בנכסי מלוג רגילים הבעל פטור מטעם "בעליו עמו", שהרי האשה (בעלת הנכסים) משועבדת לו למלאכתו (עיין על כך בסמ"ע ובש"ך שם). לחם משנה, הלכות שאילה, ב, יא, כותב שבנידונו, שאלה ואחר כך נישאה, אין לפטור אותו מטעם זה מפני שחויבו אינו כלפי אשתו (שהיא "עמו"), אלא כלפי המשאל, לפי העיקרון ששומר המשנה אחראי כלפי בעל הנכס (ראה סעיף 7, פרק ד — והסוגיה בב"מ צו ע"ב מיישמת עיקרון זה לנידונו), והרי המשאל לא היה "עמו". אבל יש מן האחרונים שפירשו שהרא"ש והטור מתכוונים לומר שגם בנידונו הבעל פטור מטעם "בעליו עמו" (כך הבינו: ב"ח, אהע"ז, פה, בדעת הרא"ש; בית שמואל, פה, ס"ק ט וס"ק יא, ושו"ת בני אהרן, סימן לא, בדעת התוספות); והשיבו בדרכים שונות על סברת לחם משנה. אבן האול, הלכות שאילה, ב, יא, מסביר את דעת הרא"ש והטור, שרק כשחשבה הסוגייה שיש לבעל דין של שואל משום שהשתמש בנכס, הבינה הסוגייה שחויבו הוא כלפי המשאל, כיוון שהשתמש בנכס שלו, ולכן לא היה מופטר במה שהיה "בעליו עמו" ביחס לאשתו, אבל למסקנת הסוגייה, שהבעל נחשב קונה, חיוב הבעל בדין שומר הוא רק כלפי האשה, משום שקנה ממנה. אבני החושן, שמו, ס"ק ח, מסביר ששומר משנה נחשב שומר כלפי בעל הנכס רק אם השומר הראשון מסר לו ברצון, מה שאינו כן כאן שהבעל

מילואים לסעיף 1(א)

נעשה קונה בלי הסכמת האשה, ולכן הוא נחשב שומר רק כלפיה, ולגביה הרי "בעליו עמו" (הוא כותב שאף הרמ"א פוטר מטעם זה, אף שכתב "ומשום שמירה בבעלים לא מיפטר"). שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן קעה, מטעם שהרא"ש פוטר מכיוון שחשב ש"בעליו עמו" שהרי חשב שהנכס שייך לאשה, ולכן לא קיבל על עצמו חיוב שמירה, שהוא פטור. סברה זו כתבו גם אור שמח, הלכות אישות, יב, ד, וישועות יעקב, אהע"ז, פה, ס"ק ד, שאף הקשה על הדעה הקודמת המחייבת בפשיעה – הרי קיבל שמירה בטעות? גם פרי החיים, על הרמב"ם, שם, ובספרו לחקרי הלכות, סימן כד, נימק שהפטר פטור מטעם "בעליו עמו", מכיוון שלא ידע שהדבר שאלו, ואחריותו כלפי האשה היא רק כשומר חנינם, ולא היה צריך לשאול האם הוא שלה, שהרי שומר חנינם אינו צריך לדקדק, והיה ראוי לסמוך על זה ש"בעליו עמו" כלפי האשה, ולכן פטור, מה שאינו כן כשהתלמוד הבין שהוא שוכר או שואל, שהם צריכים לדקדק, היה צריך לבדוק ואז היה מגלה שאין "בעליו עמו". כנגד סברה זו, כתב שבילי דוד, שמו, יז, שהוא חייב אף על פי שלא ידע שהנכס שאלו (ונראה שכוונתו לקושיית ישועות יעקב, שיש לפטור אותו משום שטעה וחשב ש"בעליו עמו"), מפני שהתורה מעריכה שהוא היה מוכן להתחייב גם אילו ידע את האמת, כמו שבכל השומרים התורה מחייבת אף על פי שלא התחייבו בפירוש לשלם. ראה שאלה דומה לעיל, במילואים להערה 108, בשם שואל ומשיב, ולהלן, במילואים להערה 194, בשם רש"פ מבוברקא. לתשובה נוספת על סברת לחם משנה, עיין בשו"ת בני אהרן, סימן לא. בעניין זה עיין גם חמדה גנוזה – זכר מרדכי, סימן רצא, ס"ק יז, וסימן שמו, ס"ק ו; אבני משפט, פה, ס"ק א.

להערה 193

שו"ת עדות בעיקב, סימן כג (נה ע"ד), כותב שאפשר לטעון "קים לי" כדעה זו. והוא כותב שלדעה זו הבעל פטור גם אם השתמש ופשע אחרי מיתת האשה, ואין אומרים שבמיתתה הפך מקונה ליוורש. והוא תמה על חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צו ע"ב, שכתב שאחרי מות האשה הוא חייב בגנבה ואברה כמו יורשי שואל (סעיף 1(ד)), ליד ציון הערה 47).

להערה 194

א. נימוקים אחרים: ה"ט"ז שם נימק, שאין לראותו כקונה כיוון שרק את נכסי אשתו הוא קונה, וזה אינו נכס של אשתו (והסביר שמה שאמרו הטור והשולחן ערוך שהוא נחשב כאן קונה, כוונתם היא שאפילו בנכסי אשתו הוא רק קונה ולא שואל או שוכר, ולכן כאן הוא פטור לגמרי). רח"א מילר הוסיף, שגם אין לומר ש"חשב קונה מצד זכות השימוש, משום שבאמת אין לו זכות לתבוע שימוש (ראה בשם מחנה אפרים במילואים להערה 197).

ב. ה"ש"ך, שם, נימק, שרואים כאילו קנה את הנכס לכל ימי חיי אשתו, וכשתמות יירשנה. רח"א מילר הסביר, שאף על פי שבאמת אינו יכול לרשת דבר שהוא רק שואל לאשתו, מכל מקום הוא חושב שזה של אשתו ולכן חושב שקנה אותו לכל חייה ולאחר מותה, ולכן אינו מקבל על עצמו את השמירה שקונה לזמן מקבל על עצמו. הוא העיר, שה"ש"ך בעצם בא להסביר מדוע בסתם נכסי מלוג אינו נחשב קונה לזמן, וממילא נימוקו טוב גם לאשה ששאלה ונישאה.

ג. שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן טו, נימק שדווקא קונה רגיל נעשה שומר חנינם בגלל הנאתו, אבל כאן הנאת אשילה זו כבר גרמה שתהיה האשה שומרת עליו, והיא מסרה הנאה זו לאחר, ולכן אין הנאה זו יכולה לעשות גם אותו שומר לבעל הנכס, ולכן הוא פטור לגמרי.

ד. חידושי הרמב"ן, ב"מ צו ע"ב, נימק שהבעל קנה מהאשה את זכותה, והיא עדיין חייבת בשמירה. ערך ש"י, חו"מ, שמו, יח, הסביר את כוונתו, שדווקא קונה לזמן חייב בשמירה כיוון שהוציא את הנכס מבית המוכר, אבל הבעל לא קיבל על עצמו לשמור – כלומר, מפני שאין צורך שגם אשתו תשמור וגם הוא ישמור.

ה. חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ צו ע"ב, נימק, שעשו את הבעל כקונה לטובתו ולא לרעתו, ולכן אי אפשר לחייבו בתור קונה. ו. ר' שמואל פנחס מבוברקא, בהגהתו למחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ב, נימק, שקונה לזמן חייב רק בפשיעה, וכאן הבעל נחשב אנוס, מפני שלא היה צריך להעלות על דעתו שהנכס שאלו, וחשב שזה של אשתו ושופטר אם יפשע מטעם "בעליו עמו". כלומר, שגם אם התנהגותו בנכס הייתה באופן אובייקטיבי פשיעה, מכל מקום באופן סובייקטיבי הוא אנוס, במבט הכולל של נידונו. למעשה, זו סברת פרי חיים ושואל ומשיב (שהובאו במילואים להערה 192), שפטרו מפני שלא קיבל על עצמו שמירה כיוון שחשב ש"בעליו עמו". הניסוח שלהם מדויק יותר, כמו שבשומר שטעה בהערכת שווי הנכס (ליד ציון הערה 149) התלמוד פוטר משום שלא קיבל על עצמו שמירה על הערך הגבוה, ולא הגדירה זאת כאנוס.

ז. ר"מ הירשלה, בהערותיו לתוספות הרא"ש, ב"מ צו ע"ב, הערה לב, הסביר שדווקא קונה לזמן חייב בשמירה, מפני שאין שום אדם אחר שישמור על הנכס (ראה בשמו במילואים להערה 171), אבל כאן האשה אחראית לשמירת הנכס, ואין צורך שיתחייב הבעל בשמירה.

ח. שו"ת בני אהרן, סימן לא, מטעם שנימוקי יוסף (והראשונים שנימוקי יוסף מביא) סובר שקונה לזמן פטור משמירה, ולכן הבעל פטור כאן (ואפשר לומר כך גם בדעת המאירי, שגם הוא לא הזכיר שקונה לזמן חייב בשמירה, ואפשר שלדעתו הוא פטור). הוא כותב שזו גם דעת הרמב"ם.

להערה 195

א. אבל מרכבת המשנה, על הרמב"ם, שם, כתב בדעת הרמב"ם והראב"ד, שמאחר שהאשה הודיעה לו, הוא חייב באחריות גם אם לא השתמש, לפי ההלכה ששומר מסר לבני ביתו לשמור, הם אחראים (ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 178), אלא שאם אמר הבעל בפירוש שאינו מסכים לקבל על עצמו שמירה, הוא פטור, וזאת כוונת הראב"ד שם, והרמב"ם יסכים לו בזה. גם שו"ת דברי שמואל (ארדיטי), חו"מ, סימן יח (רלד ע"א), כותב שלדעת מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ב (ואינו מפורש בדבריו), הרמב"ם מחייב כאן גם אם לא השתמש.

ב. שו"ת בני אהרן, סימן לא, כתב שגם למגיד משנה, אמנם אינו חייב כשואל, כיוון שלא השתמש, אבל הוא חייב כשומר שכו.

להערה 196

א. הרמב"ם וצורר הכסף כתבו בסתם שאם ידע, חייב; וזה לפחות במקרה שהשתמש.
 ב. שער משפט, עב, ס"ק לא, מקשה מדוע הוא חייב באונס, הרי אין כל ההנאה שלו, שהרי הוא מתחייב לפדות את אשתו מהשבי (אם יהיה צורך) בתמורה לזה שהוא מקבל את "פירות" נכסיה (כגון השימוש), כאמור בכתובות מו ע"ב, ואם כן הוא בגדר שוכר לגביה? ותירץ: א) הוא חייב באונס מכיוון שהוא יודע שאשתו שואלת, ולא ייתכן שיהיה חיובו קל מחיובה. ב) מאחר שהוא נחשב קונה לגביה, וקנה את זכותה, הוא עומד במקומה ממש. רח"א מילר סבור שאין שער משפט מתכוון לומר שהוא קונה ממש, שהרי אין לו זכות בנכס כיוון שזה "פירי פירא" (ראה במילואים להערה 197), אלא כוונתו היא שמאחר שהבעל חושב שהוא קונה, הוא מקבל על עצמו אחריות כשואל כאילו היה קונה ועומד במקומה. אבל הסבר זה קשה, שהרי אין לחייב אדם המקבל על עצמו בטעות יותר משהוא חייב מן הדין; ועוד, שכאן מדובר בשהוא יודע שהנכס שואל.
 ג. שו"ת: פסקי הרא"ה, ב"מ, פרק ג, הלכה ב, אות ב, כתב שאשה ששכרה ונישאת, והבעל השתמש בנכס, ונאנס — אין הבעל חייב לשלם לבעל הנכס, אלא דין בעל הנכס עם האשה, והיא שוכרת, הפטורה באונס. משמע מדבריו שהוא חייב בגנבה ואבדה. נראה שהוא מתכוון למקרה שידע הבעל שהנכס שוכרו, ולכן חייב בגנבה ואבדה, כדעת הרמב"ם כאן, ודווקא באונס פטור, מפני שאנו רואים אותו כבא במקום אשתו, הפטורה באונס. רח"א מילר הוסיף, שאין לראותו כשואל מאשתו ולחייבו באונס, שהרי אין כל ההנאה שלו, כיוון שהוא חייב בתמורה לפדותה מהשבי (כאמור לעיל), ולכן אינו שואל. כסברת שער משפט שהבאנו.
 ד. רשות שימוש: דברי חיים, דיני שומרים, סימן כ, מוכיח מהשולחן ערוך, שאף על פי שהבעל יודע שאין זה נכס של אשתו, הוא רשאי להשתמש בנכס לכל משך השאלה, ואין המשאיל יכול לתבעו ממנו בתוך זמן זה (עיין שם להוכחתו). הוא מסביר זאת, כמו שהסביר המרדכי את זכות יורשי שואל להשתמש בנכס (ראה סעיף 1(ד)), במילואים להערה 41), מצד "כל המפקיד — על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד" (ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 134); ואף על פי שבעת ההשאלה לא הייתה האשה נשואה, בכל זאת מאחר שאשה עושה להניא, והמשאיל יודע זאת, השאיל על דעת שיוכל בעלה להשתמש (גם אבן האזל, הלכות שאילה, א, ה, נימק כך את הרשות). והוא מסביר שלכן הבעל נחשב קונה (ראה במילואים להערה 191) — מפני שיש לו זכות בנכס, שאין המשאיל זכאי לדרשו ממנו.

להערה 197

א. אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות שאילה, א, ה, הסביר שאף על פי שהאשה היא כמוכרת את הנכס לבעל (ראה במילואים להערה 191), אינה יכולה למכור את הנכס לבעל באופן שלא תחול עליו אחריות שואל.
 ב. מגיד משנה הסביר, שהוא נחשב שקנה ממנה את הנכס, ומאחר שהוא בא מחמתה, אינו יכול להיות עדיף ממנה. גם שו"ת מנחת שי (גרינברג), חו"מ, סימן ה (נו ע"ג), מנמק שהוא נכנס במקום אשתו, שהרי אינו עדיף ממנה.
 ג. שו"ת עדות ביעקב, סימן כג (נה ע"ד), נימק, שמאחר שהשתמש בנכס תוך ידיעה שהוא שואל, הוא כאילו לקח מבעל הנכס ולא מהאשה. לטעם נוסף, עיין בב"ח, על הטור, שם.
 ד. חידושי מחנה אפרים, על הרמב"ם, שם, כתב שמאחר שאין הקרן שייכת לאשה, ויש לה רק זכות שימוש, שהיא בגדר "פירות", אין לבעל זכות שימוש, שהרי "פירי פירות לא תיקנו לו" — כתובות עט ע"ב (סברה זו רמזה גם בגליון הש"ס, ב"מ צו ע"ב). רח"א מילר הסביר, שהוא מתכוון להקשות בכך על מגיד משנה שהסביר שהרמב"ם מחייב את הבעל כאן, מפני שהבעל קונה — והרי אין לו זכות שימוש, ומדוע יחשב קונה? והסביר שאף על פי שהתלמוד עצמו נקט שהוא קונה, זה לעומת האמור לפני כן שהוא שואל או שוכר, והמגמה היא לפטור, אבל המגיד משנה בא לחייבו מצד שהוא קונה, ועל זה השיב מחנה אפרים שאינו קונה. אך יש להעיר שמחנה אפרים עצמו, בספרו, בהלכות שאילה, סימן ב, כתב שאם ידע, חייב מפני שהוא כקונה, ויש לו זכות שימוש, ודווקא אם שאלה האשה אחרי הנישואין לצרכיה הפרטיים, אין לבעל זכות בנכס.
 ה. מגיד משנה הקשה, מדוע הבעל שונה מיורשי שואל, שהם רשאים להשתמש בנכס ופטורים מאונס גם אם הם יודעים שהנכס שואל, מפני שהם יורשים רק את הזכות ולא את החובה (ראה סעיף 1(ד)), פרק ב, 2) ? מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ב, וחידושי מחנה אפרים, על הרמב"ם, שם, מסביר, שיש להניח שהאשה אינה מסכימה שישתמש הבעל בנכס מתוך שהוא זוכה במה שיש ברשותה, והיא תהיה חייבת לשלם, כיוון שיש לה הפסד מזה, ולכן הוא חייב (בחידושי מחנה אפרים, שם, יש טעות סופר, וחסדה המלה "לא", כמתברר ממחנה אפרים, שם), אלא שאם היא לא הודיעה לו, הוא פטור משום שהיא גרמה הפסד לעצמה, והיא חייבת.
 ו. שו"ת עדות ביעקב, סימן כג (נה ע"ד), תירץ שהרמב"ם סובר שיורשי שואל חייבים באונס אם השתמשו (ראה בשמו בסעיף 1(ד)), במילואים להערה 42), כהסבר שכתב מגיד משנה בלשון מסופקת. ראה גם סעיף 7, במילואים להערה 315, בשאלה האם בני ביתו של השואל, המשתמשים בנכס ברשותו, חייבים באונס. על הסביר המגיד משנה, עיין שמחת עולם, על הרמב"ם, הלכות שאילה, א, ה.

להערה 198

א. אך אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ב, יא (ד"ה וראיתי), כתב שדחוק הוא להעמיד כך את דברי הרמב"ם שסתם וכתב: "אם הודיעתו". והוא מיישב בדרך אחרת את הקושיה שהביאה את נתיבות המשפט להעמיד כפי שהעמיד — עיין שם.
 ב. שושנת יעקב, שמו, יז (ס"ק ו), כתב שאם הדבר נודע לו אחרי הנישואין, אם הוא שומר רגיל, הוא פטור כיוון שבשעת ההפקדה חשב שהנכס שייך לאשתו ורק אחר כך נודע לו שהוא שואל; ואילו אם הוא שואל, הוא חייב גם אם נודע לו רק אחרי זמן. הוא מגיע למסקנה זו מתוך השוואה לשומר שטעה בהערכת שווי הנכס (וחשב שהוא זול מכפי שהוא באמת), ורק אחרי זמן נודע לו ערכו האמיתי, ששומר רגיל משלם לפי הערך הנמוך (ראה ליד ציון הערה 152), ושואל משלם לפי הערך הגבוה (לפי קצות החושן, ליד ציון הערה 186). על דברי נתיבות המשפט, עיין אבני החושן, רצא, ס"ק יט; דברי חיים, דיני שומרים, סימן כז.

להערה 199

- א. שו"ת עדות ביעקב, סימן כג (נו ע"ב), כותב שאפשר לטעון "קים לי" כדעה זו (שהוא כותב שהיא גם דעת הטור).
- ב. אבל ב"ח, חו"מ, שמו, כ, מעלה אפשרות שהראב"ד פטר רק אם לא השתמש. כמו כן, שו"ת בני אהרן, סימן לא, מעלה אפשרות שגם הראב"ד מחייב בפשיעה.
- ג. אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות שאילה, א, ה, ביאר שהרמב"ן סובר שהבעל שקנה את זכותה רשאי להשתמש מהטעם שראינו במילואים להערה 196, והאשה היא שאחראית לשלם מפני שהיא אחראית לשמור כל משך זמן שאילתה.
- ד. פרי חיים, על הרמב"ם, הלכות שאילה, א, ה, כותב שרמב"ם, אם ידע הבעל, חייב בגנבה ואבדה (אין כוונתו להוציא אונס), ולתוספות, ב"מ צו ע"ב (ד"ה אלא), הוא פטור גם מגנבה ואבדה.
- ה. מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ב, מסביר שהראב"ד סובר שהבעל שונה מירשאי שואל, שחייבים באונס אם השתמשו, לדעתו (אך ראה סעיף 1(ד)), במילואים להערה 42, שזו דעת הראב"י אב"ד, ולא הראב"ד, בעל ההשגות על הרמב"ם, משום שהירושק קיבל הגאון בחינם, ואילו הבעל נחשב כקונה, כאילו קנה מאשתו בכסף את רשות השימוש, ולכן הוא פטור אפילו פשע.
- ו. בית שמואל, פה, ס"ק יא, כותב שלפי הרא"ש, הבעל פטור כאן מטעם "בעליו עמו" (ראה בעניין זה במילואים להערה 192). אך הוא מעלה אפשרות שכשהודיעה לו היא כאילו אמרה לו שהוא שומר כלפי בעל הנכס, ואם כן אינו פטור מטעם "בעליו עמו".

להערה 200

- א. ים של שלמה, ב"ק, פרק ח, סימן לא (הובא בש"ך, חו"מ, שמו, ס"ק יד, בשו"ת נוה שלום, שולאל, סימן טו, ובשו"ת דברי שמואל, ארדיטי, חו"מ, סימן יח, דף רלד ע"ג), כותב, שאם שאלה אשה בגד לכבודה, והבגד תואם את מעמדה, בעלה חייב אפילו באונס, כשואל, משום תקנת השוק, כדי שלא יימנעו אנשים מלהשאל דברים לאשה נשואה. אך הוא כותב שזה דווקא בבגד שתואם את מעמדה, שכן הסתם הבעל מרוצה ממה שעשתה, אבל אם זהו בגד שחשוב מעבר למעמדה (והוסיף נוה שלום: או תכשיט כסף וזהב), הבעל פטור, מפני שיתכן שאינו מעוניין שתלבוש בגד כזה; וגם בבגד חשוב כזה, אם זו אשה ש"נושאת ונותנת בתוך הבית", מטפלת בעסקים הכספיים של הבית, הבעל חייב, מפני שבאשה כזאת אין להבחין בין עסקיה לבין עסקי הבעל. אך ש"ך, חו"מ, צו, סי' ט, פוטר את הבעל גם אם האשה נושאת ונותנת בתוך הבית, גם אם קיבלה פיקדון ופשעה בו או השליכה אותו לאש, לדוגמה. דברי שמואל, שם (רלד ע"ב), מעיר שגם באשה הנושאת ונותנת בתוך הבית, הבעל חייב לשלם את חיוביה רק עד הסכום שהיא רגילה לשאת ולתת בו. ראה גם במילואים להערה 202 בשם אבקת רוכל, שגם הוא מחייב את הבעל.
- ב. מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ב, מחייב את הבעל אם שאלה אשתו תכשיט, מפני שהוא נהנה ממה שאשתו מתקשטת, ומאחר שנהנה, הרי זה כאילו השתמש. אבל דברי שמואל, שם, כותב שמחנה אפרים לא הסכים לגמרי לים של שלמה, ומחייב רק בנידון המכ"ט (במילואים להערה 202), שהבעל היה לידה ואף מנע מהמשאל לקחת את התכשיט חזרה מאשתו, אבל אם התקשטה חוץ לביתו, פטור מאונס, מפני שאין הוא נחשב שנהנה ממה שאשתו מתקשטת בין הנשים, אלא הוא מחייב אותה רק כשומר חנינם. והוא כותב שאפשר לטעון "קים לי" נגד ים של שלמה. מחנה אפרים מחייב את הבעל גם אם שאלה כלי בית לצורכי מלאכת הבית, דבר הררוש לו ולה, אם ידע הבעל, מפני שהבעל נהנה מזה.
- ג. גם כסף הקדשים, שם, א, מחייב בעל באחריות לתכשיט ששאלה אשתו, מפני שהוא נהנה מכך (משמע — גם אם לא פשע); אבל לא כן אם המשאל מחויב לתת לאשה תכשיט, והוא פוטר עצמו מחיובו על ידי ההשאלה, שאז אין הבעל נהנה מזה. גם שו"ת ידי ימין (ירשאל), חו"מ, סימן נו, כותב בפשטות, שהבעל חייב על מה שאשתו שאלה — משמע, גם אם לא פשע.
- ד. שו"ת עדות ביעקב, סימן כג, בסופו (הובא בפעמוני זהב, צו, ו), מחייב בעל על מה ששאלה אשתו אחרי שנישאה, משום תקנת השוק, כדי שאנשים לא יימנעו מלהשאל לאשה חפצים הנחוצים לה. זאת, משום שהמנהג במקומו היה שהבעל חייב משום תקנת השוק. והוסיף, שאם היא נושאת ונותנת בבית, הבעל חייב משום שרואים כאילו מינה הבעל את אשתו שליח לשאול. אך הוא כותב, שלולא המנהג היה הבעל יכול לטעון "קים לי" כמהר"ם המובא במרדכי, ב"ק, סימן פט, שפוטר את הבעל גם אם אשתו, שנושאת ונותנת בתוך הבית, חבלה במישהו. אבל דברי שמואל, שם, כותב שהתקנה היא רק לגבי כלי הבית, ששאלה למלאכה לצורכי הבית, שרק על זה שייך הנימוק הנוכח, שאם לא יחויב הבעל לא תוכל אשה לשאול חפצים למלאכת הבית, ועוד, שזה דבר שבווהו, מה שאינו כן בבגד ששואלת לחתונה, שבוהו אין תקנת השוק.
- ה. שו"ת בני אהרן, סימן לא, עוסק באשה ששאלה אחרי שנישאת, ומביא על זה את דברי התוספות, הרמב"ם והראב"ד שהבאנו שעסקו באשה ששאלה לפני שנישאת, וכנראה הוא סובר שהם דיברו גם על מקרה כנידונו. והוא מעלה אפשרות שהרא"ש, בתשובתו הנוכחת, סובר כרמב"ם (הערה 196) שאם ידע שהנכס שאול, חייב, וגם אם לא השתמש, הוא שומר שכר.
- ו. פני מבין, שמו, יו, מביא שה"משב"ר" פסק שאשה ששאלה חפצים לקטש בהם את ביתה בעת חתונת בנה, ונשדרו, הבן חייב (אם אין לאם במה לשלם), מפני שמן סתם הבן מרוצה מזה שאמו שאלה, והיא כשלוחו. אך הוא מביא שר' חייב חלק עליו.

להערה 201

- א. נימוקים נוספים: סמ"ע, שט"ז, סי' ד, נימק שאף על פי שלא קיבל על עצמו שמירה הוא חייב, מפני שחיוב שמירה נוצר בלי קבלת שמירה (ראה בשמו במילואים להערה 64).
- ב. מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ב, בסופו, נימק, שהאיש חייב "במלאכת אשתו הצריכה לה", כלומר, הוא חייב לספק את צרכיה, ולכן מה ששואלת לצרכיה נחשב שהוא שואל בעבורה.

מילואים לסעיף 1(א)

- ג. ב"ה, חו"מ, שמת, ב (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצא, ס"ק א), נימק שהבעל הוא כקונה לזמן קצוב, מכיוון שהאשה הודיעה לו שהנכס שאול, כמו באשה ששאלה ונישאת והודיעה לבעל שהנכס שאול (אך יש להעיר ששם חייב רק אם השתמש), ואף כאן, נעשה שומר חנם כיוון שהסכים שהיא תתקשט בתכשיטי האשול (שהרי לא החזירו למשאל).
- ד. ר"ג נוסביום, מקבציאל י, אלול תשמ"ו, עמ' קלה, מסביר שהסמ"ע מחייב גם אם חשב שהנכס של אשתו (כפי שעולה מקצות החושן, במילואים להערה 202, שבכך מדובר כאן), מפני שיש אומדן דעת שאילו ידע שאינו של אשתו, היה מסכים לשמור, שהרי לא גילה דעתו שאינו רוצה. אבל הוא מעיר ששער משפט הבין שהסמ"ע מחייב רק אם ידע שהנכס שאול, מפני שמן הסתם הוא מעוניין להיות שומר על דברים שאשתו שאלה.
- ה. בפשטות יש להסביר שמדובר שהאשה מטרה לו את הנכס לשמור באופן זמני (שהרי אם מדברים על פשיעתו, משמע שהנכס ברשותו באופן שהוא מופקד על שמירתו), ולכן הבעל חייב, אם פשע, מדין שומר משנה – ראה סעיף 7, פרק ד.
- ו. ראה במילואים להערה 263, ששו"ת ציוני מסביר שטעם הרא"ש הוא משום שהבעל נחשב שומר אבדה.

להערה 202

- א. קצות החושן מביא ראה מהדין (ליד ציון הערה 189) שאשה ששאלה ואחר כך נישאת, הבעל פטור מפשיעה. על פי השוואה זו הוא כותב שכמו שם, כך גם כאן, אם הודיעה לבעל שהנכס שאול, והשתמש בו, חייב הבעל גם באונס. עיין ערך ש"י, חו"מ, צו, ו, שכתב שגם הטור והרמ"א מחייבים רק אם הבעל קיבל על עצמו שמירה.
- ב. לשיטה זו מתאימה דעת תרומת הרשן, פסקים וכתבים, סימן ריג (הובא בים של שלמה, ב"ק, פרק ח, סימן לא, ובשו"ת נוה שלום, שולאל, סימן טו), הכותב שאם שאלה אשה מכשיר לרפואה, בעלה פטור, ואין אומרים שיהיה חייב באחריות מתוך שהוא חייב לדאוג לרפואת אשתו. כך פסק גם שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קפב. ראה גם במילואים להערה 200 בשם הש"ך. אך שו"ת אבקת רוכל, סימן קס, מחייב בעל שפשע בנכס ששאלה אשתו לרפואתה, על פי תשובת הרא"ש (יש לציין שהוא סותר בכך לדבריו בבדק הבית, ששם פטר בפשיעה).
- ג. שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רמא (ראה על דבריו, במילואים להערה 174), עוסק באשה ששאלה תכשיט, ובא שליח מבעל התכשיט לטלו, ורצתה השואלת להסיר את התכשיט כדי להחזירו, ואמר לה בעלה: "הניחי את התכשיט, ואם יאבד אני אפרע". הוא פוסק שהבעל פטור למרות שתי עילות אפשריות: א) על עצם מה ששאלה את התכשיט בהיותה נשואה, הוא פטור, מפני שלא קיבל על עצמו שמירה ולא השתמש בנכס, והנאתו משימוש האשה אינה נחשבת שימוש (וזה כשיטה שלפנינו). ב) על דבריו בסוף המעשה הוא פטור מפני שמה שאמר הוא "פיטומי מילי", ולא התכוון לקבל על עצמו שמירה, מה שלא אמר זאת בפני בעל התכשיט. העיר בני אהרן, סימן רצא (דף קמח ע"ד), שאף על פי שרצתה האשה להחזיר, והבעל עיכב בעדה, אין זה מחייב אותה, מפני שהוא לא עשה מעשה בפועל, ורק דיבר.
- ד. שו"ת לחם רב, סימן קפו, מקשה על הרא"ש, הרי גם לדעה שאין צורך שהשומר יקבל עליו לשמור (הוא מתכוון לדעת חכמים, במילואים להערה 82), מכל מקום צריך שבעל הנכס יבקש רשות להכניס את הנכס לחצרו, וגם אז חייב רק בנוק שבא מחמתו (ראה במילואים שם); ואם החיוב הוא משום שהבעל נהנה מן הנכס, מדוע חייב רק בפשיעה?

להערה 203

- א. מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן טו (הובא בנחמד למראה, חלק א, פאה, פרק א, דף כא ע"ד). כותב שדינו של הנותן שנוי במחלוקת בין שני תירוצים בביצה מ ע"א (עיין שם), ולדעתו, הנימוק של הפוסקים הוא שהזוכה עצמו פטור משמירה (ראה ליד ציון הערה 222), ולכן גם הנותן פטור משמירה, כיוון שהנכס הופקד אצלו על ידי אדם שפטור משמירה (כסברת מהרי"ט, שנביא בסעיף 13, במילואים להערה 106). אהלי יהודה (הכתן), ערך שומרים, מוכיח שהנותן חייב, מהדין ששוכר שהשאל, השואל חייב באונס (בשאלה למי הוא משלם, ראה סעיף 7, פרק ד, 3), אף על פי שהשואל יטען שאינו עדיף מהשוכר, שהוא בא מכוחו, שהוא פטור מאונס, ומכאן שאין טענה כזאת מתקבלת.
- ב. בספר התרומות, שם, הראב"ד נוקט שהוא שומר שכר או לוה. זאת משום שמדובר שם בכסף, וזה רומז לדין ששומר כסף הוא שומר שכר אם יש לו רשות שימוש בו (סעיף ג1), ליד ציון הערה 167).
- ג. דיבורת משה, ב"מ, סימן לו, ענף א, כותב שמי שהבטיח ללוו מסוים לתת לו את המעשר שלו, אף על פי שאסור לו לחזור בו, כדין מי שמבטיח מתנה מועטת (ב"מ מט ע"א), מכל מקום אין עליו חיוב שמירה על המעשר שעדיין נמצא בידו, כלפי הלוי, אלא שאם פשע, ביטל את מצוות העשה של נתינת מעשר.

להערה 204

- א. דברי משה (ברונשטיין), ב"מ, סימן א, עמ' ג, כותב שהמוכר חייב בשמירה מדין שמירת אבדה (עיין שם בנפקא מינה מכך).
- ב. לשאלה האם הוא שומר חנם או שומר שכר, לדעה זו, ראה בסעיף ג1, פרק ג, 14 (ב). ראה שם (ג) גם בשאלה האם מוכר נכס הוא שומר חנם או שומר שכר על כסף שקיבל לפני שבוצע מעשה קניין בנכס.
- ג. בסעיף 13, במילואים להערה 58, אות כד, נראה ששו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קטז, ושו"ת ר' משולם איגרא, או"ח, סימן לה, כותבים שמי שהקדיש נכס אינו נחשב שומר עליו כלפי הקדש (גם כשלא קיים ההפטר המיוחד של שומר הקדש), מפני שצריך נתינה לשמור, שנאמר "כי יתן איש" (שמות כב, ו), וכאן לא הייתה נתינה. לכאורה, עולה מדבריהם שבנידונו המוכר אינו אחראי כשומר על הנכס, משום שלא הייתה נתינה. אך ייתכן שמאחר שהקונה דיבר עם המוכר על הקנייה, הרי זה כאילו הפקיד אצלו.

להערה 205

- א. דעה זו הובאה באחיעזר, חלק ג, סימן ו, אות א, ובנתיבות המשפט, קצח, ס"ק ה.

מילואים לסעיף 1(א)

- ב. שתי הדעות מובאות על ידי: ספר מישורים, נתיב ט, חלק ד (הובא בבית יוסף, חו"מ, קצח, יז); שו"ת יש מאין, חלק ב, חו"מ, סימן ו; שו"ת אורח לחיים, אר"ח, סימן ח, נתיב ח; שולחנו של אברהם, סימן רצא. בעניין זה עיין ידי דוד, סימנים קיט"קא; חמדה גנוזה — זכר מרדכי, רצא, סי"ק ד.
- ג. נימוקים לדעה זו: אורח מישורים, שם, נימק, שאין על המוכר חובה להביא את הנכס לקונה (שאלו הייתה חובה, היינו מחייבים את המוכר בשמירה כדי להבטיח את קיום חובתו), אלא הקונה צריך לבוא לקחת אותו, והמוכר הוא כסתם אדם שממון חברו מונח אצלו, שאינו חייב בשמירה.
- ד. שו"ת יורו משפטיך ליעקב, סימן עט, נימק, שמאחר שגמרו את המכר, נגמר העניין ויצא הנכס מרשות המוכר לרשות הקונה, והקונה היה צריך ליטלו, ואם לא נטל, הפסיד לעצמו; והמוכר מעולם לא היה שומר, שנאמר שעכשו ימשיך להיות שומר.
- ה. דברי גאונים, כלל פח, סימן א, מביא ראייה מהגמרא לדעה זו — עיין שם.
- ו. נימוקי יוסף (בתוך "שיטת הקדמונים"), קידושין כח ע"א, כתב שמי שמכר חפץ בחליפין אינו שומר שכר עליו, אלא הנכס כאילו עומד בבית הקונה. אפשר שזו טעות סופר, וצריך להיות שאינו "אפילו שומר חינם".
- ז. הבחנות שונות: המגיה, במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יא, למד מדברי חידושי הריטב"א, קידושין כח ע"א, שבקניין סודר, כשעדיין לא קיבל המוכר את הכסף, המוכר שומר חינם, ואם עשו חליפין שווה בשווה, פטור המוכר משמירה, שהרי "כבר נטל הוא שלו". בדומה, ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כו, כותב, שאם עשו קניין סודר, וטרם קיבל המוכר כסף, הוא שומר שכר על הנכס; אבל אם כבר קיבל כסף, או שאינו מקפיד על קבלת הכסף, והוא רוצה למסור את הנכס לפני קבלת הכסף, הוא פטור משמירה. רח"א מילר הסביר את ההבדל כך: אם לא קיבל המוכר את שווי הנכס, עדיין לא התנתק ממנו, ולכן הוא חייב בשמירה; אבל אם כבר קיבל את שווי, התנתק מהנכס במחשבתו, ולכן הוא פטור משמירה. אך יש לציין שבית יהודה, שם, פטר גם כשקנה בהגבהה, משמע — גם אם עוד לא שילם, אף על פי שהמוכר לא התנתק מהנכס.
- ח. שו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן יז, אות טו, כתב שאם התנו שהמוכר צריך להעמיד את הנכס לקונה, הוא חייב בשמירה לכל הדעות. דבר זה מובן לאור דברי אורח מישורים ויורו משפטיך ליעקב, שהבאנו לעיל, שהמוכר פטור משמירה רק משום שאינו חייב (במקרה סתמי) להביא את הנכס לקונה.
- ט. חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ מז ע"ב, מביא מחלוקת בשאלה האם המוכר פטור משמירה אם הקונה משך את הנכס וחזר והניחו ברשות המוכר. אוצר מפרשי התלמוד, ב"מ מז ע"ב, הערה 116, סבור שהפטר שם פטר דווקא בזה, שמאחר שהוציא הקונה את הנכס וחזר והניח אותו ברשות המוכר, אין המוכר מתחייב בשמירה מפני שאין לו הנאה מהחזקת הנכס מחדש; אבל אם עשה הקונה מעשה קניין (כגון חליפין) ונשאר הנכס ברשות המוכר, גם לדעה זו חייב המוכר בשמירה (שהרי הוא נהנה מהחזקת הנכס).
- י. שולחנו של אברהם, חו"מ, קצט, כותב שבית יהודה פטר בין אם הגביה הקונה, והנכס נשאר ברשות המוכר, ובין במקרים המיוחדים שכסף קונה (שו"ע, חו"מ, קצט, א), אם שילם כסף. אך שו"ת יורו משפטיך ליעקב, סימן עט, כתב שהקונה בהמה לשהוט אותה במונים מסוימים בשנה שכסף קונה אותה אז (שו"ע, חו"מ, קצט, ג), ונתן כסף, השוחט המוכר הוא שומר שכר על הבהמה עד שישחט, מפני שהקונה לא קנה את הבהמה אלא את הבשר, והמכר למעשה עוד לא נגמר כל זמן שהבהמה חיה.

להערה 208

- א. הם כותבים שהוא שומר חינם. ראה סעיף 1(ג), פרק ג, 14 (א), בשאלה מדוע אינו שומר שכר או שואל. ראה גם להלן, ליד ציון הערה 378, שזו דוגמה לאדם שחייב בשמירה אף שיש לו בעלות בנכס. מקורות נוספים לחיוב קונה לזמן קצוב, ראה במילואים להערות 192 עד 194.
- ב. מנחת חינוך, מצווה נו (דף פד ע"ב), מדגיש שלפי הרא"ש, קונה לזמן חייב כשומר חינם אף בלי שקיבל על עצמו שמירה. כך מוכח גם מדרך הבאת הרא"ש בשר"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסו.
- ג. עבר הזמן שנקצב: הוכחת הרא"ש לדבריו (עיין שם) טובה רק לחיוב שמירה במשך הזמן שהנכס קנוי לו, ולא לחיוב שמירה אחרי הזמן. רח"א מילר הסביר שמה ששו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסו (בתשובה שאינה של הרשב"א — ראה במילואים להערה 98), כותב בשם הרא"ש: "שיש לו דין שומר חינם אחרי עוברן [של הימים]", כוונתו היא שאם פשע בתוך הזמן, הוא חייב לשלם אחרי הזמן, אבל אין לחייבו לשלם תוך הזמן, שהרי אז הנכס עדיין קנוי לו. אולם מנחת חינוך, מצווה נו (פד ע"ב), כותב שגם אחרי שעובר הזמן שנקצב הוא שומר חינם, וחייב אם פשע אז. הסביר רח"א מילר, שהוא הולך לשיטתו (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 140), שכל שומר חינם שעבר זמנו נשאר שומר חינם.

להערה 210

- א. נימוקים שונים: ערך ש"י, חו"מ, שמו, יז (ובקיצור בסעיף יח), נימק, שיש להניח שהמוכר התכוון שיחויב הקונה בפשיעה, שאם לא כן, הוא עלול לפשוע בו בניצול יתר של הנכס, ונמצא שלא יועיל למוכר מה שקצב זמן למכירה, כיוון שבלאו הכי לא יקבל את הנכס בחזרה.
- ב. שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן קב, אות ז, נימק שאף על פי שלא נכנס לעניין בתורת שמירה, מכל מקום הוא חייב בשמירה מפני שאם הוא לא ישמור, מי ישמור?
- ג. מחנה אפרים, הלכות זכיה, סימן יח, נימק על פי מלחמות ה', ב"ק יז ע"ב (בדפי הרי"ף), האומר שכל מי שמחזיק בנכס של אחר, חייב בשמירתו. גם ברכת שמואל, ב"ק, סימן ד, אות ו, נימק שכל מי שנכס של אחר מצוי ברשותו, חייב בשמירה. גם אהל תורה (קוק), עמ' רסב, הבין שטעם החיוב הוא שכל מי שממון חברו מחזוק בידו ברשות, חייב בשמירה, גם אם לא קיבל על עצמו שמירה (ראה במילואים להערה 64); והוסיף שאף הרמב"ם החולק (ראה בסמוך), אינו חולק מפני שהוא מצריך קבלת שמירה, אלא משום שהקונה הוא בעל הדבר ולא ייתכן שיהיה שומר בנכס שלו (ראה ליד ציון הערה 378, וראה בשמו בסעיף 1(ב), במילואים להערה 9).

מילואים לסעיף 1(א)

ד. שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן טו, נוקט שקונה לזמן הוא שומר חנים מחמת הנאתו (ראה בשמו במילואים להערה 194).
ה. ראה במילואים להערה 192, שצבי גאון יעקב אומר שקונה לזמן חייב מטעם שומר אבדה.

להערה 211

א. נדרי וזיון, שם, נימק שפטור מפני שקניין פירות אינו כקניין הגוף, והנכס אינו נחשב כשלו ממש; אבל לפי הדעה שקניין פירות הוא כקניין הגוף, והוא כשלו, יש לו אחריות עליו.
ב. מנחת חינוך, שם, כותב שלרמב"ם גם אחרי שעבר הזמן שנקצב, אינו שומר חנים, שאף על פי שכבר אינו רשאי להשתמש בו, מכל מקום הרי לא בא לידו בתורת שמירה.
ג. אבל ר"מ הירשלי, בהערותיו לתוספות הרא"ש, ב"מ צו ע"ב, הערה לב, מעלה אפשרות שגם לרמב"ם קונה לזמן חייב בשמירה. כמו כן, פרי חיים, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ב, יא (עייני גם בספרו לחקרי הלכות, סימנים כד"כה), כתב שהטור והרמ"א הבינו שגם הרמב"ם סובר שקונה לזמן הוא שומר חנים.

להערה 212

א. קצות החושן מתקשה לפי זה מדוע השולחן ערוך (הערה 208) מחייב אותו בשמירה אף שהוא עצמו מתיר להרוס.
ב. דיברות משה, קידושין, סימן יט, ענף ז, כותב שאף על פי שהרמב"ם כתב שבעל פטור על פשיעה בנכס ששאלה אותו משום שהוא כקונה (ראה במילואים להערה 191), הוא אינו רשאי להזיק לנכס, שלא כקונה לזמן, מפני שמה שהבעל נחשב קונה הוא מתקנת חכמים, והם לא תיקנו שיוכל להזיק.
ג. אך יש שחלקו על מה שקצות החושן הסיק הפטר משמירה מן הרשות להזיק. אכן האזל, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ב, יא (ד"ה אכן), כותב שמה שכתב הרמב"ם שרשאי לקלקל הוא דווקא בקרקע, שאינו מכלה אותה לגמרי, וגם אם הוא הורס בניין שעליה, הבניין טפל לקרקע, ו"הארץ לעולם עומדת". מה שאינו כן במיטלטלין, שאסור לכלותם מפני שברור שהמוכר אינו מרשה לו זאת, שאילו היה מרשה לו לעשות כן, לא היה צריך להתנות עמו שהוא מוכר לו רק לזמן קצוב. רד"ג גולדברג מביא ראייה להבחנה שעשה אכן האזל בין דבר שמתכלה לגמרי לבין קרקע שנשארת קיימת, רמ"א, חו"מ, רמח"ז, ז, האומר שנותן מתנה לזמן בכוונה שאחר כך תחזור אליו, ומכר המקבל את הנכס, המכר בטל (גם בקרקע) מפני שזה כמו לקלקל גמור.
ד. גם ערך ש"י, חו"מ, שמו, יח, ועטרת ישראל, סימן כו, אות כ, עושים הבחנה בדעת השולחן ערוך בין קרקע למיטלטלין, אבל מסיבה אחרת: במיטלטלין הקונה לזמן הוא שומר חנים, אף שהוא דומה למוכר שהוא שומר סכר, מפני שבעל הנכס נקט לשון מכירה ולא לשון שכירות, וזה מראה שהתכוון להפחית מן האחריות (כפי שנסביר בסעיף 1(ג)), במילואים להערה 400; ולפי זה, בקרקע, שאפילו שוכר פטור עליה מפשיעה, לפי הרבה מן ראשונים (להלן ליד ציון הערה 296), מועילה לשון מכר להפחית את אחריותו עוד יותר, שיהיה רשאי אפילו להזיק.
ה. גם אבני החושן, שמו, ס"ק יא, עשה הבחנה בין קרקע למיטלטלין: במיטלטלין יש חיוב שמירה ולכן אסור לקונה להרוס, ואילו בקרקע אין חיוב שמירה (אך ליד ציון הערה 282 נראה שבקרקע יש חיוב לשמור בפועל, אלא שאין חיוב לשלם אם לא שמר).
ו. גם דברי חיים, דיני שומרים, סימן כו, עושה הבחנה זו, אך מטעם אחר: קונה לזמן משלם פחות מערך הנכס, ואם מותר לו להרוס, נמצא ששילם מחיר נמוך מדי, וזו אונאה; אבל דווקא במיטלטלין יש דין אונאה, ולא בקרקע, ולכן בקרקע אין סיבה לאסור עליו להרוס. הוא מביא שדברי משפט, סימן ריב, עושה הבחנה אחרת: אם אמרו בפירוש שהוא קונה את הגוף לזמן, מותר להרוס ופטור משמירה, ואילו בסתם, קונה רק לפירות, וחייב בשמירה ואינו רשאי להרוס.
ז. פיתח מנחה, על מנחת חינוך, שם, אות יז, חולק על קצות החושן מסיבה אחרת. הוא כותב שגם המתיר לקונה להרוס, מתיר רק באופן שיש בו משום שימוש לעצמו, שבוה אינו בגדר מוזיק מפני שהנכס שייך לו לעניין זה, אבל אסור לו להזיק לנכס סתם, מפני שבוה הוא מפסיד לבעל הגוף לאחר זמן (רד"ג גולדברג הביא ראייה לכך, שהרי אפילו בנותן "נכסי לך ואחריך לפלוני" אסור למקבל למכור לאחר, אף על פי שאם מכר, המכר תופס — שו"ע, חו"מ, רמח"ז, ג, ומאחר שפושע כמוזיק, גם אין לו רשות לפשוע, וחייב אם הוא פושע. גם שיירי מנחה, על ספר החינוך, שם, כותב, שהשולחן ערוך פוטר קונה שהורס רק אם הוא סבור שזה יהיה לטובת הקרקע, אך הוא חייב אם הוא פושע. גם שו"ת חבל יעקב, חלק א, סימן יט, אות ג, כותב שהתוספות מסכימים שהוא רשאי להרוס, בתנאי שהוא עושה זאת להנאתו ולצורכו, אבל אם הוא מוזיק סתם, שלא לצורך, הוא חייב כאילו הזיק אחרי הזמן, משום שרואים כאילו הוא מושיט את ידו מתוך הזמן הקצוב ועושה נזק לאחר הזמן, כיוון שהוא קנאו רק למה שיצטרך תוך הזמן, אבל מה שלא יצטרך, הוא בכלל שאריות שאמורות להישאר למוכר, ועל שאריות אלו הוא שומר חנים.

להערה 213

א. חידושי הריטב"א, קידושין מז ע"ב, כותב שהנותן נכס לאחר לשימוש ולפירות למשך זמן מסוים, אין הלה חייב באונס במשך הזמן הזה, אלא אם כן קיבל זאת על עצמו במפורש; והמהדיר שם, בהערה 680, לומד מדבריו שחייב בפשיעה.
ב. ספורנו, שמות כב, יד, כותב, שגם לדעה (בסעיף 1(ג)) שם שבמתנה על מנת להחזיר חייב באונס, זה משום שאינו יכול להחזיר ובוה מתבטלת המתנה למפרע, אבל אם נתן לו מתנה על דעת להחזיר, ולא התנה עמו במפורש שיחזיר, פטור מאונס, ופטור גם מפשיעה, מפני שהמתנה לא תתבטל גם אם לא יחזיר. באור ספר המצוות לרס"ג, שם, כותב שכוונתו למקבל מתנה לזמן, ג. בדומה, מחנה אפרים, הלכות זכיה, סימן יח, מדייק ממה שכתב הר"ן שמקבל מתנה על מנת להחזיר חייב בפשיעה, שהרי הוא לא יחזיר ונמצא שבטלה למפרע (כפי שנביא בשמו בסעיף 1(ג)), הערה 396, שלפי זה, מקבל מתנה לזמן קצוב, מאחר שלא היה תנאי שיחזיר, פטור אפילו מפשיעה. אבל הוא כותב שזה דווקא במתנה לזמן כעין מתנה על מנת להחזיר, שהגוף קניו לו עד יחזיר, כגון שאמר לו בפירוש "גוף ופירות" (לזמן); ואילו אם הקנה לו רק את הפירות (השימוש והרווחים), חייב לשלם על הגוף מכיוון שאינו שלו (ראה בשמו במילואים להערה 378). אך הוא מעלה אפשרות שאם נתן לו את הגוף, זה הופך למתנה לעולם (והוא מביא מחלוקת האם אז נעשה מתנה לעולם).

להערה 216

א. אורח מישירים, סימן רצא, כותב שקונה במקח טעות חייב בשמירה על הנכס, מפני שמוטל עליו להחזירו למוכר, וכל זמן שלא החזיר, הוא חייב בשמירה כדי להבטיח את החזרתו.

ב. לפני ששילם הקונה: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יב, מוכיח מקידושין יג ע"א, שאם עדיין לא שילם הקונה, אינו אפילו שומר חנם. הוא מוכיח זאת גם מחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מב ע"ב, שכתב (ראה סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה (418) שהקונה נעשה שומר מפני שהוא יכול לעכב את הנכס אצלו עד שיחזיר לו המוכר את כספו, אלא שאינו שומר שכר כאומן שנעשה שומר שכר משום שתופסו לשכרו (ראה סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה (135), מפני שכאן זה מקח טעות. ההוכחה היא, שיוצא מזה שאם לא שילם, ולכן אינו נהנה מעיכוב הנכס אצלו, אינו אפילו שומר חנם.

ג. לפני שנודע המום: לפי דברי כסף הקדשים, שהבאנו ליד ציון הערה 100, שאדם החושב (בטעות) שהנכס שייך לו, פטור משמירה עליו מפני שלא התכוון לקבל על עצמו שמירה כיוון שחשב שהוא שלו, יוצא שהקונה אינו אחראי כשומר לפני שנודע לו שזה מקח טעות, שהרי כשחשב שזה שלו לא התכוון לקבל על עצמו שמירה, ואם יינזק תוך זמן זה, הוא פטור. כך יהיה לפי דברי כסף הקדשים גם אם לקח בטעות סחורה אחרת, שלא התכוון לקנות. אך שו"ת נר למאור, סימן סד (במסקנתו), סובר שגם לפני שנודעה לו הטעות, הוא חייב כשומר. הוא מסביר בכך את דברי שו"ע, חו"מ, רלב, יג, שמי שקנה נכס והטיל בו מום, ואחר כך התברר שהיה מקח טעות (מסיבה אחרת), חייב אם עשה דבר שאין הדרך לעשותו. זה סותר לכאורה לדין שיושבי שומר שהזיקו לנכס בטעות פטורים, כפי שראינו ליד ציון הערה 118 (כך הקשה נתיבות המשפט, רלב, ס"ק ה, ואולם המשפט, שמא, ג), נר למאור חיריק, שהקונה כאן נעשה שומר, ולכן חייב אם הזיק לנכס בשינוי, ופטור רק אם הזיק בדבר שלא שינה בו, שעל דעת כן קנאו, אבל יורשי שומר אינם חייבים כשומרים, ולכן אפילו הזיקו בפועל, פטורים, מפני שלא היו צריכים להעלות על הדעת שאינו שלהם. ד. גם מרא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כד, שכתב בשם הראב"ד שהקונה חייב בשמירה "שמא בעל מום הוא", משמע שחייב עוד לפני שנודע לו.

ה. שו"ת צבי גאון יעקב, סימן ג, ור"ג נוסבאים, מקבציאל י, אלול תשמ"ו, עמ' קלג, לומדים מתוספות, ב"מ מב ע"ב (ד"ה הכא), שבמקח טעות, הקונה הוא שומר חנם גם לפני שנודע המום. צבי גאון יעקב מנמק שהוא חייב אף בלי קבלת שמירה, מפני שיש ברשותו נכס של אחר, כמו שומר אבדה (ראה במילואים להערה 269, אות ו, שאבני החושן נכראה הבין שהחייב אינו מטעם שומר אבדה). ר"ג נוסבאים מנמק (בעמ' קלו), שמאחר שהיה יכול לברר האם יש מום (כדברי נתיבות המשפט, רלב, ס"ק ה), ולא טרח לברר, מניחים שהוא מוכן להיות שומר גם אם יתברר שיש מום (כעין סברת נתיבות המשפט במילואים להערה 100, שהיה צריך ללמוד דיני אסמכתא). עוד העלה אפשרות (בעמ' קלז), שבאמת אינו חייב בשמירה, אלא שמפסיד את כספו אם פשע, כחלק מתנאי המכר — ראה בשמו בסעיף 1(ג), הערה 417.

להערה 218

א. הירושלמי מציג זאת כניגוד למי שניתן לו בציור: "תן נכס זה למי שתדעה", שעליו אין חיוב שמירה. דין זה מקביל להפטר שומר צדקה — ראה סעיף 13, פרק ב, 4, ובמיוחד הערה 77, על דברי הירושלמי.

ב. רח"א מילר העיר, שאמנם מחנה אפרים, שם, הסביר שהירושלמי עוסק בשבעל הנכס מזה את הנכס לאחר על ידי אדם שלישי, והאדם השלישי אין המשפט, בהערה 223, שמסביר שהירושלמי עוסק בשבעל הנכס מזה את הנכס לאחר על ידי אדם שלישי, והאדם השלישי אין תפקידו להוליך את הנכס, אין ללמוד משם דין שליח. לעצם הדין, העיר רח"א מילר שאפשר לבסס את החיוב כאן על דברי הרא"ש (ליד ציון הערה 80) שנפקד המוביל נכס עבור בעליו למרחק, בוודאי מקבל שמירה על עצמו, ועל דברי פני יצחק (במילואים להערה 28) שבהפקדה להובלה בדרך יש בקשה מכללא של בעל הנכס לשמור.

ג. כלפי מי חייב השליח בשמירה: כלפי הנותן או כלפי המקבל המיועד? שו"ת רביד הזהב, סימן מג, אות ג, כותב שמי שנשלח על ידי הלווה להביא למלווה את פירעון החוב, נעשה שומר כלפי הלווה על הכסף; אבל אם אמר לו הלווה: "הולך" או "תן", שמשמעותם "יָבֵה לִי", כשנכנס הכסף לידו, נקנה הכסף למלווה, ולכן הוא נעשה שומר כלפי המלווה. הוא מוצא נפקות לכך לגבי מקרה שהשליח פרע למלווה ולא ביקש את שטר החוב מיד המלווה, ואחר כך תבע המלווה שוב את הלווה: במקרה הראשון, הוא חייב כלפי הלווה אף על פי שזה גרמא, מפני שהוא פשע כשלא לקח את השטר, ושומר חייב גם בגרמא (ראה במילואים להערה 16). לעומת זאת, במקרה השני, אין להחייבו כלפי הלווה מסיבה זו, שהרי אינו אחראי כשומר כלפיו, ובכל זאת הוא כותב שהשליח חייב מטעם תגנת חכמים. על מקרה זה ראה גם במילואים להערה 308. על שאלה זו ראה גם סעיף 13, במילואים להערה 74.

ד. קצות החושן, קפו, ס"ק א (הובא בגינת ביתן, סימן כח), כותב ששליח פטור משמירה מטעם "בעליו עמו", מפני שהוא נחשב בעל הנכס (עיי' שם במקורו לכך). אבל הוא כותב כך רק בדעת הרמ"ה ורק בהסברו הראשון. ועוד: נידונו הוא שליח שקיבל כסף לקנות בו דבר עבור בעל הכסף (אך ראה סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 75, שגם הוא חייב בשמירה!; ואולי שליח להובלה בלבד דינו שונה.

להערה 221

א. מה שכתוב בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקצו, שאם הקטן שם, לא התכוון הנותן שהזוכה ישמור בעבורו, הוא כנראה טעות סופר, כפי שמוכח מתשובתו האחרת.

ב. השומר אחראי בשמירה גם לדעה שנביא בסעיף 13, ליד ציון הערה 5, ששומר נכסי קטן פטור, משום שדעה זו מסכימה ששומר נכסי קטן חייב אם גדול הפקיד אצלו את הנכס עבור הקטן — ראה שם ליד ציוני הערות 20-25 (וראה להלן במילואים להערה

מילואים לסעיף 1(א)

224. בשאלה האם השומר חייב בתשלום אם מסר את הנכס לקטן ואבד הנכס, ראה סעיף 13, הערות 16-18. כאן אנו דנים רק בשאלה מתי נעשה שומר.

ג. לכאורה קשה, מדוע הוא אחראי כשומר עבור המקבל, הרי צריך שישקבע בעל הנכס מן הנפקד לשמור (פסקה 3(ב)) צריך לומר שהנותן הוא שליח של המקבל, לבקש מהזוכה לשמור עבור המקבל.

ד. דעה חולקת: שו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן נ (פב ע"ב), מדייק (במרומו) מדברי שו"ת הרשב"א, שהבאנו ליד ציון הערה 98, שהזוכה כאן אינו חייב בשמירה, מכיוון שלא נהנה מקיום הנכס, ואין אומרים שברור שהתכוון לשמירה מצד שאין אדם אחר שישמור, אלא צריך קבלה מפורשת, כדי שעל ידי זה נוכל לומר שבעל הנכס סומך על שמירתו, והחשב כמויק. והוא מעיר שאף על פי שהרשב"א מחייב במקרה זה, אין זו סתירה, מפני שהתשובה היא (בהערה 98) אינה של הרשב"א, כמובח מלשונה.

להערה 224

א. שומר חייב או שומר שכר: נתיבות המשפט כותב, שאף על פי ששומר אבדה הוא שומר שכר, משום שנהנה בכך שהוא פטור מלתת צדקה בעת טיפולו באבדה, שכן זהו מצווה, ו"העוסק במצווה פטור מן המצווה" (ראה סעיף 1(ג), פרק ג, 7) — כאן אינו שומר שכר. נימוקו הוא, שרק כשחובת הטיפול באה מכות מצווה, כגון המצווה להחזיר אבדה, היא נחשבת מצווה (הפוטרת מלתת צדקה), ואילו כאן אין מצווה לזכות בנכס עבור אדם שלישי. ראה סעיף 1(ג), הערה 110, שזו שיטתו הכללית של נתיבות המשפט.

ב. סירוב לשמור: ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כז, כותב שיוכל הזוכה לומר שאינו רוצה לקבל על עצמו שמירה, ואז יפטר, והנותן יצטרך לדאוג לנכס. ייתכן שכונתו היא, שאם יאמר כך לפני שיגיע הנכס לידו, לא יחול עליו דין שומר אבדה, אלא הנותן הוא שישא באחריות. דין דומה נראה ליד ציון הערה 265, שאם הנפקד מודיע מראש שאינו מקבל אחריות, ואף על פי כן מסר לו בעל הנכס, אין עליו חיוב כשומר אבדה, מפני שבעל הנכס הוא מאבד לדעת.

ג. דעה חולקת: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימנים יד וטו (הובא באהלי יהודה, הכהן, ערך שומרים), סבור שאין על הזוכה חיוב שמירה, משום שהמטרה הייתה רק שיוכה עבור האדם שלא נכח, ולא שישמור עבורו, והוא רשאי להחזירו לנותן. רמ"צ אייכנשטיין, הפרדס, שנה כא, חוב"ג, סימן סז, הסכים לו, והסביר שמאחר שהנכס מצוי במקום משומר, אינו נקרא אבדה אף על פי שאין בעל הנכס כאן, ולכן לא נעשה שומר אבדה.

ד. מחנה אפרים עצמו, בהלכות שומרים, סימן לג, כתב שמי זוכה בנכס למתנה לפלוני, נעשה שומר, ואין אומרים שמאחר שלא קיבל על עצמו שמירה במפורש, התכוון רק לזכות בשבילו. משנת ר' אליעזר, חלק ב, מערכת ש, אות כג, נימק שיש להניח שהתכוון להיות שומר, שהרי אין לפרש שהתכוון שבעל הנכס ישמור (כמו במכניס ברשות — ליד ציון הערה 82), שהרי בעל הנכס (המקבל) אינו נמצא כאן. רח"א מילר מיישב את הסתירה בדברי מחנה אפרים, שבסימן לג מדובר בשומר לו לזכות עבור פלוני ולהוליך לו (אף על פי שלשונו היא רק "זכה במנה זה לפלוני מתנה"), ואז יש להניח שקיבל על עצמו שמירה עבור המקבל, כבמקרה שליד ציון הערה 218, ובסימנים יד וטו מדובר שרק אמר לו לזכות עבורו.

ה. מנחה חדשה, מצווה נו, אות ד (קסו ע"ד), מוכיח מן התלמוד, ביצה מ ע"א, שהזוכה חייב בשמירה כלפי המקבל, ומסביר שאף על פי שהמקבל לא ביקש ממנו לשמור בעבורו, הזוכה חייב משום שברור שקיבל על עצמו לשמור. נראה שלדעתו חייב כאן כשומר רגיל (כדעת משנת ר' אליעזר שם) ולא רק כשומר אבדה.

ו. בקטן: הרשב"א חלק ד שם (כמוסבר בנתיבות המשפט שם) אומר שאם האדם השלישי הוא קטן, לא יחול על הזוכה חיוב שמירה, לפי הדעה בסעיף 13, פרק ב, 1, שאין חיוב שמירה בנכס של קטן. נתיבות המשפט מוסיף, שלפי הדעה, שם, שגם על נכס של קטן חל חיוב שמירה, יהיה הזוכה כאן חייב בשמירה, אף אם האדם השלישי הוא קטן. וראה במילואים להערה 221, על מוכה לקטן כשהקטן נכח במקום, שיש חיוב שמירה גם לדעה ששומר נכסי קטן פטור, מפני ששם גדול הפקיד עבור הקטן; צריך לומר שכאן לא נחשב שגדול הפקיד עבורו, מכיוון שהנותן לא התכוון שהזוכה יהיה שומר, ואפשר לחייבו רק כשומר אבדה. דין שומר אבדה כשבעל האבדה קטן, יבואר בסעיף 13, במילואים להערה 5.

ז. אך שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רצט, עוסק במזכה לקטן שאינו נכח, והוא מחייבו בשמירה בתור אפוטרופוס, אלא שהוא כותב שאפשר לקטרו מלשלם, לדעה שאפוטרופוס פטור מפשיעה (סעיף 1(ג), פרק ג, 13). כך העיר י"ק רייניץ, דיני ישראל טז (תשנ"א), עמ' קנד, הערה 93, שנתיבות המשפט לא ראה את תשובת הרשב"א בחלק ב, ששם דן מצד פשיעת אפוטרופוס ולא מצד שאין כאן נתינת בן דעת.

ח. ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כז, כותב בסתם, שבקטן, הזוכה נעשה שומר חנים תמיד (כלומר, בין אם הקטן נוכח ובין אם אינו נוכח).

ט. יפה ענף, מערכת שומרים, אות ב, מדייק מספר התרומות, שער סז, חלק ב, סוף אות ו, שהזוכה בחפץ כמתנה עבור קטן, נעשה שומר כלפי הקטן. הוא לא ביאר האם מדובר שהקטן נוכח או לא.

להערה 225

א. אך רביד הזהב, פרשת משפטים (ד"ה לשמור), מביא שרממ"י (מהר"ם מינץ) כתב שהמשרת חייב בשמירה רק אם אמר לו מעסיקו בפירוש לשמור על הבית, אבל אם הוא עוסק גם בשליחות, אינו שומר.

ב. שי למורה, אה"ע"ז, פ, יז, אומר שאם שבר המשרת כלים בעת מלאכתו, הוא פטור משום "שלום בית". זאת על פי דין דומה באשה כלפי בעלה — ראה סעיף 1(ב), ליד ציון הערה 9.

ג. גם שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן נד, כותב שמשרת פטורה אם נגנבו כפות כסף שלקחה לשימוש, משום שלום בית. אך הוא כותב שבמשרתת ששכורה רק לזמן קצוב, אין לפטור משום שלום בית.

מילואים לסעיף 1(א)

ד. שו"ת חוות יאיר, סימן קו, כתב שאם משרתת שברה כלים מחמת מלאכתה, היא פטורה, והוסיף שנוהגים שלא להקפיד על דברים קטנים. ר"י סגל, "בעניין נזקים על ידי אשתו ובתה ועוזרתן", נועם יו (תשכ"ז), עמ' כג, הסביר שכונתו היא, שפטורה משום שלום בית, וגם שלא בשעת מלאכה, פטורה בדברים קטנים. הוא מעלה ספק האם תקנה זו קיימת רק במשרתת שגרה כל הזמן בבית, או גם במצב שיכול לשלח אותה ולמצוא אחרת בקלות, ואינה גרה בביתו. אבל הוא כותב (בעמ' כד) שלפי שיטתו (ראה בשמו בסעיף 1(ב)), במילואים להערה 11), שהתקנה לפטור אשה היא חלק מהתקנה לחייבה לעשות מלאכה לבעלה, אין לתקנה זו מקום במשרתת; וגם לפי חזון איש (ראה שם) שמחייב אשה אם עשתה לצורך עצמה, ודאי משרתת חייבת; ורק לפוטרים אשה מכל חיוב שמירה מפני התקנה (כפי שנביא שם), יש מקום לומר שחייקנו גם במשרתת. מכל מקום, מסקנתו (בעמ' כה) היא שמשרתת יכולה לומר "קיים ל"י" כמו חוות יאיר, שפטורה, וגם בת אשתו פטורה מטעם זה. רכ"פ טכורש, שם, עמ' כו, סבור שגם בבת אשתו יש לפטור משום שלום בית, שהרי אם תחויב לשלם, אשת-האמא תכעס על בעלה.

להערה 226

- א. כמו כן, מאירי הלכה (מאן), חלק ב, פרפראות לחכמה, שאלה לב, מעלה אפשרות שאומן שעושה יחד עם בעל הנכס, פטור משמירה מכיוון שבעל הנכס עמו.
- ב. ש"ך, חו"מ, שו"ט, ס"ק א, חולק ומחייב גם במקרה זה בשמירה, ואף פוסק שהוא שומר שכן — ראה סעיף 1(ג), פרק ג, 3. אך דבר אברהם, חלק א, סימן מ, אות ג, מעלה אפשרות שהש"ך מחייב רק אם סילק בעל הנכס את שמירתו. גם רח"א מילר סבור שהש"ך התכוון לפועל שעובד בבית בעל הנכס, אלא שבעל הנכס אינו שם להשגיח עליו, ונמצא שהסתלק משמירתו; והש"ך טכ"ס שאם בעל הנכס משגיח עליו, הפועל פטור משמירה משום שבעל הנכס לא הסתלק מהשמירה.
- ג. כעת נעסקו בעסקאות שונות שעלתה בהם שאלה האם נוצר חיוב שמירה. חייב שיש בידו נכס הממושכן לנושה: שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שמ (הובא בשיטה מקובצת, ב"ק לו ע"א), כותב שאף על פי ששור תם משועבד כאפותיקי לניזק, המזיק אינו נחשב שומר על השור עבור הניזק, וגם באפותיקי מפורש פטור הלווה משמירה. אמרי בינה, קונטרס בדיני קניינים, סימן יב (ד"ה ואין), מסביר שההווה אמינא שלו הייתה שיהיה הלווה חייב בשמירה אף על פי שלא עשה קניין, מפני שהנכס בביתו. דברי חיים, דיני נזקי ממון, סימן יד, בסופו, מנמק את דברי הרשב"א, שמאחר שבעצם הנכס שייך לו, ויש לניזק רק שעבוד עליו, אין לראותו כשומר עליו. על חיוב שמירה בנכס השייך לשומר, ראה פרק ד, 2.
- ד. לעומת זאת, הרא"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק לו ע"א, כותב שאם הקנה הלווה למלווה מיטלטלין אגב קרקע כשעבוד לחוב, הלווה הוא שומר על המיטלטלין כלפי המלווה.
- ה. שליח שקנה נכס עבור חברו: ט"ו, חו"מ, קפו, ג, כותב שמי שנתן לזולתו כסף לקנות לו נכס, והשליח קנה לו, הוא פטור משמירה על הנכס, אלא אם כן אמר לו המשלח בפירוש שימשיך להיות שומר אחרי שהוא קונה. אך הוא כותב שאם היה בידו בתחילה כסף של המשלח בתור פיקדון, וביקש ממנו בעל הכסף לקנות בו עבורו נכס מסוים, וקנה את הנכס, הוא נעשה שומר על הנכס, מפני שהנכס הוא חליפי הכסף שהיה שומר עליו מתחילה. על שליח בשכר לקנות, ראה סעיף 1(ג), הערה 75, שהוא שומר שכן על הכסף. וראה במילואים להערה 218, שייחכן שהשליח פטור מטעם "בעליו עמו".
- ו. נדוניה: שו"ת לב מבין (בירדוגו), חו"מ, סימן ריב, כותב שחזונית המחזיקה בנכסי הנדוניה היא שומרת חנם.
- ז. הנותן לאשה כסף לקידושין: חידושי מהרי"ט, בחידושי על הרי"ף, קידושין, פרק ג (ד"ה מקודשת אף על פי), כותב שהאומר לאשה: "הרי את מקודשת לי בכסף זה לאחר שלוש יום", פטורה משמירה על הכסף, מפני שלא קיבלה על עצמה שמירה, אלא קיבלה אותו בתורת קידושין. גם יד דוד, קידושין יג ע"א, כותב, שמאחר שמראש קיבלה בתורת קידושין, לא נעשתה שומרת, אלא הסכימה להתקשר על דעת שהכסף יהיה שלה ולא יהיה בתורת שמירה. גם ר' יונה נבון, בקריית מלך רב, חלק א, תשובה כא, בתחילתו, פוטר במקרה זה (בנידונו לא התקיימו הקדושים — ראה סעיף 1(ג)), במילואים להערה 395, על מקרה שחזרה בה (האשה). אך ר' יהודה נבון, בסימן כב שם, בתחילתו, מקשה עליו ועל מהרי"ט, הרי אפילו קונה לזמן חייב בשמירה (ראה ליד ציון הערה 208), והוא דוחה אפשרות לומר ששם חייב בשמירה מפני שוודאי חייב להחזיר ואילו כאן אולי לא תצטרך להחזיר, אם יתקיימו הקידושים, ולכן פטורה משמירה. והוא כותב שהאשה שומרת שכר מפני שהיא יכולה להשתמש בכסף בינתיים, אפילו לא נתקיימו הקידושים. דברי אמת, קונטרס ב (בעניין לאחר שלוש יום), בתחילתו, מדייק מדברי תוספות, קידושין ס ע"ב (ד"ה איכא), שחייבת באונס כשואלת מפני שכל ההנאה שלה. הוא לומד זאת גם מהרא"ש, המחייב מקבל מתנה על מנת להחזיר באונס (ראה סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 392), מפני שלא קיים את תנאו ונתבטלה המתנה למפרע, ואף כאן, מאחר שלא נתקדשה, כיוון שהכסף אבד, בטלה הרשות שהייתה לה בכסף, ולכן היא חייבת לשלם. והוא כותב שלרא"ש ולתוספות חייבת גם ב"מתה מחמת מלאכה" (ראה סעיף 1(ג)), במילואים להערה 392, על "מתה מחמת מלאכה" במתנה על מנת להחזיר. אך הוא כותב שלרשב"ם (סעיף 1(ג)), הערה 388) שמחייב מקבל מתנה על מנת להחזיר רק בפשיעה, כאן האשה פטורה לגמרי כיוון שלא היה תנאי שתחזיר, שלא כמו שם. הוא מסביר שאף על פי שקונה לזמן הוא שומר חנם, כאן חייבת באונס, מפני שהיא קיבלה את הכסף לשם קידושין, ועכשו שנאנס הכסף, ולא תתקדש, בטלה הרשות שהייתה לה.
- ח. שו"ת משנת רבי אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן קי, מוכיח מקידושין יב ע"ב, שהמקדש אשה בתק, והאשה ידעה שיש בו כסף, חייבת בשמירה (אם מאיוז סיבה אינה מקודשת). שו"ת מאורות נתן (שפיגלגלס), סימן עז, כותב שיש הוכחות סותרות מהתלמוד, בנוגע לשאלה האם אשה שקיבלה כסף לקידושין חייבת בשמירה אם לא תרצה להתקדש. עיין גם שו"ת באר יצחק, אהע"ז, סימן ז, על מקרה שהקידושין התבטלו מחמת טעות.
- ט. שו"ת חתם סופר, אהע"ז, חלק א, סימן פב, ושו"ת הרי"ם, אהע"ז, סימן יח, כותבים על הנותן כסף לאשה ואחר כך אמר "הרי את מקודשת ל"י", שאינו מועיל בתורת קידושין, שהיא פטורה משמירה מפני שחשבה שהכסף הוא מתנה. ר"נ נוסבוים, מקבציאל י, אלול תשמ"ו, עמ' קלו, מקשה, נאמר שהייתה צריכה ללמוד ולדעת שזה נחשב פיקדון (לפי הרשב"א, המובא בחתם סופר שם, האומר שהנותן לחברו דבר סתם אינו מתכוון למתנה אלא לפיקדון). ותהיה שומרת חנם מטעם זה, כדברי נתיבות המשפט על מקרה מקביל (ראה בשמו במילואים להערה 216)? ותירץ, שכאן הדין פחות ידוע משם. וראה בשם חתם סופר במילואים להערה 96.
- י. שלישי — מי שמחזיק נכס עבור שני צדדים עד שיחבר למי הוא שייך או למי הוא מגיע: שו"ת תשורת ש"י, סימן תרו, כותב

מילואים לסעיף 1(א)

שנכרי שנתן משהו לשליש, שיתן לישראל (כשיתקיים תנאי מסוים שקבעו), אין השליש יכול לזכות בעד הישראל, שיהיה שומר שלו, מפני שאין שליחות לנכרי (ולכן אין הכסף שייך לישראל, ואין לשליש חיוב שמירה עליו). הוא כותב שגם כשכולם ישראלים, מאחר ששליש זוכה לשני הצדדים רק אם אמר לו הנותן בפירושו: "נָקָה כשבייל שנינו מעכשו על תנאי זה וזה" (שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן צט; בית יוסף, חו"מ, נו, מחודש יג; ונתיבות המשפט, רו, ס"ק יט), הרי אם לא אמר לו כך, לא זכה השליש בנכס בשביל מי שנכאי לקבלו, ואין עליו חיוב שמירה כלפיו. אך הוא מסייג זאת, שאם זה שטר חוב שנפרע, הוא שייך כבר ללווה, שהרי הוא נתן את שכר הטופר, ולכן גם במלווה נכרי, נעשה השליש שומר ללווה. ראה סעיף 1(ג), במילואים להערה 110, בשאלה האם שלישי הוא שומר שכר.

יא. כהן: שו"ת אוריין תליתאי (תאומים), סימן נד, כותב שכהן בבית המקדש חייב כשומר על בהמת הקרבן כלפי בעל הבהמה. יב. גזלן שמכר את הגזול: רא"ש, ב"מ, פרק א, סימן לט, כותב שמי שגזל קרקע ומכר אותה לאדם שידע שהיא גזולה, הכסף נחשב פיקדון אצלו עד שהגזול יוציא מהקונה את הקרקע בריו, והגזלן חייב בשמירה ביתניים כלפי הקונה. שו"ת קול בן לוי, סימן ד (מח ע"ד), נימק, שגם בעל הכסף מתכוון לפיקדון, וגם הגזלן יודע שהוא מתכוון לזה, ולכן הוא חייב בשמירה. ספר התרומות, שער מז, כותב בשם הרמב"ן שבמקרה זה הכסף נחשב הלוואה לגזלן, אלא שהקונה יכול לדרשה חזרה מיד. הוא כותב כך גם על מקרה דומה: הנותן כסף לאחותו במטרה לקדש אותה לעצמו, אף שהמקדש ידע שאינו יכול לקדש את אחותו.

יג. פרנס ושקש: שו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן נ (פב ע"א), לומר מדברי שו"ת הרשב"א, שהובא ליד ציון הערה 98, שלדעתו פרנס ושמש הקהל ככלל אין עליהם חיוב שמירה על נכסים שבבית הכנסת וכדומה, מפני שאין להם הנאה מקיום הנכס, וגם לא ביקשו מהם הקהל בפירושו שישמרו.

יד. שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סימן ח, מעלה אפשרות ששמש של בית הכנסת אינו נחשב שומר על חפצים פרטיים המוגנים שם. אבל הוא מעלה אפשרות שאם אמר לו משהו במיוחד: "שים את הטלית שלי במקום ראוי", והניחו במקום מסוים, הוא שומר חנינם כיוון שהלה סמך עליו, כמו ב"חזיר דעלך קסמיכנא" (ב"ק ק ע"א), שכל שיש הוכחה סמך עליו, ושחברו יודע שממך עליו, חייב (אך שם חייב מטעם מזיק), ואף כאן, העובדה שנתן דווקא לשמש ולא לאדם אחר מראה שהוא סומך עליו. ראה סעיף 1(ג), ליד ציוני הערות 66-69, בשאלה האם שמש הוא שומר שכר. על אחריות פרנס, ראה גם ליד ציון הערה 103.

טו. הורים כלפי ילדיהם: י"ק רייניץ, דיני ישראל טז (תשנ"א), עמ' קטז, הערה 72, סבור שאין לאב חיוב שמירה על נכסי ילדיו, משום שחכמים פטרוהו מחשש איבה, כמו שפטרו מטעם זה אב החובל בבניו (ב"ק פח ע"ב). זאת אף על פי ששו"ת הרא"ש, כלל פו, סימן א, הגדיר את חיוב האב כלפי ילדיו כמו ביתומים שסמכו אצל בעל הבית, ושם יש אחריות שמירה, לדעות מסוימות (ראה בשמו בסעיף 1(ג), במילואים להערה 375). הוא מעלה ספק לגבי קטן הסמוך אצל אמו, שהרי שו"ת הריב"ש, סימן תצה, כותב שהיא חייבת להישבע שטיפלה בנכסיו כראוי, מפני שאין לחוש שבגלל חובה זו תימנע מלטפל בהם (על חשש הימנעות כטעם לפטור מאחריות שמירה, ראה סעיף 1(ג), ליד ציון הערה 379, באפוטרופוס), ואולי מטעם זה חייבת גם לשלם כשומר.

להערה 227

א. שם נידון מקרה בשני פועלים העובדים במתקשה, אחד מכוון את השור ואחד מחזיק את היתד נעוץ בקרקע. נפסק שם, שברוך כלל מחזיק היתד לבדו אחראי, ורק אם השדה הייתה מלאה אבנים או עשירה מעלות מעלות, שבה יש סכנה מרובה של שבריה, האחריות מתחלקת גם למכוון השור, מפני שהוא היה צריך להזהיר את האחר (וב"ח, על הטור, שם, כותב בדעת הטור, שגם אם הוא הזהיר את חברו, וזה לא עזר, בכל זאת כל אחד חייב בחצי). לגבי מקרה שספק מי אחראי, ראה חוק לישראל, ערבות, סעיף 7, פרק ד, 6.

ב. מנתיבות המשפט (שנביא במילואים להערה 230) שדן האם הם שומרי חנינם או שומרי שכר, עולה שחייב הפועלים הוא מדין שומר ולא מדין מזיק. רח"א מילר הסביר זאת על פי העיקרון (תוספות רבנו פרץ, ב"ק כו ע"א), שאדם העושה פעולה בנכסי אחר שהוא צריך לעשות, אינו נחשב מזיק.

להערה 230

מנתיבות המשפט, שט, ס"ק ה, יוצא שגם לפי הרא"ש הם חייבים אם פשעו, והדיון הוא רק האם הם אחראים למה שמעבר לפשיעה, בגדר גנבה ואבדה. הוא יוצא מתוך הנחה, שדינם כשומרי שכר. ראה על כך בסעיף 1(ג), פרק ג, 3.

להערה 258

א. רש"י, ב"ק נו ע"ב (ד"ה שומר), וב"מ פב ע"א (ד"ה שומר), כתב שלומדים את חובת השמירה מן הכתוב (דברים כב, ב) "ואספתו אל תוך ביתך". זה מתאים לנימוקו הראשון של שו"ת הרשב"א. כמו כן, בב"ק נו ע"ב נאמר: "רחמנא שעבדיה בעל כרחו", ומשמע מזה כנימוק הראשון של שו"ת הרשב"א, שזה חיוב שהתורה הטילה.

ב. רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, יא, מביא לעניין חובת המוצא לטפל באבדה, את הדרשה: "והשבותו לו" (דברים שם) — ראה האיך תשיבנו לו" (ב"מ כח ע"ב). אך מדברי אבן האזול, על הרמב"ם, שם, משמע שהוא מבין שחובת השמירה היא נפרדת מזה, ופסקו זה מלמד דבר נוסף: חובה לשמור מנזק פנימי שעלול לקרות לנכס.

ג. יש הסברים שונים באחרונים, מניין למדים שהתורה מטילה חיוב שמירה ותשלומין בשומר אבדה, אף שבכתוב מפורשת רק חובת השבת אבדה. חידושי ר' אריה לייב (מאלין), חלק א, סימן עח, מסביר שמאחר שהתורה חייבה אותו לשמור בפועל על האבדה כחלק ממצוות השבת אבדה, שנאמר "ואספתו", ממילא מסברה אנו יודעים שחל חיוב תשלומין כשומר רגיל.

ד. ר"מ איילנדר, תורת ארץ ישראל, שנה ט, חוב' ה"ז, סימן כה, ס"ק ה, כותב שהמוצא חייב לשמור כדי שיוכל לקיים את מצוות

מילואים לסעיף 1(א)

ההשבה, וזה חלק ממצוות ההשבה. רח"א מילר הקשה על הסבר זה, מכוח מה יכולה המצווה לשמור לגרום חובת תשלום? אפשר להסביר, שברור שהתורה הטילה חיוב תשלומין כתמריץ לשמור כדי לקיים את מצוות ההשבה, משום שבלי סנקציה זו, עלול המוצא להתרשל בשמירה, ולא יוכל לקיים את מצוות ההשבה. ר"מ איילנדר מסביר, שאף על פי שבכנס של קטן אין חיוב שמירה מפני שאין נתינה (לדעה אחת – ראה סעיף 13, פרק ב, 1), בכל זאת באבדה יש חיוב שמירה אף על פי שאין נתינה, מפני שחיוב השמירה כאן אינו מצד קבלת השומר, שלא כבשומר רגיל. הוא כותב שמאחר ששומר אבדה אינו מקבל על עצמו חיוב, המוצא בהמה אינו חייב בנזק שמויקה הבהמה לאחרים, לדעה ששומר מתחייב בשמירת נזקים רק אם הוא מקבל זאת על עצמו במפורש. הוא מעלה אפשרות שגם לדעה ששומר רגיל מתחייב בסתם בשמירת נזקים, שומר אבדה אינו חייב בזה, מפני שחיובו אינו מצד קבלה אלא חלק מחיוב ההשבה (לשאלת חיוב שומר אבדה בנזק זה, ראה סעיף 1(ג), במילואים להערה 220).

ה. שו"ת גרוגים בראש אמיר, סימן כב, כותב שחיוב השמירה כאן נובע מזה שכל דבר הנחזק למצווה צריך לשמור כדין שומר, כמו כסף של מעשר שני, שלכן לומדים בב"מ מב ע"א את אופן שמירת כסף מ"צורת הכסף" (דברים יד, כה), שנאמר בשמירת מעשר שני; והפסוק "ואספתו" מלמד חיוב תשלומין אם לא שמו, שאם אינו עניין לחיוב שמירה, שהרי פשוט שצריך לשמור כדי לקיים את המצווה, תנהו עניין לתשלומין (אך הוא כותב שזה דחוק). נטע שורק, פרשת מקץ (לב ע"ד, ל"ד ע"א), כותב שחיוב שומר אבדה הוא בגלל המצווה. על שומר אבדה עיין בית שלמה (אבעל), שער ט, פרק ג (דף עה).

ו. דיבורות משה, ב"ק, סימן לו, ענף א, מסביר שחיוב השמירה כאן נובע ממצוות השבת אבדה, שכן אם לא ישמור על הנכס שהוא יאבד, נמצא שביטל את מצוות השבת אבדה. אך זה מסביר רק את החיוב לשמור בפועל. את חיוב התשלום על פשיעה הוא מסביר על פי הדעה שפושע כמזיק כשיש חיוב שמירה (ראה ליד ציון הערה 287). לגבי הדעה האחרת (ליד ציון הערה 297), הוא מסביר (בענף ג) שחיוב התשלומין הוא חלק ממצוות השבת אבדה – מאחר שעבר על חובת השמירה, ולכן אינו יכול לקיים את המצווה בהשבת האבדה עצמה, הוא מחזיר את שוויה, ואף על פי שאין זה חיוב ממוני, מכל מקום בית דין כופה עליו לשלם כמו שביטל דין כופה לקיים כל מצוות עשה (כתובות פה ע"א). לאור זה הוא כותב, שלדעה ששומר אבדה הוא שומר חינם (סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 225), גם חובת השמירה בפועל המוטלת עליו היא רק כשל שומר חינם, שאילו הייתה עליו חובת שמירה כשומר שכן, היה חייב גם חיוב תשלומין כשומר שכן, כיוון שביטל את החובה שהייתה עליו. בסימן מ, ענף ד, הוא כותב שגם לדעה (סעיף 11, הערה 258) ששומר רגיל אינו חייב בהשבה כשהנכס בעין, שומר אבדה חייב חיוב הגוף להשיב את האבדה או את שוויה, מצד מצוות השבת אבדה שהתורה הטילה עליו.

ז. רד"צ הופמן, "שומר אבדה", נהורא א, עמ' ד, מסביר שמטעם מצוות השבת אבדה, המוצא חייב רק להחזיק אותה ברשותו, ולעשות פעולת שימור, אבל אין זה מטיל עליו אחריות שומר; אלא שממילא הוא מתחייב באחריות תשלומין, מפני שכלל הוא שאם נכס מוכרח להיות ברשות משהו, הוא נעשה שומר גם בחיוב אחריות אף שלא בא לידו הנכס בתורת שמירה (ברכת שמואל, ב"ק, סימן ד, אות ו, שהבאנו במילואים להערה 210).

ח. שערי זיו, חלק ב, סימן יב (דף טו ע"ג), כותב שבשונה משומר רגיל, שהגדרת חיובו היא שבשעת הפקדה הוא מתחייב בתשלומי הנזק אלא אם ישמור כראוי, הרי בשומר אבדה עיקר החיוב הוא לשמור בפועל, מפני שהתורה רצתה שישמור על האבדה, וחיוב התשלומין הוא על שלא שמר כראוי. הוא מביא (בדף יז ע"ב), שרצ"פ פרנק, קול תורה א (מופיע גם בהר צבי, על הטור, ח"מ, סימן שג), כתב שמאחר שחיוב שומר אבדה הוא מכוח מה שהטילה עליו התורה, הוא חמור יותר מחיוב שומר רגיל שנובע ממה שקיבל על עצמו. אך שערי זיו דוחה את הוכחתו לכך (ענין שם). בסימן יג, הוא מוכיח שחיוב שומר אבדה הוא כחיוב כל שומר, שחיוב על שלא שמר, ולא רק (כדיבורות משה, שהבאנו) המשך של מצות השבת אבדה, שכמו שחיוב להשיב את הנכס אם הוא בעין כך הוא חייב לשלם את ערכו אם אבד ממנו; ונפקות מכך היא שמשלם מקרקע עידיית ככל שומר (סעיף 5, פרק ג, 1).

ט. ספיאק דרבנן, ספק ז, סימן יב (עמ' עה), מוכיח מבי"ק קו ע"ב, ששומר אבדה נחשב שומר של בעל הנכס, אף על פי שבעל הנכס לא עשה שומר, וזה לא רק חיוב כלפי התורה, כביכול (ונפקא מינה ל"בעליו עמו"); וגם לדעה ש"רחמנא שעבדיה" (ב"ק נו ע"ב), הפירוש הוא שהתורה חייבתו להיות שומר של בעל הנכס. כמו כן, י"ק רייניץ, דיני ישראל טז, עמ' קג, מגדיר שחיוב שומר אבדה הוא חיוב מן התורה לשמור על האבדה, אבל חיובו הממוני הוא כלפי בעל האבדה.

י. כשאין מצוות השבת אבדה: חידושי ר"ע איגר, ב"מ כו ע"א (ד"ה ואולם לכאורה), כותב שגם בדבר שאין בו סימן, כך שאין חיוב השבה, מכל מקום מי שהגביה אותו נעשה אחראי כשומר אבדה. אך אחיעזר, חלק ג, סימן ו, אות ד, כותב ששם זה משום שבוה שהגביה נתחייב להשיב (אף שלפני כן היה רשאי להתעלם), אבל אם הוא זקן ואינו לפי כבודו, או שנכס שלו בסכנה ושווי מרובה משל חברו, שאין חיוב השבה, גם אין אחריות שומר אבדה. והוא מוכיח כך מתוספות, ב"מ כה ע"ב (ד"ה ואם), שבזקן ואינו לפי כבודו פטור מאחריות שמירה. ספיאק דרבנן, שם (עמ' עז), כותב שגם אם בשעה שמצא את המציאה היה מלך או נשיא, שפטור מהשבה מפני שאין זה מכבודו, ואחר כך נעשה הדיוט, חל עליו חיוב שמירה, מפני שחיוב השמירה הוא מחמת חיוב ההשבה, שחל כל רגע (אפשר שזה תלוי במחלוקת שנביא במילואים להערה 269, האם מי שנעשה שומר אבדה כשהנכס כבר נמצא ברשותו, נחשב שחצרו קונה לו לחיבו). אך שערי זיו, חלק ב, סימן יב (טו ע"ב), מביא מחלוקת בשאלה זו: לפי ר"ח סולובייצ'יק, חל חיוב שמירה בכל רגע מחדש, ואילו ר' מאיר שמחה הכהן סבור שאף על פי שמצוות השבת אבדה חלה מחדש בכל רגע, מכל מקום חיובי השמירה והתשלומין חלים רק בשעת הגבהת האבדה, כבכל שומר.

להערה 259

א. חידושי ר' אריה לייב (מאלין), חלק א, סימן עה, לומד ממה שקצות החושן (הערה 269) מצריך ששומר אבדה יעשה קניין, מכאן שלדעתו חיוב שומר אבדה נובע מהחיוב שהוא מקבל על עצמו. והוא מסביר שלפי קצות החושן, הפסוק "ואספתו" מלמד שהשומר חייב לקבל על עצמו חיוב שומר גמור (כולל חיוב תשלומין), משום שזו צורת השמירה המועילה ביותר, שכן הנכס שמור יותר טוב (כלומר, שמאחר שהוא יודע שיצטרך לשלם אם יאבד, ישמור טוב יותר). ההסבר דומה לינימוק השני של שו"ת הרשב"א, בזה שהוא מסביר שהשומר מקבל חיוב על עצמו; ושונה ממנו בכך שאינו מבטל את קבלת החיוב על רצונו אלא על כפיית התורה, וחייבים לומר כך בדעת קצות החושן, שהרי הוא אומר ששומר אבדה צריך קניין מפני שהוא שומר שלא מתוך הסכמה.

מילואים לסעיף 1(א)

ב. לכאורה, אפשר להסיק מן הנימוק השני של שו"ת הרשב"א, ששומר אבדה שהודיע במפורש: "איני מקבל על עצמי אחריות שמירה" – פטור. וכך אמנם כתבו עדות ביהוסף וחסד לאברהם שנביא במילואים להערה 265, שאין חיוב בשומר אבדה שהתנה בפירושו להיפטור. אך שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צה, אות יב, מוכיח מסתימת הפוסקים, שגם אם המוצא גילה את דעתו שאינו רוצה להתחייב בשמירה, הוא חייב. והוא נימק, שחיוב השמירה כאן הוא גזירת הכתוב (כנימוק הראשון של שו"ת הרשב"א), ואינו משום שמניחים שהוא מוכן לשמור מחמת המצווה. כמו כן, קצות החושן, שנביא ליד ציון הערה 269, עוסק במקרה שעוסק בו עדות ביהוסף ופטר מטעם אחר ולא מן הטעם של עדות ביהוסף, ומכאן שלדעתו התנאה זאת אינה פוטרת. זה מתיישב עם מה שנראה בדעתו, ליד ציון הערה 269, שבשומר אבדה אין הסכמה מכללית לשמור, ואף על פי כן הוא חייב. בשאלה זו, חזון איש, ב"ק, סימן ו, ס"ק ו, כתב במסקנתו, שאם הגביה אותה על דעת להחזיר למקום שמצא אותה (ולא על דעת להתחייב בשמירתה), ועשה כן, ואבדה – חייב לשלם.

ג. חזון איש, ב"ק, סימן טז, ס"ק כא (ד"ה ויש), במסקנתו, מעלה אפשרות שהגביה אבדה על דעת לגולה, אין עליו חיוב שומר אבדה, ויש עליו רק מצוות השבת אבדה. ברכת שמואל, ב"מ, סימנים ט"ז, כתב שלפי מלחמות ה', ב"מ יד ע"ב (בדפי הרי"ף), הנוטל אבדה על דעת לגולה אינו נעשה שומר אבדה עליה, אלא שחייב באחריות כגולן (והרי יש דברים שאחריות השומר חמורה בהם מאחריות הגולן) – ראה ליד ציון הערה 347; וראה גם במילואים להערה 263, אות יז, בשם פרי יצחק, שחייב רק אם הגביה על דעת להשיב. ר"נ גולדברג העלה ספק, במי שנטל את האבדה על דעת להשיב, אבל אינו רוצה להתחייב לשלם אם לא ישמור (שהיה מקום לומר שהדין במקרה זה תלוי בשני הנימוקים של שו"ת הרשב"א, כאמור לעיל): האם נחשב שאינו רוצה לקיים את המצווה, כמו אילו נטל על דעת שלא להשיב, ואינו שומר, או שנחשב שרוצה לקיים מצוות השבת, ובכלל זה המצווה לשמור, ומה שאינו רוצה לשלם הוא התנאה נגד חיוב התורה בלי הסכמת הצד השני, ואינו מועיל. הוא מביא ראייה שאין אדם יכול להיפטור מחלק מהמצווה, מהדין שזקן מכובד הנוטל אבדה בשדה חייב להחזיר גם בעיר, אף על פי שאין זה מכבודו להחזיר בעיר (שו"ע, חו"מ, רסג, ב). אך הוא העיר שלפי קצות החושן (הערה 273) שמגביה מציאה מתחייב בשמירה רק במה שהתכוון לקנות (לעניין הטענה בהערכת שו"י הנכס), אפשר שגם כאן, שלא התכוון להתחייב בשמירה, חסר הקניין המחייב, אלא שאם כן, לא קיים את המצווה, שהתורה ציוותה עליו להיות שומר. הוא העלה הבחנה אפשרית: אם התכוון לא לקיים את המצווה, לא נעשה שומר; אבל אם הגביה על דעת לשמור אבל על דעת שלא להתחייב בתשלומין, הרי מאחר שקנה לעניין שמירה, אינו יכול להתנות להיפטור מתשלום, שכן בזה הוא מתנה על מה שכתוב בתורה, וזה שונה מנידונו של קצות החושן, שם, שלא נעשה שומר כלל על ההפרש בין ערך זהב לערך כסף; ואף על פי שסתם שומר יכול להתנות להיפטור, לר' יהודה שבדבר שבממון תנאו קיים (ראה סעיף 14, פרק ב, 1), כאן התנאי אינו קיים, כיוון שבעל הנכס אינו כאן, ולא יוכל למחול לו על החיוב. עוד העלה אפשרות, שאם התכוון בפירושו שאינו רוצה לקיים את המצווה, אינו נעשה שומר אבדה נגד רצונו, אבל אם אינו מתנגד, אלא שלא ידע שיש בזה מצווה, נעשה שומר אבדה. והוא דייק מנתיבות המשפט, רנט, ס"ק א, וקצות החושן, שם, שכל שלא התכוון להשיב, גם אם לא התכוון לגול, לא נעשה שומר אבדה. ראה בשמו בסעיף 6, במילואים להערה 60, שחוק יעקב סובר שנעשה שומר אבדה אף נגד רצונו. וראה שם, איך מיישב את דברי מלחמות ה', שם.

ד. נראה שלפי הנימוק השני, אם האדם שהנכס בידו לא ידע שהוא אבדה, הוא פטור משמירה, שכן כאן אין סיבה להניח שהוא מוכן לקבל על עצמו שמירה. לעומת זאת, לפי הטעם הראשון, גם כאן חייב בשמירה, כיוון שאין זה תלוי בידעתו אלא במה שהתורה הטילה עליו. רח"א מילר סבור שבמקרה זה אינו חייב בשמירה. ראה בשמו במילואים להערה 271.

להערה 261

א. ר"ש סלט, שם, מוצא נפקות מהסבר זה, לגבי זקן מכובד שהגביה אבדה: לדעה (סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 225 ששומר אבדה הוא שומר חינוך, חיובו נובע רק ממצוות השבת, ולפי זה זקן זה פטור משמירה לגמרי כיוון שהוא פטור מחובת השבת; ואילו לדעה שהוא שומר שטר, חיובו נובע מהנאתו שנגרמת מזה שהוא עושה מצווה, ולפי זה אף זקן, כיוון שהוא עושה מצווה והנהגה, הוא חייב, והוא שומר שטר.

ב. ראה בסעיף 1(ג), במילואים להערה 220, אות כ, בשם דיברות משה, שלדעה ששומר אבדה הוא שומר שטר, חובת השמירה בפועל נובעת ממה שהתורה חייבה אותו לשמור, וחובת התשלומין נובעת מהנאתו.

להערה 263

א. עוד דינים המבוססים על חיוב שומר אבדה, לפי שו"ת ציוני שם: א) מה שהרא"ש מחייב שומר היוצא לדרך גם אם לא הסכים בפירושו לשמור (ליד ציון הערה 80; וכך הסבירו גם שו"ת מהרי"ט, שיצוין בהערה 264, ושו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צו, אות יח) – ראה בשמו במילואים להערה 80, והוא הוסיף, שאין אומרים שזו אבדה מדעת, משום שהנפקד אמר "הנח" (ב) מה שפסק הרא"ש שאשה ששאלה כלי, בעלה חייב, אם פשע, אף על פי שלא קיבל על עצמו שמירה (ראה הערה 200) – שמאחר שהכלי נכנס לרשותו, ולפעמים אשתו אינה בבית, ורק הוא בבית, חלה עליו חובת שמירה בתור שומר אבדה.

ב. שו"ת ציוני מסביר בכך גם את הדין (סעיף 7, פרק ד, 4), ששומר שמסר את הנכס לאמו לשמור, ואמר לה שהנכס שלו, אמו פטורה משום שחשבה שהוא של בנה – משמע שאילו ידעה שהוא של אחר, הייתה חייבת בשמירה אף על פי שבעל הנכס לא ביקש ממנה, וזאת מטעם שומר אבדה. יוצא מדבריו שחיוב שומר משנה כלפי בעל הנכס הוא מטעם שומר אבדה. ר"נ גולדברג מסביר שאין לפטור את שומר המשנה מטעם אבדה מדעת, מפני שבעל הנכס הניחו שמור ביד השומר, ואין זו אבדה מדעת, ועכשו שהשומר הפסיק לשמור יש מצווה על כל אדם להשיבו. אך יש להעיר שאת חיוב שומר המשנה אפשר לבסס על יסוד אחר: כיוון שנוצר קשר שמירה בין בעל הנכס לשומר הראשון, והשומר הראשון ביקש מהשני לשמור. הסברים לכך ראה בסעיף 7, פרק ד. הסבר נוסף לכך שבני ביתו של השומר חייבים, ראה במילואים להערה 27, בשם אבני החושן.

ג. דוגמאות נוספות: מרדכי, ב"ב, סימן תקסד (הובא ברמ"א, יו"ד, שמת, ג, ומשם הובא בשו"ת הלכה למשה, ראם, סימן סד,

מילואים לסעיף 1(א)

אות ד, כותב שמי שראה אב ואם שהיו זורקים כלים על גופת בנם המת מתוך צערם, והדין הוא שהכלים נאסרים בהנאה בהגעתם למת (כמו שהמת אסור בהנאה), והגיעו הכלים לידו לפני שזורקו, הוא חייב עליהם כשומר אבדה, ואם החזירים לאב או לאם, חייב מטעם פשיעה. והוא קובע כלל שכל מי שראה את ממון חברו מוטל באופן שקרוב לוודאי שילך לאיבוד, והגיע לידו, נעשה שומר אבדה.

ד. שו"ת קרני ראם, סימן סד, כותב שנכרי השומר חפץ עבור ישראל, ומסר אותו לישראל אחר לשמרו ולחיתו לבעליו, בלא ידיעת בעל הנכס, הישראל שקיבל את הנכס אחראי בשמירה עליו בתור שומר אבדה, כיוון שקיבל אותו במטרה להחזירו לבעל הנכס. זאת אף על פי שאין חיוב שמירה כלפי נכרי (סעיף 13, במילואים להערה 10), ואף על פי שלא ביקש ממנו בעל הנכס לשמרו. הוא מוסיף שהדין כך גם אם הישראל טוען שהוא התכוון לטובה, לקחת את החפץ מיד הנכרי ולהחזירו לבעליו, ואפילו טענתו נכונה, שאילו היה נשאר אצל הנכרי היה נאבד, מכל מקום חייב כשומר אבדה. וראה סעיף 7, במילואים להערה 386.

ה. שו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן י (סד ע"א), פסק ששניים שהחליפו את בגדיהם ביניהם בטעות בבית המרחץ, וכדומה, אף על פי שאין על כל אחד מהם אחריות שמירה רגילה, כיוון שלא קיבלו על עצמם לשמור, מכל מקום חלה על כל אחד אחריות שמירה כשומר אבדה. זאת, אם נודע לו שהבגד אינו שלו; על מקרה שאירע נזק לפני שנודע לו, ראה במילואים להערה 100, בשם פרי החיים.

ו. קבא דניחואת, סימן כד (נדפס גם באוסף התיירותים שסביב קבא דקשייתא, מהד' מנדלבוים, סימן כד), כותב שבמקרה שבי"ק מח ע"א, באשה שנכנסה לחצר של משהו לאפות בתנור שלו, ונאלץ בעל החצר לצאת משם מטעמי צניעות, היא חייבת בשמירת החפצים שבחצר מטעם שומר אבדה, כיוון שבעל החצר אינו יכול לשמור עליהם (וכך כתב גם שו"ת ציוני, חלק ב, סימן ב, ס"ק א; ונראה שלכך התכוון גם יד הלוי, לרין, סימן לה, שלומד מב"ק שם שכל אדם חייב בשמירה אם בעל הנכס אינו ליד הנכס). הוא מסביר בכך מדוע היא חייבת אף על פי שלא עשתה קניין (קושיית קבא דקשייתא, שהבאנו במילואים להערה 127) — מפני ששומר אבדה אינו צריך קניין (ראה בשמו במילואים להערה 269). הוא מסביר בכך את מה שכתב ים של שלמה, ב"ק, פרק ה, סימן ז (הובא בט"ז, חו"מ, שצג, ג, בשו"ת יביע אומר, חלק ג, אהע"ז, סימן כא, אות ה, ובספר השתנות הטבעים בהלכה, עמ' קכא), שבי"זמן הזה, שאין מקפידים על צניעות, האשה פטורה, מפני שלא הייתה צריכה לקבל על עצמה שמירה שהיה לא נהוג שבעל החצר יוצא מטעמי צניעות, ומכל מקום אם יישבע שיצא מטעמי צניעות, היא חייבת (וערוך השולחן, חו"מ, שצג, ג, נקט שפטורה רק אם ידוע שבני החצר אינם מוחזקים בצניעות). ולכאורה אין זה מובן, שהלא היא לא ידעה שהיא יוצאת דופן, ואם כן, לא קיבלה על עצמה שמירה (כלומר, אף על פי שראתה שהוא יוצא, חשבה שהוא יוצא רק לזמן קצר לצורך כלשהו, ושיחזור מיד, כיוון שמן הסתם אינו מקפיד על צניעות)? תשובת קבא דניחואת היא, שמכל מקום הייתה חייבת לשמור מספק, כיוון שאפשר שהיה מוכרח לצאת מטעמי צניעות, ואם יתברר אחר כך שאכן היה מוכרח לצאת, מתברר שאז היה בגדר אבדה, וחייבת (צריך להסביר, שמכל מקום אם לא התברר כך, היא פטורה אף על פי שהייתה צריכה לשמור מספק, מפני שעכשו מתברר שזו הייתה אבדה מדעת, שיצא ללא צורך). ואחר כך הוא כותב שהיא חייבת מכיוון שהנכס נמצא בחצר שנמצאת תחת ידה (ולא מובן מדוע הוצרך לזה לאחר שכתב שאינה צריכה קניין).

ז. שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן לו, כותב שמי שנשלח לו נכס על ידי שליח נכרי, ובעל הנכס רוצה שהישראל ימסרו לאדם אחר, הוא שומר אבדה, מפני שאם לא ילטנו, עלול הנכרי ליטול לעצמו. על נידון זה ראה בסעיף 46, הערה 46.

ח. שו"ת לב מבין (בירדוגו), חו"מ, סימן רז, כותב שמי שראה כלי של בעל החצר באמצע החצר, וחשש שאחד מפועליו הנכרים המצויים שם יגנוב אותו, והרים אותו לשמרו, הוא שומר אבדה; אך אם בעל הכלי הניחו באמצע החצר ככוונה, זו אבדה מדעת, והמגביה פטור. במילואים להערה 64, הבאנו שלב מבין (בתשובה אחרת) מחייב בשמירה מי שנוטל חפץ של חברו שלא מדעת, או שאסף חפצי חברו שהיו פזורים על הרצפה, וזאת אף על פי שבעל הנכס לא ביקש ממנו שישמור. ונראה מדבריו שהוא מחייב מטעם שומר אבדה.

ט. מנחת אברהם (שפירא), סימן יח, אות א, כותב שאם נאמר שבביכורים יש חובת הבאה למקדש, המביאם חייב בשמירה עליהם כשומר אבדה.

י. ראה סעיף 1(ג), במילואים להערה 110, שלפי אמרי מהרש"ח, כשבעל הנכס יוצא לחו"ל, והשומר לא ידע על כך מראש, הוא נעשה שומר אבדה מצד חובת הטיפול, והנפקות מכך היא שהוא נעשה שומר שכר (לדעה בסעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 76, ששומר אבדה הוא שומר שכר, גם אם היה שומר חנים בתחילה. ר"מ פיינשטיין, מוריה י, גל' ט"י (אב תשמ"א), עמ' מז, כותב בסתם שאם נסע בעל הנכס לחו"ל, ונסתיימה תקופת השמירה, השומר נעשה שומר אבדה, אבל אם בעל הנכס בארץ אלא שאינו יודעים את כתובתו, לא נעשה השומר שומר אבדה.

יא. רי"ג גולדברג העלה אפשרות שהשומר בהמה, והתעברת וילדה, או השומר קרקע, וצמחו פירות, ונשרו — אף על פי שחיוב השמירה המקורי אינו חל על הוולד ועל הפירות, שהרי הבהמה לא הייתה מעוברת והפירות לא היו בעין בשעת קבלת השמירה, הוא נעשה שומר אבדה על הוולד ועל הפירות, מפני שאם הוא לא ישמור הם עלולים ללכת לאיבוד. לעומת זאת, לדעתו, אם התייקר הנכס הנשמר, אינו נעשה שומר אבדה על התוספת, מפני שאינה בסכנה כיוון שהיא נשמרת ממילא על ידי שמירת העיקר — ראה בשמו בסעיף 5, במילואים להערה 12.

יב. דוגמאות נוספות ראה במילואים להערה 80, בשם שאילות משה וראשי בשמים; במילואים להערה 100, בשם מרחשת; במילואים להערה 149, בשם חקר הלכה; במילואים להערה 192 ולהערה 216, בשם צבי גאון יעקב; ליד ציון הערה 224, בשם נתיבות המשפט.

יג. נראה שזה גם טעמו של שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן ג, הכותב שמלווה שהתלונן על הלווה בפני שר נכרי, ונעל השר הנכרי את חנותו של הלווה, ונתן את המפתח למלווה, וציווה עליו להיות אחראי על החנות עד שיתברר הדין ביניהם — המלווה אחראי כשומר על החנות. צריך להסביר, שאף על פי שבעל החנות לא ביקש ממנו לשמור, והוא לא קיבל על עצמו שמירה, הוא חייב מדין שומר אבדה, כיוון שאם הוא לא ישמור, הנכס ילך לאיבוד. אך רח"א מילר סבור שהוא חייב מפני שקיבל על עצמו שמירה מחמת בקשת השר, וסובר שאין צורך בבקשת בעל הנכס אם הסכים השומר — ראה במילואים להערה 36.

יד. אפשר שזה גם טעמו של שו"ת בני אהרן, סימן לא, בסופו, שעוסק באשה ששאלה נכס, וראה בעלה כשהביאה את הנכס, וביקש

מילואים לסעיף 1(א)

לראות אותו. הוא פוסק שגם אם נאמר שלא התכוון הבעל לקבל על עצמו שמירה על הנכס, הוא חייב אם ראה שאשתו עזבת את המקום, והוא צריך לשמור כל זמן שאינה במקום – אפשר שהוא מתכוון שחייב מטעם שומר אבדה.

טו. בנכס גנוב: מרדכי, ב"ב, סימן תקסד (הובא בדרכי משה, חו"מ, שמה, ס"ק ב, וברמ"א, חו"מ, שמה, ז, ומשמ הובא בשאלות משה, חו"מ, סימן סב, אות ד, בדברי יחזקאל, סימן נט, אות ג, בשו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צו, אות יח, ובאמרי יצחק, ב"ק נו ע"ב, אות ג, ס"ק ג), כותב שמי שקיבל לידו נכס גנוב, והחזירו לגנב, חייב לשלם, משום שנעשה שומר אבדה כשהנכס בא לידו, והחזרתו לגנב היא פשיעה.

טז. שער משפט, טו, ס"ק לד (הובא בשערי זיו, חלק ב, סימן יב, דף טו ע"ג), כותב על פי המרדכי שם, שכל גולן חייב על הנכס כשומר אבדה, מפני שהנכס אבוד מידי בעליו (ראה על כך ליד ציון הערה 352). בסיומן שנד, ס"ק א, הוא מסביר על פי זה מדוע יש שגולן חייב לשלם יותר מערך הנכס בעת הגולה, אם ערכו בעת אבדתו בפשיעה גבוה יותר – מפני שהוא חייב כשומר אבדה (נסף על אחריותו כגולן), ושומר חייב לפי ערך הנכס בשעת הנזק (סעיף 5, ליד ציון הערה 7). אבל הוא כותב שהגולן לא יחשב לעניין זה כשומר שכר גם לדעה ששומר אבדה הוא שומר שכר (סעיף 1ג), ליד ציון הערה 76), מפני שטעם דעה זו הוא משום "פרוטת דרב יוסף", שהשומר עושה מצווה בהשבת האבדה, וזה לא קיים בגולן. גם דברי משפט, ס"ק י, כותב בדעת נימוקי יוסף, ב"ק לה ע"א (בדפי הרי"ף), והשולחן ערוך, שגולן חייב בפשיעה מטעם שומר כיוון שהגולל אינו יכול לשמור, כמו שכתב מהרי"ט (הערה 264) שמי שהנכס בידו ואין בעליו יכול לשמור, הוא שומר אבדה. גם מהר"ם שיק על המצוות, מצווה נד, אות א, כותב שגולן צריך להיות חייב כשומר אבדה, ומקשה מכוח זה על הרא"ש, ב"ק, פרק ז, סימן ב, שכתב שגולן פטור אפילו בפשיעה.

יז. לעומתם, אמרי משה, סימן מ, ס"ק ט, כותב שגולן אינו חייב כשומר אבדה, מפני שהנכס הגנוב יצא מרשות בעליו, ואין עליו דיני שמירה. גם בסיומן לב, ס"ק מא, מוכיח מתוספות, ב"ק נו ע"ב (ד"ה פשיטא), שגולן אינו חייב כשומר אבדה, ונימק, מפני שקנה את הנכס בקנייני גולה כאלו הוא שלו, שטעם זה הוא פטור מלשלם בעד השימוש. הוא כותב שגם מי שהגיע לידו נכס גנוב, חייב כשומר אבדה רק אם הגיע לידו במקרה, אבל אם נטלו להחזיק בו לעצמו, לא נחשב שומר אבדה. כמו כן, שו"ת פרי יצחק, חלק ב, סימן סב, כותב שגולן אינו נעשה שומר אבדה, מפני ששומר אבדה צריך משיכה או הגבהה כדי להתחייב בדין שומר, והגולן לא משך על דעת להשיב, ולכן אינו נעשה שומר אבדה (כנגד זה, מיישב קבא דניחוחא, סימן כד, את דעת שער משפט, שאף על פי שנקט עשה קניין, הוא חייב כשומר אבדה מכיוון שהנכס מונח ברשותו; וראה במילואים להערה 269, שיש מחלוקת בשאלה האם שומר אבדה צריך קניין). גם חזון איש, ב"ק, סימן טז, ס"ק כא (ד"ה ויש), כותב שאינו שומר אבדה, שכמו שפטרה אותו התורה מלשלם שכר שימוש, כך פטרה אותו משאר חיובים, כגון השבת אבדה, והטילה עליו רק חיוב של גולן. גם אמרי יצחק, ב"ק נו ע"ב, אות ג, ס"ק ג, כתב שגולן אינו נעשה שומר אבדה, מפני ששומר אבדה צריך קניין, וגולן אינו עושה קניין על דעת להשיב, אלא קניין בתורת גולה, ואין לומר שיקנה בכך שהנכס מונח בחצרו, מכיוון שאינו מתכוון להשיב. גם הליכות אליהו, על הרמב"ם, הליכות גולה ואבדה, ג, ד, כותב שגולן אינו נעשה שומר אבדה כיוון שהנכס אינו ברשות הבעלים (שהרי אינו יכול להקדישו, אבל באבדה יכול להקדיש – כך צריך להוסיף). על פי זה הוא כותב שגם אם בא החפץ ליד אדם שלישי, מיד הגולן, אינו חייב בשמירה (כלפי בעל הנכס) שהרי החפץ אינו ברשות בעל הנכס; ומה שכתב הרמ"א, שם, שאדם כזה חייב אם החזירו ליד הגנב, אינו מטעם שומר אלא מטעם מוזק; והמרדכי שכתב שהוא שומר אבדה, התכוון דווקא לנידונו, באשה שגנבה משל בעלה, שמאחר שמה שקנתה אשה קנה בעלה, החפץ נחשב עדיין ברשות הבעל, ולכן מי שמקבל מן האשה נחשב שומר כלפי הבעל (לכאורה היה אפשר להסביר, שהמרדכי מחייב משום שכשיצא הנכס מידי הגנב, רואים אותו כאלו הוא חוזר לרשות בעליו, ולכן חלים עליו דיני שמירה, אך הליכות אליהו, כנראה, אינו סובר כך); ומאותה סיבה, אם הגביה הגנב את הנכס בתוך רשות הבעלים, ומסרו למישהו לשמור, והנפקד משך את הנכס, הוא חייב בשמירה כלפי בעל הנכס, מפני שזה עדיין בתוך רשות בעלים, ויכול להקדישו (ראה סעיף 13, במילואים להערה 137, על הדעה שהנפקד נעשה שומר כלפי בעל הנכס). גם קובץ שיעורים, ב"ק, סימן קלו, מוכיח שגולן אינו חייב בשמירה כלל (עיינין שם להוכחתו), ואינו שומר אבדה (אבל הוא עצמו, בקובץ באורים, ב"ק, סימן מז, כותב שהוא שומר אבדה). כמו כן, קצות החושן, שנד, ס"ק ב, ונתיבות המשפט, שנד, ס"ק ג, כתבו בסתם שגולן אינו חייב כשומר, על פי תוספות, ב"ק נו ע"ב (ד"ה פשיטא), בלי להתייחס לשאלת שומר אבדה.

יח. שו"ת הלכה למשה (ראם), סימן סד, אות ב, מקשה על שער משפט ממלחמות ה' (שהבאנו במילואים להערה 259) האומר שהמגביה אבדה על דעת לגולה, לא נעשה עליה שומר, כיוון שבא לידו בתורת גולה. רז"ג גולדברג מיישב, ששער משפט יטביר שמלחמות ה' מסכים שהוא חייב בשמירה בתור שומר אבדה, אלא שהוא סובר שלא נעשה שומר לעניין שלא ייעיל ייאוש (שבדרך כלל לא מועיל מפני שיד שומר כיד בעל הנכס, ואם כן הנכס אינו אבוד – ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 283). זאת מפני שאינו שומר בפועל עבור בעל הנכס, ולכן אין לומר שידו כיד בעל הנכס.

יט. קובץ באורים, ב"ק, סימן מז, מקשה, אם גולן חייב כשומר אבדה, איך כתבו תוספות, ב"ק נו ע"ב (ד"ה פשיטא), שגולן פטור בכחש החזרו ובהקדומו מקצת, ואילו שומר חייב באלו? הרי אם נאמר שהוא שומר אבדה, יהיה הגולן חייב באלו מדין שומר אבדה ככל שומר; ותיקן, ששומר אבדה פטור בדברים אלו, שלא כשאר שומר – ראה סעיף 2א), הערה 440, בשם שער משפט, ושם, במילואים להערה 402, בשם קובץ באורים.

כ. עוד העיר רז"ג גולדברג על פי תוספות שם (שנביא גם בסעיף 1ג), הערה 336), שמי שלקח חפץ מרשות חברו שלא על מנת לגוללו, או כדי להרגיזו (לדעה שאינו חייב באונס כגולן – עיינין קצות החושן, שמה, ס"ק א), חייב בפשיעה לרמב"ם הסובר שהפושע כמוזק (ליד ציון הערה 283), מפני שבעל הנכס אינו יכול לשמרו עכשו, ולחולקים על הרמב"ם (ליד ציון הערה 296), אולי פטור כאן. אך נראה שגם לפי הדעה שגולן אינו שומר אבדה, כאן הוא שומר אבדה, מפני שכאן אין תוקף לנימוקים שהנכס יצא מרשות בעליו, ושקנאו כאלו הוא שלו, ושלא עשה קניין על דעת להשיב, ושהתורה הטילה עליו רק חיוב של גולן.

כא. בסעיף 11, הערה 186, נביא מחלוקת אחרונים בדבר פיקדון שנגנב משומר והחזירו הגנב לבית השומר – האם השומר חייב כשומר אבדה.

כב. יש סוג נוסף של שומר על פי דין, שחייב בלי שקיבל על עצמו שמירה אף שאינו בגדר שומר אבדה: ראה סעיף 13, במילואים להערה 90, בדעת בשמים ראש, ששומר צדקה שסכומו קצוב, חייב אף על פי שלא קיבל על עצמו שמירה כלפי בעל הכסף (העניינים), מפני שהוא שליח בית דין, כלומר, שבית דין הטיל עליו לשמור.

מילואים לסעיף 1(א)

כג. חריגים: בכל שומר, אם היה "בעליו עמו" בשעת ההפקדה, השומר פטור גם אם הלך לו בעל הנכס לאחר מכן (שו"ע, חו"מ, שמו, ב), ואין אומרים שיחויב אחר כך מחדש כשומר אבדה. לבוש מרדכי, ב"ק, סימן מה (ד"ה ובאופן), נימק זאת בכך ששומר ש"בעליו עמו" הוא שומר אלא שהתורה פטרתו מלשלם, כלומר, יש עליו דין של שומר מהסוג שפטור מתשלומין, ורק מי שאינו שומר, יכול לחול בו חיוב שמירה נפרד (הכולל חיוב תשלומין) של שומר אבדה. נימוק נוסף יש בדברי רז"ג גולדברג במילואים להערה 265 (רק אם בעל הנכס יודע שהשומר פטור מטעם "בעליו עמו").

כד. שו"ת דברי משה (זקס), סימן א, ענף ב, כותב שהמוצא משכון שנתן ישראל לנכרי בשביל הלוואה שקיבל ממנו, אין על המוצא אחריות של שומר אבדה כלפי הישראל, לדעה שאם המוצא נתן אותו לנכרי הוא פטור מלשלם לישראל על ההפסד שגרם לו (ב"ח, חו"מ, עב, לא, בדעת מהר"ם מרוטנבורג). הוא נימק, שאם הוא רוצה להחזיר לנכרי הוא נחשב שומר של הנכרי ולא של הישראל, לדעה זו.

כה. מרחשת, חלק ב, סימן לא, ענף ב, אות ד, כותב שאם אבד נכס מיד שומר, המוצא הוא שומר אבדה כלפי בעל הנכס ולא כלפי השומר.

להערה 265

א. כמו כן, רחמים לחיים, על שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסו, אות ב, כותב שמלמד שהתלמידים משאירים את ספריהם בביתו (ראה ליד ציון הערה 98), אין לחייבו כשומר אבדה, משום שכשמסר בעל הספר את הספר לבנו, הוא מוכן שיאבד הספר — כלומר, זו אבדה מדעת.

ב. כמו כן, רז"ג גולדברג סבור שאם הלך לו בעל הנכס, והשאיר את הנכס בלי שמירה, והוא יודע שאין הנפקד חייב לשמור לפי דיני שמירה רגילים, הנפקד פטור מדין שומר אבדה, מפני שאין כאן מצוות השבת אבדה, שהרי זוהי אבדה מדעת; ורק אם הלך לו בעל הנכס מחמת אונס, או משום שכח שהניח שם את הנכס, או משום שטעה בדין וחשב שהנפקד חייב בשמירה, חלה מצוות השבת אבדה, והנפקד הוא שומר אבדה, ועל כגון זה דיבר שו"ת ציוני (ליד ציון הערה 263). מטעם זה, אומר רז"ג גולדברג, ששכיר יום, שאינו חייב בשמירה בכלל בשבת (לדעה אחת בסעיף 1(ג), הערה 26), מפני שאסור ליטול שכר שבת, אין אומרים שיחשב שומר אבדה בשבת, משום שזו אבדה מדעת, מכיוון שבעל הנכס יודע שהוא פטור משמירה בשבת, אלא אם כן חשב בעל הנכס שמותר ליטול שכר שבת ולכן סמך על השומר. לאור זה יש להוסיף, שלדעה (שם) שהוא שומר חנים בשבת, הסיבה שאין אומרים שייחשב שומר שכר מטעם שומר אבדה (לדעה ששומר אבדה שומר שכר), היא שאין זה בגדר אבדה, כאמור.

ג. על אבדה מדעת, השווה גם את אמרי מהרש"ח ור"מ פיינשטיין, שהוכחו במילואים להערה 263, על בעל נכס שיצא לחו"ל, ואת דברי ר"מ פיינשטיין במילואים להערה 266. כמו כן, העיר רח"א מילר, שאם אמר הנפקד בפירוש באונו בעל הנכס שאינו מקבל על עצמו שמירה, לא יחול דין שומר אבדה, מפני שזו אבדה מדעת.

ד. גם שו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ה, כותב על המקרה שבפנים, שאינו חייב כשומר אבדה, אבל מסיבה אחרת: ברור שהוא מתכוון שלא להתחייב באחריות שמירה בכלל (ראה על דבריו במילואים להערה 259). הוא כותב שאם אמר במפורש: "השליכהו ארצה, שאני רוצה להגביה מציאה, כדי שלא אתחייב באחריות", גם מהר"ט יסכים שפטור אף מפשיעה, והוא מחייב רק בנידונו, שהבין מן הדברים שאפשר שהשומר התכוון להיפטר רק מגנבה ואבדה, אבל במקרה אחר יש לפרש שהתכוון לומר: "עשה את הנכס הפקר, ואזכה בו כזוכה בהפקר, ואחר כך אוכיל אותו ואתן אותו למי שתרצה" (ראה בשמו בסעיף 14, הערה 32). גם שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן כט (דף קנה ע"ד), כתב שמהר"ט יפטר מי שהתנה בפירוש שיופטר בפשיעה.

ה. גם פעמוני זהב, רצא, ב, חולק על מהר"ט, ומנמק, שברור שאדם זה לא התכוון להיות שומר אבדה, שהרי אם התכוון לכך, לא הרוויח דבר בזה שהשליך את הנכס. עוד נימק, שאם יהיה שומר אבדה, יצטרך להיות שומר שכר (לדעה ששומר אבדה הוא שומר שכר), ובוודאי לא התכוון לכך.

ו. שאילות משה (רוזין), חו"מ, סימן סב, אותיות א"ב, משיב על הטענה שזו אבדה מדעת ושווה שמירה בעל כרחו: מאחר שהסכים לקחת את הנכס, וידע שיסתלק בעל הנכס, ושהנכס יגיע למקום שבעליו לא יוכל לשמרו, יש לשער שקיבל על עצמו שמירה מטעם שומר אבדה, ואף על פי שאמר שאינו מקבל על עצמו שמירה, כוונתו היא שאינו מקבל על עצמו להיות שומר בכל פרטי דין שמירה, אבל חייב כשומר אבדה.

ז. חקר הלכה, ערך שומרים, אות ג, כותב שגם קצות החושן מסכים שהמקבל על עצמו שמירה, אלא שהתורה פטרתו (נידונו — שומר קרקע או שטר או הקדש), הוא שומר אבדה, ומכל מקום התורה פטרתו מאחריות. עיין שם בדבריו, שאין נפקות מכן, אך הוא מוכיח מזה לעניין אחר.

להערה 266

א. ר"מ פיינשטיין, מוריה י, גל' ט"י (אב תשמ"א), עמ' מח, הוסיף שגם אם זרק אותו שמעון לרשות הרבים, ואחר כך ראה שראובן לא בא לקחת את הנכס מרשות הרבים, אין עליו חיוב כשומר אבדה, מפני שזו אבדה מדעת.

ב. כמו כן, זכור לאברהם (אלקלעי), חו"מ, ערך שומר, כותב שראובן ששלח לשמעון סחורה, בלי שביקש ממנו שמעון (המקרה ליד ציון הערה 236), שמעון פטור משמירה מפני שלא קיבל על עצמו שמירה, וראובן שלח לו בלי ידיעתו, ואף על פי שלא הודיע לראובן בכתב שאינו רוצה, אין זה אומר שהוא קיבל על עצמו שמירה, שהרי ראובן גרם הפסד לעצמו, ושמעון לא היה מחויב להודיע לו שאינו רוצה, כיוון שמתחילה לא ביקש ממנו שישלח לו שום דבר, שנחייב אותו לכתוב לו משהו. הוא נוקט שאחר כך פגש אותו ואמר לו שמעון שיקח את הסחורה חזרה. ונראה שגם אם זה לא קרה, שמעון פטור, אלא שנקט כך מפני שאילו פגשו זה את זה ולא אמר שמעון כלום לראובן, זה היה מחייב את שמעון בשמירה מטעם "שתיקה כהודאה".

ג. אך בסעיף 1(ג), הערה 178, נראה שמי ששלחו לו מכתב עם מעטפה מבוילת לתשובה, הוא שומר שכר על הכול, אף על פי שלא ביקש מן השולחים שישלחו לו. כמו כן, שו"ת הרשב"ש, סימן קל, עוסק בראובן שהניח נכס בבית שמעון בלי ידיעתו, כדי להבריחו מהשלטון, ושמעון אמר לאשתו שזה מסכן אותו ולכן מסר אותו לאחר, והרשב"ש דן מצד שומר שמסר לשומר (ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 82) — מכאן ששמעון חייב בשמירה. ועיין שו"ת שרגא המאיר, חלק ה, סימן צג, על מי ששלחו לו ספרים שלא ביקש לקנות.

- א. רו"ג גולדברג הוסיף לנמק, שכאן הבעת רצון אינה מחייבת, כיוון שבעל הנכס אינו נוכח. וראה במילואים להערה 36, בשאלה האם מועילה הבעת רצון לשמור, שלא בנוכחות בעל הנכס.
- ב. פוסקים נוספים כתבו ששומר אבדה צריך קניין, אך לא כתבו שזה גם לדעה ששומר רגיל אינו צריך קניין: רמ"ך, בשיטה מקובצת, ב"מ ל ע"ב (הובא בשו"ת פרי יצחק, חלק ב, סימן סב), כותב שאם דחף בהמה (שמצא) והלכה מעט, או אם הנהיג אותה בקולו, או שהלכה על ידי שורק בה אבן, נתחייב בהשבתה מפני שזה קניין כמו במכר, ואם אבדה הוא חייב — מכאן שצריך קניין. שו"ת עמודי אור, סימן קיד, אות ג, כותב ששומר אבדה צריך משיכה או הגבהה, כדי שתיכנס לרשותו. שו"ת כרם שלמה (קוטלר), חלק ג, סימן פא (עמ' קג), כותב ששומר אבדה צריך קניין כדי להתחייב.
- ג. שו"ת הרשב"א (שצוין בהערה 258), שנימק (בהסבר השני) את חיוב שומר אבדה בכך שמיניחים שקיבל על עצמו לשמור, נוקט לשון "קיבלה עליו כשהגביה האבדה". אך אין נראה שהתכוון דווקא להגבהה של עשיית קניין, שהרי אין סיבה להניח שרק אם עשה קניין הסכים לשמור. אדרבה, מדברי קצות החושן עולה שלדעתו אין כאן הסכמה מכלל לשמור, שאילו כן, היה די בהסכמתו לשמור גם בלי מעשה קניין (ראה על דעתו זו, במילואים להערה 259).
- ד. עשה קניין שלא ככוונה להשיב: אמרי הצבי, שם, כותב שאין צריך שיעשה מעשה קניין ככוונה להשיב, ובלבד שלא יעשה אותו ככוונה לגזול (ראה במילואים להערה 259). אך רו"ג גולדברג סבור, שרק מי שמגביה את הנכס על מנת לשמור, מתחייב כשומר אבדה, אבל אם הגביהו שלא על מנת לקיים מצוות השבת אבדה, ולא התכוון לשמרו כשומר אבדה, אלא הגביהו על מנת להניחו במקום אחר, דינו שנוי במחלוקת פוסקים בהלכות אבדה. מדבריו יוצא שאם כלל לא ידע שזו אבדה, הוא פטור, משום שלא עשה קניין על דעת להשיב. על מי שלא ידע שזו אבדה, ראה במילואים להערה 271 בשם רח"א מילר.
- ה. קניין חצר שנעשה לפני שהנכס נעשה אבדה: כרם שלמה שם כתב שגם אם האבדה מונחת כבר בחצרו, מכל מקום מאחר שאינו עוסק בנכס בתורת שומר אבדה, לא נעשה שומר על ידי קניין חצר.
- ו. אך אבני החושן, רצא, ס"ק ב, כותב שיש חיוב שומר אבדה גם אם בזמן שנכנס לרשותו לא היה במצב של אבדה, ולא ידע שצריך לקבל שמירה עליו. מתוך הנחה זו, הוא מתקשה בדברי תוספות, ב"מ מב ע"ב (ד"ה הכא), שכתבו על מי ששומר נכס עבור מישהו שקנאו, והתברר שהוא מקח טעות, שהשומר חייב כלפי המוכר משום שהקונה אחראי בשמירה כלפי המוכר (כאמור ליד ציון הערה 216). קושייתו היא: הרי גם אילו הקונה לא היה חייב בשמירה כלפי המוכר, היה השומר אחראי בשמירה כלפי המוכר בתור שומר אבדה, אף על פי שבשעה שנכנס הנכס לרשותו לא ידע שזו אבדה, ושיצטרך לקבל על עצמו שמירה כלפי המוכר? הקושייה מתורצת לפי צבי גאון יעקב (במילואים להערה 216) האומר שהקונה חייב מטעם שומר אבדה, ולכן אילו לא היה חיוב זה מאיוו סיבה, גם השומר עבורו לא היה חייב כשומר אבדה, מאותה סיבה.
- ז. גם רו"ג גולדברג סבור שמי שהנכס מונח בחצרו, וחשב להשיבו לבעליו, נעשה שומר אבדה, משום שקנאו בקניין חצר.
- ח. רח"א מילר הקשה, אם מפרשים שמצוות "ואספתו" כוללת חיוב תשלום על נזק לאבדה (ראה במילואים להערה 258), מדוע נפרש שחיוב התשלומין הוא דווקא כשהגביה את הנכס, אולי הוא חל כבר משעת ראיית האבדה, שזו מתחילה מצוות השבת האבדה? יש להשיב על כך, שמצוות נטילת האבדה נפרדת ממצוות שמירתה, ואמנם בשעת הראייה הוא מתחייב לטול אותה, אבל אם לא נטל אותה, לא חייבתו התורה בתשלומין, מפני שאי אפשר לשמרה או עדיין; והמצווה השנייה, חובת השמירה, חלה רק כשהוא מגביה את האבדה, שאז יכול לשמור אותה, וחייב זה כולל חיוב תשלומין.
- ט. שו"ת פרי החיים, יו"ד, סימן מ, מקשה על קצות החושן, הלא שומר אבדה נהנה מפרוטה דרב יוסף בתחילה (לדעה בסעיף 1(ג1)), במילואים להערה 229, שפרוטה דרב יוסף היא על עצם הגבהת האבדה ולא רק על הטיפול בה, ושומר שקיבל שכר מקודם חייב גם אם לא עשה קניין, גם לדעה ששומר רגיל צריך לעשות קניין (ראה ליד ציון הערה 137)? הוא מתרץ, שהנאת פרוטה דרב יוסף באה רק בעקבות התחייבותו בשמירה, שמתילה עליו את המצווה שפוטרת אותו מלתת צדקה, וכל זמן שלא עשה קניין, לא נתחייב בשמירה, ואין מצווה, ואינו נהנה מפרוטה דרב יוסף, ולכן אין זה יכול לחייבו. אך רו"ג גולדברג דחה תירוץ זה, שהלא הנאת פרוטה דרב יוסף באה משום שעוסק במצווה, והרי הוא נחשב עוסק במצווה גם לפני שעשה קניין מחייב, כגון שמשך את האבדה ברשות הרבים, לדעה שמשכיכה ברשות הרבים אינה מחייבת שומר (ראה במילואים להערה 129). מאידך גיסא, העיר רו"ג גולדברג, שלדעה ששומר אבדה הוא שומר חנם, הוא בוודאי פטור אם לא עשה קניין, אף על פי שנהנה מפרוטה דרב יוסף, ואין שכר זה נחשב קניין לחייבו, מאותה סיבה שלדעה זו השכר הזה אינו נחשב שכר לעשותו שומר שכר — מפני שאינו שכיח (ראה סעיף 1(ג1)), ליד ציון הערה 222).
- י. שו"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט, מקשה על ההסבר (ראה במילואים להערה 263) שנפקד היוצא לדרך כשהנכס מונח על כהמתו (המקרה שליד ציון הערה 80) חייב כשומר אבדה, הרי מי שראה אבדה ולא הגביה אותה אינו חייב באחריותה, וכאן משיכת הבהמה אינה נחשבת קניין לנכס שעליו, שהרי זו חצר מהלכת (ראה על כך במילואים להערה 129; וראה במילואים להערה 80, בשאלה האם שם קניין)? הוא מסביר שבמקרה ההוא היה נזק קרוב לוודאי, כלשון הרא"ש (הערה 80): "אם לא ישמרנו וודאי יהיו אבודים", ולכן הוא חייב, כמו פועל בדבר האבד שחזר בו, שחייב מפני שהמעסיק סמך עליו (כמו שכתב חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ עג ע"ב), ואף כאן, בעל הנכס היה בטוח שהנפקד לא ירצה לעבור על הלאו "לא תוכל להתעלם" (דברים כב, ג) (שחל גם אם לא הגיע הנכס לידו), ולכן סמך עליו שישמור, וזה מחייב את הנפקד. וראה ליד ציון הערה 9, בדבר השוואת שומר לפועל; וכאן אין כוונתו לומר שיש לשומר דין של פועל, אלא הוא אומר שחייב מדין ערב כמו פועל. אך רו"ג גולדברג התקשה בדבריו: גם אם נאמר שפועל שחזר בו חייב מדין גרמי (ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 518, שהריטב"א שם מחייב פועל מדין ערב), זה משום שנתחייב גופו לעבוד, ולכן כשלא קיים את חיובו הוא נחשב מזיק, אבל נפקד זה אינו חייב להברו חיוב תשלומין, וחייב רק חיוב של גמילות חסד, מצוות "לא תוכל להתעלם" כלפי שמים, ואם כן, כשאינו מקיים את המצווה אינו חייב מדין גרמי, כמו שמתע, זה, יד שלא העיר אינו חייב לשלם מדין גרמי על נזק שגרם בכך, כפי שהסביר הרמב"ם בקונטרס דינא דגרמי.
- יא. דעה הפוכה: שאילות משה (רוזין), חו"מ, סימן סב, אות ב, כתב שגם לדעה ששומר רגיל צריך קניין, שומר אבדה אינו צריך. גם ברכת שמואל, ב"מ, סימן טז, אות ג, וסימן יז, אות ד (הובא בחידושי ר' אריה לייב, מאלין, חלק א, סימן עח), כותב בשם ר"ח

מילואים לסעיף 1(א)

סולובייצ'יק, ששומר אבדה מתחייב בהגבה בלבד, בלי קניין, משום שחיובו הוא בלי רצונו, שהתורה מחייבת אותו. גם שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צו, אות יח"ט, כותב ששומר אבדה חייב בלי קניין, שהרי נפסק (שו"ע, חו"מ, רסג, ב) שמי שדחף בהמה אבודה נתחייב בהשבתה, ומן הסתם מדובר גם ברשות הרבים, אף שאין משיכה קונה שם, ומאחר שנתחייב בהשבה, נתחייב באחריות, ובלבד שיתחיל בהשבה (הוכחה זו כתב בקיצור גם שאילת משה שם). הוא מקשה (באות כא), מדוע אין אומרים שגם אם לא התחיל בהשבה, יתחייב באחריות כיוון שחל עליו הלאו "לא תוכל להתעלם"? באות כז (הובא בשו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן ו, אות ד), הסביר על פי חידושו (ראה בשמו במילואים להערה 127) שגם לדעה המצריכה קניין, הנפקד מתחייב על ידי התעסקות בשמירה גם בלי קניין — לפי זה שומר אבדה מתחייב מעת תחילת עיסוקו בהשבה, אך לא כבר מהרגע שחל עליו איסור "לא תוכל להתעלם". מצד שני, הוא כותב שגם לדעה ששומר רגיל אינו צריך קניין, אלא מתחייב משעת הסתלקות בעל הנכס, יש משמעות להחלת השמירה בשומר אבדה, שהרי בזה אין לחייב על פי הסתלקות בעל הנכס (כיוון שהסתלק בשעה שאבד, ולא משום שסמך על השומר-המוצא), וגם אין לחייב בעשיית משיכה מעיקר הדין, שהרי מעיקר הדין משיכה מחייבת רק אם אמר המקנה "משוך וקנה", או שמשך בפני בעל הנכס (שו"ע, חו"מ, קצז, ג; צריך להוסיף, שלדעה זו אין לומר שהמשיכה תועיל מכוח תקנת חכמים, שכן לפי דעה זו מעולם לא תיקנו חכמים משיכה בשומר לעניין חיוב אחריות), אלא הוא מתחייב משעת התחלת השמירה, כיוון שהתורה חייבה אותו. קבא דניחותא, סימן כד, כותב שאמנם לדעה ששומר אבדה הוא שומר שטר משום פרוטה דרב יוסף, צריך קניין, אבל לדעה שזה משום ש"רדחמנא שעבדיה" (ראה סעיף 1(ג), במילואים להערה 220), הרי מאחר שהוא שונה משאר השומרים ששומרים מרצונם, אינו צריך לעשות קניין גם לדעה שברוך כלל צריך קניין, אלא הוא חייב ברגע שרואה את האבדה, גם אם לא נגע בה. בדומה, ר"י סגל, "בדיני שומרים", נועם כ (תשל"ח), עמ' קכד, כתב שגם לדעה ששומר צריך לעשות קניין, כל שומר שלא עשה קניין חייב כשומר אבדה (אך לפי דברי רז"ג גולדברג, שהבאנו במילואים להערה 265, אם בעל הנכס ידע שהשומר צריך לעשות קניין, אין לחייב משום שומר אבדה, מפני שזו אבדה מדעת).

להערה 271

א. רח"א מילר הסביר, שאף על פי שאם השומר אינו יודע שזו אבדה, אינו חייב כשומר אבדה (ראה בשמו במילואים להערה 100, על המרחשת; להערה 149, על חקר הלכה; ולהערה 192, על צבי גאון יעקב; ועל שאלה זו ראה במילואים להערה 258 ולהערה 269), זה כגון שלא עשה קניין בנכס במטרה להיות שומר אבדה, אבל כאן עשה קניין במטרה להיות שומר אבדה, ולכן המשיכה מחייבת אותו על כל ערכו האמיתי אף על פי שאינו יודע מה ערכו. אך קשה על דעתו היסודית, מזה שהקונה במקח טעות נחשב שומר אבדה עוד לפני שנתגלה המום (ראה במילואים להערה 216 בשם צבי גאון יעקב) אף על פי שלא ידע שהנכס אינו שלו.
ב. אמרי דוד, מצווה נט, אות א, כותב כאילו זו דעת קצות החושן. בד"צ דמכון הוראה במאנסי, מקבציאל א (אלול תשמ"ד), עמ' טז, כותב כאילו קצות החושן אומר ששומר אבדה שטעה בערך הנכס, חייב בכל ערכו מפני שבעל הנכס לא הטעה אותו.

להערה 273

א. יש להעיר שהמקור שהוא מביא לכלל שהוא מניח, הוא רמ"א, חו"מ, רלב, יח, האומר שהקונה מתכת בחזקת בדיל ונמצאת זהב, לא קנה; ולפי זה הדין היה צריך להיות שהשומר פטור לגמרי, כמו ששם לא קנה כלל. אך רח"א מילר סבור שבאמת שם קנה זהב כערך הבדיל שרצה לקנות, ורק את הזהב העודף לא קנה, ולכן גם כאן חייב כשומר לפי הערך שחשב.
ב. דעות חולקות: פיתי מנחה, על ספר החינוך, שם, אות ה, דוחה את סברת קצות החושן, בכך שהקניין כאן נחוץ רק כדי להתחייב בשמירה, ודווקא בקניין שנעשה כדי לקנות את הנכס, אם לא ידע את מהות הנכס, לא קנה.
ג. כמו כן, חזון איש, ב"ק, סימן ו, ס"ק ו, כתב שחייב לפי הערך הגבוה, מפני ששומר אבדה אינו צריך לעשות קניין מתוך ידיעה, אלא כל עשה קניין על דעת להחזיר, הוא מתחייב בכל ערכו. אך הוא נוקט שחייב בזה רק אם נודע לו אחר כך ערכו האמיתי. זאת בניגוד לשומר רגיל, שמשלם כערך הנמוך גם אם נודע לו אחר כך ערכו האמיתי — ראה ליד ציון הערה 152.
ד. שושנת יעקב, רצא, ד (ס"ק ג), מקשה על קצות החושן, שלדבריו הדין צריך להיות שגם שומר רגיל, לדעה המצריכה בו מעשה קניין (ליד ציון הערה 127), יחויב רק לפי הערך הנמוך שהוא ייחס לו בטעות, ואם כן, מדוע פסק קצות החושן שהשומר חייב לפי הערך הגבוה האמיתי אלא אם כן הטעה בעל הנכס (ראה ליד ציון הערה 158)?
ה. שאילת משה (רוזין), חו"מ, סימן סב, אות ב, מסתפק בדין זה: האם ישלם לפי הערך הנמוך מפני שהוא אנוס (הנימוק ליד ציון הערה 272); או שמא זה נחשב פשיעה, בזה שלא העלה על דעתו שזה יקר יותר, כיוון שהוא מכיר את עצמו ויודע שאינו מומחה בהערכת נכסים כאלו? אך פשוט לו שאחרי שנודע לו הערך האמיתי, הוא חייב לפי הערך האמיתי.
ו. דינים אחרים מיוחדים בשומר אבדה: בסעיף 2(א), ליד ציון הערה 440, נראה שאינו חייב בהזיק שאינו ניכר, ודווקא שומר רגיל חייב בו (לדעה אחת, שנביא בסעיף 2(א), שם), מפני שקיבל על עצמו שמירה מרצונו (אך לפי הנימוק ליד ציון הערה 259, גם שומר אבדה מסכים לשמור). ראה שם, במילואים להערה 402, בשם קובץ באורים, לדין שומר אבדה בנוק זמני. על חיוב שומר אבדה כשנרקבו מקצת הפירות, ראה סעיף 2(א), במילואים להערה 219 ולהערה 402. על קרקע או שטר שהם אבדה, ראה במילואים להערה 280, אות ז, בשם פרי החיים. ראה סעיף 11, במילואים להערה 150, בשם מחזה אברהם, ששומר אבדה שאמר לבעל הנכס: "טול את שלך", פטור לגמרי, שלא כשאר שומרי שטר, מפני שלא קיבל את השמירה ברצון (אך לפי הנימוק ליד ציון הערה 259, אכן הסכים לשמור). לעניין שומר אבדה כשבעל האבדה קטן, ראה סעיף 13, במילואים להערה 5. לשאלה האם שומר אבדה רשאי לקסרה לאחר, ראה סעיף 3, במילואים להערה 7. לשאלה האם יש חובת השבה בשומר אבדה, ראה סעיף 11, במילואים להערה 258.

להערה 278

בב"מ נו ע"ב דורש התלמוד מפסוקים אלו שכל הנכסים (מלבד קרקע או שטר) בכלל. כך כותב גם שו"ע, חו"מ, רצא, ב: "כל דבר".

מילואים לסעיף 1(א)

ב"מ צד ע"ב (הובא בטור, ח"מ, רצא, א, וברמב"ן על התורה, שמות כב, ו) נאמר שאף על פי שבשומר חינום נאמר "כסף וכלים" (שמות כב, ו), ובשומר שטר — "בהמה" (שמות כב, ט), גם במצבים הפוכים יש חיוב שמירה.

להערה 279

א. שו"ת המ"א, סימן פו (ד"ה אמנם ב' תביעות); שו"ת חבצלת השרון, מהדורא קמא, ח"מ, סימן ל' (ד"ה ומה); גידולי שמואל, ב"ק מה ע"א; שו"ת דברי משה (זקס), סימן א, ענף ג וענף ז וענף יא; שו"ת בית יצחק, ח"מ, סימן יד, אות ב; שו"ת כהנותן עולם, סימן מג (מו ע"א); שער משפט, עב, ס"ק יא; ותפארת חיים (סוף ספר בית ידויה, חלק ב), על בכורות טו (דף פג ע"ב, בדפי הספר) — מביאים את הדין ששומר קרקע או שטר פטור.

ב. נימוקים הגיוניים להפטר זה: מאירי, שבועות מב ע"ב, נוקט ששומר קרקע פטור, מפני שהקרקע תמיד בפנינו. כך נימק גם מגדל דוד, ספר מצווה, מצווה רמד, שידוע שקרקע אינה צריכה שמירה, והסיכוי שתהיה פשיעה בקרקע הוא קטן. אך חידושי ר' יצחק קרקושה, שבועות שם, מוצא אפשרות שתניק: שישטפו אותה מים, או יטלוה (=ישתלטו עליה) אנשים. א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ספר ב, פסקה פד, הסביר שבקרקע אין חיוב שמירה, מפני שאינה עוברת מרשות לרשות, כלומר, שלכן אין סכנה שתניגב. צ' קרל, הרביץ ז, עמ' 277, נימק ששומר קרקע פטור מפני שלא שייכת בו שמירה. מגדל דוד, שם, נימק את הפטר שומר עבד, בכך שבר דעת שומר את עצמו (ראה ליד ציון הערה 325, שיש שפטר מטעם זה מי ששומר על בן חורין); ואת הפטר שומר שטר, נימק בכך שיש סיכוי קטן בלבד שייגנב או יאבד שהרי אין בו תועלת לאחריים. ר"י יגל, ניב המדרשה, תשכ"ח, עמ' כא-כב, הסביר שקרקע או שטר נתמעטו משמירה ואינם בני שמירה, מפני שאין פגיעה מצויה בהם כבמיטלטלין, ועוד, שבלאו הכי גם בעליהם אינם מפקחים עליהם, כיוון ששמירתם קלושה, ולכן הסתלקות בעל הנכס אינה מחייבת את השומר (ראה שם במילואים להערה 10, ששומר רגיל מתחייב על ידי הסתלקות בעל הנכס משמירתו). לנימוקים הגיוניים נוספים עיין בית שלמה (אבעל), שער י (פג ע"א); נתיבות תורה (ברטלב) א (תשנ"ב), עמ' שצ.

ג. גן נעול, כפתור ד, פרח א (ג ע"א), כותב בתחילה שהתורה פטרה שומר קרקע או שטר מתוך נימוק הגיוני, שמחמתו בני אדם אינם מוכנים להתחייב בשמירה עליהן, וזה אינו רק גזרת הכתוב, שהרי אילו אנשים היו מוכנים להתחייב בקרקע או שטר, התורה הייתה צריכה לחייב בהם, לפי תוספות, כתובות נו ע"ב (ד"ה הרי), שאמרו שהתורה מחייבת שומר לפי מה שהיא מעריכה שהוא מוכן להתחייב. הוא מוצא נימוקים אחרים: א' אפשר להברית קרקע ועבד כמו במיטלטלין. (ב) גם אם יקרה נזק לקרקע או לעבד, הכול יודעים מדוע זה קרה, שהרי אינם נשמרים בהסתר, ולכן אין לחייבו להישבע, שהרי אין אדם כופר במה שחברו יודע. (ג) שומר שטר אינו צריך שבועה מפני שאין זה מצוי שאדם אחר יחמוד אותו, וגם אינו עשוי שישתמש בו, שזה יגרם שיקרה משוה בפשיעתו, ובוודאי הסיבה לנוק היא אונס. (ד) גם שואל שטר פטור באונס מפני שאין דרך להשתמש בו (אך הוא מעיר שאפשר לשאלו לקראתו — ראה סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 93). (ה) בקרקע ועבד לא שכחים אונס או גנבה ואבדה, ובשטר לא שכחות גנבה ואבדה, שהרי לא יוכל הגנב לגבותו בו (צריך להוסיף: וגם הלווה עצמו לא יגנוב אותו כדי להיפטר מהחוב, שהרי הוא יוחזר מיד בגנבה), ומאחר שאין זה שכחות אין השומר משעבד את עצמו, מפני שהוא חושב שאין צורך בכך. (ו) גם אם השומר הביע נכונות להתחייב בשמירת נכסים אלו, אין זה מועיל (בלי קניין — ראה סעיף 14, פרק ד), מפני שרוב בני אדם אינם מוכנים להתחייב בשמירת נכסים אלו, ואם כן בטלה דעתו. אך אחר כך (דף ג ע"ד) הוא מעלה אפשרות שההפטר בנכסים אלו הוא רק גזרת הכתוב.

ד. ראה סעיף 1(ב), במילואים להערה 2, שיש דעה ששומר נכרי חייב גם בקרקע או שטר.

ה. צירוף סוגי נכסים: גן נעול, כפתור ד, פרח ה (והרמזו בפרח ו, אות ג, דף יד ע"ד), כותב שאם קיבל לשמירה מיטלטלין וקרקע או שטר יחד, מתוך שחל חיוב שמירה על המיטלטלין, חל גם על הקרקע או השטר. זאת על פי הכלל שהמתחייב בשני דברים ביחד, אחד שחייבו מועיל בו ואחד שלא מועיל, חייבו חל בשניהם. בכך הוא מיישב את תשובת הרא"ש (ראה במילואים להערה 308) שמחייב שומר שטר שהחזיר אותו ללווה: הרא"ש עוסק בשותפים, שהיו שותפים גם במיטלטלין וגם בשטרות, והתנו ביניהם שכל אחד ישמור הכול זמן מסוים; ומאחר שחל חיוב שמירה על המיטלטלין, חל גם על השטר. ראה גם במילואים להערה 308, שהוא מסביר גם את תשובת הרי"ף על פי חידוש זה.

ו. חיוב מדרבנן: חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ נח ע"א, כותב שבקרקע ובשטר אין חיוב שבועה אפילו מדרבנן. כוונתו היא, שהם שונים משומר הקדש, שחייב שבועה מדרבנן, כפי שנראה בסעיף 13, ליד ציון הערה 67. אבל חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ נו ע"ב, כותב שהשומר צריך להישבע שבועת היסת. אך זוהי שבועה שחייב כל נתבע להישבע, ואינה כמו השבועה שחכמים תיקנו בהקדש. כמו כן, אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן לט, כותב בדעת שו"ת הרי"ף, סימן קסח, שחייב להישבע מדרבנן.

ז. השוואה למזיק שטר: בית אהרן, ב"מ נו ע"ב (ד"ה יצאו), מביא שמעייני החכמה הקשה, לדעה שגרמי שטר, ואפילו שורף שטר פטור (ב"ק צח ע"א), מדוע צריך פטור לשומר שטר? הוא מיישב, שהיה מקום לחשוב ששומר חמור יותר ממוזק כיוון שקיבל עליו לשמור מנוק זה, ולכן הוצרך פטור לשומר. כך תירצו גם שו"ת ראשי בשמים (גוריון), ח"מ, סימן ק, אות יא, ובית שלמה (אבעל), שער י (פג ע"א), הגהה יד. כך תירץ גם מימי הדעת, דף יא ע"א, והוכיח שהקבלה מביאה להחמרת הדין, שהרי אף במיטלטלין פשיעה היא גרמא (ראה ליד ציון הערה 16) ומכל מקום השומר חייב מפני שקיבל על עצמו חיוב. לסברא דומה, ראה להלן במילואים להערה 284, אות ג, בשם יקב זאב, ולהערה 304, ובסעיף 13, במילואים להערה 46, לעניין שומר הקדש. רא"י בלון, בספר שיעורי הלכה, עמ' קפג, הסביר שלולא הפסוק היינו אומרים שאף על פי שאין לחייב על הנזק שנגרם לנייר, הוא חייב בשמירה על החוב עצמו, שבוה אין לפטור מטעם גרמי (נראה שכוונתו היא, שדווקא מוזק שטר נחשב גרמי מפני שהזיק לנייר וגרם לאבדן החוב, אבל שומר תפקידו לשמור על החוב, ולכן אם פשע, אבדן החוב נחשב נזק ישי); והפסוק מלמד שפטור גם על החוב עצמו, מפני שהנכס שבו נעשית פעולת השמירה, השטר, אין גופו ממון. ר"ונ גולדברג, "מוזק דבר שיש לו ערך אישי רק לבעליו", תחומין ח (תשמ"ז), עמ' 173, תירץ, שגם למי שפוטר בגרמי, מוזק שטר חייב לשלם את ערך השטר כראיה (והוא פטור רק מהסכום הנקוב בשטר), והפסוק מלמד ששומר פטור גם מזה (ראה בשמו במילואים להערה 286).

ח. בשאלה מדוע אין מחייבים שומר קרקע או שטר מדין ערב, ראה במילואים להערה 20.

להערה 280

א. כמו כן, חידושי הרמב"ן, ב"מ פ ע"ב, פטור את השוכר עבד מחברו אפילו פשע בו, והרי שוכר הוא שומר שטר.

מילואים לסעיף 1(א)

ב. ערך ש"י, חו"מ, סו, מ (ד"ה ואם), מסביר שאין אומרים שיחויב בגלל הנאתו מהשכר (כלומר, בהתחייבות מיוחדת, לא כשומר), שהרי אם יחויב לשלם, נמצא שלא נהנה מן השכר, שהרי יפסיד סכום גדול יותר מן השכר שהוא אמור לקבל. אך דבריו קשים, שהלא ליד ציון הערה 12 הבאנו ששומר שכר ושואל (במיטלטלין) חייבים מפני הנאתם (אלא ששם זה מצטרף עם דין התורה ששומר מיטלטלין חייב). את עצם סברתו יש לדחות, שאף על פי שיתכן שיפסיד הרבה, מכל מקום אין ודאות שיקרה נזק, והוא מוכן להסתכן בזה כדי לקבל שכר ודאי. על קושייתו יש להשיב, שכדי להתחייב בהתחייבות מיוחדת (שלא בתורת שומר רגיל) תמורת שכר, צריך לומר בפירוש שהוא מוכן להתחייב לשלם, כפי שהסברנו במילואים להערה 12, וזה לא קיים בדרך כלל בשומר, שאומר רק שהוא מוכן לשמור.

ג. פשיעה בשומר שכר: רא"ש, שבועות, פרק ו, סימן כד, מביא שהרמב"ן (בכתב יד: הרמב"ם) והראב"ד מחייבים שומר שכר בפשיעה בקרקע או בשטר. מנחת סולת, על ספר החינוך, מצווה נו, מביא שהרב השואל בשו"ת בשמים ראש, סימן קפה, הבין שהראב"ד פוטר שומר חנים בפשיעה ומחייב רק שומר שכר, ושכן הבין שו"ת מהר"ק, שורש ו, בדעת הסמ"ג (יצוין שמהר"ק ובשמים ראש דיברו על הקדש ולא על קרקע או שטר, אך בדרך כלל דיניהם שווים). גם ישועות יעקב, אור"ח, סימן שו, ס"ק ג, כתב שהסמ"ג מחייב שומר שכר בפשיעה. גם שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סימן ג, מביא שהסמ"ג מחייב שומר שכר בפשיעה בקרקע או בשטר, ופוטר שומר חנים; ומוכיח שגם חכמת שלמה, ב"מ נח ע"א, סוכר כסמ"ג (עיין שם, להוכחתו). כמו כן, חידושי מהרש"ג, שבועות מג ע"א (על רש"י ד"ה אינו משלם), מדייק מרש"י שלדעתו שומר שכר בקרקע או בשטר חייב בפשיעה. כמו כן, שו"ת פאת נגב, חו"מ, סימן ח, כותב שהר"ף סובר ששומר שכר בקרקע או בשטר חייב בפשיעה, ומיישב בכך מרוע בתשובתו, סימן קטח, הוא מחייב פושע בשטר — מפני שהוא עוסק בשומר שכר. אך כנסת הגדולה, חו"מ, שפ"ו, הגהות הטור, אות פז, כתב שהר"ף שם מחייב שומר שכר אף על פי שבנידונו קרתה גנבה ואבדה. על תשובת הר"ף, ראה במילואים להערה 296.

ד. מלאכת בצלאל, שבועות מב ע"ב, מנמק את הדעה ששומר שכר חייב בפשיעה ולא בגנבה ואבדה, שסתם שומר שכר (בנידונו לשומר חנים) רוצה להתחייב בפשיעה כיוון שנהנה, ורצונו להתחייב מועיל לחייבו גם בקרקע או בשטר לעניין פשיעה (גם אם לא אמר במפורש שהוא רוצה להתחייב), מפני שזו גרמא בנוזקין, ואדם יכול לקבל על עצמו להתחייב בגרמא (כסברת מחנה אפרים, בסעיף 14, ליד ציון הערה 76, שנאמרה בשומר שקיבל על עצמו במפורש חיוב פשיעה בקרקע או בשטר), אבל בגנבה ואבדה לא מועיל רצונו בלבד מפני שזה פחות מגרמא, אלא זה חיוב שהטילה עליו התורה באשר נכסים, ובקרקע או בשטר לא חייבתו התורה. ה. נימוק נוסף לדעה זו יש בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ב, סימן קנג, שהסביר שמאחר שנעשה שומר והתחייב לשמור, חייב גם על נזק שקרה מעצמו, שהרי למעשה לא שמר; אבל זה נכון רק בשומר שכר שהתחייב לשמור תמורת השכר, אבל שומר חנים חייב רק משום שהלה סמך על שמירתו, כמו שכתב הרשב"א (ראה הערה 15), ואם כן בקרקע ובשטר, שאינם בדיני שמירה, שומר חנים פטור אף מפשיעה, שהרי לא סמך בעל הנכס על שמירתו, מפני שידע שיהיה פטור.

ו. הבחנות שונות: מלאכת בצלאל, שם, מעלה אפשרות ששומר שכר חייב בפשיעה בקרקע או שטר, אם הוא מקבל שכר במפורש על שמירתו, אבל שומר שכר שאינו מקבל שכר במפורש, אלא משום פרוטה דרב יוסף וכדומה, אינו חייב בפשיעה, כפי שיש הבדל ביניהם בזה שהסוג השני אינו חייב ב"נטירותא יתירתא" (לדעה אחת — ראה סעיף 2(ב), פרק ד).

ז. שו"ת פרי החיים, יו"ד, סימן מ (דף צג ע"א), כותב, שבכל הדברים שנתמעטו משמירה, אם הקדים בעל הנכס שכר לשומר, הוא חייב בשמירה מטעם קניין כסף. הוא מוכיח זאת ממה שאומר מחנה אפרים (שנביא בסעיף 13, במילואים להערה 10), שאף על פי ששומר נכסי כרי פטור, הרי אם הקדים שכר לשומר, הוא חייב בשמירה מכוח קניין כסף. הוא כותב על פי זה, ששומר אבדה שהיא שטר או הקדש, מתחייב בגלל השכר המוקדם, שנהנה מפרוטה דרב יוסף ברגע שמגביה את האבדה. אך דבריו קשים, שהלא הוא אמר שם שהשכר שהקדים אינו מועיל אם לא עשה מעשה קניין, מפני שכל זמן שלא עשה קניין לא נתחייב בשמירה, ואין מצווה, ואין כאן פרוטה דרב יוסף, כפי שהבאנו בשמו במילואים להערה 269, ואם כן גם כאן נאמר שמאחר שזה קרקע או שטר, לא נתחייב בשמירה, וממילא אין מצווה, ואין כאן פרוטה דרב יוסף, ולא הוקדם לו שכר? ראה גם במילואים להערה 12.

ח. גם שו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צה, אותיות יד"טו, כתב שהקדמת שכר מחייבת בנכסים שנתמעטו מדיני שמירה, מטעם פועל, אם קיבל על עצמו אחריות בפירוש, והוכיח זאת מנתיבות המשפט (שהבאנו ליד ציון הערה 137), שכתב שהקדמת שכר מחייבת מטעם זה בלי עשיית מעשה קניין (ראה בשמו במילואים להערה 296, אות יז). אך בית יעקב, רצא, ג, מצוין שקשה עליו מכמה מקומות בתלמוד.

להערה 281

א. כך כתבו גם: חידושי הרשב"א, ב"מ נו ע"ב ושבועות מב ע"ב; ר"ן על הר"ף, שבועות כג ע"ב (בדפי הר"ף), וחידושי הר"ן, שבועות מב ע"ב; רא"ש, שבועות, פרק ו, סימן כד, קיצור פסקי הרא"ש, שם, ותוספות הרא"ש, ב"מ דף נו ע"ב ודף ע"ב, ושבועות מב ע"ב; מאירי, ב"מ נו ע"א ושבועות מב ע"ב; חידושי ר' יצחק קרקושה, שבועות מב ע"ב; מרדכי, שבועות, סימן תשעג; אגודה, שבועות, סימן לד (בשם ר"ן); חידושי הרמב"ן, ב"מ דף נו ע"ב ודף נח ע"א; נימוקי יוסף, ב"מ לב ע"ב (בדפי הר"ף); פסקי הר"ד, ב"מ נו ע"ב; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ נו ע"א; חוקות הדיינים, סימן קכט; שו"ע, חו"מ, צה, א; רמ"א, חו"מ, צה, א; סמ"ע, שם, ס"ק א; חכמת שלמה, חו"מ, סז, ז, על סמ"ע, ס"ק מה; שו"ת זקן אהרן (הלוי), סימן קמב; שו"ת מבית מאיר, חלק ב, עמ' קלד; איילת השחר, גיטין לו ע"א (ד"ה השאלו); שו"ת שמחת יהודה, סימן עב; ערוך השולחן, חו"מ, סימן סו, מה, וסימן צה, א. אך שואל קרקע או שטר המקבל על עצמו שמירה במפורש חייב אף בלי קניין — ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 78.

ב. רח"א מילר סבור שהמחייבים שומר שכר בפשיעה (ראה במילואים להערה 280), יחייבו גם שואל בפשיעה, שהרי לומדים דיני שואל משומר שכר על ידי יו" מוסיף על עניין ראשון" (עיין ב"מ צה ע"א) לעניין שפטור בקרקע ובשטר, ודון מינה ומינה; ובמיוחד לפי נימוקו של מלאכת בצלאל שהבאנו שם, ששייך גם בשואל.

להערה 282

א. רז"ג גולדברג הסביר, שמאחר שקיבל השומר על עצמו לשמור את הקרקע או את השטר, הוא חייב לשמור, ודבר זה לא נתמעט

מילואים לסעיף 1(א)

בדרשה של התלמוד, מפני שלא הוצרכה התורה ללמד שיש חיוב שמירה בפועל בכל שומר, שהרי זה בכלל דיני פועל, שאדם יכול לקבל על עצמו לעשות פעולה מסוימת; וחידוש התורה הוא רק שאם לא שמר, והנכס ניווק, הוא חייב לשלם, ורק מזה נתמעטו קרקע או שטר.

ב. אפיון דוד כותב שיש עליו חיוב שמירה גם כשזה כרוך בפעולה אקטיבית, כגון חיוב להעזר באנשים אחרים כדי להציל את הנכס, שומר חנים בחינם ושומר שכר בשכר (סעיף 6, פרק ד), וחייב שומר שכר להיות יושב ומשמר (סעיף 2(ב)), ליד ציון הערה (29); ועוד, יש לו דין שומר לענין נטילת שכר, ולענין שליחות יד (ולכן לא נקטה המשנה בקיצור, "אין להם דין שומרים"). דבר אברהם כותב, שלכן השגות הראב"ד, הלכות טוען ונטען, ה, ו, מחייב אותו להישבע שבועת "אינה ברשותי". וראה במילואים להערה 290, שיש אחרונים שהסבירו שנחלקו הרמב"ם והראב"ד בשאלה האם יש חיוב שמירה בפועל בקרקע ובשטר. שו"ת תשואת חן, סימן נד, מוכיח שקרקע ושטר לא נתמעטו לגמרי מדין שומר — עיין שם.

ג. נחל יצחק כותב ששומר שכר על קרקע או שטר חייב לשמור בפועל אף מפני גנבה ואבדה. יש נפקות מכך לשומר שכר שמסר לשומר חנים — ראה בשמו במילואים להערה 295.

ד. צפנת פענח, על הרמב"ם, הלכות תרומות, ב, י, עמ' 79, כותב שקרקע ושטר נתמעטו רק מדין שומרים, אבל מכל מקום יש עליו שם שומר, וזאת גם לפוסקים שפוטרים אף מפשיעה, אלא שהם סוברים שגם חיוב פשיעה הוא דין בשמירה ולא די שחשב שומר. ה. דעות חולקות: נר יצחק, סימן טו (עמ' 5), כותב ששומר קרקע או שטר פטור גם מחיוב שמירה. נתיבות המשפט, רצא, ס"ק לר, כותב בשם בית יוסף, סימן רצו (ולא מצאנוהו), ששומר קרקע או שטר בכלל אינו שומר, ולכן הוא פטור אפילו שלא יד הנכס, מפני שחיוב שליחות יד הוא רק על שומר (אך ייתכן שהוא יסכים שהוא חייב לשמור בפועל מדין פועל). בספר מגניו הגר"ח, סימן נא, כותב שלפי הריב"א, בתוספות, ב"ק סג ע"א (ד"ה דבר), אין בכלל שמירה בקרקע או בשטר. ראה גם במילואים להערה 302, בשם ערוך השולחן, שאין כאן חיוב שמירה, ויש נפקות מכך לשומר שמסר לשומר.

ו. הבחנה: ר' ירוחם ורהפטיג, בדרכי ירוחם, סימן קב, כותב ששומר חנים נתמעט אף מחיוב שמירה, ואילו שומר שכר חייב בשמירה בגלל הנאות, שזה מחייב אותו לשמור כפועל, ואם לא ישמור, נגנב או נאנס, מפסיד את שכרו (ראה סעיף 5, פרק ח). ועיין שם עוד נפקות לקניין להתחייב בשבועה. ובסימן קג כתב שהרמב"ם מחייב בפשיעה מפני שלדעתו גם שומר חנים יש חיוב שמירה בקרקע ובשטר. הוא סותר בזה חלקית לדבריו במזכרת, שצוינו בהערה.

ז. חיוב השבה: חידושי הר"ן, ב"מ קד ע"א (ד"ה ר"מ), מביא דעה שהמקבל שדה והוביר אותה חייב לשלם על פחת הקרקע, שמאחר שקיבל על עצמו לעבד את הקרקע, הוא חייב בכל נזק שיינוק הקרקע מחמת ביטול מלאכה, מדין שומר; והר"ן עצמו פטר, בנימוק שאין דין נפקות לקניין, חלקת יוסף, סימן כז, ס"ק ב, מבאר שהדעה הראשונה סוברת ששומר קרקע או שטר פטור רק מדין גנבה ואבדה ואונס, שהם חידושי התורה בשומר, אבל יש חיוב השבה (ראה בשמו במילואים להערה 4), ולכן חייב אם הוביר במזיד, שזה יותר מפשיעה; והר"ן סובר שבקרקע ובשטר אין אפילו חיוב השבה.

להערה 283

א. את דברי הרמב"ם הביאו: מאירי, ב"ק יא ע"ב; שיטה מקובצת, ב"מ קד ע"א; טור, חו"מ, סימן סו, מ, סימן צה, ב, וסימן שא, ב; מגיד משנה, הלכות טוען ונטען, ה, ו; שו"ת ר"א בן ארחא, סימן ט; חסד ומשפט, צה, ס"ק ד; שו"ת משיב מלאכה, חלק א, עמ' לא; שו"ת ארצות יהודה, סימן יז וסימן לו; ברוך טעם, שער ו, בדין "מעכשו" (ד"ה ובלאו הכי); ישועות יעקב, אהע"ו, פ, ס"ק י; שו"ת זכרון צבי מנחם, סימן ב; צפנת פענח (למהרי"ט), פרשת חוקת, דרוש ב (דף קע ע"ד); שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קפו; בית מאיר, אהע"ו, פ, יז; פתחי תשובה, חו"מ, סימן צה, ס"ק א, וסימן רצו, ס"ק ה; מאירי הלכה (מאן), חלק א, דף ב ע"ב.

ב. כך פסקו גם: ספר העיטור, מלווה על פה, ליד אות רפב; מגדל דוד, ספר מצווה, מצווה רמד; שו"ת הרמ"ה, סימן שו (הובא בטור, חו"מ, צה, ב); ש"ך, חו"מ, סימן סו, ס"ק קכו, וסימן צה, ס"ק ג; שו"ת שאלת יעבץ, חלק א, סימן פה (גם בדעת שו"ת מהרי"ל, דפוס קרקא, סימן ז); שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צד; שו"ת אבן שתייה, סימן פב, בדעת תלמידי הרשב"א, המובאים בבית יוסף, חו"מ, שכח, ב; שו"ת מקור חיים (סגלוביק), סימן כב. ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ד, סימן ד, מביא רק את הדעה המחייבת פושע, ומשמע מזה שזו דעתו.

ג. דעת רש"י: חידושי הרמב"ן, ב"מ נו ע"ב; נימוקי יוסף, ב"מ לב ע"ב (בדפי הרי"ף); חידושי הרשב"א, ב"מ נו ע"ב; חוקת הדיינים, סימן קל; מגיד משנה, הלכות שכירות, ב, ג (הובא בקונטרסי שיעורים, ב"ק, סימן יח, אות י, ועיין שם אות יא ואות יד על דעת רש"י, גם במאמרו של המחבר, בספר זכרון לר"י אברמסקי, עמ' שכב); שער המלך, הלכות חמץ ומצה, ד, ג; וחושן אהרן, סו, מ — מ כותבים שרש"י מחייב פושע. ועיין שו"ת פאת נגב, חו"מ, סימן ח, ובית אהרן, ב"מ נח ע"א, שהוכיחו שזו דעת רש"י. אך שו"ת שאגת אריה, סימן פח, כותב (בסוף דבריו) שאפשר שרש"י פוטר פושע. כמו כן, שושנת יעקב, שא, ס"ק ב, מוכיח מרש"י, ב"מ נח ע"א, שהוא פוטר פושע בשטר ובהקדש (עיין שם להוכחתו).

ד. דעת הראב"ד: רא"ש, ב"מ, פרק ד, סימן כא; חידושי הרשב"א, ב"מ נו ע"ב; נימוקי יוסף, ב"מ לב ע"ב (בדפי הרי"ף); ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ד, סימן ד; ספר מישרים, נתיב יד; והמאירי, ב"ק יא ע"ב, מביאים שהראב"ד מחייב פושע בשטר. הש"ך שם הסביר שאף על פי שבהשגותיו חלק הראב"ד על הרמב"ם (ראה הערה 296), זהו ראב"ד אחר, או שהראב"ד חזר בו בפירושו ממה שכתב בהשגותיו. ראשית ההשלמה, על ספר ההשלמה, שם, כותב להיפך: שבהשגותיו חזר בו ממה שכתב בחידושי (אבל לפי דבריו קשה, מדוע הראשונים מביאים שהוא מחייב, שלא ככתוב בהשגותיו). נפש חיה, ב"מ נו ע"ב (ד"ה נשבעים), מוכיח מדברי הראב"ד בשיטה מקובצת, ב"מ שם, שהוא מחייב — עיין שם הוכחתו לכך. שו"ת שאילת יעבץ, חלק א, סימן פה, מוכיח שאף שהראב"ד בהשגות פוטר, הוא מחייב מדרבנן — עיין שם. שו"ת לב שמח, סימן לג, כותב שהכתוב ברא"ש "ראב"ד" הוא טעות סופר וצריך להיות "רא"ה", שהוא אכן מחייב פושע; אך הוא כנראה לא ראה את כל הראשונים האחרים שכותבים שהראב"ד מחייב. ה. דעת המאירי: מאירי, ב"מ נו ע"א, כותב שנראה כרמב"ם. כשבועות מכ ע"ב הוא מביא ראיה לשני הצדדים ודוחה אותן, ואף שלשונו נוטה לפטור, צריך לפרש את לשונו שהוא מחייב, כדי שלא תהיה סתירה.

מילואים לסעיף 1(א)

ו. פוסקים אחרים שמחייבים: שמרו משפט, על חוקת הדיינים, סימן קל, מביא שרוב האי גאון בתשובתו בתשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער א, סימן יח, מחייב פושע בקרקע או שטר. אבל אין זה מפורש בדבריו שם. שו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א; תומים, עב, ס"ק כג; ושו"ת שמן רקח, חלק ב, סימן עד, כותבים שר' ברוך (שנביא בסעיף 14, הערה 7) מחייב פושע בקרקע ובשטר (ענין שם להוכחתם שזו דעתו). רא"ש, ב"מ, פרק ד, סימן כא, אומר שהרמב"ן מחייב גם שומר חנים בפשיעה. גם שו"ת פרי החיים, יו"ד, סימן מ, כותב שהרמב"ן מחייב (ענין שם הוכחתו). אך ארץ צבי, על מלאכת בצלאל, שבועות מב ע"ב, ס"ק קעח, מקשה, שהרישב"א בשבועות הביא שהרמב"ן פוטר בפשיעה, וכך נביא גם בשם הרמב"ן במילואים להערה 296. שו"ת לב שמח, סימן לג, כותב שזו טעות סופר ברא"ש, וצריך להיות: "רמב"ם". ר"ש הכהן, בשו"ת פרחי האביב, סימן א, מעלה אפשרות שהרי"י מיגאש סובר כרמב"ם שפושע בקרקע או בשטר פטור. שו"ת מהר"ש ענגל, חלק ה, סימן קג, כותב שרוב הפוסקים מחייבים פושע בקרקע או בשטר.

ז. דברי ירוחם, סימן כ, כותב שלפי חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ עג ע"ב, הכותב שיש חיוב מדין ערב גם אם האדם שביקש מחברו להוציא כסף לא התנה שיתחייב עקב כך (ראה חוק לישראל, ערבות, סעיף 2, פרק ד, 3), אם כן שומר קרקע או שטר חייב בפשיעה מדין ערב, מפני שבעל הנכס סמך עליו לשמור, ואילו הבטיח לשמור, היה שומר בעצמו, ובהנאה סמך עליו והאמין לו, הוא מתחייב להיות שומר (ראה על סברה זו במילואים להערה 20 בשם אבן שתייה), אלא שאם לא פשע אין חיוב מדין ערב, ונמצא שהריטב"א סובר כרמב"ם ולא מטעמו, שאילו לרמב"ם זה מדין מזיק (אך ראה במילואים להערה 296, שהריטב"א כתב במקום אחר בפירוש שפושע בקרקע ובשטר פטור). אך הוא מוצא הבדל להלכה בין הריטב"א לרמב"ם, שלרמב"ם חייב אם שכח לבטח את השטר (ראה בשמו במילואים להערה 295), ולריטב"א פטור מפני שזה לא נחשב פשיעה לענין דין ערב, כמו שכתב רש"י, ב"ק כו ע"ב (ד"ה לענין ד'), ששכחה היא שוגג. וראה בשמו בסעיף 13, במילואים להערה 58, לגבי הקדש.

ח. הערה המחייבת הובאה בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קפז.

ט. טענת "קים לי": שו"ת מהריב"ל, חלק א, סימן קכג; שו"ת משנת ר' אליעזר, חלק ב, חו"מ, סימן לד; שו"ת בני יעקב, סימן יא (ד"ה ע"ג); ערך השולחן, חו"מ, צה, ס"ק ד; שו"ת מהריט"ן, סימן קמב; שו"ת ארץ צבי (ראם), חלק א, סימן ג (דף ד ע"ג); חוקה רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה שפה; שו"ת תשורת ש"י, סימן תקכב; ושו"ת תשואת חן, סימן נד — כותבים שאם בעל הנכס מחזיק, הוא יכול לטעון "קים לי" כרמב"ם. אך שו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ, סימן נא (הובא בשו"ת חמדת הנפש, סימן ה, הנהגה ד), כתב שאי אפשר לומר "קים לי" כרמב"ם, מפני שכל הפוסקים חולקים עליו.

י. ראיות לדעה זו: יש ראייה שפושע חייב, ממה שלא נאמר במשנה (ב"מ נו ע"א) "שומר חנים אינו משלם". אך הגהות מיימניות, הלכות שכירות, ב, אות ג, דוחה את הראיה, שהמשנה נקטה "שומר חנים אינו נשבע", מפני שזה מה שנוכר בתורה על שומר חנים, וחיוב תשלום בפשיעה לא נזכר בתורה; והוסיף, שברור שהמשנה לא נקטה את כל הדוגמאות, כשם שלא אמרה "שואל אינו משלם באונס".

יא. ש"ך, חו"מ, סו, ס"ק קכו, הוכיח שחייב בפשיעה, ממה שתיקנו חכמים שבועה בהקדש כדי שלא יזלו בו (סעיף 13, ליד ציון הערה 67), ואם הוא פטור אפילו פשע, מה יועיל שיצטרך להישבע שלא פשע, הרי יוכל לפשוט, ויודה שפשע, ויפטר מלשלם ומלהשבע, ואם כן עדיין עלולים לזלזל בשמירת הקדש; והרי דין קרקע או שטר כדן הקדש לענין שומר. אור שמח, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, א, תירץ, שגובר ההקדש יכול לעשות קניין מראש לחייב את השומר בפשיעה, אבל אינו יכול לעשות קניין לחייבו בשבועה (ראה סעיף 14, במילואים להערה 69), ולכן תיקנו שיישבע, כדי שלא יכחיש שפשע. כמו כן, לפי הפירוש (ראה סעיף 13 שם) שהתנהגה היא ששומר הקדש חייב גם בפשיעה, אין ראייה משם לשומר קרקע או שטר.

יב. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ב, סימן סד, מביא ממלכים א, כ, מ, ראייה ששומר קרקע או שטר חייב בפשיעה (ענין שם), ואחר כך דוחה את הראיה. שו"ת משנת אליעזר (מישעל), סימן לה, ס"ק ז, עוסק בראיית חידושי מהר"ם ש"ך, ב"מ נו ע"ב, שפושע חייב.

יג. ראה במילואים להערה 286, שיש אומרים שהרמב"ם מחייב פושע כאן רק מדרבנן.

יד. גידולי שמואל, ב"מ נו ע"ב (ד"ה בעשו"ק), כותב שגם למחייבים פושע בקרקע או שטר, יכול השומר לחזור בו תוך זמנו, שלא כשומר נכס רגיל (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 10), מפני שכאן אין חיובו מדין שומר אלא מדין מזיק (ראה מחלוקת בדבר הגדרתו, במילואים להערה 284).

להערה 284

א. ממעייני הישועה (מונורוביץ), ב"מ נו ע"ב (ד"ה ונראה), מסביר שפושע כמזיק מפני שבידו לשמור, להניחו במקום המשתמר, ומאחר שלא עשה את מה שבידו לעשות, הוא קרוב למזיק.

ב. כלי שרת, סימן לד, מסביר, שמאחר שקיבל את שמירתו, ופשע, נחשב כמזיק בפועל.

ג. לפי הפוסקים מזיק שטר: שו"ת בית יצחק, אהע"ז, חלק א, סימן עג, אות ט, כותב שלפוסקים מזיק שטר, ודאי שגם פושע בשטר פטור, שהרי לדעתם אין לחייב מטעם שפושע כמזיק. אך יקב זאב, חו"מ, סו, מ (לב ע"ג), כותב שגם לדעה שמזיק שטר פטור, פושע חייב, שמאחר שקיבל על עצמו שמירה, דינו חמור יותר ממזיק. ראה סברה דומה במילואים להערה 279, בשם בית אהרן ועוד.

ד. הגדרתו — שומר או מזיק: משובב נתיבות, צה, ס"ק א, כותב על פי הנימוק של הרמב"ם, שחיוב פושע בקרקע ובשטר הוא מדין מזיק, ואינו מדין שומר (ראה בשמו במילואים להערה 292 ולהערה 321; אך בית יעקב, רצא, ג, כותב שאפשר לדחות את ראייתו). גם שו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צה, אות יג, כותב שזה מדין מזיק. על משובב נתיבות ענין נר אלחנן, עמ' רטז.

ה. לעומת זאת, חקר הלכה, ערך שומרים, אות ג, כותב (בדרך אחת) שמה שנימק הרמב"ם מטעם פושע כמזיק, הוא רק כדי להסביר מדוע חייבה התורה פושע יותר מנגבה ואבדה ואונס, אבל באמת זה גזרת הכתוב, וחייב מדין שומר, ולא מדין מזיק (ענין שם, להסברו איך הוכיח זאת הרמב"ם מן הכתובים).

ו. משאת המלך, חלק א, סימן מט, מסביר שסברת "פושע כמזיק" אינה אומרת שהוא חייב מדין מזיק בלבד, אלא פירושה הוא

מילואים לסעיף 1(א)

- שמדין שומר חל שם מוזיק על פשיעתו, שהרי בלי דין שמירה אין פושע כמוזיק, ואמנם בעל הנכס סמך עליו, אבל זה רק כמראה דינר לשולחני, שפטור אם לא אמר לו בפירוש שהוא סומך עליו (ב"ק ק ע"א).
- ז. גם שו"ת הלכה למשה (ראם), סימן ד, אות ד, כותב שלרמב"ם חיוב פושע כאן מסתמך על דין שומר, שאלו היה אדם זה היה פטור מצד מוזיק מפני שזה גרמא. אך הוא מציין ששער משפט, סו, ס"ק לד, הביין שזה דין מוזיק בלבד (שלכן כתב שפטור בהיזק שאינו ניכר — ראה במילואים להערה 295).
- ח. גם נתיבות יהושע, ב"מ, סימן לה, כותב ש"פושע כמוזיק" הוא מגדר חיובי שומר, והמיוחד בפושע הוא שחידוש התורה לחייב שומר בפשיעה הוא כמו ההלכה שהתורה מחייבת מוזיק, ואילו החידוש שהתורה מחייבת גנבה ואבדה ואונס יסודו בזה שהשומר מוכן להתחייב בזה כמו שכתבו תוספות, כתובות נו ע"ב (ד"ה הרי). במאמרו בניב המדרשית, תשכ"ח, עמ' כא"כב, הוסיף שפושע חייב מפני שסילק את שמירת בעל הנכס ובידיים גרם להפסד.
- ט. מחצית השקל, או"ח, תמ, בתחילתו, כותב שבפשוטו לרמב"ם פושע כאן חייב מדין מוזיק, אבל לפי הסבר הש"ך (ליד ציון הערה 289), יוצא שחייב בפשיעה מדין שומר, מפני שקרקע ושטר לא נתמעטו מחיוב פשיעה (ונפקא מינה לחמץ — עיין שם).
- י. ר"א גורביץ, "ברין תשלומין בשואל", מוריה יב (תשמ"ד), גל' י"ב, עמ' רסו, כותב שגם לרמב"ם שפושע כמוזיק, יש בו גם חיוב מטעם קבלת אחריות; אלא שהוא לא דיבר על פושע בקרקע ובשטר דווקא.
- יא. לשאלה האם חיוב פושע בקרקע ובשטר הוא חיוב שומר או לא, יש נפקות לעניין התנאה להחמיר בחיוב — ראה סעיף 14, במילואים להערה 70, אות ח, בשם אפריון דוד. ראה גם במילואים להערה 300, שתשורת שי הביין כנראה שחייב מטעם שומר.
- יב. דבר שבמניין, על ספר המצוות לרמב"ם, עשה רמד, מסביר ששומר חייב נמנה במניין המצוות כמצווה נפרדת משומר שכן, מפני ששומר חייב רק בפשיעה, ופושע כמוזיק, לרמב"ם. הסבר זה מתאים להבנה שחיוב פושע מוגדר כמוזיק, ולא כשומר.
- יג. טעמים אחרים לחייב פושע: מעייני החכמה, ב"מ נח ע"א, מהדורא קמא, אות לו (ד"ה ועפ"ז, הראשון), מסביר את דעת הרמב"ם, שאף על פי שפשיעה היא רק גרמא, הרי בעצם כל שומר רוצה להתחייב (תוספות, כתובות שם), אלא שאף על פי כן התורה פטרה שומר קרקע או שטר, אבל זה רק בגנבה ואבדה, שאולי לא העלה זאת על דעתו (ודווקא שומר רגיל מקבל זאת על עצמו, אם הוא שומר שטר, מפני שבלאו הכי הוא חייב על זה שבועה), אבל על פשיעה הוא בוודאי מתחייב בלב שלם, שהרי זה צורך שיהיה חייב לשלם אם יפשע (שהרי הוא כאילו הוזהק), ולכן חייב אם פשע.
- יד. גם יד המלך (לנדא), על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג, מסביר, שאומרים שכל שומר מוכן לקבל על עצמו חיוב פשיעה, ואדם יכול לקבל על עצמו חיוב (כוונתו היא, שהוא יכול לקבל על עצמו חיוב בלי קניין; השווה את דברי מחנה אפרים, סעיף 14, ליד ציון הערה 76, ששומר קרקע או שטר יכול לקבל על עצמו חיוב בפשיעה בהתנאה מפורשת בלי קניין), ולכן הוא חייב בפשיעה אף על פי שאין בקרקע או בשטר החיוב של התורה בשומר (צריך לומר, שהחולקים על הרמב"ם מסכימים שכל שומר מוכן להתחייב בפשיעה, כתוספות בכתובות שם, ואף על פי כן בקרקע ובשטר פטור מפשיעה מפני שהתורה פטרה גם בפשיעה). הוא מסביר, שבגנבה ואבדה ובאונס אין לחייב משום שמן הסתם הוא מקבל אותן על עצמו, שהרי הם אסמכתא, מפני שאין בידו לשמור מפניהם, ומאחר שגם אין חיוב של פרשת שומרים שבתורה בקרקע או שטר, אין לחייבו בהן.
- טו. בית הלל (ליבשיץ), סימן סו, על ש"ך, ס"ק קכו, נימק שפושע בקרקע או בשטר חייב גם בלי חיוב שומר, ודווקא בגנבה ואבדה ובאונס הוא פטור מפני שזה אסמכתא (ושומר מיטלטלין חייב למרות האסמכתא, משום שהתורה ירדה לטוף דעתו, שהוא מוכן להתחייב בהנאה שהלה מאמין לו), אבל פושע אינו אסמכתא, שהרי בידו שלא לפשוע. אך הוא כותב שזה לפלפולא בעלמא. לפי דברי מעייני החכמה, יד המלך ובית הלל, החיוב הוא מטעם התחייבותו, ולא מטעם מוזיק, ואפשר שזה בגדר חיוב שומר. טעם אחר לחייב — ראה במילואים להערה 283 בשם דברי ירוחם.
- טז. לטור דעת הרמב"ם עיין גם אגרא לישורים, סימן מ; יד דוד (דהאן), סימן י, עמ' קיד; שערי יצחק, ב"מ, סימן עא; ברכת שמואל, ב"ק, סימן לב, אות ד; נטע שורק, פרשת פנחס (קלו ע"ד, קלח ע"א); תולדות חנוך, פרשת משפטים (דף מו ודף נא); חידושי הגר"א דסלר, עמ' ריא ועמ' ריד; קובץ שיעורים, ב"ב, סימן תרנט; מעייני החכמה, ב"מ צו ע"א, אות כח.

להערה 286

- א. כמו כן, משנה למלך, הלכות שלוחין, ה, ב (הובא בשו"ת נחפה בכסף, חלק א, חו"מ, סימן כג, דף קכח ע"א), כותב שמה שכתב הרמב"ם שפושע כמוזיק, כונתו שזה קצת דומה למוזיק, אבל באמת הוא גרוע ממוזיק (ונפקא מינה ל"בעליו עמו" — עיין שם). אהלי יהודה (הכהן), ערך שומרים, מבאר שלרמב"ם פושע כמוזיק ממילא, מפני שגרם נזק, שהיה לו לשמור ולא שמר.
- ב. ארץ צבי, שם (דף ו ע"ג), כותב שמאחר שהרמב"ם מחייב פושע בקרקע ובשטר רק מטעם גרמי, נמצא שהחיוב כאן הוא דרבנן, שהרי כל חיוב גרמי הוא מדרבנן (כדעת ש"ך, חו"מ, שפ"ו, ס"ק א), ויש נפקות מזה — שאין יורדים לנכסיו, כבכל חיוב דרבנן (שבעות מא ע"א), על פי נחל יצחק, סימן לט, קונטרס שעבודא דאורייתא, סימן ג, ענף ב. גם בית הלל שם מעיר לעניין זה, שגרמי חייב רק מדרבנן לרוב הפוסקים. כמו כן, חידושים ובאורים (גריינימן), שבעות מב ע"ב (ד"ה ומיהו), מעלה אפשרות שמדאורייתא שומר קרקע או שטר פטור גם מפשיעה, והוא חייב רק מדרבנן מפני שפושע נחשב רק כמוזיק בגרמי, וגרמי חייב רק מדרבנן. יש להשיב על כך, ששומר שקיבל על עצמו לשמור חמור יותר ממוזיק בפועל שלא קיבל על עצמו לשמור — ראה סברה זו במילואים להערה 279, אות ז, בשם בית אהרן ועוד. כנגד זה, יש לומר שבוה שהתורה פטרה שומר קרקע ושטר, לימדה אותנו שקבלתו לשמור אינה מטילה עליו חיוב יותר ממוזיק, ורק אילו לא היה פסוק שפוטרה, היינו חושבים ששומר חמור יותר ממוזיק, כמו שאומר בית אהרן שם.
- ג. כמו כן, שו"ת דברי משה (זקס), סימן ב, ענף ג והגהה ג, מסביר שלרמב"ם פושע חייב מטעם גרמי, כיוון שקיבל על עצמו לשמור, ובעל הנכס סמך עליו, וחייבו הוא מדרבנן, שהרי גרמי חייב רק מדרבנן. הוא מוסיף שקנסו גם שומר שטר שפושע, ואין אמורים שטעם הקנס — להרתיע מלפשוע — לא שייך בשומר שטר שכן בלאו הכי לא יפשע כדי שלא יפסיד את שכרו (סברת תוספות, ב"ק ק ע"ב, ד"ה חייב).
- ד. מנחת חינוך, מצווה נו (פג ע"ג), כותב בדומה, שמאחר שאפילו מוזיק שטר בפועל חייב רק מטעם גרמי, הרי אם נאמר שחיוב גרמי הוא מדרבנן, יוצא שחיוב שומר בפשיעה בשטר (לרמב"ם) הוא רק מדרבנן. סברה זו נזכרת גם בפני יהושע, ב"מ נו ע"ב

מילואים לסעיף 1(א)

(הובא בשו"ת חתם סופר, ח"מ, סימן צד). מנחת חינוך (וגם פני יהושע) דיבר רק על שטר, ולדעתו בקרקע ועבד פושע חייב מן התורה מפני שמויק קרקע ועבד בפועל חייב מן התורה (ואינו סובר שיש הברל בין פושע למזיק בפועל). אבל האחרונים האחרים דיברו גם על קרקע ועבד, ונימוקם הוא שפשיעה היא רק גרמי, ולא כמויק בפועל, וגרמי הוא מדרבנן.
ה. עמדת ביניים: ר"ז גולדברג, "מויק דבר שיש לו ערך אישי רק לבעליו", תחומין ח (תשמ"ז), עמ' 173, כותב שלרמב"ם פושע חייב מהתורה על שווי הראיה, שכן דין מויק שטר מן התורה, ומדרבנן חייב מדין גרמי על כל החוב (ראה בשמו במילואים להערה 279). אך ראה במילואים להערה 292 בשם פתי מנחה, שלרמב"ם חייב רק על שווי השטר לגבייה, ולא על כל ערך החוב.

להערה 289

א. הש"ך הסביר שזאת כוונת הרמב"ם כשאמר שפושע כמויק – היינו, לענין זה שהיינו מחייבים פושע גם אילו לא היה חייב כחוב בפרשה. בכך הוא מיישב את קושיית הראשונים האחרים על הרמב"ם, שאם פושע כמויק, מדוע פושע פטור כש"בעליו עמו", והלא מויק חייב אפילו בעליו עמו? התירוץ הוא, שאין פושע ממש כמויק, אכן ישראל על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ד, תירץ בדרך אחרת: שדווקא בשומר פושע כמויק, וכש"בעליו עמו", אינו בגדר שומר, ולכן אין פושע בו כמויק.
ב. גם שו"ת הריטב"א, סימן קצט (הובא בבית יוסף, ח"מ, סו, לט), נוקט שהרמב"ם סובר שקרקע או שטר נתמעטו רק מדברים האמורים בפרשה, דהיינו גנבה ואבדה ואונס, ולא מפשיעה, שהיא מדין מויק.
ג. גם משנה למלך, הלכות שכירות, ב, ג, הסביר, שהפסוק אינו עוסק בחיוב תשלום בפשיעה (ראה במילואים להערה 13), ואם כן המיעוט אינו מתייחס לזה. בדומה הסביר אבן האזול, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג, והלכות שאילה, ה, א, שחייב שומר בפשיעה אינו כלול בחידוש של דיני שומרים, אלא הוא מסבחה (ראה פרק א, 2), ולכן המיעוט של קרקע ושטר לא חל עליה; ומה שפושע פטור כש"בעליו עמו" הוא גזירת הכתוב.
ד. גם לבוש מרדכי, ב"ק, סימן מה (ד"ה ובאופן), מבאר שהרמב"ם מחייב פושע בקרקע ובשטר, מפני שלא מצאנו שהתורה פטרה שומר קרקע או שטר, אלא רק מיעטה אותם מדיני שומר, ולכן פושע חייב מכיוון שהוא כמויק.
ה. שו"ת דברי משה (זקס), סימן ב, ענף ג והגהה ג, כותב שבנוסף להסבר שפושע חייב מטעם גרמי מדרבנן, צריך לומר גם כהסבר הש"ך, שכשהתורה מיעטה קרקע ושטר מחייב שומר, לא מיעטה פשיעה, מפני שאילו התורה הייתה פוטרת בפירוש פושע בקרקע או בשטר, חכמים לא היו יכולים לתקן לחייב, לפי הכלל שקבע ט"ז, יו"ד, קיז, ס"ק א. אך ר"ז גולדברג סבור שבממון יכולים חכמים לחייב דבר שהתורה פטרה, והביא ראיה מזה שתיקנו פרוזבול לחייב לוהה שהתורה פטרה. עוד יש להקשות על דברי משה, הרי סברת הש"ך שפשיעה אינה כלולה במיעוט של התורה מסתמכת על זה שפושע היה חייב גם לולא נכתבה פרשת שומרים, והרי כיוון שגרמי פטור מן התורה, נמצא שמן התורה פושע היה פטור לולא פרשת שומרים, וצריך לומר שפושע כלול בפרשת שומרים, ואם כן המיעוט לענין קרקע ושטר חל גם על פושע?
ו. אך שו"ת אפריון דוד, סימן כד (הראשון), ס"ק טו, דוחה את הסבר הש"ך, על ידי שהוא מוכיח שמסבחה היינו פוטרים פושע. חידושים ובאורים (גריינימן), ב"מ, חלק ב, סימן לב, ס"ק ז, מקשה על הסבר הש"ך – עיין שם. על דברי הש"ך שחייב פושע הוא מסבחה ושאר החיובים הם מגזירת הכתוב, יש להקשות, שראינו ליד ציון הערה 12 שדווקא שאר החיובים יותר פשוטים, שחייבם הוא בתמורה להנאה בשומר שטר ובשואל.
ז. שו"ת פרחי האביב, סימן א, מעלה אפשרות (דומה להסבר הש"ך) לנמק את דעת הרמב"ם: הדרשה בפרשת שומר חנם (שבה נזכר חיוב פשיעה) שממעטת קרקע ושטר, אינה מתייחסת לשומר, מפני ש"עירוב פרשיות כתוב כאן" (ב"ק ק ע"א), כלומר, שדורשים את פרשת שומר חנם על הלואה ולא על פקדון, ורק בדרשה שבפרשת שומר שטר ממעטים קרקע ושטר מפני שבה לא נאמר "עירוב פרשיות כתוב כאן", אבל הדרשה היא ממעטת אותם רק לענין גנבה ואבדה, שהיא ייחודו של שומר שטר.

להערה 290

א. כמו כן, גן נעול, כפתור ד, פרח ו, אות ג (יד ע"א ע"ג), נימק, שאסור לפשוע בקרקע או בשטר (כלומר – השומר חייב לשמור כפועל), מפני שזה גרמא (ואסור להזיק בגרמא – ב"ב כא ע"ב), והרי אף אדם זר צריך לשמור שלא יקרה נזק לקרקע של אחר, כגון אם הוא רואה שמים שוטפים ובאים עליו (ב"מ ל ע"ב) – אך יש להעיר ששם מדובר שכרואה שמתחיל נזק, ואין להוכיח משם חובה לשמור שלא יתחיל נזק, ולכן אם הוא פושע, חייב לשלם. אך דבריו קשים, שהרי אדם זר שלא מנע נזק בוודאי פטור מלשלם.
ב. בדומה, שו"ת ומשיב, מהדורא א, חלק א, סימן רסה, מסביר את דעת הרמב"ם, שהשומר קיבל על עצמו שמירה, ומשמעות קבלת שמירה היא חיוב פשיעה, ולכן אי אפשר לפטרו מזה, שהרי אם הוא פטור מפשיעה אינו בכלל שומר. אחר כך הוא מסביר, שטעם הרמב"ם הוא, שהתורה פטרה שומר קרקע או שטר רק מתשלומין, אבל בעצם הוא שומר, ולכן אם הוא פושע הוא כמויק, שחייב בכל דבר.
ג. כמו כן, שו"ת ר"א בן ארחא, סימן לה (עמ' קע), מבאר שלרמב"ם, שומר קרקע או שטר נקרא שומר, אלא שהתורה פטרה אותו, ולכן הוא פטור רק מגנבה ואבדה ומאונס, לא מפשיעה.
ד. בספר ביצחק ייקרא, חלק א, סימן נט, מסביר שהרמב"ם סובר שחייב פושע הוא משום אי מילוי חובת השמירה המוטלת עליו (כלומר, וגם בקרקע ובשטר יש חיוב שמירה), ואילו הפוטרים סוברים שחייב התשלומין הוא משום שעבדו נכסיו (כלומר, שהתורה הטילה עליו חיוב לשלם), וזה לא קיים בקרקע ובשטר.
ה. משאת המלך, חלק א, סימן מט, מסביר שהרמב"ם סובר שבקרקע ובשטר יש דין שמירה, ונתמעטו רק מחיובי שומר, ולכן אף על פי שחייב פושע נוצר מדין שמירה, מכל מקום מאחר שמהותו וגדרו מדין מויק, לא נתמעט.
ו. זריחת השני, ב"ק קח ע"ב, כותב שדווקא בשומר, אומרים "פושע כמויק", לרמב"ם, מפני שהוא קיבל על עצמו שמירה אלא שהתורה פטרה מחיובים, אבל מי שלא קיבל על עצמו שמירה, הוא כמו אדם זר שרואה שהנכס בסכנה ואינו מציל, שאין לחייבו

מילואים לסעיף 1(א)

מצד "פושע כמזיק". ובכ"מ נו ע"א הסביר שהרמב"ם לשיטתו, שמחייב "מצמצם" בנוק (הלכות חובל ומזיק, ו, יב), היינו מי שאינו מאפשר לניזק לעזוב את המקום ועל ידי זה ניוזק, וכך גם כאן, שפחת את הדלת וגרם לגנבת השטר. אך הסבר זה קשה, שאם כן גם אדם זר יהיה חייב על פתיחת הדלת.

ז. חידושי בתרא שם כותב שהגר"ח מתכוון לסברת הש"ך (ליד ציון הערה 289).

ח. בית הלל (ליבשיץ), סימן טו, על ש"ך, ס"ק קנו, נימק ששומר קרקע או שטר נחשב שומר לעניין שהוא צריך להחזירם לבעליו אם הם בעין, והוא פטור רק מחיובי שומרים.

ט. קובץ שיעורים, פסחים, סימן יז, מסביר, שקרקע ושטר נתמעטו רק מחיוב אחריות, וחייב פשיעה אינו משום שקיבל על עצמו חיוב אחריות על הנכס, אלא מעשה הנוק, הפשיעה עצמה, שהיה לו לשמור ולא שמר, מחייב אותו כמו במזיק, שמאחר שקיבל על עצמו לשמור את הקרקע או את השטר, הוא כמו פועל שחייב לעשות מלאכה שקיבל על עצמו (אלא אם כן חזר בו); ולכן הרמב"ם מחייב פושע. והוא מסביר, שגם שואל קרקע או שטר חייב בפשיעה לרמב"ם, מפני שגם בשואל חיוב פשיעה הוא על שלא שמר ולא מטעם חיוב האחריות (ראה בשמו בסעיף 2(ג), הערות 14-15). הוא מסביר שהפוטרים ישיבו לטענה זו בשתי דרכים אפשריות: (א) חיוב פשיעה הוא משום חיוב האחריות, שנתמעט בקרקע ובשטר. (ב) חיוב פשיעה בשומר רגיל הוא על שלא שמר, אלא שקרקע ושטר נתמעטו גם מחיוב זה.

להערה 292

א. לגבי ביצוע מעשה קניין בשומר שטר, התעוררה בעיה, שכן משיכה אינה מועילה במכירת שטר (שו"ע, חו"מ, טו, א). חכמת שלמה, חו"מ, רצא, ה, הסביר שכדי לחייב שומר, די במשיכת השטר, מפני שמה שנאמר שמשיכה אינה קונה שטר, הוא על החוב שכתוב בשטר, אבל הנייר עצמו נקנה, ולכן השומר מחוייב לשמור את הנייר, ובוה בעצם הוא שומר את השטר, שהרי החוב אינו בר שמירה (אלא שאם ישפע בשמירת הנייר, יצטרך לשלם את כל החוב). קצות החושן, שם (הובא במנחת חינוך, מצווה נו, דף פג ע"ג), ונתיבות המשפט, רצא, ס"ק יב, כתבו בסתמיות, שאף על פי שאין משיכה קונה שטר לעניין מכר, היא קונה לעניין שומר. במילואים להערה 127 הבאנו פוסקים נוספים שכתבו שמשיכה קונה שטר לעניין שומר, ופוסקים שכתבו ששומר שטר מתחייב בלי משיכה; והבאנו שם פוסקים בקצה השני, שהצריכו כתיבת נוסח מטרים בנוסף למשיכה. אלא שהם לא עסקו בחיוב למעשה, בפושע, אלא בחיוב תיאורטי, אילו לא היה פסוק הפוטר שומר שטר. בעניין זה עיין נטע שורק, פרשת פנחס (קלח ע"ג).

ב. דעה חולקת: יש אומרים שפושע בקרקע ובשטר חייב אף בלי לעשות קניין. ערך ש"י, חו"מ, רצא, ה, כותב (בלי להתייחס לנושא של חיוב פשיעה), שבשטר ובקרקע אין צורך במעשה קניין, מפני שהצורך בקניין הוא תקנת חכמים (ראה ליד ציון הערה 128), ובמקום שאי אפשר לעשותו, כמו כאן, לא תיקנו, אלא חייב אף בלי קניין, כמו שבמכר במקום שאי אפשר למשוך, לא תיקנו חכמים להצריך משיכה, אלא קונים בכסף (הגהות אשרי, ב"מ, פרק ד, סימן ח).

ג. גם תורת מיכאל, סימן כה, כותב (לא לעניין פשיעה), ששומר קרקע אינו צריך לעשות מעשה קניין, מפני שמעשה קניין בא להכניס את הנכס לרשותו כיוון ששומר צריך לשמור את הנכס כמו שהוא שומר את שלו (ראה עיקרון זה בשמו במילואים להערה 127), והרי אדם שומר את הקרקע שלו בלי להכניס אותה לרשותו.

ד. כמו כן, פיתוי מנחה, על ספר החינוך, מצווה נו, אות ו, כותב שגם המצריכים קנין מסכימים ששומר חייב אם בעל הנכס הניח את הנכס ברשותו, גם אם לא עשה קניין; ולכן בקרקע, כשהשומר נכנס לקרקע ועושה בה מעשה שמירה, כגון שנועל אותה, בזה הקרקע נכנסת לרשות שמירה שלו, ויש בזה קבלת שמירה; וגם בשטר, די שבעל השטר יניחנו ברשות השומר. מצד שני, הוא חולק על דברי קצות החושן ששומר קרקע חייב אם עשה קניין חזקה, ונימוקו הוא שחוקה מועילה רק כקניין בעלות, ולא לדין שמירה. לעניין שטר הוא מסביר (באות ז), שאף על פי ששומר שטר אינו קונה את החוב, חל חיוב שמירה לעניין חיוב פשיעה, מפני שדי שישמור את הנייר, שעל ידו יש למלוה זכות גוביינא, ובאמת אם פשע ישלם רק את שווי השטר, כמה הוא שווה לגבייה, לא את כל ערך החוב.

ה. כמו כן, משובב נתיבות, צה, ס"ק א (הובא בלב המשפט, חלק א, שיעור ב, עמ' יח), כותב שאין צורך במעשה קניין כדי לחייב פושע בקרקע ובשטר, מפני שחיובו הוא מטעם מזיק (ראה במילואים להערה 284), ולא מטעם שומר (יוצא מדבריו, שגם שומר מיטלטלין חייב בפשיעה גם אם לא עשה קניין, אלא שיהיה לו דין מזיק ולא דין שומר, עד שיעשה קניין — ראה על כך במילואים להערה 127; ואמנם, שו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צו, אות כה, דחה את דברי משובב נתיבות, משום שלדבריו כל פושע יחוייב בלי קניין מטעם מזיק). וכבר העיר קהילות יעקב (קניבסקי), פסחים, סימן ה, שהוא סותר לדברי עצמו בקצות החושן, שהובאו לעיל. ושם הסביר שמחלוקת משובב נתיבות ונתיבות המשפט תלויה בשני הסברים לפושע כמזיק: אם משום שיש חיוב שמירה (הערה 290), או משום שבעל הנכס הסתלק משמירת הנכס על סמך הבטחת השומר (הערה 285). גם רו"ג גולדברג, תחומין יח (תשנ"ח), עמ' 45, כותב שאין צורך בקניין. בשאלה זו עיין ר' לוי גודמאן, נהוראי ב, עמ' סד.

להערה 295

א. בדומה כתב ב"ח, חו"מ, סימן טו, לט, וסימן צה, ח, וסימן שא, א, ושו"ת הב"ח, סימן טו (הובא בשו"ת אמרי שפר, סימן כד, ועיין על דבריו במנחת יהודה, חסמן, סימן ז, עמ' קמג), שחייב רק אם פשע ונפסד הנכס לגמרי, כגון שהניח שטר בחלון וירדו עליו מים ונמחק השטר, או שנפל לנהר, אבל אם פשע ועל ידי זה נגנב או אבד, הוא פטור, מפני שאינו מזיק בפועל שהרי ייתכן שהוא בביתו ולא מצאו (אך הוא מציין שמהטור מוכח שהבין שהרמב"ם מחייב גם באבדה). גם שמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן קכט (עמ' קן), כותב שהרמב"ם מחייב רק אם על ידי פשיעתו נפסד הנכס, ולא אם אבד או נגנב על ידי פשיעתו. דברי משפט, צה, א, כותב שהראב"ד מסופק האם הרמב"ם מחייב כאן ב"תחילתו בפשיעה וסופו באונס". ועיין ר' לוי גודמאן שם, שנימק מדוע הרמב"ם פוטר כאן.

ב. פרשנים אלו עשו הבחנה זו כדי ליישב מדוע כתב רמב"ם, הלכות טוען ונטען, ו, ה, שהפושע בשמירת שטר פטור (על קושיה זו עמד כבר ספר מישרים, נתיב יד, בסופו, ולא מצא תירוץ).

מילואים לסעיף 1(א)

ג. הבחנות שונות: משאת משה (חברוני), ב"מ, סימן סב, כותב (בדומה ל"ב") שהרמב"ם מחייב דווקא על ידי הפשיעה ניוק הנכס או אבר מן העולם, כגון שנשרף, אבל אם רק אבר או נגנב על ידי הפשיעה, פטור, שבוה אין הוא כמזיק, שהרי הנכס קיים בעולם ואפשר שימצאנו משהו ויחזיר לו, וגם אם המוצא יקחנו לעצמו, הוא זה שעושה את הנזק, אבל בעת הפשיעה לא היה הנזק ברור. אולם הוא כותב ששומר כסף (של הקדש, שדינו כקרקע או שטר), ואבד בפשיעתו, הרי זה כאילו נשחף, וחייב, מפני שדבר שאין בו סימן ואבד נחשב כודאי אבוד, וכך גם אם נגנב, שהרי לעולם לא יוכל להכירו ולהוציאו מן הגנב; אלא שאם הכסף נמצא בארנק, הארנק הוא סימן, ואיבודו אינו כשנפחו.

ד. ר"ש מטווארג, בשו"ת אפריון דוד, סימן כד (הראשון, דף לג ע"ג), כותב שאם שמר כראוי אלא שהייתה פשיעה מצד אחר, גם לרמב"ם פטור, משום שהוא פטור את הגורם להזיק ולא התכוון, והוא מחייב רק אם פשע בגוף שמירת הנכס.

ה. חושן אהרן, סימן סו, מ, וסימן צה, א, ובספרו בית אהרן, ב"מ צה ע"א, כותב שהרמב"ם מחייב דווקא סוג פשיעה כזאת, שעשה את הנזק בפועל, כגון שהניחו ושכח היכן הניחו (שלא כב"ח שהבאנו), או אם מסר לשומר אחר (ראה על כך בסמוך). שנקרא פשיעה, ופושע זה הוא כמזיק, שחייבו אינו מחמת קבלת השמירה, אלא גם מי שאינו שומר חייב בוה, כגון מי שלקח נכס של אחר וטמנו ושכח היכן טמנו, שחייב, כמו שכתב נתיבות המשפט (ראה סעיף 2(א)), ליד ציון הערה 344), מפני שהוא כמזיק גמור. לעומת זאת, הוא כותב, שפושע אחר, שלא עשה מעשה בפועל אלא שלא שמר כראוי ועל ידי זה בא נזק ממילא, אף לרמב"ם פטור, מפני שחייב זה אינו כמזיק, שהרי אילו היה כמזיק היינו צריכים לחייב כל אדם — שאינו שומר — אם פשע, כיוון שפושע כמזיק; אלא שחייב שומר בוה בא מכוח קבלת השמירה, ובקרקע ובשטר אין דין שמירה, והוא כאדם זר. אבל הוא כותב שהשלחן ערוך הבין שהרמב"ם מחייב גם בוה, שהרי השולחן ערוך נקט מקרה שנגנבו בפשיעה.

ו. שומר שמסר לשומר: לב שלמה, סימן פד, כתב שהרמב"ם מחייב שומר שטר שמסר לשומר, מפני שזו פשיעה. שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צד, כותב שהרמב"ם מחייב שומר שטר בקרקע או בשטר שמסר לשומר חנים, מפני שזו פשיעה (ראה ליד ציון הערה 306, האם זה נחשב חמור מפשיעה), גם אם מסר לאדם שבעל הנכס רגיל להפקיד אצלו (ראה בסעיף 7, פרק ג, 4(א)), על מקרה זה בנכס רגיל, ואף על פי שגם שומר שטר חייב בשטר רק בפשיעה, מכל מקום זה נחשב מיעוט בשמירה, כיוון ששומר שטר שומר טוב יותר (ראה בשמו בסעיף 2(ב)), במילואים להערה 6). גם נחל יצחק, סו, ס"ק יב, כותב שהרמב"ם מחייב שומר שטר שמסר לשומר חנים מפני שזו פשיעה, שממעט בשמירתו, ואף על פי שבשניהם אין חייב תשלומים, מכל מקום שומר שטר חייב לשמור בפועל אף מגנבה ואבדה, ואילו שומר חנים די אם ישמור בפועל רק בפשיעה (ראה בשמו במילואים להערה 282). ה"ח"א מילר הוסיף, שיש קצת מיעוט בשמירה, כיוון ששומר שטר על שטר חייב אם לא הוציא הוצאות להציל אותו מנזק, לפי דעת התומים שנביא בסעיף 6, ליד ציון הערה 135, ואילו שומר חנים פטור בוה.

ז. אך שו"ת בני יעקב, סימן יא (ריח ע"ד), מעלה אפשרות שאף הרמב"ם יפטור אם מסר שטר לאחר, מפני שמסירה לכן דעת אינה פשיעה גמורה; ועוד, שהטעם ששומר שמסר לשומר חייב הוא מפני טענת בעל הנכס: "הלה אינו מהימן בעיני כשישבע על מה שקרה" (ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 13), והרי אין חייב שבועה בשומר שטר. הוא מוסיף שאפילו שומר שטר שמסר לשומר חנים, שמיצט בשמירתו, שיש סיבה נוספת לחייב, שבעל הנכס הראה שהוא רוצה שמירה מעולה, הרי בשטר שגם שומר שטר חייב רק בפשיעה, אין זה מיעוט בשמירתו כשמוטר לשומר חנים.

ח. כמו כן, מעיין החכמה, ב"מ נו ע"ב (ד"ה מדפריך), כותב ששומר חנים על קרקע או שטר שמסר לשומר חנים פטור (גם למחייבים פושע), מפני שאף השומר הראשון פטור מלהישבע (כלומר, ולכן אין מקום לטענת "האיך לא מהימן ליי"). והוא מעלה אפשרות שגם שומר שטר שמסר לשומר חנים פטור, מפני שמסירה זו אינה פשיעה אלא מגנבה ואבדה, ודווקא בנכס רגיל שומר שטר חייב בגנבה ואבדה.

ט. ר' שמואל פנחס מבוברקא, בהגהתו במחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ב, כותב שהרמב"ם יפטור גם שומר שטר על קרקע או שטר שמסר לבני ביתו ולא אמר להם שזהו פקדון משום שחשב שישמרו יותר טוב בהשגם שזה שלו, ואף ששומר שטר על נכס רגיל שעשה כן חייב (ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 342), אין זה משום שבשומר שטר זה נחשב פשיעה, אלא זה חלק מאחריותו החמורה של שומר שטר, כעין גנבה ואבדה, ושומר שטר בקרקע או בשטר פטור בגנבה ואבדה.

י. היוק שאינו ניכר שנגרם לקרקע או לשטר מחמת פשיעת השומר: שער משפט, סו, ס"ק לד (הובא בבית אהרן, ב"מ נח ע"א, ד"ה ברש"י), כתב שאף הרמב"ם פטור בהיזק שאינו ניכר, שהרי אפילו מזיק בפועל היוק שאינו ניכר פטור מן התורה, וחכמים קנסו דווקא מזיק בפועל, ולא במזיק בגרמא כמו פושע, ודווקא כשיש חוב מטעם שומר (כגון במיטלטלין, או בקרקע ובשטר כשעשה קניין), חייב גם בהיזק שאינו ניכר, אם קיבל על עצמו לשמור מנוק כזה (ראה בשמו בסעיף 2(א)), הערה 428). גם חושן אהרן, סו, מ (מאת מחבר ספר בית אהרן), כותב שמאחר שטעם הרמב"ם הוא שפושע כמזיק, אם כן בהיזק שאינו ניכר בקרקע או בשטר (או הקדש שדינו כמותם, כגון שומר ילד עבור הקדש שלא ייטמא — המקרה בב"מ נח ע"א), פטור גם בפשיעה, שהרי מזיק היוק שאינו ניכר פטור, ורק אם עשה קניין, שדינו כשומר על נכס רגיל, שחייב גם בהיזק שאינו ניכר (לדעה אחת — ראה סעיף 2(א)), ליד ציון הערה 412), חייב כאן. גם בית לוי (גולדברג), חלק א, שער טוען ונטען, פרק ט (מט ע"ג), כותב שהרמב"ם מסכים שפטור בהיזק שאינו ניכר, מפני שהוא שוגג, והרי מזיק היוק שאינו ניכר בשוגג פטור מפני שאין טעם לקנסו (רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, ז, ג). גם משאת משה (חברוני), ב"מ, סימן סב, כותב, ששומר פרה אדומה (שהיא הקדש, ודינה כקרקע ושטר), שפשע בה ונפסלה על ידי שעלה עליה עול, פטור, מפני שאין לראותו כמזיק, משום שזהו היוק שאינו ניכר שהמזיק חייב רק מדרבנן, ובשומר הדעת נותנת שלא קנסו, כיוון שזהו כשוגג, שאירע בלי כוונה; וכך גם אם נפל בה מום שפוטל אותה לקרבן, שנחשב היוק שאינו ניכר, מפני שאין זה נזק בגוף הפרה אלא שערכה פחת. לעומתם, חקר הלכה, ערך שומרים, אות ג, כותב שגם בלי קניין, חייב בהיזק שאינו ניכר, משום שתיקנו חכמים שחייב כמו כל מזיק היוק שאינו ניכר, כדי "שלא יהא כל אחד הולך ומזיק היוק שאינו ניכר ויפטר". כנראה, הוא סובר שפושע אינו בגדר שוגג.

יא. מקרים ספציפיים שהרמב"ם פטור בהם: חוות אליעזר, סימן נ, כותב שהרמב"ם מסכים שפטור בפשיעה של אי מעש, שהרי רמב"ן, בקונטרס דינא דגרמי, הטיב ש"פושע כמזיק" היינו שזה גרמי (אך אינו מפורש בדבריו), וקצות החושן, סו, ס"ק כא, הביא שהרמב"ן פטור גרמי באי מעש. מכאן הוא כותב שבמקרה של שומר זרעים, שהסבירו תוספות, ב"מ נח ע"א (ד"ה לשומר),

מילואים לסעיף 1(א)

שהיה צריך רק להזהיר אנשים שלא לקחת, אם פשע ולא הזהיר, פטור גם לרמב"ם. צריך לומר, שלדעתו הרמב"ם מחייב רק בפשיעה שבמעשה — לדוגמה, שהוא הניח את הנכס במקום שאינו משתמר.

יב. באר שרים, סימן יז (וגם ארצו מפרשי התלמוד, ב"מ נו ע"א, הערה 52), כותב שמאחר ששומר המגרה שורדים מתוך כוונה טובה, אם הוא שומר שכר זו פשיעה ואם הוא שומר חנם אינו פשיעה (ראה סעיף 2(א)), ליד ציון הערה 370, וסעיף 2(ב), ליד ציון הערה 41), לכן אף בקרקע או בשטר שומר שכר שעשה כך חייב, לרמב"ם, ושומר חנם פטור.

יג. שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן יג, כותב שהרמב"ם יפטור שומר "פוליסה" (כעין שיק שהגביה בו בטוחה) שמסרו לאדם אחר כנגד שטר חוב רגיל שהלה כתב לו — אין זו פשיעה אם הלה היה עשיר ובטוח, ובעל הפוליסה לא הזהירו שלא יעשה כך; ואם בסופו של דבר מת ויא אפשר לגבות ממנו, זהו אונס.

יד. שו"ת ארץ צבי (ראם), חלק א, סימן ג (ד ע"ג), כותב ששומר שטר שהחזיר את השטר מאוחר מדי, אחרי שעברה שנת השמיטה, כך שבעל השטר אינו יכול לגבות בו, פטור גם לרמב"ם, שהרי גם לרמב"ם פושע חייב רק מטעם גרמי (ליד ציון הערה 286), ואם כן כאן זה גורם דגורם, שפטור (ש"ך, חו"מ, שפו, ס"ק ג). ראה בשמו על מקרה זה בסעיף 2(א), במילואים להערה 423.

טו. ראה סעיף 6, ליד ציוני הערות 135-136, על שומר שכר על קרקע או שטר, שהיה יכול להצילם על ידי הבאת עוורים בשכר (ולא מצד עוורים בחינם), שוו חובתו (ראה סעיף 6, פרק ד), ולא עשה כן — האם זו נחשבת פשיעה ביחס לשומר שכר, ויחויב. ראה עוד בסעיף 13, ליד ציון הערה 58, על שומר חמץ של הקדש שפשע ולא מכר אותו לפני פסח.

טז. נזק גבולי שהשומר חייב בו: דברי ירוחם, סימן כ (ובקיצור בסימן כא), כותב ששומר שטר הגדלה שלא ביטח אותו כדי שלא יאבד את ערכו על ידי יציאה מה"טירואש" (סידרה), חייב מטעם פשיעה.

להערה 296

א. כך פסקו גם: הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, ב, אות ג, בשם "רבותינו מצרפת הקדמונים", ובשם רבנו יואל הלוי; שו"ת הרי"ף, סימן צו (הובא בר"ן על הרי"ף, שבועות דף כב ע"ב ודף כג ע"ב, בדפי הרי"ף, בחידושי הרי"ן, שבועות מב ע"א, בשו"ת הרא"ש, כלל לט, סימן ב, בפסקי רמב"ם, סימן תסט, בחוקות הדיינים, סימן קל, בתשב"ץ, חלק א, סימן קנו, בשו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קי, ובספר משרים, נתיב יד); חידושי הרי"ף מיגאש, שבועות מב ע"ב; תוספות, ב"מ נו ע"ב, ד"ה שומר (הובא בשו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן קא, אות א); מרדכי, שבועות, סימן תשעג; רא"ש, ב"מ, פרק ד, סימן כא (הובא בים של שלמה, ב"ק, פרק ט, סימן יט, בברכת אברהם, טרייטש-צופתי, סימן נח, עמ' נו במהד' תשכ"ה, ובשו"ת הלכה למשה, ראם, סימן ד, אות א), ושבועות, פרק ו, סימן כד (גם בשם הרי"ף), שו"ת הרא"ש, כלל צד, סימן ה (הובא בספר יוחסין השלם, עמ' 223), קיצור פסקי הרא"ש, שבועות שם, ותוספות הרא"ש, ב"מ נו ע"ב ושבועות מב ע"ב; חידושי הרשב"א, ב"מ נו ע"ב ושבועות מב ע"ב; חידושי הריטב"א, שבועות מב ע"ב, ושו"ת הריטב"א, סימן קצט (הובא בבית יוסף, חו"מ, סו, מא, ובשו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן ק, אות ד); פסקי הרי"ף, ב"מ, פרק ז, הלכה ד, אות ד (שפטור אפילו לא שמר כדרך השומרים); חוקות הדיינים, סימן קכט; טור, חו"מ, סימן סו, סעיפים לט"מ, סימן צה, ב, סימן שא, ב (הובא בלחם משנה, הלכות שכירות, ב, ב), וסימן שמ, א (וגל שואל); חידושי הרשב"ן, ב"מ דף נו ע"ב (הובא בשו"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט, ובחידושי ר"ע איגור, חו"מ, שח, ז), ודף פ ע"ב (על עבד), ושבועות מ ע"א; חידושי הרי"ן, שבועות מב ע"ב; חידושי ר' יצחק קרקושה, שבועות מב ע"ב; אגודה, שבועות, סימן לד (בשם ר"י); חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ נו ע"ב; בית יוסף, חו"מ, סימן צה, ב וסימן שא, א, ושר"ע, חו"מ, סימן צה, סעיף א (הובא בשו"ת שער אפרים, סימן קכב, ד"ה ואף, בשו"ת אדמת קודש, חלק א, סימן ס, בשו"ת שמן רחוק, חלק ב, סימן עג, בשו"ת כהונת עולם, סימן ח, דף יא ע"א ודף יב ע"ב, בצדק ומשפט, סו, מ, בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רלא, ובשו"ת אמרי נועם, דיון, חו"מ, סימן כט, דף מו ע"א) וסעיף ד (על שטר); רמ"א, חו"מ, סימן סו, מ, וסימן שא, א; שו"ת פני יהושע (קראקא), חלק ב, סימן קי; שו"ת עזרת ישראל, סימן קלא; נחלת בנימין, מצווה סא; שו"ת זכרון יוסף, חו"מ, סימן א; שו"ת אפריון דוד, סימן כד (הראשון), ס"ק ד וס"ק יח; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן מו (הובא בשו"ת כהונת עולם, סימן ט, דף טו ע"ג); צדק ומשפט, סימן שא (גם בדעת נימוקי יוסף); ערוך השולחן, חו"מ, סו, מה (בשטר), וסימן צה, א (בקרקע); שו"ת מהרי"ץ החדשות, חלק א, סימן פו; חכמת שלמה, ב"מ נו ע"א; ערך השולחן, חו"מ, צה, ס"ק ד, בדעת תשב"ץ, חלק א, סימן קנו; שו"ת ויאמר יצחק, חלק ב, סימן קמג; שו"ת שב יעקב, חו"מ, סימן יב (הובא בפתיח תשובה, חו"מ, סימן סו, ס"ק כה, וסימן שא, ס"ק ד); תומים, צו, ס"ק ב.

ב. טענת "ק"ם ל"י": שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ט; שו"ת לחם רב, סימן קפא (כמובא בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ו, ולא מצאנוהו); שו"ת מקור ברוך, סימן מא; בית אברהם (ישראל), חו"מ, סו, לט (קלו ע"א); שו"ת לב שמה, סימן לג; שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן יג; שו"ת בני יעקב, סימן יא (ריו ע"ג); שו"ת ישמח לב, חלק ב, חו"מ, סימן ט (טו ע"ד); שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יד (קב ע"ג); שו"ת אור שמה, חלק ב, סימן יד; שו"ת תשורת ש"י, סימן תרו; שו"ת מהרי"ל, חלק א, סימן קכג; שו"ת מהרי"ץ, סימן קלה וסימן קמב; ושו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ, סימן ו — אומרים ששומר יכול לומר "ק"ם ל"י" כפוטרים. שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן תעה (הובא במלאכת שלמה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג), כותב שמאחר שהרמב"ם הוא יחיד בדעתו, מטפס תפיסה מועילה (כלומר, לשני הצדדים). ערוך השולחן, חו"מ, סו, מה, כותב שאפשר לומר "ק"ם ל"י" כפוטרים, ומצד שני תפיסת בעל הנכס תועיל. תפארת יעקב, סו, ס"ק סד, כותב שהדין בספק. זכר יצחק, סימן עט, כותב שמספק, המוציא מחברו עליו הראיה. עטרת צבי, שא, ס"ק א, כותב שהדין כאן ספק דאורייתא. לאור זה אפשר להבין את ערוך השולחן, חו"מ, שיד, ד, הכותב ששוכר בית ואירע בו לקול, על המשכיר לחקנו, אלא אם כן הוא נגרם על ידי פשיעת השוכר — מפני המשכיר יכול לטעון שייחכן שהלכה שפושע בקרקע חייב, ושהשוכר חייב על הנזק (ראה חוק לישראל, שכירות ושאלה, סעיף 7, פרק רביעי, א). ג. שו"ת מהרש"ם, חו"מ, סימן מ (טו ע"ב), כותב שהרא"ש פוטור פושע בקרקע מספק, תוך הסתמכות על ר"ף, ר"י הזקן ור"ב"ה. ד. את שתי הדעות הביאו: חידושי הרי"ן, ב"מ קד ע"א ושבועות מב ע"ב, ור"ן על הרי"ף, שבועות כג ע"ב (בדפי הרי"ף); סמ"ג, עשה פט (קעב ע"א); קונטרס דינא דגרמי (לרמב"ן), בתחילתו; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' עו); צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער י; שו"ת מהרי"ל (רפוס קראקא), סימן צ; שו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קעה; עץ חיים (חזון), חלק ג, הלכות שומר חנם ושכר, עמ' קסא; ספר משרים, נתיב יד (בשטר), ונתיב ל, חלק ב; שו"ת מהרש"ם, חו"מ, סימן לב; שו"ת ידיו של משה, חו"מ, סימן נה; דיברות משה, ב"ק, חלק ב, סימן סד, ענף ז; דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 897; שו"ת משפט צדק, חלק ג, סימן כד (עב ע"א); נתיבות שמואל, נתיב ט, אות א; לחם שלמה (בולה), קונטרס קניין סודר, סימן סח (סג ע"א); שו"ת נטעי נעמים, חו"מ, סימן מח;

מילואים לסעיף 1(א)

חלקת יואב, מהדורא קמא, חו"מ, סימן יב; שו"ת זקן אהרן (הלוי), סימן קמב; שו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קסג; דברי חיים (איריבך), דיני נזקי ממון, סימן יד, בסופו; שו"ת מאורות נתן (שפיגלגלס), סימן עז; דברי אמת, דרשה ו (דף יא ע"ג, במהר"ה לברשטט); ושו"ת דברי משה (זקס), סימן יח.

ה. ספר מישורים, נתיב יג (לגבי עבד), כתב בתום ששומר חנם שפשע אינו נשבע.

ו. שער משפט, סימן סו, סימן לב, סימן עב, סימן ז, וסימן רצ, סימן ב; חידושי ר"ע איגור, גיטין כט ע"א, ובכתב וחותם, חלק ב, סימן יב; שו"ת דברי משה (זקס), סימן א, ענף יג; שו"ת עטרת יצחק, סימן כח; שו"ת ברכת רצה, סימן ז; ורא"י לעויתאן, הפודסט, שנה כח, חוב"ח, עמ' 15 — כתבו שרוב הפוסקים פוטרם פושע.

ז. דעת הפוסקים בפשיעה הובאה גם בכנסת הגדולה, חו"מ, שו"ת הגהות הטור, אות ב, בכסף הקדשים, שטז, א, בשו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן כח, אות ח, ובאורח משפט, רצא, הגהות הטור, אות כז.

ח. ראיות לדעה זו: הגהות מיימוניות, שם, הראשונים בשבועות, שם, וסמ"ג, עשה פט, הביאו ראייה מ"ק צג ע"א, ששם פוטרם שומר צדקה מפשיעה מהפסוק "לשמור" (שמות כב, ו), ומכאן שפסוק זה ממעט גם מפשיעה (ואף הרמב"ם פוטר שומר צדקה שפשע — ראה סעיף 13, הערה 78), ואם כן, אף בקרקע ובשטר יש לומר שהפסוק ממעט גם מפשיעה. משנה למלך, הלכות שכירות, ב, ג, והלכות מלווה ולווה, ד, יד (ד"ה עור), דחה ראייה זו, שהמיעוט של צדקה הוא מיוחד, מפני שמסבירה היינו פוטרם בה אף מפשיעה בנימוק שאין מי שיתבענו (ראה סעיף 13 שם, שהעניינים אינם יכולים לתבעו), אלא שאילו לא הפסוק היינו אומרים שהמפקיד יוכל לתבעו, והפסוק "לשמור" מלמדנו שהמפקיד אינו יכול לתבעו, וחזרונו לסברה שפסוק אפילו פשע.

ט. תוספות, ב"מ נו ע"ב, ד"ה שומר (הובא בחזקה רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה ש, ובקול יהודה, גלוגא, על ב"מ נו), הביאו ראייה לדעה זו ממה שהסוגיה בב"מ נח ע"א מקשה על הברייתא המחייבת שומר קרקע, ואם שומר קרקע חייב בפשיעה, היה צריך לתרץ שכוונת הברייתא היא שהיב בפשיעה. לחם משנה, הלכות שכירות, ב, ג, הסביר שאי אפשר להעמיד את הברייתא בפשיעה, שכן כתוב בה שהמקבל שכר יומי על שמירה פטור מאחריות בשבת מפני שאסור לקבל שכר בשבת, ואם מדובר בפשיעה, הלא גם שומר זה חייב בפשיעה (בשבת) שכן הוא לכל הפחות שומר חנם (ראה סעיף 1(ג), ליד ציון הערה 26). קונטרס אמר שומר, דף קך ע"א, מיישב את קשיית התוספות על המחייבים פושע — עיין שם. על הוכחת התוספות, עיין נטע שורק, פרשת פנחס (קלו ע"ב).

י. שו"ת לחם רב, סימן קפו, הביא ראייה שאין פושע כמזיק, מן הדין ששומר שטעה בהערכת שווי הנכס, פטור בפשיעה וחייב אם הויק (לעיל, ליד ציון הערה 149). ימי שלמה, על הרמב"ם שם, דוחה ראייה זו על פי מה שכתב (ראה הערה 295) שהרמב"ם פוטר ב"תחילתו בפשיעה וסופו באונס" — הוא אומר שבאמת גם במקרה שהוא פטור רק ב"תחילתו בפשיעה וסופו באונס" (אך לעיל שם ראינו שכל הפרשנים הבינו ששם פטור בכל פשיעה). רח"א מילר דחה ראייה זו בדרך אחרת: שלרמב"ם פושע כמזיק רק משום שקיבל על עצמו שמירה (ראה ליד ציון הערה 285), ושומר שטעה בהערכת הנכס לא קיבל על עצמו שמירה על הפרש הערכים, ולכן אף על פי שפשע, אינו כמזיק, ולכן הוא פטור גם בפשיעה גמורה (שלא כדעת ימי שלמה).

יא. ראייה נוספת שאין פושע כמזיק, ניתן להביא מן הדין (ליד ציוני הערות 68-74), שנפקד האומר "הרי הבית לפניך" וכדומה פטור אף מפשיעה. שו"ת אבן הראשה, סימן ג, השיב על כך, ששם אין הנפקד כמזיק אם פשע מפני שבעל הנכס פשע בעצמו בזה שהניח את הנכס אצלו, אלא היה צריך לשמרו בעצמו (וזה דומה להפטר של אשם תורם — ראה סעיף 4, פרק ז). רח"א מילר השיב בדרך אחרת (כדבריו באות י'): שם אין אומרים פושע כמזיק, שמאחר שלא קיבל על עצמו שמירה, הוא כאדם זה, שלגביו אין אומרים פושע כמזיק, כאמור.

יב. חיוב בדיני שמים: גן נעול, כפתור ד, פרח ו, אות ג (יג ע"א), כתב ששומר קרקע או שטר חייב לצאת ידי שמים בפשיעה (ולא בגנבה ואבדה). נפקות מכך ראה בשמו בסעיף 14, במילואים להערה 76. כמו כן, אמרי בינה, דיני פסח, סימן ה, לומד מהריטב"א שנביא בהערה 297, שמושג פושע בקרקע או בשטר לגרמא, מכאן שהוא חייב לשלם מדיני שמים, כמו בכל גרמא. הוא אף כתב שחיוב זה הוא מן התורה, שהרי מן התורה אסור לגרום נזק. גם שו"ת ברכת רצה, סימן ז, כתב שחיוב בדיני שמים מפני שזה גרמא. ר"ג גולדברג סבור שחיוב בדיני שמים כמו סוגי הגרמא שנמנו בב"ק נו ע"א, ודווקא כש"בעליו עמו" פטור השומר גם בדיני שמים, משום שהתורה פטרה אותו, אבל שומר קרקע או שטר התורה לא פטרה אותו, ורק לא חייבה. אך הוא העלה אפשרות שכאן זה פחות מגרמא, מכיוון שלא עשה שום מעשה, ואם כן יהיה פטור בדיני שמים (ראה בשמו במילואים להערה 297). עוד יש להעיר, שיש מחלוקת האם מוזק בגרמא שלא במתכוון חייב בדיני שמים (עיין תורת המשפט, אריאל, חלק א, עמ' 79), ובדרך כלל פושע אינו מתכוון. על חיוב בדיני שמים בקרקע ובשטר, עיין חידושי ירוחם, סימן עב; נר אלחנן, עמ' רטז.

יג. אך ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך גרמא בנוקין; גרמי, ליד ציוני הערות 414-421, שלא בכל גרמא חייב בדיני שמים. ואכן, שו"ת שמחת כהן (חיותה), חו"מ, סימן א, כתב שפושע בשטר פטור גם בדיני שמים, מפני שהתורה פטרה אותו משמירה. כמו כן, ר"י כהן, בהערותו להר צבי, ב"ק צג ע"א, לומד מרא"ש, ב"מ, פרק ד, סימן כא, שנטק שפושע אינו כמזיק, משמע שלדעתו פטור אף בדיני שמים. גם דרכי ירוחם, סימן קג, כתב שפושע פטור כאן אף בדיני שמים, כמו גם שומר שטר בגנבה ואבדה (עיין שם בהוכחתו לכך).

יד. פשיעה שגרמה נזק במישרין: פרישה, חו"מ, צה, ג (הובא בשו"ת בית יצחק, אה"ע"ז, חלק א, סימן עג, אות ט, ובאמרי בינה, דיני הלוואה, סימן לט), כתב שהטור הבין שהפוסקים פטרו דווקא אם פשע ואחר כך אבד הנכס ממילא, אבל אם פשע ואבד בפשיעה, גם הם מחייבים (נידונו: שהזניח את עבודת הכרם — ראה במילואים להערה 301). אבל לב מבין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג (קסו ע"ב), כתב שמהרא"ש מוכח שהוא פוטר בכל מקרה. ר"מ גלנטי, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ו, מסכים לפרישה, אבל ר"ש לניידו שם, סימן ז (קנו ע"ד), חולק עליו.

טו. סתירה ברי"ף: לעומת שו"ת הרי"ף, סימן צז, שהבאנו, ששם הוא פוטר שומר קרקע או שטר בפשיעה, הרי שו"ת הרי"ף, סימן קסח (הובא במרדכי, ב"ק, סימן עז, ובבית יוסף, חו"מ, קכג, יד) וסימן רנא, מחייב שומר שפשע בשטר, והסביר שזו תקנת חכמים. תפארת שמואל, על טור, חו"מ, סימן קכג, העיר על הסתירה. שמואל משפט, על חוקות הדיינים, סימן קל, כתב במסקנתו, שיש לדחות את התשובה בסימן צז, שפוטרת, מפני התשובות האחרות. צדק ומשפט, סימן שא, כתב להיפך — שהתשובה בסימן קסח אינה של הרי"ף. שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן יט, אות ג, הסביר שהתשובה בסימן קסח היא לדעה ששומר שטר חייב בפשיעה (ואין דבריו מובנים).

טז. יש שיישבו את הסתירה בכך שבתשובות השונות מדובר בסוגי פשיעה שונים. אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן לט, מיישב על פי

מילואים לסעיף 1(א)

דברי הפרישה שהבאנו, שהרי"ף פטר פושע רק אם אחר כך אבד באונס, מה שאינו כן אם אבד בפשיעה, ובתשובה בסימן קסח מדובר שאבד בפשיעה. מראה הנוגה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ג, מסביר שבסימן קסח מדובר בפשע בפועל, כגון שהשליכו לאיבוד בנהר. בדומה הסביר חלקת יואב, מהדורא קמא, חו"מ, סימן יב, שבסימן קסח מדובר בכגון שנשא את השטר בידו ואבד ממנו בפשיעה, שזה נחשב מזיק, כיוון שנפל מחמת הליכתו ונעונו, ובה גם הפוטרים פושע – מחייבים.

י. יש שיישבו את הסתירה בכך שבתשובה השונות מדובר בסוגי שמירה שונים. (א) מים שאל, חו"מ, סו (דף מה ע"ב), הסביר שמה שפטר בסימן צו הוא דווקא כשכא השטר לידו בתורת שמירה, ומה שהוא מחייב בסימן קסח, הוא מפני שבנידונו לא קיבל את השטר בתורת שמירה אלא כדי לגבות בו עם הרשאה, ובסימן רנא הוא מחייב מפני שהנפקד קיבל את השטר בתורת משכון ולא בתורת שמירה, ודווקא בשומר פטרה התורה, ואם אינו שומר, חייב מדין גרמי. אך שמרו משפט שם כתב שאין חילוק מוכן (כלומר, שהרי אם זה גרמי, יש לחייב גם שומר, לא בתור שומר אלא ככל אדם, והעובדה שקיבל על עצמו לשמור אינה יכולה להקל את דינו). (ב) שו"ת עזרת ישראל, סימן קלא, מסביר, שבסימן קסח מדובר שנתן המלווה את החוב למורשה במתנה על מנת להחזיר, ולכן אם איבד את שטר החוב, הוא חייב ככל מקבל מתנה על מנת להחזיר שחייב בפשיעה (ראה סעיף 1(ג), פרק ג, 14 ((א)), לפי השולחן ערוך (אך הסברו קשה, שהרי גם חיוב מקבל מתנה על מנת להחזיר הוא מדין שומר, שפטר בשטר); אבל אם לא עשה הרשאה, פטור ככל שומר שטר. (ג) שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צה, אות ט, מסביר, שבסימן קסח מחייב הרי"ף מדין ערב, שמאחר שקיבל על עצמו לגבות את החוב עבור הנושה, נעשה כערב על החוב, למקרה שיאבד החוב מתמתו, ואף על פי שלא התנה עמו כך בפירוש, הרי כל ערב חייב גם אם לא התחייב בפירוש, מכיוון שהלה הוציא ממון על פיו (ראה על כך בחוק לישראל, עבדות, סעיף 3, פרק א, 2). אך הוא מעיר, שעדיין קשה, מדוע הרי"ף שם מחייב שבועה, ומדוע הוא מחייב בגנבה ואבדה. (ד) באותיות יד-טו תירץ בדרך אחרת, על פי יסוד שהניח, ששומר קרקע או שטר שכבר קיבל שכו, חייב, אם קיבל על עצמו אחריות בפירוש (ראה במילואים להערה 280), והרי מלחמות ה', ב"ק כו ע"ב (ברפי הרי"ף), כתב שיש למורשה זכות בחוב כנגד שכרו, נמצא שהוא כאילו כבר קיבל את שכרו, ולכן הוא חייב, ומדובר בשקיבל על עצמו אחריות בפירוש. (ה) ערך ש"י, חו"מ, סו, מ, הכריז, שהרי"ף מחייב מטעם קבלן, לא מטעם שומר, משום שכל מי שמקבל על עצמו לעשות משהו תמורת שכר (כמו כאן, שקיבל הרשאה לגבות חוב עבור בעל השטר), חייב לשלם על נזק שנגרם, אלא שאם אינו מקבל שכר, הוא פטור, מפני שהוא יכול לחזור בו, ואם פשע, הרי הוא כאילו חוזר בו. הוא מבסס את חיוב קבלן על הדין שאר"ס (הקרוי גם "קבלן") חייב אם לא עיבד את השדה ונגרם נזק, גם אם לא התנה שיצטרך לשלם על כך, וחייבו הוא מדין ערב (לפי חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ עג ע"ב), או מטעם תקנת חכמים. הוא מסביר ששומר רגיל על שטר אינו חייב מטעם קבלן, מכיוון שהוא יכול לחזור בו (אך ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 10, שאם קבעו זמן, אינו יכול לחזור בו). על סתירת הרי"ף ראה גם סעיף 14, במילואים להערה 69, אות ט, בשם משנת ר' אליעזר, לעיל במילואים להערה 280, בשם פאת נגב, ולהלן במילואים להערה 308 בשם שער משפט, ועיין שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יד (קב ע"ד).

יח. שותפים: שו"ת בני יעקב, סימן יא (ריז ע"ג), מביא שבספר דורש משפט (פלורטינו) כתב (לא מצאנוהו בסימן שא) שבאחריות השמירה ההדדית של שותפים, שותף חייב בפשיעה בשטר (ובקרקע), גם לפוטרים כאן, מפני שזה כאילו נכס שלו עצמו, שפשע בו; והוכיח כך משו"ת הרא"ש, כלל פט, סימן ד, שמחייב בכגון זה.

יט. גם שו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צה, אותיות יד-טו, הסביר שהרא"ש מחייב מפני שהוא עוסק בשותף, ושותף אינו יכול לחזור בו תוך זמנו (שו"ע, חו"מ, קעו, טו), ונמצא שכבר יש עליו חיוב גמור, ולכן הוא יכול לקבל על עצמו חיוב נוסף בדיבור, ומדובר בהתחייב בפירוש.

כ. גם רחב"צ נטלוביץ, "בדין שומרים ושותפים", המאור, ב, חוב"א (תשרי תשי"א), עמ' 4-3, כותב ששותפים חייבים אף בקרקע או בשטר, שהרי כל תנאי שהם עושים ביניהם מועיל בלי קניין מפני שהם גומרים ומקנים זה לזה, או מפני שאגב שכל אחד רוצה שחברו יתחייב כלפיו, הוא גומר בדעתו להתחייב כלפי חברו, ולכן יועיל תנאי גם בקרקע ובשטר, כמו שקניין מועיל בסתם שומר קרקע או שטר (ראה סעיף 14, פרק ד), ובשותפים אמירה היא כקניין. יש להעיר שלפי נימוק זה, זה מועיל רק אם אמרו בפירוש שמקבלים על עצמם לשלם אם יהיה נזק, שהרי רק בכגון זה מועיל קניין בסתם שומר.

כא. גם ערך ש"י, חו"מ, סו, מ, הסביר (בהסברו השלישי), שהרא"ש מחייב משום ששותף חייב מטעם קבלן, בכלל התקנה באריס (ראה בשמו לעיל לגבי תשובת הרי"ף), כיוון שאינו יכול לחזור בו תוך הזמן, כאמור; והוא מסתמך על נתיבות המשפט, קעו, ס"ק לה, שכתב ששותף חייב מטעם קבלן. הוא (וכמהו גם רחב"צ נטלוביץ, שם) מיישב בזה את מה שכתב רשב"ם, ב"ב מג ע"ב (ד"ה אמר), ששותפים שומרי שכר בשמירת שדה, אף על פי ששומר קרקע פטור (קושי שעמד עליו ר"א סופר, בהערותיו למאירי ב"ב שם, הערה ג; אך יש להעיר שאם זה טעם הרשב"ם, יוצא ששותף בקרקע או בשטר חייב לא רק בפשיעה).

כב. אך אחר כך מעלה ערך ש"י אפשרות שהתקנה באריס אינה חלה בשותף, מפני שהתקנה אינה דרושה בשותף, כיוון שבלאו הכי לא יפגע בנכסי השותפות משום שזה יפגע בחלקו בשותפות. והוא מציע (לפני כן) שני הסברים אחרים לדברי הרא"ש: (א) הרא"ש מחייב מטעם מזיק בפועל, כיוון שהחזיר את השטר בפועל לחייב הנכרי. (ב) הרא"ש היה מסופק האם פושע בשטר חייב, ובמקרה הגידון בתשובתו היה בעל השטר מוחזק, ולכן פסק שהשומר חייב.

כג. כמו כן, בני יעקב (ריז ע"א) כותב שאין סברתו של דורש משפט נראית, ודוחה את ההוכחה משו"ת הרא"ש, בכך ששם פשיעת השותף הייתה בדרגה של מזיק בפועל, שחייב גם בשטר (וראה במילואים להערה 308, הסבר אחר לדברי הרא"ש, בשם שער משפט ועזרת ישראל); ומעיר ששו"ת מהריט"ץ, סימן קלה, פטר פושע בשטר אף על פי שעסק בשותף.

להערה 297

א. הריטב"א נוקט שזו גרמא, וכך כתב גם מקצוע בתורה, סו, מ (ס"ק צו), בדעת התוספות. אך הרא"ש כתב רק שאינו נחשב מזיק, ורד"ג גולדברג העלה אפשרות שהוא סובר שפושע הוא אף פחות מגרמא, מכיוון שלא עשה מעשה, ונוק שבא מתוך אי מעש אינו נחשב מזיק. ראה בשמו במילואים להערה 296, שיש בכך נפקות לשאלה האם הוא חייב לצאת ידי שמים.

מילואים לסעיף 1(א)

- ב. ר"מ הירשור, בהערותיו לקונטרס דינא דגרמי (נדפס בחידושי הרמב"ן, מהד' מכון התלמוד הישראלי), הערה 65, מסביר ששיטה זו סוברת שמה שהתורה מחייבת מדיק בגרמי אינו שזה כמדיק בפועל ממש, אלא זה בגדר חידוש, ולכן כשהתורה פטרה שומר קרקע או שטר, פטרה גם מחיוב גרמי, והוציאה אותו מכלל אדם המדיק שחייב בגרמי.
- ג. ר"א צימרמן, תורת ארץ ישראל, שנה ד, סימן לה, מסביר שדעה זו סוברת שאין בקרקע ובשטר חיוב שמירה כלל, ולכן אין לחייב את הפושע מטעם מדיק, שהרי ודאי שאדם זר שאין עליו חיוב שמירה, והנכס נגבב בנוכחותו, אין לחייבו מטעם מדיק על שלא מנע את הגנבה. אך רז"ג גולדברג דחה את ההסבר שלפי הפוטרים אין חיוב שמירה, שהרי בכל שכירות פועל (גם בקרקע) חייב הפועל לעשות את המלאכה, ובדבר האבד אף אינו יכול לחזור בו.
- ד. שו"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט, מבאר שגם לדעה זו פושע נחשב מדיק, מכיוון שקיבל על עצמו לשמור, ובעל הנכס סמך עליו, אבל דעה זו סוברת שאף על פי שנחשב מדיק, התורה פטרה אותו. יש להסביר, שלפי דעה זו חיוב פשיעה כתוב בתורה (ראה בסמוך), ואם כן קרקע ושטר נתמעטו גם מפשיעה, אף על פי שפושע כמדיק.
- ה. נימוק נוסף: ערך ש"י, חו"מ, סו, מ, כותב שיש לפטור פושע בשטר, מפני שפושע אינו מדיק ממש אלא גרמי, מצד שבעל הנכס סמך עליו, והרי בשטר אפילו המדיק בפועל הוא גרמי (ב"ק צח ע"ב), ואם כן פושע בשטר הוא רק גורם דגורם, והרי ש"ך, חו"מ, שפו, ס"ק ג, פוטר גורם דגורם (אלא שהש"ך מחייב כאן משום שהוא סובר שפושע הוא כמדיק ממש). נימוק זה נמצא גם באלם המשפט, סו, על ש"ך, ס"ק קכו. אך נימוק זה אינו טוב לפטור פושע בקרקע, שהרי מי שמדיק בפועל לקרקע הוא יותר מגרמי, ואם כן פושע בקרקע הוא יותר מגורם דגורם.
- ו. כיצד תשיב דעה זו על סברת הש"ך (ליד ציון הערה 289), שפשיעה אינה כלולה במה שנתמעטו קרקע ושטר מחיוב שמירה מפני שחייב פושע אינו כתוב בפרשת השומרים כיוון שאנו יודעים מסברה שהוא חייב? שו"ת רביד הזהב, סימן מב, אות ה, מסביר שאין לומר שידועים מסברה שפושע חייב מטעם מדיק, שהרי הוא רק התרשל, בגרמא, בלי לעשות מעשה בגוף הדבר, וזה חידוש בשומרים שחייב, ומאחר שפשיעה היא מחידושי פרשת השומרים, היא כלולה במיעוט של קרקע ושטר מפרשת השומרים.
- ז. שו"ת הב"ח, סימן קלח, מסביר ששיטה זו סוברת שחייב פשיעה נזכר בתורה בפירוש, שהרי זה חיובו של שומר חנם, ואם כן גם עליה חל המיעוט של קרקע ושטר.
- ח. שו"ת עמודי אור, סימן ק, ור"א גורביץ, "בדין תשלומין בשואל", מוריה יב (תשמ"ד), גל' י"ב, עמ' רסו, מביאים ראייה (שלא כש"ך) שחייב פשיעה אינו רק מסברה, אלא כתוב בתורה, שהרי בב"מ צה ע"א לומדים חיוב פשיעה בשואל ובשומר שטר בקל וחומר משומר חנם. במילואים להערה 289 הבאנו עוד פרשנים שהשיגו על סברת הש"ך.
- ט. הסברים נוספים בדעת הפוטרים, ראה במילואים להערה 290, אות ט, בשם קובץ שיעורים.

להערה 298

- א. כאן מדובר שזרק את השטר לנהר, והשטר נשטף עם הורם ואי אפשר למצאו. אבל אם זרקו לים ואפשר להביאו על ידי אמודאי, השומר פטור גם בשאר סוגי נכסים — ראה סעיף 2(א), הערה 447, בשם דברי משה.
- ב. רח"א מילר הסביר שמה שיש של שלמה, ב"ק, פרק ט, סימן יט, כותב ש"השורף שטרותיו של חברו פטור" הוא כגון שהיו בפקדון בידו, היינו לפי רבה בב"ק צח ע"א, שפוטרו גרמי, אבל ההלכה היא שגרמי חייב.
- ג. אך מראה הנוגה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ג, ג, כותב שמתוספות, ב"מ נו ע"ב (ד"ה שומר), משמע שהם פוטרים גם אם הזיק לשטר בפועל, כגון שהשליכו לנהר (עיינו שם להוכחתו). ייתכן שהם פוסקים שגרמי פטור, ולכן מדיק שטר פטור.

להערה 300

- א. גם אבני החושן, השמטות לסימן שז, ג, ונוכח השולחן, חו"מ, שז, ג, כותבים שבמקרה זה חייב גם לפי הפוטרים פושע. הש"ך מוסיף, שגם אדם זר שאינו שומר שהיה עושה כך, היה חייב מטעם מדיק. שו"ת ברית יעקב, חלק א, סימן קד, הסביר שחייב כאן מטעם תולדה של אש המדיק.
- ב. גם שו"ע, חו"מ, שז, ג, מחייב במקרה זה. הקשה שו"ת אגודות אוזב מדברי, חו"מ, סימן יז, הלא שולחן ערוך פוטר פושע בקרקע (במילואים להערה 296)? התשובה היא, שכאן זה חמור יותר מסתם פשיעה.
- ג. רז"ג גולדברג העיר שהש"ך עצמו מחייב פושע בקרקע, ובכל זאת נקט שכאן חייב משום שהוא מדיק גמור, כדי להסביר מדוע הרא"ש מחייב כאן אף על פי שהוא פוטר פושע בקרקע.
- ד. לפרטי הדינים בחיוב זה, ראה סעיף 4, ליד ציוני הערות 150-152. לגבי מה שנראה במילואים שם שנתכונן המשפט כתב שחייב רק אם התרו בו לפנות את החטים, כתב שו"ת תורת ש"י, סימן תקכב, שזה רק לדעה ששומר קרקע פטור גם מפשיעה, ושכאן הוא חייב רק מטעם מדיק, ובחיוב מטעם מדיק פטור אם לא הייתה התראה, מפני שיכול לומר "לא חשבתי שאהיה חייב" (פרישה, חו"מ, סימן תטו). לעומת זאת, לדעה ששומר קרקע חייב בפשיעה, כאן חייב גם בלי התראה, שהרי שומר חייב לעשות פעולות הצלה גם בלי התראה. אך ראה במילואים להערה 284, שיש אומרים שחייב פושע לדעה ההיא הוא מטעם מדיק, ואם כן אין לחייבו בלי התראה.

להערה 301

- א. כמו כן, שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רלא, ואורח משפט, רצא, הגהות הטור, אות כו, מסבירים שמה ששו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רסו, מחייב שוכר בית שהדליק תנור ונשרף הבית, אף על פי שיש פוטרים פושע בקרקע, הוא מטעם מדיק בפועל, מפני שבנידונו היה צריך לבדוק האם התנור תדליק את הבית, ועוד, שמאחר שלא צעק לאנשים שיעזרו לו לכבות, נחשב מדיק בפועל. לכאורה, אפשר להבין מדבריהם שגם אם לא היה אשם בפריצת האש, אם היה יכול להזעיק עזרה ולא עשה כן, נחשב מדיק בפועל. אך נראה שבעי חיי לא התכוון לכך, שהרי כפי שנראה בסעיף 6, הערה 266, בנידונו היה השומר פטור על אי הזעקת עזרה

מילואים לסעיף 1(א)

- אילו הייתה הרשפה באונס. רח"א מילר הסביר, שחייב על ההדלקה, משום שהיא בגדר מוזיק בפועל, ואין זה כרוח שאינה מצויה, שפטור בה בנוק אש, שהרי העובדה שלא הועיק עזרה מוכיחה שלא אכפת לו, וזה מראה שגם בעת ההדלקה לא היה אכפת לו, ולכן אין לפטור מטעם רוח שאינה מצויה.
- ב. אך ערך ש"י, חו"מ, שא, א, הסביר שהמרשדים מחייב מפני שהוא סובר שבית כמיטלטלין, כדעה אחת במילואים להערה 319. וראה במילואים להערה 319 בשם רד"ג גולדברג.
- ג. רד"ג גולדברג העיר שאף על פי שמי שעוסק בנכס ברשות אינו נקרא מוזיק (ראה סעיף 2(א), במילואים להערה 296), זה דווקא כשעוסק עבור בעל הנכס, מה שאינו כן כאן שהתעסק בתנור בשביל עצמו; ועוד, שהנכס שניזוק הוא הבית, ולא התנור, והרי כאן לא עסק במלאכת הבית אלא במלאכת התנור, ולכן הוא נחשב מוזיק לגבי הבית; וגם אין לפטור מצד שהוזק ברשות עצמו, משום שהבית שייך למשכיר ואין זה נחשב רשותו של השוכר. אך הוא ציין שאם האש לא יצאה בפשיעה, אלא מתוך חוסר שמירה מספקת, שאז נחשב ממון המוזיק ולא אדם המוזיק (כפי שעולה מב"ק כב ע"ב), פטור אם לא יצאה בפשיעה אלא ברמה של גנבה ואבדה, משום שעל ממון המוזיק חייב רק אם פשע בשמירתו.
- ד. דעה חולקת: שו"ת לב שמח, סימן לג, כותב שמי שהדליק אש בתוך שלו אינו נחשב מוזיק בפועל שיחויב בקרקע אף לפי הפוטרים פושע בקרקע. הוא מביא מי שרצה לחייב (גם לדעה זו) בנימוק ש"אישו משום חיצוני", אך הוא דוחה נימוק זה, מפני שעקרון זה אינו אומר שאש חמורה יותר משאר מוזיק. האמת היא ש"אישו משום חיצוני" מראה שאש חמורה יותר ממושע באי מעש, שעליו דיברו הפוטרים פושע.
- ה. דוגמאות נוספות למה שנחשב נזק בפועל לקרקע או לשר: חידושי הר"י מיגאש, שבועות מב ע"ב (הובא בטור, חו"מ, צה, ג); ומב"ם, הלכות שכירות, ב, ג (הובא בשו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן ק, אות טו, ובשו"ת מעיין גנים, עבאדי, חו"מ, סימן כ, עמ' 278); מאירי, שבועות שם; וחידושי ר' יצחק קרקושה, שבועות שם — כותבים שאם משהו מס' לשומר פרוס או כרם לעבד, ולא עיבד, הוא חייב, מפני שלא מילא את תנאו, וזה כמו מוזיק בפועל (אלא שהרמב"ם והמאירי מחייבים כל פושע בקרקע ובשר, ואם כן אין חידוש שהם מחייבים כאן). אך הרמ"ה (המובא בטור שם) פוטר כאן, רד"ג גולדברג הקשה, שהלא הרמ"ה עצמו (הובא בטור, חו"מ, קנו, ה), אומר שמי שהיה צריך לבנות כותל בחצר המשותפת לו ולזולתו ולא בנה, ובעקבות זה באו גנבים וגנבו משכנו, חייב לשלם? ותיירץ, שאף הרמ"ה מחייב כאן אם היה נזק, ופטר רק על הרווח שנמנע. אך הוא התקשה, מדוע הר"י מיגאש מחייב על הרווח שנמנע, הרי הכלל הוא ש"מבטל כיסו של חברו — פטור" (ירושלמי, ב"מ ה, א) ו אין לומר שזו תקנת חכמים, שהרי מלשוננו כמובא בטור משמע שחייב מן התורה. וראה במילואים להערה 20, שבני ציון כותב שחייב מדין ערב.
- ו. ר' רחמים יוסף פרנקו, בשו"ת שערי רחמים, חו"מ, סימן יג (כד ע"ד), מוכיח שגם הפוטרים פושע בקרקע מחייבים מי שקיבל כרם לעבד ולא עיבד אותו, מפני שהתנה לעבד את הקרקע, ועבר על תנאו. ובסימן יד (כח ע"ד), כתב שמה שהרמב"ם מחייב בכרם אינו מדין שומר, שהרי התורה פטרתו, אלא מדין מוזיק, שאפילו אדם זר חייב מחמתו. כך כתב גם בתשובתו בשו"ת פני יצחק, חלק א, חו"מ, סימן כד (דף קצד), ולמד מכאן שגם בתחומים אחרים שב ואל תעשה נחשב פשיעה, אם קיבל על עצמו לעשות משהו. אולם ר"י אבולפיה, בתשובתו שם (קצח ע"א), דוחה את השוואתו בכך שהוא מסביר שבכרם חייב מדין שומר, ושומר חייב בשב ואל תעשה, מה שאינו כן בתחומים אחרים. גם ר"מ גלנטי, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ו, מוכיח שגם הפוטרים בפשיעה יחייבו במקרה של כרם. אך ר"ש לניירו, שם, סימן ז (קנו ע"ד), כותב שזו אמנם דעת הר"י מיגאש כאמור, אבל שאר הפוטרים פושע בקרקע יפטרו גם כאן, מפני שלא עשה מעשה ואינו נחשב מוזיק בפועל, ולכן השולחן ערוך והרמ"א לא כתבו שחייב. ועיין אור עזרא, קובץ א, סימן ב, ששוכר בית, שהשאר מכושר חשמלי דלוק ובכך גרם לחשבון חשמל גדול למשכיר — נחשב מוזיק בפועל, וחייב.
- ז. שו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן ג, כותב ששומר שטר, שמחל ללווה הנכרי על החוב, חייב בנזק אף על פי שזה גרמא, מפני ששומר חייב בגרמא. כוונתו היא, שכאן הוא נחשב מוזיק.
- ח. שו"ת אדמת קודש, חלק ב, חו"מ, סימן לב, כותב שמי שנתמנה שליח להטביל את עבדו של זולתו, ופשע, וקדם העבד וטבל לשם בן חורין, שבוה הוא יוצא לחרות, חייב השליח לשלם לאדון, מפני שכאן הוא לא רק פושע, אלא מוזיק בפועל. אך מתנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ח, כנראה חולק על זה, שכן הוא הסביר שהסיבה שביבמות מו ע"א הסוגיה מחייבת במקרה זה, היא משום שקיבל על עצמו בפירוש להתחייב בפשיעה (ראה בשמו בסעיף 14, ליד ציון הערה 76), אבל לולא זה היה פטור — הרי שהוא סובר שאינו נחשב מוזיק.
- ט. חיוב מיוחד מטעם מוזיק, מצוי בשו"ת עטרת יצחק, סימן כח: הוא כותב שאחרי שעובר זמן השמירה (הוא נוקט שואל או שוכר לזמן), פוקע ממנו שם שומר והופך להיות אדם רגיל, שחייב אם הוא פושע, מטעם מוזיק, כפי שהתוקף את עבדו של חברו ועובד בו, חייב מטעם מוזיק (ב"מ סד ע"ב — עיין שם); ודווקא בעודו שומר, הוא פטור מגזירת הכתוב; ומה ששואל אחרי זמנו הופך לשומר שטר (סעיף 11, הערה 131) הוא תקנה לטובת בעל הנכס, וכאן טובת בעל הנכס היא שלא יחשב עוד שומר, כדי שיהיב מטעם מוזיק. אך המגיה שם תמה עליו, איך אפשר לחייב סתם אדם מטעם מוזיק, אם רק התרשל במשמירה? והסביר שתוקף עבד חייב רק משום שהחזיק בו בתורת גזלה, וחייב באונס מטעם גזלן.
- י. שו"ת חלקת יואב, מהדורא קמא, חו"מ, סימן יב, מעיר שמן הדיון כאן עולה שעצם זה שהשומר עובד את המקום שבו מונח הנכס, לא נחשב מוזיק (שלכן יש הפוטרים פושע בקרקע ובשר). זאת אף על פי שאילו אדם אחר היה חוטף את השומר ומרחיק אותו בעל כרחו מן הנכס, היה חייב מטעם מוזיק, שהרי השומר נחשב פועל של בעל הנכס, אם הוא שומר שטר, ונמצא שאותו אדם עשה מעשה מוזיק בגוף ממונו של בעל הנכס. אך זה קשה, איך ייתכן שאדם אחר שעשה כך נחשב מוזיק, ואם השומר עצמו עובד את המקום, אינו נחשב מוזיק? ואכן, פתחי חושן, הלכות פיקדון, פרק ג, הערה סז, סבור שבאמת גם מי שחוטף את השומר אינו נחשב מוזיק, מפני שבשעה שהשומר אנוס מלשומר, פטור בעל הנכס מלשלם את שכרו (ראה סעיף 5, פרק ה), ואם כן, פסק מלהיות פועל (דבריו קשים, שהרי בעת החטיפה, היה פועל); והנזק לנכס הוא גרמא, מפני שלא ברור שעקב כך יקרה נזק לנכס, ועוד, שהנזק קורה ממילא.

להערה 302

א. דעה חולקת: הרמ"א הבין מלשון הרא"ש (שצוין בהערה 298) ששומר שמטר לשומר חייב כאן אף על פי שפושע פטור. גם

מילואים לסעיף 1(א)

- לב שלמה, סימן פד, מביא שהרא"ש מחייב, ומנמק, שזה מדין גרמי. אבל ש"ך (הובא בשו"ת לחם שערים, סימן צד), בני יעקב, כהונת עולם, נתיבות המשפט ואמרי ברוך (שיובאו בהערות 303-305 ובמילואים שם) כתבו שהרא"ש מסכים למהרי"ק, וכשהייב הרא"ש התכוון למקרה מסויים — ראה בסמוך, במקרים שהשומר חייב בהם.
- ב. פסקי הגר"א, חו"מ, שא, א, כתוב שהגר"א פוטר שומר שטר שמסר לשומר, כמו הש"ך.
- ג. שו"ת כהונת עולם, סימן י (יח ע"ג), מבין שגם הרמ"א פוטר שומר שטר שמסר לשומר, מפני שזו מחלוקת הרא"ש ומהרי"ק, ומספק פטור. אבל קונטרס אמר שומר, דף קד ע"א, בית ישיקה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ב, ושו"ת מקור חיים (סגלוביץ), סימן כב, מביאים שהרמ"א מחייב שומר שטר שמסר לשומר.
- ד. שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קצד, עוסק בשומר שטר, ומחייב אם מסר אותו לאדם אחר, והוא כותב רק שאם יש ויכוח מה קרה, אין שבועה, מפני שאין נשבעים שבעות שומרים על קרקע או שטר.
- ה. מחלוקת הרמ"א והש"ך מובאת בשו"ת דברי שלום (איורלוזין), סימן לג, לגבי שומר קרקע שמסר לשומר, בשו"ת ישמח לב (פרג'י), חלק ב, חו"מ, סימן מח (כ ע"ג), ובשו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לד (הובא בפתיחת תשובה, חו"מ, רצ, ס"ק א). על שומר שטר שמסר לאחר עיין שו"ת ר"ח הכהן (רפפורט), חו"מ, סימן יד; לחקרי הלכות, סימן שיא.
- ו. נימוקים לדעת הרא"ש (המחייב, לפי הבנת הרמ"א): חלקת יואב, מהדורא תניינא, סימן טו, מנמק, על פי תוספות, ב"מ לו ע"א (ר"ה אין רצוני), שכתבו שבשומר שמסר לשומר, אף על פי שעצם המסירה אינה פשיעה, רואים כאילו התנה השומר שאם לא יוכיח ששומר המשנה נאנס, הוא יהיה חייב (והסביר שאף על פי שתוספות כתבו כך לפי אביי, שאין הלכה כמותו, מכל מקום רבא מסכים בזה לאביי); ותנאי זה יכול לחייב גם בשטר, כמו שכתב מחנה אפרים (סעיף 14, ליד ציון הערה 76), שמנאי מחייב בשטרות בפשיעה, בלי קניין. אך דבריו קשים, שהרי מחנה אפרים כתב כך רק על פשיעה, וכאן המסירה אינה פשיעה.
- ז. שער משפט, שא, ס"ק ב, מנמק את דעת הרא"ש, ששומר המשנה עלול לגנוב את השטר ולטעון בשקר שנאנס, מפני שהראשון אינו יודע שזה שקר, כך שהשני אינו צריך להתבייש בזה, ולכן המסירה לאחר היא כנוק בפועל. הוא מסביר, שמסירת נכס רגיל לאחר בשהו פשיעה מטעם זה, מפני שהלה יפחד לגנוב ולטעון בשקר שנאנס, שהרי יצטרך להישבע שבעות השומרים, ואם לא יישבע נגבה מנכסיו (ראה בשמו בסעיף 7, במילואים להערה 12), אבל שומר שטר שמסר לאחר, זו פשיעה, מפני שהלה לא יפחד לשקר ולטעון שאבד, שכן לא יצטרך להישבע על כך, אפילו שבעות היסט, שהרי זו טענת ספק (על פי שו"ע, חו"מ, צה, ד). והסכים לו שושנת יעקב, שא, ס"ק ג. גן נעול, כפתור ד, פרח א (דף א ע"ג), דוחה את הסבר שער משפט, בטענה שגם שומר שטר נשבע שבעות היסט שלא פשע (שו"ע, חו"מ, צה, א), ובוה די שישב שהתברר לבית דין שלא פשע. עוד דחה (בדף ג ע"ד), שמה שפטור מלהישבע מראה שהתורה האמינה לו, ואם כן אין בעל הנכס יכול לטעון שהוא אינו מאמין לשני ושהוא חושד בו שפשע או שגנב. על דבריו שער משפט עיין מנחת עני (שטרק), שא, א.
- ח. ר' בונם איגר, בספר זכרון יצחק (גולדשמיד), עמ' מא, מסביר בתחילה שאף על פי שאין חיוב שבועה בשטר, אם מסר לשומר אחר חייב מטעם "האיך לא מהימן לי", שמבוסס על כך שמאחר שהראשון אינו יודע מה קרה, תולים שקרתה פשיעה שהיא שכיחה (ראה בשמו בסעיף 7, במילואים להערה 32), והרי פושע בשטר חייב. אבל אחר כך הוא חוזר בו, בטענה שאין לחייב מטעם זה שהרי יש חזקת ממון. והוא מסביר שהחיוב מטעם "האיך לא מהימן לי" יסודו בעיקרון שהטען "איני יודע אם פרעתיך" חייב, מפני שהמסירה היא תחילת חיוב, שמצטרף לזה שהרוב הוא פשיעה. ואף על פי שלא כתב הסבר זה בפירוש על שטר, אפשר שגם הסבר זה שייך גם בשטר (אך יש להעיר שנימוקים אלו טובים רק לדעה שפושע בשטר חייב). אך גן נעול, כפתור ד, פרח א (דף א ע"ב), כתב שאין לחייב מטעם "האיך לא מהימן לי", משום שזה מטעם "מתוך שאינו יכול להישבע — משלם" (ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 30), ואף על פי ששומר קרקע או שטר צריך להישבע שבעות היסט שלא פשע (שו"ע, חו"מ, צה, א), מכל מקום הרי שבעות דרבנן אין אומרים "מתוך שאינו יכול להישבע — משלם".
- ט. בית אברהם (ישראל), חו"מ, סו, לט (קלו ע"א), מנמק שאף על פי שאין בשטר חיוב שבועה, ואם כן אין מקום לטענת "האיך לא מהימן לי", מכל מקום הדין שבעל הנכס אינו חייב לקבל את שבעותו של השני (בנכס רגיל) אף על פי שלא נחשד מעולם לשקר, מראה שהמסירה לאחר היא פשיעה (גם בקרקע או שטר) כאילו זרק חפץ לים (כך נראית כוונתו). יצוין ששו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קעה, כתב שאין לחייב כאן מטעם "האיך לא מהימן" מפני שאין חיוב שבועה בשטר; אך נידונו אינו ברור.
- י. ערוך השולחן, חו"מ, שא, ו, פוסק ששומר קרקע או שטר שמסר לשומר חייב מפני שזה גרוע יותר מפשיעה, ודוחה את הסבר הש"ך (ליד ציון הערה 303), שהרא"ש מחייב רק אם מסר לאחר לגמרי ולא על מנת לשמור, שכן זה פשוט, שהרי הוא גולן. והוא מנמק שאף על פי שבדרך כלל מסירה לשומר אחר אינה פשיעה, מכל מקום בקרקע ובשטר שאין חובת שמירה (ראה במילואים להערה 282), כשמוסר לאחר, הוא כמאבדו בפועל, שהרי השני יהיה פטור משמירה (ואף על פי שבעל הנכס מסר לראשון, תוך ידיעה שיהיה פטור משמירה, הרי בשלו הוא רשאי לעשות כרצונו, ואין זה מתיר לשומר לנהוג כך — כך צריך להוסיף; על עיקרון זה ראה סעיף 2(א), ליד ציון הערה 41, שהוא שנוי במחלוקת); וגם אם בעל הנכס רגיל להפקיד אצל השני, לא היה רוצה לתת לו דברים שאין בהם תורת שמירה. משום כך הוא מחייב גם אם יש עדים שהשני לא פשע.
- יא. הבחנות שונות: ערוך השולחן שם מעלה אפשרות שאם הראשון עשה עם השני קניין, שיתחייב בשמירה (שזה מחייב, כפי שנראה בסעיף 14, פרק ד), ויש עדים ששומר כראוי, פטור גם לרמ"א, משום שאז אין מקום לנימוק שלו, שהוכרנו. מצד שני, הוא כותב, שאם פשע השני, חייב הראשון גם לפי מהרי"ק, מפני שהתורה פטרה פשיעה בקרקע ובשטר רק במי שבעל הנכס מסר לו, מפני שאולי סמך על ישרותו שישמור כראוי, אבל אין לו רשות למסור לאחר דבר שאין בו תורת שמירה.
- יב. שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, חו"מ, סימן כב, כתב שגם למחייבים שומר שטר שמסר לשומר, אם התכוון לטובה, פטור, ואף על פי ששומר שמסר לשומר הוא מוזיק, הרי מוזיק שטר חייב רק מדין גרמי (ב"ק צח ע"ב), וגרמי בשוגג פטור (ש"ך, חו"מ, שפו, ס"ק א), וכוונה טובה היא כמו שוגג.
- יג. בספר אולם המשפט, שא, א, כותב שאם השומר הראשון אינו יודע בבירור שהשטר אבד מידי השני, חייב הראשון מטעם "איני יודע אם פרעתיך", כמו שכתב ש"ך, חו"מ, רצא, ס"ק מד (בנכס רגיל), לגבי מקרה שהשומר השני אינו רוצה להישבע; ואם הראשון יודע שהשטר אבד מהשני, או שבעל השטר רגיל להפקיד אצל השני, הראשון פטור, מפני שאין בשטר דין שמירה.

מילואים לסעיף 1(א)

יד. על דעת הרמב"ם בשומר קרקע או שטר שמסר לאחר, ראה במילואים להערה 295.

להערה 303

א. שו"ת בני יעקב, סימן יא (יח ע"ג), מסביר שהרא"ש מחייב מפני שבנידונו השומר כאילו השליך את השטר לאיבוד, בזה שמסרו לאותו אדם בתורת החזרה ולא בתורת שמירה, ובהחזרה צריך להחזיר לבעל הנכס עצמו (ראה סעיף 11, פרק ג, 4). הוא מסביר את מה שהרא"ש כתב שאם אותו אדם היה נאמן בעיני בעל הנכס, ונושא ונותן בנכסיו, אין פשיעה במה שנתנו לו – שטעמו הוא, שיש להניח שבעל הנכס מוכן שהשומר יחזיר לאדם זה.

ב. שו"ת כהונת עולם, סימן ח (יא ע"ג), כותב שהרא"ש עוסק במקרה שנתן לאחר לגמרי, והלה איבד את השטר בפועל, ולכן חייב, כמו שורף שטר, והיינו אם מסר למי שלא היה נאמן בעיני בעל השטר; וגם בסימן י (יח ע"ג), הביא את הסבר הש"ך.

ג. דברי חיים, דיני שומרים, סימן ה, מבאר שכונת הש"ך היא, שהרא"ש מדבר במקרה שלא מסר לו בתורת שמירה, ולא להחזיקו אצלו לגמרי או לאבדו ולשרפו, אלא אמר לו: "קח שטר זה ומסור אותו לבעל השטר". הוא מנמק, שחייב מפני שרואים כאילו השליכו לנהר, שהרי אינו יכול לטעון: "מסרתי לאחר שיבוא במקומי", שהרי לא מסר לו לשמור כמותו, אלא למסור לבעל השטר, והיה צריך למסור לבעליו בעצמו, שמה השני לא ימסור (וכותב שאין אומרים שממילא נעשה השני שומר עד שיחזיר לבעלים – עיין שם להסברו לכן). הוא מסביר את הבחנת הרא"ש בין מסר למי שבעל השטר רגיל להפקיד אצלו, לבין מי שאינו רגיל, שאם אין בעל השטר רגיל להפקיד אצל אדם זה, גם אם אדם זה בא לשומר וטוען שבעל השטר שלחו להביא לו את השטר מן השומר, השומר חייב, שהרי הוא כאילו השליכו לנהר, ואינו יכול לומר "הבאתי אדם אחר במקומי", כיוון שלא מסר לו לשמור אלא להחזיר, כאמור. לעומת זאת, אם בעל השטר רגיל להפקיד אצלו, פטור השומר שמסר לו, מפני שבעל השטר לא יוכל לטעון שאינו מאמין לו, ולכן השומר מסולק לגמרי מחיוב. הוא מוסיף, שאף על פי שבמקרה רגיל של מוסר ל"מורגל" ופשע והמורגל אינו יכול לשלם, לרא"ש חייב השומר הראשון (ראה סעיף 7, במילואים להערה 258), מכל מקום כאן שהשני בא בשליחות בעל השטר, לא פשע השומר כלל במה שהאמין לו ומסר לו.

ד. דעה חולקת: תומים, סו, ס"ק ע, חולק על הש"ך, וכותב שגם אם מסר שלא בתורת שמירה, אלא המקבל חשב שהשטר שלו, פטור המוסר, ואין זה יותר חמור מפשיעה, שהרי המקבל ישמור אותו גם כשיחשוב שהוא שלו.

להערה 304

א. כמו כן, בני אהרן, סימן רצב (קנ"ג ע"א), כתב שהרא"ש מחייב מפני שבנידונו מסר השומר את השטר לאדם שהיה בעל דבר, ובעצם הנתינה גרם נזק, אבל בדרך כלל מסירה לאחר אינה בגדר מזיק.

ב. שו"ת משאת בנימין, סימן פה (הובא בש"ך, חו"מ, נה, ס"ק ד), מסביר שהרא"ש מחייב מטעם מזיק בגרמי, שהרי מיד כשמסר את השטר לאביו של בעל השטר, ניווק בעל השטר, בכך שעכשו אין לו ראייה שהחצר שקנה שייכת לו. הוא לומד מכאן ששליש שהופקד בידו שטר שנפרע מקצתו, ומסרו ללווה, חייב בתור מזיק בגרמי, שהרי המלווה ניווק מיד, שלא יוכל לגבות מהמלווה; אבל אם השליש מסרו למלווה, הוא פטור, כדברי שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף נב, מפני שזה גרמא, שהנוק לא נגרם מיד, שהרי תחילה צריך המלווה לתבוע את הלווה בדין. אבל שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קמ, כותב שגם במקרה זה, אם קיבל בתורת שמירה, חייב, כיוון שהוא פושע, ואף על פי שזה רק גרמא, חייב; והסכים עמו שו"ת חמדת משה, סימן קכה. לקצה השני, אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן לט, כותב שגם שומר פטור מפני שפשע בשטר באופן שאדם זר היה פטור אילו הזיק לו בפועל – משמע, גם אם מסר ללווה (על טענה זו אפשר להשיב, ששומר חמור יותר כיוון שקיבל על עצמו לשמור – ראה במילואים להערה 279, אות ז). שו"ת כהונת עולם, סימן ח (יא ע"ב), מביא את דברי הרשב"א שם. אבל בסימן ט (יז ע"ג), כתב שאפשר שאף מהרי"ק הפוסט שומר שטר שמסר לשומר, יחייב אם החזיר את השטר למלווה (שהרי אז גרם ממש נזק). שו"ת רביד הזהב, סימן מג, אות ג, מסביר שרמ"א, חו"מ, סימן נה, א, וסימן שפור, ג, פוסט שליש שהחזיר שטר פרוע למלווה, מפני שאין חיוב שמירה בשטר. על החזרת שטר ללווה ראה גם במילואים להערה 308 בשם שו"ת הרא"ש, ועיין שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יד (קב ע"ג).

ג. תשב"ץ, חלק א, סימן קנו, כותב, ששומר שטר, שנתנו לאדם שמוחזק למסור לנכרי, חייב גם לדעה שפושע בשטר פטור, מפני שהוא מזיק בפועל.

ד. שו"ת מהריט"ץ, סימן קמב, מחייב על פי הרא"ש שומר שטר שמסר אותו לפקיד של החייב (בנידונו היה זה נכרי, ונקט לגבי נימוק שאין אמונה בגוים), בנימוק שאפשר שקרעו כדי שאדונו החייב יפטר מהחוב. אולם הוא כותב שאם זה פקיד שמקובל שכל הנושים מוסרים לו את שטרי חובותיהם לאישור, פטור השומר על שמסר לו. אלא שהוא מעלה ספק לגבי מקרה שהנוהג הוא ליטול את השטר בחזרה מן הפקיד מיד אחרי החתמתו כאישור, ואילו שומר זה השאיר אותו ביד הפקיד: אפשר שפטור, מפני שמה שהשאירו בידו הוא רק פשיעה ולא מעשה נזק, ואת עצם המסירה אי אפשר לראות כנזק בפועל כיוון שהכל מוסרים לו; ואפשר שחייב, מפני שהעובדה שהשאיר את השטר בידו הופכת למפרע את המסירה למעשה נזק.

ה. שו"ת מהריט"ץ החדשות, חלק א, סימן פו, כותב בשם הרא"ש, שאם מסר את השטר למי שלא היה צריך לקסרו לו, ועל ידי זה נזק, חייב, מפני שהוא כאילו שרף אותו.

ו. שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן יט, אות ד, כותב שאם מסר לנכרי, הוא חייב מטעם מזיק; ומיישב בכך את תשובת הרא"ש שגביא במילואים להערה 308, שמחייב פושע בשטר, ששם מדובר שמסר אותו לנכרי, ולכן חייב מטעם מזיק.

להערה 305

א. נתיבות המשפט הסביר שכל אדם הלוקח חפץ של חברו ונותנו לאדם שלישי, ואותו אדם טוען שאבד ממנו, הראשון חייב מטעם מזיק, מפני שעשה מעשה בחפץ של חברו שעל ידו אבד.

מילואים לסעיף 1(א)

ב. אבני החושן הדגיש שרק כאן נחשבת המסירה פשיעה, משום שהשני אינו נאמן בעניי בעל הנכס; אבל אם אין חשש שגנב, אלא השני פשע או שחוששים שמא השני פשע, אין הראשון חייב, שכן גם אילו פשע הוא עצמו, היה פטור.

ג. כמו כן, דברי חיים, דיני שומרים, סימן ה, מבאר שהרא"ש מחייב במקרה שיתכן שהנכס עדיין בעין ביד השני, כגון שמת השני או הלך לחו"ל, שאז הראשון הוא כמויק בפועל, מפני שהתגלה למפרע שמטר לאדם שאי אפשר לתקועו.

ד. דעה חולקת: חלקת יואב, מהדורא תניינא, סימן טו, מקשה על נתיבות המשפט, איך אפשר לחייב מטעם מוזיק, הרי יש ספק, שכן השומר טוען שהוא יודע שהשני אדם נאמן ולא היה גונב; ואם אתה מחייב אותו בכל זאת מספק, מדוע אתה פוטר כשיש עדים שגנב השני, הרי עדיין ייתכן שהשני אינו אדם נאמן, ומה שהשומר מסר לו הוא מוזיק? הוא דוחה גם את מה שנתבות המשפט השווה זאת למי שנכנס לבית חברו ונותן נכס של חברו לאדם שלישי, שהרי בשומר לא שייך דין מוזיק, כיוון שמוטל עליו לעסוק בשמירת הנכס, ושייך בו רק דין פשיעה וגנבה ואבדה (העיקרון של הריב"א – ראה סעיף 2(א), במילואים להערה 296); ואם כן כאן שהשומר אומר שנתן לאדם נאמן, במקום שמור, אף על פי שבעל הנכס מתנגד, אין זה מוזיק. לכן הוא מסביר שהרא"ש מחייב על עצם המסירה – ראה בשמו במילואים להערה 302.

להערה 306

א. הוא מסביר שאף על פי שגם שומר שכר על שטר פטור מגנבה ואבדה, מכל מקום הוא מתאמץ לשמור יותר משומר חנים, כדי שלא יפסיד את שכרו עקב אבדן הנכס (ראה סעיף 5, פרק ה). הוא כותב שזאת כוונת הרמ"א כשמחייב, והראיה שלו מהרא"ש (שאינו עוסק במקרה זה) היא שכמו שהרא"ש מחייב בנידונו, שמסר לאחר לגמרי, משום שזו פשיעה גמורה כמו מוזיק (כהבנת הש"ך את הרא"ש – ראה ליד ציון הערה 303), כך גם בנידונו, שזו פשיעה גמורה.

ב. גם ר' בונם איגר, בספר זכרון יצחק (גולדשמיר), עמ' מ, כותב ששומר שכר שמסר לשומר חנים חייב מהטעם האמור. אך הוא כותב שדחוק לומר שהרמ"א מדבר רק במקרה זה.

ג. דעה חולקת: גאון צבי, שא, על הש"ך, ס"ק ד, מסכים לש"ך ששומר שמסר לשומר שטר פטור, ואפילו שומר שכר שמוסר לשומר חנים, מפני שאין זו פשיעה, ושלא ככסף משנה, הלכות שכירות, א, ד, שכתב ששומר שכר שמסר לשומר חנים בנקודות מסוימות נחשב כמויק בפועל, ויותר חמור מפושע.

ד. ראה גם במילואים להערה 295, שנחלקו פרשנים האם לרמב"ם שומר שכר שמסר לשומר חנים נחשב פשיעה וחייב.

להערה 307

אך הוא כותב שאם מסר למי שידוע שהוא אחראי על נכסי בעל השטר, פטור המוסר לו גם במקרה זה, מפני שיצא ידי חובת החזרה במסירה לו. לעומתו, שושנת יעקב, שא, א (ס"ק ג), כותב שאם מסר למי שבעל הנכס רגיל להפקיד אצלו, לפי מהרש"ל (ראה סעיף 7, הערה 260) הכותב שהרא"ש פוטר שומר המוסר למורגל, גם אם אין למורגל לשלם, אף כאן יש לפטור את הראשון גם אם אין לשומר השני במה לשלם; אלא שיש אומרים (סעיף 7, במילואים להערה 258) שהרא"ש מחייב את הראשון אם אין למורגל במה לשלם.

להערה 308

א. דוגמאות נוספות: שו"ת מכתם לרוד, חו"מ, סימן יג (הובא בשו"ת פני יצחק, חלק א, חו"מ, סימן כד, דף ר ע"ד), פסק ש"פוליסא" (כעין שיק, שכותב "קונסול") היא שטר לעניין שומר, ואף על פי שגבייתה יותר בטוחה משטר חוב רגיל, סוף כל סוף אין גופו ממוין.

ב. שו"ת עורת ישראל, סימן קלא, מביא ששו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן לו, סובר ש"קאנסטיטנט" (כעין תעודת משלוח) על סחורה דינו כשטר לעניין שמירה (אלא שנודע ביהודה לא עסק במפורש בשומר).

ג. שו"ת שמחת כהן (חיותה), חו"מ, סימן א, פוסק, שכתב קבלה, שגובר של בית הכנסת רושם בו שאדם פלוגי קנה "מצווה" בבית הכנסת, והגובה לוקח את הכתב וגובה ממי שקנה את המצווה – הגובה פטור מתשלומי שמירה על כתב הקבלה, כדון שטר, שהרי אין גופו ממוין.

ד. חריג: שער משפט, סו, ס"ק לב (הובא בשו"ת פרי החיים, יו"ד, סימן מ), מחדש שיש שנחייב שומר שטר – כאשר בעיקר הוא שומר על הכסף שהשטר מייצג. כך הוא מסביר מדוע שו"ע, חו"מ, נח, א, מחייב מי שנשלח לפרוע חוב ומסר את הכסף למלווה בלי ליטול ממנו את שטר החוב, מדין שומר (שאלו מדין מוזיק אי אפשר לחייבו, שהרי זה גרמא), אף על פי ששומר שטר פטור – הוא חייב כשומר על הכסף שנמסר בידו לפרוע למלווה, וחייב על שהכסף אבד בפשיעתו, בזה שלא נטל את השטר, אף על פי שבכסף עצמו עשה כפי שנחבקש: למסור למלווה (על מקרה זה ראה גם במילואים להערה 218); ודווקא מי שנמסר לו שטר ממש לשמור, פטור משמירה עליו. וכך הוא מנמק גם את דברי שו"ת הרא"ש, כלל פט, סימן ד (הובא בטור, חו"מ, קעו, מד), ששו"ת שהחזיר בפשיעה שטר חוב של השותפות לנכרי (הלווה), חייב, אף על פי שפושע בשטר פטור לפי הרא"ש (ראה על תשובת הרא"ש גם במילואים להערה 279, בשם גן נעול, להערה 296, אות יח, בשם בני יעקב, ולהערה 304, בשם בית יצחק). הסיבה היא, שהוא נחשב שומר על גוף הכסף, ובוה שהחזיר את השטר, הרי פשע בכסף (ראה בשמו בהערה 62). כך הסביר גם אמרי בינה, דיני הלואה, סימן לט, את דברי הרא"ש (הוא מביא זאת בשם כנסת הגדולה, חו"מ, קעו, בסופו, אך לא מצאנוהו שם). שער משפט לומד מזה למקרים דומים: א) מי ששלח סחורה עם משהו, ונתן לו שובר-קבלה על חוב שהיה חייב בעבר, כדי שלא יוכל נושהו לשעבר לתפוס ממנו את הסחורה כפרעון לחוב, ואיבד הלה את השובר – חייב, מפני שהוא שומר על הסחורה. ב) בפתק שמקבלים מן הממונה על המכס, שמעיד ששילמו מכס, אם שליח המוביל את סחורת זולתו איבד את הפתק, זו פשיעה, וחייב, מפני שהוא שומר על גוף הסחורה. ג) מי שקיבל מזולתו שטר חוב עם הרשאה לגבות בה את החוב, ואיבד אותה, הוא חייב, מפני שהוא שומר

מילואים לסעיף 1(א)

על הכסף של החוב, שהרי הוא הולך לגבות את החוב ולהביאו למלווה (ראה סעיף 1(ג), במילואים להערה 181, שירור משפטין ליעקב מחייב במקרה דומה). לגבי המקרה האחרון, הוא הסביר, שאף על פי שלא משך את הכסף, ויש אומרים ששומר חייב רק אם עשה קניין (ליד ציון הערה 127), זה דווקא במקום שמשכחה אפשרית, מה שאינו כן כאן, שמשכחת ממון החוב אינה אפשרית (שהרי הוא ביד הלווה), ולכן די במשיכת השטר, ובשכר הטרחה שהוא נוטל עבור הגבייה. בכך הוא מיישב את סתירת תשובות הרי"ף בעניין פושע בשטר (ראה במילואים להערה 296): מה שהוא מהייב בסימן קסח, הוא במקרה כמו שתוארו, שנתן לו שטר לגבות בו בעבורו. כמו כן, שו"ת פאת נגב, חו"מ, סימן ח, כותב שהרי"ף מחייב מפני שבמקרה שלו לא הייתה זו שמירה על השטר אלא על ממון החוב, שכן הנידון היה במי שמורשה לגבות את החוב בשטר זה, ומקבל שכר על גביית החוב, לא על שמירת השטר. והוא מסביר בכך את כנסת הגדולה, חו"מ, שפו, הגהות הטור, אות פז, שכתב שהרי"ף מחייב אף בגנבה ואבדה (ולא התייחס לבעייתיות של שמירת שטר). שו"ת תרשיש שוהם, חו"מ, סימן קה, מסכים לשער משפט, ומחייב על פי זה גם מי שמקבל על עצמו לעשות "פרוטסט" על "דעקסיל" (פעולה שמבטיחה את תקפותו של שטר החוב – ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 167), מפני שבעל השטר כאילו הרשה אותו לגבות את החוב.

ה. אבל ארוגים רבים חלקו על חידוש זה של שער משפט. שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן יט, אות ג, מקשה על מה שכתב שהוא שומר על גוף הכסף – הרי עדיין לא גבה את הכסף ומדוע יחשב שומר על הכסף? גם חלקת יואב, מהדורה קמא, חו"מ, סימן יב, כותב שאין לומר שיחשב שומר על הכסף, כיוון שלא בא לידו. גם שו"ת חמדת משה, סימן קכה, מקשה, מדוע יחשב שומר על הכסף, והרי לא עשה בו מעשה קניין, ובמיוחד בשטר מלווה שלהוצאה ניתנה? עוד הקשה, שאם כן בכל שטר מופקד נאמר שנחשב שומר על הממון של השטר? גם אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן לט, הקשה על שער משפט, מדוע חייב המורשה יותר משאר שומר, הרי נעשה שומר רק על השטר? שו"ת תשורת ש"י, סימן תרו, דוחה את דברי שער משפט, בטענה שכמו שאין אונאה בשטר גם כשמכר אותו רק בשביל החוב, ואין מבדילים לעניין זה בין השטר לממון החוב, כך אין דין שומר על החוב. ובספרו ערך ש"י, חו"מ, סו, מ, דחה את דברי שער משפט, בטענה שאינו יכול להיות שומר על הכסף מכיוון שאינו בעולם באופן מוחשי; ובסימן קפה, ז, הקשה על שער משפט, הרי אין בחוב דין שמירה. שו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צה, אות י, מקשה על שער משפט, איך אפשר לומר שהוא נחשב שומר על הכסף, הרי הכסף לא נמסר לו? ואמנם במקרה של הרא"ש אפשר לומר שהוא נעשה שומר על הכסף עצמו, מפני שהוא קיבל אותו כדי להלוות אותו לנכרי, ואז התחייב לשמור שלא ילך הכסף לאיבוד על ידי פשיעתו גם לאחר שלווה אותו ויקבל שטר, אבל אין לומר כך במקרה אחר. מנחת פיתים, חו"מ, שא, א, מקשה על מה שכתב שער משפט שהוא מחייב תמורת השכר כיוון שאי אפשר לעשות מעשה קניין בכסף של החוב, הרי יוכל לעשות מעשה קניין בכסף לאחר שיגבה אותו מהלווה (יש להשיב, שבכל זאת עכשו נחשב שאי אפשר לעשות בו מעשה קניין, כשעדיין אינו גבוי). עוד הקשה, שמתשובת הרי"ף משמע שמחייב גם מורשה בחינם, שבו אין מקום לסברת שער משפט להסביר מדוע חייב בלי עשיית קניין. שו"ת יומט לב (פרנ"י), חלק ב, חו"מ, סימן ט (טז ע"ג), מדייק משו"ת משנת רבי אליעזר, חלק ב, חו"מ, סימן לד, ומשו"ת ידיו של משה, חו"מ, סימן נה (דף כה ע"א), שהם חולקים על פאת נגב, וסוברים שגם מורשה נחשב שומר על השטר, ופטור. והוא כותב שאפשר לומר "קים לי" שפטור. רח"א מילר העיר שאכן האזל שהבאנו במילואים להערה 144 אומר שגם אם בעל הנכס הסתלק, אם השומר אינו יכול לשמור, הוא פטור, מפני שיוצא שבעל הנכס לא הסתלק בהסתמך על השומר; ואף כאן אפשר לראות את השומר כאילו אינו יכול לשמור על הכסף, שמא לא יתן לו הלווה את הכסף.

ו. את הסבר שער משפט לדברי הרא"ש, דוחה שו"ת עזרת ישראל, סימן קלא, שהרי הרא"ש אינו עוסק בשטר חוב שהיה נכרי חייב לשותפים, אלא שהיו חייבים לנכרי, כמבואר במקור התשובה בשו"ת הרא"ש (ולדבריו יש טעות סופר בטור), והשטר היה בידם מפני שהיה רובו פרוע, ולכן חייב השותף שהחזירו לנכרי המלווה מפני שגורם לכך שהנכרי תבע מהם שוב את כל החוב, וזו גרימת נזק, ואין לקטור מטעם שומר שטר. גם שו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צה, אות ט, העיר על שינוי הנוסח שבתשובת הרא"ש. והוא מוסיף שגם לפי נוסח הבאת התשובה בטור, שהיה זה נכרי שלווה, הכוונה היא שהנכרי ניכה מהחוב שהיה חייב לבעל השטר, כנגד השטר שקיבל מהשומר, שבו היה כתוב שבעל השטר היה חייב לנכרי, ושבו, הטעם הוא שהשומר נחשב מזיק מיד, שגורם שהנכרי יתבע את חובו (על ידי קיוונו בחוב נגדי).

ז. גן נעול, כפתור ד, פרח ה, מקשה על הסבר שער משפט לתשובת הרא"ש, הרי ברגע שהלווה את הכסף ללווה בהיתר, כלתה חובתו לשמור על הכסף, והוא שומר רק על השטר? הוא דוחה גם את דברי שער משפט לגבי שומר פתק מהמכס, שמאחר ששילם למוכס את דמי המכס הופטר משמירה על כסף זה ועכשו הוא שומר רק על הפתק. הוא דוחה גם את הסבר שער משפט לתשובת הרי"ף, בטענה שמאחר שאיבד את השטר לפני שקיבל את הכסף מהלווה, אין לומר שנעשה שומר על הכסף, שמעולם לא בא לידו. לכן הוא מסביר את הרי"ף בדרך אחרת: שמאחר שנעשה מורשה, נתחייב באחריות על הכסף, כאילו נתן לו את הכסף לשמור, מפני שבעל הכסף הסתלק מאחריות שמירת הכסף מכיוון שהלווה יתן אותו למורשה, ואמנם לא נעשה עדיין שומר על הכסף, אבל נתחייב באחריות, שכשיבוא לידו ויאבד יהיה חייב לשלם; ומתוך שחל חיוב זה, חל גם חיוב שמירת השטר, כיוון שהתחייב על שניהם יחד (ראה בשמו במילואים להערה 279). למעשה אין נפקות להלכה בין הסברו בתשובת הרי"ף לבין הסבר שער משפט, וגם הסברו מבוסס על כך שרואים אותו כשומר על הכסף. על שער משפט עיין ר' יחיאל טויבער, דברי משפט, חלק ב, עמ' רו.

ח. שטר אחר שיש בו חיוב שמירה: רז"ג גולדברג, "מזיק דבר שיש לו ערך אישי רק לבעליו", תחומין ח (תשמ"ז), עמ' 172, כותב שלווה שהפקיד שטר חוב שהכין לצורך קבלת הלוואה, או מוכר שהפקיד שטר מוכר שהכין, יש בהם חיוב שמירה, מפני שלגבי מפקידי השטרות הללו ערכם אינו בראיה אלא בגוף הדבר שיכול ללוות בו או למכור בו, והיינו ערך שטר המסופר.

ט. ראה סעיף 5, הערה 82, שנתיבות המשפט פטור שומר במקרה מסוים בנימוק שהנכס "אין גופו ממן".

להערה 310

- א. ר"ע איגר העיר שזה אף גרוע משטר חוב, שכן שטר חוב אפשר למכור לאדם אחר, מה שאינו כן בגט.
- ב. דעות חולקות: חזון איש, אהע"ז, סימן לח, ס"ק טו, כותב שיש חיוב שמירה בגט. נימוקו הוא, שרק שומר שטר חוב פטור מפני ששווי החוב נתמעט משמירה, אבל כאן, בנייר יש חיוב שמירה, וגם מה שהגט שווה יותר מנייר רגיל יש בו חיוב שמירה, כמו ספר, שנחשב גופו ממן. רז"ג גולדברג, "מזיק דבר שיש לו ערך אישי רק לבעליו", תחומין ח, עמ' 172, הערה 2, הסביר שחזון

מילואים לסעיף 1(א)

איש דימה גט לספר, לומר שאף על פי שבגט אין עושים שימוש של מלאכה, בשונה משאר כלי אומנות, בכל זאת יכול להיות בו דין שמירה, כמו שבספר אין שימוש של ממון ומכל מקום יש בו דין שמירה.

ג. גם שו"ת חבל יעקב, חלק א, סימן כה, כותב שדווקא בשטר חוב אין חיוב שמירה מפני שאין גופו ממון, שעיקר הממון הוא החוב ואין לגייר חשיבות, אבל בגט העיקר הוא הנייר ומה שכתוב בו, שהוא עושה את הפעולה שרוצים לעשות, ואם כן גופו ממון. וראה בשמו בהערה 334, על הנקודה שאין לגט ערך עבור אנשים אחרים.

ד. גם רא"ג לעו"טאן, "אם יש שמירה ומזיק על גט אשה", הפרדס כה, חוב' ח, עמ' 14-15, סבור שאין גט בגדר שטר לעניין זה, משום שבגט האדם עושה את רצונו (לגרש) באותיות עצמם, שעבור כתיבתן שילם לסופר, וזהו ערכו — שכן הסופר, ואילו שטר חוב משמש רק לראיה, ואינו משמש כאותיות. גם הוא משהו גט לספר, שכמו שיש בספר חיוב שמירה, מפני שכתוב בו דבר הנחוץ לאדם, כך גם בגט, גוף הגט (שמגרשים בו) הוא הכתב, והעדות (שאינן גופה הממון) אינה אלא ראייה, לצירוף למעשה שעושים בכתב. על טענותיו השיב ר"ד רקמן שם, שהלא גם שטר שכתוב בו "לכל מאן דאית מחמתך" נחשב שטר לעניין שאין בו חיוב שמירה, וכך גם בשטר מכירה, אף על פי שהעיקר הוא הכתב והאותיות, והטעם הוא שאין גופו ממון לכל העולם, אלא למוכר ולקונה, וכך גם גט. אגב, לעניין ספר עיין אור עזרא, קובץ ב, סימן א, שגם ספר חידושי תורה בכתב יד אינו כשטר, אף שיש לו ערך מיוחד לבעליו.

ה. כסא אליהו, חו"מ, שו, ס"ק א, דן האם עדי גט שקלקלו את חתימתם חייבים מטעם שומרי שטר — משמע שהוא סובר שיש חיוב שמירה בגט.

להערה 311

א. כך כתב גם שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ט, לגבי חותם בספר, כשיש חוק שספר בלי חותם, המלך לוקח אותו — הוא פוסק שאם נגנב החותם מהספר, השומר פטור, מפני שאין גופו ממון.

ב. דעות חולקות: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק א, סימן לח (הובא במיכלא דאסווא, קונטרס ישמח חיים, סימן טז, ועל ידי ר"א כהן, הפרדס ו, חוב' ז, עמ' 14), פוסק ש"פאסס" (דרכון) אין דינו כשטר לעניין זה, ורק שטר שמיועד לגבות בו ממון וכדומה נחשב שאין גופו ממון, אבל כאן גוף השטר הוא שחשוב, וגופו ממון. והסכים עמו שו"ת אבן שתייה, סימן פד. ועיין אור עזרא, קובץ א, סימן ג, שלומד משואל ומשיב שתעודת זהות אינה כשטר.

ג. גם שו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן קא, אות ב, כותב שדרכון נחשב גופו ממון, מפני שהוא נחוץ לו כפי שהוא, שבלעדי אי אפשר לנסוע ממקום למקום כמו שאי אפשר לנסוע בלי רכב, וזה כמו ספר או תמונה מצוירת, ודווקא שטר חוב אין גופו ממון, מפני ששווי הוא רק בשעבודו, והשעבוד נפרד מהשטר.

ד. מיכלא דאסווא שם כותב ש"סטמפל" (חותם) של הקיסר נחשב גופו ממון מפני שאינו עומד לגבייה. כמו כן, רז"ג גולדברג סבור, לגבי המקרה באות א, של חותם בספר, שנחשב גופו ממון, מפני שהוא שווה ערך לכל אדם שמחזיק בספר (ראה בשמו בהערה 333).

להערה 312

א. רח"א מילר נימק, שכמו שבשטר, אף על פי שאנשים מוכנים לשלם הרבה בשבילו, גֵרֶת הכתוב היא שאין זה נחשב גופו ממון, כך כאן, אף על פי שמוכנים לשלם עבור קמיע יותר מערכו העצמי, אין זה נחשב גופו ממון. אך הוא התקשה בדברי חכמת שלמה, שמתחילת דבריו משמע שדין קמיע כשטר רק לעניין מה שישלם יותר משווייו בשוק, ומסוף דבריו משמע שכל שווייו נחשב שאין גופו ממון.

ב. חכמת שלמה מביא ראייה גם משו"ע, יו"ד, שלו, ג, האומר שהקונה תרופה והתחייב לשלם עבורה מחיר גבוה, די אם ישלם את מחירה המקובל, וכל שכן כאן שלא התחייב על שום מחיר, שהוא פטור, ובמיוחד שכאן זוהי רפואה שלא כדרך הטבע. אך אבני החושן, שם, ס"ק א, דחה ראייה זו, שדווקא שם די שישלם את המחיר המקובל, מפני שבכל המקומות המחיר נמוך, אלא שאדם זה אולץ להבטיח מחיר מופרז מפני שהתרופה הייתה נחוצה לו בדחיפות, ולכן הוא יכול לטעון: "משטה הייתי כך". כאן, לעומת זאת, הקמיע באמת שווה הרבה, ואי אפשר לקנותו במחיר זול יותר בשום מקום.

ג. דעות חולקות: אבני החושן שם חולק על חכמת שלמה, בטענה שזה שווה ממון כמו דבר מאכל, ואף על פי שזה שווה הרבה מפני שהוא משמש לרפואה, הרי זה ערך עצמי, כמו אתרוג ששווה הרבה מפני שהוא משמש למצווה, שבוודאי נחשב גופו ממון. גם שו"ת יד יוסף (דייטש), סימן כט (והסכים לו ר' חיים דוד גרוס, במיכלא דאסווא, קונטרס ישמח חיים, סימן טז, דף כה ע"א), כתב ששומר קמיע חייב, כמו שכתב מגן אברהם, שח, ס"ק נו, שהוא נחשב תכשיט לעניין שבת מפני פעולתו כסגולה, ולכן נחשב גופו ממון, והוא שונה משטר שעיקרו לראיה. רז"ג גולדברג הכריע, שקמיע סגולתו מועילה לכל אדם, הוא ממון גמור, והשומר חייב, ורק קמיע המיוחד לאדם אחד אין עליו חיוב שמירה, לפי דבריו בהערה 333 (ראה גם סעיף 5, הערה 61, על שמירת כוס בעל סגולה לרפואה).

להערה 314

א. כך פסקו גם: ערוך השולחן, חו"מ, סימן צה, א, וסימן שא, ז; שו"ת השיב משה, יו"ד, סימן נה (מפני שאפשר לקנות בהם כל דבר, כמו בכסף, והובא בשו"ת אבני צדק, יו"ד, סימן קכה, ובשו"ת תירוש ויצהר, סימן קי, אות ו); שו"ת מחנה יהודה (למברג), סימן נד; שו"ת האלף לך שלמה, חו"מ, סימן ו (על "נאטין", מטעם שדינא דמלכותא הוא שייחשבו מטבע לכל דבר, אך הוא כותב שרצוי לפשר); שו"ת כרם שלמה (קוטלר), חלק ג, סימן פא, עמ' קנ; שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן צח; מיכלא דאסווא, קונטרס ישמח חיים, סימן טז, דף כה ע"א, בדעת שו"ת שיבת ציון, סימן צט, שהובא בפתחי תשובה, חו"מ, שא, ס"ק ח (שעוסק בשומר שטרי הקיסר ואינו פוטר מטעם שומר שטר); ר"א ספקטור, בנחל יצחק, סו, ס"ק י (בלשונו — "בילעט"), בשו"ת עין יצחק, חלק א, יו"ד, סימן ל, ובתשובתו בשו"ת תירוש ויצהר, סימן קי, אות י, ס"ק טו; שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן ק (שכן המנהג בכל בית דין); ר' פנחס הורוביץ, בשו"ת תירוש ויצהר, סימן קי, אות י, ס"ק ה (שכן נהוג לפסוק תדיר).

מילואים לסעיף 1(א)

ב. חתם סופר, ח"מ שם, הביא ראייה מן העובדה שרוב מטבעות שבימינו אינם שווים כערך הנקוב, ואף על פי כן דינם ככסף. כך הוכיח גם נחל יצחק, אך שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן עא, דחה ראייה זו, שמטבעות אין דינם כשטר משום שהם נקראים מטבע, ואילו בבנקנוט כתוב שהבנק ישלם למביאו כך וכך כסף, הרי שאין גופו ממון. שו"ת ציוני, חלק ב, סימן יד, דחה את הראיה, שמטבע שונה, שאינו עומד לראיה, שהרי פקדי הממשלה לא יחליף אותו באחר אם אבד, וזה מראה שגופו ממון, מה שאינו כן בבנקנוט. עונג יום טוב, סימן קב, דחה את הראיה, שבמטבע יש מהכת כסף באופן יחסי לפי ערכו, שהרי יש גדלים שונים של מטבעות, לפי ערכם, ומאחר שיש על המטבע צורה שטבע השלטון, מתעלה גם שווי הכסף שבו יותר, ונחשב גופו ממון, אבל בנייר, בעצם שווי הנייר אין הבדל בין אם כתוב עליו מספר קטן לבין אם כתוב מספר גדול. אך רצ"פ פונק, קול תורה שנה יד (תש"ך), חוב"א, עמ"ג, תמה על דבריו, מה משנה שמטבע שווה יותר מנייר, הרי אנו דנים על אותו חלק מסכום המטבע שהוא מעבר לערך המתכת שבו?

ג. מעשה יחיאל, מיכלא דאסותא, סימן קלט, מציין לעניין זה ששו"ת ר"מ איגרא, חו"מ, סימן טז, פסק שאם חוק הממשלה הוא שבנקנוטים שנשרפו, גם אם יש על כך עדים, אין בעליהם יכול לגבות מן הממשלה (ראה להלן בשם מחנה יהודה וחתם סופר), יוצא שגופו ממון. אך ר"מ איגרא שם לא עסק בשומר.

ד. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, סימן כג, כותב שמעות "דעפאניטן" יש להן דין כסף, ולא דין שטר.

ה. נימוקים: מחנה יהודה נימק, שטעם הדבר ששטר חוב נחשב שאין גופו ממון הוא שזה עומד רק לראיה, למנוע מהחייב לכפור, וגם כשהחייב עשיר, שאפשר לקנות בשטר הזה בכל מקום, מכל מקום מטרת המקבלו היא רק להשתמש בו כראיה לגבות מאותו עשיר. בבנקנוטים, לעומת זאת, מטרת המקבלם אינה להשתמש בהם כראיה, אלא הוא מקבלם ככסף ממש (הוא מנמק עוד, שאם אבדו או נשרפו לא יקבל שפיו גם אם זה ידוע לכל, וכך נימק נחל יצחק; אבל נראה שאין החוק כך ברוב המדינות). הוא מנמק עוד על פי הכלל של שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן לו, שכתב ששטר נחשב שאין גופו ממון מפני שאדם אחר אינו יכול לגבות בו אלא אם יקנה אותו בכתיבה ובמסירה (שו"ע, חו"מ, טו, א), וגם בשטר של "כל המוציא", מכל מקום אדם אחר שרוצה לגבות בו צריך לבוא מכח המוכר; ולפי זה, בנקנוטים, שכל אדם יכול לגבות בהם בלי לבוא מכח המוכר, נחשבים גופם ממון. הוא מנמק עוד (גם בשם חתם סופר, סימן קלד), שחייב בשמירה מצד דינא דמלכותא דינא, שהרי דינא דמלכותא קובע שחובה לקבל בבנקנוטים כאמצעי תשלום כמו כסף. אבל ר"ש זרחי, בשו"ת אפריון דוד, סימן כד (הראשון), ושו"ת ציוני, חלק ב, סימן יד, דוחים טעם זה, שדינא דמלכותא קבע רק שיתקבלו ככסף, ולא שיהיה גופם כסף. מחנה יהודה מנמק עוד, שאם נפטור כאן את השטר, "לא שבקת חיי לכל בריה", כיוון ששמירת בבנקנוטים היא דבר שכיח ונפוץ.

ו. נחל יצחק שם נימק: א) זה שונה משטר בכך ששטר מחוסר גבייה, מה שאינו כן בבנקנוט, שהוא מטבע גמור בכל המדינה. ב) לשטר אין ערך לאחר שנפרע, מה שאינו כן כאן. ג) ערך של שטר הוא רק לגרום לגבות ממון, ואילו "בילעט" הוא עצמו נחשב ממון כיוון שהשלטון קבע שצריך לקבל אותם כתשלום.

ז. שו"ת ציוני, חלק ב, סימן יד, כותב סברה, שבנקנוט נחשב כסף מצד הסכמת בני המדינה, שמקבלים אותו במקום כסף.

ח. דעות חולקות: שו"ת חתם סופר, אהע"ז, חלק א, סימן קכו, כתב שבנקנוטים הם כשטרות לעניין שבועת השומרים, מפני שהם עומדים רק לראיה, שהרי אם יש עדים שנשרפו, הממשלה חייבת לתת אחרים לבעליהם (הוא סותר בכך לדבריו שהובאו בהערה). מכל מקום, חתם סופר מחייב שואל (הוא נוקט: שואל או לווה); ושו"ת אמרי יושר, חלק ב, סימן קפה, הקשה עליו, מדוע שואל שונה משאר השומרים; ורו"צ גולדברג הקשה, איך תיתכן שאילה בבנקנוטים, הרי זו הלוואה?

ט. גם שו"ת בנימין זאב אחרון, סימן נה, כותב שדינם כשטרות, מפני שאין גופם ממון, ואף על פי שעוברים מיד ליד ככסף מלא, הרי אם הממשלה תפסול אותם, אינם שווים כלום.

י. גם ישועות יעקב, חו"מ, עב, ב, ד"ה והנה זה (הובא בשו"ת אוריין תליתאי, תאומים, סימן צד וסימן קכו, ובסימן קכו הביא גם את הדעה החולקת), כותב ש"בנקצטיל" הוא כמו שטר.

יא. גם שו"ת אור שמח, חלק ב, סימן יד, כתב שבנקנוט דינו כשטר, מפני שגזרת הכתוב פוטרת כל מה ששוויו אינו בעצמותו, וגם בבנקנוט ערכו הוא כראיה, ולכן שומר פטור בו אף על פי שלעניינים אחרים הוא נחשב ממון גמור. אך הוא כותב שאם נאמר שכלי פחות משווה פרוטה נחשב ממון לעניין חיוב שומר, מפני שמשמשים בו לכל דבר (ראה בשמו במילואים להערה 330), אם כן גם בבנקנוט, אף על פי שאין שוויו בעצמותו אלא בראיה שלו, מכל מקום מאחר שקבעה הממשלה שהוא כמטבע היוצאת, והכל חייבים לקבלו כתשלום, דבר זה יוצר לו חשיבות כאילו הוא ממון בעצמותו, ויש בו חיוב שמירה.

יב. גם רא"ד אפריון, בשו"ת אפריון דוד, סימן כד (הראשון), ס"ק א, פוסק שכסף מנייר דינו כשטר, שאין גופו ממון, מפני שאין להבדיל בין חוב לחוב, ועוד, שאינם מתקבלים ברצון כמו מטבע. כך פסק גם ר"ש זרחי מטוואריג, בתשובתו שם (לע"ב), ששטרי הממשלה אינם נחשבים כסף, שהרי לומדים שצריך גופו ממון מהפסוק "כסף או כלים" (שמות כב, ו), ו"כסף" משמע מטבע טבוע. הוא מביא ראייה ממה שבנקנוט נקרא "שטר חוב" בלועזית, אף על פי שנקבע בחוק הממשלה שיתקבל כתשלום כמו מטבע.

יג. שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן לד, סימן עא וסימן עז, הביא שר' משולם אב"ד פרשבורג פסק שבנקנוטים או "פאזיטין" דינם כשטר. בסימן לד ובסימן עז (הובא בשו"ת אמרי יושר, חלק ב, סימן קפה, ובפתחי חושן, פרק ב, הערה קג), כתב שאפשר לומר "קים לי" כדעה שבנקנוטים הם כשטרות. אבל מנחת פיתים, חו"מ, שא, א (מאת מחבר אמרי יושר), כותב שאי אפשר לטעון "קים לי" כזה, מפני ש"סוגיא דעלמא" היא שהם ממון.

יד. שו"ת מהר"ש ענגל, חלק ה, סימן קג, והר צבי, ב"ק צג ע"א, מסופקים בשאלה האם יש חיוב שמירה בשטרות כסף ("כסף מנייר"). בשאלה זו עיין גם ר' גבריאל לבנון, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שצח.

טו. שו"ת מחנה חיים, אהע"ז, סימן כז, כותב נימוק לפטור, שהעובדה שבארץ אחרת אין לבנקנוט של ארץ זו שום ערך, מראה שאין זה ככסף.

טז. שו"ת ציוני, חלק ב, סימן יד, כותב נימוק לפטור, שבבילעט כתוב שכל מי שמביא אותו ל"קאזניציסטווע" חייבים לתת לו כסף,

מילואים לסעיף 1(א)

הרי שגם הממשלה אינה מחשיבה אותו ככסף; ונמצא שזה רק כמו שטר של אדם בטוח מאד, אבל הרי התורה לא הבדילה בין שטר לשטר, כיוון שגוף הנייר לא שווה כלום.

יז. שו"ת מי באר, סימן עג, מציין ששו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, יו"ד, סימן צה, פסק שבנקונטים אין דינם כשטר לעניין פדיון בכור, וגופו ממון. הוא כותב שלפי שאלת יעבץ (הערה 317) שכתב ששטרי הגרלה אין דינם כשטר מפני שדמיהם קצובים ויש להם שער בשוק, גם בשטרות "טירקישע לאזין" יש חיוב שמירה.

יח. שו"ת ברכת רצה, סימן ז, כותב על הבנקונטים שהיו בזמנו, שדינם כשטר, מפני שלא היה חוק שמחייב לקבל אותם בשוויים, אלא היו נלקחים לפי שער "קורוז", פעם יותר ופעם פחות.

יט. חריג: שו"ת מחנה חיים, אהע"ז, סימן כז, כותב שגם לדעה הראשונה, אם כתוב על הבנקונט "יפרע במקום פלוני", דינו כשטר חוב רגיל, ואף על פי שחוק המדינה מחייב כל טוהר לקבל את זה ככסף, זה משום שסירוב הוא כמרידה במלכות, ולא שזה ככסף ממש. גם שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן עא, כותב שבנקונט שכתוב עליו "בנק פלוני ישלם למביא שטר זה כך וכך מעות כסף", דינו כשטר.

להערה 316

א. כך יש להוכיח גם משו"ת מהריט"ץ, סימן קמב, העוסק בשומר שטר שכתוב בו "לכל המוציא", ופותר משום ששומר שטר פטור.

ב. נחל יצחק נימק, שזה מחוסר גבייה, וערכו הוא לפי עושרו או אלמותו של החייב.

ג. בנימין זאב אחרון כותב שהמויק שטר כזה חייב לכל הדעות, משום שגם אם יודה המתחייב מה היה כתוב בשטר, לא יכתבו שטר אחר, שהרי התחייבותו הייתה רק "למי שיציא שטר זה".

ד. דעה חולקת: שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, יו"ד, סימן צה, כותב ששומר שטר שנכתב בו "לכל המוציא", חייב. נימוקו הוא ששומר שטר פטור מפני שבאבדנו לא הפסיד המלווה את שעבודו על הלווה אלא הפסיד רק ראייה, מה שמלווה בשטר שווה יותר ממלווה בעל פה. לעומת זאת, אם כתוב בו "לכל המוציא", גופו ממון, שהרי החיוב נוצר על ידי הצגת השטר, שכן אם מישהו מעביר את השטר לחברו, השעבוד עובר, ואם כן השטר הוא השעבוד, וזה שווה כסף, ולא רק ראייה.

להערה 317

אך דברי ירוחם, סימן כ, כותב ששטר הגרלה דינו כשטר, ושונה מבנקונט משום שאינו עובר לסוחר ואינו משמש כאמצעי תשלום. גם ר"ז גולדברג סבור שכרטיס פייס נחשב שטר, שאין גופו ממון, שהרי אין הממון בגוף השטר, ואין חשיבות לעובדה שאפשר למכרו לכל אדם.

להערה 318

אך בית יצחק מעיר שמשמע קצת מתומים, צה, סוף ס"ק ו, שנעשה שומר על גוף הנייר. והוא נשאר בספק בזה, אולי נעשה שומר על גוף הנייר. כמו כן, שו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צו, אות כב, כותב שחייב על שווי הנייר אם יש בו שווה פרוטה, שהרי גופו ממון. כמו כן, רא"צ לעויטאן, הפרדס, שנה כח, חוב' ח, עמ' 15, מעלה אפשרות שהוא חייב לשלם על שכו הסופר, ורק שוויו כראיה נחשב שאין גופו ממון. כמו כן, תולדות זאב, ב"מ נו ע"ב, כותב שאף שממעטים שטר משבועה, אם הנייר שווה פרוטה, חובה להישבע על שווי הנייר מפני שגופו ממון.

להערה 319

א. כך פסקו גם: הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, ב, אות ג (צריך להגיה שם "שאל בית ונשרף"); תוספות, שבועות מב ע"ב (ד"ה שומר); סמ"ג, עשה פט (קעב ע"א); אגודה, שבועות, סימן לד (הובא בש"ך, חו"מ, צה, ס"ק ח); שו"ת פני יהושע (קראקא), חלק ב, סימן קו; שו"ת אוהל אברהם, סימן עו; קצות החושן, צה, ס"ק ג; צפנת פענח, הלכות תרומות, י, עמ' 79; שו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן נה; חושן אהרן, צה, א, ובית אהרן, ב"מ נו ע"ב; ערוך השולחן, חו"מ, סימן צה, ג, וסימן שא, ז; שו"ת דברי שלום (איורלזון), סימן לג; ר"ג בן סניור, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שצו.

ב. נימוקים: הפלאת שבועות, חלק א, סימן לט, ס"ק ה, לומד מביאור הגר"א, חו"מ, צה, ס"ק יא, שכל תלוש ולבסוף חיבור, דינו כקרקע מפני שאינו מיטלטל, שהדרשה (ליד ציון הערה 279) מלמדת שרק שומר דבר המיטלטל חייב, אף על פי שלעניין תחומים אחרים, אינו נחשב קרקע, מפני ששם הקובע הוא האם זה קרקע או לא קרקע, ולא משנה אם הוא מיטלטל, וזה אכן אינו קרקע במהותו. הוא מוסיף שעבד דינו כקרקע לעניין שומר, אף על פי שהוא מיטלטל, וזאת מגזרת הכתוב שהקישו עבד לקרקע, ומאחר שזה גזרת הכתוב, ההיקש חל גם בתחומים (כגון שומר) שבהם הקובע הוא שיהיה מחובר ולא מיטלטל.

ג. המאיר לעולם, חלק א, סימן ה, מסביר שהפטר שומר קרקע אינו משום שהוא מחובר לעומת תלוש, אלא גם אם, לו יצויר, ישמור על כל כדור הארץ, שאינו מחובר לשום דבר, יהיה פטור, מפני שזה קרקע; היינו שרכוש אדם מתחלק לשני סוגים, קרקע ומיטלטלין, והתורה אמרה שיש דיני שמירה רק במיטלטלין ולא בקרקע. והוא מסביר שמה שאין חיוב שמירה במחובר לקרקע, אינו מפני שהוא מחובר, אלא מפני שהוא נחשב כקרקע כל עוד הוא מחובר לה, ולכן, אבר של בהמה, אף על פי שהוא "מחובר", יש בו דין שומרים, מפני שאינו קרקע.

ד. דעות חולקות: ספר העיטור, מלווה על פה, ליד אות רפז (הובא בטור, חו"מ, צה, ז, ברמ"א, חו"מ, צה, א, ובלחם משנה,

מילואים לסעיף 1(א)

הלכות שכירות, ב, ד, כותב ש"תלוש ובסוף חיברו" אינו כקרקע. אבל ש"ך, חו"מ, צה, ס"ק ח, כותב שהעיתור דובר רק על קיר בודד, אבל הוא מסכים שבית נחשב כקרקע. לדברי הש"ך התכוון כנראה ערוך השולחן, חו"מ, צה, ג, הכותב שבית ובניין דינם כקרקע, ולעניין שאר תלוש ובסוף חיברו, יש מחלוקת. משנת דרבי אליעזר, על הש"ך שם, נימק את ההבחנה, שקיר יישאר קיר גם אם יעקר מן הקרקע, ואילו בית, אם יעקר מן הקרקע לא יחשב בית, שהרי לא תהיה בו רצפה, ושימוש הוא יחד עם הרצפה – הקרקע (לכאורה, לפי זה, אם יש לו רצפה יצוקה, אין צורך בקרקע, ויחשב כמו קיר). שו"ת תורת ש"י, סימן תקכב, כותב שלפי הסברו של משנת דרבי אליעזר, מדובר דווקא בבית עם קרקע ממשית, אבל עלייה לבד, הרי אין בה קרקע ממשית, אלא רק בנין הנג וחקת עלייה, ודינה יהיה כדון קיר בודד. בספר אולם המשפט, צה, א, נימק את הבחנת הש"ך, שכל תלוש ולבסוף חיברו אינו קרקע, אלא שבית נחשב כקרקע עצמה משום שהוא בטל לקרקע כיוון שהקרקע זקוקה לו בכך שהבית מעלה את ערך הקרקע. אך מנן אברהם, או"ח, תרלו, ס"ק ז, כותב שאפשר לדחות את הוכחות הש"ך. זכר יצחק, סימן עט, כותב שהבחנת הש"ך דחוקה.

ה. שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רלא, וזכר יצחק, סימן עט, כותבים שמאחר שיש מחלוקת, מספק פטור. המחלוקת מובאת בשו"ת ברית יעקב, חלק א, סימן צה. על תלוש ולבסוף חיברו עיין נתיב בינה (שרייבר), סימן לו; שו"ת שמחת יהודה, סימן עב; בית ישחק, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ז, ב; רד"ג גולדברג, תחומין יח (תשנ"ח), עמ' 42.

ו. חושן אהרן, שמ, א, כותב שמה שהלבוש, חו"מ, שמ, א, פסק בשואל בית, שאם נשרף שלא מחמת השואל, פטור, משמע שאם נשרף מחמת השואל חייב – כתב כך לדעה שתלוש ולבסוף חיברו הוא כמיטלטלין. רד"ג גולדברג דחה הסבר זה, שהרי אם כן מדוע פטור אם נשרף שלא מחמת השואל, והלא שואל חייב באונס? לכן הוא הסביר את דברי הלבוש בדרך אחרת: אם נשרף מחמתו, חייב מטעם מזיק אף על פי שזה כקרקע (ראה ליד ציון הערה 301), ואם שלא מחמתו, כלומר, שנשרף באופן שאין לדאוגו כמזיק, ואפשר לחייבו רק בתור שומר, פטור, משום שאין חיוב שומר בקרקע (אך הסבר זה קשה, שהרי הלבוש שם אינו עוסק בדיון שומר קרקע).

ז. ראה במילואים להערה 301, שערך ש"י כותב שמהרש"ם סובר שבית כמיטלטלין.

ח. הבחנות שונות: זכר יצחק, סימן עט, כותב שגם לדעה שבית דינו כקרקע, השומר חייב לשלם על שווי החומרים של הבית, שהם מיטלטלין; אלא שלגביהם הוא רק שומר חינוס, גם אם שכר את הבית (ושוכר הוא שומר שכר), משום שהוא שכר רק את הבית ולא את חומרי הבניין.

ט. שו"ת אגודות אוזב מדברי, חו"מ, סימן יז, מעלה אפשרות שאם הקרקע שייכת לאחד והבניין שייך לאחר, וכל זמן שירצה בעל הקרקע, יצטרך בעל הבניין לפתור, הבנין נחשב כתלוש, ורק מה שעומד להישאר לעולם בחיבורו, היינו כשהבניין והקרקע שייכים לאדם אחד, נחשב כמחובר.

י. נראה ששומר בנין, שהמפתח בידו, ופשע בשמירת המפתח, חייב רק בערך המפתח, והמפתח נחשב גופו ממון אף על פי שהוא מייצג את שמירת הקרקע. ואף על פי שזה גורם צורך להחליף את המנעול, זה גרמא, וגם אם על ידי זה נגנב הבניין או ניווק, הרי שומר קרקע פטור. אבל שומר מכונית ונגנבה מפני שאיבד את המפתח, חייב.

להערה 320

א. חלקת יואב, מהדורא קמא, חו"מ, סימן יב, מקשה, הרי אפשר לחייב שומר מחובר על גניבה וכדומה, משום שבשעה שנגנב נעשה תלוש? לגבי שומר חינוס הוא מסביר שאין אומרים כך, מפני שבשעה שפשע, שעוב את מקום הימצאות הנכס, היה מחובר, ואי אפשר לחייבו על שעת תלישתו, משום שאז היה אנוס, שהרי לא היה שם ולא היה יכול למנוע זאת. אבל לגבי שומר שכר הוא כותב שאי אפשר להסביר כך, שהרי אפשר לחייבו על שעת הגנבה, לפי הדעה המחייבת שומר שכר בגנבת אונס (ראה סעיף 26), ליד ציון הערה 26), וגם החולקים שם פטור רק משום שיש להניח שלא התכוון שיחויב אם יהיה אנוס, אבל כאן נימוק זה אינו קיים, שהרי קיבל על עצמו לשמור גם במחובר, אלא שגזירת הכתוב פוטרת אותו, ומכל מקום יש להעריך את דעתו שהוא מוכן להתחייב אם פשע ועוב את מקום הנכס. לכן הוא תולה שאלת חיוב שומר שכר במחובר, בשאלה הכללית בנכס שמצבו המשפטי השתנה בין שעת ההפקדה לשעת הנזק, איזו שעה קובעת (ראה לדוגמה לעניין הקדש שנפדה, בסעיף 13, ליד ציון הערה 51). הוא קובע כלל (על פי חידושי הר"ם, חו"מ, פח, ס"ק ח): אם הפטור הוא מצד בעל הנכס, שעת ההפקדה קובעת, ואם הפטור הוא מצד אופי הנכס, שעת הנזק קובעת. לפי כלל זה, שומר שכר חייב כאן, שהרי הפטור הוא מצד אופי הנכס. והוא כותב שהשולחן ערוך אכן מחייב שומר שכר במחובר, מטעם זה, ואילו הרמב"ם פוטר, משום שאינו מסכים לכלל האמור (עיין שם שהוכיח שזו מחלוקת בין הרמב"ם לשולחן ערוך).

ב. נתיבות יהושע, ב"מ, סימן לה, כותב שמי שנתמנה לשמור על פירות מחבורים, ונתלשו, חייב בשמירה. אפשר שטעמו הוא מצד שומר אבדה, מאחר שהצמחים הם בלי שמירה (כלומר, בלי מי שחייב באחריות שמירה עליהם), ואמנם בעודם מחבורים אי אפשר לחייבו כשומר אבדה עליהם, שהרי הם כקרקע, אבל כשנתלשו, שיכולה לחול עליהם חובת שמירה, אפשר לחייבו מטעם שומר אבדה.

ג. חידושי הרשב"א, ב"מ נח ע"א, וחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ נח ע"א, כותבים שזעירים שהשישו דינם כקרקע. אולם בורעם שזעירים כקרקע ועדיין לא השרישו, כתבו חידושי הרמב"ן, ב"מ נח ע"א, וחידושי הריטב"א החדשים שם, שיש ספק האם הם כקרקע.

ד. נפש חיה, ב"מ נו ע"ב (ד"ה נשבעים), מעלה ספק, במי שנתן לאחר חיטים שיוזע, ושישמור גם אחרי הזריעה, האם הוא חייב בשמירה מפני שקבלת השמירה הייתה על דבר תלוש, או שמא הוא פטור, מפני שבשעת הנזק הנכס היה כקרקע. יש להעיר, שלפי סברת חלקת יואב, לעיל, אם היה שומר שכר, והחיטים נגנבו, הוא חייב ממה נפשך: בשעת ההפקדה היו תלושים, וגם בשעת הנזק היו תלושים. לעומת זאת, בשומר חינוס, שעת הנזק נחשבת שעת עזיבתו את מקום הנכס, ואז היו מחבורים, ולכן הוא פטור, שהרי הכלל הוא שכשהפטר תלוי באופי הנכס, שעת הנזק קובעת.

להערה 321

א. קצות החושן, צה, ס"ק ד, כותב גם הוא שאין דינם כקרקע. אך הוא מעיר שלפי האומרים שכדי ששומר יתחייב, עליו לבצע

מילואים לסעיף 1(א)

מעשה קניין בנכס (ליד ציון הערה 127), לא יוכל להיווצר כאן חיוב שמירה, שהרי אין אפשרות לבצע מעשה קניין: אי אפשר למשוך, מפני שהם מחוברים לקרקע; חזקה אינה מועילה, שהרי הם בגדר מיטלטלין; קניין "אגב" קרקע אינו מועיל כיוון שאין השומר מתחייב לשמור את הקרקע (נקודה אחרונה זו הובאה בשו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צו, אות כח). נתיבות המשפט, צה, ס"ק א, השיב על כך, שבכל זאת יש דרכים לביצוע מעשה קניין כאן: א) כגון שהקרקע שייכת לשומר, והמחוברים שייכים לאחר, שאז השומר יכול לקנותם לשמירה על ידי קניין חצר (אפשרות זו הבאנו גם במילואים להערה 127, בשם מעייני החכמה). ב) בעל הנכס יקנה לשומר את הקרקע בשאלה או בשכירות, ויקנה לו לשמירה את המחוברים אגב הקרקע. ג) בעל הנכס יקנה לו את הקרקע לשומר, ומאחר שחל חיוב שמירה לעניין פשיעה, לרמב"ם (ליד ציון הערה 283), אפשר להקנות אגבה גם את המחוברים לשמירה. משוכב נתיבות, צה, ס"ק א, דחה את האפשרות השנייה, בכך שמה שמועיל קניין אגב כשהקרקע בשאלה והמיטלטלין במתנה, הוא דווקא כשיש דעת אחרת מקנה, אבל בשומר אין דעת אחרת מקנה, ולכן קניין אגב מועיל בו רק מצד שהמיטלטלין נמצאים בתוך הקרקע ודינם כקרקע עצמה, ואם כן אינו יכול לקנות את המיטלטלין לחיוב שמירה כשאינו קונה את הקרקע לחיוב שמירה. הוא דוחה את האפשרות השלישית, בכך שמה שהרמב"ם מחייב פושע בקרקע או בשטר אינו מדין שומר אלא מדין מזיק, ואינו צריך קניין (ראה בשאלה זו במילואים להערה 284), ואם כן אי אפשר להקנות מיטלטלין לשמירה אגב הקרקע. על האפשרות השלישית עיין גם נר אלחנן, עמ' ריד, ורד"ב גולדברג, תחומין יח (תשנ"ח), עמ' 43. אמרי בינה, דיני טוען ונטען, סימן לו, מעיר שמאחר שמתן שכר מועיל במקום מעשה קניין אם בעל הנכס מסלק את שמירתו מהנכס (ראה בשמו במילואים להערה 137), אפשר ליצור שמירה כאן בזה שבעל הנכס ימסור לו את מפתח הכניסה לקרקע, ויתן שכר לשומר. והוא דוחה את דברי משוכב נתיבות שלא מועיל כאן קניין אגב. ר' יחיאל מיכל, דיין ביפו, אור תורה, שנה ב (תרי"ח), חוב' ג, סימן לו, מצביע על אפשרות אחרת לעשות קניין בקרקע: בעצירת נקוב, שאפשר למשכו, ודינו כקרקע. וז"ל גולדברג סבור ששומר יכול להתחייב בשמירת המחוברים על ידי קניין אגב, ויקבל על עצמו לשמור את הקרקע, ומאחר שיש חיוב שמירה בקרקע אף על פי שאין בו חיוב תשלומין (ראה ליד ציון הערה 282), הרי אגב הקרקע שהוא קונה לעניין חיוב שמירה, קונה גם את המחוברים לחיוב שמירה, ועליהם יהיה גם חיוב תשלומין. הוא מסביר שקצות החושן לא רצה להסביר כך, לשיטתו (ראה במילואים להערה 5) שחיוב התשלומין הוא נפרד ואינו נובע מחיוב השמירה, ואם כן לא מועיל שיש חיוב שמירה בקרקע. בעניין זה עיין נטע שורק, פרשת פנחס (קלח ע"ג).

ב. הבחנות שונות: חידושי הריטב"א, שבועות מב ע"ב, כותב שהם כקרקע דווקא אם כשאינו בוצרים אותם אינם נפסדים, אבל אם הם כל כך בשלים שאם אין בוצרים אותם, הם נפסדים. הם כמיטלטלין.

ג. ספר העיטור, מלווה על פה, ליד אות רפו (הובא בשו"ת, חו"מ, צה, ס"ק ט), כותב שענבים, מאחר שהם מחוסרים מעשה בצירה, הם כקרקע, אבל תמרים שנושרים מעצמם, הם כגדודים ואינם כקרקע. מלאכת בצלאל, שבועות מג ע"א, מוצא לזה מקור בתלמוד — עיין שם.

להערה 322

א. כך פסקו גם: קיצור פסקי הרא"ש, שבועות, פרק ו, סימן כד; חידושי ר' יצחק קרקושה, שבועות מב ע"ב; מאירי, שבועות מב ע"ב, בשם גדולי הפוסקים; חידושי הריטב"א, שבועות מב ע"ב, בשם הרמב"ן בתשובה והרשב"א (בנימוק שאין בעל הנכס יכול לבצור, מפני שהם ביד השומר); רמב"ם, הלכות שכירות, ב, ד (הובא בכסף משנה, הלכות מכירה, א, יז); חידושי הרשב"א (מהר" הירשלו), כתובות נ ע"ב (הובא במלאכת שלמה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ד, דף נה ע"ג); ט"ז, חו"מ, קצג, א; נתיבות המשפט, צה, ס"ק א; עטרת מרדכי (זלבוטין), דף עו ע"א; ערוך השולחן, חו"מ, שא, ז (ובסימן צד, ה, הוא מביא את שתי הדעות); הרב"צ גולדבוין, "ברין שומרים ושותפים", המאור שנה ב חוב' א (תשרי תשי"א), עמ' 3.

ב. מאירי, שבועות מב ע"ב, מביא ש"המובהקים שבתלמידי גדולי הפוסקים" (ר"י מיגאש) כתב שאם מסרם לשומר לתולשם, הם כמיטלטלין. גם בגיטין לט ע"א, מביא המאירי ש"גדולי המפרשים" כתבו שאם מסרם לשמירה, הם כקרקע, ואם מסרם לתלוש, הם כמיטלטלין; וכך הביא גם בב"מ ק ע"א בשם "גאוני ספרד", ובסנהדרין טו ע"א בשם "גדולי הפוסקים".

ג. ר"ן על הרי"ף, שבועות כג ע"ב (בדפי הרי"ף), וחידושי הר"ן, שבועות מב ע"ב (גם בשם הרמב"ם, הלכות טוען ונטען, ה, ד), וסמ"ע, קצג, ס"ק א, כותבים שהם כמיטלטלין רק אם אינם צריכים כלל לקרקע. גם לחם משנה, הלכות שכירות, ב, ד, כותב (בקטע הראשון) שכונת הרמב"ם למקרה שהצמח זקוק קצת עדיין לקרקע, אבל אם אינו צריך לקרקע כלל, אינו כקרקע. אך בדעת ר"י הלוי (הר"י מיגאש) הוא כותב (בקטע השני), שגם אם אינם צריכים לקרקע כלל, דינם כקרקע.

ד. ר"ן על הרי"ף שם כותב (גם בדעת הרמב"ם, הלכות טוען ונטען, ה, ד), שגם אם תלשם השומר אחרי ההפקדה, הולכים לפי עיקר הפקדון, והם כקרקע אם היו צריכים קצת לקרקע. אבל הוא מביא שהרשב"א פסק שתביעת תשלומי ענבים שבצר, היא תביעת מיטלטלין.

להערה 323

א. כך נימקו גם: ר"י קרקושה, הרשב"א, ט"ז, ונתיבות המשפט — שם; לחם משנה שם (בקטע השני) בדעת ר"י הלוי.
ב. נימוקים נוספים: מרכבת המשנה, על הרמב"ם, הלכות טוען ונטען, ה, ד, הסביר שמאחר שמסר לו לשומר את הדבר במחובר, היינו שיהיה נשמר אגב הקרקע, נמצא שצריך לקרקע.

ג. קרית ספר, על הרמב"ם, שם, נימק, שבפרשת השומרים שבתורה מוזכרים דווקא מיטלטלין תלושים — "כסף או כלים" (שמות כב, ו). גם שו"ת ממעיני יסועה (הירשאהרן), סימן סה, מבאר שהטור סובר שיש חיוב שמירה רק במה שמיטלטל ממש, כפי הדרשה "דבר המיטלטל", וצמחים העומדים להיתלש, עדיין אינם מיטלטלין.

ד. המדות לחקר ההלכה, מדה יט, אות לה, נימק, שבעצם צמחים אלו הם כקרקע, ואין זה משנה שבני אדם מתייחסים אליהם כאילו כבר נתלשו, שהרי שומר קרקע פטור גם אם קיבל על עצמו שמירה במפורש (כלומר, אם אינו עושה קניין — ראה סעיף 14, פרק ד). באות לט, הוא מבאר שזאת גם כוונת הנימוק (שבפנים) שהצמחים לא הופקדו אצלו במטרה לתלוש.

מילואים לסעיף 1(א)

ה. אמרי בינה, דיני טוען ונטען, סימן לח, מסביר שהרמב"ם סובר שצמחים העומדים להיתלש הם במהותם כקרקע. והוא דוחה את הכבר קצות החושן, במילואים להערה 321, שלרמב"ם בעצם הם כמיטלטלין, אלא שאין בהם חיוב שמירה מפני שאי אפשר לעשות בהם קניין.

ו. על דבר העומד להיבצר עיין דיברות משה, ב"ק, חלק ב, סימן עח, ענף ג; ר' אריה מקובצקי, נר אלחנן, עמ' ריגריד; שם יוסף (אליקים), על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ד.

להערה 325

א. נתיבות המשפט, קנו, ס"ק ס, עושה הבחנה: השולח שליח שהוא קבלן, אין לראותו כעבד, ולכן אין דינו כקרקע, אבל אם הוא שכיר יום, היינו פועל, הוא כעבד, ודינו כקרקע, ואין למשלח חיוב שמירה על גופו.
ב. שו"ת הרשב"א (המיוחסות), סימן כ (הובא בבית יוסף, חו"מ, קפח, מחודש ד), פוטר במקרה של המדרכי שנביא בהערה 327 (ולא הזכיר דין שומר). שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קנו (והסכים עמו שו"ת בני בנימין, נבון, חו"מ, סימן לה, דף פג ע"ד), כתב שאף הרשב"א מחייב את הווק השליח מחמת המשלח, כגון שהשכירים שחטפו אותו היו שונאים של המשלח (אבל הוא לא הזכיר חיוב שומר). רביד הזהב, פרשת משפטים, ד"ה מעם רעהו (הובא בתורה שלמה, שמות, כב, אות רפא), כתב שטעם הרמב"ן (היינו הרשב"א, בתשובות המיוחסות לרמב"ן) הוא שגם בן חורין הוקש לקרקע, או שהוא לומד מהפסוק "וכי ישאל איש מעם רעהו" (שמות כב, יג) — למעט אם שואל את "רעהו" בעצמו; וכתב ששומר חינוס ושומר שכר על אדם פטור מפני שכתוב בהם "כסף או כליים" (שם כב, ו), "בהמה" (שם כב, ט). ובר"ה חמור, כתב (לגבי שומר חינוס ושומר שכר) שבן חורין הוקש לקרקע (אלא שנוקט נפקא מינה מתחום אחר — עיין שם).

ג. שו"ת הרא"ש, כלל פט, סימן ד (הובא בטור, חו"מ, קעז, ד, בשו"ת שארית יוסף, סימן א, בשו"ת תורת אמת, סימן פה, בשו"ת מהריב"ל, חלק ב, סימן עג, ועי' ר' ברוך לייזרובסקי, שו"ת המאור וזכרון בספר, חלק א, עמ' שז), פוטר מסיבה אחרת את השואל את הו"ק חבירו לעשות את מלאכתו: מפני שאדם צריך לשמור על עצמו. שו"ת ברית יעקב, חלק א, סימן קה, מקשה לאור נימוק זה, מדוע צריך פסוק לפטור שומר עבד, הרי הייתי יכול לפטור מצד "אדם שמירת גופו עליו הוא" (הוא תירץ: א) אם נגבד העבד, האדון מפסיד, ולכן השומר אינו יכול לטעון "העבד היה צריך לשמור על עצמו", שהרי בכל זאת כלפי האדון צריך להחזיר את העבד. ב) לעבד שהוא חרש, שוטה או טפן, אין דעת לשמור על עצמו, ובכל זאת השומר פטור מפני גזרת הכתוב.

ד. חזון יחזקאל, על תוספתא, ב"מ ח, א, בבאורים, כתב ששומר בן חורין פטור מפני שאלו נזקי הגוף, ולזה אין צורך בכלל בדרשה לפטור, והדרשה הוצרכה רק לפטור שומר עבד, שבו אין לפטור מטעם נזקי הגוף, שהרי הוא ממון של אדונו. אך הוא כותב שמי ששומר תינוק שלא יארע נזק לו או לבגדיו, חייב אם קרה נזק לבגדיו.

ה. אהל תורה (קוק), עמ' רסג, כותב שבמקרה כב"מ נח ע"א, ששומר תינוק שלא ייטא, יש סיבה נוספת לפטור: שאין שומרים עליו בתורת ממון, ויש לקרוא לו "אין גופו ממון" כמו שטר. והוא מסביר שמה שרצה התלמוד שם לחייבו באחריות אינו מדין שומר אלא מדין פועל, ורק לענין שמפסיד שכר שמירה.

להערה 326

בעייה אחרת בשמירת בן חורין מעלה שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צו, אות כג, לדעה (ליד ציון הערה 127) ששומר חייב רק אם עשה מעשה קניין בנכס, שהלא אין מקום לעשות קניין באדם בן חורין. אך ראה בשמו במילואים להערה 127, שגם לדעה זו מועילה התחלת מלאכה במקום קניין, ובכך נפתרת הבעיה.

להערה 327

א. כמו כן, שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן ק, אות יד, כותב שבן חורין לא הוקש לקרקע לענין זה.
ב. מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ה, בסופו, כותב שמה שהמוזיק את אשתו בתשמיש המטה חייב (ב"ק לב ע"א), אינו מטעם מזיק, כיון שהוא מתעסק ברשות, אלא מטעם שומר, שהוא שומר שכר כיוון שנהנה — משמע שהוא מחייב שומר על בת חורין. ואכן חזון איש (הערה 325) כתב מטעם זה שבמקרה זה אין לחייב מטעם שומר.
ג. מגיד משנה, הלכות טוען ונטען, ה, ב (הובא בספר אמ הדרך, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, א), כותב באופן כללי, שבן חורין לא הוקש לקרקע.

ד. שו"ת איגרות משה, אהע"ז, חלק א, סימן קו, מעלה אפשרות שאשה נחשבת שומרת על ילדיה הקטנים, אם נאמר שבני חורין אינם כעבדים.

ה. אך שו"ת ברית יעקב, חלק א, סימן קה, כותב שהמדרכי שם לא התכוון לחייב מטעם שואל, שהלא שומר בן חורין פטור, אלא חייב מפני שרואים כאילו קיבל על עצמו להצילו מאונס שלא היה קורה לולא השליחות, כיוון שנהנה מהשליחות, כמו ששואל חייב באונס כיוון שכל הנאה שלו. לאור זה, הוא מעלה אפשרות שגם לדעה זו, אם חלה השליח, המשלח פטור, שהרי את זה לא קיבל על עצמו, ואינו כשואל שחייב בכל אונס.

ו. ראשי בשמים שם כותב שלענין זה גם מי ששומר על נכרי בן חורין חייב בדיני שמירה, ודין עבד חל רק על נכרי שטבל לשם עבדות, ולא על סתם נכרי שנקנה מנכרי אחר. נפש חיה, ב"מ קד ע"א, כותב שעבד כנעני שאין לישראל קניין הגוף בו אלא רק קניין למעשי ידיו, לא הוקש לקרקע, והשומר חייב. אבל ערך ש"י, חו"מ, סו, מ (ד"ה בהחולץ), כותב שגם עבד שלא הוטבל לשם עבדות הוקש לקרקע, ואין בו דין שמירה.

ז. על המקרה של המדרכי עיין שו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קמט; שו"ת כהונת עולם, סימן יז; שו"ת פני משה, חלק ב, סימן טז; שו"ת מהרי" קצבי, סימן כא; שו"ת תורת חסד, סימן ריב; קונטרס שארית יעקב, שבסוף ספר שארית יוסף; אם הדרך, שבועות יד ע"א; אור עזרא, קובץ ב, עמ' קיג"קטו; תורה תמימה, דברים כד, אות קמב; דברי גאוניס, כלל צה, סימן עה; זהב שבא (אגסי), סימן יא, וזו זהב בסוף הספר, סימן יב; בן הרמה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ג, ו.

להערה 329

עוד הסביר, שאפשר לראות את האב כחייב לשמור על בנו, כחלק מחיובו לתת לו מזונות, ואם כן האב יכול לפטור לשמירה לאחר כדן שומר שמסר לשומר, ויחול חיוב על שומר המשנה, וחיובו הוא כלפי התינוק כמו שחיוב האב הוא כלפי התינוק. הוא לא נכנס

מילואים לסעיף 1(א)

לשאלה האם בן חורין דינו כעבד, וכתב רק ששומר חינוק חייב בפשיעה לרמב"ם כמו בקרקע ובשטר (וכך כתב גם משיב מלחמה שציון בהערה 325), וכתב את דבריו אלו כדי להטביר כלפי מי יחויב בפשיעה.

להערה 330

א. בעניין שמירה על פחות משווה פרוטה, ראה סעיף 5, במילואים להערה 118, על המפקיד שווה פרוטה אצל שני שומרים. ב. בכלי: שו"ת אור שמח, חלק ב, סימן יד, מעלה אפשרות שבכלי יש חיוב שמירה גם אם הוא שווה פחות מפרוטה, משום שלכלי יש חשיבות, שאפשר להשתמש בו לצורך מסויים, כפי שמצאנו סברה זו לעניין שבועת "מודה במקצת" שחלה רק בתביעת שתי מעות, או בתביעת כלי ששווה פחות מזה (שו"ע, חו"מ, פח, ב). וראה במילואים להערה 331 בשם חידושי הרי"ם, על כלי פחות משווה פרוטה.

ג. אולם משתי כסף: אם הנכס שווה פרוטה, גם אם הוא שווה פחות מ"שתי כסף" (שתי מעות, שליש דינר), שהוא שיעור מינימלי לעניין שבועות מסוימות, השומר חייב עליו אם פשע. כך כתבו: ר"ן על הרי"ף, שבועות כג ע"ב (בדפי הרי"ף); חידושי הרי"ן, שבועות מב ע"ב; חידושי הרמב"ן, שבועות מ ע"א. הראשונים נחלקו רק בשאלה האם שומר חייב עליו שבועה. יש פוסקים: ר"ן על הרי"ף, שבועות כג ע"ב (בדפי הרי"ף); חידושי הרי"ן, שבועות מ ע"ב; חידושי הרמב"ן, שבועות מ ע"א; חידושי הריטב"א, שבועות מ ע"ב; חידושי ר' יצחק קרקושה, שבועות מ ע"א; רא"ש, שבועות, פרק ו, סימן ו (וגם בקיצור פסקי הרא"ש שם); המאור הגדול, שבועות יז ע"ב (בדפי הרי"ף). אולם ר"י הלוי אבן מיגאש מחייב שבועת השומרים בפחות משתי כסף, והוא בספר ההשלמה, שבועות, פרק ו, סימן א; וכך פסקו גם חידושי הרשב"א, שבועות מ ע"א, ושו"ע, חו"מ, פח, ה. מאירי, שבועות מ ע"א (ד"ה כל), מביא את שתי הדעות.

ד. אולם שו"ת תשואת חן, סימן נד, מעלה אפשרות ("בדוחק"), שעל פחות משתי כסף, פטור מפשיעה, לדעה שגם פושע בקרקע פטור (ליד ציון הערה 296). כמו כן, שו"ת פאת נגב, חו"מ, סימן מח, מקשה על הר"ן שמחייב בפשיעה, הרי ההלכה ששיעור זה נתמטט משבועת שומר חנם, מראה ששיעור זה אינו כלול בפרשת שומרים, ויש לפטור בפשיעה, וגם אין לחייבו מטעם מזיק, לדעה (ליד ציון הערה 297) שפושע אינו כמזיק. עיין על כך ועל שיעור פרוטה בשו"ת באר יצחק, אהע"ז, סימן ז.

ה. דבר שאינו מסויים: חידושי הרמב"ן, ב"מ נו ע"ב ושבועות מ ע"א, כותב שאף שאין חיוב שבועה על "דבר שאינו מסויים" (חצי כלי — עיין ב"ק סג ע"א), השומר חייב בפשיעה.

ו. הגבלה נוספת על סוג הנכס: רביד הוהב, פרשת משפטים (ד"ה וכל בהמה לשמור), מביא שספר מדות אהרן כותב שאין חיוב שמירה נהוג בדוב ובאריה, מפני שאי אפשר לשמורם. אך מדות אהרן (תחילת ספר קרבן אהרן), פסקה ח (עמ' קנב במהד' תשנ"ב), כתב כך רק לפי הסוגיה בנויר לה ע"ב, שדורשת את הפסוקים בדרך מסוימת (עיין שם), ואילו הסוגיה בב"מ נו ע"ב והמכילתא על שמות כב, ו, דורשות בדרך שונה, ולפיה אין הכרח למעט דוב ואריה.

להערה 331

א. אך הוא כותב שאם איבד הנכס את ערכו לגמרי, כגון שנאסר בהנאה, פטור משמירה (אלא אם נאסר בהנאה מחמת השומר — ראה בשמו בסעיף 2(א)), במילואים להערה 435). ראה סעיף 13, במילואים להערה 131, בשם צ"ח ומנחת חינוך, שאין אחריות שמירה על דבר האסור בהנאה.

ב. דעה חולקת: דברי משה (ברנשטיין), ב"ק, סימן י, עמ' ל, כותב שאם החפץ היה שווה פרוטה והוול הוא פחות משווה פרוטה, השומר אף אינו חייב להחזיר אותו, מפני שהתורה לא אמרה לגבי שומר "והשיב".

ג. על מקרה הפוך, שהיה פחות משווה פרוטה בשעת ההפקדה ובשעת הנזק היה שווה פרוטה, כתב חידושי הרי"ם, חו"מ, פח, ס"ק ח (הובא בקיצור בחלקת יואב, מהדורא קמא, חו"מ, סימן יב), שחייב, שהרי שעבוד נכסים חל משעת הנזק (ראה סעיף 5, במילואים להערה 98), ואם כן חיוב התשלום נוצר משווה פרוטה. אך הוא מתנה זאת בכך שיקבל על עצמו אחריות במפורש בשעת ההפקדה, שאם לא כן, לא חל חיוב שמירה בפחות משווה פרוטה (אגב, מדבריו יוצא שאם לא התייקר, גם אם קיבל על עצמו אחריות בפירוש, הוא פטור). אבל הוא כותב שלפי רב אשי, בב"ק קו ע"ב, שאומר שצריך שבשעת ההפקדה יהיה בעל הנכס בר דעת, הרי שצריך שיהיה חיוב שמירה (לפחות גם) בשעת ההפקדה, השומר פטור כאן. הוא כותב שאם זה היה כלי, שבשעת ההפקדה היה פחות משווה פרוטה ואחר כך התייקר, ואבד בפשיעה, חייב שבועה (שאינה ברשות), מפני שלכלי יש חשיבות.

להערה 332

א. הוא מוכיח כך מן התלמוד בב"מ צו ע"ב, שמזכירה חיוב שמירה בבעל ששאל נכסי מלוג של אשתו, אף שאינה יכולה לקרם. התלמוד אומר שהוא פטור מטעם "בעליו עמו", וכן פסק שו"ע, חו"מ, שמו, יז.

ב. אך יש להעיר שחידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צו ע"ב, כותב שבנכסי אשתו אינו שומר כלל, ולא רק שפטור מטעם "בעליו עמו". כמו כן, ט"ז, אהע"ז, פה, ס"ק ב, כותב שבעל אינו בגדר שומר על נכסי אשתו, אלא מוטלת עליו אחריות מטעם תקנת חכמים, ומכל מקום הוא פטור משום "בעליו עמו". עיין בעניין זה חזון איש, אהע"ז, סימן עט, ס"ק א וס"ק ה"ו. על מקרה מיוחד בענין זה ראה סעיף 1(ג), במילואים להערה 92.

ג. ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 200, שאם הנכס אינו ברשות בעליו, כגון שהוא בידי גנב, כך שאינו יכול לקרמו, גם אינו יכול למנות עליו שומר.

להערה 333

א. כמו כן, רז"ג גולדברג, "מוזק דבר שיש לו ערך אישי רק לבעליו", תחומין ח (תשמ"ז), עמ' 173, הסביר שר"ע איגר וחתם סופר (הערה 310) שפטור שומר גט מפני שאין גופו ממון, כוונתם היא מצד שרק אדם זה יכול להשתמש בו (שאלו מצד דמיון לשטר חוב, אין לפטור — ראה בשמו במילואים להערה 310 שיש סברה להבדיל ביניהם). ראה בשמו גם במילואים להערה 311 ולהערה 312.

מילואים לסעיף 1(א)

ב. שו"ת אבן שתייה, סימן פד, עושה הבחנה לעניין דרכון: אם בעל הדרכון מצוי באזור מגוריו ואינו צריך דרכון עכשו, אלא שיצטרך להוציא הוצאות להשיג דרכון אחר כדי שיוכל לנסוע למקום אחר, השומר פטור. זאת על פי נתיבות המשפט, קמח, ס"ק א, שכתב שדבר שאי אפשר לקצרו ולקבל כסף חמורתו, אלא ששווה ערך לבעליו בלבד, המזיק לו פטור. וכל זה אמור רק אם בעל הנכס אינו צריך לקנות חפץ כזה, כמו כאן, שאף על פי שאם ירצה לנסוע יצטרך להוציא הוצאות לדרכון חדש, הרי זה בגדר "מבטל כיס של חברו", שפטור. לעומת זאת, אם בגלל אבדן נכס זה, צריך בעל הדרכון להוציא כסף מכיסו לקנות חדש, כגון אם הוא במקום שאינו מקום מגוריו, שלא יתנו לו להישאר שם בלי דרכון, ואם כן הוא יצטרך לקנות חדש — השומר חייב, מטעם גרמי. וראה סעיף 5, במילואים להערה 80, בדבריו ובדברי חבל יעקב, האם להשוות לנידונו מקרה של משכון השווה פחות מסכום החוב.

להערה 334

א. מנחת פיתים מסביר שאף על פי שהלכה היא ש"דבר הגורם לממון" אינו כממון, זה אמור דווקא בנכס שאין לו ערך עצמי כלל, ויכול להשתמש בו רק להינצל על ידו מחוב מסויים, כגון גזל חמץ ועבר עליו הפסח, שאף על פי שאסור בהנאה יכול לתתו לנגזל ואם לא יתנהו יצטרך לשלם את ערכו כשעת הגזלה, מה שאינו כן כאן שעבור אדם זה יש לנכס ערך עצמי. סברה זו מצויה בשר"ת השיב משה, סימן קח, בסופו, לעניין אחר.

ב. אבני החושן וחבל יעקב מביאים ראייה ממה שמחייבים שומר בהמה (במקרה מסוים) מצד שהבהמה שווה לבעליה יותר מלאדם אחר, כיוון שהיא מכירה אותו (ראה סעיף 6, הערה 141). אבני החושן מוסיף להוכיח מהפוסקים המחייבים שומר בהמה לשלם ערך זה אם אבדה (ראה שם, הערה 144). הוא מסביר שגם הפוסקים שם פטרו רק מפני שמשלם לו על ערך הבהמה, ולכן לא יקנה הלה בהמה אחרת, אבל מכל מקום הם מסכימים לעיקרון שצריך לשלם על הערך העצמי ששווה הנכס לבעל הנכס.

ג. רא"נ לעיטאון מסביר שאף על פי שנתיבות המשפט, קמח, ס"ק א, כתב שהמזיק דבר שיש לו ערך רק לבעליו, ואינו יכול לקצרו, פטור, הרי רבים חולקים על נתיבות המשפט. הוא מוסיף שאף נתיבות המשפט יחייב בגט, מפני שאפשר לקצרו, אלא שאדם אחר לא יוכל לעשות בו שימוש, כך שאין מגבלה לבעלותו על הגט, ויש רק חסרון בקונה, לא בבעליו הנכחי.

ד. ראשי בשמים מביא ראייה מזה שרבי שמעון מחייב שומר "דבר הגורם לממון" (ב"מ נו ע"ב), אף על פי שהוא שווה ממון רק לאדם זה, וחכמים חלקו עליו רק משום שגם לאדם זה אין הדבר שווה כסף מצד עצמו אלא מצד שגורם לפטור מחיוב אחר. יש להעיר, שבמעשה שהוא תיאר, מדובר בטופס ריק שעדיין לא נרשמו בו תיאורו וסימני פניו של בעל הדרכון, כך שבאמת היה ראוי לכל אדם להשתמש בו.

ה. שואל ומשיב מחייב שומר דרכון (ראה בשמו במילואים להערה 311), ולא התייחס לנקודה הנידונה כאן; אלא שהוא מדבר על מקרה שאדם אחד שאל את ה"פאסט" מחברו, משמע שזה בעל ערך גם לאדם אחר.

ו. נראה שגם לפוסקים כאן, מי ששומר תבואה, והיוו בה אבנים, שהדין הוא שעד אחוז מסויים של אבנים בתבואה מותר למכור כאילו היה הכל תבואה (שו"ע, חו"מ, רכט, ב) — אם אבדו האבנים (והרי אסור להביא אבנים אחרות במקומן ולערבן בתבואה בכונה), השומר חייב. זאת משום שהאבנים הללו שבתוך התבואה הן בעלות ערך לכל אדם, שהרי כל אדם יכול לקנות תבואה זו, ולקצרה לאחר כאילו האבנים הן תבואה; ומזיק חייב במצב מקביל (שו"ע שם).

ז. עניין אחר הקשור במהות הנכס: שומר שמכר את הנכס ברושות בית דין, או שבעל הנכס ביקש ממנו למכור אותו, חייב בשמירה גם על חמורתו. ראה לדוגמה בסעיף 1(ג), ליד ציון הערה 180, שהמוכר נכס מפני שעמד להתקלקל, חייב בשמירה על הכסף; ובסעיף 1(ד), הערה 35, על שומר אבדה שמכר אותה, שהוא חייב בשמירה על הכסף. וראה בסעיף 2(א), במילואים להערה 414, בשם חתם סופר (ושם מר וקנה ומכר), על שומר שנתבקש למכור לגבי הסוג הראשון, אפשר לומר שרושות בית הדין למכור כוללת תנאי מכללא שיהיה חייב בשמירה על התמורה. לגבי הסוג השני אפשר להסביר שבעל הנכס התכוון מראש שהשומר יחויב בשמירה גם על התמורה. אך בסעיף 13, במילואים להערה 58, נביא שמהר"ט אומר ששומר חייב בשמירה רק אם בעל הנכס נתן לו את הנכס. אפשר שכאן, מאחר שכבר היה חיוב שמירה על נכס אחר, החיוב מועבר לנכס החדש ("תחלוף") גם בלי נתינה מבעל הנכס.

להערה 346

א. שו"ת ר"ש איגר, חלק ב, כתבים, סימן ז (עמ' רלט-רמ), כותב שרש"י סובר שחיוב גזולן באונס הוא מטעם שומר, כמשמע מדבריו בסנהדרין שם (ד"ה ולא), ואילו לתוספות ולרמב"ם אינו מטעם שומר — עיין שם בהוכחתו לכך.

ב. אור שמח, הלכות גנבה, ב, א, כותב שלרש"י שם, ולחידושי הרמב"ן וחידושי הרשב"א, ב"מ מג ע"א, חיוב גזולן באחריות הוא מטעם שואל-שומר; ואילו לפי תוספות, ב"ק נו ע"ב (ד"ה פשיטא), ורא"ש, ב"ק, פ"ק ז, סימן ב, אינו מדין שומר.

ג. קצות החושן, רצא, ס"ק ד, כותב, שגזולן שלא ידע את ערכו האמיתי של הנכס, וחשב שהוא שווה פחות, ופשע בנכס, חייב רק לפי הערך שדימה לעצמו, מפני שאחריותו בשמירה על הנכס באה רק משום שמשך, ומשיכה מחייבת את המושך רק בערך שידע עליו (הבאנו דברים דומים של קצות החושן לעניין שומר אבדה, ליד ציון הערה 273). אבל נתיבות המשפט, רצא, ס"ק י, כותב שהוא חייב לפי הערך האמיתי, מפני שגזולן קונה את הנכס הגזול, ומתחייב באחריות גם בלי רצונו וכונתו, כשם שהוא קונה את הנכס בשינוי (כגון טלה שנעשה אייל) גם אם אינו רוצה לקנותו. את ראיית קצות החושן מרמ"א, חו"מ, רלב, יח, שאומר שהמושך זהב לקנותו וחושב שזהו בדיל — לא קנה, הוא דוחה: א) זה דווקא במקום שצריך רצון לקנות, מה שאינו כן בגזולן שקונה גם בלי רצון. ב) גם במכר קונה גם את הערך שלא ידע אף על פי שצריך רצון, ובשולחן ערוך שם לא קנה משום שמדובר בהטעות התגלתה רק לאחר שעבר הזהב לרשות אדם אחר, וכשהיה ביד הראשון לא היה הדבר עשוי להיוודע, והיה בגדר "אבודה מכל אדם", ולכן הראשון לא קנה, ולכן השני זכה, מפני שזה הפקר. רז"נ גולדברג העלה אפשרות, שלפי קצות החושן, גם אם נודע לגזולן שזה זהב, ואחר כך פשע בו, משלם רק לפי ערך של בדיל. זאת משתי סיבות: א) חצרו אינה קונה לו את הגזלה אם לא עשה מעשה

מילואים לסעיף 1(א)

(קצות החושן, שמח, ס"ק ב). ב) על ידי הגולה, יצא כל הנכס וכל ערכו מרשות הגנול, ומה שנודע לגולן אחר כך אינו יכול לחייבו כגולה חדשה, שהרי עכשו אינו מוציא את הנכס מרשות בעליו. רח"א מילר סבור שדווקא שומר אבדה פטור, משום שלא היה צריך לחשוב שזה יקר יותר, אבל גולן, שחייב באונס, חייב על שלא העלה בדעתו שזה יקר יותר.

להערה 347

קולא נוספת בגולן לעומת שומר, היא שאם קרה לנכס נזק שאינו ניכר, הגולן פטור מאחריות, ויכול להשיב את הנכס כפי שהוא ולטעון "הרי שלך לפניך", ואילו שומר אינו יכול, לפי דעה אחת שנביא בסעיף 2(א), ליד ציון הערה 412. ראה שם בנימוק לדבר. וראה שם, במילואים להערה 431, אות ז, הבחנה בין גולן לשומר גם לדעה ששומר יכול לטעון "הרי שלך לפניך", לעניין היוק ניכר שהפך להיוק שאינו ניכר. על אחריות גולן עיי' גם ברכת שמואל, ב"ק, סימן ד.

להערה 350

אולם סמ"ע, שנו, ס"ק ז, כותב שאם פשע, חייב לפי הערך הגבוה בשעת פשיעה. אמרי הצבי, ב"ק נו ע"ב, אות ג, ס"ק ב, נימק את דעתו, שהוא סובר שגולן אכן חייב בפשיעה, ושמה שכתבו תוספות, ב"ק נו ע"ב (ד"ה פשיעה), שפטור מפשיעה, הוא דווקא במקרים שהם פירוט, שלא היה נזק גמור, ולא היה שינוי. הסבר אחר לדברי הסמ"ע יש בדברי שער משפט, שבסמ"ק.

להערה 353

תורת הדשן, סימן שיד (הובא ברמ"א, חו"מ, שח, ז), כותב, שהמשתמש בנכס של חברו בלי רשותו, וברעתו לשלם לו שכירות עליו, הוא שואל שלא מדעת, וגולן; ואם הנכס עומד להשכרה, אינו גולן, אלא אם כן מחו בו בני ביתו של בעל הנכס (בהעדר בעל הנכס) שלא ליטול בנימוק שהנכס נחרץ באותו זמן לבעליו, שאז הוא שואל שלא מדעת וגולן; ובכל מקרה, אם לקחו כדי למנוע מעצמו הפסד כספי, וברעתו לפצות את בעל הנכס על נזקים שיווצרו, אינו גולן, וזה "תנאי בית דין". הסביר סמ"ע, שח, ס"ק יד, שתנאי בית דין הוא, שאדם שבא עליו הפסד פתאומי ראשי ליטול כלי מחברו כדי למנוע את הפסד, בתנאי שישלם לחברו שכר שימוש עבור הכלי. אך ערך לחם, חו"מ, שט, ד (הובא בחידושי ר"ע איגרי, על הרמ"א, שם), כותב שאם לא אמר בתחילה שהוא לוקח את זה כדי להציל, ורק לאחר שאירע נזק הוא אומר כך, הוא גולן. נתיבות המשפט, שח, ס"ק ד, וקצות החושן, שח, ס"ק ג, כותבים, שבמקרה שעומד להשכרה, רשאי בעל הנכס לדרוש את מה שהנכס ניוזק עקב השימוש (אם הנוק עובר את דמי השכירות), מפני שחכמים עשו את השואל שלא מדעת כגולן לעניין זה אף על פי שלא התכוון לגולל (ראה במילואים להערה 355). לגבי ההיתר ליטול כדי להציל, כתב קצות החושן שם שמוטר גם אם בני ביתו של בעל הנכס מתנגדים לכך שהוא ישחמש (ונראה מדבריו שהלוקח להציל חייב בנוק שמחמת השימוש; ועיי' שם, שמדייק מרש"י, ב"ק צו ע"א, ד"ה נחה, שגם בעומד להשכרה חייב באונס). נתיבות המשפט, שם, ס"ק ה, כותב שהלוקח להציל פטור מנוק שמחמת השימוש, כמו ששואל ברשות פטור בזה, כיוון שתנאי בית דין מתיר לו את השימוש, שלכן הוא כשואל ברשות.

להערה 355

א. על שיטה זו קשה, שהלא בפרק א, 3 (א), ראינו שכדי ששומר יתחייב, צריך שבעל הנכס יבקש ממנו לשמור, הרי שלא יתכן חיוב שמירה בלי רצון בעל הנכס (פרט לחיוב שומר אבדה), והרי כאן אין בעל הנכס מסכים.

ב. חידושי הראב"ד, ב"ק צו ע"א, כותב שעשו שואל שלא מדעת כגולן לעניין אונס ו"מתה מחמת מלאכה", אבל לא לעניין הדין שאין שמין לגולן (ב"ק יא ע"א). ר"ש אטלס, בהערותיו שם, הערה לא, נימק, שלדעתו הדין שאין שמין לגולן הוא קנס לגולן, וסובר שבשואל שלא מדעת לא קנסו כל כך. דברי משפט ביאר את כוונת הראב"ד על פי דבריו, שמן התורה הוא שואל, ורק חכמים עשו אותו גולן, ולכן לעניין "שמין" דינו כשואל. גם נתיבות המשפט, שח, ס"ק ד, מעתיק את דברי הראב"ד כאומר שחכמים עשו אותו גולן.

ג. חזון איש, ב"ק, סימן כ, ס"ק ה, בסופו, מסופק האם שואל שלא מדעת דינו כגולן גמור או לא.

ד. אך רח"א מילר סבור שכאן לכל הדעות אינו שומר, שהרי גולן אינו חייב בחיוב שומר, וחזון איש שם אומר רק שלצד אחד, אינו קונה בשינוי מפני שלא התכוון לגולל, אבל לא שנחשב שומר. והסביר שמה שחזון איש, ס"ק ד, העלה אפשרות שחייב בפחת, כמו מי שנכנס על דעת לשלם שכר, שלא כגולן, אינו משום שמקבל על עצמו שמירה, אלא משום שמקבל על עצמו לשלם על הפחת.

ה. נתיבות המשפט, רצב, ס"ק ג, כותב שאם שאל דבר שאין בעל הנכס מקפיד עליו, אינו גולן, אלא חל עליו חיוב שואל. רח"א מילר העיר שזה לא שייך לדיונו, כיוון שכאן מדובר בנכס שבעל הנכס מקפיד עליו.

להערה 358

א. הוא כותב שהדבר תלוי בנימוקים שונים שניתנו בראשונים להבדל בין חיוב גולן לשומר, שגולן משלם לפי הערך שבשעת הגולה ואילו שומר משלם לפי הערך בשעת הנזק. חידושי הרמב"ן, ב"מ מג ע"א, נימק שבגולן יוצא הנכס מרשות הבעלים בעת הגולה, ולכן משלם לפי ערכו אז, לעומת פיקדון שהוא ברשות הבעלים לעניין הקדש (ראה במילואים להערה 381) ועל כן הוא חייב לפי הערך בשעת הנזק (ראה על הסברו בסעיף 5, הערה 7); אם כן, דין שואל שלא מדעת כדין שומר, שהרי הנכס לא יצא מרשות בעליו וביכולתו להקדישו או להקנותו. לעומת זאת, רא"ש, ב"ק, פרק ז, סימן ב, נימק שההבדל הוא ששומר מן הסתם מקבל על עצמו אחריות על כל תקופת השמירה, מה שאין כן גולן — לפי זה, שואל שלא מדעת, שלא קיבל על עצמו שמירה, משלם כשעת הגולה

מילואים לסעיף 1(א)

כדין גולן. אך רח"א מילר סבור, שגם לרמב"ן, אין הכוונה שהוא נחשב שומר, אלא חיובו כגולן יהיה כמו דין שומר לעניין זה. והעיר שאמרי ברוך סבור שגולן אינו שומר אבדה, שאילו כן, היה צריך לשלם כשעת הנזק גם לרא"ש.

ב. לעניין המקרה של הרקובו מקצתן או כחש החזור, היה מקום לומר שלדעה שמן התורה שואל שלא מדעת דינו כשומר, הוא חייב בזה כמו ששומר חייב בזה אף שגולן פטור מזה. אך רח"א מילר סבור שגם לדעה זו יופטר כאן, ורק שומר חייב בזה כיוון שקיבל על עצמו שמירה כפי שהסברנו לעיל, ואילו שואל שלא מדעת לא קיבל על עצמו שמירה (חוץ מהמקרה השני שהוזכרנו, ליד ציון הערה 354, שהיה כבר שומר).

להערה 361

סמ"ע, רצו, ס"ק ח, כותב שמי שלא קיבל על עצמו שמירה, כגון שאמר "הנח לפניך" (ראה ליד ציון הערה 68), ושלה יד בפיקדון, חייב באונס. קצות החושן, רצא, ס"ק ב, כותב שזה דווקא אם התכוון לגזול, ואז חייב מדין גולן, אבל אם התכוון ליטול ולשלם אחר כך, או ששלח יד על ידי שליח, שבזה שומר חייב רק מגזרת הכותב, ואילו גולן רגיל פטור מאונס במקרה מקביל, הרי כאן שאמר "הנח לפניך", הוא פטור באונס.

להערה 364

רח"א מילר סבור, שהוא אומר כך רק לחומרא, שאם התייקר, ישלם כשעת הנזק כדין שומר, אבל אם הוול, ישלם כשעת הגזלה לחומרא, כדין גולן, שהרי הוא בוודאי גולן. עוד העיר, שגם אם פקע חיובו המקורי כשומר, עדיין ישלם כשעת הנזק (לחומרא), לפי שער משפט האומר שגולן הוא שומר אבדה; אלא שחיובו בהרקיבו מקצתן ובכחש החזור לא יחול מצד שומר אבדה, כאומר ליד ציון הערה 352, ויחול רק אם נניח שנשאר עליו דינו המקורי כשומר.

להערה 366

א. הרדב"ז כותב שאם השומר אומר שאינו רוצה להחזיר את הנכס מפני שבעל הנכס חייב לו כסף, דינו כמלווה שיש בידו משכון (ראה סעיף 1(ג), פרק ג, 9, על נושה התופס נכס של החייב); ואם אינו טוען שהלה חייב לו, אלא סתם מסרב להחזיר היום ואומר שיחזיר למחרת, הוא גולן היום; ואם לא היה יכול לתת לו, הוא פטור אף מגנבה ואבדה.

ב. גם התשב"ץ כותב שאם השומר דוחה את החזרת הנכס משום שהוא טרוד בשאר מלאכות (נידונו) — אומן, שבעל הנכס דוחק בו לתת לו מוצר מתוקן), אינו חייב באונס.

ג. ברור שגם לשיטה זו, אם השומר מעכב את הנכס מפני שלא קיבל עדיין את שכרו, אינו חייב באונס, שהרי כפי שנראה בסעיף 11, ליד ציון הערה 143, אומן האומר "הבא מעות וטול את שלך" הוא שומר שכר ולא יותר מזה. אך ייתכן שאם הוא מעכבו כנגד חוב אחר שחייב לו בעל הנכס, הוא חייב באונס לפי התשב"ץ. וראה סעיף 1(ג), במילואים להערה 100, שיש חרם ששומר לא יעכב את הנכס אפילו כדי לקבל את שכרו.

להערה 367

א. בסעיף 1(ג), ליד ציון הערה 287, נראה שמלווה על משכון, שהלווה פרע לו, והמלווה מסרב להחזיר את המשכון, הוא שומר שכר. שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן קכג, מקשה, הרי היה צריך להיות חייב באונס כשואל, שהרי אינו מחזיקו לצורך הלווה, ולא יתכן שהלווה ישא באחריות לאונס על נכס שאינו ברשותו? ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק קסט, השיב, שאינו שואל מפני שלא השתמש במשכון, מכל מקום, שום פוסק אינו מטיל שם אחריות אונס מטעם מעכב פיקדון.

ב. שו"ת דברי רננה, סימן ו, עמ' כג, מדגיש ששואל שכלה זמנו אינו נחשב גולן, אלא הוא נחשב שומר שכר (סעיף 11, ליד ציון הערה 131); והטעם הוא שבסך הכל איחר בהחזרה, ולא סירב להחזיר.

להערה 376

א. א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ספר ב, פסקה פה, עמ' 194, הערה 12, מציינ ש"על פי דיני רומי השותף... חייב רק בשמירה כמו בשלו, אף אם שמירתו בשלו היא פחותה משמירה רגילה בחפצים אלו". הסבר לכך יש לראות בהגדרת השותף כבעל הנכס ולא כשומר. הסבר אפשרי אחר הוא שמתוך שהוא רשאי להקל בשמירת החלק שלו, הוא רשאי להקל גם בשמירת חלקו של שותפו.

ב. סוג מיוחד של שותפות הוא כשלאחד יש קניין הגוף (עצם הנכס) ולאחר יש קניין פירות (רשות שימוש והפקת רווחים מהנכס). משו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן ל = שערי תשובות, מהד' בלך, שער ב, סימן יח (עמ' 145), עולה שבעל קניין פירות הוא שומר חינוס כלפי בעל קניין הגוף. אך הוא עוסק בנותן מתנה "מהיום ולאחר מיתה", שקניין הפירות נשאר לנוותן עד מותו; וייתכן שאין ללמוד מזה לכל שותפות כזאת. נתיבות המשפט, שמו, ס"ק ז (השני), כותב שאם בעל קניין הגוף שאל את הנכס, הוא נחשב שואל משותפו, מפני שרשות השימוש אינה של הראשון — ראה במילואים להערה 191. וראה סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 4.

ג. אולם בסעיף 1(ד), ליד ציון הערה 3, נראה שחכמת שלמה מסביר ששותף שמשתמש בנכס אינו שואל, מפני שבשעת שימוש, כל הנכס נחשב כשלו. יש להסביר, שאף על פי ששותף חייב באחריות שמירה על חלק חברו מפני שזה "לא מכח בעלות", הרי אם הוא משתמש בכל הנכס, זה מכח בעלות על הכל באותו רגע, ולכן אינו חייב כשומר.

להערה 378

א. מחנה אפרים, הלכות זכיה, סימן יח, כתב שקונה לזמן אין לו בגוף הדבר, אלא רק קניין פירות, לכן חייב לשלם על גוף הנכס אם אבד בפשיעתו.

מילואים לסעיף 1(א)

ב. בדומה, שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן צט, כותב שאם מכר ראובן נכס לשמעון, על תנאי שהנכס יהיה אצל ראובן לשימוש זמן מסוים, ראובן אינו בגדר שואל, אלא זהו מכר עם שיעור זכות למוכר להשתמש בו, ולכן פטור באונס. נראה שכוונתו היא, שמאחר שהוא משתמש מכח בעלות זמנית, אינו בגדר שואל, אלא הוא בגדר שומר חנם, כמו קונה לזמן.
ג. ראה גם סעיף 1(ד), פרק ב, 3, בסוגים שונים של קונה על תנאי, שלגבי מצבים מסוימים יש חילוקי דעות האם הוא אחראי מטעם שואל או מטעם קונה. למעשה אין זה נכנס לתחום דיונו, שכן לדעה שהוא בגדר קונה, באמת אינו חייב כשומר.
ד. ראה עוד לעיל במילואים להערה 226, שלפי הרא"ה יש שלווה חייב כשומר על הנכס שלו המשועבד לנושה. מצד שני, ראה במילואים להערה 263, אות יז, שגולן אינו חייב כשומר מפני שהנכס כאילו שייך לו.

להערה 380

א. אכן האול, הלכות נוקי ממון, א, אות ז-ח, כותב שהרמב"ם והראב"ד חלוקים בשאלה האם פיקדון נחשב ברשות השומר – עיין שם.
ב. גן נעול, כפתור ג, פרק ד, אות ג, מוכיח ששומר אינו קונה כלום בגוף הנכס – עיין שם. וראה נפקות מזה בשמו במילואים להערה 133. עיין נתיבות תורה (ברסלב) א (תשנ"ב), עמ' שפא-שפו, בשאלה האם הנכס נכנס לרשות השומר.
ג. ראה אך בסעיף 2(ג), ליד ציון הערה 10, שיש אומרים שלשואל יש בעלות בנכס, שהתורה רואה כאילו הנכס קנוי לו, ולכן הוא חייב באונס.

להערה 381

א. כמו כן, רמב"ם, הלכות ערכין, ו, כב; מרדכי, ב"ב, סימן תקסח; תוספות, ב"ק ע ע"א (ד"ה לא); ושו"ת הרשב"ש, סימן סה – כתבו שבעל הנכס יכול להקדיש את הפיקדון.
ב. השלכה אחרת ממה שהנכס נחשב ברשות בעל הנכס, היא שאם הוא רוצה לתיתו לשומר, לא די בכך שיאמר "אני מוחל לך" (כמו שדי בכך בהלוואה) אלא צריך לומר לו שנתנו במתנה – כך כתב שו"ע, חו"מ, עג, יט, כמסביר בהגהת ר"צ אשכנזי בט"ז שם. השלכה אחרת היא שאם התייאש בעל הנכס מהנכס, לא זכה בו השומר – ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 283.

להערה 382

א. השלכה אחת מעיקרון זה היא במה שכתב הט"ו שם, שאם בעל הנכס מבקש להקנות את הנכס לשומר, אין השומר יכול לקנות אותו על ידי קניין חצר, שכן מקום הנכס אינו שלו כרגע. השלכה נוספת מכך היא למקרה שהשומר גנב את הנכס – עיין צפנת פענח, ב"ק שם.
ב. חריגים: צפנת פענח שם מוכיח מירושלמי, שבועות ח, א, שבשואל אין המקום נחשב מיוחד למשאל, משום שחיוב שואל הוא מחמת הנכס, שלא כשאר שומרים, שחיובם הוא מחמת השמירה (ראה סעיף 2(ג), ליד ציון הערה 10).
ג. שו"ת הלכה למשה (ראם), סימן ו, כותב שבשומר נכרי, אין הדין כך, מפני שאין עליו דין שומר (סעיף 1(ב)), במילואים להערה 2, ואם כן אין לומר בו "יד שומר כיד בעל הנכס". אך הוא מעלה אפשרות שמאחר שאינו שומר, הנכס לגמרי ברשות בעליו (ראה בשמו בסעיף 11, במילואים להערה 259).
ד. שו"ת טוב טעם ודעת, מהדורא ג, חלק ב, סימן קמט, כותב שהדין כך דווקא בשומר חנם, ששומר רק לטובת בעל הנכס, אבל שומר שכר או שוכר, השומרים לטובת עצמם, אין סיבה לומר שהם משאילים את ביתם לבעל הנכס, שהרי הנכס מונח שם לטובת עצמם, אלא המקום נחשב של שניהם, כמו חצר השותפים. עוד הוא כותב, שמדובר רק בדבר דומם, שדרכו להיות מונח במקום אחד, ולכן אומרים שמקום זה נקנה לבעל הנכס, אבל בעלי חיים הזוים ממקום למקום, אין לומר שהמקום שהם נמצאים בו נקנה לבעליהם.
ה. שו"ת מבית מאיר, חלק ב, עמ' קיא, מביא את הרשב"ם, ואף על פי כן כותב, בעמ' קצו ובעמ' קלה, שאם השומר חייב בשמירה, לא הקנה את מקום הנכס לבעל הנכס, מפני שהוא צריך לשמור. נראה שהוא הבין שהרשב"ם מדבר דווקא באופן שאין חיוב שמירה.
ו. דעות חולקות: שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן סה, כותב שהרשב"ם לא התכוון לומר שהמקום קנוי לבעל הנכס, שהרי לא היה כאן מעשה הקנאה, אלא שהשומר מתיר לבעל הנכס להשתמש במקום הזה. מעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סימן תסז, מביא כאילו קצות החושן, קפט, ס"ק א, כתב שרברי הרשב"ם אינם מוכרחים (שהרי קצות החושן מקשה עליו בסוף דבריו, ונשאר ב"צריך עיון"). גידולי ציון, סימן קל, עמ' שכג, כותב שנתכות המשפט, סימן ר (שלא מצאנו), הסכים למהרי"ט. ראה נפקות מכך במילואים להערה 118.
ז. שו"ת שם אריה, אר"ח, סימן ט (יב ע"ב), מוכיח ממה שהרשב"א אומר ששומר יכול להחזיר את הנכס כל זמן שירצה, גם בפיקדון לזמן קצוב (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 14), מכאן שלדעתו לא קנה בעל הנכס את ביתו של השומר לשמירת פקדונו, שאילו קנאו, לא היה השומר יכול לחזור בו בינתיים.
ח. על הכלל שמקום הנכס קנוי לבעל הנכס, עיין שיעורי הגר"מ לוריא, ב"ב, עמ' שיט; סיני, ספר יובל, עמ' שפה; דבר אברהם, חלק ב, סימן יז.

להערה 383

א. ההיתר של חנווני (השנוי במחלוקת במשנה) נפסק על ידי רבנו חננאל, ב"מ מג ע"א; מרדכי, ב"מ, סימן רצה; אגודה, ב"מ, סימן נח, בשם הראב"ה; פירוש המשנה לרמב"ם, ב"מ ג, יא; מאירי, ב"מ מג ע"א. יוצאת מן הכלל דעתו של חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מג ע"א, שכתב שלחנווני אסור להשתמש בכסף.
ב. מטרות השימוש: ראה בסעיף 1(ד), במילואים להערה 38, אות לב, בשם גן נעול, שאסור לשומר להשתמש בכסף להוצאותיו, ומותר לו רק לקנות בו סחורה לסחור בה, כדי שיהיה כסף (או תמורתו) מוזמן בידו לפרוע, כשבעל הכסף יתבענו.

מילואים לסעיף 1(א)

ג. זכות בעל הכסף לדרשו חזרה: נתיבות המשפט, ס"ק ג, שו"ת גליא מסכת חו"מ, סימן יג, ומעין החכמה, ב"מ כ"ט ע"א (ד"ה בא"ד ועוד), כותבים שגם אם קבעו משך זמן להפקדה, יכול בעל הכסף לדרשו מן השומר תוך הזמן, שלא כמו בהלוואה, אלא ככל פיקדון (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 269). שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן קיג, אות ב, מסיף שהדין כך גם אם כבר השתמש בכסף. כמו כן, שו"ת רוח יעקב, סימן ט, כותב שהשומר חייב להחזיר את הכסף ברגע שבעל הכסף דורש ממנו (לא כתב המוסר שקבעו זמן, אבל נראה שבכך מדובר, שאם לא כן אין חידוש בדבריו). הוא מביא שכן חכ"ב ר' יהודה נבון, שנימק שבעל הכסף לא נתן רשות מפורשת אלא חכמים הם שהתירו מן הסתם, והם לא התירו לשומר לעכב את הכסף אצלו, והוא שונה ממי שהשאיל נכס בפירוש לזמן מסוים, שהשואל אינו חייב להחזירו עד אותו מועד. גם רש"י ברנשטיין, "שומרי מצות למיניהם", ניב המדרשה תשל"ח-תשל"ט, עמ' 71, כותב שגם אם קבעו זמן, יכול בעל הכסף לדרשו תוך זמנו, מפני שהזמן נקבע רק לטובת בעל הכסף. ראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 28, שרי"מ מרגליות כותב שיכול לדרשו כשיצאה, וראה שם מה שהסביר על פי זה. וראה שם, במילואים להערה 38, בהשלכות משאלה זו על חיובו באונס. עיין גם אור עזרא, קובץ א, סימן ו, שאם עוד לא השתמש, יכול בעל הכסף לדרשו.

ד. לעומתם, ר' בנימין קאזיו, המובא ברוח יעקב שם, פסק שהשומר רשאי לעכב אצלו את הכסף, כיוון שמשך השומר את הכסף להנאתו. גם שו"ת בית אברהם (קאלוואריא), סימן כד, כותב שבעל הכסף לא יוכל לדרוש ממנו את הכסף תוך הזמן, מפני שהזמן נקבע גם לטובת השומר, כיוון שהשימוש מותר, וההפקדה נועדה גם לטובת בעל הכסף וגם לטובת השומר, ולכן כל אחד מהם יכול לעכב עד סוף הזמן, והשומר יכול לטעון: "הסכמתי לשמור עד סוף הזמן, על דעת שאוכל להשתמש בכסף עד סוף הזמן". הוא אף כותב, שאם נקבע זמן להפקדה, הרי מאחר שהוא זכאי לעכב את הכסף עד סוף הזמן, זה נחשב הלוואה, לענין שחייב באונס אף בטרם השתמש, בשונה ממקרה רגיל של רשות שימוש בכסף (כשלא נקבע זמן). שהשומר רק שומר שכן (סעיף 1(ג), הערה 167; וראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 38, שיש מקרים אחרים שרשות השימוש מחייבת באונס). הוא מעלה אפשרות שמה שכתב נתיבות המשפט שאינו יכול לעכב עד סוף הזמן, הוא אם בעל הכסף דורש את הכסף בטרם השתמש בו השומר. זקן אהרן שם משיב על סבור בית אברהם, שאין אומרים שהזמן נקבע גם לטובת השומר, מפני שאין זה זכות לשומר, שיהיה רשאי להשתמש, שהרי בגלל זה הוא חייב באונס; וגם אם נאמר שהזמן הוא לטובת שניהם, מכל מקום הכלל הוא שאם מתחילה נקבע הזמן בעיקר בשביל אחר, גם אם ממילא באה על ידי זה הגאה לשני, רק הראשון יכול לעכב (עיין שם להוכחתו לכלל זה). בשאלה האם השומר יכול להיפטר מאחריות על ידי הודעה לבעל הכסף בתוך הזמן, ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 159.

ה. שער משפט, עג, ס"ק ב, ובית אברהם, שם, כותבים שאם הפקיד אצלו את הכסף בלי קביעת זמן, הוא יכול לדרוש ממנו את הכסף בחזרה כשיצאה, גם אם השתמש בכסף, וזה שונה מהלוואה, שבה בסתם אין המלווה יכול לדרוש פירעון תוך שלושים יום (שו"ע, חו"מ, עג, א). ההבדל הוא, שבהלוואה הלווה ביקש את הכסף כחסד, והראה בזה שהוא זקוק לכסף, ויש להניח שהמלווה התכוון שהחסד יהיה לשלושים יום, אבל כאן השומר לא ביקש את הכסף לשם שימוש, ולכן אין לומר כך, אלא מניחים שנתן לו רשות רק כל זמן שלא יודקק (בעל הכסף) לכסף. אך משמרות כהונה, ב"מ כ"ט ע"א, כתב שאם השתמש השומר, הכסף הופך להלוואה, גם לענין שסתם הלוואה שלושים יום, ובעל הכסף אינו יכול לתבעו עד אחרי שלושים יום לשימוש. רש"י ברנשטיין, שם, עמ' 76-73, כותב בדעת הרא"ש, שאחרי שהשתמש, אין בעל הכסף יכול לדרשו, מפני שזה כהלוואה עד הזמן שנקבע להפקדה, אבל לדעת הראב"ד (שנביא בסעיף 1(ד), ליד ציון הערה 38), גם אחרי שהשתמש יכול בעל הכסף לתבעו מיד, ואפילו קבעו זמן, יכול לתבעו תוך הזמן. הוא מעלה אפשרות שהראב"ד סובר שהשומר רשאי להשתמש בכסף רק אם יחזיק אצלו נכסים כערך הכסף, כדי שיוכל להחזירו אם ייתבע (כדין מקבל עסקא, ב"מ ק"ד ע"ב), ולכן הכסף נחשב כל הזמן בבעלות בעל הכסף, ואין אומרים שהשומר זכה ברשות השימוש עד סוף הזמן, ולכן יוכל לתבעו כל שעה.

ו. שומר שכן: ר"ש מטווארג, בתשובתו בשו"ת אפריון דוד, סימן כד, מעלה אפשרות ששולחני שהוא שומר שכן אינו רשאי להשתמש בכסף, מפני שאולי מה שבעל הכסף לא צרר אותו אינו משום שהוא מתיר לו להשתמש אלא משום שסמך על השולחני שיצרו אותו, שעל זה (בין היתר) הוא נתן לו שכן (ביסוס לזה — ראה בשמו בסעיף 1(ד), במילואים להערה 37). נראה ששאלה זו תלויה במחלוקת האם שולחני רשאי להשתמש במקרה סתמי, כשאין הוכחה שבעל הכסף מתיר ואין הוכחה שהוא אוסר — ראה במילואים להערות 388-389.

ז. קיבל כסף לקנות בו סחורה: שו"ת דברי יוסף (אירגאס), סימן מז, מעלה אפשרות ש"פאטור" שקיבל כסף מזולתו כדי לקנות עבורו סחורה, אינו רשאי להשתמש בכסף לעצמו גם אם אופיו כשולחני, מפני שבעל הכסף רוצה שהכסף יהיה מזומן בידו לקנות בו סחורה עבורו (עבור בעל הכסף) מיד. כמו כן, שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ג, סימן קמג (דף ק"ע א'), כותב שמי שקיבל כסף לקנות נכס עבור המשלח, אינו רשאי להשתמש בכסף לעצמו.

ח. פרי עץ חיים, חלק א, דף קמ ע"ב (מס' 59), כותב שמי ששלח סחורה לחברו לקצרה ולקנות בכסף סחורה אחרת, אסור לשליח להשתמש בכסף לעצמו, אם אינו שולחני, משום שיש להניח שהמשלח רוצה שיקנה עבורו מיד סחורות עם הכסף הזה, ושלא ישתמש בכסף לעצמו, שכן אם ישתמש, ייתכן שתודמן הסחורה ולא יהיה לו כסף מזומן (משמע שאם הוא שולחני, הוא רשאי להשתמש; ואין זה מובן, שהלא גם בשולחני, נימוק זה תקף). הוא כותב, שאם הדין מתעורר אחרי שקרתה גנבה ואבדה, והשאלה היא האם הוא שומר שכן מטעם רשות השימוש ויהיה חייב בגנבה ואבדה, השומר פטור גם אם בעל הכסף אומר אחר כך שלא היה מקפיד שישתמש. זאת משתי סיבות: א) ייתכן שהוא אומר כך רק כדי שיהפוך השליח להיות שומר שכן. ב) גם אם נניח שבעל הכסף באמת היה מתיר לו להשתמש, אולי השומר לא היה מסכים לקבל רשות שימוש, כדי שלא יתחייב כשומר שכן.

ט. אך שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קמב, ושו"ת יש מאין, חלק ב, חו"מ, סימן כה, כותבים ששליח שקיבל כסף לקנות בו סחורה עבור המשלח, רשאי להשתמש בכסף לעצמו. ראה בשם שבות יעקב בסעיף 1(ג), הערה 172.

י. כסף שנתקבל על ידי מכירת סחורה של הזולת: רשב"ץ, המובא בבית יוסף, חו"מ, רצו, ו (ומשם הובא בשו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן ק), ושו"ת הרשב"ש, סימן שלה (הובא בשו"ת לב מבין, בירדוגו, חו"מ, סימן רו; וכנראה, בית יוסף שם התכוון לרשב"ש שם, שכן דרכו של בית יוסף לקרוא לרשב"ש "רשב"ץ" — עיין בית יוסף, או"ח, סימן תקעז), כותבים שהמוסר חפץ לחברו כדי לקבצו בשבילו, ומכרו, רשאי להשתמש בכסף. שו"ת מהרשד"ם, אהע"ז, סימן קמ, כותב שהדין כך גם במי שאינו שולחני ודומיו. כמו כן, שו"ת בתי כהונה, בית דין, סימן כב (קכ"ב ע"ג), כותב שאם שותפים מכרו סחורה, השותף שהכסף בידו רשאי להשתמש

מילואים לסעיף 1(א)

בו, אם הוא שולחני; ואף על פי שאין הוכחה ששותפו מחיר לו מזה שהכסף בלתי קשור, שהרי הכסף לא הגיע אליו מבעליו, מכל מקום יש הוכחה לכך מן העובדה ששותפו לא אמר לו: "אל תשתמש לעצמך בכסף שתקבל ממכירת הסחורה".
יא. לעומתה, שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קעא (הובא בשו"ת כרם שלמה, אמריליו, חו"מ, סימן פה, דף ריח ע"ד), ושו"ת מעיל שמואל (פלורנטין), חו"מ, סימן לג (סט ע"ג), כתובים שפאטור שמכר את הסחורה של משלחו, אינו ראוי להשתמש בכסף לצורך עצמו, משום שאין הוכחה שבעל הכסף מתיר את השימוש.
יב. ראה סעיף 1(ג), במילואים להערה 167, שמי שגול שדה ומכר אותה למישהו שידע שהיא גזולה — הכסף נחשב פיקדון, והגולן ראוי להשתמש בכסף.

יג. ראה סעיף 6, ליד ציון הערה 169, שאם השומר מכר את הנכס בהיתר, מפני שהנכס עמד לאבד את ערכו, הוא ראוי להשתמש בכסף שקיבל בתמורה. ראה סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 35, וחוק לישראל, השבת אבדה, עמ' 99-100, שמוצא אבדה שמכר אותה בהיתר, ראוי להשתמש בכסף. ראה סעיף 1(1), הערות 411-413, בשאלה האם מוכר נכס (במכר רגיל), כשעוד לא עש קניין, וקיבל את הכסף, ראוי להשתמש בכסף. בשאלה האם שולחני ראוי למסור את הכסף לאחר, ראה סעיף 3, במילואים להערה 11. על הרשות שיש לשומר תלמיד חכם להשתמש בספר מופקד, ראה סעיף 1(1), ליד ציון הערה 176.
יד. לעמדת החוק בשאלה האם שומר כסף ראוי להשתמש בו, ראה ע"פ 273/89 סוקולובסקי נ' מ"י, פ"ד מו(3) 92. שם הנפקות היא, שאם אינו ראוי להשתמש בו, והשתמש, ישא באחריות פלילית, לפי חוק העונשין, התשל"ד-1977, סעיף 383.

להערה 384

א. שו"ת בני כהונה, בית דין, סימן כב (קכב ע"ג), כותב שהרא"ש מסכים שגם סוחר המתעסק בסחורה ראוי להשתמש (אף שהוכרז רק מלווים בריבית), שהרי חנווני ראוי להשתמש.

ב. הרחבת הגדרת שולחני: בימי הביניים, היהודים עסקו כמעט כולם בענייני כספים, ולכן נפסק באופן גורף שכל שומר ראוי להשתמש בכסף כדין שולחני. כך כתבו: מרדכי, ב"מ, סימן רצה, בשם ר' ברוך ממגנצא בספר החכמה (הובא בבית יוסף, חו"מ, רצב, יא; סמ"ע, רצב, ס"ק יח, בבאר שבע, שו"ת, סימן לט, שאלה רביעית, בשו"ת בני משה, שלטון, סימן סא, דף קטז ע"א, בשו"ת הרמ"א, סימן פ, בשו"ת דברי יוסף, אירגאס, סימן מז, בשו"ת רוח יעקב, סימן ח, בשו"ת זרע יעקב, סימן כד, ובשו"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סימן לד וסימן עו); שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנט, בשם גאונים; אגודה, ב"מ, סימן נח, בשם ריצב"א; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' עא); סמ"ע, ער, ס"ק ט; ש"ך, חו"מ, רצב, ס"ק יב (הובא בשו"ת מי באר, סימן עג); תומים, עב, ס"ק יא; מ"לי דאבות (יפה), חלק ג, חו"מ, סימן ד; שו"ת כרם שלמה (קוטלר), חלק ג, סימן פא (עמ' קג); תפארת ישראל, ב"מ, פרק ג, אות ס; שו"ת יורו משפטיך ליעקב, סימן קל; שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן יב; שו"ת חוק ומשפט, סימן קא; קיצור שו"ע, סימן קפת, א; שו"ת בית אברהם (קאלוואריא), סימן כד; חושן האפוד, שא, ס"ק ב, בשם חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן נו; שו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן לד (קיא ע"א); שו"ת הרי בשמים, חלק א, סימן קרו; שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורה תניינא, חו"מ, סימן לו; שו"ת פני יצחק, חלק ג, חו"מ, סימן ו (כו ע"ג); בן איש חי, שנה א, פרשת כי תבוא, סעיף טז; שו"ע הרב, הלכות מציאה ופיקדון, סימן כח; שו"ת כהונת עולם, סימן נד; שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן קיב וסימן קיג; שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קמג; שו"ת שער אפרים, סימן כט; שו"ת דברי חזקיהו (שבת), חלק ב, חו"מ, עמ' טז; שו"ת פרי הארץ, חלק ב, חו"מ, סימן ג (קג ע"ג); שו"ת יד ימין, חו"מ, סימן נד; שו"ת ר"א בן ארחא, סימן א (עמ' ח); שו"ת גבול בנימין, סימן מז; שו"ת עדות ביהוסף (אלמושינו), חלק א, סימן ל; עדות ביהוסף (נתנוון), חלק א, דף נג ע"ב; שו"ת אפריון דוד, סימן כד, ס"ק ט; רש"י בנשטיין, ניב המדרשיה, תשל"ח-תשל"ט, עמ' 76 (בשם הרא"ש); י"ק רייניץ, דיני ישראל טז, עמ' קיז, הערה 75; שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן יג.

ג. שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ג, סימן ו, מסביר את דברי המרדכי, שאף על פי שבעלי בתים אינם מתעסקים בהלוואות ממון בריבית, מכל מקום הם תמיד זקוקים לכסף, משום שהם עוסקים במכירה בהקפה, שכן אם ימכרו רק בזמנן לא ימצאו קונים, ולכן הם צריכים כסף כדי שתהיה להם קרן גדולה של סחורות. יש להעיר, שמי שעוסק במכירה בהקפה ראוי להשתמש בכסף מדין חנווני.
ד. סייג לדברי המרדכי: ר"ש זרחי, בשו"ת נחלת שמעון, סימן סג, ובשו"ת אפריון דוד, סימן כד (הראשון), כותב שגם ב"זמן הזה" אין כל אדם בכלל שולחני, ומי שידוע לכל שאין דרכו להיות עוסק במשא ובמתן כלל, מפני שאינו בעל עסק, דינו כדין בעל הבית שבמשנה, שאינו ראוי להשתמש בכסף מופקד. הוא מסביר, שדווקא לחנווני מותר להשתמש בכסף שאינו צורך, אף על פי שאינו זקוק כל כך לכסף, משום שמכל מקום לפעמים הוא צריך כסף, ולכן היה לבעל הכסף לחשוב שייחכן שיצטרך להשתמש, ואילו לא רצה שישתמש היה צריך לעשות קשר מיוחד, והעובדה שלא עשה כך מוכיחה שהוא מוכן שישתמש. לעומת זאת, סתם אדם, אף על פי שלפעמים הוא משתמש בכסף, מכל מקום זה רק לעתים רחוקות, ולכן אין אומדנא ברורה ממה שלא קשר בעל הכסף קשר משונה, שכן ייתכן שהוא מתנגד ומכל מקום לא קשר, מתוך שלא עלה על דעתו שהלה יצטרך, שהלא אין לו צורך שכיח בכסף. הוא מביא ראייה מש"ך, חו"מ, קכא, ס"ק לה, שנקט דווקא שולחני או חנווני, מכאן שלא לכל האנשים היום יש דין שולחני. כמו כן, פני יצחק, שם, כותב שגם למרדכי, אדם בטל שאין לו עסק כלל, כגון תלמיד חכם או אדם המחזר על הפתחים, אינו ראוי להשתמש בכסף. גם ר' יוסף צבי דוידובסקי, בשו"ת כרם שלמה (קוטלר), חלק ג, סימן פב, כותב שאף המרדכי לא דיבר על בחור ישיבה, שאינו בעל מסחר כלל. גם ברורי הלכה (מענה שמחה), ד (תשנ"א), עמ' 7, כותב שגם לדעת המרדכי, בזמננו (תחילת הרבע האחרון של האלף השישי) חזר הדין שסתם אדם אינו ראוי להשתמש, כיוון שרובנו איננו מתעסקים בכספים. כמו כן, שו"ת מהר"ש ענגל, חלק ה, סימן קג, כותב שגם ב"זמן הזה", שכולנו כשולחנים, מכל מקום אם בעיר מסוימת אין לשומר שום צורך בכסף, וזה ידוע, ודאי שבעל הכסף לא התיר לו להשתמש.

ה. דעות חולקות: שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן ל (קנח ע"א), מדייק ממה שטור וש"ע (הערה 383) כתובים סתם שבעל הבית אינו כשולחני — משמע שהם סבורים שדין זמנן וזמנן כדין זמן התלמוד, שלא כמרדכי. הוא מדייק כך גם משו"ת מהרש"ם, אה"ע"ז, סימן קמ, הכותב, שהסותרים הגדולים בפראנקיה"ם הם כמו שולחני, משמע שסתם סוחר אפילו בזמן הזה אינו כשולחני. והוא כותב (בדף קנט) שאפשר לומר "קים ליי" ככל אחת מן הדעות. הוא מעלה אפשרות (בדף קנח ע"א) שלכל הדעות סתם אדם דינו כשולחני, במקום שלרוב האנשים אין די כסף מוזמן להתעסק בו, ותמיד זקוקים לכסף. ב) אדם שתמיד חסר לו כסף, ותמיד מסתחר מעיר לעיר, ובמיוחד כשהופקדו מטבעות עוברים לסוחר, שאינם מטבעות מצויים. ג) אדם שפניו מועדות

מילואים לסעיף 1(א)

- לעיר שיש בה שוק (יריד), שדרך הסוחרים לחפש מקורם כסף להתעסק בו, ובעל הכסף יודע שהוא ישתמש בו בדרך, ומן הסתם אינו מקפיד על כך, שהרי בעיר שבה נמצא השוק, יוכל לקנות בשבילו גם עם כסף אחר.
- ו. ר"י אבולפיה, בשו"ת פני יצחק, חלק ג, חו"מ, סימן ו (כו ע"ג), כותב שהסמ"ע והש"ך שהביאו את דברי המרדכי על דברי השולחן ערוך הבינו כנראה שהשולחן ערוך מסכים לו. אולם הוא עצמו מסכים לחסד לאברהם, שהשולחן ערוך חולק על המרדכי. והוא מדייק כך גם מדברי אבאק רוכל שצינו.
- ז. כך כנראה סובר גם אות היא לעולם, חלק ב, מערכת ש, אות קב, שנשאל על מקרה שהיה בזמנו בשומר כסף, וכותב שאסור לו להשתמש, ומחשיב אותו שולח יד אם השתמש.
- ח. דרכי משה, חו"מ, רצב, ס"ק ג, כותב שספר מישרים חולק על רבנו תם בזה, אך בהגהות והערות (במהר" הטור השלם), הערה לח, העיר שאין זה מופיע בספר מישרים לפנינו.
- ט. תלמיד חכם המבקש להשתמש בכסף לקנות יין להבדלה: מעייני החכמה, ב"מ מב ע"א, אות קיב, כתב שאם השומר תלמיד חכם, הוא רשאי להשתמש בכסף (אם אינו צרור וחתום, אלא קשור רק בקשר רגיל), לקנות יין להבדלה במוצאי שבת, כמו שולחני, מפני שנוח לבעל הנכס שיעשה מצווה בממונו (ראה בשמו בסעיף 2(א), הערה 145). אבל אמרות טהורות, אמרי וזו"ר, ב"מ מג ע"א (ד"ה בגמרא הכא), כותב שאסור לתלמיד חכם להשתמש בכסף לצורך זה (אלא אם הכסף אינו קשור כלל, שאז לדעתו בכל מקרה מותר להשתמש — ראה בשמו במילואים להערה 390).

להערה 385

- א. הדין שבקשר מיוחד ("משונה") אסור להשתמש (אף כשאינו חתום), נוסף על ידי: פסקי הרי"ד, ב"מ מג ע"א; פירוש המשנה לרמב"ם, ב"מ ג, יא; מאירי, ב"מ מג ע"א.
- ב. בית יוסף על טור שם כותב שאיסור השימוש כשהקשר הוא מיוחד הוא רק משום שהתלמוד העלה ספק לגבי מקרה זה. גם רבנו חננאל, ב"מ מג ע"א; רי"ף, ב"מ כד ע"ב (בדפי הרי"ף); תשב"ץ, חלק ב, סימן רעב (דף מ ע"ב); פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ג, הלכה ח, אות ב, וקונטרס הראיות, ב"מ, פרק ג, ראייה טו; נימוקי יוסף, ב"מ כד ע"ב (בדפי הרי"ף); וספר העיטור, פיקדון, ליד אות קס — פוסקים שמספק לא ישתמש. פני מבין (נאבארו), חלק א, דפים קמ"ק-קמ"ז, דן בשאלה האם בקשר משונה (כשאינו חתום) האיסור להשתמש הוא מוחלט, או רק בספק. יכולה להיות מכך השלכה למקרה שקרתה גנבה ואבדה, כיוון שאם הוא רשאי להשתמש, הוא שומר שכר (לפי סעיף 1(ג), הערה 167), ואילו אם אסור לו להשתמש, הוא שומר חנם, ולכן אם ספק האם הוא רשאי להשתמש, מספק הוא פטור מגנבה ואבדה, אך אם קרתה גנבה ואבדה, ובעל הנכס תפס ממנו, מספק אין מוציאים מידו. אמרי מהרש"ח, ב"מ מג ע"א, ומגדנות נתן שם, כותבים שלרמב"ם בקשר משונה, אסור להשתמש בכסף בוודאי, ולכן פטור מגנבה ואבדה בוודאי, ולכן תפיסת בעל הנכס לא תועיל. פרחי כהונה, ב"מ שם (ד"ה בעי), כתב שגם אם רק מספק אסור להשתמש, למעשה אין לו הנאה מרשות שימוש, ולכן פטור מגנבה ואבדה בוודאי, ולכן לא מועילה תפיסה. נפש חיה, ב"מ שם, מסביר שכל ההיתר להשתמש מבוטס על אומדנא, ואומדנא מסופקת — לא די בה הוציא מ"דברים שבלב אינם דברים", וזה הופך לוודאי איסור.
- ג. אור זרוע, ב"מ, סימן קלה, מביא שהראב"י כתב שהמשנה האוסרת עוסקת בקשר משונה. עולה מדבריו שאיסור השימוש במקרה זה הוא בתורת ודאי.
- ד. דעות חולקות: קונטרס הראיות שם מביא שרבנו חננאל מתיר אם יש קשר משונה (כשאינו חתום); וזה סותר לדבריו בפירושו שלפנינו, שצוין לעיל. ר' יונתן מלונגיל, ב"מ מג ע"א, פסק שמספק אין בית דין יכול למחות בידו ולאסור עליו להשתמש, מפני שהמוציא מחברו עליו הראיה. שאר הפוסקים הבינו שזו שאלה איסורית, מבחינת איסור גזלה, ולכן התמידו מספק; ואילו ר' יונתן הבין שזה ענין ממוני, ולכן התיר. הוא אף כותב שמאחר שמתיר להשתמש, חייב בגנבה ואבדה (זה נוגד לגמרי את דברי פרחי כהונה דלעיל, שלרמב"ם האוסר להשתמש מספק, פטור מלשלם בוודאי). גם חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מג ע"א, התיר בקשר משונה.
- ה. חתום: מלשון הרמב"ם והשולחן ערוך עולה (כפי שרמזנו בפנים), שאם הכסף חתום, גם אם אינו קשור, אסור לשומר להשתמש. יש להעיר, שאף על פי שדין זה לא נאמר בתלמוד בפירושו (אלא התלמוד אוסר רק בצרור וחתום יחד), הסברה נותנת שאסור, שכן אין דרך אנשים לחתום את כספם, והחתימה מראה שבעל הכסף אינו מסכים שהשומר ישתמש.

להערה 387

- א. שו"ת נחלת שבעון, סימן סג (ד"ה ומעניין), כותב (בדעת הרמב"ם), שטעם היתר השימוש בשולחני, הוא שמן הסתם בעל הכסף מתיר לו להשתמש מפני שהוא יודע שתמיד יוכל להחזיר לו כסף, כיוון שכסף מצוי בידו. לגבי חנווני (שאין טעם זה קיים בו), הוא מנמק, שחכמים עמדו על סוף דעתו, שמאחר שהוא זקוק לכסף תדיר לקנות סחורה, הוא עתיד להשתמש בכסף המופקד (באיסור), ולכן חכמים הפקיעו כאן את איסור שליחות יד, והניחו שבעל הכסף מוכן לכך אף על פי שיש סיכון שלא יהיה לחנווני כסף להחזיר לו. זאת, משום שמן הסתם מוכן בעל הכסף לקבל סחורה במקום הכסף, שהרי העובדה שהפקיד אצלו מוכיחה שנתן אָמון בחנווני.
- ב. גן נעול, כפתור ג, פרח כג, כותב שהשומר רשאי להשתמש בכסף כאן אף על פי שהרווח ילך לשומר, מפני שיש להניח שבעל הכסף מוכן לזה כיוון שזה גם לטובת בעל הכסף, שכן על ידי שתהיה לשומר רשות שימוש, יהיה חייב באחריות חמורה יותר — ראה סעיף 1(ג), פרק ג, 5, שהוא שומר שכר בגלל רשות השימוש.
- ג. רש"י, ב"מ מג ע"א (ד"ה משום), מסביר, שגם אם הכסף צרור בקשר רגיל, מותר לשומר להשתמש, מפני שדרך אדם לצרור את כספו, ואין בזה גילוי דעת לאסור שימוש.
- ד. ראה במילואים להערה 388 ולהערה 389, מה הדין בסתם, כשאין הוכחה האם בעל הכסף מתיר או אוסר את השימוש.

להערה 388

א. נתיבות המשפט מעלה ספק לגבי הכסף הנותר בידי פרנסי הצבור (לאחר השגת המטרה הציבורית שלמענה נאסף הכסף). רח"א מילר הסביר, שמאחר שכסף זה חוזר לצרכי הקהל, אין להעריך את כוונתו של כל אחד מן התורמים על פי הצורה שהציבור מסר את הכסף לאדם זה, שהרי עכשו הכסף חוזר לתורמים. צריך להוסיף שבכל זאת אפשר שהתורמים מתירים לו להשתמש, כיוון שזה שארית מהכסף שהיה רשאי להשתמש בו. הספק נובע מזה שנתבות המשפט סבור ככלל שבסתם, כשאין הוכחה אם בעל הכסף מתיר או אסור, אסור לשומר להשתמש (וראה על כך במילואים להערה 389 בשם זקן אהרן). הוא הביא ראייה מהדין שמוצא כסף אינו רשאי להשתמש בו (ב"מ כט ע"ב), אף על פי ששם אין הוכחה מה דעת בעל הנכס.

ב. ראש הקהל: מילי דאבות (יפה), חלק ג, חו"מ, סימן ד, כותב שראש הקהל שבידו כסף של הקהל, אינו רשאי להשתמש בו, אלא הוא צריך לקסרו לגובר הקהל, מפני שאין זה תפקידו של ראש הקהל לשמור על כסף הקהל.

להערה 389

א. כמו כן, שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן צח, כותב ששומר כסף של צדקה רשאי להשתמש בו אם התורם מסר לו אותו לשמירה כשאינו צרור (וכל שכן אם גבאי הצדקה הפקידו אצל אחר כשאינו צרור, שזה מראה שהוא מוכן שישתמש). הוא מסביר, שאף על פי שעכשו העניינים הם בעלי הצדקה והם לא גילו את דעתם שהם מתירים לו להשתמש, מכל מקום כדי שיהיה מותר להשתמש אין צורך בגילוי דעת חיובי שבעל הכסף מתיר שימוש, אלא העיקר הוא שלא יגלה את דעתו שאוסר שימוש, שזה הטעם שבצורו אסור, אבל בסתם יש לאמור את דעת בעל הכסף, שהוא מוכן שהשומר ישתמש בכסף, כדי שתהיה עליו אחריות חמורה יותר. הוא חולק בזה על נתיבות המשפט (במילואים להערה 388) שכתב שבסתם אסור להשתמש. על ראיית נתיבות המשפט מזה שמוצא כסף אינו רשאי להשתמש בו, הוא משיב, שבפיקדון, העובדה שבעל הכסף הפקיד אצלו מראה שהוא מהימן בעיניו, ולכן יש להניח שבעל הכסף מוכן שישתמש כדי שישא באחריות חמורה יותר, וגם אין לבעל הכסף סיבה לחשוש שִׁרְד השומר מנכסיו, שהרי כל זמן שירצה בעל הכסף, יוכל לבקש ממנו להחזיר את הכסף (ראה במילואים להערה 383), ואם יראה שמצבו הכלכלי מידרדר, יבקש ממנו לעומת זאת, במוצא כסף, יש להניח שבעל הכסף אינו רוצה שישתמש המוצא, שמה המוצא הוא אדם אֶלֶם שיקשה עליו להוציא ממנו אחרי שישתמש בכסף, ועוד, שהוא חושש שמה יִרְד מנכסיו לפני שיספיק לגלות מי המוצא. גם מעייני החכמה, ב"מ מג ע"א, אות קח, כותב על סמך הדין שבקשר רגיל מותר, שהכלל הוא שבסתם, שולחני רשאי להשתמש, ואסור רק אם יש גילוי דעת של בעל הכסף שאינו מתיר לו להשתמש.

ב. חושן האפור, חו"מ, שא, ס"ק ג, מביא תשובת מהרי"ק כתב יד, ששולחני רשאי גם להשתמש בכפטי צדקה המופקדים אצלו, מפני שעל ידי רשות השימוש יהיה רווח לעניים (עייני שם להוכחתו לכך).

ג. בסעיף 1(ג), במילואים להערה 350, נעסוק בשאלה האם גבאי צדקה רשאי להשתמש בכסף. אבל הפוסקים שנביא שם עסקו בזה מצד דיני צדקה, באילו תנאים רשאי להשתמש, וזה לכאורה יותר נכון מגישתם של זקן אהרן וחכמת שלמה, לקבוע את ההיתר לפי דיני ממונות.

להערה 390

א. צרור הכסף ואורחות חיים שם נקטו במפורש שגם בכסף שאינו קשור בכלל, אסור. לחם משנה, הלכות שאילה, ז, ה, כתב בדעת המגיד משנה, שגם אדם רגיל רשאי להשתמש בכסף המופקד, אם אינו צרור בכלל ואינו חתום; אבל הוא כותב שמהרמב"ם משמע שבכל מקרה אסור לאדם רגיל להשתמש. גם שו"ת בתי כהונה, בית דין, סימן כב (קכב ע"ד), כותב שאסור גם אם אינו קשור כלל (כך נראית כוונתו).

ב. מורה צדק, רצב, יא (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצב, הגהות הטור, אות כז), מביא שר' שמואל פלורנטינו מסתפק, בכסף שאינו קשור בכלל, או שנתנו לו שלא בכיס, האם אדם רגיל רשאי להשתמש. הוא לומד מלשון הטור שרשאי, שהרי הוא נקט שאדם רגיל אסור להשתמש "אפילו אינם חתומים" ולא נקט "אפילו אינם קשורים כלל". אבל הוא מדייק מלשון רש"י, ב"מ מג ע"א (ד"ה משום), ומלשון הרמב"ם, שבכל מקרה אסור לאדם רגיל להשתמש. אמרות טהורות, אמרי זוטרי, ב"מ מג ע"א (ד"ה בגמ' הכא), כותב שאם אינו קשור כלל, מותר לכל אדם להשתמש.

ג. שו"ת מהר"ש ענגל, חלק ה, סימן קג, כותב שכשאוסרים על השומר להשתמש, אסור גם אם זה היה סכום כסף שחציו היה של השומר, ואין אומרים שמאחר שרשאי להשתמש בשלו, רשאי להשתמש בשל חברו. ראה גם במילואים להערה 383 בשם בתי כהונה, שמחזיר לשותף להשתמש בכסף שמתקבל בתמורה לסחורה משותפת שנמכרה, רק אם הוא שולחני, אף על פי שחלק מהכסף שייך לו.

ד. תפארת ישראל, ב"מ, פרק ג, אות נו, כותב שאסור לאדם רגיל אפילו להשתמש בצרור הכסף כמות שהוא בלי לפתחו, ולא רק שאסור להשתמש בכסף לעצמו.

להערה 391

א. כמו כן, ר"י אבולפיה, בשו"ת פני יצחק, חלק ג, חו"מ, סימן ו (כו ע"ד), כותב שסותר שנמסר לו כסף להוביל מעיר לעיר, אינו כשולחני, מפני שברוך אין עם מי לסחור, ואין מקובל שהולכי דרכים מלווים זה לזה בריבית, שהרי אינם מכירים זה את זה. רח"א מילר סבור שהוא מתכוון לומר שגם לשולחני אסור, מפני שאין דרכו החליף מטבעות בדרך.

ב. גם ר' בנימין קאזיס, בשו"ת פרי הארץ, חלק ב, חו"מ, סימן ד (קו ע"ב), פסק שאם לווה מסר כסף לשליח לפרוע מלווה, השליח אינו רשאי להשתמש בכסף גם אם אינו קשור, מפני שהלווה רוצה שיפרע מלווה מיד.

מילואים לסעיף 1(א)

ג. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק א, סימן רסה, מוסיף על דברי בית יוסף, שאסור לשליח הזה גם להחליף את הכסף בכסף אחר. אך במהדורא ד, חלק ג, סימן קמג, הוא כותב שלוחה שביקש משליח להביא את הכסף למלווה, מותר להשתמש בכסף, ואף על פי שבית יוסף אוסר, הרי מאחר שנהוג להשתמש, מותר. ובהגהותיו של למורה, על אהע"ז, לה, ט, כתב שאולי בית יוסף יסכים שאם אין קפידא בכלל, כגון ששלח לפרוע את חובו שבוה אין קפידא בין כסף זה לכסף אחר, הוא רשאי להחליפו. הוא מיישב בזה את מה שכתב בית שמואל, לה, סי"ק כא, ששליח שקיבל כסף לקדש בו אשה, רשאי להחליף את הכסף אם אין בוה קפידא.

ד. מקרים נוספים שאסור להשתמש: שו"ת הרי בשמים, חלק א, סימן קכו, כותב שמלווה שקיבל מהלווה שטר גדול להשלום חובו, ואמור להביא לו עודף, אינו רשאי להשתמש בעודף, מפני שהוא צריך להחזיר את העודף ללווה מיד. לגבי מקרה שמלווה התנה עם הלווה שיפרע לו רק בפני שני עדים תלמידי חכמים (מקרה שנוכר בשבועות מא ע"ב), ופרע לו בינו לבין עצמו, שהדין הוא שהכסף נחשב פיקדון בינתיים, הוא כותב במסקנתו שאין למלווה מן הסתם רשות שימוש אם אין אופיו כשולחני (משמע שאם הוא שולחני, מותר לו); ולכן רש"י, שבועות מא ע"ב (ד"ה לפני), כותב שהוא רק שומר חנם. הוא מנמק, שאף על פי שהלווה התכוון שזה יהיה פרעון גמור, מכל מקום המלווה אומר שקיבל לשם פיקדון.

ה. שו"ת כרם שלמה (קוטלר), חלק ג, סימן פא (עמ' קג), כותב שאם אב נתן למישהו כסף להוצאות נסיעה לראות את בתו לצרכי שידוך, ולא נסע, אין לו רשות להשתמש בכסף (גם אם אופיו כשולחני). נימוקי הוא, שהוא נתן לו את הכסף לעשות בו את שליחותו מיד, ואף על פי שלא הודמן זמן מתאים לזה, מכל מקום תמיד היה צריך לצפות לזמן מתאים, ולכן לא היה רשאי להשתמש בכסף לצרכיו, שמא יבוא זמן מתאים לו לנסוע. בסימן פב, הוסיף שגם אם הבחור התכוון לנסוע לאותו מקום בלא הכי, אלא שכדי שיתכנס לראות את הבת נתן לו האב כסף להוצאות — גם אז אסור לו להשתמש בכסף, מפני שנתן לו רק להוצאות נסיעה. אבל שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימנים קיב-קיג, העוסק באותו מקרה, מתיר לבחור להשתמש (אם אופיו כשולחני), ואינו מקבל את נימוקו של כרם שלמה.

להערה 392

א. פוסקים נוספים שהתירו: תומים, קכה, סי"ק ג (בשליח לפרוע חוב למלווה); רי"מ מורח, בשו"ת פרי הארץ, חלק ב, חו"מ, סימן ג (בשליח לפרוע למלווה); שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן יב (שומר שצריך למסור את הכסף לאדם אחר).

ב. גם ר"מ פרו, בשו"ת פני יצחק, שם (כו ע"ב), כותב שמי שנמסר לו כסף להוליך לחו"ל, רשאי להשתמש בו, מפני שברוך הרבה פעמים מצויה סחורה שיצטרך בשבילה כסף.

ג. כמו כן, כסף הקדשים, רצב, ז, כתב שהמוביל מטבעות שאין להם שער קבוע, אינו רשאי להשתמש בהם מפני שהחלפתם יכולה לגרום נזק לבעל המטבעות; משמע, שלדעתו שאר מוביל כסף רשאי להשתמש בו.

ד. ראה סעיף 1(ג), הערה 173, שמהר"ם שיק מתיר כאן. בעניין זה עיין שושנת יעקב, קכא, ה (סי"ק ז).

ה. כמו כן, ר' דוד אפריון, בשו"ת אפריון דוד, סימן כד (הראשון), סי"ק כג, פוסק שלוחה שלח עם שליח כסף למלווה, השליח רשאי להשתמש בכסף. לכאורה יש לאסור, מכיוון שהשליח זכה בכסף מיד למלווה, שהרי "הולך כזכ"י, ומאחר שהכסף שייך למלווה, והמלווה לא גילה את דעתו שהוא מתיר את השימוש, אסור לשליח להשתמש בכסף, ולא מועיל שהלווה גילה שהוא מתיר לו להשתמש (בוה שמסר לו כסף בלתי צורו), שהרי הכסף אינו שייך ללווה. אך הוא מסביר שאין אומרים כך, מפני שהשליח זכה לצורך המלווה רק לעניין שהלווה אינו יכול לחזור בו, אבל הכסף עצמו שייך ללווה לעניין אונס וכדומה (רו"ג גולדברג ציין שהבחנה זו בוכיית השליח מקורה ברי"ף, גיטין ה ע"א, בדפי הרי"ף, אך הוא ציין גם שהמפרשים שם התקשו בדברי הרי"ף, שאם הכסף שייך ללווה, מדוע אינו יכול לחזור? ואי אפשר לעשות קניין שלא יוכל לחזור בו, שהרי זה קניין דברים). והוא מוסיף, שאפילו מסר לו הלווה את הכסף צורו, יוכל להתיר את הקשר ולהשתמש בכסף, כדי שתהיה עליו (על השליח) אחריות חמורה, ובלבד שלא יפסיד המלווה מזה — שישלם לו מיד כשיגיע לעירו. גם ר"ש זרחי, בתשובתו שם (תשובה אחרת שלו באותו עניין נדפסה בספרו, שו"ת נחלת שמעון, סימן סג, ושם הוא חוזר על חלק מן הדברים) מתיר את השימוש, שהרי לדעת הרמב"ם טעם היתר השימוש הוא שחז"ל התיירו (ראה בשם נחלת שמעון במילואים להערה 387), וטעם זה קיים גם כאן. הוא מוסיף, שגם לדעת רש"י (ראה במילואים שם), שהטעם הוא שיש אומדן דעת שבעל הכסף מתיר להשתמש, וכאן אין הוכחה שהמלווה מתיר להשתמש, מכל מקום די ברשות שהלווה מרשה לשליח להשתמש, מפני שלעניין זה הוא עדיין ברשות הלווה, ורואים כאילו שלח עמו רק מקצת הכסף, או בתנאי שיתן לו רק בזמן פלוני, ולשליח אין שום עסק עם המלווה אלא שאסור לו להחזיר ללווה, אבל עדיין לא זכה המלווה בכסף, שיוכל למנוע ממנו להשתמש.

ו. מנהג: שו"ת מהריב"ל, חלק א, סימן קכד (הובא בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כ"ל ג, סימן ו), מוסר שהיה נהוג שכששולחים כסף מעיר לעיר, נותנים רשות לשליח להשתמש, ואם אינו צריך להשתמש, היה אומר למשלח: "איני רוצה להשתמש, ואני מוליך על אחריותך" — כלומר שהיה עושה תנאי מפורש.

ז. חריג: שו"ת נחלת שמעון, סימן סג, כותב שאם שלח כסף עם שליח, ונתן לו חלק ממנו בתורת הלוואה, לצורך הוצאות הדרך, אסור לשליח להשתמש בשאר, גם אם הכסף אינו קשור, מפני שבוה שהתיר לו להשתמש בחלק, גילה דעתו שאינו רוצה שישתמש בשאר.

להערה 393

א. רח"א מילר סבור, שהבחנה בין מקרה זה למקרה הקודם, אינה מצד שבמקרה הקודם זה ניתן לו לזמן קצר (כדברי ר"ש זרחי בהערה 392), אלא שבמקרה הקודם, מטרת המשלח היא שהכסף יגיע לנמען, ולכן הוא רוצה שזה יעשה כמה שיותר מהר, ושלא יבזבזו השליח זמן על שימוש בכסף (יותר מדויק: שלא יסתכן באבדן הכסף מחמת שימוש בו, והתביעה מן השליח תארך זמן), ואילו במקרה השני, המשלח רוצה רק שיוציא השליח את הכסף משליטת הלווה, ואחרי שיעשה זאת לא אכפת למשלח שזה יקח זמן להגיע אליו בחזרה. אפשר להסביר בדרך אחרת: במקרה הראשון, הכסף בעצם שייך לנמען, מפני שהמשלח זיכה לו אותו על ידי

מילואים לסעיף 1(א)

השליח, ורשות השימוש תלויה ברצון הנמען, והרי הנמען אינו מכיר את השליח ולא גילה את דעתו שהוא מוכן שישתמש (הסבר זה תלוי בהנחה שהמשלח אכן זיכה את הכסף על ידי השליח; וראה תשובה לטענה זו במילואים להערה 392, בשם אפרין דוד), מה שאינו כן במקרה השני, שהכסף שייך למשלח, וגילוי דעתו שהוא מתיר לשליח להשתמש, מועיל להחזיר לו.

ב. אך גן נעול, כפתור ד, פרח ח (יט ע"א), כותב שאם נושה שלח שליח להביא לו כסף מן החייב, ולא רצה שיתעכב הכסף אצל השליח כלל, אסור לו להשתמש, גם אם החייב מסר את הכסף לשליח בלתי צרור, מפני שזה שלא היה צרור לא מוכיח שהוא מתיר להשתמש, אלא לא צרר מפני שזה לא היה כסף שלו ולא היה אכפת לו אם ישתמש.

להערה 394

א. מהטור והשולחן ערוך עולה (כפי שהצגנו זאת בפנים) שמדובר בפקידון ששייך ליתומים. וכך נראה מפרש רא"ש, ב"מ, פרק ב, סימן יז, והוא הסביר שהייתה הווה אמינא שאפילו אדם רגיל שאינו שולחני רשאי להשתמש בכספי יתומים, מפני שהוא עושה טובה ליתומים, שסמוכים אצלו, וגם כדי שיהיה חייב באחריות גנבה ואבדה עקב רשות השימוש; ולכן הוצרך התלמוד ללמדנו שאסור. מהרש"א, ב"מ כט ע"ב, הסביר שהיינו חושבים שמותר, מפני שמצד אחד אין ממי לבקש רשות שימוש, ומצד שני אין אדם אחר שיתעסק בכסף. חידושי ר"ב אנגיל, ב"מ כט ע"ב (ד"ה ביד), הסביר, שהיינו חושבים שמותר לו להשתמש בתמורה לזה שטרח עם היתומים, כמו שמתעם זה מותר להשתמש בדמי אבדה (ב"מ כט ע"א), והסביר שבכל זאת אסורים משום שכאן אין זה נחשב שטרח בכסף עצמו.

ב. בדומה פירש הרמב"ד, המובא בחידושי הריטב"א הישנים ובשיטה מקובצת, ב"מ כט ע"ב, שמדובר בכסף שהפקיד אבי היתומים עד שיגדלו בניו.

ג. אך נימוקי יוסף, ב"מ טו ע"ב (בדפי הרי"ף), פירש שהסוגיה מדברת על מי שמצא כסף, ואחר כך נודע לו שהוא של יתומים, ועדיין אינו מחזיר להם מפני שהם כמקום שאין משתמר ואין זאת השבה טובה (ראה סעיף 13, ליד ציון הערה 29). חידושי מהר"ם ש"ך, ב"מ כט ע"ב, פירש שמדובר במוצא אבדה, שמכר אותה, ומת בעל האבדה, ואף על פי שבדרך כלל מוצא אבדה שמכר אותה רשאי להשתמש בכסף בתמורה לטרחתו במכירה (ב"מ כט ע"א), כאן אינו רשאי מפני שלגבי היתומים לא טרח. חידושי ר' ברוך אנגיל, ב"מ שם (ד"ה והנה), פירש (בפירוש שני) שמדובר שמכר את אבדה, ואחר כך התברר שהיא של יתומים, ואינו רשאי להשתמש בכסף, מפני שרואים כאלו עכשו אבד מהם הכסף, כיוון שהסיבה שאינו יכול להחזיר להם היא שהם יתומים.

ד. הדגשת האיסור: מעייני החכמה, ב"מ מב ע"ב, אות קכ (הובא בבית יעקב, סימן שא, על סמ"ע, ס"ק י), כותב שגם אם נאמר שבנכסי יתומים אין חיוב שמירה אם הם קטנים (ראה סעיף 13, פרק ב, 2), אסור לנפקד להשתמש בכסף, שהרי זה שאין בו חיוב שמירה אינו מתיר לגזול אותו.

ה. חריגים: מאירי, ב"מ כט ע"ב, כותב שאפוטרופוס או מי שהופקד אצלו כסף של יתומים על ידי בית דין רשאי להשתמש בו.

ו. שו"ת חושן האפור, חו"מ, סימן לח, כותב ששולחני רשאי להשתמש גם בכספי יתומים. גם בספרו חושן האפור, חו"מ, שא, ס"ק ב, מביא שחקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן נז, כתב ששולחני רשאי להשתמש בכסף של יתומים שהופקד בידו. ובס"ק ג כתב, שבזמנו, שסתם שומר כסף רשאי להשתמש בו, סתם שומר כספי יתומים רשאי להשתמש.

להערה 398

א. המדרכי הובא בבית יוסף, חו"מ, רצב, יא; ברמ"א, חו"מ, רצב, ז, ובשו"ת הרמ"א, סימן פ; בשו"ת ר"א בן ארחא, סימן א (עמ' ט); בשו"ת בתי כהונה, בית דין, סימן כב, דף קכב ע"ג (ברמז); ובשו"ת חוק ומשפט, סימן קא.

ב. אך חוק ומשפט כתב שאם נתן לו מטיל כסף, וכתב לו שיכניס אותו ל"בית המטבע" ויעשה ממנו מטבעות, מותר לו להשתמש במטבעות, כמו שולחני.

להערה 400

א. משכנות הרועים, מערכת פ, אות סא, מבאר את הוכחת הש"ך מתוספות, ב"מ כט ע"א (ד"ה והוי) — עיין שם.

ב. תומים, עב, ס"ק יט, מביא ראייה לש"ך — עיין שם. שו"ת חסד יהושע, מהדורא תניינא, סימן לו, מיישב את קושיית אמרי ברוך (שיצוין בהערה 402) על הש"ך — עיין שם.

ג. פני אריה (יפה), עב, ח, לומד מדברי הש"ך ששומר "בילעט", שטר שנכתב בו "לכל המוכיז", שאפשר להשתמש בו ולהחליף אותו — רשאי להחזיר אחר גם אם עוד לא השתמש בו.

ד. באוצר מפרשי התלמוד, ב"מ כט ע"א, הערות 41-43, הובאו אחרונים שכתבו שגם אם כאן רשאי להחזיר כסף אחר, הרי כמוכר אבדה, אף על פי שגם הוא רשאי להשתמש בכסף, אינו יכול להחזיר כסף אחר; עיין שם בהסבריהם לכך, ובמשנת יעבץ, חו"מ, סימן מ, ס"ק ה, שכתב הסבר נוסף להבחנה זו. הבחנה הפוכה עושה תומים, עג, ס"ק כ: כאן הוא חייב להחזיר אותו כסף, ולא באבדה — עיין שם בהסברו לכך.

להערה 401

א. משנת יעבץ שם נימק דעה זו, שמן הסתם בעל הכסף התכוון שהכסף יהיה בתורת הלוואה, ולא בתורת שאילה, משום שבכסף מתאימה יותר תורת הלוואה.

ב. מעייני החכמה, ב"מ מג ע"א, אות קלב, נימק, שמאחר שמישיכה קונה בשומר (ראה ליד ציון הערה 127, שמישיכה מחייבת), במשיכה קנה זכות זו, שיוכל להחזיר כסף אחר.

ג. רז"ג גולדברג נימק, שמאחר שבעל הכסף מתיר לו לקנות את הכסף לשימוש, הרי ברגע שהוא רוצה לקנות, מיד נעשה הכסף

מילואים לסעיף 1(א)

שלו, ויחזיר כסף אחר, ולכן אם הוא רוצה להחזיר כסף אחר, קנה את הכסף הזה מיד, ומכל מקום הוא פטור מאונס, מפני שעוד לא התברר שקנה. ראה בשמו בסעיף 3, במילואים להערה 11, על זכות שולחני למסור את הכסף לאחר.

ד. זית רענן, חלק ב, סימן ע, אות ח, נימק, שבעל הכסף הקנה את הכסף לשומר שיכול להשתמש בו, ולכן בכל רגע יכול השומר להחליט לקנותו לשימוש, וגם ברגע שבעל הכסף תובעו יכול להחליט לקנותו ולהפוך את זה להלוואה ולתת כסף אחר. בסימן נו, אות ג, ובסימן ע, אות ז, הוא כותב שזכות זו של השומר (שהכסף יהיה כעין הלוואה) היא מדרבנן, מפני שמשיכה לקניין שאינו מוחלט קונה רק מדרבנן.

להערה 402

א. מחלוקת הש"ך וחכם צבי מובאת בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, סימן כג, בשי למורה, אה"ע ז, לה, ט, ובשו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן כב, אות ג.

ב. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ב, סימן יא, מביא כאילו שהגהת החכם צבי אוסר להשתמש בכסף.

ג. בית אפרים מסביר שכל זמן שלא השתמש, צריך להחזיר את המטבעות הללו, מפני שלא זכה בכסף. אבל הוא כותב שאם בעל הכסף לא בא, והשומר זקוק לכסף, ואינו רוצה ליטלו בתורת מלווה אלא מוכה לבעל הכסף מטבעות אחרים שיש לו (במקום אחר) תמורתם, הוא יכול, מטעם "זה נהנה וזה לא חסר", ורק אם בעל הכסף כאן ומביע קפידא, אין השומר יכול לתת כסף אחר.

ד. דרכי דוד, ב"מ מג ע"א, מקשה על דעה זו, איזו סיבה הגיונית יש שיהיה אכפת לבעל הכסף אלו מטבעות יקבל? ומתריך, שלכל אדם יש בעלות בלתי מוגבלת על הנכס שלו, ואסור לאדם אחר להשתמש בנכס גם אם אין סיבה הגיונית לקפידא, מפני שבעל הנכס הוא בעלים גמורים, ואינו חייב לתת לו הסבר הגיוני מדוע הוא מקפיד.

ה. הבחנות שונות: עדות ביוסף (נתנון), חלק א, דף נג ע"ד, כותב שחכם צבי מסכים שמי שאסף כסף עבור עני מסוים, יכול לתת כסף אחר, מפני שהכסף לא בא לידו בתורת פיקדון.

ו. תומים, עג, ס"ק כ, עושה הבחנה: אם גילה השומר את דעתו שהוא רוצה להחזיק בכסף, ולהשתמש בו, דינו כהלוואה, והשומר חייב באונס, והוא רשאי להחזיר כסף אחר. לעומת זאת, אם לא גילה את דעתו, מן הסתם אנו מניחים שאינו רוצה שיהיה הכסף בהלוואה, מפני שעל ידי זה יתחייב באונס, ומאחר שאינה הלוואה, חייב להחזיר כסף זה ממש.

ז. שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, יו"ד, סימן מז, כותב שצריך להחזיר אותם מטבעות שקיבל, אבל אם קיבל על עצמו בפירוש אחריות לאונס, הוא רשאי להחזיר מטבעות אחרים, מפני שהוא כמו שואל.

ח. על האפשרות להחזיר מטבעות אחרים, עיין נתיב בינה (שרייבר), סימן כג; חמדה גנוזה — זכר מרדכי, רצב, ס"ק ו; שושנת יעקב, רצב, ז (ס"ק ד).

מילואים לסעיף 1(ב)

להערה 2

א. דוגמאות רבות יש במקורות לאשה שומרת, שהתייחסו אליה כאל איש שומר. עיין לדוגמה ב"מ דף לו ע"א ("היא סבתא"), ודף מב ע"א (שומר שמסר לאמו); שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קטט; שו"ת מהריט"ץ, סימן א.

ב. מטה אשר, ליקוטים, סימן יט (דף נג ע"ד ודף נד ע"ב), מסביר שאין אומרים "שיש" (שמות כב, ו) הכתוב בפרשת שומרים ממעט אשה משמירה, מפני שזה משמש למעט קטן (ראה ליד ציון הערה 14). מנחת עני (שטרק), שב, א, מתקשה בדרשה מהפסוק המחייבת אשה שומרת – עיין שם.

ג. עבר: מנחת חינוך, מצווה ס (פו ע"ג), כותב שגם עבר ששומר חלים עליו דיני שומרים. הוא כותב כך לגבי שאילה, ונראה שכך הדין גם בשאר שומרים.

ד. עיוור: עיוור ששומר חייב באחריות ככל אדם, אלא שהוא יצטרך להניח את הנכס באופן שישמר גם בלי שיראה אותו, כגון נעילתו במקום מסוים. אך התעורה שאלה בזה, לפי דעת רבי יהודה, שפוסק שעיוור פטור ממצוות ומדיני ממונות (ב"ק פז ע"א), ויש מן הראשונים שפסקו כמותו (ראה ברור הלכה, מגילה כד ע"א, ציון ח) – האם יופטר משמירה מטעם זה? שו"ת דבר יהושע, חלק ב, סימן ט, אות ה, מביא שר' דוב רוזנטל חידש שעיוור חייב בדיני שומרים מדרבנן לר' יהודה כמו שהוא חייב במצוות מדרבנן לר' יהודה. באות ו הוא מביא בשמו, שמאחר שקיבל על עצמו שמירה, חייב (כוונתו היא שהוא חייב מן התורה), מפני שחייב שומר נובעים מזה שהשומר קיבל על עצמו חיוב. אך דבר יהושע עצמו חלק עליו (באות ה), וכתב שלר' יהודה פטור לגמרי משמירה. הוא מסביר שהסיבה שחכמים חייבוהו במצוות היא כדי שלא יראה כנכרי, וסיבה זו אינה קיימת כאן. באות ז, כתב שאין לחייבו מצד שקיבל על עצמו לשמור, שהרי תוספות, כתובות נו ע"ב (ד"ה הרי), אמרו שמאחר שקיבל על עצמו שמירה, והתורה אמרה ששומר חייב לשלם, הרי זה כאילו קיבל על עצמו לשלם כדן התורה (ודוחה את ההבנה שהתוספות אומרים שהתורה חייבה שומר מפני שחייב את עצמו לשמור), ואם כן לר' יהודה שעיוור פטור מדיני ממונות ואינו כלול בפרשת השומרים שבתורה, הרי גם אם קיבל על עצמו לשמור בשכר, לא קיבל על עצמו חיוב לשלם. מכל מקום, אף דברי יהושע כותב, שאם קיבל על עצמו בפירוש לשלם כדן פיקח, הוא חייב, אך לא מתורת שומר שבתורה אלא מצד התחייבות עצמית. באות ו, ובסימן יא, אות ב"ג, הוא דן בשאלה, האם שומר אבדה עיוור הוא שומר שכר, לפי ר' יהודה.

ה. נכרי השומר, אין עליו חיוב רגיל של שומר, והוא פטור גם אם התגייר אחרי ההפקדה, מפני שבפסוק נאמר "דעהו" (שמות כב, ו). כך אומר מכילתא דרשב"י, שמות כב, ו. אך יש אומרים שבכל זאת הוא חייב מטעם קנס מיוחד: "ראה ויתר גוים" (חבקיב ג, ו) – מאחר שראה הקב"ה שאינם מקיימים את שבע המצוות של בני נוח, התיר את ממונם לישראל; קנס שמצאנו לגבי נזק שבהמה של נכרי הויקה יהודי (ב"ק לח ע"א). כך כתבו נתיבות המשפט, עב, ס"ק נג (הובא בדברי אברהם, שדמי, חלק ג, סימן ה, אות ב, ובס' הרמב"ם ומכילתא דרשב"י, סימן טו); שער משפט, שא, ס"ק ג (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, שא, ס"ק ט); דמשק אליעזר (ניצברג), כח, ס"ק ט (גם בדעת תומים, צה, ס"ק א); ורי"ד ברגו, שרידים, גל' ז (שבט תשמ"ו), עמ' כב. אחיעזר, חלק ג, סימן לו, אות ד, העיר שמאחר שזה רק משום קנס, חייבו אינו בגדר שומר, ולכן אין מוטל עליו להישבע שבועות השומרים, לדוגמה.

ו. אך אחרים אומרים שאין עליו חיוב שמירה כלל, אפילו מטעם הקנס, והוא פטור אפילו התגייר לאחר מכן (ואין אומרים שכשהתגייר חל עליו חיוב כיהודי ששומר) – כן כתבו פרישה, חו"מ, שא, ז, וסמ"ע, שא, ס"ק יב (כך הביין אותו קצות החושן שבסמוך, אך שער משפט שם, ונחל יצחק, צא, א, ענף ב, כתבים, שהסמ"ע מחייב מטעם קנס ופטר רק אם התגייר, וגם שו"ת שם אריה, או"ח, סימן יא, כותב שהסמ"ע פטר רק אם התגייר); קצות החושן, סימן עב, ס"ק מג, וסימן צה, ס"ק א (הובא בשו"ת וישב משה, פרשל, סימן א, דף א ע"ב); חזון איש, ב"ק, סימן י, ס"ק ב (גם גר תושב); וערוך השולחן, חו"מ, שא, יב. המחלוקת מובאת בשו"ת אוריין תליתאי (תאומים), סימן פ, ובשו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן כז (ראה בשמו בסעיף 7, הערה 210 – נפקות לשומר שמסר לשומר).

ז. בטעם דעה זו, הסביר ספר יהושע, פסקים וכתבים, סימן קלט, שהסמ"ע סבור שאין לקנוס כאן משום "ראה ויתר גוים", כיוון שהרמב"ם, הלכות נזקי ממון, ח, ה, מסביר שקנסו נכרי שמויק משום שאם לא נחייב אותו הוא עלול שלא לשמור את בהמתו והיא תצא ותזיק, ובשמירה טעם זה אינו קיים, שהרי ישראל אינו מוכרח לתת לנכרי נכסים לשמור. גם ביכורי ציון (הלוי), ענף יג, פרח א, בהגהה, נימק שאין לקנוס מפני שאפשר שלא להפקיד אצל נכרי. גם משובב נתיבות, עב, ס"ק נג, ובספרו אבני מילואים, בתשובות בסוף הספר, סימן כד (והסכים עמו שו"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סימן קלא), הסביר שדווקא בנוק קנסו, מהטעם שהסביר הרמב"ם, ולא בשאר דברים. מנחת חינוך, מצווה נו (פג ע"ג), נימק בסתם, שבשומר אין שייך לקנוס (יצוין שמנחת חינוך נוקט שזהו קנס דרבנן). מנחת עני (שטרק), שא, ט, הסביר שכאן התורה לא קנסה נכרי אפילו פשע, מפני שפשעיה היא רק גרמא, מחדל של אי מעש. גם נר מצווה (ואלק), שורש שישי, דף כה ע"ד, כותב שאין לקנוס מפני שלא עשה מעשה. שו"ת אהל משה (רויזמן), או"ח, סימן ב, אות ז, נימק דעה זו, שקנסו רק בשור של נכרי שהויק, שהוא נזק בפועל, ולא בשומר, מפני שהקנס הוא חידוש, ואין

מילואים לסעיף 1(ב)

לך בו אלא חידושו, דווקא במקום שחז"ל גילו לנו; ומה שקנסו נכרי להחזיר אונאה (ש"ע, ח"מ, רכז, כו) על אף שגם באונאה הוא פטור מן התורה, הוא מפני שזה נוק בפועל, שלקח את ממון האונאה בפועל, ולכן הוא דומה לטור שנגח, והוא בכלל הקנס. חקרי הלכות (שומייאץ), סימן ב (דף י ע"ד), ותולדות זאב, ב"מ נו ע"ב, הסבירו שאין לקנוס, מפני שכשבעל הנכס הפקיד, הפקיד על דעת שהנכרי יהיה פטור, כיוון שידע שכך הדין, ונמצא שהוא מחל לו, ואין לקנוס את הנכרי, מפני שהיהודי לא היה צריך להפקיד אצלו, ודווקא בנוק קנסו, מפני שהנכרי פשע בזה שלא שמר את שורו, והניקו לא היה יכול להישמר מזה. תולדות זאב הוסיף לנמק, שהוספות, כתובות נו ע"ב (ד"ה הרי), כתבו ששומר חייב מפני שהוא רוצה להתחייב, ונכרי אין בדתו להתחייב. נר יצחק, סימן טז (עמ' עד), הסביר, שדווקא בנכרי שהזיק קנסו, מפני שחייב מדיק הוא חייב ממוני, לשלם על נוק ששעה, ואפשר לחייב נכרי לשלם, אבל חייב שמירה הוא חייב לשמור בפועל, ומזה נובע החיוב לשלם אם לא שמר כראוי (ראה על כך בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 5), ואי אפשר לחייב נכרי בחיוב הגוף לשמור, מפני שזה דין איסורי ולא ממוני (יש להשיב על כך, שאפשר בכל זאת להטיל עליו חיוב ממוני בלבד כקנס, שלא יהיה בגדרים רגילים של חיוב שומר).

ח. כנגד זה, רז"ג גולדברג הסביר שהמחייבים סוברים שהקנס הוא משום שהנכרי לא קיימו את שבע המצוות, וזה נכון בכל התחומים. בשאלה האם קנסו, עיין ציון יעקב (סופר), על מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לג.

ט. נימוק אחר לחייב: שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, ח"מ, סימן יט, מחייב (במסקנתו), מטעם קל וחומר, שלא יהיה עדיף מישראל (והוא מביא ראיות שחייב — עיין שם). אבל הוא כותב שנכרי פטור מחובת טיפול בנכס (סעיף 6, פרק ג, 3), מפני שחובה זו היא מטעם השבת אבדה, ונכרי פטור מהשבת אבדה; ועוד, הוא פטור מדין שומר אבדה, אם מצא אבדה. גם שו"ת שם אריה, או"ח, סימן יא, כותב ששומר נכרי חייב כדי שלא יהיה דינו קל משל ישראל, אבל אם התגיר, פטור, משום שנתמעט מהפטור, ואז אין לחייבו מהטעם הנוכרי (ובסימן ט, דף יב ע"ב, הביא בסתם שהסמ"ע פוטה).

י. כנגד זה, דבר אברהם, חלק ב, סימן יג, אות א, מסביר שאין לחייב מצד סברת "לא יהא ישראל גרוע מנכרי", מפני שזה אפשרי רק אם נניח שנכרי השומר נכס של נכרי חייב, ואז יש לחייב מסברה זו גם נכרי השומר נכס של ישראל, אבל לרמב"ם, הלכות מלכים ט, יד, מצוות דינים בבני נוח אינה כוללת דיני שמירה, ורק לרמב"ן בפרושו לתורה, בראשית לד, יג, הסובר שהיא כוללת כל דיני ממונות, אפשר שיש לחייב מכוח סברת "לא יהא ישראל גרוע מנכרי", ולפי זה יהיה עליו גם חיוב ממוני, שישאר גם כשיתגיר, וגם לענין שעבודא דרבי נתן. חזון איש, ב"ק, סימן י, ס"ק ו, כותב שאין מחייבים מטעם זה, מכיוון שיש מיעוט מפורש: "רעהו".

יא. נימוק נוסף לחייב: מנחת עני (שטרק), ח"מ, שא, ט, ביכורי ציון שם (גם בדת רש"י, ע"ז טו ע"א, ד"ה שאלה), ור' אליהו גולדברג, אור תורה ג (תנ"ט), חוב' ח, סימן ג, כתובים שאף על פי שנכרי פטור משמירה מדין תורה, מכל מקום אם לפי דיניהם שומר חייב, דנים אותו כך, על פי האמור בב"ק ק"ג ע"א, שאם באו יהודי ונכרי לדין, מחייבים את הנכרי אם לפי דיני הנכרים הוא חייב. גם אחיעזר, חלק ג, סימן לו, אות ו, כותב כך, ומוסיף שאף על פי שיש שלמה, ב"ק, פרק א, סימן מא (הובא בתוספות ר"ע איגו, על המשניות, ב"ק, פרק א, אות יא, ובשו"ת בית שלמה, סקאלא, ח"מ, סימן קלא, הגהה ב), כותב שאומרים "כך דינכם" רק כדי לפטור את היהודי מלשלם לנכרי, ואין מחייבים את הנכרי על פי זה לשלם ליהודי, הרי זה רק אם יהודי במצב כשלו היה פטור מלשלם לפי המשפט העברי, אבל כאן הרי אילו יהודי היה שומר היה חייב, ולכן אפשר לחייב את הנכרי לשלם לפי "כך דינכם". אולם משובח נתיבות שם כותב שאין לחייב מטעם זה, משום שבדינינו נכרי פטור כלפי יהודי; שו"ת חיי אריה (ליפקין), ח"מ, סימן א, אות א, הסביר שמשוכב נתיבות הכין שבדיני הנכרים פושע פטור, והעיר שמשער נכרי פטור כלפי יהודי; שו"ת חיי אריה (ליפקין), חייב. נחל יצחק, צא, א, ענף ב, כותב שרש"י ע"ז שם מחייב שומר נכרי מפני שהוא סובר שאומרים לנכרי "כך דינכם" אף להוציא ממונו, אבל לרמב"ן שטובר שמצוות דינים בבני נוח היא שניהגו על פי דין תורה, אין לומר "כך דינכם" להוציא ממונו, ולפי השומר פטור; ואם התגיר, בלאו הכי אין אומרים "כך דינכם".

יב. מסתפקים: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לג, מסופק האם שומר נכרי פטור מטעם "רעהו", או שחייב כמו בנוק. בסימן ח כתב שפטור. רצ"פ פרנק, אור תורה ג (תנ"ט), חוב' ו, סימן טו, מסתפק האם קנסו נכרי שומר, או שמא דווקא אם שורו נגח קנסוהו כדי שלא יזיק לישראל (כדברי ים שלמה, ב"ק, פרק ד, סימן ח, ורבנו יונתן מלוניל, ב"ק לח ע"א). לצד שקנסו, הוא מסתפק האם כשהתגיר לפני העמדה בדין, אין לקנוס, או שמא מאחר שנתחייב כבר על ידי הקנס, חייב גם אחרי שהתגיר.

יג. שו"ת חמדת הנפש, סימן ה, מעלה אפשרות, שרמב"ן על התורה, שמות יב, יט, סובר שנכרי השומר נכס של ישראל פטור. ובהגהה שם, אות ד, מדייק משו"ת חתם סופר, ח"מ, סימן צד, שהוא מחייב. שו"ת אהל משה (ריוזמן), או"ח, סימן ב, אות ז, כותב שהמחזק יכול לומר "קיים לך"; והוא לומר ממה שהרמב"ם והשולחן ערוך לא כתבו שנכרי שומר פטור, משמע שהם מחייבים, וסמכו על מה שכתבו בהלכות אונאה שנכרי חייב להחזיר אונאה. חיי אריה שם, אות ה, מביא דאיה שחייב, מכתובות טו ע"ב (עיין שם); אולם אחיעזר שם, אות ז, דוחה את ראייתו (עיין שם).

יד. התגיר: הבאנו שהסמ"ע פטור גם אם התגיר (והובא ברבירי מרדכי, קרפנשפרונג, סימן כד). צפנת פענח, מהדורא תניינא, דף יג ע"א, מביא כאילו הרמב"ם פטור גם אם התגיר הנכרי. גם שער משפט כותב, שאם הנכרי התגיר, הוא יופטר מחיוב שמירה, מפני שאין לקנוס לאחר שהתגיר. לב אריה (קרלין), סימן ד (עמ' כט), נימק את דברי שער משפט, שחייב שומר הוא משעת הנוק (ראה סעיף 5, במילואים להערה 98), ולכן אין מחייבים אותו מטעם הקנס, אם התגיר לפני הנוק, כך שבשעת הנוק הוא ישראל. אהל משה שם מסביר את דברי שער משפט, שמאחר שהתגיר הוא כקטן שנולד, והוא כאילו בן של הנכרי (של עצמו), ואותו קנסו ולא קנסו את בנו. דבר אברהם שם, אות ג, הרחיק לכת יותר וכתב, שגם אם הנכרי רק קיבל עליו את שבע המצוות של בני נוח, הוא פטור מלשלם, כיוון שאין סיבה לקנוס. רמ"צ ברלין, "בדין חיוב תשלומין בשומרים", שערי תורה ג (אדר תש"ך), עמ' יד-טו, מסביר את דברי שער משפט לפי שיטת הריטב"א (ראה בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 4), שחיוב תשלומי שומר הוא על שלא שמר, וחל בשעת הנוק, ולכן כאן שהיה ישראל בשעת החיוב אי אפשר לחייבו מטעם הקנס, וגם אי אפשר לחייבו מטעם "רעהו", מפני שצריך שיהיה תחילתו וסופו ישראל. הוא מוסיף, שגם לשיטת התוספות (ראה שם) שהחיוב הוא בשעת קבלת השמירה, וחל אז חיוב ממש, זה אמור רק בישראל, שמאחר שחיובו הוא מעיקר הדין, החיוב חל בשעת משיכה, אבל בנכרי שחיובו רק בתורת קנס, חייב רק בשעת הנוק, כמו שאומר רמב"ם, הלכות נוקי ממונו, ח, ה, שהקנס בנוק הוא כדי שישמור את בהמתו, וחייב

מילואים לסעיף 1(ב)

על שלא שמר, והחייב על שלא שמר יכול לחול רק בשעת הנזק. הוא מדייק מהסמ"ע שנקט מקרה שאחרי שהתגייר הפיקדון עדיין בידו, משמע שאם התגייר אחרי שאבד הנכס, חייב מחמת הקנס, וחייב זה אינו פוקע על ידי גיורו. ר"ד ברגו, 'בענין חיובי שומרים בעכו"ם וניגוד משפטי בין בעלי דין', שרידים גל' ז (שבט תשמ"ו), עמ' כא-כב, כותב (גם בדעת הסמ"ע), שנכרי שומר שהתגייר ואחר כך הווק הנכס, אין לחייבו מטעם "נכרי וישראל שבאו לדין, אם אפשר לחייבו דיני ישראל, חייב", מפני שחייב שומר הוא מצד שלא שמר כראוי, ולכן שעת החיוב היא שעת הנזק, ואי אפשר לקנסו או מפני שאז כבר התגייר (הוא נוקט גם אם רק נעשה גר תושב). הוא מסביר שאין אומרים ממה נפשך, אם נלך לפי שעת קבלת השמירה חייב מטעם קנס, ואם נלך לפי שעת הנזק חייב מפני שהיה ישראל אז — אין לומר כך, מפני שהחייב שמשעת קבלת השמירה מדין קנס, פקע כשהתגייר ונעשה ישראל, וגם מה שקיבל על עצמו שמירה כשהיה נכרי, לא מחייב אותו עכשיו, שנאמר "רעהו". אבל הוא כותב שבשואל יש אומרים שחייבו חל משעת משיכה, ואם כן הוא חייב (מטעם קנס) אפילו התגייר לפני שעת הנזק, אלא אם כן נאמר שהקנס אינו חל אם התגייר לפני עמידה בדין — דבר שהסתפק בו חזון איש, ב"ק, סימן י, ס"ק ו, לגבי כל דין "ישראל ונכרי שבאו לדין".

טו. תולדות זאב, ב"מ נו ע"ב, מקשה על שער משפט, הלא יש לחשוש שאם נפטור אותו אחרי שהתגייר, יאמרו שלא התגייר לשמה אלא כדי להיפטר מתשלומין, והרי מחמת חשש זה נפסק (ב"מ עב ע"א) שנכרי שלוה בריבית מיהודי, והתגייר, חייב לשלם? הוא תירץ: א) באמת, אם הנכס אבד ואחר כך התגייר, חייב לשלם, מהטעם הזה, ושער משפט פוטר רק אם התגייר לפני הנזק, שעוד לא היה ברור שיהיה חיוב, ואין לחשוש שיאמרו שהתגייר כדי להיפטר. ב) מה שחייב לשלם מפני חשש זה בדין ריבית, הוא רק בריבית שהצטברה לפני שהתגייר, שמעיקר הדין חייב לשלם אלא שהיה מקום לפטור משום שזה נראה כריבית אמיתית, וכנגד זה נפסק שבכל זאת ישלם כדי שלא יאמרו וכו'; אבל כאן מעיקר הדין הוא פטור (שהרי אין לקנסו גר), ולכן אין לחייבו לשלם מפני החשש הזה.

טז. נר יצחק, סימן טז (עמ' עד), חולק על שער משפט, וכותב שאם יש קנס, הוא נשאר גם אם התגייר, לפי מה שאמר ר"ח סולוביצ'יק (הובא בדבר אברהם שם, אות ג), שבמקרה של שור של נכרי שהוק, הקנס מחיל חיוב על הנכרי (ולא רק משמש היתר לקחת ממנו), ולכן הקנס נשאר גם אם המזיק התגייר.

יז. צננת פענח, על הרמב"ם, הלכות ערכין, ו, כב, ובהשמטות להלכות חמץ, ד, ד (קיא ע"ד), מזכיר שאין דין שומר בנכרי. הפטר שומר נכרי נזכר גם במעשה בצלאל, על פסקי רמב"ם, סימן תעד.

יח. גרדי הקנס, לדעה שקונסים: שער משפט, שא, ס"ק ג, כותב שנכרי שהיה שומר נכס של ישראל, ונתחייב לשלם לו מחמת הקנס הזה, והיה חייב לישראל אחר מחמת הלוואה, מגבים קודם למי שהנכרי חייב לו מחמת הלוואה, מפני שחייבו כלפיו הוא מעיקר הדין (אך הוא נשאר בזה "צריך עיון"). דבר אברהם, חלק ב, סימן יג, אות ג, כותב שהקנס אינו חיוב לשלם, אלא היתר לגבות מן הנכרי, שלא יחשב גול, ולכן אם אדם אחר חייב כסף לנכרי, אין בעל הנכס יכול לגבות מן החייב מכה שעבודא דרבי נתן, כיוון שאין לנכרי חיוב ממוני כלפי בעל הנכס (אך הוא מצייץ שתומים, עב, ס"ק ט, סובר שבכיוצא בזה בנכרי חל שעבודא דרבי נתן — ראה סעיף 1(א), מילואים להערה 181).

יט. דבר אברהם שם, אות א, הביא שר' דוד קפלן כתב שנכרי השומר נכס של ישראל, אפילו הוא שומר חינם, חייב בגנבה ואבדה, מחמת הקנס הזה. דבר אברהם עצמו דוחה את דבריו, ואומר שגם נתיבות המשפט, עב, ס"ק נג, שהזכיר את הקנס, אינו מחייב יותר מדינו; ומסביר שדווקא שור תם של נכרי שנגח לשל ישראל חייב נזק שלם (יותר מדינו) מפני שקנסוהו, אבל לא קנסו בדינים אחרים (באות ה הוא מביא ראיה לקצות החושן, עב, ס"ק מג, שרק בנוק קונסים — עיין שם).

כ. דעות שנכרי ששומר חייב מעיקר הדין: רש"י סיגאר, בתורת ארץ ישראל, שנה ב, חוב' ד"ו, סימן כח, מדייק מרש"י, ע"ז טו ע"א ("ד"ה שאלה), שנכרי השואל מישראל חייב באונס (וכך הוכיחו משם גם מנחת סולת, מצווה נו, ס"ק ב; שו"ת חיי אריה, לפיקין, חו"מ, סימן א, אות ט; אחיעזר, חלק ג, סימן לו, אות ו; ואמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פב, בסופו). והוא מסביר שרש"י סובר שהמיעוט "רעהו" שממעט נכרי הוא רק לפטור ישראל השומר נכסי נכרי (ראה סעיף 13, במילואים להערה 10), אבל נכרי השומר נכס של ישראל חייב, שלא יהיה עדיף על ישראל (ראה לעיל בשם חסד לאברהם). כמו שמצאנו באונאה, שנכרי שהונה ישראל מחזיר אונאה (שו"ע, חו"מ, רכו, כו), מפני שאינו טוב מישראל. הוא מוכיח שגם שו"ת הרמ"א, סימן פז, סובר שנכרי חייב בשמירה — עיין שם להוכחתו. הוא מביא שר' משה יואל הסביר, שנכרי חייב בשמירה, משום שמניחים שהנכרי רוצה להתחייב באחריות, כמו שאמרו תוספות, כתובות נו ע"ב ("ד"ה הרי), שכל שומר מן הסתם מוכן לשאת באחריות, אלא שאילו לא מה שהתורה מחייבת שומר היה פטור מטעם אסמכתא (ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 16), אבל בנכרי אין פסול של אסמכתא, כמו שכתב מגן אברהם, תמא, ס"ק ב, ולכן הוא חייב בשמירה, מכת התחייבותו העצמאית. לדבריו, מאותה סיבה יש בו חיוב שמירה גם בשמירת קרקע (אף על פי שבישראל אין חיוב שמירה בקרקע — ראה סעיף 1(א), פרק ב), וזאת מצד התחייבותו העצמאית. שאינה נפסלת באסמכתא. אך רד"ג גולדברג דחה הסבר זה, שהרי גם כשאין אסמכתא, התחייבות עצמאית חלה רק כשיש קניין (שו"ע, חו"מ, מ, א), וכאן לא עשה הנכרי קניין; וגם אם הוא מבצע קניין משיכה, אין זה קניין ליצור התחייבות. אך אפשר שבשואל נכרי, הנאתו משימוש בנכס מחייבת אותו כמו קניין כסף, לדעה שנכרי קונה בקניין כסף (דבר דומה ראינו בסעיף 1(א), במילואים להערה 177). בהפרדס, שנה יז (תש"ג), חוב' ה, עמ' 24, מביא העורך שר' ישראל רונברג דוחה את הראיה מרש"י בשתי דרכים אפשריות: א) מדובר שהתנה בפירוש עם הנכרי שיתחייב. ב) לא התכוון רש"י לומר ששם חייב באונס, אלא לומר שהנכרי קנה את הנכס (באופן חלקי), ומוכיח ששואל קונה את הנכס, מזה ששואל (יהודי) חייב באונס (ראה בשמו בסעיף 2(ג), במילואים להערה 10).

כא. הוראות שעה, פרק כח (עמ' צט), מוכיח שנכרי השומר על נכס של ישראל, חייב, מתוך שהוא מוכיח שנכרי השואל מישראל חייב באונס. נראה שהתכוון למה שכתב בספרו ביכורי ציון, שהבאנו.

כב. חושן אהרן, צה, א, כותב שלפי שיטה מקובצת, ב"ק לח ע"א, תוספות, ב"ק נג ע"ב ("ד"ה איופן), ותנא דבי אליהו, פרק טו, נכרי הוא בכלל "רעהו", ואם כן הוא חייב בדיני שמירה מעיקר הדין. אבל רביד הוזהב, פרשת משפטים ("ד"ה בין שניהם), כותב שאף על פי שכתב רבנו בחיי, שמות כ, טז, שנכרי נחשב "רעהו", בכל זאת נכרי נתמעט מ"בין שניהם" (שמות כ, ט), שמשמע שצריך שיהיו

מילואים לסעיף 1(ב)

שצריך שהיה השומר ובעל הנכס שווים זה לזה. ביכורי ציון (הלוי), ענף ג, פרח א, בהגהה, מוצא נימוק אחר לפטור שומר נכרי, גם בלי "רעהו": על פי הרמב"ם (ראה לעיל, אות י) שסובר שמצות דינים היא רק להעמיד דינים ולא שהוא מצווה בכל המצוות שבין אדם לחברו. גם ר' יצחק ברונשטיין, בספר כבוד חכמים – עטרת פז, עמ' רפט, כותב שנכרי אינו בדיני שומרים, מפני שאין זה כלול במצוות דינים.

כג. פורת יוסף (רוזין), סימן שא, מדייק מרמב"ן, בראשית לד, יג, הכותב שנכרים חייבים בדיני שומרים, מכאן שלדעתו נכרי חייב בדיני שמירה מעיקר הדין, ולא רק מטעם קנס. הוא מוסיף להוכחתו, שאין לפרש שהרמב"ן מדבר רק על בין נכרי לנכרי, שנכרי ששומר נכס של נכרי חייב, אבל נכרי ששומר נכס של ישראל פטור, שהרי בסנהדרין נז' ע"ב אמרו שלא ייתכן שנכרי עשה דבר לישראל דינו קל יותר מאילו עשאו לנכרי. גם אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פב, בסופו, מוכיח מהרמב"ן שם, שנכרי שומר חייב גם נר מצווה (ואלק), שורש שיש, דף כה ע"א ודף כו ע"ג, כותב שלפי הרמב"ם שם, פטור, ולפי הרמב"ן שם, חייב.

כד. בית יעקב, שא, ט, מדייק מתוספות, ב"ק לח ע"א (ד"ה עמד), שחייב מטעם קנס, ומציין שכך כתב מהר"ט אלגזי, בכורות, פרק ב (שלא מצאנו). הוא מביא שפסיקתא, פרשת שמות, בפסוק "פקוד פקדתי", אומר: "אמר הקב"ה, נתתי אתכם פיקדון ביד המלכות, והם שלחו בכם יד, ילקו בחסר וביתור", כאילו גם נכרי חייב כשומר.

כה. בשומר שכר ובשואל: שו"ת טוב טעם ודעת, מהדורא ג, חלק ב, סימן קמט, כותב שנכרי שומר שכר ושומר, מאחר שזה לטובת השומר, מן הסתם דורש ממנו בעל הנכס במפורש שיהיה באחריותו, ואפשר שגם אם לא פירש, זה כאילו פירש, ולכן יש דין שומרים בנכרי (משמע מדבריו שהוא מתייחס גם לנכרי שומר, וגם לנכרי בעל נכס). שו"ת אבני נור, אר"ח, סימן שכח, אות יג, כותב שנכרי שומר שכר חייב בגנבה ואבדה, מטעם מדייק. אולם רצ"פ פרוק, אור תורה ג (תרי"ט), חוב ו, סימן טו, אות ד, כותב שלפי הפוסקים לעיל, גם שואל נכרי פטור, מפני שדין כל השומרים שווה. גם נחל יצחק, צא, א, ענף ב, כותב שאין להבדיל בין שואל לשאר שומרים, שהרי גם בשואל כתוב "רעהו" (שמות כב, יג). כמו כן, אהל משה (שציון לעיל אות יג) עוסק בשומר שכר, ואף על פי כן מביא את מחלוקת שער משפט והסמ"ע.

כו. נכרי ששומר נכס של נכרי: מנחת חינוך, מצווה נז (פד ע"ד), ודבר אברהם, שם (כפי שהבאנו לעיל אות י), כתבו שדינו תלוי במחלוקת הרמב"ם והרמב"ן בהגדרת מצוות "דינים" של בני נוח. אבל באנציקלופדיה תלמודית, ערך בן נוח, עמ' שנה, נאמר שגם לרמב"ם כל דיני ממונות בין אדם לחברו כלולים בכלל גזל, שבו מצווה בן נוח (ליד ציון הערה 253 שם), וגם לרמב"ן אם בן נוח עבר על אחד מדיני ממונות כגון דיני שומרים, חייב (ליד ציון הערה 255 שם); אלא שיש מחלוקת אחרת, האם פרטי הדינים המחייבים נכרים הם דיני התורה, או שמא הם יכולים לקבוע את דיניהם לעצמם (ליד ציוני הערות 261-262 שם).

כז. מנחת עני (שטרק), שא, ט, מעלה ספק, אם היו שני שומרים, אחד ישראל ואחד נכרי, האם הישראל חייב בכל מטעם "אי ליכא לאשתלומי מהאי לישתלם מהאי" כמו שכתב ש"ך, חו"מ, רכז, ס"ק יד, על מקרה דומה באונאה; או שמא אומרים כן דווקא במזיק, מה שאינו כן כאן שזה נזק בלי מעשה; ואף על פי ששני שומרים ערבים זה בעד זה (סעיף 5, ליד ציון הערה 118), מכל מקום אין חיוב ערב בעד "חייב" שפטור (ראה חוק לישראל, ערבות, סעיף 2).

כח. ערוך השולחן, חו"מ, שא, יב, כותב שאם החילתו וטופו ישראל, ובאמצע התקלקל (כינוי מאימת הצנזורה למי שהמיר את דתו), יש בו חיוב שמירה.

כט. במשכון: פתחי משפט, קל, ס"ק ג, ושו"ת באר יצחק, אר"ח, סימן ג, ענף ב, עוסקים בנכרי שהלווה על משכון, ופוטרים משום שנכרי פטור משמירה. גם שו"ת הלכה למשה (ראם), סימן ג, אות ו, פוטר נכרי שהלווה על משכון. אבל הוא עצמו בסיד"מ ד, אות ז, מחייב בזה, מפני שהתורה מטילה עליו חיוב שמירה בפירוש. שו"ת חמדת הנפש, סימן ה, מדייק מפירוש המשנה לרמב"ם, פסחים, פרק ב, שהוא סובר שגם נכרי שהלווה על משכון, אינו חייב בשמירה על המשכון, ומכל מקום הוא חייב בפשיעה. טעם המלך, על שער המלך, הלכות חמץ ומצה, ד, ג (ד"ה ולא), כותב שנכרי חייב באונס על המשכון, אף שישראל פטור. שו"ת משנת אליעזר (מישעל), סימן לה, ס"ק ז, מדייק מר"ן, פסחים ב ע"ב (בדפי הרי"ף), שנכרי השומר משכון של ישראל פטור אמנם מגנבה ואבדה, אבל חייב בפשיעה, מפני שהוא נתמעט מדין שומרים רק לעניין גנבה ואבדה; וכותב שחייב (במשכון) בפשיעה גם אם לא קיבל על עצמו אחריות.

ל. בפשיעה: שו"ת מנחת שי (שור), חלק א, סימן לב, כותב שלפי הרמב"ם המחייב שומר קרקע או שטר בפשיעה (סעיף 1א), ליד ציון הערה 283), גם נכרי השומר חייב בפשיעה. כך כתב גם דבר אברהם, חלק ב, סימן יז, אות ד, בנימוק שיש על הנכרי חיוב שמירה מן התורה אלא שהוא פטור מלשלם (בדומה לקרקע או שטר, שהרמב"ם מחייב בו פושע משום שיש חיוב שמירה בקרקע או שטר – ראה סעיף 1א), ליד ציון הערה 290). גם שו"ת חמדת הנפש, סימן ה, מביא בשם "המפרשים" שלרמב"ם חייב בפשיעה. שושנת יעקב, שא, ט, כותב שלרמב"ם נכרי השומר חייב בפשיעה כמו שהוא מחייב שומר קרקע או שטר בפשיעה, מפני שהוא קרוב למזיק, ופטור מגנבה ואבדה ואונס, מפני שנכרי נתמעט משמירה, וגם אין לקנסו, מפני שדווקא באונאה ובזנות קונסים את הנכרי, אבל כאן באונס ובגנבה ואבדה שדומה לאונס, אין זה צורך לקנסו; ולרא"ש הפוטר שומר קרקע או שטר בפשיעה (שם במילואים להערה 296), שומר נכרי חייב בפשיעה מטעם קנס מפני שפשיעה דומה לזנות ולאונאה. אחיעזר, חלק ב, סימן ה, אות ו, וחלק ג, סימן לו, אות ד, כותב שלרמב"ם נכרי חייב בפשיעה, ואילו לדעה שפושע אינו כמזיק מפני שזה רק גרמא, הוא פטור מפשיעה, ואף על פי שנכרי חייב גם בגרמא (רמב"ם, הלכות מלכים, ט, ד), מכל מקום הוא פטור בגרמא בשוגג, ולכן יופטר בפשיעה מפני שהיא שוגג. שו"ת חיי אריה (ליפקין), חו"מ, סימן א, אות כו, מביא מסנהדרין נז דאיה שהוא פטור מפשיעה (ענין שם).

לא. התחייבות מפורשת: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ח (הובא בשו"ת הלכה למשה, ראם, סימן ג, אות ו, ובאחיעזר, חלק ג, סימן לו, אות ד), כתב שאם הנכרי קיבל על עצמו במפורש להיות חייב בפשיעה, הוא חייב אף בלי קניין (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 76, שהוא אומר דבר דומה בשומר קרקע או שטר). דבר אברהם, חלק ב, סימן יז, אות ד, כותב שיוכל לקבל על עצמו להיות חייב בגנבה ואבדה, אם יעשה קניין. שו"ת הלכה למשה, סימן ד, אות ו, ושו"ת אהל משה (רוזמן), אר"ח, סימן ב, אות ז, כתבו בסתם שחייב אם קיבל על עצמו חיוב בפירוש. ראה גם לעיל אות כ בשם ר' ישראל רוזנברג.

לב. שו"ת באר יצחק, אר"ח, סימן ג, ענף ב, כותב שאף על פי שהנכרי פטור מלשלם, מכל מקום אם הנכס בעין, יש עליו חובת השבחה.

להערה 3

א. חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צו ע"ב, ושו"ת עדות ביעקב, סימן כג (נה ע"א), כותבים, שאם התחילה לשמור לפני שנישאת,

מילואים לסעיף 1(ב)

וניזוק הנכס לאחר שנישאת, אי אפשר לגבות מן האשה בעודה תחת בעלה, מפני ששומר חייב רק משעת הנזק (ראה סעיף 5, במילואים להערה 98). כלומר, אילו היה החיוב חל בשעת ההפקדה, היה בעל הנכס יכול לגבות ממנה מפני ששעבודו על נכסיה קדם לשעבוד הבעל. ר' שמואל פנחס מבורקא, בהגהתו במחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ב, כותב שהריש"ב פוטר אותה מטעם זה גם אם הבעל פשע בנכס, ואי אפשר לחייבו משום שלא ידע שזה פיקדון. והוא הסביר, שאף על פי שמחנה אפרים אמר שהאשה אשמה בזה שלא הודיעה לבעל שהנכס אינו שלה (ראה סעיף 1(א)), במילואים להערה 197, אין אומרים שחייב התשלום יתחיל מלפני הנישואין, שמאז התחילה אשמתה באי ההודעה (כפי שאומרים במקרה מקביל ביורשים – ראה סעיף 5, ליד ציון הערה 106), מפני שזאת אינה פשיעה, אלא היא יכולה לטעון שהיא חשבה שהבעל ישמור יותר טוב כשיחשוב שהנכס שלה (כטענה דומה, בסעיף 7, ליד ציון הערה 335; אין מקום לטענה זו ביורשים, מפני שהם חשבו שהנכס שלהם ושיכולים להשחיתו כרצונם); ומה שמחנה אפרים מחייב את האשה על אי ההודעה הוא בשאלת, שאף על פי שאי ההודעה היא אונס, הרי היא שואלת שחייבת באונס, אך מצד שני אין לומר שהחייב יתחיל מאז (אפילו בשואלת), מפני שתחילתו באונס וסופו באונס (שלא כביורשים שם, שהיה תחילתו בפשיעה וסופו באונס), ולכן החיוב מתחיל רק משעת הנזק.

ב. משמע מדברי הריש"ב ועדות ביעקב, שאם קרה הנזק לפני שנישאת, יכול בעל הנכס לגבות מנכסיה, מפני ששעבודו קדם לשעבוד הבעל. אך שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן קטו, בסופו, כתב על אשה שומרת שכן, ונגב הנכס, ונישאת, שאפשר לגבות מנכסיה מלוג שהנכסיה לבעלה, אבל לא מהנוניה (נכסי צאן ברזל), מפני שלגביה אפשר לומר "קיים לך" כפותרים – הרא"ש ורובנו ישעיה ומהרי"ק (שלא דיברו לעניין שומר).

ג. כמובן, אם הנכס בעין, האשה חייבת להחזיר אותו, כמו שכתב ספר התרומות, שער לו, חלק א, אות ו.

להערה 4

א. עוד פסקו כך: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס לבוב, סימן תקא, ודפוס פראג, סימן קפד; תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן ריג; תשובת רבנו גרשום, בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תתנ; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צו ע"ב; שו"ת הרשב"ש, סימן שלה; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער יב, וצרור הכסף הארוך שם (שנוקט, שהכל לפי ראות עיני הדיון); שו"ת הרא"ש, כלל לט, סימן ז (הובא בטור, חו"מ, ש"מט, ב); טור, חו"מ, ש"מ, כ; שו"ת אבן עזר, סימן קס; שו"ת הרדב"ז, סימן אלף רי; שו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סימן כג; ים של שלמה, ב"ק, פרק ח, סימן כח; שו"ת מהרי"ט"ץ, סימן א; שו"ת בני אהרן, סימן לא; שו"ת עדות ביעקב, סימן כג (נה ע"א).

ב. רמב"ם, הלכות שאילה, ב, יא, וצרור הכסף הקצר, דרך ב, שער ט, וש"ע, חו"מ, ש"מ, יז (הובא בשו"ת חזק ומשפט, סימן תנו), נקטו בקיצור שתשלם כשיהיה לה כסף.

להערה 6

א. שו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קעו, כותב שאינה צריכה למכור נכסי צאן ברזל, מפני שבזמננו, אין לאשה נכסי צאן ברזל מיוחדים, אלא זה חוב על הבעל, ואם כן אף אחד לא יקנה ממנה, כיוון שהכל יודעים שהיא תמחול לבעלה את חובו זה כלפיה, מיד לאחר המכירה. מאותה סיבה, כתב דרישה, חו"מ, ש"מ, כ, שאינה צריכה למכור נכסי צאן ברזל בטובת הנאה במקרה שאינם ברשותה אלא הבעל כתב לה שטר חוב עליהם.

ב. אך שו"ת פקפ"ק של יוסף, חלק א, סימן ט, כותב שאשה שומרת שפשעה, אמנם אינה חייבת לשלם מנכסי מלוג או מנכסי צאן ברזל, אבל חייבת למכור בטובת הנאה תוספת כתובה ונכסי מלוג ונכסי צאן ברזל, ולשלם. כנראה הוא מתכוון לנכסי צאן ברזל המצויים ברשותה.

להערה 8

א. אשה הנושאת ונותנת בבית: הראב"ה פוטר את הבעל אפילו האשה "נושאת ונותנת בתוך הבית", היינו שמתפלת בעסקי הבית, אשר לכן בדרך כלל הבעל והאשה אחראים זה על מעשה חברו. אך הוא מחייב את הבעל אם האשה אכלה את הפיקדון או הוציאה אותו לצרכיה, כיוון שהיא שלוחתו בהיותה נושאת ונותנת בעסקי הבית (והובא בשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנד), וכך פסק גם ראב"ן, חלק התשובות, סימן קטו. ראה סעיף 7, במילואים להערה 296. תומים, צו, ס"ק ט, מבאר שהראב"ה פוטר גם באשה הנושאת ונותנת בתוך הבית, משום שהיא שלוחתו לעסקים, ולא שלוחתו לקבל פיקדון, שאין זה עניין של משא ומתן.

ב. ראה גם סעיף 1(א), פרק א, 5(א), על אשה ששאלה ונישאה, או ששאלה לאחר שנישאה, שיש מצבים שהבעל חייב באחריות מחמת שימוש או שימוש אשתו בנכס. אך בנידוננו שהאשה שומרת בלי רשות שימוש, אין לחייב מטעם זה את הבעל. עם זאת, יש מהנימוקים שנאמרו שם שבכוחם לחייב גם כאן את הבעל, אף על פי שאין שימוש.

ג. שומרת ש"כ: ים של שלמה, שם (הובא בשו"ת נה שלום, שולאל, סימן טו), כותב שאם היא שומרת ש"כ, כגון שנתנו לה חפץ לתקן, ואבד, הבעל חייב משום תקנת השוק, משום שיש לבעל הנאה ממה שנתנו לה מלאכה, והוא מרוויח מזה, ולכן מן הסתם הוא מקבל על עצמו שמירה, ואף על פי שהוא אינו מרוויח מאבדן החפץ, מכל מקום הוא מעוניין שיביאו לה מלאכה ויאמינו לה. הוא מביא ראייה ממה תרומת הדשן שם פטר את הבעל בנידונו (והבאנוהו בסעיף 1(א)), הערה 200, שהאשה שאלה אבן טובה לצורך רפואה בדרך סגולה, בנימוק שהמשאיל פשע, שלא היה לו להשאיל לאשה שדעתה קלה, דבר הצריך שמירה – משמע שכאן, שמקובל להביא לאשה חפצים לתקן, ולא התירשל בעל הנכס, הבעל חייב. הוא מוסיף, שאין אומרים שאף כאן מראש היה בעל הנכס צריך לדרוש מהבעל לשמור, שהרי אינו מצוי בכל עת בבית שיוכלו לדרוש ממנו לשמור, ועוד, שאנשים יימנעו מלהביא לה אם יצטרכו לדרוש את שמירת הבעל כערבות בעדה. על מקרה זה עיין פעמוני זהב, צו, ו.

ד. ש"ך, חו"מ, צו, ס"ק ט (הובא בשו"ת פני יצחק, חריף, חו"מ, סימן א, בסופו), כתב שאם זו אשה ה"נושאת ונותנת בבית" ויש לאשה הנאה מהפיקדון (פני יצחק נקט – כגון שהייתה שומרת ש"כ), חייב בעלה לשלם עבורה, ואם פשעה, כלומר שאין לה הנאה בפיקדון, פטור.

ה. ערך לחם, אה"ע"ו, פה, ו, כתב, שאשה שקיבלה בגד לארוג בש"כ, אין הבעל חייב כשומר, אף על פי שמעשה ידיה שלו, מפני

מילואים לסעיף 1(ב)

שאינו זוכה בשכר מכח בעל הנכס שנאמר שהוא שומר שכר, אלא הוא זוכה מכח אשתו, אחרי שהיא מקבלת את השכר (נראה שאין זה שייך לדיון בסעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 52, האם מי שמקבל שכר מאדם אחר ולא מבעל הנכס נחשב שומר שכר או לאו, שהרי כאן הטענה היא שאינו שומר בכלל מכיוון שלא קיבל על עצמו שמירה), ודווקא אם שאלה נכס, והודיעה לו שהוא שואל, ומשתמש בו כמו בעלים, הוא חייב, מה שאינו כן כאן שלא השתמש.

ו. שו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן י (דף סד ע"ב), כותב שהבעל פטור גם אם בעל הנכס תפוס בנכסיו.
ז. הרשב"ש שם עוסק בשומר שמסר את הנכס לאדם שבעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו, כך שהופטר (ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 260), וה"מורגל" מסר אותו לאשת השומר המקורי, והיא פשעה בנכס, והרשב"ש פטר את הבעל מאחריות בעדה, אף על פי שהייתה עליו אחריות לפני שמסר למורגל, משום שאחריות זו כבר פקעה.

ח. צירוף חיוב הבעל וחיוב האשה: חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ צו ע"ב, כותב שגם אם הבעל השתמש בנכס, אין בעל הנכס יכול לטעון שיוכל לגבות מנכסי האשה ממה נפשך, אם מצד חיובה ואם מצד חיובו, מפני שבאמת הבעל אינו חייב לו כלום — ראה סעיף 1(א), ליד ציון הערה 189. אך שו"ת קקפו של יוסף, חלק א, סימן ט, כותב שאם הבעל לקח את הפיקדון מאשתו השומרת, וגרם לאבדו, האשה חייבת לשלם מנכסי נדונייתה, שהרי הסיבה שאשה שפשעה פטורה מלשלם מנכסים אלו, היא מפני שהם משועבדים לבעל, וכאן גם הבעל פשע, ולכן ממה נפשך יגבה מהם בעל הנכס: אם הנכסים שלה, יגבה, ואם שלו, גם הוא חייב, וזה כמשל החיגר והסומא ובעל הפרדס (סנהדרין צא ע"א). הוא מביא ראיה משו"ע, אהע"ז, צ, כ, על בעל ואשה שהתחייבו יחד, שמשמע מבית שמואל שם, ס"ק טה, שיוכל המלווה לגבות גם בחיי הבעל. ראה דבר דומה בשמו, בסעיף 7, ליד ציון הערה 185.

ט. פרי חיים, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ב, יא, כותב שאם הייתה שומר חנינם, ונישאה, ולא אמרה לבעל שהנכס הוא פיקדון, ופשע בו הבעל, שניהם פטורים — הבעל, מפני שלא ידע, והאשה, מפני שתטען: "חשבתי שאם לא אמר לו, סימור טוב יותר". הוא מביא ראיה מן המקרה הדומה, שנראה בסעיף 7, ליד ציון הערה 335; וראה במילואים להערה 3 שרש"פ מבוברקא השתמש בסבירה זו אף לגבי שואלת, אלא ששם פטר את האשה רק באופן זמני, עד שתתגרש או תתאלמן, ואילו שומרת חנינם פטורה לגמרי מטעם זה.

להערה 9

א. את הירושלמי הביא: רמב"ם, הלכות אישות, כא, ט (הובא בצרור הכסף הקצר, דרך ב, שער ט, ודרך ה, שער ז, בקצר ובארוך); פסקי תוספות, כתובות, סימן שח; תוספות, כתובות פו ע"ב (ד"ה רבי); רא"ש, כתובות, פרק ט, סימן יז; חידושי הר"ן, ב"מ צו ע"א; ניומוקי יוסף, ב"מ נה ע"ב (בדפי הרי"ף); טור, אהע"ז, סימן פ; שו"ע, אהע"ז, פ, יז; ש"ך, חו"מ, שב, ס"ק א; שו"ת פני משה, חלק א, סימן ו; קהילות יעקב, ב"ק, סימן כג; שו"ת הרד"ם, חו"מ, סימן ו (ו ע"א); אבן משה (לונץ), הדרן לסדר זרעים (ב ע"ד); פתח יצחק, ערך אשה, מס' 184; קצות החושן, קנו, ס"ק ה; שו"ת ברית יעקב, חלק א, סימן קה; חוק לישראל, ניוקין, עמ' 159. על תקנה זו עיין גזע ישי, מערכת א, אות יד; דיבורת משה, ב"ק, חלק ב, סימן פו, ענף ה; ארץ צבי (דידי), חו"מ, סימן ה (עמ' תקע).

ב. מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לט, הסביר שאין לפטור כאן מצד התקנה שפטורה מעביר חבית וניזוקה (סעיף 2(ב)), ליד ציון הערה 55), כדי שלא יימנע אדם מלהעביר חבית בעבור חברו — מפני שחשש זה אינו קיים באשה, שהיא מחויבת לעשות מלאכות עבור הבעל; ולכן הוצרך הירושלמי לתקן תקנה מיוחדת באשה.

ג. במזיד: רבנו יונה, בשיטה מקובצת, כתובות פו ע"ב (ד"ה הרי), והרא"ש שם, כותבים שאם שברה במויד את נתנה לאחר, היא חייבת. גם עטרת ישראל, תשובות, סימן ח (עמ' קטז), מחייב אם הוזקה בכוונה. גם מראה הפנים, על הירושלמי שם, כתב שהרמב"ם פטר רק בשוגגת, על ידי מלאכתה, ומחייב במזיד, כמו הרא"ש. גם בתשובות רבי אליעזר, חלק א, סימן ב, ענף ב, בהגהה שנייה, כתב שאם שברה מזיד או קרוב למזיד, חייבת. יתר על כן: חזון איש, ב"ק, סימן יא, ס"ק כא (נרדפס גם באהע"ז, סימן קלה, לדרך פו), מדייק מנימוקי יוסף שם שהיא חייבת אם נשברו הכלים מידיה בפשיעה, משום שאין זה שכחה, ואף אין צורך בתקנה לפטור בזה. ר"י סגל, "בעניין נזקים על ידי אשתו ובתה ועוזרות", נועם יז (תשכ"ז), עמ' כא, הסביר שאדרבה, אם נפטרה אשה שהוזקה לבעלה במזיד, זה יפגע בשלום הבית, שהרי זה ירגיז את הבעל.

ד. ר"י סגל שם, עמ' יט, כותב שהתקנה פוטרת רק מתשלומין, אבל האשה חייבת לשמור בפועל, שכן אילו תיקנו לפטור אותה גם מזה, היו מתרבים מקרי נזק בחפצי הבעל בלי הצדקה.

ה. בשאלה האם תקנה זו חלה גם על משרתת, ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 225.

ו. שו"ת ר"ש דוראן (תשב"ץ, חלק ד, הטרור הראשון), סימן א, כותב שבאלמנה ששברה כלים בבית, אין תקנה זו פוטרת אותה מחיובה כלפי יורשי הבעל, משום שאין לנו עניין לדאוג לשלום בית ביניהם.

ז. שו"ת לב מביין (בירדגו), חו"מ, סימן רי, כותב שהתקנה אינה חלה על חמותו (נידונו — אדם שדר בבית חמותו), אף על פי שהיא עיקר הבית וכל תשמישי הבית עליה, שהרי הטעם באשה הוא שלום בית, ואילו בחמותו, אדרבה, אסור לדור עמה (קידושין יב ע"ב).

ח. נתיבות המשפט, רצא, ס"ק כב, כתב שהמניח בסתם דברים שלו ביד בני ביתו, אינם חייבים כשומרים כלפיו, מפני שחיוב שמירה נוצר רק אם בעל הנכס אמר "שמור לי" (סעיף 1(א)), פרק א, 3 (ב). מנחת פיתים, חו"מ, רצא, כו, דוחה את דבריו, שהרי הירושלמי פטר כאן רק מטעם תקנה, משמע שמעיקר הדין האשה חייבת בשמירה. גם אבני החושן, רצא, ס"ק ז, כותב שסתם אשה היא שומרת על נכסי בעלה (ראה סעיף 1(א)), במילואים להערה 27. כמו כן, עטרת זהב, חוב' ב, דברי חזקיהו, סימן ז (עמ' כח), מביא שהריטב"א כתב שאשתו ובניו נחשבים שומרי חנינם. גם אהל תורה (קוק), עמ' רסב, מדייק מהירושלמי שיש על אשה חיוב שמירה על כלי בעלה (אלא שפטורה מטעם שלום בית), ואף על פי שלא קיבלה על עצמה חיוב, מכל מקום, כל מי שממון חברו מוחזק בידו ברשות, חייב כשומר, שלכן קונה לזמן הוא שומר חנינם, אף בלי קבלת שמירה (ראה בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 210), ואף הרמב"ם חולק רק לגבי קונה לזמן מסיבה מיוחדת (ראה בשמו שם), אבל באשה יסכים שחייבת. רח"א מילר תירץ את הקושיה על נתיבות המשפט מהירושלמי, ששם מדובר במלאכת הבית, ובוה בסתם היא שומרת חנינם, מפני שמלאכה זו היא חלק

מילואים לסעיף 1(ב)

מחובות אשה לבעלה, במיוחד לאור ההלכה שמעשה ידיה הולכים לבעלה, אבל חובת שמירה מלבד מלאכת הבית אינה כלולה בחובותיה לבעל. עוד יש לתרץ, שהתקנה הוצרכה למקרה ששברה את הכלים בפועל (בשוגג), שאילו לא התקנה הייתה חייבת מטעם מויק, ולא מטעם שומר (והירושלמי נקט לשון "שומר חנם או שומר שכר" רק לענין רמת האחריות).

ט. רז"ג גולדברג סבור, שהירושלמי מדבר באשה ששברה כלים בעת מלאכתה, לנקות או להשתמש בכלי, ואז היא כמו כל אומן שנחשב שומר בשעת מלאכתו, מפני שכל המתעסק בדבר נעשה שומר, וגם שמירת חפצי הבית מוטלת עליה, בכלל המלאכות שאשה חייבת לעשות לבעלה, שהרי הירושלמי, כתובות ה, ו, אומר שיש מלאכות קטנות שאשה חייבת לעשות אלא שלא פירטו אותן חכמים. הוא העלה ספק לגבי חפץ שבעלה קיבל ממישהו לשמור עבורו, שאפשר שאינה חייבת בשמירתו במסגרת חובתה לבעלה לעשות מלאכה; ומצד שני אפשר שחייבת בוה, כמו שהיא חייבת לטרוח בפני אורחים הסמוכים על שולחן בעלה.

י. "בעליו עמו": הראב"ד, בהשגותיו על הרמב"ם, שם, כתב שהאשה פטורה כאן משום "בעליו עמו". משנה למלך שם מקשה על הראב"ד, איך הוא פוטר מטעם "בעליו עמו", הרי מויק כש"בעליו עמו" חייב? והסביר, שמאחר שהויקה שלא בכוונה, נחשבת כשומר, שפטור כש"בעליו עמו". מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לט (ובחידושו על הרמב"ם שם), באר שרים, סימן יז, ופד"ר, כרך ג, עמ' 22, מיישבים, שהאשה אינה נחשבת מויק, משום ששכיר לעשות מלאכה אינו נחשב מויק, כיוון שהיה צריך להתעסק בנכס (עיקרון הנזכר בתוספות רבנו פרץ, ב"ק ע"א). כך מסביר גם תשובות רבי אליעזר, חלק א, סימן ב, ענף א, ומטעם זה הוא כותב שפטורה רק בשעת מלאכה, מפני שרק אז היא נחשבת שומרת, הפטורה כש"בעליו עמו", אבל בדרך כלל היא נחשבת מויקה, מפני שאין לה רשות להתעסק בכלים, ומויק כש"בעליו עמו" חייב. אך שו"ת רביד הוהב, סימן מב, אות ד"ה, כותב שלראב"ד פטורה גם שלא בשעת מלאכה, מטעם "בעליו עמו". בחידושי מחנה אפרים, על הרמב"ם, שם, כתב שפטורה מטעם "בעליו עמו" גם אם פשעה בנכס שנתן לה לשמור. בתשובות ר' אליעזר שם, ענף ב, בהגהה, כתב שלראב"ד גם שלא בשעת מלאכה פטורה, אף על פי שאז היא בגדר מויקה ולא שומרת (משום שאין אז מקום לנימוק דלעיל שהשכיר להתעסק אינו קרוי מויק). וזאת מפני שהתקנה רז"ג גולדברג הסביר את דבריו משנה למלך, שאף על פי שהפטר "בעליו עמו" הוא רק אם בעל הנכס עשה דבר שבבילו בשעת ההפקדה, ולא דווקא בשעת הנזק, וכאן לא הייתה הפקדה, מכל מקום כאן די בוה שהיו "בעליו עמו" בשעת הנזק, מפני שחייב מויק שלא בכוונה הוא משום שלא שמר, ובשעה שהויק נעשה שומר.

יא. דעות חולקות: בני אהובה, על הרמב"ם שם, כותב שהראב"ד סובר שאין הלכה כירושלמי הפוטר משום שלום בית, משום שההלכה היא שנתקל נחשב פושע, ואם כן, כשכלים נפלו מידה (אפילו בשעת מלאכתה), היא נחשבת פושעת, ואין לפטור פושעת משום שלום בית; ואילו הרמב"ם סובר שנתקל אינו נחשב פושע, ולכן אפשר לפטור כאן משום שלום בית; ואף על פי שהראב"ד פוטר משום "בעליו עמו", בני אהובה מוצא נפקות במקרה מסוים שאין לפטור משום "בעליו עמו", והראב"ד מחייב בו — עיין שם. לעומתו, יד המלך (לנדא), על הרמב"ם שם, כותב שאף הראב"ד פוטר משום שלום בית, ולא זו בלבד, אלא הוא סובר שתקנה זו פוטרת גם שלא בשעת מלאכה, בניגוד לרמב"ם הפוטר רק בשעת מלאכה מפני שהתקנה. כך כתב גם תשובות רבי אלעזר בדעת הראב"ד — ראה לעיל בסמוך.

יב. על אחריות הבעל על נכסי אשתו, ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 332.

להערה 10

א. אבן הראשה מביא ראיה שפטורה דווקא אם שברה בעת מלאכתה, שהרי הירושלמי אומר שאם תאמר שיש עליה חיוב שומר, אין שלום בית — מכאן שהיא פטורה רק מחיוב שמירה, אבל אם הויקה בפועל חייבת אף בשוגג, אלא שבשעת מלאכתה פטורה מפני שאז לא נהורה לשמור, ואין עליה חיוב שמירה (צריך להוסיף, שבשעת מלאכה אין חיוב מויק, מפני שהיא מתעסקת בהיתר — ראה במילואים להערה 12 בשם תשובות ר' אליעזר, האומר דבר קצת שונה), אבל שלא בשעת מלאכתה חייבת מטעם מויק, ש"אדם מועד לעולם", אף על פי שאין חיוב שמירה.

ב. חזון איש, ב"ק, סימן יא, ס"ק כא (נדפס גם באה"ע"ז, סימן קלה, לדרך פג), אומר שלרמב"ם חייבת גם בשעת מלאכה, אם עשתה מלאכה לצורך עצמה. אך ר"י סגל, נועם יז (תשכ"ז), עמ' כ, כותב שיש לפטור גם בוה, מפני שהיא עושה בהיתר של הבעל, ואם כן אינה בגדר מויק (שבו לא תיקנו לפטור), ואם לא נפטור אותה, זה יפגע בשלום בית.

ג. מלבדו יש יום טוב, חלק א, משפטי התנאים, סימן י (דף ע"א), מביא את התקנה לפטור, ואף על פי כן הוא מחייב כשומרת חנם אשה שיש בידה איצטלה של בעלה — כנראה, מפני שזה לא שעת מלאכה.

להערה 11

א. בני אהובה, על הרמב"ם, שם, הסביר שאם נשבר שלא מחמת מלאכה, היא בגדר מויק, ואין לפטור מויק משום שלום בית. כוונתו היא, כדברי תשובות ר' אליעזר שהבאנו במילואים להערה 9, שבשעת מלאכה, גם אם נפל מידה, אינה נחשבת מויקה כיוון שעשתה ברשות. כך אומר ר"י סגל, נועם יז (תשכ"ז), עמ' כ, שלפי בני אהובה פטורה בשעת מלאכה גם אם נשבר בידה.

ב. גם חזון איש שם נימק, שמאחר שעוסקת במלאכתה, אינה נחשבת מויקה, ובמקרה אחר היא נחשבת מויקה, והתקנה אינה פוטרת מויקה. אך הוא כותב שאם נשברו הכלים מעצמם, ולא שנפלו מידה, היא פטורה מפני התקנה (כוונתו — גם שלא בשעת מלאכתה), כיוון שאין לראותה כמויקה. אחר כך הוא מעלה אפשרות שהרמב"ם פוטר גם אם זה היה באופן שנחשבת מויקה. לעומתו, בית מאיר, על השולחן ערוך שם, כותב שחייבת אם פשעה ונגנב הנכס או אבד, מפני שבוה אין צורך לתקן לפטורה. ר"י סגל שם, עמ' כב, הסביר שלדעתו התקנה הייתה רק לפטור אם נשבר במהלך מלאכתה, וזה חלק ממה שחכמים חייבו אשה לעשות מלאכה לבעלה, וסייגו חיוב זה בכך שלא תצטרך לשלם אם מלאכה זו תגרום נזק.

ג. יגנת ורדים שם מסביר, שאם איבדה תכשיט, אין לפטור בנימוק שעלולה להימנע מלענווד תכשיטים ותתנגה על בעלה וזה יפגע בשלום בית, שהרי יכולה לענווד תכשיטים ולהיהזר שלא לאבדם, מה שאינו כן במלאכה בכלי בית, שעצם העיסוק מביא לסכנת שבידה.

ד. האם לדעה זו האשה נחשבת שומרת שכר לגבי הכלים שלא בשעת מלאכתה? בתחילת דיונו, מעלה הירושלמי אפשרות שהאשה

מילואים לסעיף 1(ב)

היא שומר שכר על כלי בעלה. מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לט, הסביר שהסברה לכך היא מפני שהיא מקבלת ממנו מזונות תמורת מעשה ידיה – מלאכתה. אבל הוא מעלה אפשרות שזה נכון רק בשעת מלאכתה, אבל במלאכה שאינה חייבת לבעל, כגון לשמור את נכסיו, מאחר שאינה מקבלת משכורת בתמורה לזה, אינה שומרת שכר. לעומתו, ר"י סגל, נועם יו (תשכ"ז), עמ' יח, כתב ששלא בשעת מלאכתה, שאז אין תקנת שלום בית לפי הרמב"ם, היא חייבת כשומרת שכר.

להערה 12

א. כמו כן, שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן ל, פוטר מכוח התקנה אשה ששרפה גדיש של בעלה בפשיעה, כיוון שלא עשתה זאת במזיד; והוכיח משם ר"י סגל, שם, עמ' כא, שלדעתו התקנה פוטרת גם שלא בשעת מלאכה. אך ר' יוסף בכ"ר יוסף, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ג, סימן יט, כותב שאף מהרי"ט פטר רק משום שבנידונו נבע הנזק ממלאכת האשה – היא הלכה להביא חיטים לבישול, וחיפשה אותם עם נר, וזה גרם לדליקה.

ב. ר"י סגל שם, עמ' כה, כתב שהאשה יכולה לומר "קים לי" כדעה שהתקנה פוטרת גם שלא בשעת מלאכה.

ג. מדברי חלקת מחוקק ובית שמואל עולה שהטעם כאן הוא משום תקנת שלום בית. אולם תשובות ר"א מנמק, שמאחר שיש לאשה רשות להתהלך בבית, אין לה דין מויק (על פי הריב"א בתוספות רבנו פרץ, ב"ק כו ע"א), ולכן היא פטורה אם שברה שלא בכוונה שלא בשעת מלאכתה, ודווקא בשעת מלאכתה היה מקום לחיובה מטעם שומר, כיוון שהיא נוטלת את הכלי לידה, ואף על פי כן היא פטורה מפני התקנה.

להערה 14

א. גינת ורדים פוטר מטעם זה יורשים קטנים של שואל, גם אם ידעו שהנכס שואל, וגם אם פשעו. ראה סעיף 5, פרק ג, 3, על זכות בעל הנכס לגבות מנכסי השומר שמת, כשבניו פשעו.

ב. ראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 48, בשם גידולי שמואל, על שואל שנעשה שוטה באמצע השמירה.

ג. התומים כותב שירוש קטן של מלווה על משכון פטור גם מהדין (שנביא בסעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 239) הנוהג במשכון רגיל, שאם אבד המשכון בדרך של גנבה ואבדה, פטור הלווה מחובו משום שרואים כאילו פירש שיאבד חובו אם יאבד המשכון. הוא מנמק, שמשמעות דין זה היא שהמלווה מקבל על עצמו דין שומר שכר לעניין זה (ראה בשמו בסעיף 1(ג), הערה 249), ואם כן בקטן שאין בו דין שומר, אין משמעות להתחייבות זו (אפשר לומר עוד, שאין לזה תוקף משום שמחילת קטן אינה מועילה). גם ערוך השלחן שם כתב שלא הפסיד את חובו.

ד. לגבי מקרה שהקטן גדל במשך ההפקדה, כתב שו"ת דבר משה (אמריליו), חלק א, אהע"ז, סימן לא (על מי ששלח סבלונות לארוסתו הקטנה), שאם גדל בין ההפקדה לנזק, הוא חייב אם יש לו ממה לשלם. אך ראה לעיל במילואים להערה 2, לעניין שומר נכרי שהתגייר, שדנו הפוסקים רק לגבי הקנס ולא אמרו שיחול חיוב שומר רגיל ככל יהודי. וראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 44 ולהערה 48, בעניין יורש קטן של שואל, שגדל.

מילואים לסעיף 1(ג)

להערה 6

א. כמו כן, לגבי המקרים של שכר שניתן לשומר תמורת דבר אחר, שנפסק שהוא שומר שכר משום שנהנה מן העסקה בכללה (הערה 63 ואילך), כתב שו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן כו, שהוא שומר שכר משום שחכמים אמרו שהוא נהנה שווה פרוטה מן ההשתכרות. כמו כן, נימוקי יוסף, ב"מ כד ע"ב (בדפי הרי"ף), כותב לגבי מי שיש לו רשות שימוש בכסף, שהוא שומר שכר (פרק ג, 5), מפני שזה כמו פרוטה. גם פרי החיים, יו"ד, סימן מ, ושו"ת שם אריה, הוספות, סימן ג, הסבירו לגבי פרוטה דרב יוסף (ליד ציון הערה 103), שחכמים אמרו שהיא שווה פרוטה, ולכן זה עומד במבחן של הש"ך. אך פרי ביכורים, על ספר המצוות לרמב"ם, עשה רמג, מקשה על הש"ך, הלא פרוטה דרב יוסף אינה שווה פרוטה ממש, שהרי אינה שכחה, אלא זו הנאה צדדית כל שהיא, ואף על פי כן די בה לעשותו שומר שכר?

ב. דעות חולקות: לב מבין, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ב, ט, מעלה אפשרות שלרמב"ם אין צריך שכר פרוטה, כמו שהוא מחייב שואל בהנאה פחותה משווה פרוטה (ראה סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 105); ומצד שני הוא מעלה אפשרות שהרמב"ם מסכים כאן, מפני שצריך שיהנה משכרו כדי להיות שומר שכר, ופחות משווה פרוטה אינו כלום.

ג. י' ספיר, "בדין התמנות שומר שכר", כתלנו ג, עמ' 48-50, סבור שיש בזה מחלוקת: הרא"ש והטור שכתבו לגבי שואל להראות (סעיף 1(ד) שם, הערה 99) שאם הנאתו שווה פרוטה, הוא שומר שכר, סוברים כש"ך שצריך פרוטה, ואילו השולחן ערוך שלא כתב כדבריהם, סובר שאין צריך פרוטה, ולכן פירש (בעל השולחן ערוך) בכסף משנה שלראב"ד מתעסק שומר שכר מפני הנאתו מזה שהוא מרוויח (ראה ליד ציון הערה 164), אף שאין להנאה זו ערך כספי. והוא כותב שזאת גם דעת ביאור הגר"א, חו"מ, סימן קפה, ס"ק ג, וסימן שג, ס"ק א, שעולה מדבריו ש"פרוטה דרב יוסף" שווה פחות מפרוטה (עיי' שם בהוכחתו לכן). הוא כותב שכן הדעת נותנת, שערך פרוטה דרב יוסף הוא פחות מפרוטה, שהרי ההפטר ממתן צדקה הוא רק כשהוא מטפל בפיקדון, ויש רק אפשרות שיבוא עני באותו זמן שהוא מטפל בו. הוא הביא ראיה לכך, שהלא אין מתקבל על הדעת שיהיה אפשר לקדש אשה בזה שילווה ממנה על משכון והיא תהנה פרוטה דרב יוסף. הוא תולה שאלה זו ב"חוקיה": האם שומר חינוס פטור בגובה ואבדה מפני שזה מחותו הדינית — שאינו חייב לשמור מזה, או שמעיקר הדין הוא חייב אלא שבעל הנכס מוחל לו מפני שעושה לו טובה לשמור בחינוס. לפי הצד השני, שומר שכר שמקבל פחות מפרוטה הוא שומר שכר, מפני שמכל מקום בעל הנכס אינו מוחל לו כיוון שאינו עושב לו טובה; ואילו לצד הראשון, מאחר שאינו מקבל הנאה חשובה, חל עליו גדר שומר חינוס.

ד. שו"ת שער אפרים, סימן קכב (ד"ה ונפלאתי), ושו"ת ר"א בן ארחא, סימן ל, נוקטים ששומר הוא שומר שכר אפילו יש לו רק הנאה מועטת. וראה גם ליד ציוני הערות 171 ו-190.

ה. ראה במילואים להערה 27, בעניין שמירה שערכה פחות מפרוטה, ובכל זאת הבטיח לו בעל הנכס פרוטה. בעניין שכר פחות משווה פרוטה עיין שו"ת מהר"י אסאד, חו"מ, סימן קצא; חמדה גנוזה — זכר מרדכי, שג, ס"ק א. ועיין בית יעקב, שג, א, הכותב שאם השומר מקבל כלי בשכרו, גם אם הוא פחות משווה פרוטה, הוא נחשב שכר, מפני חשיבותו; ושאל הנאה שווה לשומר פרוטה, הוא שומר שכר גם אם לאחרים אינה שווה פרוטה.

להערה 12

א. מאירי, ב"מ פ ע"ב, מביא מי שהוכיח מהדין ששואל, לאחר שכלו ימי שאילתו, דינו כשומר שכר (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 131), משום שנהנה בעבר בחינוס, כלומר, הנאתו בעבר מחייבת אותו עכשו כשומר שכר — מכאן שכל מי ששומר בשכר חסדים שקיבל בעבר מבעל הנכס, הוא שומר שכר. אך המאירי דוחה את הראיה, ששם נהנה בעבר באותו נכס, ועוד, ששם הוא שומר שכר בשכרו זה רק אם לא החזיר ביתניים את הנכס, כך שהחסד עדיין לא נגמר. נראה שהמאירי עוסק במקרה שלא ניתנו החסדים בפירוש כשכר על השמירה העתידית, והוא יסכים שאם השכר ניתן בפירוש כשכר על השמירה העתידית (המקרה שבפנים), הוא שומר שכר. ב. ראה גם במילואים להערה 129 בשם תוספות שאנץ, שהנאת שואל מהשימוש מחייבת את יורשיו באחריות שומר שכר — אף על פי שזו הנאה שקיבל (אחר 1) לפני שהתחילה שמירתם.

ג. אך פני יהושע, ב"מ פא ע"א (ד"ה הלווהו), כותב שמי שקיבל הנאה מחברו, ולאחר ימים רבים הפקיד אצלו משהו לשמור, אינו שומר שכר בשל כך. טעמו הוא שמאחר שעבר זמן רב, אין קשר בין השכר לשמירה. ראה בשמו במילואים להערה 278.

ד. פרחי אליהו, הדרן למסכת שבועות, מקשה, לפי הכלל שאין אדם נותן מתנה לחברו אלא אם כן היה לו בעבר נחת רוח ממנו (מגילה כו ע"ב), נאמר שכל שומר חינוס יחשב שומר שכר מפני שמן הסתם בעבר עשה לו בעל הנכס נחת רוח ולכן הסכים לשמור בעבורו בחינוס? והוא מתרץ, שאין מתחשבים בזה מפני שהיה בעבר. הוא מוצא מקבילה לזה, בדין ששואל חייב באונס, ואין אומרים ששואל יחשב שומר שכר מפני שאין כל הנאה שלו מצד שמן הסתם בעבר הוא גרם נחת רוח למשאל ולכן הסכים להשאיל לו, והסביב לכך היא, שאין מתחשבים במה שהיה בעבר (ראה בשמו בסעיף 1(ד), במילואים להערה 132), ואף בשומר שכר אין מתחשבים בעבר (הוא נוקט שעיקרון זה בשואל מלמד שהעיקרון קיים גם בשומר שכר; אך בפשטות אין צורך ללמוד כך, שהרי העובדה שהתורה דיברה על שומר חינוס, שאינו שומר שכר אף על פי שכל שומר קיבל נחת רוח מבעל הנכס, מוכיחה שזה אינו נחשב שכר). נראה שאין כוונתו לומר ששום הנאה שלפני השמירה אינו יוצרת דין שומר שכר, שהרי בפנים הוכחנו את ההיפך, אלא הוא מתכוון רק להנאה זו של נחת רוח, שלא ניתנה במפורש על השמירה (ועוד, שהיא הנאה מוסרית — ראה הערה 119). וראה בשמו במילואים להערה 56, שיש

מילואים לסעיף 1(ג)

שמתחשבים בהנאה זו. רז"ג גולדברג הציע הסבר אחר לכך שאינו שומר שכן מחמת נחת הרוח: מפני שהיא כמו מתנה שנתן בעל הנכס לשומר, כשאין הוכחה שהוא נתן אותה עבור השמירה – ראה ליד ציון הערה 60. רח"א מילר הסביר באופן אחר: דווקא בנותן מתנה לחברו יש להניח שנתן רק משום שעשה לו נחת רוח (כאמור במגילה שם), מפני שאנשים אינם נותנים מתנות סתם, אבל כאן, אין הוכחה שעשה לו בעבר נחת רוח, שהרי אדם מוכן לשמור נכס של חברו בחינם גם בלי שעשה לו נחת רוח.

להערה 13

רח"א מילר הקשה על סברת הרשב"א, מדוע בשכיר יום אין אומרים שהפרטה שקיבל בתחילת השמירה ביום הראשון תעשה אותו שומר שכן לכל הימים (וכך מוכח גם מהמקרה המתואר ליד ציון הערה 25, שאינו שומר שכן לכל הימים)? התשובה היא, ששם כל יום היא שמירה אחרת, עסקה חדשה, על פי ההסכם שעשו לתת שכר נפרד כל יום, מה שאינו כן כאן, שכל משך השמירה הוא שמירה אחת.

להערה 15

א. יש דבריו טעויות סופר ניכרות. כתוב שם: "אף על פי שאינו מקבל שכרו או היכא דמפסיד שכרו אין לו דין שומר שכר", וצריך להיות: "יש לו דין שומר שכר". ובסוף דבריו כתוב: "דשומר שכר שפסק לו שכרו והוא מפסיד אחר כך שכרו כגון שאין לו לשלם דפטור מדין שומר שכר", וצריך להיות: "דחייב", לפי דבריו שלפני כן. שו"ת מהר"י הכהן (רפפורט), חו"מ, סימן יג, מביא בשם בית יעקב שאם מאיזו סיבה לא שולם לו שכרו, הסתלק מאונסי השמירה. נראה שהוא הוטעה על ידי טעויות הסופר הללו.

ב. ראה סעיף 1(א), ליד ציון הערה 111, שאין פוטרים את השומר כאן בטענת טעות, שאילו ידע שלא יקבל שכר לא היה מסכים לשמור.

להערה 19

א. חזון איש, ב"ק, סימן ז, ס"ק יח, כתב שאף על פי ששומר שכר מפסיד את שכרו אם נגנב הנכס, הוא נחשב שומר שכר מפני שכבר נתחייב לשמור מגנבה ולהפסיד שכרו ולשלם אם ייגנב; כלומר, שלכן אין אומרים שבטל ממנו דין שומר שכר למפרע כיוון שאינו מקבל שכר.

ב. בספר אם הדרך, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ב, הביא רביה נוספת לעיקרון שבפנים, מהדעה (ליד ציון הערה 387) שמקבל מתנה על מנת להחזיר נחשב שומר שכר מפני שהוא נהנה מהשימוש, ומי שפסק כך עסק באתרוג, וזאת אף על פי שאם אבד האתרוג מחברו למפרע שלא יצא ידי חובת המצווה מפני שלא היה שלו, הרי שאף על פי שיתכן מצב שהנתן תחטט, מכל מקום נחשב שומר שכר. אך יש לדחות את ראייתו, שאפשר שמדובר שם שנהנה בהרחת האתרוג (וזה מותר – שו"ע, או"ח, תרג"א), והנאה זו נשארת לו.

ג. ערך ש"י, חו"מ, קפה, ז, הביא רביה מהדין ששומר אבדה הוא שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף. ראה בשמו במילואים להערה 181, אות ד.

ד. שו"ת פני יצחק (חריף), חו"מ, סימן א, פסק על פי עיקרון זה, שראובן שנתן חפץ לשמעון, וביקש שילווה עליו בעבורו כסף מנכרי, כמשכונן, והבטיח לשמעון שכר על זה, הוא שומר שכר על החפץ כל זמן שהוא בידו, בגלל ההנאה שאם ישיג הלוואה, יקבל שכר, ואף על פי שיש ספק האם ישיג הלוואה ויקבל שכר, הרי גם ספק שכן יוצר אחריות שומר שכר, וראיה משומר אבדה שלרב יוסף הוא שומר שכר אף על פי שפרוטה דרב יוסף הוא רק ספק (גם מעשה בצלאל, על פסקי רגנטי, סימן תקמה, הוכיח עיקרון זה מפרוטה דרב יוסף). בדבר אחריות מתוך כזה על החפץ אם נתן משכונן אחר למלווה, ראה ליד ציון הערה 302.

ה. קצות החושן מצוין מקור נוסף לעיקרון שבפנים, בטור, חו"מ, שו"ט (הובא בשו"ת עמק הלכה, בימל, חלק א, סימן ל, עמ' פח), האומר ששוחט הנוטל בשכרו כרכשתא (אבר פנימי) מן הבהמות הכשרות, נחשב שנוטל שכר, לענין חיובו אם שחט שלא כראוי ונתגבלה, אף על פי שעכשו שנתגבלה לא יקבל את הכרכשתא, מפני שמכל מקום הייתה אפשרות שירוויח (העיר רח"א מילר שההוכחה טובה רק להסבר הראשון בסמ"ע, שו"ט יד, שגם אם בסוף נמצאת טרפה, נחשב שמקבל שכר, מפני שאילו הייתה כשרה היה מקבל את הכרכשתא, ולא להסבר השני, שהכרכשתא מהכשרות משמש שכר גם לטרפות, מפני שראויים את כל השחיטות כמכלול אחד). גם ר' ברוך לייזרובסקי, שו"ת המאור וזכרון בספר, חלק א, עמ' שז, הוכיח משם ששומר הוא שומר שכר גם אם לא יקבל את שכרו אם לא ישלם את מלאכתו. יש להעיר, ששם אין מדובר בשומר שכר ממש, אלא שנחשב שמקבל שכר לענין דין בעל מלאכה שגרם נזק לנכס של אחר תוך כדי עשיית מלאכתו באותו נכס, שיש לענין זה הבדל בין שעשה בחינם לשעשה בשכר; אלא שקצות החושן נוקט שהוא חייב כדין שמירת שומר שכר. על סיבת חיובו ראה במילואים להערה 133.

ו. ראה גם ליד ציון הערה 153, שאומן שומר שכר אף לפני שהתחיל במלאכה, אף שבעל הנכס יכול לחזור בו, מפני שאפשר שלא יחזור בו. דוגמאות נוספות ראה ליד ציון הערה 106, בשם התומים, ובמילואים להערה 164, בשם דברי משה.

ז. אך תשב"ץ, חלק ב, סימן קעד, כותב לענין הדין שאומן בשכר הנותן הערכה שגויה חייב (שו"ע, חו"מ, שו"ט, ו), שמי ששאל צורך האם עפר פלוני (שהוצע לו לקנותו) הוא עפרות זהב מווקק, והבטיח לו שאם יתברר שהוא מווקק יקבל חצי הרווח, והצורך אמר לו שהוא זהב מווקק, וקנאו הלה, והתברר שטעה, אינו נחשב שמקבל שכר, משום שרק מי שמקבל שכר גם כשיש הפסד, נחשב שמקבל שכר. בפשטות, הוא חולק על דברי הטור (ואינו חולק בהכרח על האמור בפנים, מפני שהוא אינו עוסק בגדרי שומר שכר אלא בענין שהוכרנו, בעל מלאכה שהזיק; אך לפי קצות החושן שחיבר בין שני התחומים, התשב"ץ אכן חולק על האמור בפנים, לכאורה). ואכן בספר אם הדרך, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ב, מוכיח מהתשב"ץ ששומר שהבטיח לו שכר, אבל עתיד שלא לקבלו אם יינזק הנכס, אינו שומר שכר.

מילואים לסעיף 1(ג)

ח. אולם קצות החושן שם (והובא בשו"ת ברכת רצה, סימן פב, בהגהות מלחמות אריה), הסביר שאין מחלוקת: לשוחט זה יש אפשרות שיקבל שטר, אם תהיה שחיטה כשרה, ולכן מוטלת עליו שמירת שומר שטר, להיזהר שלא תתבל, ואם נתבלה, חייב לשלם; אבל לצורך זה לא הובטח שטר, רק הובטח חלק ברווח, ויש רווח רק בזהב מוזקק, נמצא שבאמת (כלפי שמיא) מעולם לא הייתה שום אפשרות שירוויח, ולכן אין מוטלת עליו אחריות שומר שטר. חרדי דעה, יו"ד, קצו, ה, דוחה את הסבר קצות החושן, שהלא לגבי שוחט משמע שהוא שומר שטר גם אם נתברר שהייתה טרפה מעצמה, והוא קילקל במשהו (כלומר, באופן שאילו הייתה שחיטה כשרה היו יכולים למכור את הטרפה לנכרי, לדוגמה, ועכשו שנתבלה אינו יכול למכור בכלל — אך המציאות אינה ברורה), ואף על פי כן הוא שומר שטר, אף על פי שהתברר למפרע שמראש לא היה מקבל את הכרשטא, ומכל מקום הוא שומר שטר מפני שאילו הייתה כשרה היה מרוויח.

ט. חרדי דעה מסביר בדרך אחרת: הטור עוסק באדם שהוא שוחט קבוע בעיר, ושכרו מן הכשרות עושה אותו שומר שטר גם על הטרפות, ואילו המקרה של התשב"ץ היה עסקה חד פעמית, ומאחר שעכשו אין לו שטר, אינו שומר שטר. הוא מקשה על התשב"ץ מהדין שסוכן מכירה הוא שומר שטר אף על פי שספק האם ירוויח; ומיישב, ששם גם אם בסוף לא הרוויח, מכל מקום מראש הייתה אפשרות שירוויח, והסיכוי הזה נחשב שטר, מה שאינו כן כאן שנודע שזה לא זהב, שמתברר שמראש כלל לא הייתה אפשרות שירוויח. נמצא שהוא מסכים לעיקרון של קצות החושן, שאם הייתה אפשרות שירוויח, הוא שומר שטר, ואם לא הייתה אפשרות שירוויח (גם אם מחוסר ידיעה חשב שיוכל להרוויח) אינו שומר שטר; והוא חולק על קצות החושן רק במקרה של שוחט.

י. שו"ת ר"ש איגר, חלק ב, כתבים, סימן לח, מסביר שאין התשב"ץ חולק על הטור, מפני שטעם התשב"ץ הוא שרק שטר שבעל הנכס נוטל מכיסו ונותנו לו, נקרא שטר, ולא שטר שיינתן מתוך רווח שיבוא, כמו בנידונו (ראה ליד ציון הערה 52, על שטר המתקבל ממי שאינו בעל הנכס); והרי את הכרשטא הוא נותן מכיסו (שהרי זה חלק מהבהמה שלו, אף על פי שיתכן שהבהמה טריפה, ואין שום ערך לכרשטא), ולכן זה נקרא שטר; ואין צורך שהשטר יהיה ודאי, כפי שמוכח מסוכן מכירה. והוא כותב, שגם במקרה של התשב"ץ, אם אמר: "אתן לך חצי ממה שארוויח", זה נחשב שטר, מפני שזה בא מכיסו, שהרי כשירוויח, הרווח יהיה בכיסו, והתשב"ץ דיבר רק במקרה שאמר: "אתן לך חצי הרווח", שאז הרווח מגיע ישירות לצורף, בלי לעבור דרך בעל הנכס, כדברי רמ"א, חו"מ, רסט, ו, שמי שהבטיח לחברו שיקנה חפץ עבור שניהם, זכה חברו בחצי החפץ כשקנאו הראשון.

יא. חוות אליעזר, סימן מט, מסביר על פי דעת התשב"ץ, מדוע אין אומרים שכל שומר בהמה הוא שומר שטר, משום האפשרות שתיגנב ויימצא הגנב והוא יקבל את הכסף תמורת טרחתו (ב"מ לג ע"ב) — משום שזה רק ספק, אך פי להעיר שלפי קצות החושן וחדרי דעה, תשב"ץ אמר את דבריו רק על נידונו, שהוא מקרה מיוחד, ואין חולק על העיקרון הכללי כאן שגם שטר מסופק הוא שטר. לפי ר"ש איגר בדת התשב"ץ, אפשר לתרץ, שאינו שומר שטר בגלל הכסף, כיוון שאין זה בא מתוך כיסו של בעל הנכס (אבל לא מפני הספק). תירוץ אחר של חוות אליעזר לקושיותיו, ראה במילואים להערה 82.

להערה 20

א. במקורות קדומים יותר נזכר שמאחר שאסור לתת שטר שבת, "אין אחריות שבת עליו": ב"מ נח ע"א; נדרים לו ע"ב; רמב"ם, הלכות שבת, ו, כה; טור, או"ח, שו; שו"ע, או"ח, שו, ד. אך לא נאמר שם בפירוש שאפילו קיבל שטר באיסור, אינו שומר שטר. ב. חכמת שלמה, חו"מ, שה, ו, כתב לגבי האומר "שמור לי היום ואשמור לך מחר" (הערה 86), שאינו שומר שטר בשבת.

ג. ב"ח על הטור שם למד מדברי הטור, שאף על פי שאסור ליטול, בעל הנכס חייב לשלם לו את שכרו, והקשה עליו, שכן התלמוד משמע ההיפך. אך שו"ת בית יעקב (ציומיר), סימן קמד, כותב שגם לפי הטור, פטור מלשלם לו את השכר.

ד. בית יעקב שם (בסוף התשובה), הסביר שהחידוש של התלמוד הוא, שאף על פי ששומר שטר רגיל שהובטח לו שטר, נשאר שומר שטר גם אם בסופו של דבר לא קיבל את שכרו (ראה בשמו ליד ציון הערה 15), מכל מקום כאן שאסור לו ליטול, אינו שומר שטר מחמת ההבטחה. לפי זה, ייתכן שבית יעקב יחלוק על פרי החיים, ויסבור שאם אכן קיבל, הוא שומר שטר. ולהיפך, לפי דברי פרי החיים, נדחית הוכחתו של בית יעקב מסוגייתו, ששומר שטר רגיל נשאר שומר שטר גם אם בסופו של דבר לא קיבל, שהרי אפשר שבאמת גם כשאין איסור, אינו שומר שטר אם לא קיבל, והחידוש כאן הוא שגם אם קיבל אינו שומר שטר.

ה. גן נעול, כפתור ד, פרח ה, כותב שבתלמוד מדובר שקיבל על עצמו לשמור כמה ימים שירצה בעל הנכס, וכל יום יוכל בעל הנכס לסלקו משמירתו, והיה מקום לומר שגם בשבת הוא שומר שטר מפני שנהנה משמירתו בשבת שעל ידי זה יתקיים הנכס, ויוכל לקבל עליו שטר שמירה אחרי שבת (וזה לא אסור משום שטר שבת מפני שאם ירצה בעל הנכס יוכל להפסיק להעסיק אותו אחרי שבת ונמצא שלא נהנה), והחידוש הוא שלא נחשב שומר שטר בשבת בגלל זה מפני שזה רק ספק הנאה, שמא בעל הנכס יפסיק את עבודתו (אך ראה ליד ציון הערה 16, שגם ספק הנאה נחשב שטר לעניין שומר שטר). ולאור זה הוא כותב שלמעשה יוכל לחזור בו כל יום (אף שהתנו רק שבעל הנכס יוכל לחזור בו), מפני שטעה טעות זו ביחס לשבת, שחשב שיקבל הנאה זו.

ו. הנאת הבחירה: שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ב, מקשה, מדוע אינו שומר שטר בשבת, נאמר שמאחר שהוא חייב בשמירה בשבת ולא כלתה שמירתו (ראה בסמוך, שיש בזה מחלוקת), יהיה שומר שטר מפני שנהנה בזה שבעל הנכס בחר בו לעבוד בשבילו ובגלל זה הוא מקבל שטר בחול (ראה ליד ציון הערה 136, על הנאת הבחירה)? ותירץ, שהנאה זו עושה אותו שומר שטר רק בזמן שהוא משתכר במלאכתו, ולכן בשבת, שאינו נוטל שטר, ושומר רק בחינם, כלתה ביום זה הנאת הבחירה. עוד תירץ על פי דברי הפרישה (הערה 145), שלשכיר יום אין הנאת הבחירה.

ז. פרי החיים כותב שבמקרה שהשטר היה על הובלה וכדומה, יש עוד סיבה לומר שאינו שומר שטר: דווקא בימות החול הוא שומר שטר, משום שחכמים העריכו שיש לו הנאה מן העובדה שהוא משתכר מן ההובלה (ראה ליד ציון הערה 73), וכאן ששכרו באיסור, ואסור לו לקבל את השטר, ודאי אינו נהנה מן ההשתכרות, שהרי אנו יודעים שיהודי אינו רוצה לחטוא, והוא רק מוכרח לעשות זאת מחמת העוני, ומכל מקום אינו נהנה מזה.

ח. ראה במילואים להערה 265, שהחתם סופר אומר שמלווה בריבית לישראל נחשב שומר שטר על המשכון מחמת הנאתו מן הריבית, וזאת אף על פי שאסור לו ליטול את הריבית, ובית הדין יוציא אותה מידו.

להערה 22

א. יד דוד, ב"מ נח ע"א (ד"ה לא), כתב שגם אם הוא שומר בעבורו בימים אחרים כשכיר יום, אינו שומר שכן בשבת, ואף על פי שמן הסתם מוסיף בעל הנכס קצת על שכן שאר הימים בגלל שמירתו בשבת, מפני שרק שוטה ישמור בחינם בשבת, מכל מקום מאחר שאין זה שכן לשבת, אינו שומר שכן בשבת. אך חקר הלכה, ערך שומרים, אות ג, כתב שאם בעל הנכס שכרו לשמור בחול ובשבת, אלא שבשבת אינו משלם לו, הוא שומר שכן בשבת מפני הנאתו, שאילו לא הסכים לשמור בשבת לא היה בעל הנכס שוכרו לימות החול. ומשמע מדבריו שמדובר גם בשכיר יום, שלא בהבלעה, שאילו בהבלעה אין בכלל איסור שכן שבת.

ב. נראה שגם אם השומר קיבל על עצמו בפירוש להתחייב בגנבה ואבדה כשומר שכן, כשהובטח לו שכן, אינו חייב בהן, מפני שקיבל זאת על עצמו בטעות, מתוך שחשב שיקבל שכן.

להערה 24

א. התנו שיוכל לחזור בו: שו"ת בית יעקב (ציוזמיר), סימן קמד (הובא במשכנות הרועים, מערכת ש, אות סג), פסק שראובן ששכר את שמעון לשמור לו נכס שמונה ימים, והתנו שאם ירצה שמעון לחזור בו בינתיים, יוכל, ויטול שכן הימים ששמר, אינו שומר שכן בשבת, ואף על פי ששכר שבת מותר בהבלעה, כאן הדין שונה, מפני שהיה תנאי שיוכל לחזור בו כשיצאה, וזה לא נחשב הבלעה. הוא כותב שכך הדין בכל פועל, כיוון שיוכל לחזור בו באמצע הזמן, גם אם לא נתפרש (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 10, בשאלה האם שומר יכול לחזור בו תוך הזמן); אלא שבדבר האבד, שאינו יכול לחזור בו (שו"ע, חו"מ, שלג, ה), נחשב הבלעה אלא אם כן התנו במפורש שיוכל לחזור בו. הוא מוסיף, שאם לא הזכירו תקופת זמן, לא יום ולא שבוע, אלא סמך השומר על אמונתו של בעל הנכס שישלם, אינו נחשב הבלעה, מפני שהימים אינם מצטרפים. כמו כן, גן נעול, כפתור ד, פרח ה, כותב שאם שכר אותו לשמור כמה ימים ונתן לשומר אפשרות לחזור בו כל יום, זה אסור משום שכן שבת מפני שנתנה מזה שהנכס מתקיים בשבת בזכות שמירתו, שעל ידי זה יוכל לקבל עליו שכן שמירה אחרי שבת אף נגד רצון של בעל הנכס. אך בספר דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 902, חלק על בית יעקב וכתב שאף על פי שיוכל לחזור בו (כל פועל, או אם התנו בפירוש), מכל מקום כל עוד לא חזר בו, נחשב שכירות אחת; ורק אם התנו בפירוש מראש שהוא עשוי לחזור בו, כל יום נחשב שכירות יום נפרד.

ב. בקבלנות: הר הכרמל שם כותב שמי שמקבל שכן על הובלה בקבלנות, הוא שומר שכן גם בשבת (מדובר בשנותן לעגלון נכרי שלו לנהוג בשבת), ואף על פי שהיה מקום לומר שהוא לוקח שכן קבלנות ממקום פלוני למקום פלוני, ואם כן אינו מקבל שכן על השבת, אין אומרים כך, אלא אומרים שקיבל על עצמו להיות שומר מפני שהוא מעוניין בקיום הנכס כדי ליטול שכן על ההובלה, והרי גם בשבת שייכת סברה זו, ולכן הוא שומר שכן מטעם הנאתו. הוא כותב שאם כבר הגיע בשבת ליעודו, אינו שומר שכן בשבת, מפני שנגמר העניין, אבל כל זמן שלא בא ליעודו, עדיין נחשב משתכר במלאכתו, בין בשעה שנוטע ובין בשעה שעומד, ואין הבדל בין שבת לחול מפני שזה קבלנות, ואף על פי שקבלנות כזאת תלויה בזמן, שמשלם בקבלנות לפי הימים שהוא שווה בדרך, ואם כן משום איסור שכן שבת אסור לו לחשב את זה כשכן על שבת אלא על שאר ימים, מכל מקום הוא נחשב משתכר במלאכתו בשבת, מפני שהעסק עוד לא נגמר.

להערה 25

א. משנת אליעזר (מישעל), סימן לה, ס"ק ו, ואולם המשפט, סימן שג, שם, מביאים ראייה שהוא שומר חינם, מהדין (סעיף 11, ליד ציון הערה 135) ששומר שכן שכלה זמנו הוא שומר חינם. דחייה לראיה זו ראה במילואים להערה 26 בשם חושן אהרן. הבחנות נוספות בין שני המקרים, לשני הכיוונים, ראה בסעיף 11 שם.

ב. אך תוספתא כפשוטה, שבת, פרק יז, הערה 60, דוחה את ההוכחה שרש"י בנדרים סובר כדעה זו — עיין שם.

ג. נימוק: מעייני הישועה (מגדרוביץ), ב"מ נו ע"ב (ד"ה הנה), מסביר ("בדוחק") את הדעה ששכיר יום הוא שומר חינם בשבת, שמאחר שידע שאחרי שבת יחזור להיות שומר שכן, קיבל על עצמו להיות שומר חינם בשבת. לאור נימוק זה הוא כותב שגם אם אין על השומר חובת החזרה אלא בעל הנכס אמור לקחת את הנכס, הוא חייב בשבת גם אם הנכס אינו בבית השומר אלא כגון שומר זרעים — שהם ברשות בעל הזרעים (שלא כחושן אהרן, במילואים להערה 26).

ד. הבחנה: גן נעול, כפתור ד, פרח ו, אות ג (יד ע"ד), כותב שהר"ן מחייב אותו בשבת כשומר חינם דווקא אם קיבל על עצמו לשמור כמה ימים שירצה בעל הנכס, על תנאי שבעל הנכס יוכל לסלקו כשיצאה, ולכן חייב בשמירה גם בשבת, אבל סתם שכיר יום פטור בשבת לגמרי.

ה. מעייני החכמה, ב"מ נו ע"ב, מהדורא קמא, אות לא, ובספרו מקצוע בתורה, טו, מ (ס"ק צז), כותב שדין השומר כאן תלוי במחלוקת (שהבאנו בסעיף 1(א), במילואים להערה 82) במי שנתן רשות לחברו להכניס נכס שלו לחצרו — לדעה שפוטרת שם מפני שלא קיבל על עצמו לשמור, אף כאן פטור, ולדעה ששם חייב, אף כאן חייב כשומר חינם, וכמו ששם למחייבים ספק האם הוא חייב בנוק שבא מבחוץ (ראה במילואים שם), כך גם כאן. גם אבן הראשה (הערה 26) כותב שלמחייבים ממכניס ברשות, אף כאן הוא שומר חינם בשבת. אפשר שהם מתכוונים לומר שדעה זו תחייב כאן רק אם הנכס ברשותו, כמו שם, ולא אם הוא ברשות בעל הנכס, וזה כהבחנת חושן אהרן, במילואים להערה 26; אך אפשר שגם אם הנכס ברשות בעליו, העובדה ששמר כבר בחול היא קבלת שמירה בשבת. על דין השומר כאן עיין נטע שורק, פרשת פנחס (קלו ע"ב, קלח ע"ב).

להערה 26

א. אבן הראשה כותב שגם אם בפועל ישמור בשבת, אין לו תורת שומר, כיוון שהוא שומר מעצמו ומרצונו.

מילואים לסעיף 1(ג)

ב. חושן אהרן, סו, מ, ובספרו בית אהרן, כ"מ נו ע"ב (ד"ה תוד"ה שומר), עושה הבחנה: אם הנכס ברשות השומר, הוא שומר חנים, מפני שבתחילת השמירה לקחו לרשותו ואינו יכול להסתלק מהשמירה עד שיחזירונו לבעליו, אבל אם הנכס נמצא ברשות בעל הנכס הוא פטור לגמרי בשבת. הוא עושה הבחנה וזה לגבי הדין ששומר שכר אחרי שכלה זמנו הוא שומר חנים (סעיף 11, הערה 135), ובכך נדחית ראיית משנת אליעזר דלעיל משם.

ג. רח"א מילר העלה אפשרות שלפי הרמב"ם המחייב פושע בקרקע או בשטר (סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 283), השומר כאן הוא שומר חנים, מפני שלפי הרמב"ם פשיעה שונה בעיני בני אדם משאר חיובי שומר, ולכן אף על פי שלא קיבל על עצמו חיוב כשומר שכר בשבת, קיבל על עצמו חיוב על פשיעה, כשומר חנים; ואילו לחולקים על הרמב"ם, כשם שאינו מקבל על עצמו כאן חיוב שומר שכר, כך אינו מקבל כל עצמו חיוב פשיעה, מפני שבני אדם מתייחסים לפשיעה ככל חיובי שומר.

ד. הפטר בשל טענת טעות: גן נעול, כפתור ד, פרוח ו, אות ג (יד ע"ד), כותב שהוא פטור לגמרי בשבת, משום שיטען: "קיבלתי על עצמי לשמור על דעת שאקבל שכר", והר"ן שמחייב אותו כשומר חנים מדבר בפועל שנשכר גם למלאכות אחרות, מלבד שמירה, והיה צריך לדעת שכמו שבשאר מלאכות לא שרר אותו בשביל שבת (שהרי אסור לעשות מלאכה בשבת), כך גם לא שרר אותו לתת לו שכר על שמירה בשבת, ולכן אינו יכול לטעון שטעה. הוא מוסיף, שאין לומר שיופטר מלשמור בשבת כמו שהוא פטור מלעשות את שאר המלאכות בשבת, שהרי הנכס בידו גם בשבת, וטעון שמירה, ומותר לשמור בשבת, ולכן הוא צריך לשמור אף על פי שהחבר לו שלא יקבל שכר.

ה. אך רז"ג גולדברג סבור שאין לפטור מחמת טעות, משום שחידושי ר' חיים הלוי, על הרמב"ם, הלכות מכירה, טו, א, כותב שכשצד אחד נמנע מלתת את הכסף שהבטיח משום שאסור לתת, אין זה נחשב טעות שהעניין מתבטל מחמתו, ולכן באונאת תחת (שישית מהממוכר), שהמוכר צריך להחזיר את ההפרש, אין אומרים שהמוכר יכול לבטל את המקח בטענה שאילו ידע שלא יקבל את המחיר הגבוה שהוסכם עליו, לא היה מוכר; ולפי דבריו, כאן אין זה נחשב קבלת שמירה בטעות, לפטור לגמרי, מפני שמה שאינו מקבל את השכר שהובטח לו, הוא מחמת איסור. עוד יש להעיר, שבסעיף 1(א), ליד ציון הערה 111, ראינו ששומר שהובטח לו שכר ולא יקבל, אינו מופטר בטענה שקיבל את השמירה בטעות, מפני שיש להניח שהיה מסכים לשמור גם אילו ידע שלא יקבל שכר.

ו. חיוב מטעם שומר אבדה: לדעת רז"ג גולדברג, אין לומר שיהיה שומר שכר בשבת מטעם שומר אבדה, משום שזו אבדה מדעת (ראה בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 265), אלא אם כן לא ידע בעל הנכס שאסור ליטול שכר שבת (או ידע שאסור, אך חשב שבכל זאת חלה חובת שמירה), ולכן סמך על השומר (וזאת לדעת שהשומר פטור לגמרי בשבת).

ז. בהקדש: בספר אולם המשפט, שג, על הש"ך, ס"ק א, כותב שבמקרה כזה בשומר הקדש, שפטור משמירה (ראה סעיף 13, פרק ב, 3), וחייב רק אם עשה קניין (ראה שם ובסעיף 14, פרק ד), בשבת הוא פטור לגמרי גם אם עשה קניין, מפני שכוח הקניין לא חל אז; והוא חייב רק בפשיעה, לפי הרמב"ם המחייב פושע בהקדש (ראה סעיף 13, ליד ציון הערה 57), ואף על פי שלא יקבל על עצמו שמירה בפירוש בשבת, יש אומדן דעת שהוא מוכן להיות שומר חנים בשבת.

להערה 27

א. אבל מנחת חינוך, מצווה נט (פה ע"ד, אות יב במה"ר מכון ירושלים), כותב (גם על חרש ושוטה) שאם השמירה שווה פרוטה (היינו, שמירה כזאת שמקובל לשלם עליה פרוטה), הקטן חייב לשלם לו, ולכן הוא שומר שכר; ורק אם השמירה שווה פחות מפרוטה, אלא שהקטן הבטיח לו פרוטה, אינו שומר שכר, מפני שההבטחה שלו אינה מחייבת אותו. רח"א מילר סבור שבמקרה זה גם אם הקטן נתן לשומר את הפרוטה בפועל, אינו שומר שכר, מפני שהוא יכול להבוע מהשומר להחזיר לו. רז"ג גולדברג סבור שגם שומר נכס של גדול פטור במקרה זה, משום שאין תוקף להתחייבות לשלם פרוטה עבור מלאכה שערכה פחות מפרוטה, כמו שכתב הר"ן על הרי"ף, קידושין ד ע"א (בדפי הרי"ף), שחפץ השווה פחות מפרוטה, אין אדם יכול לומר "בעיני הוא שווה פרוטה" (ראה במילואים להערה 128); וגם אם כבר שילם לו בעל הנכס פרוטה, זוהי מתנה ולא תמורה על השמירה (ראה ליד ציון הערה 60), ואינו שומר שכר.

ב. מקרה אחר של שכר שהובטח, וההבטחה אינה מחייבת: רז"ג גולדברג, תחומין יד, עמ' 204, כותב שאם אדם שכר שומר לשמור לו נכס של הפקר (ראה בשמו בסעיף 13, במילואים להערה 130), הוא שומר שכר אף על פי ששמן הדין אינו חייב לשלם לו את שכרו (טור, חו"מ, שלו, ג), מפני ששמן הסתם ישלם לו כדי לעמוד במהימנותו. לכאורה זה נוגד את האמור בפנים שכששמן חובה לשלם, אינו שומר שכר.

להערה 34

א. ביאור הגר"א, חו"מ, קפה, ס"ק ג, הביא ראייה לכך שיכולה לחול אחריות שומר שכר גם מהנאה הבאה לאחר התחלת השמירה, משומר אבדה, אשר הנאתו מפרוטה דרב יוסף (ראה פרק ג, 7) באה רק לאחר תחילת השמירה. לכאורה יש לדחות את הראיה, שכן שם כבר מתחילה הייתה קיימת האפשרות שהוא ינהג פרוטה זו, וזה דומה למקרה ליד ציון הערה 11, שהשכר הובטח מתחילה וניתן רק לאחר מכן, מה שאינו כן כאן, שבתחילה לא דובר כלל על שכר. רח"א מילר הסביר, שמאחר שפרוטה דרב יוסף אינה ניתנת בפירוש בעד השמירה, אלא היא באה אגב השמירה, היא שונה משכר שהובטח מראש שיינתן בעד השמירה, ודומה לשכר שהובטח באמצע. אך ראה ליד ציון הערה 85, שכל שהחזקה היא תנאי הכרחי לקבלת השכר, כגון בשומר אבדה, השומר נחשב שומר שכר מפני שהוא מעוניין בהחזקת הנכס כדי לקבל את השכר, ואת זה ניתן לומר בשומר אבדה כבר בהתחלה, כיוון שידע שהשכר אפשרי, מה שאינו כן בשכר שהובטח רק לאחר מכן. ראה גם במילואים להערה 94, על מקרה מיוחד של הנאה באמצע השמירה. על דברי הגר"א עיין בית יעקב, שג, א.

ב. על אף שבית יוסף פיקפק בדברים אלו של המרדכי, נראה שפקפקו אינו נוגע לנקודה זו, אלא לחידוש האחר של המרדכי, שאין צורך שיאמר במפורש שהשכר הוא תמורת המלאכה; ועל כך ראה במילואים להערה 56.

ג. דבר שמואל, פסחים יג ע"א, כותב ששומר שמשך את הנכס על דעת שיהיה רק שומר חנים, ובאמצע השמירה נתן לו בעל הנכס

מילואים לסעיף 1(ג)

שכר, לא נעשה שומר שכר, מפני שלא עשה קניין חדש להתחייב בחיוב הנוסף של גנבה ואבדה, ואף אם הנכס נמצא בחצרו, מקום הנכס קנוי לבעל הנכס (סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 382) ולא יועיל קניין חצר להקנותו לשומר. אך רח"א מילר העיר שלפי הדעה (סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 135), ששומר אינו צריך קניין, ויכול להפוך לשומר שכר על ידי השכר אף על פי שאינו עושה קניין. והוסיף, שלפי הדעה (שם ליד ציון הערה 137), שהקדמת שכר שקולה למעשה קניין, אף כאן יחוב כשומר שכר על ידי השכר. וראה במילואים להערה 224, שאחיעזר אומר ששומר חנם אינו יכול להפוך לשומר שכר באמצע השמירה, מפני שמקום הנכס קנוי לבעל הנכס. וראה במילואים להערה 56, על מקרה שלא ידע שהגיע אליו השכר באמצע השמירה. נראה שאף על פי שאדם אינו יכול להעשות שומר (חנם) אם הנכס כבר היה ברשותו קודם קבלת השמירה, מפני שאין הסתלקות של בעל הנכס (ראה סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 51), הרי כאן אין להתחשב בזה, מפני שהצורך בהסתלקות הוא כדי ליצור חיוב מדין ערב (כמוסבר שם), ואילו כאן נוצר החיוב על ידי מתן השכר (ראה סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 12). וראה גם בסעיף 1(ד), במילואים להערה 20, על הפיכה משומר רגיל לשואל באמצע השמירה.

להערה 37

א. כמו כן, שו"ת אפריון דוד, סימן כד, ס"ק יט, כותב שמוביל הוא שומר שכר אם מקובל שהנמען משלם לו שכר טרחה – משמע, אפילו לא הובטח בפירוש. חכמת שלמה כותב שהוא שומר שכר גם אם הוא ידיו, שיש להניח שלא היה דורש ממנו שכר, מפני שסוף כל סוף, אילו רצה היה יכול לדרוש שכר.

ב. נידונו של פני יצחק הוא במי שהשיג הלוואה עבור אחר באמצעות משכון שהלה נתן לו, והוא זכאי לקבל שכר על טרחתו גם אם לא הובטח לו שכר.

ג. ראה גם במילואים להערה 181, אות ד, בשם כנסת הגדולה, שסוכן מכירה הוא שומר שכר אם המנהג הוא שהוא מקבל שכר, גם אם הדבר לא הובטח בפירוש. כמו כן, ר"מ גלנטי, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ו (קנא ע"ג), כותב שהמנהג הוא שפאטור מקבל שכר גם על מסירת נכס לאדם אחר (וכותב שאפשר שהוא זכאי לשכר גם מדין תורה), ולכן הוא שומר שכר עליו גם אם לא הובטח שכר. אלא שר"ש לניידו, שם, סימן ז (קנט ע"ד), חלק עליו, וטען שלא היה מנהג כזה.

ד. מקרה הפוך הוא בשכר שהובטח ובעל הנכס אינו חייב לתיתו. שו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קעו, כותב שאם הבטיח בעל הנכס לשומר: "אעשה לך שרות אחר כשתרצה", אינו שומר שכר בגלל זה, מפני שהשומר אינו יכול לתבוע ממנו בבית דין לקיים את הבטחתו, משום שבעל הנכס אמר כך רק כדי לשכנעו להסכים לשמור, "פיטומי מילי", בלי הבטחת שכר מסוים.

להערה 38

אך רז"ג גולדברג סבור שכל מי ששומר חפץ של חברו בלי ידיעת חברו, יכול לתבוע ממנו שכר מדין "נהנה", וממילא נחשב שומר שכר, אלא אם כן החליט שלא לבקש שכר, או שלא קיבל על עצמו שמירה (וראה סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 36, בשאלה האם אדם יכול לקבל על עצמו שמירה על נכס של חברו באופן חד צדדי). הוא הביא ראיה ששומר זכאי לבקש שכר, מב"ב ה ע"א, לגבי מי שגדור שדה של חברו. אלא שהוא העלה אפשרות שיקבל רק הוצאות, כדין יורד לשדה חברו שלא ברשות, ואם יש הוכחה שבעל הנכס מקפיד על הנכס שיהיה שמור (כבמקרה בב"ב שם), חייב לשלם לו גם שבח; ומכל מקום, גם כשמקבל רק הוצאה, היינו שכר עבודתו, הוא נחשב שומר שכר. בעניין זה עיין שושנת יעקב, שג, ס"ק א.

להערה 39

א. בנידונו, השומר העביר תכשיטים מקום למקום, והיה רגיל ליטול שכר על הובלות, אבל רק על הובלות של דברים כבדים, ואילו על הובלת דברים קלים כגון תכשיטים לעתים לא היה נוטל שכר. הוא כותב (בדף קט ע"ג) שגם אם פעמים רבות נוטל שכר על הובלת תכשיטים, הוא שומר חנם, מפני ש"אין הולכים בממון אחר הרוב", אלא המוציא מחבורו עליו הראיה, שמא לא התכוון ליטול ממנו שכר. ראה בשמו במילואים להערה 330, בהבדלים בין נידונו לבין שותפים שלא התנו על שמירה הדדית.

ב. עין משפט שם (דף קיא ע"ג) מוכיח שכשאינו רגיל ליטול שכר, אינו שומר שכר אף על פי שיכול לדרוש שכר, לפי רמ"א, חו"מ, רסד, ד, האומר שהעושה פעולה עבור חברו יכול לדרוש שכר – שאם כן, כל שומר יהיה שומר שכר מטעם זה. הוא מנמק, שדווקא שומר שהאפשרות שלו להרוויח מונחת בנכס, כגון שומר כסף הרשאי להשתמש בו, או שומר אבדה הזכאי להיפטר על ידה ממתן צדקה, הוא שומר שכר גם בסתם מחמת האפשרות שיהנה, אבל כאן האפשרות שיהנה אינה מונחת בנכס, אלא היא תלויה בחביעה שיתבע מבעל הנכס, ולכן דווקא אם הובטח לו שכר במפורש הוא שומר שכר.

ג. עין משפט מסביר (בדף קט ע"ג), שמה שכתב שלטי הגיבורים, ב"ק לה ע"ב, בדפי הרי"ק (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, שו, הגהות הטור, אות כא), ששוחט נחשב שנוטל שכר גם אם לא הובטח לו שכר (דינו הוא לעניין מקרה שהיוק בשחיטה – ראה במילואים להערה 133), הוא אם ידוע שדרכו של השוחט ליטול שכר.

ד. ראה גם במילואים להערה 46, שגור אריה יהודה כותב שבסתם אינו שומר שכר בגלל יכולתו לתבוע, משום שלדעתו כשלא הייתה הבטחה גמורה לשלם שכר, יכול השומר לומר: "לא התכוונתי ליטול שכר".

ה. ליד ציון הערה 116 נביא שמחנה אפרים אומר שמי שעשה מלאכה בקשר לנכס, שרגילים ליטול עליה שכר, והוא לא נוטל שכר, אינו שומר שכר, מפני שלא נכנס לשמירה על דעת לקבל שכר. דעתו מתאימה יותר לעין משפט מאשר לחכמת שלמה, ותתאים לו לגמרי אם נאמר שמדובר באדם שאינו רגיל ליטול שכר על מלאכה זו.

להערה 41

א. מהרי"ק שם מביא ראיות ששתיקה כהודאה כשהדבר לזכותו (כמו כאן – שיקבל שכר), גם אם יגורם הדבר אחר כך לחובתו (כמו כאן – חיוב בגנבה ואבדה) – עיין שם.

ב. אך שו"ת קול אליהו, חלק ב, חו"מ, סימן כו, כותב שדינו של מהרי"ק אינו ברור, ודוחה את ראיות מהרי"ק, ומביא ראיה להיפך, שאין שתיקה כהודאה כשיש גם צד חובה לשותק, אלא אם כן עשה מעשה שמצביע על הסכמה – עיין שם. על דברי מהרי"ק עיין גם שו"ת קול אליהו, חלק א, חו"מ, סימן לט.

44 להערה

א. כמו כן, חידושים וברורים (גריינינג), שבועות מג ע"ב (ד"ה עיקר), כותב שצריך את הסכמת השומר (היינו, לפחות הסכמה שבשתיקה) להיות שומר שכן תמורת השכר, וזאת גם בשכר שאי אפשר להחזיר, כגון שסך אותו בעל הנכס בשמן – שאילו בשכר שאפשר להחזיר, פשוט שאם השומר מתנגד להיות שומר שכן, יחזיר אותו מיד ובכך לא יהפוך לשומר שכן.

ב. חידושי חכם סופר, כ"מ פ ע"ב (ד"ה הלווה), כותב ששומר המקבל שכר הוא שומר שכן גם אם אמר בתחילה "הנח לפני", ואין אומרים שמשמעות לשון זו היא שהוא רוצה להיות רק שומר חנינם, אלא, לשון זו משמעה קבלת שמירה (ראה סעיף 1א), ליד ציון הערה 65), ואם הוא מקבל שכר, הוא שומר שכן. גם שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן כג (מד ע"א), כותב שאם נתן לו שכן על השמירה ואמר לו "הנח לפני", הוא שומר שכן.

46 להערה

א. תורת השלמים מוכיח את מהדין ששומר כסף הרשאי להשתמש בו הוא שומר שכן משום האפשרות להרוויח מהשימוש (פרק ג, 5), ומדוע לא יטען: "לא היה בדעתי להשתמש בכסף"? אלא, שגם אם יטען כך הוא שומר שכן משום שהיה יכול ליהנות. ראה במילואים להערה 221, שהסביר ברומה את דין שומר אבדה. על דברי תורת השלמים, עיין שושנת יעקב, שג, ס"ק א; שולחנו של אברהם, חו"מ, עב, ו; ציון במשפט (לוריא), אות סא (לסימן עב).

ב. ראה דין דומה בשואל, בסעיף 1(ד), ליד ציון הערה 143.

ג. תורת השלמים כותב, שאם בעת קבלת הנכס לא היה בעל הנכס שם, ולכן לא היה יכול להודיע לו שאינו מוכן להיות שומר שכן, יוכל להתנות בפני שלשה אנשים, שהיה בית דין של הדיוטות, שאינו מוכן להיות שומר שכן, ואז יהיה רק שומר חנינם. בנידונו השומר קיבל את הנכס משליח נכרי, ולכן לא היה יכול להשאירו בידו ולהסתלק.

ד. מדבריהם משמע שאינו יכול לחזור בו מלהיות שומר שכן אף לפני שקורה הנוק, גם אם הוא אומר זאת לבעל הנכס, וכך עולה מן הנימוקים שבפנים. שו"ת מהרי"ק, שורש קנה (שהבאנו בהערה 41), עוסק בשומר ששתק בעת הבטחת השכר, ולאחר שאבד הנכס טען שלא היה בדעתו לקבל את השכר, והוא נוקט שמאחר ששתק עד אבדן הנכס, מוכח שהיה מרוצה בקבלת השכר. לאור האמור כאן, צריך לומר שאין זה דווקא אם שתק עד אבדן הנכס, אלא גם אילו הביע התנגדות לפני כן, לא היה מועיל, אלא נקט כך לרווחא דמילתא. מכל מקום ברור, שאם הוא מחזיר את הנכס לבעל הנכס, כבר אינו שומר שכן, מפני שכלתה שמירתו. אפשרות אחרת היא שיאמר לבעל הנכס שיבוא ויטלנו, ואז הוא מפסיק להיות שומר שכן – ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 150.

ה. גן עול, כתפוד ד, פרח א (ב ע"א), כותב ששומר שכן שאמר בפני עדים באמצע השמירה: "איני רוצה לקבל שכר, ואני רוצה להיפטר מגנבה ואבדה", אין זה מועיל, מפני ששומר אינו יכול לחזור בו הן הוזמן בלי דעת בעלים (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 10).

ו. אולם שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן לו, כותב שאם לא הייתה הסכמה גמורה ביניהם שישלם לו שכר, ואף לא הייתה שתיקה שהיא כהודאה, יכול לומר שלא היה בדעתו ליטול שכר, ואינו שומר שכן (הוא כותב זאת כחולק על תורת השלמים; אך תורת השלמים עוסק במקרה שהובטח שכר במפורש, שבוה גם לפי גור אריה יהודה אינו יכול לחזור בו). הוא מוכיח זאת, שאם לא כן כל שומר חנינם יהיה שומר שכן (אלא אם כן הודיע במפורש שאינו רוצה שכן) כיוון שיכול לתבוע שכן על שמירתו, לפי רמ"א, חו"מ, רסד, ד, האומר שהעושה פעולה בעבור חברו זכאי לתבוע שכן (על כך יש להשיב על פי דברי חכמת שלמה ליד ציון הערה 38, שעל שמירה אי אפשר לתבוע שכן מפני שהיא פעולה של מה בכך; או על פי עין משפט, ליד ציון הערה 39, שאין שומר נחשב שומר שכן בגלל האפשרות לתבוע שכן, אם אינו רגיל ליטול שכר על כך). הוא דוחה את הוכחת תורת השלמים משומר כסף, ששם הוא שומר שכן מפני שברגע שהכסף מגיע לידו הוא נהנה מרשות השימוש, ואחר כך אינו יכול לחזור בו, מה שאינו כן בשומר שעדיין לא קיבל שכר, שיכול לומר שהיה בדעתו שלא ליטול; וגם סוכן מכירה שהוא שומר שכן בגלל האפשרות שיקבל שכר, שונה ממקרה רגיל, מפני שבסוכן יש אומדנא שהוא עושה על דעת ההרוויח. הוא מביא ראיה לדעתו, ממה שבשומר אבדה לא אמרו שיהיה שומר שכן מצד שיכול למכרה (בתנאים מסוימים) ואז יוכל להשתמש בכסף – מפני שכל עוד לא נהנה יכול לטעון שלא התכוון ליהנות. הוא כותב שבמקרה של תורת השלמים, לא היה מקום לפרש את שתיקת השומר כהודאה והסכמה לקבל שכר, משום שלא קיבל את הנכס מבעל הנכס אלא משליח (אך ייתכן שמדובר שהבטיח לו שכר במפורש תחילה – ראה בדברינו לעיל); ועוד, שלא היה יכול לטוב לשמור שהרי השליח היה נכרי, ואילו לא נטל ממנו, היה הנכרי עלול ליטול לעצמו; ואין לומר שבעת קבלת הנכס היה צריך להתנות בפני בית דין שאינו רוצה להיות שומר שכן, מפני שאין זו חובה המוטלת עליו, אלא הוא נאמן לומר שמראש לא התכוון לקבל שכר. ראה בשמו בסעיף 1(ד), במילואים להערה 11, דבר דומה לעניין שואל.

ז. שו"ת מהרי"ט, סימן יב, כותב שהשולח נכס לפאטור (ראה פרק ג, 6), וכתב לו שיתן לו שכר, והפאטור טוען שהתכוון לטפל בנכס בחנינם, הוא שומר חנינם (ועליו לקבל חרם סתם, שהוא אומר אמת). במקרה זה אין לומר "שתיקה כהודאה", שהרי לא הבטיח לו בעל הנכס את השכר בנוכחותו; וזה כדעת גור אריה יהודה, שאילו לפי תורת השלמים היה צריך להתנות בפני בית דין של הדיוטות שאינו רוצה שכן.

ח. בשו"ת פני יצחק (חריף), חו"מ, סימן א, נזכרת טענת השומר שלא התכוון ליטול את השכר שהובטח לו; אך המשיב לא דן בטענה זו מפני שלא הייתה לה נפקות – עיין שם.

48 להערה

הר הכרמל שם כותב, שמאחר שזה הטעם, בנידונו השומר היה יכול לחזור בו ולהפוך לשומר חנינם, מפני שלא היה מקום לנימוק זה. בנידונו, ראובן ביקש מלוי ללכת להביא לו נכס שלו שבידי שמעון, ויתן לו שכר על זה (והוא שומר שכן עקב שכר זה, לפי

מילואים לסעיף 1(ג)

האמור ליד ציון הערה 70; ולשמעון כתב, שיתן את הנכס ללוי או ליהודה (שהלך עם לוי). אך אילו נטלו יהודה, לא היה שומר שכן, שהרי לא הובטח לו שכן, ובכך גילה ראובן את דעתו שהוא מוכן שהנכס יישמר שמירת שומר חנים; ועוד, שבבחילה רצה ראובן שלוי יביא לו בחנים, ורק אחר כך הבטיח לו שכן, וזה מראה שהוא אינו מקפיד על שמירת שומר שכן, ולכן לוי יכול להתחרט באמצע ולומר שבעתו להביא לו בחנים, ויהיה שומר חנים. הוא כותב שגם אם קיבל על עצמו בפירוש אחריות שומר שכן, יכול לחזור בו, אלא שאז צריך לחזור בו בפני עדים, שאם לא כן לא נאמן לו. אך נראה שלפי הנימוק הראשון של תורת השלמים, גם במקרה של הר הכרמל הוא שומר שכן, שהרי סוף כל סוף הייתה לו אפשרות לקבל שכן.

להערה 52

א. ראיות: אמרי בינה מביא ראייה מזה ששומר שנהנה פרוטה דרב יוסף (ראה ליד ציון הערה 103) נחשב שומר שכן אף על פי שאינו מקבל הנאה זו מבעל הנכס. הוא מסתמך על תוספות, כתובות נו ע"ב (ד"ה הרי), שאמרו שחייב שומר שכן בגנבה ואבדה הוא משום שהתורה אמרה שהוא מוכן לקבל על עצמו אחריות זו תמורת השכן, ואין סיבה שיהיה אכפת לשומר ממי שהוא מקבל שכן. גם י' ספיר, כחלנו ג, עמ' 47, מוכיח כך מדין פרוטה דרב יוסף (ראה בשמו במילואים להערה 162). כמו כן, רי"מ מרגליות, "פרוטה דרב יוסף בשומר שכן ובמורד הנאה", הפרדס, שנה יז, חוב' ה, עמ' 22, כותב בשם ר"ש בלקין שפרוטה דרב יוסף אינה באה מבעל הנכס, ומכל מקום נעשה שומר שכן מפני שלא משנה ממי הוא מקבל שכן. אך ראה במילואים להערה 103, שיש אומרים שפרוטה דרב יוסף נחשבת שבאה מבעל הנכס.

ב. נראה שזאת גם כוונת רבי הוהב, פרשת משפטים (ד"ה וכל בהמה), המוכיח מדין שומר אבדה שכל שקיבל הנאה (כלומר, גם אם לא קיבל אותה מבעל הנכס) הוא שומר שכן.

ג. ראה גם סעיף 7, ליד ציון הערה 401, ששומר חנים שמסר לשומר שכן, שומר השכן חייב בגנבה ובאבדה כלפי בעל הנכס אף על פי שהוא מקבל שכן משומר החנים, שאינו בעל הנכס. ואף על פי שנביא במילואים שם שיש אומרים שבמקרה זה חייב בעל הנכס לשלם לשומר החנים מה ששילם לשומר השכן, אפשר לומר שזה חייב נפרד, אבל גם לא ישלם, ושומר השכן נשאר שומר שכן. ד. שו"ת בית שער (בלום), יו"ד, סימן שסו, מביא ראייה מהדעה (ראה במילואים להערה 118) ששומר שמקיים מצווה על ידי הנכס הוא שומר שכן מפני שכן המצווה, אף על פי שאינו מקבל שכן זה מבעל הנכס אלא מה'; מכאן שגם אם אדם אחר נותן שכן לשומר, הוא נעשה שומר שכן. הוא מנמק שזה מדין "עבד כנעני" – העיקרון שראובן המשלם לשמעון עבור לוי, וראים כאילו לוי שילם (קידושין ז ע"א).

ה. פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (קטו ע"ג), כותב שאם שמעון, בעל הנכס, ביקש מראובן לקחת נכס עמו בספינה בספינה, ולא נתן לראובן שכן על ההעברה בספינה, הוא שומר שכן אם בעל הספינה השכיר אותה לראובן כדבר מועט כדי שירוויח בה, וזאת משום שראובן נהנה מהאפשרות להרוויח בספינה; הרי שהוא שומר שכן אף על פי שקיבל שכן מאדם אחר, שאינו בעל הנכס. הוא נוקט כאילו שו"ת מהרי"ט, סימן קפד, עוסק במקרה כזה; ואין זה מובן, שהרי בשאלה שם נזכר ששמעון נתן שכן לראובן.

ו. דעות חולקות: כנסת הגדולה, חו"מ, שג, הגהות הטור, אות ד (הובא בשו"ת חסד לאברהם, אלקלעי, חו"מ, סימן יג, דף צו ע"א), כתב שאם אדם אחר נותן שכן לשומר, ולא בעל הנכס, אינו שומר שכן; והסביר שזאת כוונת שו"ת מהר"ם מינץ, סימן קז, שכתב לעניין סוכן מכירה, שגם אם הקונה משלם לו שכן על תיווכו אינו שומר שכן מפני ש"זה נהנה וזה לא חסר" – כלומר, בעל הנכס לא נחסר. אך הוא מעיר, שמנימוקו האחר של מהר"ם מינץ שם, שאינו שומר שכן מפני שלא ברור האם הקונה יתן לו שכן (ראה במילואים להערה 181), עולה שאם אמנם יתן הקונה שכן, הסוכן שומר שכן; ונימוק כנסת הגדולה, מפני שסוף כל סוף, באה לו הנאה זו על ידי בעל הנכס. נראה שכונתו היא, שאילו בעל הנכס הפקיד אצלו את הנכס, לא היה האדם האחר נותן את השכן לשומר. ז. שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ב, כותב שאין לחייב שומר הקדש כשומר שכן מטעם ההנאה שגובר ההקדש בהרוב למלאכה זו (ראה ליד ציון הערה 136), מפני שהנאה זו באה לו מהגובר ששכן אותו, ואין לחייבו לשלם להקדש בגלל זה. הרי שלדעתו שכן שמקבל שומר מאדם אחר אינו עושה אותו לשומר שכן (אלא שהוא דוחה את דבריו, מפני שבאמת חייב שומר הקדש הוא כלפי הגובר – עיין שם).

ח. צפנת פענח, ב"ק נו ע"א, מסביר שאין אומרים שמוצא בהמה יהיה שומר שכן משום שהגללים שלו (ב"מ כו ע"א), גם לדעה (ליד ציון הערה 222) שאינו שומר שכן מפני פרוטה דרב יוסף – מפני שמאחר שהבהמה אבודה מבעליה, אין לבעל הבהמה קניין בגללים (נראה שזה שלא כרש"י, ב"מ כו ע"א, ד"ה אפקורי, שסובר שיש לו קניין בהם, והוא מקנה אותם לשומר תמורת טרחותו). כלומר, משום שאינו מקבל שכן מבעל הנכס אלא ממקור אחר. הרי שלדעתו השכן צריך לבוא דווקא מבעל הנכס (אך ייתכן שכונתו היא, שאינו שומר שכן, מפני שגם אילו לא שמר על הבהמה היה יכול ליטול את הגללים כיוון שהם הפקר). נימוק אחר לכך שאינו שומר שכן מסיבה זו, מעלה צפנת פענח, על הרמב"ם, הלכות תרומות, ב, י (עמ' 79) – משום שזה בא אליו ממילא (ראה בשמו במילואים להערה 135; אך ייתכן שגם שם הוא מתכוון לנמק, שגם אילו לא היה שומר, היה יכול ליטולם, כאמור). על קושייה זו עיין אגודת אוזב, סוגיא דסימנים, אות ג, ודבר אברהם, חלק ב, סימן לג, אות א.

ט. אמת ליעקב, נויקין, חלק א, עמ' רלט, תולה שאלה זו ב"חקירה", מה טעם ההבדל בין שומר חנים לשומר שכן לעניין רמת האחריות המוטלת עליהם (ראה בשמו גם במילואים להערה 124). הסבר אחד הוא, שמן הדין די ששומר ישמור רק מרוח מצויה (לדוגמה), ומכל מקום שומר שכן צריך לשמור אף מרוח שאינה מצויה מפני שהתורה אומרת את דעת בעל הנכס שהוא נותן שכן במטרה שהשומר יקבל על עצמו חיוב חמור יותר (על פי תוספות, כתובות שם); ונימוק זה אינו קיים כשמקבל שכן מאחר ולא מבעל הנכס, מפני שאז אין הצדקה שבעל הנכס ידרוש ממנו שמירה חמורה יותר, שהרי הוא לא חסר כלום. ההסבר השני הוא שמן הדין שומר חייב לשמור מכל דבר (ופטור רק באונס), ומכל מקום שומר חנים פטור ברוח שאינה מצויה מפני שיש לאמוד דעתו שמאחר שעושה בחינם אינו מוכן לשמור אלא מרוח מצויה; לפי הסבר זה, גם שומר המקבל שכן מאדם אחר, יהיה מוכן לשמור אף מרוח שאינה מצויה, כשומר שכן, כדן היטודי. וראה בשמו במילואים להערה 220, שהלכה כצד הראשון בחקירה.

י. ראה על כך גם במילואים להערה 19 בשם ר"ש איגר, במילואים להערה 70 בשם אפריון דוד, והערה 270 בשם התומים.

להערה 56

א. דעות חולקות: בית יוסף שם כותב "צריך להתיישב בדבר" (וצוין בש"ך, חו"מ, קפה, ס"ק ב, ובשו"ת שער אפרים, סימן קכב,

מילואים לסעיף 1(ג)

ד"ה ונפלאתי). שו"ת באר מרדכי (פרהנד), סימן ה, וזכרנו לחיים, חלק א, חו"מ, ערך שומר, אות א (קה ע"א), מסבירים שבית יוסף מתכוון לומר שמאחר שבעל הנכס לא אמר במפורש אם זה שוכר על שמירתו או על מלאכתו, אפשר שאינו שומר שוכר. גם ערך לחם, חו"מ, שג, א, תמה על מרדכי, הלא לא נתן לו שוכר בשביל השליחות, אלא כמתנה, והשומר לא העלה על דעתו לקבל על עצמו אחריות שומר שוכר.

ב. שו"ת לב שלמה, סימן פא, מדייק מדברי בית יוסף "צריך להתיישב בדבר", מכאן שהוא חולק על המרדכי. כמו כן, פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (קטו ע"ג), מדייק ממה שהבית יוסף השמיט את דברי מרדכי (בשולחן ערוך), מכאן שחולק עליו וסובר שאינו שומר שוכר. אך שו"ת משאת משה (ישראל), השניות, חו"מ, סימן לד (ק"ב ע"א), כתב שבית יוסף אינו חולק על המרדכי. בשאלה האם המתנה נחשבת שוכר, עיין בית יעקב, סימן קפה, א, וסימן שג, א.

ג. באר מרדכי שם כותב שהרמ"א סובר שהריטב"א הפטר נפקד שאמר לבעל הנכס "הרי ביתי לפניך" אפילו קיבל שוכר, מפני שמפרשים שהתכוון לתת את השוכר על השימוש במקום ולא על השמירה (ראה סעיף 1(א), הערה 76), חולק על המרדכי כאן, וסובר שיש לפרש שהתכוון למתנה סתם ולא לשוכר שמירה, ולכן הביא את דברי המרדכי כ"ש אומרים", ולא הביא את דין הריטב"א. אך באר מרדכי עצמו מעלה אפשרות שהריטב"א מסכים שכאן הוא שומר שוכר, מפני שקיבל את השוכר בשתיקה, ואין הוכחה שאינו רוצה לשמור, מה שאינו כן שם, שנקט לשון שמשמעותה היא הסתלקות משמירה. וראה במילואים להערה 81.

ד. יש לציין שבמקורות שם מדובר במי שמוביל את הנכס למקום אחר בעבור בעל הנכס, ומכל מקום אין אומרים שהשוכר הוא על ההובלה ולא על השמירה, אלא השוכר הוא גם על השמירה — ראה ליד ציון הערה 70. מנגד יש לציין שחכמת שלמה, חו"מ, קפה, א, כותב (מפני סיבה צדדית — עיין שם) שהפוסקים עוסקים במוביל שאחראי רק בשמירה ואינו עושה פעולה אחרת.

ה. נימוק מיוחד לאמור בפנים: פרחי אליהו, הדרך למסכת שבועות, מסביר שהרמ"א פסק כמרדכי, מפני שבעצם כל שומר חינם היה צריך להיות שומר שוכר מפני שמן הסתם עשה לו בעל הנכס בעבר נחת רוח, שאם לא כן לא היה מסכים לשמור לו בחינם, אלא שהתורה גורה שלא להחשיב הנאה זו, מפני שהיא ניתנה לפני השמירה (ראה בשמו במילואים להערה 12), וכאן ששלח לו מתנה במשך זמן השמירה, נחת הרוח שיש לו בזמן השמירה נחשבת לו שוכר. רח"א מילר הסביר שכונתו היא, שגם אם נאמר שזוהי מתנה ולא שוכר על השמירה, הרי בנתינת המתנה גרם נחת רוח לשומר, וזה קורה עכשו, בשעת השמירה; ולדעת פרחי אליהו, מאחר שהשומר שומר בתמורה לנחת הרוח, הוא שומר שוכר גם אם הנותן לא התכוון שזה יהיה שוכר על השמירה (וחולק על הט"ז האומר שאינו שומר שוכר אם זה ניתן כמתנה).

ו. לא ידע השומר על המתנה: שו"ת באר חיים מרדכי, חלק ב, סימן עב, כותב שמדובר דווקא שידע השומר שהמתנה נשלחה, ושתיק, וזה מראה שנוח לו, אבל אם לא ידע, כגון שהיה בדרך, אינו שומר שוכר, מפני שהוא יכול לטעון: "אילו ידעתי, לא הייתי מקבל, כדי שלא תהיה עלי אחריות שומר שוכר, אלא אם כן היית אומר לי שאשאר שומר חינם גם אחרי קבלת המתנה; או, הייתי מסרב לקבלה, משום 'שונא מתנות יחיה' (משלי טו, כו)".

ז. אך נחלת בנימין, מצווה סא, כותב שהוא שומר שוכר אפילו לא ידע השומר שהמתנה נשלחה לביתו אחרי שיצא. לכאורה קשה, אם לא ידע, במה קיבל על עצמו שמירת שומר שוכר? רח"א מילר הסביר זאת על פי פרחי אליהו שם — בעצם כל שומר שומר תמורת נחת הרוח, אלא שנחת הרוח שלפני השמירה אינה נחשבת שוכר, ואילו כאן שיש נחת רוח בשעת השמירה, אלא שהשומר לא ידע עליה, זה מצטרף לנכונותו התמידית לשמור תמורת נחת רוח. אך הוא העיר שכאן יש חיסרון נוסף: שלא עשה קניין חדש להיות שומר שוכר; ואף על פי שבמילואים להערה 34 אמרנו שהשוכר משמש במקום קניין, הרי כאן שלא ידע על השוכר, אינו יכול להועיל, שהרי קניין צריך את דעת המתחייב.

להערה 60

א. שו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן לד (ק"ב ע"א), כתב שאף על פי שאינו מקבל מתנה זו תמורת הולכת הנכס, שהרי מראה הוא נכנס לעניין שלא על מנת לקבל שוכר, וזה רק מתנה משום קירוב דעת, מכל מקום הוא שומר שוכר מפני שיש לו הנאה מזה, איוו שתהיה. משמע שהוא חולק על הט"ז; אך הוא אינו מוכיר את הט"ז. רח"א מילר הסביר שמשאת משה סובר שברור שהמתנה ניתנה עבור השמירה, והבעיה היא רק שהשומר לא נכנס לעניין על דעת זה.

ב. שו"ת באר חיים מרדכי, חלק ב, סימן עב, נוקט שהוא שומר שוכר רק אם יש הוכחה שהמתנה נשלחה בעבור השליחות-השמירה.

ג. שו"ת לב שלמה, סימן פא, כותב שאם נתן לו דבר שדרוך בני אדם להשאילו זה לזה, לכל הדעות אינו שומר שוכר, מפני שיש להניח שלא התכוון לתת לו כשוכר שמירה, אלא בהשאלה. אך ראה ליד ציון הערה 94 שמתן רשות השימוש נחשב שוכר.

ד. פרוץ' נ' רקובר סבור שאם החוזר השומר לבעל הנכס את הארגו שבו היה הנכס, ונתן לו בעל הנכס מתנה על השמירה, ואחר כך התברר שהארגו היה ריק, והנכס נשאר בבית השומר, לכל הדעות אינו נעשה שומר שוכר אחרי החזרת הארגו בגלל המתנה, גם אם בעל הנכס אינו רגיל לתת לו מתנות, מפני שברור שלא התכוון שזה יהיה שוכר על השמירה אחרי החזרת הארגו, שהרי חשב שלא יצטרך לשמור אחר כך. כל זה בהנחה שהוא ממשך להיות חייב בשמירה; ראה סעיף 11, במילואים להערה 147, שאפשר שהוא פטור לגמרי משמירה.

להערה 62

א. כמו כן, שו"ת ישכיל עבדי, חלק ז, יו"ד, סימן יא, עוסק בשוכר בית שקיבל על עצמו שמירת החפצים שבתוכו, ומשמע מדבריו (באות ז) שהוא רק שומר חינם על החפצים, אף על פי שבתור שוכר הוא שומר שוכר על הבית.

ב. ההשלמה עוסק במלווה על משכון (שהוא שומר שוכר), שבעת ההלוואה היו אצלו נכסים אחרים של הלווה, בשמירתו.

ג. ר"ש לניידו עוסק ב"פאטור" המקבל שוכר למכור סחורות של אחר (ראה פרק ג, 6, שהוא שומר שוכר), ונתן לו הלה סחורה אחרת, וביקש ממנו למסרה לאדם שלישי, בלי לתת לו שוכר על כך. הוא כותב עוד, כדבר פשוט, שאפילו מי שהוא אומן קבוע שלו, כמו חיטו הקבוע, או ספר או אריס, אם מפקיד אצלו משהו, אינו שומר שוכר גם אם זה נכס שהוא מעין אותה אומנות.

מילואים לסעיף 1(ג)

ד. דעה חולקת: ר"מ גלנטי, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ו (קנא ע"ג), כותב על אותו מקרה, שהוא שומר שכר גם על הנכס האחר, שמתוך הנאתו מן השכר שהוא מקבל על נכס זה, נעשה שומר שכר לכל עסקיו.
ה. יש גם אפשרות שאדם יהיה שומר שכר על חלק מנכס, ושומר חנים על חלקו האחר: ראה ליד ציון הערה 264, לעניין הנאת החוקה כעובון. וראה גם במילואים להערה 220 בשם חקר הלכה.

להערה 64

א. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, סימן כג (הובא בשו"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סימן קיד, הגהה ב), פסק שמי שהוא שכיר אצל בעל הבית לשנה לכל שרות שיצטרך, ובעל הבית שלח איתו כסף למישהו, הוא שומר שכר אף על פי שלא נהנה עכשו משכירות מיוחדת על ההובלה, מפני שהוא שכיר שנה לכל מה שיצטרך.
ב. עטרת זהב, חוב' ב, דברי חזקיהו, סימן ז (עמ' כח), הביא ראייה שמשרת שומר שכר, מהדין שאומן שומר שכר. רח"א מילר דחה את הראיה, שבאומן, החזקת הנכס היא תנאי לקבלתו את השכר, ולכן זה נחשב שכר על השמירה, אבל משרת היה מקבל את שכרו גם אילו לא היה הנכס ברשותו, שכן הוא מקבל שכר על שרותו באופן כללי; וטעם הדעה הסוברת שהוא שומר שכר הוא, שבכל זאת יש להעריך שהצדדים התכוונו שהשכר יהיה על השמירה. ראה עיקרון זה בשמו ליד ציון הערה 85.
ג. חוות יאיר נוקט שמשרתת היא שומרת שכר לעניין גנבת כלי הבית או שבירת כלי על ידי תקלה.
ד. ערוך השלחן שם כותב שמנהג בעלי בית ישרים שלא לחייב את המשרת על נזקים קטנים אלא אם כן פשע במפורש כמזיד ממש.
ה. כסף הקדשים, שג, א (נדפס ליד סימן שא), מסופק האם משרת דינו כשומר חנים או כשומר שכר. על משרת עיין גם בית יעקב, שט, ד; דיני עבודה במשפט העברי (מהדר' תשכ"ט), עמ' 880-884.

להערה 65

א. מדבריו יוצא שבכלל אינו חייב בשמירה על שאר חפצי הבית, אף לא כשומר חנים.
ב. דברי מלכיאל כותב בדומה, בחלק ג, סימן קעב (גם בדעת קצות החושן), שבשעה שנצטווה המשרת לעסוק בשמירת חפץ מסוים, הוא שומר שכר, מפני שנוטל שכר על מלאכתו, ומלאכתו עכשו היא לשמור דבר זה, אבל כשעושה מלאכות אחרות, אינו שומר שכר על הכלים שבית. בחלק ה, סימן רטו, הוא מתייחס רק לסוג אחד של משרת, וכותב שאם ציווה בעל הבית על המשרת לשמור משהו, הוא שומר שכר, שהרי שכר אותו ישירות אותו בכל אשר יצווה, ואין צורך שישכור אותו בפירוש לשמור, וגם אם לא ציווהו בפירוש לשמור, אלא מסר לידו משהו לעסוק בו, הוא שומר שכר, משום שרואים כאילו שכרו מראש שיעשה את מלאכתו, וישמור על הנכסים שהוא עוסק בהם. הוא מוסיף שאין לפטור בנימוק שבעל הנכס לא הסתלק משמירה (כמו באומן) — ראה ליד ציון הערה 147, מפני שמשרתת הוא קבוע בבית בעל הנכס, ודרך בעל הבית להניח את הכל ביד המשרת, לעשות את מלאכתו לבד, ואין איש עמו לשמור.
ג. עיין גם שו"ת מהר"ם מינץ, סימן כז, שכתב שמשרת שנשכר לשאת ולתת בבית כשבעל הבית אינו נמצא, אינו חייב בשמירה, מפני שהוא נשכר רק למלאכה. גם טבעת החושן, רצא, על קצות החושן, ס"ק ו, כותב שמשרתת הוא שומר שכר רק אם השמירה היא חלק מהשרות.
ד. אך בית יעקב, רצא, כא, מקשה על דברי מלכיאל, שמחנה אפרים כתב בשם מהרש"ך שאפילו נתן בידו לשמור הוא שומר חנים.
ה. הבחנות אחרות: ר"נ גולדברג סבור, שאם הוא מקבל שכר על השרות שהוא עושה לחפץ (כמו אומן), נעשה שומר שכר עליו, מפני שחפץ זה הוא גם לצורך עצמו, להרוויח בעבודתו; אבל חפץ שאינו מכלל מה שהמשרת צריך לעשות, הוא רק שומר חנים עליו.
ו. שו"ת באר מרדכי (פרהנד), סימן ה, כותב שמה שמהר"ש צרור אומר ששכיר שנה לכל מיני שרות הוא שומר שכר, הוא אם בעל הבית שלח אותו לדבר השייך למלאכתו, כגון שלח אותו לתת כסף לפלוני, ואבד הכסף — בזה הוא שומר שכר, מפני שזה שייך לשרות; ואילו מחנה אפרים האומר שמשרת שומר חנים מדבר במקרה שנתן לו כסף לשמור, באופן שאינו שייך למלאכתו.
ז. שמחת עולם, רצא, כג, אומר שמה שכתב מהר"ם אלשיך שמשרת הוא שומר שכר, הוא במשרת בעסקי החנות והסחורות, ומה שמשמע ממהרש"ך שמשרתת הוא שומר חנים, הוא במשרת בעסקי הבית.
ח. חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מב ע"א, כותב שמשרתת הוא שומר שכר במלאכתו, אבל אינו שומר שכר על נכס שהופקד אצל מעסיקו, מפני שאינו חייב בכלל כשומר על נכס זה. חידושי הרמב"ן, שם, כותב בסתם שהמשרתת אינו שומר שכר על נכס כזה. אך אפשר שהם מסכימים שהמשרתת חייב בשמירת נכסי המעסיק, והוא אף שומר שכר עליהם.
ט. שו"ת מאמר מרדכי (הלברשטט), סימן צב, מעלה ספק האם משרתת היא שומרת לגבי כספי צדקה שבעל הבית מפקיד אצלה, שמה היא שומרת שכר רק על נכסי בעל הבית.

להערה 66

א. ר"ש משאש, בשו"ת דברי שלום (משאש), חו"מ, סימן מה (צה ע"ב), מנמק דעה זו, שדווקא אומן שומר שכר, מפני שהנכס בידו מעת קבלתו עד שעת חזרתו לבעליו, והוא שומר שכר מפני שהוא משתכר מכותו ומחזיקו כביטחון, אבל שמש — עיקר תפקידו לפקח על ענייני בית הכנסת, וגם אם הולך או הביא נכס כלשהו למקומו מפני שהקהל ביקש ממנו, לא נסרך הדבר הזה לגביו, ומיד כשהניחו במקומו כפי שהתבקש, כלתה שמירת שומר שכר שעליו, מפני שבדרך כלל אינו תופס את הכלי עבור שכרו, ואין לו עניין שהנכס יהיה מונח אצלו, מפני שנטילת שכרו אינה תלויה בנטילת הכלי אלא נטילת שכרו היא לזמן שקבע הקהל, בין אם הוא תפוס או לא (והוא חוזר על זה בסימן ג); ולכן פטור גם אם נגנב מביתו, וכל שכן אם נגנב מבית אחרים או מבית הכנסת, אבל הוא שומר שכר כשזה בידו. הוא מעלה אפשרות (בדף צה ע"ג) שכנסת הגדולה מדבר באופן שידוע לאנשי הקהל היכן מניח השמש את החפצים, כגון שאמרו לו היכן להניח — בבית הכנסת, או בבית הטמון, או בתוך תיבה סגורה במפתח בבית השמש, ולכן פטור כאילו התנה, אבל באמת הוא שומר שכר. ר' משה בירדוגו, שם סימן מט, נימק שמשמ אינו שומר שכר, מפני ששכר שמש הוא על השתדלותו

מילואים לסעיף 1(ג)

לצאת ולבוא, ואינו קשור לנכס, והוא שונה מסוכן מכירה ואומן שהם שומרי שטר מפני שמשתכרים בנכס עצמו שהם שומרים – האומן מעשיית הנכס, והסוכן ממכירת הנכס; ואף על פי שחפצי בית הכנסת הם לצורך הדבר שהשמש משתכר ממנו, מכל מקום אינו שומר שטר עליהם בגלל זה, מפני ששמירת החפצים והשתדלותו הם דברים נפרדים, וזה כמו מפקיד חפץ אצל שומר, ושכרו לעשות לו מלאכה – שאינו שומר שטר (ראה ליד ציון הערה 61). אך ר"ש משאש, שם סימן נ, דוחה הסבר זה, שהשמירה והמלאכה הן דברים נפרדים (שלפי זה אינו שומר שטר גם כשהנכס בידו) – שאינם דברים נפרדים, שהרי השמש צריך להסכים להולכת הכלי ולהבאתו, בשכר השימוש שעושה בו, ואם לא ירצה לעשות כך, לא יקבלוהו כשמש ויפסיד את הנאתו, מה שאינו כן בעל נכס השוכר את השומר לעבודה אחרת, שבכלל אין קשר בין השניים, שהרי גם אם לא יסכים לשמור, בכל זאת ישכור אותו בעל הנכס למלאכתו. ב. רחמים לחיים, על שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסו, לומד מדברי הרדב"ז, שמלמד אינו שומר שטר על ספרי הילד שבביתו, מפני שהשכר על ההוראה אינו נחשב גם שטר על השמירה. אך אין כוונתו לומר שהוא שומר חינוך, אלא הוא פטור לגמרי, כדברי שו"ת הרשב"א שם (שהבאנו בסעיף 1(א)), הערה 98 והערה 105). כמו כן, שו"ת השמיים החדשים, חו"מ, סימן רלח, כותב שהמלמד אינו שומר שטר על בגדי הילד מפני שהשכר הוא על ההוראה ולא על שמירת בגדי הילד; וגם הוא מתכוון לומר שאינו חייב בשמירה כלל, כפי שהבאנו בשמו שם. וראה במילואים להערה 100, בשאלה האם הוא שומר שטר על הספר מצד שמחזיקו כביטחון לשכרו. ג. עיין גם אור עזרא, קובץ א, סימן א, שפסק ששמש אינו שומר שטר. על שמש עיין גם דיני עבודה במשפט העברי (מהדור תשכ"ט), עמ' 880*884.

להערה 68

כמו כן, שו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן לד (קיא ע"ד), כותב שאמנם אין נותנים לו שטר שמירה, אבל ממילא מוטל עליו חיוב לפקח על תשמישי מצווה וקדושה של כל הקהל המצויים בבית הכנסת, שהרי אם ייגבדו, יסולק ממשרתו, ואם כן הוא שומר שטר, מפני שבלי זה לא מתקיים שכר השמשות, ונמצא שהוא נהנה מזה; ואמנם לא התנו עמו מתחילה על כך, אבל הדבר בא מאליי, והנאה הבאה ממילא מחייבת בשומר שטר כמו בפרוטה דרב יוסף, ובאומן הרואה כלי אחר לעשות דוגמתו שהוא שומר שטר (ליד ציון הערה 156), וכמו שמוביל נכס תמורת שטר הוא שומר שטר (ליד ציון הערה 70), וכל שכן שכאן הוא שומר שטר בזכות זה, שכל פרנסתו היא משכר השמשות. גם משכנות הרועים, מערכת ש, אות סז, מביא ראייה לרעה זו מהדין שאומן הוא שומר שטר. אך רח"א מילר דחה את הראיה מאומן וממוביל, כפי שדחה ראייה דומה לענין משרת – ראה בשמו במילואים להערה 64.

להערה 70

א. כך פסקו גם: חידושי הר"ן, ב"מ פג ע"א (שעולה מדבריו שסבל שנושא ב"אגרא" בשכר הוא שומר שטר); ר"מ גלנטי, ב"ש"ת ערות ביהוסף, חלק ב, סימן ה, בסופו (על מוביל בספינה); שו"ת מהר"ש צרור, סימן טו (על מי שמקבל שטר לקחת נכס להראותו למומחה להעריך את שווי); שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רלב (ששליח בשכר שנשלח לפרוע חוב הוא שומר שטר על הכסף, והובא ב"ש"ת חסד לאברהם, תאומים, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לו), וחלק ג, סימן קלג (על המקרה של מהר"ש צרור); שו"ת באר יצחק, חו"מ, סימן ו, ענף א (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, שו, ס"ק א, ובשו"ת דברי משה, זקס, סימן ד, ענף ה); שו"ת מהר"ט"ץ, סימן קצד; שו"ת אפריון דוד, סימן כד, ס"ק יט; זכור לאברהם (אביגדור), על הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ב (דף קנ"ד ע"ד ודף קט"ב ע"ב); ר"א הורביץ, פד"ר ט, עמ' 60; שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד; שו"ת תורת השלמים, סימן טו (הובא ב"ש"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן לו); שו"ת עין משפט (מלכי), חו"מ, סימן יב; שו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן כז; שו"ת מגן שאול (קצנלבונג), סימן קלט (עמ' רי); שו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן לד (קיא ע"ד); חכמת שלמה, חו"מ, קפה, א; ש"ך, חו"מ, קכא, ס"ק לה (הנוקט שטר שליח בחינם הוא שומר חינוך), הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ג, סימן קמ; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן לו; שו"ת בני שמואל, סימן לח; שו"ת אוהל משה (רויזמן), או"ח, סימן ב, אות ה ואות ז; ברורי הלכה (מענה שמחה) ד (תשנ"א), עמ' 15 (גם אם לא קיבל על עצמו שמירה בפירושו); שו"ת שאלת שלום (טויבש), חלק ב, סימן קצג; שו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צה, אות ב ואות ה. על הדין שמוביל הוא שומר שטר, עיין אור עזרא, קובץ א, סימן ג. ב. ראיות שהוא שומר שטר: באר יצחק שם, ענף ב, מביא ראייה מהאמור בב"מ נח ע"א, ששליח בשכר להביא שקלים לבית המקדש, הוא שומר שטר. באר יצחק שם, דברי משה שם (הגהה ב) ובית שלמה שם מביאים ראייה מב"מ פב ע"ב, ששם נאמר שמעביר חבית ממקום למקום בשכר, נחשב שומר שטר; ואף שבתלמוד כתוב סתם "שומר שטר", ואפשר לפרש שמדובר שמקבל במפורש שטר לשמור, מכל מקום בית שלמה כותב שזה דוחק, ועוד, שהרמב"ם, הלכות שכירות, ג, ב, נוקט שהוא מעביר בשכר, כלומר השכר הוא על ההעברה, ומכל מקום הוא שומר שטר. דברי משה שם הביא ראייה גם מהדין שסוכן מכירה הוא שומר שטר אף על פי שהשכר הוא בשביל טרחתו. זכור לאברהם ובית שלמה הביאו ראייה מאומן. ג. ניומקים: שו"ת בית דוד (טעביל), חו"מ, סימן א, בתחילתו (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רכה, ס"ק ה), ושו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צה, אות ב, מנמקים, שהוא שומר שטר בהנאת ההחזקה כביטחון לשכרו. ראשי בשמים, אות ד, הוסיף לנמק, ששכר ההובלה ניתן גם על השמירה, שהרי מקובל שנותנים שטר יותר גבוה על סחורה יקרה, משום השמירה והאחריות; ועוד, שבעל הנכס אינו שם ואינו יכול לשמור, והנכס במקום רחוק שאינו משתמר מעצמו, ולכן יש להניח שהוא מוביל בשכר ההובלה גם שטר שמירה, שהרי אם לא ישמור המוביל אין לבעל הנכס תועלת מהנכס, ובוודאי שניהם מתכוונים שיקבל על עצמו שמירה, כעיקרון שקבע הרא"ש (שהבאנו בסעיף 1(א)), ליד ציון הערה 80), אלא ששם הוא שומר חינוך מפני שאינו מקבל שטר. ובאות ה כתב שמתעם זה, גם כשלא קיימת הנאת ההחזקה כביטחון, כגון בסבל המעביר נכס כבד בבית בעל הנכס או ברשות הרבים, הוא שומר שטר מפני שבמקום שנוצרה שמירה מניחים שהשכר כולל שטר שמירה. בנידונו, מי שנתבקש להוביל בשכר מטר לאחר להוביל; ונראה מדבריו שהוא מתכוון לומר שאם הראשון מקבל שטר, הוא שומר שטר אף על פי שאינו מוביל בפועל (והנפקות היא שחלים עליו דיני שומר שטר שמטר לשומר). ד. אך שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ב, ובאר יצחק שם, ענף ב וענף ג, כותבים שאין לומר שמוביל שומר שטר מפני הנאת ההחזקה כביטחון, שהרי אין לו הנאה זו, שהרי כל המובילים מחזיקים את הנכס, ובכונן זה אין הנאה זו קיימת, מנו שכתבו התוספות (ראה במילואים להערה 102). ה. שו"ת דברי שלום (משאש), חו"מ, סימן מח (צה ע"א), מביא ראייה מכאן ששכר טרחה נחשב שטר על השמירה – ראה בשמו בהערה 386.

מילואים לסעיף 1(ג)

- ו. אם הנמען ישלם שכר: אפריון דוד ותורת השלמים שם עוסקים במקרה שהנמען עתיד לשלם שכר טרחה למוביל. מכאן, שאין צורך שבעל הנכס יתן את השכר (ראה ליד ציון הערה 52); אלא ששם הנמען הופך להיות בעל הנכס כשהוא מקבלו, ואולי כבר מתחילת ההובלה, אם נאמר ש"הולך" כ"זכ", כלומר, שהשולח התכוון שהמוביל יזכה בנכס עבור הנמען.
- ז. קיבל כבר את שכרו: באר יצחק שם, ענף ב וענף ה (הובא בפתחי תשובה שם), מדגיש שהמוביל שומר שכר גם לאחר שקיבל את שכרו, מפני שהוא נהנה מהשתכרותו במלאכה, ולא רק מצד הנאתו מהחזקת הנכס כביטחון (הנאה שאינה קיימת אם כבר קיבל את שכרו — ראה ליד ציון הערה 143), כפי שמוכח מדברי התלמוד דלעיל על שליח להביא שקלים, שהוא שומר שכר אף על פי שהוא אמור ליטול שכר מהשולח, ואינו יכול לגבות את שכרו מן השקלים, ששייכים להקדש, כך שאינם משמשים לו ביטחון; ועוד, שכל השליחים מחזיקים את הנכס בידיהם, ובכיוצא בזה אין מתחשבים בהנאת החזקה, כאמור באות ד.
- ח. על מקרה ששילם למוביל שכר להוביל נכס עד מקום פלוני, והמוביל המשיך להוביל עוד הלאה, ראה סעיף 11, הערה 180.
- ט. דעות חולקות: שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קצו, כתב שהמוביל שומר חינו, מפני שהשכר הוא על ההובלה ולא על השמירה, שהרי בעל הנכס אינו משלם יותר כשאינו הולך עם הנכס, שאז השמירה מוטלת על המוביל (לכאורה, הוא סותר את שתי תשובותיו שצוינו לעיל, שבהן פסק שהמוביל הוא שומר שכר). ר"י אלמושיניו, בשו"ת עדות ביהוסף, חלק ב, סימן ד (יח ע"ב), פסק כמותו (אלא שבסוף דבריו מעלה המבי"ט אפשרות שהוא שומר שכר, ומציין שכך כתב מרדכי בפ' המפקד, שלא מצאנו; ור"מ גלנטי שם כתב שמסקנת המבי"ט היא שהוא שומר שכר). כמו כן, בית שלמה שם כותב שלפי השיטה שהטעם שאומן שומר שכר הוא מפני שתופס את הנכס כביטחון לשכרו ולא בגלל הנאתו מהשתכרותו ממלאכתו (ראה ליד ציון הערה 135), מוביל אינו שומר שכר. נראה שהוא מתכוון לסברת באר יצחק שהזכרנו, שאין למוביל הנאת החזקה כביטחון כיוון שכל המובילים מחזיקים בנכס.
- י. בית שלמה כתב שגם אם נאמר שהמעביר נכס בשכר אינו שומר שכר, זה אומר רק שהוא פטור מגנבה ואבדה, אבל אם נשבר מחמתו, חייב, מפני שזה כלול במה ששכרו להעביר ממקום למקום, ששכרו להעבירו באופן שלא יישבר.
- יא. נתיבות המשפט, שה, ס"ק א, כותב שבמוביל בשכר, השכר אינו על השמירה אלא על ההובלה; אך נידונו הוא השאלה האם יפסיד את שכרו עקב אבדן הנכס — ראה סעיף 5, פרק ה.

להערה 73

- א. שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן טז, עוסק בלוי, מוביל נכס בשכר (בנידונו בעל הנכס, ראובן, שילם לו להביא לו את הנכס משמעון, שהנכס היה בידו), וכותב שאינו שומר שכר מצד הנאתו מן ההשתכרות, מפני שבנידונו לא היה זה מוביל שמחיתו בכך, אלא הוביל באקראי, ודווקא כשמחיתו בכך, הנאת ההשתכרות חשובה בעיניו (ראה בשמו במילואים להערה 134 ולהערה 136). והוסיף, שבנידונו, מאחר שכתב בעל הנכס לשמעון, שהנכס היה בידו, שישלח לו עם לו או עם יהודה, אם כן לא נהנה לוי המוביל. רח"א מילר הסביר, שכוונתו היא, שאין כאן הנאה שבעל הנכס בחר דווקא בו לשליחות זו (הנאה שזוכה במקור אצל אומן — ראה ליד ציון הערה 136), כיוון שבעל הנכס הראה נכונות שיהודה יעשה את השליחות.
- ב. שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ב, כותב שמוביל שומר שכר מפני שבעל הנכס בחר בו דווקא לשלם לו להוביל — ראה לעיל.

להערה 75

- א. כמו כן, שו"ת מהרי"ק, שורש קלא, כותב על ראובן שנתן כסף לשמעון לעשות לו שליחות בכסף, ונתן לו שכר על זה, שהוא שומר שכר, ואין אומרים שהשכר הוא רק על השליחות. הוא לא פירש מהי השליחות, אך נראה שזוהי שליחות לקנות סחורה בכסף, כבמקרה בפנים. על מקרה דומה, שנתן לו סחורה למכור בעבורו, ראה פרק ג, 6.
- ב. אך ראה במילואים להערה 160, ששי למורא ור"א מוטאל סוברים שכאן הוא שומר חינו.

להערה 79

- א. הם מדברים על שוכר המרחץ כאחראי בשמירה. הסיבה לכך היא שבעל המרחץ אינו חייב בשמירה כלל, אם אינו נמצא במקום אלא שוכר המרחץ הוא העושה במלאכה. ראה על כך בסעיף 12, פרק ב, 2.
- ב. פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (דף קיב ע"ד ודף קטז ע"ג), כותב שאשה שעובדת בבית המרחץ להשיג האם הנשים טובלות כראוי, ומקבלת שכר על זה, אינה שומרת שכר בגלל זה על הפצים שנותנים לה לשמור שם, מפני שהשכר הוא על עמידתה שם בעת הטבילה, ואין עליה חובה לשמור. וראה על דבריו בסעיף 11, הערה 179 והערה 258. גם שו"ת בן אברהם (אשטרושא), חו"מ, סימן יב, כותב שאשה שנתנה למשרתת בית המרחץ חפץ לשמור עד שתצא, אינה שומרת שכר מצד שפעמים רבות היא מוליכה את כלי הנשים מביתן לבית המרחץ, תמורת שכר, מפני שהשכר אינו על השמירה, כדן שמש שהוא שומר חינו (לדעה אחת, ליד ציון הערה 66).

להערה 81

- א. הוא מסביר שמקרה זה שונה מאומן ושוכר, שהם שומרי שכר, מפני שהאומן עושה את מלאכתו בגוף החפץ, ונהנה בשכר אומנותו, וגם שוכר עושה מלאכתו בגוף החפץ, ונהנה מזה, ואילו כאן אין לו שום עסק בגוף הנכס, המונח אצלו, וגם אינו מחזיקו כביטחון לשכרו. הוא מביא ראייה מן הראשונים שאמרו שהאומר "הרי ביתי לפניך" אינו חייב בשמירה גם אם קיבל שכר, מפני שמפרשים שזה שכר על המקום ולא על השמירה (סעיף 1(א), ליד ציון הערה 76). אך יש לדחות ראייה זו, בדומה לדברי באר מרדכי

מילואים לסעיף 1(ג)

במילואים להערה 56, שכאן שקיבל על עצמו שמירה, יש לפרש את השכר כשכר על השמירה, ודווקא כשאמר לשון שמשמעה הסתלקות משמירה, אנו נדחקים לפרש שהשכר ניתן רק על המקום.

ב. רח"א מילר נימק דעה זו, שהשכר אינו ניתן על השמירה, שכן גם אילו לא היה מניח שם את הנכס היה חייב לשלם דמי שכירות לבעל המקום תמורת הרשות להניחו שם – ראה בשמו ליד ציון הערה 85, שצריך שהשכר יהיה תלוי בהחזקת הנכס.

להערה 82

א. גם משו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן יד, משמע קצת שבמקרה זה הוא שומר שכר, שהרי נקט שאם הבטיח לו "שכירות" הוא שומר שכר; אך אפשר שכוונתו למקרה שהבטיח שכר על השמירה.

ב. כמו כן, שו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן נ (פב ע"א), מדייק מדברי מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן ה, שגם במקום שעיקר מתן השכר הוא עבור שכירות המקום, ולא לשכר שמירה, מכל מקום הוא שומר שכר. אך האמת היא שמחנה אפרים שם עוסק במקום שמיוחד לשמירת נכסים בשכר.

ג. רח"א מילר סבור שכאן יש יותר מקום לומר שהוא שומר שכר מבמקרים של משרת וכדומה, מפני שכאן המקום שבעבורו ניתן השכר, מיועד לנכס.

ד. מקרים שונים: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קלד, דן ב"קונסול", כעין בנקאי, שתפקידו לשלוח כסף עבור מישהו למקום אחר, ולחייב את חשבונו. השואל טען שהקונסול אינו שומר שכר על הכסף בנידונו, מפני שקונסולים היו רגילים לקחת שני אחוזים על שמירה, ובאותו מקרה הוא לקח רק שלשה לאלף בעד טרחו. בתשובתו כותב מהרשד"ם בסתם שהוא שומר שכר; מכאן שלדעתו שכר טרחה נחשב גם שכר שמירה. וראה בשמו בהערה 9.

ה. ראה במילואים להערה 110, וליד ציון הערה 351, וליד ציון הערה 363, שערון השולחן כתב ששליש, גבאי צדקה וגובה מסים, המקבלים שכר, הם שומרי שכר על המשכונות ועל הכסף שבידיהם – וזאת אף על פי שהשכר הוא על הטרחה.

ו. נתיבות שמואל, נתיב ט, אות א, כותב שרואה חשבון של חברה הוא שומר שכר על רכוש החברה.

ז. שו"ת פני יהושע (חנדלי), סימן יב, כותב שפקיד שתפקידו לפקח על סחורה של אחר שבאה בספינה לנמל, ולשלחה בספינה אחרת, ומקבל שכר על זה, הוא שומר שכר.

ח. שו"ת כרם שלמה (קוטלר), חלק ג, סימן פא (עמ' קג), עוסק בראובן שנתן לשמעון כסף להוצאות נסיעה לראות את בתו לשם שידוך. הוא פוסק שהוא שומר שכר על הכסף מפני שהוא בוודאי לקח חלק מן הכסף כשכר על שליחותו לעשות את מה שנתבקש.

ט. סוג שכר שאין מתחשבים בו מפני שאינו ניתן בעבור השמירה: חוות אליעזר, סימן מט, כותב שהטעם שאין אומרים שכל שומר יהיה שומר שכר בהנאה שאם ייגנב הנכס ויימצא הגנב הכפל יהיה שלו בתמורה לשמירתו (כאמור בב"מ לג ע"ב), הוא מפני ששכר זה אינו ניתן על השמירה אלא על הטרחה, ולכן אינו שומר שכר. במילואים להערה 19 הבאנו הסבר אחר שלו לדין זה.

להערה 84

כסא אליהו, שו"ת ס"ק א, כותב שעדים שמקבלים שכר לחתום על גט, אם נאמר שאסור להם ליטול יותר משכר בטלה, אינם שומרי שכר; ואם נאמר שיכולים, הם שומרי שכר. נידונו הוא שהם קילקלו את הגט בחתימתם, ונראה שהוא אינו דן בזה כדין רגיל של שומר שכר, אלא מדין בעל מלאכה שקילקל, שיש הבדל בין שעשה בשכר לבין שעשה בחינם – ראה במילואים להערה 133.

להערה 86

א. הם מתנים זאת בכך שהשמירות אינן באותו זמן, מפני שאם הן באותו זמן יופטרו השומרים כליל מטעם "בעליו עמו".

ב. ראה פרק ג, 10, ששותפים שומרי שכר מחמת הנאה זו. וראה גם ליד ציון הערה 372.

ג. שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תמד, לומד מכאן שפאטורים, שכל אחד עושה שירות "פאטוריה" בשביל חברו, הם שומרי שכר.

ד. אולם חידושי חתם סופר, ב"ב מג ע"א, כותב שאם כל אחד הפקיד אצל חברו בסתם, ולא קבעו שהשמירות הן זו תמורת זו, אינם שומרי שכר (עיי' שם, שהסביר מדוע אין פוטרים מטעם "בעליו עמו"); וכותב שזו כוונת שו"ת הרמב"ם (מהד' בלאו), סימן תד.

להערה 92

א. הוא התייחס לקושיה, מדוע לרבה שומר אבדה שומר חינם, הרי יש לו הנאה, שיכול לקרוא בספר כשגוללו. דרכי דוד, ב"מ ל ע"א (ד"ה ולהתוס'), הסביר, שזה לא נחשב שנהנה מבעל האבדה, מפני שאין בשימוש הפסד לבעלים, ואם ירצה, לא ישתמש, וזה שונה מפרוטה דרב יוסף, שנחשבת שבאה בגלל האבדה – ראה במילואים להערה 103. אולי כוונתו היא, שזו הנאה וראית, שאפשר שיבוא עני, ואף על פי שאפשר שלא יבוא, זה לא תלוי בו, ואילו כאן שזה תלוי בו, אין זה נחשב ודאי. בית אהרן (לאב"ד ויונא, תרמ"ו), ב"מ כט ע"ב, העלה אפשרות לתרץ, שאין הלימוד הנאה, מפני ש"מצוות לאו ליהנות ניתנו".

ב. אולם רז"ג גולדברג סבור שקשה לומר כנתיבות המשפט ששימוש זה שווה פחות מפרוטה דרב יוסף. לכן הוא הסביר, שהנאה זו של קריאה בספר אינה נחשבת שכר עבורו, שהרי הוא משלם תמורת השימוש בזה שהוא גוללו לטובת בעל הספר (אך רח"א מילר העיר שבמקרה של כלי כסף, אין המאמץ בטיפול שקול כנגד הנאה מהשימוש), ודווקא שוכר נחשב שומר שכר מחמת הנאתו מן השימוש אף על פי שהוא משלם עבור השימוש, משום שהשוכר מתכוון להנאת עצמו, מה שאינו כן בגולל ספר, שעושה עבור

מילואים לסעיף 1(ג)

- בעל הנכס, ולכן מאחר שמשלם עבור הנאתו, אינו שומר שכר; ומצד שני, שומר אבדה שנהנה פרוטה דרב יוסף הוא שומר שכר גם אם אינו מתכוון להנאת עצמו בהשבת האבדה, מפני שמה שהוא מטפל באבדה אינו נחשב שמשלם עבור הנאתו, משום שהנאתו בפרוטה דרב יוסף נפרדת מהמלאכה שהוא עושה לטובת בעל האבדה.
- ג. אך שו"ת חלקת יעקב, חלק ד, סימן כב, מעלה אפשרות שבאמת שומר ספר תורה הוא שומר שכר מפני שנהנה בזה שהוא קורא בו (עיין שם בשאלה האם הוא נחשב שואל).
- ד. יש מקרה מסוים של שימוש בלי רשות, שעושה את השומר לשומר שכר. כך כותב ר' משה ישראל, בשו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן י (סב ע"ב), לגבי שניים שנתחלפו בגדיהם בבית המרוחץ בטעות, שאסור לכל אחד להשתמש בשל חברו, ומכל מקום, מי שהשתמש הוא שומר שכר. ראה במילואים להערה 102, נימוק אחר שבמקרה זה יהיה שומר שכר (גם אם לא השתמש); וראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 123, בשאלה מדוע אינו שואל בגלל שימוש.
- ה. יש להזכיר כאן שיש שומר נחשב שומר שכר בגלל ההנאה שיכול לקדש אשה בנכס (ראה ליד ציון הערה 259), וזה בעצם הנאה מן השימוש; וגם, שקונה נכס מיתומים שומר שכר בגלל רשות השימוש (ראה במילואים להערה 405), וראה במילואים להערה 135, שיש מחלוקת האם אומן שומר שכר בגלל רשות השימוש בנכס.
- ו. יש מקרה מיוחד של שומר שכר מחמת זכות שיש לשומר בנכס מחמת תקנת חכמים: חלקת מחוקק, אה"ע"ז, קטז, ס"ק ז, כותב שמי שנשא אשה האסורה לו בלאו, הוא שומר שכר על נכסי המלווה, כיוון שנכנסו לרשותו, גם אם לא השתמש בהם, ודווקא באשה רגילה פטור מאחריות זו משום "בעליו עמו" (ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 332), מה שאינו כן כאן שאינה אשתו הגמורה. אך ב"ח, אה"ע"ז, קטז, מחייב רק אם השתמש, ואינו מזכיר שהוא שומר שכר.

להערה 94

- א. במקורות הללו מופיעים חילוקי דעות בשאלה האם כאן (כמו במקרה ליד ציון הערה 86) החיוב מותנה בכך שהשמירה והשאלה תהיינה בזמנים שונים, כדי להתגבר על בעיית "בעליו עמו".
- ב. קצות החושן (הערה 87) והמגיה בספר ימי שלמה, על הרמב"ם שם, מדגישים, שהכוונה היא שהשומר יהיה שואל, היינו שאותו אדם יהיה אחראי בשתי הפעמים, והוא שומר שכר על הנכס השואל, בתור שואל שנותן תמורה לבעל הנכס, שרינו כשוכר; וזאת שלא כמו שהביין שו"ת חוות יאיר, סימן רכג, שעל הנכס השואל אינו שומר שכר.
- ג. כמו כן, שו"ת חוק ומשפט, סימן קא, כותב שאם שלח ראובן לשמעון כיס של חפצים ומטיל כסף, וכתב לו שיכול להשתמש במטיל הכסף — הוא שואל על הכסף (ראה בשמו בסעיף 1(ד), במילואים להערה 9), ועל שאר החפצים הוא שומר שכר, שהרי בשכר שמירתו על החפצים האלו, הוא מתיר לו להשתמש במטיל הכסף. אך הוא כותב שאם ראובן לא התיר לו להשתמש במטיל הכסף, אלא כתב לו לעשות ממנו מטבעות, והתיר לו להשתמש במטבעות, ועשה כן שמעון, ואחר כך השתמש במטבעות, אינו שומר שכר על שאר החפצים, מפני שנתנית הרשות במטבעות לא הייתה בעת ששלח לו את החפצים. כלומר, מאחר שבזמן ששלח לו, זה היה עדיין מטיל כסף, והיה אסור לו להשתמש, אין אומרים שיעשה שומר שכר על שאר החפצים בהנאה שנתן לו רשות שימוש במטבעות, שהרי רשות השימוש במטבעות באה רק אחר כך (צריך לומר, שאף שגם שוכר הניתן לאחר ההפקדה נחשב שכר, כפי שראינו ליד ציון הערה 34, כאן אינו נעשה שומר שכר על החפצים בגלל הנאתו המאוחרת מהכסף, כיוון שאין זיקה בין השניים, ורק כשהנאה מהכסף היא בעת ההפקדה, ההפקדה יחידו יוצרת את הזיקה). לפי זה, אם שלח לו מטבעות יחד עם שאר החפצים, הוא שומר שכר על שאר החפצים, מפני שבשכר שמירתו עליהם הוא מתיר לו להשתמש בכסף (לפי הכללים של היתר מכללא לשימוש בכסף מופקד — ראה סעיף 1(א), פרק ד, 3). רז"ג גולדברג העיר שיש איסור ריבית, אם אדם מלווה כסף ובתמורה שומר הלווה על החפצים של המלווה; ודווקא במקרה של מטיל כסף, שאין בו הלוואה אלא שאלה, אין בעיה של ריבית.
- ד. דוגמה נוספת לשימוש שנחשב שכר: רז"ג גולדברג, באוסף התרופים סביב קבא דקשייתא (מהד' מגדלבוים), סימן כד, כותב שאשה שנכנסה לחצר של שכן כדי לאפות בתנור שלו ברשותו (המקרה המתואר בכ"ק מח ע"א), היא שומרת שכר על הנכסים שיש בחצר, מפני שהיא נהנית מהרשות להשתמש בתנור; וגם מי שקיבל רשות להכניס את בהמתו לחצר של משהו, חייב כשומר שכר על נכסי בעל החצר, בגלל הנאת השימוש בחצר לבהמתו.
- ה. מנחת צבי, חלק ב, סימן ז, אות ב, כותב שאומן העובד בבית בעל הנכס אינו שומר שכר על שאר החפצים שנמצאים בבית בעל הנכס.

להערה 95

מקרה דומה של שומר שהוא שומר שכר משום שבעל הנכס מסכים לרכוש ממנו שרות: שו"ת עמודי אש לבית יוסף, סימן ט (לה ע"ב), כותב שמי שקנה סחורה והייתה בחצרו של המוכר, וחשב לחזור לעירו משום שהסחורה לא הייתה שמורה, ואמר לו בעל עגלה שיסע עמו (בתשלום) והוא יהיה אחראי בשמירה על הסחורה — בעל העגלה שומר שכר משום שנהנה, שבוכות החזיקותו לשמור, נסע עמו בעל הסחורה בתשלום בחזרה לעירו.

להערה 100

א. אך הם מביאים מי שהסביר שאינו שומר שכר מטעם זה, מפני ששומר אינו רשאי לתפוס את הנכס על חוב המגיע לו (כלומר, חוב שאינו קשור לשמירה). הכוונה היא, שיש חרם גאונים ששומר לא יעכב ספר השמור אצלו בשביל איוו תביעה, והובא בהגהות רבנו פרץ שם; בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן קמד, דפוס פראג, סימן קנג וסימן תשלה, ומהד' בלון, שער א, סימן ג, ובתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן א, בכל בו, סימן קטז, במרדכי, ב"מ, סימן תד, באורחות חיים, חלק ג (נדפס באנציקלופדיה תלמודית, כרך יז, עמ' תשטו), תקנה י, ובתקנות סוף שו"ת מהר"ם (דפוס פראג); ובנוסף על תקנה זו, תיקן רבנו תם שלא יעכב שומר גם שאר סוגי פקדונות, כמוכב בשו"ת רבנו תם, סימן לד, אות א ("תקנת קדמונים"), בשו"ת מהר"ם שם, דפוס פראג, סימן קנג

מילואים לסעיף 1(ג)

וסימן שלה, מהדור בלוח, שם, בתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כא, בכל בו שם, באורחות חיים שם, בתקנות סוף שו"ת מהר"ם שם, ובבאר הגולה, יו"ד, סוף סימן שלד. גם רמ"א, חו"מ, עב, יז (וערוך השולחן, חו"מ, עב, לו), כותב שיש מקומות שיש תקנה כזאת. ב. כמו כן, זוהר, פרשת במדבר, דף קיט ע"א (עמ' טו במהדור הסולם), אוסר על שומר לעכב פקדון שבדיו עבור חוב של בעל הנכס. צקות החושן, ד, ס"ק א (הובא ברור הלכה, ב"ק כו ע"ב, ציון ה, ועל ידי ר"ד מלאך, אור הנערב, שנה ב, חוב, ז, טבת-שבט תשמ"ו, עמ' 48), מסביר זאת על פי חידושי הריטב"א, כתובות פה ע"ב (ואינו מפורש בדבריו; אולי כוונתו לשו"ת הריטב"א, סימן קפה, המובא בבית יוסף, חו"מ, פג, מחודש ב, ובש"ך, חו"מ, נח, ס"ק ט, המוכיח חובת השבה), האומר שמוטלת על שומר חובת החזרת הנכס (על חובת הנשבה ראה סעיף 11, במילואים להערה 258). כמו כן, מצודת דוד (לרדב"י), מצווה תקיג (הובא בליקוט יצחק, מצווה ס), כותב שאסור לשומר לעכב את הפיקדון בשביל חוב אחר, מפני שצריך להיות איש אמונים; ונראה שהוא מסתמך על זוהר שם. על דברי צקות החושן עיין משפט שלום, סימן קצח; חכמת שלמה, חו"מ, סימן ד; בית יעקב, סימן ש, א, וסימן שד, לסמ"ע, ס"ק ג. עניין אחר הוא ששומר התופס את הפיקדון עבור חוב שבעל הנכס חייב לו, אין תפיסתו מועילה — המאור הגדול, ב"מ ד ע"א (בדפי הרי"ף); פירושים ופסקים לר' אביגדור צרפתי, פסק רס, בשם ר' אליהו מפאריש; גנוי קדם, חלק ד, עמ' מב (כמובא על ידי המהדיר, פירושים ופסקים שם). כנראה, החרם נדרש מפני שהיו אלמים שלא צייתו בזה לבית דין. אבל עיין חידושי הרמב"ן, ב"מ ו ע"א, בשם רב האי גאון, ועיטור, פיקדון, ליד אות כז, שהתפיסה אכן מועילה מטעם "עביד איניש דינא לנפשיה", אם בעל הנכס אכן חייב לו. ג. תשב"ץ "קטן" עצמו שם (הובא בשו"ת פתח זוטא, חו"מ, סימנים י"ג) כותב (בשם הראב"ן) שמלמד הוא שומר שכן על הספר שנותנים לו ללמד בו, בהנאה שיכול להחזיקו לשכרו. כוונתו היא, שהחרם הזה אינו חל על מלמד, ומלמד רשאי לעכב ספר לימוד אצלו, עד שיקבל את שכר הוראתו, כמו שכתבו שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן קנג, ומהד"ר בלוח, שער א, סימן ג, ותשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן א, מרדכי, ב"מ תד, כל בו שם, תקנות סוף שו"ת מהר"ם שם, סמ"ע, חו"מ, עב, ס"ק נב, וש"ך שם, ס"ק עו (שלא כרמ"א, חו"מ, עב, יז, שכתב שגם מלמד אינו רשאי לתפוס). יש להעיר שאף על פי שהתוספות (שנביא במילואים להערה 102) כתבו שאין הנאה זו יוצרת אחריות שומר שכן אם כל שכמותו מחזיקים בנכס, הרי במלמד אין המצב כך, שהרי יש שמלמדים בבית בעל הנכס, כך שאינם מחזיקים בספר.

ד. ראה ליד ציון הערה 83, שלפי כבוד יום טוב, יכול שומר לעכב את הנכס לחובו, גם אם אין חובו קשור למשימה. ה. שו"ת קרית ארבע (מצפה אריה, מהדורא תניינא, חו"מ), סימן כ, כותב שמלמד שנגמר זמן שכירותו הוא רק שומר חנם על הכרים והכסות שלו, וגם לדעה שיש הנאת החזקה כביטחון גם במקום שאינו מרוויח בנכס, אין הנאה זו קיימת כאן (גם אם טרם קיבל את שכרו), שהלא המחזיק במשכון מחויב להחזיר לבעליו כר וכתל בלילה כדי לשכב (ב"מ קיג ע"ב), אם (כמו שהיה בנידון) בעל המשכון נני, שיש לגביו מצוות השבת העבוט. רז"ג גולדברג העיר שאם אלו כרים וכסתות שניתנו כמשכון, דינו כמלוה על משכון; ואם זהו סתם פיקדון שהופקד אצל המלמד בלי קשר לשכר ההוראה, אינו שומר שכן מצד הנאת ההחזקה כביטחון לשכרו, מפני שהנאה זו קיימת רק באומן, שדרכו לתפוס את הכלי לשכרו, מה שאינו כן בלוה שהפקיד סתם נכס אצל המלווה, שאינו נחשב משכון על שהמלווה תפסנו על החוב (כמבואר בסוגיית מלוגא דשטר, כתובות פה ע"א), והיינו שיתבענו הלווה ויטרב המלווה לתת לו; ואף על פי שהיה יכול לתפוס, אינו שומר שכן עד שיתפוס בפועל (הוא הוסיף, שאם מת בעל הנכס, האומן אינו צריך להחזיר ליוזשים עד שיתנו לו שכר, שהרי הוא נחשב תפוס בכלי כמשכון, מפני שהוא ממילא תפוס, כיוון שכך דרך האומנים). נראה שמדובר בכרים וכסתות שניתנו למלמד לישון עליהם, והוא נחשב שוכר כיוון שהוא נוהג שרות בתמורה, ואחרי זמן עבודתו הוא כשוכר שכלה זמנו, שהוא שומר חנם (סעיף 11, ליד ציון הערה 136).

להערה 102

א. על פי זה הוא פסק שלווה שנתן למלווה כסף לפירעון חובו וממתין לעודף, אין אומרים שהמלווה שומר שכן על הכסף מצד הנאת החזקה כביטחון, משום שההנאה קיימת רק במקום שהמחזיק אומר בפירוש שהוא תופסו לחובו. הוא מסביר בזה גם, שלכן רש"י, שביעיות מא ע"ב (ד"ה להוי), אומר שמלווה שהתנה עם הלווה שיפירע לו בפני שני תלמידי חכמים, ובניתיים פרע לו בינו לבין עצמו, המלווה נחשב שומר חנם על כסף הפירעון, ואין אומרים שיהיה שומר שכן מצד הנאת החזקה כביטחון — כיוון שלא אמר זאת במפורש (על מקרה דומה ראה באות ז, בשם הרדב"י). עולה מדבריו שבשני המקרים הללו, אם יאמר שהוא תופסו כביטחון לשכרו, יהיה שומר שכן. עוד עולה מדבריו, שכל מלווה על משכון יהיה שומר שכן אם יגלה דעתו כך. ב. גם חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סב, כותב שהנאת החזקה כביטחון קיימת רק אם יגלה את דעתו, ומסביר בכך את הדין של אומן שסיים את מלאכתו ואמר: "הבא מעות וטול את שלך" וכו' (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 143), והוא לשיטתו (במילואים להערה 135) שבאומן אין הטעם משום שמחזיקו כביטחון. ג. גם שו"ת זכרון צבי מנחם, סימן א, כותב שדווקא אם לקח את החפץ ממש כמשכון, או יגלה גילוי דעת דומה, זה מראה שנהנה מתפיסתו כביטחון, והוא שומר שכן בשל כך. על פי זה הוא פוסק שמי שמכר חמץ לנכרי לפני פסח, והחמץ עדיין בחצרו, והנכרי טרם שילם, אינו שומר שכן על החמץ מחמת הנאת החזקה כביטחון לכספו, מפני שאמנם הנכרי חייב לו כסף, אבל אין הוכחה שהישראל תופס את הנכס כביטחון, ובמיוחד כאן שברור שאינו רוצה לקבל על עצמו אחריות גנבה ואבדה כדי שלא לעבור על איסור חמץ. הוא חולק בזה על מקור חיים, תמח, ס"ק ט (ד"ה וגם), המחייב מטעם זה כשומר שכן במקרה זה. ד. גם שו"ת ר' משה מרוטנבורג, או"ח, סימן יא (יב ע"ב), מוכיח מרש"י שם שהנאת החזקה כביטחון עושה אותו שומר שכן רק אם יגלה את דעתו שמחזיקו לצורך זה, כגון אומן שאומר "הבא מעות" או שלא גמר עדיין לתקן ולכן צריך שימשיך להיות אצלו. הוא מביא ראיה לכך, שהרי פשוט ששומר חנם שהלווה כסף לבעל הנכס, אין אומרים שהוא הופך לשומר שכן מזמן ההלוואה מצד הנאת החזקה כביטחון, וזאת מפני שהשומר טוען: "היית צריך לקחת את הנכס ממני, מעולם לא רצית לעכבו", וזה שונה מאומן שדוק שהנכס יהיה בידו בשעת מלאכתו. הוא כותב שזאת גם דעת תוספות, ב"מ פא ע"א (ד"ה הא), שצריך גילוי דעת, שלא כקצות החושן, שהבין שלפי התוספות אם הוא מרוויח מן העניין הוא שומר שכן מחמת הנאת החזקה גם בלי גילוי דעת (כך נראית כוונתו). על פי זה הוא חולק על מקור חיים שהבאנו, משום שמוכר החמץ לא יגלה את דעתו שאינו מוכן שהנכרי יקח את החמץ עד שישלם, ולא די שיש אומדנא שאינו מוכן לכך; וגם אם בשעת המכר אמר לקונה שישאר אצלו "עד למדידה", הרי הקונה יכול ליטול על פי אדם מהימן שיוודא מה מידתו. הוא מוסיף שגם אם הוא יודע בלבו שהוא רוצה בזה להיות בטוח בכספו, מכל מקום אינו חייב בגנבה ואבדה אפילו בדיני שמים, מפני שדברים שבלב אינם דברים. בנידון הייתה סיבה נוספת לפטור: המוכר חשב ששטר המכירה על הקרקע (שאגב מוכר את הנכס — החמץ) היה שטר כשר, ולכן אין אומדנא שתופס את הנכס לחובו, שהרי לפי מחשבתו זה לא היה

מילואים לסעיף 1(ג)

ברשותו בכלל ולא היה יכול להחזיקו כביטחון, ואם כן לא הייתה לו הנאה מזה בלבד. הוא מוסיף (בדף יב ע"ד) שגם לקצות החושן, שלתוספת אם מרוויח הוא שומר שכר מחמת הנאת ההחזקה גם בלי גילוי דעת, הרי בנידונו המוכר לא הרוויח. עיין גם שו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קסד, שכתב שצריך גילוי דעת, או שבית דין יעריך שכונת השומר היא להחזיקו כביטחון.

ה. דעות שהנאה קיימת גם בלי גילוי דעת: אך ראה במילואים להערה 135, שר"ח"א מילר אמר בדעת קצות החושן, שהצורך בגילוי דעת הוא רק בשלב מאוחר בשמירה; ושיש שאינם מצריכים גילוי דעת גם אז. וראה הערה 277.

ו. שו"ת ברכת רצה, סימן פב, כותב שלפי תוספות הרא"ש, ב"מ פא ע"א, שהסביר שאומן שאמר "גמרתיו" הוא שומר חנם מפני שיש הוכחה שאינו מעכו לשכרו מכיון שלא אמר "הבא מעות וטול את שלך", יוצא שגם בלי גילוי דעת, שומר נעשה שומר שכר מפני הנאת ההחזקה כביטחון.

ז. מקרים שהנאה זו קיימת: שו"ת הרדב"ז, סימן אלף רלו, כתב שלווה שפרע את חובו למלווה, והמלווה אמר שאינו מקבל את הפירעון עד שאדם מומחה יקבע שהכסף אינו מזויף, הוא שומר שכר על הכסף בהנאה שקיבל את כספו וכספו מזומן להראות למומחה (כלומר, שאולי לא יצטרך לרדוף עוד אחרי הלווה לקבל את כספו), וזאת אף על פי שלא קיבל על עצמו שמירה במפורש, ואף על פי שיש ספק אם יגבה מן הכסף הזה אם לאו. למעשה, זוהי הנאת ההחזקה כערבון, כבמקרה שבפנים (ויש גם הנאת רשות השימוש — אם ירצה). שו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן לד (קיא ע"ג), כתב שיש גם דעת שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קל, העוסק במי ששלח בגד לחברו למכור, במטרה שיגבה ממנו את חובו של השולח כלפיו, והמקבל מכרו בהקפה והקונה לא פרע. מהרשד"ם חייב את המקבל על האבדן מפני שהיה צריך שלא למכור בהקפה (כלומר, שפצע). ומשאת משה אומר שמהרשד"ם היה יכול לחייבו משום שהיה שומר שכר על הבגד, מפני שהיה עתיד לגבות באמצעותו את חובו, אף על פי שיש ספק שמא לא יימכר הבגד במטרה לגבות את חובו; ותמה על הרדב"ז, מדוע לא חייב בנידונו מטעם משכון. אפשר לומר, שלפי הדעה (ליד ציון הערה 239) שמלווה על משכון נושא רק באחריות כנגד החוב, מחמת ההנחה שקיבל על עצמו למחול על החוב אם יאבד המשכון, הנחה זו קיימת (אולי) רק במשכון ממש ולא בכונן זה; ולדעה שהוא שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, משום מצות הטיפול, בכסף אין פרוטה דרב יוסף מפני שאינו זקוק לטיפול, וגם בבגד מדובר היה שיהיה אצלו לזמן קצר בלבד, ואין צורך לטפל בו (על פרוטה דרב יוסף בנכס שאינו דורש טיפול, ראה ליד ציון הערה 226).

ח. אברהם ישראל, בשו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן ט (סא ע"ד), כותב ששניים שנתחלפו בגדיהם בטעות בבית המרחץ הם שומרי שכר זה כלפי זה, בהנאה שכל אחד תופס את הבגד של האחר ויכול לגבות ממנו למקרה שהאחר יאבד את בגדו שבידו. מדברי ב"ח, חו"מ, קלו, א, עולה שהוא פוטר כאן בגנבה ואבדה. ראה במילואים להערה 92, שר"י משה ישראל כתב שאם השתמש בבגד של האחר, הוא שומר שכר. וראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 123, הסבר לכך שאינו שואל; ובסעיף 1(א), במילואים להערה 100, שיש אומרים שהוא פוטר לגמרי משמירה.

ט. לכאורה, הנאה ההחזקה כביטחון קיימת במקרים שמנינו בפסקה 4, של עושי מלאכות שונות. וראה במילואים להערה 70 בשם באר יצחק וראשי בשמים.

י. סייג נוסף להנאה זו, יש בדברי תוספות, ב"מ פ ע"ב, ד"ה דקא (הובא בשו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן קכה, בשו"ת יורו משפטין ליעקב, סימן סו, ובשו"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סימן קיד, דף עג ע"ד): אם כל השומרים מסוג זה מחזיקים את הנכס אצלם, אין הנאה מיוחדת לשומר פלוני מסוג זה שמחזיק בנכס, בזה שהוא יועיל לו כערבון (נידונם הוא שוכר — ראה במילואים להערה 124). שו"ת באר יצחק, חו"מ, סימן ו, ענף א, כותב שמטעם זה, גם שליח לקנות נכס עבור בעל הכסף ולהביאו אליו (ראה ליד ציוני הערות 70 ו-75), אינו נחשב שומר שכר בהנאה שמחזיקו כביטחון, מפני שכל השליחים מסוג זה מחזיקים את הנכס אצלם. יא. תומים, עב, ס"ק כב, מסביר את כוונת התוספות, שהנאת ההחזקה כביטחון קיימת רק במקום שבעל הנכס עשה עם השומר דבר שלא היה צריך לעשות, ומסר לו אותו אף על פי שלא היה מוכרח, ובהנאה זו עשה עמו דבר שלא היה מוכרח ועל ידי זה יש לו ביטחון, הוא שומר שכר. וראה במילואים להערה 70 בשם הר הכרמל, להערה 147 בשם עמק הלכה, להערה 161, להערה 257 בשם דברי משה, להערה 260 בשם בית שלמה ור"ח"א מילר, ולהערה 313 בשם התומים.

יב. אולם יש חולקים על העיקרון של התוספות: נתיבות ירושלים, על ירושלמי, ב"מ ו, ה, כותב שהרשב"א חולק, שהרי הוא אומר (ראה במילואים להערה 148) שגם בית בעל הנכס נחשב האומן תפוס, והרי לגבי אומן הזכיר התלמוד את הנאת ההחזקה, ומכאן שהיא קיימת גם כשכל שכמותו מחזיקים. וראה במילואים להערה 187, שכסף משנה חולק על התוספות; וכך עולה גם מכתר תורה, שנביא במילואים להערה 161, שמעלה אפשרות שהנאה זו קיימת במתעסק, אף על פי שכל המתעסקים מחזיקים בנכס; וכך עולה מבית דוד וראשי בשמים, במילואים להערה 70; וכן מהפרשנים שנביא במילואים להערה 257, האומרים שמלווה שומר שכר על המשכון מפני הנאה זו, אף שהיא קיימת בכל מלווה; וכך כתב גם כנסת הגדולה (שנביא במילואים להערה 124) לגבי האומרים שאומן שומר שכר מפני הנאת ההחזקה כביטחון לשכרו.

יג. סייג נוסף: שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ב, כותב שהשומר נכס של הציבור, אין לו הנאת ההחזקה כביטחון, מפני שהציבור תמיד נחשב "מוחזק" (שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן קו; רמ"א, חו"מ, ד, א), ואין מועילה תפיסה מהציבור. הוא כותב שם סייג נוסף: ששומר דבר ששייך להקדש (על שומר הקדש ראה סעיף 13, פרק ב, 3), אין לו הנאה זו, מפני שאינו יכול לתפוס את הנכס, שהרי אינו ראוי לו, מפני איסורו.

יד. השוללים הנאה זו לגמרי: מאיר, ב"מ פא ע"ב, במשנה (בהסבר ראשון), וספר ההשלמה, ב"מ, פרק ו, סימן ד, אומרים שהנאת ההחזקה כביטחון נאמרה בסוגיה רק לר' מאיר, הסובר ששוכר שומר חנם, ואין הלכה כמותו; והסבירו בכך מדוע לא אמרה הסוגיה שמלווה על משכון שומר שכר בשל הנאה זו. ראה גם במילואים להערה 135 שזרע יעקב אומר בדעת הטור, שלהלכה אין זו נחשבת הנאה. אך לא הסבירו מבחינה הגיונית מדוע אין זו נחשבת הנאה.

להערה 103

א. הקשר בין פרוטה דרב יוסף לבעל האבדה: תוספות, נדרים לג ע"ב, ד"ה דמהני (הובא בשו"ת אבני נזר, או"ח, סימן שכו, אות י), נוקטים, שרואים כאילו השומר נוטל פרוטה מכיסו של בעל האבדה, ונותן לעני (ראה על כך בהערה 89). אך אין ללמוד מדבריהם ששומר שכר צריך לקבל את את השכר מבעל הנכס דווקא ולא מאדם אחר (ראה ליד ציון הערה 52), משום שהם דנו בעניין אחר — עיין שם. גם ספיקא דרבנן, ספק ז, סימן יב (עמ' 10), כותב נחשב שקיבל פרוטה דרב יוסף מבעל הנכס.

מילואים לסעיף 1(ג)

ב. דברי יחזקאל, סימן נג, אות ו, מסביר את דברי התוספות, שפרוטה דרב יוסף אינה באה רק בגרימה מבעל הנכס, כ"מבריה ארי מנכסי חברו" שחברו אינו נחשב שנהנה ממנו, אלא רואים כאילו המוצא משתמש בנכס כדי להיפטר מצדקה, והוא דומה למי שנטל מקל של חברו להבריה מעליו ארי, שזו נחשבת הנאה ישירה מחברו, ולכן הוא שומר שכר (ראה בשמו במילואים להערה 230). עיין גם בית אהרן (לאב"ד ויוגא, תרמ"ו), ב"ק נו ע"ב (דף כו ע"א בדפי הספר), שהסביר שמאחר שהוא עושה את המצווה ברצונו, בעל הנכס אינו כמבריה ארי ממנו, אלא כמי שפורע חוב לפי בקשת הלווה, שאינו קרוי מבריה ארי.

ג. דרכי דוד, ב"ק נו ע"ב (ד"ה ובעיקר), מבאר שהנאה זו נחשבת כבאה מבעל האבדה, משום שאם יאמר בעל האבדה שאינו רוצה את אבדתו ושהוא מוכן שהיא תלך לאיבוד, אין מצווה על המוצא לטפל בה, ונמצא שמה שהמוצא מרוויח פרוטה דרב יוסף כשעוסק בה, בא לו כתוצאה מרצון בעל האבדה, ולכן נחשב כאילו מקבל ממנו את ההנאה. וראה בשמו במילואים להערה 92.

ד. לעומתם, ר"א הלוי, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ב (פח ע"ג), נוקט שבפרוטה דרב יוסף, השומר שומר שכר אף על פי שהשכר לא בא מבעל הנכס אלא בא ממילא (וראה במילואים להערה 52 בשם אמרי בינה). גם שו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צו, אות כח, כתב שפרוטה דרב יוסף באה מעצמה, לא מבעל הנכס. גם אמת ליעקב, נויקין, חלק א, עמ' רלט, כתב שפרוטה דרב יוסף אינה באה מבעל הנכס (ראה בשמו במילואים להערה 222). גם שו"ת דברי שלום (משאש), חו"מ, סימן מה (צו ע"ב), כתב שהיא באה לשומר מן השמיים מפני שעוסק במצווה, ולא כשכר על השמירה, ומכל מקום הוא נעשה שומר שכר בגללה.

ה. מהי ההנאה: שו"ת שם אריה, הוספות, סימן ג, כתב שפרוטה דרב יוסף אינה הנאה מההפטר מלחם צדקה, שהיא גם אילו נתן, לא היה נחסר רכושו, כמו שכתב טור, יו"ד, סימן רמו, שהקב"ה משלים לו את מה שנתן; אלא, ההנאה היא בזה שאינו צריך לטרוח לתת לעני לחם, ואף שברוך כלל עני שראוי לקבל לחם, צריכים לתת לו ודוקא לחם (שו"ע, יו"ד, נג א), מכל מקום, עכשו שהוא עוסק במצווה חסך את הטרחה, שאינו צריך לתת לחם, ודי שיתן פרוטה. הוא מסביר שנקרא פרוטה דרב יוסף, לא משום שהוא חוסך מתן פרוטה, אלא משום שכדי להיות שומר שכר צריך לקבל פרוטה (ראה ליד ציון הערה 6), וחסכון הטרחה כאן שווה לו פרוטה.

ו. שו"ת כתב סופר, או"ח, סימן קיט, מקשה, מדוע זה נחשב הנאה, הרי חידושי הרמב"ן, יבמות קג ע"ב, כתב שיבמה שעשתה חליצה בנעל האטורה בהנאה, אינה נחשבת שנהנתה ממנה, אף על פי שבזכות חליצה זו היא מותרת להינשא לאחרים, מפני שרק מצווה מנעה בעדה מלהינשא, ומצוות לאו ליהנות ניתנו; ואף כאן, מה שהיה צריך לתת פרוטה לעני היה רק מכוח מצווה? ותירץ, שאף על פי שבתחומים אחרים אין זו נחשבת הנאה, מכל מקום לעניין שומר שכר גם הנאה מועטת נחשבת שכר. עיין ישועות יעקב, או"ח, אחרי סימן תקפו (דף נה ע"א), שמקשה בדומה, מדוע זו נחשבת הנאה, הרי נוח לאדם לעשות מצווה בממונו, ותירץ שמאחר שאין עליו מצווה בכלל לתת צדקה עכשו, אין לומר שהיה מעוניין לתת (ולא שמענו שנותן לאדם שותל עליו חוב מצווה, ויעשה בממונו).

ז. ראה במילואים להערה 6, בשאלה האם פרוטה דרב יוסף באמת שווה פרוטה או לא.

ח. מדרוש פטור מלחם צדקה: בית יעקב (ליסא), כתובות מט ע"ב, ד"ה בא"ד (הובא בספר זכרון לר"מ סויפט, עמ' קסד), ושו"ת מהר"ן חיות, סימן יד, מקשים, מדוע העוסק במצווה פטור מלחם צדקה, והרי יש בה שתי מצוות לא תעשה מלבד מצוות העשה (תוספות, ב"ב ח ע"ב, ד"ה אכפיה), והעוסק במצווה אינו ראוי לעבור על מצוות לא תעשה? עיין מהר"ן חיות שם, לתירוץ. קהילות יעקב, קידושין, סימן כח, אות ד (נדפס תחילה בקהילות יעקב, חלק ו, סימן לט), תירץ שהלאווים הללו נועדו רק להיות אזהרה לאדם לקיים את העשה, ומאחר שהופטר מהעשה, הופטר גם מהלאווים. גם שו"ת תורת חסד (לובלין), או"ח, סימן ל, אות ב (הובא במזכרת, עמ' 116), תירץ שהלאווים קיים רק כשהעשה קיים. חקרי הלכה, ערך שומרים, אות ג, מסביר שאין מתחשבים בלאווים מכיוון שהוא עובר עליהם

ב"שב ואל תעשה". עוד יש לתרץ על פי דברי אבן האזול, במילואים להערה 220, שהנאת פרוטה דרב יוסף כוללת את זה שהוא פטור ממצוות אחרות — והרי בהן אין לאווים. על הקושיה עיין נחלת יעקב (ליסא), פרשת ראה. ועיין בית אהרן שם (דף כה ע"א בדפי הספר) שתירץ, שהאיסור להזיק לממון חברו על ידי הפסקת השמירה, גובר על הלאווים; ועוד תירץ (כו ע"א, בדפי הספר), שבאמת חייב לתת משוה, מפני הלאווים, אבל אינו חייב לתת פרוטה, מפני שרק במצוות העשה כתוב "נתן נתן" — עיין תירוץ נוספים בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ב, סימן קעד, ועיין על דבריו בשדי חמד, כללים, מערכת ע, כלל מג (כר ה, עמ' 232).

להערה 106

דרכי דוד, ב"ק נו ע"ב (ד"ה ומוכן), מסביר שאינו יכול לטעון: "גם לולא מצאתי את האבדה לא הייתי נותן צדקה", שהרי בית דין כופה על האדם לתת צדקה (אך לא לכל עני 1); וכאן נהנה בזה שלא כפיהו לתת צדקה.

להערה 108

א. תומים, עב, ס"ק ו, ס"ק יו, ס"ק כ, ס"ק כב, וס"ק נט, ונתיבות המשפט, עב, ס"ק ז וס"ק כב (הובא בשו"ת ר' שאול משה, סימן קה), מביאים דברים אלו של הריטב"א בסגנון זה: אין הטיפול נחשב מצווה אלא במקום שתחילת השמירה הייתה מצווה. ראה בשם התומים במילואים להערה 301, ובשם נתיבות המשפט בהערה 299, הערה 300, והערה 360, ובשם רח"א מילר במילואים להערה 224. דברי הריטב"א הובאו על ידי המהדיר לחידושי הרשב"א, שבועות מה ע"ב, הערה 78.

ב. כמו כן, תולדות זאב, ב"מ כה ע"ב, מסביר ששומר רגיל העוסק בפקדון אינו מופטר מצדקה, מפני שלא היה מחויב במצווה, אלא הכניס את עצמו בחיוב, ולכן אין פרוטה דרב יוסף. גם בהגהות מלוא הרועים, ב"מ לא ע"א, מסביר שסתם שומר אינו נחשב שומר שכר מצד מצוות גמילות חסד שהוא עושה בעיסוק בשמירה, מפני שתחילת השמירה הייתה ברשות ולא במצווה, ודווקא שומר אבדה שומר שכר מטעם זה מפני שתחילת השמירה הייתה במצווה וכל מה שהוא עושה אחר כך נגזר אחר מצווה זו.

ג. אחיעזר, חלק ג, סימן ו, אות ה, מבאר שהריטב"א סובר שסתם שמירה אינה נחשבת שמתחילה במצווה, מפני שאין מצוות גמילות חסד בעצם הסכמתו לשמור (ראה על כך במילואים להערה 110), אלא הוא רק נותן מתנה, שמקבל על עצמו לשלם אם יפשע.

ד. נתיבות המשפט, שם, ס"ק ז, מסביר בדעת הרא"ש (שהובא בהערה 109), שגם הוא מתכוון לומר שיש פרוטה דרב יוסף רק כשתחילתו במצווה, אך מטעם שונה מזה של הריטב"א: בפקדון רגיל, בעל הנכס יכול לטפל, אם ישיאר אותו ברשותו, והשומר לא היה מוכרח לקבל על עצמו לשמור (שזה כולל טיפול), מפני שאין מצווה בכך, ולכן גם כשהוא מטפל כשבעל הנכס בחו"ל, שאז חובה לטפל, אינו מופטר מלחם צדקה. הפלא שבעוה, חלק א, סימן מא, ס"ק ג, מקשה על הסבר נתיבות המשפט בדעת הרא"ש, מה בכך שלא היה מוכרח לעשות מצווה, סוף סוף עכשו הוא עושה מצווה, ועוד, יש לפטור מצדקה משום עיסוק בהצנעת החפץ שאת זה אין בעל הנכס יכול לעשות (וכמו שנתבאר במסביר שמלווה על המשכון נהנה פרוטה דרב יוסף מהטיפול מפני שהלווה אינו יכול לטפל)? לכן הוא מסביר את הטעם של הריטב"א (כפי שהסברנו בפנים), שבסתם שומר, מאחר שבעל הנכס נתן לו לשלם שמירה, מן הסתם אף השומר מתכוון לשמירה ולא למצווה, מה שאינו כן במשכון, שמאחר שכנס לעניין משום מצוות ההלוואה, יש להניח שגם קבלת המשכון היא לשם מצווה.

- א. עוד נפקות מהעיקרון של נתיבות המשפט ראה ליד ציון הערה 348, ובמילואים להערה 360.
- ב. נתיבות המשפט לא כתב בפירושו שהעוסק במצווה כזאת אינו פטור ממצווה אחרת, אך זה משתמע ממה שכתב שאין בזה פרוטה דרב יוסף. וכך הבין האדר"ת (שבסמוך) את כוונתו. אך ראה בסמוך (אות ז), שחסד יהושע הבין שגם לנתיבות המשפט, העוסק בה פטור ממצווה אחרת.
- ג. על דברי נתיבות המשפט ראה במילואים להערה 220 בשם שערי זיו.
- ד. נתיבות המשפט שם כותב שבמצווה כזאת, שאינה חובה אישית על האדם, מותר לקבל תשלום כדי לקיימה, שלא כמצווה חיובית, שחובה לקיימה בחינם. כך כתב גם שו"ת בית שלמה (סקאלא), יו"ד, חלק א, סימן כא, שאין איסור ליטול שכר על עשיית מצווה, כשאין המצווה מוטלת דווקא עליו.
- ה. על פי העיקרון של נתיבות המשפט, דוחה שו"ת מענה אליהו (לאדר"ת, בכתב יד), סימן נב, את מה שדרכי תשובה, יו"ד, י, ס"ק ו, אוסר לשחוט בסכין של עבודה זרה (האסורה בהנאה) כשיש עני בפניו, מפני שהוא נהנה פרוטה דרב יוסף — שאין פרוטה דרב יוסף, מפני שמצוות השחיטה אינה מוטלת עליו דווקא.
- ו. שו"ת חסד יהושע, מהדורא תניינא, סימן מו, מיישב על פי נתיבות המשפט את קושיית תוספות, שבועות מד ע"ב (ד"ה ור"י), מדוע המודד הנאה מחברו מותר לתקוע לו תקיעה של מצווה אף על פי שמרוויח פרוטה דרב יוסף — מפני שמותר מעיקר הדין ליטול שכר על תקיעת שופר עבור אחרים, כדברי ט"ז, או"ח, תקפה, ס"ק ז, ומגן אברהם, תקפה, ס"ק יב, והרי נתיבות המשפט אמר שאין פרוטה דרב יוסף במקום שמותר ליטול שכר על המצווה. אך הוא מקשה על נתיבות המשפט, מר"ן על הרי"ף, קידושין יג ע"ב (בדפי הרי"ף), האומר שגם מצווה שאפשר לעשותה על ידי אחרים (שאינה חובה עליו) פוטרת מלעשות מצווה שאי אפשר לעשותה על ידי אחרים. קושיה זו מיושבת בדברי חסד יהושע בסמוך (אות ז), שגם לפי נתיבות המשפט, העוסק במצווה שאינה חיובית פטור ממצווה אחרת.
- ז. האדר"ת, בכנסת הגדולה (טובלק) ד (תרנ"ב), עמ' 52-53, קונטרס הלכות גדולות, אות ד (הובא בשדי חמד, כללים, מערכת ע, כלל מה), הקשה על נתיבות המשפט, הרי בסוכה כה ע"א, לומדים מנושאי ארונו של יוסף שעוסק במצווה פטור מן המצווה, והרי שם הם עסקו במצווה שאינה חיובית (העיר שלפי התנא שם שלומד ממקום אחר שהעוסק במצווה פטור מן המצווה, אין קושיה)? חסד יהושע שם מתרץ, שבעצם נתיבות המשפט מסכים שגם העוסק במצווה שאינה חיובית פטור ממצווה אחרת, והוא אומר רק שבמצווה כזאת פרוטה דרב יוסף אינה עושה אותו שומר שכר מפני שאינה שכיחה, מפני שיש להניח שלא יציל את זכותו שלא לתת פרוטה לעני, שהרי הוא קיבל על עצמו מצווה לא חיובית, וזה מראה שהוא מעוניין לקיים מצווה.
- ח. רד"ג גולדברג הקשה על דברי נתיבות המשפט, שבמצווה שאינה חיובית מותר ליטול תשלום, מרמ"א, יו"ד, רסא, האומר שכופים מזהל למול את בנו של אדם עני בחינם, וזאת אף על פי שאין זו מצווה חיובית על מזהל זה דווקא, אלא כל ישראל חייבים למול ילד שאין לו אב? ותירץ, ששם רק המזהל יודע למול, ולכן זו נחשבת מצווה חיובית לגביו, וחייב לעשותה בחינם, מה שאינו כן במצווה להיות גבאי צדקה, שלגביה אמר נתיבות המשפט שאינה מצווה חיובית ושמוותר ליטול עליה שכר. אך הוא הקשה עוד, שמכל מקום יוכל המזהל לדרוש שכר מכל ישראל, כיוון שהמצווה מוטלת על כולם. וראה בשמו במילואים להערה 353.
- ט. הסברים נוספים, מדוע סתם שומר אינו שומר שכר עקב מצוות הטיפול (או בגלל עצם מצוות גמילות חסד שבשמירה, או בגלל מצוות גמילות חסד אם שמר יותר טוב מהרגיל): בהסבר שני אומר הריטב"א על ב"מ שם, שתנאי בית דין הוא בשומר אבדה שפרוטה דרב יוסף נחשב שכר (אולי התנו כן כדי לאלצו לשמור יותר טוב), ואין זה קיים בשאר שומר. שני הסברי הריטב"א הובאו בפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (קטז ע"ד).
- י. חידושי הריטב"א, שבועות מד ע"א, הסביר, שסתם שומר אינו שומר שכר עקב הטיפול, מפני שהוא אינו עושה זאת למצווה אלא מדין שמירתו שקיבל על עצמו בפירוש, ולכן אינו נחשב עוסק במצווה, להיפטר מצדקה.
- יא. שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (ק ע"א), מסביר שסתם שומר אינו נעשה שומר שכר בגלל הטיפול, מפני שברוך כלל אין צורך בטיפול, אלא רק במקרה שבעל הנכס בחו"ל (ראה סעיף 6, ליד ציון הערה 211, שיש בזה מחלוקת), ולכן גם אז אין אומרים שיהיה שומר שכר, מפני שרק במקרה שיש הרבה טיפולים, מתחשבים בפרוטה דרב יוסף אף על פי שאינה שכיחה, ואין מתחשבים בה כאן, מפני האפשרות שיצא לחו"ל. אך הוא מעיר שהסבר זה טוב רק לפי תוספות, שבועות מד ע"ב (ד"ה ורב), שמדבריהם יוצא שפרוטה דרב יוסף של פעם אחת אינה נחשבת הנאה, מה שאינו כן לר"ן הסובר (לגבי משאיל ספר — ראה סעיף 1(ד), הערה 134) שפרוטה דרב יוסף נחשבת הנאה אפילו על זמן קצר בלבד, ולפיו קשה, הלא כל שומר נהנה פרוטה דרב יוסף בזמן שמוליך אותה לביתו, שזו גמילות חסד ומצווה, אף על פי שאין לו מצוות טיפול? בדרך ק ע"ד, הוא דוחה אפשרות להסביר שגזרת הכתוב שקיים דין שומר חינם מוכיחה שאין מתחשבים בפרוטה דרב יוסף בסתם שומר, מפני שאם כן קשה, מדוע בשומר אבדה מתחשבים בזה, נלמד משומר חינם סתם שאין מתחשבים בזה?
- יב. שו"ת מהריט"ן החדשות, חלק ב, סימן קל, הסביר שדווקא בהשבת אבדה יש פרוטה דרב יוסף משום שהמוצא מקיים מצווה כל הזמן, כשהיא בביתו, ואמנם אינו פטור ממצוות כל הזמן, אבל נקרא מקיים מצווה, לא עוסק; אבל בפקידון אינו נחשב מקיים מצווה כל הזמן, ועוד, שאף על פי שעושה מצווה בטיפול, אין זאת מצווה דאורייתא אלא דרבנן, ומצווה דרבנן אינה פוטרת ממצוות צדקה דאורייתא. בשאלה האם עוסק במצווה דרבנן נפטר ממצווה דאורייתא, עיין שרי חמד, כללים, מערכת ע, כלל מה.
- יג. חידושי ר' אריה לייב מאלין, חלק א, סימן עח, מסביר, שבכל שומר המצווה אינה שייכת לעצם השמירה, וממילא שכר המצווה אינו שייך לשמירה, ודווקא בשומר אבדה המצווה שייכת לשמירה, שחייב לשמור מחמת המצווה.
- יד. שו"ת יביע אומר, חלק ב, חו"מ, סימן ז, אות ו, הסביר שבסתם שומר אין פרוטה דרב יוסף, מצד מצוות גמילות חסד שבשמירתו,

מילואים לסעיף 1(ג)

מפני שהיה יכול לדאוג לקחת את החפץ לשמירה בזמן שאין עני (כמו שכתבו תוספות, שבועות שם, על דבר אחר), וגם אין עליו מצווה לטפל בו (אלא אם כן בעליו בחו"ל). לגבי שומר בהמה, שעושה מצווה כשמתפל בה, הוא מסביר על פי דברי נתיבות המשפט שם, שאין פרוטה דרב יוסף במצווה שמוטר לקבל עליה שכן, והרי מותר לקחת תשלום על שמירת בהמה, ולכן אין לו פרוטה דרב יוסף.

טו. פני הושע, ב"מ כט ע"א, כותב שאין מצווה בטיפול, ולכן שומר רגיל אינו שומר שכן כשהולך בעל הנכס לחו"ל, ורק שומר אבדה שומר שכן מפני שעצם השמירה היא מצווה. אך אחר כך הוא כותב שבאמת אם הלך בעל הנכס לחו"ל והשומר טיפל בנכס, הוא שומר שכן משום פרוטה דרב יוסף. ובחידושו ל"ב"ק נו ע"ב (ד"ה בתוספות ד"ה בההיא), כתב שסתם שומר אינו נעשה שומר שכן מחמת טיפולו בנכס כשבעל הנכס בחו"ל, משום ששם אינו עושה זאת כמצווה אלא משום שאם לא יעשה כן ויתקלקל יהיה חייב לשלם, ואם כן הוא מתכוון בטיפולו רק לפטור את עצמו מלשלם, ורק בשומר אבדה הטיפול נחשב מצווה, מפני שתחילת השמירה באה לו על ידי מצווה.

טז. אמרי מהרש"ח, ב"מ כט ע"ב, כותב, שמאחר שבשעת ההפקדה ידע שבעל הנכס ילך לחו"ל, אינו שומר שכן מצד מצוות הטיפול, מפני שכמו שעצם השמירה אינה מצווה, כיוון שבעל הנכס יכול לשמרו בעצמו (לעומת אבדה שעצם שמירתה היא מצווה), כך אין מצווה בטיפול; ואף על פי שעכשו שבעל הנכס בחו"ל, הוא חייב בטיפול משום השבת אבדה, הרי ידע בשעת ההפקדה שעתידי בעל הנכס לצאת לחו"ל, ואילו רצה היה יכול לסרב לשמור. והוא כותב, שבאמת אם בשעת ההפקדה לא ידע שעתידי בעל הנכס לצאת לחו"ל, ואחר כך יצא בלי ידיעתו (כך שלא הייתה לו הודמנות להחזיר לו), הוא שומר שכן, מפני שבוה לא קיבל על עצמו חיוב של טיפול, אלא שהתורה חייבה אותו בזה משום השבת אבדה, ואם כן הוא כמו שומר אבדה, והוא שומר שכן.

יז. אחיעזר, חלק ג, סימן ו, אות א, מביא שר"א גורדון הסביר שאין אומרים ששומר חינום ששומר יותר מחיובו יחשב שומר שכן מטעם פרוטה דרב יוסף, מצד שעשה מצוות גמילות חסד, מפני שיש אומדנא (על פי תוספות, כתובות נו ע"ב, ד"ה הרי), שהוא כאילו התנה עם בעל הנכס שגם אם ישמור יותר מכדי חיובו, יהיה רק שומר חינום (גם הריטב"א, ליד ציון הערה 108, נימק מצד שרואים כאילו התנה). באות ב הסביר, שאין אומרים שכל שומר חינום יהיה שומר שכן בפרוטה דרב יוסף, מצד מצוות גמילות החסד שבעצם הסכמתו לשמור, מפני שאין בדעתו להתחייב ביותר משהתורה מחייבת (על פי התוספות שם); וגם אם שמר יותר מהמוטל עליו, הרי מאחר שדרך שומר לשמור יותר מהמוטל עליו, אומרים שמראש לא התחייב להיות שומר שכן בגלל זה. אבל הוא דוחה הסבר זה, שאם כן נלמד שומר אבדה מסתם שומר, שגם שומר אבדה לא יהיה שומר שכן מטעם פרוטה דרב יוסף, שהרי אנו רואים שאינה משפיעה בשומר רגיל. הוא מעיר שלפי נתיבות המשפט דלעיל מוסבר מדוע סתם שומר אינו שומר שכן מצד מצוות גמילות החסד שבשמירה: מפני שמצוות גמילות חסד זו אינה מצווה המוטלת עליו דווקא. הוא מסביר עוד, שגם אם אחר כך שמר יותר טוב משהיה צריך, מכל מקום בתחילה קיבל על עצמו רק חיוב שמירה של שומר חינום, וגם לדעה (סעיף 101א), ליד ציון הערה 135), ששומר חייב גם בלי מעשה קניין, מכל מקום צריך את הסכמתו להפוך באמצע השמירה לשומר שכן (ראה במילואים להערה 34 על האפשרות להפוך משומר חינום לשומר שכן באמצע השמירה), וכאן לא הביע הסכמה.

יח. הפלאת שבועות, חלק א, סימן מא, ס"ק ב, ט, מסביר שאין אומרים שבכל שומר יש פרוטה דרב יוסף מצד גמילות החסד שבשמירה (כלשון ספר החינוך, מצווה רמג: "מצות עשה... לשמור ממונו"), מפני שסתם שומר אינו מתכוון למצווה אלא לשמירה סתם, ולכן אין פרוטה דרב יוסף. בס"ק ד הוא מוסר הסבר בשם חזון איש: פרוטה דרב יוסף אינה נחשבת שכן בעיני בני אדם, מפני שאין זה שכיח שיבוא עני, ואולי ימתין העני עד שייגמר לטפל, ולכן סתם שומר אינו מתכוון להיות שומר שכן בגלל זה; ודווקא שומר אבדה הוא שומר שכן, מפני שנכנס לשמירה לא על פי דעתו אלא מתוך חובת התורה, והרי לפי התורה פרוטה דרב יוסף נחשבת שכן, שהרי הוא פטור מן הדין מלתת צדקה. הוא מוסיף, שאף על פי שחובת הטיפול בסתם פיקדון היא מתוך חובה שהתורה הטילה עליו, מכל מקום היא נבעה מקבלת השמירה שהייתה מרצונו; ובמלווה על משכון, אף על פי שעשה מרצונו, מכל מקום מן הסתם נכנס לעסק ההלוואה לשם מצווה (כהסבר הריטב"א).

יט. חזון יחזקאל, תוספתא, ב"מ ב, ט, מסביר שאין לשומר רגיל פרוטה דרב יוסף מצד המצווה שבטיפול, מפני שלפי השיטה (סעיף 6, פרק ג, 3) שחיוב הטיפול הוא מחייב שמירה ולא מצוות השבת אבדה, אין הטיפול פוטר אותו מלתת צדקה, מפני שהוא מטפל משום ההתחייבות שקיבל על עצמו לשמור, וקבלת השמירה אינה פוטרותו מלתת צדקה, שהרי אפשר לקיים את שניהם.

כ. חידושים ובאורים (גריינימן), שבועות מג ע"ב (ד"ה הא), מסביר שבסתם שומר חינום אין פרוטה דרב יוסף, מפני שביד בעל הנכס לשמור בעצמו (שלא כבאבדה), ולכן אין מצווה לשמור בעבורו, ואין כאן גמילות חסד שהרי מן הסתם הסכים לשמור מפני שבעל הנכס עשה לו נחת רוח כעבר (ראה במילואים להערה 12), ולא כגמילות חסד טהורה.

כא. רי"י ויינברג, בשו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן עג, ובשו"ת שארית שמחה, סימן נה, הסביר שדווקא שומר אבדה שומר שכן משום פרוטה דרב יוסף, מפני שהתורה הטילה עליו חיוב, ומאחר שנהנה, אנו אומרים שהתורה הטילה עליו חיוב של שומר שכן, אבל סתם שומר, חיובו בשמירה נובע מהסכמתו לקבל על עצמו חיוב שמירה, וכאן יוכל לומר: "איני רוצה להיות שומר שכן בגלל הנאה זו, ואיני רוצה הנאה" (בשונה משומר אבדה שאינו יכול לומר כך — ראה ליד ציון הערה 104). הוא משווה זאת לשומר חינום שדחף לו בעל הנכס מטבע לכיסו, שאינו נעשה שומר שכן בשל כך (ראה ליד ציון הערה 44). וראה בשמו בהערה 360. עוד בשאלה זו עיין אהבת חסד, חלק א, פרק א, נתיב החסד, אות ז; אבני חושן (וילברשטיין), עב, על נתיבות המשפט, ס"ק ז.

כב. חידושי ר"ע איגר, חו"מ, שג, על ש"ך, ס"ק ח, מעלה אפשרות ששומר חינום שהוציא הוצאות כדי להציל את הפיקדון נעשה שומר שכן בזכות פרוטה דרב יוסף, לפי הדעה (ליד ציון הערה 235) שיש פרוטה דרב יוסף גם במצווה שאורכת זמן קצר, שהרי הוא עושה מצווה כשמוציא הוצאות להציל, שאינו מחויב בכך — ראה סעיף 6, פרק ד.

כג. ראה במילואים להערה 224, בשאלה קרובה לזו: מדוע אין אומרים ששומר חינום נעשה שומר שכן מטעם שומר אבדה, ברגע שנוצרת סכנה לנכס שמכניסה אותו לגדר אבדה.

כד. מקרים מיוחדים שמשפיעה בהם פרוטה דרב יוסף — שלישי: ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לד (הובא בשו"ת תשובה מאהבה, חלק א, סימן קצא, ובשו"ת שארית שמחה, סימן נה), מעלה אפשרות ששלישי, ששניים השלישו בידו נכס (אשר השניים חלוקים באשר לבעלות עליו, וכדומה) למשך זמן מסוים, הוא שומר שכן מטעם פרוטה דרב יוסף, מפני שהוא עושה מצווה בטיפול בעוד

שהמפקידים אינם יכולים לעשות את הטיפול — שהרי זה התנאי בהשלשה, שאף אחד מהם לא יוכל לדרוש ממנו את הנכס (וכותב שמספק תועיל תפיסה אם קרתה גנבה ואבדה). אבל נתיבות המשפט, עב, ס"ק כ (הובא בערוך השולחן, חו"מ, עב, יב), כתב שהשליש אינו שומר שכן, בהתאם לשיטתו (במילואים להערה 108) שאם חיוב השומר לטפל בנכס לא נבע מתוך מצווה, אין חיוב זה יוצר פרוטה דרב יוסף. כך העיר גם אמרי מהרש"ח, ב"מ כט ע"ב, שהלא היה יכול שלא לקבל את השלישות, ואז בעל הנכס עצמו היה מטפל, ובקבלת השלישות לא הייתה מצווה. גם מטה שמעון, עב, הגהות בית יוסף, אות יח, כותב שפרוטה שבאה בזכות הטיפול מעילה לעשותו שומר שכן רק בשעת הטיפול, ודווקא מצווה שבשעת ההפקדה עושה אותו שומר שכן למשך כל הפרוטה שבאה בהטופל נשאר ב"צריך עיון" על הש"ך. שו"ת שערי רחמים, חו"מ, סימן לג, מביא שגם ערך השולחן, עב, ס"ק ד (ואינו מפורש בדבריו), חלק על הש"ך, בנימוק שאין כאן מצווה לטפל בנכס. ערוך השולחן שם כתב, שאם השליש מקבל שכן, הוא שומר שכן.

כה. דין: נתיבות המשפט, כה, ס"ק ג, כתב שדין נחשב שמקבל שכן משום שהוא עושה מצווה בזה שהוא דן, ונהנה פרוטה דרב יוסף, ולכן אם טעה דינו כאומן בשכר שטעה (שחייב לשלם — ראה במילואים להערה 133). אך אמרי בינה, דיני דינינים, סימן ל (ד"ה אך), דוחה את דבריו מכמה טעמים: א) מצווה זו אינה חובה המוטלת על הדיין, והוא יכול לומר שאינו מוכן להתחייב עבור שכן מועט כזה, ודווקא שומר אבדה, שזו מצווה המוטלת עליו כחובה, נעשה שומר שכן בשכר זה (ראה בשם בהערה 221). ב) מאחר שטעה, לא עשה מצווה, ואינו נהנה פרוטה דרב יוסף, כדברי פלפולא חריפתא, על הרא"ש, ב"ק פ"ק ט, סימן טו, אות ז (הובא גם בדברי חיים, דיני שומרים, סימן יט, ובהפירוש, שנה לט, חוב' ה, עמ' 13), שהברכה שמברך שחוק על השחיטה אינה נחשבת שכן לחייבו אם ניבל את הבהמה (ראה בסמוך), מצד שברכה שווה עשרה זהובים (כ"ק צא ע"ב), מפני שהתברר שזו ברכה לבטלה, שהרי נתבלה, וזו עבירה, ואף הדיין עשה עבירה כשטעה (כך נראית כוונתו). ג) נתיבות המשפט עצמו אומר כאן בטקסט, שאין פרוטה דרב יוסף במצווה שאינה חיובית, והרי אין חובה לדון. ד) אין לדין דין שומר מפני שלא עשה קניין בנכס (הנחון לדעה אחת, בסעיף 1(א), ליד ציון הערה 127).

כו. שוחט: מבי"ק צט ע"ב מוכח שבשוחט אין פרוטה דרב יוסף, שכן מדברים שם על שוחט בחינם לעומת שוחט בשכר. טעמים אחרים ניתנו באחרונים, להסביר מדוע אינו שומר שכן מטעם פרוטה דרב יוסף עקב המצוות הכרוכות בשחיטה: א) דברי חיים, דיני שומרים, סימן יט, מסביר שאין פרוטה דרב יוסף מצד הברכה על השחיטה, מפני שבטוניה שם מדובר בנתבלה בהכמה, ולכן אין פרוטה דרב יוסף, מפני שעשה עבירה, בברכה לבטלה — ראה בשם פלפולא חריפתא, לעיל בסמוך (ועיין בעניין זה בשו"ת דבר יהושע, חלק א, סימן צד, עמ' שלב). ראו"ל קפלן, "בדין טבח אומן שקילקל", הפירוש, שנה לט, חוב' ג, עמ' 8, דוחה הסבר זה, לפי העיקרון (ליד ציון הערה 19) שדי בספק שכן לעניין שומר שכן, ואם כן, מאחר שאילו שחט כראוי היה נהנה פרוטה דרב יוסף, הוא צריך להיות שומר שכן. ר"צ טננבוים, "בדין עוסק במצווה פטור מן המצווה", שם חוב' ה, עמ' 10, הסכים להסבר שמאחר שקילקל את השחיטה, אין מצוות כיסוי הדם, ולכן אין פרוטה דרב יוסף, והסביר שדווקא שומר אבדה הוא שומר שכן גם אם נגנב הנכס כסופו של דבר (למרות שלא ביצע את המצווה בשלמות), מפני שכל רגע עד הגנבה היה שומר שכן גמור מפני שנהנה פרוטה דרב יוסף (אך הוא לא השיב על ראיית ראו"ל קפלן מסתם שומר שכן, שאם נגנב אין לו שום שכן), ואילו בשוחט, אם קילקל, לא חל שם שחיטה מעולם, ואם כן מעולם לא נפטר מצדקה (אך קשה, הרי אילו היה מבקש ממנו עני במהלך הכיסוי, לא היה צריך לתת לו צדקה, מפני שהיה ראשי להניח שהשחיטה תהיה כשרה, ודווקא לומר שעכשו צריך לרוץ אחרי העני ולתת לו מפני שהופטר בטעות; וזה קשה גם על דברי חיים שם, אך אין זה קשה על פלפולא חריפתא, שלא דיבר על פרוטה דרב יוסף אלא על ערך הברכה כעשרה זהובים, והרי אילו מכר את הברכה כעשרה זהובים, היה צריך להחזיר את הכסף, כשהתברר שנתבלה). ב) ראו"ל קפלן שם הסביר שאין פרוטה דרב יוסף מצד מצוות השחיטה, מפני שאין מצווה לשחוט, אלא מצווה לאוכל שלא לאכול בשר בלי שחיטה. ג) ראו"ל קפלן הסביר שאין פרוטה דרב יוסף מצד ברכת השחיטה מפני שמצוות הברכה היא מדרבנן, ואינו נפטר בזה ממצוות צדקה שהיא מן התורה. אך ר"צ טננבוים שם דחה הסבר זה, על ידי שהוכיח שהעוסק במצווה דרבנן מופטר ממצווה מן התורה (עיין שם להוכחתו). רב"צ רונטל, שם חוב' ה, עמ' 13, דחה הסבר זה בטענה שגם מצווה דרבנן אינה נקראת "שקבת שלך", ולכן חלה עליה הדרשה (סוכה כה ע"א) שרק "בשקבת שלך" אדם חייב במצוות (על שאלה עקרונית זו ראה במילואים להערה 344). ד) ראו"ל קפלן הסביר שאין פרוטה דרב יוסף מצד מצוות כיסוי הדם, מפני שהעוסק במצווה שבין אדם למקום אינו פטור ממצווה בין אדם לחברו, מפני שאדם חייב בשני סוגי המצוות (ראה עיקרון זה במילואים להערה 353, בשם שם אריה), שהרי אין זה מתקבל על הדעת שמי שלומד ומתפלל כל היום יופטר מצדקה, ולכן אין פרוטה דרב יוסף, ופרוטה דרב יוסף קיימת רק בשומר אבדה ובמלווה על המשכון, שעושים מצווה בין אדם לחברו, השבת אבדה והלוואה, ולכן פטורים מצדקה ויש פרוטה דרב יוסף. אך ר"צ טננבוים קשה על עיקרון זה, הרי בסוכה שם נאמר ש"בשבת ובלכת" של מצווה אתה פטור ממצווה אחרת, וזה כולל מן הסתם גם בין אדם לחברו (הוא מביא עוד ראיה לכך — עיין שם). גם רב"צ רונטל שם כותב שמסוכה שם מוכח שגם העוסק במצווה מסוג אחד פטור ממצווה מסוג האחר. ה) רב"צ רונטל, "בעניין טבח אומן שקילקל", שם עמ' 13, מסביר שאין מתחשבים בפרוטה דרב יוסף מצד כיסוי הדם, מפני שהיא קיימת דווקא אם מרויח את הפרוטה באותה מצווה שמתעסק בה, וכאן הוא מתעסק במצוות שחיטה, ועליה אנו דנים האם עושה זאת בשכר, ולכן אין להתחשב במה שמרויח פרוטה דרב יוסף בגלל מצוות כיסוי הדם, שהיא מצווה נפרדת. ו) רב"צ רונטל שם (עמ' 14) הסביר שאין פרוטה דרב יוסף בגלל מצוות הברכה על השחיטה, שהרי בשעת הברכה יכול לתת צדקה, מפני שאינו עוסק בידיו. על שוחט ראה עוד במילואים להערה 118, בשאלה האם הוא שומר שכן מטעם ברכות השחיטה.

להערה 111

א. ישעות יעקב, או"ח, שו, אחרי ס"ק ג (ד"ה והנה בהא), הסביר בדרך אחרת: לא ברור האם הנאת האמון נחשבת לשומר הנאה גמורה, שהי אולי אינה חשובה בעיניו כל כך עד שיחשב בגללה שומר שכן, ורק אם הוא מתנה להיות כשואל, מחייבים אותו בגלל הנאה זו מפני שרואים שהנאה זו חשובה בעיניו.

ב. בדומה הסביר ב' ליפשיץ, אסמכתא, עמ' 215, שהנאה זו מועטת, ומועילה רק בהצטרפות להתחייבות מפורשת של השומר להחמיר באחריותו, והיא אינה מועילה בתמורה להתחייבות (כמו שאר סוגי הנאה בשומר שכן) אלא שבגללה יש תוקף להתחייבות, אבל הנאה עצמה אינה מחייבת.

ג. אבני מילואים, כט, ס"ק ו, הסביר על פי דברי תוספות, ב"מ נח ע"א, ד"ה אמר (בתירוצם השני), שהנאת האמון קיימת רק אם התנה בפירוש להיות כשואל, שאז הוא נהנה בזה שחושבים שהשאליל לא לו הנכס, שלא כמו בהנבה המקובלת שהנאת האמון קיימת

מילואים לסעיף 1(ג)

בכל שומר (וראה סעיף 14, הערה 70, שרוב הראשונים חלקו על התוספות שם). וראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 9, בשאלה מדוע אינו נחשב שואל מחמת הנאת האמון.

להערה 112

כמו כן, שו"ת בני שמואל, סימן לח, עוסק בנער שעבר אצל ראובן, והתנה עמו שישלם לו שכר מלאכתו רק במועד מסוים, והנער רצה לקבל את הכסף לפני סוף הזמן, ולכן הסכים לקחת סחורה של ראובן למקום אחר לקברה ולקבל על עצמו אחריות לאונס. הוא פוסק שהנער שומר שכר מפני שבזכות הסכמתו לשמור, קיבל את שכר מלאכתו מוקדם יותר.

להערה 113

א. אך שו"ת שי למורא, סימן טו (יח ע"ג), מעלה אפשרות שאין שומר נעשה שומר שכר בהנאה שחושבים שהוא עשיר משום שהנכס ברשותו, כשם שיש ספק האם השואל נכס למטרה זו נחשב שואל (ראה סעיף 1(ד), הערה 94 — אך שם נראה שהפוסקים אמרו שאף על פי שאינו שואל, הוא שומר שכר). אך בנידוננו, לא היה בדעת השומר לנצל לצורך רווח אחר את העובדה שחושבים שהוא עשיר, ובוהו שונה נידונו משל החתם סופר.

ב. סוגים נוספים של תמורה: בסעיף 1(ד), פרק ב, 3(ג), נראה שיש ששומר נעשה שומר שכר מפני שנהנה מזה שמישהו ראה שהיה מוכן לתת לו את הנכס במתנה. עוד נראה שם (ליד ציון הערה 80) שיש ששומר נעשה שומר שכר מפני שנהנה מן האפשרות לקנות את הנכס. ראה גם סעיף 7, במילואים להערה 332, שרז"נ גולדברג אומר שתלמיד של רועה הוא שומר שכר על הבהמות גם אם אינו מקבל שכר מפורש, משום שהנאותו בלימוד המקצוע נחשבת שכר.

להערה 116

א. כמו כן, הגהה במרדכי, ב"ב, סימן תקסד (נדפס בגליון וחתום "מ"י" = מרדכי ישן), אומר ששוחט שאינו מקבל שכר אלא עושה בשביל טובת הנאה — כלומר, שבעל הבהמה יחזיק לו טובה — אינו שומר שכר.

ב. שו"ת אבני נזר, או"ח, סימן שכו, אות י, מסביר שהנאת החזקת טובה אינה נחשבת הנאה (שאלו כן, כל שומר היה צריך להיות שומר שכר משום שבעל הנכס מחזיק לו טובה), משום שהיא רק "גרמא". נראה שכונתו להגדרתו שזו כהנאה מוסרית. הוא חזר בו ממה שהסביר שם, אות ה, שאינה הנאה משום שלא התכוון להנאה זו (ועל פי זה כתב באות ז ששומר נכסי נכרי הוא אכן שומר שכר בגלל הנאה זו — עיין שם), שהלא פרוטה דרב יוסף נחשבת שכר לעניין שומר שכר אף על פי שלא התכוון להנאה זו.

להערה 118

א. גם ר' יהושע יוסף פרייל, בשו"ת ספר המאור (פרייל), סימן טו, מוכיח מזה שנוכרה פרוטה דרב יוסף, מכאן שעצם קיום המצווה אינו נחשב שכר, שאלו כן היו צריכים לומר ששומר אבדה נחשב שומר שכר בגלל המצווה עצמה. הוא מקשה על זה, מההגהה במרדכי, ב"ב, סימן תקסד (נדפס בגליון וחתום "מ"י", והובא גם במנחת יוסף, חלק א, הלכות שחיטה ובריכות, אחרי סימן כח, דף לט ע"ב, ליקוטי יוסף, ס"ק ב), המעלה אפשרות ששוחט נחשב שומר שכר מפני שהוא מרוויח את הברכות בשעת שחיטה. והוא מתיר, ששם זה לעניין אחר, ומדובר במי ששלח בהמה על ידי שליח אל השוחט, והכלל בשומר שקיבל נכס על ידי שליח, הוא, שאם זה בחינם אינו מתחייב כלפי בעל הנכס אלא כלפי השליח, ואם בשכר, מתחייב כלפי בעל הנכס (ראה בשמו בסעיף 13, במילואים להערה 134), ולענין זה יש מקום לומר שעצם אמירת הברכות נחשבת שכר, אף על פי שלעניין שומר שכר רגיל אינה נחשבת שכר, כאמור.

ב. לכאורה קשה, מדוע החוטף מצווה מחברו חייב לשלם לו עשרה זהובים, אם אין זו נחשבת הנאה? נראה שהתשובה היא בדברי רבנו יונתן מלוניל, ב"ק צא ע"ב, שכתב שזו תקנת חכמים שנועדה לחבב את המצוות בעיני ישראל, ולא שהוא משלם על ההסטר הנאה מחברו. עוד אפשר להסביר, שהוא חייב לשלם על שמנע מחברו שכר מצווה לעולם הבא, ושכר זה חשוב בעיני האדם, אף שלעניין שומר שכר אין מתחשבים בו.

ג. ראה במילואים להערה 177, בשם מנחת עני, בשאלה האם אפשר להחיל עיקרון זה שבפנים על לומד בספר. עיין גם אור עזרא, קובץ א, סימן א, הכותב שהנאה מקיום מצווה (כגון טיפול בבית כנסת בהתנדבות), אינה נחשבת שכר לעניין שומר שכר.

ד. שו"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א (דף ב ע"ב), כותב שאין אומרים ששומר שעושה מצווה יחשב שומר שכר בגלל שכר המצווה בעולם הבא, מפני שבשומר שכר מתחשבים רק בהנאת שוה פרוטה בממון. הסבר זה מהווה השלמה לדברים שבפנים, שהתייחסו להנאה בעולם הזה.

ה. דעות חולקות: בן המחבר, בדברי חיים שם (ובקיצור בספרו אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן סח), כתב שבאמת שומר שעושה מצווה על ידי השמירה הוא שומר שכר מפני שהוא נהנה בשכר שיקבל בעולם הזה ובעולם הבא (והמושג "לאו ליהנות ניתנו" פירושו שאין לו הנאה ישירה מעצם החפץ, והנפקות היא למקרה שהנאה ישירה אסורה אבל הנאה עקיפה מותרת). הוא דוחה את הראיה מזה שבשומר אבדה לא אמרו שהוא שומר שכר מחמת עצם הנאתו מהמצווה — שבשומר אבדה לא יכלו לומר כך, שהרי חייב שומר שכר בגנבה ואבדה נובע ממה שהתורה אמרה שהוא מוכן להתחייב בזה תמורה שכר (תוספות, כתובות נו ע"ב, ד"ה הרי), ואין לומר כך לגבי שכר מצוות השבת אבדה, כיוון שאינו עושה את המצווה ברצונו, ואין לומר שהוא שומר שכר משום שהתורה הטילה עליו מצווה, ורק מצד פרוטה דרב יוסף אפשר לומר שהוא שומר שכר, מצד שהתורה העמידה אותה ברשותו שיהיה חייב כשומר שכר, מפני שסוף כל סוף הרוויח פרוטה; אך במצווה שעושה ברצונו, אפשר לומר שהוא שומר שכר בגלל הנאתו משכר המצווה.

ו. כמו כן, ערך ש"י, חו"מ, שו, ד, אומר שנעשה שומר שכר בגלל שכר המצווה, ששוה עשרה זהובים; וזאת דווקא במצווה שלא היה מוכרח לעשות, כגון שחיטה, שהלא היה יכול לוותר על אכילת הבשר, ובמצווה כזאת לא נאמר "מצוות לאו ליהנות ניתנו"

מילואים לסעיף 1(ג)

(עין על כך בשדי חמד, כללים, מערכת מ, כלל צז), אבל במצוה שחובה לעשות, כגון השבת אבדה, "מצוות לאו ליהנות ניתנו", ולכן אינו שומר שכר בגלל שכר המצווה עצמה, ולכן הוצרך שם הטעם של פירושה דרב יוסף.
ז. קצות החושן שם מביא פרשנים אחרים, שלכאורה עולה מדבריהם שהם הבינו שזה אכן נחשב שכר — עין שם.
ח. ראה במילואים להערה 237, בשם תשובות הגאונים, שמלווה הוא שומר שכר על המשכון מפני שמקבל שכר מהקב"ה. וראה בהערה 387, שלדעה אחת המקבל אתרוג במתנה על מנת להחזיר הוא שומר שכר מפני הנאתו מקיום המצווה באתרוג; אך אפשר ששם הוא שומר שכר מפני שאת האתרוג יוכל גם להריח (שו"ע, או"ח, תרנג, א), וזו הנאה גופנית. וראה במילואים להערה 220 בשם פני יהושע וכתב סופר, שלדעה אחת בתלמוד, שכר המצווה יוצר אחריות של שומר שכר.

להערה 123

א. כך פסקו גם: רי"ף, ב"מ דף נ ע"א (הובא בב"ח, חו"מ, רצא, א), ודף נג ע"ב (שניהם בדפי הרי"ף); רש"י, ב"ק ה ע"א (ד"ה תחת); עין חיים (חזון), חלק ג, עמ' קס ועמ' קפב; ספר מישורים, נתיב ל, חלק ב וחלק ג; סמ"ג, עשה פט, בתחילתו; הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, א, אות א; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער י; אגודה, יבמות, סימן פא, ב"ק, סימן עט, וב"מ, סימן מט וסימן קלו; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צג ע"א; פסקי הרי"ד, ב"מ דף פ ע"ב ודף צג ע"א; פסקי הרי"ז, ב"מ, פרק ז, הלכה ד, אות א; אור זרוע, ב"מ, סימן רצ; רמב"ם, הלכות שכירות, א, ב, ומורה נבוכים, חלק ג, פרק מב; פסקי תוספות, ב"ק, סימן קלט; סמ"ק מצורין, מצווה רנא (עמ' עו); רא"ש, ב"ק, פרק ו, סימן ה, ב"מ, פרק ו, סימן יז, ותוספות הרא"ש, יבמות סו ע"ב; מרדכי, יבמות, סימן סה; תוספות, יבמות סו ע"ב (ד"ה דמחייב), וב"ק נו ע"ב (ד"ה סבריה); תוספות רבנו פרץ, ב"ק נו ע"ב; תוספות מהר"ם, יבמות שם; ריב"ן, יבמות שם (שניהם ב"שיטת הקדמונים"); תוספות תלמיד רבנו תם ור' אליעזר, ב"ק נו ע"ב; פירוש ר' אשר מלוניל, ב"מ פא ע"א; שערי שבעות, שער ז; מאירי, יבמות שם, ב"ק דף מה ע"א ודף נו ע"ב, וב"מ דף פ ע"ב ודף צג ע"א; מגדל דוד, ספר מצווה, מצווה רמג; פירושים ופסקים לר' אביגדור צרפתי, פסק צג, טור, חו"מ, סימן רצא, א, וסימן שז, א; שו"ע, חו"מ, שז, א; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רסו; פלפולא חריפטא, ב"ק, פרק ז, סימן יא, אות צ; ים של שלמה, ב"ק, פרק ו, סימן יב.

ב. ערוך השולחן, חו"מ, רצא, י, עיר הצדק, על הסמ"ג, עשה פט, ור"ח אלבק, סיני ו (תשכ"ב), עמ' קג, מוצאים רמז במקראות ששוכר הוא שומר שכר — עין שם.

ג. סמ"ק מצורין, שם, עמ' עז, מביא שעין חיים כתב שמאחר שזו מחלוקת ולא נפסקה הלכה, מספק שוכר הוא רק שומר חינוס. אך לפנינו עין חיים פוסק שהוא שומר שכר, כפי שצינו.

ד. תיבת גומא, פרשת וואת הברכה, אות ב, מזכיר את מחלוקת התנאים האם שוכר שומר חינוס או שומר שכר.

ה. בטעם הדעה ששוכר שומר חינוס, עין מנחה חדשה, מצווה נט, אות ב; רי"מ מרגליות, "אונס בשואל ובשולחני", הפרדס, שנה טז, חוב' ב, עמ' 23, ושנה יז, חוב' ה, עמ' 23. וראה במילואים להערה 134, אות ב.

ו. הגהות רי"צ דינר, ב"מ צה ע"ב (הובא על ידי ד' הנשקה, שנתון המשפט העברי טז"ו, תשנ"ג-שנ"א, עמ' 212), כותב שהייתה דעה בתנאים ששוכר חייב באונס כשואל. כמו כן, צ' קלר, תרביץ ז (תרצ"ו), עמ' 273, כותב שלפי פשט הפסוק, שוכר חייב באונס.

ז. שו"ת מאורות נתן (שפיגלגלס), סימן עו, כותב שלפי ש"ך, חו"מ, שו, ס"ק א, גם שוכר המשתמש בנכס בבית בעל הנכס חייב, כמו שהוא אומר לגבי אומן העובד בבית בעל הנכס (ראה בשמו בהערה 148). ונראה שלדעה שאומן העובד בבית בעל הנכס פטור משמירה מפני שבעל הנכס לא הסתלק משמירה (ראה ליד ציון הערה 146), כך יהיה גם דין שוכר המשתמש בנכס בבית בעל הנכס.

ח. נראה שאורה בבית מלון דינו כשוכר, לענין אחריותו על המיטלטלין שבמלון שהוא משתמש בהם, שהרי הם מושכרים לשימוש תמורת דמי האירוח (על החדר עצמו הוא פטור משמירה, ככל שומר קרקע — ראה סעיף 1(א), פרק ב).

ט. על שוכר מקטן ראה סעיף 13, ליד ציון הערה 26.

להערה 124

א. נימוקים שונים לכך ששוכר שומר שכר: תומים, עב, ס"ק ג, כותב שלמסקנת הסוגיה בב"מ פ ע"ב, הטעם ששוכר שומר שכר הוא בהנאה שבעל הנכס בחר דווקא בשוכר זה להשכיר לו; ובמקום שאין הנאה זו קיימת, אינו שומר שכר. ראה בשמו במילואים להערה 296. כך כתב גם קרית מלך רב — ראה במילואים להערה 400. גם גן נעול, כפתור ד, פרח ו, אות ג (טו ע"ב), מדייק מב"מ שם שאפשר ששוכר שומר שכר מפני הנאה זו. כמו כן, חכם אחד בשו"ת ברך משה, סימן טז (סט ע"א), אומר שלפי התלמוד שוכר שומר שכר בגלל הנאתו ממה שבעל הנכס משכיר דווקא לו, וזאת אף על פי שהשוכר מחזר אחר הנכס לצורכו. אך ר"ג אשכנזי שם כותב שהתלמוד חזר בו מסברה זו, וסובר כפי שמגן גיבורים, ב"מ פ ע"ב, מסביר (בדעת התרצן בתחילת הסוגיה) שהנאה זו אינה קיימת בשוכר, מפני שהמשכיר לא ימצא הרבה שוכרים, והשוכר אינו נהנה מזה שהמשכיר משכיר דווקא לו.

ב. שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (צז ע"א), מסביר שאף על פי ששוכר משלם דמי שכירות, הוא שומר שכר מפני שהוא צריך את הנכס לצורכו עכשו, והשעה דחוקה לו, ואילו לבעל הנכס לא דוחקת השעה, מפני שאם אדם זה לא ישכור ממנו, יבוא אדם אחר וישכור ממנו, ולכן הנאת השוכר גדולה יותר.

ג. מחמת הנאת ההחזקה כביטחון: תוספות, ב"מ פ ע"ב (ד"ה דקא), הקשו, מדוע אין אומרים ששוכר שומר שכר בהנאה שהוא מחזיק בנכס כביטחון לכספו? ותיצרו, שהנאה זו יש רק לאומן, משום שרוב האומנים עושים את המלאכה בבית בעל הנכס, ולכן אומן המחזיק את הנכס ברשותו, נהנה מן הביטחון שזה נותן לו לקבלת ממנו, מה שאינו כן בשוכרים, שכולם מחזיקים את הנכס ברשותם, אם כן אין לשוכר הנאה מזה (ראה על עיקרון זה במילואים להערה 102). מהרש"א, על תוספות שם (הובא בפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג, דף קיח ע"א); תורת חיים, על תוספות שם (הובא בשו"ת ר' משה מרוטנבורג, או"ח, סימן יא, דף יב ע"א); חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סב (צז ע"ב); נתיבות ירושלים, על ירושלמי, ב"מ ו, ה; ושו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד (עג ע"ד) — תירצו בדרך אחרת: הרי שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ואם כן אין מקום לומר שנהנה

מילואים לסעיף 1(ג)

ממה שהנכס משמש ביטחון על כספו, שהרי מן הסתם עדיין לא שילם דמי שכירות. רח"א מילר הסביר שהתוספות לא הסתפקו בהסבר זה, משום שלפיו, שוכר שכבר שילם, יהיה שומר שכר מטעם זה, ואילו מסתימת התלמוד משמע שאין אומרים כך בשום מקרה.

ד. אך נכנסת הגדולה, חו"מ, שו, הגהות הטור, אות י, כותב שלפי הדעה שאומן שומר שכר משום שמחזיק את הנכס כביטחון (ראה ליד ציון הערה 135), גם שוכר שומר שכר מטעם זה, לפי התירוץ השני של התלמוד, ב"מ פ ע"ב, ומה שהתוספות שם כתבו שבשוכר אין הנאה זו, אמור רק לתירוץ הראשון של התלמוד שם. כמו כן, ר"מ גלנטי, בשו"ת ברך משה, סימן יז (עא ע"ב), כותב בדעת פסקי תוספות, ב"מ, סימן רפה, ששוכר שומר שכר מפני הנאת ההחזקה כביטחון, כמו אומן.

ה. אמת ליעקב, נזיקין, חלק א, עמ' רלט, מנמק את הדין ששוכר שומר שכר, לפי שני הצדדים ב"חקירה" מדוע אחריות שומר שכר חמורה משל שומר חינוס (ראה בשמו במילואים להערה 52). צד אחד הוא, שמן הדין התורה מחייבת שמירה רק מרוח מצויה (לדוגמה), ומכל מקום שומר שכר צריך לשמור אף מרוח שאינה מצויה (לדוגמה) מפני שהתורה אומרת את דעת בעל הנכס שהוא נותן שכר במטרה שהשומר יקבל על עצמו חיוב חמור יותר. הצד השני הוא, שמן הדין התורה מחייבת לשמור מכל דבר (ופטור רק באונס), ומכל מקום שומר חינוס פטור ברוח שאינה מצויה מפני שיש לאמור את דעתו שמאחר שזה בחינם אינו מוכן לשמור אלא מרוח מצויה. לצד השני, שסתם שמירה צריכה להיות כשל שומר שכר, אלא ששומר חינוס אינו מוכן לשמור כל כך טוב, יוצא ששוכר, שמרוויח, מוכן להתחייב בשמירה חמורה (ולא משנה לו שגם בעל הנכס נהנה); ולצד הראשון, שהשמירה ההתורה הטילה היא של שומר חינוס, ושומר שכר חייב בשמירה חמורה רק משום שאומרים את דעת בעל הנכס שרצונו בכך כיוון שהוא משלם שכר, לפי זה כאן שאין בעל הנכס משלם שכר, אלא אף הוא מרוויח מהעסקה, השוכר הוא שומר חינוס; ומכל מקום שוכר שומר שכר מן הטעמים שנמנו בב"מ פ ע"ב לגבי אומן (הנאת ההחזקה כביטחון, והנאה שבחר דווקא בו).

ו. חקרי לב שם (צח ע"א) מעלה אפשרות לפרש ברבתי רש"י, ב"מ פ ע"ב (ד"ה ר"י), ששוכר שומר שכר מפני שבוה שהוא משלם שכר, נהנה בוה שפטור באונס, שלולא שילם שכר היה שואל החייב באונס. אך הוא דוחה פירוש זה.

ז. ראה עוד במילואים להערה 161, בשם רח"א מילר, לנימוק ששוכר שומר שכר. ועיין גם בית שלמה (אבעל), שער י, דף פג ע"א.

להערה 128

א. סוגי שימוש גבוליים: ר"ז חר"פ, תורה מציון, שנה א, סימן כב, כותב שלרמב"ם אם שכר נכס להראות בו, או למלאכה שהיא פחותה משווה פרוטה, או בהמה לרבעו, יש ספק האם הוא שומר שכר, כמו שבשואל יש ספק כזה — ראה בשמו בסעיף 1(ד), במילואים להערה 93. גם חידושים ובאורים (גריינימן), ב"מ, חלק ב, סימן כח, ס"ק ט, נוקט שאותו ספק קיים גם בשוכר, וכותב שהספק קיים גם בשוכר נכס לעשות בו מלאכה פחותה משווה פרוטה, אבל משלם שכירות פרוטה, ואף על פי שהעובדה שהוא משלם שכר פרוטה, מראה שעבורו המלאכה שווה פרוטה, אין אומרים "לידי שווה לי" ("עבורי זה שווה") בפחותה משווה פרוטה (עיין אוצר הפוסקים, אה"ע"ז, לא, ס"ק ד, אות ח, שיש בוה מחלוקת, וראה במילואים להערה 27), מה עוד שזה לא כמו שאנשים רגילים לשכור (ובב"מ צו ע"א נאמר שהחיסרון בשואל בהמה לרבעו הוא שאין אנשים רגילים לשאלו כן).

ב. לעומתם, פרי ביכורים, על ספר המצוות לרמב"ם, עשה רמג, מעלה אפשרות שדווקא בשואל יש ספק, משום שצריך שיהיה לשואל קניין בנכס לחיוב אונס, אבל שוכר שאינו צריך קניין בנכס כדי להתחייב, שהרי אינו חייב באונס, אולי אינו צריך פרוטה (כלומר, אינו צריך לשכור למטרת שימוש של שווה פרוטה; שאלו שימוש בפועל אינו צריך כלל, כאמור בפנים), ואולי חייב גם אם שכרה לרבעו או להראות בה בלבד.

ג. קובץ הערות, סימן נג, ס"ק י, מעלה אפשרות ששוכר שהקדים לשלם דמי שכירות אינו שומר שכר, מפני שאז הוא קנונה לזמן קצוב, שהוא שומר חינוס (ראה ליד ציון הערה 397). ראה במילואים להערה 160, אות יד, שגם אם השימוש נועד לטובת שניהם (השוכר והמשכיר) בשווה, דינו כשוכר.

להערה 129

א. זאת בניגוד ליורשי שואל, שחייבים בגנבה ואבדה בין השתמשו ובין לא השתמשו, כפי שנראה בסעיף 1(ד), פרק ב, 2. תוספות שאנן נימק את ההבדל בכך שהשוכר לא נהנה בחינם מן הנכס, שלא כשואל. כוונתו היא, ששימוש החינם שנהנה האב נחשב די הנאה לחייב את היורש כשומר שכר (ראה במילואים להערה 12 והערה 32), אבל שימוש בשכר שנהנה האב, אין בו די להחשב הנאה לגבי היורש.

ב. אפשר להסביר שפטורים מגנבה ואבדה מפני שבוה שהמשכיר לא דרש מהם את הנכס בחזרה אם לא יקבלו על עצמם אחריות כשומרי שכר, מוכח שהוא מוחל על זה. ראה סברה מקבילה ביורשי שואל בסעיף 1(ד), במילואים להערה 49.

ג. ייתכן שיהיו פטורים לגמרי משמירה, כמו יורשי שומר חינוס וסתם שומר שכר, כפי שראינו בסעיף 1(א), פרק א, 3 (ד). אך ייתכן שמאחר שיש להם רשות שימוש, הם חייבים בפשיעה.

ד. מרכבת המשנה, מהדורא בתרא, על הרמב"ם, הלכות שאילה, א, ה, כותב רק שהיורש חייב לשלם על גנבה ואבדה מנכסים שהניח האב (ראה סעיף 5, פרק ג, 3). מדבריו משמע שמצד עצמו היורש פטור בגנבה ואבדה.

ה. דעות חולקות: שמחת עולם, על הרמב"ם שם, לומד ממה שכתב הריטב"א שכן של אומן הוא שומר שכר כאביו (ראה ליד ציון הערה 140), מכאן שגם יורש של שוכר הוא שומר שכר. כמו כן, חידושים ובאורים (גריינימן), ב"ק, סימן יג, ס"ק כא, מעלה אפשרות שירש של שוכר חייב בגנבה ואבדה, ודווקא יורש של שואל פטור מאונס, מפני שמן הסתם המשאל מתיר לו להשתמש אף על פי שהוא פטור מאונס, שהרי השימוש אינו גורם להביא אונס יותר מאם לא ישתמש, אבל יש מקום לומר שהמשכיר אינו מוכן שהיורש ישתמש בנכס אם יהיה פטור בגנבה ואבדה, שהרי השימוש עלול לגרום לנזק של גנבה ואבדה. הוא מבאר שהראשונים היו יכולים לנמק בסברה זו את מה שחייבו יורשי שואל בגנבה ואבדה (סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 45), אלא שהעדיפו לתת נימוק אחר, שהנאת השימוש מחייבת, מפני שהנימוק ההוא טוב גם למקרה שלא השתמש בפועל, ורק היה יכול להשתמש (ולפי זה יורש של שוכר חייב בגנבה ואבדה רק אם השתמש). כמו כן, סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' צה), כותב שירש של שוכר פטור מאונס — משמע שהוא שומר שכר.

מילואים לסעיף 1(ג)

ו. רשות השימוש: שושנת יעקב, שמא, ג, כותב שלפי נתיבות המשפט, לא כל יורשי השוכר רשאים להשתמש, אלא רק בניו הממוכים על שולחנו (כך כתב נתיבות המשפט לגבי יורשי שואל – ראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 41); ואילו מסמ"ע, עב, ס"ק ת, ומהגהות אשרי (שצוין בהערה) משמע שגם שאר יורשים רשאים להשתמש, מפני ששכירות הוא מכר ליומה, והיורשים יורשים את זכותו.

להערה 132

א. דעות חולקות: שושנת יעקב, שמא, ג, דוחה את סברתו שמאחר שחייב לשלם בלאו הכי נמצא שנהנה חניס – הלא כל שוכר חייב לשלם גם אם לא ישתמש, ואם כן נראה את שימושו כשימוש בחינם, ואיך יש תנא האומר ששוכר כשומר חניס? אלא, מה שהוא משתמש אינו קרוי שימוש בחינם, מפני שהוא משלם כדי שיוכל להשתמש; וגם אם האב כבר שילם, אינו נחשב שהיורש נהנה בחינם, מפני שהנאת השימוש באה לו בירושה מאביו, ששילם עבורה, ואין זה דבר שהוא מקבל בחינם מבעל הנכס. גם אולם המשפט, שמא, ג, תמה על נתיבות המשפט, הרי היורש זכה ברשות השימוש מכוח מה ששילם האב, ואם כן לגבי זה בכשירות ולא בחינם, מפני שזה כמו דבר שהאב קנה לבן, ולכן הוא פטור משמירה מפני שלא קיבל על עצמו שמירה (משמע, פטור אפילו פשע).

ב. דברי חיים, דיני שומרים, סימן כא, כותב להיפך מנתיבות המשפט: אם לא ירש נכסים מהאב, והאב לא פרע את דמי השכירות לכל התקופה, היורש שומר שכן, משום שהוא פטור מלשלם דמי שכירות גם אם ישתמש בו (לדעת הרמב"א – עיין שם בהוכחתו לכך), ונמצא שהיורש נהנה מן השימוש בחינם (ואילו נתיבות המשפט כתב שכאן הוא שומר חניס, מפני שהוא סובר שהיורש חייב לשלם דמי שכירות אם הוא משתמש, ולכן זהו שימוש בשכר). לעומת זאת, אם ירש נכסים מהאב, שאז הוא חייב לשלם מתוך נכסים אלו את דמי השכירות עד סוף התקופה, הוא שומר חניס, משום שאינו נהנה מן השימוש בחינם (צריך להסביר, שדווקא השוכר עצמו שומר שכן אף על פי שמשלם בעד שימוש, מפני שהוא קיבל על עצמו שמירה, וגילה את דעתו שהוא מעוניין לשלם בעד השימוש, כלומר, הוא הראה שהוא נהנה מהשימוש בתשלום, אבל היורש לא קיבל על עצמו שמירה, ולא גילה את דעתו שהשימוש בתשלום הוא הנאה בעיניו, ולכן רק שימוש בחינם נחשב הנאה לעשותו שומר שכן). כמו כן, לדעתו אם האב פרע בחייו לכל תקופת השכירות, היורש אינו נהנה מן השימוש בחינם, שהרי אם לא ישתמש יוכל לגבות בחזרה את החלק היחסי מדמי השכירות, ונמצא שהיורש כאילו משלם בעד שימוש, ואינו שומר שכן כשהשימוש הוא בשכר, כאמור (ואילו נתיבות המשפט כתב שבשני מקרים אלו היורש שומר שכן מפני שנחשב שמשתמש בחינם).

להערה 133

א. כך פסקו: תשובות גאוני מורח ומערב, סימן קס; רמב"ם, הלכות שכירות, י, ג; סמ"ג, עשה פט (דף קעג ע"ד); שו"ת מהר"ם מוונצבורג, דפוס פראג, סימן עב, ודפוס קרימונה, סימן קנג; מלחמות ה', שבועות כה ע"א (בדפי הרי"ף), ויורשי הרמב"ן, קידושין מח ע"א; ר"ן על הרי"ף, שבועות כז ע"א (בדפי הרי"ף); ספר מישורים, נתיב ל, חלק א; טור, חו"מ, שו, א; שו"ע, חו"מ, שו, א; שו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן קטו; שו"ת כרם שלמה (אמריאליו), חו"מ, סימן פה (ריו ע"ד), על רוקמת; שו"ת קול אליהו, חלק ב, חו"מ, סימן כו; שו"ת קרני ראם, סימן רט (על חייט); שו"ת מהרש"ם, חו"מ, סימן מה (בשאלה), על מעבד צמר, וסימן תנט (צורך שקיבל זהב לעשות שרשרת); שו"ת שערי עזרה, חו"מ, סימן מה (בעל הנור שקיבל סיר לחמם בשכר); שו"ת נוכח השולחן, חו"מ, סימן כ (בעל הנור); רוב דגן (עטייה), אות לטובה, אות ז, דף ג ע"ב (כורך ספרים); פרי עץ חיים, חלק ד, דף קל (מס' 414); שו"ת מהר"ם שיק, יו"ד, סימן רד; חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סא; שו"ת מצוות כהונה (יצחק), סימן כ; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קכ (על מעבד צמר); חסדי דוד, תוספתא ב"מ ז, י (ד"ה הנותן); שו"ת מעיין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן כ (עמ' 264); ברורי הלכה (מענה שמחה) ד (תשנ"א), עמ' 39 (בעל מוסף, על המכוניות), ועמ' 64 (באחראי הבטיחות של מלטשת יהלומים); שו"ת חיי אריה (ליפקין), חו"מ, סימן א, אות יט (על סופר שכותב ספר תורה על גיל של בעל הנכס); גן נעול, כפתור ד, פרח ה.

ב. כתר תורה (ויטאל), עשה ריב, בשיר שחיבר על כל המצוות, נוקט את המלה "אומן" כמילת מפתח למצוות שומר שכן. על הדין שאומן הוא שומר שכן עיין אור עזרא, קובץ ב, עמ' פט-קב ועמ' קנא.

ג. צ' קול, תרביץ ז (תרצ"ו), עמ' 271, כותב שגם לפני שהבדילו חכמים בין שומר חניס לשומר שכן, וסברו שחייב גבה ואבדה חל רק אם הנכס הופקד על מנת שישמור בהשגחה צמודה, ולא שרק יניח במקום שמור, סברו שאומן חייב בגנבה ואבדה, מפני שמי שמסר לו את הנכס לא התכוון שיטמין במקום שמור, שהרי האומן צריך לתקנו, אלא התכוון שישמור בהשגחה צמודה.

ד. דעות חולקות: חידושי הריטב"א, קידושין מח ע"ב, כותב של"י יהודה אומן אינו שומר שכן; הסביר המהדיר, בהערה 802, שכונתו לתירוץ אחרון בב"מ שם, שר' יהודה סובר ששוכר שומר חניס, ולכן גם אומן שומר חניס, והמשנה האומרת שאומן שומר שכן היא כר"מ האומר ששוכר הוא שומר שכן (אך פסקי הרי"ד, ב"מ פ ע"ב, כותב שגם למי שגורס שר' יהודה סובר ששוכר הוא שומר חניס, הוא סובר שאומן שומר שכן מפני שהוא מחזיק את הנכס כביטחון לשכרו). אפשר שזאת גם כוונת דברי תלמוד, חלק ב, עמ' רסט, הכותב שיש מחלוקת האם אומן הוא שומר חניס או שומר שכן.

ה. יש דינים אחרים באומן (כגון שוחט ושולחני), שלגביהם יש נפקות בין אם הוא מקבל שכן או לא – למקרה שהנכס לא אבד בפשיעה, וכדומה (הנפקות הרגילה של אחריות שומר), אלא שבמלאכתו עשה נזק לנכס. לא נעסוק באלו כאן. אלא שלפי רמ"ה, בשטח מקובצת, ב"ק צט ע"ב, ושו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן יט, גם שם חיובו הוא מדין שומר. ראה גם במילואים להערה 19, שנראה שגם קצות החושן הבין כך. אולם יש שמצאו הבדלים בין חיוב זה לחיוב שומר: א) שו"ת באר יצחק, חו"מ, סימן ו, ענף א, כותב שלעניין זה אומן שומר שכן מחמת שכן אומנותו גם לדעה הסוברת שאין שכן האומנות עושה אותו לשומר שכן לגבי שמירה (ראה במילואים להערה 134, בשם מחנה אפרים), בנימוק שהשכן אינו על השמירה אלא על האומנות. ב) שו"ת בית שלמה (סקאלא), יו"ד, חלק א, סימן כא, כותב שלעניין זה נחשב עושה בשכר גם אם זהו שכן בטלה (ראה בשמו במילואים להערה 162) מפני שכאן חייב מדין מו"ק. בעניין זה עיין קובץ שיעורים, ב"ק, סימן קידק"ט; שו"ת דבר יהושע, חלק א, סימן צד; מנחת יוסף, חלק א, הלכות שחיטה ובריקות, אחרי סימן כח, דפים לח-לט; רש"י כהן, תורה שבעל פה כו (תשמ"ה), עמ' לד-מו; חוק לישראל, נזיקין, עמ' 157-158.

ו. בשאלה האם אומן הוא שומר שכן לאחר שסיים את מלאכתו, ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 142.

א. מן האחרונים נימקו כך: ש"ך, חו"מ, שו"ט, ס"ק א; קצות החושן, סימן עב, ס"ק ד, וסימן שו, ס"ק ד; שו"ת שי למורא, סימן טו (יו ע"ג); שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד; כבוד יום טוב, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ב; יד המלך (פלומבו), על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, ג; גידולי תרומה, על ספר התרומות, שער מו, חלק ג, אות ז; עצי לבונה, יו"ד, קצו, ה; שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן יג, בתחילתו; שער דעה (סוף ספר שער משפט), קצו, ס"ק ד; שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן טו; ר' אברהם ישראל, בשו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן ט (סא ע"ב); שו"ת כרם שלמה (אמריאליו), חו"מ, סימן פה (רטו ע"א); שו"ת באר יצחק, חו"מ, סימן ו, ענף א וענף ד (שהוא נהנה מהחזקת הנכס, מפני שאם יאבד, לא יהיה לו במה להשתכר, ויקבל רק את שכר עבודתו שעבר עד שעת האבדן); שו"ת ירוי משפטין ליעקב, סימן עט; שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן מא; מעשה בראשית, מצווה נט; נתיבות ירושלים, על ירושלמי, ב"מ ו, ה; שו"ת ר' משה מרטנובורג, או"ח, סימן יא (דף יב ע"ג); ר"ש אלישר, בשו"ת זכר אליהו (טי"ב), סימן עב.

ב. כפי שמסביר ר"י, התלמוד אינו אומר נימוק זה, משום שהוא טוב רק לדעה ששומר שוכר, ואילו הדעה ששוכר הוא שומר חייב סוברת שאין זו סיבה מספקת לעשותו שומר שוכר, מפני שכנגד זה הוא משקיע הוצאות ועבודה (הדגשת ב"ח, חו"מ, שו"ט, א), כשם שהנאת השימוש אינה הופכת שוכר לשומר שוכר כיוון שכנגדה הוא משלם דמי שכירות. אולם מאחר שלהלכה שוכר הוא שומר שוכר, נימוק זה תקף.

ג. מלאכת שלמה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, א (דף נט ע"ד), ונתיבות ירושלים, על ירושלמי, ב"מ ו, ה, הקשו, שש"ך, חו"מ, שו"ט, ס"ק א, נתן נימוק זה, ואילו בסימן עב, ס"ק י, כתב שאומן שומר שוכר משום הנאת ההחזקה כביטחון. נתיבות המשפט, עב, ס"ק ז (ובדומה כתב שו"ת דברי שלום, מאשא, חו"מ, סימן ו), הסביר שבסימן עב לא התחשב הש"ך בהנאת ההשתכרות משום שהוא עוסק שם באומן שכבר גמר את מלאכתו (כפי שנביא אותו בסעיף 11, הערה 143), ולעניין הנאה זו כבר כלה זמנו אז, ונשארה רק הנאת ההחזקה כביטחון. על הנימוק לכך שאומן הוא שומר שוכר עיין בית שלמה (אבעל), שער י, דף פג ע"א; דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 870-873.

ד. דעות חולקות: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן מא, כתב שהראב"ן והמרדכי (שנביא בהערה 142) סוברים שהטעם הוא משום הנאת ההחזקה כביטחון (ליד ציון הערה 135), ואין להתחשב בטובת ההנאה מעצם השתכרותו במלאכה, מפני טובת ההנאה הזאת אינה תוצאה מהחזקתו את הנכס (ראה העיקרון ליד ציון הערה 85), שהלא היה יכול לעשות את המלאכה כשהכלי בבית בעליו. הוא מסביר (והובא בשו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צה, אות ב), שאף על פי ששוכר הוא שומר שוכר מכה רשות השימוש, הרי אותה הנאה מותנית בכך שהנכס יהיה ברשותו, ולכן הנאת השימוש מהווה שכר על השמירה. גם שו"ת דברי משה (זקס), סימן ד, ענף ה, מסביר שהראב"ן והמרדכי סוברים שאינו שומר שוכר מצד שכר מלאכתו, מפני שאת השכר הוא מקבל בשביל המלאכה, לא בשביל השמירה; וכך הסביר גם כתר תורה (ברדיטשוב), על הרמב"ם, הלכות שלוחין, ו, ב (עמ' מא במהד' לונדון). כך כתב גם שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד, בדעת הרמב"ם, הסובר שמתעסק אינו שומר שוכר מצד שכר הטרחה (ראה ליד ציון הערה 161). ה. כמו כן, העמק שאלה, שאלתא כ, ס"ק ו, כתב ששאלתו ונימוקי יוסף (ליד ציון הערה 135) כתבו שאומן שומר שוכר משום הנאת ההחזקה כביטחון, משום שהם סוברים שאין אומרים שיהיה שומר שוכר מצד עצם השתכרותו כמו שוכר. הוא מסביר את ההבדל בין שוכר לאומן, ששוכר בהמה חייב במזונותיה, וכמו כן הוא חייב בשמירתה, אבל אומן המתקן בהמה של חברו אינו חייב במזונותיה, וכך גם אינו חייב בשמירתה (כשומר שוכר), וגם אינו שומר שוכר על כלי שהוא מתקן.

ו. חידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ פ ע"ב, מבאר דעה זו, שהיא סוברת שאין לומר שאומן שומר שוכר מפני הנאת ההשתכרות, מפני שהוא נהנה רק שבעל הנכס חייב לשלם על מלאכתו, וזה לא הנאה מגוף הנכס; ואף על פי שהסוגיה מזכירה הנאה זו (בכך שהיא משוה אומן לשוכר, שבו מצויה הנאה זו), זה משום שהסוגיה סוברת שאומן קונה בשבח כלי, ונמצא שהוא משתכר בכנס עצמו, כמו שוכר, אבל ההלכה היא שאינו קונה בשבח כלי, ולכן אין די בהנאת ההשתכרות, ולכן צריך את הנאת ההחזקה כביטחון.

ז. כנגד זה, שו"ת באר יצחק, חו"מ, סימן ו, ענף ג, מעלה אפשרות שהשאלתו סובר כטעם של ההשתכרות, והזכיר את הנאת ההחזקה כביטחון רק לומר שמתעם זה הוא שומר שוכר גם אם מצויה לו עבודה במקום אחר, שיתנו לו שכר גבוה יותר, שאז אין לו הנאה של ההשתכרות (ראה אות יב); וכן, מה שנימוקי יוסף ור"ע ברטנורה (בהערה 135 ובמילואים שם) כתבו את הטעם שמחזיקו כביטחון, הוא משום שרצו לפרש את המשנה גם כמי שסובר ששוכר שומר חייב, שאינו סובר שהנאת ההשתכרות נחשבת שכר. ראה גם במילואים להערה 141, שחקי לב אומר שהשאלתו ונימוקי יוסף מסכימים שמתחשבים בהנאת ההשתכרות.

ח. כנגד סברת מחנה אפרים, שההשתכרות במלאכה הייתה באה גם אילו עבד בבית בעל הנכס, הסביר רח"א מילר (בדעת הפוסקים שכתבו שאומן שומר שוכר מחמת הנאה זו), שעבודתו בביתו שונה מעבודתו בבית בעל הנכס, שלדוגמה, בביתו יש לו יותר הרחבת הדעת וזה משפר את טיב עבודתו, ואפשרויותיו הטכניות גדולות שם יותר, והן מקילות על עבודתו; ולכן נחשב ששוכרו באמת בא מחמת החזקתו את הנכס.

ט. שו"ת ברוך משה, סימן כו (ק ע"ד), מביא בתחילה שרש"י פירש שאומן שומר שוכר לר' יהודה מפני שנהנה בשכר אומנותו, אבל אחר כך הוא כותב (קא ע"א) שאין אומרים שאומן שומר שוכר מצד שבתוך שכר טרחתו כלול גם שכר שמירה, אלא שכר טרחה לחוד ושכר שמירה לחוד.

י. נפקות מנימוק זה: שו"ת ימי יוסף בתרא, חו"מ, סימן לא, כתב שבעל תנור ששמים חמין בתנורו לפני שבת להתחמם, לפי הטעם שאומן שומר שוכר מפני שנהנה מהשתכרותו בנכס, כאן הוא שומר שוכר מפני שנהנה משכרו, אבל לטעם של הנאת ההחזקה כביטחון, כאן אינו שומר שוכר שהרי בשבת לוקחים את החמין בחזרה; והוא יכול לומר "קים לי" כדעה שאין מתחשבים בהנאת ההשתכרות, ולפיה כאן אינו שומר שוכר. אך הוא מעלה אפשרות שאי אפשר לטעון "קים לי" כך, כיוון שהשולחן ערוך פסק שמתעסק שומר שוכר אף שהשכר הוא על טרחתו (ראה ליד ציון הערה 163), הרי שהנאת ההשתכרות נחשבת שכר.

יא. הגבלות: שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן טז, כותב (לעניין מוביל בשכר, שגם הוא נהנה מההשתכרות — ראה ליד ציון הערה 73), שהנאת ההשתכרות קיימת רק באומן שמחיתו בכך, שלגבי הנאה זו חשובה, ולא במי שעושה זאת באופן חד פעמי. ועיין שו"ת דברי יחושע, חלק א, סימן צד (עמ' שלב), שלפי כל הנימוקים, אם אין זו עיקר פרנסתו של האומן, או שהוא עשה את המלאכה כטובה לבעל הנכס, אינו שומר שוכר.

יב. שו"ת באר יצחק, ח"מ, סימן ו, ענף ג, כתב שאם מצויה לאומן זה עבודה במקום אחר, ושם יתנו לו שכר גבוה יותר, הנאת ההשתכרות אינה קיימת, שהרי לא חסרה לו מלאכה, ואין לומר שהנכס "להנאתו עומד אצלו". אולם הוא כותב שבכל זאת הוא שומר שכר מפני הנאת מההחזקה כביטחון, ואף על פי שהנאה זו קיימת רק כשמרוויח מן העסקה (ראה במילואים להערה 257), גם כאן סוף כל סוף הוא מרוויח.

להערה 135

א. מן האחרונים נימק כך: ר"מ גלנטי, בשו"ת ברוך משה, סימן יז (דף עא), גם בדעת פסקי תוספות, ב"מ, סימן רפה, ובדעת מרדכי, ב"מ, סימן סס; שו"ת בני משה (שלטון), סימן טו; ספר המקנה, קידושין כו ע"א (ד"ה בתוס'); שו"ת בית דוד (טעביל), חו"מ, סימן א, בתחילתו (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רכה, ס"ק ה); ימי שלמה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ג, בדעת רש"י ומגיד משנה; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן מא, בדעת הרמב"ם (עיין שם להוכחתו); ר"ע מברטנורא, ב"מ, ו, ו; כתר תורה (ברדיטשוב), על הרמב"ם, הלכות שלווחין, ו, ב (עמ' מא במהד' לונדון); שו"ת חתם סופר, אה"ע"ז, חלק א, סימן קכו; שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד, בדעת הרמב"ם; שו"ת דברי משה (וקס), סימן ד, ענף ב, בדעת הרמב"ם (בהסבר אחד). כנסת הגדולה, חו"מ, שו, הגהות הטור, אות י, כתב כך בדעת שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תרסג (הובא במרדכי, ב"מ, סימן שנט). אך שו"ת שי למורא, סימן טו, כותב שמהר"ם לא התכוון לומר שזה הטעם, אלא התכוון רק להוכיח דין אחר מן הסוגיה — עיין שם. ראה במילואים להערה 162, שרחה"א מילר סובר שלפי כסף משנה, אומן שומר שכר מחמת הנאת ההחזקה כביטחון.

ב. הדגישו שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנט, תומים, עב, ס"ק י, נתיבות המשפט, עב, ס"ק יא, ושו"ת מהר"ל, חו"מ, סימן מב, אות ד, שהוא שומר שכר על כל ערכו של הכלי, על אף שהשכר המגיע לו הוא פחות מזה (ראה ליד ציון הערה 264, בשם נתיבות המשפט, שברוך כלל אין הדבר כך). תומים ונתיבות המשפט נימקו, מפני שלפי עניין הכלי, הוא מקבל שכר, כך שהכלי כולו שקול לשכר. שו"ת ברכת רצה, סימן פב, מסביר שהאומן נהנה גם מהשאר, בכך שמאחר שזה חפץ יקר, ימחר בעל הנכס לפדותו על ידי תשלום שכרו; ומלבד זה, הכלל הוא שהנאה ממקצת הנכס מחייבת בשמירה על כל הנכס (ראה בשמו במילואים להערה 181). וראה בשמו במילואים להערה 264, איך הסביר את דברי הריטב"א שהנאת החזקה כביטחון עושה אותו שומר שכר על משכון רק כנגד החוב. ועיין גידולי שמואל, ב"מ פ ע"ב (ד"ה כל), שמכוח הנאה זו האומן הוא שומר שכר גם אם כל ערך המלאכה הוא פרוטה, ואילו לנימק של הנאת ההשתכרות, אינו שומר שכר, מפני שהנאה פחותה מפרוטה.

ג. דעות חולקות: שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רמו, כותב שלהלכה אין מתחשבים בהנאה זו. כמו כן, שו"ת ורע יעקב (נאים), סימן מא, כותב בדעת הטור, שהוא לא כתב נימוק זה, משום שלדעתו זאת לא נחשבת הנאה לעשות שומר לשומר שכר, והוא לשיטתו שפסק שמלווה על משכון שומר חנים (הערה 238), אף על פי שיש שם הנאת החזקה כביטחון, ואינו מקבל את הסבר התוספות (הערה 257) שהנאה זו קיימת באומן ולא במשכון.

ד. הגבלות: שו"ת הרי בשמים, חלק א, סימן קכו, כותב שאומן שומר שכר דווקא אם אמר במפורש שהוא תופס את הנכס לשכרו, כגון שאמר "הבא מעות וטול את שלך", אבל בסתם הוא שומר חנים, כפי שמוכח מהדין שאומן האומר "טול את שלך והבא מעות" הוא שומר חנים (סעיף 11, ליד ציון הערה 142). על עיקרון זה, ראה בשמו ליד ציון הערה 102. גם קצות החושן, עב, ס"ק יב, יב, כותב בדעת רש"י, ב"מ פא ע"א (ד"ה אבל), שהנאה זו מועילה רק אם גילה את דעתו בפירוש. אך רח"א מילר העיר שקצות החושן אומר כך רק על הזמן שאחרי שכבר גמר לעבוד, שאז יש חיסרון, שאינו מרוויח במלאכתו (ראה בשם קצות החושן, בסעיף 11, הערה 143), ואילו במשך עבודתו, הוא נחשב שומר שכר מטעם הנאה זו משום שבנוסף לכך הוא מרוויח, ומשמע שאז אין צורך בגילוי דעת (וראה בשמו במילואים להערה 140, שלריטב"א ולנימוקי יוסף, גם אחרי סוף המלאכה, הנאת החזקה כביטחון עושה אותו שומר שכר גם בלי גילוי דעת). ייתכן שאף הרי בשמים מסכים שהוא שומר שכר למשך זמן עבודתו בגלל עצם ההשתכרות (הנימוק ליד ציון הערה 134), אלא שהוא דן מתי מועילה הנאת החזקה כביטחון לבריה, לעניין נידונו (במילואים להערה 102) שבו הייתה הנאה זו לבריה.

ה. קצות החושן שם כתב שלפי התוספות (שנביא במילואים להערה 257), הנאה זו אינה יוצרת אחריות שומר שכר גם על ידי גילוי דעת כזה כשאינו מרוויח, כגון אחרי שכבר גמר את מלאכתו, אלא האומן שומר שכר או משום שכבר נהנה הנאה זו בשעה שהרוויח, והנאה בתחילת השמירה עושה אותו שומר שכר לכל משך השמירה כפי שראינו ליד ציון הערה 13 (אלא שב"טול את שלך והבא מעות" אין הנאה שבתחילה יכולה לחייבו, משום שכבר כלתה שמירתו, ואמירת "הבא מעות וטול את שלך" היא הודעה שעדיין לא כלתה שמירתו), ורק לרש"י (החולק על התוספות בעיקרון זה — ראה במילואים להערה 257) מועיל גילוי דעת זה להחשיב את זה כשכר.

ו. רח"א מילר סבור שאם האומן עסוק כל הזמן במלאכתו, וזה לא מעשי שיעכב את החפץ אצלו עבור התשלום, אין לו הנאה זו של החזקה כביטחון. הוא הסביר בכך מדוע כסף הקדשים, רצא, ה, כותב על נידונו שאינו שומר שכר משום שאין הנאת ההשתכרות, ולא התחשב בהנאת החזקה כביטחון.

ז. חידושי הרמב"ן, קידושין מח ע"א, ורי"ן על הרי"ף, קידושין כ ע"א (בדפי הרי"ף), כותבים (לעניין אחר) שהכלי נחשב פיקדון אצל האומן, ורק כשתובעים אותו ממנו והוא מסרב להחזירו מפני שהוא תופסו לשכרו, זה הופך אצלו למשכון. אבל אין ללמוד מדבריהם שלפני כן הוא שומר חנים, מפני שאולי הוא שומר שכר מצד השתכרותו.

ח. הסבר אחר להנאת החזקה: הראב"ד, המובא בשיטה מקובצת, ב"מ פב ע"א, בחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ פב ע"ב, ובמאירי, ב"מ פא ע"ב (במשנה), מסביר את דברי התלמוד שהוא נהנה "דתפיס אאגריה", שאומן שומר שכר מפני שהוא רשאי להתכבד בנכס (ראה בשמו בהערה 257). חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סב (צנח ע"א), מציין על כך את דברי התוספתא, ב"ק יא, ד, שאומן רשאי להשתמש בכלי. אך צננת פענח, על הרמב"ם, הלכות תרומות, ב, י (עמ' 79), מסביר שהתלמוד לא אמר שהוא שומר שכר מחמת הנאת השימוש שנוכרת בתוספתא, משום שזה בגדר "ממילא", שמאחר שהוא אומן הוא רשאי להשתמש, ולא לזה הייתה הכוונה כשנמסר לו הנכס. אך הוא מעיר ששומר כסף שומר שכר בשל רשות השימוש (ליד ציון הערה 167) אף על פי שאין זה עיקר מטרת החזקה (והוא עושה הבחנה בין זה לזה, ואין הבחנתו ברורה).

א. הגבלות: שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רמו, כותב שסופר אינו שומר שכן על התופס (=טופס), החלק הסטנדרטי של השטר, שהוא מקבל מוכן, ומוסיף עליו רק את הפרטים המיוחדים לנידונו, מפני שהנאת הבחירה שייכת רק לגבי מה ששכר אותו – כלומר, אותו חלק מהנכס שאותו עושה האומן (וכותב שכן הדבר גם לגבי הנאה של תוספת שכר, בסמוך). הוא כותב שאף על פי שהנאת ההחזקה לשכרו קיימת על כל ערך הכלי, להלכה אין מתחשבים בהנאה זו (ראה בשמו במילואים להערה 135).

ב. משכנות הרועים, מערכת ש, אות טז, כותב שלפי הטעם הזה, אם הוא האומן היחיד בעיר, הוא שומר חינוס. קול אליהו (שם) כותב שבמקרה זה המוציא מחברו עליו הראיה, מכיוון שספק האם הטעם הוא הנאת הבחירה או הנאת ההחזקה כביטחון. אך ר"מ גלנטי, בשו"ת ברך משה, סימן יז (עא ע"ד), כותב שאף על פי שטעם זה אינו קיים כשהוא האומן היחיד בעיר, הוא שומר שכן מפני הנאת ההחזקה כביטחון. שו"ת דעת מרדכי (רבינוביץ), חלק ב, סימן ט, כותב שלשו"ב של העיר אין הנאת הבחירה, ולכן אינו שומר שכן אם כבר קיבל את שכרו כך שחסרה הנאת ההחזקה כביטחון (ראה ליד ציון הערה 143); אך זה אמור רק לעניין שמירה מנוק חיצוני, כגון לשמור מגנבה, אבל לעניין פטול במלאכת השחיטה (ראה במילואים להערה 133), הוא שומר שכן.

ג. שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן טז, כותב לעניין מוביל בשכר (ליד ציון הערה 70), שאם רק שני אנשים נסעו למקום שבו הנכס נמצא, ובחר בעל הנכס באחד מהם ושילם לו להביא את הנכס משם, אין הנאת הבחירה קיימת. ובסימן ב כתב שאם אין בעיר זו אומן אחר שיכול לעשות מלאכה זו, ומאיה סיבה בעל הנכס אינו יכול לנסוע לעיר אחרת, אומן זה אינו שומר שכן, מפני שלא נהנה מהנאת הבחירה, שהרי בעל הנכס מוכרח לתת לו את המלאכה.

ד. הר הכרמל, סימן ב שם, כותב שאם בעל הנכס חילק את המלאכה לשניים, לאומן אחד נתן חלק מהמלאכה לעשות, ואת החלק השני השאיר לאחר (נידונו – הובלה, שלחלק מהדרך שכר מוביל אחד, ולשאר – אחר), אין לאומן הנאת הבחירה, ואינו שומר שכן, כמו שאומר הפרישה (הערה 145) שאין הנאת הבחירה קיימת בשכיר יום מפני שבעל הנכס עלול לבחור באחר למחרת. הוא מסביר, שהנאת הבחירה היא הנאה מועטת, ולכן היא נדחית בקלות.

ה. כסף הקדשים, רצא, ה, מעלה אפשרות שבמקרה שעבודתו של האומן הזה מבוקשת, אינו נעשה שומר שכן מחמת טובת הנאה זו (כך נראה, שהוא מתכוון להנאת הבחירה), מפני שאלולא שכרו בעל כלי זה, היה אחר שוכרו, ומאחר שלא הייתה לבעל הנכס ברה, אין לאומן הנאה זו.

ו. שו"ת מהר"ש צורו, סימן כד, מקשה, הרי טעם זה קיים דווקא אם אמנם חזיר בעל הנכס על כמה אומנים ובחר בזה, ומה יהיה אם האומן אינו יודע על כך – איך נאמר שגומר בדעתו להתחייב כשומר שכן, בעוד שאינו יודע על השכר שיש לו? רח"א מילר תירץ, שאף על פי שיש רק ספק שכר, הוא נהנה מן האפשרות שהרוויח, כלעיל ליד ציון הערה 16. אך שם מדובר בהספק הוא בעתיד, ויש להניח שהוא נהנה מן האפשרות שיקבל שכר בעתיד, ואילו כאן הספק הוא בעבר, שאין לומר כך.

ז. ר"ג אשכנזי, בשו"ת ברך משה, סימן טז (סט ע"א), דן האם למסקנת התלמוד נשאר הטעם של הנאת הבחירה.

ח. התלמוד שם נותן טעם נוסף: אומן שומר שכר משום שבעל הנכס נותן לו קצת יותר מן השכר שהיה נוטל על עבודתו כפועל; ור"מ גלנטי, בשו"ת ברך משה, סימן יז (עא ע"ד), כותב שטעם זה נשאר למסקנה. אולם התלמוד מעיר שטעם זה אינו תקף במקום שמשלם לו שכר נמוך משכר פועל רגיל. עוד העיר משכנות הרועים, מערכת ש, אות טז, שטעם זה אינו קיים במקום שהאומנים קבעו מחיר מסוים לכל סוג עבודה ולכל סוג נכס. שו"ת מהר"ש צורו, סימן כד, מקשה שלוש קושיות על מה שרש"י, ב"מ פ ע"ב (ד"ה דקא), הסביר טעם זה, שהכוונה היא שאי אפשר לצמצם ולקבוע סכום שיהיה בדיוק המגיע לו בשכר הפעולה: א) מדוע אי אפשר לצמצם, הרי השכר הוא הסכום שהסכימו עליו? ב) לפי זה, לפעמים זה יוצא פחות מהמגיע לו. ג) אם התוספת ניתנת ממילא, בלי כוונה, רק מפני שאי אפשר לצמצם, יוצא שחסרה כוונת הנותן והמקבל, ואיך נאמר שהוא מקבל על עצמו להתחייב כשומר שכן?

ט. טעם אחר ניתן בשו"ת באר יצחק, חו"מ, סימן ו, ענף א, ובשו"ת מהרא"ל, חו"מ, סימן מב, אות ד: אומן קונה בשבח כלי (במקרה שאמנם יש השבחה על ידי מלאכתו), ולכן הוא יכול לקדש בו אשה (קידושין מה ע"א), ובהנאה זו הוא שומר שכן (כמו שטעם זה מלווה על המשכון שומר שכן במקרה מסוים – ראה ליד ציון הערה 259). אך מהרא"ל מעיר, שלפי הדעה (ליד ציון הערה 262) שבגלל ההנאה שיכול לקדש אשה במשכון, המלווה שומר שכן רק כנגד החוב, אף האומן שומר שכן רק כנגד שכרו מחמת הנאה זו.

י. ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק ט (קפ ע"ב), כותב שלדעה שאומן קונה בשבח כלי, כשיש שבח, הוא חייב באונס – והוא הולך בזה לשיטתו, שהוא סובר שמלווה על משכון, כשמשכנו שלא בשעת הלוואתו, חייב באונס כיוון שקנאו מדברי יצחק (ראה במילואים להערה 259). אך מלחמות ה', שבועות כה ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שאינו חייב באונס מצד שקונה בשבח כלי (והוא לשיטתו, שהדין כך גם במשכון שקונה מדר' יצחק – ראה במילואים להערה 259). כך כתב גם חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פא ע"ב, ד"ה מתני' (הובא בשו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן מט).

יא. מקצות החושן, שו, ס"ק ד, עולה שאין לומר שהוא שומר שכן מצד "אומן קונה בשבח כלי", שהרי הוא כותב שהקניין שיש לאומן בכלי הוא רק לגבי השבח ולא לגבי גוף הכלי, ומצד שני הוא כותב (ומקורו בשלטי הגיבורים, ב"ק לה ע"א, בדפי הרי"ף, ובש"ך, חו"מ, שו, ס"ק ג) שלדעה שאומן קונה בשבח כלי, אם נגנב או אבד, הוא פטור מלשלם על השבח, שהרי אפילו הזיק לו בפועל הוא פטור מפני שהשבח שייך לו (אלא שהוא כותב בדעת מלחמות ה', שהוא שומר שכן על השבח לעניין שהוא מפסיד את שכרו אם אירעו גנבה ואבדה או אונס). הוא מעלה אפשרות שגם אחרי שקיבל את שכרו, שאז כבר אין לו קניין בשבח, אינו שומר שכן על השבח, מפני שכל הסיבה שהוא ממשיך להיות שומר שכן אחרי שקיבל את שכרו, היא מפני שהנאת ההשתכרות שהייתה בתחילה ממשיכה עד שתכלה השמירה (ראה בשמו במילואים להערה 135), אבל הרי על השבח לא היה שומר שכן בתחילה, ואינו יכול להיות שומר שכן אחר כך. כמו כן, חידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ פ ע"ב, כותב שאין לומר שיהיה שומר שכן מצד שאומן קונה בשבח כלי, כמו שמלווה שומר שכן על המשכון מפני שהוא קונה אותו מדברי יצחק, מפני שמלווה קונה בגוף המשכון, ואילו כאן קנה רק בשבח.

מילואים לסעיף 1(ג)

יב. במילואים להערה 124 הבאנו הסברים של אמת ליעקב מדוע שוכר שומר שכר; והוא כותב שהדברים נכונים גם לעניין אומן, שהתלמוד בב"מ פ"ב משווה אותו לשוכר, משום שבשניהם יש רווח לשני הצדדים, לשומר ולבעל הנכס.

להערה 140

א. דעות חולקות: ראש יוסף, ח"מ, עב, כט, חלק על נימוקי יוסף, בנימוק שהיורש יכול לטעון: "אני יורש את זכותו של אבי ולא את חובתו", כמו שאומרים בירוש' שואל (ראה סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 42).

ב. כמו כן, רח"א מילר העיר, שלפי קצות החושן (בדעת רש"י) והרי בשמים, שראינו במילואים להערה 135, הנאת ההחזקה כביטחון קיימת (לאחר המלאכה) רק אם אמר במפורש שמחזיקו לשכרו, ואם כן היורש יהיה שומר שכר רק אם אמר זאת; אך הוא למד מסתימת דברי הריטב"א והנימוקי יוסף (שצוינו בהערה) שלדעתם הוא שומר שכר גם בלי גילוי דעת, משום שהם סבורים שהנאה זו מחייבת כל שומר כשומר שכר גם בלי גילוי דעת. עוד העיר, שגם אם גילה את דעתו בפירוש, לפי התוספות (שיובאו בהערה 257) אינה נחשבת הנאה אלא אם כן השומר גם מרויח, והרי היורש אינו מרויח (אך נקודה זו תלייה במחלוקת שנביא לעניין יורש של מלווה, האם נחשב שנהנה מהחזקת המשכון כביטחון — ראה להלן ליד ציוני הערות 274-275).

להערה 141

א. חקרי לב, ח"מ, חלק ב, סימן סב (צו ע"ג), כותב שאם הוקדם שכרו יש לו אף יותר הנאה מהרגיל: זה מראה שהאומן זקוק לכסף, והוא נהנה יותר מהשתכרותו במלאכה; ועל ידי זה שקיבל שכר, בעל הנכס לא יוכל לחזור בו (עיין שם במקורותיו לנקודה זו), וזו סיבה שיהיה שומר שכר. והוא כותב שגם שאילתות, נימוקי יוסף ור"ע מברטנורה שהזכירו את הנאת ההחזקה כביטחון (הערה 135 ובמילואים שם) יסכימו שכאן הוא שומר שכר משום הנאת ההשתכרות, והזכירו רק טעם אחד מתוך השניים. וכתב (ברף צח ע"א) שאין האומן יכול לטעון "קים לי" כדעה שהוא שומר חנם. על מקרה זה עיין חזון איש, ב"ק, סימן כב, ס"ק ט, שדן מצד אומן קונה בשבב כלי; ועיין דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 874.

ב. שו"ת ברך משה, סימן יז (עא ע"ב), מעיר שלטעם של הנאת הבחירה (ליד ציון הערה 136), כאן הוא שומר שכר. ג. רוב דגן (עטייה), אות לטובה, אות ז (ג ע"ב), כותב שמדפיס ספרים הוא שומר שכר על הספרים, והוא עוסק במקרה שהקונה כבר שילם בעדם. אך לא ברור האם הוא מתכוון שהמדפיס נחשב אומן, או שנחשב מוכר (שהרי הנייר וכו') לא היה שייך לבעל הספר לפני ההדפסה) שהנכס נשאר ברשותו, שהוא שומר שכר לדעה אחת — ראה ליד ציון הערה 405.

ד. תוספתא, כ"מ ז, י, אומר שאם לא אמר האומן לבעל הנכס: "בוא וטול את שלך", אף על פי שקיבל כבר את שכרו, הוא כנושא שכר. חקרי לב שם מביא ראיה משם לדעה זו. נתיבות ירושלים, על ירושלמי, ב"מ ו, ה, אף מוכיח מכאן שאין הלכה כדעה שאומן שומר שכר מפני הנאת ההחזקה כביטחון, אלא הלכה כטעם ששכרו הוא כמה שמשכר במלאכתו. אולם חזון איש, על התוספתא שם, מיישב את התוספתא גם לטעם של הנאת ההחזקה כביטחון, שאף על פי שלא נהנה עכשו מהחזקת הנכס כביטחון, מכל מקום "הואיל ונהנה מהנה", שהנאתו שמקודם עושה אותו שומר שכר גם עכשו. חסדי דוד, על התוספתא שם, הסביר שהנאה מזה שהרויח במלאכתו עושה אותו שומר שכר גם אחרי שקיבל שכר.

להערה 143

א. גם כנסת הגדולה, ח"מ, שו, הגהות הטור, אות י, תולה דין זה במחלוקת מה הטעם שאומן שומר שכר. ב. שו"ת באר יצחק, ח"מ, סימן ו, ענף ד (הובא בפתחי תשובה שם), כותב שכאן הוא שומר חנם מסיבה אחרת: פועל או קבלן, שאירע אונס שמחמתו לא היו יכולים לבצע את המלאכה, אם כבר קיבלו את שכרם אינם חייבים להחזירו; ונמצא שאומן זה אינו נהנה מהחזקת הנכס כאמצעי להשתכרות, שהרי גם אם יאבד הנכס יוכל להחזיק בשכרו אף שלא יעבוד; ולכן אינו שומר שכר. אך הוא כותב שאם האומן קיבל את שכרו לאחר שמשך את הנכס לרשותו, הוא עדיין שומר שכר, מפני שבמשך הזמן שחלף בין המשיכה לבין קבלת שכרו, הוא נהנה בהחזקת הנכס, שאילו היה אובר אז לא היה מקבל את שכרו, ושכר שמקבל שומר בתחילת השמירה מחייב אותו לכל משך השמירה, אף לאחר שכלתה הנאתו (ראה ליד ציון הערה 13). אך בענף ה העיר שלפי הדעה ששכירות מיטלטלין אינה נקנית בכסף (עיין שו"ע, ח"מ, קצח, ו, ובמפרשים שם), ולפיה גם קבלנות מיטלטלין אינה נקנית בכסף, יכול בעל הנכס לחזור בו אף לאחר שנתן את שכרו כל עוד לא משך האומן את הנכס, ואם כן, אם יאבד הנכס לפני משיכת האומן, יחזור בו בעל הנכס, ויצטרך האומן להחזיר את שכרו, ונמצא שהאומן נהנה משיכת הנכס, ואם כן יהיה שומר שכר; אלא שיוכל לטעון "קים לי" כדעה ששכירות מיטלטלין נקנית בכסף, ולפיו בטל הטעון הזה, והוא שומר חנם. וראה במילואים להערה 70, שבמוביל הדין שונה.

ג. אך העמק שאלה, שאלתא כ, ס"ק ז, כותב שגם לפי הדעה שאומן שומר שכר רק משום הנאת ההחזקה כביטחון, הוא שומר שכר גם אם כבר קיבל את שכר האומנות, עקב הנאתו ממה שקיבל את שכרו לפני זמנו (ובדומה כותב חזון איש, יחזקאל שהבאנו במילואים להערה 141). אך הוא כותב שרש"י סובר שאין מתקבל על הדעת שיהיה שומר שכר משום הנאה זו.

ד. בנוסף, חקרי לב, ח"מ, חלק ב, סימן סב (צו ע"ב), ושו"ת באר יצחק, שם, ענף ג, כותבים שמה שכתבו הראב"ן והמרדכי שאם קיבל את שכרו אינו שומר שכר, הוא דווקא אחרי שגמר את מלאכתו, שאין לו הנאה מהשתכרותו, וגם אין לו הנאה מתפיסתו כערבון, אבל אם הוא עדיין עושה את מלאכתו, שיש לו הנאה מהיות הנכס אצלו בזה שהוא משתכר בו, הוא שומר שכר מחמת הנאה זו אף על פי שכבר קיבל את שכרו ואין לו הנאה מתפיסתו כערבון.

להערה 145

א. מאמר קדישין, שו, ס"ק א, כותב שגם הסמ"ע דיבר רק בפועל שעושה את המלאכה בבית בעל הנכס, אבל אם הוא עושה אותה

מילואים לסעיף 1(ג)

- בביתו, גם לסמ"ע הוא שומר שוכר, שהרי הסמ"ע נימק את דבריו בכך שבדרך כלל פועל עובד בבית בעל הנכס, משמע שבמקרה אחר הוא מורה ששכיר יום הוא שומר שוכר. אך שו"ת ימי יוסף בתרא, חו"מ, סימן לא, כותב שלפי טעמו הראשון של הסמ"ע (שכאן אין מקום להנאת הבחירה) הוא שומר חינוס גם אם הנכס בביתו של השכיר. נידונו הוא אופה שמכניסים המין לתנורו לפני שבת ומצויאים אותו בשבת, והוא פוסק שאפשר לטעון "קים לי" כסמ"ע אף שרק הטעם הראשון תקף.
- ב. דרישה, חו"מ, שו, א, והעמק שאלה, שאלתא כ, ס"ק ו (בדעת השאלות), מוסיפים שבשכיר יום חסרה גם ההנאה של החזקת הנכס כביטחון. אך רח"א מילר העיר שהם לא התכוונו לכל שכיר יום אלא רק לשכיר יום העובד בבית בעל הנכס, אבל אם הוא עובד בביתו, הנאה זו קיימת; וזה תואם את דברי מאמר קדישין.
- ג. שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צה, אות ב, נימק את דעת הסמ"ע, ששכיר יום אינו שומר שוכר מפני שזה שוכר מלאכה ולא שוכר שמירה. ואין זה מובן, מדוע אין אומרים כך באומן המקבל שכר בקבלנות?
- ד. ברורי הלכה (מענה שמחה) ד (תשנ"א), עמ' 64-65, כותב שבעובד קבוע, גם אם הוא שכיר, אין מקום לנימוק שכל יום עלול בעל הנכס לבחור באחר. הוא מוסיף שאחראי הבטיחות של מלטשת יהלומים הוא שומר שוכר גם אם הוא שכיר, מפני שחלק מתפקידו הוא שמירה, וברוך כלל הוא היחיד שיוודע את הקודים של הכספת, ובוודאי חלק ממשכורתו הוא עבור השמירה, והוא שונה מסתם אומן ששכרו ניתן עבור אומנותו ולא עבור השמירה.
- ה. שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ב, כותב שלפי הסמ"ע, שכיר יום אינו שומר שוכר, בין אם היה חייב לעבוד גם למחרת לפי דרישת בעל הנכס, ובין אם היה יכול לטוב לעבוד למחרת.
- ו. בשאלת שכיר יום עיין שושנת יעקב, שו, ס"ק א; שו"ת ארץ צבי (דידי), חו"מ, סימן ו (עמ' תקעב); חמדה גנוזה — זכר מרדכי, שו, ס"ק א; דיני עבודה במשפט העברי (מהר" תשכ"ט), עמ' 879-880.

להערה 147

- א. שו"ת קול אליהו, חלק ב, חו"מ, סימן כח, כותב בדעת הסמ"ע שפטור לגמרי משמירה (כלשונו בסמ"ע, שו, ס"ק א, ובפרישה, חו"מ, שו, א, "שאין השמירה עליו", "אינו שומר"), מפני שבעל הנכס לא הסתלק משמירת הנכס, אלא הוא (או שלוחו) עומד ליד השכיר ומורו לעבוד מהר, גם כשהשכיר עובד בביתו (של השכיר), מה שאינו כן בעובד בקבלנות, שאין לבעל הנכס כל כך עניין לעמוד אצלו לזרוז, מפני שלא יצטרך לשלם לו יותר אם יקח לו יותר זמן, שלא כבשכיר. הוא מביא לכך ראיה מר' יונתן מלוניל, ב"ק צח ע"ב, ומאירי שם, שכתבו לגבי בנאי שקיבל עליו להרוס קיר, שאם הוא קבלן, הוא נושא בכל האחריות, מפני שבעל הבית הסתלק מן השמירה, אבל אם הוא שכיר יום, לא הסתלק בעל הבית מהשמירה, והשמירה מוטלת על שניהם, ושניהם משלמים (כלומר, הנאי משלם רק חצי); נמצא, שהם סוברים כסמ"ע, אלא שהסמ"ע פוטר לגמרי, והם מחייבים חצי.
- ב. כנסת הגדולה, חו"מ, שו, הגהות הטור, אות י (הובא ביד המלך, פלומבו, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, ג), לומד שכך דעת הטור ממה שכתב בקיצור פסקי הרא"ש, ב"מ, פרק ו, סימן טז (בעקבות רש"י, ב"מ פ ע"ב, ד"ה כל, מאירי, ב"מ פ ע"ב, ונימוקי יוסף, ב"מ נ ע"א, בדפי הרי"ף), "אומן העושה מלאכה בביתו". הוא מסביר שאף פי שלפי הטור הטעם שאומן שומר שוכר הוא שנהנה מהשתכרותו (הערה 134), מכל מקום כאן פטור מפני שבעל הנכס לא הסתלק משמירתו.
- ג. פסקי תוספות, ב"מ, סימן רפה, כתב שאומן בביתו שומר שוכר, משמע שבבית בעל הנכס אינו שומר שוכר. חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סב (צו ע"ד), הסביר שטעמו כטעם הב"ח, שלא הסתלק בעל הנכס משמירתו. וכתב (ברך צח ע"א) שדין זה בספק. ר"מ גלנטי, ב"ש"ת ברך משה, סימן יז (דף צא ע"ב), מסביר שטעמם הוא, שאומן שומר שוכר מפני הנאת החזקה כביטחון, וזו נעדרת כאן (יש להעיר שלפי נימוק זה הוא שומר חינוס, שלא כב"ח). והוא כותב שזאת גם דעת מהר"ם.
- ד. מנחת צבי, חלק ב, סימן ז, אות א, כותב שאפשר לומר "קים לי" כדעה זו.
- ה. שו"ת עמק הלכה (ברימל), חלק א, סימן ל (עמ' פט), כותב שאפשר לומר "קים לי" כדעה שאומן שעושה בבית בעל הנכס אינו שומר שוכר, מפני שחסרה הנאת החזקה כביטחון. והוא כותב שכך הדין גם בשוחט ששוחט בבית המטבחיים, שהרי אינו יכול לתפוס שם; וגם אם נאמר שיכול להחזיק את חלקי הבשר שמקבלים השוחטים כמתנות, אם כן אינו שומר שוכר בגלל הנאת החזקה, מכיוון שלכל שוחט יש אפשרות זו, כמו שכתב תוספות לגבי שוכר שאינו שומר שוכר מצד שמחזיק את הנכס כבטחון (ראה במילואים להערה 124).
- ו. רז"ג גולדברג הקשה על שיטה זו, מדוע שוחט מומחה המקבל שכר, שקילקל בשחיתותו, חייב (ראה במילואים להערה 133), הרי אם עושה בבית בעל הבהמה אינו שומר שוכר לשיטה זו (על קרשי זה ראה סעיף 1(א)), במילואים להערה 138, אות י, בשם חזון איש)? והסביר, שרק לעניין נזק מבחור אינו שומר שוכר לשיטה זו, אבל אם התקלקל הנכס מחמת מלאכת האומן, הוא שומר שוכר גם לדעה זו, מפני שאין ביד בעל הנכס לשמור מנוק כזה; שהרי מחנה אפרים נימק שאומן אינו חייב בשמירה בבית בעל הנכס מפני שבעל הנכס יכול לשמור, אבל במה שקורה בשעת מלאכתו, כגון בשעת שחיתותו, אין הדבר כן. ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 45, דבר דומה בשם עמק הלכה.
- ז. שו"ת קרני ראש, סימן רח, כותב שפועל שעושה מלאכה בבית בעל הנכס, אינו שומר שוכר לכל הדעות פרט לש"ך, ולכן מאחר שהפועל מוחזק, יש לפסוק כך. והוא כותב שאם הפועל עושה את המלאכה בחנות של בעל הנכס, ובעל הנכס שם, זה נחשב כבית בעל הנכס, אבל אם בעל הנכס עוב את החנות, זה נחשב כבית שלו, מפני שרק כשהוא בבית בעל הנכס פטור הפועל מפני שאין תפקידו לשמור בעוד שבעל הנכס יכול לשמור, ואילו כאן שבעל הנכס אינו סמוך לנכס אינו יכול לשמור, והפועל צריך לשמור.
- ח. שו"ת יורו משפט ליעקב, סימן סז, נוקט שהוא פטור, ואחר כך נקט שאינו שומר שוכר, ולא כתב את הטעם שבעל הנכס לא הסתלק.
- ט. ברורי הלכה (מענה שמחה) ד (תשנ"א), עמ' 64, כותב שגם לדעה זו, אחראי הבטיחות של מלטשת יהלומים הוא שומר שוכר אף על פי שהיהלומים הם בתוך מפעל של בעל היהלומים, מפני שכל אחריות שמירת היהלומים מוטלת על אחראי הבטיחות, שהוא אחראי להכנסת היהלומים לכספת, ואילו בעל היהלומים אינו מצוי במפעל בשעות העבודה, הרי שהסתלק מהשמירה.

148 להערה

א. משנה למלך כותב שאף על פי שהנאת ההחזקה כביטחון אינה קיימת כאן, הנימוק העיקרי הוא הנאתו מהשתכרותו במלאכה, ונימוק זה נכון גם כאן. אבל כנסת הגדולה שם, והעמק שאלה, שאלתא כ, ס"ק ו, כתבו שלפי הפוסקים שהנימוק העיקרי הוא הנאת ההחזקה כביטחון (הערה 135), כאן אינו שומר שכר (ולא התייחסו לאפשרות שפטור לגמרי מפני שלא הסתלק בעל הנכס).
 ב. מחלוקת השי"ך ומחנה אפרים מובאת בשו"ת חיי אריה (ליפקין), חו"מ, סימן א, אות יט. עיין גם שושנת יעקב, שו"ת ס"ק א; שו"ת מגן שאול (קצנלבוגן), סימן קלט (עמ' רי); שו"ת תורת משה (שבת), סימן כג (כשבעל הנכס היה עם האומן); דבר אברהם, חלק א, סימן מ, אות ג; דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 874-879.
 ג. הידושי הרשב"א, ב"ק צט ע"א (הובא בשו"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סימן קיד, הגהה א, ובשמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן קצה), כתב (לעניין אחר) שיש הנאת ההחזקה כביטחון גם כשהאומן עובד בבית בעל הנכס מפני שמכל מקום הנכס מסור בידו והוא תופס בו מן הדין; והביא אחרים שאמרו שבמקרה זה אינו נחשב שתופסו לשכרו (שוב, לעניין אחר). נתיבות ירושלים, על ירושלמי, ב"מ ו, ה, כותב על פי הרשב"א שם, שגם לנימוק של הנאת ההחזקה כביטחון, אומן העובד בבית בעל הנכס הוא שומר שכר מחמת הנאה זו.

149 להערה

שו"ת קול אליהו, חלק ב, חו"מ, סימן כח, כותב שחייב משום שאין דרך שיקבע עליו בעל הנכס (כלומר, שישגיח עליו כל הזמן) שלא יתבטל ממלאכתו (כלומר, שהיה יש לבעל הנכס עיסקים אחרים), ונמצא שבעל הנכס הסתלק מהשמירה גם אם זה בביתו. הוא מביא לכך ראיה מר' יונתן מלוניל, ב"ק צח ע"ב, ומאירי שם, שכתבו לגבי בנאי שקיבל עליו להרוס קיר, שאם הוא קבלן, הוא נושא באחריות, משום שבעל הבית הסתלק משמירתו, והרי שם מדובר שעובד בבית בעל הבית, ששם נמצא הקיר, ואף על פי כן חייב בשמירה (ראה בשמו במילואים להערה 147).

152 להערה

מהר"ם (שנביא בהערה 153) כותב שהוא שומר שכר משעה שהוא מוליך את הנכס לביתו. אפשר לפרש שכונתו לומר שהוא שומר שכר כבר בדרך, ומדובר באופן שאין נשקפת סכנה לנכס בהיותו בדרך, ועל מקרה כזה לא דיבר כסף הקדשים.

153 להערה

א. גם שו"ת דברי משה (זקס), סימן ה, ענף ח, אומר שהוא שומר שכר, אבל הוא נימק, משום שבעל הנכס אינו יכול לחזור בו (והוא מוכיח שאינו יכול לחזור בו – עיין שם), ונמצא שהנכס נמצא ברשותו כדי שירוויח בו את שכר מלאכתו. והעיר שהדין כך אף על פי שעדיין אין מקום להנאת ההחזקה כביטחון.
 ב. מעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סימן תקמה, מעיר שמחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ו, סובר שבעל הנכס אינו יכול לחזור בו מהזמן שמשך האומן את הנכס, גם אם עוד לא התחיל במלאכה בפועל.
 ג. כסף הקדשים שם כותב שבהיותו בדרך אין הוא שומר שכר, משום שבעל הנכס יכול לחזור בו מפני שאינו יכול לעשות את המלאכה בדרך. ייתכן שהוא מסכים שכשהגיע לביתו הוא שומר שכר אף לפני שהתחיל במלאכה, מפני שהוא יכול להתחיל ואז לא יוכל בעל הנכס לחזור בו, כדעת דברי משה.

157 להערה

א. שו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן לד (קיא ע"ד), מסביר שאף על פי שעיקר השכר הוא על מלאכתו, אין אומרים שלימודו מן הטבעת הראשונה נפרד ממלאכתו בשנייה, מפני שאילו לא לימודו מהראשונה לא היה יכול לעשות את השנייה.
 ב. הרדב"ז שם כתב שאם אמר האומן לבעל הטבעת שברצונו להחזירה לו משום ש"כבר ציירתי בדעתי מה שאני רוצה לעשות", ובעל הטבעת אמר לו: "הניחהו אצלך כדי שתוכל להסתכל בה ולעשות כמתכונתה ולא תטעה", הוא שומר חינוס. שו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן יג, נימק, שהוא שומר חינוס מפני שבוודאי קיבל על עצמו שמירה, אך אינו שומר שכר מצד השכר על עשיית הטבעת השנייה, מפני שאין לו הנאה ממה שהטבעת הראשונה נמצאת אצלו.
 ג. ראה הערה 98, מה שהוכיח מכאן ר"ש קעסלאוויטש.

159 להערה

א. דעות חולקות: הלכות גדולות, הלכות ריבית, בסופו, ורב מתתיה גאון, בתשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ת, אות ה (הובאו בעיטור שם ובבית יוסף יו"ד שם) פסקו שהוא רק שומר שכר על חלק זה. אלא שהלכות גדולות עצמו, בהלכות ריבית שם (עמ' 408, במהד' הילדסהיימר), ובב"מ, חלק ב (עמ' 426), כותב שהוא חייב באונס על חלק זה; וצריך עיון.
 ב. הפיכת הלוואה לעסקא: מרדכי, ב"ק, סימן ק (הובא בבית יוסף, יו"ד שם, בים של שלמה, ב"ק, פרק ח, סימן ע, ברמ"א, חו"מ, קכ, ב, ובש"ך, יו"ד, קעו, ס"ק טו), אומר שאם הייתה זו כולה הלוואה בתחילה, וכעבור מועד הפירעון, אמר המלווה ללווה שיחזיק בכסף בתורת עסקא, נשאר אחריות הלווה על כל הסכום גם אחריות לאונס, כמו בתחילה, מפני שמעשה אינו משתנה בשינוי דיבור. נימק זאת עצי לבונה, יו"ד, קעו, ה, שאסור למלווה לשנות את הלוואה לעסקא, משום שזו ריבית, שיקבל חלק מן הרווחים, ואם כן זו עדיין הלוואה רגילה. המרדכי למד דין זה מדין אחר, שנביא בשמו בסעיף 14, הערה 18 – ראה שם.
 ג. העיטור שם, ליד אות כט, מביא שרב שרירא גאון פסק שאפילו התנה להיות פטור מאונס, אין התנאי מועיל; אך העיטור עצמו כותב שתנאי זה מועיל.

מילואים לסעיף 1(ג)

ד. כל דברי ר' דוד בן סעדיה שם לקוחים מ"משפטי שבועות" שחיבר, ונדפסו בהרחבה (בתרגום אחר מן הערבית) בכותרת "ספר הפיקדון", על ידי ר' פרידלנדר, בספר תפארת ישראל, יובל לר' ישראל לוי, עמ' 63-67. וכבר העיר ש' אברמסון, בשרי האלף, עמ' שצט, שאין זה ספר הפיקדון לר' סעדיה גאון, שנדפס על ידי ר"ש אסף, מספרות הגאונים, עמ' 32.

להערה 160

א. גליון מהרש"א, על שו"ע, יו"ד, קעז, ה, מהר"ם בן חביב, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א (פו ע"א), ושו"ת כרם שלמה (אמרייליו), חו"מ, סימן פה (רטו ע"ב), כתובים שכן גם תהיה דעת בעל הלכות גדולות (במילואים להערה 159) שכתב שגם על חלק ההלוואה הוא רק שומר שכו.

ב. יפה ענף, מערכת שומרים, אות נ, כותב שגם משו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן קב, נראה שמתעסק הוא שומר חינם.

ג. שו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן נ (פא ע"א), כותב (שלא כר"ש קלעי שם) שלא ייתכן שהרא"ש סובר שמתעסק הוא שומר חינם, שאילו כן לא היה הטור (בנו) פוסק (ראה במילואים להערה 163) שהוא שומר שכו.

ד. יש שכתבו שאפשר לטעון "קים לי" כדעה זו: שו"ת שער אשר, חלק ב, סימן כג (לד ע"ג); שו"ת כרם שלמה (אמרייליו), חו"מ, סימן פה (רטו ע"א); שו"ת משאת משה (ישראל), השניות, חו"מ, סימן לר (קיא ע"א); מהר"ם בן חביב, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א (פו ע"א); שו"ת שי למורא, סימן טו (יח ע"א); שו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן נ (פא ע"א); שו"ת בני אברהם, חו"מ, סימן מג; שו"ת דברי משה (זקס), סימן ד, ענף י (והוסיף, שאם הנותן מחזק, יוכל לטעון "קים לי" שהלה שומר שכו). אבל שי למורא שם מביא שר"א מוטאל כתב שאי אפשר לטעון "קים לי" כדעה זו.

ה. שו"ת לחם רב, סימן קד, כותב שאף על פי שכל הפוסקים חולקים על הרמב"ם, אפשר להשתמש בדעתו כ"סניף" (נימוק מצטרף) בפסיקה.

ו. שו"ת ברכת רצה, סימן פב, כותב שגם לרמב"ם, ב"היתר עסקא" שלנו, שדי שהמקבל יתן אחוז מסוים (כפי שהוסכם מראש) גם אם למעשה יהיה לו רווח גדול יותר – הוא שומר שכו בגלל ההפרש הזה.

ז. ר' חיים שמואל, בשו"ת בני אברהם, חו"מ, סימן נ (לד ע"א), הקשה על דעה זו מב"ב ע"ב, ור' אברהם מיוחס, שם דף לד ע"ב, ושו"ת בני משה (מאג'אר), הלכות שאילה ופיקדון, סימן ג (דף עז ע"ג), מתרצים את קושייתו – עיין שם.

ח. דעה מקילה יותר: רב האי גאון, בתשובה המובאת בשיטה מקובצת, ב"מ קד ע"ב, ובשו"ת הרי"ף, מהר" ורשטיין, סימן עה, כותב שמתעסק אינו לא שומר חינם ולא שומר שכו, שהרי לא קיבל את הנכס לשמרו אלא לעסוק בו, ולשאת ולתת בו, אלא צריך לנהוג בו כפי שנוהגים התגרים (ואם יש שמחמירים ויש שמקילים בהתנהגות, יחמיר), וישמור כמו שהתגרים המחמירים נוהגים בשמירתו, מפני ש"לתקוני שדרתיך ולא לעותי" (נראה שכוונתו לעניין דרך ההתעסקות), אבל בשמירת שומר גרידא (כלומר, מקום הנחתו וכדומה) הוא אף פחות משומר חינם, שהרי שומר כסף צריך לקבור אותו בקרקע, והמתעסק אינו יכול שהרי הוא צריך לעסוק בכסף (ראה סעיף 2(א), הערה 145, בשם מהרי"ק), ולכן הוא יכול לעשות כמו שהסוחרים עושים.

ט. מקרה דומה לעסקא: שו"ת שי למורא, סימן טו (יז ע"ב), כותב שמי שקיבל כסף מחבור לקנות בעבורו סחורה ואחר כך לקברה, ומקבל שכו טרחה, אינו שומר שכו על הכסף, מפני שאין לו הנאה משמירת הכסף, ואף על פי שהכסף הוא לצורך הדבר שהוא משתכר בו, מכל מקום שמירת הכסף וקניית הסחורה הן שני דברים שונים; ואמנם אילו היה רשאי לקנות סחורה (לעצמו) בכסף זה, היה אפשר לומר ששמירת הכסף וקניית הסחורות הן דבר אחד, ויהיה שומר שכו גם על הכסף (דבריו קשים, שלא אם יש לו רשות שימוש בכסף, הוא שומר שכו בלאו הכי – ראה פסקה 5), אבל אם בעל הכסף אסר עליו להשתמש בכסף לצרכי עצמו, הוא שומר חינם על הכסף, כאמור. אך אחר כך (בדף יח ע"א), הוא עושה הבחנה: אם יש לשער שבעל הכסף משלם לו שכו טרחה ממש כסכום שהיה משלם לו אילו היה בעל הכסף עצמו מוליך את הסחורה למקום שהשליח אמור לקברה שם (וגם היה מביא את הכסף למקום ששם אמור השליח לקנות סחורה), סימן הוא שאינו משלם לו על השמירה; ואם לאו, יש להניח שהשכר שהוא משלם לו הוא גם על קניית הסחורה, וגם על שמירת הכסף והסחורה, והוא שומר שכו; וגם אם הוא משלם לו פחות מלשאר סוחרים, אין לדון מאדם לאדם (ראה ליד ציון הערה 9). הוא מסביר (דף יח ע"ב), שאף על פי שלולא הכסף שבידו לא היו הסוחרים נותנים לו את הסחורה ומניחים לו את הכסף (כנראה הוא מתכוון שלא היו נותנים לו באשראי), אין בהנאה זו כדי לעשותו שומר שכו, מפני שהנאה זו עיקרה לטובת בעל הכסף, שיקבל את הסחורה בזכות זה, ורק בעיקפין נהנה השומר, שיקבל אחר כך שכו בזכות זה. אולם שו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן לד (קיא ע"ד), כותב שבמקרה זה הוא שומר שכו, כמו אומן המקבל טבעת לעשות אחרת כדוגמתה, שאף על פי שהעשייה נפרדת מן הלימוד שהוא לומד מן הטבעת הזאת, הוא שומר שכו מפני שלולא הלימוד לא היה יכול לעשות אחרת (ראה ליד ציון הערה 156), ואף כאן, לולא הכסף לא היה יכול להרוויח מן הסחורה (מחלוקתם מובאת בשו"ת ימי יוסף בתרא, חו"מ, סימן לא, שלמד ממנה לעניין בגדים במרחץ – הערה 79). כדברי שי למורא כתב ר"א מוטאל המובא בכנסת הגדולה, חו"מ, שג, הגהות הטור, אות ב, שמי שקיבל מאחר כסף לקנות עבורו סחורה, ומקבל על זה אחוזים מפני שמוכרי הסחורות מכירים אותו והוא בקי בסחורות אלה ויודע "להלבישן" (מתי לקנותו ומתי למכרו ולקנות סחורה אחרת), הוא שומר חינם על הכסף, מפני ששכרו אינו על השמירה אלא על דבר אחר, והוא שומר שכו רק על הסחורה, מפני שהוא נהנה ממנה. שו"ת מתחם לדוד, חו"מ, סימן יג, לומד מדברי ר"א מוטאל שלדעתו הוא שומר חינם גם אם יש לו רשות שימוש בכסף (אך זה קשה, שהלא רשות שימוש בכסף יוצרת אחריות שומר שכו – פסקה 5). יש כאן קושי, שהלא ר"א מוטאל עצמו כתב שמתעסק שומר שכו, כפי שהבאנו לעיל (מן המובא בשמו בשי למורא), ומשמע שזה מן הרגע שהוא מקבל את הכסף, ואין נראה שיש הבדל בין עסקא לנידוננו, שאין נראה שההבדל באחוזים שהוא מקבל הוא משמעותי; וקשה לומר שבנידונו התפקיד היה רק לקנות סחורה במקום אחר ולהביאה לבעל הכסף (המקרה ליד ציון הערה 75), שהרי לא משמע כך מלשונו (אגב, מן המקורות בהערה 75, שכתבו ששם הוא שומר שכו על הכסף, יש ללמוד בקל וחומר שכאן הוא שומר שכו על הכסף לדעתם; ולהיפך, שי למורא ור"א מוטאל יאמרו בקל וחומר ששם הוא שומר חינם על הכסף). גם על שי למורא קשה, מדוע עסק במקרה זה נפרד מהמקרה של עסקא, וכי

מילואים לסעיף 1(ג)

ההבדל באחוזים משנה את הדין? מה עוד, שהוא כותב שכאן יותר מסתבר שהוא שומר שכר מבצקא, מפני שבצקא אפשר לומר שהוא משלם על ההתעסקות ולא על השמירה; וגם הבחנה זו אינה מובנת.

י. במקרה אחר הדומה לצקא, עוסק שו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן נ (פ ע"ד): במי שמורשה לטפל בנכס ולהתעסק בו ולתת את הרווחים לבעל הנכס תמורת שכר טרחה. הוא כותב שזה תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד בצקא, לפי הסבר בית יוסף (ליד ציון הערה 161), שהם חולקים בשאלה האם שכר ההתעסקות נחשב שכר שמירה. הוא רומז, שלפי ההסבר (ליד ציון הערה 162) שלרמב"ם הוא שומר חינוך מפני שהשכר בא רק למנוע איסור ריבית, כאן גם לרמב"ם הוא שומר שכר מפני שאין עושה של ריבית. הוא מוסיף (בדף פב ע"ב) שבנידונו הייתה סיבה אחרת לומר שהוא שומר שכר — שבשטר ההרשאה היה כתוב שבעל הנכס הרשה את פלוני להיות מפקח ומשגיח על כל נכסיו וענייניו, ובתמורה מקבל שכר טרחה, הרי שמפורש בשטר שהשכר הוא גם על השמירה. נראה שמקרה זה שונה מהמקרה של סוכן מכירה (שהוא בוודאי שומר שכר — ראה פסקה 6), ששם תפקידו מסתיים במכירת הנכס, וכאן הוא אמור עוד להתעסק בכסף.

יא. מקרה אחר הדומה לצקא הוא במי שקיבל כסף להתעסק בו, על מנת שהרווחים ילכו לצדקה, והוא מקבל שכר טרחה. שו"ת מקור ישראל, חו"מ, סימן מט, פוסק שאינו שומר שכר, מפני שאינו לוקח את השכר להתחייב כשומר שכר, אלא זה שכר טרחה. הוא מצייין שדבר דומה כתב גינת ורדים לעניין פאטור, בדעת הרמב"ם — ראה במילואים להערה 181. אך ראה שם, שרוב הפוסקים כתבו שפאטור הוא שומר שכר, ואם כן גם עוסק זה הוא שומר שכר.

יב. משו"ת הרדב"ז, סימן תרלח, עולה שאם נתן לו כסף לסחור בו בתורת פיקדון, ולא בתורת עסקא, כלומר שכל הרווחים יהיו לבעל הכסף, הוא שומר חינוך. ונראה שמדובר בשאינו מקבל שכר טרחה.

יג. כמו כן, ר' חיים שמואל, בשו"ת בני אברהם, חו"מ, סימן נ (לד ע"א), כותב שאם התנאי בצקא הוא שכל הרווחים יהיו לבעל הכסף, ואינו מקבל שכר, אינו שומר שכר, ואין לומר שיהיה שומר שכר בהנאה שיוכל להשתמש בכסף לעצמו, שהרי אסור לו, שמה באותו זמן תודמן סחורה שיצטרך לקנות עבור בעל הכסף. אך שו"ת הרמ"א, סימן פ, כותב שמי שקיבל כסף להתעסק בו לטובת בעל הכסף, ואם ירצה יוכל לתת לבעל הכסף רבע מהקצין (נוסף על החזרת הקצין), והעודף ברווחים יישאר לו — הוא שומר שכר, מפני שיש לו אפשרות להרוויח, אם יעשה הכסף רווחים יותר מרבע הקצין. על מקרה שהקצין שייכת לשניהם ואחד מתעסק בה, ראה במילואים להערה 328.

יד. פני מבין, שם, ג, דן באדם שנתן לחברו בהמות להביא עליהם פחמים, על מנת שיחלקן את הפחמים, והבהמות נלקחו בדרך על ידי לטטים. הוא מביא מי שאמר שהבהמות נחשבות חצי פיקדון וחצי שאילה; והוא עצמו כותב שהוא רק שומר עלילין, שהרי לא נישמו הבהמות, ולא קיבל שכר טרחה.

טו. שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שכה, כותב שאם נהוג שהמתעסק אינו נושא בשום אחריות לאונס, אלא שאם הרוויח, הוא מקבל רק רבע מהרווח (או אחוז דומה), הוא שומר שכר.

להערה 161

א. הרדב"ז נימק, שעסקא דומה למי שהפקיד נכס אצל חברו, ואחר כך שכרו למלאכה אחרת, שאינו שומר שכר (ראה ליד ציון הערה 61). שו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן נ, דף פא ע"ד (הובא בשו"ת ישמח לב, חלק ב, חו"מ, סימן מח, דף פא ע"א), מסביר את ההשוואה, שגם כאן יש הפרדה בין המלאכות שעליהן ניתן השכר, לבין השמירה: מצד אחד מוטל עליו להניח את הכסף במקום בטוח, ומצד שני עליו להשתדל לגבות את הרווחים, וגם לדאוג לשלוח את הכסף לבעל הנכס על ידי אדם נאמן, וגם לשמור את הכסף במשכונות בטוחים (הוא כותב כך על נידונו — ראה במילואים להערה 160 — והדברים נכונים גם במתעסק).

ב. שו"ת שי למורא, סימן טו, דף יז ע"ב (הובא בשו"ת ברך משה, סימן כו, דף ק ע"ד), מקשה על הסבר כסף משנה, שאינו שומר שכר מפני שהשכר הוא על העיסוק ולא על השמירה, הרי אומן שומר שכר אף על פי שהשכר הוא מקבל הוא על המלאכה (כך הקשה גם שער דעה, קצו, ס"ק ד), וגם סוכן מכירה הוא שומר שכר לפי הרמב"ם (הערה 181) אף על פי ששכרו הוא על התעסקותו ושלוחות (כך הקשה גם מהר"ם בן חביב, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א) ? נאמרו על כך תשובות אחדות. א) שו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן ט (דף סא ע"ג), תירץ שסוכן שומר שכר מפני שהוא מחזיק את הנכס כביטחון לשכרו ונהנה הרבה יותר מפועל רגיל ביחס לטורח. ב) שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד, מסביר שהרמב"ם סובר שאומן שומר שכר רק משום שתופסו כביטחון לשכרו, ולא מצד הנאתו מקבלת שכרו (ראה בשמו ובשם אחרים במילואים להערה 134), ואילו מתעסק הוא שומר חינוך, מפני שאינו נהנה מההחזקה כביטחון, משום שאין הנאה זו קיימת בשומר שכל שכמותו מחזיקים את הנכס אצלם (ראה במילואים להערה 102), והרי כאן, כל המתעסקים — הנכס אצלם, ולכן אין למתעסק פלוני הנאה מיוחדת מן ההחזקה. כך הסביר גם דברי משה שם, ענף ב (בהסבר אחד), והוסיף, שאין אומרים שמתעסק יהיה שומר שכר מפני שהוא מחזיק בחצי שהוא פיקדון, כביטחון לשכרו (קושיית גידולי תרומה שיצוין בהערה 162), שהרי כבר יש בידו החצי שהוא מלווה, וגם הרווחים בידו, שישמשו לו כביטחון (נקודה זו אומר גם כתר תורה, ברדיטשוב, על הרמב"ם, שם [עמ' מא, במהד' לונדון], והוא בבית שלמה, שם, הגהה א). ג) עוד הסביר דברי משה, שאומן שומר שכר לפי הרמב"ם מצד השתכרותו במלאכה, משום שהוא מקבל שכר מלא עבור מלאכתו, וזה כולל שכר שמירה, אבל מתעסק יש שהוא מקבל רק דינר אחד כל ימי העסקא (רמב"ם שם), ואין לומר שסוכן מועט זה כולל גם שכר על השמירה. ד) י' ספיר, "בדין התמנות שומר שכר", כתלנו ג, עמ' 48, הסביר שהכסף משנה מסכים שאומן שומר שכר מפני ששכרו כולל שכר על השמירה, ודווקא בצקא אומרים שהשכר אינו על השמירה, משום שההלכה קבעה שיהיה שומר חינוך מפני שאם לא כן זה נראה כריבית, כאילו הוא משלם על גנבה ואבדה בתמורה לרשות השימוש בחצי שהוא הלוואה (ומטעם זה אסור לו להתנות להתחייב באונס), ולשם כך השתמשו בסברה של כסף משנה.

ג. ר"א מילר העיר שהכסף משנה יצטרך להסביר ששומר שכר אף על פי שהשכר אינו על השמירה, כפי שהסביר העמק שאלה שהבאנו במילואים להערה 134; או שייסביר שהנאת השוכר משימוש בעצם הנכס גדולה יותר משאר הנאות, ולכן היא עושה אותו לשומר שכר. עוד אפשר לנמק על פי בית הלוי שנביא במילואים להערה 296, שאומר ששומר שכר מפני שהיה צריך להיות חייב באונס כשואל, אלא שהוא יורד בדרגת האחריות מפני שהוא נתן תמורה לבעל הנכס. וראה בשם ר"א מילר בהערה

85, שהספק משנה מחזיק בדעת יחיד בכך שהוא חולק על העיקרון שאם החוקת הנכס היא תנאי הכרחי לקבלת השכר, השומר הוא שומר שכר.

להערה 162

א. כמו כן, ר"ש משאש, בשו"ת דברי שלום (משאש), חו"מ, סימן מח (צו ע"ד), מסביר שהרמב"ם סובר שמתעסק מצד עצמו אינו מבקש שכר (שלא כאומן שפרנסתו תלויה בשכר זה), אלא ממון "הקנו לו מן השמים" כדי להתיר איסור ריבית, ולכן אינו שומר שכר. אך הוא מקשה על זה, הרי גם שומר אבדה לא התכוון ליהנות מפרוטרה דרב יוסף אלא לעשות מצווה לשמה, ומכל מקום נעשה שומר שכר מפני שממילא נהנה?

ב. שני ההסברים הובאו בשו"ת משאת משה (ק"י ע"ד), בשו"ת כרם שלמה (דף רטו), ועל ידי מהר"ם בן חביב (שציונו במילואים להערה 160, אות ד).

ג. נימוקים נוספים לדעת הרמב"ם: חוות דעת, יו"ד, קעו, ס"ק ז (הובא בשו"ת בית שלמה, סקאלא, יו"ד, חלק א, סימן כא), נימק ששכר ההתעסקות הוא רק שכר של "פועל בטל", היינו, תמורה על הפסקתו מלעבוד במלאכתו הקודמת כדי להתפנות לעסוק בעסקא, ושכר בטלה אינו יוצר אחריות שומר שכר, כפי שראינו ליד ציון הערה 84. כמו כן, י' ספיר, "ברוך התמנות שומר שכר", כתלנו ג, עמ' 47, כותב שלפי השיטה שהשכר הניתן למתעסק אינו תשלום על טרחתו אלא על בטלתו ממלאכתו הקודמת, אין לומר שהשכר זה כולל גם שכר על השמירה, מפני שהתשלום אינו ניתן על עבודתו הנוכחית. אך יש להעיר שהסבר זה אינו טוב למקרה שהמתעסק נוטל שני שלישים ברווחים, במקום ליטול שכר בטלה, שהרי אז יש לו שכר ממש.

ד. אור שמח, על הרמב"ם שם, נימק שברור שהנחתן לא נתן על דעת שיתחייב המתעסק בגנבה ואבדה, שהרי בלאו הכי ישמור מגנבה ואבדה כדי שלא יפסיד מחלק המלווה, ומאחר שבעל הנכס לא התכוון לכך ואינו מקפיד על חיוב זה, גם המתעסק אינו מתכוון להתחייב בו, מה שאינו כן בשוכר ובאומן, שבעל הנכס רוצה שיתחייב השומר בגנבה ואבדה, שאם לא כן לא ישמור היטב. הוא מרגיש בקושי על הסבר זה, מדוע שותפים שומרי שכר זה לזה, הרי בלאו הכי כל אחד ישמור היטב כדי שלא ייזוק חלקו; והוא עושה הבחנה ביניהם, ואין הבחנה מובנת. י' ספיר שם, עמ' 47-48, מקשה על אור שמח, מה בכך שבעל הנכס לא התכוון שיהיה שומר שכר, הרי אין צורך שהוא יתכוון לתת שכר לשומר, כפי שראינו ליד ציון הערה 19, אלא די שיהנה השומר? ותיירץ שמכל מקום צריך שבעל הנכס ימנה אותו להיות שומר שכר, ובמלווה על משכון ובשומר אבדה אף על פי שאינו מקבל שכר מבעל הנכס אלא מקבל פרוטה דרב יוסף מבחוקו, זה מינוי של התורה, ובעסקא ברור שהתורה לא מינתה אותו לשומר שכר מפני שאין צורך בכך בלאו הכי ישמור היטב. עוד הקשה על אור שמח, הרי גם באומן אפשר לומר שהתורה לא מינתה אותו מפני שאין צורך שיהיה שומר שכר כיוון שבלאו הכי ישמור היטב כדי שיקבל את שכרו? ותיירץ, בדומה להסברו במילואים להערה 161 בדעת כסף משנה, שסברת אור שמח היא רק סיוע לטעם העיקרי, של ריבית, ובטעם זה לבדו לא די שיחשב שומר חנינם.

ה. אגודה, ב"מ, סימן קטו, נקט שלרמב"ם הוא שומר חנינם מפני שהוא שלוחו; ואין כוונתו ברורה.

ו. ר"א הלוי, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ב (פח ע"ב), נימק את דעת הרמב"ם, ששכר הטרחה שהוא מקבל אינו משמעותי, ולא היה מוכן להתעסק תמורת שכר זה בלבד, שהוא מועט, והוא הסכים להתעסק בחצי שהוא פיקדון רק משום הנאתו מהחצי שהוא מלווה, ושכר הטרחה נועד רק להפקיע איסור ריבית; וגם אינו שומר שכר בגלל הנאתו מהחצי שהוא מלווה, מפני שחכמים שקראו לזה "מחצה פיקדון" הפקיעוהו משכר זה (כדי שלא יהיה איסור ריבית), שהרי אם נאמר שהוא שומר שכר (אפילו מחמת שכר הטרחה), אנשים יאמרו שזה מחמת הנאתו מן המחצה שהוא מלווה, ונמצא עובר באיסור ריבית, ולכן הפקיעוהו מדין שומר שכר. לעומתו, הרמב"ם סובר, שהפקיעו ממנו רק דין שומר שכר מחמת הנאתו מן המלווה, אילו לא היה מקבל שכר טרחה, אבל עכשיו שמקבל שכר טרחה, הוא שומר שכר מחמת שכר הטרחה. והוא דוחה (בדף פח ע"ג) את הסבר גידולי תרומה לדעת הרמב"ם, מפני שמה בכך שהשכר הוא לטובת נותן העסקא, הלא סוף כל סוף העוסק מקבל שכר? גם שו"ת שי למורא, סימן טו (ז' ע"ג), הסביר שהרמב"ם סובר שחכמים תיקנו שיהיה רק שומר חנינם, שאילו היה שומר שכר, היה כאילו עובר באיסור ריבית. והסביר (דף יז ע"ד) שסוכן מכירה הוא שומר שכר מפני שאין לו חלק בגוף הנכס, ולכן הדין נותן שיהיה שומר שכר כדי שישמור היטב, אבל מתעסק בלאו הכי ישמור היטב, מפני שהצד הנכס שלו, לרווח ולהפסד; ועוד, שכבר יש עליו אחריות חלקית, ולכן אין צורך להטיל עליו אחריות גנבה ואבדה. נראה שכוונתו היא, שלכן תיקנו חכמים לגבי שיהיה שומר חנינם, ולא תיקנו כך בסוכן מכירה, שאילו לפי ההסברים האחרים בדעת הרמב"ם, אין מקום להבחנה בין מתעסק לסוכן מכירה מצד הצורך להטיל עליו אחריות חמורה.

ז. ר"מ בירדוגו, בשו"ת דברי שלום (משאש), חו"מ, סימן מט, נימק, שאינו בטוח שיהיה לו שכר, ואולי יפסיד, מה שאינו כן באומן, שיקבל שכר גם אם יאבד הנכס באונס. אך ליד ציון הערה 19 ראינו שגם בספק רווח השומר הוא שומר שכר.

ח. קרית מלך רב, חלק א, תשובה כב, בתחילתו, נימק שהרמב"ם סובר שהוא שומר חנינם מפני שלבעל הכסף יש יותר הנאה מלמתעסק, והראב"ד סובר שלמתעסק יש יותר הנאה.

להערה 163

א. כך כתב גם בספרו בדק הבית, יו"ד, קעו. כך גם דעת: השגות הראב"ד, על הרמב"ם שם; חידושי הרמב"ן, ב"מ ע"א ד"ה (א); מרדכי, ב"מ, סימן שצ; רבנו חננאל, ור' ברוך מרגנשבורק, המובאים באור זרוע, ב"מ, סימן שמב, ובהנהגות אשרי, ב"מ, פרק ט, סימן ט (הובא בשו"ת אבקת רובל, סימן קלט); אור זרוע, שו"ת, סימן תשעב; מאירי, ב"מ דף סח ע"א ד"ה (אין) ודף קד ע"ב (ד"ה הנותן); טור, יו"ד, סימן קעו (ליד אות יא); ספר העיטור, כ"ס, ליד אות כו; רמ"ן, בשיטה מקובצת, ב"מ קד ע"ב; ר' דוד בר סעדיה, בשיטה מקובצת שם; אגודה, ב"מ, סימן קטו; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתו, דפוס לבוב, סימן שפ (גם בשם הראב"ן), דפוס קרימונה, סימן יב (בשם הרי"ף), ומהד' בלון, שער ב, סימן קסב, בשם הרי"ף ור"י; שערי שביעות, שער ח (הובא בסמ"ג, עשה פב, קטח ע"ג); פסקי הרא"ה, ב"מ, פרק ה, הלכה ו, אות ו; שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד; שו"ת נוכח השולחן, סימן כ (הובא בשו"ת שערי עזרה, חו"מ, סימן מה); שו"ת שער אשר, חלק ב, סימן כג (ל' ע"ג), בדעת שו"ת ברך

מילואים לסעיף 1(ג)

- משה, סימן כו; גידולי תרומה שם; משכנות יעקב, חו"מ, סימן מא (במהדורה המקורית, והוא סימן נ בחדשה), גם בדעת תוספות, הרי"ף, הרא"ש, הר"ה, ונימוקי יוסף; שו"ת ר"י מפונא, סימן פג (עמ' קעז); שו"ת דברי שלום (משאש), חו"מ, סימן מח, דף צו ע"ג (שכך פסקו כל הפוסקים).
- ב. לפי מגרל עז, על הרמב"ם שם, גם הרמב"ם סובר שהוא שומר שכו, ומה שכתב שהוא שומר חינוס הוא במקרה שאינו מקבל שכו. הוא מתכוון לבגון שיש לו עסק משלו, שאז אין איסור ריבית בעסקא של אחר (ראה במילואים להערה 165, בשם מהר"ם).
- ג. שו"ת תורת חיים, חלק א, סימן עה, כותב שלפי רוב הפוסקים מתעסק הוא שומר שכו. שו"ת מהרי"ק החדשות, סימן ד, עמ' 23, ושו"ת קול אליהו, חלק ב, חו"מ, סימן כו, מביאים את מחלוקת הרמב"ם והראב"ד.
- ד. שו"ת שער אשר, חלק ב, סימן כג, דף לב ע"ד (הובא בשו"ת פני יצחק, חלק ג, חו"מ, סימן ו, דף כג ע"א), כותב שמאחר שהשולחן ערוך פסק שמתעסק הוא שומר שכו, צריך לומר שמה שר' יוסף קארו חתום יחד עם הרדב"ז על תשובה בשו"ת אבקת רוכל, סימן קמ, האומרת שמתעסק הוא שומר חינוס, הוא מפני שאז היו פוסקים בכל דבר כרמב"ם, הסובר שהוא שומר חינוס.
- ה. ר' דוד בר סעדיה שם כותב, שאם חצי הסכום אבד, מחשיבים את החלק שאבד כחצי מלווה וחצי פיקדון.
- ו. שו"ת רבנו תם, סימן לד, אות א (נדפס גם בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן שלה), נוקט שמאחר שיש לו שכו קבוע, שם שומר שכו עליו; אבל הוא לא דן בעניין אחריות גנבה ואבדה, אלא לעניין אחר — עיין שם.
- ז. הגבלות: ר"ש קלעי, בשו"ת משפטי שמואל, סימן סו, כותב שגם לראב"ד, הוא שומר שכו רק אם הוא מקבל שכו קצוב כל יום, או שיש לו חלק בגוף הנכס, אבל במקרה שאין לו הנאה ודאית, אלא יש סבירות גדולה להפסד, הוא שומר חינוס; וזה לא כבנידון שו"ת מהרי"ק, שורש קנה, מפני שבנידון השומר היה אמור לקבל את כל הרווח מעבר לסכום מסוים (ראה הערה 184), ולכן הוא שומר שכו אף על פי שאין הנאה ודאית. מה שאינו כן במקרה שמקבל רק חלק מהרווח. שו"ת ברוך משה, סימן כו (קב ע"ג), כותב שלפי הכסף משנה, שטעם הראב"ד שהוא שומר שכו הוא בהנאה שמרוויח מן העסקא, גם במקרה כזה שאינו מקבל כפועל בטל אלא רווח מסופק, יהיה שומר שכו מהטעם הזה.
- ח. שו"ת שי למורא, סימן טו (יח ע"א), כותב שגם לראב"ד, אם ניתן לו הנכס להוליך למקום אחר ולעשות שם עסקא, הוא שומר חינוס עד שגיע לשם, מפני שאין לו אפשרות להרוויח מהנכס עד שגיע לשם; אך לפי ההסבר שלפי הראב"ד מתעסק הוא שומר שכו משום שכו שטרחה שהוא מקבל, הוא שומר שכו גם בשעת הולכה אם אמנם הוא מקבל שכו שטרחה גם על זמן ההולכה למקום האחר. הוא מסביר בכך מדוע טור, חו"מ, רל, ד, כותב על מקרה זה שחייב בגנבה ואבדה רק על חצי — מפני שעל חצי הפיקדון הוא רק שומר חינוס, גם לראב"ד (שהטור פסק כמותו), ועל חצי המלווה הוא רק שומר שכו, משום שעדיין אין לו רשות שמוש. אבל שו"ת דברי משה, סימן ה, ענף ט, כותב שגם שומר שכו שהנכס היה כבדו כפיקדון, ואמר לו בעל הנכס שממונעד פלוני יהפוך לעסקא, הוא שומר שכו כבר משעת האמירה, מחמת האפשרות שירוויח.
- ט. שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק ב, סימן כג, כותב שמי שהיה בידו כסף לסחור בו, כך שהוא שומר שכו עליו (נראה שכוונתו לעסקא, וכדעת השולחן ערוך), הוא נשאר שומר שכו גם לאחר שאסף אותו לשלחו חזרה לבעל הכסף, כמו מלווה על המשכון לאחר הפירעון (ראה ליד ציון הערה 287).

להערה 164

- א. מרדכי, ב"מ, סימן שצ, נימק: "הואיל ונהנה מהנה". הסביר דברי משה, שם, ענף ד, שכוונתו היא שיש שהוא נהנה אף מן החצי שהוא פיקדון; כגון אם הזדמנה לו סחורה טובה מסוימת, ואילו היה לו רק החצי שהוא מלווה, לא היה לו די כסף לקנותה, וביחד עם החצי שהוא פיקדון יש לו די כסף לקנותה או להרוויח בה (סברת ט"ז, יו"ד, קעז, ס"ק ט — ראה גם במילואים להערה 332); או, באופן שצריך ללכת למקום רחוק כדי להרוויח בסחורה מסוימת, ואילו היה לו רק חלק המלווה, הרווח לא היה מכסה את הוצאות, וביחד עם החצי שהוא פיקדון, הרווח מכסה; וגם אם בפועל לא הזדמן לו מצב כזה, הוא שומר שכו בגלל האפשרות שהיא תזדמן (ראה ליד ציון הערה 16, על עיקרון זה), מפני שהאדם היה מוכן לתת פרוטה עבור הסיכוי הזה (יש להעיר שכהסבר זה משמע מדברי ר' ברוך מרגנשפורק באור זרוע שם, הנוקט שהוא נהנה מהפיקדון ביחד עם המלווה). הוא מיישב בזה את קושיית שער דעה, קעז, ס"ק ד, וחוות דעת, קעז, ס"ק ז (וכן י' ספיר, כתלנו ג, עמ' 45), שאם אנו מחשיבים את הנאתו מאפשרות השימוש מחלק המלווה, כשכו על שמירת חלק הפיקדון, נמצא שהוא עובר באיסור ריבית, מפני שבתמורה להלוואה, הוא מתעסק בפיקדון (כך הקשה גם שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס לבוב, סימן שפ, שנראה כריבית)? התירוץ הוא, שהשכו אינו מהנאתו בשימוש בחלק המלווה, אלא מהשימוש בחלק הפיקדון, כאמור. בענף ז הוא כותב שזה הטעם גם לפי הראב"ד; ומסביר שהרמב"ם אינו מתחשב בהנאה זו, מפני שבתמורה להנאתו מן האפשרות להרוויח בעסק יקר כאמור, הוא נותן לבעל הכסף גם את האפשרות להרוויח חצי הרווח בעסק היקר הזה, ולכן אינו צריך לתת לו אחריות שומר שכו בתמורה. אך בענף ח הוא מעלה אפשרות שאם יש לו רווח ברור מעסק יקר כזה, הוא שומר שכו גם לרמב"ם; ומצד שני, הוא מעלה אפשרות שאם הסיכוי לעסק כזה הוא קטן מאד, גם לראב"ד הוא שומר חינוס. אך יש להעיר, ששו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן יב, ומהר"ם בלוך, שער ב, סימן קסב, מעלה אפשרות שטעם הדעה שמתעסק שומר שכו, הוא משום "הואיל ונהנה מהנה", ואומר שזה לא קיים במקרה ששלושה נתנו כסף לקופה משותפת, ואחד מתעסק בכסף עבור שלושתם; והרי סברת דברי משה שייכת גם שם, שהמתעסק נהנה בזה שיש לו כסף של האחרים, שעל ידי זה יכול לעשות אותו עסק גדול וריווחי, שגם חלקו יגדל יותר מחמתו.
- ב. ב"ח, יו"ד, קעז (ד"ה כתב הרמב"ם), מקשה על הכסף משנה, שלפי טעמו יהיה שומר שכו גם אם אינו נוטל שכו כלל, ומדוע הזכיר הראב"ד נטילת שכו? שו"ת ברוך משה, סימן כו (קב ע"ג), תירץ, שכשאינו מקבל שכו, אסור מטעם ריבית, ואז לא ייפו חז"ל את כח בעל הכסף שיוכל לגבות מהשומר בגנבה ואבדה, כיוון שעשה איסור.

להערה 165

- א. עצי לבונה, על שו"ע שם, וחוות דעת, יו"ד, קעז, ס"ק ז, כותבים שנימוקה של שיטה זו הוא ששני הדברים מצטרפים — הנאתו

מילואים לסעיף 1(ג)

משכר ההתעסקות והנאת השימוש, אך בכל אחד לבד לא היה די. וכך כתב דברי משה שם, ענף ז (בהסברו השני), ומכאן הוא כותב שלראב"ד, אם אינו מקבל שכר טרחה, הוא שומר חינום (על האפשרות הזאת ראה בסמוך בשם מהר"ם); אלא שאם בפועל הרוויח יותר בזכות מה שהיה בידו סכום גדול לעסוק בו (ראה בשמו במילואים להערה 164), הוא שומר שכר גם בלי שכר טרחה, שהרי זה רווח ברור.

ב. י' ספיר, "בדין התמנות שומר שכר", כחלנו ג, עמ' 46, מסביר שמניחים שהשכר ניתן גם על השמירה, מפני שלא מסתבר שהשכר הקצוב שמשלם בעל הנכס הוא רק על הטרחה, שכן טרחה אינה דבר קצוב, שלפעמים צריך לטרוח יותר בעסקים ולפעמים פחות, אלא מסתבר שזה על השמירה, שהיא קצובה.

ג. חוות דעת מטיק מכך שרק אם שכר ההתעסקות הוא שווה פרוטה, העוסק שומר שכר, כפי שראינו בפרק ב, 1, ששכר מינימום לשומר שכר הוא פרוטה.

ד. גידולי תרומה מוסיף לנמק, שאם הוא מקבל שני שלישים ברווח, הוא שומר שכר מפני שהוא נהנה גם מגוף חלק הפיקדון; אך אין לומר טעם זה כשהוא מקבל רק שכר טרחה.

ה. דברי משה שם, ענף ה, מבאר את טעם הראב"ן, שהוא מקבל שכר לדאוג שהסחורה תגיע ממקום הזול למקום היוקר, ותגיע לשם שלמה ולא תיגנב ולא תאבד, ונמצא שבפעם השכר הוא על השמירה.

ו. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס לבוב), סימן שפ, כותב שאם יש למתעסק כסף אחר שהוא עוסק בו, שאז גם אם אינו מקבל שכר טרחה אין איסור ריבית שהרי הוא טורח בלאו הכי מחמת עסקיו ואינו טורח מפני שקיבל את ההלוואה (אך שו"ע, יו"ד, קעז, ב, פסק שגם במקרה כזה צריך הנותן לתת לו דינו כשכר טרחה). אינו שומר שכר מפני שאינו מקבל שכר. הוא מביא שאבי עזרי כתב שגם כאן הוא שומר שכר משום "הואיל ונהנה מהנה" – היינו הסברא שליד ציון הערה 164 (וכך מביא גם המרדכי בשם ראב"ה). אך מהר"ם כותב שאין אומרים סברה זו אלא במקום שכל ההנאה שלו, שהרי כן המצב במקום שנזכרה סברה זו, בשואל שכלתה שמירתו – סעיף 11, ליד ציון הערה 131 (אך דבריו קשים, שהרי ביטוי זה נאמר גם בב"מ מג ע"א כפי שהוא עצמו מצטין, ושם הוא רק שומר שכר – ברשות שימוש בכסף). כמו כן, שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תתקד, כותב שמקבל כסף למחצית שכר, אם הוא מקבל שכר עמלו ומזונו, הוא שומר שכר, ואם אינו מקבל שכר עמלו ומזונו, הוא רק שומר חינום. נראה שהוא מתכוון למקרה האמור, שיש לו עסק אחר משלו, ולכן אין איסור ריבית אף כשאינו מקבל שכר טרחה.

ז. מרדכי מביא שהראב"ה הקשה על הטעם של שכר הטרחה, הרי אם הוא עוסק גם בשלו, הדין הוא שאינו צריך לקבל שכר של פרוטה (כך הסביר את דבריו דברי משה שם, ענף ג), ואם כן במקרה זה היה צריך להיות שומר שכר. ראה על כך במילואים להערה 163, בשם מגדל עוז.

להערה 167

א. כך פסקו: רב נחשון, בתשובת הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ט, אות ב; רמב"ם, הלכות שאילה, ז, ו; סמ"ג, עשה פח; ספר מישורים, נתיב ל, חלק ב; אור זרוע, ב"מ, סימן שמב; סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' עא); תוספות, ב"ק נו ע"ב (ד"ה בההיא); תוספות תלמיד רבנו תם ור' אליעזר, ב"ק נו ע"ב; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תשעה; רא"ש, שבועות, פרק ו, סימן כט; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שלו; שו"ת מהר"ל החדשות, סימן קעד; שו"ת מהר"ק החדשות, סימן ד, עמ' 19 (שהואיל ונהנה, מהנה); נימוקי יוסף, ב"מ כד ע"ב (בדפי ה"ף); ראב"ן, ב"מ פא ע"א, בית יוסף, חו"מ, עד, מחודש ב, בשם "מצאתי כתוב", ורמ"א, חו"מ, עד, ג (על לווה שהודיע למלווה להספף מוכן אצלו, שעדיין רשאי להשתמש בו), הובאו בשו"ת אדמת קודש, חלק א, סימן סא (קבו ע"ג); טור, חו"מ, רצב, יא; שו"ע, חו"מ, רצב, ז; שו"ת בנימין זאב, סימן ששה; שו"ת ערות ביהוסף, חלק א, סימן ל; שו"ת קול אליהו, חלק ב, חו"מ, סימן כו; שו"ת ר"א בן ארחא, סימן א (עמ' ח); שו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קסו; תומים, עב, ס"ק טו; שו"ת עין משפט (הלוי), חו"מ, סימן כט; חזקה רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה שפו; שו"ת ר"ש איגר, חו"מ, סימן כב (עמ' רו); הר צבי, חו"מ, שג; שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן יג; זכרון ישעיהו (גרוסברג), דף ו ע"ג; שו"ת ערות ביעקב, סימן כג (נו ע"א); שו"ת מהר"ש ענגל, חלק ה, סימן קג; שו"ת מהר"שם, חלק ב, סימן ק; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן מט; שו"ת שואל ומשיב, מהרורא ד, חלק ב, סימן סד; שו"ת זקן אהרן (הלוי), סימן קצא; ברורי הלכה (מענה שמחה) ד (תשנ"א), עמ' 7; רי"מ מרגליות, הפרדס שנה טז, חוב' ד, עמ' 35.

ב. ראה ליד ציון הערה 350, שיש אומרים שגבאי צדקה הוא שומר שכר בשל רשות השימוש בכסף. וראה ליד ציון הערה 412, סברה זו במוכר שקיבל את דמי המכר בטרם הועברה הבעלות לקונה.

ג. רא"ש, ב"מ, פרק א, סימן לט (הובא בשו"ת בית אברהם, קאלוועריא, סימן כד), כתב על מי שקנה קרקע, וידע שהמוכר גזל אותה ממישהו, שדין הכסף הוא כפיקדון (כאמור בב"מ טו ע"ב), שהגולן-המוכר חייב בגנבה ואבדה אפילו לא השתמש בו, מפני שבדעתו להשתמש בו כל זמן שהקרקע ביד הקונה, והקונה מוכן שהגולן-המוכר ישתמש בו, שהרי נתן לו על דעת שיהיה בידו עד שיטרוף הנגזל, וידע שבינתיים ישתמש בכסף. אבל טור, חו"מ, שעג, א, כתב על מקרה זה, שדין הכסף כהלוואה, ואם כן הוא חייב באונס. וראה בסעיף 1(ד), במילואים להערה 38, בשם גן נעול, סיבה אחרת לחיובו באונס.

ד. שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן לד, כותב שאם יש מחלוקת בפוסקים האם יש לשומר רשות שימוש בכסף, הוא פטור מגנבה ואבדה מספק.

ה. מעיני החכמה, ב"מ מג ע"א, אות קכט, כותב ששומר כסף הרשאי להשתמש בו הוא שומר שכר גם אם טמן אותו בקרקע, אף על פי שיש בזה גילוי דעת שאינו רוצה להשתמש בו, מפני שבכל זאת הוא נהנה בזה שאם ירצה יוכל להשתמש. עוד נימק (ברמז) שבזמן התחלת השמירה, לפני שטמן, נעשה שומר שכר מפני שהיה יכול להשתמש, וחייב זה אינו פוקע בזמן שטמן וגילה דעתו שאינו רוצה להשתמש. על עיקרון זה, ששכר בתחילת השמירה עושה את השומר לשומר שכר למשך כל השמירה, ראה לעיל, ליד ציון הערה 13.

ו. שו"ת בתי כהונה, בית דין, סימן כב (קכב ע"ג), כותב שאף שומר סחורה שתפקידו למכרה, הוא שומר שכר על הסחורה, מפני שכשימכור אותה יוכל להשתמש בכסף. הוא מתכוון למקרה שהשומר אינו אמור לקבל שכר טרחה או חלק מן הרווח מהמכירה, שאילו כן, הוא שומר שכר בלאו הכי, בתור סוכן מכירה. בשאלה האם יש לשומר רשות שימוש בכסף אחרי מכירת הסחורה, ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 383, אות י.

מילואים לסעיף 1(ג)

ז. כמו כן, שו"ת פני יצחק, חלק ג, ח"מ, סימן ו (כו ע"ד), כותב שמי שיש לו רשות שימוש בכסף הוא שומר שכר גם אם הוא שלוחו בחינם של בעל הכסף למכור בשבילו נכס ולשלוח לו את הכסף.

להערה 176

א. שו"ת בתי כהונה, בית דין, סימן כב (קכב ע"ד), מסביר שאף על פי שהעובדה שלא הפקיד בעל הספר את הספר כשהוא חתום, אינה מוכיחה שהוא מרשה לו להשתמש, שהרי אין זה מקובל להפקיד ספר חתום, מכל מקום מזה שלא אמר לו שלא ישתמש, מוכח שהוא מתיר לו. ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 389, בשאלה האם יש רשות שימוש בכסף מופקד, כשאין הוכחה האם בעל הכסף מקפיד או לא.

ב. הפוסקים נחלקו בשאלה האם השומר רשאי לקרוא בספר גם אם ידוע שבעל הספר מקפיד, כגון שהפקיד את הספר כשהוא צורר וחתום (ראה סעיף 1(א)), הערה 386, לעניין שומר כסף, שזה מעיד על הקפדה): סמ"ע, רצב, ס"ק מה (הובא ביסודי ישרון, חלק ב, עמ' קלה); כנסת הגדולה, ח"מ, רצב, הגהות בית יוסף, אות כו, בדעת הרמ"א; בן איש חי, שנה א, פרשת כי תבוא, סעיף טו; ותפארת ישראל, ב"מ, פרק ג, אות נד, כותבים שאז אסור לשומר להשתמש. לעומתם, ש"ך, ח"מ, רצב, ס"ק לה, כתב שמותר גם אם ידוע שבעל הספר מקפיד, משום "לא יבוזו לגנב כי יגנובו לשובע נפשו" (משלי ו, ל). כמו כן, ביאר הגר"א, ח"מ, רצב, ס"ק מו, כותב שמותר גם אם ידוע שבעל הספר מקפיד, אם יהיה ביטול תורה אם לא יקרא בספר. שו"ע הרב, הלכות מציאה ופיקדון, סימן כו, מביא (בצד דעת האוסרים) שיש אומרים שאם הפקיד בסתם ולא גילה דעתו שמקפיד, אף שאחר כך מוחה בו בפירוש, לא נאסר, מפני שבוזו שלא גילה את דעתו מראש שהוא מקפיד, נמצא שהסכים, וכאילו השאל לו במשך זמן השמירה, והשומר זכה בשימוש ואין בעל הספר יכול לחזור בו עד שיבוא ליטלו. גם תולדות יעקב (כהנא), ח"מ, סימן ה, כותב שהו"א רשאי ללמוד בספר המופקד גם אם אחר כך הביע בעל הספר התנגדות, מפני שבשעת ההפקדה לא התנה על מנת שלא ילמד.

ג. אור זרוע, המרדכי (הובא בתומים, עב, ס"ק ד), ובן איש חי, שם, כתבו שמותר לו ללמוד בספר רק אם אין לו ספר אחר מאותו סוג. תולדות יעקב נימק, שאם יש לו ספר כזה משלו, הוא כמו עשיר שאינו רוצה להתפרנס בשל עצמו, שאין נותנים לו צדקה (כתובות סו ע"ב).

ד. הריטב"א נימק את ההיתר, משום "ניחא לאיניש למיעבד מצווה בממוניה"; ועיין שם, שהסביר מדוע זה שונה משואל ספר, שאין מתירים לו להשאילו לאחר מטעם "ניחא", ודבריו יובאו בסעיף 3, הערה 28.

ה. סמ"ע, עב, ס"ק ה, אומר שמלווה שקיבל ספר במשכון, אסור לו ללמוד בו, מטעם איסור ריבית. תומים, עב, ס"ק ד, אסר מטעם אחר: דווקא בפיקדון מותר, מפני שהעובדה שבעל הספר הפקיד דווקא אצל תלמיד חכם שחוקה שילמד בספר, מוכיחה שאינו מקפיד, אבל במשכון לא הייתה ללווה (בעל הנכס) ברה, מפני שברוך כלל רק תלמיד חכם מסכים לתת הלוואה על משכון של ספר, והעובדה שלווה ממנו ונתן לו ספר במשכון אינה מוכיחה שהוא מוכן שילמד בו. בית הלוי (הורוביץ), עב, ס"ק ג, אסר במשכון מטעם אחר: דווקא בפיקדון רגיל מותר מפני שבעל הנכס מעוניין שיהיה לשומר רשות שימוש כדי שישתמש ויהיה שואל ויהיה חייב באונס, בנוסף לזה שמקיים מצווה בממונו; אבל במשכון גם כשהמלווה משתמש הוא רק שומר שכר (ראה ליד ציון הערה 293), ואם כן אין סיבה להניח שהלווה מוכן שישתמש, שהרי בזה לא יקבל אחריות חמורה יותר, שכן גם כשאינו משתמש הוא שומר שכר. לעומתם, ש"ך, יו"ד, קעב, ס"ק ח, וח"מ, עב, ס"ק ו, כתב ששו"ת מהר"ל, סימן לו (שלא מצאנו), מתיר גם במשכון.

ו. על רשות תלמיד חכם להשתמש בספר מופקד, עיין אות היא לעולם, חלק ב, מערכת פ, אות טז, דף קא ע"א.

להערה 177

א. מנחת עני (שטרק), רצב, כ, מסתפק האם הוא שומר שכר מחמת רשות השימוש. מצד אחד, קצות החושן (שהבאנו ליד ציון הערה 118) אומר שהנאה של קיום מצווה אינה הנאה שיוצרת אחריות של שומר שכר; ומצד שני, ייתכן שדווקא שמירת אבדה (שעליה דיבר קצות החושן) שהיא מצווה שאין חובה לחזור אחריה, אינה נחשבת הנאה לעניין שומר שכר, מה שאינו כן לימוד תורה, שחובה לחזור אחריה. הוא כותב שאם היה צריך לשכור ספר מאחר אילולא הופקד אצלו הספר, הוא בוודאי שומר שכר, שהרי זה ממש כמו פרוטה דרב יוסף (על רווח זה לעניין שואל, ראה סעיף 1(ד)), ליד ציון הערה 108, והספק הוא במקרה שבלאו הכי היה מוצא לשאל ספר בחינם. ר"נ גולדברג סבור שהנאה הלימוד בספר עושה אותו לשומר שכר, ודווקא במצוות שמירת אבדה, אינו שומר שכר מצד הנאתו מקיום המצווה, מפני שלא חזיר אחרי המצווה אלא היא באה לו ממילא ועל כרחו, כציווי התורה, וגם שוחט בחינם אינו נחשב שומר שכר בזכות המצווה שהוא מקיים בברכתו (הוכחה לכך ראה במילואים להערה 110 בשם רא"ל קפלן), מפני שמדובר שלא בא לחפש תרנגול לשחוט כדי לקיים את המצווה, אלא עשה טובה לבעל התרנגול והנאת המצווה באה ממילא, ולכן אינו שומר שכר מצד המצווה, אבל תלמיד חכם השואל ספר כדי ללמוד בו, זו נחשבת הנאה. הוא הסתמך על הדעה (ראה סעיף 1(ד)), ליד ציון הערה 107) ששואל ספר חייב כשואל ואין אומרים שאינו נהנה, מפני ש"מצוות לאו ליהנות ניתנו". יש להשיב על כך, שנכון שלגבי שואל ספר נחשב שנהנה מפני שהוא שאל במפורש כדי להשתמש, כסברה האמורה, אבל כאן הוא שומר סתם, אלא שיש לו רשות שימוש מכללא, וזה דומה למקרים של הנאה שבאה ממילא בלי כוונתו. רח"א מילר הצביע על הברל אחר בין לימוד בספר לבין שמירת אבדה: הולמד תורה נהנה מן הלימוד גם בלי קיום המצווה (אגלי טל, בהקדמה; ונתיבות המשפט, עב, ס"ק יז, כתב כך על פי ט"ז, יו"ד, רכא, ס"ק מג, ופוסק מטעם זה ששואל ספר נחשב שואל — ראה סעיף 1(ד)), במילואים להערה 110, בשמו), ואילו המשיב אבדה אינו נהנה אלא בקיום המצווה.

ב. תומים, עב, ס"ק יט, מזכיר חיוב שומר שכר בגלל רשות שימוש, גם בשאר נכסים, מלבד כסף. ראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 9, אות ב, וסעיף 11, במילואים להערה 249, על חיוב שומר שכר מטעם הנאת רשות שימוש בחפץ. וראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 38, אות ה, שאפשר שהוא חייב באונס בגלל רשות השימוש עוד לפי ההשתמש.

מילואים לסעיף 1(ג)

ג. שו"ת הריב"ש החדשות, סימן כג, כותב שחחן שלח תכשיטים לכלתו, בתור סבלונות, ונישאו, והתכשיטים נשארו בבית חמיו, חמיו שומר שכו, מפני שהוא רשאי להשתמש בהם, ועוד, שבהנאה שמתחנתים זה עם זה, גומרים ומקנים זה לזה. בענין אחריות על סבלונות, ראה עוד במילואים להערה 403.

ד. ראה גם במילואים להערה 135, אות ח, בשם חקרי לב, שלפי הראב"ד אומן שומר שכו מחמת רשותו להשתמש בנכס.

להערה 180

א. לגבי שומר אבדה שמכר את האבדה, יש אומרים שהוא שומר שכו על הכסף שקיבל בתמורה, ולרוב הפוסקים אחריותו חמורה יותר משל שומר שכו, והוא חייב אף באונס, ועל כך ראה סעיף 1(ד), פרק ב, ו. וראה שם גם בשאלה האם יחשב שואל על כסף שקיבל ממכירת הפיקדון, לפני השימוש בכסף.

ב. ערוך השולחן, חו"מ, רצב, לא, מוסיף שכשהוא משתמש, חייב באונס מטעם שואל.

ג. לאור זה צריך עיון במה שכתב שו"ת אדמת קודש, חלק ב, חו"מ, סימן ז, שאם מכר את הפיקדון לפי התנאים המתירים זאת, אסור לו לשלוח יד בכסף, וכן אם מכר שלא כדין, זו שליחות יד.

להערה 181

א. כך פסקו גם: רב סעדיה, בתשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ח, אות כא; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רז; סמ"ג, עשה פב (קטו ע"ג); טור, חו"מ, קפה, ז; שו"ע, חו"מ, קפה, ז; שו"ת שי למורא, סימן לח; חררי דעה, יו"ד, קעז, ה; שו"ת מהריט"ץ, סימן יב וסימן קטז (קו ע"א); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תכט; מהר"ם בן חביב, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א (דף פו ע"א ודף פח ע"א), ור"א הלוי שם, סימן ג; שו"ת כרם שלמה (אמריאליו), חו"מ, סימן עה (רה ע"ג), בשם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן עז (ולא מצאנוהו); שו"ת פרח שושן, חו"מ, כלל א, סימן ב (סב ע"ג); ט"ז, חו"מ, רצא, כג (על המקבל נכס מחברו למכור בחנותו, וקבע לו שכו); שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן יג; ב"ח, חו"מ, קפה, א (הובא בשו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן טז); שו"ת ר"ש איגו, חלק ב, כתבים, סימן לה; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צו (ד"ה ועתה); שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן מא; שו"ת ארץ צבי (תאומים), חו"מ, סימן כג; שו"ת באר מים חיים (מוצירי), חו"מ, סימן כב (המציין שפאטור הוא סרסור); שו"ת זכרון צבי מנחם, סימן א (מי שקיבל נכס למכור); שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קעט; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן פו (על מי שמקבל סחורות הבאות ממקום אחר); שו"ת אגודות אוזב מדברי, חו"מ, סימן ה; שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן עב (קעא ע"ג); שו"ת דברי ריבות, סימן שמ; שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לו; שו"ת פני יהושע (חדלתי), סימן יב (על פקידים שמקבלים שכו כדי למסור סחורות לאניות הנוסעות); שו"ת ר"י מפוזנא, סימן פג; שו"ת דברי שלום (משאש), חו"מ, סימן מח וסימן מט; שו"ת דברי מלכיאיל, חלק ג, סימן קכא; רש"י כהן, תורה שבעל פה כו (תשמ"ה), עמ' מט.

ב. כשהשכו המובטח לסוכן הוא רק רשות שימוש בכסף: שו"ת ברכת רצה, סימן פב, עוסק במי שלקח ממישהו שעושה למכור בשבילו על מנת שקיבל חלק מהכסף (שיקבל בתמורה) בהלוואה על פי היתר עיסקא, ופוסק שהוא שומר שכו עוד לפני שמכר, מפני שהוא שומר בתקווה להשתמש בכסף, שזה נחשב שכו. והוא כותב במסקנתו שהוא שומר שכו על כל השעוה אף על פי שהוא עתיד לקבל רק חלק מהכסף בהלוואה, כמו שאומן שומר שכו על כל הנכס מחמת הנאות מחלקו (שמחזיקו כביטחון לשכרו, ושכרו הוא פחות מערך הנכס), מפני שזהו פיקדון אחד, ולכן הוא שומר שכו על כולו מחמת הנאות מחלקו. יצוין שבנידונו הוסכם שישלם מראש לבעל השעוה חצי מחיר השעוה, ואף על פי כן פסק שנחשב שנהנה מהסיכוי להרוויח אחר כך. וראה במילואים להערה 167, עיקרון זהה בשם בתי כהונה.

ג. דעת הרמב"ם: מהר"ם בן חביב, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א, דף פו ע"א (הובא בשו"ת כרם שלמה, אמריאליו, חו"מ, סימן פה, דף רטו), כותב שדין פאטור לרמב"ם תלוי בנימוקים השונים לכך שהוא פוסק (ליד ציון הערה 161), גם פאטור שומר חינו, מפני שהנימוק שומר חינו: לפי הנימוק ששכו המתעסק אינו לטובתו אלא למנוע איסור ריבית (ליד ציון הערה 162), יוצא שפאטור שומר שכו גם לרמב"ם, שהרי אין בו מקום לנימוק זה. ר' אברהם הלוי, שם, סימן ב (פח ע"ג), כותב שגם לרמב"ם הוא שומר שכו, לפי הסברו שם בטעם הרמב"ם במתעסק (ראה בשמו במילואים להערה 162) שאינו קיים בפאטור. גם שו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן לד (קיא ע"א), כותב שגם לרמב"ם, פאטור שומר שכו (נימוק לכך — ראה בשמו במילואים להערה 187). לא ברור איך מבריל ר"מ בן חביב בין פאטור לסוכן, שבו אומר הרמב"ם בפירוש שהוא שומר שכו. אולי הוא מתכוון רק לפאטור שקיבל כסף לקנות בו סחורה ולהתעסק בה עבור בעל הכסף, שזה ממש דומה לעסקא (ראה במילואים להערה 160 בשם שי למורא).

ד. כשלא הובטח שכו: שו"ת מהר"ם מינץ, סימן קז (הובא בארעא דישראל, מערכת ש, אות ה, דף נג ע"ג), כתב שסוכן מכירה אינו שומר שכו, מפני שייחכן שגם אם ימכור לא יקבל שכו. כמוכן, נימוק זה קיים רק אם לא הובטח לו שכו בפירוש (על נימוק אחר שלו, ראה במילואים להערה 52). ערך ש"י, חו"מ, קפה, ז, הקשה עליו, הרי די בספק שכו כדי ששומר יהיה שומר שכו (ראה ליד ציון הערה 187)? יש לתרץ, שכאן אין זה בגדר ספק, כיוון שאין בסיס עובדתי לאפשרות שקבל שכו, אלא רק אם יעלה ברצונו של הקונה (כך מדובר שם — שהמוכר אומר לו שהקונה יתן לו שכו), יתן. כנסת הגדולה, חו"מ, שג, הגהות הטור, אות ד, לומד מנימוק זה של מהר"ם מינץ, שאם יש מנהג בעיר שסוכן מכירה מקבל שכו, הוא שומר שכו.

ה. שו"ת תורת אמת, סימן קח (כמוסבר בשו"ת פרח שושן, חו"מ, כלל א, סימן א, דף סא ע"א), כתב שאם הסחורה אבדה, הפאטור הוא שומר שכו גם על הכסף שחייב לו מי שביטח את הסחורה, מפני שהמנהג הוא שפאטור מקבל שכו לא רק על טורח המכירה, אלא גם עבור גביית כסף הביטוח, ולכן הוא אחראי כל זמן שלא נגבה החוב. וראה בשמו בסעיף 1(א), במילואים להערה 55, אות יב.

ו. שו"ת יורו משפטיך ליעקב, סימן קכה, כותב שמורשה לגבות חוב מאדם שלישי, אם הוא מקבל שכו הוא שומר שכו, ואם אינו מקבל שכו הוא שומר חינו. בנידונו, המורשה גרם בהתנהגותו לכך שאיבד הגושה (שולחו) את האפשרות לגבות מן החייב (ואין מדובר בשמירה ממש — ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 308, על מקרה כזה).

מילואים לסעיף 1(ג)

ז. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ו, סימן נט, כותב שמי שקיבל נכס במטרה שימשכן אותו וישיג בכך הלוואה לבעל הנכס, ומקבל שכר על כך, הוא שומר שכר על הנכס אף על פי שיתכן שאף אחד לא ירצה להלוות, מפני שמכל מקום הסכים להיות שומר. אך שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קלא, כותב שמתווך שתפקידו הוא למשכן את הנכס ולהשיג תמורתו הלוואה, ומקבל שכר, זה רק שכר טרחה. משמע שאינו שומר שכר, בניגוד לחכם השואל שם שטען שהוא שומר שכר מפני שמקבל שכר; וכנראה כך הבין שו"ת בני אהרן, סימן י, שכתב שבנידונו של הרשב"א היה זה שומר חנם.

ח. בעניין מי שנתבקש לקנות עבור חברו סחורה ולהביאה אליו, ראה ליד ציון הערה 75. ואשר למי שנבקש לקנות עבור חברו סחורה ולהתעסק בה, והרווחים ילכו לשניהם יחד, זהו עסקא, שבו דננו בפסקה 4. לגבי מי שמקבל שכר טרחה לעסוק בסחורה על גנת שכל הרווחים ילכו לבעל הסחורה או לצדקה, ראה במילואים להערה 160. ועיין עטרת ישראל, חלק התשובות, סימן יג, אות ג, שלומד מדין סוכן, שגם בנק שמקבל שכר טרחה על החזקת נכס עד שיבוא הקונה המיועד, או על העברת הנכס לסניף אחר שלו שממנו יטלנו הקונה, הוא שומר שכר.

להערה 183

א. נראה שאין הבדל בין שמקבל אחוז מסוים מסך כל הנכס, לבין שנוטל אחוז מסוים מן הרווח — היינו ממה שמצליח למכור מעבר למחיר שבו קנאו בעל הנכס, או מעבר לסכום שקבעו ביניהם כמחיר בסיסי. מהר"ם אלשיך והמבי"ט חלק א שם עסקו במי שמקבל אחוזים מהרווח. בית יוסף שם נוקט, שיקבל חצי מהרווח שיצליח להשיג מעבר לסכום מסוים. הסמ"ק מצורף ופסקי רקנטי נוקטים: "סכום קצוב לכל ליטרא" — משמע, מהסכום הכולל.

ב. בית יוסף מסביר, שאף על פי שכאשר ההסכם הוא שהקונה יקבל את כל הרווחים (מעל סכום המכר), הוא כשואל, אם זהו נכס שרבי קופצים עליו (ראה בהמשך בפנים), הרי כאן שהם מתחלקים ברווחים, אינו שואל, מפני שאין כל ההנאה שלו, שכן חלק מן הרווח הולך לבעל הנכס. הוא מוסיף, שאין אומרים שיהיה שואל על חלק מהנכס ושומר חנם על השאר, כמו הדין בעסקא (לדעת הרמב"ם, ליד ציון הערה 160), שגם שם מתחלקים ברווחים — מפני שבעסקא המקבל יתחלק גם בהפסד, ולכן רואים כאילו חלק אחד שייך לו, ואילו כאן הרי אין מקום להפסד, מפני שאם לא ימצא קונה אלא בפחות מהמחיר המקורי, לא ימכור.

להערה 186

א. שו"ת דברי משה (זקס), סימן ד, ענף ה, הגהה א, מסביר שאף על פי שזה שכר על המלאכה, זה משמש גם שכר לשימרה. ב. משכנות הרועים, מערכת ש, אות סז, כותב שמנימוקי יוסף שם משמע שגם הראשונים החולקים עליו שם אינם חולקים להלכה אלא בפירוש המשנה.

ג. גם הריב"ם, המובא בתוספות, ב"ב פז ע"א (ד"ה נשברה), באור זרוע, ב"ב, סימן סח, ובהגהות מיימוניות, הלכות שלוחין, ב, ז, אות ג, כתב שהסרסור חייב (אלא אם כן נאנס) משום שהוא מקבל שכר מדידה; אך הוא לא נקט במפורש שהוא שומר שכר. שו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צה, אות ד, כותב שלפי הריב"ם הוא שומר שכר מחמת שכר המדידה.

ד. רבנו ברוך מארץ יוון (נדפס ב"שיטת הקדמונים" על הבבות), ב"ב פז ע"א (הובא באור זרוע, ב"ב, סימן סז), אומר, שהסרסור שומר שכר על החבית בזמן המדידה (אך לא נקט שמקבל שכר על המדידה).

ה. יש במקרה זה חידוש, לעומת המקרים הקודמים (כפי שהעיר משנת ר' אליעזר שם), שכאן הוא שומר שכר אף על פי שהמוכר נמצא לידו, והיה מקום לקטרו מכיוון שבעל הנכס לא הסתלק מן השמירה (ראה סעיף 1(א)). פרק א, 3 (ג). נראה שמחייבים בכל זאת משום שמדובר שהנכס ביד הסרסור, שהוא מודד בו, והמוכר, בעל הנכס, אינו משגיח על אופן החזקתו את הנכס, ולכן הוא מוטל משמירתו, אף על פי שהוא נוכח. זה מתאים לדעה שמחייבת אומן בבית בעל הנכס — ראה ליד ציון הערה 148.

ו. ב"ח, חו"מ, ר, יד, כותב שסרסור זה הוא שומר שכר גם על כלי המדידה. זאת לעומת המקורות האחרים שמנינו כאן, שאמרו רק שהוא שומר שכר על הנכס הנמכר.

להערה 187

א. נימוקים לכך שהוא שומר שכר: שואל ומשיב שם הסביר על פי דברי תוספות, כתובות נו ע"ב (ד"ה הרי), ששומר חייב מפני שכן דעתו להתחייב, וכך כאן, בדעת הסרסור להתחייב בגנבה ואבדה, שהרי נהנה בזה שנותנים לו להיות סרסור, וברוך כלל הוא מרויח מזה.

ב. שו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן נ, דף פא ע"ב (הובא בשו"ת ישמח לב, חלק ב, חו"מ, סימן מח, דף פא ע"א), מסביר את ההבדל בין סוכן מכירה לבין מי שמפקיד חפץ לחברו ושכרו לעשות מלאכה אחרת בעבורו, שאינו שומר שכר (ראה ליד ציון הערה 61): כאן שני הצדדים נכנסו לעניין מראש על דעת לתת שכר, וכזה גילה בעל הנכס את דעתו שהוא רוצה שמירה טובה, ולכן הוא נתן לו שכר אז; מה שאינו כן במקרה ההוא, שמתחילה לא נכנסו לעניין על דעת לתת שכר, ורק אחר כך שכר אותו לעשות את מלאכתו, ולכן הוא שומר חנם. לגבי סוכן שמקבל שכר על המדידה הוא מוצא הבחנה נוספת: בסוכן אין פעולות נפרדות, שהרי אי אפשר שתהיה מדידה ויקבל שכר אלא אם כן החבית תהיה שלמה, שיוכל למדוד בה, ואם נשברה החבית, בטלה פעולת המדידה, וגם בפאטור אין פעולות נפרדות; ואילו במקרה ההוא, יש שתי פעולות נפרדות — פעולת שמירת הנכס ופעולת המלאכה. ג. שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קצו, נימק, שמאחר שהוא מקבל אחוזים מן הרווח, הוא שומר שכר, מפני ששותפים הם שומרי שכר זה לזה. ואין זה מובן, שהרי שם זה משום שבתמורה לשמירה הנוכחית, ישמור שותפו על הנכס בזמן אחר, מה שאינו נכון כאן, שהם שותפים רק ברווח.

ד. שו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן ט (סא ע"ג), נוקט שסרסור שומר שכר מפני שהוא מחזיק בנכס כביטחון לשכרו; וזאת לפי כסף משנה (הערה 161) שכתב שמתעסק אינו שומר שכר מצד שכר הטרחה, מפני שהשכר אינו ניתן עבור השמירה, ולפיו גם בסרסור אין לומר שהוא שומר שכר מפני הרווח האפשרי, שכן אין זה מחמת השמירה. אך רח"א מילר העיר שאין לומר שהוא שומר שכר מחמת הנאת ההחזקה כביטחון, לפי התוספות (שהבאנו במילואים להערה 102) שכתבו שאין הנאה זו חשובה במקרה שכל שכמותו נהנים הנאה זו, ואף כאן, כל הסרסורים נהנים בזה; וצריך לומר שהכסף משנה חולק בזה על התוספות.

מילואים לסעיף 1(ג)

ה. חריג: כסף הקדשים, קפה, ז, מעלה אפשרות שאם בעל הנכס התנה עם הסוכן שימכור את הנכס רק למי שישלם מחיר גבוה, הסוכן אינו שומר שכר (כל זמן שלא מכר), מפני שיש רק סיכוי קטן שיצליח למכור במחיר כזה, ואם כן אין לו טובת ההנאה האמורה.

להערה 196

א. כמו כן, שו"ת דת אש, סימן יז, כותב שאם לא אמר לו בעל הנכס באיזה מחיר למכרו, כך שכל מחיר שישגי ילך לבעל הנכס, וגם לא קצב לו שכר טרחה, אינו שומר שכר.

ב. כמו כן, שו"ת בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סימן קג, כותב שהלוקח נכס מחברו להציע לאדם אחר לקנותו, באופן שאין הרבה קופצים, או שאין מחירו קצוב (שאלו כשקיימים תנאים אלו, הוא חייב באונס – דאה סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 54), הוא שומר חנינם, שהרי אינו נהנה, והוא רק עושה את שליחות בעל הנכס. צריך לומר שמדובר במי שאינו עתיד לקבל לא שכר טרחה ולא שום חלק ברווח.

להערה 197

בית יוסף, חו"מ, קפו, מחודש ב, שם, לומד מדברי מהר"ק, שלדעתו גם אם לא אמר לו המוכר במפורש: "העודף יהיה שלך", אלא: "מכור אותו בכך וכך", יש להניח שהתכוון שהעודף יהיה של הסוכן, ולכן הסוכן שומר שכר. אבל בדרך הבית, סימן קפו, חולק עליו, וסובר שבמקרה זה הרווח כולו לבעל הנכס, שהרי לא אמר במפורש שהרווח לסוכן, ולכן הסוכן לא יהיה שומר שכר; והסכים לו זרעו של אברהם, חלק ב, ערך שומר (המחלוקת מובאת בשו"ת חסד לאברהם, אלקלעי, חו"מ, סימן יג, דף קא ע"ב). ב"ח, חו"מ, קפו, ב, הסכים למהר"ק על פי נימוקו של מהר"ק, שכשאמר הסוכן: "אמכור בסך שתקבע", התכוון שיקבל – הסוכן – את העודף, וממילא כשהשיב בעל הנכס על כך: "מכור אותו בכך וכך", גם הוא התכוון שהסוכן יקבל את העודף. אולם דיון זה אינו נוגע בעיקרו לדיני שומר, אלא לדיני שכר סוכן.

להערה 200

אולם כנסת הגדולה עצמו בסיון קפה שם כותב שהוא שומר חנינם בדרכו חזרה. ובסימן קפו שם דוחה ניסיון להוכיח מבית יוסף שם שהוא שומר שכר בחזרה – עיין שם (אך בסוף תשובתו, שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קלט, כתב שהוא מבטל את דעתו לדעת ר' יום טוב אבן יעיש). ר"ש חביב, בשו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן טז, כותב שזו גם דעת סמ"ע, קפה, ס"ק יח, שנקט רק שהוא שומר שכר על הכסף בדרך חזרה אם הצליח למכור (ראה ליד ציון הערה 198), משמע שאם לא הצליח למכור, אינו שומר שכר על הנכס בדרך חזרה. והוא כותב שאפשר לומר "קים לי" כסמ"ע. אבל ר"י נחמיאס, שם, סימן יז, מעלה אפשרות שאין הסמ"ע סובר כך – עיין שם.

להערה 203

א. ראה דין דומה בסעיף 1(ד), במילואים להערה 62, בשם הראב"ן.

ב. ר"ש לניידו, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ז (קנט ע"ג), לומד מדברי כנסת הגדולה, שאם פאטור קיבל את הנכס, ובעל הנכס אמר לו: "אם תראה שפלוגי כרעס על שלא נתתי לו את הנכס למכור, תן לו את הנכס", הוא שומר שכר רק כל זמן שלא כרעס פלוגי, אבל כשכרעס פלוגי והוא צריך לתת לו, הוא שומר חנינם. זאת לעומת ר"מ גלנטי, שם, סימן ו (קנב ע"א), הכותב שהוא שומר שכר, מפני שמראש שלח בעל הנכס את הנכס אליו כדי שימכרו, ויקח שכר, נמצא שהיה אפשר שיקבל שכר על הנכס, ולכן אומרים שקיבל על עצמו שמירת שומר שכר גם למקרה שיכרעס פלוגי ולא יקבל שכר. לפי האמור ליד ציון הערה 206 ובמילואים שם, המחלוקת היא בשאלה האם בזה שכרעס פלוגי, כלתה שמירתו, ולכן ההנאה שהייתה לו אינה יכולה להמשיך לעשותו שומר שכר, או שעדיין לא כלתה שמירתו בכך.

להערה 206

א. עוד עולה מדבריו, שאם קבעו זמן, הוא שומר חנינם אחרי סוף הזמן; וזה מתאים למה שנראה בסעיף 11, ליד ציון הערה 135, שאחרי סוף הזמן, הופך כל שומר שכר לשומר חנינם.

ב. הוא מעלה אפשרות, שגם אחרי שהודיע לו לבוא וליטול, יצא רק מדין שואל וקונה, אבל הוא עדיין שומר שכר. אך לא ברור האם דבריו מתייחסים לנידוננו, שהלא כאן מעולם לא היה בגדר שואל וקונה.

ג. כנגד סברת ר"י נחמיאס, סבור רח"א מילר שכאן אכן כלתה שמירתו, ולשם כך אין צורך שיוודע דווקא לבעל הנכס, אלא שמירתו מסתיימת בהחלטתו לחזור, ובוה הוא מפסיק להיות שומר שכר בשל ההנאה שהיתה לו, אלא אם כן הוא יכול עדיין למכור. ראה סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 64, בשאלה האם דווקא הודעה לבעל הנכס מסיימת את השמירה לענין זה, במקרה שקנה נכס על מנת למכרו.

להערה 213

ערוך השולחן, חו"מ, קפו, ב, מביא בשם נתיבות המשפט, שיש אומרים שאם אין הרבה קופצים, בחזרה הוא שומר חנינם. אך רח"א מילר תמה עליו, שהרי בית יוסף והב"ח הוכיחו להיפך מדין סוכן מכירה, ועוד שנתיבות המשפט, קפו, ס"ק ג, כתב את דבריו על המקרה בקנה על מנת לשלוח לחמיו, וכך כתב בפירוש נתיבות המשפט, חידושים, ס"ק ד.

- א. חידושי ר' אריה לייב מאלין, חלק א, סימן עח, הסביר שפרוטה דרב יוסף נחשבת שכיחה, אף על פי שכל טיפול הוא זמן קצר, מפני שמסתכלים על כל תקופת השמירה יחד, כיוון שחיוב שמירתו בא מחמת המצווה והמצווה היא מן ההתחלה ועד הסוף.
- ב. ר' אריה לייב מאלין, שם, מקשה, לפי קצות החושן שכתב ששומר אבדה צריך לעשות קניין (ראה סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 269), יוצא שחיוב השמירה תלוי במה שהוא מקבל על עצמו, ואם כן קשה, מדוע נעשה שומר שומר בפרוטה דרב יוסף, הרי הפרוטה דרב יוסף היא בגלל המצווה, ואילו חלות השמירה אינה בגלל המצווה אלא בגלל מה שמקבל על עצמו? הוא מותר, שבכל זאת חובת השמירה היא מצד המצווה, שמצווה עליו לקבל על עצמו חובת שמירה (ראה בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 259).
- ג. בבהמה: ר' יונתן מלוניל, ב"ק שם, הסביר שהנאה זו קיימת במוצא בהמה, שהוא מזויק אותה במרעה, רחוק מן העיר, ואינו יכול ללכת לעיר לתת צדקה, משום שאם ילך, תברח הבהמה. הקשה המהר"ר, ש' פרידמן, בהערה 378, אם כן, מדוע אמר רבה שפרוטה דרב יוסף אינה שכיחה? עוד יש להקשות, שהתלמוד שם אומר שבבהמה אף רבה לא חלק על רב יוסף (ראה במילואים להערה 225), ומכאן שרב יוסף דיבר אף באבדה שאינה בעלת חיים. ואפשר שר' יונתן בא להשיב על הקושי: באבדה שהוא יכול להחזיק בעיר, מובן שהוא מרוויח, שאם יגש אליו עני, לא יצטרך לתת לו צדקה, אך בבהמה שהוא צריך להחזיק בשדה, הרי לא יגש אליו שום עני, ואם כן לכאורה אינו נהנה דבר בהחזקת האבדה? והתשובה היא, שגם כאן הוא נהנה, מפני שאילו לא האבדה היה חייב ללכת לעיר כדי לתת צדקה, גם בלי שעני יגש אליו.
- ד. מלאו הרוצים, חלק א, ערך עוסק במצווה, אות ד, כותב שרב יוסף סבור שהמוצא פטור מהמצווה כל זמן שהאבדה אצלו, גם כשאינו עוסק בה, ולכן הפרוטה שכיחה.
- ה. פטור גם משאר מצוות: אכן האזל, הלכות גזלה ואבדה, יג, י, כותב שהרמב"ם משיב על טענת אי השכיחות בכתבו (וכך כתב גם ס"ג, עשה עד, דף קנג ע"ג): "נפטר מכמה מצוות עשה" (ומאירי, ב"ק נו ע"ב נט: "מכמה מצוות שיש בהם חיסרון כיוס") — שאמנם אין זה מצוי שיוזמן עני, אבל מצוי שתזדמן אחת מן המצוות האחרות, והוא פטור ממנה, וזו טובת הנאה שבבילול (ובספר ספיקא דרבנן, סימן יב, עמ' עח, והאדר"ת בכנסת הגדולה, סובאלק, ד, תרנ"ב, עמ' 54, התקשו בלשון הרמב"ם בזה). עוד הסביר אבן האזל, שעצם העובדה שיכול לקרות דבר כזה, היא טובת הנאה מיידית, וזה שכן לענין שומר. עיין ר"נ עקשטיין, כנסת ישראל חוב' טז (אייר תרצ"ד), סימן קכב, שהסביר לשון זו של הרמב"ם, שמאחר שהוא פטור ממצוות אחרות, זמנו פנוי לשמירה, והוא דומה בכך לשומר שכן, שמאחר שהוא מקבל שכר אינו טרוד בפרנסתו, ולכן הוא יכול וחייב להתמסר לשמירה.
- ו. מקום שאין עניים: צפנת פענח, ב"מ כה ע"ב, הסביר שגם במקום שאין אפשרות שיבואו עניים, הוא שומר שכן, מפני ש"כל תקנות חכמים כך הן", שתיקנו גם במקום שהטעם אינו תקף (ראה להלן בשמו, שבעצם הוא שומר שכן מפני שהתורה הטילה חיוב זה עליו, אלא שהתורה תיקנה שזה יחשב הנאה).
- ז. כשהמוצא עדיין לא הביא אותו לביתו: חכמת שלמה, חו"מ, רסז, טז, מדייק מדברי לחם משנה, הלכות נדרים, ז, א (הובא באפר קדשים, סימן נא, ועל ידי ר' יצחק רעידער, בית יצחק, תשכ"א, עמ' 101), שגם לדעה ששומר אבדה שומר שכן, כל זמן שלא הביא המוצא את האבדה לביתו הוא שומר חנים עליה, שכן אין זה שכיח שיוזמן לו עני בדיוק בזמן הולכתו לביתו, ואם כן אין הוא נהנה פרוטה דרב יוסף. אך דיוקו אינו מוכרח, מפני שלחם משנה עוסק במקרה שהוא יודע למי שייך הנכס (והוא נדר הנאה ממנו), והאבדה בידו רק לזמן קצר, ובמשך הזמן הקצר שהוא מוליך לביתו של המאבד (שהרי כשכותב לחם משנה "לבייתו", כוונתו היא — לבית המאבד, ולא לבית המוצא, כפי שהבין חכמת שלמה), לא שכיח שיבוא עני, ולכן אינו שומר שכן (ואפשר לדיוק מדבריו שאם יודע המוצא של מי הנכס, ומביאו לו מיד ואינו משהה אותו בביתו, אינו שומר שכן, מהטעם של לחם משנה; אך בהערה 228 נביא שחסד לאברהם אומר שגם כאן הוא שומר שכן), אבל אם אינו יודע מי המאבד, לוקחים כחידה אחת את כל משך החזקה, ובמשך כל הזמן שכיח שיבוא עני, ולכן הוא שומר שכן כל הזמן, החל מזמן הולכתו לביתו (שאף על פי שאז אינו חייב בטיפול בנכס, כרמוז בחכמת שלמה, מכל מקום הוא עושה מצווה בעצם הולכתו לביתו). אך חכמת שלמה חולק על עיקר דברי לחם משנה, מפני שהקושיה שהביאה אותו לומר את דבריו כבר תורצה בדרכים אחרות (עיין כתר המלך, על הרמב"ם, הלכות נדרים שם, נדררי זריזין, נדרים לג ע"ב), אך אפשר שהוא יסכים לדינו שאם המאבד יודע, המוצא אינו שומר שכן, מהטעם האמור.
- ח. חיוב שומר אבדה על חלק מנכס: חקר הלכה, ערך שומרים, אות א, כותב שמי שהוא שומר חנים על חלק מנכר הנכס ושומר אבדה על שאר ערך הנכס (ראה בשמו בסעיף 5, במילואים להערה 13), אין אומרים שיהיה שומר שכן על התוספת ככל שומר אבדה, מפני שאין כאן פרוטה דרב יוסף, שכן אין מצווה במה שהוא מטפל בה, שהרי הוא עושה זאת בשביל חיוב השמירה שלו על עיקר הנכס. אך רח"א מילר העלה אפשרות שיופטר מלתת צדקה אם יכוון לעשות את הטיפול בחלק של האבדה לשם מצווה, אף על פי שהוא מוכרח לעשות מעשה זה בלאו הכי, וזאת על משקל הדעה (פסחים כה ע"ב): "לא אפשר [להימנע ממצווה אסור] [לעשות את המעשה מרצונך] — אסור".
- ט. שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן נט, מביא שהרמב"ן הקשה, מדוע שומר אבדה חייב בשמירה כשומר שכן, נפטור אותו מפני תקנת השבים (נראה שהוא מתכוון לתקנת חכמים בגיטין מח ע"ב, שמוצא מציאה פטור מלהישבע על תביעות על המאבד, שמה אם חיוב להישבע, יימנעו אנשים מלהשיב אבדות; וראה גם בפסקה 12 על הפטר אפוטורפוס מנימוק דומה?) בית אפרים מתרץ שחז"ל העריכו שבגלל פרוטה דרב יוסף, הוא מוכן לקבל על עצמו שמירה, ולא יימנע מלהשיב מתוך חשש שחיוב לשלם.
- י. ההרבה נוספת בד"ן ששומר אבדה הוא שומר שכן, ראה במילואים להערה 224.
- יא. נימוק נוסף לדעת רב יוסף ניתן בב"ק שם: הוא שומר שכן מכיוון שהתורה חייבה אותו על כרחו. ים של שלמה, ב"ק, פרק ו, סימן ט (הובא במאירי הלכה, חלק א, דף י ע"ב), כתב שהאומר נימוק זה חולק על הנימוק מצד פרוטה דרב יוסף, ומאחר שהלשון השנייה בסוגיה אומרת זאת, יש לפסוק כך (אלא שהוא עצמו פוסק כרבה). יצוין שהלכות גדולות, ב"ק שם (עמ' 325 במהד' הילדסהיימר), ור"י אפשטיין, נועם טו, עמ' קלה, מביאים רק טעם זה. ועיין הגהות רי"צ דינר, ב"ק נו ע"ב, הסבור שזהו הטעם העיקרי.
- יב. הצורך בנימוק זה: מעייני החכמה, ב"מ נו ע"ב, מהדורא קמא, אות לא, ובספרו מקצוע בתורה, סו, מ, ס"ק צז, מסביר שהטעם השני הוצרך, מפני שפרוטה דרב יוסף יכולה רק להעלות את אחריות השומר דרגה אחת, ואינה יכולה לבדה לעשותו שומר שכן, ורק אחרי שהתורה חייבה אותו כשומר, יכולה פרוטה דרב יוסף להעלותו דרגה ולעשותו שומר שכן.

מילואים לסעיף 1(ג)

יג. הפלאת שבועות, חלק א, סימן מא, ס"ק ד, ביאר שהטעם השני הוצרך, מפני שפרוטה דרב יוסף אינה נחשבת הנאה בעיני בני אדם, ורק מאחר שהתורה הטילה עליו את שמירת האבדה, והתורה רואה את פרוטה דרב יוסף כהנאה, הוא שומר שכן (ראה בשמו במילואים להערה 110 ולהערה 360). להסברים נוספים מדוע נחרץ הטעם השני, עיין ר"נ עקשטיין, כנסת ישראל חוב' טז (איר תצ"ד), סימן קפב; ספר המבי"ט (רובינשטיין), ערך קתא דמגלא, דף קטז ע"ג.

יד. ר"י רעידער, "פרוטה דרב יוסף ומצוות לאו ליהנות ניתנו", בית יצחק תשכ"א, עמ' 101, מסביר שטעם זה הוצרך לפי הדעה (ראה במילואים להערה 293) שאין פרוטה דרב יוסף כשמלווה משתמש במטות ניכיו מהחוב, מפני שאינו עושה מצווה אלא עושה להנאתו, ואף בשומר אבדה היה מקום לומר שאינו שומר שכן מפני שהוא רשאי להשתמש בה אם היא בהמה שאוכלת ועושה, או בכסף שקיבל תמורתה אם מכר אותה ("דמי אבדה") – ולזה בא הטעם השני להסביר (תוך הסתמכות על פרוטה דרב יוסף) שמאחר שהוא עושה את מצוות ה', הוא שומר שכן. אולי כוונתו היא, שזה שונה ממלווה המשתמש במשכון בכך שמצוות הלוואה אינה מוטלת על מישהו מסויים, שלא כהשבת אבדה. לגבי השאלה מדוע אין מתחשבים בהנאתו משימוש בדמי האבדה (שהובאה גם בשו"ת שער המים, סימן כד, דף נד ע"ב), תירץ פני יהושע, ב"מ כט ע"א, שזכות השימוש אינה גורעת ממצוות השמירה, אלא זו תקנה שתיקנו חכמים שתמורת הטיפול, שאינו מצווה (זה חידוש שלו), תהיה לו רשות שימוש בכסף, ואילו על השמירה עצמה אינו מקבל שכן, והיא מצווה, ולכן יש בה פרוטה דרב יוסף. אמרי מהרש"ח, ב"מ כט ע"א, ומעיין החכמה, ב"מ כט ע"א (כמובא באוצר מפרשי התלמוד, שם, הערה 13), הסבירו שהוא בוודאי עוסק באבדה לשם מצווה ולא כדי להרוויח ממדי האבדה, שהרי אינו בטוח שיוכל לקררה ולהשתמש בדמיה, שמה יבוא בעל האבדה לפני שיווצר מצב שיאפשר לקררה.

טו. הר צבי, על הטור, חו"מ, סימן שג, אומר בדעת בעל הלכות גדולות (ראה לעיל אות יא), שגם ללשון השנייה, הוא שומר שכן בגלל פרוטה דרב יוסף, שהיא גילוי מילתא שכשהתורה חייבתו, היא חייבה אותו להיות שומר שכן, והטעם הנוסף הוצרך כדי לחייבו כשומר שכן גם אם יעשה תנאי שהוא רוצה להיות רק שומר חנם (ראה בשמו במילואים להערה 221), והטעם לכך הוא שירב הכתוב בהווה, שברוך כלל שומר זה נהנה, ולכן אינו יכול להפקיע את עצמו מחיוב זה (ועולה מדבריו אחר כך שבאמת מלווה על משכון יכול להתנות להיות שומר חנם, מפני שאין זה חיוב על כורחו; ובעצם פשוט שמועיל תנאי, מפני שבעל הנכס שם, מה שאינו כן באבדה). עוד הסביר (וההסבר מופיע גם בהר צבי, קובץ חידושים על גדולי האחרונים, על קצות החושן, עב, ס"ק ה, עמ' ע"ו), שהנימוק הזה הוצרך כדי שישתבש שומר שכן גמור, שאילו מצד פרוטה דרב יוסף אינו שומר שכן גמור, לדעת מהרש"ח (ראה סעיף 2(ב), הערה 133). אך בתחילת דבריו כתב שלפי הנימוק שהתורה מחייבת אותו, הוא שונה משאר שומר שכן, ופטור בגנבה ואבדה (ראה בשמו בסעיף 2(ב) שם).

טז. באור נימוק זה: פני יהושע, ב"מ כט ע"א, הסביר שללשון זו הוא שומר שכן בזה שנוטל שכן מהקב"ה בעשיית המצווה. שו"ת כתב סופר, או"ח, סימן קיט, מסכים איתו, ומסביר שהכלל "מצוות לאו ליהנות ניתנו" אמור רק בתחומים אחרים, שאין שכן המצווה נחשב הנאה לגביהם מפני שהוא בא רק לאחר זמן, ולכן הוא נחשב רק "גרם הנאה", אבל לעניין שומר שכן די בהנאה מועטת. אך הוא מוכיח שאין הלכה כדעה זו, אלא הלכה היא שלעניין שומר שכן צריך רווח ממוני ניכר ונראה. וראה ליד ציון הערה 118, ששכר שמיימי אינו נחשב שכן לענין שומר שכן.

יז. אור שמח, הלכות שכירות, י, א, כתב שזו תוספת שהכניסו הגאונים בתלמוד, וגם רב"מ לוי, "רבנן סבוראי ותלמודם", עמ' 48, כתב שזו תוספת מהסבוראים. אור שמח ביאר טעם זה על פי העיקרון שיש הבדל יסודי בין שומר חנם לשומר שכן, ששומר חנם די שינח את הנכס במקום משתמר, ואין עליו חיוב הגוף לטפל בו, ואילו שומר שכן צריך לשבת עם הנכס ולשמרו יומם ולילה, כך שיש עליו חיוב הגוף (ראה סעיף 2(ב), ליד ציון הערה 29); ולכן גם שומר אבדה, שמוטל עליו לטפל בה, בשיטתו ובניעורו, ולקבצה אם היא בהמה שאוכלת ואינה עובדת, יש עליו חיוב הגוף, ולכן הוא כמו שומר שכן גם ברמת האחיות. הוא מסביר שהדוגמה התלמוד "בעל כרחו" נעדה להוציא מקרה של שומר רגיל, שאף על פי שגם הוא מחויב לטפל בנכס אם הלך בעל הנכס לחו"ל (ראה סעיף 6, פרק ג, 3 ופרק ז, 3), אינו שומר שכן, מפני שלא חיוב בזה על כרחו (הסביר רח"א מילר, שבעת קבלת השמירה הסכים מכללא שאם בעל הנכס יצא לחו"ל, יטפל, וה מרצונו, ובאמת אם לא ידע מראש שבעל הנכס עתיד לצאת לחו"ל, הוא שומר שכן בגלל חובת הטיפול; הבחנה דומה ראה במילואים להערה 110 בשם אמרי מהרש"ח), וקיבל על עצמו רק להיות שומר חנם, ולא יחייב יותר מזה אחר כך. אבל הוא מסיים, שבמקומות אחרים הולך התלמוד לפי הטעם של פרוטה דרב יוסף (עיין שם בהוכחתו לכך), ולכן הרמב"ם לא הזכיר את הטעם האחר, ולכן הוא מחייב מלווה על המשכון מטעם פרוטה דרב יוסף (ליד ציון הערה 237).

יח. צפנת פענח, על הרמב"ם, הלכות תרומות, א, כו (דף כו ע"א), ביאר שהלשון השנייה בסוגיה סוברת שהתורה יכולה להטיל על המוצא חיוב שומר שכן ולראותו כאילו קיבל שכן אף על פי שבאמת לא קיבל, ואילו הלשון הראשונה סוברת שאמנם זהו חיוב שהתורה הטילה עליו, אבל אינו יכול להיות חייב כשומר שכן בלי שכן, ולכן התורה הוצרכה לקבוע שהוא נחשב שומר שכן מכיוון שיתכן שיופטר מצדקה. כמו כן, בהלכות מתנות עניים, ט, יג, הוא כותב ששני הטעמים תלויים בשאלה האם במקום שהתורה אמרה דין, זהו חיוב גמור; וכיוצא בזה כתב בב"ק נו ע"ב. ובהלכות כלאים, י, כז (דף יט ע"ג), הסביר ששני הטעמים תלויים בשני תירוצי התוספות, כתובות נו ע"ב (ד"ה הרי), האם חיוב שומר שכן בגנבה ואבדה (ושאר חיובי השומרים) הוא משום שהתורה חייבתו, או משום שהוא חייב את עצמו. במהדורא תניינא, דף מו ע"א, כתב שהלשון השנייה סוברת שיש כוח לתורה לחייבו גם בלי שום שכן, אף על פי שברוך כלל חיוב שומר הוא מכוח מה שהוא מקבל על עצמו. במכתבי תורה, מכתב קיח ומכתב רעא, כתב שהלשון השנייה סוברת שהתורה יכולה לתת של זה לזה בלי קניין (כלומר, אף על פי שבאמת אין כאן שכן). לנפקא מינה בין שני הטעמים, ראה בשמו בסעיף 2(ב), במילואים להערה 133. בב"מ כה ע"ב, הסביר שאין הכוונה שהוא שומר שכן מחמת פרוטה זו, אלא הוא שומר שכן מפני שכן הדין (כלומר, התורה חייבתו אף נגד רצונו כשומר שכן), אלא שמאחר שהדין הוא שאינו יכול להיות שומר שכן בלי הנאה, התקנה הייתה שיש לו גדר הנאת ממון (כלומר, התורה קבעה שזה נחשב הנאה, אף על פי שאינו שכיח). אך נראה ששם הוא כותב כך אף ללשון הראשונה.

יט. אמת ליעקב, נויקין, חלק א, עמ' רלט, מביא נימוק זה, שדין שמירה שבתורה הוא שמירה מכל דבר, ברמה של שומר שכן, אלא שדין שומר חנם קל יותר מפני שאינו מוכן לשמור כל כך טוב כיוון שאינו מקבל שכן (כצד אחד בחקירה שלו – ראה בשמו במילואים להערה 52). ולפי זה שומר אבדה שחויב על כורחו, אין זה משנה מה הוא רוצה, ונחשב שומר שכן (בדומה הסביר בית אהרן, תרמ"ו, ב"ק נו ע"ב, דף כו ע"ב בדפי הספר). לאור זה הוא מסביר (בעמ' רמא) מדוע הפוסקים שומר אבדה שומר חנם

לא התחשבו בטעם של "רחמנא שעבדיה": מפני שטעם זה הוא לפי הצד שחיוב שמירה סתמית שהתורה מטילה היא כשומר שכן, כאמור; והרי אין הלכה כצד הזה, שהרי הלכה היא ששומר שכן אינו צריך לשמור יותר משומר חנם ויש עליו רק חיוב לשלם אם קרתה גנבה ואבדה (ראה סעיף 2(ב), במילואים להערה 6), ואם כן אין מקום לטענת "רחמנא שעבדיה".

כ. דבריות משה, ב"ק, סימן לו, ענף א, הסביר (ובדומה כתב גם בסימן לב, ענף ב) שללשון של פרוטה דרב יוסף, חיוב שומר שכן הוא לשלם על הנזק כפי שקיבל על עצמו (ומה שהוא שומר הוא לטובת עצמו, כדי שלא יצטרך לשלם), ולשם חיוב זה לא דה במה שהתורה חייבתו, ולכן הוצרכה סברת פרוטה דרב יוסף; וללשון השנייה, חיוב שומר שכן הוא חיוב לשמור (ראה סעיף 1(א)), ליד ציוני הערות 4 ו-5, ביחס בין חיוב שמירה לחיוב תשלומין), ומאחר שהתורה חייבה שומר אבדה בעל כורחו לשמור, הוא שומר שכן. בדרך אחרת הוא מסביר, שמצד מצוות השבת אבדה, מוטל עליו חיוב לשמור כשומר שכן, שהרי אם יקרה נזק לנכס נמצא שלא קיים את מצוות השבת אבדה, ודווקא כאונס הוא פטור אף שלא קיים את המצווה, משום שאין לו מה לעשות נגד זה, אבל הוא חייב לשמור מגנבה ואבדה, כדי לקיים את המצווה, כמו שבכל מצווה, האדם פטור אם היה אונס אבל חייב לטרוח ברמת טרחה של שומר שכן כדי לקיימו; נמצא שגם אם על שומר שכן אין חיוב לשמור בפועל (ויש רק חיוב תשלומין), אלא הוא שומר לצורך עצמו, הרי בשומר אבדה יש חיוב של מצווה (וגם לרבה חייב לשמור בפועל כשומר שכן מצד המצווה, אלא שחיוב תשלומין לדעתו הוא רק על פשיעה – ראה בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 258; אבל בענף ג כתב שלדעה בסעיף 1(א), ליד ציון הערה 296, שפושע אינו כמזיק, צריך לומר שרבה סובר שגם בחיוב שמירה בפועל די שישמור כשומר חנם). בענף ג הציע הסבר נוסף: ללשון הראשונה, הנאה לבר עושה אדם לשומר שכן, גם בלי חיוב שמירה קודם, כגון שומר אבדה, שלא נחשב שיש עליו חיוב שמירה, מפני שהחיוב הוא רק מצד מצווה; ואילו הלשון השנייה סוברת שרק מפני שחייב בשמירה כשומר שכן מצד מצוות העשה (כמסביר לעיל), הנאה של פרוטה דרב יוסף מחייבת אותו גם בתשלומין, ונמצא שהלשון השנייה זקוקה גם לטעם של פרוטה דרב יוסף. הוא כותב שהרמב"ם והלכות גדולות פסקו כלשון השנייה; ובענף ד כתב שהרי"ף פסק כלשון הראשונה (עייין שם בהוכחתו לכך). בסימן לב, ענף ב, הסביר עוד, שללשון הראשונה, סתם שמירה היא רק מפשיעה, ולכן רק בגלל ההנאה הוא שומר שכן; וללשון השנייה סתם שמירה היא מגנבה ואבדה, מפני שזה ביכולת האדם, ולכן שומר אבדה חייב בוה, ורק שומר חנם פטור מגנבה ואבדה מפני שהתורה מעריכה שהתכוון לכך.

כא. שערי זיו, חלק ב, סימן יב (יט ע"א), הסביר שגם הלשון השנייה מתבססת על פרוטה דרב יוסף, אלא שהיא סוברת שהיא קיימת רק במצווה המוטלת על האדם (ראה ליד ציון הערה 110), ולכן הוצרכה להוסיף "רחמנא שעבדיה", שלכן זו מצווה המוטלת עליו, ולכן פרוטה דרב יוסף פועלת; ואילו הלשון הראשונה סוברת שיש פרוטה דרב יוסף גם במצווה שאינה מוטלת עליו, ולכן לא הוצרכה להוסיף שהתורה חייבתו.

כב. חידושי ר' אריה לייב מאלין, חלק א, סימן עח, מבאר טעם זה, שמסברה אנו אומרים שחובת השמירה שהתורה הטילה עליו לשמור, מטעם מצוות השבת אבדה, כדי שיהיה ביטחון שהאבדה תישאר בעין – היא ברמת שמירה של שומר שכן.

כג. ר"ד צ' הופמן, "שומר אבדה", נהורא א, עמ' ד, מבאר טעם זה, שהשומר הטוב ביותר מצד שמירתו הוא שומר שכן (שהרי מאונס אי אפשר לשמור), ומאחר שהתורה מחייבת שומר אבדה לשמור כדי שיוכל להשיב, בוודאי חייבתו התורה לשמור באופן הטוב ביותר – כשומר שכן. הוא מסביר את ההבדל בין הלשונות, שהלשון השנייה סוברת שחיוב שמירה בשומר אבדה הוא חלק ממצוות השבת אבדה, שהתורה חייבתו לשמור כדי להשיב; והלשון הראשונה (ורבה) סוברת שהתורה בפרשת השבת אבדה מחייבת אותו רק להחזיק אותה ברשותו, וחיוב השמירה הוא רק לפי הכלל שכל מה שברשות אדם – נתחייב בשמירתו (ראה בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 258), וזה מחייב אותו רק כשומר חנם, ולכן הוא שומר שכן רק מכוח פרוטה דרב יוסף.

כד. מחזה אברהם, ב"ק נו ע"ב, מבאר טעם זה על פי תוספות, כתובות נו ע"ב (ד"ה הרי), שכתבו שההבדלים בין השומרים הם לפי מה שהתורה אמרה את נכונותם להתחייב, כלומר, מעיקר הדין שומר צריך לשמור כשומר שכן, אלא ששומר חנם אחראי פחות מפני שלא קיבל על עצמו לשמור כל כך טוב, ולכן שומר אבדה שהתורה מחייבת אותו אף נגד רצונו, ואין זה תלוי בכוננתו, בוודאי התורה הטילה עליו לשמור כשומר שכן.

כה. דרכי דוד, ב"ק נו ע"ב (ד"ה אתמר וד"ה כן), מבאר טעם זה, שרק מי ששומר מרצונו בלי שום דבר שמכריח אותו לזה, ואין לו צורך בשמירה זו כלל, הוא שומר חנם, אבל כאן שלא עשה מרצונו, אלא הוא מוכרח לעשות כן, זה עצמו שהשיג מה שהיה מוכרח להשיג, נחשב הנאה.

כו. לב המשפט, חלק א, שיעור ב, עמ' יד, מקשה, אם שומר אבדה שומר שכן מפני שהתורה שיעבדה אותו על כרחו, יש לחייבו כשומר שכן מאותו טעם גם לפני שהגביה אותה, שהרי גם אז התורה חייבה אותו להשיב? ותיירץ, שהחיוב לפני שהגביה הוא חיוב כלפי שמים, ורק אחרי שהגביה, שיש לו חיוב כלפי בעל הנכס, התורה שיעבדה אותו בחיוב שמירה. בהסבר המחלוקת בין שתי הלשונות בסוגיה, עיין בית אהרן (תרמ"ו), ב"ק נו ע"ב (כו ע"ד, כו ע"א, בדפי הספר).

כז. נפקדויות בין הטעמים: חידושי חתם סופר, שבוועות מד ע"א, כתב שזקן שאין זה לפי כבודו להשיב אבדה, שפטור מחובת השבת אבדה (ב"מ ל ע"א), והוא רוצה להשיב את האבדה לפני משורת הדין, לפי הטעם הראשון הוא שומר שכן מפני שסוף כל סוף הוא עושה מצווה, אבל ללשון השנייה אינו שומר שכן מפני שהתורה לא חייבתו.

כח. אור שמח, הלכות נזקי ממון, ד, ד (הובא בשערי זיו, חלק ב, סימן יב, דף טו ע"ב, ובהר צבי, קובץ חידושים על גדולי האחרונים, עמ' יחייט [עייין שם] ועמ' עו), כותב שאם מצא בהמה, ולא שמר כמו ששומר שכן צריך לשמור, והזיקה, לטעם של פרוטה דרב יוסף, הוא שומר שכן גמור וחיוב על נזק זה, ולטעם שהתורה חייבה אותו נגד רצונו, פטור, מפני שעל זה התורה לא חייבה אותו. אך פני יהושע, ב"ק נו ע"א (ד"ה שם בגמרא), כותב בפשטות שלרב יוסף אם לא שמר את הבהמה שמירה מעולה כשומר שכן, והזיקה, חייב (אלא אם כן הזיקה סוג נזק שאף בעל הבהמה עצמו פטור עליו אם שמר שמירה פחותה); וכותב בתחילה שאף לדעה שהוא שומר חנם, חייב בנזק זה משום שהבהמה התרגלה לצאת (ראה במילואים להערה 225), אלא שבסוף דבריו כותב שלדעה ההיא הוא פטור, ודי בשמירה פחותה (ומתעלם מסברת ההתרגלות לצאת).

כט. דברות משה, ב"ק, סימן לו, ענף א, כותב שללשון השנייה, שחיוב כשומר שכן הוא מפני שרק כך קיים מצוות השבת אבדה (ראה לעיל אות כ בשמו), הוא רשאי לתחילה להחזיר למקום שבו היא משתמרת רק מרוח מצויה (כשמירת שומר חנם), מפני שבוה נחשב שכבר בא ליד בעל הנכס, ואם כן כבר קיים את מצוות השבת אבדה, וגם אם אחר כך אבדה על ידי רוח שאינה מצויה, לא ביטל בכך את החזרה; ואילו להסבר שהוא שומר שכן מצד פרוטה דרב יוסף, אינו רשאי להחזיר למקום כזה שאינו משתמר

מילואים לסעיף 1(ג)

מרוח שאינה מצויה, מפני שאמנם הופטר בזה מהמצווה, אך יש עליו עדיין חוב שמירה כשומר שכר. אך הוא כותב בדעת התוספות, שגם ללשון השנייה אינו יכול להחזיר למקום כזה, מפני שאין מתקבל על הדעת שיוכל להחזיר למקום שהיה אסור לו להחזיקו שם כשעודנו אצלו (עיי' שם בהוכחתו לכך). על סוג המקום ששומר רשאי להחזיר לשם, ראה סעיף 11, הערה 70. ל. נפקות נוספת ראה במילואים להערה 221 בשם הר צבי.

להערה 221

א. ליישוב קושי זה לגבי מלווה על המשכון, ראה במילואים להערה 235.
ב. דרכי דור, ב"ק נו ע"ב, כותב שאינו יכול להתנות להיות רק שומר חנים. עיי' שם להוכחתו.
ג. חידושי ר' אריה לייב מאלין, חלק א, סימן עח, כותב שלרב יוסף, התורה חייבה אותו לקבל על עצמו חובת שמירה כשל שומר שכר, ולכן אם יתנה לקבל על עצמו להיות רק שומר חנים, הוא מחסר בעצם קיום המצווה.
ד. שו"ת תורת השלמים, סימן טו (הובא בשו"ת פרי החיים, יו"ד, סימן מ), מסביר שאינו יכול לטעון: "איני רוצה שכר זה, אתן צדקה אף על פי שאני פטור, שהרי הנותן צדקה גם כשעוסק במצווה 'זכור לטוב', ולא אהיה שומר שכר" — מפני שעצם האפשרות ליהנות עושה אותו לשומר שכר, ואין שומר שכר יכול לטעון שהיה מותר על השכר (עיקרון זה באופן כללי, ראה בשמו ליד ציון הערה 46). שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן לו (שהבאנו במילואים שם, שחולק על תורת השלמים בעיקרון זה באופן כללי), הסביר בדרך אחרת מדוע אינו יכול לטעון שאינו רוצה את השכר: מפני שברגע שהנכס מגיע לידו, הוא נהנה הנאה זו ונעשה שומר שכר, ואינו יכול להפוך אחר כך לשומר חנים. בשאלה זו עיי' שושנת יעקב, שג, ס"ק א; בית יעקב, רצב, ה.
ה. עיי' גם אבני החושן, עב, ס"ק ו, שהסביר שגם אם בדעתו לתת צדקה, הוא שומר שכר, מפני שנהנה בכך שהופטר מן החובה לקיים מצוות צדקה, וכשנתן צדקה, זו מצווה אחרת שהוא מקיים.
ו. הר צבי, על טור, חו"מ, סימן שג, כותב שאם בשעת נטילת האבדה, התנה שהוא נוטל אותה על מנת שיהיה רק שומר חנים, לפי הטעם של פרוטה דרב יוסף הוא שומר חנים, שהרי בכל התחייבות תמורת הנאה נחזר רצונו של המתחייב, ולפי הטעם שהתורה חייבתו אף נגד רצונו (ראה במילואים להערה 220), הוא שומר שכר. והוא מוכיח מהסוגיה שלהלכה הוא שומר שכר, גם אם נשבע לתת צדקה לפני שיבוא, מתוך רצון להיות שומר חנים.
ז. אולם נפש חיה, ב"מ כט ע"א, כותב שגם לרב יוסף אם נשבע (באופן שאי אפשר להתיר את שבועתו) לתת צדקה לכל עני שיבוא בעת שיתעסק באבדה, הוא שומר חנים, שהרי אז הוא באמת חייב לתת צדקה כדי לקיים את שבועתו. נראה שלפי גור אריה יהודה שהבאנו, הוא שומר חנים כאן רק אם נשבע כך עוד לפני שהגביה את האבידה, כך שלא נהנה אף לרגע בהיותו שומר מן האפשרות להיפטר מצדקה.

להערה 222

א. תוספות, שבועות שם (בתירוץ אחד), לפני יהושע, ב"ק נו ע"א (ד"ה שם ואי), כותבים שרבה למד את דעתו מדרשת הכתובים — עיי' שם.
ב. מלאו הרועים, חלק א, ערך עוסק במצווה, אות ד, כותב שלדעת רש"י טעמו של רבה הוא שהוא סובר שעוסק במצווה אינו פטור ממצווה אחרת — עיי' שם להוכחתו.
ג. מנחת חינוך, מצווה נט (פה ע"ד, אות טו במהר" מכוון ירושלים), מעלה ספק האם לרבה יש לו הנאה אלא שהיא פחותה משהו פרוטה, או שאין לו הנאה כלל.
ד. אמת ליעקב, נזיקין, חלק א, עמ' רלט, מנמק שרבה סובר ששומר המקבל שכר מצד שלישי ולא מבעל הנכס, אינו שומר שכר (ראה בשמו במילואים להערה 52), ופרוטה דרב יוסף אינה באה מבעל הנכס (ראה על כך במילואים להערה 103). אך הוא מעיר, שמלשון התלמוד משמע שטעם רבה הוא שנחשב שאינו מקבל שום הנאה. עיי' ר"ע עקשטיין, כנסת ישראל חוב' טז (אייר תרצ"ד), סימן קפב, שהסביר שרבה סבור שפרוטה זו אינה מועילה מפני שהיא באה נגד רצונו, ולדעתו סתם שמירה היא של שומר חנים, ורק אם יש הוכחה שהוא רוצה בשמירה חמורה יותר הוא שומר שכר, לעומת רב יוסף הסבור שסתם שמירה היא של שומר שכר, ורק כשאינו מקבל כסף מקילים עליו. להסבר נוסף לדעת רבה עיי' ספר המבי"ט (רובינשטיין), ערך קתא דמגלא, דף קטז ע"ב.
ה. בשאלה מדוע אין אומרים שיחשב שומר שכר מצד הנאתו מהנכס אגב טיפול בו, ראה במילואים להערה 92 (שזו שאלה כללית בכל שומר). בשאלה מדוע אין אומרים שיחשב שומר שכר אם זו בהמה מצד הנאתו מהגללים, ראה במילואים להערה 52.
ו. על דין מיוחד בשומר בהמה לפי רבה, ראה במילואים להערה 225.
ז. שו"ת בית יצחק, או"ח, סימן עא, אות ג, כותב שגם רב אשי סובר ששומר אבדה שומר חנים — עיי' שם להוכחתו.

להערה 223

א. רח"א מילר הסביר את דברי נתיבות המשפט, שמאחר שלפי רבה פרוטה דרב יוסף אינה שכיחה, השומר אינו מעוניין בהחזקת הנכס לשם קבלת השכר, גם אם קרה שקיבל פרוטה זו בפועל, וכדי ששומר יהיה שומר שכר צריך שהשכר יהיה חשוב בעיניו, עד כדי שיהיה מעוניין בהחזקה לשם השכר. הוא הסביר שההבדל בין מקרה זה לבין מתנה הניתנת לשומר (ליד ציון הערה 56) הוא ששם המתנה ניתנת כשכר על השמירה (אף על פי שלא ידע על כך מראש ולא יצטרך להחזיר את המתנה אם יפסיק את השמירה באמצע), וגם במוביל (שזה הנידון בדברי הפוסקים — ראה במילואים להערה 56), מאחר שהמתנה ניתנה כשכר על ההובלה, השומר מעוניין בהחזקת הנכס משום שבלעדיה לא יקבל את השכר (ראה בשמו ליד ציון הערה 84); ואילו כאן השכר בא מעצמו.
ב. נפש חיה, ב"מ כט ע"א, מקשה על נתיבות המשפט, הרי שו"ת מהרי"ק, שורש קנה, כתב שגם לרב יוסף, המוצא לא הגביה את האבדה על דעת לקבל את השכר הזה, ומכל מקום נעשה שומר שכר מפני שנהנה, ואפשר לומר כך גם לרבה במקרה שאכן הופטר

מילואים לסעיף 1(ג)

מלת צדקה? אך הוא מעיר שמנדרים לג ע"ב מוכח שלא כמהרי"ק, אלא שבסתם נחשב שנכנס לעניין על דעת לקבל שכן זה של פרוטה דרב יוסף.

ג. אך שו"ת הרדב"ז, סימן תקיט (הובא בישועות יעקב, או"ח, אחרי סימן תקפו, דף נד ע"ד), מעלה אפשרות, שרבה מודה שאם נגנבה האבדה בשעה שהוא עוסק בה, חייב, מפני שבשעה זו יש לו הנאת ההפטר מהצדקה והוא שומר שכן את. לעומתו, בית אברהם (ישראל), חו"מ, עב, ג (קסג ע"ב), וחסד ומשפט, סימן רסז, מוכיחים מתוספות, ב"מ כט ע"א (ד"ה והו) ושבוועות מד ע"ב (ד"ה רוב), שגם כאן הוא שומר חנים לפי רבה.

ד. שו"ת חסד יהושע, מהדורא חנינא, סימן מו, כותב שלפי פני יהושע, ב"מ דף כט ע"א ודף פב ע"ב, שהסביר שטעמו של רבה "לא שכח" הוא שאין זה מצוי שיימנע מלתת צדקה בשל ההפטר שלו (וגם רש"י, נדרים לג ע"ב, ד"ה פרוטה, ותוספות יום טוב, נדרים ד, ב, הסבירו כך את אי השכיחות, אבל לא בדעת רבה — עיין שם), ייתכן שבמקרה שבא עניו והשומר לא נתן לו צדקה, זה מוכיח שהוא להוט להיפטר ממצות צדקה, וזה מוכיח שבעבור העובדה שהוא יכול להיפטר מלתת צדקה היא שכן משמעותי, והיה שומר שכן; ורק לפי רא"ש, ב"ק, פרק ו, סימן ד, שהסביר שטעם רבה הוא שאין זה שכח שידומן עני (וכך הסביר גם הר"ן, נדרים לג ע"ב, ד"ה פרוטה, את אי השכיחות, אבל לא בדעת רבה — עיין שם), גם אם הזדמן לו עני אינו שומר שכן, מפני שזה לא מוכיח שמראש השומר חשב על זה ורצה את השכן.

להערה 224

א. כך פסקו גם: הלכות גדולות, ב"ק שם (עמ' 325 במהד' הילדסהיימר), והלכות ראו, עמ' 59; רבנו חננאל, ב"מ כט ע"ב, המובא בתוספות, ב"ק נו ע"ב (ד"ה בההיא) וב"מ כט ע"א (ד"ה והו), ועוד; תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ח, אות כא; ר"ף, ב"ק כד ע"א (בדפי הר"ף), וב"מ נא ע"א (בדפי הר"ף); ראב"ן, ב"ק נו ע"ב (דף קצ ע"א, במהד' עהרנרייך), וב"מ פב (דף רה ע"ג); רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, י (הובא במגיד משנה, הלכות גנבה, א, ג, בשו"ת חוות יאיר, סימן כד, בשו"ת כרם שלמה, קוטלר, חלק ג, סימן פא, עמ' קנ, ובבית יעקב, מסקין, סימן נג), והלכות גנבה, ד, ד; פסקי הר"ד, ב"מ מג ע"א; פסקי הרא"ה, ב"ק, פרק ו, הלכה ב, אות ה, וב"מ, פרק ב, הלכה ו, אות ז, והלכה ח, אות ט, ובקונטרס הראיות, ב"מ, פרק ב, ראייה יב; המאור הגדול, ב"מ טז ע"א (בדפי הר"ף), גם בשם רבנו אפרים; ספר העיטור, מלווה על המשכון, ליד אות מג; מלחמות ה', ב"מ יד ע"ב, בדפי הר"ף (הובא במחנה אפרים, הלכות מכירה, קניין חצר, סימן ה וסימן ח, ובשו"ת גבול בנימין, סימן לז), וחידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"ב (הובא בשו"ת פרי החיים, יו"ד, סימן מ); שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן רטו; מאירי, ב"ק דף נו ע"ב ודף קיב ע"א, ב"מ דף כח ע"ב, במשנה, דף כט ע"א, ודף פא ע"ב (במשנה), ושבוועות מד ע"ב; תוספות, שבוועות מד ע"א (ד"ה שומר), בדעת רש"י שם ע"ב (ד"ה לימא); ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ב, סימן ו, פרק ו, סימן ד; חידושי הרשב"א, ב"מ מג ע"א, ושו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שלו; חוקות הדיינים, סימן קצד; חידושי הרא"ה, כתובות לד ע"ב, ורא"ה המובא בשיטה מקובצת, ב"ק נו ע"א; חידושי הריטב"א, כתובות לד ע"ב ונדרים לג ע"ב (ד"ה ויש), וחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ דף כט ע"ב (ד"ה אמר) ודף פב ע"א (ד"ה לימא); שו"ת הר"ן, סימן כ (בסופו), חידושי הר"ן, גיטין נב ע"ב, ור"ן על הר"ף, שבוועות כו ע"ב (בדפי הר"ף); חידושי רבנו קרשקש, כתובות לד ע"ב; ר' ברוך מארץ יוון, הובא באור זרוע, ב"מ, סימן פא, ובפסקי רקנטי, סימן ששה; נימוקי יוסף, ב"מ דף טו ע"ב ודף כד ע"ב (בדפי הר"ף); מגיד משנה, הלכות גזלה שם; שו"ת הרדב"ז, סימן שיג, סימן תקיט, וסימן אלף רצח; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ כט ע"א; שו"ת המב"ט, חלק א, סימן שמא; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קטו; תשובות שאלות לר"י טאיטאצאק, סימן סא; שו"ת מהר"ש צורו, סימן ל (שחז"ל "הפריזו" שיהיה שומר שכן בגלל הנאת פרוטה); שו"ת בנימין זאב, סימן תלה; שו"ת מהר"ם אלשקר, סימן עא (שזו דעת הרבה מן המפרשים); שו"ת גינת רדדים, חו"מ, כלל א, סימן ב, דף פח ע"ג (אף על פי שברור שאדם לא היה מוכן לשמור את החפץ תמורת שכן מועט כזה); שו"ת קרני ראם, סימן סד; נתיבות המשפט, כה, ס"ק ג; שו"ת משאת משה (ישראל), השניות, חו"מ, סימן לד, דף קיא ע"ב (אף על פי שנכנס שלא על מנת לקבל שכן); שו"ת דברי משה, סימן א, ענף ב; שו"ת לב מבין (בירדגו), חו"מ, סימן רו; מלאו הרועים, חלק א, ערך עוסק במצווה, אות ד, בדעת רש"י, ב"מ פב; אור שמח, הלכות יום טוב, ג, ח; שו"ת מהר"י אסאד, חלק ב, סימן ריא, בסופו; זריחת השני, ב"ק קח ע"ב; פעמוני זהב, רצא, ב; מאירי הלכה (מאן), חלק א, דף יב ע"ג; חידושי ר' אריה לייב מאלין, חלק א, סימן עח; חזון יחזקאל, תוספתא, ב"מ ב, ט, חידושים ד"ה המוצא.

ב. יש לצרף כאן גם את הפוסקים שנביא בהערה 237, שפסקו שמלווה על משכון שומר שכן משום פרוטה דרב יוסף, ובוודאי הם סוברים כך גם באבדה.

ג. עמק הנציב, על ספרי, פרשת כי תצא, פסקא יב, מביא ראייה לפסוק כרב יוסף — עיין שם.

ד. בגזלן: שער משפט, שנד, ס"ק א, כותב שאף על פי שגזולן חייב מצד שומר אבדה (ראה בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 263, אינו שומר שכן, מפני שלא שייכת בו פרוטה דרב יוסף. נראה שכונתו היא שאינו עושה מצווה, ואדרבה, הוא עושה עברה, והוא שגורם שהנכס אבד מבעליו. ונראה שזאת הייתה גם כוונת רש"י מקלם, במעשה המובא בספר תנועת המוסר, חלק ב, עמ' 50, שנשלח לו מכתב בקשה להיות ר"מ בשיבה, בצירוף בול ומעטפה להשיב תשובה, והחליט בשלילה, כך שלא היה צורך להשיב תשובה (עיין שם), והעלה אפשרות שמאחר שהאבדה הייתה מחמת איחור תשובתו, אינו שומר שכן מטעם שומר אבדה. כלומר, הוא שגורם שאבד מיד בעליו, ואינו עושה מצווה בהחזקתה. ראה על מקרה זה במילואים להערה 178.

ה. פני יהושע, ב"ק נו ע"א (ד"ה שם ואי), כותב שאם נטל אבידה שלא על מנת להשיבה, כגון שרצה לגזלה, או שלא ידע האם היא של מי שחייב להשיב לו (כוונתו — האם היא שייכת ליהודי, וחשב מהצנזור), אינו שומר שכן, מפני שאינו עוסק במצווה.

ו. האחרונים הקשו, מדוע לא נאמר בכל שומר חנים, שאם נוצר מצב של סכנה לנכס, השומר חייב להציל מצד מצוות השבת אבדה, והיה דינו כשומר שכן מטעם פרוטה דרב יוסף? ואכן חוק יעקב (שנביא בסעיף 6, במילואים להערה 60) כותב ששומר חנים על חמץ הופך בערב פסח לשומר שכן מטעם שומר אבדה, מפני שהחמץ נכנס לסכנה שיאסר אם לא ימכרו. אבל שו"ת כרם שלמה (קוטלר), חלק ג, סימן פא (עמ' קג), מביא שר' אליעזר גורדון הקשה עליו, שמוכח בב"מ מג ע"ב ששומר אינו נעשה שומר שכן מחמת סכנה שקורה (עיין שם להוכחתו, ובדומה הוכיחו שאר האחרונים שנביא סמוך). דיון דומה ראה ליד ציוני הערות 108-110 ובמילואים שם, בשאלה מדוע לא נאמר שכל שומר חנים יהיה שומר חנים מטעם פרוטה דרב יוסף שבמצוות הטיפול בנכס.

מילואים לסעיף 1(ג)

ז. הלהן הסברים לכך שאין אומרים שהוא שומר שכר מטעם זה: ר' מרדכי ישראל, בשו"ת שמחה לאיש, חו"מ, סימן כב, מסביר שדוקא שומר אבדה ממש הוא שומר שכר, משום מצוות הטיפול, שבעל האבדה אינו יכול לטפל בה משום שמקומה אינו ידוע לו, מה שאינו כן בסתם שומר חנם כשמגיעה שעת סכנה, שאין עליו מצוות טיפול. הוא הוסיף, שאף על פי שכשמצילו, שנעשה בזה מצוות הצלה, הוא יחשב שומר שכר מטעם פרוטה דרב יוסף, מכל מקום אם אינו מציל אינו שומר שכר, ולכן אי אפשר לחייבו כשומר שכר על אי הצלה. הוא מביא כאלו שו"ת חוות יאיר, סימן כד, אומר ששומר רגיל הופך להיות שומר אבדה במקרה של סכנה; האמת היא שחוות יאיר אומר רק שיש עליו מצוות הצלה מדין השבת אבדה, אבל הוא אומר שאי אפשר לחייבו לשלם אם לא הציל.

ח. אחיעור, חלק ג, סימן ו, אות א, דוחה אפשרות להסביר שמאחר שמראש היה שומר חנם, יש אומדנא שלא רצה להיות שומר שכר (הסבר זה, שרואים כאלו התנה, מובא בספר בין המשפטיים, ב"מ, סימן מב), שהלא חיובו כשומר אבדה כאן אינו מכוח חיוב השמירה שהיה עליו מקודם, ואפילו מי שלא היה שומר היה מתחייב בהשבת אבדה, והתנאה זו לא הייתה מועילה. הוא דוחה גם אפשרות להסביר שיש אומדנא שבעל הנכס פטר מראש את השומר ממצוות השבת אבדה, מפני שאין סיבה להניח שבעל הנכס ירצה לפטור את השומר מחיוב המוטל על כל אדם. באותיות ב"ד הוא מונה מצבים אחרים ודן האם השומר נעשה שומר אבדה מהטעם האמור. א) אם בזמן שנוצרה הסכנה היה זקן שאינו לפי כבודו להשיב אבדה, או שגם נכס שלו היה בסכנה, כך שפטור ממצוות השבת אבדה, בוודאי אינו שומר שכר בתור שומר אבדה (בשאלה זו ראה במילואים להערה 220, אות כו, בשם חתם סופר). והוא מסביר שאף על פי שחידושי ר"ע איגור, ב"מ כו ע"א (ד"ה ואלם לכאורה), כותב שגם בדבר שאין בו סימן, כך שאין חיוב השבה, מכל מקום אם הגביה נעשה אחראי כשומר אבדה – שם זה משום שבזה שהגביה נתחייב להשיב (אף שלפני כן היה יכול להתעלם), אבל אם הוא זקן ואינו לפי כבודו, או שנכס שלו בסכנה ושווי מרובה משל חברו, שאין חיוב השבה, גם אין אחריות שומר אבדה. והוא מוכיח כל חוק יעקב דלעיל, פעולת ההצלה הייתה קלה – מכירת החמץ, ולכן חצרו קנתה לו, ונעשה שומר אבדה (אך הוא הנכס היה בשדה ולא בחצר השומר, לא חל עליו חיוב שומר אבדה, מפני שחיוב שומר אבדה חל רק עשה קניין בנכס (ראה בסעיף 1א), ליד ציון הערה 269), ולכן לא נעשה שומר שכר (נקודה זו הובאה בשמו בדבר שמואל, פסחים יג ע"א). הוא מעלה אפשרות שגם אם הנכס נמצא בחצרו, אין חצרו קונה לו. כיוון שקשה לו להציל אותו, כמו שחצרו אינה קונה צבי רץ (שו"ע, חו"מ, רסח, ד); ובמקרה של חוק יעקב דלעיל, פעולת ההצלה הייתה קלה – מכירת החמץ, ולכן חצרו קנתה לו, ונעשה שומר אבדה (אך הוא מעיר שמקום הנכס קנוי לבעל הנכס – ראה סעיף 1א), ליד ציון הערה 382, ואם כן קשה איך חצרו קונה לו לעשותו שומר אבדה, והרי אינה חצרו עכשו; וראה במילואים להערה 34 בשם דבר שמואל). ג) אם אפשר להציל רק על ידי תשלום שכר לאנשים שיבואו לעזור ולהציל (דבר ששומר שכר רגיל חייב בו – סעיף 6, פרק ד), אינו נעשה שומר שכר מטעם שומר אבדה, שהרי אין מצוות השבת אבדה אם יצטרך להוציא הוצאות כדי להשיב – ב"מ ל ע"א (על נקודה זו הוא חוזר באות ז).

ט. איילת השחר, ב"מ לח ע"א, מסביר שחיוב שומר אבדה נלמד מ"ואספתו אל תוך ביתך" (דברים כב, ב – ראה סעיף 1א), במילואים להערה 258), ולכן לפני שהגביה אין עליו חיוב ממוני אם לא שמר (וקל וחומר שאינו נעשה שומר שכר מטעם פרוטה דרב יוסף אם לא הגביה), והחיוב הוא "ואספתו" – כלומר "שומר אותו ברשותך"; לפי זה, אם לא תהיה תוספת שמירה בכך שמנכס לביתו יותר מאלו נשאר במקומו, כגון שיש סכנת שרפה, בזה אין עליו חיוב של שומר אבדה, ואמנם הוא חייב להציל (אך אינו חייב לשלם אם לא יציל. רח"א מילר הסביר שכוונתו היא, שהיה חייב להציל גם אילו לא היה שומר, ולכן אין פרוטה דרב יוסף, מפני שפרוטה דרב יוסף קיימת רק בטיפול של מצווה שנובע מחיוב השמירה, כמו בשומר אבדה, שחיוב "ואספתו" מטיל עליו את מצוות הטיפול, מה שאינו כן אם זה עומד להישיר, שהחיוב לעשות זאת לא נכנס לגדר "ואספתו" כפי שהסביר איילת השחר. הוא קשר זאת לעיקרון (ליד ציון הערה 85) שהנאה עושה שומר לשומר שכר רק אם ההחזקה היא תנאי הכרחי לקבלת הנאה (אך שבעל הנכס נתן את השכר כשכר שמירה), והרי כאן היה נהנה פרוטה דרב יוסף מכוח מצוות הצלת ממון חברו גם בלי ההחזקה, וגם אילו לא היה שומר. ראה עוד בשם איילת השחר בסעיף 6, במילואים להערה 60, על האפשרות ששומר יחויב מטעם שומר אבדה.

י. משנת יעבץ, חו"מ, סימן מ, ס"ק ד, מסביר, שאין דין שומר אבדה אלא בנכס האבוד מבעליו, אבל אם הוא ברשות בעליו, אפילו במצב שהנכס הולך לאיבוד (נידונו – מצב שהנכס הולך להרקב, ובא להסביר מדוע הרמב"ם כתב ששומר שמכר את הנכס הוא שומר שכר על הכסף משום רשות השימוש – ראה ליד ציון הערה 180, ולא כתב שהוא שומר שכר מצד שהוא שומר אבדה, כיוון שמכר מצד השבת אבדה), אינו נחשב אבדה, ונכס המצוי ביד שומר, שידו כיד בעל הנכס, אינו נחשב אבדה אפילו הוא הולך לאיבוד, אלא שמחויב למכרו מצד חיוב להציל ממון חברו. עיקר דינו של משנת יעבץ הוא מכוח מה באה חובת המכירה, והנפקות היא למצב שלא מכר (ראה בשמו בסעיף 6, במילואים להערה 60). רח"א מילר הסביר שאין לומר שהיה שומר שכר מטעם מצוות הצלת ממון חברו, מפני שמצווה זו אינה נובעת מחיוב השמירה (כאמור לעיל בהסבר איילת השחר).

יא. מועדים וזמנים, חלק ד, סימן רעא, כותב שבאמת אם הנכס בבית השומר ונשקפת לו סכנה, הוא חייב להציל עם גרדי שמירה וחויבה (כלומר, הוא שומר שכר), מפני שהוא חייב כשומר אבדה כיוון שהנכס בידו וקיבל על עצמו שמירה; אלא שבמקרה של מוכר שקיבל כסף בזמן שמעות היו קונות, לא היה חייב כשומר שכר (כפי שמוכח ממה שחששו ב"מ מו ע"ב שיאמר לו אז: "נשרפו חישך בעליה"). מפני שלא קיבל על עצמו שמירה (אך ראה ליד ציון הערה 405, שפוסקים רבים סבורים שהמוכר חייב בשמירה), ולכן אינו שומר אבדה שהוא שומר שכר. אך עדיין קשה על דבריו מהדין (ראה סעיף 6, פרק ד) ששומר חנם שיכול להציל רק על ידי שכירת עוזרים, פטור, ואין אומרים שיחשב שומר אבדה מפני שהנכס נמצא במצב של סכנה.

יב. שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן לו, עוסק במי שנשלח לו נכס באמצעות נכרי, והובטח לו שכר שמירה, אך הוא לא רצה להיות שומר שכר (ראה במילואים להערה 46), והוא פוסק שהוא שומר שכר מטעם שומר אבדה (לפי רב יוסף) מפני שלא היה יכול להניחו ביד הנכרי, שמה היה נוטלו לעצמו. זאת, אף על פי שהשומר היה מוכן לקחת את הנכס בתור שומר חנם. זו דוגמה לכך ששומר חנם נעשה שומר אבדה כשהנכס במצב של סכנה (בהנחה שחייב כשומר חנם עוד כשהנכס בידי הנכרי), ויתר על כן – שאילו נטלו לא הייתה סכנה. אגב, רח"א מילר סבור שמי שנעשה שומר אבדה על נכס לאחר הפקדה רגילה (נידונו – שהתייקר, לפי חקר הלכה, סעיף 5, במילואים להערה 13), אינו נעשה שומר שכר מפני פרוטה דרב יוסף, לפי העיקרון (ראה במילואים להערה 108) שאין פרוטה דרב יוסף אלא כשתחילת ההפקדה הייתה במצווה. לפי זה, גם כאן, שאירעה לנכס סכנה במשך השמירה, אף על פי שנעשה שומר אבדה, אינו נעשה שומר שכר.

א. גם רמ"א, חו"מ, רסז, טז, כתב שהוא שומר חינום, אבל סמ"ע שם, ס"ק יז, וש"ך שם, ס"ק יד (הובא על ידי ר"פ מימון, אור תורה, שנה ט, חובי' יא, ניסן תשל"ז, עמ' חיב). וש"ת מאמר מרדכי (הלבושטט) סימן צב, מוכיחים שהוא מתכוון לומר שספק הוא האם הוא שומר חינום או שומר שטר, ולכן מספק מקילים עליו, שיהיה רק שומר חינום. עוד פסקו שהוה ספק: שו"ת מהרי"ק, שורש ו (על פרוטה דרב יוסף באופן כללי); ש"ך שם (הובא בשו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן מט); הו"ק יעקב, או"ח, תמג, ס"ק ח; שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן לו; עדות ביוסף (נתנון), חלק א, דף נג ע"ב; תהילה לדוד, חו"מ, סימן קלו (לסימן רצד); שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן יד; עטרת מרדכי (ולבוניץ), עמ' עז; שו"ת ר' שאול משה, סימן קה. הלכה למשה (אמרייליו), על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, י, שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג, דף צח ע"ג (על פי הפוסקים שכתבו כך לענין משכון – ראה במילואים להערה 238), וש"ת כהונת עולם, סימן נד, כותבים שמאחר שיש מחלוקת, המוחזק יכול לומר "קים לי".

ב. דברי הרי"ד שהבאנו בהערה סותרים את דברי פסקי הרי"ד עצמו, ב"מ דף מג ע"א ודף פ"ע, ובספר המכריע, סימן צא, ששם פסק שהוא שומר שטר.

ג. יש לצרף כאן גם את הפוסקים בהערה 238 שפסקו שמלווה הוא שומר חינום ולא התחשב בפרוטה דרב יוסף, ובוודאי דעתם כך גם באבדה.

ד. נחלקו הפרשנים, מה דעת הרא"ש כאן ובמלווה על המשכון (שבשניהם הקובע הוא פרוטה דרב יוסף): רא"ש, ב"מ, פרק ב, סימן יז, ב"ב, פרק ח, סימן ה (הובא במגן שאול, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, יז, דף כו ע"א), ושבועות, פרק ו, סימן כט, ובתוספות הרא"ש, ב"מ דף כט ע"א ודף פ"א ע"ב ושבועות מד ע"א, פוסק שהוא שומר חינום. טור, חו"מ, רסז, טו (הובא בשו"ת תורת השלמים, סימן טו), כתב שהרא"ש סובר שהוא שומר חינום. כך כתב גם ים של שלמה, פרק ו, שם, בדעתו. אבל בית יוסף שם כתב שהרא"ש סובר שהוא שומר שטר. בשאלה זו עיין שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קסט; פרי עין חיים, חלק ב, סימן יא (מס' 172); ותשובת ר"ש ויליסיד, בשו"ת פני משה, חלק ב, סימן יא.

ה. את מחלוקת הפוסקים הביאו: ספר מישורים, נתיב כ, חלק ג; מרדכי, ב"ק, סימן רז, וב"מ, סימן שסה; אגודה, נדרים, סימן טו, ב"ק, סימן עט, ב"מ, סימן מא, ושבועות, סימן לה; חידושי הרשב"א, ב"ק נו ע"ב; תוספות תלמיד רבנו תם ור' אליעזר, ב"ק נו ע"ב; פירושים ופסקים לר' אביגדור צרפתי, פסק תקנב; חידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש, ב"ק נו ע"ב; שו"ת מהרי"ק, שורש קנה; רא"ש, ב"ק, פרק ו, סימן ד; שלטי הגיבורים, ב"מ טו ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ת שער אפרים, סימן קכב (ד"ה והיה); שיעורי ב"ק (גרוסקין), סימן כב, אות טו; שו"ת גרורים בראש אמיר, סימן כב; מאירי הלכה (מאן), חלק א, דף י ע"ב; שו"ת פני יצחק (חריף), חו"מ, סימן א; שו"ת נחלת יוסף, או"ח, סימן מז, אות ג; בית זבול, ב"מ, סימן יט, אות ו.

ו. בבעל חיים: התלמוד בב"ק נו ע"א (הובא בפסקי הרי"ד שם, בפסקי הרי"א, ב"ק, פרק ו, הלכה ב, אות ה) שהובא בהלכה למשה (אמרייליו), על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, יז, ובעמודי אור, סימן קיד, אות א) אומר שלכל הדעות, המוצא בהמה הוא שומר שטר מפני שהתרגלה ללכת בחופשיות ("למדה פסיעות חיצוניות"), כשהייתה אבודה, ולכן הוא צריך להיזהר בה יותר, שמא תברח ממנו.

ז. הפרשנים נחלקו, האם חייב זה נוגע רק למקרה שאבדה, שהגיוני שזה נגרם ממה שהתרגלה לחפשיות, או גם למקרה שנגנבה. תוספות, ב"ק נו ע"א, ד"ה אמר (הובא בהלכה למשה, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יא, טו), בהסבר אחד, וחידושי הרשב"א, ב"ק שם, כתבו שהוא חייב אם נגנבה רק אם הגנבה נגרמה על ידי שהתרגלה לחפשיות. אבל תוספות בהסבר שני (הובא בש"ך, חו"מ, רסז, ס"ק א); רא"ש, ב"ק, פרק ו, סימן ט; תוספות רבנו פרץ, שם; תוספות תלמיד רבנו תם ור' אליעזר שם; הרא"ה, ב"שטה מקובצת שם; וים של שלמה, ב"ק, פרק ו, סימן ט – כתבו שרק לענין מקרה שאבדה מן השומר הוא חייב כשומר שטר, ולא לענין מקרה שנגנבה. מאירי, ב"ק נו ע"ב, נקט בסתם, שגם לרבה, המוצא בעל חיים חייב בגנבה. דברי משפט, רסז, ס"ק א, כתב שלפי תוספות, ב"מ כט ע"א (ד"ה והוי), לרבה הוא חייב גם בגנבה. תוספות הרי"ד ופסקי הרי"א שם נוקטים, שחייב בגנבה ואבדה, וכך כתב גם פני יהושע, ב"ק נו ע"א (ד"ה שם ואי). מעייני החכמה, ב"מ כט ע"א, מהדורא בתרא, אות קיד, כתב שתוספות ב"מ שם סוברים שאם במקרה מסוים יש אפשרות שההרגל לחופש יגרום לגנבה, חייב גם אם נגנבה בדרך אחרת, משום ש"תחילתו בפשיעה" לענין גנבה זו, ו"סופו באונס" לענין גנבה זו. כנגד סברה דומה, הסביר נתיבות המשפט, רסז, ס"ק א, שהצד בתוספות שפטר בגנבה סובר שאין לחייב מטעם ש"תחילתו בפשיעה" לענין אבדה, ו"סופו באונס" לענין גנבה, מפני שהפשיעה (ביחס לאבדה) לא גרמה לאונס (הגנבה), שכן הפשיעה היתה שסגר בפניה בדלת שיכולה לעמוד רק ברוח מצויה, והדלת יכולה להיפתח ברוח שאינה מצויה והבהמה עלולה לצאת וללכת לאיבוד; אבל גם אילו סגר בדלת שיכולה לעמוד ברוח שאינה מצויה, זה לא היה מונע את הגנבה. שערי זיו, חלק ב, סימן יג, כתב שאין לחייב מטעם "תחילתו בפשיעה וסופו באונס", מפני שמה שצריך לשמור בבעלי חיים יותר טוב, אינו משום שמוטל עליו חייב שמירה חמור יותר, אלא שמוטל עליו חייב תשלומין חמור יותר, כדי שישבור דמי האבדה לבעליה, מדין מצוות השבת אבדה (ראה בשמו בסמוך), ואין זה "תחילתו בפשיעה וסופו באונס" מפני שאין כאן פשיעה.

ח. תוספות ב"מ שם ושבועות מד ע"א (ד"ה שומר), כתבו שאם הבהמה הייתה כפותה כשאבדה, דינה כשאר אבדה, שהרי לא התרגלה לחפשיות.

ט. לכאורה, מאותו נימוק, כל מי ששומר בהמה שפעם הלכה לאיבוד, ואחר כך נמצאה, יהיה שומר שטר (גם אם אינו שומר אבדה) מן הטעם האמור – שהיה צריך להיזהר יותר שמא תברח (וראה על כך בסעיף 2(א), במילואים להערה 207); ואילו פני יהושע שם (ד"ה שם בגמרא) כתב שהחמרה זו אמורה רק בשומר אבדה, ולא בסתם שומר בהמה שאבדה מבעליה וחזרה אליו; ולא הסביר מה ההבדל מסברה. חידושי ר' אריה לייב מאלין, חלק א, סימן עח, מסביר, שדווקא בשומר אבדה שהיה בהמה, מצוות השבת אבדה מחייבת אותו להיזהר מפני שהתרגלה לחופש, וממילא הוא חייב לשמרה כך כשומר, ואם לא שמר כך זו פשיעה וחייב לשלם; אבל שומר רגיל די שישמור בשמירה רגילה שחלה מדין חובת שמירה שלו. עוד אפשר לומר, ששם, מאחר שחזרה כבר לבעליה, יש להניח שבטל ממנה ההרגל לחופש.

י. פנים מאירות, ב"ק נו ע"ב, מפרש בדרך אחרת את כוונת התלמוד: רבה מסכים שמוצא בהמה הוא שומר שטר מפני שהוא מתעסק

מילואים לסעיף 1(ג)

בה הרבה לשמרה ולכן שכיח שיופטר מלכת צדקה, ולכן חשובה בה הנאת פרוטה דרב יוסף; וגם לטעם (ראה במילואים להערה 220) שהתורה חייבתו, רבה מסכים שמשום טעם זה המוצא בהמה הוא שומר שכו, משום שבעלי חיים צריכים שמירה יתרה כיוון שהורגלו לצאת; ולפי הסבר זה הוא חייב בכל גנבה ואבדה. הסבר אחר לכוונת התלמוד ניתן במעייני החכמה, ב"מ כט ע"א, מהדורא ברא, אות קיד: מאחר שהתרגלה לחפשויות, צריך לשמור אותה שמירה צמודה, וזה גורם לו להתבטל ממלאכתו, ולכן הוא זכאי לקבל שכר כפועל בטל, וזה עושה אותו לשומר שכו, כמו אומן.

יא. אך חידושי ר"ע איגו, ב"ק נו ע"א, כותב שהטור (שפסק כרבה) סובר ששומר אבדה אינו חייב יותר בבעלי חיים (כפי שמוכח מן העובדה שלא כתב דין כזה), וזאת מפני שהוא מפרש שהתלמוד אינו מדבר על אופן השמירה, שבה בעלי חיים שווים לכל נפש, אלא לעניין דרך ההחזרה – ראה סעיף 11, במילואים להערה 70. גם עמק הנציב, על ספרי, פרשת כי תצא, פסקא יב, כותב שהרמב"ם סובר שרובה גם מוצא בהמה פטור בגנבה אם הייתה בכיתו, מפני שהתלמוד דיבר על החחורה, אבל כשהיא בבית או במקום משתמר, ההרגל שלמדה אינו משפיע עליה. גם אבן האזול, הלכות גזלה ואבדה, יא, טו, כותב שהרמב"ם סובר שרובה בהמה שווה לכל נפש (פרט לעניין החחורה), ואין אומרים שהתרגלה להליכת חוץ, כמו שאין אומרים שהתרגלה כך בעצם זה שבעל הבהמה הולך אותה מביתו לבית השומר (יש להשיב על כך, ששם אינה הולכת באופן עצמאי ובחפשויות, אלא היא מובלת בידי אדם). על שיטת הרמב"ם לעומת שיטת רש"י, עיין א' ורהפטיג, מגל יא (תשנ"ה), עמ' 66-68.

יב. שערי זיו, חלק ב, סימן יג, כותב שדברי התלמוד, שרובה מודה שהוא שומר שכו לעניין בעל חיים, הם לפי התפיסה שחיוב תשלומין בשומר אבדה הוא מטעם השבת אבדה (ראה בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 258), שהתורה חייבה בשמירה ובתשלומין כדי שתוחזר האבדה לבעלים, ולכן בבעלי חיים התורה הטילה חובת שמירה מעולה כשומר שכו, כדי שתוחזר האבדה לבעליה, מפני שלא די בשמירה פחותה; וסתם שומר חנים יסוד חיובו הוא חיוב שמירה ולא התורה הטילה עליו לדאוג שהנכס יחזור לבעליו, ולכן אין בו דין מיוחד בבעלי חיים, ואם ירצה בעל הבהמה שמירה טובה יותר, ישלם שכו, והשומר יהיה שומר שכו. אבל הוא כותב שמסקנת התלמוד היא ששומר אבדה חייב מדין שמירה ככל שומר, ולכן דינו כסתם שומר גם לעניין בעלי חיים, ולכן הטור לא כתב שדין בעלי חיים חמור יותר.

יג. על עניין ההתרגלות לחופש, עיין משפט האבדה, עמ' קנג.

להערה 226

א. גם מרומי שדה, נדרים לג ע"ב (ד"ה משום), כותב בדעת תוספות, שבועות מד ע"ב (ד"ה ורב), שאם הוא מחזיר תוך זמן קצר ואינו מתעסק באבדה (כגון שהוא יודע של מי היא), אינו שומר שכו, משום שאז פרוטה דרב יוסף אינה שכיחה (וזאת לדעה, שהלכה כמותה, שמתור למודר הנאה להחזיר אבדה, משום שאף על פי שעל ידי זה יופטר מלכת צדקה לעני, אין שכיחות שזה יקרה בזמן הקצר הזה שמגביה ומחזיר – עיין שם). ראה על כך במילואים להערה 220, בשם לחם משנה.

ב. שו"ת עין משפט (הלוי), ח"מ, סימן כט, עוסק בשאלה מקבילה במשכון, וכותב שאם המשכון הוא טבעת שאינה זקוקה לטיפול, יכול השומר לטעון "קים לך" כדעה שאין בזה פרוטה דרב יוסף, אף על פי שלפי דעות אחרות יש כאן פרוטה דרב יוסף מכוח המצווה שבעצם ההלוואה, או המצווה בזה שממתין מלמכור את המשכון (ראה במילואים להערה 235).

להערה 227

א. כמו כן, ר"מ מרגליות, "פרוטה דרב יוסף בשומר שכו ובמודר הנאה", הפרדס, שנה יז, חוב' ה, עמ' 20-21, כותב בדעת הר"ן, נדרים לג ע"ב, שגם אם הוא יודע של מי האבדה, כך שבזמן הקצר שיעבור עד שיחזיר לא שכיח שיוזמן לו להרוויח פרוטה דרב יוסף, מכל מקום הוא נעשה שומר שכו מפני הומן הקצר הזה, ועוד, מפני שההשבה יכולה להתאחר מאיוז סיבה, ואז שכיח שיבוא עני (כך נראית כוונתו). והוא מביא גם את לחם משנה האומר להיפך בדעת הרמב"ם. הוא כותב (לגבי כל שומר אבדה), שגם אם קרתה גנבה ואבדה בתחילת החזקתו את האבדה, שלא עבר די זמן שתחשב פרוטה דרב יוסף שכיחה, בכל זאת הוא שומר שכו, מפני שלא נתנו חכמים את דבריהם לשיעורין, לעשות הבחנה כזאת.

ב. חושן האפור, סימן עב, מביא ראייה שהוא שומר שכו, מזה שבדמי אבדה (כסף שמתקבל בתמורה למכירת האבדה) לרב יוסף חייב באונס אף על פי שלא השתמש בו (ראה סעיף 1(ד)), ליד ציון הערה 35), הרי שאף על פי שאין צורך בטיפול במטבעות, יש פרוטה דרב יוסף. שו"ת שער המים, סימן כד (נד ע"ב), דחה ראייה זו, בכך ששם יש לשומר פרוטה דרב יוסף מחמת הכנסת הנכס לביתו והטיפול בו לפני המכירה, וזה עושה אותו שומר שכו על האבדה עד שיחזיר, כולל על הכסף אחרי מכירת האבדה (וכך הסביר גם דרכי דוד, ב"מ כט ע"א); ועוד, שעצם המכירה היא מצווה, בזה שהיא מצילה את בעל האבדה מהפסד. וכך הסביר גם אמרי מהרש"ח, ב"מ כט ע"א (ד"ה עיין פ"י). על ראייה זו עיין ספר המכ"ט (רובינשטיין), ערך קתא דמגלא, דף ק"ז ע"א.

להערה 229

א. גם שו"ת שער המים, סימן כד (נד ע"ד), כותב שעל ידי הפרוטה שמרוויח המוצא בשעה שאוסף את האבדה לביתו, הוא שומר שכו לכל משך השמירה עד שיחזיר – משמע גם בנכס שאין בו טיפול. כך העיר גם רח"א מילר, על פי נתיבות המשפט, עב, ס"ק ז, שנקט (לעניין אחר) שמלווה נהנה פרוטה דרב יוסף "בשעה שעוסק בשמירת המשכון", גם בנכס שאין בו טיפול אחר. כמו כן, רא"ש, ב"ק, פרק ד, סימן ד, נקט שהוא פטור מצדקה כשמכניס את האבדה לביתו, וכך כתב גם פני יהושע, ב"ק נו ע"ב (ד"ה בתוספות ד"ה בהיא). פני יהושע, ב"מ כט ע"א, מסביר בתחילה שנחשב עוסק במצווה, שבשעה שמקצה קיים "לא תוכל להתעלם" (כלומר, ולא משנה שלא הביא בזה תועלת ממשית לבעל הנכס). אחר כך הסביר, שהוא נחשב מתעסק במצווה בעצם שמירת האבדה (גם בלי טיפול), מכיוון שלא קיבל על עצמו שמירה ברצון אלא מתוך החובה שהטילה התורה.

ב. לעומתם, יש של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן ד, כותב שהכנסת האבדה למקום שמור אינה פוטרת את המוצא מלכת צדקה, מפני שהעני יוכל להמתין את מעט הומן עד שיכניס אותו לביתו, ואז יתן לו (ראה בשמו במילואים להערה 235).

מילואים לסעיף 1(ג)

ג. כמו כן, קרית חנה דוד שם כותב שמה שהוא צורר את הכסף ומניחו במקום שמור אינו נחשב טיפול שהוא מצווה, משום שהוא עושה זאת להנאת עצמו, כדי שלא יאבד הכסף ויצטרך לשלם. הוא מוכיח זאת, שאילו היה זה נחשב טיפול, היה כל שומר נחשב שומר שכן כיוון שהוא מטפל כך. אך רח"א מילר דוחה הוכחה זו, על פי מה שהוסבר ליד ציוני הערות 109-110 מדוע פרוטה דרב יוסף אינה נוצרת עקב הטיפול בפיקדון רגיל; ובלאו הכי צריכים לומר הסברים אלו, גם אילו היינו אומרים שהשמירה הרגילה אינה בגדר מצווה, שהרי עדיין היה קשה מהמקרים ששומר רגיל עושה טיפול של שיטוח וניעור, מדוע אינו הופך לשומר שכן. קרית חנה דוד עצמו (קלו ע"א) כותב שלפי הרשב"א, האומר שבמלווה על המשכון, המצווה היא ההלוואה (ליד ציון הערה 235), גם בשומר אבדה הטעם לפרוטה דרב יוסף הוא המצווה שבהכנסה לביתו, כלשון הרא"ש.

ד. ראה ליד ציון הערה 347, שנודע ביהודה סבור (לעניין כסף של צדקה) שבשומר כסף יש פרוטה דרב יוסף מחמת הטיפול בקבורתו.

להערה 230

א. דעות חולקות: דברי יחזקאל, סימן נג, אות ו, הבין בדעת התוספות שם, שהוא רק ספק שומר שכן, וזאת מסיבה אחרת: ככל שומר אבדה יש חיסרון, שבעל הנכס לא ביקש ממנו לשמור בעבורו (על פי הריטב"א המצריך בקשה כזאת – ראה בשמו בסעיף 13, במילואים להערה 134), אלא שבאבדה רגילה, מתחייב המוצא בשמירה מפני שהתורה הטילה זאת עליו, אבל כאן, אם באמת אין כאן מצוות השבת אבדה, התורה לא הטילה עליו חיוב; ולכן הוא רק ספק שומר שכן. הוא נותן לכך הסבר נוסף: יש חיסרון בשכר של פרוטה דרב יוסף, שהוא רק נהנה בגרמא מבעל האבדה, כמו "מבריא ארי מנכסי חברו" שאינו נחשב שחברו נהנה ממנו; אלא שאף על פי כן אנו אומרים שרואים כאילו השתמש באבדה כדי להיפטר מלתת צדקה, שזו הנאה ישירה מהנכס (ראה בשמו במילואים להערה 103), אך זה נכון רק באבדה ודאית, שההפטר ממצוות בא מחמת עצם האבדה, אבל כשיש ספק האם הוא חייב בהשבה, ההפטר הוא רק מצד המוצא, שמספק מוטל עליו לעשות מצווה אחרת, אבל אם "קמי שמיא גליא" שאינה אבדה, נמצא שאינו יכול להשתמש בנכס הזה כדי להיפטר מלתת צדקה, ולכן הנאתו מן ההפטר במצוות היא בגדר גרמא כ"מבית ארי", ולכן הוא שומר שכן רק מספק, על הצד שזו באמת אבדה.

ב. גם צפנת פענח, ב"מ כה ע"ב, הבין שלתוספות הוא רק ספק שומר שכן, ומסביר (על פי הסבר המהדרי, הערה ה), שמה שפרוטה דרב יוסף נחשבת הנאה הוא כעין תקנה שתיקנה התורה באבדה כדי שיתחייב כשומר שכן (ראה בשמו במילואים להערה 220), ואם באמת זאת לא אבדה, לא תיקנה בו התורה שתחשב הנאה, ואין לו הנאה. כך הסביר גם בצפנת פענח, על הרמב"ם, הלכות תרומות, א, (כו דף כו ע"א), שמה שזה נחשב שכן הוא רק דין שהתורה חידשה, ולכן הוא שומר שכן רק אם באמת זו אבדה. בדומה הסביר בהלכות כלאים, י, כו (דף יט ע"ג), לפי הטעם שהוא שומר שכן מפני שהתורה חייבתו בעל כרחו (במילואים להערה 220), שזה שייך רק אם זה באמת אבדה. ובהלכות מתנות עניים, ז, א (סד ע"ד), הסביר שאף על פי שמספק פטור מצדקה, מכל מקום לצד שזה לא אבדה, הרי לא קיים את המצווה ולא נהנה בזה (אולי כונתו היא, שלא נהנה, מפני שהוא כאילו עבר על מצוות צדקה שבאמת היה חייב בה). כך הסביר גם בהלכות מתנות עניים, ד, ו (עמ' 98), שאינו שומר שכן ודאי, מפני שאם זה באמת לא אבדה, מכל מקום הפעולה לא נעשתה.

ג. הר צבי, קובץ חידושים על גדולי האחרונים, על שאגת אריה, סימן לו (עמ' ט), ועל נתיבות המשפט, עב, ס"ק נג (עמ' עח), כותב שלפי נתיבות המשפט שם (שנביא בהערה 353) האומר שאין פרוטה דרב יוסף במצווה שאינה חובה, הרי בספק הינוה, שלכתחילה לא יטול, אין פרוטה דרב יוסף. הוא הוסיף (בעמ' יח) שגם לטעם (ראה במילואים להערה 220) ששומר אבדה הוא שומר שכן מפני שהתורה חייבה אותו, אפשר שאינו שומר שכן בספק אבדה, מפני שהתורה לא דיברה על ספק.

להערה 231

א. אמרי בינה הוסיף, שגם הטעם השני (ראה במילואים להערה 220), ששומר אבדה הוא שומר שכן מפני שהתורה חייבתו אף נגד רצונו, קיים כאן, כיוון שהוא חייב להשיב מספק.

ב. תולדות זאב, ב"מ כה ע"ב, כותב שגם אם אומרים שעוסק בספק מצווה אינו פטור מוודא מצווה, כדברי שאגת אריה, סימן לו, מכל מקום במקרה של התוספות שם, שמצא נכס שהיה ספק דרך הינוה וספק דרך נפילה, מאחר שלקחו לביתו זה הפך לוודאי אבדה, ולכן פטור מצדקה. אך יש להעיר שלפי זה, במקרה של אמרי בינה, עיר שחצייה ישראל וחצייה נכרים, שגם כשמוליכו לביתו נשאר ספק האם יש מצווה, לא יהיה פטור מצדקה לפי שאגת אריה. עיין הר צבי, עמ' יח שם, שפטור מלתת צדקה לדעה שספק ממון עניים לקולא. על ספק אבדה עיין גם דברי חפץ, סימן ג.

להערה 233

רו"נ גולדברג העלה אפשרות, שבמשכון של עני, שהדין הוא שחייב המלווה להחזיר לו את המשכון בזמן שהלווה זקוק לו (שו"ע, חו"מ, צד, טז), ואם כן הלווה יכול לבוא ולטפל בו, שהרי אין לומר שהמלווה מחזיקו כביטחון – לא תהיה על המלווה מצווה לטפל בו, ואולי אף אינו טעון טיפול כיוון שהמשכון נמצא בשימוש הלווה, ולא יהיה המלווה שומר שכן מטעם זה.

להערה 234

א. על משכון שאינו דורש טיפול, ראה ליד ציוני הערות 226-229, ששם נידון מקרה מקביל באבדה.

ב. חידושי ר"ע איגור, חו"מ, שג, על ש"ך, ס"ק ח, כתב שלתוספות שומר אבדה לא נעשה שומר שכן מצד המצווה שבשעת נטילת האבדה, אלא בגלל הצטרפות הפרוטות שבשעת טיפול.

ג. דעה חולקת: ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן ד (הובא בפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג, דף ק"ח ע"ב), סבור שאין מצווה בטיפול המלווה במשכון (ויש רק מצווה בהלוואה עצמה – ראה ליד ציון הערה 235), משום שהוא נהנה מן הטיפול שמונע קלקול כיוון שהוא יפסיד אם המשכון יתקלקל בכך שלא יוכל לגבות ממנו את כל חובו, וזוהו הוא שונה משומר אבדה שאינו נהנה כך מן הטיפול. גם שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (ק ע"א), מסביר שהרשב"א סובר שאין מצווה בטיפול, מפני שהוא עושה לצורך עצמו, כאמור. ברם, ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לו, השיב על כך, שהטיפול נחשב מצווה גם כשהמטפל נהנה מכך, כמו במלווה שמשחמש במשכון (ליד ציון הערה 293). נפקות מכך – ראה בשם ים של שלמה ליד ציון הערה 309.

מילואים לסעיף 1(ג)

ד. שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן נו, מסביר שמשום פרוטה דרב יוסף הוא שומר שכר על כל ערך המשכון (לדעה שבפנים) ולא רק כנגד החוב, מפני שהמצווה היא לטפל בכל המשכון, שכן כולו צריך טיפול, ובעל הנכס אינו יכול ליטלו בכלל.

להערה 235

א. שו"ת קרני ראם, סימן ריא, כותב, שגם הרא"ש מסכים להסבר זה, ואמנם הוא כתב (ראה הערה 234) שהוא שומר שכר מחמת הטיפול, אבל הוא כתב כך משום שנידונו היה משכון על שכירות, שלא הייתה מצווה בהשכרה, ולכן הוצרך לטעם של מצוות הטיפול, אבל במקום שיש מצווה בעצם ההלוואה, היא יכולה ליצור פרוטה דרב יוסף גם כשאין טיפול.

ב. ר"מ וולקוביץ, "בענין שואל ספרים", קובץ תורני מרכזי ד (אדר תשמ"ה), עמ' מא, כותב שהר"ן יכול לסבור שפרוטה דרב יוסף היא מצד מצוות ההלוואה, אף על פי שהמלווה אינו טרוד בזה, שהרי הר"ן על הר"ף, סוכה יא ע"א (בדפי הר"ף), סובר שעוסק במצווה פטור מן המצווה גם כשיכול לקיים את שתייהן, ועוד, שהר"ן אומר שיש פרוטה דרב יוסף במשאל ספר, מצד המצווה שבעצם ההשאלה (ראה סעיף 1(ד), הערה 134).

ג. ליד ציון הערה 289 נביא את ההסבר מדוע פרוטה דרב יוסף על רגע אחד עושה אותו שומר שכר לכל משך השמירה – מפני שפרוטה היתנת לשומר בתחילת השמירה עושה אותו שומר שכר לכל משך השמירה.

ד. פרישה, חו"מ, עב, ג, מביא את שני ההסברים.

ה. חריגים: תומים, צז, ס"ק יא, כותב שלפי הדעה שהמצווה היא בעצם ההלוואה ולא בטיפול, אם לקח המלווה את המשכון באיסור (כגון שנכנס לבית הלווה, או לקח משכון של אוכל נפש), אין לו פרוטה דרב יוסף, מפני שהמצווה בטלה עקב האיסור.

ו. ר"י פרלא, בבאורו לספר המצוות לרס"ג, חלק א, דף קסה ע"ב, מביא שיש מחלוקת האם יש מצווה להלוות לעשיר, וכותב שלפי הדעה שאין מצווה, המלווה לעשיר אינו שומר שכר, מפני שאין לו פרוטה דרב יוסף.

ז. אחיעזר, חלק ג, סימן ו, אות ב, מסביר שיש במלווה על משכון פרוטה דרב יוסף אף על פי שאחרי שקיבל את המשכון הוא מוכרח לשמור וזה לא מצווה, מפני שמכל מקום בעת ההלוואה הייתה מצווה, כפי שהסביר הרשב"א (ולפי הראב"ד, בסמוך, יש מצווה גם אחר כך).

ח. מלאו הרועים, חלק א, ערך עוסק במצווה, אות ד, כותב שלרב יוסף הפרוטה שכיחה, מפני שהוא סבור שהמלווה פטור מהמצווה כל זמן שהמשכון אצלו, גם כשאינו עוסק בו, מפני שעצם ההחזקה היא מצווה, משום שבלי משכון אין מצווה להלוות, שמא יכפור בו, ואם כן המצווה נגרמת על ידי המשכון, כמוסבר ליד ציון הערה 236. כלומר, הוא מסביר שהמצווה היא בהלוואה, ומכל מקום יש פרוטה דרב יוסף במשך כל החזקה, מפני שעצם החזקה המשכון היא מצווה, בזה שהמשכון מאפשר את מתן ההלוואה. כמו כן, בית יעקב (מסקין), סימן נג, כותב שגם הר"ן סובר שפטור מלתת צדקה גם בזמן שאינו עוסק במשכון, כל זמן שהמשכון בידו (ראה בשמו בסעיף 1(ד), במילואים להערה 141).

ט. הסבר אחר למהות המצווה: הראב"ד, בשיטה מקובצת, ב"מ פב ע"א (הובא בשו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן נב, ובחידושי הרשב"א, ב"ק נו ע"ב [ברמז]), בחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ פב ע"ב, בנימוקי יוסף, ב"מ נא ע"א, בדפי הר"ף, בקריית ספר, על הרמב"ם, הלכות שכירות, פ"ק י, בשו"ת כתב סופר, או"ח, סימן קיט, בשו"ת עין משפט, הלוי, חו"מ, סימן כט, ובשו"ת חסד לאברהם, אלקלעי, חו"מ, סימן יג, דף ק ע"ב), כותב, שיש למלווה פרוטה דרב יוסף במשך כל ההלוואה מפני שהוא מקיים מצווה בכל רגע שהוא מחכה ואינו מוכר את המשכון כדי לגבות את החוב. אך הרשב"א שם כותב שאינו פטור ממתן צדקה כל הזמן, גם אם יש של שלמה שם מקשה על מה ששמע מדברי הראב"ד, שפטור מצדקה כל משך השמירה מחמת מצווה זו – והלא אפשר לקיים את שתי המצוות?

י. חידושי חתם סופר, ב"מ פ ע"ב (ד"ה אלא שצריך עיון), מקשה על הראב"ד, הרי לא היה ראוי למכור את המשכון גם אילו רצה (שו"ע, חו"מ, עג, יב)? הוא מתרץ, שבעצם הראב"ד סובר שהמצווה היא בטיפול, אלא שקשה על סברה זו, הרי הוא מטפל במשכון לטובתו, שכן אם ערך המשכון ירד מחוסר טיפול, יהיה לו פחות ביטחון? ועל כך יש תשובה בסברת הראב"ד, שהרי משכון שערכו ירד מותר למכרו בלי רשות הלווה (שו"ע, חו"מ, עג, יג), ונמצא שהטיפול הוא רק לטובת הלווה, ולכן זה מצווה.

יא. גם ר"י נחמיאס, בשו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן יז, מקשה על הראב"ד, הרי בין אם זו סתם הלוואה שזמנה שלשים יום, ובין שנקצב זמן מסוים, אינו עושה מצווה בזה שהוא מחכה ואינו מוכר, שהלא אינו יכול למכור לפני זמן הפירעון? והוא מתרץ, שמכל מקום הוא נקרא עושה מצווה בכל רגע מפני עצם זה שעשה עמו חסד להלוותו לזמן מסוים, והוא כמו המניח תפילין, שכל רגע שהן עליו הוא עושה מצווה, וכאן מלבד מצוות ההלוואה יש מצוות המתנה. הוא מביא את מטה שמעון, עב, הגהות בית יוסף, אות ד, שהבין שהראב"ד מדבר דווקא בכגון שהגיע מועד הפירעון והאריך לו את זמן; והוא דוחה הסבר זה, שהלא אם יש מצווה רק אם מאריך לו את הזמן, נמצא שאחרי שהאריך לו, כבר אינו עושה מצווה. יש להשיב על כך, שמטה שמעון מתכוון שהמלווה לא קבע ללווה מועד חדש לפירעון, ויכול לתקנו בכל זמן שירצה, ואם כן הוא עושה מצווה כשהוא נמנע מלתקנו.

יב. מלווה שאינו רוצה להיות שומר שכר: אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן סח, הסביר שהמלווה אינו יכול לטעון שאינו רוצה להיות שומר שכר בשכר מועט כזה, מפני שהוא מרוויח פרוטה דרב יוסף כשהוא ממתין מלמכור את המשכון, כדברי הראב"ד, ואם כן זה כמו אבדה שהרי הלווה אינו יכול לשמרו, ולכן התורה מטילה עליו לשמור שמירה מעולה אף בלי הסכמתו (בדומה להסברו לעניין שומר אבדה – ראה ליד ציון הערה 221); וגם לרשב"א, גם בשעת ההלוואה המשכון הוא בגדר אבדה, מפני שהלווה נתן לו מתן אילוף, שהוא צריך הלוואה, ונמצא שהלווה אינו יכול לשמור. גם חידושים ובאורים (גריינמן), שבוועות מג ע"ב (ד"ה עיקר), מסביר שנחשב שהתורה שיעבדה אותו, מפני שההלוואה ולקחת המשכון נחשבות מצווה.

יג. יש של שלמה שם כותב שאין אומרים שיש פרוטה דרב יוסף מצד מצוות השבת העבוט, משום שמצווה זו קיימת רק במקרה שמשכנו בית דין (הוא כותב כך לגבי יורש של המלווה, שלדעתו אינו עושה מצווה – ראה הערה 275).

להערה 236

א. אך דברי תורה (תאומים), ב"מ פב, כותב שרשיי סובר שיש פרוטה דרב יוסף רק אם המלווה הסכים להלוות רק על משכון, ואם לא כן. אין פרוטה דרב יוסף, מפני שהמצווה היא בהלוואה (לרשב"א שהמצווה היא בהלוואה) ולא בשמירת המשכון. כך משמע קצת גם מאמרי בינה שם, שהבין שלפי רבנו חננאל להירדן אחד בסוגיה בב"מ פב ע"ב, הוא שומר שכן רק אם עמד המלווה על כך שיקבל משכון, ואם לא עשה כך, אינו שומר שכן, משום שאז אין הפרוטה דרב יוסף נחשבת שבאה מחמת המשכון (וראה בשמו במילואים להערה 257). וראה בהערה 98, מה שהוכיח מכאן ר"ש קטלאוויטש; ובמילואים להערה 309 בשם אור שמח.

ב. שו"ת מהרא"ל, חו"מ, סימן מב, אות ד, מדגיש שאין אומרים שמי שיש לו פיקדון אצל חברו, ומלווה לו כסף, יהיה שומר שכן על הפיקדון בגלל זה, שהרי אין קשר ביניהם, ורק מלווה הוא שומר שכן על המשכון מפני שהלוואה נגרמה מהמשכון.

ג. יש לשאול, לפי ההסבר שבפנים, מדוע פרוטה דרב יוסף עושה אותו שומר שכן על כל ערך המשכון, הלא היה די שקח משכון השווה לערך החוב? התשובה היא, שמן הסתם לא היה ללווה נכס שווה לחוב (שאלו היה לו, היה נותן אותו כמשכון), ולכן היה צריך לתת נכס זה כמשכון, ולכן כל ערכו נחשב חלק מהותי מהמצווה. לפי זה, אם היה לו נכס אחר, אלא שהמלווה דרש דווקא משכון יקר ליתר ביטחון, אינו שומר שכן על העודף.

ד. הסבר אחר ניתן בהגהה באמרי דוד (שליסל), מצווה נט, כתר מצווה, אות ב: כשאין משכון, יכול המלווה לחזור בו מהבטחתו לתת הלוואה, ואילו אם קיבל משכון לפני שהלווה, הוא חייב לתת את ההלוואה, כמו שכתבו שו"ע ורמ"א, חו"מ, לט, יז; ולכן בלי משכון אין מצווה, מפני שהוא יכול לחזור בו, ורק על ידי המשכון יש מצווה. הוא מסביר בזה גם מדוע פרוטה דרב יוסף עושה אותו שומר שכן לכל משך השמירה: מפני שבזכות המשכון המצווה נעשית לא רק ברגע ההלוואה, אלא כל משך ההלוואה (כל זמן שהמשכון בעין). ראה בשמו במילואים להערה 294 ולהערה 309.

להערה 237

א. כך פסקו גם: שאלות, שאלתא כ; רבנו חננאל, ב"ק לו ע"ב ושבעות מד ע"ב; רי"ף, ב"מ נא ע"א (ברפי הרי"ף), ושבעות כה ע"א, ברפי הרי"ף (הובא במעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סימן תקמב), ושו"ת הרי"ף (מהר"ר רותשטיין), סימן נה; ראב"ן, ב"מ דף לה ודף פב (דף קצט ע"ב ודף רה ע"ב, במהר"ר עהרנרין); חידושי הרי"מ מיגאש, שבעות מג ע"ב; רמב"ם, הלכות שכירות, י, א (הובא באורחות חיים, סה, ד, ובאחיעזר, חלק א, סימן כב, אות א), ובפירוש המשנה, ב"מ ו, ח, ושבעות ו, ז; ספר העיטור, קידושיין, חלק א, ליד אות מא, ומלווה על המשכון, ליד אות מ וליד אות עד; הגהות מיימוניות, על הרמב"ם שם, אות ב, בשם הראב"י; המאור הגדול, שבעות כה ע"א (ברפי הרי"ף); אור זרוע, ב"מ, סימן רעה, בשם רבנו חננאל; חידושי הרמב"ן, שבעות מג ע"ב; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף כט, וחלק ב, סימן שלו, וחידושי הרשב"א, שבעות מד ע"א; חוקות הדיינים, סימן קצ וסימן קצד; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער י; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ פא ע"ב; ספר המכריע, סימן צא (גם בשם רב צמח רוב מתתיה); פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ו, הלכה ד, אות יב; ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ו, סימן ד; אגודה, ב"מ, סימן קט; ניקומי יוסף, ב"מ נא ע"א (ברפי הרי"ף); מאירי, ב"מ דף לה ע"א (ד"ה כבר) ודף פא ע"ב (במשנה), ושבעות דף מג ע"א (ד"ה המשנה) ודף מג ע"ב (ד"ה כבר); שו"ת הרי"ן, סימן כ (הובא בשו"ת השמיים החדשים, חו"מ, סימן רכג), וחידושי הרי"ן, שבעות מד ע"א; תוספות, שבעות מד ע"א (ד"ה שומר), בדעת רש"י; שו"ת הרשב"ש, סימנים רמ, שצ, ורתקעה; כפתור ופרת, פרק מט; ר"ש ויליסיד, בשו"ת פני משה, חלק א, סימן יב (כו ע"ב); תשובות שאלות לר"י טאיטאצאק, סימן שא; שו"ת מהרש"ם, חו"מ, סימנים מט, פה, צח, ורתקט (הובא בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סימן יא, דף קמא ע"ד, בש"ך, חו"מ, עב, ס"ק כב, ובשו"ת משפט צדק, חלק א, סימן עד, דף רמה ע"ד); שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן קכג; פרי עץ חיים, חלק ב, סימן יא (מס' 172), וחלק ד, דף קכה (מס' 411); שו"ת דברי ירבות, סימן שמג (המביא רק דעה זו); שו"ת קרני ראם, סימן ריא; שו"ת משפטים ישרים (בירדוג), חלק א, סימן רסו; שו"ת שערי רחמים, חו"מ, סימן לג; שו"ת ר"י בסאן, סימן צ; גן נעול, כפתור ד, פרח א (ג ע"ג), ופרח ו, אות ג (טו ע"ב).

ב. פוסקים רבים כתבו בסתם שהוא שומר שכן, ומן הסתם התכוונו לדעה זו, שאילו לדעה האחרת הוא רק אחראי כמו שומר שכן, ורק על חלק מערך המשכון (אלא שיתכן שלדעתם אינו שומר שכן מטעם פרוטה דרב יוסף, אלא מטעם הנאה אחרת): רב יהודאי גאון, בתשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ה, סימן כז; תשובות הגאונים הקצרות, סימן סה וסימן קיא (שחייב באבדה); חידושי רבנו יונה, סנהדרין לה ע"א (ד"ה ואידך); עץ חיים (חזון), חלק ג, הלכות שומר חינוס ושכר, עמי קעא; ספר התרומות, שער מט, חלק ב, אות ג, וחלק ד, אות ח (על כל ערך המשכון); ר' מאיר בר' יקותיאל הכהן, בשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן נח; מרדכי, ב"מ, סימן רפב, סימן שסב (על כל ערך המשכון), וסימן שסג; שו"ת הריב"ש, סימן שפא; שו"ת ר"א מזרחי, חלק ב, סימן ו; שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קמז; שו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן יב; שו"ת הר"מ מפאנו, סימן פט, בתחילתו; שו"ת קול אליהו, חלק ב, חו"מ, סימן כז; שו"ת מהריט"ץ, סימן יב; חידושי מחנה אפרים, על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, ג, ד; שו"ת קול בו לוי, סימן ד (מו ע"ד); שו"ת השמיים החדשים, חו"מ, סימן רפ; שו"ת הלכה למשה (ראם), סימן ג, אות ב; ר"ש תובב, בשו"ת זכור לאברהם (אביגדור), חו"מ, סימן נ; שו"ת משאת משה (ישראל), חלק א, אהע"ז, סימן ג (קו ע"א); ירך יעקב, כוכב מעקב, סימן ג, דף קטו ע"א (שלוש הפוסקים הוא שומר שכן גם על העודף). במילואים להערה 238 נביא שמהר"ם וסמ"ג כתבו שהוא שומר שכן.

ג. שו"ת הלכה למשה (ראם), סימן ג, אות ו, ופרת יוסף (אלפנדרין), חו"מ, סימן לא, מביאים את המחלוקת האם מלווה על המשכון שומר שכן או שומר חינוס.

ד. ספר מישרים, נתיב ל, חלק ה, כותב בתחילה שהוא שומר שכן מפני שהוא עוסק במצווה; ואחר כך כותב שגם לדעה ששומר אבדה אינו שומר שכן, כאן הוא שומר שכן; ואחר כך כותב שאינו שומר שכן על מה שיתר על החוב. כמו כן, שו"ת בנימין זאב, סימן תלה, כותב בתחילה שהוא שומר שכן משום פרוטה דרב יוסף, אבל אחר כך הוא אומר שאם המשכון שווה יותר מהחוב, על העודף הוא רק שומר חינוס. אפשר להסביר את דבריהם על פי הלבוש (ראה במילואים להערה 239, אות טו) שאומר שיש דעה שמחייבת משום פרוטה דרב יוסף רק כעוך החוב.

ה. תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ח, אות כא, כותב שמלווה על המשכון שומר שכן מפני שהוא מקבל שכן מהקב"ה. אך ראה ליד ציון הערה 118, ששכר המצווה עצמו הוא הנאה מוסרית שאינה נחשבת שכן לעניין שומר שכן.

מילואים לסעיף 1(ג)

ו. דיבורת משה, ב"ק, סימן לו, ענף ד, כותב שלדעת הרמב"ם אי אפשר לומר בפשטות שהוא שומר שכר מפני פרוטה דרב יוסף, מפני שהרמב"ם פוסק בשומר אבדה כטעם שהוא שומר שכר מפני שהתורה חייבתו על כרחו (ראה בשמו במילואים להערה 220), וזה לא קיים במשכון. לכן הוא מסביר שהרמב"ם פסק שמלווה על המשכון שומר שכר מטעם התחייבות המלווה (ליד ציון הערה 239) ודינו של ר' יצחק (ליד ציון הערה 259), ואף על פי שהתחייבות המלווה היא רק על הערך שכנגד החוב (ראה ליד ציון הערה 239), מכל מקום מאחר שחייב בשמירת חלקו, ממילא חייב בשמירת כולו, שהרי אי אפשר לחלק את החפץ, וממילא מצד פרוטה דרב יוסף חייב בשומר שכר בתשלומין, שהרי גם לטעם באבדה שהוא שומר שכר מצד חיוב התורה, אחריות שומר שכר נוצרת מצד פרוטה דרב יוסף אם יש חיוב שמירה (ראה בשמו במילואים להערה 220).

ז. חריגים: שו"ת הרא"ש, כלל צ, סימן יא, מביא שנמסר בשם מהר"ם שהמלווה לסחורה אינו שומר שכר על המשכון; והוא דוחה, שגם מלווה כזה הוא שומר שכר מפני שהוא עושה מצווה, כיוון שכל סחורה היא לצורך פרנסה.

ח. שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן מח, כותב שגם לדעה שהמלווה שומר שכר, אם מסר את המשכון לאשתו או לבניו, הם שומרי חנם, מפני שהם לא עשו מצווה, ולכן אין להם פרוטה דרב יוסף; אבל כנגד החוב הם כמו שומרי שכר, מחמת הסברה שליד ציון הערה 239.

ט. שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן ו (הובא בשו"ת כהונת עולם, סימן פה, דף פח ע"א), כותב שגם לדעה שמלווה על משכון הוא שומר שכר, אינו שומר שכר אם קיבל את המשכון להוליך למקום אחר ולמכרו כדי לגבות ממנו את חובו (או שנתן לו סחורה למטרה זו בלי לקרוא לה משכון), והוא שומר שכר רק כששומרו בביתו. אולי טעמו הוא שכאן אינו חייב לטפל במשכון כיוון שהוא אמור למכרו, ולכן אין פרוטה דרב יוסף (כדעה שאינה מתחשבת במצווה שבעצם ההלוואה). כמו כן, שו"ת מהרי"ט, סימן יב (הובא בשו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן לד, דף קיא ע"ג), מעלה אפשרות שאם שלח הלווה סחורה למלווה שימכור אותה בעבורו, ומתוך הסחורה יקח מה שהשולח חייב לו, אינו משכון, מפני שיכול לטעון שלא קיבלו למשכון, או שיאמר שקיבל חלקו למשכון, חלק שהיה די בו לגבות את חובו, ואת השאר לא קיבל למשכון. יש להעיר שמהרשד"ם (שהבאנו בהערה 44) כתב שאם קיבלו שלא בתורת משכון אינו שומר שכר; אלא ששם כוונתו למקרה שסירב לקבלו בכלל. אולם שו"ת הרשב"ש, סימן רמ (הובא בשו"ת דברי שמואל, ארדיטי, חו"מ, סימן טו, ובשו"ת השמיים החדשים, חו"מ, סימן רכח), פסק שאם הלווה נתן למלווה כלי להוליך לעיר אחרת למכור, כדי שיגבה את חובו מהכסף שיקבל בתמורה (ולא הגדיר אותו כמשכון), הוא שומר שכר עליו בתור מלווה על משכון, מפני שהמלווה ידע שאם לא יפרע לו הלווה, יוכל לגבות מכלי זה. ובסימן תקעה כתב, שהדין כך גם אם לא אמר לו במפורש שימכרו ויגבה מדמיו. ועיין עטרת ישראל, חלק התשובות, סימן יג, אות א, שכתב שאם המלווה קיבל רשות למכור את המשכון לגבייה, הוא חייב עליו באונס. על נידונו של הרשב"ש עיין שולחן של אברהם, חו"מ, עב, ב.

י. במילואים להערה 102, עסקנו בשני מקרים דומים למשכון – של מלווה המקבל כסף או נכס לא כפירעון ממש אלא כהחזקה בשלב לפני פירעון.

יא. על משכון שנותלים גבאי צדקה או גובה מסים מן החייבים להם, ראה פסקאות 11-12.

יב. שו"ת הרא"ש, כלל צ, סימן יא (הובא בטור, חו"מ, עב, כו, בשו"ע, חו"מ, עב, לב, ובערוך השולחן, חו"מ, עב, נח), כותב שגם אם המלווה אינו מוסר את הכסף ישירות ללווה, אלא דרך אדם שלישי, הוא שומר שכר על המשכון כמו כשמוסר ישירות.

יג. ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 698, בשם מהרי"ט ומקור ישראל, שלווה שנתן משכון לערב, הערב הוא שומר שכר על המשכון. אך יש להעיר שמהרי"ט מדבר במי שהיה כבר שומר שכר על המשכון בתור מלווה, והלווה פרע לו, והמלווה עיכב את המשכון אצלו מפני שרצה שהלווה יפטר אותו מערבות שערב בעדו בחוב אחר, והובא בישועות ישראל, עב, ס"ד (הוא מתאר זאת כמלווה שעיכב את המשכון לתועלתו).

להערה 238

א. רמ"א, חו"מ, עב, א (הובא בשו"ת ישמח לב, פורג"י, חלק ב, חו"מ, סימן ט, דף טז ע"א, ובאמת ליעקב, נויקין, חלק א, עמ' רמא), כתב שמספק אין לחייב אותו כשומר שכר (בהתאם לפסיקה שלו בשומר אבדה – ראה במילואים להערה 225). שו"ת חו"מ, סימן עב, ס"ק כב (הובא בשו"ת דברי משה, זקט, סימן ד, ענף י), וסימן קכא, ס"ק סא (הובא בשער משפט, קכא, ס"ק יד, ובפד"ר, כרך ט, עמ' 44), כתב שנוהגים שהוא ספק, וכך פסקו גם שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן טז; עטרת מרדכי (ולובוביץ). עמ' עו; שו"ת אגרות משה, חו"מ, סימן כג; שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן מח; שו"ת זכרון צבי מנחם, סימן א; שו"ת ברכת רצה, סימן ז וסימן פב; וערוך השולחן, חו"מ, עב, ו.

ב. שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן יד, כותב שמאחר שספק האם הוא שומר שכר, בגנבה ואבדה פטור מן הדין וחייב בדיני שמיים. ג. תשובות הגאונים הקצרות, סימן קכח (לפי הגהות ובאורים שם), סובר שמלווה הוא שומר חנם על המשכון, חוץ מכנגד החוב. שו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קעה, פוסק שהוא שומר שכר כנגד החוב.

ד. אך סמ"ג, עשה פט (דף קעג ע"ד), ושו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן פט, ודפוס פראג, סימן תרצט (ב), סימן תשעד, וסימן תתקסג, סותרים את דבריהם שהבאנו בהערה, וכותבים שהוא שומר שכר. אפשר שהם מתכוונים לומר שהוא שומר שכר כנגד ערך החוב – ראה בפנים בסמוך.

ה. שו"ת בית שלמה (חסון), חו"מ, סימן יח; שו"ת נחלי אפרסמון, חו"מ, סימן ג; שולחן ערוך הרב, או"ח, תמג, קונטרס אחרון, ס"ק ב; שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן כ, דף לג ע"ג (הובא בשו"ת ישמח לב, פורג"י, חלק ב, חו"מ, סימן ט, דף יט ע"ב); חכם אחד, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן צח; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קסט; שו"ת עין משפט (הלוי), חו"מ, סימן כט; שו"ת בני משה (שלטון), סימן טו; שו"ת בני יעקב, סימן יב (דף רכ ע"ג ודף רכא ע"א); שו"ת מכתם לדוד, יו"ד, סימן יא; שו"ת ר"ב אנגיל, סימן נח (הובא במטה שמעון, עב, הגהות בית יוסף, אות טז); ושו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סימן כג – כותבים שאם המלווה מוזק, יכול לטעון "קים לי" שאינו שומר שכר.

ו. אך אחרים פסקו שאין מועיל "קים לי" כאן: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תכט; פרי עץ חיים, חלק ב, סימן יא (מס' 172); שו"ת דברי ריבות, סימן שמג; שו"ת מהר"י פראג"י מהמה, סימן כב (על מצרים, ששם נוהגים כרמב"ם, שפסק שהוא שומר שכר).

מילואים לסעיף 1(ג)

ז. לאידך גיסא, כתב עין משפט שם, שאם תפס הלווה כנגד ערך המשכון העודף על החוב, תפיתו מועילה, משום שהוא יכול לטעון "קים לי" כדעה ליד ציון הערה 237.

ח. מהגהות שלטי הגיבורים, על מרדכי, ב"מ, סימן רע (הובא בדרכי משה, חו"מ, רצא, ס"ק ז), משמע שהוא מסופק האם מלווה על משכון שומר חינוך או שומר שחר. אבל פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ג, ט, כתב שלטי הגיבורים סובר שהוא שומר שחר, אלא שכתב "אם הוא שומר חינוך" ללמדנו בדרך אגב מה יהיה דין שומר חינוך במקרה הנדון שם.

ט. אגודה, ב"ק, סימן עט, אחרי שמביא שר"י אומר ששומר אבדה שומר חינוך, כתב שמלווה לחברו בשביל מצוה הוא שומר שחר גם לר"י בשכר המצווה. ואין זה מובן, שהרי הר"י אינו מתחשב בפרוטה דרב יוסף באבדה מפני שאינה שכיחה, ומה בכך שכאן עשה מצווה כפולה בהלוואה זו, גם מצוות הלוואה וגם המצווה שהיא מטרת הלוואה?

להערה 239

א. הפוסקים הללו מסמיכים דין זה על דברי האמורא, שמואל, בב"מ פב ע"א — עיין שם.

ב. היסוד לחיוב זה: ראה במילואים להערה 257 ולהערה 276, שתומים, עב, ס"ק כב (הובא בשו"ת זכרון צבי מנחם, סימן א), הסביר בדעת ר"י בן ברוך והריטב"א, שחיוב זה מבוסס על הנאת החזקה כביטחון, שקיימת רק כנגד החוב. הוא כותב כך גם בדעת בעל הלכות גדולות, ומסביר שלכן סובר בעל הלכות גדולות שאם יש שטר על החוב, אין דין זה קיים (כמובא בתוספות, ב"מ פא ע"ב, ד"ה דברי) — מפני שאין הנאה מהחזקה כביטחון, שהרי בלאו הכי יש שעבוד נכסים (ראה על כך במילואים להערה 257). להסבר נוסף ליסוד לחיוב זה ולסייג של הלכות גדולות, עיין תפארת אהרן, עמ' רא"רב. הדין נזכר במהרש"א, ב"מ לד ע"ב.

ג. שו"ת מהרא"ל, חו"מ, סימן מב, אות ד, מסביר שמאחר שהמלווה התכוון שהמשכון יהיה לגוביינא, ולא רק לזיכרון, מניחים שהוא מוכן להפסיד את חלקו אם יאבד המשכון, מפני שהמשכון כבר הוחלט אצלו בדמי חובו, ועכשו אין לו ממה לגבות.

ד. שו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ, סימן נה (מא ע"ב), שואל, לדעה ששומר חינוך יכול להתנות להיות כשומר שחר בלי קניין (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 56), מדוע כאן מועילה התחייבות מכללא לחייבו כשומר שחר? הוא מנסה להסביר, שכאן המלווה רק מוחל על החוב, ומחילה אינה צריכה קניין (וכך הסבירו גם שו"ת ישמח לב, פרנ"ג, חלק ב, חו"מ, סימן ט, דף יז ע"ב, וחזקה רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה שצא); והוא מנסה להסביר בזה גם את דעת בעל הלכות גדולות שהזכרנו, שאין דין זה נוהג כשיש שטר — מפני שעל חוב בשטר, אין מועילה מחילה בלי קניין (דעה אחת בש"ך, חו"מ, רמא, ס"ק ד). אבל הוא דוחה הסבר זה, משום שלדעתו מחילה התלויה בתנאי צריכה קניין, וכאן המחילה מותנית בכך שהמשכון יאבד (יש להוסיף, שיש אמורים שאם יש משכון על החוב, המחילה חלה רק בקניין — דרכי משה, חו"מ, רמא, ס"ק ב). אפשר להשיב על שאלתו בדרך אחרת: מאחר שאין זו התחייבות מיוחדת של אדם אחד, אלא אומדנא כללית שכל המלווים מוכנים להתחייב כך, יש גמירת דעת, והתחייבות תופסת בלי קניין אף על פי שאינה מפורשת, גם אם התחייבות פרטית צריכה קניין אפילו היא מפורשת. הסבר אחר כתב (ברמז) פרי חיים (הליר, סוף ספר זרע חיים), סימן א, שמאחר שנעשתה התחייבות בעת הלוואה, נחשב כאילו עשה קניין.

ה. שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לו, כותב (כמו בית שמואל אחרון) שבחוב בשטר אין תוקף להתחייבות המלווה, מפני שכשיש שטר, מחילה צריכה קניין. אבל הוא כותב שגם בשטר, אם משכנו בשעת הלוואה, התחייבות תקפה בלי קניין, מפני שמראש הלווה לו על דעת שאם יאבד המשכון, יופטר, ואין דרושה מחילה, אלא על דעת זה התחייב.

ו. שו"ת זכרון צבי מנחם, סימן א, מסביר שאין בהתחייבות זו בעיה של אסמכתא, מפני שכשאבד המשכון נחשב שהמלווה לקחו לעצמו לגוביינא, ואמנם אינו יכול לקנות אותו בשעת האבדה שיהיה שלו, שהרי אז אינו ברשותו שיקנה, אבל מכל מקום כשאבד התגלה למפרע שלקחו לגוביינא. אבל הוא מעיר שזה אפשרי רק לדעה שבעל חוב למפרע גובה (פסחים ל ע"ב), אבל הלכה היא שמכאן ולהבא גובה, ולכן לפי הסבר זה אין תוקף להתחייבותו.

ז. חריגים: תומים, עב, ס"ק ו, כותב שדין זה אינו קיים אם המלווה אמר במפורש שאינו לוקח את המשכון לגוביינא אלא לזכרון, להזכיר לו את דבר החוב.

ח. בית שמואל אחרון שם (מא ע"ד) כותב שאם המשכון שווה פחות מהחוב, הרי מאחר שלא יפסיד את החלק העודף מהחוב שהרי גם אילו היה ממש שומר שחר על המשכון לא היה חייב כנגד החלק העודף, אם כן לא יפסיד מכל התחייבותו אפילו את החלק שכנגד המשכון; וזאת לפי הדעה ברמ"א, חו"מ, רג, י, שהקונה דבר שאין ראוי לקנותו עם דבר שראוי לקנותו, לא קנה כלל. אך היה אפשר לומר שכאן מראש כל התחייבותו הייתה רק להפסיד את חלק החוב שכנגד המשכון, ולכן יהיה לזה תוקף.

ט. ראה סעיף 14, במילואים להערה 55, שלפי שמואל, גם אם המשכון שווה פחות מהחוב, אם אמר המלווה במפורש שהוא מקבל את המשכון על כל החוב, ואבד המשכון או נגנב, הפסיד את כל החוב; ושם נביא שנחלקו האם הלכה כמותו בזה. והפוסקים המובאים בהערה כאן סבורים שגם אם לא אמר דבר מפורש, הפסיד את חובו כנגד ערך המשכון.

י. אונס: הסביר סמ"ע, עב, ס"ק יב, שאין רואים כאילו התנה שיפסיד גם אם יקרה אונס, מפני שרק על מה שמצוי שיקרה, יש להניח שהוא מוכן להפסיד. הפלאת שבועות, חלק א, סימן מ, ס"ק ג, מסביר שרואים כאילו התנו ביניהם שיהיה התלווה תפוס במשכון תמורת החוב (אם נגנב או אבד), ולא שנטלו ממש כפירעון, והדעת נותנת שאין לראות כאילו התנו שגם אם יאבד באונס יחשב שהמלווה קיבל אותו תמורת החוב, אלא אם נאנס נחשב כאילו כלה המשכון, כלומר נעשה כאילו המשכון ניתן רק עד זמן האונס, ואחר כך הפך החוב לחוב בלי משכון. עוד אפשר להסביר, שאונס הוא דבר שאי אפשר להישמר ממנו גם על ידי מאמץ גדול של שמירה (כפי שנסביר בסעיף 12), ולכן אמנם מסתבר שהוא מוכן להתאמץ לשמור, אבל אין זה סביר להניח שהוא מוכן לשאת בהפסדים שנגרמו מעבר לתחום שליטתו (ראה עוד ליד ציון הערה 243). בשאלה זו עיין ישועות יעקב, חו"מ, עב (ד"ה ו"א דאם).

יא. להם משנה, הלכות שכירות, י, א, כותב ששמואל סובר שחייב גם באונס מטעם זה. אך אין מכך נפקות, שהרי הוא דיבר לפי הרמב"ם שלא פסק בזה כשמואל, כפי שהעיר שו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן נה; והוסיף שאין הלווה יכול לטעון "קים לי" ששמואל דיבר גם באונס, שהרי הפוסקים כרבה מוכרחים לומר ששמואל לא דיבר באונס (עיין שם בהוכחתו לכך), ואילו הפוסקים כרב יוסף כולם פטרו באונס. על חיוב המלווה באונס משום דר' יצחק ראה להלן במילואים להערה 259.

מילואים לסעיף 1(ג)

יב. דוגמה לכך שאין מחייבים באונס מטעם התחייבות המלווה: שער משפט, עב, ס"ק י, מביא שש"ת שער אפרים, סימן קכב, פסק על מי שלווה מחברת גמ"ח נתן משכון ומינו גבאי חדש והמיר את דתו וגנב את המשכון — חייב לשלם את חובו, מפני ששאר הגבאים היו אנוסים (ראה בשמו בסעיף 2(ב)), במילואים להערה 93, ובסעיף 7, במילואים להערה 123, שהסביר מדוע הם פטורים מעיקר הדין). ושער משפט מוסיף שאין אומרים שיופטר מחובו, מצד ההחברה הלווה לו על דעת שאם לא יחזיר לו הגבאי את המשכון, יופטר מחובו — כיוון שזה דבר שלא העלו על הדעת, ולכן אין זה כלול בתנאי. אך ערך ש"י, חו"מ, רצא, כו, מביא כאילו שער משפט כותב שהלווה פטור מחובו, מפני התחייבות המלווה.

יג. דעות חולקות: הדעה הראשונה (ליד ציון הערה 237) סבורה שאין רואים כאילו המלווה התחייב להפסיד את חובו במקרה של גנבה ואבדה (וזה מתבטא במקרים שאי אפשר לחייב בהם מטעם פרוטה דרב יוסף, כפי שנראה בפסקה (א)), אשר בהם הדעה הראשונה תפטר את המלווה על אף שהדעה השנייה אומרת שם שרואים כאילו המלווה התחייב כך). משום כך, פסק ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק כג, שאם המלווה מוחזק בכסף (תפס את החוב מן הלווה), הוא יכול לטעון "קים לי" שהלכתי גם כדעה הראשונה שאין התחייבות של המלווה, וגם כדעה השנייה שאין פרוטה דרב יוסף מחייבת. אך תומים, עב, ס"ק יד; קצות החושן, עב, ס"ק ט; נתיבות המשפט, עב, ס"ק יד; ויפה ענף, מערכת מלווה על משכון, אות יז, ומערכת קים לי, אות מ — כתבו שאינו יכול להיפטר בטענה זו, מפני שמשנה מפורשת (ב"מ פ ע"ב) אומרת שהמלווה חייב בגנבה ואבדה, והמחלוקת היא רק בנימוק, ובוודאי אחד מהנימוקים אמת. כמו כן, שו"ת ישמח לב (פרג"י), חלק ב, חו"מ, סימן ט (יח ע"ג), מוכיח משו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן קטו, שאינו יכול לומר "קים לי" לשני הכיוונים יחד. כמו כן, בית הלוי (הורוביץ), עב, ס"ק ז, בסופו (צה ע"ב), כתב שגם אם תפס המלווה את החוב, מוציאים ממנו, מפני שבזה לכל הדעות הוא שומר שכו. כך כותב גם שו"ת בני שמואל, סימן לח (בלי קשר לש"ך), שלכל הדעות הוא שומר שכר כנגד החוב. על מחלוקת הש"ך והתומים עיין חוקה רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה שצא.

יד. אך יש שפסקו שאם משכנו בשעת ההלוואה הוא שומר חנם, ורק אם משכנו לאחר שעת ההלוואה הוא שומר שכר (לטעם ייחודו של משכנו לאחר ההלוואה, ראה ליד ציון הערה 258). כך כתבו: תשובות גאוניס קדמונים, סימן עה; רב האי גאון, במשפטי שבעות, חלק ב, שער יז, ובספר המשכון, שנדפס סוף ספר המקח (הובא באור זרוע, ב"מ, סימן רעו, ובספר המכריע, סימן צא [גם בשם רב עמרם גאון]); שערי שבעות, שער ט (הובא במרדכי, שבעות, סימן תשעד, בש"ך, חו"מ, עב, ס"ק יז, ובדיברות משה, ב"ק, סימן לו, ענף ד); מאירי, ב"מ לד ע"ב, בשם גאוניס. ומשמע מדבריהם שאם משכנו בשעת ההלוואה פטור מגנבה ואבדה אפילו כנגד החוב, וכך כתב שערי שבעות שם בפירושו. כמו כן, בספר המקצועות, עמ' עא, מובא שרב עמרם פוסק שמלווה על המשכון שומר חנם (ורק אם הלווה פירות, הוא שומר שכר — ראה הערה 279), משמע גם כנגד החוב. אך ר' יצחק אבן גיא (ב"שיטת הקדמונים), ב"מ פ ע"ב, והגהות מיימוניות (במילואים להערה 237), מביאים בסתם שרב האי פסק שמלווה על משכון שומר שכר, משמע גם אם משכנו בשעת ההלוואה.

טו. שיטה מיוחדת היא של לבוש, חו"מ, עב, ב: הוא הבין שטעם הדעה המובאת ברמ"א שם, שהמלווה חייב כשומר שכר רק כנגד ערך החוב, הוא מטעם פרוטה דרב יוסף, אלא שדעה זו סבורה שעיקר המצווה (היוצרת את פרוטה דרב יוסף) הוא כנגד ערך החוב. ראה על כך במילואים להערה 237 ו-248. וראה במילואים להערה 258, בשם פרח מטה אהרן, הסבר מיוחד אחר לדעה המובאת ברמ"א.

להערה 248

א. נפקות נוספת מתוארת בדבריהם, באותה דרך, במקרה שהמלווה או הלווה נכרים, שאין לגביהם חיובי שמירה, ואף על פי כן כתבו תוספות, שבעות מד ע"א (ד"ה שומר), שהתחייבות המלווה נהגת גם בלווה נכרי. כך כתב גם הגהות הרש"ש, ב"מ פב ע"ב, וכך כתב גם מקור חיים, תמג, ס"ק ו, על מלווה נכרי, ועיין גם אבני החושן, עב, ס"ק ח, שכתב גם. כפי פני יהושע, פסחים לא ע"ב (ד"ה בגמ'), כותב (בלשון "אפשר"), שגם בלווה נכרי, "סתמא דמילתא" שאם אבד המשכון, מפסיד המלווה את חובו (אך אינו מזכיר את דברי שמואל). ראה על כך גם בסעיף 13, במילואים להערה 10 (אך עיין חידושי ר"א גוטמכר, פסחים לא ע"א, עמ' קן, שכתב שהתחייבות אינה נהגת כשצד אחד נכרי). שער משפט וש"ת בית יצחק, חו"מ, סימן כב, אות א, מוסיפים גם מקרה ש"בעליו עמו", כגון שותף שהלווה לחברו.

ב. שער משפט מביא, שאף על פי שהמקבל על עצמו במפורש אחריות על שטר חייב רק אם עשה קניין (סעיף 14, פק ג), מכל מקום כאן שהוא רק מתחייב למחול על החוב אם יאבד הנכס, אין צורך בקניין, מפני שמחילה אינה צריכה קניין (ראה במילואים להערה 239, אות ד).

ג. גם שו"ת כלי שרת, סימן נח, כותב על פי התוספות שם, שהתחייבות המלווה תופסת גם במשכון קרקע או שטר, ואף על פי שלא מועיל תנאי להתחייב בגנבה ואבדה בשטר בלי קניין, מכל מקום כאן רואים כאילו הלווה לו מראש על תנאי שאם יהיה גנבה ואבדה יופטר מחובו, וזו מחילה מעיקרא. ייתכן שהדגיש שזו מחילה מעיקרא, משום שיש אומרים שמחילה על חוב שיש עליו משכון אינה מועילה בלי קניין (עיין דרכי משה, חו"מ, רמא, ס"ק ב).

ד. שו"ת ישמח לב, חלק ב, חו"מ, סימן ט (יז ע"ג ע"ד), מדייק משו"ת תורת אמת, סימן קמא, שבמשכון של שטרות, ואבד שלא באונס, מפסיד את חובו, והיינו כדעה שבפנים. והוא כותב שלפי הלבוש (ראה במילואים להערה 239, אות טו), שטעם השיטה שהוא שומר שכר כנגד החוב הוא מפני שזה עיקר המצווה, יוצא שחיובו הוא מדין שומר, ואם כן במשכון שהוא שטר לא הפסיד את חובו. הוא מעלה אפשרות (ברך יח ע"ב) שאם הלווה נתן למלווה שטר חוב שהיה לו (ללווה) על אדם שלישי, כדי שינסה לגבות בו, ולכסות בו את חובו — זה רק פיקדון (למקרה שלא יצליח לגבות בו מן האדם השלישי) ולא משכון, ולא חל עליו הדין שרואים כאילו התחייב המלווה להפסיד את חובו אם יאבד השטר.

להערה 249

א. הוא כותב כך לגבי נכסי נכרי ולגבי שומר שהיה "בעליו עמו".
ב. שו"ת ישמח לב, חלק ב, חו"מ, סימן ט (יט ע"א), מוכיח ששו"ת כהנות עולם, סימן מג (מו ע"א), סובר שאין התחייבות המלווה קיימת בשטר (עיין שם להוכחתו).

מילואים לסעיף 1(ג)

ג. גם שו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן נה, כותב בתחילה שהתחייבות המלווה אינה תקפה בדבר שאין בו דין שמירה, כגון קרקע או שטר, שהרי באלו גם המתנה בפירוש להתחייב בשמירה צריך קניין (סעיף 14, פרק ד). אבל אחר כך הוא מעלה אפשרות שהתחייבות תקפה כאן, מפני שכאן המלווה מתנה רק שימחול על החוב אם ייגב המשכון או יאבד, ומחילה מועילה בלי קניין. ד. כמו כן, שו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ, סימן נה (מב ע"א), כותב בדעת רש"י, שאין התחייבות המלווה קיימת במשכון של נכרי, משום שאפילו תנאי מפורש להתחייב בשמירה בנכס של נכרי צריך קניין. נמצא שהוא סובר כדעת התומים, אך מטעם אחר. ה. לא ברור האם יסכים התומים לקצות החושן (ליד ציון הערה 241) שמשום התחייבות המלווה צריך לשלם בכסף ואינו יכול לפרוע בקרקע. אפשר שלפי התומים, המלווה קיבל על עצמו דין שומר לגמרי, גם לעניין דרך התשלומין. ועיין גידולי שמואל, ב"מ פב (ד"ה וכן), בשם זית רענן, חלק ב, סימן נו, שלדעה ששומר חנים יכול להתחייב כשומר שכן בלי קניין (סעיף 14, פרק ג, 1), החיוב כאן יכול להיות מדין שומר (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 45, ששומר המתנה להחמיר באחריותו, חיובו עדיין הוא מדין שומר), ולדעה שאינו יכול, ההתחייבות כאן תקפה רק כמחילה (ראה במילואים להערה 239, אות ד), ואינו חיוב שומר, לעניין נפקויות אלה. ו. אך שו"ת אוריין תליתאי (תאומים), סימן קכו, כותב כאילו התומים כתב שגם כש"בעליו עמו" או בנכרי, יפסיד המלווה את חובו מפני שרואים כאילו התחייב. כנראה, הוא הבין כך משום שהתומים מסייג את דבריו (כפי שהבאנו אותם בפנים) בלשון "צריך עיון". ז. דעה הפוכה לכיוון האחר היא של שו"ת פרי החיים, יו"ד, סימן מ, בסופו, הכותב שבמשכון של שטרות, לדעה המתחשבת בפרוטת דרב יוסף, הוא שומר שטר, משום ששומר שטר חייב אם קיבל שטר מראש (ראה בשמו בסעיף 81), במילואים להערה 280, ואף פרוטה דרב יוסף נחשבת כהקדמת שטר; אלא שאם הלווה הוא נכרי, שאין מצווה להלוות לו, אין פרוטה דרב יוסף (ראה במילואים להערה 309), ומאחר שאין הקדמת שטר, הוא פטור מפני שאין חיוב שמירה בשטר כלל.

להערה 251

א. שער משפט, עב, ס"ק ו, כותב על פי דברי מהריב"ל, שגם אם מה שנשאר שווה פחות מסכום החוב, אין המלווה צריך להחזיר ללווה את מה שנשאר עד שישלם לו הלווה את כל החוב, מפני שהמלווה יכול לטעון: "בעיני הוא שווה לכל החוב" (אך הוא כותב שזה תלוי במחלוקת שו"ע ורמ"א, חו"מ, עב, כ, האם מלווה יכול לטעון "לדידי שווה לי"). עיין שם, שדן האם המלווה יכול לטעון כך במקרה שמראש המשכון היה שווה פחות מסכום החוב, ואבד חלק ממנו. אולם ערוך השולחן, חו"מ, עב, ה, כתב שאם מה שנשאר שווה פחות מסכום החוב, המלווה מפסיד את ההפרש. ב. מקור ברור נימק שמאחר שהמלווה מוחזק, הוא יכול לומר: "העודף אבד, ולא הפסדתי את חובי". הוא כותב שהדין כך גם אם היו כמה משכונות, ואחד מהם היה שווה לסכום החוב, וכדומה, שמאחר שנתן את כל המשכונות בבית אחת, אין לומר איוזה משכון הוא על החוב ממש ואיוזה על העודף, שהרי אי אפשר לדעת אם המלווה התכוון שעיקר החוב יהיה כנגד משכון פלוני. ג. ר' נתן מטיקטין נימק, שכשאבד מקצת המשכון, יוכל המלווה לומר: "קיבלתי כפירעון את חלק המשכון המגיע לחובי, והמשכון קנוי לי להלוואתי, וכשנשאר קנוי לי להלוואתי מפני שקיבלתי בתורת פירעון ואני מוחזק, ועל היתרון שהוא שלך, אני שומר חנים"; ואף על פי שיש ספק של מי החלק שאבד, מכל מקום המלווה מוחזק, מפני שחלק המשכון שכנגד חובו קנוי לו; ואף על פי שרמ"א, חו"מ, עב, יד, כתב שהלווה נחשב מוחזק במשכון מפני שלמלווה יש רק שעבוד בו, זה דווקא כשיש ספק בעיקר ההלוואה או הפירעון וייתכן שאינו מוחזק בכלל, אבל כאן אין ספק בעיקר ההלוואה והפירעון, ולכן המלווה מוחזק. ד. אך בסימן כ שם מובאת דעה אחרת, בשם ר' משה, שהמלווה מפסיד מחובו מפני שהוא צריך לקבל כפירעון את החלק שאבד. הוא מביא ראייה מלשון הרא"ש שכתב שהוא "שומר שטר" כנגד החוב, שלפי זה, אם אבד חלק, הוא מפסיד מחובו מפני שהוא צריך לשלם על מה שאבד; ומביא ראייה גם מלשון התוספות (עיין שם להוכחתו). הוא כותב עוד שיקול: הלא לפי מי שפסק כרב יוסף, שהוא שומר שטר על הכל, אם אבד חלק ישלם מה שאבד, ולכן יש לומר שכן הדין גם לפי מי שפסק כרבה, ונחלקו רק לגבי העודף. בסימן כב הוסיף לנמק, שמן הסתם לא התכוון הלווה לשלם אם לא יקבל את כל משכונו בחורה. דעה שלישית מובאת בסימן כ שם בשם דיני בריסק: שהמלווה מפסיד מחובו באופן יחסי, לפי ערך מה שאבד מהמשכון. ר' משה דחה שיטה זו (בסימן כ), בנימוק שהלכה היא שאין לוה יכול לשלם חצי חוב ולקבל חצי משכונו. ר' דוד נתן שם (סימן כא) תירץ קושייה זו, שמה שאינו יכול לפדות חלק מהמשכון הוא משום שהמלווה טוען: "בכוונה לקחתי משכון ששווה יותר מחובי, כדי שאהיה בטוח יותר ותמורה לפדות את כולו", ואין להקיש משם לנידונו. ה. על אבדן חלק מהמשכון, ראה גם במילואים להערה 262. בעניין זה עיין גם אבני חושן (זילברשטיין), עב, על קצות החושן, ס"ק מב; אבני החושן (רוזנר), עב, ס"ק מד.

להערה 255

א. כלי שרת, סימן נח, מסביר את דברי שער משפט, שהתחייבות המלווה אינה כאילו התנה שיהיה חייב באחריות שמירה אם ייגב או יאבד, אלא זו התחייבות עצמאית חדשה (ראה בשמו במילואים להערה 248), ולכן גם בהזיק שאינו ניכר, הפסיד המלווה; ומכאן הוא לומד בקל וחומר, שאם משכון לו מטבע והמשלה פסלה אותו, שהלווה פטור מחובו (ראה סעיף 2(א)), ליד ציון הערה 421, שמטבע שנפסל הוא סוג של הזיק שאינו ניכר. ב. שו"ת תורת חסד, אר"ח, סימן כב, אות ז, כותב שלפי הדעה שהתחייבות המלווה חלה כאן, הדין כך גם במשכון שנתן לוה נכרי. ג. דעה חולקת: שו"ע הרב, א"ח, תמג, ח, כותב שאם החמץ בעין, הלווה חייב לשלם את חובו, והתחייבות המלווה אינה נותפת, מפני שלמעשה הוא מחזיר את המשכון. ד. שו"ע הרב שם ומשנה ברורה, תמג, ס"ק יב, כותבים נקודה נוספת: שהמלווה מפסיד מטעם התחייבותו אף על פי ששומר רגיל פטור על שלא מכר חמץ (לדעה אחת) — ראה סעיף 6, במילואים להערה 86 (ולפי שו"ע הרב הדין כך רק אם החמץ אבד אחר כך, אבל אם הוא בעין, המלווה לא הפסיד, כאמור). ה. מגן אברהם, אר"ח, תמג, ס"ק ה, חיי אדם, כלל קכ, סעיף ה, שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ג, סימן ס, ומשנה ברורה, תמג, ס"ק יב, מסופקים האם המלווה יכול לטעון "הרי שלך לפניך" (אך שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ו, סימן נט, וערוגת הבוסם,

מילואים לסעיף 1(ג)

אור"ח, סימן קא, מביאים כאילו מגן אברהם פוסק שהמלווה לא הפסיד. מקור חיים, אור"ח, תמג, ס"ק ו, הסביר שמגן אברהם הסתפק בין שתי הדעות שהאבאנו בפנים (או, האם אמנם זה נחשב "אברה" רח"א מילר הסביר שהספק של מגן אברהם הוא, שאפשר שגם לדעה שרואים כאילו התחייב להפסיד את חובו, התכוון לקבל על עצמו להיות כשומר שכר ממש, כמו שמטעם זה אומרים שהתכוון להיות חייב בגנבת אונס (לדעה אחת, ליד ציון הערה 244), וכשם שאומרים כך לחומרא, נאמר כך גם לקולא, שהתכוון שיופטר מהזקק שאינו ניכר כמו ששומר שכר רגיל פטור בו; ואף על פי שההתחייבות חלה גם בקרקע ושטר שאין בהם חיוב שמירה, זה לגבי עצם החיוב, אבל פרטי החיוב הם כפרטי חיוב שומר שכר.

ו. בגדי ישע, על מגן אברהם שם, מבאר את הספק, שמאחר שמלווה קונה את המשכון, והלווה מוחזק בחובו, ייתכן שאי אפשר לומר "הרי שלך לפניך", מפני שכשהמלווה רוצה להוציא מן הלווה, הוא יאמר: "החזר לי את משכונך כמו שנתתי לך".

ז. קונטרס אחרון על מקור חיים, תמג, ס"ק כא, מסביר שהספק הוא, שמה טענת "הרי שלך לפניך" מועילה רק לפטור אדם מחיוב, וכאן המלווה מבקש מהלווה לשלם את חובו על סמך טענה זו; ואמנם לדעה שיש כאן שני חיובים הדיים, חוב הלווה למלווה וחוב המלווה בשמירה, יכול המלווה לומר "הרי שלך לפניך" להיפטר על חיובו בשמירת המשכון, ונשאר חוב הלווה כלפיו, אבל לדעה שאין אלו חיובים הדיים אלא יש ללווה הפטר ישיר מחובו עקב אבדן המשכון, לא יוכל המלווה לטעון "הרי שלך לפניך", לחייב את הלווה.

ח. פרי חיים (סוף ספר זרע חיים), סימן א, מסביר את הספק, שבכל שומר יש מקום לומר שמן הסתם הוא קיבל על עצמו לשלם גם על הזקק שאינו ניכר (ראה בשמו בסעיף 2(א)), במילואים להערה 413; אלא שאי אפשר לחייבו מטעם זה, שהלא אפילו התנה בפירוש להיות חייב, צריך קניין, כמו ששומר קרקע או שטר צריך קניין כדי להתחייב, מפני שאין בהם חיוב כלל (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 70); אך במשכון, מאחר שמועילה התחייבות שלו אם התנה בפירוש בעת ההלוואה, שזה כמו כסף (אולי כונתו היא, שקבלת המשכון היא כאילו קיבל כסף בתמורה להתחייבות), אפשר שהוא חייב גם אם לא התנה בפירוש אלא באומדנא (וראה בשמו במילואים להערה 239).

ט. יד אפרים, על מגן אברהם, שם, כתב שהמלווה מפסיד מטעם אחר: מאחר שבעל חוב קונה משכון (אם משכנו לאחר ההלוואה — ראה ליד ציון הערה 259), החמץ נאסר כשהיה שלו, ואם ירצה להחזירו תמורת פרעון החוב, הוא כאילו מוכר לו אותו בחזרה, והרי אסור בהנאה, ורק שומר יכול לומר "הרי שלך לפניך", ולא מוכר. גם שו"ת שואל ומשיב, מהדור ד, חלק ב, סימן קנג, כתב שאינו יכול לומר "הרי שלך לפניך", משום שבכך נמצא שנהנה המלווה מאיסורי הנאה, ודווקא בשומר רגיל אין נחשב שנהנה מאיסורי הנאה בטענת "הרי שלך לפניך", מן הסברה שאמר עטרת זקנים (ראה סעיף 2(א)), במילואים להערה 413. אך טעמו אינו קיים במשכון (ולא הסביר מדוע). כנגד סברה זו, כתב אמרי בינה, דיני פסח, סימן יב, בסופו (וכך כתב גם בהגהה על ספרו של אביו, דברי חיים, דיני חמץ, סימן י), שהמלווה אינו נחשב מוכר איסורי הנאה, משום שכשנאסר, פקע קניינו ושעבודו במשכון, מפני שאינו שווה כלום.

י. ט"ז, אור"ח, תמג, ס"ק ד (הובא במנחת פיתים, אור"ח [נדפס סוף ספר מנחת קנאות], סימן תמג), מקראי קודש (אבולפיה), אור"ח, תמג, ב, וערוך השולחן, אור"ח, תמג, ז, פסקו שיכול לומר "הרי שלך לפניך"; ואילו שו"ת כלי שרת, סימן נח, כותב בשם חוק יעקב שם, שאינו יכול; ולא הוכירו את התחייבות המלווה. ערוגת הבושם שם מביא ראיות שהמלווה אינו יכול לומר "הרי שלך לפניך", ודוחה אותן — עיין שם.

יא. גן נעול, כפתור ד, פרח ו, אות ג, כתב שהמלווה אינו מקבל על עצמו אחריות להזיק שאינו ניכר, מפני שאינו נהנה מהחפץ עצמו (שלא כשוכר — ראה בשמו בסעיף 2(א)), במילואים להערה 403. באות ד (טו ע"ד, טו ע"א), תלה זאת במחלוקת: לדעה שאין מועילה מחילה בחוב שיש עליו משכון מפני שהמשכון גופו קנוי למלווה (עיין דרכי משה, חו"מ, רמא, ס"ק ב), כאן לא יוכל המלווה לומר "הרי שלך לפניך", כמו שגולן אינו יכול לומר "הרי שלך לפניך" אם היה שינוי, מפני שקנאו בשינוי, ואף על פי שחלק מהמשכון אינו קנוי, מכל מקום מתוך שאינו יכול לומר "הרי שלך לפניך" בחלק הקנוי לו, אינו יכול לומר בכלל; אבל לדעה (שם) שמועילה מחילה בחוב שיש עליו משכון, מפני שגוף המשכון אינו קנוי לו, יוכל לומר "הרי שלך לפניך". אחר כך (יו ע"א) הוא מוצא סיבה אחרת לחייב את המלווה: מן הסתם קיבל על עצמו שמירה גם מהזקק שאינו ניכר, שהרי הוא נהנה משווי המשכון כביטחון לחובו, ואם יקרה הזקק שאינו ניכר לא יהיה לו ממה לגבות, ולכן יש להניח שקיבל על עצמו לשמור מזה.

יב. אמרי בינה, דיני פסח, סימן יב, בסופו, מציין לדבריו בהגהה על דברי חיים, דיני נזקי ממון, סימן יב, שמאחר שהמלווה פשע באי מכירת החמץ, אף על פי שהוא יכול לומר "הרי שלך לפניך", הוא חייב בדיני שמיים (ראה סעיף 2(א)), במילואים להערה 414, על חיוב בדיני שמיים), וכשיש חיוב בדיני שמיים ושכנגדו תופס, התפיסה מועילה, והרי כאן הלווה תופס בכספו, ולכן אינו חייב לפרוע את חובו. כנגד סברה זו, כתב שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ו, סימן נט, שבמשכון פטור אף בדיני שמיים, מפני שאין מקום לגרוה "שלא יאה כל אחד מוזק הזקק שאינו ניכר", שהרי הוא לא ירצה להזיק למשכון, שמשמש לו ביטחון על חובו.

יג. לנפקיית נוספות בין שתי השיטות, עיין קצות החושן, עב, ס"ק כז, לעניין שבועת מודה במקצת, ושם ס"ק כח, לעניין שבועות.

להערה 257

א. התוספות הובאו בש"ך, חו"מ, עב, ס"ק ט; בשו"ת הב"ח, סימן קלח; בשו"ת ר"י מפוזנא, סימן פג; בשו"ת ר' משה מרטנבורג, אור"ח, סימן יא (דף יב ע"ב), בהגהה; בשו"ת קרית ארבע, חו"מ, סימן כ; בחקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סב; בשו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן קטו; בים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן ד; בשו"ת מהר"ם פדואה, סימן נט; בגן נעול, כפתור ד, פרח ו, אות ג (דף טו ע"ב); בדברי משפט, רלב, כא; בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עא; בשו"ת דברי מלכיאיל, חלק ג, סימן קסד; בשו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ, סימן נד; ובתשובת ר"ש ויליטיד, בשו"ת פני משה, חלק א, סימן יב.

ב. עוד הסבירו כך: שו"ת הר"ן, סימן כ (מפני שלא הרוויח), הובא בשו"ת בני משה (שלטון), סימן טו; חידושי הר"י מיגאש, שבועות מג ע"ב (הובא במלאכת שלמה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, א, דף נט ע"ד); שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנט; ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ו, סימן ד (מפני שהמלווה אינו נהנה); רא"ש, קידושין, פרק א, סימן י; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ דף פב ע"א (די"ה ולמה), בתירוץ שני, ודף פב ע"ב בשם הראב"ד, בתירוץ שני (שאינו מרוויח); הראב"ד, ביטשה מקובצת, ב"מ פא

מילואים לסעיף 1(ג)

- ע"ב, בהסבר שני (שאינו מרוויח); הרשב"א, בשיטה מקובצת, ב"מ פב ע"א, בשם הראב"ד; שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג. על העיקרון שאין הנאת החזקה כביטחון כשאינו מרוויח, עיין אבני הושן (זילברשטיין), כב, על קצות החושן, ס"ק יב.
- ג. שו"ת שואל ומשיב, מהדורה ג, חלק ב, סימן יז, מסביר את כוונת התוספות, שאף על פי שיתכן שהמלווה באמת חושש שהלווה לא יפרע לו, והוא מעוניין בביטחון, מכל מקום הביטחון הוא רק מניעת הפסד, ולא רווח (ראה בשמו ליד ציון הערה 276, ובמילואים להערה 272). אך ליד ציון הערה 89 הוכחנו שגם מניעת הפסד נחשבת שכר לשומר שכר.
- ד. הסברים נוספים מדוע אין מתחשבים בהנאה זו: מאירי, ב"מ פא ע"ב (במשנה), מסביר שאין למלווה הנאה זו, מפני שהוא אינו חושש שלא יפרע הלווה, כיוון שהלווה לו בתורת חסד, ואילו לא האמין ללווה בוודאי לא היה מלווה לו, מה שאינו כן באומן, שנהנה הנאה זו מפני שהוא חושש שלא יפרע לו מכיוון שלא עשה לו חסד.
- ה. הראב"ד, המובא בשיטה מקובצת, ב"מ פב ע"א, מסביר בהסברו הראשון, שדווקא אומן נהנה בזה, מפני שהוא רשאי להתכבד בנכס, מה שאינו כן במלווה (ראה בשמו במילואים להערה 135).
- ו. שו"ת דברי משה (זקס), סימן ד, ענף ח, מסביר שבמלווה על משכון אין הנאת החזקה כביטחון, מפני שכל המלווים מחזיקים משכונות, כדברי התוספות (ראה במילואים להערה 102) שאין לשוכר הנאה זו מפני שכל השוכרים מחזיקים את הנכס אצלם (וראה בשמו במילואים להערה 260). אך רח"א מילר דחה סברה זו, משום שהמלווה לוקח את המשכון במטרה מוצהרת שישמש לו ביטחון, שלא כשוכר, ולכן הוא נהנה בכך.
- ז. שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן מא, כתב שהטור סובר שהנאת החזקה כביטחון אינה שכר לעניין שומר שכר, אפילו באומן (ראה בשמו במילואים להערה 135).
- ח. דעות חולקות: יש שכתבו שמלווה אכן שומר שכר על המשכון מפני הנאת החזקה כביטחון. ר"י בן ברוך, בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה), סימן פט, ובהגהות מרדכי, ב"מ, סימן תסב (הובא בחקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סב, דף צח ע"א), אומר שמלווה על משכון הוא שומר שכר בהנאה שאינו צריך לדאוג לגביית חובו (על הנפקות מכך למקרה שהמלווה הפקיד את המשכון אצל הלווה, ראה סעיף 11, במילואים להערה 244). כך כתב גם תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ח, אות כא, שהוא שומר שכר מפני שנהנה בהיפרע חובו. שיטה מקובצת, ב"מ פב ע"א, מביא תשובת הר"ף, האומר שמלווה שומר שכר על המשכון משום שנהנה שאם אין ללווה במה לשלם, יכול המלווה להשתמש במשכון ולמשכון אותו אצל אדם אחר, ולקבל הלוואה על סמך זה. שו"ת הרשב"ש, סימן תקעה, כתב שכל שיש למלווה הנאה מזה שהוא מחזיק נכס של הלווה כביטחון, הוא שומר שכר גם אם לא הניחו בידו בתורת משכון (ראה בשמו במילואים להערה 237). אך ייתכן שכונתו למקרה שקיבל ממנו את הנכס אחרי שעת ההלוואה, וכדעה ליד ציון הערה 260. פסקי הרי"ד, פסחים ל ע"ב, כתב שהוא שומר שכר מפני שכך הוא בטוח בכספו; וב"מ פ ע"ב, כתב כך בדעת ר' מאיר (התנא) (ובקידושין ח ע"ב כתב בסתם שהוא שומר שכר). חידושי הרמב"ן, הרשב"א והריטב"א, קידושין מח ע"א ע"ב, ור"ן על הר"ף, קידושין כ ע"א (בדפי הרי"ף), כתבו שמה שר' מאיר ור' יהודה סוברים שמלווה על משכון שומר שכר, ואילו באומן לא אמר התלמוד בפשטות שהוא שומר שכר מפני שמחזיק בו כביטחון, מוכח שאין דין משכון לנכס שביד אומן; ומזה משמע שהבינו שמלווה שומר שכר על המשכון משום שהוא מחזיק בו כביטחון, שאילו מדין פרוטה דרב יוסף, לא היה אפשר להשוות לו אומן, שאינו עושה מצווה. קצות החושן, עב, ס"ק יב, כתב שהמאור הגדול, ב"ק יז ע"ב (בדפי הרי"ף), סובר שיש הנאת החזקה כביטחון גם כשאינו מרוויח. כך כתב גם תומים, עב, ס"ק כב, והוסיף שכן דעת הראב"ד לגבי מקח טעות (ראה בשמו בהערה 418). פני יהושע, פסחים לא ע"ב (ד"ה בדי"ה שקונה), כתב כאילו יש דעה בתלמוד שהטעם שמלווה הוא שומר שכר על המשכון הוא מפני הנאת החזקה כביטחון. שו"ת דברי מלכיאל, חלק ה, סימן רטו, כתב שמלווה הוא שומר שכר על המשכון בהנאה שמחזיקו לחובו ולא משום שכר המצווה.
- ט. כנגד הסברה שבפנים, אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן סח (ד"ה והשתא), מסביר שר"י בן ברוך ותשובות הגאונים שהבאנו משיבים שאכן הרוויח מההלוואה את פרוטה דרב יוסף, ולכן לא היה עדיף לו שלא להלוות (סברה זו כתב גם חידושי הרי"ם, שבועות מג, ד"ה ו"ל); אלא שלדעתם אינו נעשה שומר שכר באופן ישיר מחמת פרוטה דרב יוסף, מפני שזו הנאה הנגרמת על ידי המלווה עצמו, ואינה באה אליו מהלווה (שלא כהסבר ליד ציון הערה 236). תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כג (נדפס גם בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן קפה), כתב שהוא שומר שכר בגלל טעם הסוגיה (פרוטה דרב יוסף), ועוד, מפני הנאת החזקה כביטחון. אפשר להסביר את דבריו כהסבר אמרי בינה, ששני הטעמים מצטרפים יחד.
- י. גם אמרי דוד (שליסל), מצווה נט, כתר מצווה, אות ב, כתב שפרוטה דרב יוסף אינה מועילה כשכר מצד עצמה, שהרי היא חלה רק ברובע הלוואה, ואינה יכולה לעשות אותו שומר שכר אחר כך, אלא שמאחר שנהנה המלווה מההלוואה מכוח פרוטה דרב יוסף, הוא שומר שכר מצד הנאת החזקה כביטחון, אף שהנאה זו לא היתה חלה אילו לא היה מרוויח מההלוואה.
- יא. אמרי בינה שם כתב שאם המשכון שווה פחות מחובו, אין לו הנאת החזקה כביטחון (גם לדעה זו), מפני שהראה שאינו מקפיד לדאוג שיהיה לו ביטחון. וראה במילואים להערה 309 דברים דומים בשם אמרי דוד.
- יב. ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק כה, ותומים, עב, ס"ק כב, הסבירו שר"י בן ברוך התכוון לומר שהערכה (ליד ציון הערה 239) שרואים כאילו המלווה קיבל על עצמו להפסיד את החוב, נובעת מתוך הנאת החזקה כביטחון, וכדברי הריטב"א (ראה הערה 264) שהנאה זו יוצרת אחריות שומר שכר רק כנגד ערך החוב.
- יג. במילואים להערה 239 הבאנו שהתומים אומר שכשיש שטר, אין הנאת החזקה כביטחון, שהרי בלאו הכי השטר מעניק לו ביטחון על ידי שעבוד נכסי החייב. אך יש להעיר שזה דווקא אם אמנם יש ללווה קרקע; וגם אם יש לו, אפשר שנחשב שהמלווה נהנה מן העובדה שהוא יכול לגבות מן המשכון שבידו ואינו צריך לטרוח בגבייה מקרקע, שכרוכה בטרחה בבית דין. ויצוין שרובו ברוך, במרדכי, ב"מ, סימן תסב, נט, שהמלווה נהנה בכך שאינו צריך "למיעל ולמפיק אזורי" (לטרוח בבקשה מן הלווה לפרוע), וזה כולל גם את חסיכת הטרחה לגבות מקרקע.
- יד. בגילוי דעת: חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סב (צו ע"ג), מעלה אפשרות, שאם גילה המלווה את דעתו שהוא מחזיק במשכון כביטחון, הוא שומר שכר מטעם זה (על גילוי דעת ראה עוד בסמוך).

מילואים לסעיף 1(ג)

טו. הרחבה נוספת של העיקרון שהבאנו בפנים, יש בתוספות, ב"מ פא ע"א (ד"ה הא), שאומרים שגם באומן, שהרוויח (כך שאין לומר שהיה מעדיף לוותר לגמרי על העסקה), אין מתחשבים בהנאת החזקה כביטחון לאחר גמר מלאכתו, מפני שאז כבר אינו מרוויח. וראה במילואים להערה 276, שהש"ך חולק בזה על התוספות. קצות החושן, עב, ס"ק יב, ושו"א באר יצחק, חו"מ, סימן ו, ענף ג, כתבים שרשיי חולק על התוספות כאן וסובר שהנאה זו קיימת גם כשאינו מרוויח, אם גילה את דעתו שהוא מחזיק כביטחון (ראה בשם באר יצחק במילואים להערה 134, ובשם קצות החושן במילואים להערה 135, ובסעיף 11, במילואים להערה 143).

טז. צ' קרל, תרביץ ז (תרצ"ו), עמ' 270, נימק את הדעה במשנה ב"מ פ ע"ב, שמלווה שומר שכר על משכון, משום ההנאה שהוכנס חובו. והוא כותב שלר' עקיבא, המלווה חייב באבדה לא מצד שומר שכר אלא מפני שהמלווה כאילו מחל ללווה על כספו תמורת המשכון, ולכן אינו יכול לתבוע את כספו אם לא החזיר את המשכון; וזה כסברה ליד ציון הערה 239.

להערה 258

א. יש אומרים שדינו של ר' יצחק, שמלווה קונה את המשכון, חל גם אם משכנו בשעת ההלוואה. כך כתבו: חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פב ע"א (ד"ה ותסבירא); חידושי הר"ן, ב"מ פב ע"א, ושבועות מד ע"א; חידושי הרשב"א, גיטין לו ע"א, והרשב"א, בשיטה מקובצת, ב"מ פב ע"א; מלחמות ה', שבועות כו ע"ב (בדפי הרי"ף), וחידושי הרמב"ן, ב"מ פב ע"א (הובא בתומים, עב, ס"ק כב); חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ פא ע"ב; נימוקי יוסף, ב"מ נא ע"א (בדפי הרי"ף); מלאכת שלמה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י א (נח ע"ג), בדעת הרמב"ם; שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עא. חידושי ר"ע איגר, קידושין מח ע"ב, כותב שלפי דעה זו אפשר לומר שמלווה על משכון שומר שכר מדר' יצחק גם במשכנו בשעת ההלוואה. כך כתב גם מלאכת שלמה שם בדעת הרמב"ם. כמו כן, כתב פרח מטה אהרן שם, שהטעם שלכל הדעות מלווה הוא שומר שכר על המשכון כנגד החוב (כמו שאמר רמ"א, חו"מ, עב, ב), הוא מפני שקנאו מדר' יצחק, גם אם משכנו בשעת ההלוואה, וגם אם משכנו שלא על ידי בית דין (שלא כהסבר הרגלי, שזה משום שרואים כאילו התחייב — ראה ליד ציון הערה 239). צריך להוסיף לדבריו שהוא סובר כדעה שליד ציון הערה 262, שזה שיכול לקדש בו אשה עושה אותו שומר שכר רק כערך החוב. כמו כן, ר' אביגדור כ"ץ, בשו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ב, כותב שבמשכנו בשעת ההלוואה, שהלווה עליו, קנאו להתחייב בגנבה ואבדה, ולקדש בו אשה (ואינו מזכיר את ר' יצחק). עיין גם מקרא סופרים, על ספר העיטור, מלווה על פה, דף קמח ע"ב ע"ד ודף קמט ע"א, שלדעת התוספות הוא שומר שכר גם אם משכנו בשעת ההלוואה משום דר' יצחק, אבל רק כנגד החוב (וצריך עיון, שאחר כך הוא כותב שלדעתם זה משום התחייבות המלווה — ראה ליד ציון הערה 239).

ב. אך נתיבות המשפט, עב, ס"ק ה, כתב שגם לדעה שיכול לקדש אשה במשכון גם אם משכנו בשעת ההלוואה, אינו עושה שומר שכר בשל הנאה זו, שהרי מכל מקום אינו נהנה אז מלקיחת המשכון, מפני שאילו לא נתן את ההלוואה, היה כספו בידו והיה יכול לקדש בו אשה (וכך כתב גם ים של שלמה, קידושין, פרק א, סימן יב, והסברה מופיעה גם בגידולי שמואל, ב"מ פב, ד"ה כן י"ל). עוד נימק, שאם משכנו בשעת ההלוואה, הנאה זו אינה נובעת מהחזקת המשכון, מפני שהוא קונה אותו גם בעודו ברשות הלווה, תמורת כסף ההלוואה, ודווקא אם משכנו אחר ההלוואה, שאינו קונה אותו עד שייכנס לרשותו (שהרי אינו נותן אז כסף שיכול לקנותו בו), הנאות מן המשכון היא הנאה מהחזקת המשכון, ולכן היא שכר על השמירה.

ג. הלכות גדולות, הלכות שבועות (חלק ג, עמ' 66, במהד' הילדסהיימר; הובא באור זרוע, ב"מ, סימן רעו, בתוספות, ב"מ פא ע"ב, ד"ה דברי, בחידושי הרשב"א, גיטין לו ע"א, בהגהות אשרי, ב"מ, פרק ו, סימן יח, ובשו"ת שער אפרים, סימן קכב, ד"ה ואם יתעקש), כותב שגם אם משכנו בשעת ההלוואה קנאו מדר' יצחק אם אין שטר, והוא שומר שכר. חידושי הרמב"ן שם הסביר את דעתו, שמאחר שאין שטר, המלווה סומך על המשכון (לביטחון ולגבייה). אבל הוא כותב שאין דברי בעל הלכות גדולות נכונים. אך מדברי שו"ת מהר"ם פדואה, סימן נט, נראה שהוא סומך על דברי בעל הלכות גדולות להלכה (ומה שכתבו שם: "מדריכי בשם ר"ג", צריך להיות: ה"ג = הלכות גדולות); ראה בשמו במילואים להערה 303.

ד. פני יהושע, גיטין לו ע"א, כותב שלדעת רש"י, גם אם משכנו בשעת ההלוואה קנאו מדר' יצחק, וחייב גם אז באונס, כמו שהוא סובר כך במשכנו שלא בשעת ההלוואה (ראה במילואים להערה 259, אות יא).

ה. אולם רוב הפוסקים אומרים שאם משכנו בשעת ההלוואה, לא קנה. לדוגמה, כך כתבו: פסקי הרא"ש, ב"מ, פרק ו, הלכה ד, אות יג (ברמז); רש"י, ב"מ פב ע"א (ד"ה שקונה); תוספות, ב"מ פא ע"ב (ד"ה דברי), בשם בעל הלכות גדולות; מאירי, שבועות מג ע"ב (ד"ה כבר); וזו הדעה השלטת. לנימוק לדעה זו, עיין חידושי ר"א גוטמכר, פסחים לא ע"א, עמ' קב, על המחלוקת עיין יונת אלם, סימן יד; אבני החושן, עב, ס"ק ב; תיקון סופרים, על ספר העיטור, מלווה על פה, דף קנא ע"ב ע"ג; שו"ת לחם שלמה (עלהרניי), או"ח, סימן עה, אות ב, סימן עו, אות ה, וסימן עז, אות ג.

להערה 259

א. ההנאה שיכול לקנות במשכון בחליפין חזקה יותר מזה שיכול לקדש בו אשה, שהרי כשהיה רק כספו בידו לא היה יכול לקנות בו בחליפין, מפני שמטבע אינו קונה בחליפין (ב"מ מה ע"ב). אך לפי ההבנה של בית אפרים (שנביא במילואים להערה 262), שהכוונה כאן היא לחליפין שווה בשווה, הנאה זו זהה לעניין זה להנאה שיכול לקדש בו אשה, שהרי גם בכסף אפשר לקנות שווה בשווה (ויעשה את מעשה הקניין בדבר אחר שישמש כסודר).

ב. קשיים בחיוב זה: אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן סח, מבאר שאין המלווה יכול לטעון שהנאה זו שיכול לקדש בו אשה מעטה מדי ואינו רוצה להיות שומר שכר מחמתה, אלא התורה חייבה אותו על כרחו לשמור שמירה מעולה, מפני שזה כמו אבדה, שהרי הלווה אינו יכול לשמור, כיוון שהוא מוכרח לתיתו למלווה — שהרי בית הדין לקח אותו ממנו בלי הסכמתו (ראה בשמו הסברים דומים ליד ציון הערה 221 ובמילואים להערה 235).

ג. אבני החושן, שא, ס"ק א, הקשה על החסר שהוא שומר שכר מפני שהוא יכול לקנות במשכון בחליפין, הרי אפשר לקנות בחליפין גם בכלי שאינו שווה פרוטה, ונמצא שהנאתו זו אינה שווה פרוטה, וכדי להיות שומר שכר צריך שווה פרוטה (הערה 6)? יש להעיר שקושיה זו אינה קשה לפי בית אפרים שנביא במילואים להערה 262, שהכוונה כאן היא לחליפין שווה בשווה, שבו בוודאי צריך שהיה שווה פרוטה.

ד. קצות החושן, עב, ס"ק ו, מקשה, מדוע נחשב שומר שכר מחמת ההנאה שיכול לקדש אשה במשכון, נאמר שאין זאת נחשבת הנאה מהשמירה כיוון שהוא נהנה מנכס שלו, כמו שמטעם זה קונה נכס לזמן קצוב אינו שומר שכר בגלל רשות השימוש (ראה

מילואים לסעיף 1(ג)

ליד ציון הערה 400) נתיבות המשפט, עב, ס"ק ו, תירץ, שכאן גוף המשכון נשאר של הלווה, והמלווה קנה רק זכות במשכון מדר' יצחק, ולכן המלווה נחשב שנהנה מדבר שאינו שלו, ולכן הוא שומר שכן. עיין על כך אבני חושן (וילברשטיין), עב, על קצות החושן, ס"ק ג (ושם, על קצות החושן, ס"ק ו, מדוע הוא שומר שכן גם מעבר לטכום חוב).

ה. נתיבות המשפט, עב, ס"ק ה, מוצא הנאה נוספת כאן: שהוא יכול למכור או להקדיש את המשכון (וזה יישאר בתוקף אם הלווה לא יפרע אחר כך) כיוון שהוא קונה את המשכון.

ו. חידושי הרמב"ן, ב"מ פב ע"א, מבאר שנעשה שומר שכן מפני שהוא נהנה בזה שקנאו לעניין שלא נחשב מיטלטלין כשמת, שלא כשאר מיטלטלין שאין מלווה יכול לגבות מירשי הלווה (ב"מ קטו ע"א), וגם לעניין שאין שביעית משמטת את החוב (גיטין לו ע"א). זו יש שכתבו בסתם, שאם משכנו אחרי ההלוואה, הוא שומר שכן מפני שקנאו מדר' יצחק, בלי לפרט מה הנאה: ס"מ"ג, עשה צד (קצו ע"ג); תוספות רבנו פרץ, ב"מ פא ע"ב; והגהות אשרי, ב"מ, פרק ו, סימן יח (הובא בשו"ת בנימין זאב, סימן תלה). שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה), סימן רכ (הובא במרדכי, סנהדרין, סימן תרפא, ומשם הובא בגן נעול, כפתור ד, פרוח ו, אות ג, דף טו ע"ב), וביאור הגר"א, חו"מ, רמא, ס"ק ה, כותבים שבעל חוב קונה משכון להתחייב כשומר שכן. על החיוב כשומר שכן מטעם דר' יצחק, עיין חידושי ר"א גוטמכר, פסחים לא ע"א, עמ' קא.

ח. שו"ת מהרא"ל, חו"מ, סימן מב, אות ד, מביא ראייה לדעה זו (נגד הדעה ליד ציון הערה 262), שעל המשכון הוא שומר שכן גם בעודו על החוב, מצד שיכול לקדש בו אשה, מזה שאומן שומר שכן על כל הנכס מצד הנאת החזקה כביטוח ולא רק כנגד שכרו (ראה במילואים להערה 135).

ט. מהרא"ל שם כותב שלפי השיטה שהוא שומר שכן כאן בהנאה שיכול לקדש בו אשה — גם אם פרע הלווה חלק מהחוב, נשאר המלווה שומר שכן מפני הנאה זו. הוא מוסיף, שגם אם הבטיח ללווה להחזיר לו את המשכון תמורת הפירעון החלקי, מכל מקום לא פקע קניינו במשכון בדברים בעלמא, ויכול לחזור בו ולהחזיק במשכון עבור העודף בחוב, ולכן הוא עדיין שומר שכן.

י. חריגים: שו"ת הרי"ה בשמים, חלק א, סימן קכו, כותב שמאחר שהטעם הוא שיכול לעשות בו חליפין, הרי אם המשכון הוא דבר שאי אפשר לעשות בו חליפין, כגון איסור הנאה (כגון חמץ בפסח), אינו שומר שכן עליו. הוא מוסיף, שאם זה דבר שבימים מסוימים אי אפשר לעשות בו חליפין, אינו שומר שכן בימים אלו, מפני שהנאה של האפשרות לחליפין היא דבר נפרד לכל יום, שבכל יום יוכל לעשות חליפין, אבל עוד לא הוציא לפועל את האפשרות, ולכן זה דומה לשכיר יום, שכל יום שכרו נפרד, ודינו הוא שבשבת אינו שומר שכן, ושונה משכיר חודש, שמקבל שכן על כל החודש יחד, שדינו הוא שגם בשבת הוא שומר שכן (ראה ליד ציון הערה 24). אך יש להעיר שלפי דברי הרשב"א (במילואים להערה 289), לגבי פרוטה דרב יוסף, שדי ברבע אחד שהופטר מצווה והוא נעשה שומר שכן לכל משך השמירה, אף כאן מאחר שהוא מקבל הנאה זו בהתחלה, הוא נעשה שומר שכן לעולם, גם בזמן שאין הנאה קיימת, כשאינו יכול לקנות במשכון בחליפין.

יא. יש אומרים שמאחר שהמלווה קונה את המשכון כשמשכנו אחרי ההלוואה, הוא אחראי עליו גם באונס: רש"י, פסחים לא ע"ב (ד"ה קונה), וב"מ פב ע"א (ד"ה שקונה) (על דעתו עיין ש"ך, חו"מ, תא, ס"ק ד, קצות החושן, עב, ס"ק ב, וס"ק ז, שו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ, סימנים נד"נה, שו"ת צבי גאון יעקב, סימן יח, ונתיבות המשפט, עב, ס"ק ה); השגות הראב"ד, הלכות שכירות, י, א, וראב"ד, בשיטה מקובצת, ב"מ קד ע"א, ובספר "כתוב שם", שבועות פרק ו, וחידושי הראב"ד, ב"ק מט ע"א (הובא באחיעזר, חלק א, סימן כב, אות א), ובהשגותיו על הרי"ף, שבועות, פרק ו (נדפס אחרי הרי"ף); פסקי הרי"ד, פסחים ל ע"ב וקידושין ח ע"ב (בקידושין כתב שקנאו מפני שחייב באונס); פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ו, הלכה ד, אות יג; מאירי, ב"מ קד ע"א, ד"ה המלווה, וד"ה צריך (וסותר לדבריו במקומות אחרים — ראה בסמוך); ספר העיטור, מלווה על המשכון, ליד אות מח (עיין תיקון סופרים, על העיטור שם, דף קמט ע"ד, קנ ע"א); רבנו אפרים, המובא בספר התרומות, שעה מט, חלק ד, אות ח; ספר המכריע, סימן צא; המאור הגדול, שבועות כה ע"א (בדפי הרי"ף); ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק ט (הובא בשו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן כב, אות ח ואות י).

יב. טעם שיטה זו: חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ פב ע"א, מסביר דעה זו, שמאחר שמלווה שומר שכן על המשכון בלאו הכי, הנוכח שהוא קונה את המשכון מעלה אותו בדרגה אחת, לחייבו באונס. וכך הסביר גם חידושי חתם סופר, ב"מ פא ע"ב (ד"ה כאן), שחייב כשואל מטעם זה (ראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 37). ש"ך סימן עב שם, דף קפ ע"א (הובא באמרי בינה, דיני הלוואה, סימן ע), נימק, שהוא חייב באונס מדין שואל, שכן הוא רשאי להשתמש במשכון, וגם אם נאמר שאסור לו להשתמש, זה אסור רק מגזירת הכתוב, מצד שצריך להחזירו משום "ולך תהיה צדקה" (דברים כד, יג), ואם ישתמש ויפחת ערכו נמצא כשמשכנו אינו עושה צדקה. קצות החושן, עב, ס"ק ג, הסביר לרש"י הוא חייב כנגד החוב, שמאחר שקיבלו תמורת החוב, אם אבד המשכון (אפילו באונס) אבד חובו. עוד לנימוקה של דעה זו עיין אבני חושן (רונו), עב, ס"ק ב; יונת אלם, סימן יד; גידולי שמואל, ב"מ פב, ד"ה וכן לטעם (שחייב מדין קונה, ולא מדין שומר); אבני חושן (וילברשטיין), עב, על קצות החושן, ס"ק ג; ישועות יעקב, חו"מ, עב, ד"ה ו"א דאם (שאם המשכון שווה מחות מהחוב, פטור מאונס).

יג. לב מבין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, א, דף קעד ע"ב (הובא בזכרנו לחיים, חלק א, חו"מ, ערך משכון, ז, דף פז ע"ב), כותב שגם לדעה זו, אם מת המלווה, יורשי פטורים מאונס, כמו שירשי שואל פטורים מאונס (סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 42); אבל אם נתן לו רשות שימוש, וגם היורש השתמש, הוא חייב באונס, לדעה שירשי שואל שהשתמשו חייבים באונס (במילואים לסעיף 1(ד), שם). יד. ישועות ישראל, עב, עין משפט, ס"ק ד, כותב שגם לרש"י ולראב"ד חייב באונס רק על החלק שכנגד החוב (שרק אותו קנה), אבל על העודף הוא רק שומר שכן, וזאת מפני שנהנה בכך שהחלק העודף בידו, שהרי אם יתקלקל המשכון בחלקו, הנוק יהיה על הלווה והמלווה, שהרי שניהם שותפים בו, ואילו היה המשכון שווה לחוב, כל ההפסד היה על חשבון המלווה. הוא מסביר שאף על פי ששותפים שומרי שכן רק אם אמרו זה לזה: "שומר לי ואשומר לך" (ראה ליד ציון הערה 329), זה משום שאם לא כן, השותף אינו חייב לשמור את חלקו של השני, מה שאינו כן כאן, שהלווה אינו יכול לשמור.

טו. אולם רוב הפוסקים סבורים שאינו חייב באונס גם כשקנאו מדר' יצחק: תוספות הרא"ש, ב"מ פא ע"ב, ושבועות מד ע"א, ושו"ת הרא"ש, כלל קח, סימן כז, ורא"ש, קידושין, פרק א, סימן י; תוספות, ב"מ פב ע"ב, ד"ה אימור (גם בשם בה"ג, ושערים דרב האו גאון, שער מב), גיטין לו ע"א (ד"ה שאני), קידושין ח ע"ב (ד"ה מנין), שבועות מד ע"א (ד"ה מכאן), ופסחים לא ע"ב (ד"ה שקונה); מאירי, ב"מ דף פא ע"ב (במשנה), דף פב ע"א, ומכות טו ע"א (ד"ה זו); חידושי הר"ן, ב"מ פב ע"א (גם בשם רבנו הנגאל), ושבועות מד ע"א; תוספות שאנץ, בשיטה מקובצת, ב"מ פא ע"ב; חידושי הרשב"א, שבועות מד ע"א, ורשב"א, בשיטה מקובצת, ב"מ פב ע"א; אגודה, ב"מ, סימן קל, ושבועות, סימן לה (בשם ר"י; ובפסחים, סימן ל, הביא את שתי הדעות); חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ דף פא ע"ב (ד"ה מתני'), ודף פב ע"א (ד"ה וקמפלגי), וחידושי הריטב"א, שבועות מד ע"א; חידושי הרי"י מייגאש, שבועות מג ע"ב; מלחמות ה', שבועות כה ע"א (בדפי הרי"ף); מרדכי, שבועות, סימן תשעד (בשם אבי עזרי ורב האי),

מילואים לסעיף 1(ג)

וב"מ, סימן שסב; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ פא ע"ב; שערי שבועות, שער ט; אור זרוע, ב"מ, סימן רעו, בשם רבנו חננאל ורב האי; נימוקי יוסף, ב"מ נא ע"א (ברפי הרי"ף); סמ"ג, עשה עד (קצו ע"ג); הגהות אשרי, ב"מ, פרק ו, סימן יח; שו"ת הריב"ש, סימן שפא; ים של שלמה, קידושין, פרק א, סימן יב; הרב הפוסק, המובא בשו"ת ר' יעקב לבית לוי, סימן עט; טעם המלך, על שער המלך, הלכות חמץ ומצה, ד, ג (שזו דעת רוב הפוסקים); שו"ת מהרש"ם, חו"מ, סימן נד וסימן עט (ובסימן פה מצייין שרוב הפוסקים פוטרם מאונס); צ"ח, פסחים ה ע"ב (ד"ה ודע); עטרת ישראל, חלק התשובות, סימן יג, אות א; ישועות ישראל, עב, ס"ק ד.

טו. טעם שיטה זו: הרי"מ יגאש נימק, מפני שלא קנאו לגופו ממש שהרי הלווה יכול לפדותו, אלא קנה בו זכות שעבוד חובו. גם תוספות ב"מ נימק, מפני שאינו נחשב קניין גמור. גם הריטב"א החדשים נימק, מפני שאינו קונה אותו כקונה, אלא לזכויות שונות בלבד. מלחמות ה' נימק, שאינו שואל, מפני שאין כל ההנאה שלו, שהרי אינו יכול להשתמש בו בלי לשלם עבור השימוש, ולוהו יש הנאה מזה שמחזירו לו. כך הטבירו גם הרי"ן בב"מ והנימוקי יוסף, והוסיפו שלפעמים הלווה משתמש בו, מפני שהמלווה צריך להחזירו לו מדין השבת העבוט. גם הריטב"א בשבועות ותלמיד הרשב"א נימקו, מפני שאין כל ההנאה שלו. ים של שלמה נימק, מפני ש"אונס רחמנא פטריה". בית הלוי (הורוביץ), עב, ס"ק ה, נימק שאף על פי שהוא נחשב קונה גמור (ולכן החזרתו נקראת "צדקה"), זה בתנאי שאם ייגב או יאבד, הקניין בתקפו, אבל אם יקרה אונס, יתבטל הקניין, מפני שאם נחייבנו באונס נמצאנו נועלים דלת בפני לווים, ובחייב גנבה ואבדה אין חשש זה, מפני שבירו להישמר מזה. חידושים ובאורים (גריינימן), שבועות מג ע"ב (ד"ה ובר"ר), מבאר ששיטה זו סוברת שהוא כשואל שהתנה שלא להתחייב באונס. בעניין זה עיין גם ספר המבי"ט (רובינשטיין), ערך קתא דמגלא, דף קטז ע"ג. על התוצאה (בכל משכון) שהלווה מפסיד פעמיים אם קורה אונס — משלם את חובו ומפסיד את משכונו — עיין בית אהרן (לאב"ד ויזא, תרמ"ו), ב"מ לו ע"ב, בשם שו"ת חמדת שלמה, חו"מ, סימן א.

יז. שו"ת שער אפרים, סימן קכב (ד"ה ואם יתעקש), שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן כ (לג ע"ב), ותומים, עב, ס"ק ו, כתבים שאי אפשר לטעון "קים לי" כדעה שחייב באונס. אך שו"ת מהר"י לבית לוי, סימן עט; שו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יז; אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן ע; שו"ת משאת משה, חלק א, חו"מ, סימן סד, בסופו (כך נראית כוונתו); ולב מבין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, א (קצו ע"ד) — כתבו שאפשר לומר "קים לי" כדעה שחייב באונס. כמו כן, שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קמו, כותב שאם אבד המשכון באונס, מספק פטור הלווה מחובו, והמלווה פטור מלשלם לו את העודף. לכיוון השני, שו"ת מהר"י לבית לוי, שם, כותב שאפשר לומר "קים לי" שהוא רק שומר שכו.

יח. המחלוקת מובאת בשו"ת עולת שמואל (לובצ'ר), חלק א, סימן סד.

להערה 260

א. שו"ת דברי משה (זקס), סימן ד, ענף ח, מקשה על הש"ך, הרי בדרך כלל אין במשכון הנאת ההחזקה כביטחון מפני שכל המלווים מחזיקים משכון בביחם (ראה בשמו במילואים להערה 257)? כך הקשה גם שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן קיד (עג ע"ד), גם לגבי מקרים דומים שכתב עליהם הש"ך שהמלווה שומר שכר בהנאת ההחזקה כביטחון. דברי משה תירץ, שבנידונו שמשכון אחרי מתן ההלוואה, ההנאה קיימת, מפני שנטלו בפירוש בשביל הביטחון (ראה במילואים שם אותיות יד"טו בשם חקרי לב ובאר יצחק, על מקרה שגילה את דעתו שנטול לשם ביטחון), והתוספות אמרו רק שמאחר שכל השוכרים מחזיקים את הנכס ברשותם, אין לשוכר הנאה זו (ראה במילואים להערה 124), מפני שאין זו מטרתו בהחזקת הנכס. בבאור דעת הש"ך ראה גם במילואים להערה 276 בשם רח"א מילר. בעניין זה עיין גם שולחננו של אברהם, חו"מ, עב, ב.

ב. הבחנה: פתחי משפט, קי, ס"ק ב, כותב שאם קיבל את המשכון לאחר מתן ההלוואה, לפני מועד הפירעון, אינו נהנה מן ההחזקה כביטחון, שהרי מראש הלווה לו למשך זמן זה, ואם כן כל זמן שלא הגיע מועד הפירעון, זה כמו שעת ההלוואה. אך יש מקום לומר שהוא נהנה בכך גם כאן, שהרי סוף כל סוף עכשיו אינו יכול לקחת את הכסף חזרה, והביטחון חשוב לו.

ג. פרוטה דרב יוסף בנידונו: ב"ח, חו"מ, עב, ג, כותב שאם משכנו לאחר מתן ההלוואה, אין פרוטה דרב יוסף. תומים, עב, ס"ק ו, כותב (ברמו, ומבואר בגידולי שמואל, ב"מ פב, ד"ה ולאוקימתא) שאם משכנו לאחר מתן ההלוואה, אין פרוטה דרב יוסף לפי הדעה (ליד ציון הערה 235) שפרוטה דרב יוסף במשכון היא בגלל מצוות ההלוואה, ורק לדעת הרא"ש (ליד ציון הערה 234) שהיא בגלל מצוות הטיפול, יש כאן פרוטה דרב יוסף. אך אחר כך הוא כותב שגם לרא"ש, אין פרוטה דרב יוסף בטיפול כאן, מפני שהלווה יכול לטפל בו בעצמו, שהרי במשכון שנלקח לאחר ההלוואה יש מצוות השבת העבוט, ואם כן הלווה יכול לטפל בו בומן שהמלווה מחזירו לו.

ד. לעומתם, שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (ק ע"ג), כותב שלפי הרא"ש שפרוטה דרב יוסף במשכון היא בגלל הטיפול, היא קיימת גם בנידונו; וגם לרשב"א (הערה 235) שהמצווה היא בהלוואה, קיבל שכרו בתורת מוקדם על המשכון שנטול עכשו, כלומר, שמה שהיה פטור מלתת צדקה בעת מתן ההלוואה, נחשב שכר על שמירת המשכון (ראה ליד ציון הערה 12 על שכו שניתן לפני ההפקדה). אך לפי מה שהסברנו ליד ציון הערה 236, שההפטר מצדקה בשעת ההלוואה נחשב שכר על שמירת המשכון מפני שמתן המשכון הוא חלק ממצוות ההלוואה כיוון שאינו צריך להלוות בלי לקבל משכון, יוצא שכאן הלווה בלי לקבל משכון, מצוות ההלוואה אינה קשורה למשכון, וההפטר מצדקה דאו אינה יכולה להיות שכר על שמירת המשכון.

להערה 262

א. רח"א מילר סבור שזו גם דעת ב"ח, חו"מ, עב, ד, שמשווה דין משכנו לאחר ההלוואה לחיוב במשכנו בשעת ההלוואה מצד התחייבות המלווה (ליד ציון הערה 239), ומכאן שהבין שמדר' יצחק חייב על המשכון רק כנגד החוב, כמו בהתחייבות המלווה.

ב. גם שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לו, כותב שלטעם שהוא שומר שכר בגלל ההנאה שיכול לקנות בו בחליפין, אינו שומר שכר אם המשכון שווה יותר מהחוב, מפני שהכוונה כאן היא שהוא שומר שכר מפני שנהנה בזה שיכול להשתמש במשכון כחליפין ממש, לקנות נכס אחר תמורת זה (ולא כסוג האחר של חליפין — ראה בסמוך), והיינו שתמורת אותו נכס הוא מקנה למוכר את החוב שיש לו במשכון הזה; אבל לגבי זה הרי אסור לשומר המלווה למסור את המשכון לאחר, אם הוא שווה יותר מהחוב (ראה סעיף 3, במילואים להערה 7, על איסור המסירה), ודווקא אם הוא שווה לחוב הרי הוא קניו לו ויכול להחליפו בדבר אחר. אך הוא מביא

מילואים לסעיף 1(ג)

שר' יוזפא סגל כתב שלפי הטעם שנעשה שומר שכר מפני שיכול לקנות בו בחליפין, הוא שומר שכר גם במשכון ששווה יותר מהחוב, ואין לאסור מטעם איסור מסירת משכון לאחר, מפני שהכוונה כאן היא לחליפין מהסוג שהנכס עושה רק מעשה קניין, ולא שווה בשווה, ובסוג זה הנכס חוזר לבעליו, ולכן אין בעיה של איסור מסירה לאחר. בית אפרים עצמו דוחה את דבריו, בטענה שאפשרות החליפין מסוג זה אינה די חשובה שבגללה יעשה שומר שכר, שהרי בוודאי אינו אדם ערטיילאי ויש לו דברים אחרים שיוכל להשתמש בהם לצורך זה.

ג. בית אפרים שם מביא שר' יוזפא סגל כתב עוד, שלפי ההסבר שנעשה שומר שכר בהנאה שיכול לקדש בו אשה, נמצא שאם המשכון שווה יותר מהחוב אינו שומר שכר, שהרי אינו יכול לקדש בו אשה, מפני שאסור לשומר למסור את הנכס לאחר, ואמנם שומר רשאי למסור את הפיקדון לאשתו (סעיף 7, ליד ציון הערה 134), אבל זה רק באשתו הנשואה ולא בארוסה. לעומתו, בית אפרים עצמו אומר שגם אם המשכון שווה יותר מהחוב, הוא שומר שכר מטעם זה (כך נראית כוונתו), למרות איסור המסירה לאחר, שהרי בעצם גם אם המשכון אינו שווה יותר מהחוב, אינו רשאי למסור לאחר, אלא שאף על פי כן יכול לקדש בו אשה או לקנות בו עבד וקרקע בתורת קניין, ולקחת אותו חזרה מהקונה (או מהאשה) בתורת פיקדון, או לתת למי שבעל הנכס רגיל להפקיד אצלו (שוה מותר — ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 210); ועוד, שאיסור המסירה הוא רק לכתחילה, ובדיעבד מקודשת.

ד. תוספות, ב"מ כט ע"א (ד"ה והוי), כותבים בסתם שמדר' יצחק חייב המלווה בגנבה ואבדה רק כנגד החוב. עיין אמרי מהרש"ח, ב"מ שם (ד"ה בתוס' שם), שנימק, שמאחר שמשכנו לאחר ההלוואה, הוא נוטל אותו לגבייה, וזו הסיבה שהוא קונה, ולכן הוא קונה רק כנגד החוב.

ה. קצות החושן, עב, ס"ק ז, כותב שאם אבד חלק מהמשכון (שמשכנו לאחר מתן ההלוואה), ובמה שנשאר יש כדי החוב, הרי מאחר שאחרייתו מצד דר' יצחק היא רק כנגד החוב (מפני שלדעתו אין כאן הנאת החזקה כביטחון — ראה במילואים להערה 264; ואין התחייבות מכלל של המלווה: "אם יאבד אפסיד חובי" — ראה הערה 263), יוצא שלפי רש"י (במילואים להערה 259) שמשום דר' יצחק קנאו לגמרי, מחלקים את החבות באופן יחסי, ולדוגמה, אם החוב היה עשר והמשכון היה שווה מאה, ואבד חציו, יפסיד המלווה חמש והלווה מפסיד ארבעים וחמש; ואילו לפי התוספות (ליד ציון הערה 259) שמשום דר' יצחק הוא שומר שכר משום הנאתו שיכול לקדש בו אשה, יפסיד כאן את כל החוב, מפני שרואים כאילו קיבל פרוטה כדי לשמור חלק מהמשכון ששווה כדי חובו. אך אין מובן מדוע אומרים שהחלק שאבד הוא החלק שלו במשכון. על אבדן חלק מהמשכון ראה גם ליד ציון הערה 251.

להערה 263

א. גם הגהות אשרי, ב"מ, פרק ו, סימן יח, כתב שההתחייבות אינה קיימת אם משכנו אחרי ההלוואה. עיין חידושי ר"א גוטמכר, פסחים לא ע"א (עמ' קא ועמ' קו), הנמק את דבריו מטעם אסמכתא. ועיין על דבריו עוד בישועות יעקב, חו"מ, עב (ד"ה יש לי). ב. אפשר שבכל זאת היה נפקא מינה לדעה השנייה (גם לפי נתיבות המשפט) במה שהוא שומר שכר כנגד חובו (כשלקח את המשכון לאחר מתן ההלוואה) מכוח טובת הנאה בזה שמחזיקו כביטחון: במקרה שנגנב חלק מן המשכון, ונשאר כדי חובו. ליד ציון הערה 251 ראינו שלדעה השנייה, אם נגנב חלק, לפי הנימוק של התחייבות המלווה, הוא לא יפסיד; אבל מאחר שאנו אומרים כאן שהוא שומר שכר על חלק המשכון שכנגד חובו בזכות טובת הנאה שיכול לקדש בו אשה, הוא יהיה אחראי על אותו חלק שנגנב. יש להוסיף, באותו קו מחשבה, שגם לגבי גנבת אונס, אשר אמרנו (ליד ציון הערה 243) שהמלווה פטור עליה לפי הדעה השנייה, הרי זה רק לפי הנימוק של התחייבות המלווה, אבל מאחר שאנו אומרים כאן שהוא שומר שכר כנגד החוב, הוא יהיה חייב בגנבת אונס על אותו חלק במשכון שכנגד החוב. כך גם לגבי הנפקות של חיוב השמירה (ליד ציון הערה 246). אבל שאר הנפקיות שמנינו שם לא ישתנו מכוח מה שאנו אומרים כעת שהוא גם שומר שכר, מפני שבאותן נפקיות החמירה הדעה השנייה משום שהיא אומרת שיש התחייבות מצד המלווה.

להערה 264

א. תומים, עב, ס"ק י, הסביר את סברת הריטב"א, שאין למלווה עניין להחזיק דווקא במשכון יקר, והיה מוכן גם לקחת משכון ששווה רק כדי החוב.

ב. שו"ת ברכת רצה, סימן פב, מקשה על הריטב"א, הרי אומן שומר שכר על כל הנכס מצד הנאת החזקה כביטחון (ראה ליד ציון הערה 135), אף על פי ששכרו נמוך מערך הנכס? לכן הוא מסביר, שבעצם הריטב"א סובר כסברה ליד ציון הערה 257, שבמשכון אין הנאת החזקה כביטחון מפני שלא הרוויח המלווה מן ההלוואה, אלא שקשה על זה, שהלא הרוויח שאינו צריך לשמור על הכסף, ועכשיו כספו שמור היטב, שאף אם יקרה אונס ללווה יצטרך לשלם לו? וכדי להשיב על כך, אמר הריטב"א שבאמת בגלל זה הוא שומר שכר כנגד חובו — כספו, אבל לא על העודף. אך ראה במילואים להערה 135, שהוא הסביר שאומן נחשב שנהנה מכל הנכס, וזוהו יישב את קושייתו על הריטב"א.

ג. יש שנימקו דעה זו בכך שאין כאן בכלל הנאה בזה שמחזיקו כביטחון. קצות החושן עב, ס"ק ו, הסביר שאין זו טובת הנאה כלל, מפני שהיה יותר טוב לו שלא להלוות בכלל, ואז לא היה צריך ביטחון על כספו. רח"א מילך הסביר, שלעומת הש"ך (שהובא בהערה 260) שטען שכשהוא עומד אחרי מתן ההלוואה, עדיף לו ליטול משכון משל אלו, סבור קצות החושן שמאחר שהלווה כבר בלי משכון, כבר השלים בליבו עם אבדן כספו אם הלווה יסרב לשלם, ולא נהנה כל כך מזה שיהיה לו ביטחון למניעת אבדן כזה. אפשר להסביר בדרך אחרת: קצות החושן סבור שאין להסתכל על המצב כפי שהוא כרגע, שנוח לו לקבל ביטחון, אלא יש לראות את העסקה בכללותה, והרי במבט כולל היה עדיף לו שלא להלוות ולא לקחת עכשו משכון (מעין הסברה לגבי בן המלווה — ליד ציון הערה 277).

ד. תומים, עב, ס"ק כב, הסביר, שהרא"ש בקידושין סובר שהנאת החזקה כביטחון חשובה רק אם הוא מרוויח מן העסקה. גם שואל ומשיב (הערה 261) נימק, שהחזקה המשכונת אינה רוחב בשבילו, אלא מניעת הפסד, והיה עדיף לו שהלווה יפרע מיד (ראה בשמו במילואים להערה 257). כמו כן, שו"ת באר יצחק, חו"מ, סימן ו, ענף ג, כותב שלפי התוספות (ראה במילואים להערה 257, אות טו) הסוברים שאין הנאה זו קיימת כשאינו מרוויח, אף כאן אינו שומר שכר בשל הנאה זו.

ה. תומים, עב, ס"ק י, מסביר שמאחר שאם משכנו לאחר ההלוואה חייב להשיב את המשכון מדין השבת העבוט, אין הנאה מהחזקה כביטחון, שהרי הלווה עלול שלא להחזירו לו. גם חזקה רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה שפו, בסופו, כתב שבמקרה שיש חובת השבת העבוט, אין הנאה זו קיימת.

מילואים לסעיף 1(ג)

ו. בית הלוי (הורובין), עב, ס"ק ח, כותב שאין כאן הנאת ההחזקה כביטחון, מפני שהיא קיימת רק במי שמרוויח כל יום. כוונתו היא שכמו שכתבו תוספות, ב"מ פא ע"א (ד"ה הא), שאומן שאמר "גמרתיו" אינו שומר שכן מפני שעכשו אינו מרוויח אף על פי שלפני כן הרוויח, כך כאן אינו שומר שכן אף על פי שעכשו נהנה, מפני שלפני כן לא נהנה.

להערה 265

א. תומים, עב, ס"ק יג, מקשה על הסמ"ע ועל הש"ך, הלא אין אחריות שמירה בנכסי נכרי (ראה בשמו בסעיף 13, במילואים להערה 10)? ליישוב קרשי זה עיין אבני החושן, עב, ס"ק ח.

ב. שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן רו (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, עב, ס"ק ז), כותב שגם ישראל המלווה באיסור בריבית לישראל אחר הוא שומר שכן מסיבה זו על כל המשכון (גם לדעה השנייה) מפני שנהנה מן הריבית, ואף על פי שהלווה יכול להוציא ממנו בבית דין את הריבית שלקח ממנו, מכל מקום בינתיים הוא נהנה מכך שכסף הריבית בידו, שיכול לעשות בו רווחים. רז"ג גולדברג הסביר, שהוא נהנה מן המשכון, בזה שיכול למכרו ולהשתמש בתמורה, והתמורה כוללת גם את הריבית; ואף על פי שנהנה באיסור, הנאת איסור נחשבת נאה. אך דברי חתם סופר קשים, שהרי לדי ציון הערה 20 ראינו שהמקבל שכן שבת אינו שומר שכן בגללו משום שחייב להחזירו, ואין אומרים שיהיה שומר שכן בגלל הנאתו מהשימוש שיכול לעשות בכסף בינתיים.

ג. ראה בעניין זה במילואים להערה 333 בשם פתחא זוטא.

ד. דעה חולקת: שו"ת איתן האורח, סימן יז, חולק על הסמ"ע, ואומר ששמעון אינו שומר שכן בשל הריבית, משום שהיא אינה שכן על שמירת המשכון, אלא שכן על ההלוואה; וגם אין לומר ששמעון נהנה מן המשכון בכך שהוא פותר את בעיות איסור הריבית, שהרי רמ"א, יו"ד, קסח, יד, כתב שבמקרה זה גם אם אין משכון, אם הנכרי מסרב לפרוע, חייב ראובן לשלם לשמעון את הריבית שקבע עמו, וכן רמ"א, יו"ד, קסח, יח, אומר שבאופן זה מותר גם אם ראובן אינו מקנה לשמעון את המשכון שקיבל מן הנכרי, אלא המשכון נקנה לשמעון מיד בשעת ההלוואה בכל מקום שהוא, ועוד הוא אומר שאם ראובן רוצה לפדות את המשכון (כדי לקבל את הריבית לעצמו) חייב שמעון לתת לו, ונמצא שאין לו הנאה מן העובדה שהמשכון בידו. הוא מוסיף שאינו שומר שכן מצד הנאתו מהחזקתו כביטחון, מפני שאין זו נחשבת הנאה, כיוון שהלה הלווה לו והוא מחוייב לשלם (אך אין דבריו ברורים). הוא מוסיף, שגם אם נאמר שלולא המשכון היה אסור לו ליטול ריבית, מכל מקום זו הנאה רק כנגד ערך הריבית ולא כנגד הקרן, מפני שגם אילו המשכון היה שווה רק כערך החוב היה מותר להלוותו בריבית בדרך זו.

להערה 267

א. גם רמ"מ אוירבך, בשו"ת ר"י מפוזנא, סימן פב, כותב שבהיתר עסקא, המלווה אינו שומר שכן על המשכון מפני שיתכן שלא יהיו רווחים; ומה שכתב הסמ"ע (הערה 265) שכשיש ריבית המלווה הוא שומר שכן, הוא מתבסס בעיקר על טעמו השני (ראה הערה 265), שהוא כאילו הלווה לנכרי עצמו, שהישראל הוא שליחו, ומסיבה זו גם אם משכון לו משכון של נכרי בלי ריבית, ובידניהם מתחייב המלווה גם על העודף, הוא כשומר שכן, מפני שהישראל הוא שלוחו, כמו נאמן הקהל, שהוא שומר שכן (ראה ליד ציון הערה 358) מפני שהקהל הוא רק שליח של השלטון.

ב. כנגד טענת התומים (הערה 269), שהמלווה מרוויח ולכן הוא נהנה מן ההחזקה כביטחון, שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן קכה, מבאר שהש"ך ישיב שאין המלווה מרוויח, מפני שהלווה נהנה יותר מן המלווה מן האפשרות להרוויח, שהרי המלווה היה יכול לבחור באדם אחר לתת לו את העסקא, ואם כן עיקר העסקא היא לטובת הלווה, ולכן אין למלווה הנאה של החזקה כביטחון. על דברי הש"ך כאן עיין אבני החושן (רוונר), עב, ס"ק ח; אבני חושן (זילברשטיין), עב, על נתיבות המשפט, ס"ק יג.

ג. שו"ת דברי משה (זקס), סימן ד, ענף ח, מבאר שהש"ך סובר שאין כאן הנאת ההחזקה כביטחון, מפני שכל המלווים מחזיקים משכונות (ראה בשמו במילואים להערה 257); ואינו שומר שכן בגלל הרווח שמקבל מן המתעסק, מפני שרווח זה אינו מחמת המשכון אלא מחמת הכסף שבעסקא; ואינו שומר שכן מצד האפשרות להרוויח, שהרי לפי הסכם היתר עסקא הנהוג, אם יישבע המתעסק שלא הרוויח, לא יקבל הנותן כלום. בענף ט הסביר שאינו שומר שכן מצד שהמשכון נמצא אצלו להנאתו שעל ידו הוא מרוויח, מפני שהשכר מועט, ואין ביטחון שיבוא שכן; ואם הרווח ברור, דינו יהיה תלוי במחלוקת שהבאנו במילואים להערה 134 ו'135 האם אומן שומר שכן מצד הנאתו מן ההשתכרות, או לא, שהרי אף כאן הוא נהנה מהימצאות המשכון אצלו, שעל ידו הוא מרוויח, אלא שאין זה שכן ישיר על השמירה. ולכן הוא כותב (בענף י) שיוכל לומר "קים לי" שהוא שומר חנים. בסימן ה, ענף ג, הוא כותב שהוא שומר שכן עוד לפני שמסר את הכסף למתעסק, בהנאה שיכול לעכב את המשכון אצלו עד שיתן לו את הרווח, ואילו לא המשכון היה המתעסק יכול לחזור בו מההתעסקות; ובענף ז ובענף ט הוא כותב שמתעם זה גם מי שנתן כלי לאומן לעשות או לתקן, ויש בידו משכון משל האומן, הוא שומר שכן עליו בהנאה שיכול לעכבו עד שיתן לו האומן את הכלי המתוקן (ראה בשמו במילואים להערה 280). אך בענף ט הוא כותב שיכול לטעון "קים לי" כדעה שאין בכוחו לכופ את המתעסק להתעסק עבורו, אף על פי שיש לו משכון, שלפיה אין לו הנאה זו מהמשכון ואינו שומר שכן; ועצם ההנאה שתבוא לו אחר כך, לא די בה לעשותו שומר שכן עכשו (גם לדעת הש"ך שהוא שומר שכן מכוח הנאה זו כשהכסף כבר נמסר).

ד. שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן קכה, ושו"ת איתן האורח, סימן יז, כותבים שגם לדעה הראשונה, שמלווה שומר שכן על המשכון מפני פרוטה דרב יוסף, כאן אינו שומר שכן, מפני שלא נהנה פרוטה דרב יוסף, שהרי לא עשה מצווה אלא הוא נותן את העסקא כדי לקבל רווחים. גם שו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן יב, כותב שאין פרוטה דרב יוסף בהיתר עסקא (אלא שכתב שהוא שומר שכן מטעם ההחזקה כביטחון). ראה גם במילואים להערה 355, שנראה שזו דעת ים של שלמה. כנגד זה, שו"ת קרני ראם, סימן ריא, כותב שבאמת גם כאן יש מצווה, ואדרבה זו מצווה יותר גדולה, כשנותן לחברו אפשרות להרוויח בשותפות בעסקא, כמו שכתב שו"ע, יו"ד, רמט, ו (והוא מדיגש סתפקו של מהריב"ל, האם הוא שומר שכן או לא, הוא לפי הדעה שאינה מתחשבת בפרוטה דרב יוסף).

להערה 269

א. כמו כן, שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תכט (הובא בשו"ת כהונת עולם, סימן פה, דף פח ע"א, ובתשובת ר"ש ויליסיד, בשו"ת פני משה, חלק א, סימן יב), כותב על המקרה של מהריב"ל, שהוא שומר שכר גם לדעה שמלווה על משכון שומר חנים, קל וחומר מטובן מכירה (ליד ציון הערה 181), מפני שזה היה "קמביו", ובו יש רווח ודאי גם אם לא תימכר הסחורה.

ב. כמו כן, שו"ת שער אפרים, סימן קכב (ד"ה אך), כותב שהוא שומר שכר, מפני שיש לו הנאה בעין. גם ר"מ בנבנשתי ור"ש ויליסיד, בשו"ת פני משה, חלק א, סימן יב, כותבים שגם לדעה שאינה מתחשבת כפרוטה דרב יוסף, אז אם הלוואה עם רווח ושכר, הוא שומר שכר.

ג. גם שו"ת ר"י מפונזא, סימן פג, כותב שהמלווה שומר שכר כאן מחמת הרווחים, כמו שסוכם מכירה שומר שכר אך על פי שאינו בטוח שירוויח. אך הוא כותב שלפי הרמב"ם, הסובר שמתעסק שומר חנים מפני ששכרו הוא על ההתעסקות ולא על השמירה (ליד ציון הערה 161), אך כאן המלווה הוא שומר חנים מפני שהרווחים הם מהכסף ולא מהמשכון.

ד. מחלוקת הש"ך והתומים מובאת בשו"ת אמרי יוסף, חלק א, סימן מז. עיין גם עטרת ישראל, חלק התשובות, סימן יג, אות א, שכתב שכאן הוא שומר שכר מפני הנאת החזקה כביטחון.

ה. רח"א מילר נימק דעה זו, שהיא סוברת שגם האפשרות להרוויח נובעת מן המשכון, מפני שהאפשרות נובעת מן הקרן, ובלי משכון המלווה אינו בטוח שיקבל בחזרה את הקרן.

ו. שו"ת בני משה (שלטון), סימן טו, כותב שמלווה בריבית הוא שומר שכר על המשכון לכל הדעות, מצד הנאתו מהחזקה כביטחון על קבלת הריבית, ודווקא לגבי הקרן של ההלוואה אין הנאת החזקה כביטחון מפני שהיא מעדיף שלא להלוות, מה שאינו כן בריבית. מתשובתו נראה שהוא מתכוון לריבית בדרך היתר, כגון עסקא.

ז. שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן כב, אות ו, מעלה אפשרות שגם אם קיבל את המשכון לפני ההלוואה בריבית, הוא שומר שכר מחמת הנאת החזקה כביטחון גם לפני ההלוואה, כמו שאומן שומר שכר לפני שהתחיל במלאכה מפני שנהנה שיהיה לו מה לתפוס כשיעשה מלאכה וירצה שכר (ראה ליד ציון הערה 153); ואף על פי שהלווה יכול לחזור בו, מכל מקום, כל עוד לא חזר, אפשר שהמלווה שומר שכר בגלל הנגה האמורה.

ח. שו"ת ברכת רצה, סימן ז, כותב שאם לקח את המשכון לפני שהלווה קיבל את העסקא, אינו שומר שכר, מפני שבשעת קבלת המשכון לא היה עדיין חוב שיהיה זקוק לבטחון עבורו, וגם אין לומר שיעשה שומר שכר אחרי שקיבל את העסקא, שהרי אז "בעליו עמו" (ראה בסמוך), ומכל מקום הוא שומר חנים (מפני שבשעת ההפקדה לא היו "בעליו עמו").

ט. אך התומים שם (הובא בשו"ת אוריין תלחאי, תאומים, סימן קכו, ובבית יצחק שם אות א ואות ד), שו"ת נטעי נעמים, חו"מ, סימן נו, שו"ת ברכת רצה, סימן ז, ושו"ת ר"ח הכהן (רפפורט), חו"מ, סימן יח, כותבים, שבמקרה רגיל של עסקא, המלווה פטור משום "בעליו עמו", שהרי בעל המשכון, המתעסק, עושה עבודה בשביל השומר, המלווה. לכן התומים מצמצם את חיוב המלווה למקרה שהמשכון שייך לאדם שלישי, שנתן משכון שלו למלווה לטובת המתעסק. אולם ישועות יעקב, חו"מ, עב, ב (ד"ה עיין ש"ך), כותב שאין בעסקא הפטר מטעם "בעליו עמו" — עיין שם. ר"ח הכהן שם כתב שאם המלווה קיבל את המשכון לפני שנתן את הכסף לעוסק, אין הפטר של "בעליו עמו".

י. סוג אחר של הלוואה המנביה רווחים בהיתר, הוא בהיתר בתורת מכירה — שהמלווה קונה את המשכון מהלווה במכר גמור, ומבטיח לו שיוכל לקנותו בחזרה אחר כך, ויקבעו אז מחיר יותר גבוה, כך שהמלווה הרוויח את ההפרש; והנכס הנמכר משמש בתפקיד של משכון. רמ"מ אירבך, בשו"ת ר"י מפונזא, סימן פב, פוסק שהמלווה אינו שומר שכר על המשכון, אלא נחשב כאילו נכס שלו אבד; ואף על פי שהמלווה לא יוכל להתחרט ולהחזיק במשכון אלא הוא חייב לקבצו חזרה, מכל מקום הוא פטור מאחריות כאילו התנה שלא יהיה חייב באחריות, מפני שהמכירה מועילה להיתר ריבית וגם כדי שלא יגיע המלווה לנזק. הנפקות היא למקרה שהתברר שמכר את הנכס ללווה בפחות משווי (שאלו אם מכר בשוויו, לא יפסיד הלווה כלום בזה שהמלווה לא ישלם לו את ערך המשכון, כיוון שאינו צריך לפרוע את ה"חוב" בדרך של קניית הנכס בחזרה). והוא פוסק שגם אז המלווה פטור מאחריות, אף על פי שאז המכירה לא מועילה וההיתר בטל, מפני שמכל מקום רואים כאילו התנה להיפטר מפשיעה (כדי שלא יפסיד), מפני ש"לישנא יתירא לטפויי אתא". גם ר"י מפונזא עצמו, שם, סימן פג (עמ' קעד), כתב שאם אבד, המלווה פטור, מפני שנכס שלו אבד, ומה שהתחייב למכור לו אותו בחזרה הוא רק אם זה יהיה עדיין אצלו, ולא אם יאבד. והוא כותב (בעמ' קעז) שגם אם קבעו תוספת מחיר הגבוהה יותר משישית מערך הנכס, שברוך כלל מכר כזה בטל, כאן המכירה תקפה, מפני שהמוכר-הלווה יודע שעשו את המכר כדי שהקונה-המלווה יהיה בטוח ויבוא שוב לקנות אצלו — להלוות לו, והרי שו"ע, חו"מ, רכו, כג, פסק שאם ניכר שהמוכר הוצרך להווייל את המחיר מחמת דוחקו, המקח קיים (תשובותיהם נדפסו תחילה במוריה שנה ו, גל' ה'ו, עמ' ט"ט). גם שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן כ, בסופו (הובא בשו"ת ישמח לב, חלק ב, חו"מ, סימן ט, דף יט ע"ב, ובמחזה אברהם, בוטון, סימן כט, אות יט, דף קח ע"ד), כותב שאין למלווה אחריות על "משכון" שקיבל בתורת מכירה כדי להינצל מאיסור ריבית, מפני שזו נחשבת מכירה גמורה, וכאילו הנכס שלו.

להערה 271

א. יצוין, שבמקרה זה חמורה אחריותו בנקודה אחרת: הוא יפסיד את חובו גם אם המשכון יאבד באונס (שלא ככחוב רגיל), שהרי אז לא יהיה לו מאין לגבות את חובו, גם מעבר להתחייבותו: "אם ייגנב או יאבד המשכון, אפסיד את חובי". אך רז"ג גולדברג הדגיש, שאם אבד חלק מהמשכון באונס, יכול לגבות את חובו ממה שנשאר במשכון.

ב. רז"ג גולדברג העלה אפשרות שלפי קצות החושן, גם באפודתיקי המלווה אינו שומר שכר בהנאת החזקה כביטחון, שהרי קצות החושן כתב (ראה במילואים להערה 264) שגם אם משכנו אחרי ההלוואה אין זו נחשבת הנאה מפני שהיא מעדיף שלא להלוות כלל, ואף כאן כן. את ראיית נתיבות המשפט מהדין שניזק שתפס את השור המזיק נחשב שומר שכר על השור, משום שאין לו נכס אחר לגבות ממנו — יש לדחות, שניזק שונה, שבו אין לומר שהיה עדיף אילולא נוצר החוב, שהלא זה קרה שלא מרצונו, שניזוק שורו (כסברת שער המלך, במילואים להערה 314). על אפודתיקי סתם, עיין עטרת ישראל, חלק התשובות, סימן יג, אות א, שדינו כמשכון רגיל.

מילואים לסעיף 1(ג)

ג. שו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ, סימן נד (הובא באמרי דוד, שליסל, מצווה נט, כתר מצווה, אות ב), כותב שאם התנה המלווה עם הלווה שאם לא יפרע עד תאריך פלוני המשכון יהיה שלו, הוא שומר שכר בהנאת ההחזקה כביטחון, מפני שהוא מעוניין לקנות את המשכון, וזה עדיף לו מאילולא הלווה כלל. רח"א מילר העיר שבמקרה זה יותר נכון לומר שהוא שומר שכר בהנאה שמחזיקו לאפשרות שיהיה שלו, שהוא מעוניין בו, ושלא כבמקרה רגיל שמחזיקו רק כביטחון.

ד. הרשב"א, בתשובה המובאת בשיטה מקובצת, ב"ק לו ע"א, כותב שמלווה אינו חייב בשמירה על אפותיקי מפורש. אך מההקשר נראה, שהוא מתכוון למקרה שהנכס אינו ברשותו.

להערה 272

א. לב מבין כתב שאם מכר את הנכס במחיר נמוך מזה שבשוק, אינו שומר שכר, מפני שאין למוכר הנאה מן המכר. מצד שני, הוא כותב, שאם המוכר מכר את הנכס במחיר הגבוה במעט ממחירו בשוק, הוא שומר שכר גם במכר שיש עליו הרבה קופצים, מפני שהוא נהנה מן המכר.

ב. ה"ט"ז כתב שהוא שומר שכר גם במצב ביניים שאין הרבה ויש יותר ממעט קופצים. רח"א מילר נימק, שגם בזה נהנה המוכר, אף שנהנה גם הקונה.

ג. ה"ט"ז כתב בפירושו שהוא שומר שכר כנגד כל ערך המשכון. אך נתיבות המשפט לא כתב כך בפירושו, ורח"א מילר סבור שלפי נתיבות המשפט הוא שומר שכר רק כנגד החוב, שהרי שיטת נתיבות המשפט היא, כפי שראינו ליד ציון הערה 264, שהנאת ההחזקה כביטחון מחייבת אותו כשומר שכר רק כנגד החוב.

ד. דעות חולקות: אורים, עב, ס"ק יח, חולק על ה"ט"ז, וכותב שאינו שומר שכר על כל המשכון. הוא מביא ראיה מהדין (ליד ציון הערה 278) שהמלווה פירות אינו שומר שכר על המשכון מצד שנהנה שפירותיו לא יתקלקלו. שו"ת אמרי יוסף, חלק א, סימן מז, דחה ראיה זו, שלדעת ה"ט"ז מה שהמלווה פירות אינו שומר שכר הוא דווקא במצב שקונים יקפצו על הפירות גם אם הם עומדים להתקלקל. אך הוא מעיר שמסתמת הפוסקים נראה שהמלווה פירות אינו שומר שכר אפילו במצב כזה.

ה. כמו כן, שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן יז, כותב שגם מוכר בהקפה אינו שומר שכר בגלל ההחזקה כביטחון, אף על פי שהמוכר חושש שהקונה לא ישלם, מפני שבכל זאת היה מעדיף שיקח מראש את הנכס וישלם לו מיד, והנאת ההחזקה כביטחון היא רק בדבר שהוא מרוויח בכך, כמו שכתבו התוספות (שהבאנו במילואים להערה 257, אות טו), וגם אם הוא מפחד שהלווה לא ישלם לו, מכל מקום החזקת המשכון אינה רווח שבבילו אלא מניעת הפסד.

ו. על מקרה זה ראה גם ליד ציון הערה 301, מצד פרוטה דרב יוסף.

ז. דוגמה נוספת למחזיק משכון שהוא שומר שכר מפני הנאת ההחזקה כביטחון: שו"ת ברכת רצה, סימן פב, עוסק במי שקיבל מחברו שעווה למכור עבורו, על תנאי שישלם לבעל השעווה מראש חצי מחיר השעווה, וכשיצליח למכור, יקח לעצמו את מה שכבר ישלם, ובשאר הכסף יהיה רשאי לסחור בתורת עסקא; נמצא שהשעווה היא משכון עבור "חוב" זה, שבעל השעווה חייב לו חצי ערך השעווה. הוא פוסק שהוא שומר שכר על הכל מטעם הנאת ההחזקה כביטחון, מפני שאכן ההלוואה (של חצי הערך) באה לטובתו של המלווה-המוכר, שבתמורה קיבל את השעווה למכור, ויוכל לסחור בכסף.

להערה 273

א. גם ברכת אברהם (טריויש-צופתי), סימן נח (עמ' נח במהד' תשכ"ה), הובא בדרישה, חו"מ, עב, לה, כותב בדעת שו"ת הרא"ש, כלל ז, סימן ג, שהמשכיר שומר שכר על המשכון, משום שנהנה מן השכירות. רח"א מילר העיר שאף על פי שברכת אברהם אינו מזכיר את ההנאה מן ההחזקה כביטחון, ברור שזאת כוונתו, שהרי עצם הנאתו מן השכירות אינה קשורה למשכון ואינה יכולה לעשותו שומר שכר.

ב. אולם רח"א מילר העיר שלפי נתיבות המשפט, שהובא בהערה 264, שהנאת ההחזקה כביטחון עושה אותו שומר שכר רק כנגד החוב, אף כאן הוא שומר שכר רק כנגד החוב.

ג. ראה במילואים להערה 301, בשאלה האם יש פרוטה דרב יוסף בחוב של שכירות; וראה במילואים להערה 289, בשם התומים, שיש כאן בעיה של "בעליו עמו".

להערה 274

א. רח"א מילר העיר שהש"ך כתב זאת בהסבר דברי נימוקי יוסף, אבל אין הוא פוסק כך במוחלט, ומספק פסק בס"ק לח שהפסיד רק כנגד חובו, כפי שנביא במילואים להערה 275.

ב. רח"א מילר העיר שוב, שלפי נתיבות המשפט בהערה 264, כאן הוא שומר שכר רק כנגד חובו מצד הנאת ההחזקה כביטחון (וראה בשם התומים, במילואים להערה 276).

ג. חכם אחד, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן צח, כתב שטוענים בעבור הירושים שאביהם התנה להיפטר מאחריות על המשכון. אך שו"ת תורת השלמים, סימן טו, כתב שאין טוענים כך ליורש, מפני שזו טענה שאינה שכיחה.

ד. שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ג, כותב שאם הבן לא ידע שזה משכון, או שהיה קטן (שידיעתו אינה נחשבת), אינו שומר שכר. אבל הוא מדייק מדברי ערך לחם, חו"מ, עב, ו, שהוא מחייב גם יורשים קטנים, שהרי כתב רק שאם אין יורשים כלל, ונפלו נכסיו להקדש או להפקר, לא יגבה הלווה מנכסי המת את העודף מעבר לסכום החוב, מפני שאין מי שישמור אחרי מותו, ואין מי שישא באחריות לאבדן המשכון. אך גינת ורדים מעיר שמאותה סיבה יש לפטור יורשים קטנים. על גבייה מירישי השומר, ראה בשמו בסעיף 1(א), במילואים להערה 112, וראה בסעיף 5, פרק ג, 3.

מילואים לסעיף 1(ג)

ה. שו"ת עולת שמואל (לובצר), חלק א, סימן סד, כותב שירוש של המלוה חייב כשומר שכר מפני שהחוב שלו. והוא כותב, שאם לא ידע היורש שזה משכון, ולכן לא שמר, אמנם אין לחייבו באחריות, מפני שזה אונוס (וכך כתב גם עורך השולחן, חו"מ, עב, יג — ראה סעיף 1(א)), פרק א, 3 (ה), אבל הפסיד את חובו, מפני שהמוריש איבד את החוב כיוון שפשע בזה שלא הודיע לבנו שזה משכון (נראה סברה זו בסעיף 5, הערה 106, בעניין גבייה מנכסי המוריש במקרה מקביל), ואם המוריש איבד את החוב, אין ליורש מה לרשת; אבל אם המוריש מת פתאום, כך שלא פשע בזה שלא הודיע — לא הפסיד את החוב, והיורש ירש אותו. ראה סעיף 5 שם, על מיתה פתאומית.

ו. עורך השולחן, חו"מ, עב, יג, כותב בסתם שדין הבן כדין האב (כלומר, לכל דעה כשיטתה לגבי המלוה עצמו), שצריך לשמור את המשכון מפני שהוא מחויקו בשביל החוב.

להערה 275

א. גם לפוסקים אלו, הדעה השנייה תחייב את היורש באחריות כשומר שכר על המשכון בשווי שכנגד החוב, מחמת הסברה שהוא כאילו התחייב: "אם יאבד המשכון, אפסיד את חובי", כשם שאומרים כך במלוה עצמו. כך כתבו ים של שלמה שם; סמ"ע, עב, ס"ק כה; ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לח; לב מבין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, א (דף קעד ע"א); ונתיבות המשפט, עב, ס"ק כב (ראה גם במילואים להערה 276 בשם תומים). אך קצות החושן, עב, ס"ק יג, מסופק האם אומרים כך — עיין שם.

ב. אך ראש יוסף, חו"מ, עב, כט, כותב שהבן פטור מאחריות גנבה ואבדה, והלוה אף חייב לשלם את חובו, מפני שדין היורש קל יותר מהאב בדרגה אחת, כמו ביורשי שואל (ראה סעיף 1(ד)), פרק ב, 2, מכח הטענה: "אני יורש את זכותו (האפשרות להשתמש בנכס כמשכון) ולא את חובתו".

ג. על יורש של המלוה, ראה גם ליד ציוני הערות 308-309. וראה במילואים להערה 287, שיש אומרים שיש דין מיוחד ביורש, לגבי מקרה שהמלוה מחל. עיין שולחן של אברהם, חו"מ, עב, ו, וציון במשפט (לוריא), אות סא (לסימן עב), בעניין פרוטה דרב יוסף והנאת ההחזקה כביטחון ביורש של המלוה.

ד. שו"ת משפט צדק, חלק א, סימן עד (רמה ע"ד), כותב שמאחר שהריטב"א הוכיח את דבריו מהדין שירוש שואל הם שומרי שכר, הרי לדעה (סעיף 1(ד)), במילואים להערה 45 שירוש שואל הם שומרי חנים אם אינם משתמשים בנכס, אף כאן היורש שומר חנים. הוא מוסיף, שלדעה שכל מלוה על המשכון הוא שומר חנים, אף הבן שומר חנים; כנראה, הוא סבור שאין כאן הנאת החזקה כביטחון.

ה. לב מבין שם כתב שהמחזק יכול לטעון "קים ליי" כדעה שהיורש אינו שומר שכר.

להערה 276

א. התומים הסביר, שמאחר שבתחילת הגעת המשכון לידי המלוה זה היה בלי רוח, גם עכשו לא נהנה הבן מהחזקתו, מפני ש"ברא כרעא דאבוה"; והא ראה, שאלו לסברת הש"ך, הדין היה צריך להיות שהמלוה עצמו יהיה שומר שכר כשעובר הרבה זמן אחרי ההלוואה, מפני שעכשו הוא נהנה מהחזקתו, ואת זאת לא שמענו. והוא כותב שאף הריטב"א לא התכוון לומר שהוא שומר שכר על כל המשכון מכוח הנאת החזקה כביטחון, שהרי הריטב"א אומר שהנאת החזקה כביטחון עושה אותו שומר שכר רק כסכום החוב (ראה הערה 264; אך שם זה חידושי הריטב"א הישנים על ב"מ, שכנראה אינו הריטב"א בעל החידושים לכתובות); אלא הוא התכוון לומר שהבן אחראי כנגד החוב מכח הסברה (ליד ציון הערה 239) שמניחים שהמלוה קיבל על עצמו להפסיד את חובו אם יאבד המשכון (ראה בשמו דבר דומה במילואים להערה 257).

ב. גם פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (ק"ח ע"א), חולק על הש"ך, מפני שאינו מרוויח בכך שהלוה, והרי התוספות (שהבאנו במילואים להערה 257, אות טו) הצריכו שירוויח. עוד נימק, שכמו שהנאה זו אינה קיימת בשוכר מפני שכל השוכרים מחזיקים אצלם את הנכס (ראה במילואים להערה 124), כך כאן, הרי לרוב מלווים יש משכון; וגם אם נאמר שבמשכנו אחרי ההלוואה המלוה נהנה מההחזקה כביטחון (ראה ליד ציון הערה 260), בנו אינו נהנה בזה שהרי הוא לא הלוה כלום אלא בא מכח אביו.

ג. גם בית הלוי (הרוביץ), עב, ס"ק ח, כותב שהבן אינו שומר שכר מפני שהיה מעדיף שאביו לא ילווה ואו היה יורש את הכסף. ד. רח"א מילר סיכם את השיטות כך: א) הש"ך סובר שבמשכנו לאחר ההלוואה ובכך המלוה, מתחשבים בהנאת החזקה כביטחון מפני שלא קיימת הסברה שהיה מעדיף שלא להלוות, והוא אינו מקבל את מה שהתוספות הרחיבו סברה זו ואמרו שהנאת החזקה קיימת רק אם הוא מרוויח מן העסקה (ראה במילואים להערה 257 על הרחבה זו). ב) תומים ונתיבות המשפט סבורים שבן המלוה אינו נהנה הנאה זו מפני שגם לגבי אפסר לומר שהיה מעדיף שאביו לא ילווה. ג) קצות החושן סבור שלגבי הבן אין לומר שהיה מעדיף שלא להלוות, ומכל מקום אין מתחשבים בהנאה זו מפני שאינו מרוויח מן העסקה, כדברי תוספות שם.

להערה 278

א. אפשר לנמק, שאין זו נחשבת הנאה משמירת המשכון, אלא הנאה מן ההלוואה עצמה, ולכן אינו שומר שכר. ואף על פי שליד ציון הערה 236 ראינו שפרוטה דרב יוסף נחשבת הנאה מהחזקת המשכון משום שלולא המשכון לא הייתה מצווה להלוות, הרי כאן אנו מדברים לפי הדעה השנייה, שאינה מתחשבת בפרוטה דרב יוסף, ואינה מחויבת לסברה ההיא.

ב. על מקרה זה ראה במילואים להערה 272, בשם אמרי יושר, ועיין אבני החושן, עב, ס"ק ח; שולחן של אברהם, חו"מ, עב, ב. ג. פני יהושע, ב"מ פא ע"ב (ד"ה הלוהו), כותב שבהלווהו פירות, ומשכנו לאחר ההלוואה, אין לומר שיהיה שומר שכר בהנאה שלא ירקבו פירותיו, שהרי הנאה זו אינה קיימת בעת קבלת המשכון (ואמנם שכר לפני ההפקדה יכול לעשותו שומר שכר, כפי שראינו ליד ציון הערה 12, אבל זה רק כשהקשר בין ההפקדה לשכר הוא ברור). אבל הפלאה, ב"מ פ ע"ב (ד"ה ולפי"ז מתורץ),

מילואים לסעיף 1(ג)

כותב שאם הלווה סאה בסאה (באופן שאין ריבית), נחשב שומר שכר גם אם משכנו לאחר ההלוואה, מפני שכל משך ההלוואה נהנה בזה שאין פירותיו מרקיבים.

להערה 279

רב עמרם גאון, המובא בספר המקצועות, עמ' עא, פוסק שהוא שומר שכר (אף ששאר מלווה הוא שומר חנים על משכון — ראה בשמו במילואים להערה 239), מפני שאם התייקרו הפירות, נוטל את דמיהם לפי מחירים בשעת ההלוואה (נראה שכוונתו היא, שמשום איסור ריבית אסור שהלווה יחזיר לו פירות, אלא צריך להחזיר לו כסף לפי המחיר הישן). ונהנה בזה שמכר פירותיו נוטל את מעותיו.

להערה 280

א. חידושי הר"ם, חו"מ, עב, ס"ק יז, מסביר שאף על פי שהלווה יכול לקחת את הכסף מיד, שהרי כבר נתן לו המלווה רשות, מכל מקום אין מצווה עד שהוא מקבל את הכסף, שהרי המלווה יכול לחזור בו לפני זה.
ב. שו"ת דברי משה (זקט), סימן ה, ענף א, כותב שלפי רמ"א, חו"מ, לט, יז, הסובר שאם מסר הלווה משכון למלווה, אין המלווה יכול לחזור בו מהבטחתו להלוות — המלווה הוא שומר שכר עוד לפני מתן ההלוואה; אבל לפי קצות החושן, לט, ס"ק ט, בדעת הרוספוט והרא"ש, שעדיין יכול המלווה לחזור בו, אינו שומר שכר על המשכון לפני מתן ההלוואה. בענף ב הוא כותב שאף לתוספות ולרא"ש, בהלוואת עסקא אין המלווה יכול לחזור בו מהבטחתו כיוון שקיבל משכון (ע"י שם בהוכחתו לכך). ולכן אף לדעתם יהיה שומר שכר על המשכון עוד לפני מתן ההלוואה (צריך להוסיף ולהסביר, שרואים כאילו כבר עשה את מצוות ההלוואה, וגם נחשב שהלווה אינו יכול לבוא לטפל בעצמו במשכון, ולכן נהנה פרוטה דרב יוסף — כנגד הסברות שבפנים בסמוך). עוד הוא כותב, שמה שכתב השולחן ערוך שאינו שומר שכר לפני מתן ההלוואה, הוא בהלוואה בלי רווחים, שאין המלווה יכול להכריח את הלווה לקבל את ההלוואה, אבל בהלוואת עסקא, שיכול להכריח את הלווה לקבלו ולהתעסק עבורו עד סוף הזמן שהסכימו עליו (ע"י שם בהוכחתו לכך), הוא שומר שכר בהנאה זו (ראה בשמו במילואים להערה 267, על ההנאה מזה שאין המתעסק יכול לחזור בו).
ג. אך שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן עב, כותב שגם לפי הרמ"א, שם, נכון שהמלווה מחויב להלוות, אבל אם הלווה יאמר שאינו רוצה ללוות, המלווה מחויב להחזיר את המשכון (הסביר רד"י גולדברג, שהלווה יכול לחזור בו, מפני שרואים בזה כאילו פרע את החוב), ולכן אינו שומר שכר.

להערה 283

חו"א מילר מצא נימוק נוסף לומר שאין כאן פרוטה דרב יוסף, לפי העיקרון (במילואים להערה 108) שאין פרוטה דרב יוסף בטיפול בנכס כשהשמירה לא נבעה ממצווה; ולדעתו דחוק לומר שכאן זו מצווה מצד שהמשכון הוא לצורך הלוואה עתידית.

להערה 286

א. אך ראה ליד ציון הערה 299, שנתיבות המשפט אומר שאם תחלת ההפקדה הייתה במצווה, יש פרוטה דרב יוסף בטיפול גם אם המלווה נתן ללווה רשות לטפל; ואולי הוא יסביר, שכאן כבר כלתה המצווה שבהפקדה הראשונה (כסברה ליד ציון הערה 289), ולכן אין מצווה בטיפול.
ב. שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן נב (הובא בפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג, דף קטז ע"ד), כותב שלפי הראב"ד הסובר שיש פרוטה דרב יוסף גם לאחר מתן ההלוואה מצד שנתן ללווה זמן לפרוע ואינו מוכר את המשכון (ראה במילואים להערה 235) — לפי המלווה אינו שומר שכר אחרי שפרע הלווה. כך כתב גם מטה שמעון, עב, הגהות בית יוסף, אות ד.
ג. שו"ת מהרש"ם, חו"מ, סימן צח, כותב על פי דברי הרא"ש שאינו שומר שכר לאחר שפרע הלווה ולא בא לטול את המשכון בזמן שקבעו מפני שאין מצוות טיפול — מכאן שמלווה שמחל על החוב וציווה לתת את המשכון ללווה, אינו שומר שכר, מאותה סיבה. אך חכם אחד בתשובתו שם (חסר שם סימון להפירד בין תשובת החכם לתשובת מהרש"ם) כתב שלפי סברת הרשב"א שמאחר שנהנה שווה פרוטה בתחילה הוא שומר שכר למשך כל ההלוואה (במילואים להערה 289) — גם כאן הוא ממשך להיות שומר שכר גם לאחר שמחל על החוב, אלא שאם מת, בנו אינו שומר שכר; ומוסיף שלאחר שמחל על החוב, חסרה הנאת ההחזקה כביטחון. ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לו (הובא בערוך השולחן, חו"מ, עב, יג), הביא בסתם שמהרש"ם פוטר את הבן. שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן כא (דף ל ע"ג), כותב שדין זה נכון רק לדעה שמועילה מחילה (בלי קניין) על חוב שיש עליו משכון (דרכי משה, חו"מ, רמא, ס"ק ב). יש להעיר, שלפי סברת קצות החושן וסיעתו (הערה 289), שהפירעון נחשב שכלתה שמירתו (אלא אם כן סירב לתת ללווה את המשכון) והופך לשומר חנים, אף כאן המחילה פחשב שכלתה שמירתו, ואף המלווה עצמו (לא רק בנו) הוא שומר חנים.
ד. בית אברהם (ישראל), חו"מ, עב, ג (דף קסג ע"א), כותב שלפי מהרש"ך האומר (סעיף 2(ב), פרוק ד), שדין מלווה על משכון קל מדין שאר שומר שכר, הדין צריך להיות שלאחר הפירעון אינו שומר שכר, גם כשהמשכון עדיין אצל. שו"ת שערי רחמים, חו"מ, סימן לג, דוחה זאת, בטענה שהפירעון אינו יכול להקטין את אחריותו.
ה. ראה במילואים להערה 289, שיש אומרים שבכל מקרה אחרי הפירעון הוא עדיין שומר שכר. על פרוטה דרב יוסף אחרי הפירעון עיין ספר המבי"ט (רובינשטיין), ערך קתא דמגלא, דף קיז ע"א; שולחנו של אברהם, חו"מ, עב, ב. ועיין אמרי מהרש"ח, ב"מ כט ע"א (ד"ה עיין פ"י), שאומר שהמלווה אינו שומר שכר אחרי הפירעון מפני שבשעת הלוואה (שאו נהנה פרוטה דרב יוסף) לא תיכנס שהמשכון יישאר בידו אחרי הפירעון, וקיבל על עצמו שמירה רק עד הפירעון, ורק אם הוא ממשך לטפל בו אחרי הפירעון, הוא עדיין שומר שכר.
ו. שו"ת מהרא"ל, חו"מ, סימן מב, אות ד, כותב שאם פרע חלק מהחוב, הוא נשאר שומר שכר על כל המשכון (גם אם לא סירב להחזיר), מפני שעדיין יש פרוטה דרב יוסף.

להערה 287

א. לב מבין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, א (קעג ע"ד), מעלה ספק (לדעת הרא"ש), אם אמר לו "לך עכשו ובוא מחר", שהדין

מילואים לסעיף 1(ג)

הוא שאחרי אותו מחר אינו שומר שכן – אם הלווה לא בא באותו מחר אלא יום אחר כך (שלא כבנידון בשו"ת הרא"ש, שבא ביום שנקבע, כך שמעולם לא חדל המלווה מלהיות שומר שכן), ואז שוב אמר לו "לך עכשו ובוא למחר", האם הוא חוזר להיות שומר שכן לאחר שהיה שומר חנים, או שמא מאחר שנעשה שומר חנים, לא יחזור להיות שומר שכן, כמו שכל שומר חנים המסרב להחזיר את הנכס אינו נעשה בשל כך שומר שכן.

ב. שו"ת מהרא"ל, חו"מ, סימן מב, אות ד, כותב שאם מישכנו אחרי ההלוואה, שאז הוא שומר שכן מפני שקנה אותו (ראה ליד ציון הערה 259), אחרי הפירעון אינו שומר שכן, מפני שפקע קניינו, וזאת גם אם סירב להחזירו. הוא מתכוון לדעה שאין מתחשבים בפרוטה דרב יוסף. בדומה, שו"ת ר' משה מרוטנבורג, או"ח, סימן יא (יב ע"ד), כותב שלדעה שאין מתחשבים בפרוטה דרב יוסף, ורק במישכנו לאחר ההלוואה הוא שומר שכן מפני הנאת ההחזקה כביטחון (ראה ליד ציון הערה 260), הוא שומר שכן רק עד הפירעון, מפני הנאה זו. אך ברור שלדעה זו, אם סירב להחזיר, הוא עדיין שומר שכן מטעם הנאה זו.

להערה 289

א. הם הסבירו, שאף על פי ששו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף ט, וחלק ג, סימן נב (הובא בים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן ד, בב"ח, חו"מ, עב, ג, בשו"ת חסד לאברהם, אלקלעי, חו"מ, סימן יג, דף ק ע"ב, בשו"ת פרי החיים, יו"ד, סימן מ, בש"ך, חו"מ, עב, ס"ק י, בפרי עץ חיים, חלק א, דף קמ ע"ג, מס' 59, ובתשובת ר"י נחמיאס, בשו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן יז), כתב שהמלווה שומר שכן על המשכון גם לאחר שפרע הלווה, שכן כל שומר שכן הוא שומר שכן לעולם מחמת הפרוטה שקיבל תחילה לשמור (כלעיל ליד ציון הערה 13), בכל זאת הוא מסכים לרא"ש שאינו שומר שכן אחרי הפירעון, ורק במקרה שלא התיר ללווה ליטול את המשכון, הוא שומר שכן לדעתו מן הסיבה שהסברנו בפנים. גם מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כג, כתב שהרשב"א מחייבו כשומר שכן רק אם סירב להחזיר. גם משנת דר' אליעזר (לאזי), עב, על ש"ך, סימן י (הובא בשו"ת דברי שלום, משאש, חו"מ, סימן 1), כותב שהרשב"א הבין שהרשב"א מחייב אותו כשומר שכן רק אם סירב להחזיר. כמו כן, מטה שמועון, עב, הגהות בית יוסף, אות ד, כתב (גם בדעת הש"ך), שהרשב"א אינו חולק על הרא"ש, ולפי שניהם, אם לא קבעו זמן להחזרת המשכון, הוא ממשך להיות שומר שכן, ואם קבעו זמן, הוא שומר חנים אחרי הזמן, מפני שאז אין מצוות טיפול, ופקע כוח הפרוטה הראשונה, ואם שתק המלווה, הוא שומר שכן מחמת הפרוטה הראשונה.

ב. דעות חולקות: תומים, עב, ס"ק ו, כותב שלפי הרשב"א, המלווה שומר שכן אחרי שפרע הלווה, גם אם המלווה מתיר ללווה ליטול את המשכון כל זמן שירצה, משום שהפרוטה שבתחילה עושה אותו שומר שכן לכל משך השמירה, ורק הרא"ש סובר שמאחר שהוא מתיר ללווה ליטול, אין עליו חובת טיפול, ואינו שומר שכן, מפני שרק מצוות טיפול עושה אותו שומר שכן (וראה בשמו בס"ק נט, שנוביא בסמוך, שלפיו אין הרשב"א והרא"ש חולקים). וכך עולה מנתיבות המשפט, עב, ס"ק ז, בסופו, בהסברו להברי הש"ך בדעת הרשב"א. גם ישועות ישראל, עב, ס"ק ד, ולב מכין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, א (קעג ע"ד), כותבים שלדעת הרשב"א המלווה שומר שכן גם אם לא סירב להחזיר את המשכון. ר"מ בירדוגו, בשו"ת דברי שלום (משאש), חו"מ, סימן מט, כותב שלרשב"א לרא"ש הוא שומר שכן גם אם הלווה לא ביקש ממנו להחזיר. בית אברהם (ישראל), חו"מ, עב, ב (קסב ע"א-ע"ב), כותב שבין לרשב"א ובין לרא"ש, אם לא ביקש הלווה את המשכון בחזרה, הוא נשאר שומר שכן (לרא"ש – מפני שהוא עדיין חייב לטפל, ולרשב"א – מפני הנאת הפרוטה שבתחילה); ואם הלווה ביקש והמלווה קבע זמן, הוא שומר שכן עד הזמן, ואחרי הזמן הוא שומר חנים, מפני שגילה את דעתו שאינו רוצה לשמור אחרי הזמן, והלווה הפסיד לעצמו בזה שלא בא ליטלו.

ג. גם שו"ת ר' משה מרוטנבורג, או"ח, סימן יא (יב ע"ד), כותב שהרשב"א סובר שהוא שומר שכן גם אם הלווה לא ביקש את המשכון והמלווה לא סירב להחזירו, וטעמו הוא, שהמלווה הוא שומר שכן משום פרוטה דרב יוסף, ונמצא שהשמירה אינה תלויה בהלוואה, וגם אם ההלוואה היא לזמן קבוע, השמירה היא מצד אחר, שהוא כאילו קיבל פרוטה לשם שמירה, והמקבל שמירה בלי זמן חייב לעולם עד שיחזיר. והוא כותב שזאת גם דעת הרא"ש, שאם לא ביקש הלווה את המשכון בכלל, המלווה שומר שכן לעולם עד שיחזיר, אלא שהמעשה שנשאל עליו הרא"ש היה שתבעו הלווה והמלווה קבע לו זמן, ומאחר שהסכים המלווה שיקחנו בזמן הקצוב, ממילא כלתה השמירה באותו זמן, ואינו שומר שכן אחר כך.

ד. גם שו"ת הרדב"י, סימן תשפד (הובא בשמרו משפט, על חוקת הדיינים, סימן קצד, ועל ידי ר"מ בירדוגו שם), כותב שהרשב"א מחייב אותו כשומר שכן גם אחרי הפירעון, ופטר רק אם אמר "טול את שלך", כמו אומן (סעיף 11, ליד ציון הערה 143); משמע שאם שתק, הוא שומר שכן גם אם לא סירב להחזיר.

ה. גם נתיבות ירושלים, על ירושלמי, ב"מ ו, ה, כותב שלפי הרשב"א הוא שומר שכן גם אחרי הפירעון, ורק אם אמר: "בוא מחר ואחזיר לך", אינו שומר שכן אחרי הזמן שקבע לו, מפני שגילה את דעתו שאחרי זמן זה אינו רוצה להיות שומר שכן.

ו. תומים, עב, ס"ק נט, כותב שהרא"ש מסכים לרשב"א שמאחר שנהנה פרוטה דרב יוסף לפני הפירעון, שכן זה עושה אותו שומר שכן למשך כל השמירה, גם אחרי הפירעון (וגם אם לא סירב להחזיר), ומה שהרא"ש הוצרך להסביר שגם אחרי הפירעון יש מצוות טיפול (אם סירב להחזיר), הוא מפני שבנידונו היה משכון על חוב של שכירות, ונמצא שהנושה-המשכיר היה פטור משמירה על המשכון מטעם "בעליו עמו", מפני שהשוכר שמר בעבורו על הנכס שלו המושכר בידו, ורק עכשו לאחר הפירעון והחזרת הנכס המושכר, התחילה שמירה חדשה בלי ש"בעליו עמו", ולכן ההנאה שנהנה לפני שהתחילה השמירה הנוכחית אינה יכולה לחייבו עכשו, ובוהו כתב הרא"ש שהוא שומר שכן מפני שיש פרוטה דרב יוסף מחמת הטיפול שאחרי הפירעון.

ז. עוד שאמרו שבכל מקרה הוא שומר שכן גם אחרי הפירעון: שו"ת הרא"ח, חלק א, סימן קכג, כותב שהוא שומר שכן גם אחרי שפרע הלווה. וראה בשמו בסעיף 1(א), במילואים להערה 367, לענין מקרה שהמלווה מסרב להחזיר את המשכון.

ח. שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק ב, סימן קכג, כותב שהמלווה הוא שומר שכן על המשכון גם אחרי שנפרע החוב, עד שיחזיר, ואף על פי ששומר שכן לזמן, שכלה זמנו, הוא רק שומר חנים (סעיף 11, פרק ד, 2), שם זה שונה, מפני שקבעו זמן בפירוש.

ט. גם פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (קטז ע"ד), כותב שהוא שומר שכן גם אחרי הפירעון, מפני שאומדים שברעתו להיות שומר שכן עד שיחזיר, וכך הוא תנאי בית דין. אחר כך (בדף קיז ע"א) כתב לרשב"א הוא שומר שכן אחרי

מילואים לסעיף 1(ג)

הפירעון גם אם לא סירב להחזיר, שלא כרא"ש, ושהשולחן ערוך פסק כרא"ש. והוא כותב (בדף קיז ע"ג) שלפי בני שמואל, חו"מ, סימן עב, דף צח ע"ד, הרמב"ם סובר בזה כרשב"א (ואינו מפורש בדבריו). ועיין אבני החושן, עב, ס"ק ה, שכתב שהרשב"א מחייב אותו כשומר שכר אחרי הפירעון רק אם פרע מחוץ לביתו של המלווה, והמשכון נגנב לפני שהספיק ליטלו ולהחזירו.

להערה 290

א. מהרא"ל מסתמך על מה שהסביר (ראה במילואים להערה 239) שמניחים שהמלווה מוכן להפסיד מפני שהעובדה שהלווה לו על משכון מראה שהוא מוכן לקבל את המשכון תמורת כספו אם יאבד, ואין סיבה לראות כאילו קיבל על עצמו אחריות אחרי שיפרע. ב. שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן נו (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, עב, ס"ק ל), כותב שעל פי האמור בפנים, אם פרע הלווה רק חלק מן החוב, המלווה כשומר שכר רק כנגד החלק הנשאר מהחוב, שהפסיד חלק זה והלווה לא יצטרך לפרוע לו, אבל המלווה לא יצטרך להחזיר ללווה מה שכבר קיבל.

ג. לב מבין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, א (דף קעד ע"א), כותב שהראנ"ח סובר שלאחר הפירעון יכול להיפטר בטענת "קים לי" כשיטה השנייה, שלפיה לאחר הפירעון אינו שומר שכר (ואינו מפורש בדבריו), אף על פי שהראנ"ח שם כתב שלפני הפירעון לא יופטר ב"קים לי" כשיטה השנייה (שחמה על כך כנסת הגדולה, חו"מ, עב, הגהות הטור, אות סח), משום שגם לשיטה השנייה הוא חייב לפני הפירעון כשומר שכר כנגד החוב, שלא כמו אחרי הפירעון, שאינו כשומר שכר בכלל לשיטה זו.

להערה 291

ח"א מילר הקשה על סברה זו, איך תפוס התחייבות זו בלי קניין? ההתחייבות הרגילה "אם יאבד המשכון יאבד חובי" תופסת בלי קניין משום שזו מחילה ומחילה אינה צריכה קניין (כפי שהעיר מהרי"א הלוי, שהבאנו במילואים להערה 249), אבל כאן זו התחייבות לשלם, וצריכה קניין, החסר כאן! על הש"ך עיין אבני החושן, עב, ס"ק מד.

להערה 293

א. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן יז, הסביר שכשהמלווה משתמש במשכון, הוא שומר שכר משום ההנאה שמחזיקו כביטחון, ודווקא במשכון רגיל אין הנאה זו קיימת מפני שהמלווה לא הרוויח מן העסקה (ראה ליד ציון הערה 257), אבל כאן שהרוויח, שמשתמש במשכון, הנאת ההחזקה כביטחון היא משמעותית (כך נראית כוונתו).

ב. פני יהושע, ב"מ פב ע"ב (ד"ה גמרא), כותב שאם הוסכם שהמלווה רשאי להשכיר את המשכון לאחרים ולנכות כנגד זה מהחוב, הוא שומר שכר משום שיש בו יותר מצווה – שאינו נהנה מזה לשימוש האישי.

ג. דעות חולקות: ט"ז, חו"מ, עב, מ (דף קצו ע"א), כותב שהרי"ף והרמב"ם השמיטו דין זה מפני שלדעתם אין כאן פרוטה דרב יוסף. גם שו"ת כתב סופר, או"ח, סימן קיט, כותב שלפי הרי"ף, הרמב"ם, הטור והשולחן ערוך, אם הוא משתמש במשכון, אף על פי שזו מצווה, אינו פטור ממצווה אחרת, מפני שהוא עושה מצווה זו לצורך עצמו, ועדיף שיעשה את המצווה האחרת שבה אין לו הנאה, כך שהיא חשובה יותר, ולכן אין פרוטה דרב יוסף. דעה זו הובאה בפני יהושע, ב"מ כט ע"א.

ד. הבחנה: תומים, עב, ס"ק ו, כותב שאם הותר לו להשתמש במשכון לזמן מסוים מתחילת ההלוואה, כך שתחילת ההלוואה לא הייתה במצווה, לפי הרשב"א (הערה 235) שפרוטה דרב יוסף היא בגלל מצוות ההלוואה, אינו שומר שכר כאן, ואילו לפי הרא"ש (הערה 234) שפרוטה דרב יוסף היא בגלל מצוות הטיפול, כאן יש פרוטה דרב יוסף לאחר שמסתיים היתר השימוש, שאז יש מצוות טיפול (ויש להעיר שהרא"א אב"ד, שנביא במילואים להערה 296, נוקט בפשטות שבמקרה כזה יש פרוטה דרב יוסף; וראה במילואים להערה 235, ששיטת הראב"ד היא שפרוטה דרב יוסף היא מפני שממתין ואינו מוכר את המשכון, וזה קיים גם כאן); אלא שלפי הריטב"א (ראה במילואים להערה 108) שאין פרוטה דרב יוסף בטיפול אם תחילת ההפקדה לא הייתה במצווה, גם לרא"ש אין כאן פרוטה דרב יוסף. אחר כך הוא כותב שמסיבה אחרת אף לרא"ש אין כאן פרוטה דרב יוסף אחרי זמן השימוש: מפני שאפשר שהמלווה מוכן להרשות ללווה לבוא ולטפל בעצמו (ואם כן אין מצווה שהוא עצמו יטפל), ודווקא במקרה רגיל מניחים שלקח את המשכון לגוביינא ולא יתיר ללווה לבוא ולטפל (ראה ליד ציון הערה 233), מפני שאילו רצה אותו רק לזכרון דברים היה די בשטר אף בלי חתימת עדים, אבל כשמשתמש במשכון, ייתכן שלא התכוון ליטלו לגוביינא אלא לשימוש, ויהיה מוכן להרשות ללווה לבוא ולטפל בו בעצמו. מחלוקת התומים ונתיבות המשפט (הערה 296) הובאה בשו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן נה, ועיין אבני החושן, עב, ס"ק ה, שהסכים לנתיבות המשפט. ועיין אמרי מהרש"ח, ב"מ כט ע"א (ד"ה עיין פ"י), שכתב שאם תיכנן המלווה מראש להשתמש במשכון, אין לו פרוטה דרב יוסף, אבל אם רק אחר כך החליט להשתמש, יש לו פרוטה דרב יוסף, מפני שעשה את מצוות ההלוואה לשמה.

ה. אמרי דוד, מצווה נט, אות ב, נימק שמי שסובר שהמלווה עושה מצווה אף על פי שמתכוון להנאתו – סובר שמצוות אינן צריכות כוונה. אך המגיה שם דוחה הסבר זה, מפני שטעם הדעה שמצוות אינן צריכות כוונה, הוא שמאחר שהמצווה מוטלת עליו, הרי גם אם אינו מתכוון, המצווה מתקיימת מעצמה; אבל הלוואה אינה מצווה חיובית, שהרי היא קיימת רק אם הלווה מבקש, ואילו כאן שהלווה מסכים שישתמש במשכון, אין לומר שהמצווה מתקיימת מעצמה, מכיוון שהמלווה צריך את המשכון להנאתו. מדבריהם יוצא שלהלכה, מאחר שנפסק שמצוות צריכות כוונה (שו"ע, או"ח, ס, ד), אין כאן פרוטה דרב יוסף. אמרי דוד שם, כתר מצווה, אות ב, כותב (בהסבר אחד) שאם המשכון שווה לחוב, והוא משתמש בו, הוא שומר שכר בהנאת ההחזקה כביטחון, ודווקא במשכון רגיל הנאה זו אינה מחייבת מפני שלא הרוויח מן העסקה (ראה במילואים להערה 257), אבל כאן הרוויח בשימוש. לגבי מקרה שהמשכון שווה פחות מהחוב, והוא משתמש בו, הוא כותב שאף על פי שבדרך כלל כשהמשכון שווה פחות מהחוב, אינו שומר שכר מפני שפרוטה דרב יוסף לבד אינה מועילה, ואין הנאת ההחזקה כביטחון מפני שזה פחות מהחוב (ראה בשמו במילואים להערה 309), מכל מקום כאן הוא שומר שכר בפרוטה דרב יוסף לבדה, מפני שכאן זו מצווה גדולה, שמנכה מהחוב תמורת השימוש, לכן יש פרוטה דרב יוסף, והוא שומר שכר מטעם זה אף על פי שאינו מחזיקו כביטחון. הוא הציע הסבר נוסף: שמאחר שהוא משתמש במשכון, נחשב שמחזיקו כביטחון אף על פי שזה שווה פחות מהחוב, מפני שדמי השימוש יכולים להגיע לסכום החוב.

מילואים לסעיף 1(ג)

ו. גם שו"ת ר' משה מרטנבורג, או"ח, סימן יא (יב ע"ג), בהגהה, מעלה את הסברה שמלווה המשתמש במשכון יהיה שומר שכן מחמת הנאת ההחזקה כביטחון, מפני שאין לומר שהיה עדיף לו שלא להלוות, שהרי הוא מעוניין בזה שיוכל להשתמש בו; אך כנגד זה הוא מעלה אפשרות שאין הנאת ההחזקה כביטחון קיימת במשכון, מפני שכל המלווים מחזיקים משכונות (ראה במילואים להערה 124, שחוספות כתבו סברה זו לגבי שוכר).

ז. כשאינו מנכה מהחוב: פני יהושע, ב"מ פב ע"ב (ד"ה גמרא), כותב שאם הוא משתמש במשכון ואינו מפחית מן החוב את דמי השימוש, גם אם אין בזה איסור ריבית כגון שזה דבר שדרך להשאילו, מכל מקום אין פרוטה דרב יוסף מפני שאינו עושה מצווה, אלא מתכוון להנאתו.

ח. ראה סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 131, שיש מצבים שמלווה הרשאי להשתמש במשכון חייב כשואל.

ט. ראה במילואים להערה 267, שנחלקו אחרונים האם יש פרוטה דרב יוסף בהלוואה נושאת ריבית, וזו שאלה דומה לזו שלפנינו.

להערה 294

א. ר"י רעידער, "פרוטה דרב יוסף ומצוות לא ליהנות ניתנו", בית יצחק תשכ"א, עמ' 102, נימק, שעוסק במצווה פטור ממצווה אחרת גם אם יש לו שכן לעצמו בזה, מפני שהולכים אחר המעשה ולא אחר המחשבה.

ב. בהגהה באמרי דוד (שליסל), מצווה נט, כתר מצווה, אות ב, הסביר את המצווה כשמשמש במשכון, לפי מה שכתב (ראה במילואים להערה 236) שפרוטה דרב יוסף נחשבת קשורה למשכון מפני שבוכות המשכון אין המלווה יכול לחזור בו ממתן ההלוואה — והרי כתב קצות החושן, לט, ס"ק ט (בדעת התוספות והרא"ש), שגם כשלווה נותן משכון אין זה מחייב את המלווה להלוות לו, ולפי זה, לו, מפני ש"מנה אין כאן משכון אין כאן", ורק אם המלווה משתמש במשכון ומנכה מהחוב, זה מחייב אותו להלוות לו, ולפי זה, רק מלווה שמשמש במשכון עושה מצווה על ידי קבלת המשכון. הוא מוסיף, שכשמשמש במשכון יש פרוטה דרב יוסף גם אם המשכון שווה פחות מהחוב (שלא כבמקרה רגיל שהמשכון שווה פחות מהחוב — ראה בשמו במילואים להערה 309), מפני שעל ידי שימוש במשכון משתלם כל החוב, ולכן המלווה אינו יכול לחזור בו ממתן ההלוואה, ונמצא שהוא עושה מצווה על ידי קבלת המשכון. על פרוטה דרב יוסף במלווה המשתמש במשכון, עיין דברי חפץ, סימן ג.

להערה 296

א. כמו כן, חידושי הרמב"ן, ב"מ פב ע"ב, הרשב"א, המובא בשיטה מקובצת שם, וחידושי הריטב"א הישנים שם (הובאו בבית אברהם, ישראל, חו"מ, עב, ב, דף קסב ע"א), מביאים שר"א אב"ד כתב שמלווה המשתמש במשכון הוא שומר שכן מטעם שוכר, אלא אם כן כלו ימי שכירותו, והודיע שגמר את שימושו; וגם אז הוא שומר שכן מחמת פרוטה דרב יוסף. כך כתב גם ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ו, סימן ד. גם תורת חיים, ב"מ פב ע"א, כותב שאם הוא משתמש במשכון ומשלם על כך, הוא שומר שכן בתור שוכר. גם הגהות הרש"ש, ב"מ פב ע"ב, כותב שמלווה המשתמש במשכון הוא שומר שכן בתור שוכר; והוא מסייג זאת, שאם משתמש בו רק לפריקים, כשגומר (או לפני שהתחיל) אינו שומר שכן מטעם זה. למקורות נוספים האומרים כך ראה סעיף 1(ד), הערה 130. בעניין זה עיין ספר המבי"ט (רובינשטיין), ערך קתא דמגלא, דף קטו ע"ג; גידולי שמואל, ב"מ פב (ד"ה ולאוקימתא).

ב. דעות חולקות: תומים, עב, ס"ק ג, כותב שהטעם ששוכר שומר שכן הוא בהנאה שבעל הנכס להשכירו דווקא לו (ראה בשמו במילואים להערה 124), ולכן כאן שהמשכון בלאו הכי ממושכן בלאו הכי הנאה מכך שהלווה "משכיר" אותו דווקא לו, מפני שאולי לא הצליח למצוא אדם אחר שיהיה מוכן להלוות לו תמורת השימוש במשכון, ולכן הוא שומר שכן רק מכוח פרוטה דרב יוסף.

ג. כמו כן, חידושים ובאורים (גריינימן), שבעות מג ע"ב (ד"ה לכאורה), כותב שאין לחייבו כאן כשוכר, מפני שהוא אינו עושה זאת לצורכו, אלא מתן ההלוואה ולקחת המשכון הם לטובת הלווה. כך כתב גם דרכי דוד, ב"מ פב ע"ב (ד"ה במלווה), ששוכר שומר שכן מפני שהעובדה שהוא לקח את הנכס בשכירות מוכיחה שהוא נהנה מן השימוש יותר מהפסדו בתשלום דמי השכירות, אבל כאן עיקר נטילת המשכון הייתה לצורך ההלוואה ולא לשימוש. פני יהושע, ב"מ פב ע"ב (ד"ה גמרא), מסביר שאינו כשוכר, מפני ששוכר חייב לשלם דמי שכירות גם אם לא ישתמש, ואילו המלווה מפחית מהחוב רק אם הוא משתמש. אך דבריו קשים, שהרי אדרבה, יוצא שיש לו יותר הנאה משוכר, ויותר מסתבר שיחשב שומר שכן.

ד. בית הלוי (הורוביץ), עב, ס"ק ב, כותב שאין לחייבו כשוכר, מפני שדווקא שוכר רגיל הוא שומר שכן, מפני שהיה צריך להיות בגדר שואל אלא שמאחר שהוא משלם שכן הוא שומר שכן, אבל כאן גם אילו היה משתמש בלי לנכות מהחוב לא היה שואל, שהרי אין כל הנאה שלו מפני שכנגד זה כספו נמצא ביד הלווה, ולכן עכשו שמנכה מהחוב הוא אף אינו שומר שכן מדין שוכר, והוא שומר שכן רק מטעם פרוטה דרב יוסף.

ה. ערוך השולחן, חו"מ, עב, יא, נוקט שהוא שומר שכן מפני שנוטל שכן שימוש; והוא מעלה ספק, לגבי מקרה שנתק המלווה כשהלווה התיר לו להשתמש, האם שתיקתו נחשבת כהסכמה.

ו. פני יהושע, גיטין לו ע"א, כותב שכשהמלווה משתמש במשכון ומפחית מהחוב כנגד שימושו, לא קנה את המשכון מדר' יצחק, מפני שהוא רק כשוכר. על מלווה המשתמש במשכון עיין תיקון סופרים, על ספר העיטור, מלווה על פה, דף קג ע"ג.

להערה 300

א. נוסף, שגם לפי התפיסה (הערה 235) שפרוטה דרב יוסף היא בגלל מצוות ההלוואה, אין לקונה פרוטה דרב יוסף, מפני שלא הלווה. אך לפי התפיסה שהבאנו ליד ציון הערה 297, שפרוטה דרב יוסף קיימת כל שאין לבעל הנכס גישה לנכס ואפשרות לטפל בו, הרי גם כאן מאחר שהקונה לא יתן ללווה לטפל במשכון, תהיה לו פרוטה דרב יוסף, ויהיה שומר שכן. ר"ז גולדברג העלה נימוק אחר שמחמתו יש לקונה פרוטה דרב יוסף: הקונה הוא שליח של המוכר לקיים את המצווה, שהייתה מוטלת עליו לטפל במשכון, וחובה זו נתחייב המוכר מכח המצווה, והמצווה אינה יכולה לפקוע על ידי המכירה, כיוון שלא חזיר את המשכון ללווה;

מילואים לסעיף 1(ג)

- וגם שליה לעשות מצווה פטור מצווה אחרת, אף על פי שהמצווה אינה עולה לזכות השליח, כשם שהוא יכול לברך עליה, ולכן הוא נהנה פרוטה דרב יוסף.
- ב. בית הלל (ליבשיץ), סימן עב, ל, כותב שאם המלווה משכן את המשכון למלווה או חר או נתן לו אותו במתנה, המלווה האחר שומר שכן מפני הנאת החזקה כביטחון, שלא שייך לומר לגביו שהיה עדיף שלא להלוות. ראה שאלה דומה בירוש של המלווה, ליד ציוני הערות 274-277.
- ג. אפשר שצריך את הסכמת הלווה למסירת משכנו לקונה החוב, כמו שאסור לכל שומר למסור את הנכס לאחר (ראה סעיף 3, פרק ב).

להערה 301

- א. הוא כותב שהדיין יקבע לפי ראות עיניו, האם אמנם עשה המוכר מצווה במקירתו, היינו, האם נהנה מן המקרה או לא. רח"א מילר הסביר שאם הדיין יחליט שהמכר הוא לטובת המוכר, הוא שומר שכן משום הנאת החזקה כביטחון (ראה ליד ציון הערה 272), ואז אינו שומר שכן על כל ערך המשכון אלא כנגד החוב (נתיבות המשפט כשיטתו – ראה ליד ציון הערה 264), ואילו כשהמכר לרעתו, הוא שומר שכן משום פרוטה דרב יוסף, ואז הוא שומר שכן על כל ערך המשכון (ולדעה שאינה מתחשבת בפרוטה דרב יוסף, אינו שומר שכן). בעניין זה עיין אבני חושן (זילברשטיין), עב, על נתיבות המשפט, ס"ק ח.
- ב. צריך להוסיף, שכאן אין מצווה גם בטיפול, לפי העיקרון של הריטב"א (ראה במילואים להערה 108), שאין מצווה בטיפול במקום שתחילת ההלוואה לא הייתה במצווה.
- ג. שו"ת ר' משה מרוטנבורג, או"ח, סימן יא (יב ע"ב), בהגהה, כתב שיש פרוטה דרב יוסף במכר, בגלל הטיפול (ולא הבחין בין שקונים קופצים לשאינם קופצים), והסביר שמה שהט"ז הודקק להנאת החזקה כביטחון (ראה ליד ציון הערה 272) הוא מפני שיש מחלוקת האם מתחשבים בפרוטה דרב יוסף במשכון.
- ד. ר' מאיר בר' יקותיאל הכהן, בשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנח, כותב שבמשכון שניתן על חוב של הקפת מכר, המוכר הוא שומר שכן, מפני שלא עשה גמילות חסד. הקשה רז"ג גולדברג, שאם אין גמילות חסד במקרה בהקפה, אין פרוטה דרב יוסף; ובכלל, לשון התשובה אינה ברורה.
- ה. ראה במילואים להערה 408, שנתיבות המשפט דן האם המוכר שומר שכן על הנכס הנמכר אם הוא נשאר ברשותו, והוא משתמש בסכרות הדומות לאלו שאין.
- ו. גם לגבי משכון על חוב של שכירות, העיר תומים, עב, ס"ק נט, שלפי הריטב"א (שם) שיש פרוטה דרב יוסף רק כשהייתה מצווה ביצירת החוב, כאן אין פרוטה דרב יוסף. אך שו"ת קרני ראם, סימן ריא, מעיר שהרא"ש המובא בטור, חו"מ, עב, לד, סובר שיש פרוטה דרב יוסף במקרה של משכון על חוב של שכירות, אף על פי שאין מצווה בהשכרת נכס, מפני שמכל מקום יש מצווה בטיפול. גם שו"ת ר' משה מרוטנבורג, או"ח, סימן יא (יב ע"ב), בהגהה, מוכיח מהרא"ש שם שיש פרוטה דרב יוסף בשכירות, ומנמק שיש מצווה בזה שמאמין לו (כלומר, שלא דרש ממנו את השכירות מראש) ובטיפול במשכון. כנראה, הרא"ש חולק על העיקרון שהניח הריטב"א. בעניין משכון על שכירות ראה גם ליד ציון הערה 273 ובמילואים להערה 289.
- ז. שו"ת הר"ן, סימן כ, ומשובב נתיבות, עב, ס"ק יז, בהגהה, כותבים שמשאיל שנטל משכון בעד הנכס שהשאיל, הוא שומר שכן עליו משום פרוטה דרב יוסף. כנראה, לדעתם יש גם מצווה להשאיל (וראה ליד ציון הערה 303, וסעיף 1(ד), במילואים להערה 134, בשאלה זו), אגב, שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג, כותב שהשאיל אינו שומר שכן על המשכון מצד הנאת החזקה כביטחון, כמו שמלווה אינו שומר שכן על המשכון מטעם זה, מפני שאינו מרוויח (ראה ליד ציון הערה 257).

להערה 303

- א. דעות חולקות: תומים, עב, ס"ק יז, ושו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, חו"מ, סימן יט, כותבים שבמקרה זה המתווך הוא שומר שכן, משום שמה שהשאיל את משכנו ללווה הוא מצווה, שאין זה גרוע מאילו הלווה לו כסף (וראה במילואים להערה 301 בשם הר"ן), ויש לו מחמתה פרוטה דרב יוסף (ומשמע מחסד לאברהם שהדין כך בהלוואה בריבית מפני שגם בה קיים נימוק זה); אלא שאם המלווה היה מסכים להלוות על סמך המשכון של הלווה, אין המתווך שומר שכן, משום שהשאיל את משכנו ללווה ללא צורך. כנגד סברה זו, הסביר רח"א מילר שאין מצווה בזה שהמתווך נתן את המשכון שלו למלווה, אלא רק במסירת הכסף ללווה, ומסירת המשכון למלווה כדי להשיג את ההלוואה היא בגדר "חשב לעשות מצווה", ואינה פוסלת מלתת צדקה.
- ב. לגבי המקרה שהמלווה היה מסכים לקבל משכון זה, עושה חסד לאברהם הבחנה: אם הלווה משלם ריבית למלווה הנכרי, הנכרי שומר שכן, ולכן הנכרי חייב בטיפול, ואם כן המתווך חייב מן הדין לטפל מפני שהוא עומד במקום הנכרי, ואין בזה מצווה; אבל אם אין ריבית בהלוואה, כך שהמלווה שומר חינום, והרי נכרי שומר חינום פטור מלטיפול (ראה בשמו בסעיף 1(ב)), במילואים להערה 2), נמצא שהמתווך עושה מצווה כשמתפל, ולכן המתווך שומר שכן מפני פרוטה דרב יוסף.
- ג. ניתן להסיק מדברי נתיבות המשפט, שבמקום שהרווחים ניתנים בהיתר, כגון בדרך של עסקא (ראה פסקא 4), המתווך שומר שכן על אף שהלווה נתן רווחים, מפני שניתן לראותו כלוה מזה ומלווה לזה.
- ד. בדברי מהר"ם פדואה על מקרה זה, לא כתוב לא כנתיבות המשפט ולא כתומים, אלא בתחילה הוא אומר שמאחר שהמתווך רק השאיל לו את הנכס שלו, לא קנה את המשכון, אלא נטלו רק לזכרון דברים, ולכן אינו שומר שכן; ואחר כך אומר שמאחר שהמתווך יחזיר ללווה את משכנו רק כשיפרע הלווה את החוב, נחשב שנטלו לגוביינא עבור הכסף שנתן לנכרי, והוא שומר שכן. והוא מוכיח שכלל גם משאיל נכס נחשב שנטל את המשכון לגוביינא, מפני שנטלו לביטחון ולא לזכרון דברים, וקנאו ונעשה שומר שכן (נראה מדבריו שמטיבה כלשהיא לא התחשב בפרוטה דרב יוסף, ולכן נזקק להיותו שומר שכן משום שקנה את המשכון מפני שנטלו לגוביינא, וזאת גם אם משכנו בשעת ההלוואה, משום שלא היה שטר – ראה בשמו במילואים להערה 259). לבסוף הוא כותב

מילואים לסעיף 1(ג)

שבנידונו היה שומר שכר משום הנאת החזקה כביטחון, ואף על פי שבדרך כלל אין הנאה זו בהלוואה מפני שאינו מרוויח (ראה ליד ציון הערה 257), בנידונו המתוך הרוויח על ידי מעשהו, שבזכות זה שהשיג את ההלוואה עבור הלווה, קיבל אף הוא מן הנכרי הלוואה בריבית נמוכה יותר, ועוד, שהיה מוטל על שניהם (המתוך והלווה) לשלם מס כלשהו (מפני שהיו שותפים בעסק מסוים), ואילו לא היה ללווה כסף מוזמן היה כל חיוב המוטל על המתוך, ונמצא שנהנה בזה מהלווה קיבל את ההלוואה.

ה. ראה במילואים להערה 19, על אחריות מתוך כזה על המשכון לפני שמסר אותו ללווה, אם הובטח לו שכר תמורת השגת ההלוואה.

להערה 304

אולם ערוך השולחן, חו"מ, עב, י, כותב באופן כוללני שהמתוך נחשב כאילו הלווה (כלומר, ודינו תלוי במחלוקת הכללית באחריות מלווה על המשכון). בין מלווה נכרי ובין מלווה ישראל, ומשמע, גם אם לא סירב המלווה לקבל את המשכון של הלווה.

להערה 306

א. שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, חו"מ, סימן יט, הוסיף שגם אם נאמר ששומר נכרי חייב בטיפול בנכס (ראה בשמו בסעיף 1(ב), במילואים להערה 2), מכל מקום המתוך אינו עושה בזה מצווה שהרי גם הנכרי היה מטפל במשכון אילו היה בידו. ב. דעה חולקת: תומים, עב, ס"ק יז, כותב, שבאמת המתוך חייב לטפל במשכון, ואין אומרים שיופטר משום שהלווה גילה את דעתו שהוא מוותר על הטיפול (ראה בשמו בסעיף 6, במילואים להערה 208), ובאמת המתוך שומר שכר משום מצוות הטיפול (אלא שלדעת הריטב"א, שהבאנו במילואים להערה 108, שאין פרוטה דרב יוסף בטיפול כשתחילת ההפקדה לא הייתה במצווה, אינו שומר שכר כאן); ורק במקום שלפי דיני הנכרים חייב מלווה לטפל במשכון, אין המתוך שומר שכר בשל הטיפול, שהרי גם אילו היה המשכון ביד הנכרי המלווה, היה המלווה מטפל.

ג. יתר על כן: רח"א מילר סבור שיש טעות דפוס בש"ך ובנתיבות המשפט (בסוף ס"ק טז) וצריך להיות "צריך לשטחה" במקום "ואין צריך לשטחה", והכוונה היא שהוא באמת חייב לטפל כיוון שהלווה יודע שהוא אצלו, ומכל מקום אין זה יוצר פרוטה דרב יוסף מפני שבתחילה ויתר הלווה על הטיפול. ראייתו היא מן העובדה שנתחבות המשפט עצמו כתב בחידושים, ס"ק כ, שאם נודע ללווה אחר כך שהנכס ביד המתוך, חייב בטיפול, ומכל מקום אינו שומר שכר.

להערה 308

א. על יורש של המלווה, ראה גם ליד ציוני הערות 274-275.
ב. בסעיף 1(א), פרק א, 3 (ד), ראינו שיש שומר פטור משמירה. צריך לומר שכאן היורש חייב לא מחמת השמירה שקיבל המוריש על עצמו (שכן התחייבות זו אינה מחייבת את היורש), אלא חל עליו חיוב עצמאי, מכיוון שעכשיו הוא המלווה, ויש בידו משכון משל החייב.

להערה 309

א. ים של שלמה הוסיף להסביר, שאף שהרשב"א (ראה במילואים להערה 289) כתב ששומר שנהנה פרוטה בתחילת שמירתו, נשאר שומר שכר עד סוף השמירה גם לאחר שכלתה הנאתו, מכל מקום הבן אינו שומר שכר מחמת מה שאביו נהנה, מפני שהבן לא קיבל על עצמו את שמירת אביו, ושמירתו היא שמירה חדשה.

ב. בית הלוי (הורוביץ), עב, ס"ק ח, נימק את דברי ים של שלמה, שהאב הסכים להיות שומר שכר בשכר מועט זה, אבל הבן יכול לסרב לכך. וראה במילואים להערה 235, בשם אמרי בינה, בשאלה מדוע המלווה אינו יכול לסרב להיות שומר שכר בהנאה מועטת זו.

ג. אמרי מהרש"ח, ב"מ כט ע"ב, כתב כמו ים של שלמה, שהטיפול אינו נחשב מצווה מפני שהיורש עושה להנאתו כדי שיהיה בטוח בכספו, אלא שהוא כתב שהמלווה עצמו הוא שומר שכר משום מצוות הטיפול, ואף על פי שהוא מתכוון להנאתו, כדי שיהיה בטוח בכספו, מכל מקום הרי גם אילו לא הלווה היה בטוח בכספו, ונמצא שכשהלווה לו, עשה מצווה לגבי הטיפול, ואין זה נחשב להנאתו מפני שאילו רצה לא היה מלווה, מה שאינו כן ביורש של המלווה, שהמוריש כבר הלווה.

ד. תומים, עב, ס"ק כב, כותב שלפי הריטב"א (במילואים להערה 108) שאין פרוטה דרב יוסף בטיפול כשלא הייתה מצווה בתחילת ההפקדה, אף הבן אינו נהנה פרוטה דרב יוסף בגלל הטיפול שלו במשכון, כיוון שלגבי הבן לא הייתה תחילת ההפקדה במצווה, שכן לא היה שותף עם אביו בהלוואה.

ה. מחלוקת הים של שלמה והש"ך מובאת בפרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (ק"ח ע"ב).

ו. כעת נמנה מקרים אחדים נוספים שאפשר שאין בהם פרוטה דרב יוסף: משכון השווה פחות מהחוב: הרשב"א, המובא בשיטה מקובצת, ב"מ פב ע"א, כותב שגם אם המשכון שווה פחות מסכום החוב, המלווה שומר שכר על המשכון משום פרוטה דרב יוסף. גם ספר ההשלמה, ב"מ, פרק ו, סימן ד, כותב שיש פרוטה דרב יוסף במקרה זה, ומסביר שהמצווה אף גדולה יותר — שהוא מלווה על סמך ביטחון מועט.

ז. לעומת זאת, הרשב"א שם מביא שהראב"ד סובר שאין אז פרוטה דרב יוסף, והתקשה בהבנת טעם הדבר. כמו כן, אור שמח, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, א, כותב שרש"י, ב"מ פב ע"א (ד"ה בדלא), סובר שבמקרה זה אין פרוטה דרב יוסף. הוא מסביר, שאף על פי שאז המצווה גדולה יותר, כאמור, מכל מקום כאן אינו נהנה פרוטה דרב יוסף מן המשכון, אלא הוא נהנה מן המצווה, מן

מילואים לסעיף 1(ג)

החייב המוטל עליו להלוות לאדם נאמן גם בלי לקבל משכון, ולכן אין פירוט דרב יוסף מחייבת אותו כאן; ורק אם המשכון שווה לחוב, אומרים שהמשכון גם את ההנאה, מפני שלולא המשכון לא היה מחויב להלוות למי שאינו אדם בטוח, ורק על ידי קבלת המשכון חלה עליו המצווה, ואם כן פירוט דרב יוסף באה לו מן המשכון (ראה ליד ציון הערה 236).

ח. חידושי חתם סופר, ב"מ פ ע"ב, מסביר את דעת רש"י, שהמצווה במשכון היא שאינו מוכרו אלא טורח בו ומטפל בו (כהסבר הראב"ד המובא במילואים להערה 235), ואם המשכון שווה פחות מהחוב, הרי אינו משמש לו כביטחון אלא נטלו רק לזכרון להלוואה, ואם ימכרנו לא יהיה לו זיכרון לשארית ההלוואה, ואם כן אין מצווה בכך שמטפל ואינו מוכרו. עוד מסביר (בדף פב ע"א, ד"ה אמנם), שכמו ששומר אבדה שומר שכר מפני שהתורה חייבה אותו לשמור (ראה במילואים להערה 220), כך גם במשכון כיוון שחובה להלוות, אבל כשאין המשכון שווה לחוב אין חובה להלוות מפני שאין לו ביטחון, ולכן אינו שומר שכר מן הנימוק הזה. עוד נימק (שם ד"ה א"י י"ל), שמאחר שכששווה פחות מהחוב אין חובה להלוות, יוצא שהוא אינו מצווה ועושה, ולא הופטר מלמת פירוט להצדקה, שבוה הוא מצווה, ולכן אין לו פירוט דרב יוסף.

ט. אמרי דוד (שליסל), מצווה נט, כתר מצווה, אות ב, מסביר את דעת רש"י על פי דבריו (ראה במילואים להערה 257) שפרוטה דרב יוסף מועילה רק מצד שמכוח זה הוא נעשה שומר שכר בגלל הנאת ההחזקה כביטחון, והרי אם המשכון שווה פחות מהחוב, אין לומר שמחזיקו כביטחון, אלא מחזיקו לזכרון, ולכן אינו שומר שכר. המגיה שם נותן הסבר אחר לשיטה זו, על פי דבריו (ראה במילואים להערה 236) שפרוטה דרב יוסף נחשבת קשורה למשכון מפני שבכוח המשכון אין המלווה יכול לחזור בו ממתן ההלוואה — ורק אם המשכון שווה לחוב אין המלווה יכול לחזור בו מהלוואה, שהרי על ידי מתן המשכון זכה הלווה בכל דמי החוב. וראה בשמו במילואים להערה 294.

י. תומים, עב, ס"ק ו (הובא בגידולי שמואל, ב"מ פב, ד"ה ולאוקימתא), כותב ששני התירושים בתוספות, ב"מ פב ע"א (ד"ה נימא), חלוקים ביניהם בשאלה האם יש פירוט דרב יוסף כשהמשכון שווה פחות מהחוב. הוא מנמק את הדעה שאין כאן פירוט דרב יוסף, על פי דברי הרא"ש (הערה 234) שפרוטה דרב יוסף היא בגלל הטיפול, משום שהלווה אינו יכול לבוא ולטפל במשכון — וזה אמור רק במשכון שהמלווה נטלו לגוביינא, שלא יתיר ללווה לבוא לטפל בו, שמא יגבנו, אבל כאן המשכון אינו שווה לו לגוביינא, ודאי שנטלו רק לזכרון דברים, וכדי שלא יוכל הלווה לכפור, ויהיה מוכן להתיר ללווה לטפל בו, אם יהיו עדים שישגיתו שלא יטלנו הלווה, או אם יכתבו לו בכתב ידו שהוא חייב לו, שאז לא יוכל לכפור. אך הוא מעיר שלפי הדעה (ליד ציון הערה 235) שהמצווה היא בעצם ההלוואה, כאן יש פירוט דרב יוסף מפני שיש כאן מצוות הלוואה.

יא. אור שמח שם כותב שהתוספות סוברים שיש פירוט דרב יוסף גם כשהמשכון שווה פחות מהחוב, ומסביר שהם לשיטתם שפרוטה דרב יוסף באה מן המצווה של הטיפול במשכון (ראה ליד ציון הערה 234), ומצווה זו קיימת גם כאן.

יב. בלווה נכרי: תוספות, שבועות מד ע"א, ד"ה שומר (הובא בשו"ת פרי החיים, יו"ד, סימן מ, בשו"ת לחם שלמה, עהרנייך, אר"ח, סימן עז, אות ג, ובשו"ת כלי שרת, סימן נח), ושו"ת ר' משה מרוטנבורג, אר"ח, סימן יא (ע"ב), כותבים שהמלווה לנכרי אין לו פירוט דרב יוסף, מפני שאין מצווה להלוות לו. על חייב שמירה בנכסי נכרי, ראה סעיף 13, במילואים להערה 10.

יג. בלווה מומר: תומים, עב, ס"ק ה, כותב שהמלווה לישראל מומר, אין לו פירוט דרב יוסף, שהרי אין מצווה להלוות לו, ומכל מקום לפי רש"י הוא שומר שכר אם לקח את המשכון לגוביינא, כגון שיש שטר כך שאין לומר שהוא לקח את ההלוואה לזכרון דברים, והוא שומר שכר משום הנאתו ממה שהוא נטלו לגוביינא. בס"ק ו (הובא בגידולי שמואל שם) הוא כותב שאם אחר כך חזר המומר בתשובה, לפי הריב"א (הערה 235) שפרוטה דרב יוסף היא מחמת המצווה שבעצם ההלוואה, הוא נשאר שומר חינם, ואילו לפי הרא"ש (הערה 234) שהמצווה היא בטיפול, הרי מאחר שעכשיו חזר בתשובה, יש מצווה בטיפול, והמלווה שומר שכר; אלא שלפי הריב"א (ראה במילואים להערה 108), שהטיפול נחשב מצווה רק אם תחילת ההפקדה הייתה במצווה, אין כאן פירוט דרב יוסף אף לרא"ש (נקודה אחרונה זו כתב גם נתיבות המשפט, עב, ס"ק ז).

יד. בשאלה האם יש פירוט דרב יוסף כשמשכנו לאחר ההלוואה, ראה במילואים להערה 260. בשאלה האם יש פירוט דרב יוסף בעסקא, ראה במילואים להערה 267.

להערה 310

אך שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עא, כותב שאין פירוט דרב יוסף במי שתפס, ולא נימק (עיינין שם), שאף הוכחתו לכך אינה מובנת. והוסיף שגם אין לומר שיהיה שומר שכר משום דר' יצחק (ראה ליד ציון הערה 259), שהרי התופס נכס אינו קונוה מדר' יצחק.

להערה 312

א. המאור הגדול, ב"ק יז ע"ב (בדפי הרי"ף), ונימוקי יוסף, ב"ק יח ע"א (בדפי הרי"ף), כתבו רק שהוא שומר שכר ולא נימקו במפורש, אבל נראה שזה נימוקם, שהרי כתבו זאת בסמיכות לדברי התלמוד שניוק שתפס שור תם הוא שומר שכר, ונימק רש"י, משום שווה ביטחון עבורו (ראה בסמוך). גם רא"ש, ב"ק, פרק ד, סימן א, כותב שמלווה התופס מהלווה נכס השווה יותר מהחוב, כדי לגבות ממנו, הוא שומר שכר על כולו (זאת כוונתו, אף על פי שאינו מפורש בדבריו); וכך כתבו גם ר' יונתן מלוגיל, ב"ק לו ע"ב, וים של שלמה, ב"ק, פרק ד, סימן א.

ב. המאור הגדול ונימוקי יוסף שם (הובאו בדרכי משה, חו"מ, תא, ס"ק א, בב"ח, חו"מ, תא, א, ובש"ך, חו"מ, תא, ס"ק ג וס"ק ד), יים של שלמה שם, פסקו כך לגבי ניוק שתפס את השור שהזיק לשורו, כשהשור היה "מועד" — וזהו מקרה המקביל לנושה רגיל התופס (שלא כמו בשור "תם" — ראה בסמוך).

ג. תומים, קט, ס"ק ד, כותב שמלווה שתפס נכס, הוא שומר שכר עליו כמו מלווה על משכון, משום פירוט דרב יוסף או משום הנאת ההחזקה, כלומר, יש מקרים שזו קיימת ויש שהאחרת קיימת.

ד. שו"ת דברי ריבות, סימן שמג, כותב שאם לוי פדה מנפתלי נכס של ראובן שהיה משועבד בידי נפתלי, משום שראובן היה חייב

מילואים לסעיף 1(ג)

כסף ללוי שקלווה לו, מניחים שלוי התכוון להיות בטוח בזה בכספו שביד ראובן, ותפס אותו עבור חובו, ולכן הוא שומר שכר על הנכס.

להערה 313

א. קצות החושן כותב שאף על פי שהמאור הגדול (במילואים להערה 312) כתב שניזק שתפס שור מועד הוא שומר שכר מחמת הנאה זו, מלווה שונה, משום שאילולא הלווה לא היה זקוק לביטחון לכספו, מה שאינו כן בניזק, שהנזק קרה שלא לרצונו. אך אין דבריו מובנים, שהרי המאור ונימוקי יוסף כתבו שגם מלווה רגיל שומר שכר מאותה סיבה.

ב. כמו כן, תומים, עב, ס"ק כב, כותב בדעת תוספות, ב"מ פ ע"ב (ד"ה דקא), שהנאת ההחזקה כביטחון קיימת רק אם בעל הנכס מסר לו בלי שהיה מוכרח (ראה בשמו במילואים להערה 102), מה שאינו כן אם המלווה-השומר תפס נגד רצון בעל הנכס; וכתב שלפי דעתם הוא שומר שכר רק אם תפס את הנכס במטרה להיפרע ממנו, ולא רק להחזיקו כביטחון (ראה בשמו בהערה 271).

ג. בנוסף, קצות החושן, עב, ס"ק יב, כתב שתוספות, ב"מ פא ע"א (ד"ה הא), סוברים שהנאה זו של החזקת נכס כביטחון מועילה רק בצירוף הנאה של רווח מן העסקה (ראה במילואים להערה 257), ולפיהם אף הניזק (וקל וחומר מלווה התופס בלי רשות) אינו שומר שכר על השור מפני שאינו מרוויח מן העסקה (ורק מלווה שקיבל משכון על ידי בית דין אחרי הלוואתו הוא שומר שכר, ראה ליד ציון הערה 259, מפני שהוא קונה את המשכון וכך נהנה שיוכל לקדש בו אשה).

ד. בני דוד, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, א, כותב שדברי פרח מטה אהרן מתאימים למה שכתב חידושי הריטב"א, קידושין מח (ראה במילואים להערה 257), שאם הנכס לא בא לידו בתורת משכון, אינו משכון; אך הוא כותב שלפי הרשב"א שם, שתיזן תירון אחר, הדין כאן ישתנה.

ה. פרח מטה אהרן שם כותב שגם אלמנה התופסת נכס לכתובתה אינה שומרת שכר עליו מכוח הנאה זו, ואף על פי שבתחילת יצירת החוב, בשעת הנישואין, נהנתה מן העסקה, שהרי סתם אשה מעוניינת להינשא, מכל מקום, בסוף, כשהחוב נשאר על היורשים, אינה נהנית מזה, הייתה מעדיפה שהבעל יפרע לה את כתובתה בחייו ולא יישאר חוב על היורשים. דבריו קשים, שהרי גם באומן אפשר לומר כך, שאף על פי שבתחילה נהנה מן העסקה, מכל מקום היה מעדיף שישלם לו מיד כשגמר, ועכשו שממתין, אינו נהנה מהחזקת הנכס גם אם גילה את דעתו שהוא מעכב את הנכס עד לקבלת שכרו; ובכל זאת התלמוד אומר שהאומן שומר שכר מפני הנאת החזקה כביטחון.

להערה 314

א. ר"ח מילר סבור שגם נתיבות המשפט הסובר שהנאת החזקה כביטחון יוצרת אחריות של שומר שכר רק כנגד החוב (ראה בשמו בהערה 264), צריך להסכים שכאן הוא שומר שכר על כל השור, מפני שכך מוכח בתלמוד, והוא יסביר שכאן זה מקרה מיוחד, שהנאה רבה יותר, כמוטבר בפנים.

ב. ר"נ גולדברג העיר, שברור שהכוונה היא לשור השווה יותר מחוב המזיק כלפיו, שאילו בשור השווה לחוב המזיק או פחות ממנו, אין משנה מה מידת אחריות הניזק כשומר, שהרי אם יאבד השור בכל דרך שהיא לא יוכל לגבות מן המזיק את נזקו (אך יש להעיר, שאולי תהיה נפקות למקרה שהשור המזיק יזיק לאדם שלישי, ושומר אחראי למה שמזיק השור השומר); ודווקא כשהשור שווה יותר, יש מקום לדון האם הוא חייב לשלם למזיק על הסכום שהשור היה שווה יותר מחובו; וכן אם ניזוק השור המזיק חלקית, גם אם הוא אחראי רק על החלק שכנגד חובו, לא יוכל לגבות את חובו מאשר השור.

ג. לבוש, חו"מ, תא, ב, הסביר שהוא שומר שכר, מפני שנהנה שעל ידי שתפס, לא יופטר המזיק אם יודה, בתור מודה בקנט.

ד. שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן מט, כותב בסתם ששור שתפסו ניזק, קנאו בתור משכון ולכן הוא חייב כשומר שכר.

ה. שער המלך, על הרמב"ם, הלכות אישות, ה, כג, כתב שניזק שתפס את השור הוא שומר שכר מחמת הנאת החזקה כביטחון, ואף שבמלווה רגיל אין אומרים כך מפני שהיה עדיף לו שלא להלוות (ראה ליד ציון הערה 257), הרי בניזק אין לומר כך מפני שהמזיק הוזק לו בלי ידיעתו.

ו. דעות חולקות: תורת חיים, ב"ק לו ע"א, כותב שהתלמוד לא התכוון לומר שהוא ממש שומר שכר, אלא התכוון לומר רק שאם השור יזיק לאדם שלישי, והניזק החדש יגבה מגוף השור, יפסיד הניזק הראשון את חלקו, מפני שהיה צריך לשמור את השור.

ז. שו"ת בתי כהונה, בית דין, סימן כב (קי ע"א), מבין שהתוספות (שנביא בהערה 336) פוטרים את הניזק מאחריות גם על חלקו בשור (בפשטות הם דיברו רק על חלקו של המזיק — ראה הריון ליד ציוני הערות 335-336); ומסביר שאינו חייב מחמת הנאת החזקה כביטחון, מפני שהם סוברים שאינו מפחד שמא המזיק יבריא את השור, מפני שאם יעשה כך, זה גול ויהיה בנידוי (משום שהניזק נחשב שותף בשור, ושונה מאומן שהוא שומר שכר מכוח הנאת החזקה כביטחון, מפני שיש חשש סביר שבעל הנכס לא ישלם לו את שכרו שהרי זאת לא תהיה גולה אלא רק אי פריעת חוב); וגם אם הניזק חושש שמא המזיק יבריא אותו לא בתור גול אלא כדי ללחוץ עליו להתפשר (כסברת תוספות, ב"ק מ ע"ב, ד"ה הוה) — אין זה סיבה מספקת שהניזק יהיה שומר שכר.

ח. ראה עוד ליד ציוני הערות 335-336, שיש אומרים שמאחר שהניזק שותף בשור, הוא פטור משמירה על חלקו של המזיק.

להערה 321

א. אך נתיבות המשפט, עב, ס"ק ו, בסופו, כותב שאין נראית הבחנת קצות החושן בין הערך שכנגד החוב לעודף. גם אבן האול

מילואים לסעיף 1(ג)

שם כותב שאין נראית סברת קצות החושן. מחלוקת הש"ך וקצות החושן מובאת באחיזתו, חלק א, סימן כב, אות א. ועיין על כך באבני החושן, עב, ס"ק ד. על האחריות כאן מטעם גזלן עיין מרכבת המשנה, מהדורא קמא, על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, ג, ד. ב. ישועות ישראל, עב, ס"ק ד, נוקט בעמדת ביניים: אם משכנו שלא ברשות, פטור מאונס אם האונס היה קורה גם בבית הלווה, ואינו נקרא גזלן מכיוון שלבית דין היה מותר למשכנו אלא שכאן עשה דין לעצמו; אבל אם מישכנו לפני מועד הפירעון, שאז גם בית הדין אינו יכול למשכנו, אפשר שחייב כגזלן. ג. הבחנה אחרת עשה שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן כב, אות יא: הוא אומר שלפי הש"ך, רק מלווה שנטול משכנו בלי רשות הוא גזלן. מפני שאסור למלווה לתפוס, כאמור בשו"ע, חו"מ, צו, ו, אבל נזק רשאי לתפוס, ולכן אינו גזלן.

להערה 322

א. כך פסקו: שו"ת הרי"ף (מהר"ר רוטשטיין), סימן עח; תשובות רש"י, סימן פ (על פי המהדיר, הערה 80 שם); שו"ת רבנו תם, סימן לד, אות א; ספר העיטור, שיתוף, ליד אות עא; תשובת הרשב"א, בשיטה מקובצת, ב"ק לו ע"א; שו"ת הרא"ש, כלל פט, סימן ד (הובא בטור, חו"מ, קעו, מד, בשו"ת מהריב"ל, חלק ב, סימן עג, בשו"ת שארית יוסף, סימן א, ובגן נעול, כפתור ד, פרח ה); שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה), סימן קנג; סמ"ג, עשה פב (קסח ע"ג); הגהות מיימוניות, הלכות שלוחין, ו, אות א; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ו, הלכה ד, אות ז; שער שבעות, שער ח; שו"ת מהרי"ק, שורש טו; טור; חו"מ, קעו, יא; שו"ע, חו"מ, קעו, ח (הובא בשו"ת שב יעקב, חו"מ, סימן כא), ושו"ת אבקת רוכל, סימן קלט וסימן קמ; שו"ת הרדב"ז, סימן תרלח (נדפס גם בשו"ת משפטי שמואל, סימן סז); שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קצו; שו"ת יבין ובעוז, חלק א, סימן יא (ו ע"ב); שו"ת מהריט"ץ, סימן קלה; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קח; שו"ת בני אהרן, סימן מ; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צו; שו"ת משפט צדק, חלק א, סימן כב (דף פו ע"ג ודף פח ע"ד); כנסת הגדולה, חו"מ, קעו, הגהות הטור, אות יד; שו"ת חקקי לב, יו"ד, סימן מח (פח ע"ב); בינת נבונים, שער ה, פרק יז (צה ע"ב); שו"ת תרשיש שוהם, סימן קה; שו"ת הרד"ם, חו"מ, סימן ו; כתב וחותם (לר"ע איגרו), חלק ב, סימן יב; שער משפט, טו, ס"ק לב; שו"ת מעיין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ו (עמ' 102); שו"ת פני יצחק (אבלופיה), חלק ה, חו"מ, סימן ז; שו"ת אוריין תליתאי (תאומים), סימן מג; אחיעזר, חלק ב, סימן ה, אות ה; שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צה, אות ט, וסימן קב, אות א; שו"ת חיי אריה (ליפקין), חו"מ, סימן א, אותיות טו"ז; פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (קט ע"ג); ישועות יעקב, יו"ד, ד, ס"ק ד; דברי ירוחם, סימן נא; רא"ב קמאי, כנסת ישראל (ירושלים) ב (אב תשכ"ח), עמ' יג; הוראות שעה, פרק כח (עמ' קא); א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ספר ב, פסקה פה, עמ' 194.

ב. התלמוד אומר שאם שותף אחד שומר על חלק מהנכס, ובאותו זמן השותף האחר שומר על החלק האחר, פטורים משמירה מטעם "בעליו עמו", ורק שכל אחד שומר על כל הנכס בזמנים נפרדים, הם חייבים בשמירה, והם שומרי שכו.

ג. רז"ג גולדברג העלה אפשרות ששותף אינו חייב בשמירה מעיקר הדין, משום שהוא כמו קונה נכס למלאכה, שאין עליו חיוב שמירה מפני שהנכס שלו (שלא כמו שוכר, שאינו קונה את הנכס למלאכה ויש לו רק שעבוד לגבות מלאכה מן הנכס); אלא שהשותף חייב בשמירה מפני שכך התנה מראש. וראה סעיף 1(א), ליד ציון הערה 376, ששותף חייב בשמירה אף על פי שהוא מחזיק "מכת בעלות".

ד. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן יא (ו ע"ב), כותב שאם התנו: "אשמור אני היום ואתה מחר", ובפועל שמר השני גם היום, הוא שומר שכו גם היום, אף על פי שמה שמר היום היה רק התנדבות.

ה. רחב"צ נטלוביץ, "בדין שומרים ושותפים", המאור שנה ב, חוב"ב א (תשרי תשי"א), עמ' 4, מעלה אפשרות שאף על פי שברוך כלל תנאי להחמיר אינו מועיל אחרי ההפקדה בלי קניין (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 53), מכל מקום כאן הם שומרי שכו גם אם לא התנו כך בתחילה ורק אחר כך אמרו זה לזה: "שמור לי היום וכי", מפני שבשותפים באופן כללי אומרים: "אגב שרוצה לקנות מחברו, גומר ומקנה לחברו", מפני ההדדיות, וגם לעניין שמירתם, כל אחד רוצה להטיל על חברו אחריות יותר גדולה, ולכן כל אחד מתחייב בלב שלם לפי התנאי שעשה, וזה נכון גם לאחר ההפקדה.

ו. רשב"ם, ב"ב מג ע"ב (ד"ה אמר), כתב ששותף הוא שומר שכו וחייב באונס, אם התנו "שמור אתה היום ואני למחר". והקשה הגהות הרשב"ש שם, הרי שומר שכו פטור מאונס? רחב"צ נטלוביץ שם תירץ על פי הדין (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 39) ששומר שכו יכול להתנות להיות כשואל, וכאן רואים כאילו התנו: "על מנת שאהיה חייב באונס", מפני שמי שממנה שומר בוודאי רוצה להטיל עליו את האחריות המירבית, אלא שברוך כלל כנגדו רוצה השומר למעט באחריותו, אבל בשותפים שמרו לי היום ואשמור לך מחר", כל אחד מוכן להתחייב באונס כדי שגם חברו יתחייב באונס, ולכן די באמירה זו. והוא כותב שזו גם דעת הרמב"ם (הוא כותב כאילו בזה מיושב מדוע הרמב"ם לא כתב ששותפים שומרי שכו; אך האמת היא שעכשו זה יותר קשה — מדוע לא כתב חידוש זה, שרואים כאילו התנו שיהיו חייבים באונס).

ז. שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן קב, אות א, כותב שאם השתמש השותף בדבר השותפות הוא שואל וחייב באונס.

ח. הרמב"ם לא כתב ששותפים שומרי שכו. שו"ת בתי כהונה, בית דין, סימן כב (ק"ב ע"ב), מסביר שהוא סמך על מה שכתב שאנשים זרים שהתנו זה עם זה: "שמור לי היום ואשמור לך מחר" הם שומרי שכו (כך נראית כוונתו), ונלמד מזה לשותפים כשכל אחד שומר קצת. אך הוא כותב שלפי הרמב"ם, אם עמד אחד ושומר סתם הוא שומר שכו; ועל כך יש להקשות, מדוע לא כתב הרמב"ם חידוש זה? על השמטת הרמב"ם ראה גם במילואים להערה 329.

ט. חכמת שלמה, חו"מ, קעו, ח, אומר ששותף הוא שומר שכו דווקא בנכס שאין משתמשים בו אלא עושים בו סחורה, ולכן כל הזמן חלק של זה וחלק של זה, אבל בנכס משתמשים בו, רואים כאילו הסכימו השותפים ביניהם שכאשר האחד משתמש, יהיה כולו שלו, וכן לאחר, ולכן כל אחד הוא שומר חנים, מפני שכל אחד הוא כמו קונה נכס לזמן קצוב, שרינו כשומר חנים (ליד ציון הערה 400).

י. בתי כהונה שם (קט ע"א) כותב שלדעת הרשב"ם, אם שניהם יושבים בחנות (לדוגמה) ליד הסחורה, אינם שומרים בכלל זה כלפי

מילואים לסעיף 1(ג)

זה, מפני שהשמירה מוטלת על שניהם, וכל אחד חייב לשמור את שלו, וכל אחד שומר את חלקו, וזו כוונתו, ואף על פי שממילא נשמר חלק חברו מפני ש"אין ברירה", אין זה משנה, מפני שהוא מתכוון להנאת עצמו, ובכלל לא קיבל על עצמו שמירה כלפי חברו, מפני שכל אחד שומר את חלקו אלא שממילא נהנה השני, וכל התנהגותם ושותפותם היא בדרך זו, ששניהם יושבים ושומרים, ואין ראובן זקוק לשמירת שמעון על חלקו מפני שראובן כבר יושב ושומר; ואם אחד מהם יוצא, זה שנשאר נשאר בשביל חלקו ולא כדי לשמור את חלק חברו, ואילו לא נשאר השני, היה הראשון סוגר את שלו, ואין זה נקרא שומר כלל. בדרך קיא ע"ג כתב שזו גם דעת מהר"ם; בדרך קיב ע"א כתב כך גם בדעת הרא"ש; ובדרך קיב ע"ב כתב שזו גם דעת הרמב"ם.

יא. שו"ת לחם שערים, סימן צד, כותב שאם השותפים רגילים להפקיד את נכס השותפות אצל אדם אחר, גם אם ביום מסוים נתנו לאחד מהם לשמור, אינו שומר שכן, מפני שלמחרת לא ישמור אחר בעבורו אלא ישמור האדם האחר. הוא מתייחס למקרה בב"מ לו ע"א באותה "סבתא", ששם זה היה המצב.

להערה 326

א. כמו כן, יד רמה, ב"ב, פרק ג, סימן קלו (הובא בשו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן נד, אות ב – כדבר מחודש), כותב שאם שותף אחד מתעסק בכל הנכס זמן מסוים, והאחר מתעסק בכלול בזמן אחר, הם שומרי שכר כאילו אמרו בפירוש שישמור זה בזמן זה וזה בזמן האחר. גם חידושי הריטב"א, ב"ב מג ע"ב, כותב שאם לא דיברו בפירוש, אלא זה עוסק בנכס בזמן אחד, והאחר בזמן אחר, הם שומרי שכר (והוא כותב שאדרכה, אם דיברו בפירוש, פטורים מטעם "בעליו עמו" – עיין שם).

ב. שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צו (ד"ה ומ"ש מהגאונים), כותב שהסוברים שניזוק שותף הוא שומר שכר (ליד ציון הערה 335), אף על פי שלא התנה בפירוש, בוודאי סוברים כך בסתם שותף, שהרי הוא שותף מרצונו.

ג. שו"ת שואל ונשאל, חלק ה, סימן קה, כותב שיש שני הירושה נמצאים בביתו, הוא שומר שכר על חלקם של שאר הירושים, מפני שהם שותפים בירושה, ושותפים הם שומרי שכר – וזאת אף על פי ששם לא התנו שתהיה תחלופה בשמירה. עוד נימק, שהוא שומר שכר בהנאה שיש לו חלק בירושה. ואין זה מובן, שהרי הנאתו מחלקו אינה נובעת משמירתו על חלקם של האחרים.

ד. מדברי שו"ת מהר"ם מינץ, סימן נט, עולה שגם לדעה שבסתם הוא שומר שכר, הרי אם הסיבה ששותף א נתן לשותף ב לשמור היא מפני שתיבתו הייתה שבורה, אינו שומר שכר, שהרי ברור ששותף א אין בדעתו לשמור עבור שותף ב בתמורה לשמירתו הנוכחית.

להערה 327

שו"ת בתי כהונה, בית דין, סימן כב (קט ע"ג), מנמק עוד, שהשני יטען: "הייתי מסכים לשמור אחריו, ולא הייתי מסרב בטענה שעשית לעצמך, ולמה תחשוב שהייתי מסרב, הרי זה עוולה; וגם אתה עשית על דעת כן, מפני שאין זה צודק שתטרח אתה בכלל"; ועוד, הוא טוען: "הייתי רוצה לשמור, ולא הייתי יכול למנוע זאת, ואז היית נהנה משמירתו".

להערה 328

א. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה), סימן יב, מעלה אפשרות שאף לדעה שמקבל עסקא הוא שומר שכר (ליד ציון הערה 163), אם שלשה עשו קופה משותפת ("הטילו בכיס") ואחד מהם מתעסק בכסף, הוא שומר חינוס, מפני שכאן אין לומר "הואיל ונהנה מהנה" כמו בעסקא. כוונתו היא, שבעסקא הוא שומר שכר מפני שהוא נהנה מן החצי שקיבל כהלוואה מחברו, וכאן חלקו ברווחים יבוא לו רק מן הכסף שנתן משל עצמו. ועיין שו"ת בני אברהם, חו"מ, סימן מג, שכתב (על פי מהרי"ט שם) שבמקרה זה אין לומר שהוא שומר שכר בתור שותף, שהרי השני לא ישמור במקומו; ואת האפשרות לחייבו כשומר שכר בתור מתעסק, הוא תולה במחלוקת ראשונים, האם במקרה זה חובה לתת שכר טרחה כדי למנוע איטור ריבית; והוא כותב שאפשר לומר "קים לי" כדעה שאין חובה, וממילא הוא שומר חינוס.

ב. לאור האמור בפנים, קשה מה שכתב שו"ת שער אפרים, סימן קמא (ד"ה אמנם), שאם הוסכם שרק על שותף אחד מוטל להתעסק בסחורה, הוא שומר שכר בתור מקבל עסקא. אך המקרה שם אינו ברור, ואולי אין מדובר שם בשותפות ממש, אלא במקבל עסקא, וכוונתו לדעה (ליד ציון הערה 163) שמקבל עסקא הוא שומר שכר.

להערה 329

א. ש"ך שם, ס"ק טז, כותב שהרמב"ם, מהר"ם מרוטנבורג, הטור והשולחן ערוך סוברים שאינו שומר שכר בסתם, ובוה מוסבר מדוע הרמב"ם לא הזכיר את דברי התלמוד ששותפים הם שומרי שכר: הדין אמור רק במקרה שהסכימו במפורש לשמור בחילופין, ואם כן פשוט שהם שומרי שכר, ואין צורך לכתוב זאת. גם מאירי, ב"ב מג ע"ב, מביא דעה שאם לא התנו במפורש, אין זה נחשב כאילו התנו.

ב. המחלוקת הובאה בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן ריו, ובכנסת הגדולה, חו"מ, רצא, הגהות הטור, אות ב (ראה במילואים להערה 372), ובגן נעול, כפתור ד, פרח ה.

ג. שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן קג, עוסק במקרה שהשותפים לא התנו ביניהם, ומכל מקום הוא כותב שלכל הדעות הם שומרי שכר, מפני שבנידונו היה ברור שהתכוונו לשמור זה אחר זה, כיוון שכל שותף היה בעיר אחרת, ולפעמים הנכס היה בעיר זו ולפעמים בעיר זו, ולכן הם שומרי שכר.

להערה 330

לכאורה עניין זה קשור לשאלה הכללית של שומר שכר שלא הוכחח לו שכר בפירוש אך יש לו זכות לקבל שכר (ליד ציוני הערות

מילואים לסעיף 1(ג)

37-39). שו"ת מהרי"ק, שורש קנה (הובא בעין משפט שם, דף קט ע"ד, ובקיצור בשו"ת קול אליהו, חלק ב, חו"מ, סימן כו), מוצא הברלים בין התחומים: א) טעם הדעה ששו"ת אינו שומר שכן בסתם, הוא שבדרך כלל שותפים אינם מקפידים זה על זה, ומקובל שזה טורח בעבור זה בלי לקבל תמורה, מה שאינו כן בסתם אדם, שמן הסתם הסכים לשמור רק על דעת שקבל שכן. ב) בשותף אין סיבה להניח שהוא רוצה להיות שומר שכן, מפני שמה תועלת תהיה לו בזה שחברו ישמור בעדו כשומר שכן? אבל שומר רגיל, כשמגזיעה הנאה לידו מניחים שהוא התכוון להיות שומר שכן. אך יש להעיר שמהרי"ק עוסק בבעל נכס שהבטיח שכן לשומר ורק לא אמר לו: "אני נותן לך שכן על מנת שתהיה חייב בגובה ואברה" (ראה ליד ציון הערה 40), ומקרה זה אינו מקביל ממש לנידונו. עין משפט שם (דף קי ע"ד) עושה הבחנה נוספת: ייתכן שהשותף לא קיבל על עצמו את שמירת חלק חברו כלל (כדעה ליד ציון הערה 333), ולכן אינו שומר שכן, אבל סתם שומר שקיבל על עצמו שמירה, יהיה שומר שכן בגלל השכר שהוא זכאי לקבל.

להערה 332

א. חתם סופר, חו"מ, סימן צג, מסביר שאין אומרים שיש להניח שהשותפים התכוונו שיהיו שומרי שכן זה לזה כדי שישמרו טוב יותר, מפני שאם זה המצב נמצא שכל אחד משועבד לחברו, ואם כן שניהם פטורים מטעם "בעליו עמו", ויוצא שהנכס לא יישמר; אלא יש להניח שהתכוונו שיהיו שומרי חינם, כך שאינם משועבדים זה לזה ולכן אינם פטורים מטעם "בעליו עמו", ולכן הנכס יישמר; ורק אם אמרו בפירוש זה לזה: "שמור אתה היום ואני מחר", שסילק את האחר משמירה למחרת, ואת עצמו משמירה היום, כך שאין "בעליו עמו", בזה יש להניח שהתכוונו שיהיו שומרי שכן כדי שישמרו טוב יותר.

ב. שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן טו, נימק שהוא שומר חינם מפני שהנכס הונח ברשותו בהסתמך, ונותן לו בזה. הוא מקשה על עצמו, נאמר שהוא שומר שכן בהנחה שנהנה מחלקו של שותפו, שבדין הסחורה גדל הרווח ומתמעטת ההוצאה באופן יחסי (ט"ז, י"ד, קע"ט ס"ק ט — ראה גם בהערה 341 ובמילואים להערה 164, והסברה נזכרת כבר בכתובות טו ע"ב?) הוא מסביר שאינו נעשה שומר שכן בגלל זה, שהרי אילו רצה, לא היה מתעסק בסחורה, והוא עושה חסד לשני בזה שהוא מתעסק, וכבר בזה הוא מחזיר טובה לחברו בעד הנאתו האמורה, ואין לעשותו שומר שכן, שזה רעה תחת טובה; והרי הוא לא היה רוצה הנאה זו אלא אם כן גם השני יתעסק. עוד נימק, שכשנשתתפו, נתחייבו לעסוק בשותפות, ואז היו שומרי שכן זה לזה, וכשהסתלק אחד מן העסק, אפילו חלה, הרי זה כאילו כלתה שמירתו של האחר (כך נראית כוונתו), והרי שומר שכן שכלתה שמירתו הוא שומר חינם (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 135). אך הוא כותב, שאם הנכס בספינה משותפת, כך שכששותף אחד חדל להתעסק, הנכס בחזקת שניהם, דין השותף השני כדין שומר שכן שכלתה שמירתו והנכס ברשות בעליו, שפטור לגמרי. ושוב הוא מסייג, שגם במקרה זה, לפי הרא"ש (שנביא בסעיף 5, במילואים להערה 127), הסובר שאם היו שומרים אחדים ושומר אחד הסתלק מהשמירה, והאחרים שתקו ולא הסתלקו, רואים כאילו הם קיבלו על עצמם את שמירתו, כך גם כאן, מאחר שהשותף האחר שותף ועומד בשמירתו, הוא שומר חינם; אלא ששו"ע, חו"מ, שצ"ז, פוסק שלא כרא"ש.

ג. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ג, סימן קמג, בסופו, מקשה על דעה זו מהרשב"א (שהבאנו בסעיף 1(א), הערה 15), שכתב ששומר חינם חייב רק מפני שהלה סמך עליו, והרי כאן שותף זה התנדב לשמור והלה לא סמך על שמירתו, ומדוע הוא חייב? הוא משיב, שמאחר שהוא ירוויח מכל מה שטרח בעסק, הוא לפחות שומר חינם.

ד. שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן קג, מביא שמורה צדק (בשם מהרש"ף) מדייק מתשובת הרא"ש (שנביא בסעיף 2(א)), הערה 75), שפטר שותף שאמר לשותפו: "שים את הכסף בכיף עד שתגיע לתיבה", מכאן שלדעתו בסתם שותף הוא שומר חינם. גם שו"ת זכות אבות, סימן סה, מעלה אפשרות שהרא"ש סובר שהוא שומר חינם, מפני שאינו נהנה מזה. שו"ת בתי כהונה, בית דין, סימן כב (קיב ע"ב), מסביר שבמקרה של הרא"ש אינו שומר שכן, מפני שדווקא אם אחד שמר סתם, אומרים שהוא שומר שכן מפני שאחר כך ישמרו שותפו, אבל כאן זה דבר חד פעמי, שהוא מוליך את הכסף לתיבה, ואין מתחשבים בכך שפעם אחרת יולייכו השותף האחר. אך פרח מטה אהרן מביא ששו"ת תורת אמת, סימן מו, כתב שהרא"ש סבר שחל כאן דין "בעליו עמו", ומכל מקום היתה הרה אמינא לחייבו שם מפני שאפשר שנתנית החפץ בכיסו היא מויק בפועל שחייב גם כש"בעליו עמו"; וגם פרח מטה אהרן עצמו מסביר שזה נחשב מזיק — עיין שם.

להערה 333

א. רח"א מילר העיר שלפי זה צריך לומר שכשכתב ש"ך, חו"מ, תא, ס"ק ה, ששותף מחויב בשמירה על הכל, התכוון למקרה שהתנו בפירושו.

ב. שו"ת משפט צדק, חלק ג, סימן כד (עא ע"ג), כותב שאפשר לומר "קים ליי" כפוטרים שותפים מפשיעה אם התחילו להתעסק סתם.

ג. שו"ת פני משה, חלק א, סימן נט, הבין שהמרדכי פוטר משום ש"בעליו עמו". לפי זה, השותף פטור לגמרי, כדעת הש"ך. כמו כן, לפי הגהה המודפסת בגליון מרדכי שם, דעת ר' מאיר המובא במרדכי שם (בסוגריים), לעומת דעת הר"מ המובא לפי כן) היא שבמקרה זה פטור מטעם "בעליו עמו". גם שו"ת זכות אבות, סימן סה, מציג זאת כמחלוקת האם הם שומרי שכן או שהם פטורים מטעם "בעליו עמו". גם באחדים מן הפוסקים שמביא הש"ך שפוטרים, נראה שנימוקם הוא מטעם "בעליו עמו" (ואף בדעת הש"ך עצמו אפשר שזה הנימוק). נראה שהכוונה היא, שמאחר שלא הוסכם על חלוקת זמנים, ממילא חלה על כל אחד אחריית על חלק מהנכס, וכל אחד ישמור על חלק מהנכס, כך ש"בעליו עמו".

ד. שו"ת בתי כהונה, בית דין, סימן כב (קי ע"ד), כותב שלמסקנה, המרדכי סובר שפטור לגמרי, מפני שהשותף מתכוון לשמור על שלו, בין אם שומרים שניהם במקום אחד, בין אם שומר אחד לבדו, ולא קיבל עליו שמירה על חלקו של האחר, ומה שהביא ראיה ממחר"ם (השני שהובא בדבריו) שפטר מטעם "בעליו עמו" בסתם, אינו מסכים עמו בטעם, אלא הביאו כהוכחה שהסוגיה בב"ק פוטרת לגמרי. והוא מסביר שכנגד הסברה שהוא שומר שכן, משיב המרדכי שהשותף שומר יטען: "אילו ידעתי שאתה רוצה לעשות כך, לשמור במקומי אחרי שאגמור, ובגלל זה אהיה שומר שכן, הייתי שומר רק על חלקי כדי להשיג על שלי יפה יפה, והייתי פטור מטעם "בעליו עמו".

מילואים לסעיף 1(ג)

ה. בתי כהונה שם כותב בדעת רבנו אפרים (שיצוין בהערה 336), שאם לא התנו "שמור אתה היום ואני מחר", השמירה מוטלת על שניהם יחד, ואז זה דבר סחורה, שרגילים לשמור יחד או חצי חצי, ועמד אחד ושמר קצת, פטורים מטעם "בעליו עמו"; ואם עמד אחד ושמר הכל, הוא שומר שכן; ואם זה דבר שדרך כל אחד לשמור בעצמו, שמוטל חיוב על כל אחד מהם, גם אם שמר אחד על הכל, פטור משמירה, מפני שאינו שומר אלא בשביל חלקו, ולא שמר על החלק של חברו.

ו. שו"ת מהר"ם מינץ, סימן נט, עוסק בשניים שהלוו כסף לנכרייה בריבית, כל אחד בנפרד, והנכרייה נתנה משכון לשניהם, והופקד אצל אחד מהם; והוא כותב שגם לדעה ששותף בסתם פטור משמירה לגמרי מפני שלא קיבל על עצמו שמירה, מכל מקום כאן חייב מפני שראויים כאילו קיבל על עצמו שמירה. אולי טעמו הוא, שבנידונו תיבתו של המלווה השני הייתה שבורה (כפי שהוא מצייין שם), ולכן יש להניח שהמלווה הראשון מוכן לשמור בעבורו את חלקו. וראה בשמו במילואים להערה 326, ובסעיף 13, במילואים להערה 4.

ז. שו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן יב, כותב שמאחר שעסקא הוא חצי מלווה וחצי פיקדון, הנותן והמתעסק הם כמו שותפים, ולכן אם הסחורה בביטוי של נותן העסקא, שאין מוטל עליו להתעסק בסחורה, אלא על מקבל העסקא, דין נותן העסקא תלוי במחלוקת הרמ"א והש"ך לגבי שותף המתעסק בהתנדבות. והוא כותב שזאת דווקא בעסקא על פי רמ"א, י"ד, קעז, ב, שזה באמת חצי מלווה וחצי פיקדון, אבל לפי היתר עסקא על פי "תיקון מור"ם", אינו שותף; וגם על זה הוא כותב שהוא שומר שכר בגלל הריבית שהוא מקבל על ידי היתר עסקא, כבמקרה ליד ציון הערה 269.

להערה 335

- א. המחלוקת מובאת בספר ההשלמה, ב"ק, פרק ד, סימן א, ובטור, חו"מ, תא, א.
- ב. רמב"ם, הלכות נזקי ממון, ט, יג, פסק שהניזק הוא שומר שכר, ושו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן טו, הביין שדעתו כדעת השולחן ערוך. אך אבן האזול, על הרמב"ם שם, הסביר, שהוא פסק כך משום שלדעתו הניזק נעשה שותף רק לאחר העמדת השור בדיון, וכאן מדובר שתפס לפני העמדה בדיון — ולדבריו אין זה קשור לדיני שותף.
- ג. ראה ליד ציון הערה 314, בשאלת אחריות הניזק על חלקו בשור.
- ד. שו"ת בתי כהונה, בית דין, סימן כב (ק"ע"א), כותב שהרי"ף והרמב"ם סוברים שהניזק הוא שומר שכר מחמת ההנאה שלא יוכל בעל השור להבריתו, שברור שלכן תפס אותו (ובדף קיא ע"א כתב כך גם בדעת הרמב"ן במלחמות ה' שם). והוא כותב כך גם בדעת ניומיק יוסף, אף על פי שהוא נקט שהרי"ף סובר שהניזק שומר שכר מפני ששותפים הם שומרי שכר.

להערה 336

- א. שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צו, הדגיש שלפי ראשונים אלו, הניזק פטור לגמרי משמירה. אוצר מפרשי התלמוד, ב"ק שם, הערה 40, נימק, משום שתפיסה שאינה מועילה כלום לתופס אינה חשובה כדי להטיל עליו חיוב שמירה. אך בסימן צג, כותב החתם סופר שהמאור ורבנו אפרים סוברים שהוא שומר חנם.
- ב. פרישה, חו"מ, תא, וסמ"ע, תא, ס"ק ג, כותב שגם לדעה זו, הוא פטור משמירה רק לעניין אחריותו לנוק שיוק השור הנשמר לשוורים אחרים, אבל לעניין אחריות שמירה רגילה, על מה שיקרה לשור הנשמר עצמו, הניזק הוא שומר שכר ככל שותף. אך ט"ו, חו"מ, תא, ב, וש"ך, חו"מ, תא, ס"ק ה, חולקים, ופוטרים אותו לגמרי משמירה, וכך הבינו גם שאר הפרשנים.
- ג. ר"ג גולדברג סבור שגם לשיטה זו, אם לקח הניזק את השור למקום שאין המזיק יכול להגיע אליו, כגון שאינו יודע היכן הוא, הוא חייב בפשיעה על חלקו של המזיק, לפי הרמב"ם הסובר שפושע כמוזיק (סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 283), ואילו לחולקים על הרמב"ם, הניזק פטור, כפי שקבע ר"ג גולדברג (סעיף 1(א)), במילואים להערה 263 לעניין נוטל נכס של אחר שלא על מנת לזלו.

להערה 337

- א. המאור שם הסביר ששותפים הם שומרי שכר רק אם אמרו זה לזה: "שמור לי היום ואשמור לך מחר", אבל בסתם, השמירה מוטלת על שניהם. הרא"ש וים של שלמה הסבירו, שהשור הוא כחפץ של שותפים שלפעמים זה שומרו ולפעמים זה שומרו, והמיד האחריות מוטלת על שניהם. מאירי, ב"ק לו ע"א, נימק, שגם שותפים רגילים אינם שומרי שכר זה לזה (כלומר, כל אחד אחראי על חלקו בלבד) אלא אם כן אמר לו שותפו "שמור לי היום" (ויש שם טעות דפוס, ובמקום "ונעשין" צריך להיות "ואין נעשין"). ר' יונתן מלוניל שם (במשנה) נימק, שלא נהנה הניזק בתפיסתו, שהרי גם לולא זה לא היה המזיק יכול למכור את השור. גם הרא"ה (הערה 338) נימק, שכשתפס לא עשה שום "מילתא יתירתא", שהלא יש לו חלק בו. תוספות רבנו פרץ ותוספות תלמיד רבנו תם ור' אליעזר נימקו, שאמנם נהנה מן התפיסה בזה שעכשו יכול למנוע מהשור מלירות, וכך למנוע מצב שערכו ירד ולא יוכל לגבות מגופו את המגיע לו, אבל הנאה זו שייכת רק לחלקו של הניזק בשור, ולא לחלקו של המזיק, שהרי גם אם ירד ערך חלקו של הניזק לא יוכל לגבות את ההפרש מחלקו היחסי של המזיק.
- ב. יד דוד (וינציהיים), ב"ק לו ע"ב, הסביר שמה שנהנה מהמזיק אינו יכול להסתירו, אינה נחשבת הנאה כיוון שתפס כדיון. אוצר מפרשי התלמוד, ב"ק שם, הערה 36, הסביר שמאחר שתפס כדיון, אינו חייב לקבל על עצמו שמירה כלל על חלקו של המזיק.
- ג. אך שו"ת פני משה, חלק א, סימן נט, הביין שטעם התוספות והרא"ש הוא שפטור מטעם "בעליו עמו", ומכל מקום חייב כשומר חנם — עיין שם.

להערה 338

- א. כמו כן, שו"ת עין משפט (מלכי), חו"מ, סימן יב (ק"ע"ד), הסביר שבשותף רגיל, מאחר שהוא יכול לחלק את הנכס המשותף

מילואים לסעיף 1(ג)

ובכל זאת שומר מְזַמְחו על כל הנכס, זה מראה שהוא מקבל על עצמו שמירה על הכול, מה שאינו כן בניזק, שאינו יכול לחלק. ערוך השולחן, חו"מ, תא, ד, הסביר שיכול לומר שהיה מוכרח לתפוס את השור כדי שהמוזק לא יסתירנו, ופטור לגמרי משמירה על חלקו של המוזק, ודווקא שותף רגיל חייב לשמור.

ב. סברה אחרת שניזק קל יותר משותף רגיל, אומר שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ג, סימן קמג, בסופו, על פי מה שכתב (ראה במילואים להערה 332) שמעיקר הדין שותף היה צריך להיות פטור מפני שהשני לא סמך על שמירתו, אלא שהוא חייב משום שהוא נהנה מן האפשרות להרוויח, ולפי זה ניזק פטור מפני שהלה לא סמך על שמירתו, שהרי לא קיבל על עצמו שמירה כלל, ולא ירוויח בזה שהרי גובה רק חצי נזק מגופו.

ג. שו"ת בתי כהונה, בית דין, סימן כב (ק"ע"א), מסביר, שדווקא שותפים רגילים הם שומרי שכן בסתם, מפני שהשותף השני יטען: "אני תכננתי לשמור עבורך אחר כך", אבל כאן המוזק לא יוכל לטעון כך, מפני שהניזק ישיב: "לא הייתי מאפשר לך לשמור, מפני שהייתי מפהר שמא תתפוס ותכריח אותי לתבעך בדין והיית מכריח אותי למכור לך את חלקי בו".

להערה 340

א. כסף הקדשים כותב שדינו כשומר שכן. רז"ג גולדברג הסביר, שיש אומדנא שהשתתפו על דעת שאם לא יוכל אחד לשמור, ישמור השני, ולכן הוא שומר שכן, מפני שגם השני התחייב לשמור אם הראשון לא יוכל לשמור, והרי זה ככמקרה שאמרו זה לזה: "שמור לי היום ואשמור לך מחר". אפשר לנמק בדרך אחרת: הוא שומר שכן בתור שומר אבדה, שחיובו מתרחב למצבים דומים לאבדה, כפי שראינו בסעיף 1(א), פרק א, 6(ג).

ב. אבל כסף הקדשים כותב שהוא יכול לשכור אדם אחר שישמור על הנכס, ולשלם לו מכספי השותפות; והוא יכול גם להודיע לחברו העצור שאינו מקבל שמירה על עצמו, ואז יופטר. אבל הוא כותב שלא יופטר השותף החפשי בכך שימסור את הנכס לשליח למכור, גם אם התכוונו השותפים מראש לקסרו ליד שליח למכור, מפני שגם אילו עשו כך, הייתה האחריות מוטלת על מי שמסר לשליח.

להערה 342

א. אבקה רוכל עוסק במקרה שבזמן השותפות היו פטורים משמירה מטעם "בעלי עמו", ולמרות זאת הוא מחייב כשחילקו, מפני שנוצרת שמירה חדשה.

ב. שו"ת מהרי"ק, שורש קד (הובא בבית יוסף, חו"מ, קנו, מחודש ג, ברמ"א, חו"מ, קנו, ח, בשו"ת תורת אמת, סימן מו, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קסו, ובשו"ת משפטים ישרים, בירדוגו, חלק א, סימן יט), כתב ששני שותפים שקיבלו ממישהו כסף לעסקא, והתעסקו בו, וחילקו ביניהם את הרווח, ונשארה הקרן אצל אחד מהם שאמור לתת אותה לבעל הכסף, הוא שומר שכן עליה כלפי חברו (בנידונו, בעל הכסף היה נכרי, ולכן לא דן מהרי"ק בחיובם כלפי בעל הנכס, בתור מתעסקים שלו). שו"ת בני אהרן, סימן עה, מסביר שאף על פי שחילקו את שותפותם, מכל מקום הכסף הזה נשאר מהשותפות שהייתה באחריות שניהם עד עכשו, ולכן מי שנשאר הכסף בידו, אחראי עליו כשומר שכן, כמו שהיה עד עכשו; אבל באמת אם חילקו ולא נשאר כלום, רק חובות שחייבים להם אחרים, הוא רק שומר חינום. בתירוץ שני הסביר, שבמקרה שאחרים חייבים להם, יכולים לחלק את השותפות והם שומרי חינום, אבל כשהם חייבים לאחרים (כמקרה של מהרי"ק, שהייתה בידם הקרן שהייתה שייכת לנותן העסקא), השותפים אינם יכולים לכוף זה את זה לחלק את חובם, גם אם כבר חילקו את שותפותם, שהרי החוב הוא משותף לשניהם, ולכן הם שומרי שכן. הסברים נוספים לדברי מהרי"ק יש בדברי נתיבות המשפט שהובאו ליד ציוני הערות 341-343. הטבר נוסף ניתן בט"ז, חו"מ, קנו, ח, אלא שנתיבות המשפט שם הקשה על הסברו — עיין שם.

ג. שו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן כ, כותב ששותפים שומרי שכן גם על הכסף שקיבלו תמורת בהמות שהיו שותפים בהן.

להערה 344

א. שו"ת קרית חנה דוד, חלק א, חו"מ, סימן א (קלו ע"ד), ושיעורי ב"ק (גרוסמן), סימן כב, ית, העירו שהטעם השני בב"ק נו ע"ב לכך ששומר אבדה הוא שומר שכן, שהתורה חייבה אותו נגד רצונו (ראה במילואים להערה 221), אינו קיים כאן.

ב. השואל בשו"ת תשובה מאהבה, חלק א, סימן קצא, מסופק האם גבאי צדקה שומר שכן.

ג. גם שומר נכסי הקדש (שחייב אם עשה קניין — ראה סעיף 13, הערה 59) הוא שומר שכן מטעם פרוטה דרב יוסף, מפני שזו מצווה. כך כתבו: מעייני החכמה, ב"מ נו ע"ב, מהדורא קמא, אות לא (אלא אם כן התנה בפירוש שאינו רוצה להיות שומר שכן בגלל פרוטה דרב יוסף — כך כתב בד"ה ועוד); חוות אליעזר, סימן נא; ודבר אליהו, סימן צד (על נותני שקלים). אך ראה במילואים להערה 353, שיש חולקים על זה, כמו שחולקים לעניין צדקה. בשאלה זו עיין שושנת יעקב, שג, ס"ק ב; ונע שורק, פרשת פנחס, דף קלו ע"ד.

ד. הבחנות שונות: מקצוע בתורה, סו, מ (ס"ק צו, ד"ה עוד אפשר), מציין שיש שומר הקדש שומר שכן מטעם פרוטה דרב יוסף: אם כשהתחיל לשמור חשב שהנכס שלו, ואחר כך התברר שזה של הקדש, כך שלא היה פטור מלתת פרוטה לעני.

ה. חקר הלכה, ערך שומרים, אות ג, כותב ששומר פרה אדומה או ילד המיועד לשמש בהכנת אפר הפרה, שתפקידו לקדשו מטומאה (כנוצר בב"מ נח ע"א), הוא שומר שכן מפני שהוא נהנה פרוטה דרב יוסף שכן הוא עושה מצווה — ששומר צרכי רבים בחינום, שכמו שהוא פטור מקריאת שמע (שו"ע, אר"ח, ע, ד), כך הוא פטור מלתת צדקה; אבל אם סגר את הילד או את הפרה בבית וכך הוא שומר עליהם, הרי מאחר שאינו עוסק במצווה, אינו פטור מצדקה, ולכן אין לו פרוטה דרב יוסף ואינו שומר שכן. רח"א מילר הקשה על כך, הרי הרוויח פרוטה דרב יוסף בריגע הראשון שהתעסק לשמור, ובזכות זה הוא שומר שכן למשך כל השמירה, כדברי הרשב"א (ראה במילואים להערה 289)? אך דברי חקר הלכה נכונים לפי הדעה (ליד ציון הערה 234) שלגבי משכנו לא די במצווה

מילואים לסעיף 1(ג)

שבצעם ההלוואה, מפני שלא שכיחה או פרוטה דרב יוסף, ורק במצווה שבטיפול כל משך השמירה נחשבת פרוטה דרב יוסף שכיחה. שו"ת נחלת יוסף, א"ח, סימן מח, אות ב, כותב שבמקרה זה (גם אם הוא שומר בפועל, ואינו מסתפק בסגירתו בבית) אין לו פרוטה דרב יוסף, מפני ששמירת טהרה היא רק מצווה דרבנן, שאינה פוטרת ממצוות מתן צדקה, שהיא מן התורה. אך יש להעיר שיש מחלוקת בשאלה האם העוסק במצווה דרבנן פטור ממצווה מן התורה (עיין נחלת יוסף שם ואוצר מפרשי התלמוד, ב"מ נח ע"א, הערה 83, ולעיל במילואים להערה 110 בשם רא"ל קפלן).

ו. חידושי חתם סופר, ב"מ נו ע"ב (ד"ה ע"ב), כותב ששומר שקלים לפני שנתרמה התרומה (עיין על כך בב"מ נח ע"א) אינו שומר שכר, מפני שלא נהנה הקדש משמירתו, שהרי גם אם יאבדו, לא יפסיד הקדש, מפני שהשוקלים יצטרכו לתת אחרים, והשמירה היא דווקא לטובת נותני השקלים (אפשר ללמוד מדבריו שכך יהיה דין שומר בכל הקדשים שהבעלים חייבים באחריותם אם אבדו). והוא מעלה אפשרות שגם אם הוא ממשיך לשמור אחרי שנתרמה התרומה, שאז נהנה ההקדש משמירתו (שכן ההלכה היא שאם אבד או, פטור השוקל מלתת שוב), אינו הופך להיות שומר שכר, מפני שעיקר המצווה היא בעת שקיבל את הכסף מן השוקלים; אך הוא כותב שאם הוא שלח להביא את השקלים, שעושה מצווה כל רגע שהוא הולך, הוא הופך להיות שומר שכר אחרי שנתרמה התרומה.

להערה 347

א. נודע ביהודה נקט שצריך לטפל במטבעות כסף מפני שהם עלולים להתעפש מכיוון שהשומר צריך לקבדם בקרקע (ראה סעיף 2(א), ליד ציון הערה 125). אך השמטנו זאת מפני שסמ"ע, רסז, ס"ק כד (שאליו רומז נודע ביהודה), כותב שהטור והשולחן ערוך סבורים שצריך לטפל בכלי כסף גם אם אינו קובר אותם.

ב. ראה ליד ציון הערה 227, לעניין שומר אבדה, שיש אומרים שיש פרוטה דרב יוסף גם בדבר שאינו מצריך טיפול. אך הנימוקים שם אינם תקפים כאן.

ג. שו"ת באר חיים מרדכי, חלק ב, סימן נט, מעיר שהתנאי השני שהתנה נודע ביהודה מנוגד לדברי הרמ"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק צג ע"א, האומר שאם קצוב זמן לחלוקת הצדקה, צריך לקבור את הכסף עד שיגיע הזמן שנקצב, גם אם נקבע לאלו עניים תחולק הצדקה.

ד. רח"א מילר העיר שר"מ מסרקסטה, בשיטה מקובצת, ב"ק צג ע"א, אומר שהגבאי שומר שכר גם אם העניים ידועים והסכום של כל אחד קבוע; ונודע ביהודה יצטרך להסביר שר"מ מסרקסטה סובר שפרוטה דרב יוסף נגרמת על ידי עצם מצוות גביית הכסף (ראה ליד ציון הערה 345).

להערה 348

א. שו"ת שער המים, סימן כד (נה ע"ב), כותב שמי שאוסף צדקה אינו שומר שכר מטעם פרוטה דרב יוסף, משום שאין זה מצווה מפורשת בתורה, שלא כשומר אבדה.

ב. יפה ענף, מערכת שומרים, אות כד, כותב שמהרמב"ם משמע שגבאי צדקה הוא שומר חנינם.

להערה 349

א. עטרת מרדכי שם כתב, שאף אם תפס בעל הכסף, אין תפיסתו מועילה, מפני שיש כאן ספק ספיקא לומר שאינו שומר שכר: אולי הלכה כרבה, שבשום מקרה אין מתחשבים בפרוטה דרב יוסף, ואף לרב יוסף, אולי הלכה כנתיבות המשפט (הערה 353), שאין פרוטה דרב יוסף במצווה שאינה חיובית. מהרי"א הלוי שם עוסק בגבאי שהלווה כסף שלו לצדקה, ונגנב גם כסף זה, ודן בשאלה האם הוא יכול להפוס מספק כסף אחר של צדקה, כהחזר הלוואתו; דינו נסוב סביב דיני תפיסה.

ב. ר"פ מימון, אור תורה, שנה ט, חוב' יא (ניסן תשל"ז), עמ' תיג, כותב שיש לפטור, מפני שיש אומרים שבשום מקרה אין מתחשבים בפרוטה דרב יוסף, ולפחות נפטור כאן מכיוון שבקופות צדקה אין טורח בטיפול (ראה על כך ליד ציון הערה 227, האם מתחשבים בזה שאין טורח בטיפול). הוא מוסיף, שאפשר לטעון "קים לי" כנתיבות המשפט שהוכרנו.

ג. שו"ת באר עשק, סימן סט, כותב על כספי צדקה המיועדים לירושלים, שהגבאי פטור אם נגנבו שלא בפשיעתו. משמע מזה שהוא סובר שהוא שומר חנינם.

להערה 350

א. יש קושי בדיון זה, שהלא שו"ע, יו"ד, רנט, א, אומר שאם הגיע הכסף ליד גבאי הצדקה, אסור להלוותו לצרכים אחרים? חושן האפור, חו"מ, סימן לח, משיב על כך על סמך מה שאומר שולחן ערוך שם, שמותר לגבאי צדקה ללוות ולפרוע מכסף הצדקה אם תהיה בזה תועלת לעניים; ובוודאי יש תועלת לעניים בזה שנתיר לגבאי להשתמש בכסף, שעל ידי זה יהיה אחראי כשומר שכר, ואם תהיה גנבה או אבדה הוא יצטרך לשלם.

ב. זקן אהרן הסביר שדווקא בגבאי שהוא אדם פשוט, אסור להשתמש בכסף משהגיע ליד הגבאי, אבל אם הוא אדם מכובד, הוא רשאי להשתמש, משום ששלא יהיה הכסף בקופת הצדקה, ויכל להשפיע על בני עירו לתת לעניים, ויש רווח בכך לעניים (עיין ט"ז, יו"ד, רנט, ס"ק א).

ג. רוי"ז גולדברג השיב שמדובר שהצדקה נמצאת עדיין ביד פקיד שאינו נחשב גבאי, והרי כל זמן שלא הגיע ליד גבאי, מותר ללוותו. ד. שו"ת דברי מרדכי (לוריא, תרנ"ו), סימן נג, כותב שצדקה שאינה עומדת להתחלק מיד לעניים, מותר להשתמש בה, ונהגו להשתמש בה, ולכן הוא שומר שכר עליה; אך הוא נשאר ב"צריך עיון".

ה. חושן האפור, שא, ס"ק ג, הסביר שמה שטור, חו"מ, רסז, כו, וט"ז, חו"מ, רסז, כה, כתבו ששומר כספי עניים הוא שומר חנינם,

מילואים לסעיף 1(ג)

הוא בזמן התלמוד, שסתם שומר לא היה רשאי להשתמש בכסף שהופקד אצלו, אבל בזמננו שכולנו רשאים להשתמש (ראה סעיף 1(א)), במילואים להערה 384), הוא שומר שכר. וראה בסעיף 1(ד), במילואים להערה 35, בשמו ובשם עדות ביוסף, שאפשר ששומר צדקה הוא שואל מצד רשות השימוש. על רשות השימוש בצדקה, עיין בית יעקב, רצב, ה.

ו. פרי איהו, חלק ג, סימן ג, כתב שמנהל גמ"ח, שאנשים הפקידו אצלו כסף, ובכל עת שידרשו ממנו את הכסף עליו להחזיר להם, יש לו דין של שומר חנם. כנראה, הוא סובר שאין מתחשבים בפרוטת דרב יוסף (או שהוא סובר שאין כאן פרוטה דרב יוסף כיון שאינו מלווה כסף שלו אלא של אחרים), אלא רק בהנאת רשות השימוש, וזו אינה קיימת בכסף שבעליו עלולים לבוא בכל גזע לדרשו. אך קשה, שהרי מהדברים בפסקה 5 עולה שגם במקרה כזה שומר כסף הוא שומר שכר (אלא שאינו שואל – ראה סעיף 1(ד)). ליד ציון הערה 38.

ז. דעה חולקת: עטרת מרדכי (ולבוזיץ), עמ' עז, כותב שאינו שומר שכר מטעם רשות השימוש, מפני שאסור להשתמש בכסף של צדקה לצורך פרטי (תשובות לטענה זו הבאנו לעיל); ומסביר שמה שכתב נתיבות המשפט, שא, ס"ק ט, שמוותר להשתמש, הוא בכסף של הציבור, ולא בצדקה.

להערה 351

ש"ת מהר"ם אלשקר, סימן עא, מעלה ספק האם מי שמקבל שכר לשרת את הקהל, הוא שומר שכר על כסף הצדקה מחמת שכר זה; וכתב שגם אם הוא נחשב שומר שכר, אינו שומר שכר על הצדקה ששולחים לו מקהילות אחרות, שאינו מקבל מהן שכר. כנסת הגדולה, ח"מ, שג, הגהות הטור, אות ה; חלקו של יוסף (אמאדו), דף עז ע"ג; ש"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, ח"מ, סימן נ (פא ע"ב); וש"ת שמע אברהם, סימן סח, הביאו כאילו מהר"ם אלשקר כותב בוודאות שאינו שומר שכר. עבודת משא, סימן מג, פסק שפקיד הקהל הוא שומר חנם גם אם הוא מקבל שכר, לפי כנסת הגדולה האומר כך על שמש הקהל (הערה 66); וכתב שגם ראש יוסף, ח"מ, עב, כה, שכתב שנאמן הקהל שנוטל שכר, הוא שומר שכר, נימוקו הוא שהנאמן נהנה מהכבוד, ואילו לפקיד הקהל אין כבוד; ולומד מש"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסו, שמשם ופקיד הקהל פטורים משמירה לגמרי, משום שלא קיבלו על עצמם שמירה. וראה שאלה דומה ליד ציוני הערות 63 עד 69, האם שכר על שרות נחשב גם שכר על השמירה.

להערה 353

א. אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן ע, ודיני דינינים, סימן ל, ואו"ח, סימן יג (הובא בש"ת יביע אומר, חלק ב, ח"מ, סימן ז, אות ו), ובהגהת בן המחבר בדברי חיים, דיני שומרים, סימן יט (הבן הוא בעל אמרי בינה); אחיעזר, חלק ג, סימן ו, אות ב; ומנחת סולה, על ספר החינוך, מצווה נו, ס"ק ב, הקשו על נתיבות המשפט, שהלא תוספות בשבועות (שציונו בהערה 344) כתבו שיש פרוטה דרב יוסף בגבאי צדקה.

ב. רז"ג גולדברג השיב על סברת נתיבות המשפט, שמאחר שזו מצווה על בית הדין לכוף את ישראל לתת צדקה, זה בעצם חיוב על כל ישראל, ובית הדין הוא שלוחו (ראה בשמו במילואים להערה 110).

ג. בית זבול, חלק ג, קונטרס וצדק קודש, סימן לג, אות ב, ביאר את סברת נתיבות המשפט: בדרך כלל העוסק במצווה פטור מן המצווה, גם אם עסק במצווה שרשאים ליטול עליה שכר, משום שאלה מצוות שונות, אבל גבאי צדקה עוסק במצווה של גביית צדקה, ומצווה זו אינה מוטלת עליו, ועיקר מצווה זו היא בשביל העניים, ואם כן אין לומר שמצווה זו תפטור אותו מלאת צדקה לעני, מפני שמה עדיף עני זה מעני זה? אלא שאילו לא היה יכול לבקש שכר על מצווה זו, היה פטור מלאת צדקה, שמאחר שהתחיל במצוות גביית צדקה, המצווה השנייה נדחית; אבל מאחר שלמעשה מצוות מתן צדקה לעני היא חובה עליו, אינה נדחית מפני המצווה של גביית צדקה (אך רח"א מילר דחה הסבר זה, שהרי נתיבות המשפט שם אומר שמאזנה סיבה אין פרוטה דרב יוסף בשומר הקדש, והרי הקדש וצדקה הן מצוות שונות).

ד. באותה דרך, רז"ג גולדברג העיר שלפי אהבת חסד, חלק א, פרק א, נתיב החסד, אות ז, שכתב שהעוסק במצוות צדקה אינו נהנה מכך שהופטר מלאת צדקה לעני אחר מפני שזו אותה מצווה, יוצא שאין פרוטה דרב יוסף בגבאי צדקה. אך יש להשיב על סברה זו, שמכל מקום יהיה שומר שכר מפני שהופטר מהטורח לעשות מצוות אחרות, מלבד צדקה (ראה במילואים להערה 220, אות ה, בשם אבן האול והמאירי, שהדגישו שהופטר גם ממצוות אחרות). על דברי נתיבות המשפט, עיין דברי חפץ, סימן ג. ועיין בית יעקב, רצב, ה, שכתב בדומה לנתיבות המשפט, שמאחר שמוותר ליטול שכר על שמירת צדקה (והקדש), ולא נטל, הראה שהרווח אינו חשוב לו, ולכן בוודאי גם פרוטה דרב יוסף אינה חשובה לו, ואינה עושה אותו שומר שכר.

ה. בשומר הקדש: תומים, סו, ס"ק סז, אומר ששומר הקדש (שעושה מצווה גם הוא – ראה במילואים להערה 344) שהוא שכיר יום, ואינו נוטל את שכרו היומי בשבת (שהרי זה אסור – ראה ליד ציון הערה 20), בשבת אינו שומר שכר מטעם פרוטה דרב יוסף (עיין שם בהוכחתו לכך), מפני שהוא אינו מופטר מלאת צדקה, מכיון שהיה יכול ליטול שכר שבת בהבלעה (ראה ליד ציון הערה 24), ולא נטל, ואין לו זכות לוותר להקדש על שכרו ועל ידי זה להיפטר מלאת צדקה, להזיק לעניים כדי להועיל להקדש, שהרי "אין עניות במקום עשירות" – הקדש אינו רוצה להרוויח בדרך לא מכובדת. הגהות אמרי ברוך, על נתיבות המשפט, עב, ס"ק יט, הסביר שזו אותה סברה כמו סברת נתיבות המשפט, שאין פרוטה דרב יוסף במצווה שאינה חיובית שמוותר לקבל שכר תמורתה. ש"ת אמרי יושר, חלק א, סימן מז, כותב על פי נתיבות המשפט, ששומר הקדש אינו שומר שכר בגלל פרוטה דרב יוסף, מהטעם הזה. אך אבן הראשה, סימן ג, דוחה סברה זו, שהלא סוף כל סוף הוא עושה מצווה! נכון שהיה יכול ליטול שכר על כך, אבל גם אילו נטל שכר היה בכך קיום מצווה, בשמירת חפץ של הקדש (כדברי מגן אברהם, או"ח, לה, ס"ק ח, שגם מי שנוטל שכר תמורת קיום מצווה נחשב עוסק במצווה ופטור ממצוות אחרות); וזוהי קושיה גם על נתיבות המשפט. אבן הראשה אומר סברה אחרת לכך שאינו שומר שכר במקרה של התומים (וכמוהו הסביר גם מקצוע בתורה, סו, מ, ס"ק צז, ברעת התוספות): פרוטה דרב יוסף עושה אדם שומר שכר רק אם יש עליו כבר דין של שומר, כגון שומר אברהם, שגם כשלא נהנה כלל, הוא שומר חנם, מפני שהתורה הטילה עליו שמירה, ולכן פרוטה דרב יוסף עושה אותו שומר שכר, אבל כאן לא קיבל על עצמו שמירה בשבת, מפני שיתכן שקיבל על עצמו לשמור חפצי הקדש רק בשכר ולא בחינם (ראה בשמו במילואים להערה 26), ולכן פרוטה דרב יוסף אינה עושה אותו לשומר שכר, מפני שהוא כמו אדם זר שנהנה מן הנכס.

ו. אחיעזר, חלק ג, סימן ו, אות ה, מסביר בדרך אחרת מדוע במקרה של התומים אינו שומר שכר בשבת מצד פרוטה דרב יוסף

מילואים לסעיף 1(ג)

שבמצוות שמירת הקדש – משום העיקרון של הריטב"א (הובא במילואים להערה 108), שיש פרוטה דרב יוסף רק כשתחילת השמירה הייתה במצווה, וכאן תחילת השמירה הייתה בשכר, בימות החול, שאז לא קיים מצווה; ועוד, שאין מצווה בזה שקיבל על עצמו לשמור את ההקדש, ורק במעשה השמירה יש מצווה.

ז. דעות חולקות: בית זבול, חלק ג, קונטרס ונצדק קודש, סימן לג, אות א, כותב שהתומים דיברו רק על הקדש, אבל בצדקה הוא יחלוק על נתיבות המשפט, מפני שבגבאי צדקה אין לומר שאין לו זכות לעסוק בגבאי ועל ידי זה להיפטר מצדקה אחרת, מפני שהעניים אינם יוצאים נפסדים מכך.

ח. שו"ת שם אריה, הוספות (אחרי קונטרס הזמה), סימן ג, דחה את דברי נתיבות המשפט, ואומר שגם העוסק במצווה שאינה חיובית פטור ממצווה אחרת; אך הוא כותב שבשומר הקדש אין פרוטה דרב יוסף, מפני שזו מצווה שבין אדם למקום, והעוסק בה אינו פטור מלאת צדקה, שהיא מצווה שבין אדם לחבירו. על עיקרון זה ראה במילואים להערה 110 לעניין שוחט.

ט. כמו כן, שו"ת באר יצחק, חו"מ, סימן ו, ענף ב, כותב שאין אומרים ששומר נכס של הקדש הוא שומר שכר בגלל פרוטה דרב יוסף, גם אם הוא שומר בחינם (כך שהמצווה גדולה יותר). ועיין בית אהרן (לאב"ד ויונא, תרמ"ו), ב"ק נו ע"ב (דף ל ע"ג בדפי הספר), הדרוה את נימוקו של נתיבות המשפט, בטענה שגם מי שרשאי ליטול שכר על מצווה פטורה ממצווה אחרת. אלא שהוא אומר שמסיבה אחרת אין בשומר צדקה או הקדש פרוטה דרב יוסף: מפני שהוא חייב לתת צדקה מחמת הלאוים (ראה במילואים להערה 103, אות ח), ודווקא שומר אבדה פטור למרות הלאוים (עיין הסברו לכך במילואים שם).

י. ר' מנחם מנדל שטננר, בשו"ת הב"ח החדשות, סימן פ (הובא באמרי בינה, דיני הלוואה, סימן ע), מעלה אפשרות שנובר המלווה כסף של הקדש תמורת משכון, אינו נעשה שומר שכר עליו, מפני שאינו קונה אותו, שהרי מה שמלווה קונה משכון נלמד מהפסוק "ולך תהיה צדקה" (דברים כד, יג – ב"מ פב ע"א), והקדש אינו צריך לקיים מצוות צדקה.

להערה 355

א. ים של שלמה הוסיף להסביר, שאף על פי שגבאי הצדקה עושה מצווה, אין זו מצווה לבעל המשכון אלא לצדקה, ואין פרוטה דרב יוסף. נראה שכוונתו היא, כדעה שהבאנו במילואים להערה 267, שבהלוואה שיש בה ריבית, אין פרוטה דרב יוסף מצד מצוות ההלוואה, מפני שהלווה אינו נהנה כל כך; ואף על פי שכאן עושה הגבאי מצווה ביחס לצדקה, שקופת הצדקה מרוויחה את הריבית (והרי ים של שלמה סובר שגבאי צדקה נחשב שנהנה פרוטה דרב יוסף משמירת הצדקה, כפי שהבאנו בהערה 344), מכל מקום אנו דנים על חיוב הגבאי כשומר כלפי בעל המשכון, והעובדה שהמשכון שלו איפשר לגבאי לעשות מצווה בתחום אחר ובכך להרויח פרוטה דרב יוסף, אינה יכולה לעשותו שומר שכר כלפיו. כמו כן, לשיטה בהערה 353, שבגבאי צדקה השומר כסף של צדקה אין פרוטה דרב יוסף, כמנומק שם, אף כאן כך.

ב. אף שאינו שומר שכר, הוא חייב בפשיעה כשומר חינוס, ולכן כתב ים של שלמה שם, שאם פשע (נדידו – שמסר לאחר), חייב לשלם ללווה בעל המשכון את העודף על ערך החוב, מפני שהפטר שומר נכסי צדקה (סעיף 13, פרק ב, 4) אינו חל על נכסי הדיוט שהוא שומר. ראה סעיף 13, במילואים להערה 72, ש"ליקוטים" בסמ"ק מצורף אומר שגבאי בדורות האחרונים חייב בפשיעה; ייתכן שים של שלמה מתכוון אליו.

להערה 356

א. אך רח"א מילר העיר, שלפי הש"ך שנביא בהערה 357, שדווקא באפטרופוס חששו שמה יימנעו אנשים, אין לפטור גבאי צדקה מחשש שמה יימנעו.

ב. שו"ת דברי מרדכי (לוריא, תרנ"ו), סימן נג, מביא את שיבת ציון, אך הוא כותב שיש מקום לפטור, כדי שלא לנעול דלת בפני גומלי חסדים – כסברת שו"ת ר"מ גלנטי, סימן קד, לגבי אפטרופוס. לא ברור מה ההבדל בין נימוק זה לנימוק של החשש שיימנעו.

ג. שו"ת ישמח לב (פרנג"י), חלק ב, חו"מ, סימן מח (פ ע"ד), מביא ששיבת ציון שם, ושו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן עח, דף קכג ע"ג, כתבו שאין לפטור את הגבאי מחשש שמה יימנע; וששו"ת משאת משה, חלק א, יו"ד, סימן יט, דף עח ע"ד, לומד כך משו"ת פני משה, חלק א, סימן נב. אבל שו"ת גבעות עולם, סימן כו (ע"א), עוסק בגובר על "הקדש" (צדקה) וכותב שיש לחשוש שיימנעו.

ד. המהר"ר לתשובות גאוני מורח ומערב, סימן קסב, מעלה אפשרות ששומר צדקה נחשב שומר שכר מצד הנאתו מזה שבית הדין כיבר אותו בזה שבחר בו. שיבת ציון לא התייחס לשאלה האם כשהמינוי הוא בדרך מכובדת, הנאה זו עושה אותו לשומר שכר. ראה ליד ציון הערה 373, שחתם סופר כותב שהנאה זאת יוצרת אחריות שומר שכר באפטרופוס.

להערה 357

א. הוא פוסק שאם בעל הנכס תפס משל הגובה, אין מוציאים מידו, שהרי ספק הוא האם מתחשבים בפרוטה דרב יוסף (ראה במילואים להערה 238).

ב. רי"י ווינברג, בשו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן עג, ובשו"ת שארית שמחה, סימן נה, כותב שהש"ך מסכים שפרנסי הקהל אינם שומרי שכר על הבגדים שמניחים בני הקהל בבית הכנסת, משום שאין בהם מצוות טיפול, כיוון שבעל הבגד עצמו יכול לטפל בו.

ג. עיין שולחנו של אברהם, חו"מ, עב, ה, שנאמן קהל הוא שומר שכר מפני הנאת ההחזקה כביטחון, ודווקא במלווה רגיל אין מתחשבים בהנאה זו מפני שהיה מעדיף לא להלוות (ראה ליד ציון הערה 257), אבל כאן לא הייתה לו ברה כזאת.

להערה 358

א. ס"מ"ע, עב, ס"ק כד, כתב שהדין כך בין אם הגובה התרה בבעל הנכס שישלם, ובין לא התרה.

ב. תשובות הגאונים הקצרות, סימן רצו, כותב שנאמן הקהל שתפקידו לגבות מיסים ולפקח על עסקי הציבור, הוא שומר חינוס. אך הש"ך שם מסביר שזה לדעה שאין מתחשבים בפרוטה דרב יוסף.

ג. הרשב"א כותב שהוא חייב בפשיעה, כפי שהעיר ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לב.

להערה 360

א. התומים הוסיף שאין מצווה בעצם מתן האשראי (אף לדעה שבמשכון גיל המצווה היא בהלוואה ולא בטיפול – ליד ציון הערה 235), שהרי הגובה היה מעדיף לקבל את המס מיד, ורק משום שלא היה לאדם זה כסף, הסכים לטול משכון.
 ב. הרשב"א שם כותב רק בלשון מסופקת, שלא ברור האם יש כאן פרוטה דרב יוסף. אך רח"א מילר העיר שלפי ההסבר שבפנים, אין לומר שהרשב"א מסופק בנידונו, שהרי העיקרון שבפנים הוא ברור, אלא ספקו הוא לעניין אפוטרופוס, שגם בו הוא דן בתשובתו שם.
 ג. הפלאת שבועות, חלק א, סימן מא, ס"ק ד, מסביר שהשולחן ערוך סבר שאינו שומר שכן כאן מחמת פרוטה דרב יוסף, מפני שזו מצווה שאין חובה לקיימה, ודווקא במצווה שחובה לקיימה, מתחשבים בפרוטה דרב יוסף, מפני שהתורה חייבה אותו (ראה בשמו במילואים להערה 220). עוד הסביר על פי סברת נתיבות המשפט (שהבאנו בהערה 110 וליד ציון הערה 353), שאין פרוטה דרב יוסף במצווה שאינה מוטלת על כל אדם, וכאן אין מצווה על כל אדם להיות נאמן הקהל, ולכן אין פרוטה דרב יוסף. ראה גם ליד ציון הערה 110, שאין פרוטה דרב יוסף בטיפול שלא נבע ממצווה.

להערה 363

א. אף על פי שנתיות המשפט לא הזכיר שם משכון, וייתכן שכוונתו היא לומר שהוא שומר שכן על הכסף שהוא גובה (ראה ליד ציון הערה 371, שנתיות המשפט עוסק באחריותו על כסף זה), מכל מקום העירו רז"ג גולדברג ורח"א מילר שגם לגבי המשכון השכר מהווה תמורה להחזקה, מפני שהחזקה היא חלק מעבודתו, כדי לגבות מאנשים שאינם משלמים מיד (משום שאין להם כסף כעת); והוא מקבל שכן על שמירתו (לא רק על נטילת המשכון), שהרי אם הוא לא ישמור, יצטרכו השוכרים אותו (ראשי הקהל) לשמור, לפחות כשומר חנם, ומאחר שהוא מקבל שכן לשמור, הוא שומר שכן, ואף על פי שאין להם עניין שישמור את המשכון היטב כשומר שכן, מפני שגם אם יאבד המשכון או ייגנב לא יפסידו (ראשי הקהל) את המיסים שהרי אינם שומרי שכן על המשכון, מכל מקום הם כמו שומר חנם שמסר לשומר שכן ונגנב, ששומר השכן משלם לבעל הנכס (סעיף 7, פרק ד, 3). ראה גם במילואים להערה 373, שמהר"ם שיק אומר שהנאת ראש הקהל מהכבוד שלו עושה אותו שומר שכן על כל מה שבא לידו מצרכי הציבור. כמו כן, חתם סופר, שניבא בהערה 372, אומר על שכן דומה, שנחשב שכן גם לגבי שמירת משכון.
 ב. אך ר"ש במבשר ורי"י ויינברג, בשו"ת שארית שמחה, סימן נה, כותבים שפרנסי הקהל המקבלים שכן, אינם שומרי שכן על בנדים שבני הקהל מניחים בבית הכנסת, משום שהשכן אינו על השמירה, ואמנם בני הקהל משלמים מיסים לקהל ועל ידי זה מקבלים רשות להשתמש בבית הכנסת, אבל המיסים אינם מגיעים לפרנסים, והם רק גוברים על הכסף.

להערה 372

א. הוא כותב כך הן לגבי כסף המיסים עצמו, הן לגבי משכון שלקח הגובה ממי שחייב מיסים לחברה, והן לגבי נכסי החברה קדישא בכלל. אבל הוא כותב שביחס לבעל המשכון (מי שחייב כסף לחברה קדישא), דינו תלוי במחלוקת האם מלווה שומר שכן על המשכון או שומר חנם, ורק ביחס לשאר בני החברה קדישא הוא שומר שכן מדין שותף. ראה בשמו בסעיף 13, במילואים להערה 110, מדוע אין לפטרו מטעם "לשמור ולא לחלק".
 ב. כמו כן, ר' חיים שבת, 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 לו), כותב שהממונה על הציבור הוא שומר שכן מטעם "שמור לי ואשמור לך", שהרי כל שנה רגילים למנות פרנס חדש; ור"מ מלמד שם, סימן כב, דף פו ע"ג (הובא שם) נימק, משום שלעניין מיסים, בני הקהילה הם כמו שותפים, והממונים בכללם, ושותפים הם שומרי שכן זה לזה.
 ג. אך ר"ח בנבנשתי, בשו"ת בעי חיי שם, חולק עליו מכוח דברי הרשב"א (הערה 358) ותשובות הגאונים הקצרות (שהבאנו במילואים שם), שכתבו שהממונה הוא שומר חנם; והוא מסביר שאינם נחשבים שותפים לעניין מיסים. הוא משיב על סברת "שמור לי ואשמור לך", שהוא שומר שכן דווקא כשאומר לו כך במפורש, וגם לר"מ (הערה 326) האומר שבשותפים בסתם נחשב כאילו אמר לו "שמור לי ואשמור לך", זה דווקא בשותפים שכולם מתעסקים בשותפות, מה שאינו כן כאן שאפשר שיהיה בהם מי שלא יתמנה לעולם, וכלפיו אינו שומר שכן, ויוכל לטעון כלפי כל אחד: "אולי אתה לא תהיה ממונה בעתיד". נקודה זו הובאה בשו"ת עין משפט (מלכי), חו"מ, סימן יב (קי ע"ד).

להערה 373

א. כמו כן, שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן יב, כותב שבתקופתו ראש הקהל היה שומר שכן על כסף הקהל, מפני שהיו עושים לו כבוד רב, והיה עולה לתורה במועדים; וגם אם היה מוכרח למסור את הכסף לגזבר, הוא היה שומר שכן, מפני שכל עסק הקהל הוא אחד, והיו עושים לו כבוד מפני שהיה עוסק בצרכי הציבור, ולכן היה שומר שכן על כל מה שבא לידו מצרכי הציבור.
 ב. אך בעי חיי וכנסת הגדולה שם מוכיח מתשובות הגאונים הקצרות (שהבאנו במילואים להערה 358), שהוא שומר חנם, ובעי חיי מסביר, שהנאת השרה אינה עושה אותו שומר שכן מפני שאינה הנאת ממון.
 ג. כמו כן, שו"ת מילי דאבות (יפה), חלק ג, חו"מ, סימן ד, כותב שאף על פי שיש לראש הקהל כבוד גדול, ו"כיוון שמתמנה אדם פרנס מיד מתעשר" (יומא כב ע"ב), השכן אינו על שמירת ממון הקהל, מפני שזה לא תפקיד שלו, אלא של אדם אחר, ואינו מקבל שכן על שמירת הממון, שלא כמו אפוטרופוס שתפקידו לשמור על הנכסים, ולכן השכן הוא מקבל עושה אותו שומר שכן.

להערה 374

א. הרשב"א כתב שבנידונו לא היו הציבור ממנים את הגובר דווקא על פי מהימנותו, אלא הגובה הוא שהיה מחזר אחר המינוי, והציבור היה ממנה אותו בלי בדיקה. אך קשה, שהרי העובדה שמחזרים אחרי המינוי מראה שהממונה נהנה איוו שהיא הנאה במינוי, ומדוע אין אומרים שיהא שומר שכר בשל כך?

ב. שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קא, כותב שאין חוששים שמא יימנעו אנשים מלהיות נאמני הקהל מחשש שיצטרכו לשלם (חשש שמתחשבים בו באפטרופוס — ראה פסקה 13), מפני שאדרבה, אנשים מחזרים אחרי מינוי זה. דברים אלו מובאים על ידי המהדיר למשא מלך, חלק ז, הערה 21, בשם אורחות חיים כתב יד, שכתב בשם הרשב"א.

להערה 375

א. שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שיד (הובא בש"ך, חו"מ, רצ, ס"ק כה נמשם הובא בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לד), בשו"ת גבעות עולם, סימן כו, דף נח ע"א, בשו"ת אוהל יצחק, חו"מ, סימנים כט, ס, רצד, ובשו"ת מהר"י לבית לוי, סוף סימן עג); משנה למלך, הלכות נחלות, יא, ה; שו"ת לחם רב, סימן קצו; שו"ת תורת אמת, סימן נב; שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן ז; שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן סד, חלק ב, סימן קח, וחלק ד, סימן לט; ונווה צדק, על הרמב"ם, הלכות נחלות, יא, ה, דף כז ע"ד (בשם גדולי האחרונים) — אומרים שאפטרופוס שמינהו אבי היתומים, ופשע, יכול לטעון "קים לי" כרמב"ן. אך שו"ת מהריב"ל, חלק ד, סימן יא, ושו"ת מהריט"ץ, סימן לח, בסופו, כתבו שאין טענה זו מתקבלת.

ב. לאידך גיסא, ש"ך, חו"מ, רצ, ס"ק כד (הובא בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ד), פוסק שבמינהו בית דין, אם תפסו היתומים במקרה של גנבה ואבדה, בטענת "קים לי" כרמב"ן, אין מוציאים מהם (אך שו"ת דברי שלום, משאש, חו"מ, סימן מח, דף צו ע"א-ע"ג, כותב שהש"ך סובר בוודאות שהוא שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף).

ג. שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקצו, חלק ב, סימן רצט, וחלק ד, סימן רמב, מביא שה"אחרונים" אמרו שאם מינהו אבי היתומים, הוא פטור לגמרי, ו"שומעים אנו לרבנותינו ז"ל האחרונים". בחלק ב שם הוא כותב שאם לא מינהו בית דין, הוא פטור מפשיעה בין קיבל את הנכסים לשמירה ברשות, ובין שלא ברשות. הוא מתכוון למקרה שהקטן עצמו הפקיד אצלו, שאסור לקבל ממנו — ראה סעיף 13, פרק ב, 2.

ד. הראב"ד, בשיטה מקובצת, ב"מ שם, ובחידושי הרשב"א הישנים, ב"מ שם; חידושי הר"ן, ב"מ שם; חידושי הרשב"א החדשים, ב"מ שם; והרא"ה, בשיטה מקובצת, ב"ק לט ע"א; ואבני מילואים, כט, ס"ק ו — כתבו שאם מינהו בית דין, הוא שומר שכר משום אימון בית הדין, ולא הזכירו מקרה שמינהו אבי היתומים. י"ק רייניץ, "המחזיק בנכסין קטן שלא מכח מינוי", דיני ישראל טו (תשנ"א), עמ' קיב, הבין מזה שלדעתם אם מינהו אבי היתומים, הוא שומר חינוס: מצד אחד, אינו שומר שכר מכיוון שאינו נהנה הנאה זו, ומצד שני אין פוטרים אותו לגמרי מחשש הימנעות, שהרי לא הזכירו זאת.

ה. מאירי, ב"מ שם, כותב כחשם שאפטרופוס הוא שומר שכר.

ו. ר"ן על הר"ף, גיטין כו ע"ב (בדפי הר"ף), מביא שרבונו תם אומר שגם אם מינהו אבי היתומים, הוא שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, ולא יבואו להימנע, מפני שיחשוב בלבו: "אָוהר מלפשוע", ופשיעה אינה מצויה. אבל יד המלך (פלומבו), על הרמב"ם, הלכות נחלות, יא, ה, כותב שכונת הר"ן היא שלרבנו תם הוא שומר חינוס, ואינו שומר שכר משום שאם נחייב אותו כל כך, יימנע, ומה שהזכיר שכר, הוא משום שאילו לא טובת הנאה זו היינו פוטרים אותו אף מפשיעה, מפני שאף חיוב פשיעה היה עלול לגרום לו להימנע (כסברה ליד ציון הערה 385). כך יוצא גם משו"ת רבנו תם, סימנים עג"עד (הובא על ידי י"ק רייניץ שם, עמ' קיב, הערה 55), הפוטר אפטרופוס מגנבה ואבדה, ולכל הפחות הוא מתכוון למי שמינהו אבי היתומים.

ז. ספר מירשים, נתיב כו, חלק א (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצ, הגהות הטור, אות קלו), כותב שאם מינהו אבי היתומים, פטור, ואם מינהו בית דין הוא חייב רק כשומר חינוס. גם חידושי תלמידי הרשב"א והרא"ש, ב"ק לט ע"א, כותב שאם מינהו אבי היתומים, פטור, ואם מינהו בית דין, חייב בפשיעה.

ח. מנחת אפרים, הלכות שומרים, סימן טו (הובא בנחמד למראה, חלק א, פאה, פרק א, דף כב ע"א), כותב שאם מינהו אבי היתומים, הוא פטור מפשיעה. שו"ת מהריב"ל, חלק ב, סימן כו, מביא שיש פוטרים אותו בפשיעה, אבל כותב שאין כך הלכה.

ט. פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (ק"ח ע"ד), כותב שאם מינהו בית דין הוא שומר שכר, ואם מינהו אבי היתומים — שומר חינוס.

י. י' ברמך, "שיטת האפטרופוסות בישראל", ספר היובל לרב פישמן, עמ' לב, סבור שהמחלוקת באחריות אפטרופוס נבעה מתנאי הזמן והמקום. אך י"ק רייניץ, שם, עמ' קיב, הערה 56, דוחה סברה זו, שהרי גם בין בעלי התוספות היו חילוקי דעות בזה, אף שהיו בזמן אחד ובמקום אחד.

יא. הזיק בפועל: שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן סד, מעלה אפשרות שהרמב"ן פטר אפטרופוס שמינהו אבי היתומים רק על התרשלות וחוסר השתדלות, אבל אם עשה מעשה בפועל שלא הותר לו לעשות, כגון ששלח את נכסי יתומים בים, הוא מזיק וחייב (נקודה זו הובאה בשו"ת פני משה, חלק א, סימן נב, ובוכרנו לחיים, חלק ב, חו"מ, ערך אפטרופוס, דף עז); וגם אם לא אירע דבר בדרך, אלא שהנוק אירע לנכסים במקומם החדש, שמחירם ירד, הוא חייב מצד "תחילתו בפשיעה וסופו באונס", מפני שאילו לא שלחם, אלא היה מוכר את הנכס במקום הימצאו, המחיר היה עדיין גבוה. גם בחלק ב, סימן קח (הובא בשו"ת אוהל יצחק, חו"מ, סימן צד, ומשום הובא בשו"ת פני יצחק, אבולפיה, חלק ה, חו"מ, סימן ז), כתב שאם הזיק, חייב. שו"ת מים חיים (סילוה), סימן יג (ד"ה עוד), הסכים למהרש"ך (אלא שהעלה אפשרות שמי שרק שלח את הסחורה בספינה אינו נחשב מזיק). גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שכא, כתב שאף ר' חיים (הערה 381) מחייב אם עשה מעשה בפועל, כגון שהלווה מכספי היתומים לאדם שאין לסמוך עליו, או שוויתר על תביעה צודקת בדין; וכך כתב גם בסימן שב, על אפטרופוס שהלווה את הכסף של היתומים לאֶלמים; וכך כתב גם ביו"ד, סימן קלו. והסכים לו שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן ז (אלא שהעיר שמסתימת דברי ר' חיים משמע שהוא פוטר גם כאן).

מילואים לסעיף 1(ג)

כך פסק גם שו"ת מהרש"ל, סימן טו (נידונו: שמכר נכסים בזול). גם שו"ת ר"מ גלגלי, סימן צו, כותב שאם התכוון לתת מתנתו מנכסי היתומים ולבזבזם בפועל, חייב, מפני שבזה אין לחשוש שאנשים עלולים להימנע מלהסכים להיות אפוטרופוס מחשש שיהיובו לשלם (נידונו: יתומים שסמכו אצל בעל הבית). כמו כן, שו"ת נודע ביהודה, מהדורה תניינא, ח"מ, סימן לד (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רצ, ס"ק א, ובשו"ת ישמח לב, חלק ב, חו"מ, סימן מח, דף פ ע"ג), כותב שגם לפוטרים, אם מסר את הכסף לאדם אחר, חייב, לפי הדעה (ראה סעיף 1(א)), במילואים להערה (302) ששומר שמסר שטר לשומר גרוע מפורש בשטר.

יב. אך יש להעיר שיש ראשונים שהוכיחו שאפוטרופוס חייב בפשיעה מזה שהסוגיה בב"מ מב ע"ב מחייבת אפוטרופוס שקנה ליתומים שור שלא היו לו שנינים ולא היה יכול לאכול בלי השגחה מיוחדת, והרי זו פשיעה במעשה, ומכאן שהראשונים הללו הבינו שהפוטרים פטרו גם בפשיעה במעשה (כנראה, זאת כוונת משנה למלך, הלכות נחלות, יא, ה). ואכן, משנה למלך, הלכות שלוחין, ה, ב, ומנחה חדשה, מצווה נא, אות טו, הקשו על הראשונים הללו, שאפשר שהפוטרים מסכימים שחייב בפשיעה במעשה. אך בית מאיר, אהע"ז, פ, יז, שו"ת מעיין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן כ (עמ' 284), ושו"ת ישמח לב (פרנג'י), חלק ב, חו"מ, סימן מח (עח ע"ד), חלקו על משנה למלך, וכתבו שבמקרה בב"מ שם אינו נחשב מדיק בפועל, מפני שאין אשמתו בקנייתו אלא בזה שלא בדק אחר כך אם השור אוכל, ואם כן אין זה מדיק בפועל; ונמצא שאין הוכחה שהראשונים הבינו שהפוטרים פוטרים גם במדיק בפועל.

יג. מכל מקום, שו"ת משאת משה, חלק א, יו"ד, סימן יט (עח ע"ג), מעלה אפשרות שהרמב"ן פטר גם אם עשה מעשה בפועל, ואילו ר' חיים מחייב בזה; וכותב שאי אפשר לטעון "קים לי" כרמב"ן בזה, מפני שהוא יחיד. כמו כן, יד המלך (פלומבו), על הרמב"ם, הלכות נחלות, יא, ה, מצייין ששו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תקצו, עוסק במקרה שהאפוטרופוס מסר את הנכס לקטן, שהוא כמאבדו בפועל, ובכל זאת הוא כותב שלפי ה"אחרונים", פטור. ובדומה דייק דברי אמת (מכתב יד, מהד' מכוון ירושלים), ערך אפוטרופוס, אות ו (הובא בישמח לב שם, דף פ ע"א), משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רצט. שו"ת הדר"ם, חו"מ, סימן ו (ו ע"א), הסביר דעה זו, שכמו שלעניין פשיעה פטור שמא יימנע, כך לעניין מדיק, אם אינו מדיק ממש, ישמח לב שם (פ ע"ג) כותב שמספק, המדיק פטור. גם שו"ת אוהל יצחק, חו"מ, סימן ס, כותב שיכול לטעון "קים לי" שפטור.

יד. סוגים שונים של אפוטרופוס: מר' מאיר, במרדכי, ב"מ, סימן רפט, עולה, שבעל בית שהיתומים סמכו אצלו — חייב אם פשע. י"ק רייניץ, שם, עמ' קיג, הערה 62, ועמ' קיז, כותב שלפי הראב"ד והריטב"א שהבאנו באות ד, שסוברים שבמינהו בית דין הוא שומר שכר בגלל אימון בית הדין, בעל הבית כאן אינו שומר שכר, שהרי בית דין לא מינהו (ראה בשמו בסעיף 13, במילואים להערה 24, שבעל בית זה דומה לאפוטרופוס שמינהו בית דין לעניין שאין חיסרון של הפקדת קטן, משום שבית הדין בודק אותו ומאשר אותו; וזה קשה, שאם כן גם כאן נהנה מן האמון, שהרי בית דין צריך לבדוק ולאשר אותו); ואילו לדעה שבמינהו בית דין הוא שומר שכר בגלל פרוטה דרב יוסף, אף בעל בית זה הוא שומר שכר מאותה סיבה.

טו. שו"ת לחם רב, סימן קצו, ושו"ת דברי ריבות, סימן קכג, כותבים שברור שהרמב"ן (ור' חיים) יפטור בעל הבית זה, מחשש שיימנעו, כמו במינהו אבי היתומים. אך דברי ריבות כתב בסוף תשובתו שהרמב"ן מסכים שבעל בית זה חייב, מפני שחייב בפשיעה אינו מרתיע אנשים מלדאוג ליתומים שיסמכו עליהם (שלא כבאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים). כנגד זה, הקשה עליו נוה צדק, על הרמב"ם, הלכות נחלות, יא, ה (כז ע"ג), שהלא הרמב"ן חושש להימנעות בשל חייב בפשיעה (ויר יצחק, סימן יח, אות יג, מביא כאלו שדברי ריבות שם מעלה אפשרות שכשאינו פשיעה גמורה, פטור כדי שלא יימנעו; אך לא מצאנו בדברי ריבות הבחנה כזאת). גם י"ק רייניץ שם (עמ' קטו) כותב שהרמב"ן יפטור את בעל הבית מחשש הימנעות כמו שהוא פטור אותו משבועה מטעם זה, ואילו הרא"ש המחייב שבועה שמא אינו הגון, ואינו חושש להימנעות, יחייב את בעל הבית אף בפשיעה (ענין שם, למקורות למחלוקת בעניין שבועה); ולפי השולחן ערוך, הסובר שבמינהו אבי היתומים חייב בפשיעה ואינו חושש שיימנעו (הערה 382), אף על פי שמפני חשש זה פוטרים אותו משבועה, אף בעל בית זה חייב בפשיעה גם אם נאמר שהוא פטור משבועה. הוא מסביר (בהערה 67 שם), שאף על פי שבמינהו אבי היתומים יש נימוק שלא יימנע, מפני שמן הסתם עשה לו האב טובה בעבר (גיטין נב ע"ב), מכל מקום גם כאן יש להניח שבעל הבית הסכים שיסמכו אצלו מטעם זה, וגם אם בעל הבית לא הכיר את אביהם, "לא פלוג רבנן".

טז. י"ק רייניץ מכניס (בעמ' קכו) לכלל זה גם מקרה אחר: המקבל פיקדון מקטן, לדעת הרשב"א (ראה סעיף 13, הערה 5 והערה 24) שהוא הופך לאפוטרופוס — דינו כבעל בית שסמכו אצלו יתומים, לכל הבחינות שמנינו כאן, ואף פרוטה דרב יוסף יש בו, עקב מצוות טיפול בקטן או השבת אבדה, ואמנם עבר על דברי חכמים שאסרו לקבל פיקדון מקטן (ראה סעיף 13, ליד ציון הערה 27), אבל מכל מקום כעת הוא עושה מצווה. הוא מעיר (בעמ' קכז) שאף הפוטרים אפוטרופוס מחשש להימנעות — יחייבו כאן, שהרי אין לנו עניין לעודד אנשים לקבל פיקדון מקטן, ואדרבה, חכמים אסרו זאת; ורק אם אדם אחר הפקיד אצלו נכס של קטן, יש לפטור בפשיעה שמא יימנעו, לדעה האומרת כך באפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, משום שאין בו הנאת האמון של בית דין. מקרה נוסף שהוא דין בו הוא מחזיק בנכסי יתומים מכות שותפות, שמת שותף אחד, או שאבי היתומים הפקיד בידו — הוא כותב שיש לחייב בפשיעה לכל הדעות, שהרי אין לחשוש שיימנעו, כיוון שאין זה תלוי ברצונו.

יז. על חיוב אפוטרופוס בשמירה עיין חמדה גנוזה — זכר מרדכי, רצ, ס"ק יד; דברי משפט, רצ, ס"ק כ; שער משפט, רצ, ס"ק ב.

להערה 378

א. אבל נתיבות המשפט, עב, ס"ק יט, כתב (על פי העיקרון שליד ציון הערה 110) שבסתם אפוטרופוס אין פרוטה דרב יוסף מפני שחובת הטיפול בנכס לא נבעה ממצווה חיובית, ורק אם המצב היה שהיתומים לא היו יכולים לפקח על עסקיהם, ונכסיהם היו יורדים לטמיון לולא האפוטרופוס, נמצא שזו מצווה חיובית של השבת אבדה לטפל בנכסים בתור אפוטרופוס, ואז הוא שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף.

ב. כמו כן, עדות ביוסף (נתנון), חלק א, דף נג ע"ד, העיר שיש ספק האם מתחשבים בפרוטה דרב יוסף לגבי שומר אבדה, לפי הרמ"א (במילואים להערה 225), ואם כן, גם כאן יש ספק האם הוא שומר שכר מטעם זה.

להערה 381

א. תוספות חכמי אנגליה, גיטין נב ע"ב, מביא רק את רבנו חיים.

מילואים לסעיף 1(ג)

ב. שו"ת מים חיים (סילוה), סימן יג (ד"ה ואומר), כותב שאפשר לומר "קים ליי" כר' חיים. כמו כן, שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קח, מעלה אפשרות שיכול לומר "קים ליי" שאפטרופוס פטור מפשיעה. אך שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן ז (הובא בכנסת הגדולה, ח"מ, רצ, הגהות בית יוסף, אות פט); שו"ת לחם רב, סימן קצו; שו"ת אוהל יצחק, חו"מ, סימן ס; שו"ת גבעות עולם, סימן כד (נב ע"ב); ונוה צדק, על הרמב"ם שם (דף כח ע"ב) – כותבים שאי אפשר לטעון "קים ליי" כר' חיים, שאפטרופוס שמינהו בית דין פטור, מפני שהוא יחיד בדעתו זו. גם שו"ת מהרש"ם, יו"ד, סימן קלו, כותב שאם מינהו בית דין, חייב (אך זכור לאברהם, אלקלעי, חו"מ, ערך אפטרופוס, מביא שמהרי"ך דייק משו"ת מהרש"ם, יו"ד שם, שר' חיים אינו יחיד בזה שפטר גם במינהו בית דין; וצריך עיון). שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רא, כותב שאם מינהו בית דין לכל הדעות הוא חייב בפשיעה, ורק במינהו אבי היתומים יש מחלוקת. הקשה עליו כנסת הגדולה, חו"מ, רצ, הגהות הטור, אות קנד (הובא בשו"ת ישמח לב, חלק ב, חו"מ, סימן ט, דף עח ע"ג), הרי ר' חיים פטר גם במינהו בית דין; והעלה אפשרות שהמבי"ט לא התחשב בו מפני שהוא יחיד.

ג. שו"ת פני משה, חלק א, סימן נב (הובא בבני חיי, חו"מ, רצ, הגהות הטור, אות טו), כותב שגם לדעת ר' חיים אסור לאפטרופוס לפשוט, למשל למסור את הנכס לאחר. הוא כותב עוד, שר' חיים פטר רק באפטרופוס על קטנים, מחשב שיימנעו, אבל אפטרופוס על מבוגרים חייב, מפני שאין לחשוש בזה כל כך שמה יימנעו, כיוון שאין בזה טרחה רבה כל כך כמו בקטנים, אף על פי שיש בזה יותר טרחה משאר שומרים, שהוא מתעסק בכסף. נקודה זו הובאה בשמו בשו"ת משאת משה, חלק א, יו"ד, סימן יט (עח ע"ד).

להערה 382

א. כך גם דעת: ר"י, בתוספות ב"ק שם, ובאור זרוע שם; רא"ש, גיטין, פרק ה, סימן ז, וב"ק, פרק ד, סימן ה, ותוספות הרא"ש, ב"מ מב ע"ב; חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"ב, ב"ק לט ע"א, וב"מ מב ע"ב, ושו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קמו; מאירי, גיטין נב ע"ב; ים של שלמה, ב"ק, פרק ד, סימן יג; מהר"א גאליקו, המובא בכנסת הגדולה, חו"מ, רצ, הגהות בית יוסף, אות פט; שו"ת מהרש"ם, חו"מ, סימן שמט, בדעת שו"ת מהרי"ק, שורש כג; שו"ת דברי ריבוח, סימן קנג, בדעת מהרי"ק שם.

ב. פוסקים אלו כתבו בסתם שאפטרופוס חייב בפשיעה, ומן הסתם הם התכוונו לשני הסוגים, כדעה זו שבפנים: רב האי גאון, בספר המקח והממכר, שער נב; תוספות, ב"מ מב ע"ב (ד"ה נימא); אור זרוע, ב"ק, סימן קפו, בשם ר' שמואל בחור בר' יוסף; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, יפוט פראג, סימן קכט (בשם ר' שמואל מווירדום), וסימן רמב, שנדפס גם בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קו; מרדכי, ב"מ, סימן רפח (בשם ר"ש מורדון), וסימן רצ (בשם מהר"ם); אגודה, ב"מ, סימן נו וסימן ס; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ שם; תוספות רבנו פרץ, ב"ק לט ע"ב; רבנו ישעיה, בשיטה מקובצת, ב"ק לט ע"א, בשם ר' אליעזר יקר נר"י; פסקי תוספות, ב"ק, סימן קה; חידושים מכתב יד המיוחסים לרשב"א, גיטין נב ע"ב; שו"ת מהרש"ל, סימן טו, בשם ר' עזריאל; שו"ת מים חיים (סילוה), סימן יג, בדעת שו"ת הרשב"א (המיוחסות), סימן קיח; שו"ת אורח לצדיק, חו"מ, סימן י, בסופו; שו"ת ירע יעקב (נאים), סימן כ; זיר יצחק, סימן יח, אות יג.

ג. שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שנא, כתב בסתם, שאם מינהו אבי היתומים, משהחזיק בנכסים נעשה שומר.

ד. המחלוקת מובאת בשו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן ק; בטור, חו"מ, רצ, כז; בשו"ת הרשב"ש, סימן שעג; באגודה, גיטין, סימן צא; בשו"ת מהרש"ם, חו"מ, סימן רכב; בשו"ת ר"מ גולנט, סימן קד; בשמרו משפט, על חוקות הריינים, סימן קמט; בשו"ת דברי מרדכי (לוריא, תרנ"ו), סימן נג; ובשו"ת שמן המור, חו"מ, סימן יב (צא ע"ג – צב ע"א).

ה. לבוש מרדכי, ב"ק, סימן מה (ד"ה אמנם), מביא שהרשב"א בגיטין מחייב אפילו בגנבה ואבדה; ולא דק, אך חוסר הדיוק לא היה חשוב לעניינו, מפני שעיקר כוונתו הייתה להקשות איך יש חיוב שמירה בנכסי קטן (ראה בשמו בסעיף 13, פרק ב, 2).

ו. חריגים: גם המחייבים בפשיעה כותבים, שאפטרופוס על שור "תם" של יתומים, שאחראי לשמרו שלא יגח, פטור אף מפשיעה, משום שאם יחויב, יימנעו אנשים מלהסכים להיות אפטרופוס על שור של יתומים. הם הוכרחו לפסוק כך משום שכן עולה מסוגיית התלמוד, ב"ק לט ע"ב (והיא מקורם של הפוסקים כל אפטרופוס מפשיעה). הם מנמקים, שבשונה מאפטרופוס רגיל, אין לאפטרופוס זה כבוד ממינויו, שהרי אין שרתו לטובת היתומים אלא לטובת שאר בני אדם, שלא יינזקו מהשור; ולכן אנשים עלולים להימנע מלהסכים להיות אפטרופוס על שור של יתומים.

ז. השואל בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לד, טען שהשולחן ערוך אינו חושש שמה יימנע, מפני שהוא מעוניין שיחזיקו אותו כמהימן ובוודאי לא יימנע, ולפי זה באדם שהוא בלאו הכי מהימן, לכל הדעות פטור משום שמה יימנע. אך נודע ביהודה עצמו חלק עליו, בטענה שלא מצאנו שהבדילו בין איש לאיש. כנגד זה, בית יעקב (שבשונסק), רצ, על באר היטב, ס"ק ז, מצא מקור לסברת השואל לחלק – עיין שם.

ח. ר' יצחק אבן גיאת, ב"מ שם, כותב שאפטרופוס שהפסיד לדעתו, חייב. נראה שהוא מתכוון למקרה שהזיק בפועל – ראה במילואים להערה 375, אות יא.

ט. שו"ת מים חיים (סילוה), סימן יג (ד"ה עוד), כותב שגם אם אבי היתומים כתב לאפטרופוס שהוא נותן לו רשות לעשות בנכסים כפי שנראה לו, אין מפרשים שהתכוון לפטור מפשיעה, אלא התכוון להיתר לו לעשות כרצונו אם הוא חושב שכן ירוויח יותר, על דעת לשלם אם יקרה נזק.

י. ראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 38, ש"ק רייניץ מעיר שיש מקום לומר שעל הכסף של היתומים, האפטרופוס חייב באונס, מחמת רשות השימוש שיש לו בו.

יא. שו"ת מעיין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ט (עמ' 297), פוטר אפטרופוס במקרה מסויים על מעשה שעשה (המקרה של שור בלי שיניים, ב"מ מב ע"ב), בנימוק שרואים כאילו היתומים עשו זאת בעצמם כיוון שידו כיד היתומים. דבריו קשים, שהרי בנימוק זה אפשר לפטור אפטרופוס בכל פשיעה, ואפשר לפטור כל שומר בפשיעה שהרי "יד שומר כיד בעל הנכס" (אלא שבאפטרופוס זה חזק יותר – ראה סעיף 2(א), במילואים להערה 439); אלא, שבאמת אין נימוק זה תקף, משום ש"לתקוני שדרתך ולא לעוותי" (על קושי זה ראה סעיף 2(א), במילואים להערה 50, אות ב).

להערה 383

א. נימוקים אחרים: אולם המשפט, רצ, כ, מסביר שהשולחן ערוך סובר שאפטרופוס אינו שומר שכר, אף על פי שנתנה פרוטה דרב יוסף, מפני שמה ששומר נכסי יתומים חייב אף על פי ששומר נכסי קטן פטור, הוא תקנת חכמים (ראה בשמו בסעיף 13, הערה 21), שבית דין בא במקום היתומים, אבל לא ייתכן שבגלל התקנה יהיה יותר חמור מסתם שומר, שאינו שומר שכר בלי לקבל שכר ממש.

מילואים לסעיף 1(ג)

ב. תומים, עב, ס"ק כ, מסביר שהשולחן ערוך סובר שאין לו פרוטה דרב יוסף משום שהוא אינו נחשב עוסק במצווה, מפני שבכל מצב היתומים צריכים לשלם למישהו שידאג להם. ייתכן שהוא מתכוון לומר שגם כשיש להם אפטרופוס, אין זה מספיק, אלא הם צריכים למצוא מישהו בתשלום.

ג. לגבי הנימוק שבפנים, שפטור מגנבה ואבדה שמא יימנע מפני שקשה להיזהר מגנבה ואבדה – התקשו ר"מ בירדוגו, בשו"ת דברי שלום (משאש), חו"מ, סוף סימן מט, ור"ש משאש שם סוף סימן נ, שאם כן יש לפטור מלווה המחזיק משכון מגנבה ואבדה, כדי שלא לנעול דלת בפני לווים; ותרצו שבמלווה לא חששו שיימנעו. נראה שכוונתם היא, שבאפטרופוס יש יותר חשש שיימנעו, מפני שיש בו טרחה רבה.

להערה 385

א. התוספות ותוספות הרא"ש בגיטין מוסיפים, שלא יימנע, משום שעשה לו "ניח נפשיה". כוונתם היא, שגם במינהו אבי היתומים, אף שאינו מתפרסם בזה כאדם נאמן, מכל מקום מן הסתם מינהו משום שעשה לו טובה בעבר (האב לאפטרופוס), ולכן הוא מרגיש מחויבות, ולא יימנע (סברה הנוכרת בתלמוד בגיטין שם).

ב. קרני ראם שם נוקט שספק לנו האם עלולים להימנע, או שמא ההנאה תגרום שלא יימנעו, ולכן חייב אם פשע מפני שהוא כאילו הזיק בפועל (ראה סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 15), ופטור בגנבה ואבדה מפני שחייב שומר (מלבד פשיעה) בא מכוח מה שהוא מקבל על עצמו (תוספות, כתובות נו ע"ב, ד"ה הרי), ואי אפשר לחייבו מספק.

להערה 386

א. ר"ש משאש שם (צו ע"א), מוסיף להסביר, שאפטרופוס בשכר לא יימנע מצד שאנו מחייבים אותו בגנבה ואבדה, שהרי הוא מוכן לזה מכיוון שהוא מקבל שכר, כמו שאפטרופוס בשכר צריך להישבע (שו"ע, חו"מ, רצ, טז) ואין חוששים שיימנע בגלל זה, ודווקא באפטרופוס רגיל שיש לו רק פרוטה דרב יוסף יש חשש שיימנע. הוא מסתמך גם על הפוסקים שאומרים שגם בלי שכר הוא שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף.

ב. דעה חולקת: שו"ת ישמח לב (פרנ"י), חלק ב, חו"מ, סימן מח (פ ע"ד), כותב שאפטרופוס שמקבל שכר טרחה – אינו שומר שכר בגלל זה, לפי הדעה (ליד ציון הערה 66) שמשאש אינו שומר שכר מפני ששכרו אינו על השמירה. אך הוא מביא (בדף פא ע"ב) שבספר קניין פירות, מערכת א, סימן עב, אות ב, כתב שאם יש לאפטרופוס רווח, אפילו מינהו אבי יתומים הוא שומר שכר; ומסביר ישמח לב שהוא סובר שמניחים שהשכר ניתן גם על השמירה כיוון שזאת אחת הסיבות שעבורו נתמנה.

ג. שו"ת מים חיים (סילוה), סימן יג, ד"ה אך (הובא בשו"ת ישמח לב, שם, דף פא ע"ג), כותב שלכל הדעות הוא חייב בפשיעה אם הוא מקבל שכר טרחה או חלק ברווחים, משום שאז אין לחשוש שיימנע.

ד. שו"ת אהל יצחק, חו"מ, סימנים כט, מב, ר"ס, ושו"ת ישמח לב שם (פא ע"ג), מביאים ששו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן סד, כתב שאם האפטרופוס מקבל חלק ברווח, חייב גם לפוטרים אפטרופוס רגיל, מפני שאין לחוש שיימנע, אפילו מינהו אבי היתומים. למעשה, אין זה מפורש בדברי מהרש"ך, אלא הוא כותב שהרמב"ן פטר רק אפטרופוס שנתמנה לטובת היתומים, שיש לחשוש בו שמא יימנע, אבל מי שקיבל רשות מהמוריש לקחת מנכסי היתומים ולהתעסק בהם כדי לגבות מהם את חובו, אם פשע – חייב, שהרי אין לחשוש שמא יימנע. מכל מקום, הם לא כתבו שהוא שומר שכר.

להערה 387

א. ראה במילואים להערה 19, שלדעה זו גם המקבל אתרוג במתנה על מנת להחזיר הוא שומר שכר, אף על פי שאם אבד התבטלה המתנה למפרע ונמצא שלא קיים את המצווה ולא נהנה מן השימוש (ראה במילואים להערה 118, בשאלה האם הנאת קיום מצווה נחשבת הנאה).

ב. שו"ת מאורות נתן (שפיגלגלס), סימן עז, מביא כאילו ר' ישעיה אומר שמקבל מתנה על מנת להחזיר פטור משמירה.

להערה 388

א. בטעם החיוב בפשיעה, ראה ליד ציון הערה 396. שם נדון גם לפי איזה מחיר ישלם אם הוול הנכס.

ב. ר' שמחה, בשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן קיח, אומר שפטור מאונס, מפני שהנכס שייך למקבל. גם ר' אביגדור כ"ץ, בשו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ב, ואלפסי זוטא, סוכה מא ע"ב, כותבים שפטור מאונס, מפני שהנכס נחשב ממונו (דברי אמת, קונטרס ב, בענין לאחר שלושים יום, בתחילתו, כותב שלדעת ר' אביגדור הוא שומר חנים). גם הוראות שעה, פראק כח (עמ' צט), כותב שפטור מאונס.

ג. ר' שמחה שם כתב שאם זו בהמה ומתה מחמת מלאכה, או שהנכס רק נשבר ועדיין שמו עליו, יכול להחזירו, אבל אם מתה בהמה ואבדה הנבלה, הרי מאחר שלא קיים את תנאו, התבטלה המתנה לגמרי, וחייב לשלם לו כערך הנכס שבתחילה. הרי שהוא מקבל באופן חלקי את הנימוק (ליד ציון הערה 392) של הדעה המחייבת באונס.

להערה 389

א. מסתימת דברי נתיבות המשפט משמע שגם אם נתן שכר אינו נעשה שומר שכר אפילו מכאן ולהבא.

ב. אם החזיק אצלו את הנכס לאחר הזמן שנקבע, כתב נתיבות המשפט, רמא, ס"ק ח, שאם לא רצה להחזיר, או השתמש בו, חייב באונס, מפני שעבר על התנאי במזיד, ונתבטל התנאי על ידי פשיעתו, ובכך נעשה שואל או גולן למפרע, ואם לא השתמש הוא רק שומר חנים (כך נראית כוונתו, ויש שם טעות דפוס בשורה הראשונה, ובמקום "אם לא השתמש" צריך להיות: "אם השתמש"). ונראה שהוא מתכוון לומר שהוא שומר חנים או רק אם לא החזיק אותו אצלו נגד רצון בעל הנכס, ולכן אין אומרים שנעשה גולן

מילואים לסעיף 1(ג)

למפרע מחמת ביטול התנאי, כיוון שהיה אנוס מלקיים את התנאי. אך מחנה אפרים, הלכות זכיה, סימן יח, לומד מלשון הרשב"ם, שאחרי הזמן הוא שומר שטר, משום שנהנה. שו"ת דברי רננה, סימן ו (עמ' כב), כותב שאם קיבל אתרוג במתנה על מנת להחזיר, הוא פטור מגנבה ואבדה גם אחרי שיצא באתרוג ידי חובתו, ואין אומרים שהנותן התכוון שיהיה אצלו במתנה רק עד שיצא בו ידי חובה, ואם יהיה אותו אצלו אחר כך יחשב שואל; וגם אין אומרים שאם השהה אותו אצלו עבר על התנאי ונמצא שהוא גוזל, מפני שאין משמעות התנאי מן הסתם שיחזיר לו מיד כשיצא בו.

ג. דעה קיצונית בעניין זה היא דעת שו"ת מהר"י ברונא, סימן עט, שאומר שגם אם המקבל פשע, פטור, מפני שהנכס שלו במתנה גמורה עד הזמן שנקצב. כמו כן, משנה ברורה, תרנח, ס"ק טו, נוקט שאין עליו דין שומר כיוון שבאה לידי בתורת מתנה. כמו כן, ביאור הגר"א, חו"מ, שמו, ס"ק כו, כותב שהשולחן ערוך הולך כאן לשיטתו, שפוסק שקונה לזמן הוא שומר חנים (ראה בסמ"ך) — משמע, שלדעה (ראה סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 211) שקונה לזמן פטור, אף כאן פטור. ר"א אטינגר, "בגדר קניין שאילה", יד יראים (ליפשיץ), עמ' 271, מנמק את הדעה שפוטרת גם מפשיעה — מפני שהמתנה קנויה לו לגמרי ובסוף הזמן הוא צריך לעשות קניין חדש להחזיר, אלא שיש תנאי שיחזיר (ראה קצות החושן, רמא, ס"ק ד, וחוק לישראל, מתנה, סעיף 4, שיש מחלוקת ראשונים, האם צריך לעשות בו קניין חדש כשחוזר).

ד. ר"ג נוסבוס, מקבציאל י (אלול תשמ"ו), עמ' קלח, מעלה אפשרות שלירטיב"א מקבל מתנה על מנת להחזיר פטור לגמרי, מפני שלא קיבל על עצמו שמירה, כמו שהוא פטור קונה במקום טעות אם לא שילם כסף (ראה במילואים להערה 420). אף מצד שני הוא מעלה אפשרות שהירטיב"א יטכיס שמקבל מתנה על מנת להחזיר חייב, מפני שבאה שהנותן התנה "על מנת להחזיר", הוא כאילו התנה שלא יפגע המקבל, שהרי הוא רוצה לקבל את הנכס בחזרה, מה שאינו כן במקום טעות, שאין רואים כאילו התנו כך, מפני שלא העלה המוכר על דעתו שיש מום בנכס.

ה. האחרונים דנים, לעניין שואל טלית מחברו, שמניחים שהתכוון לתיחה לו במתנה על מנת להחזיר (ולא בהשאלה) מפני שרק כך יוכל לברך עליה (רא"ש, חולין, פרק ח, סימן כו), האם פטור מגנבה ואבדה, כדין מתנה על מנת להחזיר, או שחייב אף באונס, משום שיש להניח שאילו ידע שיקרה נזק לא היה נותן לו בתורת מתנה על מנת להחזיר אלא בתורת שואל. שו"ת שערי דעה, חלק א, סימן קנב (הובא בשערים המצוינים בהלכה, על קיצור שולחן ערוך, קפה, ס"ק א); חידושי ר"ע איגה, או"ח, יד, ד (חסר בחלק מהמהדורות); שו"ת הר צבי, או"ח, הלכות לולב, סימן קיב; ואמרי בינה, או"ח, סימן ז — מחייבים באונס, מפני שמאחר שנתן בלשון שאילה יש להניח שהתכוון שיהיה לו דין שואל לכל דבר חוץ מזה שיוכל לצאת בו ידי חובה. גם מנחת חיים (קלוגר), אחרי קונטרס דרך החיים, סימן יד (דף יב ע"ד), מחייב באונס, מפני שיש אומדנא דמוכח שלעניין אחריות התכוון שיהיה כשואל, שהרי השאיל לו בדרך שאילה, ובוודאי לא רצה להפסיד את ממונו, ואומדנא זו מבטלת את האומדנא האחרת, ודווקא לעניין יציאת ידי חובה אומרים שיש אומדנא דמוכח שהתכוון שיהיה מתנה על מנת להחזיר, אבל לעניין חייב רואים כאילו התנה שיהיה חייב באונס (ראה בסעיף 14, במילואים להערה 19, מקום נוסף שמניחים שיש התנאה מכללא לחייב), ותנאי זה מועיל, כבכל שומר חנים (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 39). כך כתב גם נתיבות המשפט, רמא, ס"ק ט, על שואל טבעת לקדש אשה — שאף על פי שמניחים שהתכוון למתנה על מנת להחזיר, חייב באונס, שמאחר שאמר בלשון שאילה, מפרשים שהתכוון לומר: "אם תחזיר יהיה מתנה, ואם לא תחזיר יהיה שאילה", כך שחייב באונס. על דברי שערי דעה, עיין ציון במשפט (לוריא), אות קצ (לסימן שם).

ו. ישועות יעקב, או"ח, יד, ס"ק ה, כותב שמצד אחד אי אפשר לחייבו באונס, שהרי אז יחשב כשל הנותן (לפי ר' ישעיה המובא ברא"ש בטובה שם), ולא יצא ידי חובתו; ומצד שני אי אפשר לפטור מאונס, מפני שאם כן בעל הטלית מפסיד, ואין אומרים "נוח לאדם ששעשה מצווה בממונו" במקום שהוא מפסיד. לכן הוא אומר שמניחים שהתכוון לתת בסוג מיוחד של מתנה על מנת להחזיר, שנותן על מנת שהנכס יהיה שלו (של המקבל), ויחזירו לו בתורת תמורה ותשלום; ובוה לכל הדעות חייב באונס, מפני שגם אם אבד חייב לשלם את התמורה שהתחייב (והיה רק תנאי שאם הנכס בעין, ישלם את התמורה ע"י החזרה הנכס); וזה שחייב באונס אינו אומר שאינו יכול לצאת ידי חובה בטלית, מפני שאינו חייב באונס בתורת אחריות על הטלית אלא כחייב של תשלום מותר. אך בס"ק ז כתב שפטור מאונס מטעם מתנה על מנת להחזיר, ואין אומרים שבעל הנכס מעדיף שיחשב שואל כדי שיחייב באונס, מפני שגם שואל טלית פטור מאונס, כדעת הר"ן בשואל ספר (ראה סעיף 1(ד), הערה 134).

ז. לעומתם, ערך ש"י, חו"מ, שם, א, ובספרו שו"ת תשורת ש"י, סימן תרה, פוטר אותו מאונס מכיוון שלא שאל לשם שימוש אלא לקדש אשה בטבעת או לקיים מצות ציצית, ואם כן, אם באמת תהיה שאולה (כלומר, שלא יחזיר ויתברר למפרע שזו שאילה), נמצא שלא היה יכול לקדש אשה ולקיים את המצווה (שהרי אי אפשר לקדש אשה או לקיים מצות ציצית בנכס שאול), ואם כן אין לו הנאה מהשאילה, ואין לומר שנהנה מהטלית הנאת לבישה, שהרי הלוכש טלית אינו מתכוון להנאת לבישה אלא למצווה. הוא דוחה גם את הנימוק שיחייב באונס מצד ששומר חנים יכול להתנות להיות חייב באונס, שהרי כאן לא אמר שמקבל על עצמו חייב אונס, ומה שאמר "השאילני" אין במשמעו קבלת חייב אונס, שהרי שאילה זו אין בה הנאה לחייבו, כאמור; וגם אין לומר שיש אומדנא שהוא כאילו התנה להיות שואל על דבר רגיל (שיש בו הנאה, ולכן חייב באונס), שכן אין סיבה להניח שהתכוון לכך, ומספק אין לחייב.

ח. גם ר' מאיר דן מאוסטרוב, המובא בהר צבי שם, פוטר כאן בנימוק שבשעת שאילה הוחלט שזה מתנה על מנת להחזיר, ואין אומדנא מאוחרת מבטלת אומדנא קודמת (עיין שם בראייתו לכלל זה; וכנגדו הר צבי כותב שזו אומדנא אחת — שבשעת תנינה נתן לו כמתנה על מנת להחזיר על דעת שאם לא יחזיר יהיה בתורת שאילה). כך משמע גם מארצות החיים, סימן יד, ארץ יהודה, ס"ק ג (ד"ה ועפ"י), שמחייב באונס רק במי שלקח בלי רשות, מפני שבעל הטלית יכול לטעון שלא היה מסכים אילו ידע שיינוק, אף על פי שגם שם רואים זאת כמתנה על מנת להחזיר (כשלא קרה שום נזק) — משמע שאם השאיל בפירוש, פטור. גם רמ"ז אורנשטיין, בישועות יעקב, או"ח, אחרי סימן שז (ד"ה ועתה), כותב שפטור מאונס, מפני שאם נאמר שחייב באונס, לא יצא ידי חובתו, לפי ר' ישעיה, כאמור. וראה סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 134, שיש פוטרם באונס שואל חפץ לשם מצווה, מסיבות אחרות.

להערה 390

א. גן נעול, כפתור ג, פרח יז, מסביר שאינו חייב באונס מפני שכל ההנאה שלו, כמו שואל, מפני שהטעם ששואל חייב באונס אינו

מילואים לסעיף 1(ג)

משום שכל ההנאה שלו, אלא מפני שנחשב שנכס שלו אבד (ראה בסעיף 2(ג), ליד ציון הערה 10), ואין לומר כך במתנה על מנת להחזיר, מפני שגם אם נאמר שנכס של המקבל אבד, מכל מקום לא קיבל על עצמו להחזיר אם יאבד אלא קיבל על עצמו רק להחזיר אם יהיה בעין.

ב. שו"ת אבני נור, חו"מ, סימן כה (ד"ה וזוהי), הסביר להיפך: שמקבל מתנה על מתנה להחזיר פטור מאונס מפני שזהו נכס שלו, ולא נהנה מנכס של אחר (ראה בשמו במילואים להערה 400).

להערה 392

א. שו"ת הרמ"ץ (ויטמאיר), או"ח, סימן לג, אות ו, הסביר שגם אם השתמש בנכס רק באופן שאינו מחסרו, מכל מקום, אם בעל הנכס מקפיד שלא יקחנו בכלל, נעשה גולן עוד לפני השימוש.

ב. שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן א (ד"ה ולפי), וסימן קלא, מסביר שהרא"ש סובר, שאף על פי שיש אומרים "אונס כמאן דעביד", כלומר, מי שלא קיים תנאי משום שהיה אנוס שלא לקיימו, נחשב כאילו קיימו (עיין ש"ך, חו"מ, כא, ס"ק ג), מכל מקום כאן אינו נחשב אנוס, משום שהוא יכול לקיים את התנאי בהחזרת דמי הנכס, מפני שמפרשים את התנאי "על מנת שתחזיריו" — על מנת שתחזיר את הנכס או את דמיו. כך הסביר גם חידושי ר"ע איגור, או"ח, תרנח.

ג. מתנה אפרים, הלכות זכיה, סימן יח, הסביר שאין אומרים שמאחר שהיה אנוס מלהחזיר, לא נחשב שנבטל התנאי (כקושיית חתם סופר), שהרי הנותן הוא שהתנה את התנאי, ומן הסתם התכוון לטובתו, ולא התכוון לצמצם את תחולת התנאי למקרה שלא יהיה אנוס.

ד. באתרוג: דברי חיים, דיני מתנת בריא ומתנת שכיב מרע, סימן ג, כתב שהחיוב מצד שנעשה גולן למפרע מתבסס על כך שיכול לקיים את התנאי על ידי שמשלם את דמי הנכס, ולכן חובה עליו לשלם את דמי הנכס (וזה מקביל לדברי החתם סופר); ולכן המקבל אתרוג במתנה על מנת להחזיר, מאחר שהתנאי הוא שיחזיר את האתרוג ממש ולא את דמיו (עיין שם בהוכחתו לכך), אין לחייבו לשלם מצד שנעשה גולן למפרע, שהרי גם אם ישלם לא יתקיים בזה התנאי. אך חתם סופר שם כתב שגם באתרוג חייב באונס, מפני שמה שאומרים לעניין אתרוג שאין התנאי מתקיים על ידי החזרת דמיו, הוא רק לחומרא, לומר שלא יצא ידי חובה. כמו כן, אמרי בינה, דיני יום טוב, סימן כא, הערות בדין אתרוג, אות ב (ובהגהתו בדברי חיים שם), מעיר שמכ"ח, או"ח, תרנח, משמע שהרא"ש מחייב באונס גם באתרוג. אמרי בינה כתב עוד על פי אותו עיקרון, שאם אמר: "על מנת שתחזיריו לי", ומת הנותן, שהדין הוא שאין מתקיים התנאי בהחזרה ליורשים (עיין שם במקורו לכך) — פטור המקבל מאונס, מפני שגם אם ישלם לא יתקיים התנאי.

ה. לא השתמש: שו"ת אבן שתייה, סימן ז, כותב שגם לפי הרא"ש, אם אבד הנכס או נגבד לפני שהשתמש בו, פטור, מפני שגם אם נאמר שבוה שלא החזיר, נבטל התנאי, הרי מאחר שלא השתמש, אין לומר שהתברר למפרע שלח יד. אך שו"ת הרי"ם, חו"מ, סימן ו, כותב שהרא"ש מחייב באונס גם אם לא השתמש, מפני שמכל מקום היה יכול להשתמש, ולקנות במתנה זו.

ו. באור המחלוקת: הרי"ם שם מבאר, שהרא"ש סבור שהוא כלוקח כלי כדי לברוק, שהוא חייב באונס (בתנאים מסוימים) — ראה סעיף 1(ד), פרק ב, 3 (א), ולרוב הפוסקים חייב מטעם שואל (ראה שם ליד ציון הערה 66), ומכל מקום אומר הרא"ש שגם ב"מתה מחמת מלאכה" חייב אף על פי שהוא כשואל, מפני שנעשה גולן למפרע. כנגד זה הוא מסביר את דעת הפוסקים באונס, שהם סוברים שאינו כלוקח לבדוק, מפני ששם קיבל את הנכס מראש בתורת שמירה, וכל ההנאה שלו, מפני שיכול לקנותו כל זמן שירצה, לכן הוא שואל בהנאה זו, מה שאינו כן במתנה על מנת להחזיר, שהוא קיבלו מראש בתורת שלו, שקנאו, ועל מה שקנה פטור ואין לו הנאה מן הנותן, שהרי אינו יכול לקנותו בלי קיום התנאי, וכשמתיקיים התנאי זה כבר שלו, וההנאה היא משלו, וכמו בעל בנכסי אשתו שאינו חייב כשואל מפני שזה שלו, ודווקא בלוקח לבדוק, שאינו שלו, ואף על פי כן יש לו הנאה בזה שבידו לעשותו שלו, חייב באונס.

ז. הוא מקשה על הרא"ש, הרי גם בהחזרת דמי הנכס מתקיים התנאי, ואם כן איך אפשר לחייבו לשלם, הרי אם ישלם, יתקיים התנאי, וזה שלו למפרע, ופטור מאונס וגנבה ואבדה; ואמנם אם לא ישלם, נמצא שלא היה שלו (וזהו מעגל קסמים), מכל מקום אי אפשר לפסוק דין שישלם, מפני שאז יהיה שלא כדין? ותירץ: (א) מחייבים אותו לקיים את התנאי על ידי תשלום כסף, מפני שאם לא יקיים יהיה גול, וזה כמו כל מתנה על מנת להחזיר שכופים להחזיר ולקיים בזה את התנאי כדי שלא יהיה גול. (ב) הטעם שמפרשים שהתנאי מתקיים גם בתשלום כסף הוא מפני שיש להניח שכשהנותן התנה "על מנת שתחזיר", התכוון להרווחה, שלא יפסיד, ואם על ידי שאומרים כך, יוצא שהמקבל פטור, בוודאי יש לפרש את דבריו שדווקא החזרת החפץ מקיימת את התנאי, ואם כן הוא גולן למפרע. וכנגד זה הוא כותב שהפוסקים סוברים שאין מתקיימת החזרה בכסף, ולכן אינו יכול לקיים את התנאי בזה שישלם.

ח. הוא מנמק את מה שהרא"ש מחשיבו כגולן, אף על פי שגולן בשוגג פטור (ראה סעיף 1(א)), במילואים להערה 118), שזה מפני שידע מראש שאם לא יתקיים התנאי יהיה גולן למפרע, ולכן אינו שוגג ממש.

ט. "אחריו לפלוני": שו"ת עטרת ישראל, סימן כו, אות ז, כותב שאף על פי שכתב רא"ש, ב"ב, פרק ה, סימן מו, שהנותן אתרוג למישהו ואמר לו: "אחריו יהיה לפלוני", הרי זה כאילו נתן לו מתנה על מנת להחזיר לפלוני (לדעת רבי), מכל מקום אינו חייב באונס, אלא רק בגנבה ואבדה, מפני שבוודאי לא התכוון שיהיה חייב באונס ויהיה גרוע מאילו לא הקנה לו את הגוף.

להערה 393

מתנה אפרים, הלכות זכיה, סימן יח, מסביר שלא נבטלה המתנה, משום שהכלל הוא שתנאי שאי אפשר לקיימו אינו תנאי (רמב"ם), הלכות אשות, ו, ב), אלא המעשה קיים אף על פי שהתנאי לא התקיים, ואף כאן, שנאנס, הרי אי אפשר לקיים את התנאי, ולכן לא נבטלה המתנה (גם שו"ת הר צבי, או"ח, הלכות לולב, סימן קיב, נימק שלא נבטלה המתנה למפרע מפני שהוא אנוס מלקיים את התנאי). כנגד זה, מבאר המגיה שם (והובא בשו"ת עטרת ישראל, סימן כו, אות ו), שהרא"ש סובר שנבטלה המתנה, משום שזה

מילואים לסעיף 1(ג)

נחשב תנאי שאפשר לקיימו, כיוון שאילו לא קרה אונס, היה אפשר לקיימו, ורק אם מראש היה ברור שלא תהיה אפשרות לקיים את התנאי, הוא בטל.

להערה 395

א. שער המלך מסביר בכך מדוע שו"ע, או"ח, תרנח, ד, פסק שהמקבל אתרוג על מנת להחזיר, ונאנס ולא החזיר, לא יצא ידי חובתו משום שהמתנה נתבטלה למפרע, וזאת אף על פי שפסק שמקבל מתנה על מנת להחזיר פטור מאונס. גם שער משפט, רמא, ס"ק ב, מוכיח מהשולחן ערוך שם שלדעתו באונס נתבטלה המתנה.

ב. משנה למלך שם מטופק איהו הטעם הנכון, ומוצא נפקות ביניהם: שלפי הטעם השני, שנתבטלה המתנה, יצטרך להחזיר את הפירות שאכל (או רווחים שהרוויח) מן הנכס.

ג. נימוקים נוספים: חתם סופר שם נימק שפטור מאונס משום "אונסא כמאן דעביד", שרואים כאילו התקיים התנאי, ודעה זו סוברת שאין החזרת דמי הנכס נחשבת החזרה, כך שהוא אכן אנוס מלקיים את התנאי, ולכן נחשב כאילו התקיים התנאי, ואינו נחשב גולן למפרע (ראה בשמו במילואים להערה 392).

ד. שו"ת הרי"ם, חו"מ, סימן ו, מנמק דעה זו, שמאחר שעשה ברשות, ולא ביטל את התנאי בפשיעה, לא בטלה הרשות למפרע, ולא נעשה גולן, וזאת גם אם השתמש בנכס, ואומרים "אונסא כמאן דעביד", מפני שבוודאי לא קיבל על עצמו חיוב באונס, וכדי להתחייב כשואל צריך שיטכים להיות שואל. כנגד סברה זו הוא מסביר שהרא"ש סובר שהוא גולן למפרע, מפני שהוא קיבל את הנכס בתנאי זה, ומשתמש בו, ולכן מן הסתם הוא התכוון שאם יקיים את התנאי, הוא משתמש בתורת שלו, ואם לא יקיים, יהיה שואל או גולן, שהרי הוא יודע שזה תלוי בקיום התנאי; ואילו הפוסטים סוברים שמאחר שנאנס באי קיום התנאי, לא היה בדעתו להתחייב על זה, ודווקא אם לא קיים את התנאי מחמת פשיעה, נחשב גולן, והם יסכימו שאם התנה בפירוש שיתחייב באונס, חייב, מפני שנעשה גולן למפרע.

ה. משכנות יעקב, חו"מ, סימן סד (סימן מה במהדררה המקורית), מסביר שהשולחן ערוך סובר שנתבטלה המתנה, ומכל מקום אינו נחשב גולן, מפני שהיה אנוס.

ו. מכת דחוי: קצות החושן, קצא, ס"ק ג (הובא ע"י ר"ע אופמן, מקבציאל י, אלול תשמ"ו, עמ' קל), כתב שאם שילם כסף למישהו לשם מכר או קידושין שיחול מעכשיו ולאחר שלושים יום, והמוכר חזר בו מהמכר, או שחזרה בה האשה מהקידושין, ואבד הכסף, המוכר (או האשה) נעשה גולן למפרע על הכסף גם אם לא השתמש בו גם לר' ישעיה, ודווקא במתנה על מנת להחזיר פטור באונס, מפני שאינו יכול לקיים את התנאי, אבל כאן יכול לקיימו, בזה שימסור את הנכס שנמכר (או שהאשה תתקדש), ולכן אם אינו רוצה לקיימו כדעה זו, נחשב גולן למפרע. אך ר"נ נוסבויס, מקבציאל י (אלול תשמ"ו), עמ' קלח, כתב שמדובר שחזר בו במזיד, אבל אם חזר בו מחמת מום וכדומה, הוא רק שומר חינוס כמו במקח טעות (ראה ליד ציון הערה 420), מפני שלא קיבל על עצמו שמירה כיוון שלא העלה על דעתו שהמכר יבטל. על מקרה זה בקידושין, ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 226, אות ז.

להערה 396

א. ר"ן על הרי"ף שם הסביר שחייב בפשיעה, מפני שאם לא יחזיר נמצא שלא הייתה מתנה מעולם. אך מתנה אפרים, הלכות זכיה, סימן יח, הקשה על כך, שאם לא הייתה מתנה מעולם, נחייב אותו גם בגנבה ואבדה ובאונס? ובסימן יט הסביר (במסקנתו) שבגנבה ואבדה פטור מפני שלא נחשב שעבר על התנאי כיוון שלא פשע.

ב. מתנה אפרים שם, סימן יח, כותב (במסקנתו), שאינו יכול לטעון: "אני מעוניין שהמתנה תבטל למפרע, ואחזיר את הפירות, ואני אֶפְטֹר מלשלם על הפשיעה מפני שלא הייתי שומר" — מפני שאם נאמר שנתבטלה המתנה, מתברר למפרע שהיה שואל, ויהיה חייב באונס.

ג. לפי איזה מחיר ישלם: מחנה אפרים שם, סימן יט, כותב שמאחר שהר"ן מחייב בפשיעה משום שנעשה גולן למפרע, הרי אם ירד ערך הנכס משעת המתנה עד שעת האבדן, ישלם לפי שעת המתנה, שאז הייתה הגולה, כפי שהתברר אחר כך למפרע. אך הוא כותב שלפי הדעה שמקבל מתנה על מנת להחזיר יכול לקיים את התנאי על ידי החזרת דמי הנכס (ראה במילואים להערה 392), אף כאן יוכל לשלם לפי שווי הנכס בעת אבדו, ובוה יקיים את התנאי, ונמצא שלא נעשה גולן למפרע, ולכן אין לחייבו לפי המחיר הגבוה שהיה בשעת המתנה ה"גולה". אפשר לומר דברים אלו גם לגבי מקרה של אונס, לפי הרא"ש המחייבו לשלם אז: ישלם לפי ערכו בשעת המתנה, אך לדעה שמועילה החזרת דמים, ישלם כערכו בשעת האבדן. אולם לדעה שהוא שומר שכר, וגם לפי שער המלך שהסביר שחייב בפשיעה כשומר חינוס (ובפשטות זו גם כוונת הרי"ן), ישלם לפי ערכו בשעת האבדן, כפי שנראה בסעיף 5, ליד ציון הערה 7, לגבי כל שומר.

להערה 399

א. חידושי הריטב"א, קידושין מו ע"ב, כותב שהנותן כלי לאחר לשימוש ולפירות (רווחים), למשך זמן מסוים, אין הלה חייב באונס במשך הזמן הזה, אלא אם כן קיבל זאת על עצמו במפורש.

ב. ר"נ גולדברג העלה אפשרות שהטעם שקונה לזמן הוא שומר חינוס הוא, שאף על פי שהוא שואל, רואים כאילו התנה שיהיה פטור מגנבה ואבדה ומאונס.

ג. על קונה לזמן עיין נתיב בינה (שרייבר), סימן ל.

להערה 400

א. כמו כן, שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן כה, הסביר שהוא רק שומר חינוס משום שהנכס נחשב נכס שלו, מפני שיש לו בו קניין

מילואים לסעיף 1(ג)

פירות, ונמצא שנהנה מנכס שלו, ולא מנכס של אדם אחר, שלא כשואל או שוכר, שאין להם קניין פירות בנכס, אלא רק שעבוד עליו לשימוש, ונמצא שנהנו מנכס של אדם אחר.

ב. נימוקים נוספים: תוספות, ב"מ צו ע"ב, ד"ה בעל (הובא בשו"ת עטרת ישראל, סימן כו, אות כ), הסבירו שקונה לזמן אינו לא שואל ולא שוכר מפני שהנכס בא לידו בלשון מכר. שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (צו ע"ג), הדגיש שאין כוונתם מצד שלא אמר לשון שאילה או שכירות, אלא מפני שאמר במפורש שרוצה לקנות, ונתן כסף, ואמר לשון מכר כדי שיהיה קנוי לו במכר, שלא ייכנס לחיוב שואל או שוכר, והמוכר הסכים לזה, ולכן הוא רק שומר חינוס, שעל דעת זה נתן לו את כספו, והוא כמו סתם קונה שפטור באונס, ומכל מקום חייב בפשיעה מפני שאינו קונה גמור. ערך ש"י, חו"מ, שמו, יח, הסביר שבזה שהמוכר נקט לשון מכר ולא לשון שכירות, הראה שהוא רוצה להפחית מאחריותו (ראה בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 210).

ג. קרית מלך רב, חלק א, תשובה כב, בתחילתו, כותב שאין לפרש שהכוונה היא שאינו שוכר מפני שהעובדה שלקחו בתורת מכר ולא בתורת שכירות, מראה שלא רצה להיות שוכר – שהרי ייתכן שלא אמר לשון שכירות מפני שרצה שיהיה לו דין שונה משוכר לעניין נפקויות המזכרות ברמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג. אלא, הוא מסביר, שהכוונה היא שדווקא שוכר הוא שומר שכר בהנאה שבעל הנכס השכיר דווקא לו ולא לאדם אחר, ולכן אף על פי שנתן כסף הוא שומר שכר, אבל קונה לזמן – אולי בעל הנכס נתן דווקא לו מפני שהציע יותר כסף מדמי שכירות, ואפשר שבעל הנכס לא היה מוצא משהו אחר במחיר כזה, ולכן אינו שומר שכר.

ד. נראה שקצות החושן ואבני נזר יכולים לקבל את הסברו של מחנה אפרים, הלכות זכיה, סימן יח, שהבאנו בסעיף 1(א), הערה 208, שקונה לזמן חייב בפשיעה מפני שהגוף אינו שלו ונמצא שאפשר לחייבו בשמירה על הגוף – שמכל מקום אי אפשר לחייבו כשומר שכר או כשואל מטעם הנאתו, משום שלעניין זה נחשב שנהנה מחפץ שלו, שהרי השימוש הוא קניין פירות, שהוא שלו.

ה. דעות חולקות: חידושי הרמב"ן, ב"מ צו ע"ב; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צו ע"ב; ובי"ח, חו"מ, שו"ה, פסקו שקונה לזמן הוא שומר שכר. תלמיד הרשב"א נימק, מפני שהוא כמו שוכר.

ו. דעה יותר קיצונית היא של חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ צו ע"ב (ד"ה בעל): לדעתו קונה לזמן חייב אפילו באונס, מפני שהוא כאילו התנה (על מנת שיחזיר תוך הזמן), ולכן אם לא החזיר אין במכר כלום וחייב להחזיר את הנכס, כלומר, הוא נחשב גולן.

להערה 401

דרכי יוסף (שרף), ב"מ פב ע"ב (כא ע"א בדפי הספר), כותב שקונה לזמן קצוב אינו שומר שכר אף על פי שיכול לקדש אשה על ידי הנכס, מפני שהוא שילם תמורת הנאתו, שקנאו לגמרי למשך זמן זה וכספו לא יחזור, שמסיבה זו אינו שומר שכר מצד כל השימושים שיכול להשתמש בנכס (וקידושי אשה הוא רק אחד מהשימושים), מה שאינו כן במלווה על משכון, שאומרים שהוא שומר שכר מטעם זה (ליד ציון הערה 259), מפני שלא שילם עבור ההנאה, שהרי כל כסף ההלוואה יחזור אליו. אפשר לראות בדבריו שילוב של הסברי מחנה אפרים וקצות החושן, שעונה על הקשיים שבשני ההסברים: לנימוק של קצות החושן קשה מדוע מלווה הוא שומר שכר על המשכון בשל הנאה זו, הרי קנאו מדרכי יצחק ונמצא שנהנה מנכס השייך לו; ועל מחנה אפרים קשה, הרי גם שוכר משלם על הנאתו ואף על פי כן הוא שומר שכר. על הנימוק של קצות החושן עיין גם עטרת ישראל, חלק התשובות, סימן יג, אות ב. עוד לסיבה שקונה לזמן אינו שומר שכר עיין קובץ הערות, סימן נג, ס"ק א.

להערה 402

א. אבל אבני נזר שם (ד"ה ובוה) כותב שגם מקבל מתנה לזמן הוא שומר חינוס; וכך יסבור גם קצות החושן, לפי נימוקו שליד ציון הערה 400.

ב. דברי אמת, קונטרס ב (בעניין לאחר שלשים יום), בתחילתו, מעלה אפשרות שלפי הרשב"ם האומר שהמקבל מתנה על מנת להחזיר חייב בפשיעה, מקבל מתנה לזמן פטור אף מפשיעה, מפני שכאן אין שום תנאי. אבל אחר כך הוא כותב שהוא שומר שכר גם לדעה שקונה לזמן הוא שומר חינוס, מפני שמקבל מתנה נהנה, שלא כקונה לזמן.

ג. ראה עוד בסעיף 1(א), במילואים להערה 213, בשם מחנה אפרים, שיש מקום לומר שמקבל מתנה לזמן פטור לגמרי.

להערה 403

א. אך ר"נ נוסבוים, מקבציאל י (אלול תשמ"ו), עמ' קלח, כותב ששער המלך מחייב דווקא אם ביטל במזיד את התנאי, שלכן נעשה גולן למפרע, אבל אם הייתה לו סיבה מוצדקת לבטלו, לא נעשה גולן למפרע.

ב. סוג מיוחד של מתנה על תנאי הוא הסבלונות שהצדדים לשידוך נותנים זה לזה, כאמור בשו"ע, אה"ע, נ, ד, שזה נחשב מתנה על מנת שיינשא. שאלת האחריות בשמירה עולה אם אחד מהצדדים חזר בו מהשידוך, כלומר, שהתנאי המתלה של המתנה לא התקיים. ר"ע אופמן, "בדין הסבלונות בשידוכין שנתבטלו", מקבציאל י (אלול תשמ"ו), עמ' קל, מביא לעניין זה את דברי שער המלך, שחייב באונס (הוא נוקט שכל צד יכול לטעון "קים לי"; אולי סבר שדברי שער המלך אינם מוכרחים). הוא מסביר בזה את מה שמוכח מב"ב קמו ע"א, שחייב באונס על הסבלונות, כפי שהוכיחו משם שו"ת ר"ע איגר (מהד' בודפסט), סימן יא, וקובץ שיעורים, ב"ב, סימן תקט (ור"ע איגר הקשה מדוע הוא שונה מקונה לזמן שפטור מאונס, וקובץ שיעורים הקשה מן התלמוד שם על הרשב"ם שפוטרו במתנה על מנת להחזיר). אך ר"נ נוסבוים, מקבציאל שם, עמ' קלג, דחה את ההסבר שכאן חייבת באונס על פי דברי שער המלך, כיוון ששער המלך מחייב באונס רק אם חזר בו במזיד (כפי שהבאנו בשמו לעיל), ואילו התלמוד שם מחייב אם מת הבעל, שזה ביטול התנאי שלא במזיד. והוא מעלה הסבר אפשרי אחר: שסבלונות אינם מתנה על תנאי אלא שאילה עד הנישואין, ולכן חייבת באונס. במסקנתו הוא כותב שדין חזרת סבלונות כדין מקח טעות (ליד ציוני הערות 417-420), שהרי שם נמצא מום בחפץ, וכאן יש מום במשודך.

ג. שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן קטו, מדייק מב"ב שם שהכלה חייבת כשומרת שכר על הסבלונות, לא משנה מי מת או מי חזר בו (והביא שכך כתב גם שו"ת מהר"ם גלנטי, סימן יד; אך ר"ע אופמן שם עמ' קכט העלה אפשרות שמהר"ם גלנטי מחייב רק

מילואים לסעיף 1(ג)

בפשיעה), ודייק מהתלמוד שפטורה מאונס שהרי נזכרה בתלמוד רק גנבה ואבדה (אך ר"ע אופמן שם כתב שאפשר שדברי התלמוד אינם בריווקא). הוא נימק, שאין כל ההנאה שלה, שהרי גם החתן נהנה מזה שהיא משתמשת בוה, בוה שהוא מתפאר בוה, כפי שמצאנו בדין הקונה חפץ כדי לתת במתנה (ראה סעיף 1(ד), פרק ב, 3 (ד)). אך ר"ע אופמן שם העיר שש"ת חיים שאל, חלק א, סימן סד, כתב שהרבה ראשונים לא גרסו בתלמוד שם שחייב בגנבה ואבדה, ואם כן אין לתלמוד משם. רז"נ גולדברג נימק את דעת פרח מטא אהרן, שהיא שוכרת, שכן יש לה רשות שימוש, ומה שהיא ארוסתו הוא שכן השימוש, ולכן היא שומרת שכן (ראה סעיף 1(ד)), הערה 145, בשאלה מדוע אינה שואלת). הוא העיר שאף על פי שיש אומרים שבמקום טעות, הקונה אינו שומר שכן גם אם השתמש בנכס לפני שנודעה הטעות (ראה במילואים להערה 420), שם הכוונה היא לומר שהוא רק שומר חינוס אחרי שנודע המום, ואילו פרח מטא אהרן עוסק באחריות הארוסה לפני שנודע שהתבטל השידוך.

ד. בית מאיר, א"ח, תרנח, ד, הקשה מב"ב שם על הרשב"ם האומר שמקבל מתנה על מנת להחזיר הוא שומר חינוס (כקושיית ר"ע איגר שהזכרנו), והוכיח משם כ"י ישעיה שהוא שומר שכן; והעיר שנימוקי יוסף, ב"ב סח ע"א (בדפי ה"ר"ף), אינו גורס בתלמוד שם שחייב בגנבה ואבדה.

ה. ר"ע איגר שם כתב שאם נאנס אחרי מיתת המשוך, פטורה מאונס מפני שכשמת מסתיימת השאלה, ושואל אחרי זמנו הוא שומר שכן (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 131). ר"ע אופמן שם (עמ' קל) כותב שאם היא חזרה בה באופן שלא היתה לה זכות לחזור, היא חייבת באונס, מפני שחזרתה היא פשיעה, ונעשית גולן למפרע.

ו. ר"ע אופמן שם מדייק מש"ת חתם סופר, אהע"ז, חלק א, סימן פב, שלדעתו פטורה לגמרי מאחריות, שהרי כתב: "ידה אינה כידו". ר"ע אופמן נימק, שלדעתו הסבלנות הם מתנה גמורה, ולא על תנאי שיחזיר, מפני שאולי הקידושין יתקיימו ולא תצטרך להחזיר.

ז. ש"ת דבר משה (אמריליו), חלק א, אהע"ז, סימן לא, כתב שהכלה חייבת בשמירה (ומדובר שבסוף נישאו), ואביה פטור מפני שלא ערב בעדה.

ח. רמ"י, בהערותיו לש"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנט (נדפסו בסוף הספר), כותב (בלשון "אולי"), שאחריות כלה על הסבלנות שנותנים לה, במקרה שמתבטל השידוך, היא כקונה על תנאי, וחייבת מדין קונה כבמקרים בסעיף 1(ד), פרק ב, 3, שהרי תוכל להשתמש בהם כשלה, אלא שאם בטל השידוך, תחזיר או תשלם, והיא אחראית יותר משואל, וחייבת גם ב"מתה מחמת מלאכה". הוא דוחה את הוכחות פרח מטא אהרן שהיא רק שומר שכן, ואף מביא מאותו מקור ראייה לדעת עצמו — עיין שם. הוא מבאר שלדעת פרח מטא אהרן, אחריות הכלה פחותה מבלוקת כלי לתת במתנה, מפני שכאן השידוך יכול להתבטל בין על ידי החתן ובין על ידי הכלה, ואילו בלוקת כלי לתת במתנה, המוכר אינו יכול לחזור בו.

ט. בעניין אחריות על סבלנות, ראה עוד במילואים להערה 177 בשם ש"ת הריב"ש החדשות.

להערה 405

א. כרם אפרים, מאמר כא, עוסק במקרה שעשו תקיעת כף ושולם קצת מהכסף, והוא כותב שאפשר לומר "קיים לי" שהוא שומר שכן, וגם יכול לומר "קיים לי" שאין לו דין שומר כלל. והוא כותב שזאת כוונת ש"ת הרשב"ש, סימן קעח, שכתב שאם הקונה שילם חלק מן המחיר, והנכס נשאר אצל המוכר, ואבד, המוכר אינו חייב להחזיר את הכסף שקיבל, והקונה אינו חייב לשלם עוד.

ב. ש"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן עא, עוסק בקונה בחליפין, וכותב שהמוכר שומר שכן או שואל על החפץ מכיוון שהוא רשאי להשתמש בו.

ג. דין מיוחד באחריות קונה בשמירה על הנכס לאחר שהועברה הבעלות, הוא ביהומים שמכרו מיטלטלין, ומשך הקונה ולא נתן כסף, שהדין הוא שהיהומים רשאים לחזור בהם (שלא כשאר אדם), והקונה אינו רשאי לחזור בו; כלומר, שהבעלות הועברה, עם סייג, שהמוכרים יכולים לחזור בהם. תוספות, גיטין נב ע"ב, ד"ה דאתו (הובא בש"ת אורח לחיים, א"ח, סימן ח, נתיב ז, בש"ת וירו משפטין ליעקב, סימן עט, בדברי משפט, רלב, כא, בש"ת ר"י מפוזנא, סימן פג, בש"ת שמחה לאיש, חו"מ, סימנים כ"ב, כג, ובשולחן של אברהם, חו"מ, קצט), תוספות הרא"ש שם, ורמ"א, חו"מ, קצט, ד, כותבים שהקונה שומר שכן על הנכס, מפני שהוא יכול לאכול ולעשות בו כרצונו — כלומר, מפני שהיהומים יחזרו בהם רק אם יתייקר הנכס, ואם כן הקונה יוכל לאכול לפני שיתייקר. פני יהושע, על התוספות שם, נוקט שהוא שומר שכן רק כל זמן שלא השתמש בנכס, אבל אם השתמש, הוא חייב באונס, כשואל.

ד. אך ר"ן על הרי"ף, גיטין כו ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שהקונה חייב באונס, מכיוון שהמכר גמור אלא שהיהומים יכולים לחזור בהם. קרני ראם, על מהרש"א, גיטין נב ע"ב, כותב בדעת התוספות, שהוא חייב באונס כל זמן שהמחיר אינו מתנה, מנימוקו של ה"רן, אך כשהנכס מתייקר, שברור שהיהומים יחזרו בהם, הוא חל להיות חייב באונס, אך הוא שומר שכן, וזאת גם לאחר שחזרו בהם, כיוון שבתחילה היה חייב באונס (כמו במקרים אחרים דומים, שנביא בסעיף 11, ליד ציון הערה 131). הוא מסביר את דעת ה"רן (וזאת דעת התוספות, ביחס לזמן שלפני שהתייקר הנכס), שאף על פי שרשות שימוש בכסף יוצרת רק אחריות שומר שכן (פסקה 5), כאן רשות השימוש בנכס יוצרת חיוב אונס, משום שיותר קל לקונה להשתמש בנכס, כמו שטעננו זה שומר כסף חייב באונס אם אינו ירא שמא יחזור בעל הכסף ויידרש להחזירו (ראה סעיף 1(ד)), ליד ציון הערה 38, על דמי אבדה). גם חמדת שלמה, גיטין נב ע"ב, כתב שלפי התוספות, הקונה חייב באונס לפני שהתייקר, מכיוון שיכול לעשות בו כל חפצו, כמו הלוקח כלי למכור, שגם בדרך חזרה הוא חייב באונס מפני שיכול למכור (ראה סעיף 1(ד)), ליד ציון הערה 62, ורק לאחר שהתייקר, הוא שומר שכן מפני שברור שהיהומים יחזרו בהם, ודומה לקונה כלי לבדוק, שבחזרה פטור מאונס (לדעה אחת, בסעיף 1(ד)), ליד ציון הערה 79). אך הוא מעיר שמהרמ"א משמע שהוא רק שומר שכן גם לפני שהתייקר.

ה. מקרה נוסף שאפשר שהקונה שומר שכן על הנכס, הוא כשהנכס נמצא בידו בטרם הועברה הבעלות עליו. ש"ת מהר"י וייל, סימן קסב (הובא בש"ת, חו"מ, סו, ס"ק ח, ובש"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סימן עז), כותב שקונה שטר, שרק נטלו מידי המוכר, ולא כתב לו המוכר את נוסח המכר הדרוש להעברת הבעלות, אין הקונה חייב באונס על השטר, אבל אפשר שהוא שומר שכן. ואמנם בשטר אין נפקות, שהרי שומר שטר פטור, כפי שראינו בסעיף 1(א), פרק ב (ואולי מסיבה זו סמ"ע, סו, ס"ק ד, פירש שמהר"י וייל מתכוון לאחריות על הכסף — ראה במילואים להערה 414), אך יש להסיק מדבריו לעניין נכס אחר במצב דומה.

מילואים לסעיף 1(ג)

ו. מקרה נוסף בקטיגוריה זו: מנחת הגרשוני, הלכה מז, כותב שמי שקנה בהמה לשחיטה, והיא שווה יותר ממאה וחמישים, והתנו שאם תימצא כשרה ישלם מאה וחמישים ואם תימצא טרפה ישלם מאה, והקונה משך אותה, הקונה שומר שטר, מפני שיש סיכוי טוב שירוויח את ההפרש בין שווייה לבין מאה וחמישים, שהלא בדרך כלל בהמה היא כשרה (הוא משווה זאת לדין, ליד ציון הערה 156. שאומן שקיבל טבעת לעשות אחרת כמתכונתה, הוא שומר שטר). רז"ג גולדברג התקשה, הלא אם עשה קניין, הבהמה היא שלו ואינו שומר עליה? יש להסביר, שמדובר בהתכוונו שיקנה אותה רק אחרי שחיטה, ומשך רק כדי להתחייב כשומר (כדעה שקניין נחוץ לחיוב שומר – ראה בסעיף 1(א), ליד ציון הערה 127).

להערה 408

א. התחשבות ברשות שימוש בנכס: תוספות הרא"ש הסביר שאין למוכר אפשרות לסחור בנכס ולהרוויח בו בינתיים, מפני שאין לו ביטחון שיוכל להשיג במקומו נכס זהה לספק לקונה; זאת בניגוד לדמי המכר, שהמוכר רשאי להשתמש בהם (ראה ליד ציון הערה 412). הבחנה דומה כתב תוספות שאנץ, בשיטה מקובצת, ב"מ שם.

ב. שולחנו של אברהם, חו"מ, סימן קצט (הובא בשו"ת שמחה לאיש, חו"מ, סימן כג), אומר שהמוכר אינו שומר שטר על הנכס, כיוון שאין לו רשות שימוש בו. גם בסימן רצא, הוא כותב שאינו שומר שטר, אלא שאם זהו מכר שאין קופצים עליו בכלל, המוכר שומר שטר מפני שכל ההנאה שלו; וכן, במקרה שראובן נתן לשמעון מטבעות כסף ובתמורה קיבל מעות קטנות והללו נשארו ברשות שמעון, שמעון שומר שטר על המעות הקטנות, משום שיש לו רשות להשתמש בהן (ראה ליד ציון הערה 167).

ג. התחשבות בהנאת החזקה כביטחון: נתיבות המשפט, רצא, ס"ק ג, כותב שאם המוכר מעכב את הנכס אצלו עדיין משום שהקונה טרם שילם את מחירו, או שזה נכס שקשה למכור מפני שאין עליו קופצים (ולדעת רח"א מילר זה כולל גם מצב בניינים – ראה במילואים להערה 301), המוכר שומר שטר מחמת הנאתו מהחזקת הנכס כביטחון לכספו. ובסימן קצח, חידושים, ס"ק כד, כתב שאם עדיין לא קיבל כסף, וזה מצב בניינים, שיש גם הנאת המוכר וגם הנאת הקונה (מפני שיש קופצים אך לא כל כך הרבה), הוא שומר שטר על הנכס בהנאה שמחזיק כביטחון על כספו; ובמכר שריב"ם קופצים עליו, אינו שומר שטר בהנאה זו, מפני שהנאת החזקה כביטחון אינה נחשבת הנאה כשאינו מרוויח מן העסקה (ראה במילואים להערה 257). דבריו הובאו באור שמח, הלכות שאילה, ח, ה, בשו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן נח, אות ד, ובשו"ת מנחת שי (שור), חלק ב, סימן סב. אך דברי גאונים, כלל פח, סימן א, כותב שכונת נתיבות המשפט היא שאינו שומר שטר על כל ערך הנכס, אבל הוא שומר שטר כנגד המחיר שנקבע, כמו שמלווה על משכון מפסיד את חובו אם נגנב המשכון או אבד (ליד ציון הערה 239).

ד. כמו כן, שו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן יז, אות טו, כותב שאם המוכר לא קיבל את הכסף, הוא שומר שטר מצד משכון – כלומר, הנאת החזקה כביטחון. גם ספר המקנה, קידושין כו ע"א (ד"ה בתוספות), כותב שמוכר שלא קיבל כסף הוא שומר שטר על הנכס בהנאה שמחזיק כביטחון לכספו.

ה. אך שואל ומשיב שם כתב שאין הנאת החזקה כביטחון עושה אותו שומר שטר, משום שהנאה זו מועילה רק במי שמרוויח, ואילו כאן זו רק מניעת הפסד, והמוכר היה מעדיף שהקונה יקח את הנכס מיד ויתן לו את כספו. דבר דומה ראה בשמו ליד ציון הערה 276.

ו. הבחנה: ערוך השולחן, חו"מ, רצא, כז, כותב, שאם קנה בקניין סודר, וטרם שילם כסף, המוכר שומר שטר על הנכס; ואם כבר קיבל כסף, או שאינו מקפיד על קבלת הכסף, והוא רוצה למסור את הנכס לפני קבלת הכסף, הוא פטור משימירה על הנכס. נראה שהוא מסתמך על נתיבות המשפט, ובמקרה הראשון הוא שומר שטר מפני הנאת החזקת הנכס כביטחון, וזו אינה קיימת במקרים השני והשלישי.

ז. חריגים: שו"ת פתחא זוטא, חו"מ, סימן ל, כותב שאם התנו ביניהם שעל המוכר מוטל להביא את הנכס לקונה, על חשבונו, הוא לפחות שומר שטר (גם לדעה שסתם מוכר אינו שומר), מפני שקיבל את דמי המכר גם עבור ההובלה (ראה ליד ציון הערה 70, שמוביל בשטר הוא שומר שטר).

ח. שו"ת קרית ארבע (מצפה אריה, מהדורא תניינא, חו"מ), סימן כ, כותב שלכל הדעות, במקום שהדין הוא שהמוכר יכול לחזור בו אם התייקר הנכס, הוא שומר שטר על הנכס, מפני שהוא מרוויח מהחזקת הנכס, ואינו גרוע מסוכן מכירה שהוא שומר שטר (פסקה 6).

ט. בסעיף 1(א), במילואים להערה 205, הבאנו ששו"ת יורו משפטיך ליעקב, סימן עט, כותב שהקונה בהמה לשחיטה, בזמנים כספך קונה, ונתן כסף, המוכר הוא שומר שטר על הבהמה עד שישחטנה, אף על פי שלדעתו (ראה שם) בדרך כלל המוכר פטור משימירה אחרי שהועברה הבעלות, מפני שכאן הקונה קנה רק את הבשר, ולא את הבהמה, ולכן המוכר אחראי עד השחיטה, והוא שומר שטר מפני שהוא נהנה מן המכירה.

להערה 411

א. חידושי הריטב"א החדישים, ב"מ מט ע"א (ד"ה כיוון), כותב שהמוכר שומר שטר על הכסף. אבל בדרך זו ע"ב (ד"ה ומה טעם) הביא את המחלוקת האם הוא שומר חנינם או שומר שטר, כתלוייה בשאלת רשות השימוש. ושם נימק את הדעה המתירה, בכך שהקונה יודע שמן הסתם לא ירצה המוכר לחזור בו ולקבל את קללת "מי שפרע", ולכן הקונה מניח שהמכר ייגמר, ולכן הוא מתיר למוכר להשתמש בכסף.

ב. יש חוסר אחידות גם בדברי הרא"ש: תוספות הרא"ש, ב"מ מז ע"ב, כתב במסקנתו שהמוכר שומר שטר מפני שהקונה מתיר לו להשתמש בכסף, מפני שגם אם יתבטל המכר, לא אכפת לו לקבל מטבעות אחרים בחזרה; והיינו גם בזמן התלמוד, שסתם שומר לא היה רשאי להשתמש בכסף מופקד. ואילו בדרך מח ע"א (ד"ה הא ספר) הוא כותב שהמוכר אינו רשאי להשתמש בכסף (בזמן

מילואים לסעיף 1(ג)

התלמוד; ובדף מט ע"א (שהבאנו בהערה) כתב בהסבר ראשון שאינו ראוי, ובהסבר שני כתב שהוא ראוי מפני שמן התורה כסף קנה, וגם כשביטלו חכמים את קניין כסף נשאר כוחו בכסף לעניין רשות השימוש. ובפסקיו שם, בסוף דבריו, הביא את דעת הר"ף (במילואים להערה 414).

ג. מעייני החכמה, ב"מ מג ע"א, אות קלג, כתב שהמוכר שומר שכר בגלל רשות השימוש, ואפילו יאמר שכר חזר בו מהמכר ואם כן אסור לו להשתמש בכסף, מכל מקום אם תודמן לו סחורה עם רווח, יוכל להשתמש בכסף על מנת שיעמוד בדבריו לקיים את המכר, ולחזור בו מחזרתו. אך באות קלה העלה אפשרות שאסור למוכר להשתמש בכסף, והוא רק שומר חנם.

ד. תומים, סו, ס"ק ה (הובא בשו"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סימן עז), כתב שאף התוספות והרא"ש מסכימים לדעת הר"ף, בסמוך, שברוך כלל המוכר נחשב לוהה על הכסף, ומה שכתבו שהוא רק שומר שכר (או שומר חנם) הוא במקרה שאין חיוב לקבל "מי שפרע", כגון שהשתנה השער, אך כשיש חיוב לקבל "מי שפרע", המכר נחשב קיים עד שיחזור בו או אחד הצדדים, ולכן מניחים שהכסף ניתן למוכר על דעת שיהיה שלו.

ה. פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ד, הלכה ב, אות א ואות כא, ובקונטרס הראיות, ב"מ, פרק ד, ראה ה, כתב שהמוכר אינו חייב באונס (אלא אם כן עירב את כסף המכר עם כספו, שזו תחילת שימוש בכסף), מכיוון שהלווקח יכול עדיין לחזור בו, ואם כן עדיין לא קנה המוכר את הכסף. מזה משמע שלדעתו המוכר הוא שומר שכר. הסברו משמש תשובה לכל האומרים שהוא רק שומר שכר, כנגד הסברה (ליד ציון הערה 414) שיש לחייבו באונס מחמת רשות השימוש.

ו. מדברי שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן עז, עולה שלפי תוספות, ב"מ מג שם, המוכר ראוי להשתמש בכסף גם אם אינו שולחני, מפני שמן התורה המכר נקנה בקניין כסף, וחכמים הפקיעו קניין זה אך לא הפקיעו את רשות המוכר להשתמש בכסף.

להערה 413

א. אך תומים, עד, ס"ק ח, ושו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן עז, כתבו שלפי התירוץ הראשון בתוספות, ב"מ מג ע"א, המוכר שומר שכר מפני שהוא ראוי להשתמש בכסף, ומה שכתבו שהוא שומר חנם הוא רק לרב הונא (ענין שם). גם ר"מ הירשלה, בהערותיו לתוספות הרא"ש, ב"מ מט ע"א, הערה קצט, מעלה אפשרות זו.

ב. המחלוקת האם הוא שומר חנם או שומר שכר, בעקבות שאלת רשות השימוש, מובאת על ידי: שו"ת מהרי"ק, שורש קנג; אמרי הצבי, ב"ק נו ע"א, סימן ח, ס"ק א; חידושי מהר"ם שיף, ב"מ מט ע"א; ומחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כ. על היתר המוכר להשתמש בכסף עיין קונטרסי שיעורים, ב"מ, סימן כא, אות ד.

ג. תוספות, ב"מ מג שם, כתבו שגם אם נאמר שאסור למוכר להשתמש בכסף, מכל מקום אם שילם הקונה הרבה זמן מראש לפני קבלת הנכס ("פוסק על השער"), ראוי המוכר להשתמש בכסף, מפני שברור שהקונה מתיר לו זאת, שאם לא כן לא היה המוכר מורויה כלום מהקדמת התשלום. נתיבות המשפט, ס, ס"ק יא, לומד מדבריהם שהמוכר דבר שלא בא לעולם חייב באונס על הכסף, שמאחר שידע הקונה שהנכס אינו ברשות המוכר, ומכל מקום הקדים לתת כסף, בוודאי התכוון שישתמש בכסף; ואם לא ידע הקונה שהנכס אינו ברשות המוכר, הרי לפי דעתו עשה קניין גמור על דעת שישתמש המוכר בכסף כמו בדמי מכר רגיל, וגם המוכר קיבל את הכסף על דעת זה, שהרי לא גילה לו שאינו ברשותו, לכן חייב באונס. מדבריו עולה שגם במקרה דלעיל ששילם מראש, המוכר חייב באונס על הכסף מפני שיש לו רשות שימוש.

להערה 414

א. זו גם דעת: רי"ף, ב"מ ל ע"א (בדפי הרי"ף), בשם רב האי גאון (אם המוכר חזר בו; והובא בשו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ, סימן נו, ובשו"ת רוח יעקב, סימן ט); רמב"ם, הלכות מכירה, ז, ג (אם המוכר חזר בו); אגודה, ב"מ, סימן סז, בשם רב האי; נימוקי יוסף, ב"מ כט ע"ב (בדפי הרי"ף); פסקי הרי"ד, ב"מ מט ע"א; תוספות, ב"מ מג ע"א (ד"ה מאי), בתירוץ שני (הובא בשו"ת הרי בשמים, חלק א, סימן קכו, בשו"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סימן עא, ובשו"ת שי למורא, סימן טו, דף יח ע"ב; אך תרומת הכרי, סימן רד, מביא כאילו בתירוץ שני כתבו שהוא שומר שכר לפני שחזר בו); הראב"ד (במסקנתו), המובא בשיטה מקובצת, ב"מ מז ע"ב, ובחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ מט ע"א; תוספות שאנץ, בשיטה מקובצת, ב"מ מז ע"ב, בתירוץ שני; פסקי תוספות, ב"מ, סימן קנב; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מט ע"א; חידושי הרמב"ן, ב"מ מט ע"א; חידושי הר"ן, ב"מ מט ע"א; מאירי, ב"מ דף מז ע"ב (ד"ה אף על פי) ודף מט ע"א (ד"ה זה); נתיבות המשפט, רלב, ס"ק ט; שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן עז.

ב. ביאור הגר"א, חו"מ, קצה, ס"ק כב, מסביר שרשות השימוש עושה אותו שואל שחייב באונס, ואף על פי שברוך כלל רשות השימוש יוצרת רק אחריות שומר שכר (ראה פסקה 5), כאן הוא שואל, כמו שהמחזיק בדמי אבדה נעשה שואל מחמת רשות השימוש מפני שיש לו יותר הנאה מרשות השימוש כיוון שאינו ירא מלהשתמש בכסף (ראה סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 38), ואף כאן אינו ירא מלהשתמש בכסף מפני שעל מנת כן ניתן לו, ואינו ירא שמה הקונה ידרשנו ממנו. שו"ת דבר משה (תאומים), מהדורא תניינא, סימן מא, מסביר, שאף על פי ששומר כסף בעל רשות שימוש הוא רק שומר שכר בגלל היתר השימוש, המוכר כאן דומה יותר ללוה, מפני שהוא מחזיק בכסף כדי להוציאו כמו את שלו.

ג. חזר בו הקונה: הרמב"ם שם כתב שאם הקונה חזר בו, ואמר לו המוכר: "בוא וקח את הכסף", הכסף נחשב פיקדון אצלו, והוא פטור בגנבה ואבדה; וגם השולחן ערוך כתב שאז הוא רק שומר חנם. ואילו הראב"ד בהשגתו שם מביא ש"הגאון" מחייב באחריות (משמע — באונס) גם כשהקונה חזר בו; והוא מסכים לזה בנימוק שהמוכר מעוניין שהכסף יישאר אצלו. גם טור, חו"מ, קצה, יח, כתב שחייב באונס. ספר מישרים, נתיב ט, חלק ד, כתב שגראה שהרי"ף מסכים לרמב"ם. מאירי, ב"מ מט ע"א (ד"ה זה), מביא את המחלוקת, ומנמק את דעת המחייבים, שאין בדעת המוכר להוציא את הכסף מידו עד שיקבל עליו הקונה "מי שפרע". חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ מט ע"א, מבאר את דעת הרמב"ם, שמאחר שהמוכר אמר "טול מעותיך", הראה שאינו רוצה במכר, ומעוניין שהכסף לא יהיה בידו, ואינו מקפיד להחזיק בכסף עד שיקבל הקונה "מי שפרע", ומכל מקום הוא שומר חנם ואינו פטור משמירה לגמרי, מפני שיתכן שיחזור בו הקונה מחרטתו (כך נראית כוונתו) עד שיקבל הקונה "מי שפרע". ביאור הגר"א, חו"מ, קצה, ס"ק כא, מבאר שהוא שומר חנם משום שלפני כן הוא היה ראוי להשתמש בכסף.

מילואים לסעיף 1(ג)

ד. ש"ך, חו"מ, קצח, ס"ק ד (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ב, סימן יא), כותב (בציטוט מסמ"ע מוגה), שאם חזר בו הקונה, והמוכר לא אמר לו ליטול את כספו, המוכר שומר שכן על הכסף. אבל נתיבות המשפט, קצח, חידושים, ס"ק כג, כתב שאם לא אמר לו ליטול את כספו, המוכר חייב אף באונס. על מקרה שחזר בו הקונה עיין שו"ת באר יצחק, אה"ע, סימן ז.

ה. לווה או שואל: בפנים אמרנו שהכסף נחשב הלוואה בידי המוכר. השלכה חשובה מכך היא שגם אם אמר לקונה "טול את כספך", אינו פטור בכך מאחריות, כשם ששום לווה אינו מופטר בכך מאחריות לפני שימסור את הכסף מלווה, בשונה משומר שמופטר בכך מאחריות (כפי שנראה בסעיף 11, פרק ד, 3) — כך מדגישים הר"ף והרמב"ם שם, והובא בספר מישורים שם (ראה עוד בנקודה זו בסעיף 11, ליד ציון הערה 159). נראה שכן הדין גם לפי תוספות, ב"מ מג, תוספות שאנן, פסקי תוספות וביאור הגר"א שם, אף על פי שהם נקטו שהוא שואל ולא נקטו שהוא לווה, שהרי שואל כסף הוא לווה (ראה סעיף 1(ד)), במילואים להערה 29, בשאלה האם יש הברל לעניין זה בין שואל ללווה).

ו. גן נעול, כפתור ב, פרח ב, אות א, כותב שכונת התוספות, ב"מ מג ע"א, היא שהוא לווה. אבל הוא כותב שהרמב"ם סובר שהוא שואל, ולא לווה, מפני שהסיבה שחכמים לא הפקיעו מהמוכר את רשות השימוש בכסף (כשתיקנו שכסף אינו קונה) היא כדי שיהיה חייב כשואל על הכסף, וזה לטובת המוכר והקונה — המוכר נהנה מרשות השימוש, והקונה נהנה בזה שהמוכר חייב באונס; ולכן לא קבעו שיחשב לווה, מפני שאין זה לטובת הקונה שהמוכר יחשב לווה, שהרי אם יש למוכר נושה אחר, תהיה לו זכות קדימה לפני הקונה הזה, מה שאינו כן אם הוא שואל, שאז לא יוכל נושה אחר לגבות ממנו כסף זה; ועוד, שאם המוכר נחשב לווה, לא יצטרך להחזיר לו אותם מטבעות.

ז. שו"ת רוח יעקב, סימן ט, כותב שמהרשב"א משמע שהקונה יכול לחזור בו ולדרוש את כספו בעין, ואילו מהתוספות משמע שהמוכר אינו חייב להחזיר אותו כסף עצמו.

ח. חריגים: בית יוסף, חו"מ, קצח, יח, מביא בשם תשובת הגאונים, שאם הקונה נתן את הכסף למוכר בתורת פקדון, שיהיה בגדר פיקדון בידו עד ימסור לו את הנכס, הוא שומר שכן עליו כמו אומן (פסקה 3). כמו כן, הגהות חוות יאיר על הר"ף שם כותב, שאם הקונה נתן למוכר משכון (ולא כסף), אין המוכר חייב עליו באונס.

ט. מקרה מיוחד הוא במכירת שטר, כשהשטר נמסר לקונה, ושילם למוכר, אך לא כתב לו המוכר את הנוסח הדרוש לקניית שטר (שו"ע, חו"מ, טו, א). ש"ך, חו"מ, טו, ס"ק ה, כותב שגם כאן נחשב הכסף הלוואה בידי המוכר, בעקבות הכלל שקבע ספר מישורים, נתיב ו, חלק ו (הובא בבית יוסף, חו"מ, ק"א, מחודש ח), שכל מקום שהמכר אינו תופס, הכסף נחשב מלווה ביד המוכר (דיונו של ספר מישורים הוא בשאלה האם יכול הקונה לטרוף מקרקעותיו המכורים של המוכר, אם אינו מחזיר לו את הכסף). אולם סמ"ע, טו, ס"ק ד, כתב שאינו חייב באונס על הכסף, והוא רק שומר שטר; והסכימו עמו תומים, טו, ס"ק ה, קצות החושן, טו, ס"ק ד, ונתיבות המשפט, טו, ס"ק ה. כל אחד מסביר בדרך משלו מדוע מקרה זה שונה ממיטלטלין לפני משיכה, ששם נפסק שחייב באונס (ומשם ראייה לש"ך). א. התומים הסביר, שבמכירת מיטלטלין, המוכר חייב באונס על הכסף, משום שבדרך כלל לא ירצה המוכר לחזור בו, שהרי אז יצטרך לקבל על עצמו "מי שפרע", ולכן הכסף הוא בגדר הלוואה, מפני שהמוכר נכנס לעניין על דעת לקבל את הכסף, והמוכר עדיין קיים; מה שאינו כן בשטר, שאם לא עשו כתיבה ומסירה יכולים לחזור בהם בלי לקבל "מי שפרע", ולכן הכסף אינו הלוואה, ומכל מקום המוכר הוא שומר שטר מפני רשות השימוש בכסף. ב. קצות החושן הסביר, שדווקא במיטלטלין, מאחר שמן התורה כסף קונה, יש למוכר זכות מיוחדת בכסף גם אחרי שתיקנו חז"ל שאינו קונה, ולכן הוא חייב באונס (כהסבר תוספות, ב"מ מג שם), ואין לומר כך בשטר, שאף מן התורה אינו נקנה בלי כתיבה ומסירה, ולכן אינו רשאי להשתמש בכסף, מפני שהקונה אינו מוכה את הכסף למוכר עד שיעשו את הקניין הדרוש בנכס (אך קשה, שאם אין לו רשות שימוש, מדוע הוא שומר שטר?). ג. נתיבות המשפט שם כותב כאילו גם במיטלטלין הוא רק שומר שטר מפני שאינו צריך לקבל "מי שפרע" (וזה קשה, שכן הוא מציין כמקור את סימן קצח, ששם נאמר ההיפך), ומנמק, שברור שלא התכוון להתיר לו להשתמש בכסף, שהרי נתן לו על דעת שימשיך ויגמר את הקניין, ורק אז יזכה בכסף, ולכן הוא שומר שטר (שו"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סימן עז וסימן עח, מקשה עליו, אם אסור לו להשתמש, מדוע הוא שומר שטר?). וכך גם בשטר, הוא רק שומר שטר על הכסף, מפני שיש להניח שהקונה לא התכוון להתיר לו להשתמש עד שיגמר את הקניין. לאור זה הוא כותב שאם מכר לו את השטר בסתם, ומסר לו, ולא אמר לו שאחר כך יכתוב לו את הנוסח הדרוש, יש להניח שהתכוון שיזכה המוכר בכסף מיד, משום שטעה וחשב שדי במסירה, או משום שהיה בטוח שהמוכר לא יחזור בו, ומאחר שהמוכר רשאי להשתמש בכסף, הוא חייב באונס. מדברי שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סימן עז, עולה שלדעת הסמ"ע המוכר הוא שומר שטר רק אם הוא שולחני וכדומה, אבל אם לאו, אינו רשאי להשתמש בכסף, ולכן אינו שומר שטר.

להערה 415

א. אלא שהרמב"ן שם כתב שפטור מאונס גם אם השתמש בכסף, ואילו הרשב"א והר"ן (והובאה דעתם בשו"ת אדמת קודש, חלק א, סימן טא, דף קכו ע"ד), אמרו שאם השתמש, הופך הכסף להלוואה וחייב באונס גם אחרי "מי שפרע", כפי שנימק ביאור הגר"א, חו"מ, קצח, ס"ק כב (אך הוא כתב שאין למחלוקת זו נפקות להלכה — עיין שם).

ב. ראשונים אלו לא כתבו האם הוא שומר שטר או שומר חנם (אם לא השתמש), וכתבו רק שאם אמר לקונה ליטול את כספו, פטור, כדן פיקדון, שלא כבמקרה שעדיין לא קיבל "מי שפרע", שאינו מופטר בהודעה זו לנושה — ראה במילואים להערה 414, אות ה (ופסקי הרי"ז, ב"מ, פרק ד, הלכה ב, אות כ, כתב שאם קיבל "מי שפרע" ואמר לקונה ליטול את הנכס, פטור גם אם לא שמר כראוי — משמע, אפילו פשע). אך מדברי אדמת קודש במילואים להערה 416, נראה שהבין שהמוכר רק שומר חנם כאן.

ג. דעות חולקות: טור, חו"מ, קצח, יח, מביא שהרמ"ה מחייב באונס גם אחרי שקיבל "מי שפרע", והוא מסכים עמו.

להערה 416

שו"ת אדמת קודש, חלק א, סימן טא (קכ"ע ע"א), מסביר שלאחר שקיבל "מי שפרע", אין לחייב אותו בגנבה ואבדה מצד רשות

מילואים לסעיף 1(ג)

השימוש (כפי שיש דעה המחייבת מטעם זה לווה שאמר למלווה "טול מעותיך"), אלא אסור למוכר להשתמש בכסף אחרי שקיבל "מי שפרע", מפני שאומרים את דעת הקונה שאינו מוכן שהמוכר ישתמש בכסף לאחר שיחזור בו, כדי שלא יהיה חוטא נשכר; ומאחר שאסור להשתמש, אינו שומר שכר.

להערה 417

א. סמ"ע, רלב, ס"ק נא, כותב שאם לא היה לקונה זמן להודיע למוכר על המום, אינו שומר שכר. אבל ב"ח, חו"מ, רלב, כ (הובא בש"ך, חו"מ, רלב, ס"ק יז), מחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן כה, וקריית מלך רב, על הרמב"ם, הלכות מכירה, טז, ד, כותבים שגם אז הוא שומר שכר (וכך גם דעת אבן האזל – ראה בסמ"ך).

ב. רז"ג גולדברג, תחומין יד (תשנ"ד), עמ' 203, כותב שלפי הסמ"ע, הוא שומר חינם, ולכן אם לא היה יכול להודיע, פטור מגנבה; ואם היה יכול להודיע ולא הודיע, אי ההודעה היא פשיעה (ראה סעיף 2(ד)), וחייב גם אם נגנב, מפני שאילו הודיע, היה המוכר שומר אותה מגנבה. כלומר, אף על פי שלסמ"ע אינו שומר שכר, מכל מקום חייב אם נגנב מפני שאי ההודעה היא פשיעה.

ג. בעניין זה עיין שו"ת באר יצחק, אה"ע"ז, סימן ז; נתיבי יושר, הלכות מקח וממכר, פרק כט, אות ד; נתיבי בינה (שרייב), סימן כב; חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 84-85.

ד. דעה שחייב באונס: יד רמה, ב"ב, פרק ה, סימן קכא, כותב שבמקח טעות הקונה חייב באונס (אלא אם כן הנוק קרה מחמת המום), מכיוון שאם ירצה, הוא יכול לקיים את המקח אף בלי הסכמת המוכר. גם בפרק ו, סימן סב, הוא כותב שכל זמן שלא הודיע למוכר על המום, הקונה חייב באונס, ולאחר שהודיע למוכר או לבית דין, הוא פטור מאונס, אבל הוא עדיין שומר שכר כדין אומן האומר "הבא מעות וטול את שלך" (ראה סעיף 11, במילואים להערה 143), כלומר, משום הנאת ההחזקה כביטחון. אפשר שהוא הולך לשיטתו (ראה סעיף 1(ד)), הערה 70), שהקונה כלי לברוק חייב באונס מטעם קונה מפני שהוא מעוניין שהנכס ייכנס לרשותו כדי שלא יוכל המוכר לחזור בו, ואף כאן חייב באונס מפני שהוא מעוניין שהנכס יישאר ברשותו כדי שיוכל להתחזק בו אם ירצה.

ה. דעה יוצאת דופן נוספת: אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות מכירה, טז, הלכה ג והלכה יא (הובא על ידי ר"ג נוסב"ים, מקבציאל י, אלול תשמ"ו, עמ' קלו), כותב שאין על הקונה אחריות של שומר, אלא דין חזרת מקח טעות הוא שרק אם המוכר מקבל את הנכס בחזרה, הוא חייב להחזיר את הכסף, ואם אינו מקבלו, גם אם זה מחמת גנבה ואבדה, אינו צריך להחזיר לקונה את כספו, מפני שיש להניח שעל דעת זה נכנסו לעסקה; אלא שאם נאנס, יקבל הקונה את כספו אף על פי שאינו מחזיר את הנכס, מפני שאין לאמור את דעת המוכר, כאילו שהתכוון שגם באונס יפסיד הקונה (זה דומה לדין מלווה על המשכון, לדעה השנייה – ראה ליד ציון הערה 239). נפקות אחת הוא מוצא (בהלכה ג), שגם אם הודיע למוכר על המום, לא הופטר בכך מאחריות לגנבה ואבדה, כיוון שסוף כל סוף עוד לא החזיר את הנכס. נפקות נוספת הוא מוצא (בהלכה יא), שבמקרה של גנבה ואבדה, הוא מפסיד את כל הכסף שנתן, ולא רק את שווי הנכס עכשו, כפי שהיה הדין אילו היה לו דין שומר. אך נתיבות המשפט, רלב, ס"ק יא, כתב שישלם כשווי הנכס בשעת הנוק, כדין שומר רגיל (ראה סעיף 5, ליד ציון הערה 7), משום שלדעתו חייב כאן כשומר.

להערה 419

א. נתיבות המשפט מכבד שהוא נהנה בזה שיכול לקדש בו אשה, או למכרו לאחר במחיר גבוה יותר, אם ימצא קונה. והוא מעיר שלפי נימוק זה, שלא כמו לפי הנימוק הקודם, הוא שומר שכר גם אם עדיין לא שילם למוכר.

ב. אך דברי משפט כותב בדעת הסמ"ע, שלדעתו אין לומר שישלם שומר שכר בשל כך, כיוון שכאן אינו מעוניין לקיים את המכר, בשל המום. והוא כותב, שלפי הסמ"ע, לפני שנודע לו שיש מום, הוא שומר שכר, משום שהוא יכול לקדש בו אשה כיוון שהוא חושב שהנכס שלו, אך לאחר שנודע לו על המום, אינו שומר שכר, מפני שאינו יכול לקדש בו אשה, שהרי בדעתו להחזירו (ובסימן רלב, יג, כתב בסתם שהוא חייב בשמירה גם לפני שנודע לו המום), אלא שאם נודע לו, והיה לו זמן להודיע למוכר, ולא הודיע לו, חזר להיות שומר שכר.

להערה 420

א. אם לא שילם הקונה: מחנה אפרים מוכיח מקידושין יג ע"א, שאם עדיין לא שילם הקונה, אינו אפילו שומר חינם (עיין שם להוכחתו); ומוכיח כך מהריטב"א בב"מ שם, שכתב שהקונה הוא שומר חינם מפני שהוא יכול לעכב את הנכס אצלו עד שיחזיר לו המוכר את כספו – כלומר, שיוצא מזה שאם לא שילם, שלא נהנה מעיכוב הנכס אצלו, אינו אפילו שומר חינם. גם אמרי בינה, דיני דינים, סימן כא (ד"ה ולמה), כותב בפשטות שאם לא שילם כסף, אינו חייב כשומר.

ב. לעומת זאת, ר"ג נוסב"ים, מקבציאל י (אלול תשמ"ו), עמ' קלג-קלד, מדייק מהרא"ש ומהרמב"ם שגם אם לא נתן כסף הוא שומר חינם; ובעמ' קלו דייק כך מהשולחן ערוך. והוא כותב שלפי מחנה אפרים, במתנה שהתבטלה מחמת טעות, המקבל פטור משמירה עד שייודע לו שהתבטלה, אך כשנודע לו, הוא חייב, מפני שאם הוא לא ישמור, אף אחד לא ישמור (כמו הסברה בסעיף 1(א)), ליד ציון הערה 80). אך משרת משה (עטייה), על הרמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, ד, א, אבן האזל, על הרמב"ם שם, ואולם המשפט, רמה, על סמ"ע, ס"ק טז, כותבים שאין מקום לטענה זו במתנה כיוון שלא שילם כלום (ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 3).

ג. משפט שלום, רלב, כב, מסופק האם אפשר לטעון "קים לי" כמו הריטב"א.

ד. נתיבות המשפט, רלב, ס"ק ז, מעלה אפשרות שהשולחן ערוך סובר שהקונה שומר חינם, ומכל מקום הוא מחייב בנידונו בגנבה ואבדה משום גרמי – עיין שם.

ה. מסתימת הפוסקים הללו, משמע שהוא שומר חינם לדעה זו גם אם השתמש בנכס לפני שנודע המום. אך ראה במילואים להערה 403, שרז"ג גולדברג סבור שדעה זו מסכימה שהוא שומר שכר לפני שנודע המום, מחמת שימוש.

ו. המחלוקת האם במקח טעות נחשב הקונה שומר חינם או שומר שכר, מובאת במקבציאל ה (שבת תשמ"ה), עמ' קנח.

להערה 421

א. נתיבות המשפט, רלב, ס"ק ט, ודברי משפט, רלב, כא, הסבירו שאין לומר שיהיה שומר שכר מחמת הנאת ההחזקה כביטחון, שהרי תוספות, ב"מ פא ע"א (ד"ה הא), כתבו שהנאה זו קיימת רק באומן בשעת מלאכתו, ורש"י שם כתב שהיא קיימת רק אם הוא מגלה את דעתו שהיא חשובה לו (ראה במילואים להערה 257, אות טו). ר"נ נוסבוים, מקבציאל י (אלול תשמ"ו), עמ' קלד, נימק על פי דברי תוספות, ב"מ פ ע"ב (ד"ה דקא), שאם כל השומרים מאותו סוג מחזיקים בנכס, אין הנאת ההחזקה כביטחון (ראה במילואים להערה 102).

ב. לעניין אחריות המוכר על הכסף כשהתברר שהמקח הוא טעות, עיין נתיב יושר, הלכות מקח וממכר, פרק כט, אותיות יא-יד. יש להוסיף לאמור שם את שו"ת הרי"ם, חו"מ, סימן ו, שכתב שהוא לווה מפני שיש לו רשות שימוש בכסף, כיוון שהקונה מעוניין שהמוכר יהיה אחראי על הכסף; ואת שו"ת עונג יום טוב, סימן קסה (ד"ה וא"ש), שכתב שהוא שומר שכר.

ג. על מקרה נוסף של אחריות המוכר על הנכס במקח טעות, דן שו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קסד: כשהמוכר לקח את הנכס לביתו כדי לבדוק האם יש בו מום. עיין שם, שבנידונו הקונה לא שילם את כל המחיר, ולכן הוא דן האם המוכר הוא שומר שכר מטעם הנאת ההחזקה כביטחון.

מילואים לסעיף 1(ד)

להערה 1

- א. במפרשים לשולחן ערוך שם מובאות דעות שונות באשר לזכותו של השואל להשתמש בנכס אם כבר החזיר אותו למשאל, או אם נשבר. לכל הדעות, ייתכן מצב שלעולם לא יוכל המשאל לדרוש מן השואל להחזיר לו את הנכס — אם לא יישר, ולא יחזירנו, ובתנאי שהשואל זקוק לו.
- ב. על שואל בטובו, ראה שושנת יעקב, שמא, ס"ק ד; אור עזרא, קובץ ב, עמ' נא-נב ועמ' קפא-קפג; חוק לישראל, שכירות ושאלה, סעיף 26, פרק רביעי.

להערה 2

- א. מאירי הלכה נימק, שרואים כאילו התנה עמו מראש שישלם רק עבור השברים. הוא מסביר (בדף ב ע"א), שאף על פי שהדר בחצר חברו שלא מדעתו צריך לשלם דמי שכירות אף על פי שלא נחסר חברו בדמי השכירות, משום נזק מועט של השחרת הקיר (ב"ק כ ע"א), זה משום שידע מראש שישחיר הקיר, ולא ידע מה יהיה היקף הנזק, ולכן שיעבר את עצמו מראש לשלם את כל השכירות, אבל כאן מתחילה היה בדעתו לשלם רק עבור השברים, ולכן כשקורה אונס ישלם רק על השברים. אך הוא כותב שאם פשע, לרמב"ם שפושע מדיק (ראה סעיף 10א), ליד ציון הערה 289), יצטרך לשלם על כל הכלי כמו אילו הוּקָ לו. הוא כותב עוד (בדף ג ע"א), שאם חזר המשאל ושאל את הכלי מהשואל, ונאנס, המשאל חייב לשלם לו עבור כל הכלי, מפני שהוא שואל רגיל (ראה בשמו בסעיף 7, במילואים להערה 402, מדוע אין אומרים או "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו").
- ב. אך נימוקי יוסף, ב"מ ס ע"א, בדפי הרי"ף (הובא באמרי בינה, דיני הלואה, סימן עג, ובקצות החושן, סימן שמא שם), מסופק בה, ומעלה אפשרות שהמשאל רשאי להשתמש בנכס בזמן שאין השואל זקוק לו, ולכן אם ניווק, השואל אמנם אינו משלם את כל שווי הנכס, אבל משלם לפי מה שהייתה למשאל זכות בו.
- ג. לעומת זאת, חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ קג ע"א (הובא בישרי לב, חזן, קונטרס אחרון, מערכת ש, סימן לו, דף קכא ע"א, בשם מערכי לב, דף קמו ע"א, שלא מצאנו, ועל ידי ש' אטינגר, שנתן המשפט העברי יג, תשמ"ז, עמ' 33, הערה 41), מביא ש"מורנו" פירש, שאף על פי שביקש ממנו להשאל לו לעולם, מכל מקום אם ניווק, אף באונס, חייב באחריות על כל ערך הנכס, מכיוון שקיבלו על עצמו בלשון שאילה ולא בלשון מתנה; אבל זאת דווקא אם עשו קניין על אחריות שואל, ואם לא עשו קניין, זוהי מתנה ואינו חייב באחריות. גם מדברי אור דרוע, ב"מ, סימן שלד, נראה שלדעתו חייב באונס (משמע — על כל ערך הנכס), שהרי הוא כותב שאם החזירו לו משאל הוא פטור מאונס, מפני שאז המשאל משתמש בו והוא ברשות המשאל וכלתה שאילתו של השואל, אף על פי שהשואל רשאי ליטלו שוב בלי לבקש רשות. מדבריו יוצא שגם בלי קניין חייב באונס, ויש לנמק, שהוא חייב באונס ככל שואל, והאור זרוע אינו מקבל את סברת הריטב"א שבלי קניין זה כמו מתנה.

להערה 3

ד"ג גולדברג סבור שאם נשאר הנכס בביתו אחרי שגמר להשתמש בו, שחדל אז להיות בעלים על כל הנכס, הוא אחראי (על חלקו של חברו) כשומר (היינו שומר שכר, לפי סעיף 101(ג), פרק ג, 10).

להערה 4

בהקשר של שואל שיש לו קניין בנכס, יש לציין את הסברו של ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק ט, לדעת רש"י שמלווה שבידו משכון קונה אותו לעניין שהוא חייב באונס (על שיטת רש"י, ראה סעיף 101(ג), במילואים להערה 259). הסבר אחד שהוא נותן הוא שהמלווה רשאי להשתמש במשכון, וחייב באונס בתור שואל (ראה להלן ליד ציון הערה 132, על שימוש במשכון). בהסבר אחר הוא אומר שאין למלווה רשאי להשתמש במשכון, והוא חייב באונס משום שהוא קונה אותו קניין גמור.

להערה 6

א. מן האמור בפנים עולה, שאין הבדל בין רשות מפורשת לבין רשות מכללא, והקובע הוא האם השמירה טפלה לשימוש, אלא שברשות מכללא מניחים מן הסתם שהשימוש טפל לשמירה, כפי שנראה ליד ציון הערה 27. ואכן, שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שלו, עוסק במקרה של רשות מפורשת כשהשימוש היה טפל לשמירה, ומפעיל לגביו את הכללים שנאמרו ברשות מכללא (ליד ציוני הערות 37-38) — שחייב באונס רק אם בלאו הכי היה שומר שכר, או רק אם אינו ירא להשתמש (אלא שהוא כותב שלפי ההסבר שתלוי האם הוא ירא להשתמש, ברשות שימוש מפורשת הוא בוודאי שואל מיד, מפני שאינו ירא להשתמש). גם בתשובה אחרת, חלק א, סימן אלף כט, השווה מקרה של רשות מפורשת, למקרה של דמי אבדה, ששם זה רשות מכללא (בשתי התשובות הוא דן במשכון — ראה הערה 132). הפרשנים אמרו שמה שהרשב"א (בשני המקומות) מחייב אם השתמש, הוא ברשות שניתנה לאחר

מילואים לסעיף 1(ד)

ההפקדה (ראה הערה 132), ומכל מקום יוצא שהוא לומד מרשות מכללית לרשות שניתנה בפירושו בשעת ההפקדה, לענין שאינו שואל עד שישתמש – והיינו כשהשימוש טפל לשמירה. על ההשוואה שעושה הרשב"א, ראה במילואים להערה 133 בשם התומים. ב. עיין גידולי שמואל, ב"מ פ ע"ב (ד"ה והנה באירע), שחייב באונס גם אם קרה לו אונס שמחמתו אינו יכול להשתמש, וגם אם המשאיל גרם זאת (כגון שכלא את השואל בחדר).

להערה 7

א. דיברות משה, ב"מ, חלק א, סימן לט, ענף ד, הסביר, שבוה שעשה קניין קיבל רשות שימוש, ועצם זה שהנכס מוכן לשימוש נחשב שימוש (ראה בשמו במילואים להערה 96). כמו כן, ר"מ מרגליות, "אונס בשואל ובשולחני", הפרדס, שנה טז, חוב' ב, עמ' 24, הסביר שחייב באונס עוד לפני שהשתמש, מפני שגם היכולת להשתמש נחשבת הנאה, והנאה זו כולה לשואל, שהרי אין בעל הנכס יכול לדרשו בחזרה תוך זמן השאילה. ב. רש"ח ברנשטיין, "שומרי מעות למיניהם", ניב המדרשיה תשל"ח-תשל"ט, עמ' 72, מסביר שבעל הנכס אינו יכול לדרשו בחזרה אפילו לפני שהשתמש השומר, ולכן חייב באונס אף לפני שהשתמש.

להערה 9

א. רח"א מילר מוכיח שזאת גם דעת הש"ך, שהרי ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק ל, כותב שאם הלווה נתן ללווה רשות שימוש במשכון בעת הלוואה, הוא שומר שכר ולא שואל, מפני שתמורת רשות השימוש הוא נותן הלוואה (ראה בשמו בהערה 132). אך אפשר לדחות הוכחה זו, שהלוואה היא תמורה יותר משמעותית מאשר שמירה. ב. שו"ת שאלות אביה, ברקה, כלל ח, שאלה ג, כותב שהמפקיד כסף ואמר לשומר: "אם תרצה שתשתמש בו", והשומר אמר: "יהי כן, ישר כחך", אינו חייב באונס אם לא השתמש בכסף, מפני שמן הסתם אדם אינו רוצה להיות שואל, ולכן אינו רוצה להשתמש. ובשאלה ד, הוסיף שהמפקיד כלי והתיר לשומר להשתמש בו, אם לא השתמש אינו אפילו שומר שכר, מפני שהנאת השימוש בכלי פחותה מהנאת השימוש בכסף שיכול להרוויח בו; ואין לומר שבכלי יש לו יותר הנאה, שאילו בכסף הוא מפחד שמה ייטבע ולא יהיה בידו, שהלא בשולחני שקיבל כסף לשמור נפסק שהוא רק שומר שכר (ראה ליד ציון הערה 28) אף על פי שמצוי כסף ביד שולחני ויכול להחזיר ואין לו סיבה לפחד מזה. אך יש להעיר, שהפרשנים בהערה 38 אומרים שהשולחני אכן מפחד מזה ולכן הוא רק שומר שכר. ג. אם השתמש: מחנה אפרים שם כותב שגם אם השתמש בנכס אינו שואל, מפני שבעל הנכס נהנה משמירתו על הנכס, שלשם כך הפקידו אצלו מראש, ואין כל הנאה שלו. זאת בניגוד לשואל רגיל, שמירתו על הנכס אינה נחשבת מתן תמורה למשאיל, מפני שהוא שומר לצורך עצמו כדי שיוכל להשתמש בנכס, ועוד, שהמשאיל היה מעדיף לשמרו בעצמו בביתו (ראה להלן ליד ציוני הערות 119 ו-120), מה שאין לומר כאן, שהרי בעל הנכס הראה שהוא מעוניין שהלה ישמור את הנכס. ד. גם תומים, עב, ס"ק יט, כתב שגם כשהשתמש אינו הופך להיות שואל, מפני שלפני שהשתמש נעשה שומר שכר בגלל רשות השימוש, ובוה הוא כאילו נתן למשאיל פרוטה כדי להשאיל לו (כלומר, חיובו בגנבה ואבדה לפני השימוש משמש גם כתשלום על השימוש), ואם כן גם כשמשתמש אין כל הנאה שלו; ודווקא שומר כסף מופקד מתחייב באונס אחרי השימוש (ראה ליד ציון הערה 29), מפני שהכסף הופך להלוואה, ולווה חייב באונס גם אם אין כל הנאה שלו (נקודה זו הובאה בערך ש"י, חו"מ, רסז, כה, וראה על כך במילואים להערה 29), אבל נכס אחר, שחזרו בעין, אינו יכול להחשב הלוואה, ולכן חייב באונס רק אם כל הנאה שלו (הסבר זה הובא באבני החושן, רצב, ס"ק ט, הראשון). אך לגבי נקודה זו הוא מסופק, והוא מסיים רק שמספק אי אפשר לחייבו באונס. שו"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א, בהערות בני ישראל, אות ט, דוחה את ההסבר שכשהשתמש בכסף מופקד חייב באונס מטעם הלוואה, שהלא בקידושין מו ע"ב נאמר שחיוב לוה באונס נלמד בקל וחומר משואל, ואין התומים אומר שכאן שואל פטור ואף על פי כן לוה חייב? האמת היא שבקידושין שם מדובר בחיוב לוה באונס לפני שהשתמש בכסף. עדות ביוסף (נתנון), חלק א, דף נג ע"ג, דוחה את סברת התומים שחיובו בגנבה ואבדה היא תמורה למשאיל: (א) מה אכפת לשואל שגם המשאיל נהנה משימוש, בוה שחלה עליו אחריות מוגברת, הרי השומר נהנה את כל הנאה שהוא יכול ליהנות מהנכס? (ב) לפי סברת התומים, יש לפטור כל שואל (באונס) כיוון שהמשאיל נהנה מחיובו באחריות (בגנבה ואבדה)? לכן הוא אומר, שאין זה נחשב הנאה למשאיל, מפני שאילו לא השאילו היה שומרו בביתו (ראה ליד ציון הערה 120). האמת היא שהתומים דיבר רק על מקרה שהיה כבר שומר שכר לפני השימוש, בגלל השימוש, וזוהי התמורה שמקבל בעל הנכס, ואין לומר כך כשהשאילה מתחילה עם תחילת השמירה; ועוד, שכאן בעל הנכס הפקיד במטרה שישמור אלא שהתיר את השימוש, ובוה הראה שלא היה יכול לשמור בעצמו, ואם כן השמירה חשובה לו כתמורה. ה. גם מעייני החכמה, ב"מ צו ע"א, אות כו, כתב לגבי סוג מסוים של שימוש, שאם הופקד אצלו הנכס לשם שמירה, הוא אינו שואל גם אם הוא משתמש בו שימוש זה, מפני שאין כל הנאה שלו, כיוון שהוא שומר על הנכס עבור בעל הנכס. הוא בא ליישב בוה מדוע אין אומרים שכל שומר יחשב שואל, מפני שהוא נהנה הנאת האמון (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 39), וזה סוג של שימוש בנכס, כמו ששואל נכס להראות בו חייב באונס (לפי הרמב"ם, בהערה 93), אף על פי שאינו שימוש ממשי בנכס אלא הנאה ממנו. יישובו הוא, שאין כל הנאה שלו, מפני שבעל הנכס הפקידו אצלו במטרה שישמור, והראה בכך שהשמירה חשובה בעיניו. וראה בסעיף 1(ג), ליד ציון הערה 111, בשאלה מדוע אינו נעשה שומר שכר מחמת הנאה זו. ו. גם שו"ת חלקת יעקב, חלק ד, סימן כב, כותב שאם מישהו הפקיד ספר תורה ליישיבה מפני שלא היה לו מקום ראוי לשמרו בקדישותו, ונתן ליישיבה רשות לקרוא בו, אינו נחשב שואל, מפני שלבעל ספר התורה יש הנאה ודאית, שעכשו יש לו מקום ראוי להניח אותו, ואם כן אין כל הנאה של השואל בשימוש בספר – משמע שפטור מאונס גם אם השתמש. על שואל ספר תורה ראה גם ליד ציוני הערות 107, 134 ו-152.

ז. בית יוסף, חו"מ, שה, ז, כתב ברעת רש"י, ב"מ פא ע"ב (ד"ה שאלה), ששניים שעברו נהר, והגבוה לבש בגד של חברו כדי שלא ירטב הבגד, אינו נחשב שואל בוה שלבש אותו, מפני שעשה הנאת שניהם. מצד שני, מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כח, כותב שרש"י סובר שרועה בהמה שהניח את מקלו או את תרמילו עליה בשעת הרעייה – נחשב שואל מפני שהתכוון רק להנאתו. והוא מסביר שזה שונה מהמקרה של שניים שעברו בנהר, ששם לא התכוון להנאת עצמו. אפשר להצביע על הברל נוסף בין המקרים: במקרה הראשון, בעל הנכס נכח בשעת השימוש, ובשתיקתו הראה שהוא נהנה ממעשהו של המשמש, ואילו במקרה השני לא נכח במקום.

מילואים לסעיף 1(ד)

ח. דעה החולקת על האמור בפנים: שו"ת עדות ביהוסף, חלק א, סימן ל, כתב שלפי ההסבר (ליד ציון הערה 38) ששומר דמי אבדה חייב באונס גם לפני השימוש מפני שהמוצא מרגיש חפשי להשתמש בכסף, הרי גם בנותן כסף בפיקדון ונתן לשומר רשות מפורשת להשתמש בו (מקרה כמו זה שבפנים), הוא חייב באונס מפני שהוא מרגיש חפשי להשתמש בו, מפני שכאשר יבוא בעל הכסף לדרוש את כספו, ישיב לו השומר: "הלא הרשית לי לקנות בו סחורה, וכך עשיתי", ולכן חייב באונס כבדמי אבדה עוד לפני שהשתמש; והוא כותב שאפשר לומר "קים ליי" כדעה זו. לא ברור האם יסבור כך גם בשאר נכסים, מלבד כסף.

ט. לעומתו, דברי גאונים, כלל צו, סימן טז, כתב שהלכה כהסבר של עליית דרגה (ליד ציון הערה 37), ולפיו, שומר כסף שקיבל רשות מפורשת להשתמש בו, אם היה שומר חנים הוא נעשה רק שומר שכן על ידי רשות השימוש, ואם היה שומר שכן, נעשה שואל על ידי רשות השימוש. ואכן, אבי עזרי (שציון בהערה) שפטר באונס כאן — כתב את דבריו לפי ההסבר של עליית דרגה (ראה בשמו במילואים להערה 37), ולפיו אין להשוות את נידוננו לדמי אבדה.

י. תורה שלמה, שמות, כב, אות רפא, כותב שרש"י ורמב"ן, המובאים בשיטה מקובצת, ב"מ מא ע"ב, חלוקים לגבי בעל הנכס שנתן רשות לשומר להשתמש, שלרמב"ן אינו נעשה שואל מפני שאין כל ההנאה שלו, שכן בעל הנכס מעוניין שיהיה בידו, ולרש"י נעשה שואל.

יא. שו"ת חוק ומשפט, סימן קא, כותב שראובן ששלח לשמעון כסף וחפצים, וכתב: "אם תרצה תוכל להשתמש בכסף", נעשה שואל בגלל רשות השימוש, וזאת אף על פי שעיקר העסקה היא השמירה (הוא מסתמך על דין מלווה שקיבל רשות שימוש במשכון). וראה על דבריו במילואים להערה 125.

יב. שאלה עולה לגבי המקרה שבפנים: האם בעל הנכס יוכל לדרשו בחזרה לפני המועד שנקבע לסיום השמירה? מצד אחד, אפשר לומר שהמועד לא נקבע לטובת השומר, לעניין זכות השימוש, אלא רק לטובת בעל הנכס, שהשומר לא יוכל לחזור בו עד אז. מצד שני, אפשר שהמועד נקבע גם לעניין רשות השימוש, אף על פי שזו ניתנה רק בדרך אגב. ראה רמז לשאלה זו במילואים להערה 28. וראה בסעיף 1(א), במילואים להערה 383, לשאלה דומה לעניין שמירת כסף ברשות שימוש מכללא.

להערה 11

א. גור אריה יהודה שם נימק, שהשומר יוכל לטעון שאין ברעתו ליטול הנאה זו (ראה בשמו בסעיף 1(ג)), במילואים להערה 46, שהוא אומר כך לעניין שכר של שומר שכר; אך שם ראינו שהוא אומר כך רק אם השכר לא הובטח בפירושו. הוא מבדיל בין מקרה זה לבין דמי אבדה (ליד ציון הערה 35), ששם נעשה שואל מחמת רשות השימוש, משום שכבר ברגע שהוא מקבל את הכסף יש לו הנאה זו, וכבר נעשה שואל, ואינו יכול לחזור בו אחר כך (ראה בשמו בהכנה דומה לעניין שומר שכר, בסעיף 1(ג) שם).

ב. גם התומים (הובא בשו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן ו, אות ז) נימק, שפטור מאונס מפני שאפשר שהשומר לא קיבל על עצמו חיוב אונס, כיוון שהוא לא ביקש את רשות השימוש, אלא בעל הנכס יום זאת.

ג. מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כח, מסביר ששואל רגיל חייב באונס מפני שעל דעת זה נכנס לעסקה, שכן הנכס נמצא אצלו רק למטרה זו, להנאתו (ומבאר שזאת כוונת תוספות, ב"מ שם), אבל מי שקיבל פיקדון לשמור (גם אם קיבל רשות שימוש במפורש) אינו נחשב שואל, מפני ששואל הוא מי שהנכס עומד אצלו לכל הנאותיו; ובדמי אבדה הטעם שהוא חייב באונס אינו מפני היתר השימוש (שהרי לא נכנס לעסקה על דעת זה) אלא משום שקנאו ונעשה לוהו עליו, מפני שבית הדין תמיר לו להשתמש בכסף ואין בעל הכסף יכול לדרוש מטבעות אלו עצמם.

להערה 14

א. אך יש להעיר, שבסעיף 1(ג), ליד ציון הערה 16, ראינו ששומר נחשב שומר שכר גם אם השכר בספק, משום שהוא נהנה מן האפשרות לקבל שכר. צריך לומר, שכאן ההנאה מן האפשרות להרוויח — מקוזזת על ידי החובה הוודאית להאכיל.

ב. לעומת זאת, משו"ת השמיים החדשים, חו"מ, סימן רכב, נראה שהבין שטעם התשובה הוא, שאכילת תוצרת הבהמה אינה נחשבת שכר, שהרי הוא הביא ראייה לדבריו משו"ע, או"ח, תקמב, א, ששם נאמר שאף שאסור לעשות מלאכה בחול המועד תמורת שכר, מותר אם העובד רק אוכל אצל המעסיק בשכר מלאכתו. אך הבנה זו קשה, שהרי כאן הוא אינו רק שותף את חלב הבהמה, לדוגמה, אלא אף עובד בה; ועוד, מה בין זה לשואל רגיל, שחייב באונס מפני שנהנה מאפשרותו לעבוד בבהמה ולאכול את תוצרתה.

להערה 18

א. אך דברי משה כתב שמדובר דווקא בהשואל קיבל רשות להשתמש בנכס מיד, ומאחר שהוא בידו אינו נחשב מחוסר מעשה, אבל אם התנה עמו בעל הנכס שיוכל להשתמש בו רק לאחר זמן מסוים, יהיה לו דין שואל רק אז (עיין שם, שהוא מוכיח שמעשה הקניין שהוא עושה עכשו מועילה לאחר כך), ואין אומרים שיהיה שואל כבר עכשו משום שאחרי זמן תהיה לו רשות שימוש. הוא מסופק מה דינו בינתיים: האם הוא שומר שכר, כדין שואל שעבר זמנו (ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 131), או שמא דווקא אם עבר זמנו הוא שומר שכר מפני שכבר נהנה, אבל כאן עדיין לא נהנה כלל, וההנאה שבעתיד היא בספק, והוא רק שומר חנים. בענף ט, הוא מעלה אפשרות שיהיה שומר שכר בינתיים משום הנאתו מזה שהמשאיל אינו יכול לחזור בו בינתיים; הסביר רח"א מילר, שאינו יכול לחזור, מפני שהשומר עשה קניין.

ב. הפלאת עובדות, חלק א, סימן מא, ס"ק ח, מעלה אפשרות שאם היה שומר חנים בתחילה, אינו הופך לשואל על ידי מתן רשות השימוש (אולי גם אם השתמש), מפני שאין כל ההנאה שלו, אלא בעל הנכס הנהנה שממר עבורו בחינם (עד תחלת השימוש). הוא הולך בזה לשיטתו — ראה בשמו במילואים להערה 37.

ג. דברי משפט, עב, ס"ק ג, כותב, שאם היה שומר שכר בתחילה, ואחר כך השאיל לו בעל הנכס את הנכס, הוא שואל, מפני שאין

מילואים לסעיף 1(ד)

בעל הנכס נחשב נהנה מזה שהוא שומר בעבורו, שהרי על שמירתו שילם לו שכן (ראה דבר דומה ליד ציון הערה 163). אפשר להבין מזה שאם היה שומר חינוך בתחילה, אינו נעשה שואל אחר כך, מפני שבעל הנכס נהנה משמירתו בחינם (כדברי הפלאות שבועות). אולם אין לשונו ברורה, ואפשר שהוא מתכוון למקרה של שני נכסים – ראה בשמו במילואים להערה 125.

להערה 20

א. הוא כותב שלדעה ששומר מתחייב בלי מעשה קניין, ודי בכך שבעל הנכס מסתלק משמירת הנכס על פיו (סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 135), הוא יתפוך כאן לשואל גם בלי שחצרו תקנה לו את הנכס. צריך לומר, שאף על פי שבעל הנכס כבר מסולק מהשמירה, מכל מקום העובדה שהוא נותן רשות שימוש מהווה הסתלקות נוספת משמירה – אולי משום שהוא מסתכן בכך שיינוק הנכס מחמת מלאכה, והשואל יופטר על כך (לפי סעיף 4, פרק ב). רח"א מילר הסביר, שעצם זה שהוא אומר לשומר: "האחריות לאונס, שהייתה מוטלת עלי עד עכשו, תהיה מוטלת עליך", נחשבת הסתלקות שמחייבת (ראה דברים דומים בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 51). עוד אפשר להסביר, שהסתלקות נחוצה רק כדי ליצור חיוב מדין ערב (ראה סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 36), ואילו כאן הנאת השימוש היא כקניין כסף, שמחייב בלאו הכי (ראה סברה דומה בסעיף 1(2)), במילואים להערה 35).

ב. שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן ו, אות ו, מוכיח מרש"י, ב"מ צח ע"ב (ד"ה מי), ששוכר שרוצה להפוך לשואל – מתחייב באונס רק אם עשה קניין מחדש לעניין החיוב הנוסף. נראה שהוא יסכים לש"ך שדי בקניין חצרו לעניין זה. ראה בשמו בסעיף 1(ג1), במילואים להערה 224, על מקרה דומה. אך הוא כותב שם, אות ז, שבדמי אבדה השומר הופך לשואל (ראה ליד ציון הערה 35) אף על פי שלא עשה קניין מחדש, משום שהתורה חייבה אותו בשמירה נגד רצונו, בלי שיקבל על עצמו.

להערה 21

א. אך נתיבות המשפט, עב, ס"ק יח, מעלה ספק, האם יש לפרש את שתיקתו כהסכמה להתחייב כשואל, או לאו. ראה בשמו במילואים להערה 132.

ב. מה דין מקרה סתמי, של אדם שלא היה שומר, ומישהו נתן לו נכס לשימוש (שמסביבה כלשהי היה בעל הנכס מעוניין שישתמש, כמו בדוגמה שנביא), והלה שתק? כתב שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רמא, שכלה ששמו על צווארה תכשיטים, חייבת כשואלת, אף על פי שלא ביקשה, מפני שמכל מקום לא מחתה. אך לא ברור האם השואל הזה חייב עוד לפני שהשתמש (כמו שואל רגיל ששאל מזומתו), שכן המבי"ט כתב אחר כך שחייבת מפני שהשתמשה כשבאה לבית החתן. שו"ת קול בן לוי, סימן ד (מו ע"ד) = שו"ת משאת משה (ישראל), חלק א, אהע"ז, סימן ג (קו ע"א), מסביר בתחילה שהמבי"ט מזכיר את השימוש רק לרווחא דמילתא, אבל באמת היא חייבת גם בלי שימוש; אבל אחר כך (מו ע"א) כתב שפטורה אם לא השתמשה, מפני שלא קיבלה עליה שמירה לפני כן.

להערה 24

א. מחנה אפרים מדייק משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שלו, ששאלה זו תלויה בשני ההסברים לכך שבדמי אבדה חייב באונס (ליד ציוני הערות 37 ו-38): לפי ההסבר של עלייה בדרגה, יוצא שכאן אם לפני כן היה שומר חינוך, עכשו יהיה רק שומר שוכר, ורק אם השתמש, הוא שואל, ואילו לפי ההסבר ששומר דמי אבדה אינו ירא להשתמש בהם, גם כאן הוא שואל, מפני שאינו ירא להשתמש, כיוון שקיבל רשות מפורשת (יש להעיר שהרשב"א לא הזכיר במפורש שבנידונו רשות השימוש ניתנה זמן מה אחרי ההפקדה, אולם הפרשנים שנביא בהערה 132 מעמידים אותו בכך). אך מחנה אפרים דוחה את מה שהרשב"א הוכיח שחייב באונס כשהשתמש, מזה ששומר סוף המשתמש בו חייב באונס – שהדין כך דווקא בכסף, שאחרי השימוש אינו בעין, מה שאינו כן בשאר נכסים. והוא כותב שהרשב"א יסכים שהשומר בהמה והניח עליה את מקלו או את תרמילו בשעה שהוא רועה אותה, פטור מאונס, מפני שיש לבעל הנכס הנאה, שהוא עושה או את מלאכת בעל הנכס (גם שו"ת יריעות שלמה, אולמן, סימן א, בהערות בני ישראל, אות ט, פוטר אז מאונס מטעם זה; ראה על מקרה זה בסעיף 3(2)), במילואים להערה 10, בשם דברי משפט), מה שאינו כן בסתם שומר שהשתמש בנכס, שאין לבעל הנכס הנאה בשימוש, והיה מעדיף שלא ישתמש ולא ייונו ממקומו, ולכן כל ההנאה היא לשומר, והוא שואל לפי הרשב"א.

ב. גם שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן פח, כותב שאין שומר נקרא שואל אם מראש לא בא לידו הנכס בתורת שאילה. אך בנידונו לא השתמש השומר בנכס, אלא זה היה שומר שכן שיעיב את הנכס אצלו כביטחון לחביעה מסוימת שהייתה לו על בעל הנכס. ראה סעיף 1(א), פרק ג, על מעכב פיקדון.

ג. גם פרי האדמה, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ד, ג (קיג ע"ד), כותב שמי שקיבל נכס בתורת שמירה ורק אחר כך זו הפכה לשאילה, אינו מתחייב כשואל. נידונו הוא – אשה שהייתה צריכה לטבול במקוה, ובקשה מן האשה המפקחת על הטבילה לשים על עצמה את החגורה שלה. כפי שנביא בשמו בסעיף 11, במילואים להערה 179, שמירתה נגמרת בשעה שבעלת החגורה גומרת לטבול, משום שהיא הייתה זקוקה לשמירתה רק למשך זמן הטבילה; והוא מוסיף על פי האמור כאן, שאין אומרים שהיא הופכת אז להיות שואלת מצד מה החגורה מונחת עליה.

להערה 27

אך המאור הגדול, ב"מ טז ע"א (בדפי הרי"ף), וספר העיטור, פיקדון, ליד אות קסא, מביאים שיש שפסקו שבפיקדון של כסף חייב באונס אף לפני השימוש, כדי שלא יקשה מה בין זה לדמי אבדה – ראה ליד ציוני הערות 37-38.

להערה 28

א. נימוקים: לבוש ישע, ב"מ מג ע"א, הסביר שאינו חייב כשואל, מפני שקיבל את הכסף כדי שיהיה שמור אצלו גם לתועלת בעל הכסף.

מילואים לסעיף 1(ד)

- ב. ברכת שמואל, ב"מ, סימן לה, הסביר, שבשואל רגיל, על ידי הקניין הראשוני, נחשב כאילו השתמש, ולכן כל ההנאה שלו, ואילו כשיש רק רשות שימוש, אינו נחשב כאילו השתמש, שישב שכל ההנאה שלו.
- ג. ר"מ מרגליות, "אונס בשואל ובשולחני", הפרדס, שנה טז, חוב' ב, עמ' 24, מסביר, שאחר שבתחילה קיבל את הכסף בתורת פיקדון, אין משמעות להנאה שיכול להשתמש בו, שהרי בעל הכסף יכול לדרוש ממנו את הכסף בחזרה כשירצה (בשונה משואל; אך ראה בסעיף 1(א)), במילואים להערה 383, שיש מחלוקת האם יכול לדרשו בתוך הזמן, ונמצא שגם לבעל הכסף יש הנאת יכולת שימוש, ומאחר שההנאה משותפת, אינו בגדר שואל, שכל ההנאה שלו (אולי נימוק זה טוב גם למקרה ליד ציון הערה 9, של הפקדה שהפכה להשאלה, אם נניח ששם יש לבעל הנכס זכות ליטול מן השומר כשירצה, כיוון שהתיר לו להשתמש רק אגב בקשת השמירה); ורק אחרי שהשתמש, הוא שואל, מפני שהנאת השימוש בפועל היא כולה לשואל, ואילו בעל הכסף לא השתמש בו בפועל, ויש לו רק יכולת שימוש, על ידי דרישתו בחזרה. אך בהמשך מאמרו, שם, חוב' ד, עמ' 34, דחה הסבר זה, בכך שלפיו היה צריך להיות פטור מאונס גם אם השתמש, מפני שגם אחרי שהשתמש זכאי בעל הכסף לדרשו ממנו (כנראה, הוא סבור שאף על פי שלזה יש שימוש בפועל ולזה יש רק יכולת שימוש, עדיין נחשב שההנאה משותפת); ואין לומר שאז חייב באונס מפני שימוש בכסף עושה כאילו הוא שלו, שהרי שואל שכלה זמן שאילתו אינו שואל (סעיף 11, ליד ציון הערה 131), אף על פי שכבר השתמש (אך בפשטות יש להסביר שכאן השימוש מחייב באונס מפני שמדובר בכסף, והשימוש הופכו להלוואה, כדברי התומים במילואים להערה 9; וראה במילואים להערה 29 בשאלה האם דין זה חל גם בשומר ספר). לכן הוא מסביר באופן אחר (בעמ' 35): מאחר שהוא שומר לטובת בעל הנכס, אין כל ההנאה שלו, ודווקא בשואל אומרים שהוא שומר לטובת עצמו כדי שיוכל להשתמש (ראה בשמו במילואים להערה 120), אבל כאן אין לומר כך, מפני שיתכן שאינו צריך את הכסף לשימוש, ואין לנו סיבה להניח שהוא שומר לטובת עצמו כדי שיוכל להשתמש, ודווקא לאחר שהשתמש בפועל, הראה שהוא מעוניין בשימוש, ואז שמירתו היא לטובת עצמו, וכל ההנאה שלו.
- ד. הסברים נוספים לדין זה מצויים בתוך ההבחנות בין דין זה לדימי אבדה — ליד ציוני הערות 37 ו-38 ובמילואים שם.

להערה 29

- א. שו"ת שער אפרים, סימן קכט, נימק, שאף על פי שיש לו רשות שימוש, מכל מקום בעל הכסף בוודאי לא התכוון שאם יאבד הכסף מחמת השימוש, יפסיד הוא (בעל הכסף), אלא שניהם התכוונו שאם יהיה איוה הפסד, אפילו באונס, תהיה האחריות של המשתמש.
- ב. ר' דוד בר סעדיה, בשיטה מקובצת, ב"מ קד ע"ב, מביא דין זה, אך הוא מסייג אותו בכך שאם הוסכם שחלק מהרווחים ילך לבעל הכסף, והו' עסקא, והשומר חייב באונס רק על חלקו — ראה סעיף 1(ג), פרק ג, 4.
- ג. דעה חולקת: פני מבין (נאבאר), חלק א, דף קמו ע"ב, מעיר שמתשב"ץ, חלק ב, סימן רעב (מא ע"ב), משמע שלדעתו גם אם השתמש, חייב בגנבה ואבדה ופטור מאונס.
- ד. בשומר ספר: ט"ו, חו"מ, רצב, כ (דף רכה ע"ב), מנחת פיתים, חו"מ, רצב, כ, ועטרת זקנים, או"ח, יד, ד (הובא בספר אם הדרך, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ד), כותבים גם לגבי תלמיד חכם, שהוא רשאי מן הסתם להשתמש בספר מופקד (ראה סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 176) — שאם השתמש, חייב באונס. אבל מגיד משנה, הלכות שאילה, א, ה, כותב שמה ששומר כסף נעשה שואל לאחר השימוש הוא משום שהוא עצמו קיבל את הנכס, ועוד, שאינו עתיד להחזיר את הכסף הזה עצמו לבעליו (שלא כביורשי שואל — עיין שם ובמילואים להערה 44); ומן הנימוק השני משתמע שלגבי ספר, לא יהיה שואל, מכיוון שהוא עתיד להחזירו בעינו. וראה במילואים להערה 9, שהתומים כותב ששומר כסף חייב באונס אחרי השימוש מפני שהכסף הופך להלוואה, ומכאן שלדעתו שומר ספר אינו חייב באונס אחרי השימוש. לעומת זאת, מהרשב"א שהבאנו במילואים להערה 24, משווה שאר נכסים לכסף, יוצא שכאן חייב באונס על הספר אחרי שהשתמש. על דינו לפני שהשתמש ראה במילואים להערה 38, אות ה. וראה גם ליד ציוני הערות 108 ו-134, שיש אומרים שכל שואל ספר קודש פטור מאונס.
- ה. לווה או שואל: ש"ך, חו"מ, רצב, ס"ק ט, כותב ששומר כסף שהשתמש בו אחראי כלוה ולא רק כשואל (והובא בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן לה), ולכן אם המטבע נפסל (השלטון פסל אותו מלהיות הלך חוקי) עליו לשלם במטבע כשר לפי ערך ההלוואה בעת נתינתה, ולא די להחזיר אותו סוג מטבעות שהופקד אצלו, כמו שהיה יכול לעשות אילו היה דינו כשואל. כך כתב גם שו"ת מעיין גנים (עבאדי), יו"ד, סימן ח (עמ' 136). נתיבות המשפט, רצב, ס"ק יא, כותב שהכוונה למקרה שהמטבע נפסל לגמרי, אבל אם הוא עדיין בעל ערך במקום אחר, יוכל המשתמש להחזיר את המטבע הזה אף על פי שדינו כלוה. שער משפט, עד, ס"ק ד (הובא בשו"ת זקן אהרן, וולקין, חלק א, סימן קיב), חולק על הש"ך, בנימוק שאפילו לווה פטור אם נפסלה המטבע אם לא התנה לשלם לו במעות, והרי כאן לא התנה כך. כמו כן, שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ד (ד"ה אך מ"ש), וסימן נ, העיר שתוספות, ב"ק צו ע"א (ד"ה המלווה), כתבו שגם בהלוואה דווקא אם התנו צריך להחזיר מטבע כשר, ולכן הוא מסביר שהש"ך דיבר לפי הרי"ף החולק על התוספות בזה, או שהתוספות מודים שפיקדון יותר גרוע מהלוואה, מפני שדווקא בהלוואה, העובדה שלא התנה מוכיחה שאינו מקפיד באיזה מטבע ישלם. אך שו"ת נימוקי שמואל (היבנר), עמ' 319, כותב שדברי בית אפרים אינם נראים (עיין שם). וראה במילואים להערה 35, אות ה, בשם זקן אהרן, לעניין דמי אבדה.
- ו. בירורי הלכה (מענה שמחה), ד (תשנ"א), עמ' 7, מביא את דברי הש"ך, ובעמ' 10, הערה 3, כותב שאם רק הוול, ולא נפסל, פטור גם לש"ך, מפני שלא נפסד בעצמותו (ראה בשמו בסעיף 2(א)), במילואים להערה 443, על מקרה שהוול).
- ז. יש לציין שמרדכי, ב"מ, סימן רצה, נוקט לעניין שומר שהשתמש בכסף, את הכללים שנאמרו בשומר שפשע או נאנס ונגנב הנכס ואחר כך נמצא הגנב והוא משלם כפל, או שאבד ואחר כך נמצא והתייקר, בשאלה האם השומר יקבל את הרווח, או בעל הנכס; משמע שלדעתו הוא נחשב שואל אחרי שהשתמש, ולא לווה.
- ח. ר"ח מילר מצא נפקות נוספת מזה שהוא לווה ולא שואל, לש"ך: שחייב במתה מחמת מלאכה. אך קשה למצוא דוגמה לכך במטבעות. בשאלה האם הוא לווה או שואל עיין גם שושנת יעקב, רצב, ס"ק ה.

מילואים לסעיף 1(ד)

ט. בשאלה האם נחשב שומר או לווה לפני השימוש, ראה סעיף 1(א), פרק ד, 3.
י. מקרים גבוליים של שימוש: שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קמה, כותב שאם השומר רק הגביה את הכסף ולא השתמש בו, הוא פטור מאונס, מפני שמוחר לו לעשות זאת ואינו גולן (הקשה ר"ז גולדברג, הלא אם הגביה כדי ליטול את כולו, קנה את הכסף ונתחייב באונס). אך שו"ת רוח יעקב, סימן ח, כותב בדעת המרדכי, שאפילו רק הוציא את הכסף מהארנק ועדיין לא השתמש בו, נעשה שואל.
יא. מהרש"ך שם כותב שמאחר שהרא"ש, ב"מ, פרק ב, סימן כ, אסר מספק למוצא אבדה לשטחה לצרכו ולצרכה, יוצא שאם השתמש השומר בכסף לצורך עצמו ולצורך בעל הכסף, חייב, אך הוא מעלה אפשרות שימוש בכסף מותר ויתר משיטת כסות, מפני ששם יש לחשוש שניחנה שטוחה יותר מכדי צרכה ותתקלקל, מה שאין לחשוש בכסף; ומצד שני הוא מעלה סברה, ששימוש בכסף יותר אסור, מפני שבכסות הוא מוכרח בלאו הכי לשטחה לצרכה, מה שאינו מוכרח בכסף. אך אות היא לעולם, חלק ב, מערכת ש, אות קכד, חולק על מהרש"ך, ואומר שגם אם התכוון רק לטובת בעל הכסף, כגון שהתכוון שהרווחים ילכו לבעל הכסף, הוא חייב באונס (ראה בשמו בסעיף 6, פרק י').

יב. מהרש"ך שם (הובא בספר אות היא לעולם, שם) כתב, שאם רק החליף את הכסף, שלקח מטבעות אחדים והניח מטבעות אחרים באותו ערך, אין זה נקרא שימוש לחייב באונס. גם ר"ש זרחי, בשו"ת נחלת שמעון, סימן סג, ובתשובתו בשו"ת אפריון דוד, סימן כד, כותב שאם רק החליף את הכסף, ולא השתמש בו לצרכו, לא נתחייב באונס. אך שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן ל (קנה ע"ב), כותב ששו"ת מהרש"ך, חו"מ, סימן קמד, חולק, שהרי כתב (על נידונו של מהרש"ך) ששומר שקיבל מטבעות טובים ושלמים, ושם במקומם מטבעות חסרים עם ההפרש בפחת, פטור רק אם קיבל רשות; ואילו למהרש"ך גם אם לא קיבל רשות, מותר לו לקחת את השלמים ולשים חסרים מיד, מפני שאין בכך שימוש, ומכאן שמהרש"ך חולק עליו. חסד לאברהם (דף קנה ע"ב ודף קנט ע"א) נוקט שמהרש"ך פטור רק אם לא עבר זמן בין לקיחת הכסף להחזרת הכסף האחר. והוא כותב (בדף קנט ע"ב), שאם בעל הכסף מחזיק ויכול לומר "קים לי" כדעה (של מהרש"ך) שאפילו החזיר כסף אחר מיד אחרי שלקח, זה נחשב שימוש המחייב. כמו כן, שו"ת רוח יעקב, סימן ח, כותב שלפי הגהות אשרי, ב"מ, פרק ג, סימן כו, גם אם רק החליף ולא השתמש, חייב באונס. על דברי מהרש"ך עיין אור עזרא, קובץ א, סימן ה.

יג. מדברי שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן צח, עולה שלדעתו אינו מתחייב באונס בזה שהחליף את הכסף, ואדרבה, אפשר שידו היה קל יותר בעקבות מה שהחליף אותו. הוא כותב, שאם היה לו שטר של עשרה דולר ששל צדקה, והחליף אותו בכסף קטן שלו, ועשה קניין בשטר של עשרה דולר, להוציא מרשות צדקה ברשותו, הכסף הקטן הוא עכשו של צדקה, ואם נגנב הכסף הקטן ולא נגנב השטר של עשרה דולר, אינו צריך לשלם שום דבר לצדקה – על אבדן הכסף הקטן הוא פטור, כיוון שאין חיוב שמירה בנכס של צדקה (סעיף 13, פרק ב, 4), והשטר שהוא בעין הרי הוא שלו. לעומת זאת, אם לא עשה קניין על ההחלפה, הוא חייב להחזיר את השטר של עשרה דולר, אף על פי שהוא של צדקה, מפני ששטר זה בכל מקום שהוא הוא של צדקה, וגם בשומר צדקה יש חובת השבה אם הנכס בעין, ומה שנגנב הוא הכסף הקטן שלו, מפני שמה שמחליף זה בזה אינו קניין להוציא מרשות צדקה. אילו היה זקן אהרן סובר שבהחלפת הכסף הוא מתחייב באונס כלוה, היה צריך להיות חייב במקרה הראשון על אבדן הכסף הקטן, שהרי לווה מצדקה חייב לשלם, ורק שומר צדקה פטור.

יד. שו"ת זקן אהרן (הלוי), סימן קצא, כותב שגם אם רק עירב את הכסף המופקד עם כסף שלו, נחשב שהשתמש, והופך ללווה, שהרי הכסף אינו בעין, וקיבל על עצמו לפרוע מהכסף שלו. לגבי מקרה שהשתמש בחלק מהתערוכת, הוא מוצא נימוק נוסף לחיוב: ייתכן שהשתמש בכסף המופקד; והוא דוחה אפשרות לומר שמניחים שהכסף שהשתמש בו לצרכיו הוא משלו, שהרי "אין ברה" דובר דאורייתא (ביצה לח ע"א), כלומר, אין אומרים לאחר מעשה שהתברר הדבר למפרע. הוא מסביר שיש להניח שבעל הכסף מתנגד לעירוב, שמה אם כסף היה לבד לא ינוק; ואף על פי שאמרו בבכורות יח ע"ב, שהמפקיד טלה אצל חברו ומת יכול לומר: "שלך מת ושלי חו", משמע שאף על פי שעירבו עם שלו פטור מאונס, שם זה משום שסתם טלה מיועד לרעות בעור ואי אפשר לשמרו לבדו, ועל דעת כן הפקיד, מה שאינו כן כאן, שהיה יכול לשמור את הכסף לבד; ואף על פי שאם עירב פירות מופקדים עם פירותיו אינו מחויב באונס, אלא כשומר רגיל (ראה סעיף 4, ליד ציון הערה 110), זה משום שבעל הפירות אינו מקפיד כל כך על עירובם, מפני שהם עדיין בעין, ויכול לקחת אותם כל זמן שירצה, אבל כסף ניתן לשם שימוש, וכשעירב, יסחור ויזנה בכסף, ואם בעל הכסף יתבענו לא יהיה מוזמן לתת לו, ונמצא מפסיד; ועוד, שאין אדם מתנגד לעירוב פירותיו, מפני שאנשים אינם משתמשים בהם (שלא ככסף), ואדרבה, אולי יש תועלת בעירובם, שמונע את אכילתם על ידי עכברים ושאר נזקים.

טו. תשב"ץ, חלק א, סימן קנב, כותב שאם השומר הניח את הכסף ביד עירו, ונערו השתמש בכסף, לא נתחייב השומר באונס, מפני שיכול לטעון: "לתקוני שדרתיך ולא לעותי" – הוא מינה את הנער כשליחו לשמור, לא להשתמש.

טז. ר"ז גולדברג העלה ספק, אם שומר הכסף מסר אותו לאחר ואמר לו: "אם תרצה, תשתמש בו" – האם השומר מתחייב באונס ברגע המסירה לשומר, או רק כשיחליט השני להשתמש בו.

להערה 30

א. כמו כן, מרדכי, ב"מ, סימן תלא, ואגודה, ב"מ, סימן נח, כתבו שמוכר שקיבל כסף ולא משך הקונה את הנכס, מותר למוכר להשתמש בכסף, ואם הוציאו חייב באונס, אפילו הניח כסף אחר במקומו.

ב. שו"ת רוח יעקב, סימן ח, כותב שלרא"ש ולטור חייב גם אם החזיר אותו כסף עצמו למקומו, שלא כב"ח, חו"מ, רצב, יא, שנקט ברכה שמוחזר מטבעות אחרים, לשיטתו שאינו חייב מפני שעדיין מצפה ליהנות (כטעם הרא"ש), אלא משום שנעשה עליו לווה ברגע שהשתמש. אך הוא מדייק מתוספות, ב"מ כח ע"ב (ד"ה עד), שאם יש לו רשות שימוש, והחזיר, פטור.

ג. שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קמה (ד"ה ועוד), ושו"ת תורת אמת, סימן קב, כתבו שאם הוא פרנס, וממון הקהל בידו, ברגע שהחזיר למקומו הופטר מפני שידו כיד הקהל והוא כאילו החזיר לבעליו. אך רוח יעקב שם מביא שמחנה אפרים חלק עליהם בטענה שאי אפשר לזכות דבר למישהו אחר שלא באמצעות אדם שלישי; רוח יעקב משיב על כך, שכאן אינו נקרא מוכה לאחרים אלא לעצמו. לכאורה קשה, שאם כן בכל שומר הדין צריך להיות כך, שהרי יד שומר כיד בעל הנכס (על קושי זה ראה סעיף 2(א)), במילואים להערה 50, אות ב? התשובה היא, שברגע שהשתמש הפך להיות לווה (ראה במילואים להערה 29, אות ה), שאין ידו כיד המלווה. יש להדגיש, שדברי מהרש"ך ורוח יעקב שהבאנו במילואים להערה 29 עוסקים במקרה שלא השתמש בכסף, אלא מיד כשנטלו החזיר כסף אחר.

מילואים לסעיף 1(ד)

ד. שו"ת משפטים ישרים (חסון), סימן כט, לומד מכאן שמי שהפקיד כסף לראובן, שימסור לשמעון, והחזיר לראובן לקנות בכסף סחורה ולמכרה ולפרוע לשמעון בכסף שיקבל בתמורה – לאחר שראובן קנה את הסחורה, הוא חייב באחריות כבהלוואה, ולכן אינו יכול לחזור בו, וחייב לפרוע דווקא לשמעון, שהרי הוא כאילו הלווה לו על מנת שיפרע במקום פלוני, שהתנאי תופס; ואפילו אמר לבעל הכסף שהוא חוזר בו, ובעל הכסף שתק, הוא עדיין חייב באחריות, מפני שבעל הכסף שתק כדין, ולא כהודאה, מפני שראובן באמת עדיין חייב. רו"ג גולדברג הסביר, שהסברה, שכאילו התנה שיפרע במקום פלוני, נחוצה כדי שאם יתן למפקיד את הכסף בעל כורחו, לא יחשב פירעון, אף שברוך כלל פירעון בעל כורחו נחשב פירעון, מפני שכאן רוצה כרי שאם יתן למפקיד את החזיר לו אלא יחזיר לשמעון, ותנאי זה מועיל אם זה טובת המפקיד, שמעוניין שהכסף יגיע לשמעון, כמו שאם הלווה עד זמן פלוני אין מועילה החזרה בתוך הזמן בעל כורחו במקום שהזמן נקבע גם לטובת המלווה.

ה. דברי משפט, עב, ס"ק ג, כתב שגם אם לקח את הכסף רק לשקול בו משקל, ולא להוצאה (כך שלא נעשה לווח), והחזירו, חייב באונס.

להערה 31

א. שו"ת משפטים ישרים (חסון), סימן כט, נימק שמה שבהחזרת פיקדון ששלח בו יד אין נחוצה ידיעת בעל הנכס (כפי שכתב הרא"ש שם), הוא רק אם מחזיר את הנכס עצמו, אבל כאן מחזיר כסף אחר, ולכן אין מועילה החזרה עד שיחזיר לידי בעל הכסף; ואף על פי שהפקיד על דעת שישתמש, זה היה גם על דעת שאם ישתמש יהיה כהלוואה ויהיה אחראי עליה עד שיגיע לידי בעל הכסף.

ב. דברי משפט, עב, ס"ק ג, ודרכי דוד, ב"מ מג ע"א, הסבירו, שדווקא שואל שכלתה שאילתו הוא שומר שכר (סעיף 11, ליד ציון הערה 131), מפני שאסור לו להשתמש ע"ד, ואילו כאן הוא רשאי להשתמש, ולכן לא פקע ממנו חיוב האונס, כיוון שכבר גילה את דעתו שהוא רוצה להשתמש.

ג. רש"י ברנשטיין, "שומרי מעות למיניהם", ניב המדרשה תשל"ח-תשל"ט, עמ' 72-73, נימק שדווקא לפני שהשתמש, יכול בעל הכסף לדרשו בחזרה (זוה הטעם שהוא פטור באונס – ראה בשמו במילואים להערה 38), אבל אחרי שהשתמש, אין בעל הכסף יכול לדרשו עד תום הזמן (ראה בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 383), מפני שהוא הופך להלוואה, ולכן חייב באונס. הוא כותב שאם החזיר על דעת שלא להשתמש עד סוף הזמן, חזר להיות שומר שכר בלבד; אך אין אומרים שיהפוך בגלל זה לשומר חזים, מפני שבעל הנכס נתן לו על דעת שיהיה שומר שכר, ואין השומר יכול לגרוע את שמירתו על דעת עצמו.

ד. בשאר נכסים: ב"ח, חו"מ, רצב, יא, כותב שדווקא בכסף הוא שואל גם אם החזירו למקומו, שמאחר שהשתמש בו הפך להיות הלוואה בידו, מפני שכבר החליף את הכסף, אבל הפך אחר שהשתמש בו ברשות בעליו והחזירו למקומו, אינו חייב עליו כשואל. גם ס"ק יז, רצב, ס"ק יז, כתב שדווקא בכסף חייב באונס אפילו החזיר, מפני שעומד לשימוש כל רגע, אם יודמן לו דבר שיוכל להרוויח בו (ולא נקט דווקא החליף; אך ראה במילואים להערה 29 בשם מהרש"ך, מה בין הגבהה להחלפה). גם פני יהושע, ב"מ מא ע"א (ד"ה הא שקלינהו), כתב שדווקא בכסף חייב באונס גם כשיחזיר, מפני שהנאת השימוש בכסף היא רבה, מה שאינו כן בשאר נכס (הוא עוסק בנפקות לשואל שלא מדעת). גם נימוקו של משפטים ישרים שייך רק בכסף. מנחת פיתים, חו"מ, רצב, כ, מטופק בתלמיד חכם שהשתמש בספר (ראה במילואים להערה 29) והחזיר את הספר למקומו, האם חייב באונס, כמו שבכסף אפילו החזיר למקום חייב באונס.

ה. על מקרה שהחזיר את הכסף, עיין נתיב בינה (שרייבר), סימן כג; אבני החושן, רצב, ס"ק א.

להערה 33

א. עדות ביהוסף מסביר, שאין זה כמו שליחות יד, אשר המגביה ארנק במטרה לשלוח יד בקצת כסף שבו, נעשה גולן על כל הכסף שבו (עיין שו"ע, חו"מ, רצב, ב), מפני ששם אסור לו לעשות זאת, ולכן הוא גולן, והוא גולן על כל מה שהגביה, גם אם השתמש רק בחלקו, אבל כאן הרי מותר לו להשתמש, ואם כן אין זו גולנות, ונשאר לו דין שומר שכר עד שישתמש בו ממש, שעל מנת כן נתנו. על שימוש במקצת מהכסף עיין שושנת יעקב, רצב, ס"ק ה.

ב. גם יורו משפטיך ליעקב מסביר שאף על פי שבשליחות יד, אם הגביה חייב על הכל, כאן אין לחייבו על מה שהגביה (אפילו הגביה על דעת ליטול), מכיוון שעושה בהיתר, ודווקא על מה שנטול אפשר לחייבו באונס משום שנעשה עליו לווח.

ג. שו"ת רוח יעקב, סימן ח, כותב שלטעם של העלאה בדרגה (ליד ציון הערה 37), שבדמי אבדה רשות השימוש עושה אותו שואל מפני שבאלו הכי הוא שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף – לכאורה גם בשימוש חלקי נאמר שמאחר שהוא שומר שכר בגלל רשות השימוש, יעשה שואל על הכל מפני שהשתמש במקצת; אבל לטעם של הראב"ד (ליד ציון הערה 38) ששם נעשה שואל מפני שפחות מפחד להשתמש מפני שידוע שבעל הנכס לא יתבענו בקרוב – כאן אף על פי שהשתמש במקצת, והראה שאינו מפחד, אולי הוא מפחד לגבי השאר, ולכן אינו שואל על הכל. הוא מעלה אפשרות שאף על פי שבשליחות יד חייב רק בכדי הסך שהשתמש, אם לא הגביה את הכל, שם זה משום שעשה קניין רק בחלק, והקניין שעשה בתחילה על הכל היה רק לעניין שמירה ולא לשליחות יד, אבל כאן שמוותר להשתמש, שמתחילה שקנה את הכסף לשמור נתחייב כשומר שכר, עכשו שלוקח יותר שכר אפשר שהוא מתחייב כשואל בגלל הקניין הוה. בסיומן ט, בסופו, דייק מרמב"ם, הלכות שאילה, ז, ו, שאם הוציא רק מקצת, אינו חייב באונס בשאר.

להערה 35

א. הפטר על ידי הודעה לבית דין: ראש יוסף, חו"מ, עב, כ, כותב שאם המוצא אינו רוצה להשתמש בכסף ואינו רוצה להתחייב באחריות, יוכל להודיע על כך לבית דין, ובית הדין ימסור את הכסף לאדם אחר שהכסף יהיה באחריותו. מתוך כך הוא מסביר מדוע אם נאנס, לא יוכל המוצא לטעון שלא היה בדעתו להשתמש ולכן אין להטיל עליו אחריות לאונס: שאילו כך היה, היה צריך להודיע

מילואים לסעיף 1(ד)

בית דין כאמור, ומשלא עשה כך, הראה שהוא אכן רוצה להשתמש; ואינו יכול לטעון שלא ידע דין זה, שהרי הוא ידוע לכל (1).
ח"א מילר סבור, שאם בית הדין ימסור לאדם אחר, מותר לאדם ההוא להשתמש בכסף, שהרי טעם היתר השימוש הוא כדי שיתחייב באחריות (ראה במילואים להערה 37 בשם אבי עזרי, ולהערה 38, אות לד, בשם התומים), וטעם זה קיים גם לגבי האדם האחר.
ב. כמו כן, רש"ח ברנשטיין, "שומרי מעות למיניהם", ניב המדרשיה תשל"ח-תשל"ט, עמ' 74, כותב שאם הצהיר המוצא בפני עדים או בפני בית דין שהוא מוותר על התקנה הנותנת לו רשות שימוש בכסף, לא יחויב כשואל אלא כשומר שכן, מפני שאדם יכול לומר "אי אפשר בתקנת חכמים" שהיא לטובתו, ואז נמצא שכשומר את האבדה, לא התכוון לזכות בכסף לעצמו (ראה בשמו במילואים להערה 38, שבדמי אבדה חייב באונס מפני שבמכירה התכוון לזכות בכסף לעצמו). הוא מעלה גם אפשרות שתועיל אמירה זו לעשותו שומר שכן גם אם כבר מכר, אלא שיתכן שאז צריך קניין, כדין ויתור על דבר שכבר יש לו (על פי שו"ע, אהע"ז, צב, א). עוד אפשרות שהוא מעלה היא, שאם קנה סחורה בדמי האבדה, ומכר את הסחורה בכוונה להחזיר את הכסף שיקבל למקומו ולא להשתמש בו עוד, ההחזרה מועילה ואינו שואל.

ג. שו"ת רוח יעקב, סימן ת, כותב שאם מת המוצא, יורשיו רשאים להשתמש בדמי האבדה, ולכן הם חייבים באחריות כמותו. יש להסביר, שאף על פי שירשי שואל פטורים מאונס על אף שהם רשאים להשתמש (להלן פרק ב, 2), הרי זה משום שחייב אונס בשואל הוא חייב שהשואל מקבל על עצמו מרצונו, והם לא קיבלו על עצמם חיוב, אבל כאן החיוב מוטל על ידי חז"ל, והם יכולים להטילו גם על הירשים.

ד. שואל או לווה: התלמוד בב"מ כט ע"א נוקט שהוא שואל. אך תוספות שם, ד"ה והוי (הובא בשו"ת כרם שלמה, קוטלר, חלק ג, סימן פב, ועל ידי רצ"פ פרנק, אור תורה שנה ג, תני"ט, חוב' ו, סימן טו, אות ו) כותבים שדינו כלוה לעניין שיכול להתחזר למאבד כסף אחר גם אם הכסף הראשון בעין (ראה במילואים להערה 38 בשם התומים, ובסעיף 1(א), ליד ציון הערה 402).

ה. שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן קיב, כתב שהוא יכול לשלם במטבע שקיבל גם אם נפסל המטבע, כדין שואל, ואף על פי שהש"ך (במילואים להערה 29, אות ה) כתב שמי שיש לו רשות שימוש בכסף והשתמש, חייב כלוה, ולכן אם נפסל המטבע צריך לשלם מטבע שהוא הלך חוקי — מכל מקום כאן הדין שונה מפני שעדיין לא השתמש. אבל הוא כותב שאם לאחר שנפסל המטבע, נגנב הכסף, חייב, מפני שמה ששואל פטור אם נפסל המטבע הוא מפני שיכול לטעון "הרי שלך לפניך", ועכשיו שנגנב לא יוכל לטעון כך (ראה סעיף 2(א), ליד ציון הערה 434).

ו. גם שו"ת הר המור, סימן לו, אות יד, כותב שדינו כשואל לעניין מקרה שנפסל המטבע לפני שהשתמש בכסף, ודווקא לוה חייב לשלם מטבע שהוא הלך חוקי בזמן הפירעון, מפני שהמלווה היה יכול להמיר בעוד מועד בסחורה אילולא הלווה לאדם זה, אבל כאן בלאו הכי הכסף היה מופקד אצל אדם זה, ובלאו הכי היה מפסיד בעל הכסף את כספו, ולכן השומר אינו נושא באחריות לפסילת המטבע. ור"ג גולדברג הקשה על סברת הר המור, שלפי זה, בשומר רגיל, אם אחרי ההפקדה יאמר בעל הכסף לשומר: "אני מלווה לך את הכסף", לא יתחייב באונס עד שיוציא את הכסף, מפני שבלאו הכי היה נאנס — וזאת לא שמענו; ועוד, שאם כן כל לוה יפטר במקרה שנפסל המטבע מיד אחרי הלוואה, בנימוק שבלאו הכי היה המלווה מפסיד? אלא, באמת אין אומרים כך, מפני שלווה דומה לקונה, וקונה נושא באחריות לכל דבר. והוא הסביר, שהטעם שהמוצא אינו מוגדר לוה הוא מפני שכדי להיות לוה, אדם צריך לקנות את הכסף, שיהיה שלו בקניין, וכאן אמנם יש אומדנא שהמאבד מתיר לו להשתמש, אבל כל עוד לא קנאו המוצא לשימוש, אינו שלו, ועוד, שאין אומדנא שהמוצא רוצה להשתמש, ולכן הוא רק שואל, מפני שאי אפשר לעשותו לוה בלי הסכמתו.
ז. בית יהודה (מהר"ן), ב"מ כט ע"א (כמובא באוצר מפרשי התלמוד שם, הערה 29), כותב שהוא שואל, ולא לוה, לעניין שאם היו "בעליו עמו", פטור.

ח. מעיני החכמה, ב"מ מג ע"א, אות קלב, מוצא נפקא מינה נוספת מדברי התלמוד שהוא שואל: אילו הייתה זו הלוואה היה רשאי להשתמש בכסף שלושים יום, כדין סתם הלוואה, ואילו בשאלה אין אומרים כך (שו"ע, חו"מ, שמא, א), ולכן כשבא בעל הכסף ותובעו עליו להחזירו מיד. עיין אמרי מהרש"ח, ב"מ כט ע"א (ד"ה בתוס' לעיל), שהסביר שאינו לוה מפני שלא גילה את דעתו שהוא רוצה לקנות את הכסף, ואי אפשר להקנותו לו נגד רצונו, ומכל מקום הוא שואל בגלל הנאתו מן היכולת לקנותו אם ירצה.
ט. בשטרות: משו"ת אפריון דוד, סימן כד, ס"ק יט, משתמע קצת שבדמי אבדה חייב באונס גם לפני שהשתמש, גם אם אלו שטרות כסף מסוג שאין בהם חיוב שמירה (ראה סעיף 1(א), פרק ב), מפני שהחיוב הוא מטעם לוה, ולוה חייב גם בשטר. כך משתמע ממה שהוא כותב שלצד שהוא רק שומר שכן (בפיקדון), פטור אם אלו שטרות כסף.

י. באבדה עצמה: שו"ת הר המור, סימן מא, כותב שחייב באונס רק אחרי שטרח ומכר את האבדה, אבל באבדה עצמה פטור מאונס גם אם היא עומדת להימכר, ואין אומרים שיהיה חייב באונס מצד שכשימכור ישתמש בכסף.

יא. מקרה נוסף של חיוב באונס מחמת רשות שימוש, מטעם אחר, נזכר בדברי שו"ת המב"ט, חלק ג, סימן קצא: שאם נהוג שיש ל"פאטור" רשות שימוש בכסף שמתקבל ממכירת הסחורה שנשלחה לו, הוא חייב באונס. נימק שו"ת כרם שלמה (אמריליו), חו"מ, סימן פה (ריח ע"ד), שמאחר שמנהג הוא שרשאי להשתמש (כלומר, וכשישתמש בוודאי חייב באונס), מראש קיבל על עצמו חיוב אונס, גם לפני שישתמש. אך הוא נשאר ב"צריך עיון" מפני חולשתו של נימוק זה.

יב. חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן נו (צג ע"ד), כתב שהגודב כסף לצדקה בלשון "הרי זו", חייב באחריות לאונס מכיוון שיש לו רשות שימוש בו. חושן האפוד, שא, ס"ק ג, כותב שזה תלוי במחלוקת האם שומר דמי אבדה הוא שומר שכן או שואל, מכיוון שגם בלי רשות השימוש היה שומר שכן (אולי הוא סובר שגם בלי רשות השימוש, שומר צדקה הוא שומר שכן מפני פרוטה דרב יוסף, כדעה אחת שהבאנו בסעיף 1(ג), פרק ג, 12), והמוציא מחברו עליו הראיה. על חיוב אונס בשומר צדקה, ראה גם במילואים להערה 38, אות כב, בשם עדות ביוסף.

להערה 37

א. יש שדחו הסבר זה, בטענה שמאחר שלא די בהנאת השימוש לבדה לעשותו שואל, לא ייתכן שהיא תצטרף עם שכן אחר שיש לשומר, לעשותו שואל, שהרי אין הבדל בין שומר שכן ששכרו מרובה לשומר שכן ששכרו מועט, ושניהם רק שומרי שכן ואינם שואלים. כך כתבו: חידושי הר"ן, ב"מ כט ע"א; רא"ש, ב"מ, פרק ג, סימן כו; אור זרוע, ב"מ, סימן פא; תוספות, ב"ק נו ע"ב (ד"ה כההיא), ב"מ כט ע"א (ד"ה והוי), ושבוועות מד ע"א, ד"ה שומר (הובאו בש"ך, חו"מ, רסו, ס"ק יז, ובשו"ת הרי בשמים,

מילואים לסעיף 1(ד)

חלק א, סימן קכו). השיב על טענה זו בספר נר למאור (אורנשטיין), על המאור שם, שכאן אלו שני סוגי הנאה: פרוטה דרב יוסף היא הנאה צדדית, ורשות השימוש היא הנאה מגוף הכסף, ולכן אין זה שכן אחד גדול, אלא נחשב רוב ההנאה שלו, והוא שואל במילואים להערה 38, אות לד, נביא את תשובת התומים לטענת הראשונים הללו.

ב. יש מן האחרונים שניסחו את הנימוק שבפנים בדרך אחרת, כדי להשיב על הקושייה האמורה. אבי עזרי, מהדורא ב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ז, ו, מסביר, שכונת רבנו אפרים היא, שמאחר שבלאו הכי הוא שומר שכן, ברור שכשננתנו לו חממים רשות שימוש התכוונו לעשותו שואל שחייב באונס, להפוך ממי שקיבל את הנכס בתורת שמירה אלא שיש לו רשות שימוש, שהוא שומר שכן, מפני שרשות השימוש היא רק כשכר על השמירה, למי שמקבל את הכסף בתורת שאילה, אלא שאגב זה הוא שומר, שהוא חייב באונס (ראה בשמו ליד ציון הערה 11); ואילו במקרה שהיה שומר חנם, ייתכן שמה שבעל הכסף נותן לו רשות שימוש (מכללא) הוא רק כדי לעשותו שומר שכן. לדבריו, הפיכתו משומר שכן לשואל אינה מחמת תוספת שכן (שקשה לומר כך, כטענה הנזכרת) אלא מתוך אומדן דעת בעל הנכס.

ג. הפלאת שבעות, חלק א, סימן מא, ס"ק ז, מסביר שכונת רבנו אפרים היא, ששומר כסף הוא רק שומר שכן מפני שאין כל ההנאה שלו, מפני שבעל הכסף נהנה בזה שהכסף נשמר (שהרי העובדה שהפקיד מוכיחה שלא היה יכול לשמור בעצמו, שלא כשואל רגיל שכל ההנאה שלו מפני שהמשאיל אינו זקוק לשמירת הנכס, כיוון שהיה יכול לשמור בעצמו, אלא השאיל רק כדי שהשואל יוכל להשתמש), ואילו בדמי אבדה כל ההנאה היא למוצא, וכנגד מה שהוא שומר את הכסף עבור המאבד, מקבל המוצא שכן אחר – פרוטה דרב יוסף; ואף שומר כסף, אם יקבל שכן לשמור, יהיה שואל, מפני שמצד רשות השימוש כל ההנאה שלו, וכנגד מה שנהנה בעל הכסף מהשמירה, השומר מקבל שכן אחר (ראה בשמו הבחנה דומה, במילואים להערה 18).

ד. קושיות נוספות על ההסבר שבפנים: בית אברהם (ישראל), סימן עב, דף קסב ע"ד, מקשה על הסבר זה, שלפי הדעה ששומר אבדה הוא שומר שכן בעל אחריות מעטה משל שומר שכן רגיל (ראה סעיף 2(ב), פרק ד), נאמר שרשות השימוש מעלה אותו רק לדוגמת שומר שכן רגיל, ולא לחיוב אונס? שו"ת שערי רחמים, חו"מ, סימן לג, מיישב, ואין תירוץ מובן. על קושיותיו עיין שולחן של אברהם, חו"מ, עב, ב.

ה. שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן כד, מקשה על הסבר זה, מדוע שואל רגיל חייב באונס אף לפני שהשתמש (ראה ליד ציון הערה 6), הרי כלי רשות השימוש היה רק שומר חנם, ודוחק לומר שמאחר שביקש את הנכס במפורש לשימוש, יש יותר סבירות שישתמש; ורק להסבר של הראב"ד הדבר מובן, שמאחר שביקש אותו במפורש כדי להשתמש, אינו ירא שמא בעל הנכס ידרשנו ממנו. רח"א מילר חייץ, ששם מדובר ברשות מפורשת, ויש בזה גילוי דעת שהוא מסכים להיות שואל, כמוסבר ליד ציון הערה 8.

ו. ר"י שצ"פסקי, בספרו "רבנו אפרים", עמ' 201, מוצא מקום נוסף שבו אומר רבנו אפרים שאין להעלות דבר שתי דוגמת בבת אחת – עיין שם. ועיין אמרי מהרש"ח, ב"מ כט ע"א (ד"ה עיין פ"י), בהסבר אף מצטרפת רשות השימוש עם פרוטה דרב יוסף, אף שלכאורה מאחר שהוא נהנה מרשות השימוש, אין מצווה – שמאחר שבשעת הגבתה האבדה לא תיכנס למקרה ולא להשתמש בכסף, נהנה אז פרוטה דרב יוסף.

ז. נפקויות מן ההסבר שבפנים: חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ מג ע"א, כותב שלפי הסבר זה, אם שומר הכסף הוא שומר שכן בלאו הכי מסיבה כלשהי, הוא מתחייב באונס על ידי רשות השימוש, אף אם לא השתמש (בהמשך דבריו נראה שהוא כותב כך גם לפי הנימוק השני, ואין דבריו בורחים). כך כתבו גם שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן כד; ר"ד אפריון, בשו"ת אפריון דוד, סימן כד, ס"ק יט; שו"ת בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סימן קמ; שו"ת כרם שלמה (אמריליו), חו"מ, סימן פה, דף יח ע"ב (שניהם לענין "פאטור" שמכר את הסחורה שהיה צריך למכור, והרי היה שומר שכן בלאו הכי לפי סעיף 1(ג), ליד ציון הערה 181). אבל ר"ש מטווארג, בשו"ת אפריון דוד, סימן כד, כתב שמאחר שלא מצאנו בפיסקים ששומר שכן שיש לו רשות שימוש הופך לשואל, נראה שבאמת אינו הופך לשואל, וייתכן שיהיה אסור לו להשתמש (ראה בשמו בסעיף 1(א), במילואים להערה 383).

ח. מעיני החכמה, ב"מ נו ע"ב, מהדורא קמא, אות לא, כותב שלפי הסבר זה, שומר הקדש, מאחר שבלאו הכי הוא שומר שכן משום פרוטה דרב יוסף (ראה סעיף 1(ג)), במילואים להערה 344), אם הוא מקבל שכן אחר, הוא חייב באונס. בספרו מקצוע בתורה, טו, מ (ס"ק צז), כתב כך בדעת הרמב"ם.

ט. עדות ביוסף (נתנון), חלק א, דף נג ע"ב, כותב שהאוסף צדקה (באופן שאין הפטר של שומר צדקה – ראה סעיף 13, פרק ב, 4) חייב באונס מצד רשות השימוש, מפני שבלאו הכי הוא שומר שכן משום פרוטה דרב יוסף, ואף על פי שיש מחלוקת האם הוא שומר שכן משום פרוטה דרב יוסף (ראה סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 344), מכל מקום בספק צדקה מחמירים (שו"ע, י"ד, רנט, ה). י. למקרה אחר שבו משמשת סברת ההעלאה בדרגה, לחייב כשואל, ראה בסעיף 1(ג), במילואים להערה 259, לענין דעת רש"י שמלווה חייב באונס על המשכון. לבורר סברת ההעלאה בדרגה עיין שיעורי חן, ב"מ, סימן יט, אות ד. על ההבדל בין דמי אבדה לשומר כסף, עיין שושנת יעקב, רצב, ס"ק ה; חידושי הגר"ח בסוגיות הש"ס, ב"מ, סימן כח; אור עזרא, קובץ א, עמ' לג-לו ועמ' צט-ק.

להערה 38

א. חידושי הרשב"א, ב"מ מג ע"א, מביא את שני ההסברים. אך בתשובותיו, חלק ב, סימן שלו, פסק כהסבר של העלאה בדרגה (ראה במילואים להערה 133). מאירי, ב"מ כט ע"א, מביא את שני ההסברים, וב"ק קיב ע"א מביא רק את ההסבר של העלאה בדרגה. פני יהושע, ב"ק נו ע"א (ד"ה בא"ד), מביא את שני ההסברים.

ב. משו"ת הרי בשמים, חלק א, סימן קכו, נראה שהבין שהבחנה זו של הראב"ד אינה במקום זו של רבנו אפרים, ההעלאה בדרגה, אלא היא מציבה תנאי נוסף להתחייבות כשואל: שגם מי שהיה כבר שומר שכן נעשה שואל רק אם אינו ירא מלהשתמש, אבל מאידך גיסא, מי שהיה רק שומר חנם, אינו נעשה שואל גם אם אינו ירא להשתמש. כנראה, הוא כתב כך מפני הקושי, שהסמ"ע הביא את שתי ההבחנות בשני מקומות, כפי שצינו (וכפי שהקשה שו"ת זרע יעקב שם), ולכן הבין שהם נימוקים משלימים, וכל אחד זקוק לחברו. אגב, על סתירת הסמ"ע, כתב פעמוני זהב, רצב, על סמ"ע, ס"ק טז, שהסמ"ע סבור שהלכה כהבחנת הראב"ד, שהרי גם בפרישה, חו"מ, רצב, יא, הביא הבחנה זו; ומסקנת פעמוני זהב היא שהלכה כהבחנת הראב"ד.

ג. קניי ראם, על מהרש"א, גיטין נב ע"ב, כותב שאף התוספות (שצינו במילואים להערה 37, אות א) מסכימים לעיקרון של הראב"ד, שאם אינו ירא להשתמש חייב באונס, אלא שהם סבורים שבדמי אבדה ירא להשתמש, מפני שאינו בטוח שבעל האבדה ישתהה מלבדו זמן מרובה, ולכן לא יקבלו את הסברו לכך שבדמי אבדה חייב באונס. על סברת הראב"ד עיין שושנת יעקב, קמא, ה (ס"ק 1); בית יעקב, רצב, על סמ"ע, ס"ק טז.

מילואים לסעיף 1(ד)

ד. נפקויות מהסבר הראב"ד: ה"ז הסיק מהסבר הראב"ד, שאם התברר מי בעל האבדה, המוצא פטור מאונס על דמי האבדה, מפני שהוא חושש שמא יבוא בעל האבדה לדרוש את הכסף; אלא שאם התברר שבעל האבדה הוא יתום, השומר נשאר שואל על הכסף, מפני שאינו חושש שמא יבוא היתום לקחת את הכסף (מדובר ביתום קטן); ורק אם יש ליתום אפוטרופוס, השומר פטור מאונס (אם עדיין לא השתמש בכסף), מפני שהוא חושש שהאפוטרופוס יבוא לדרוש את הכסף.

ה. לפי הסבר הראב"ד, על פי מידת הרתיעה מהשימוש, שומר רגיל על נכס אחר, שאינו כסף, אם יש לו רשות שימוש מכללא, הוא שואל גם לפני שהשתמש בו בפועל, מפני שהוא אינו נרתע מלהשתמש, שהרי רק בכסף יש מקום שירתע, מפני שאם השקיע את הכסף בסחורה מסוימת, לא יוכל לתת את הכסף לבעלי הדורש אותו. כך כתב תומים, עב, ס"ק יט, בסופו, לגבי משכון (ראה בשמו במילואים להערה 133). אך רח"א מילר הוכיח מהרשב"א (שהבאנו במילואים להערה 6) שכתב שברשות שימוש מפורשת חייב מיד כשואל לפי ההסבר של הרתיעה, מפני שהתיר לו בפירוש, ולא כתב שחייב באונס מפני שעסק בנכס שאינו כסף, מכאן שגם בשאר נכסים, ברשות מכללא לא נעשה שואל מיד לטעם זה. הוא הוכיח כך גם מט"ז, חו"מ, רצב, כ, שכתב שתלמיד חכם, שיש לו רשות מכללא להשתמש בספר מופקד, הוא שומר שטרם ידע השימוש, ולא כתב שלטעם של רתיעה הוא שואל מיד — משמע שלא כתומים. הוא הסביר שגם בנכס אחר, הנאתו מרשות השימוש פגומה, מפני שהוא חושש שבעל הנכס יבוא ויקטע את שימושו באמצע.

ו. במוכר פיקדון: שו"ת נחלת שמעון, סימן סג, מסביר על פי סברת הראב"ד, מדוע הרמב"ם פסק שהמוכר פיקדון הוא רק שומר שטרם על הכסף (ראה סעיף 21), ליד ציון הערה 180), ומשמע שהדין כך גם אם היה שומר שטרם על הפיקדון מקודם (שהוא לא ייתכן לפי שיטת רבנו אפרים) — מפני שרשות השימוש אינה חשובה לשומר כל כך, שמא יבוא בעל הנכס בהקדם. גם סמ"ע, רצב, ס"ק מב, הסביר שהוא רק שומר שטרם מפני שהוא ירא להשתמש, והסביר שו"ת פני יצחק (אבולפיה), חלק ג, חו"מ, סימן ו (כו ע"ד), שזה על פי הבנת הראב"ד, והוסיף שהסבר זה מתיישב עם סתימת השולחן ערוך, שמשמעה שגם שומר שטרם שמכר את הנכס נשאר שומר שטרם על הכסף. כמו כן, שו"ת בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סימן קמ, הוכיח מכאן שהרמב"ם סובר בהבנת הראב"ד, שאילו לפי סברת ההעלאה בדרגה היה צריך להיות שואל בגלל רשות השימוש, שהרי בלאו הכי היה שומר שטרם בגלל פרוטה דרב יוסף (גם אם היה רק שומר חנים בתחילת ההפקדה), מפני שבמכירת הנכס קיים מצוות השבת אבדה ומצוות הצלה מהפסד; וגם לפי סברת רבו של הריטב"א (שנביא להלן אות לג), שאם רשות השימוש באה מבית דין ולא מבעל הנכס, הוא נעשה שואל, אף כאן היה צריך להיות שואל מכיוון שרשות השימוש באה מבית דין; והוא פוסק בזה כרמב"ם, משום שהרוב סוברים כמותו.

ז. לעומתם, אכן האול, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, יז, דוחה את ההסבר שמוכר פיקדון פטור מאונס מפני שירא שמא יבוא בעל הנכס, שהלא השומר רשאי למכור את הנכס רק אם בעל הנכס במקום רחוק (ראה סעיף 6, פרק ו, 2), ואם כן אין חשש שיבוא. גם הפלאת שבוטות, חלק א, סימן מא, ס"ק ו, כותב שלפי הבנת הראב"ד, הוא שואל על דמי מכירת הפיקדון. כנגד זה, שו"ת יורו משפטיך ליעקב, סימן קל, כותב שלראב"ד כאן הוא רק שומר שטרם אף על פי שבעל הנכס בחו"ל, וזאת לפי שיטתו (ראה בסמוך) שהראב"ד אינו מחייב באונס בשום פיקדון.

ח. עזרת ישראל, פסחים יג ע"א, כותב שבאמת מי שהיה שומר שטרם ומכר את הפיקדון, חייב באונס על הכסף, על פי ההסבר של העלאה בדרגה (ראה בשמו בסעיף 6, במילואים להערה 161). הוא מוסיף, שגם מי שהיה שומר חנים, ומכר את היין המופקד אצלו כדי להציל את הקנקנים מקלקול (ראה סעיף 6, ליד ציון הערה 318), שהוא שומר שטרם על הקנקנים שנשארים אצלו, מכיוון שהוא שומר אבדה עליהם, שהרי הצילם מהפסד (הוא נוקט דווקא מקרה זה, מפני שבמקרה רגיל, שמכר את הנכס מפני שהוא נפסד, אין לראותו כשומר אבדה ביחס לכסף, שהרי הנכס עצמו שהיה שומר אבדה עליו — נמכר וכבר אינו אצלו, מה שאינו כן כאן שהקנקנים עדיין אצלו, והוא נעשה שומר אבדה עליהם, וממשיך להיות שומר שטרם עליהם), ולכן הוא שומר שטרם גם על הכסף, וזאת גם בלי רשות השימוש, ורשות השימוש מעלה אותו לדרגת חיוב באונס. אבל הוא מעיר שמלשון הרמב"ם לא משמע כן, שהרי נקט "כל מוכר פיקדון הוא שומר שטרם על המעות", משמע גם בשומר יין וקנקנים.

ט. רח"א מילר העיר, שלפי הנימוקים האחרים דלהלן, שבדמי אבדה חייב באונס מפני שחכמים התירו לו (ר"ן, אות לב), או מפני שמכר את האבדה על דעת להשתמש (עיסור, אות מא), שומר שמכר את הנכס אינו מתחייב באונס על הכסף גם אם היה שומר שטרם בתחילה.

י. מעשה רב, על הרמב"ם, הלכות שאילה, ז, ה, מציין שמירושלמי, יבמות ב, יב, משמע שדין כסף שנתקבל ממכירת פיקדון כדין כסף שנתקבל ממכירת אבדה. הוא מבאר שבכל זאת עשה הרמב"ם הבחנה ביניהם, משום סברת ההעלאה בדרגה, שכאן היה רק שומר חנים מתחילה. הרמב"ם יצטרך לומר שהירושלמי משווה את השניים רק לעניין היתר השימוש בכסף, ואינו משווה אותם לעניין רמת האחריות.

יא. מקרים נוספים שמתחייב השומר באונס לשיטה זו בגלל רשות השימוש שאינו ירא לנצלה: ביאור הגר"א, חו"מ, קצח, ס"ק כב, כותב שמוכר שקיבל את דמי המכר לפני משמך הקונה את הנכס (כך שטרם הועברה הבעלות), חייב כשואל על הכסף, לפי העיקרון של הראב"ד, מפני שאינו ירא להשתמש פן יתבענו הקונה, שהרי על מנת כן נתן לו הקונה את הכסף — שיהיה שלו. ראה דעות נוספות לגבי מקרה זה, בסעיף 1(ג), פרק ג, 14 (ג). על מקרה נוסף כזה, ראה סעיף 1(ג), במילואים להערה 405, בשם קרני ראם.

יב. הפקדה לזמן קצוב: שו"ת הרמ"א, סימן פ, בסופו, כותב שאם התנו שלא יצטרך להחזיר את הכסף עד זמן פלוני, חייב באונס לפי סברת הראב"ד, משום שאינו ירא להשתמש. הוא כותב שבנידונו גם לפי סברת ההעלאה בדרגה חייב באונס, משום שגם בלי הנאת השימוש היה שומר שטרם, מפני שזה היה כסף שנתקבל מהשכרת פונדק שהשומר השכיר בעבור בעל הפונדק, ומחמת הנאת השכרת הפונדק היה שומר שטרם מתוון, מכיוון שהסכימו שאם ירוויח יותר מעשרים וחמישה אחוזים, העודף יהיה של המתוון; ומלבד זה נהנה מרשות השימוש בשאר הכסף שנתקבל מהשכירות ושנשאר לבעל הפונדק.

יג. גם שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן כד (הובא בפעמוני זהב, רצב, על סמ"ע, ס"ק טז), שו"ת בית אברהם (קאלוועריא), סימן כד, ודיברות משה, ב"מ, סימן מ, ענף ב (עיי' שם באריכות בעניין זה), כותבים שמי שקיבל כסף בפיקדון לזמן קצוב (באופן שיש לו רשות שימוש מכללא), לפי סברת הראב"ד (שהלכה כמותו, לדעת זרע יעקב), הוא שואל שהרי אינו ירא להשתמש (בית אברהם נוקט שהוא לווח; ראה בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 383, שהוא יכול לעכבו אצלו לשימוש עד סוף הזמן). גם שו"ת דברי מרדכי (לוריא, תרנ"ו), סימן נג, כותב שבמפקיד לזמן קצוב ולזמן רב, לטעם של העלאת דרגה, הוא רק שומר שטרם, ולטעם של הראב"ד הוא שואל שהרי אינו ירא להשתמש.

מילואים לסעיף 1(ד)

יד. אך שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן יג, ושו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן קיב, כותבים שגם בפיקדון זמן קצוב אינו חייב באונס הראב"ד, מפני שעדיין הוא ירא להשתמש, שכן בעל הכסף יכול לדרשו תוך הזמן (ראה מחלוקת בשאלה זו בסעיף 1(א) שם), ורק השומר אינו יכול לחזור בו תוך הזמן (ראה על כך בסעיף 11, ליד ציון הערה 10).

טו. כשבעל הכסף במקום רחוק: עוד כותב זרע יעקב שם, שאם בעל הכסף הלך לחו"ל, השומר הוא שואל לפי הבחנת הראב"ד, שהרי אינו ירא להשתמש. הוא מוסיף שהדין כך גם ב"פאטור" שתפקידו לקנות בכסף סחורות עבור בעל הכסף במקום אחר (והוא בני מבי, שג, ח) – מפני שגם הוא רשאי להשתמש בכסף לעצמו, ואינו ירא שמה בעל הכסף ידרשו ממנו; אלא שאם קנה בכסף סחורה עבור בעל הכסף, הוא הופך לשומר שכן על הסחורה, שהרי הוא כאילו החזיר את הכסף לבעל הכסף. ובסימן כה (הוא במורה צדק, צבאח, עניינים, סימן כג), כתב שאם הפאטור מכר סחורה שנשלחה לו, הוא חייב באונס על הכסף אפילו לא השתמש.

טז. כמו כן, שו"ת הרשב"ש, סימן שלה (הוא בבית יוסף, חו"מ, רצו, ו, על שם הרשב"ץ, בזכרון לחיים, חלק א, חו"מ, ערך גבה, אות ה, דף סד ע"ב, בשו"ת זרע יעקב, נאים, סימן כד, בשו"ת לב מבין, בירדוגו, חו"מ, סימן רו, ובדיני עבודה במשפט העברי, עמ' 914), כותב שהשולח הפך לחברו למכור, ולקנות לו בכסף דבר אחר או לשלוח לו את הכסף, מותר לשומר להשתמש בכסף, ולכן אפילו לא השתמש חייב באונס, כמו בדמי אגדה. תמה עליו חידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ מג ע"א, הרי רשות שימוש בכסף מחייבת רק כשומר שכן אם היה רק שומר חנם מקודם, לשיטת ההעלאה בדרגה? שו"ת פני יצחק (אבולפיה), חלק ג, חו"מ, סימן ו (כו ע"ד), הסביר שהרשב"ש סובר כסברת הראב"ד, ולכן חייב כאן באונס כיוון שאינו ירא להשתמש. רח"א מילר הסביר שאינו ירא להשתמש, מפני שבעל הכסף אמור להמתין לו עד שיביא לו את הכסף, ולכן אין חשש שיבוא אליו פתאום לקחת את הכסף. זכור לאברהם (אלקלעי), חו"מ, מערכת ש, ערך שואל, מסביר שהרשב"ש מדמה מקרה זה לדמי אגדה, משום שגם כאן טרח בחינם למכור את הנכס, ולכן בית דין הרשה לו להשתמש. אולי הוא מתכוון לסברת רבו של הריטב"א, שנביא להלן את לג, שאם רשות השימוש באה מבית דין, הוא שואל.

יז. גם שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן יג, ד"ה ואדרבה (הוא בפתיח תשובה, חו"מ, רצב, ס"ק ד), כותב שלפי סברת הראב"ד, מי שקיבל כסף מחברו לקנות עבורו נכס במקום אחר, הוא שואל על הכסף אף בטרם השתמש בו, מפני שרשות השימוש בכסף (עד שגיע לאותו מקום) מסיבה זו הנאה גדולה כמו של שומר דמי אגדה, מפני שאינו חושש שמה בעל הכסף ידרשו ממנו בינתיים, שהרי הוא זכאי לדרוש רק את הנכס שרצה שיקנה עבורו, ואינו זכאי לדרוש ממנו את הכסף. אך הוא מעיר ששו"ת מהרי"ק, שורש קלא, מחייב במקרה כזה כשומר שכן, ולא כשואל (ראה סעיף 1(ג), במילואים להערה 75).

יח. אך בית יוסף, חו"מ, רצו, ו, כותב על נידונו של הרשב"ש, שהוא רק שומר שכן, על פי דעת המגיד משנה (שאינו סובר כסברת הראב"ד). גם ערך השולחן, חו"מ, עב, ס"ק יא, כותב שבמקרה של הרשב"ש, לשיטת ההעלאה בדרגה, הוא רק שומר שכן. פני יצחק שם כותב שבית יוסף אמנם סובר כראב"ד (כפי שהוא כותב בדעתו – ראה במילואים להערה 133), אלא שהוא סבור שכאן השומר ירא להשתמש, שמה בעל הכסף ישלח לו מכתב שבו הוא תובע ממנו להביא לו את הכסף (הסביר רח"א מילר, שזה תשובה על מה שהסברנו לעיל שאינו חושש שבעל הכסף יבוא אליו בעצמו לתבוע).

יט. גם שו"ת יורו משפט"ך ליעקב, סימן קל, כותב (כחולק על זרע יעקב) שגם לסברת הראב"ד, דווקא בדמי אגדה חייב באונס, ולא בפיקדון, גם אם בעל הכסף במקום רחוק (הוא נוקט כדוגמה – ראובן שביקש משמעון ליטול כסף שלו מיד לוי ולשלוח לו, שהיה מי שכתב שלראב"ד שמעון חייב באונס מפני שאינו ירא להשתמש). הוא מנמק נימוקים אחרים: א) אין להרבות מחלוקות, לומר שבזה תהיה נפקות בין רבנו אפרים לראב"ד, ואילו הייתה נפקות ביניהם היה הרא"ש (המביא את שניהם) אומר זאת. ב) לפי זרע יעקב, "נתת דבריך לשיעורים", מפני שצריך לקבוע מהו "רחוק". ג) בכל מצב יטען השומר: "איני רק שומר שכן, מפני שלא הייתה לי תחושה שאתה במקום רחוק, אלא חששתי מלהשתמש שמה תבוא אלי לתבוע את הכסף או תשלח משהו לתבוע אותו בשבילך". ד) לפי סברת זרע יעקב יוצא שגם בדמי אגדה יהיה רק שומר שכן אם ידוע מי בעל האגדה וידוע שהוא במקום קרוב, וזאת לא מצאנו (אך לעיל אות ד ראינו שהט"ז אכן כתב כך). לכן הוא כותב ככלל, שמאחר שברוך כלל בדמי אגדה אינו ירא להשתמש, חייבוהו באונס גם במקום שבעל האגדה ידוע, מפני שלא רצו לשנות את הדין בשביל מיעוט המקרים; ובפיקדון, מאחר שבעל הכסף ידוע, ירא השומר להשתמש גם אם הוא רחוק, שמה יבוא לתבוע או ישלח שליח, ולכן הוא רק שומר שכן.

כ. גם ר' דוד אפריון, בשו"ת אפריון דוד, סימן כד, ס"ק כ, כותב, שאף על פי ששליח הנמצא רחוק ממקומו של בעל הכסף אינו ירא להשתמש, מכל מקום אין לחייבו באונס על פי סברת הראב"ד, מפני שלא מצאנו דין כזה בפוסקים.

כא. שו"ת כרם שלמה (אמריליו), חו"מ, סימן פה (ריח ע"ב), ושו"ת מעיל שמואל (פלורנטין), סימן לג (סט ע"ב), כותבים שלפי סברת הראב"ד, פאטור שמכר את הסחורה הוא רק שומר שכן על הכסף, משום שהוא ירא להשתמש בו שמה יתבע בעל הכסף את כספו, או יתבע ממנו סחורה אחרת שיקנה עבורו בכסף (אף על פי שבנדונו בעל הנכס היה במקום רחוק), ואם הפאטור לא ישלח לו מיד את מה שהוא דורש, יאבד את נאמנותו. גם שו"ת בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סימן קמ, כותב שלפי סברת הראב"ד, פאטור הוא רק שומר שכן על הכסף שקיבל ממכירת סחורה של משלחו, משום שהמשלח יכול ליטול ממנו את הכסף כשירצה, ולכן הוא ירא להשתמש. מטעם זה הוא פוסק שהוא שומר שכן אף על פי שלפי רבנו אפרים, בעל סברת ההעלאה בדרגה, הוא שואל (שהרי פאטור הוא שומר שכן בלאו הכי – ראה במילואים להערה 37), משום שרבנו אפרים במיעוט לענין זה. כמו כן, מעיל שמואל כותב שיוכל לטעון "קים לי" כשיטת הראב"ד, שלפיה הוא רק שומר שכן (נראה ששלושתם נשאלו על אותו מעשה). אך כרם שלמה כותב שאם בעל הכסף מוחזק, יוכל לטעון "קים לי" כרבנו אפרים שלפיו חייב באונס. שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן ל (דף קנח ע"ד ודף קנט ע"ב), מביא את דברי כרם שלמה, וכותב שאפשר לטעון "קים לי" כשתי הדעות.

כב. מקרים נוספים ששומר כסף חייב באונס לפי הראב"ד: עדות ביוסף (נתנון), חלק א, דף נג ע"ב, כותב שמי שאסף צדקה (באופן שאין הפטר של שומר צדקה – ראה סעיף 13, פרק ב, 4), חייב באונס מפני רשות השימוש, לפי סברת הראב"ד, שהרי אינו ירא שמה משהו יתבע ממנו את הכסף, גם אם אסף עבור עני מסוים. הוא אף מעלה אפשרות (ברף נג ע"ד), שחייב בתור לווה, מפני שאינו חייב לתת לעני דווקא מטבעות אלו. אך שו"ת דברי מרדכי (לוריא, תרנ"ו), סימן נג, כותב במסקנתו שגובר על כסף של צדקה, אף על פי שאינו ירא להשתמש, מפני שרק פעם בחצי שנה עושים עמו חשבון, מכל מקום אין לחייבו באונס מטעם זה גם לראב"ד, מכיוון שמצד הדין אסור להשתמש בכספי צדקה, ורק נהגו היתר.

מילואים לסעיף 1(ד)

כג. שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ג, סימן ו (הובא בשו"ת לב מבין, בירדוגו, חו"מ, סימן רו), עוסק בשומר שידע שבעל הכסף מאחר מלבוא, ולא ידרוש ממנו את הכסף במשך זמן מסוים, ולכן פסק על פי סברת הראב"ד, שהוא שואל. כד. גן נעול, כפתור ד, פרוח ח (יה ע"ג), כותב שלפי הסבר הראב"ד (שהוא אומר שרוב הראשונים הסכימו לו), מי שקנה קרקע גדולה כשידע שהיא גדולה, לשיטה שאומרים שנתן לשם פיקדון, המוכר-הגולן רשאי להשתמש בכסף (ראה סעיף 1(ג), במילואים להערה 167) וחייב באונס, שהרי אינו חושש להשתמש בו. כה. דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 914, כותב שלפי שני ההסברים, פועל שיש בידו כסף של המעסיק בקשר לעניני השכירות חייב באונס, שהרי א (בלאו הכי הוא שומר שכר (סעיף 1(ג), פרק ג, 3), ב) אינו צריך לפחד להשתמש בכסף, מכיוון שקיבל רשות בפירוש או במנהג. דבריו קשים, שהרי גם בכסף מופקד זה לא גרוע מ"מנהג", ומכל מקום מאחר שיצטרך להחזיר אם ייתבע, הוא מפחד להשתמש.

כו. שושנת יעקב, רצג, א (ס"ק א), כתב שלווה שרצה לפרוע תוך זמנו והמלווה סירב לקבל, לפי הראב"ד הלווה חייב באונס מחמת היתר השימוש, מפני שאינו מפחד מהמלווה יתבע מכיוון שאינו יכול לתבעו תוך זמנו, אך אחרי הזמן הוא רק שומר שכר מפני שהוא מפחד להשתמש בכסף, שהרי המלווה יוכל לתבעו. הוא מביא שתומים, עד, ס"ק ז, כתב שאחרי זמן הפירעון אינו אפילו שומר שכר, מפני שהוא מפחד להשתמש. והוא מקשה עליו, הרי מהראב"ד רואים ששומר כסף מופקד נחשב שומר שכר גם אם הוא מפחד להשתמש, ואין לומר שכאן רשות השימוש פחות משמעותית, מפני שגילה הלווה את דעתו שאינו חפץ עוד בשימוש, שהרי אם כן מדוע אומר התומים שתוך זמנו הוא שומר שכר?

כז. י"ק רייניץ, דיני ישראל טז, עמ' קיו, הערה 75, שואל, מדוע אין אומרים שאפטרופוס נחשב שואל על כסף של היתומים (ראה סעיף 1(א1), פרק ג, 13, שהוא לכל היותר שומר שכר), מצד שהוא רשאי להשתמש בו (דעה ברמ"א, חו"מ, רצ, ח), כמו שבדמי אבדה הוא שואל משום רשות השימוש לזמן מרובה, לראב"ד; ואמנם צריך רשות בית דין כדי להשתמש (רמ"א שם), אבל מה בכך, הרי בתנאי הזה הכל נחשבים כשולחני (בפשטות), אף על פי שכולנו כשולחנים, נחוצה רשות בית דין מפני לזמן שפתיים, כדברי הרמ"א שם, ולכן הוא נחשב שאין לו רשות שימוש? ייתכן שבאמת בכסף הדין כך, והמקורות שאמרו שהוא רק שומר שכר, דיברו על שאר נכסים. כח. שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן קיב, כותב שמי שקיבל כסף לדמי נסיעה לפגוש אשה המוצעת לו לשידוך, חייב עליו באונס לפי סברת הראב"ד, מפני שאינו ירא להשתמש בו, שהרי הנותן לא יוכל לדרשו בחזרה. בסימן קיג הוסיף, שאף על פי שמי שנתן לו את הכסף יוכל לחזור בו מהצעת השידוך ואז יוכל לדרוש את הכסף חזרה, מכל מקום אינו ירא להשתמש, מפני שאינו מעלה על דעתו שהלה יחזור בו, שהרי כל כך רצה בשידוך עד שנתן לו דמי נסיעה, ואף בדמי אבדה אפשר שבעל האבדה יודע מי המוצא ומכל מקום המוצא אינו ירא להשתמש מפני שהוא חושב שבעל האבדה אינו יודע מי הוא.

כט. אך ר"צ דוידובסקי, בשו"ת כרם שלמה (קוטלר), חלק ג, סימן פב, חולק על זקן אהרן, בנימוק שמכל מקום יכול בעל הכסף לתבוע ממנו בחזרה, שהרי יכול לחזור בו מכל העניין. רש"י קוטלר, בתשובתו שם, מוצא סיבה אחרת לחיובו באונס, אם בלאו הכי היה נוסע לאותו מקום, אלא שהלה נתן לו כסף כדי שיסיים לראות את בתו — מפני שהוא דומה לקונה כלי כדי לבדוק (ליד ציון הערה 61), שגם שם הקניין בספק, וחייב באונס כל זמן שלא החליט, לכן כאן חייב באונס כל זמן שיש ספק האם יסע. הוא כותב שלפי הצד שקונה כדי לבדוק חייב מטעם קונה (ראה ליד ציוני הערה 67 ר' 68), אם הכסף הוול לא יוכל לומר "הרי שלך לפניך", ורק אם הוא שואל, הוא יכול (ראה בשמו בסעיף 2(א), הערה 443), ומאחר שספק האם הקונה לבדוק נחשב קונה או שואל, אי אפשר לחייבו כאן אם הוול, מספק.

ל. קושיות על שיטת הראב"ד: שו"ת אפריון דוד, סימן כד, ס"ק כ, מקשה, הרי במקרה של פיקדון כסף בתלמוד מדובר בשולחני (ב"מ מג ע"א), שתפקידו הוא להחליף מטבע זה במטבע אחר, ואין ייתכן שהוא ירא להשתמש, הרי אם יבוא בעל הכסף יוכל לתת לו את המטבע האחר? עוד הקשה: גם אם יקנה סחורה בכסף, מה הוא חושש, הרי גם אם יבוא בעל הכסף כשלא יהיה בידו כסף מוזמן, יוכל להמתין לפרוע לו, ולא נחייב אותו למכור את הסחורה בוול כדי לפרוע, שהרי קנה בהיתר. ר"א מילר תירץ על פי סברת הר"ן בסמך (שלפי בית דוד בסמך, הוא בעצם כתירוף הראב"ד) שהשומר אינו מעוניין להיות לוהה אלא מעוניין להחזיר את הכסף בהקדם ועל ידי זה להיפטר מאחריות, ולכן הוא ירא להשתמש, שמה יחטיא הזדמנות להחזיר בהקדם ולהיפטר. לא. תומים, עב, ס"ק יט, מקשה, וכי מפני שיש לו יותר הנאה מחפשיית השימוש בכסף, הוא שואל? וכי שומר שכר המקבל הרבה שכר הופך לשואל? יש לתרץ, שכאן הוא שואל מפני שכל ההנאה שלו שכן אינו ירא להשתמש (אלא שהוא שונה משואל רגיל בכך שכאן כשישתמש יתפוך להיות לוהה).

לב. יש מן הראשונים שהציעו הסברים אחרים להבדל בין שומר כסף לדמי אבדה: חידושי הר"ן, ב"מ כט ע"א (הובא בנימוקי יוסף, ב"מ טו ע"ב, בדפי הר"ף, גם בשם "נימוקי ר' יהוסף בלשון גירונדי"), הסביר, שבדמי אבדה חייב באונס מפני שהעריכו חכמים את דעת המוצא שמאחר שאינו יודע למי להחזיר, ברצונו לקחת את הכסף בהלוואה ולהחייב באונס, ואינו רוצה שלא יוכל להשתמש ויהיה חייב בגנבה ואבדה, ואילו בפיקדון של כסף, אפשר שאין הוא רוצה ללוות את הכסף שמה יבוא בעל הכסף וידרשנו בזמן שלא יהיה כסף בידו, ובדעתו להחזיר את הכסף לבעליו בהקדם כדי שיופטר אף מגנבה ואבדה (החלק השני מובא בתומים, עב, ס"ק יט). גן נעול, כפתור ג, פרוח כג, מסביר שכונת הר"ן היא, שבכסף מופקד אין בעל הכסף רוצה שהשומר יוכל להשתמש בכסף כלווה, להוצאותיו, מפני שאז יש לחשוש שיוציא את הכסף והמפקיד לא יוכל לקבלו כשיצטרך, ולכן מותר לו להשתמש בו רק בצורת עסקא, והעסקא תהיה מצויה אצלו, כדי שאם יצטרך המפקיד כסף, יוכל למכור מיד את העסקא ויקבל כסף. שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן קיג, מבאר את דברי הר"ן, שאמנם השומר מוכן לשמור על הכסף עד הזמן שנקבע, כדי לעשות נחת רוח לבעל הכסף, אבל לא ירצה להחזיק בכסף אחרי שיתבענו בעל הכסף, ולכן אינו רוצה להשתמש, אלא הוא מחזיק בכסף תוך המתנה עד שיבוא בעל הכסף, כדי שלא יצטרך להמשיך להחזיק בכסף אחרי שיתבענו (כלומר, שאם ישתמש, יצטרך לחכות עוד זמן עד שיוכל להחזיר). מכאן הוא כותב שמי שקיבל כסף לדמי נסיעה לפגוש אשה המוצעת לו לשידוך, מאחר שהספק ניתן לו לתועלתו ולא לתועלת בעל הכסף, אין לומר שיימנע מלהשתמש בכסף מתוך ציפייה לרגע שהנותן כבר יקחנה בחזרה, ולכן הוא חייב באונס. שו"ת בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סימן קמ, הבין שהסבר זה של הר"ן הוא בעצם הסבר הראב"ד בסגנון אחר. על הסבר זה עיין שיעורי חן, ב"מ, סימן יט, אות ג.

לג. הסבר אחר להבדל האמור, כתב חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ כט ע"א, בשם רבו (הובא בשו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן ו, אות ז): פיקדון מגיע לשומר מדעת בעליו, ומן הסתם שניהם התכוונו שיהיה שומר שכר בגלל הנאת השימוש, אבל אבדה אינה

מילואים לסעיף 1(ד)

מגיעה למוצא מדעת בעליה, אלא שבית דין נתן לו רשות שימוש, ובית הדין אינו רוצה שתהיה לו רשות שימוש אלא אם כן תחייב מיד באונס כלוזה. בדומה הסביר אהלי יהודה (הכהן), ערך שומרים: בפיקדון, הרשות באה מבעל הכסף, כאילו הלווה לשומר לפי רצון השומר, ואם השומר אינו רוצה להשתמש, ואינו רוצה להתחייב באונס, אין לחייבו באונס נגד רצונו; אבל בדמי אבדה, חכמים הם שהתירו לו להשתמש כדי שיתחייב באונס, ולכן חייב באונס גם אם לא השתמש.

לד. בדומה כתב תומים, עב, ס"ק יט (ובקיצור, בסימן עג, ס"ק כ), בדעת רבנו אפרים (משום שקשה לומר שרבונו אפרים התכוון להסבר של העלאה בדרגה כפשוטו, שהרי כבר הקשו על כך, וכי שומר שכן שמקבל שכן נוסף הופך לשואל, כפי שהבאנו במילואים להערה 37): חז"ל התירו את השימוש בדמי אבדה, לטובת בעל האבדה, כדי שהמוצא יהיה חייב באונס, והיו מוכרחים לחייבו באונס גם לפני השימוש, כדי שגם הדין שהמוצא קנה את הכסף לפני השימוש (לעניין שיוכל להחזיר מטבעות אחרים גם אם הכסף המקורי בעין — תוספות, ב"מ כט ע"א, ד"ה והוי, שהבאנו במילואים להערה 35) יהיה גם הוא לטובת בעל האבדה, ולצורך זה היו מוכרחים לחייבו באונס גם לפני השימוש, ולא היה די לחייבו בגנבה ואבדה, שהרי בגנבה ואבדה הוא חייב בלאו הכי משום פרוטה דרב יוסף, ואם כן לא היה מרוויח בעל האבדה כלום מזה שהמוצא קיבל רשות שימוש, ולכן הוצרכו חז"ל לחייבו באונס כדי שתהיה לבעל האבדה תועלת מרשות השימוש שיש למוצא; ואילו היה שומר חינוס על הכסף, היו יכולים לחייבו כשומר שכן בלבד והייתה בזה תועלת לבעל האבדה, אבל אין זה המצב. לעומת זאת, שומר כסף הוא רק שומר שכן, מפני ששם רשות השימוש באה מבעל הכסף מכללא, ואיננו צריכים להצדיק את מתן הרשות על ידי החמרת האחריות, מפני שאולי הייתה לבעל הכסף סיבה אחרת במתן הרשות; ולכן הוא נשאר שומר שכן. רח"א מילר סבור שלפי התומים, בכסף מופקד, אם היה שומר שכן בלאו הכי, הוא נעשה שואל בגלל רשות השימוש, מפני שיש לאמוד את דעת בעל הכסף שהוא רוצה שהשומר יהיה חייב באונס (כפי שאומרו רבנו אפרים); ואף על פי שלגבי משכון (ראה בשמו במילואים להערה 133) מעלה התומים אפשרות שלפי הרשב"א הוא נשאר שומר שכן אף על פי שהיה שומר שכן בלאו הכי, שם זה מפני שבעל המשכון נתן רשות שימוש בפירוש, וזה לא תלוי בפירושנותו למה התכוון.

לה. שו"ת כרם שלמה (אמרייליו), חו"מ, סימן פה (ריח ע"ב), שו"ת מעיל שמואל (פלוונטיין), סימן לג (סט ע"ג), ושו"ת בית דוד (פלוונטיין), חו"מ, סימן קמ, כותבים שלפי הסבר זה של רבו של הריטב"א, פאטור שמכר סחורה, ויש לו רשות שימוש בכסף שקיבל תמורת המכירה, חייב רק כשומר שכן על הכסף, מפני שרשות השימוש אינה באה לו מבית דין.

לו. הבחנה אחרת כותב אבני החושן, רצב, ס"ק ט (הראשון): שומר כסף מופקד הוא רק שומר שכן, אף על פי שבדעתו להשתמש בכסף אם יצטרך, מפני שהוא נכס שומר נכס רגיל שניתן לו רשות שימוש, שאינו שואל מפני שאין כל הנאה שלו אלא הוא נחשב משתמש תמורת השמירה (ראה ליד ציון הערה 9), מה שאינו כן בדמי אבדה, שאין לומר שהוא שומר תמורת השימוש, שהרי התורה חייבה אותו לשמור, ואף חייבה אותו לשמור שמירה מעולה כשומר שכן מטעם פרוטה דרב יוסף, ונמצא שכלאו הכי הוא שומר, ולכן נחשב שכל ההנאה בשימוש היא שלו. בס"ק יב הוא מוסיף, שעל דמי מכירת פיקדון הוא רק שומר שכן (כאמור לעיל אות 1), אף על פי שכלאו הכי היה שומר (ובזה הוא דומה לשומר דמי אבדה), מכיוון שכאן היה שומר חינוס על הנכס (כמשמע מדברי מגיד משנה, הערה 37, שמעלים אותו בדרגה אחת), לכן מה שהוא שומר עכשווית שומר שכן הוא בשביל היתר השימוש, ואין כל ההנאה שלו. אפשר לומר שרבונו אפרים התכוון להסבר זה, שהרי גם לפי הסבר זה הכל תלוי האם היה שומר חינוס בתחילה או שומר שכן בתחילה.

לו. הבחנה דומה עשה דברי משפט, עב, ס"ק ג, בדעת רבנו אפרים: שומר כסף מופקד אינו שואל מפני שאין כל ההנאה שלו, שהרי בעל הכסף נהנה מזה שהלה שומר על כספו, ולשם כך הפקידו אצלו, ואילו בדמי אבדה, כל ההנאה היא של השומר, שאילו עבור השמירה שכרו הוא פרוטה דרב יוסף.

לז. בדומה הסביר חמדת שלמה, ב"מ כט ע"א (ד"ה אמנם וד"ה שם), וערך ש"י, חו"מ, רסז, כה (שניהם בדעת רבנו אפרים), שבשומר כסף, גם בעל הכסף נהנה ממה שיש לשומר רשות שימוש, מפני שאולי אילו לא הייתה לו רשות שימוש לא היה מסכים לשמור, או היה מסכים להיות רק שומר חינוס, ומאחר שבעל הכסף נהנה, אין השומר נחשב שואל. לעומת זאת, בדמי אבדה אין לבעל האבדה הנאה מן העובדה שהמוצא רשאי להשתמש בכסף, שהרי גם בלי זה הוא חייב לשמור כשומר שכן, ואם כן הנאת השימוש כולה למוצא, ולכן הוא שואל. מכאן פסק ערך ש"י שמאחר שלהלכה יש ספק האם שומר אבדה הוא שומר שכן (לרמ"א, חו"מ, רסז, טז), למעשה הוא שומר חינוס, ומפני רשות השימוש הוא נעשה שומר שכן, והמאבד נהנה מזה, ולכן אינו שואל (כדעה ליד ציון הערה 39). הוא מוסיף, שאף על פי שלפי סברת הראב"ד, שומר דמי אבדה הוא שואל גם אם שומר אבדה הוא שומר חינוס, מכל מקום מאחר שיש ספק איזהו ההסבר הנכון, הוא אינו שואל.

לט. בדומה הסביר דיברות משה, ב"ק, סימן לו, ענף ג, שסברת העלאה בדרגה אינה כפשוטה, שהרי תוספת שכן אינה הופכת שומר שכן לשואל, אלא בדמי אבדה חייב באונס מפני שכל ההנאה היא שלו, ושומר כסף מופקד אינו נעשה שואל מטעם זה, מפני ש"כל ההנאה שלו" מחייב באונס רק אם בלאו הכי הוא מחויב בשמירה, ומי שמחויב בשמירה רק כשומר חינוס אינו נחשב מחויב בשמירה מכיוון שאפשר לשמור יותר — מגנבה ואבדה; וגם אם היה שומר שכן בלאו הכי, אינו נעשה שואל בגלל רשות השימוש, מפני שלא נחשב שכל ההנאה היא שלו, כיוון שקיבל על עצמו שמירה רק בגלל בקשת בעל הכסף (ולא מיוזמת עצמו), ואם כן בעל הכסף נהנה שהכסף נשמר (ובענף ד הוסיף שאף על פי שקיבל רשות שימוש, לא נתחייב באונס, מפני שהסברה הפוטרת קדמה); ורק בדמי אבדה, מחויב השמירה אינו מצד בקשת בעל הכסף אלא מצד ההתורה חייבתו, נחשב שכל ההנאה שלו, ולא משנה שגם המאבד נהנה בזה שכספו נשמר. בענף ד כתב שגם הרי"ף צריך לפרש כך (עיין שם, להוכחתו לכך).

מ. בדומה הסביר מעייני החכמה, ב"מ מג ע"א, אות קלב, שבפיקדון, בעל הכסף הפקיד אותו לטובת עצמו, ולשמירה, ורשות השימוש היא רק שכן לשמירה, אבל בדמי אבדה, בלאו הכי מוטלת עליו שמירה מטעם חובת השבת אבדה, ולכן הוא שואל מחמת רשות השימוש. בדומה הסביר הפלאת שבועות, שהבאנו במילואים להערה 37.

מא. הסבר חדש מביא ספר העיטור, פיקדון, ליד אות קסב, בשם "הרב": בדמי אבדה, חכמים התירו לו להשתמש, ועשאוהו שואל, אבל בשומר כסף, אף אחד לא השאיל לו, אלא הכסף הופקד אצלו בסתם, ונכון שיש להניח שהתירו לו להשתמש, אבל אינו שואל עד שישתמש. הוא כותב מעצמו הסבר אחר: שומר אבדה טרח במכירתה על דעת שיוכל להשתמש בדמיה, ובאותו זמן שאל אותם, ומכר את האבדה לצרכו ולצרכו, לכן הוא שואל, אבל שומר כסף קיבל את הכסף על דעת לשמור, ולכן רק אם השתמש הוא שואל.

מילואים לסעיף 1(ד)

מב. בדברי האחרונים יש הסברים נוספים להבדל בין פיקדון לדמי אבדה: פני יהושע, ב"מ דף כ"ט ע"א ודף מג ע"א, הסביר שבכסף מופקד ברור שאין השומר רוצה להיות חייב באונס, שאילו כן, היה צריך ליטלו כהלואה, ובעל הכסף היה מסכים לכך שהרי גם במצב הנוכחי יש לו רשות שימוש, ולכן גם אם מן הדין הוא שואל, מכל מקום אינו חייב באונס מפני שברור שאינו רוצה להיות חייב באונס, והרי שואל יכול להתנות להיות שומר חנים (סעיף 14, ליד ציון הערה 2); מה שאינו כן בדמי אבדה, שחכמים הם שהתירו לו להשתמש, ולכן עשהו כלווה, והוא מעוניין בזה, כדי שיוכל להשתמש בכסף. אך מעיין החכמה, ב"מ כ"ט ע"א (ד"ה בא"ד ועוד), הקשה על זה, אולי באמת הוא מוכן להיות חייב באונס, ומה שלא לקח את הכסף כהלואה, הוא מפני שבעל הכסף לא הסכים לכך, מפני שרצה שחיה לו זכות לתבוע ממנו את הכסף תוך הזמן שנקבע, ויש לו זכות זו בפיקדון ולא כהלואה. ראה בסעיף 1(א), במילואים להערה 383, בשאלה האם יכול בעל הכסף לדרוש את הפיקדון בחזרה תוך הזמן.

ג. אכן האזל, על הרמב"ם, הלכות גנלה ואבדה, יג, יז, הלכות מכירה, ד, יד, והלכות שאילה, ז, ה, הסביר ששומר כסף מופקד אינו מעוניין לקנות את הכסף בתור שואל, מפני שמוותר לו להשתמש בכסף גם בלא שיקנה אותו כשואל, וגם אם יקנה אותו בקניין שאילה, כשיבוא בעל הכסף וידרוש אותו יהיה חייב לתת לו את הכסף, ומי שאינו רוצה לקנות את החפץ בקניין שאילה — אי אפשר לחייבו כשואל. לעומת זאת, שומר אבדה מעוניין לקנות את הכסף בקניין שאילה, משום שבזכות זה גם אם ידרוש ממנו המאבד את הכסף, על פי סימני האבדה, יוכל להשתמש בו עד שיברר הלה בבית דין שאלו סימנים אמיתיים וכו', שהרי קנה את הכסף להשתמש בו עד זמן ההחזרה.

מד. מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כח, הסביר, שבדמי אבדה הוא חייב באונס, מפני שבית דין מניח את הכסף בידו כדי שישתמש בו, ולכן נעשה לוהו עליו, שאין בעל הכסף יכול לדרוש מטבעות אלו עצמם חזרה (התוספות, שהבאנו באות לד), מה שאינו כן בשומר כסף, שאין לבית דין עניין בזה, אינו נעשה לוהו, ומצד היתר השימוש עצמו לא נעשה שואל, שהרי לא נכנס לעסקה לשם השימוש (ראה בשמו במילואים להערה 9). בטעם הדבר שחכמים תיקנו שמוותר להשתמש בדמי אבדה, עיין ספר המב"ט (ורבינושטיין), ערך קתא דמגלא, דף ק"ז ע"א.

מה. תומים, עג, ס"ק כ, מעלה אפשרות להסביר, שבפיקדון, בעל הכסף מקפיד לקבל חזרה את המטבעות שהפקיד עצמו, אם לא השתמש בכסף, ולכן צריך להחזיר אותם מטבעות עצמם (ראה בשאלה זו בסעיף 1(א), פרק ד, 3), ולכן פטור מאונס, ואילו בדמי אבדה אין טעם שיקפיד על כך, שהרי הכסף הגיע למוצא ממי שקנה את האבדה, ולכן אין למאבד קשר לכסף, ולכן יוכל להחזיר מטבעות אחרים גם אם לא השתמש, ולכן חייב באונס גם אם לא השתמש. אך הוא דוחה הסבר זה, משום שלדעתו הרי"ף סובר שגם שומר כסף מופקד יכול להחזיר מטבעות אחרים, ולכן לא היה יכול להסביר כך (ראה בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 400 ולהערה 402). אך הסבר זה יהיה קביל לפי הדעה ששומר כסף מופקד אינו יכול להחזיר מטבעות אחרים.

מו. שו"ת זית רענן, חלק ב, סימן נו, אות ב, הסביר שאין לחייב שומר כסף מטעם שואל, מפני שאין כל ההנאה שלו, שכן בעל הכסף נהנה פירוט דרב יוסף (ראה דבר דומה בשם הר"ן, ליד ציון הערה 134), שבשעת ההפקדה הופטר מלתת צדקה כיוון שעשה מצווה בהלוואת הכסף (עיין שם, שמוכיח שכבר בשעת ההפקדה התכוון בעל הכסף להקנות את הכסף לשומר בהלוואה), ואין הדבר כך בדמי אבדה, שכן בעל האבדה לא הופטר מלתת צדקה מפני שלא עשה מצווה אלא בית הדין הוא שנתן למוצא רשות שימוש.

מז. שו"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א (ג ע"ג), מסביר, ששומר כסף מופקד אינו חייב באונס מפני שאין כל ההנאה שלו, שהרי אנו רואים שבעל הכסף מעוניין שהוא ישמור את הכסף, שלא כשואל רגיל, שאין נחשב שהמשאיל נהנה מן השמירה, משום שהשאיל את דעתו השואל, ואין גילוי דעת שהוא מעוניין בשמירה (ראה ליד ציון הערה 119). לעומת זאת, בדמי אבדה, בעל הנכס לא גילה את דעתו שהוא מעוניין בשמירה, ואדרבה, היה מעוניין שהנכס יחזור אליו, ולכן נחשב שכל ההנאה היא של השומר. רח"א מילר הקשה עליו, אדרבה, בדמי אבדה ברור שהוא מעוניין בשמירת השומר, שאם לא כן הנכס ילך לאיבוד, שהרי אינו יכול לשמרו בעצמו כיוון שאינו יודע היכן הוא (בדומה לסברת אבני נור במילואים להערה 44 — ראה שם). יש להשיב על כך, שבכל זאת יש פחות הנאה לבעל הנכס מבמקרה שביקש בפירוש מהשומר לשמור בעדו, כמו שאומר יריעות שלמה.

מח. ר"ש זרחי, בשו"ת נחלת שמעון, סימן סג, ובתשובתו בשו"ת אפריון דוד, סימן כד, מצא הבדל בין שני המקרים מצד כוונת ה"מקנה": בכסף מופקד אין שאילה ברורה לפני שהוא משתמש. שהרי השימוש מותר רק במקרים מסוימים (שולחני והדרומים לו) על סמך הערכת כוונת המפקיד, אבל בדמי אבדה, חז"ל הם כאילו ה"מקנה", והתירו את השימוש לכל אדם, ולכן נעשה שואל מיד. הוא צירף לזה את הסבר הראב"ד, מצד דעת הקונה, ששומר כסף מופקד אינו מעוניין לקבל על עצמו אחריות לאונס, מפני שאין לו הנאה גדולה מרשות השימוש, שמה יתבענו בעל הכסף בהקדם.

מט. ר"מ מרגליות, הפרדס, שנה טז, חוב' ד, עמ' 34, הסביר, ששומר כסף מופקד אינו שואל לפני השתמש, מפני שבעל הכסף יכול לדרוש ממנו, ונמצא שיוכלת השימוש בכסף משותפת לשניהם, ואין "כל ההנאה שלו" (ראה בשמו במילואים להערה 28), ואילו בדמי אבדה אין לומר כך שהרי המאבד אינו יודע מי המוצא, ואם כן כל יכולת השימוש היא למוצא, ולכן הוא שואל. הוא מעיר שלפי זה הדין כך גם לדעה ששומר אבדה שומר חנים (ראה ליד ציון הערה 40). אך אחר כך הוא דוחה הסבר זה לדין שומר כסף ונותן הסבר אחר — ראה בשמו במילואים להערה 28, ולפיו אין טעם להבדיל בין דמי אבדה לסתם שומר כסף, ויצטרך להשתמש באחת ההבחנות האחרות.

נ. רש"ח ברנשטיין, "שומרי מעות למיניהם", ניב המדרשה תשל"ח-תשל"ט, עמ' 71 ועמ' 73, הסביר ששומר כסף מופקד אינו חייב באונס, מפני שהטעם ששואל חייב באונס הוא מפני שרואים כאילו קנה את הנכס לשימוש ואין בעל הנכס יכול לדרשו תוך זמנו, אבל כאן יכול בעל הכסף לדרשו חזרה כל עוד לא השתמש בו, ולכן הוא רק שומר שכו. לעומת זאת, בדמי אבדה חז"ל התירו לו להשתמש, ורואים כאילו כשמכר את האבדה, התכוון לזכות בעצמו בכסף, ועצם המכירה היא קצת כאילו השתמש, שאז נעשה כשואל, ולא משנה שאילו היה בא עכשיו בעל האבדה היה יכול לתבוע ממנו את הכסף, מפני שזה שחז"ל נתנו לו זכות שימוש, הוא כאילו מכר בשביל עצמו. אך הוא מקשה על הסברו (בעמ' 76) מזה שבמוכר פיקדון שהתקלקל, כתב הרמב"ם שהוא שומר שכן על הכסף (ראה לעיל אות ו), ולפי הסבר זה היה צריך להיות שואל, שהרי מכר על דעת לזכות בכסף לעצמו?

39 להערה

א. גם ספר מישרים, נתיב כ, חלק ג, כותב שלדעה ששומר אבדה הוא שומר חנינם, שומר דמי אבדה הוא רק שומר שכו. אך הלכה למשה, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יג, יז, מציין שדברי ספר מישרים משובשים, שהרי הוא כותב שאסור לו להשתמש בכסף. ב. שו"ת הרי בשמים, חלק א, סימן קכו, לומד מדברי הש"ך שם, שגם אם היה שומר שכו מקודם, וגם אם אינו ירא להשתמש, לא נעשה שואל בגלל רשות השימוש (עיין שם בנפקות שמוצא, אך היא אינה להלכה, לפי מסקנתו). גם שו"ת בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סימן קמ, כותב שלפי התוספות והרא"ש, שדחו את סברת ההעלאה בדרגה, גם מי שהיה שומר שכו בלאו הכי נשאר שומר שכו גם אם יש לו רשות שימוש (נידונו: פאטור). צריך להבהיר, שאף על פי שבתלמוד מוכח ששומר דמי אבדה הוא שואל לרב יוסף, אין זה משום שלכל הדעות מי שהיה שומר שכו בלאו הכי עולה דרגה בגלל רשות השימוש, אלא שרב יוסף צריך לומר שרשות השימוש עושה את השומר דמי אבדה לשואל, והוא מוכרח לומר זאת כדי שדעתו ששומר אבדה הוא שומר שכו, תתיישב עם לשון המשנה שם (עיין שם בסוגיה); ואילו רבה הסובר ששומר אבדה הוא שומר חנינם אינו מוכרח לומר כך, ויכול לומר שרשות השימוש עושה את השומר שכו בלבד גם אם היה שומר שכו בלאו הכי (כלומר, זו מחלוקת התלויה במחלוקתם המקורית, לא תלות שבסברה אלא תלות שמתוך הכרח הסבר לשון המשנה); והתוספות והרא"ש פסקו בזה כרבה, כיוון שפסקו כמותו ששומר אבדה שומר חנינם.

ג. דעה זו הובאה בראש יוסף, חו"מ, עב, יט. שו"ת הר המור, סימן מא, מביא את המחלוקת האם שומר דמי אבדה הוא שואל.

40 להערה

א. צריך להוסיף, שדעה זו גם אינה מתחשבת בסברת הראב"ד, שמאחר שאינו ירא להשתמש, ההנאה גדולה יותר. כך העיר פני יהושע, ב"ק נו ע"א, שלפי סברת הראב"ד, גם לדעה ששומר אבדה הוא שומר חנינם, בדמי אבדה חייב באונס. גם ערך השולחן, חו"מ, עב, ס"ק יא, מעיר שלפי סברת הראב"ד, ולפי סברות הר"ן והעטור (שהואבו במילואים להערה 38, אות לב ואות מא), הוא שואל בדמי אבדה גם לדעה ששומר אבדה שומר חנינם. גם תומים, עב, ס"ק יט, בסופו, ור"ש זרחי, בשו"ת נחלת שמעון, סימן סג, ובתשובתו בשו"ת אפריון דוד, סימן כד (ברמו), הסבירו שהרמ"א לא כתב שבדמי אבדה הוא רק שומר שכו אף על פי שכתב (חו"מ, רסז, טו) ששומר אבדה שומר חנינם (מספק), מפני שהוא סובר כסברת הראב"ד. אך באוצר מפרשי התלמוד, ב"מ כט ע"א, הערה 28, העיר, שהרא"ש (הערה 38) הסכים לסברת הראב"ד, ומכל מקום פסק שבדמי אבדה הוא רק שומר שכו. רח"א מילר תירץ שהרא"ש הביא את דברי הראב"ד רק כדי להסביר את דעת רב יוסף, אבל הוא פסק כרבה, ומוכח מב"מ כט ע"א, שלרבה הוא רק שומר שכו, ואף על פי שכפי שהסברנו במילואים להערה 39, רבה אינו מוכרח לומר כך, לא הכרח שבסברה ולא הכרח שמתוך לשון המשנה, והוא יכול לומר שהוא שואל, בכל זאת התלמוד אומר שהוא רק שומר שכו, ומכאן שרבה אינו סובר כסברת הראב"ד (ומכאן זה הקשה תומים שם על סברת הראב"ד, שהרי לפי הראב"ד רבה היה צריך לסבור בוודאות שהוא חייב באונס). עוד תירץ רח"א מילר את דעת הרא"ש, על פי הרי בשמים (במילואים להערה 38, אות ב), שמדבריו יוצא שגם לראב"ד שומר דמי אבדה הוא שומר שכו לדעה ששומר אבדה שומר חנינם, שהרי הרי בשמים אומר שנימוק הרתיעה מועיל רק בצירוף סברת ההעלאה בדרגה.

ב. הפלאת שבועות, חלק א, סימן מא, ס"ק ח, מיישב את דעת הרמ"א, על פי דברי חזון איש (ראה בשמו בסעיף 31), במילואים להערה 108), ששומר אבדה אינו נכנס לשמירה על פי עצמו אלא על פי מצוות התורה, ואם כן כל ההנאה היא לשומר, שלא כבפיקדון של כסף שיש הנאה לבעל הכסף מזה שהכסף נשמר (ראה בשמו במילואים להערה 37), מפני שכאן השואל לא נכנס לעסקה על דעת לשמור (ראה הסברים דומים בסוף המילואים להערה 38); ולכן הוא שואל, גם אם נאמר ששומר אבדה הוא שומר חנינם. רח"א מילר העיר שגם על הסברו (כמו על הראב"ד) קשה מדוע התלמוד אמר שלרבה הוא רק שומר שכו.

41 להערה

א. בעיית איסור המסירה לשומר אחר: נתיבות המשפט, שמא, ס"ק ג, מקשה, הלא אף בחיי השואל אינו רשאי למסור את הנכס לאחר, מפני טענת בעל הנכס: "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר", ו"הלה אינו מהימן לי בשבועה" (ראה סעיף 3, פרק ב), ומדוע לא יוכל המשאיל לסלק את היורש מהשימוש בנכס מאותן סיבות אחרי מות השואל? ואף אם יקבל היורש אחריות על עצמו (כדברי הרא"ש, ליד ציון הערה 48, שהמשאיל יכול לדרוש זאת ממנו), יטען המשאיל שאינו רוצה שהנכס יהיה בידו אף כשיש עליו אחריות, מפני שהוא חושד שישקר (היינו, הוא חושד שיטען היורש בשקר ש"מתה מחמת מלאכה", שבוה שואל פטור — כך הסביר שושנת יעקב, שמא, ג, ס"ק ב)? הוא מתרץ, שמדובר כאן בבן הסמוך על שולחן אביו (והובאה דעתו זו במעשה בראשית, מצווה ס), שהשואל רשאי למסור לו בחייו, מפני ש"כל המפקיד — על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד" (ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 134), ולכן אף לאחר מותו אין המשאיל יכול להוציא מידי היורש (ובס"ק ד כתב כך שוב, גם בדעת שו"ע, חו"מ, קעו, יט). נתיבות המשפט חזק עוד את צמצום ההלכה הזאת לבן הסמוך על שולחנו, שהלא אילו השכיר השואל את הנכס בחייו לבניו שאינם סמוכים על שולחנו, באיסור, היה השכר למשאיל, לפי שו"ע, חו"מ, שטג, י, ולכן אינו יכול להוריש להם את זכות השימוש; ודווקא בכך הסמוך על שולחנו, שהרווח מהמלאכה שהבן היה עושה בנכס בחייו היה לשואל, הוא יכול להוריש לבן זכות זו. על דבריו עיין אבני החושן, שמא, ס"ק ב; בית יעקב, שמא, ג.

ב. גם מרדכי, ב"ק, סימן קמו (הובא בשו"ת מהר"ם גלנטי, סימן כד), כתב שטעם ההיתר כאן הוא משום "כל המפקיד" וכו', ולכן מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט, ומאורות נתן (שפיגלגלס), חידושי שו"ע, חו"מ, שמא, ג, כתבו שלדעתו מדובר דווקא בבנו.

ג. גם חידושי מהר"י אסאד, כתובות לד ע"ב, מסביר שאין המשאיל יכול להוציא את הנכס מהיורש, משום "כל המפקיד" וכו', ובוה שונה נידונו ממה ששמואל אומר בניטין יד ע"א, שלווה הנותן לאחר כסף לתת למלווה כהחזר הלוואתו, יכול לחזור בו וליטלו מן השליח מכיוון שאין השליח חייב באחריות הכסף (ראה סעיף 3, במילואים להערה 10). מכאן שאף לדעתו מדובר כאן רק בבן הסמוך על שולחנו, שהיה רשאי למסור לו בחייו.

ד. גם גן נעול, כפתור ג, פרח כד, אות ג (דף טו ע"ב ודף סח ע"ב), כותב שגם אם נאמר ששואל שהשואל, יכול בעל הנכס להוציא מהשני, כאן אינו יכול מפני ש"כל המפקיד" וכו'. אך הוא כותב (בדף סח ע"ג) ששו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קמה, לא

פירש כך, אלא הבין שהטעם כאן הוא שמניחים שבדעת המשאל היה לעשות חסד לא רק עם אדם זה, ובהכרח (שבה מדובר בתלמוד) היא דבר שדרך להשאל ואין חשש להברחה (ראה על כך בסעיף 3, במילואים להערה 15, על הבעייתיות בהבנת נקודה זו ברשב"א שם; ומכל מקום, לפי זה בשאר נכסים הדין יהיה שונה). הוא מסביר שהרשב"א לא רצה לפרש מטעם "כל המפקיד" מפני שזה אמור דווקא אם כשלא ישמרו כראוי, ישלמו הם או השומר, אבל כאן אם ייאנס, הירוש פטור, ואין לומר שהפקיד על דעת כן. אך מחנה אפרים שם העלה אפשרות שגם לרשב"א הטעם הוא משום "כל המפקיד". מבית מאיר, חלק ב, עמ' קלג, מעלה אפשרות שלפי הרשב"א שם, בדברים העשויים להשיב ולהשאל, הדין כך גם בשאר יורשים, ובשאר דברים הדין כך רק בבניו.

ה. אך מחנה אפרים שם (הובא בדברי חיים, דיני שומרים, סימן כ), דבר אברהם, חלק ב, סימן יז, אות ו, שושנת יעקב, שם א, ג, ס"ק ב, וערך ש"י, חו"מ, שם א, ג, דוחים אוקימתא זו, שהרי מלשון הפוסקים שנקטו "יורשים" משמע שהדין כך בכל היורשים. הם כתבו שבאמת גם שאר היורשים רשאים להשתמש, וחירצו את קושיית נתיבות המשפט בדרכים שונות.

ו. מחנה אפרים תירץ, שהדין שאין שומר רשאי למסור לאחר הוא רק לכתחילה, אבל בדיעבד אין המשאל יכול להוציא את הנכס מאותו אדם אחר (ראה בשמו בסעיף 3, במילואים להערה 10), כמו שמטעם זה שומר שמסר לשומר ויש עדים שגאנס, פטור אף על פי שעבר על רצון בעל הנכס, כשמסר לאחר, מפני שהוא לא נעשה גולן בדיעבד בשל כך, ולכן אינו חייב באונס כגולן (ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 18). גם שו"ת ר"ע איגור, חלק ג (תרצ"ב), סימן לט, וחלק ה (תשכ"ה), סימן קכב, הסביר שרק לכתחילה אסור למסור, אבל בדיעבד אין המשאל יכול להוציא את הנכס מהאחר, מפני שגם האחר הוא בן דעת וידוע לשמור ואין פגיעה במסירה. אבל דבר אברהם שם מקשה על תירוץ זה, שאמנם אינו קרוי גולן כפי שהוכיח מחנה אפרים, מפני שלא גול את זכות השימוש מהמשאל, כיוון שרשות השימוש קנויה לשואל, אבל מכל מקום יוכל המשאל להוציא את הנכס מידי האחר, מפני שהוא מקפיד שלא ימסור, ולכן רואים כאילו התנה שאם ימסור יוכל להוציא מידי האחר. הוא מעיר שמסקנת מחנה אפרים עצמו, בהלכות שאילה, סימן ו, היא שהמשאל יכול להוציא מידי האחר. אך רז"ג גולדברג סבור שאי אפשר להתנות תנאי כזה, שהרי המסירה לאחר אינה גול, כאמור, ואם כן הנכס עדיין קנוי לשואל לזמן הקצוב, ואינו יכול להוציא מידי מי שקיבל מן השואל (כונתו היא, שאינו יכול להגביל את ההשאלה, שתישאר לו זכות בנכס בעודו בידי השואל; ראה דבריו בתחומין ו, תשמ"ה, עמ' 185 ואילך, ושם ז, תשמ"ו, עמ' 368 ואילך, על מוכר המבקש לשייר לעצמו זכות בנכס הנמכר; וראה בשמו באות יב); ואמנם הוא יכול להתנות שאם ימסור לאחר, תתבטל ההשאלה למפרע, ואז נמצא שהוא גולן, אבל אין סיבה לומר שרואים כאילו התנה כך. רח"א מילר השירה על כך, שמאחר שברור שבעל הנכס אינו מסכים למסירה, יש להניח שהוא התכוון להתנות באופן שהתנאי יועיל — והיינו שהתנה שאם ימסור לאחר תתבטל השאלה למפרע. גם מבית מאיר, חלק ב, עמ' קלא, מקשה על מחנה אפרים, נכון שאינו גולן כשמוסר לאחר, אבל מאחר שזה אסור, המפקיד יכול לחזור בו בעקבות זה, ואם כן הזכות אינה עוברת בירושה. הוא מביא ראיה (עמ' קלב) מהדין ששומר שמסר למישהו להחזיר לבעל הנכס יכול לךרשו חזרה כיוון שהשומר עדיין חייב באחריות (לשיטת הרמב"ם — ראה סעיף 3, במילואים להערה 10), וכך כאן בעל הנכס יכול לחזור בו ולךרשו מהשואל מכיוון שעבר על רצונו.

ז. דבר אברהם תירץ, שמאחר שהשאל לו לזמן קצוב, וידוע שייתכן שימות השואל תוך הזמן, והנכס יגיע ליורש, הרי זה כאילו השאל על דעת שהיורש יוכל להשתמש. הוא מסביר בזה את מה שכתב שיטה מקובצת, כתובות לד ע"ב (ד"ה ולי), שגם לדעה שסתם שאילה היא שלושים יום, אם מת השואל אין ליורש זכות שימוש שלושים יום (ראה סעיף 3, במילואים להערה 10, אות לו) — שמאחר שלא נקצב זמן, אין מקום לסברה האמורה, שעל פיה מתירים ליורש להשתמש. יש להעיר, שלפי הסבר זה, אם היורש הוא בן הסמוך על שולחנו, יהיה זכאי לשימוש עד סיום שלושים היום, מפני שהוא רשאי להשתמש גם בלי הסברה הזאת.

ח. ערך ש"י תירץ, שהאיסור למסור לאחר הוא רק לכתחילה, וכאן שהנכס נפל ליורש בירושה, אין קפידה. נראה שכונתו היא, שגם אם נאמר שאם מסר השואל לאחר, יכול המשאל להוציא מידו, מכל מקום כאן שהגיע ליורש ממילא, אינו יכול להוציא, מפני שלא עבר השואל על רצונו במעשה מכונן של מסירה לאחר. עוד הסביר (וכך כתב גם בסימן שמב, א), שאין לומר שהמשאל הקפיד שלא יתן השואל ליורש להשתמש, ושהשאל על דעת שלא ישתמש היורש כשימות, שהרי מיתה אינה שכחה, וברור שלא העלה זאת על דעתו בעת ההשאלה. אך הסבר זה קשה, שהרי אפשר לומר שהשאל על דעת שרק השואל ישתמש, ולא ישתמש אדם אחר בשום מצב, וזו אומדנא כללית, ויש שכיחות כוללת למסירה בכל מיני מצבים. רח"א מילר הוסיף להקשות, גם אם כל המקרים אינם שכיחים, ולא חשב על מצב זה, ואם כן אין גילוי דעת שבמצב זה יאסור, אין להתיר משום העדר גילוי דעת שאוסר, ואדרבה, יש לאסור על אדם להשתמש ברכוש חברו בלי גילוי דעת שמתיר; וכי אם יפול ביתו של אדם באונס, יהיה מותר לאנשים לקחת משם חפצים, מפני שלא חשב שזה יקרה, ולא היה ברעתו לאסור על אנשים לקחת אז? יש להשיב על כך, שמאחר שניתנה לשואל מעין בעלות על הנכס למשך זמן השאלה, הוא רשאי למסור את רשות השימוש למי שירצה, אם לא גילה בעל הנכס את דעתו שהוא אוסר זאת.

ט. אבני החושן, שם א, ס"ק ב, תירץ, שהשואל קנה את החפץ למשך הזמן שנקבע, ולכן היורשים ירשו את זכותו ממילא, בלי שימסור להם (נראה שהוא מתכוון להסבר הראשון של ערך ש"י דלעיל). המהדיר למאירי, כתובות לד ע"ב, הערה יא, תירץ שרשאים להשתמש, מפני שבאים מכח ירושה. אפשר שכונתו היא, שבעל הנכס אינו יכול לטעון שאינו מאמין ליורש כמו שהאמין למוריש, מפני ש"יורש כרעיה דאבוח" (עירובין ע"ב).

י. דברי חיים, דיני שומרים, סימן כ, מסכים למחנה אפרים, שר"מ המובא במרדכי, ב"ק שם, סובר שטעם ההיתר הוא "כל המפקיד" וכי, שכן הוא למד מכאן שמקבל עסקא שמת, אלמנתו וזכה בעסקא עד הזמן שנקבע, מדין "כל המפקיד" וכו' (ראה סעיף 11, במילואים להערה 270). אבל הוא כותב, שלפי ר' משה מרגנשבורג במרדכי שם, שהעלה אפשרות שההיתר כאן אינו חל בעסקא מפני שבעסקא יטען הגותן שהאב התמצא יותר במשא ובמתן — לפיו אפשר לומר שטעם הירשות כאן הוא שמן הסתם כל אדם שומר כראוי על נכסים, ואין הברל בין שהשואל משתמש לבין שירשיו ישתמשו, ומכאן שגם שאר יורשים יוכלו להשתמש, ולא רק בניו. והוא מסביר, שאף על פי שבסתם שואל שהשאל יכול בעל הנכס לדרוש אותו מהשני, זה מפני שהראשון התחייב לשמור בעצמו את הנכס למשך הזמן שנקבע ובתמורה הקנה לו בעל הנכס את רשות השימוש, והוא יכול לטעון שאינו מאמין שהשני ישמור (יש להוסיף, שיוכל גם לטעון שחושש שהשני יגנוב, והתחייבות השומר לשמור כוללת שישמור שלא יגנוב אותו שום אדם, אף לא שואל המשנה); מה שאינו כן ביורשים, שהתורה מנחילה ליורשים את זכות השימוש שהייתה לראשון, ואין המשאל יכול לבטל זאת וזו מחמת חששו שהם לא ישמרו; ואמנם כשהיה חי היה המשאל יכול למונע מסירה לאחר בטענה שיש על השואל התחייבות לשמור בעצמו, אבל עכשו שמת בטלה התחייבות זו; ואם המשאל חושש שהיורשים לא ישמרו כראוי, ילך הוא לביתם וישמור.

את נימוקו השני של נתיבות המשפט, שאינו יכול להוריש את רשות השימוש למי שאינם סמוכים על שולחנו, שהרי אילו השכיר לאחר בחייו היה השכר לבעלים לפי שו"ע, חו"מ, שט"ג, י, ואם כן אין הזכות שלו – דוחה דברי חיים, שהשולחן ערוך שם עוסק בגולן מפני שהשכיר (ר"מ ויגורה העיר, ששם מדובר בשוכר שהשכיר לאחר באיסור, כגון לאנשים רבים יותר, והסביר שרבי חיים קורא לו גולן מפני ששימוש הרבים הוא מעבר לזכות שהייתה לשוכר הראשון בביתו), ולכן השכר לבעלים מפני שרואים כאילו השוכר לקח מהבעלים, אבל בשואל, הנכס קנוי לו כל משך השאלה, ולכן הוא יכול להוריש את הזכות; ואף על פי שיש חשש שלא ישמרו כראוי, אין חשש זה יכול לבטל את הזכות שירשו, שהרי כל ישראל בחזקת כשרות. הוא מקשה על הבנת נתיבות המשפט, שטעם היתרה הוא מטעם "כל המפקיד" וכו', הרי המשאל יטען שזה גריעה לעומת שמירתו שבחיי אביהם, מפני שאילו השתמשו בנכס בחייו, היה המשאל יכול לגבות מן האב אפילו באונס, ועכשו שמשתמשים לאחר מיתה, הם פטורים מאונס? מכאן הוא מוכיח, שצריך לומר כאמור, שאין זה משנה ששמירתם נגרעה, מפני שהם ירשו את זכות השימוש, ולא את חובת השמירה, וזה נכון גם בבנים שאינם סמוכים על שולחנו.

יא. מבית מאיר, חלק ב, עמ' קלב, כותב שגם אם בשואל שהשאל מועילה הקפדת המשאל שיוכל לחזור בו, מפני שאילו ידע שישאל לאחר לא היה משאל לו, מכל מקום בירשי שואל, לא חשב על זה בשעת שאילה, וזכותו לחזור תלויה במה שחשב בשעת שאילה, ואם בשעת שאילה לא חשב להקפיד על זה, השאלה חלה בכל אופן, ולא משנה שאחר כך מקפיד. הוא מוסיף להסביר לפי הכלל בחזוה שסוכל שאם מה שאירע הוא דבר מצוי ושניהם שווים בידיעת הנולד, הולכים לפי המוחזק, ושאינו מוחזק היה צריך להתנות שאם יקרה כך וכך יהיה לטובתו, וכאן השואל מוחזק; ועוד, שהחששים שמא ימות (רמב"ם, הלכות תרומות, ט, א), ואם כן היה למשאל להתנות שלא יוריש לבניו, ומאחר שלא התנה, הדין עם המוחזק – היורשים (ראה בדומה להלן במילואים להערה 44, אות ה, בשם גן נעול). הוא מעיר (בעמ' קלג) שלפי הסבר זה גם שאר יורשים רשאים להשתמש, ולא רק בניו.

יב. רז"ג גולדברג, תחומין ו (תשמ"ה), עמ' 206, הסביר את רשות השימוש, שהאיסור לשואל להשאל הוא רק לכתחילה, אבל כאן שירש הירש את זכות השואל, אין מפקיעים את זכותו מחמת האיסור. הוא מסביר, שנתחבות המשפט לא קיבל סברא זו, וסובר שלירשים אחרים מלבד בנו אסור להשתמש, מפני שמצד האיסור יש לבעל הנכס כוח לעכב בעד היורשים מלהשתמש. בהערותיו להיבור זה הסביר רז"ג גולדברג ביתר הרחבה, שהטעם שאין שואל רשאי להשאל, אינו שהמשאל שירר לעצמו את אפשרות השימוש של אחרים, שאז היה השואל נחשב גולן כשמשאל לאחרים (והרי הרי"ף אמר שאינו גולן – ראה סעיף 7, הערה 12), אלא זה רק קפידה, ואסור לעבור על דעת בעל הנכס; ואיסור זה חל רק במקום שאפשר לקיימו, אבל אם מת השואל אי אפשר לקיימו אלא אם כן יחזור הנכס למשאל, ואין לגזול מן היורשים מה שזכו בו כדיון. אשר לדין (שהביא נתיבות המשפט) ששואל שהשכיר, השכר לבעל הנכס, הוא כותב שאין זה משום שאין לשואל זכות (ממונית) להשאל, שהרי אמרנו שיש לו (ורק מוטל עליו איסור), אלא זה משום שאין אדם יכול לעשות סחורה בממונו של חברו. כנגד זה, הסביר רח"א מילר שנתחבות המשפט ודברי חיים לא רצו להסביר כך את דין שואל שהשכיר, מפני שאינו עושה רווח בנכס של חברו, אלא מקבל פיצוי על זכות שימוש שהייתה לו, והפסיד כשמסר לשוכר.

יג. קושייה דומה לקושיית דברי חיים דלעיל, מקשה שו"ת זכרון שמשון, סימן כד: איך מותר ליורשי שואל להשתמש בנכס, הרי לדעת הרמב"ם, אסור לשומר שכר למסור את הנכס לבני ביתו משום שהם רק שומרי חנם, ונמצא ממעט בשמירה (ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 306), ואף כאן, כששואל מוסר (במיתתו) לבניו שיהיו רק שומרי שכר, זהו מיעוט בשמירה? הוא תירץ, שדווקא לשומר שכר אסור למסור לשומר חנם, מפני ששומר שכר יושב ומשמר (ראה סעיף 29), ואילו שומר חנם אינו יושב ומשמר, ונמצא מפחית במעשה השמירה, אבל בין שואל לשומר שכר אין הברל במעשה השמירה, שהרי מאונס אי אפשר לשומר, ולכן מותר לו למסור לשומר שכר. המגיה שם מתרץ, שאם נפעיל כאן את איסור המסירה, תופקע מן היורשים זכות השאלה, והרי היורשים זכו בהנאת השימוש בירושתם; ואין המשאל יכול לטעון שהשאלה בטלה מפני שהייתה בטעות, שכן אילו ידע שימות השואל תוך זמן השאלה לא היה משאל – מפני שמיתה אינה שכיחה, ובהתרת נדרים מחמת טעות הכלל הוא: "אין פותחין בנולד" (נדרים סד ע"א), כלומר, שאין מתירים בטענה שאילו ידע שיקרה דבר זה, שאינו שכיח, לא היה נודר.

יד. חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן פב (קלא ע"ג), כותב שאין לומר שמה שמותר ליורשי השואל להשתמש הוא מצד "כל המפקיד על דעת אשתו ובניו מפקיד", שהלא אחרי שמת אביהם לא יוכל להשגיח עליהם, ואם כן אין לומר "כל המפקיד".

טו. הדין שהיורש רשאי להשתמש מובא במרדכי, ב"מ, סימן שצ; באגודה, ב"מ, סימן קס; ובסמ"ע, סימן עג, ס"ק ח, וסימן קעו, ס"ק נ. בטעם רשות השימוש עיין אור עזרא, קובץ ב, סימן ו.

טז. שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צח, אות ז, כותב שליוורש יש זכות שימוש רק אם השואל עשה בזמנו מעשה קניין, שאם לא כן, המשאל יכול לחזור בו מן ההשאלה. אפשר שהוא מתכוון לומר, שאם לא עשה השואל קניין, לא יועיל שהיורש יעשה קניין, מפני שלא ירש שום זכות.

להערה 42

א. דעות חולקות: ראב"י אב"ד, המובא בחלק מן הראשונים שם (הם קוראים לו "ראב"ד", אבל ברור שאין כוונתם לראב"ד, שהרי הוא פוטר כאן, כמצוין בהערה [ובית יעקב, שמא, ג, התקשה בסתירה זו], אלא כוונתם לראב"י אב"ד, בעל האשכול, כפי שהעיר אבן האזול, הלכות שאילה, א, ה, והוכיח זאת ממה שמאירי, ב"ק קיב ע"א, מביא דעה זו בשם "גדולי קדמונינו שבנובונה", וראב"י אב"ד היה מנובונה), פסק שאם היורש השתמש, הוא חייב באונס, והתלמוד פטר רק אם עוד לא השתמש. חידושי הרשב"א, כתובות לד ע"ב, נוקט שראב"י אב"ד מחייב במקרה שרצה היורש להשתמש בנכס כל ימי השאלה, והחזיק בו בתורת שאילה. נימוקי יוסף, ב"ק לט ע"א, בדפי הרי"ף (הובא בבית יוסף, חו"מ, שמא, ה), נקט שראב"י אב"ד מחייב אם השתמש, מפני שבכך החזיק בנכס בתורת שאילה. רח"א מילר הבין מדברי נימוקי יוסף, שראב"י מחייב אם החזיק בו לשימוש, גם אם לא השתמש.

ב. מגיד משנה, הלכות שאילה, ב, יא, מעלה אפשרות שגם הרמב"ם מחייב את היורש באונס אם השתמש, מכיוון שהרמב"ם פסק שאשה ששאלה ונישאת, ובעלה השתמש בנכס, חייב באונס (ראה סעיף 1(א), ליד ציון הערה 196); אבל הוא מעלה אפשרות, שאף

מילואים לסעיף 1(ד)

על פי שהיורש פטור אפילו השתמש, הבעל חייב אם השתמש, מפני שאינו כירוש מאתו אלא כקונה ממנה, וכש"מכרה" לו האשה את הנכס לא הייתה לה רשות למכור לו בלי להעביר אליו את החיוב באונס. אבל אכן האזל, הלכות שאילה, א, ה, מקשה על הבונה זו, שגם כאן המשאיל יכול לטעון שהשאל רק על דעת שהשתמש (גם אם הוא יורש) יהיה חייב באונס, ואמנם הרא"ש (הערה 48) אכן כתב שמשום כך זכאי המשאיל לדרוש מהיורש לקבל על עצמו חיוב אונס, אבל לפי סברת המגיד משנה הדין צריך להיות כן גם בסתם, כשלא דרש זאת ממנו. עוד הקשה, שאפשר לומר הבחנה הפוכה, שבעל פטור מפני שאפשר לחייב את האשה שכן היא בחיים, מה שאינו כן כאן, שאי אפשר לחייב את השואל שמת, ולכן נחייב את היורש. ולכן אכן האזל נוטה להבנה הראשונה של מגיד משנה, שהרמב"ם מחייב כאן (עיי'ן שם, שמוצא לכך רמז בדברי הרמב"ם). גם שו"ת ערות ביעקב, סימן כג (נו ע"א), כתב שהרמב"ם מחייב באונס אם השתמש (והוא מיישב את הסוגיה לדעה זו, ועיי'ן שם להוכחתו שזו דעת הרמב"ם; וראה בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 197. גם לחקרי הלכות (הליר), סימן רצה, ובספרו פרי חיים, על הרמב"ם שם, כתב שהרמב"ם מחייב באונס אם השתמש היורש, כפי שהוא מחייב בעל השתמש.

ג. שלטי הגיבורים, ב"מ נו ע"ב (בדפי הרי"ף), כתב שאפשר שאין מי שחולק על הרמב"ם אב"ד; וכבר תמה עליו מלאכת שלמה, על הרמב"ם, הלכות שאילה, א, ה, שהלא הראשונים חולקים עליו במפורש.

ד. דעת הרמב"ם אב"ד מובאת במחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ב. לב מבין, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, א (קעד ע"ד), כתב שאפשר לומר "קיים לי" כראב"י אב"ד.

ה. אולם המשפט, שמה, ג, מנמק דעה זו, על פי דברי תוספות, כתובות נו ע"ב (ד"ה הרי), שהטעם לחיובי שומרים הוא מפני שהתורה אמדה שאדם רוצה להתחייב בכך, גם אם לא אמר במפורש; ואפשר לחייב גם יורש מטעם זה, שמאחר שהוא משתמש בשל חברו, יש להניח שברצונו להתחייב באונס מחמת השימוש. רח"א מילר דחה הוכחה זו, שמה שהתורה אומרת ששואל מוכן להתחייב באונס הוא דווקא כשאמר במפורש שהוא רוצה להיות שואל, מה שאינו כן כאן שהיורש לא אמר כלום.

ו. אכן האזל שם נימק את דעת הרמב"ם אב"ד, שחייב שואל באונס אינו מצד שמקבל על עצמו אחריות, אלא עצם השימוש מחייב, מפני שנהנה (עיי'ן שם, שמוכיח יסוד זה).

ז. הראשונים מביאים ראיה לדעה זו, שחייב אם השתמש, מהדין ששוכר שהשאל, השואל חייב באונס כלפי המשכיר אף על פי שלא שאל ממנו (סעיף 7, פוק ד, 3), מפני שהשתמש בנכס שלו, ואף כאן היורש חייב בגלל השימוש, ותחשב בעל דינו של המשאיל. חידושי הרשב"א, כתובות לד ע"ב, דוחה ראיה זו, שיוורש נחשב שוכר מאביו, ואינו נחשב שואל. גם שיטה להר"ן, כתובות לד ע"ב, דחה, שדווקא שם נחשב השואל שאל של בעל הנכס, מפני שנכנס לעניין בתורת שאילה. כמו כן, חידושי הריטב"א, כתובות לד ע"ב, דחה, שדווקא שם שנעשה שואל במפורש כלפי השוכר, נחשב שואל כלפי בעל הנכס כדי שהשוכר לא יעשה סחורה בנכס של חברו, אבל היורש כאן מעולם לא נעשה שואל.

ח. חידושי הרשב"א (מהד' הירשלה), ושיטה להר"ן, כתובות לד ע"ב, מקשים על הרמב"ם אב"ד, הלא אפילו הווי' היורש לנכס הוא פטור (ראה ליד ציון הערה 51), וכל שכן שפטור אם לא עשה מעשה מוזיק, ורק השתמש. ברכת אברהם, ב"ק, מהדורא קמא, קיב ע"א, מיישב, שטעם הרמב"ם אב"ד הוא שכשמשתמש חל עליו דין שואל גם אם לא קיבל על עצמו חיוב (משמע) — גם אם לא ידע שהנכס שואל, וזה דווקא בשימוש כדרך השואלים, היינו שגוף הנכס קיים והוא משתמש בו, אבל אם הוא מכלה את הנכס, אין זה שאילה אלא מוזיק וגולן; ועוד, שלא תיתכן שאילה נגד רצון בעל הנכס, ובוודאי אין בעל הנכס מסכים שיוזק לו, ולכן אם כילה אותו אין לו דין שואל אלא דין מוזיק, ופטור מפני שזה אונס גמור. אפשר לתרץ בדרך אחרת: שהרמב"ם אב"ד מסכים שאם לא ידע שהנכס שואל, כבמקרה ליד ציון הערה 51, פטור אפילו השתמש, והוא מחייב רק אם השתמש תוך ידיעה, כסברת אולם המשפט שהבאנו.

ט. חידושי הרמב"ם אב"ד, ב"ק קיב ע"א, מקשה על הרמב"ם אב"ד, אם השימוש מחייב באונס, צריך להיות חייב באונס גם לפני השימוש, מחמת רשות השימוש, כמו ששומר דמי אבדה חייב באונס מחמת רשות השימוש אף בלי שהשתמש (ליד ציון הערה 35)? מאירי, כתובות לד ע"ב, מיישב, ששם חייב משום שמדובר במוצא האבדה עצמו, אבל כאן היורש לא קיבל את הנכס מיד המשאיל. מאירי, ב"ק קיב ע"א, מיישב ששם מאחר שגם בלי רשות השימוש היה שומר שוכר, כשומר אבדה, רשות השימוש מעלה אותו בדרגה לחיוב אונס (סברה זו ראה ליד ציון הערה 37), אבל כאן בלי רשות השימוש היה רק שומר חנינם, ורשות השימוש מעלה אותו רק לחיוב גנבה ואבדה (ראה ליד ציון הערה 45). גם חידושי הרשב"א (מהד' הירשלה), כתובות לד ע"ב, מקשה על הרמב"ם אב"ד, שאם השימוש מחייב היה צריך להיות חייב גם אם לא השתמש, אם הנכס בחצרו כך שקנאו לשאילה. אבל לשונו אינה ברורה, וייתכן שהוא מתכוון לומר שבאמת הרמב"ם אב"ד מחייב גם אם לא השתמש, אם הנכס בחצרו, ופוטור רק אם הנכס ברשות הרבים, כך שלא קנאו.

י. רד"ג גולדברג סבור שגם לראב"י אב"ד, אם הנכס ניווק בדרך "מתה מחמת מלאכה", היורש פטור.

להערה 44

א. חידושי הריטב"א, כתובות לד ע"ב, נימק, מפני שלא קיבל על עצמו חיוב של שאילה. שיטה ישנה, המובאת בשיטה מקובצת, כתובות שם, נימק, מפני שלא השתמש בנכס בתורת שואל, אלא בחיוב שומר סתם. מגיד משנה, הלכות שאילה, א, ה (הובא בשרית מהרש"ם, חו"מ, סימן עו, ובשו"ת חסד לאברהם, אלקלעי, חו"מ, סימן יג, דף 13), נימק, שהשימוש אינו מחייב, וזה שונה מדין שומר כסף שחייב באונס אם השתמש אף על פי שלא לקח במפורש במטרה להשתמש, מפני שכאן חוזר הנכס בעין, שלא כסף ביד שומר כסף, שהוא יכול להחזיר כסף אחר, ולכן חייב באונס (כמו ההבחנה של התומים במילואים להערה 9, ושל מחנה אפרים במילואים להערה 24, בין שומר כסף לשומר שהשתמש בנכס), ועוד, שלא שאל היורש את הנכס בעצמו. נימוקי יוסף, ב"ק שם, נימק, שהיורש לא קיבל על עצמו שמירה, שהרי לא שאל בעצמו. שו"ת הרי בשמים, חלק ב, סימן קטו, נימק, מפני שלא קיבל כלום על עצמו. מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן א, נותן שני נימוקים אפשריים: (א) מפני שהנכס בא לידו בתורת יורשה ולא בתורת שאילה; (ב) מפני שהיורש לא קיבל על עצמו שמירה (עיי'ן שם, שמוצא נפקות בין ההסברים). ראש יוסף, חו"מ, עב, כט, נימק, שקיבל את רשות השימוש ולא את החיוב. הסבר נוסף ראה במילואים להערה 48, אות יא, בשם מבית מאיר.

ב. שו"ת אבני נזר, אה"ע, סימן רצ, מבאר, שהשימוש אינו מחייב את היורש באונס, מפני שאין כל ההנאה שלו, שהרי המשאיל

מילואים לסעיף 1(ד)

נהנה כיוון שהיורש שומר על הנכס עבורו, ודווקא שואל רגיל נחשב שכל ההנאה שלו אף על פי שהוא שומר על הנכס, מפני שאין זה נחשב הנאה למשאל, שהרי גם אילולא השאל אותו אלא היה משאיר את הנכס בביתו, היה משתמר, ונתנו לשואל לשמרו רק לטובת השואל (ראה ליד ציון הערה 120), מה שאינו כן ביורש, שלא קיבל את הנכס מיד המשאל, ואנו רוצים לחייבו עתה על מה שהנכס נשאר בידו, אבל הרי הימצאות הנכס ברשותו היא לטובת המשאל, מפני שאם יוציא היורש את הנכס מרשותו לרצונו, הנכס יהיה בלתי משתמר, ונמצא שהמשאל נהנה משמירתו, לכן פטור מאונס. וראה במילואים להערה 48, מסקנתו מכך לעניין מקרה המשאל דרש את הנכס חזרה.

ג. אור החמה, ב"ק ק"ב ע"א, ביאר שחייב האונס של שואל אינו תנאי מהותי לרשות השימוש, אלא רואים כאילו המשאל נתן לו במתנה את רשות השימוש, אלא שמחוייב להחזירה לאחר זמן, ומחוייב להחזיר בכל מצב גם אם יקרה אונס (ואו ישלם כסף), ונמצא שחייב האונס מטיל על כתפיו של האדם, ולכן היורש שלא קיבל על עצמו חיוב החזיר, פטור מאונס, וגוף השאלה, רשות השימוש, אינו תלוי בחיוב האונס.

ד. גם גן נעול, כפתור ג, פרח יז, נימק ששואל חייב באחריות מפני שקיבל על עצמו להחזיר את הנכס וחייב להחזיר נכס שלם, וכאן היורש לא קיבל על עצמו להחזירו (אלא שאם הוא בעין חייב להחזיר מפני שלוו), ולכן אין לחייבו כשאבד הנכס, משום שלמוריש היה קניין בנכס, וכשאבד, הרי זה כאילו נכס של המוריש אבד.

ה. בפרח כד, אות ג (סו ע"א-ע"ב), הסביר שאין המשאל יכול לטעון: "לא השאלתי על דעת שאם יאנס יהיה היורש פטור", מפני שהיה צריך להתנות מראש שאם ימות השואל, יורשו יהיה חייב באונס, שהלא הלכה היא ש"שמא ימות חיישין" (גיטין כח ע"ב), ואם כן המשאל היה צריך לחשוש שמא ימות השואל, והוא ידע שאם ימות השואל, היורש ישתמש, שהרי "כל המפקיד על דעת אשתו ובניו מפקיד"; ומאחר שהשואל מוחזק וגם היורשים נקראים מוחזקים מכיון שהנכס בא לידם בהיתר, לכן אומרים שהיה למשאל להתנות, ואין אומרים שהיה לשואל להתנות להיפך (ראה בדומה לעיל, במילואים להערה 41, אות יא, בשם מבית מאיר).

ו. חידושים וברורים (גריינימן). ב"ק, סימן יג, ס"ק כא, נימק, שהאונס אינו תלוי בשימוש, מפני שהאונס אינו עלול לבוא יותר כשמשתמש מכשאינו משתמש, אלא שהתורה הטילה עליו חיוב אונס, ואין יתרון למשאל אם נאסר על היורש להשתמש, מפני שזה לא ינמנע אונס, ולכן אין להניח מן הסתם שהוא מקפיד שלא ישתמש היורש מצד שאינו חייב באונס, שהרי השימוש לא יגרום אונס. למעשה זהו הסבר מדוע מותר השימוש למרות שפטור באונס, ואינו הסבר מדוע פטור מאונס.

ז. הפטר היורש מובן במיוחד לפי מחנה אפרים ותומים (במילואים להערה 9), שפטרו מאונס מי שהופקד אצלו נכס לשמור, והתיר לו בעל הנכס להשתמש, והשתמש, ונימקו משום שבעל הנכס נהנה משמירתו; ואף כאן אין היורש נחשב שואל, מפני שלא קיבל את הנכס למטרת שימוש. הדעה החולקת שם תצטרך להסביר שהיורש פטור כאן מאונס מפני אחד ההסברים דלעיל.

ח. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן עח, מעלה אפשרות שלפי הדעה (ראה סעיף 5, במילואים להערה 98), שחייב תשלומין חל משעת ההפקדה, היורש חייב באונס מפני שאינו יכול לרשת את זכות השימוש בלי החיוב באונס, מפני שטיען המשאל: "לאבדך שהיה חייב באונס רציתי להשאיל ולא לך"; אבל לדעה (סעיף 5, שם) שחייב תשלומין מתחיל משעת הנוק, כך שהאב עדיין לא נתחייב באונס בפועל, המשאל אינו יכול לטעון כך, ולכן הבן יורש את זכות השימוש, ולא משנה שאחר כך כשאונס לא יחייב, שזה משום שלא קיבל על עצמו לשמור (אך קשה, הרי יוכל המשאל לטעון: "השאלתי לאב רק מפני שהיה עתיד להתחייב באונס אם ינוק"?). הוא נוקט, שלפי הדעה הראשונה, רק אם הניח האב נכסים, חייב היורש לשלם על האונס (ואין זה מובן, מדוע לא יחייב לשלם מנכסי עצמו?); ואילו אם לא הניח נכסים, היורש פטור מלשלם, ומכל מקום יוכל להשתמש בנכס, שהרי אם לא היו לאב נכסים גם אם היה חי לא היה המשאל גובה, מפני שעיקר סמיכת המשאל היא על אחריות הנכסים (אך יש לדחות, שיתכן מקרה שהיו לו נכסים, ונתנם לאחר לפני מותו). אך הוא כותב שלפי הרמב"ם שנימק שהיורש יורש את זכות השואל, משום שאין המשאל יכול לחזור בו, מפני שיש לשואל קניין פירות בנכס – לפי זה אין חיוב היורש תלוי בזמן חלות החיוב על האב.

ט. מאירי הלכה (מאן), חלק א, דף ב ע"ג, כותב בניגוד לכל שאר הפרשנים, שהיורש פטור רק אם הוא קטן, והוא פטור גם כשגדל אחר כך. ראה בשמו בסעיף 13, הערה 15, על קטן שהפקיד וגדל. וראה סעיף 1(ב), במילואים להערה 14, על שומר קטן שגדל.

להערה 45

א. אהל תורה (קוק), עמ' רפט, כותב שהחייב בגנבה ואבדה הוא מדין שואל ולא מדין שומר, אלא שפטור מאונס מפני שאי אפשר לחייבו באונס שלא מדעתו.

ב. ראש יוסף, חו"מ, עב, כט, מקשה, מדוע חייב בגנבה ואבדה, הרי אמרנו (במילואים להערה 44) שהוא יורש זכות ולא אחריות? שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן קב, אותיות זח, משיב על קושי זה, שאף על פי שאינו בא במקום אביו להתחייב בשמירה, חייב בגנבה ואבדה מצד עצמו, מפני שהוא נהנה.

ג. דעות חולקות: חידושי הרמב"ן, ב"מ צו ע"ב (הובא באבן האזול, הלכות שאילה, א, ה, ובדברי חיים, דיני שומרים, סימן כא), וחידושי הר"ן, ב"מ צו ע"ב, כותבים שהיורש פטור גם אם פשע, מפני שהשואל התחייב רק לשמור בעצמו, ולא שיוורש ישמור, והיורש עצמו לא קיבל על עצמו שמירה (והם מביאים לכך ראייה מן התלמוד – עיין שם). לפי חידושי ר"ע איגור, חו"מ, שמא, ג, זו גם דעת נימוקי יוסף, ב"מ נה ע"ב (בדפי הרי"ף), הכותב בשם הראב"ד והרשב"א שהבעל פטור בפשיעה על נכס ששאלה אשתו לפני שנישאה (ראה סעיף 1(א), הערה 199). אבל יש להעיר שנימוקי יוסף לא כתב כך במפורש לעניין יורש, מה עוד שנימוקי יוסף בכתובות ובב"ק מחייב בגנבה ואבדה, כפי שצינו בהערה 47. דברי אמת, קונטרס ב (בעניין לאחר שלשים יום), בחחילתו, מביא את מחלוקת הרמב"ן והרא"ש.

ד. ר"מ הירשור, בהערותיו לתוספות הרא"ש, ב"מ צו ע"ב, הערה לב, מקשה על הרמב"ן, איך ייתכן שהיה נכס בידו, ולא יהיה חייב בשמירה? ראה בשמו בסעיף 1(א), הערה 171.

מילואים לסעיף 1(ד)

ה. ר"י שאכירלס, "בסוגיה הדניח להם אביהם", מוריה שנה יב (תשמ"ד), גל' דוט, עמ' ק, כותב שאמנם רבא סובר שהיורש חייב כשומר שכו, אבל רב פפא פוטר אף מגנבה ואבדה.

ו. ר"ש ברנשטיין, "שומרי מעות למיניהם", ניב המדרשיה תשל"ח-תשל"ט, עמ' 78, כותב שירשי שואל שמכרו את הנכס בתוך הזמן מפני שעמד להתקלקל (לפי סעיף 6, פרק א, 2) – אינם נעשים שומר שכר על הכסף מפני היורש שימוש, אף על פי שסתם שומר שמכר את הנכס נעשה שומר שכר על הכסף בגלל רשות השימוש (ראה סעיף 1(ג), ליד ציון הערה 180). הוא לא נימק את דבריו.

להערה 47

א. דעות חולקות: שו"ת הרדב"ז, סימן תקפח, עושה כאן הבחנה: אם השתמש, חייב בגנבה ואבדה, ואם לא השתמש, פטור מגנבה ואבדה וחייב בפשיעה, לרמב"ם הסובר שפושע כמזיק (ראה סעיף 1(א), ליד ציון הערה 287). אך שביתת יום טוב, על חו"מ, סימן שמא, דוחה את דברי הרדב"ז, מפני שרוב הפוסקים פסקו שגם אם לא השתמש חייב בגנבה ואבדה.

ב. שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן עו (הובא בש"ך שם, ובבני אהרן, סימן רצא, דף קמו ע"א), מדייק משו"ת מהרי"ק, שורש ו, בתחילתו, שהוא מחייב בגנבה ואבדה דווקא אם השתמש (אך שמח עולם, על הרמב"ם, הלכות שאילה, א, ה, כותב שמהרי"ק לא התכוון לפטור את היורש אם לא השתמש). מהרשד"ם עצמו עושה הבחנה אחרת: אם לא הייתה ליורש אפירות להשתמש בנכס, הוא פטור מגנבה ואבדה, שהרי לא נהנה, אבל אם הייתה לו אפשרות להשתמש, גם אם בפועל לא השתמש, הוא חייב, מפני שנהנה מאפשרות השימוש. אך בסימן צח, מהרשד"ם פוטר מגנבה ואבדה אם לא השתמש היורש.

להערה 48

א. צדק ומשפט, שמא, ג, כותב שהראב"י אב"ד המחייב יורש באונס אם השתמש (ראה במילואים להערה 42), בוודאי סובר כרא"ש, שאין היורש יכול להשתמש בלי לקבל על עצמו אחריות. הוא מסביר שהסיבה שכתב שולחן ערוך דין זה בלשון "יש מי שאומר" הוא מפני שזה סגנונו בהבאת סברה מחודשת אף אם אין מי שחולק עליה.

ב. שו"ת אבני נור, אהע"ז, סימן רצ, מגיע למסקנה דומה (בלי לציין את הרא"ש) – שאם בא בעל הנכס לטול את הנכס, והיורש סירב לתת לו, הוא חייב באונס. זאת, לאור מה שהוא הסביר את ההפטר באונס בכך שאין כל ההנאה של היורש, מפני שהוא שומר על הנכס, שאם יוציאהו מרשותו לרחוב הוא יהיה בלי שמירה, ונמצא שבעל הנכס נהנה קצת מזה, שלא כבשואל רגיל (ראה בשמו במילואים להערה 44); והסבר זה אינו תקף כשהוא בא לטול מהיורש, שהרי אז אינו נהנה מן העובדה שהיורש שומר עליו, שכן אם יוציאנו היורש מרשותו יקח אותו המשאל יישמרו. רח"א מילר העיר ששיטת אבני נור שונה משיטת הרא"ש, שלפי הרא"ש צריך המשאל לדרוש שיקבל היורש אחריות (אם לא יחזיר את הנכס), וסירוב לזה מחייב באונס, ואילו לאבני נור די בסירוב היורש להחזיר את הנכס, כדי לחייבו באונס.

ג. ביאור הגר"א, חו"מ, שמא, ס"ק ה, מביא ראייה לרא"ש מן הדין בב"מ קט ע"א, שאריס שמת, אין ליורשו זכות להמשיך את האריסות בלי הסכמת בעל הקרקע. הוא מתכוון לומר, שכדי ליישב דין זה עם הדין שירוש של שואל זכאי להמשיך את השאילה, צריך לומר שגם היורש של שואל אין זכות להמשיך את השאילה בלי קבלת אחריות, אם בעל הנכס דורש זאת. אבל יש מהפרשנים שמצאו סיבות להבדיל בין אריס לשואל: נימוקי יוסף, ב"מ סו ע"א (בדפי ה"ף), ותלמידי הרשב"א, שהובאו בבית יוסף, חו"מ, קעו, לה, כתבו שדווקא שואל, שכל ההנאה שלו, יכול להוריש את זכותו, מפני שהוא זוכה בנכס לכל משך שאילתו, מה שאינו כן באריס. ב"ח ופרישה, חו"מ, שמא, ה, כתבו שדווקא שואל יכול להוריש את זכותו, מפני שהנכס כאילו קנוי לו כיוון שחייב באונס, מה שאינו כן באריס. לפי הסברים אלו, אין ראייה לרא"ש מדין אריס.

ד. פרטי דינים אחדים של האחריות החדשה שצריך היורש לקבל על עצמו נידונים בגידולי שמואל, ב"ק קיב ע"א. א) אם הנכס הוזל משעת השאילה עד שעת הנזק, וקרה אונס, לא יוכל המשאל לטעון: "אני מוותר על האחריות שדרשתי ממך לקבל, ואני רוצה לסמוך על אחריות השואל עצמו ולגבות מן הנכסים שהניח לך השואל [כדעה שנביא בסעיף 5, ליד ציון הערה 102, שהוא זכאי לגבות מנכסים שהניח האב], ואז אגבה לפי ערכו הגבוה של הנכס שבשעת שאילת האב", מפני שיתכן שכשקבל היורש על עצמו אחריות שואל, פקע מהאב דין שואל וחייבו. ב) מאותה סיבה, גם אם השאילה הראשונה הייתה בשטר, כך שהמשאל יכול לגבות מלקוחות, שהאב מכר להם את קרקעותיו, הרי אם קיבל היורש אחריות על עצמו, לא יוכל המשאל לגבות מלקוחות של האב, מפני שפקע חיובו של האב ברגע שקיבל היורש חיוב על עצמו. ג) אם היורש הוא חרש, שוטה או קטן, שאינו בחיובי שמירה, אסור לו להשתמש בנכס, שהרי כשהמשאל ידרוש ממנו או להחזיר או לקבל על עצמו אחריות, לא יוכל לקבל על עצמו אחריות. והוא מעלה ספק, כשיש שני יורשים, אחד חרש, שוטה או קטן ואחד בר חיוב, האם יוכל בר החיוב להשתמש בכל הנכס על ידי קבלת אחריות שלמה עליו, או שמא יוכל לרשת רק חצי רשות השימוש תמורת חצי אחריות. ד) אם השואל היה פטור מאונס, כגון שהיו "בעליו עמו", או שהתנה להיות כשומר חינוס, או שהשואל היה קטן כששאל, גם היורש פטור, ואין המשאל יכול לדרוש ממנו לקבל על עצמו אחריות, מפני שהוא ירש את זכות מורישו להשתמש בלי חיוב אונס.

ה. איילת השחר, כתובות לד ע"ב, מעלה ספק, האם כשמקבל היורש את האחריות על עצמו, הוא צריך לעשות קניין כדי להתחייב, כיוון שלא ירש חיוב זה מאביו, או שמא מאחר שהחפץ ברשותו, הוא מתחייב באמירה, אף על פי שהגיע לרשותו שלא על מנת שיתחייב באחריות עליו. עוד הוא מסתפק, אם היה "בעליו עמו" בעת שקיבל היורש אחריות על עצמו, האם הוא פטור מפני שמאז התחיל חיובו, או שאין זה נחשב זמן התחלת החיוב, מפני שזכות השימוש באה לו בירושה.

ו. מאירי הלכה (מאן), חלק א, דף ב ע"ד, לשיטתו שמדובר כאן ביורש קטן (ראה במילואים להערה 44), נוקט שאם אמר המשאל ליורש אחרי שגדל: "קבל על עצמך חיוב אונס, או החזר את הנכס", ועשו קניין חדש (שאילו הקניין שעשה כשהיה קטן אינו כלום), חייב באונס אם לא החזיר. אפשר ללמוד מדבריו, שאם עשה קניין חדש בלי שאמר לו המשאל כך, הוא פטור מאונס מפני שלא

מילואים לסעיף 1(ד)

התכוון להתחייב בזה באונס. נראה שלפי ההבנה המקובלת, שמדובר ביוורש גדול, הוא מתחייב באונס לאחר דרישת המשאל גם בלי קניין חדש.

ז. דעות חולקות: ייתכן שדעת הרא"ש אינה מוסכמת על כל הראשונים. דרוש וחיידוש, כתובות פא ע"א, ופורת יוסף (רוזין), שמא, ג. כתובים שתוספות, כתובות פא ע"א (ד"ה ולימא), חולקים על הרא"ש, שהרי הם הוכיחו מנידוננו שיוורש יכול לומר שהוא רוצה לרשת את זכותו של המוריש ולא את חובתו. כוונתם היא, שמאחר שלדעת התוספות יכול היוורש לרשת זכות בלי חובה, דרישת בעל הנכס אינה משפיעה, כהערת ברכת אברהם. גם תוספות ר"ש משאנן שם, וחיידוש הריטב"א שם בשם רבנו תם, מוכיחים כן מנידוננו, ואם כן גם הם חולקים על הרא"ש, לפי הבנת דרוש וחיידוש ופורת יוסף. אבל יש להעיר שאף תוספות הרא"ש שם כתב בתוספות שם, ואם כן הוא לכאורה סותר את עצמו; וצריך לומר שהוא אמר זאת רק בשם רבנו תם, ואינו סובר כן בעצמו (ייתכן נוסף לסתירה – ראה בסמוך).

ח. אכן האול, הלכות שאילה, א, ה (ד"ה ואכן), כתב שהרמב"ן חולק על הרא"ש, ולדעתו זכות השימוש אינה תלויה בחיוב באונס. ט. פרישה, חו"מ, שמו, כ, מוכיח שמגיד משנה סובר שאין למשאל זכות לדרוש כן מן היוורשים – עיין שם.

י. פורת יוסף שם כתב שחיידוש הר"ן, ב"מ צו ע"ב, חולק על הרא"ש, וטעמו הוא שהיוורש יכול לומר: "אני יורש ואיני מקבל חיוב שמירה".

יא. מבית מאיר, חלק ב, עמ' קל"קלא, מבין שהריטב"א, שכתב שהם יורשים את זכות השימוש בלי האחריות (ראה במילואים להערה 44), חולק על הרא"ש. והוא מסביר את דעתו, שהשאלה מטילה חיוב אונס, ולא ההנאה לבד מחייבת, ומאחר שהיוורשים לא נעשו שואלים, אינם מתחייבים באונס. לקושיה איך ירשו זכות שימוש בלי חיוב, שלא היה לאב – הוא משיב על פי תוספות, כתובות שם, שכשרין יורשה מסתעף מדין קדם שנקבע על ידי תנאים מסוימים, אין צורך שתנאים אלו יהיו בדין הירושה, מפני שהירושה היא רק תוצאה מקביעת הדין, והתוצאה אינה צריכה אותם תנאים שנחוצים במי שנקבע בו הדין; אחרי הירושה, ניתק הקשר בין הזכות לחובה. כנגד זה הוא מסביר שהרא"ש סובר שאמנם בסתם ייתכן מצב כזה שיוורש זכות ולא חוב, אבל מכל מקום יכול בעל הנכס למחות (בכך מיושבת הסתירה שמצאנו בדברי הרא"ש).

יב. אור הישר, כתובות לד ע"ב, תמה על שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קמה, הכותב שמניחים שהמשאל התכוון לעשות חסד לא רק לשואל המקורי – מדוע לא יוכל המשאל לטעון: "לאב"ן השאלתי ולא לך, ואם אתה שואל, קבל על עצמך אחריות לאונס". לכאורה עולה מזה שהבין שהרשב"א חולק על הרא"ש; אך הוא אינו מציין לדברי הרא"ש.

יג. גידולי שמואל, ב"ק קיב ע"א, מנמק דעה זו, שאין המשאל יכול לדרוש זאת מן היוורש, שיכול היוורש לטעון: "אני חייב בגנבה ואבדה [ראה ליד ציון הערה 45] ואני אשמור על הנכס מפניהן". לאור זה, הוא כותב שאם היוורש חרש, שוטה או קטן, יכול המשאל לדרשו ממנו חורה, שהרי אינו יכול לשמור כלל, ואינו יכול לטעון את הטענה הזאת. אך הוא כותב שמכל מקום, אם השואל עצמו השתטה (ולא שמת), אין המשאל יכול לדרשו ממנו חורה, מפני שעדיין משועבדים לו נכסי השואל (גם לדעה שהחיוב מתחיל משעת הנזק – ראה סעיף 5, ליד ציון הערה 98), ואף על פי שהוא אנוס בכך שאינו יכול לשמור, הרי הוא שואל וחיוב באונס זה, ואם כן לא הפסיד המשאל בהשתטותו (אף שיתכן שהוא מעדיף אדם היודע לשמור, מפני שהוא מעדיף שהנכס יחזור אליו ולא שדמיו יחזור אליו).

להערה 49

א. את טעמו של הרא"ש, ביאר חיידוש מהרי"א אסאד, כתובות לד ע"ב, על פי דברי הרא"ש, גיטין, פרק א, סימן יט, שבתופס לבעל חוב, יכול הלווה לומר לתופס: "או קבל עליך אחריות על העברת הכסף שתפסת ממני, למלווה, או החזירהו לי".

ב. ברכת אברהם, ב"ק, מהדורא קמא, קיב ע"א, הקשה על הרא"ש, מדוע חשובה כאן דרישתו של המשאל? אם יש אפשרות שיוורש יירש זכות בלי לרשת חיוב, לא תועיל דרישתו; ואם זכות השימוש מותנית תמיד בקבלת אחריות, יהיה הדין כך אף בלי דרישתו? בפשטות, ההסבר הוא שאם לא דרש זאת, מפרשים זאת כמחילה מצדו ליוורש על חיוב האונס. אלא שקשה על זה, כפי שהקשה אבן האול, הלכות שאילה, א, ה (ד"ה ואכן), שאם זה עניין של מחילה, יוצא שאם לא ידע המשאל שמת השואל, היוורש צריך להיות חייב באונס, שהרי מי שאינו יודע על זכותו אינו יכול למחול עליה, ומדוע כותב הרא"ש בסתמיות שאם לא דרש המשאל, היוורש פטור מאונס, משמע שפטור גם אם לא ידע המשאל שהשואל מת? רח"א מילר הסביר בדרך קצת שונה: בסתם היוורש פטור מפני שמניחים שהמשאל אינו מקפיד על כך שישתמש היוורש בלי חיוב אונס (כסברת חיידושים ובאורים, במילואים להערה 44; ומאחר שבסתם מניחים שהוא מוחל, הדין כך גם אם לא ידע שהשואל מת), ומכל מקום, אם הוא מקפיד, יוכל לומר זאת בפירוש ולדרוש את הדרישה האמורה. להסבר נוסף, ראה במילואים להערה 48, אות יא.

ג. יש להוסיף הסבר, שהמשאל אינו יכול לדרוש את החזרת הנכס בטענה שהוא רוצה את הנכס ולא את דמיו, מפני שהוא כבר הסכים להשאל את הנכס, ובוה הסתכן בקבלת דמי הנכס במקום הנכס, והיוורש יורש זכות זו, ולכל היותר יוכל לדרוש מהיוורש חיוב אחריות, כמו שזכות המוריש הייתה מותנית בחיוב זה.

להערה 51

א. גם חיידוש ר"ע איגור, חו"מ, שמא, ג (בלשון "יש לומר"), ומחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ב, כתבו שאם לא ידע שהנכס שואל, והשתמש, שטור מגנבה ואבדה, מפני שרק אם ידע שהנכס שואל, אפשר לומר שהוא מסכים לקבל על עצמו אחריות גנבה ואבדה תמורת הנאתו בשימוש. אך ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 191, שייתכן שיש מחייבים כאן.

ב. שער משפט, עב, ס"ק לא, מסביר שגם לשיטה (בסעיף 2(ב), ליד ציון הערה 26) ששומר שכר חייב בגנבת אונס, דהיינו שלא היה שם ואילו היה שם היה יכול להציל, אין אומרים שהיוורש שהוויק לנכס מתוך אי ידיעה יהיה חייב מכיוון שהוא שומר שכר (ראה ליד ציון הערה 45) – אין אומרים כן, אלא מאחר שלא בא הנכס לידי היוורש בתורת שמירה, ולא ידע כלל שהוא שומר,

מילואים לסעיף 1(ד)

הוא פטור, וזה יותר גרוע מאונס, ולכן הוא פטור לגמרי. הוא חולק על לחם משנה שכתב (לפי לשון אחרת) שהוא שומר שכר אף על פי שלא ידע שהנכס שאול – שהרי לדבריו קשה, מדוע פטור אם הויק מתוך אי ידיעה.

ג. לחקרי הלכות (הליר), סימן רצה, כותב שמאחר שלא ידע היורש, פטור גם אם פשע, כמו באשה ששאלה ונישאת ולא ידע בעלה שהנכס שאול, שפטור אפילו פשע (ראה סעיף 81), ליד ציון הערה 189). גם שלטי הגיבורים, ב"מ נו ע"ב (בדפי הרי"ף), מסביר שמאחר שחשב שהנכס שלו, הוא פטור מכל שמירה הנחוצה לנכס, מפני שמתוך אי ידיעתו, לא שם לב לשמור עליו בכלל; ומכאן הוא קובע שאם איבד היורש את הנכס בלי שנהנה ממנו, הוא פטור לגמרי, ודווקא אם אכל אותו (במקרה של פרה – שטבח אותה ואכל את בשרה), חייב לשלם תשלום חלקי על כך שנהנה. גם מעיל שמואל, כתובות לד ע"ב (נדפס ב"אסיפת זקנים"), מבאר שמאחר שלא ידע, פטור מנגבה ואבדה, מפני שלא קיבל על עצמו שמירה. זו גם מסקנת אולם המשפט, ש"מ, ג, בנימוק שאי אפשר לחייב אדם כשומר שכר בלי ידיעתו, כשם שאף אין מוכים לאדם מתנה נגד רצונו, והוא יכול למחות על קבלתה. ובסימן עב, לג, הסביר שהיורש פטור מפני שהוא אנוס בכך שחשב שהנכס של אביו, ולכן פטור אף על פי שהוא שומר שכר.

ד. שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ג, כותב שאם היורש קטן, גם אם ידע שהנכס שאול, הוא פטור אף מפשיעה, מפני שידעתו אינה כלום, אלא שגובים מנכסי האב (ראה סעיף 5, פרק ג, 3).

להערה 54

א. לא נקבע המחיר: ר' מרדכי שמעון, בשו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן כא (קכ"א ע"ד), כותב שחייב באונס רק אם דמיו קצובים, כלשון הרמב"ם: "אם אמכור אתן לך כך וכך". אך מרכבת המשנה, על הרמב"ם שם, כתב שגם אם אין מחיר קצוב, חייב באונס, מפני שנטל בתורת מכר (ראה בשמו במילואים להערה 59). כנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות בית יוסף, אות ג, כתב בתחילת דבריו בדעת הרמב"ם, שצריך שיהיו דמיו קצובים, והוכיח שמדובר כך, שהרי מדובר שנטלו למכור לאחר במטרה שההפרש במחירים יהיה שלו, ואם לא קבעו מחיר איך ייקבע ההפרש? רח"א מילר הוסיף להוכיח כך, שאם המחיר אינו קצוב, איך הסתכן הקונה ליטול את הנכס במטרה למכור לאחר, הרי ייתכן שאחר כך ידרוש ממנו המוכר מחיר מופקע (במקביל להוכחת נתיבות המשפט, במילואים להערה 85). אך אחר כך כתב כנסת הגדולה (דף קל"ג ע"ב) שלפי הרמב"ם והרי"ף אין צורך שיהיו דמיו קצובים, משום שחייבו אינו בתורת קונה אלא מחמת הנאתו (ראה בשמו במילואים להערה 59); וכתב שזאת גם דעת הרא"ש והטור. בתשובה להוכחתו האמורה, צריך לומר שההפרש המחירים ייקבע לפי מה שסיכמו ביניהם אחר כך בדבר המחיר.

ב. שו"ת מהרי"ק, שורש קנה, כותב שהנותן לאחר נכס למכור ואמר לו שיקבל את כל מה שישגי מעבר לסכום פלוני, הוא שומר שכר. נתיבות המשפט, קפה, ס"ג, מיישב את דבריו עם האמור כאן, ששם קיבל את הנכס רק בתורת שליחות, באופן שהמשלח היה יכול לחזור בו מהשליחות, ולכן אין לו דין קונה להתחייב באונס, וכאן חייב באונס רק אם נטלו בתורת קונה, שיהיה שלו מעכשיו, שקנאו במשיכה, כך שהמוכר אינו יכול לחזור בו. ערך לחם, חו"מ, קפו, א (כמוסבר על ידי ר"א אלקלעי, בשו"ת חסד לאברהם, חו"מ, סימן כא, דף קכ"א ע"ב), הסביר שההבדל הוא, שהקונה אמר: "אם אצליח למכרו אתן לך כך וכך", חייב באונס, מפני שבוה הוא מתנה לתת כסף משלו, אבל אם המוכר אמר לו: "טול נכס זה ומכור אותו", פטור מאונס, מפני שיקבל עצמו רק לתת מדמי המכר; חסד לאברהם מסביר, שאז אינו מקבל על עצמו חיוב אונס, אלא זו שליחות. מכאן כותב חסד לאברהם, שגם אם המוכר יום זאת, אם נקט לשון שמשמעה שנותן לו דרך מכר (בשפתם: "מויאר באזאר"), הנכס נקנה לו, וחייב באונס מטעם קונה, וזאת גם אם אחר כך אמר: "אם לא אוכל למכרו ביותר מן הסכום שקבענו, אמכרנו עבורך במחיר שקבענו", אף על פי שאז לא יקבל הקונה כלום, מפני שאין בכך כדי להוציאו מהחיוב שהתחייב בתחילה, שיקבל על עצמו חיוב אונס, שהרי אין זה גרוע מאילו אמר: "אם לא אמצא למכור אחזיר", שאז עדיין חייב באונס בהליכתו. אך רח"א מוצייר שם (קכ"ג ע"ג), כותב על פי מהרי"ק, שאם התנו ביניהם שאם לא יצליח למכור במחיר גבוה, ימכרו עבור המוכר, הוא שומר שכר.

ג. שו"ת אגודות אוהב מדברי, חו"מ, סימן ה, כותב שגם מתוך שהתנה שיקבל כל מה שמעבר למחיר מסוים, פטור מאונס אם בעל הנכס זכאי (לפי מה שהסכימו ביניהם) ליטול חזרה כל זמן שלא נמכר.

ד. שו"ת בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סימן קג, כותב שאם נטל שתי חגורות במטרה למכור אחת מהן, היינו שבדעתו להציע למישהו לקנות איזה מהן שיבחר, הוא חייב באונס רק על אחד, וזאת על פי האמור במילואים להערה 76, שהקונה לבדוק חייב באונס רק אם התכוון לקנות את כל הנכס.

ה. דעות חולקות: ב"ח (על טור שם) כותב שלפי "המפרש", בנדרים לא ע"א, אינו אחראי כשואל אלא כשומר שכר. רח"נ מוצייר, בשו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן כא, דף קכ"ג ע"ג (הובא בשו"ת דברי שמואל, חו"מ, ארדיטי, סימן י, דף רט ע"ג), כותב שכך גם דעת הרמ"ה (עיין שם, שמוכיח זאת), ולכן אפשר לומר "קים לי" כדעה זו. אך ר"א אלקלעי שם (קכ"ג ע"ב) כותב שאי אפשר לומר "קים לי" כדעה זו, מפני ש"המפרש" הוא יחיד, ואילו הרמ"ה סובר שהוא חייב באונס (עיין שם הוכחתו לכך). לחם משנה, הלכות שלוחין, ב, ז, כותב שאף המפרש שם מחייב באונס, וכשכתב שבהליכה הוא "כנושא שכר", התכוון שהוא עדיף מנושא שכר, וחייב באונס.

ו. תשובת רח"ר מוציירי שם (שנציין עוד להלן) נדפסה גם בספרו שו"ת באר מים חיים (מוציירי), חלק ב, חו"מ, סימן כב. על הקונה כדי למכור, עיין בפסק של ר' אליהו מלונדריש, בספר זכרון לגר"מ סוויפט, עמ' לב"לד. על הסוגים השונים של קונה על תנאי, עיין חוקת משפט, מכירה, פרק יא, פסקאות ה"י, ושו"ת מירא דכיא, סימן כט.

להערה 55

א. ר' חיים שמעון, בשו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן כא (קכ"ב ע"ב), ורח"נ מוציירי, שם (קכ"ג ע"ב), כותבים שהתוספות והרא"ש פוטים מאונס גם בהליכתו אם אין קונים קופצים. ר"א אלקלעי שם (קכ"ג ע"א) מדייק מבית יהודה שם, שגם בהליכה פטור אם אין קונים קופצים (אך הוא כותב שאי אפשר לטעון "קים לי" כדעתו מפני שהוא יחיד). שו"ת מירא דכיא, סימן כט (כמוכא

מילואים לסעיף 1(ד)

בשו"ת דברי שמואל, חו"מ, סימן י, כתב שאפשר לומר "קים לי" כדעה שפטור מאונס גם בהליכה אם אין קונים קופצים, והסכים לו דברי שמואל שם (דף רי ע"א). ראה במילואים להערה 59, שיש דעה שבהליכתו חייב גם אם אין קונים קופצים, ודווקא בחזרה תנאי זה נהוץ.

ב. ר"א אלקלעי שם (דף קכא ע"א) מביא שר' חיים יעקב הלוי (בתשובה שגדפסה בשו"ת באר מים חיים, מוצירי, חו"מ, סימן כא – עיין שם) אמר שאם מוכר לו המוכר ביוקר, גם אם קונים קופצים, פטור מאונס, כמו שכתב הר"ן בנדרים שגם כשקונים קופצים, אם מוכר ביוקר, זו הנאת מוכר. אך ר"א אלקלעי דוחה, שמאחר שכאן גם אם אין קונים קופצים חייב באונס בהליכתו (לדעתו) – ראה במילואים להערה 59, חייב גם כשמכר ביוקר.

להערה 57

א. בנידונו של דברי ריבות, הנפקות הייתה שלא יוכל נושהו של השואל-הקונה לגבות מהנכס, כיוון שאינו שלו. לנפקויות אחרות, ראה במילואים להערה 68.

ב. גם שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז (קמו ע"ד), כתב שחיובו באונס הוא מטעם שואל, מפני שכל ההנאה – העודף על הסכום שנקבע – שלו, ולא מטעם קונה (ראה להלן, בשאלה זו במקרים האחרים). הוא מביא ראייה מהריטב"א (שנביא במילואים להערה 68) שכתב שדווקא קונה לברוק חייב מטעם קונה, מפני שאם לא יהיה בו מום יתברר למפרע שהמכר גמור מעכשו.

ג. כנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות בית יוסף, אות ג, הסביר שאינו חייב מטעם קונה, שהרי לא הגבירו כדי לקנות, אלא חייב משום הנאתו מיכולתו להרוויח (ולא הזכיר חיוב שואל).

ד. דעות חולקות: שו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן טז, כתב בדעת יד רמה, שנביא במילואים להערה 59, שהוא מחייב מטעם קונה, מפני שהוא מעוניין שהנכס יעבור לרשותו כדי שיוכל למכרו. ובמילואים שם נראה שר"א אלקלעי כתב שבהליכה חייב מטעם קונה, ובחזרה מטעם שואל. וראה גם הערה 63, שמהמאירי משמע שהוא קונה.

ה. כמו כן, שו"ת משפט צדק, חלק א, סימן נו (קפו ע"ד), חולק על דברי ריבות שם, ואומר שאם נושהו של הקונה תפס את הנכס לאחר, הוא ראשי לגבות ממנו, מפני שיוכל לטעון "קים לי" כדעה שהיא קונה, שלפיה זה נחשב נכס שלו. כמו כן, זכרון דברים (פרחיא), דף סח ע"א, כתב שמאחר שחייב באונס, מועילה תפיסת הנושה; כנראה, הוא סבור שחייב מטעם קונה (אך אינו מזכיר את הדברי ריבות). בשאלה האם הוא שואל או קונה, עיין חידושי הגר"ח בסוגיות הש"ס, ב"מ, סימן כח.

להערה 59

א. מרכבת המשנה, על הרמב"ם שם, נימק, שמאחר שנטל בתורת מכר, רואים כאילו אמר בפירוש שמקבל על עצמו אחריות לאונס, גם אם אין קונים קופצים, שלא כמו בקונה כדי לברוק, שמאחר שאינו בתורת מכר, אינו מקבל על עצמו אחריות אלא בתנאי זה.

ב. יד רמה נימק שכאן גם אם אין קונים קופצים כלל, הוא נהנה מן האפשרות להרוויח, כיוון שיוכל לדחות את התשלום עד אחרי שימכרו. הוא חולק בזה לשיטתו (במילואים להערה 69), שגם קונה לברוק חייב באונס כשאין קונים קופצים אם לקח לברוק שלא בפני המוכר, משום שהוא מעוניין שהנכס ייכנס לרשותו כדי שיוכל למכרו לאחר ולהרוויח. נראה שאף כאן זאת כוונתו: הוא מעוניין שהנכס יהיה ברשותו, כדי שיוכל למכרו לאחר.

ג. כנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות בית יוסף, אות ג (הובא בשו"ת חסד לאברהם, אלקלעי, חו"מ, סימן כא, דף קכ ע"א), כתב שלר"י ולרמב"ם גם בחזרה חייב באונס אפילו אין קונים קופצים, משום שכאן אין חיובו מטעם קונה (כמו בקונה כדי לברוק), אלא מטעם הנאה, שבהנאה שיוכל למכור, קיבל על עצמו חיוב אונס, ולכן אין צורך שיהיו קונים קופצים. אך מיד רמה ומרכבת המשנה לעיל עולה שלדעתם הוא כמו קונה, ודווקא מטעם זה הם מחייבים גם כשאין קונים קופצים. גם ר' מרדכי שמעון, בחסד לאברהם שם (קכא ע"ד), כתב שלרמב"ם גם כשאין קונים קופצים חייב באונס, משום שנהנה מזה שיוכל להרוויח. חסד לאברהם שם כתב שאפשר לומר "קים לי" כדעת הר"י והרמב"ם.

ד. קרית מלך רב, על הרמב"ם, הלכות מכירה, ד, יד, כתב בתחילה שהרמב"ם מצריך תנאי זה, שיהיו קונים קופצים, אלא שלא כתב זאת כיוון שלא נזכר תנאי זה בתלמוד בפירוש על נידונו, ואין דרכו של הרמב"ם לכתוב דבר שלא נאמר בפירוש במקורות שלפניו (יד מלאכי, כללי הרמב"ם, אות ב). אך אחר כך הוא כתב שהרמב"ם אינו מצריך תנאי זה, אלא מחייב באונס גם אם אין קונים קופצים כלל, בזכות הנאתו מן העובדה שהמוכר מאמין לו ונותן לו אפשרות לקחת את הנכס למקום אחר למכרו (בניגוד לקונה כדי לברוק, שאינו לוקח אותו למקום אחר, ולכן יש לו הנאה רק אם קונים קופצים); ועוד, שמן הסתם זהו נכס שקונים קופצים עליו, שאם לא כן לא היה נוטלו לנסות להרוויח בו.

ה. יש עמדת בניינים, העושה הבחנה בין הליכה לחזרה: מבית יוסף ומב"ח, חו"מ, קפו, ב (שהבאנו בסעיף 1(ג)), הערה 213), עולה שאם אין קונים קופצים, חייב באונס בהליכה ולא בחזרה. כמו כן, כנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות בית יוסף, אות ג (קלג ע"ג), כתב שלפי הרא"ש והטור, בהליכה חייב באונס אף אם אין קונים קופצים, אבל בחזרה חייב באונס רק אם קונים קופצים, משום שבחזרה אין הנאתו מרובה כל כך. גם ר"א אלקלעי שם (דף קכ ע"א, קכ ע"ב, ודף קכה ע"ב), כתב שהתוספות והרא"ש הצריכו תנאי זה רק בחזרה, ואילו בהליכה חייב גם כשאין קונים קופצים. הוא מסביר (בדף קכ ע"ב) שבהליכה חייב באונס מפני שהנכס נחשב קניו בידו, שהרי רבים הסיכויים שימצא קונה, ומאחר שהוא חייב מטעם קונה אין צורך שיהיו קונים קופצים, ואילו בחזרה, מאחר שהתברר שקשה למכרו, אין לחייבו מטעם קונה, מפני שעכשו נחשב שהנכס אינו קניו בידו, ואפשר לחייבו רק מטעם שואל, ולשם כך צריך שתהיה כל ההנאה שלו, היינו שיהיו קונים קופצים. הוא מציע הסבר חילופי (בדף קכ ע"ד): בחזרה חייב רק משום הנאתו, שבגללה מקבל על עצמו חיוב אונס, ולכן חייב דווקא כשקונים קופצים, שאו יש הרבה הנאה (על פי סברת כנסת הגדולה דלעיל). גם ערך לחם, חו"מ, קפו, ב, כתב שחייב גם כשאין קונים קופצים, בהליכה, ומציין ש"כן עמא דבר", כלומר שכך נהגו; ור"א אלקלעי שם (קכו ע"ב) כתב שמאחר שזהו המנהג, אי אפשר לומר "קים לי" נגד זה.

ו. ר"א די בוטון, בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז (קמו ע"ג), הסביר שבית יוסף מחייב באונס בהליכה גם כשאין קונים

מילואים לסעיף 1(ד)

קופצים, במצב בינוני, מפני שבמקום שהוא הולך לשם, קונים קופצים במחיר שקבע. יש להוסיף שלפי זה, הטעם שבית יוסף פוטר באונס בחזרה אם אין קונים קופצים, הוא מפני שכשהוא חוזר, פניו הן אל מקומו של המוכר, ששם אין קונים קופצים.

ז. שו"ת הר המור, סימן מא, כותב שגם לדעה שחייב באונס גם כשאין קונים קופצים, אם במקומו של בעל הנכס אין הנכס יקר כל כך, והוא יקר במקום המיועד למכירה, שהשומר יוליכנו לשם, אינו חייב באונס עד שיוליכנו לשם (עוד פטר בנידונו משום שמתעמי רבית היה ברור שהתכוון שתישאר אחריות על בעל הנכס – עיין שם).

להערה 62

א. קרית מלך רב, על הרמב"ם, הלכות מכירה, ד, יד, כתב שהוא חייב באונס גם אם התחייב לשלם למוכר דמי טובת הנאה למקרה שלא יצליח למכור (בדומה למקרה בפסקה (ד)), מפני שגם או קיים הנימוק שליון ציון הערה 63.

ב. הראב"ן שם ושו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תרסד, כותבים שאם קיבל ממנו במטרה למכור לאדם פלוני, והאדם הוא לא רצה לקנות, בחזרה הוא שומר שכר בלבד, שהרי בחזרתו לא יוכל למכור לאדם אחר. שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קלט, כותב שמתעם זה הוא שומר חינוס בחזרה. ראה בשמו דין דומה לעניין מתווך, בסעיף 1(ג), ליד ציון הערה 203.

ג. שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז (קמו ע"א), כותב שאם מסר את הנכס למישהו להחזיר למוכר, הוא חדל להיות חייב באונס, מכיוון שמעתה לא יוכל למכרו ולהרוויח, אך הוא שומר שכר, כיוון שבהליכתו נהנה הרבה מן האפשרות להרוויח, ולכן גם עכשו הוא שומר שכר. גם שו"ת משפט צדק, חלק א, סימן נו (קפו ע"ב), כותב שאם מחזיר את הנכס למוכר על ידי אדם אחר, אין מקום לסברה שגם בחזרה יכול למכרו ולהרוויח בו; אך הוא לא כתב בפירושו שמתעם זה פטור באונס.

ד. ר' יעקב פופרש, "בעניין חיוב אונסין בשואל", ספר זכרון לר"ח שמולביץ, עמ' שטו, כותב שגם אם התנה עמו בעל הנכס שימכור רק במקום פלוני, ואם לא ימכור שם יוכל לתבעו ממנו – מכל מקום חייב באונס מפני שעדיין יכול למכור. נראה שכוונתו היא, שהוא רשאי למכרו בדרכו חזרה אם בעל הנכס לא דרש אותו ממנו.

להערה 64

א. סמ"ע, קפו, ס"ק ד, נוקט שאין בדעתו להחזירו למוכר עד שיחזור לביתו. שו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן טז, מדייק מזה שאם חזר לביתו, גמר בדעתו להחזיר למוכר, ואינו חייב באונס.

ב. דעה חולקת: בינת נבונים, שער ה, פרק יז (צד ע"ד), כותב שדברי נתיבות המשפט שם דחוקים.

להערה 65

א. נדרי זריין, נדרים לא ע"א (ד"ה ועוד, הראשון), כותב שמדובר שהקונה לא נתן למוכר כסף או משכון, שאילו נתן, הרי נמצא שהמוכר שומר עבורו את הכסף או את המשכון, ואם כן יופטרו שניהם מחובת שמירה, מטעם "בעליו עמו". אך יש להעיר שאם חיובו הוא מטעם קונה, לא יופטר מטעם "בעליו עמו".

ב. החיוב באונס בקונה כדי לבדוק נוכח בשו"ת זית וענן, חלק ב, סימן ע, אות ח. על דין זה עיין שו"ת ר' יהודה מילר, סימן עה.

ג. דעה חולקת: ב"ח, חו"מ, קפו, א, ורח"ד מוציאי, בחסד לאברהם שם (קכ ע"א), כותבים שלפי "המפרש" בנדרים שם, הוא רק שומר שכר. ר"א אלקלעי בחסד לאברהם שם (קכ ע"א) מציין שהאחרונים נחלקו בשאלה האם לפי המפרש, חייב באונס או פטור.

ד. גן נעול, כפתור ג, פרח ז, כותב שהקונה לבדוק אינו רשאי להשתמש בנכס לצרכו, אם הוא יכול לבדוק אותו בלי להשתמש, אבל אם אינו יכול לבדוק בלי להשתמש, הוא רשאי להשתמש.

להערה 66

א. ר"ן, נדרים לא ע"א, ורא"ש, נדרים שם, נוקטים שחייב באונס מפני שהוא כשואל בזה שכל ההנאה שלו (הר"ן סותר בזה לדבריו בהערה 68, כהערת גליון הש"ס, נדרים שם; תירוצו לסתירה מצוי בנדרי זריין, שו"ת שבסוף הספר, לדף לא – עיין שם). ראה גם במילואים להערה 72, שהריטב"א כתב שבתנאי מסוים אחריותו היא של שואל.

ב. שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן כא (קכ ע"ב), כותב שחייב מטעם שואל, ולכן צריך שיהיו קונים קופצים, כדי שתהיה כל ההנאה שלו; ואין לחייבו מטעם קונה, מפני שספק האם יקנה, ואין לנו יסוד לאמרו דעת להניח שיקנה, שהרי ייתכן שלא ימצא חן בעיניו.

ג. שו"ת הרי"ם, חו"מ, סימן ו, כותב שלרוב הפוסקים חייב מטעם שואל, ומנמק, שהוא שואל מפני שקיבל את הנכס מיד בתורת שמירה, וכל ההנאה היא שלו, מפני שיכול לקנותו כשירצה.

ד. תוספות ישנים ("כתב יד"), נדרים לא ע"א, כותב שהוא קונה, מכיוון שהמחיר קצוב, אלא שאי אפשר לחייבו באונס מטעם קונה, מפני שיכול לומר שהיה בדעתו לחזור בו, ומכל מקום הוא חייב באונס מפני שנחשב שואל, כיוון שכל ההנאה שלו.

ה. אך יד רמה, ב"ב, פרק ה, סימן קא, דוחה את ההסבר שהוא שואל, מפני ששואל לפחות רוב ההנאה שלו (ראה במילואים להערה 141 ולהערה 154), ואילו כאן המוכר נהנה, מפני שהוא זקוק לכסף.

להערה 68

א. כמו כן, לשון חוקות הדיינים, סימן רכב, היא: "כמי שקנאו לגמרי". גם חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פא ע"א (הובא בשמרו

מילואים לסעיף 1(ד)

משפט, על חוקת הדיינים (ש), כתב שהוא קונה, שהרי קנאו לגמרי, אלא שרצה לבדוק האם יש בו מום, ואם אין מום, מתברר למפרע שקנאו מעכשו (אך יש להעיר, שיש שהוא לוקח לבדוק האם הנכס מוצא חן בעיניו, ולא רק לבדוק האם אין בו מום, כמתואר במקרה של חשין, הערה 53, ואז אין מקום לסברת הריטב"א). מאירי, נדרים שם, נוקט, מפני שנעשה הנכס ברשותו ברגע שהגביה כדי לקנות.

ב. יד רמה מסביר, שמן הסתם המוכר גמר בדעתו להקנותו לקונה בסכום שנקבע, מעכשו, על דעת שיוכל לחזור בו, וגם הקונה הגביה על דעת כן, ולכן חייב באונס, כאילו קניין גמור; ואם נאנס לפני שחזר בו, התגלה למפרע שקנאו בשעת ההגבהה.

ג. המאירי בנדרים הסביר בתחילה שכשקונים קופצים, אף על פי שאינו שלו כל זמן שלא היה גמר קניין ביניהם, מכל מקום חייב באונס מפני שאינו גרוע משואל. אך נראה שכתב כך לפי הדעה שכשקונים קופצים, חייב באונס גם אם אין מחיר קצוב, שהרי מיד אחר כך כתב דעה זו, אבל אחר כך כתב שלרוב המפרשים, צריך את שני התנאים, ואז הסביר שכשקונים קופצים "אנן סהדי" שהמקח יתקיים כיוון שגם המחיר קצוב והרי זה כאילו נעשה, ולכן חייב באונס (משמע – מטעם קונה).

ד. נדרי זריזין, נדרים לא ע"א "ד"ה בא"ד הלכך), כותב בדעת המפרש בנדרים שם, שמעיקר הדין הוא שואל משום שכל ההנאה שלו, אלא שבזכות הנאתו ממה שהמוכר מאפשר לו לקנותו על פי בחירתו, הוא מקבל על עצמו חיוב כקונה, והנפקות מכך היא, שחייב גם אם "מתה מחמת מלאכה", מטעם קונה, אף על פי ששואל פטור בזה.

ה. חסד לאברהם שם (דף קכ ע"ג) מביא שכנסת הגדולה הסביר שחייב מטעם קונה, ולכן צריך שיהיו קונים קופצים, מפני שרק אז הנכס קנוי לו.

ו. נדרי זריזין, בשו"ת בסוף הספר, לרף לא, תולה את המחלוקת האם הוא שואל או קונה, בשאלה האם יש "בְּרָה" (שדבר מסופק שעתיד להתברר, נחשב שהתברר למפרע מעכשו) או אין "בְּרָה": אם יש בְּרָה, הרי כשהחפץ נאנס, מתברר למפרע שלא היה רוצה לקנותו, ואם כן אי אפשר לחייבו מטעם קונה, וצריך לומר שהוא שואל; ואילו אם אין בְּרָה, אפשר לומר שהוא קונה, משום שאין מתחשבים במה שמתברר אחר כך שלא היה רוצה לקנותו. הוא כותב שמאחר שלהלכה דבר שהוא התורה אין בְּרָה (ביצה לח ע"א), אם נאמר שנפסק כך רק מתוך ספק, לחומרא (עיין אנציקלופדיה תלמודית, ערך ברירה, ליד ציון הערה 54), יוצא שכאן מספק הוא רק שואל, שמה הלכה היא שיש בְּרָה, מפני שבממון מספק מקילים על הנתבע.

ז. נדרי זריזין, נדרים לא ע"א "ד"ה והנה), מסביר שאף על פי שאינו קונה את הנכס באופן מוחלט, שהרי אפשר שלא ימצא חן בעיניו, אין אומרים שהוא קונה לזמן שפטור מאונס (סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 397), משום שכאן בנוסף על היותו קונה לזמן בוודאות, יש לו גם ספק קניין עולמי, שמה ימצא חן בעיניו, ולכן חייב באונס. הוא מציע הסבר אחר: הוא חייב באונס מפני שזה כמתנה על מנת להחזיר, שהרי הוא מתכוון לקנותו לעולם, אלא שאם לא ימצא חן בעיניו, תהיה בידו בְּרָה להקנותו בחזרה למוכר, ולכן הוא חייב באונס. אך יש להעיר שראינו בסעיף 1(ג), ליד ציון הערה 388, שהלכה היא שמקבל מתנה על מנת להחזיר פטור מאונס.

ח. ישועות ישראל, עב, ס"ק י, מוכיח מדעה זו, שייחבן חיוב אונס מטעם קונה גם במי שיוכל לחזור בו.

ט. דיברות משה, ב"ק, סימן סד, ענף ג, מסביר את שיטת רש"י שחייב מטעם קונה, שתיחבן בעלות גם כשהיא רק לעניין חיובים. ובסימן יז, ענף ב, הסביר, שאף על פי שהוא יכול לחזור בו, וגם אם באמת התברר אחר כך שזה כלי שלא התאים לו ולא היה רוצה לקנותו, מכל מקום חייב מטעם קונה, מפני שבעלות אדם בחפץ יוצרת אחריות עליו, ואף על פי שזה רק בעלות בספק, מכל מקום האחריות היא ודאית, מפני שלעניין שבירה והפסד זה נחשב שלו גם אם זה לא יתאים לו, והקפדתו שהנכס יתאים לו היא רק לעניין מכירה ממש; ואף על פי שהבעלות הממשית היא עדיין של המוכר, דין האחריות עובר מן המוכר אל הקונה, שנעשה ממילא כאילו קיבל על עצמו דין זה, שיהיה קונה רק לעניין זה שהאחריות תהיה שלו. הוא כותב זאת תוך שהוא מניח עיקרון, שמה שאדם שאיבד נכס שלו אין לו זכות תביעה על אדם אחר, הוא מפני שאחריות ההפסד מוטלת על הבעלים, מעבר לעובדה שאין לו ממי לתבע.

י. נפקויות לשאלה האם הוא שואל או קונה: א) כתבו הגהות אשרי, ב"ב, פרק ה, סימן כא, ופרישה, ח"מ, ד, טו, שאם הוא שואל, יכול המוכר להקדיש את הנכס, ואם הוא קונה, אין המוכר יכול להקדישו. נפקות זו עולה גם מדברי התוספות והראשונים בב"ב שם. ב) יד רמה מציינ שיש נפקא מינה לעניין מקרה ש"מתה מחמת מלאכה", ששואל פטור בה (ראה סעיף 4, פרק ב). ג) הדעת נותנת שלדעה שהוא שואל, חייב גם בלי לעשות מעשה קניין, מפני שהשימוש מחייב (ראה סעיף 1(א)), פרק א, 5 (ב). ואילו לדעה שהוא קונה, יש מקום להילוקי דעות – ראה בסמוך. ד) יד רמה, שם, שמרו משפט, על חוקת הדיינים שם, אבן האזול, על הרמב"ם, הלכות מכירה, ד, יד, ומחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כד, כותבים שיש נפקות למקרה שהיה "בעליו עמו". ה) נפקא מינה נוספת כותבים רמב"ן, מאירי, רבנו יונה, חידושי הר"ן, והריטב"א (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז, דף קמה ע"ג), בב"ב שם, לעניין מקרה שהנכס הגיע אליו מידו של בנו הקטן של המוכר: אם הוא קונה, לא יופטר בהחזרה לבן, מפני שהבן אינו יודע לשמור, ואם הוא שואל, יופטר בהחזרה לבן, ככל שומר, שיוכל להחזירו למקום שנטלו משם (ראה בשמם בסעיף 11, במילואים להערה 65). ו) ראה במילואים להערה 78, שפרח מטה אהרן אומר שיש נפקות לעניין כשהוא בדרוכו חזרה (ולכן כתב שלרשב"ם הוא קונה – עיין שם). ז) ראה במילואים להערה 57, בשם דברי ריבוב, שיש נפקא מינה האם נושאו יכול לגבות מהנכס. ח) ראה במילואים להערה 38, שכתב שלמה מוצא נפקות לעניין מצב שהחול הנכס; וכותב שיש ספק האם הוא שואל או לווה.

יא. המחלוקת האם הוא שואל או קונה מובאת בשו"ת סם חיי, סימן כט.

יב. שו"ת משפט צדק, חלק א, סימן נו (קפו ע"א), כותב שרש"י ורשב"ם, שנימקו גם מטעם שואל וגם מטעם קונה, סבורים שהחוב כאן הוא משום שני הטעמים.

להערה 69

- שמרו משפט, על חוקת הדיינים, סימן רכב, מעיר שחוקת הדיינים והראב"ן לא הזכירו תנאי זה.
- הריטב"א על הרי"ף, נדרים י ע"ב (בדפי הרי"ף), הגדיר "ובינא חריפא" (המונח התלמודי שאנו מתרגמים "קונים קופצים", על

מילואים לסעיף 1(ד)

פי פירוש רוב הראשונים) – דבר הנחץ באותו זמן ובאותו מקום, וקונים קופצים עליו. הרמב"ם שם, ומאירי, נדרים לא ע"א, מגדירים זאת: נכס שחביב לקונה, ואת המצב ההפוך הם מגדירים: דבר שהמוכר קץ בו, ומבקש ורודף למוכרו. מתוספת, ב"מ פא ע"א (שהובא בהערה 55), עולה שהקובע הוא האם קונים קופצים לקנות נכס כזה במחיר שנקבע ביניהם, ואין זה משנה שיהיה קשה לקמרו במחיר גבוה יותר. כנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות הטור, אות ב, לומד מלשון הרמב"ם, שגם אם קונים קופצים, אם המוכר קץ בו מסיבה מסוימת, נחשב כאילו אין קונים קופצים; אך הוא כותב שהטור לא הבין כך את דעת הרמב"ם.

ג. השולחן ערוך (בדומה לרמב"ם) נקט הבל בין כשהחפץ חביב לקונה, לבין כשהמוכר קץ בו. נתיבות המשפט, קפו, ס"ק א, בטופו, מעיר שחלוקה זו אין לה מקום בקונה לשלוח לחמיו או למכור, מפני ששם אין זה תלוי בדעת הקונה, ולכן שם ההגדרה היא האם קונים קופצים או לא.

ד. ר"א אלקלעי, בשו"ת חסד לאברהם, חו"מ, סימן כא (קכ ע"א), כותב שהקובע הוא שיהיו קונים קופצים במקום שהמוכר נמצא, שאז כל ההנאה היא לקונה, ואילו למוכר אין הנאה מפני שהיה יכול למכרו לאדם אחר, ולא די שבמקום אחר יהיו קונים קופצים. אך הוא מביא (גם בדרך קצב ע"א) שר"י יהודה סיד סבר שדי אם קונים קופצים במקום אחר, לגבי נידונו שאדם קנה נכס למכור במקום אחר, ששם היו קונים קופצים.

ה. יד רמה שם (הובא בחסד לאברהם שם, דף קכ ע"א) כתב שהגבלה זו היא דווקא אם הוא לוקח את הכלי לבדוק בפני המוכר, אבל אם הוא נוטל אותו למקום אחר לבדוק, על דעת שאם ירצה יקנהו למפרע במחיר שקבעו, הוא אחראי באונס גם אם המוכר להוט למכור, מפני שהקונה מעוניין שייכנס הנכס לרשותו מיד כדי שבינתיים יוכל למכרו ברווח לאחר, אם יימצא כזה; מה שאין לומר כן אם הוא לוקח לבדוק בפני המוכר, שאין זה סביר שמישהו יבוא לקנותו ממנו ביותר, בנוכחות המוכר, כשעדיין לא קנאו לגמרי.

ו. ר"ן, נדרים לא ע"ב, כותב שגם כשקונים קופצים, אם נמכר ביותר משווי, נחשב הנאת המוכר, וגם כשאין קונים קופצים, אם נמכר בפחות משווי, נחשב הנאת הקונה. כנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות הטור, אות ב, ר"א אלקלעי, בשו"ת חסד לאברהם שם (קכא ע"א), ור"י מרדכי בתשובתו שם (קכב ע"א), כותבים על פי דברי הר"ן, שגם אם קונים קופצים, פטור מאונס אם נמכר ביוקר, משום שזו הנאת המוכר. כמו כן, רח"ר מוציאי שם (קכב ע"ד) כותב על פי הר"ן, שבמצב בינוני, אם קנה בפחות ממחירו, יש רק הנאת הקונה, ודינו כבמקרה שקונים קופצים, ואילו כשקונים קופצים ומכר ביותר ממחירו, זה רק הנאת המוכר, ופטור מאונס אפילו בהליכה. בנידונו, המוכר מכר לו במחיר מסוים, ולאדם אחר מכר נכס כזה במחיר נמוך יותר; ולכן ר' חיים שמעון כתב שזה נחשב שמכר לו ביוקר. אך ר"א אלקלעי (דף קכה ע"א) כתב שזה לא נחשב שמכרו ביוקר (שהרי ייתכן שהוילל לשני), ורק אם מכר ביותר מהמחיר הקבוע של הנכס, או כשאין מחיר קבוע אבל יש מחיר מסוימלי נהוג, ומכר ביותר מזה, זה נחשב שמכר ביוקר, לעניין זה.

ז. מצד שני, כתב כנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות בית יוסף, אות ד, שגם אם מכר ביותר משווי, וגם אם אין קונים קופצים, חייב באונס אם פסק דמים, לפי הרמב"ם. נראה שכוונתו למקרה שגנה כדי למכור לאחר, שאז לפי הרמב"ם חייב באונס גם אם אין קונים קופצים (ראה בשמו במילואים להערה 59).

ח. הרשב"א על הרי"ף, נדרים י ע"ב (בדפי הרי"ף), ולחם משנה, על הרמב"ם שם, כתבו שאם המוכר להוט למכור, הקונה הוא שומר חינו, ואם המצב הוא בינוני, הוא שומר שכו. אך המאירי בנדרים כתב שגם כשהמוכר להוט למכור, הקונה הוא שומר שכו. גם חידושי תלמידי הרשב"א, ב"מ שם, כתב שאם אין קונים קופצים כלל, הוא שומר שכו. המחלוקת הובאה בשמרו משפט שם. שו"ת סם חיי, סימן כט, הסביר שבמצב בינוני, יש הנאה לשניהם, למוכר ולקונה (כדברי הר"ן בנדרים), ולכן הוא שומר שכו; וגם המפרש בנדרים, שנקט שבמצב בינוני לפעמים זו הנאת המוכר ולפעמים זו הנאת הקונה, לא התכוון לומר שזהו ספק (שאלו כן היה רק שומר חינו, מספק), אלא שבדרך כלל זו הנאת שניהם, ומכל מקום לפעמים רק המוכר נהנה. אבל ר"א מן הנה, נדרים לא ע"א, נוקט שבמקרה בינוני פטור מפני שטפק האם זו הנאת הקונה או הנאת המוכר, ולכן מספק אי אפשר לחייבו לשלם; אלא שהוא דיבר על חיוב באונס, לא על חיוב כשומר שכו.

להערה 70

א. הר"י מינאש שם הסביר שדווקא כשקונים קופצים, ויש הנאה לקונה, אומדים את דעתו שלקח אותו על דעת לקנותו. מאירי, ב"ב פח ע"א, הסביר, שרק כשיש הרבה קופצים, שזו הנאת הקונה, דעתו סומכת שיהיה קנוי לו, ואם אין קונים קופצים, אין הנאת הקונה, ומן הסתם לא גמר בלבו לקנותו. מאירי בנדרים שם הסביר, שאם אין קונים קופצים, אין לראות זאת כאילו הדבר גמור, מפני שאולי לא ירצה; ואף אינו שואל, מפני שאין כל ההנאה שלו, אלא גם המוכר נהנה. נתיבות המשפט, קפו, ס"ק א, הסביר, שכאן לא סמכה דעת הקונה לקנותו כלל, ולכן אין עליו אחריות של קונה. רא"ש, ב"ב, פרק ה, סימן כא, הסביר על פי ההסבר שחייב מטעם קונה, שרק כשקונים קופצים חייב, מפני שרק אז אומרים שבדאי יקנה. כנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות בית יוסף, אות ג, הסביר שצריך שיהיו קונים קופצים משום שרק אז אפשר לומר שגנאו בהגבהה, שיהיה שלו, ושהמוכר לא יוכל לחזור בו (כלומר, מטעם קונה); אך לא הסביר את הקשר בין הדברים.

ב. יד רמה (הובא בשמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן רכב) הסביר, שמאחר שיש הרבה קופצים, הקונה מפחד שהמוכר יתחרט, והוא לא ימצא נכס אחר כזה במחיר כזה, ולכן הוא מעוניין שהנכס יהיה קנוי לו כדי שהמוכר לא יוכל לחזור בו. לעומת זאת, כשאין הרבה קופצים, אפילו במצב בינוני, הקונה אינו מעוניין שהנכס ייכנס לרשותו מעכשו, מפני שאינו רוצה להתחייב באונס תמורת ההנאה הקלושה שהמוכר לא יוכל לחזור בו, מפני שהוא יודע שהמוכר לא יחזור בו שמה לא ימצא קונה אחר, ואפילו יחזור בו המוכר, הקונה ימצא מקום אחר לקנות ממנו. כמו כן, אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות מכירה, ד, יד, מטביר שרק אם קונים קופצים, הוא מעוניין לקנות מיד, אבל בנכס שאין קונים קופצים עליו, אין סיבה שיהיה מעוניין לקנות מיד, ולהתחייב באונס, שהלא הוא יודע שהמוכר אינו יכול לחזור בו, ולכן אין לו דין קונה.

ג. ההסברים דלעיל מתאימים להבנה שחייב כאן מטעם קונה. לפי ההבנה שחייב מטעם שואל, ההסבר הוא כדברי המאירי, שדווקא כשקונים קופצים חייב מפני שרק אז כל ההנאה שלו.

מילואים לסעיף 1(ד)

ד. נדרי זריזין, נדרים לא ע"א (ד"ה ועוד, השלישי), כותב שהרמב"ם מבדיל בין נוטל נכס כדי לבדוק האם ימצא חן בעיניו, לבין מקרה שיש למוכר סוגים אחדים של הנכס הזה, לכל סוג מחיר קצוב, והקונה הוזה נוטל חפץ אחד כדי לבדוק האם הוא מהסוג הטוב, או הגרוע, או הבינוני, והוא בוודאי יקנה אותו. במקרה הראשון, אם הנכס חביב לקונה, "אנן שהי" שיקנה אותו, ולכן הוא חייב באונס, מפני שהנכס ברשותו, ואם המוכר קץ בו, גם אם אינו להוט למוכרו, הקונה פטור מאונס מפני שאינו ברשותו, כיוון שאינו בטוח שהוא רוצה בו. לעומת זאת, במקרה השני, חייב באונס גם אם המוכר קץ בו אם אין המוכר להוט למוכרו, משום שהוא בוודאי יקנה, ורק אם המוכר להוט למוכרו, פטור מאונס (ולא הסביר מדוע). מדבריו אחר כך (בד"ה בא"ד הלכך) עולה שגם אם אין קונים קופצים, חייב באונס, ואף על פי שמעיקר הדין הוא רק שומר שכו, מפני שאין כל ההנאה שלו, מכל מקום בזכות הנאתו ממה שבעל הנכס מאפשר לו לברוק, הוא מקבל על עצמו תוספת אחריות, להיות שואל, אבל לא להיות קונה (ראה בשמו במילואים להערה 85).

להערה 71

א. שו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן ג, פא, בתחילת דבריו (הובא על ידי רח"ר מוציירי, בחדסד לאברהם שם, כג ע"ב), ושו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז (קמו ע"ב), מבארים את דברי הרמב"ם שם, שחייב באונס אם אין קונים קופצים רק כשיקבע מחיר ויקנהו בלי לעשות תנאי שיוכל לברוק. אבל מהריב"ל שם כותב שזה פירוש דחוק, ושיותר נראה מדברי הרמב"ם, שאם קבע את המחיר בפירוש בשעת המכירה, חייב באונס גם אם אין קונים קופצים כלל, גם אם התנה תנאי שיוכל לברוק. גם קרית מלך רב, על הרמב"ם, הלכות מכירה, ד, יד, ומחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כד, כתבו שגם אם אין קונים קופצים כלל, אם קבעו ביניהם מחיר בשעת המכר, ולא נמצא מום בנכס, אינו יכול לחזור בו. מהמאירי עולה שהכוונה היא שידוע שהוא רוצה את הנכס, ויעשה מעשה קניין אחרי הסכמתו, על דעת שיהיה מכר גמור.

ב. יד רמה, ב"ב, פרק ה, סימן קכה, כותב שגם כשאין קונים קופצים כלל, אחרי שגילה את דעתו שהוא רוצה לקנות, הוא חייב באונס, מפני שהגביה על דעת לקנות אז אם ימצא חן בעיניו אחר כך. מדבריו משמע שאינו צריך לעשות מעשה קניין חדש.

להערה 72

א. ר"ן, תוספות ישנים (כתב יד), ר' אברהם מן ההר, והרשב"א שם, מדגישים שתנאי זה נחוץ גם כשקונים קופצים.
ב. דעה חולקת: דעת חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ פא ע"א (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז, דף קמו ע"ד, בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ב, סימן יא, בנתיבות המשפט, קפו, ס"ק א, בנדרי זריזין, נדרים לא ע"א, ובחכמת שלמה, חו"מ, ר, יא), היא שאף כשאין המחיר קצוב, חייב באונס, אם קונים קופצים על הנכס (חכמת שלמה שם הסביר שאף שהקונים אינם יודעים את המחיר, הם יקפצו לקנות, בהנחה שהמוכר לא ידרוש מחיר מופקע), ורק אם אין קונים קופצים, צריך שהמחיר יהיה קצוב. הוא מנמק, שכשקונים קופצים, כל ההנאה היא של הקונה, ולכן הוא חייב מטעם שואל, ואין צורך בקביעת מחיר, ורק אם אין קונים קופצים כך שאין כל ההנאה שלו ואי אפשר לחייבו מטעם שואל אלא מטעם קונה, צריך שהמחיר יהיה קצוב כדי שתהיה לו סמיכות דעת, ובוהו תחול עליו אחריות של קונה, ואילו כשאין מחיר קצוב, משיכה אינה מועילה אפילו במכירה גמורה. גם בחידושי הריטב"א, ב"ב פח ע"א, כתב בשם הרא"ה, שאם קונים קופצים, חייב באונס גם אם אין מחיר קצוב, מטעם שואל, ואם המחיר קצוב, חייב באונס מטעם קונה גם אם אין קונים קופצים כלל, כיוון שאם ירצה יקנה. אך שו"ת סם חיי, סימן כט, כתב שאין להוציא ממנו על סמך דברי הריטב"א, שהרי רוב הפוסקים מצריכים את שני התנאים.
ג. חידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ פ ע"ב, והמאירי בנדריים שם, כתבו שאם אין מחיר קצוב, הוא שומר שכו. תלמיד הרשב"א נימק, שנהנה בזה שאם ירצה – יקנה. סם חיי שם כתב שלפי הריטב"א, במצב בינוני הוא שומר שכו גם אם אין מחיר קצוב; ואחר כך כתב שהוא שומר חיים, מכיוון שאין לו סמיכות דעת, שלכן אין לו הנאה. אולי הוא מתכוון בזה למקרה שאין קונים קופצים כלל. המהדיר לחידושי תלמיד הרשב"א שם, הערה 27, למד מהריטב"א בב"ב שהוא שומר חיים.

להערה 74

א. הר"ן נימק, שמאחר שיש מחיר קצוב במדינה, כל מי שמייצר דבר כזה ומניחו במקום שמיועד למכירה, עושה על סמך מחיר זה, וכל אדם יכול לבוא לקחת אותו אף בלי רשותו, וזכה בו, אלא אם כן מההמוכר לפני כן.
ב. יד רמה, ב"ב, פרק ה, סימן קכא, נוקט גם אפשרות שקבעו מחיר, וגם אפשרות שהמחיר קצוץ (משמע, שהמחיר ידוע לכל העולם), אלא שבמקרה השני חייב באונס רק אם ידוע שהמוכר התכוון למוכרו במחיר זה בדיוק, לא פחות ולא יותר.

להערה 75

א. הרשב"א נימק, שאם יש רק מחיר כללי, אין סמיכות דעת, שמה הצדדים לא יסכימו למחיר זה.
ב. המחלוקת מובאת בשו"ת בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סימן קג, ובשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז (קמו ע"ד).

להערה 76

א. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ב, סימן יא (ד"ה והנה הרב), כותב שהקונה כלי לבדוק חייב באונס דווקא אם לקח בתורת שמירה, אבל אם לקחו לקנותו באופן שמשכיח אינה קונה (הוא דן במצב תיאורטי, מה היה הדין אילו משיכה לא הייתה קונה), אינו אחראי עליו, מפני שלא קיבל על עצמו שמירה. נראה שהוא מתכוון לדעה שחייב שמירה חל רק אם השומר עשה מעשה קניין (ראה סעיף 1(א), ליד ציון הערה 127). ולאור דבריו יש נימוק לאמור כאן, שחייב האונס חל רק אם עשה קניין.

מילואים לסעיף 1(ד)

ב. דעה חולקת: סמ"ע, ר, ס"ק כט (הובא בנתיבות המשפט, ר, חידושים, ס"ק לג), כותב בדעת התוספות, הרא"ש והטור, שגם אם לא עשה מעשה קניין, הוא אחראי לאונס, משום שגם אז מניחים שהוא התכוון לקנותו, להכניסו לרשותו, שאם לא כן לא היה נוטלו מן המוכר. אך הפרשנים האחרים לא הזכירו מחלוקת בעניין זה.

ג. פוסקים רבים מצריכים כאן תנאי נוסף לחיוב אונס: שהקונה ירצה לקנות את הנכס כולו. זאת, על פי גרסה אחת בב"ב פח ע"א: "והוא דבעי כוליה". כך כתבו: הרמב"ם והשולחן ערוך שם; רבנו גרשום, ב"ב שם (שאם רצה רק חצי, חייב באונס רק על חצי); ספר משרים שם (שאם רצה רק את מקצתו, אין כל ההנאה שלו); נימוקי יוסף, ב"ב מד ע"ב, בדפי הרי"ף (שחייב רק לפי השיעור שהיה בדעתו לקנות, מפני שרק אותו שיעור נחשב ברשותו); יד רמה, ב"ב, פרק ה, סימן קכב; מאירי, ב"ב שם (שאם רצה רק חלק, צריך לחזור ולקבוע את מחיר החלק — משמע שלדעתו פטור עד אז גם על אותו חלק); פירוש קדמון, ב"ב פז ע"ב (דווקא אם הגביה במטרה לקנות את כולו); עליות דרבנו יונה, ב"ב שם; חידושי תלמיד הרשב"א, ב"ב פז ע"ב (שאם רצה לקנות חלק, חייב רק על החלק); סמ"ג, עשה פב, דף קנח ע"א (דווקא אם מגביה כדי לקנות את כולו). אך המהר"ר לחידושי תלמיד הרשב"א שם, הערה 29, למד מר' יונתן ור' יונה, שחייב בכל גם אם רצה לקנות רק חלק.

ד. שו"ת בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סימן קג, הסביר שכוונת הרמב"ם היא, שצריך להגביה במטרה לקנות את כל הנכס אם ירצה בו אחרי הבדיקה (כלומר, הקניין מותנה ברצונו אז), ואילו אם הוא מתכוון לקנות רק את חלקו, חייב רק על חלקו. ראה עוד בשמו במילואים להערה 54.

להערה 78

א. נתיבות המשפט, קפו, ס"ק א, כותב (בשם בית יוסף — אולי הוא מתכוון לבית יוסף, חו"מ, קפו, א, הרומז לכך) שהטעם הוא ששואל חייב באחריות עד שיגיע הנכס ליד המשאל (ובס"ק ב הוסיף להסביר, שאין זה נחשב שואל שכלתה שאילתו, מפני שלא נקבע זמן ל"שאלה"; אך אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות מכירה, ד, יד, דוחה את הסברו, שהרי אף כאן הוא כאילו כלה זמנו, מפני שהסיבה שהוא שואל היא שיש לו ברה לקנות, ואילו עכשו גילה את דעתו שאינו רוצה). לאור זה הוא כותב שזה רק כשקונים קופצים, שכל ההנאה שלו, שאז הוא כשואל (ראה במילואים להערה 72), אבל כשאין קונים קופצים, אלא שאין המוכר להוט למכור (שזה מצב ביניים), שאז הוא אחראי רק כקונה, כבר אינו אחראי באונס, מכיוון שגילה את דעתו שאינו רוצה לקנות, וכך נתבטל מעשה הקניין שעשה, וגם המוכר יכול לחזור בו.

ב. דברי משפט, קפו, ב (ס"ק ב), מנמק, שגם אחרי שהקונה הודיע שאינו רוצה לקנות, יכול לחזור בו (אם הנכס עוד לא הגיע ליד המוכר), ולומר שהוא רוצה לקנותו, אף בלי הסכמת המוכר (עיי' שם בהוכחתו לכך), ולכן חייב באונס.

ג. שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז (קמה ע"ב), נימק את דעת הרשב"ם, שמאחר שקבע מחיר, סמכה דעתו לקנות, וגם אם גילה את דעתו שאינו רוצה לקנות, אולי יחזור בו מגילוי הדעת, ורק כשיחזור בו בפועל, זה מראה שגמר בדעתו שלא לקנות, ופטור מאונס (הוא בא להסביר את ההבדל בין מקרה זה לבין קונה במטרה לתת במתנה — ראה במילואים להערה 88 בשמו). אך הוא כותב שזה נכון רק לדעה שהוא נחשב קונה (וכותב שזו דעת הרשב"ם), מפני שעדיין אין ביטול מקח בהודעתו, אבל לדעה שהוא שואל, וחייב מטעם הנאה, הוא פטור מאונס לאחר שגילה את דעתו שאינו רוצה, שהרי עכשו אין לו הנאה, והוא שומר שכל ככל שואל שכלה זמנו — ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 131 (הפוך מדעת נתיבות המשפט). גם ר"א די בוטון בתשובתו שם (קמה ע"ד) תלה זאת בכך שהוא קונה ולא שואל.

ד. בינת נבונים, שער ה, פרק יז (צד ע"ד), מנמק את הדעה שקונה לבדוק חייב באונס גם אחרי שגילה את דעתו, שהוא קצת פושע בזה שאינו רוצה לקנות את הנכס, שהרי אמר למוכר: "אם לא אמצא מום אקנוני", והרי לא מצא מום והנכס מצא חן בעיניו, ומכל מקום רוצה להחזיר, מפני שהוא דחוק לכסף או מפני שאינו זקוק לנכס, ואין זו מידת חסידות, ומאחר שעשה שלא כהוגן, הוא ממששך להיות חייב באונס. בזה הוא שונה מן הקונה במטרה לתת במתנה, שאם חברו אינו רוצה במתנה זו, הקונה שומר שכל בחזרה מפני שלא פשע בכלל. הוא מעלה אפשרות (בדף צה ע"א) שהרשב"ם שמחייב באונס הוא במקרה שלא מצא מום, וחייב מהטעם דלעיל, והפוטרים דיברו כגון שמצא מום ולכן לא פשע כלל, שהרי בעל הנכס ידע מראש שאם לא ירצה לא יקנה, ולכן פטור מאונס.

ה. המחלוקת האם הוא שומר שכל או חייב באונס, מובאת בשו"ת דברי שמואל (ארדיטי), חו"מ, סימן י (רט ע"ג).

ו. נתיבות המשפט, קפו, ס"ק ב (הובא בכינת נבונים שם, צד ע"ג), כותב שאין כאן מחלוקת, אלא הרשב"ם והרא"ש מסכימים שהוא פטור מאונס אם אמר למוכר: "טול את שלך", והם חייבו רק כשגילה את דעתו בפני עדים שלא בפני המוכר, ואז גם לדעה האחרת חייב עדיין באונס. רח"א מילר העיר שהוא מתכוון למקרה שקונים קופצים, שאז חייב מדין שואל, כאמור. עוד העיר, שלפי האמור כאן, אפשר שפרח מטה אהרן שהבאנו אינו חולק על נתיבות המשפט לגבי השיטה שהוא שואל, אלא פרח מטה אהרן כתב שפטור מאונס אחרי גילוי דעת, כגון שגילה את דעתו בפני המוכר, ובוה אף נתיבות המשפט פוטר.

ז. ישועות ישראל, עב, ס"ק ד, כותב שפטור באונס בחזרה אף על פי שלא הודיע, מפני שלא רצה, ובוה התברר למפרע שלא נהנה כלל בלקיחתו.

להערה 79

א. יד רמה (הובא בשו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן יז) הסביר שבטלה אחריותו באונס, מפני שיצא מתורת קונה והנכס הפך לפיקדון, משום שבעל הנכס פשע בזה שהשאירו אצלו למרות שהודיע שאינו רוצה בו (רח"א מילר סבור שדברים אלו ייתכנו רק לפי נתיבות המשפט, במילואים להערה 78, האומר שרק גילוי דעת בפני המוכר מועיל, אבל הבית יוסף סובר שמועיל גילוי דעת שלא בפני המוכר, ולכן אינו יכול לומר טעם זה, ולכן הוא מפרש בדרך אחרת — ראה בסמוך). שמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן רכב, בסופו, הוסיף שאף אין לחייבו כשומר שכל כמו שואל שכלה זמנו (סעיף 11, ליד ציון הערה 131), מפני שכאן לא נהנה במשך

מילואים לסעיף 1(ד)

הזמן, שהרי גם המוכר היה אמור ליהנות מעסקת המכר, שיקבל כסף. רח"א מילר הסביר את כוונתו, שמאחר שלא נהנה, לא היה חייב מטעם שואל אלא מטעם קונה, ולכן כשהודיע, הוא רק שומר חנים, כהסבר פרח מטה אהרן בסמוך.

ב. ב"ח, חו"מ, קפו, א, כותב ש"המפרש", בנדרים לא ע"ב, פוטר כאן לגמרי. אך שו"ת עטרת יצחק, סימן כח, מעלה אפשרות שהמפרש מסכים שלמסקנה חייב כפי שמוכח בב"מ פא ע"א, אבל הוא פירש לפי ההוה אמינא, כדרכם של פרשנים לפרש לעיתים לפי ההוה אמינא.

ג. בית יוסף, חו"מ, ר, טז (הובא בחדסד לאברהם, שם, דף קכג ע"א), כותב שהרמ"ה יכול לסבור שהקונה במטרה לתת במתנה הוא שומר שכר בחזרתו, משום שנהנה מן ההתפארות (ראה ליד ציון הערה 90), מה שלא קיים כאן. הוא מעלה גם אפשרות שהרמ"ה סובר כדעה (במילואים להערה 87) שגם שם אינו שומר שכר. אך פרח מטה אהרן (קמו ע"ב) דוחה אפשרות זו בכך שהטור לא הביא שהרמ"ה סובר כך בקונה לתת במתנה. הוא מסביר (ברף קמו ע"ג) שלרמ"ה כאן הוא שומר חנים מפני שחייבו של הקונה במטרה לבדוק הוא מטעם קונה, וכשהודיע שאינו רוצה, בטל דין קונה, אבל קונה במטרה לתת במתנה חייב כשואל, ולכן גם אחרי שהודיע, הוא שומר שכר, ככל שואל שכלה זמנו. הוא כותב שגם הרמב"ם סובר שכאן הוא קונה ושם — שואל.

ד. כמו כן, שו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן יז, ור"א אלקלעי, בחדסד לאברהם שם (קכד ע"ב), מעירים שביד רמה מתבאר (כפי שנראה בהערה 87) שלדעתו הקונה לתת במתנה — בחזרה הוא שומר שכר. אמר שמואל נימק את ההבחנה, ששם אין לומר (כדברי הרמ"ה שהבאנו לענייננו) שהמוכר פשע בזה שלא נטלו, שהרי המוכר אינו יודע שמיועד המתנה אינו רוצה אותה, ולכן הוא שומר שכר.

להערה 80

א. ר"א פרחיא, בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז (קמה ע"ג), ור"א די בוטון בתשובתו שם (קמט ע"א), כותבים שזו תהיה דעת הרשב"א המוכח בתוספות, כיוון שהוא סובר שלוקח לבדוק נחשב שואל (ראה בשמו בהערה 66), ואם כן הוא כשואל שכלה זמנו, שהוא שומר שכר.

ב. המחלוקת האם הוא שומר שכר או שומר חנים אחרי שהחליט לא לקנות, מובאת בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צד, ובשו"ת דת אש, סימן יז. על דינו בדרך חזרה עיין שו"ת בנימין זאב, סימן תמא.

ג. ר"א מן ההר, נדרים לא ע"ב, וישועות ישראל, עב, ס"ק ד, כותבים רק שפטור מאונס אחרי שהודיע שאינו רוצה, ולא כתבו האם הוא שומר חנים או שומר שכר.

להערה 81

מתנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כג, נימק, שמאחר שבתחילה היה חייב באונס, מפני שכל הנאה הייתה שלו, לכן הוא שומר שכר בחזרה, "הואיל ונהנה — מהנה".

להערה 82

א. דעות חולקות: תוספות רבנו פרץ, נדרים שם, נוקט שהוא שומר שכר. כמו כן, רח"ד מוצרי, בחדסד לאברהם שם (קכג ע"א), כותב שלפי "המפרש" בנדרים, הוא שומר שכר בהליכתו. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ו, סימן נט, כותב כאילו לרשב"ם הוא שומר שכר בהליכתו.

ב. סוג מיוחד של קונה לתת במתנה: שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ו, עוסק במי שלוקח ממישהו נכס לתת במתנה לראש התיל שבא לעיר, כדי שהחייילים לא יבוזו. לכאורה, כאן יש יותר הנאה בממקרה של התלמוד, שהרי אינו משלם כלום לבעל הנכס תמורת הנאתו מהתפארותו, שלא כמו שם (ראה ליד ציון הערה 86). אך הוא פוסק שאינו אפילו שומר שכר, ודווקא מי שמטרתו לתת מתנה לחברו חייב באונס מפני שנהנה הנאה גדולה, שמחבב את עצמו אצל חברו, מה שאינו כן כאן, שהתיל יוצא מהעיר תוך זמן מסוים, וזה שלא יגזלו אותו, אינו נחשב הנאה. לגבי נידונו, חמץ בפסח, שרוצים לקחת אותו מהנכרי שקנאו (והשאלה היא האם החמץ נחשב באחריותו לעניין לעבור ב"בל יראה"), הוא מוצא עוד נימוק לפטור — ששם חייב מפני שמשך לשם קנייה, וכאן אינו מושך כדי לקנות, שהרי אינו מעוניין לקנות חמץ, שהוא איסור.

ג. מקרה נוסף של קונה על תנאי מתואר בשולחנו של אברהם, חו"מ, רצא: ראובן העמיד נכס פלוני למכירה, ושמעון ביקש ממנו לא לקחו אלא אם כן ישיג קונה במחיר גבוה יותר מסכום מסוים, ואם לא ישיג מחיר גבוה יותר עד זמן פלוני, ימכרו במחיר ההוא לשמעון; והנכס הושאר בינתים ברשות שמעון. הוא פוסק, ששמעון שומר שכר עליו, משום שהיה בנידונו מצב בינוני, שהיו על הנכס קצת קופצים, ובמקרה כזה (משמע — להוציא מקרה שאין קופצים כלל), גם הקונה נהנה, ואף על פי שיתכן שבסופו של דבר הוא לא יקנה, מכל מקום הוא נהנה מן האפשרות שזה יקנה (ראה סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 16, על הנאה אפשרית לעניין שומר שכר). רח"א מילר הסביר, שכאן אינו שואל כמו בקונה לבדוק או לתת במתנה, משום שמדובר במצב בינוני שבו אינו נחשב שואל שהרי אין כל הנאה שלו. עוד יש להסביר, שבמקרים ההם יש בידו להחליט לקנות, ואילו כאן אין זה תלוי בו, שהרי אם ירצה אחר לקנות במחיר הגבוה לא יוכל למנוע בעדו.

ד. שו"ת חינוך בית יהודה, סימן נב, כותב שמי שלוקח מחברו כמות של כלים כאילו בהשאלה, אבל מתנה שעל מה שיישבר ישלם כמחיר שהוא יותר מהקרן, זה נחשב מכר, שאילו שואל משלם לפי מחיר הקרן. ראה בשמו בסעיף 5, הערה 66.

ה. מקרה נוסף של חיוב אונס מטעם קונה על תנאי, נראה בסעיף 1(ג), במילואים להערה 403, בשם רמ"מ יפה, בהקשר כללי של חיוב אונס בנותן מתנה על תנאי.

ו. שו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קכא (פז ע"א), עוסק בנערה שלקחה טבעת מהמוכר להראות לאימה ולבקש ממנה שתקנה אותה עבורה (עבור הנערה), ופוסק שהיא שומרת שכר מפני הנאתה. כנראה, אינה חייבת באונס, מפני שהיא אינה אמורה לקנותה אלא אימה אמורה לקנותה.

83 להערה

א. חידושי הדין "היטב"א החודשים שם (הובא בשו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ו) הסביר שאף על פי שקונה לברוק חייב מטעם קונה (ראה בשמו במילואים להערה 68), זה משום ששם לקחו בתורת מכר לגמרי, שהרי אם לא יהיה בו מום, נתקיים המכר מעכשו על כרחו של הקונה, אבל כאן הוא יכול לחזור בו כל זמן שלא יאמר חברו שהוא רוצה את המתנה, ולכן אינו קונה. גם ר"א די בוטון שם עשה הבחנה זו.

ב. אכן האול הסביר שהוא שואל מפני שקבעו מחיר קצוב שישלם לו, בין יתייקר ובין יחול, וקיבל על עצמו אחריות לכל דמי המכר.

ג. ר"א פרחיא כתב שזו דעת הרמב"ם (אף שהוא מסכים שלוקח לברוק הוא קונה), ובוהו הוא מסביר את דעת הרמב"ם לעניין הדרך חזרה (ראה להלן). הוא מסביר (בדף קמו ע"ד), שאף על פי שהוא משלם למוכר טובת הנאה, הוא נחשב שואל, מפני שהוא נהנה יותר מהמוכר. זה מתאים לשיטה שלהיות שואל די ב"רוב הנאה שלו" – ראה במילואים להערה 154, בשם חכמת שלמה.

ד. כנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות בית יוסף, אות ג, הסביר שאינו חייב משום קונה, אלא מחמת הנאתו (ולא הזכיר שואל). עיין גידולי שמואל, ב"מ פ ע"ב (ד"ה ולפי"ז מובן). בשאלה האם הוא קונה או שואל, ושם הוא דן מדוע אין לומר שהוא חייב מדין ערב.

84 להערה

א. ר"ש (הובא בשו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ו), מאירי, נימוקי יוסף ופסקי הרי"ד בב"מ שם נימקו, מפני שמשך לשם קניין משמע שלדעתם זהו תנאי בחיוב כמו במקרה הקודם – ראה ליד ציון הערה 76.

ב. הר"ן שם נימק, שמאחר שתלוי ברצונו האם יקנה או לא, הנכס ברשותו עד שיודיע שאינו רוצה במכר.

ג. ר' אשר מלוניל, ב"מ פא ע"א, נוקט שחייב באונס מפני שהנכס הוא שלו לגמרי, כיוון שפסק מחיר ובידעתו לקחתו אם ירצה חברו.

ד. חכמת שלמה, חו"מ, קפו, א, כותב, שאם קונים קופצים על הנכס, הוא אחראי קונה, ואם אינם קופצים, ושורר מצב ביניים (שגם אין המוכר להוט למכור), הוא רק שואל, ופטור אם "מתה מחמת מלאכה". אך זו הבחנה הפוכה מהבחנת הריטב"א (ראה במילואים להערה 72) לגבי המקרה הקודם, שאם אין קונים קופצים ושורר מצב ביניים, אינו שואל מפני שאין כל הנאה שלו, ואם קונים קופצים הוא שואל מפני שכל ההנאה שלו (אלא שאם המחיר קצוב, הוא קונה, ולכן כאן כתב שהוא נחשב קונה כשקונים קופצים).

ה. נתיבות המשפט, קפו, ס"ק א, כתב שלדעת הרמב"ם, אם המחיר קצוב, הוא חייב מטעם קונה, וגם אם המוכר להוט למכור, סמכה דעתו לקנות, מפני שהדבר אינו תלוי בדעתו אלא בדעת חברו, והוא סומך בדעתו שחברו ירצה (ובוהו הוא שונה מן המקרה הקודם, בקונה לעצמו, שאם המוכר להוט למכור, הקונה אינו חייב באחריות).

85 להערה

א. נתיבות המשפט, קפו, ס"ק א, הוכיח שמדובר בכך, שהלא אם הקונה אינו יודע כמה ידרוש המוכר, איך נטל את הנכס לתיתו במתנה לאחר, אולי המוכר ידרוש הרבה מאוד ולא יהיה לו נעים לחזור בו אחרי שהבטיח אותו לחברו במתנה?

ב. שער משפט, קפו, ס"ק א, כותב שבדבר שאין מחירו קצוב, פטור מאונס, שהרי אינו כקונה, וגם אינו שואל, מפני שהוא כמו שואל נכס להראות בו, שרש"י מספק פטור באונס (ראה הערה 94), וכך כאן, הוא שואל כדי שיהנה מראייתו בבית חברו.

ג. דעות חולקות: מרכבת המשנה, על הרמב"ם שם, כתב שהרמב"ם אינו מצריך תנאי זה, שיהיה מחיר קצוב, משום שבלאו הכי מאחר שהוא לוקח בתורת מכר, בדעתו לקבל על עצמו אחריות לאונס. גם ר"א פרחיא, בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז (קמו ע"ג), כותב שלרמב"ם חייב באונס גם אם אין המחיר קצוב, מפני שתנאי זה נחזק רק לחיוב קונה, וכאן חייב מדין שואל (ראה בשמו במילואים להערה 83). גם כנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות בית יוסף, אות ב, כותב שלדעת הרמב"ם חייב גם אם אין המחיר קצוב, ובאות ג נימק, שאין חיובו מטעם קונה, שאז הייתה סיבה להצריך קציבת מחיר, אלא חיובו הוא מחמת הנאתו. הוא כותב שזאת גם דעת הרי"ף, הרא"ש, הטור והשולחן ערוך. לעומתם, שמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן רכב, כתב שהרמב"ם אמנם אינו מצריך שיהיה מחיר קצוב, אבל הוא מצריך שיהיה שער קבוע בעיר, ולזאת רמז בלשונו "את דמיהן". ר' מרדכי שמעון, בחסד לאברהם שם (קכא ע"ד), כותב שהרמב"ם מצריך שיהיה מחיר קצוב, ולא הוצרך לכתוב זאת מפני שזה פשוט, שהרי אם לא קצב מחיר יש לחשוש שחברו ירצה את המתנה, והמוכר ידרוש מחיר גבוה (כהוכחת נתיבות המשפט). גם אכן האול, על הרמב"ם, הלכות מכירה, ד, יד, וקריית מלך רב, על הרמב"ם שם, כתבו שהרמב"ם מחייב באונס רק אם המחיר קצוב, וכלל זאת בלשונו "אתן לך דמיהם" (קריית מלך רב הוסיף להוכיח כהוכחת ר' שמעון חיים).

ד. האם חיוב האונס בקונה לתת מתנה מותנה בכך שיהיו קונים קופצים, כמו בקונה לברוק? יד רמה, ב"ב, פרק ה, סימן קכא, כתב שכאן חייב באונס גם אם אין קונים קופצים בכלל. הנימוק הוא כפי שראינו בשמו במילואים להערה 69, שאם יש אפשרות שהקונה יוכל למכור לאחר במחיר גבוה יותר, הוא חייב באונס מטעם זה, ואף כאן, אם יסכים חברו לקבל את המתנה, הרי זה כאילו מישוה קנה ממנו במחיר גבוה מזה ששילם.

ה. כך גם דעת הרמב"ם, לפי: מרכבת המשנה, על הרמב"ם שם (שנימק שהוא מתכוון לקבל על עצמו חיוב אונס כיוון שהוא לוקח בתורת מכר); שמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן רכב; ר' מרדכי שמעון, בחסד לאברהם שם, דף קכא ע"ד (ונימק שגם אז נהנה בוה שיכול לתיתו במתנה לחברו); נתיבות המשפט, קפו, ס"ק א (מפני שחייב מטעם קונה, ויש לו סמיכות דעת לקנות כיוון שבוודאי חברו יסכים לקבל את המתנה); ר"א פרחיא, בשו"ת פרח מטה אהרן שם, דף קמו ע"ג (ונימק שתנאי זה שייך רק בדין קונה, ולרמב"ם הלוקח לתת במתנה חייב מטעם שואל); אכן האול, על הרמב"ם, הלכות מכירה, ד, יד (ונימק, מפני שהרווח ברוך).

ו. גם ר"א אלקלעי, בשו"ת חסד לאברהם שם (דף קכ ע"ב), כותב שמאחר שחייב מטעם קונה (ראה בשמו בהערה 84), חייב גם אם אין קונים קופצים (ראה בשמו במילואים להערה 59). כמו כן, כנסת הגדולה, חו"מ, קפו, הגהות בית יוסף, אות ג, כותב שלדעת

מילואים לסעיף 1(ד)

הרי"ף, הרמב"ם, הרא"ש, הטור והשולחן ערוך, חייב באונס גם אם אין קונים קופצים, משום שחיובו הוא מטעם הנאה, שבהנאה שכולל לחיתו במתנה לחברו, מקבל על עצמו חיוב אונס, ולא מטעם קונה, ולכן אין צורך שיהיו קונים קופצים.

ז. ראה במילואים להערה 84, בשם חכמת שלמה, שחייב באונס גם אם אין קונים קופצים, אך בדרגה פחותה מעט.

ח. חידושי הריטב"א החדשים, שם, כותב (בדומה למה שכתב על הקונה לברוך — ראה במילואים להערה 72), שאם המחיר קצוב, נחשב שואל גם אם אין קונים קופצים, מפני שכל ההנאה שלו, ואם קונים קופצים, נחשב שואל גם אם אין מחיר קצוב. רח"א מילר תמה עליו, הרי אם אין קונים קופצים, גם אם המצב הוא בינוני, אין כל ההנאה שלו (ואכן, במקרה שבמילואים להערה 72, נקט הריטב"א שכשאינו קונים קופצים חייב מטעם קונה)? אפשר לתרץ על פי הדעה שדי שרוב ההנאה תהיה לשואל — ראה במילואים להערה 83.

ט. לעומת זאת, תוספות ישנים (כתב יד), נדרים שם, משנה למלך, על הרמב"ם שם, ורח"ד מוציאי בחסד לאברהם שם (כג ע"א), כותבים שחייב באונס רק אם קונים קופצים על הנכס. כמו כן, נתיבות המשפט, קפו, ס"ג, כותב שלדעה שהקונה במטרה למכור חייב באונס רק אם קונים קופצים (ליד ציון הערה 55), אף כאן תנאי זה נחוץ.

י. ר"א פריחא, בפרח מטה אהרן (קמה ע"ב), כותב שלפי רשב"ם, ב"ב פח ע"א (ד"ה והני), חייב באונס רק אם קונים קופצים (אך אפשר לפרש שהרשב"ם מתייחס שם רק לקונה במטרה לברוך — עיין שם). הוא כותב (בדף קמה ע"ד) בדעת רש"י, שחייב גם במצב בינוני, מפני שנהנה בזה שהוא מרשים את חברו, שמראה שהוא רוצה לתת לו מתנה, ואף על פי שמשלם בעד הנאה זו, מכל מקום הוא מעוניין להתפאר בזה ולשלם על כך. אך ר"א די בוטון שם (קמט ע"ב) דוחה את דבריו בטענה שלא די בהנאה זו לחייבו באונס, משום שגם המוכר נהנה מכיוון שזהו מצב בינוני, והרי שומר שכוון אינו נעשה שואל גם אם הוא מרוויח הרבה על ידי שכרו. לכן הוא כותב (בדף קמט ע"ג) שגם לרש"י חייב באונס רק אם קונים קופצים.

יא. נדרי זריון, נדרים לא ע"א (ד"ה בא"ד הלכך), כותב שלרמב"ם חייב באונס גם אם אין קונים קופצים, אבל הוא רק כשואל, ולא קונה, כיוון שאין כל ההנאה שלו, ולכן מעיקר הדין הוא רק שומר שכוון, ובזכות הנאתו ממה שבעל הנכס מאפשר לו לחיתו לחברו במתנה, הוא מקבל על עצמו תוספת אחריות, להיות שואל, אבל לא להיות קונה. יוצא מדבריו שאם קונים קופצים, שמעיקר הדין הוא שואל, הוא מקבל על עצמו תוספת חיוב (בגלל ההנאה הנוכרת) והוא קונה (ראה בשמו במילואים להערה 68). בהסבר אחר (בדף לא ע"ב) הוא עושה הבחנה בדעת הרמב"ם: גם אם אין קונים קופצים, הוא שואל, מפני שהנאתו ודאית, שהרי חברו יראה שהוא רוצה לתת לו מתנה, והנאת המוכר בספק, שמא לא ירצה לקנות ממנו, אבל זאת דווקא אם משלם למוכר רק דבר מועט במתנה, אבל אם הוא משלם לו את כל ערך טובת ההנאה הזאת, אין לומר שהוא שואל מטעם זה, ורק אם קונים קופצים, הוא חייב באונס. דברים דומים כתב בספרו חכמת שלמה, על שו"ע שם (בדעת הרמב"ם): שאם קונים קופצים על הנכס, הוא נחשב קונה, ולכן הוא חייב באונס גם אם הוא משלם כל דמי טובת ההנאה, ואם אין קונים קופצים, הוא אחראי כשואל (ראה בשמו במילואים להערה 84) רק אם משלם דבר מועט בלבד, ואם משלם את כל ערך טובת ההנאה, הוא שומר שכוון.

יב. קרית מלך רב, על הרמב"ם, הלכות מכירה, ד, יד, כותב בתחילה שהרמב"ם מצריך תנאי זה, שיהיו קונים קופצים, אלא שלא כתב זאת כיוון שהתנאי לא נזכר בתלמוד בפירוש על נידוננו. אך אחר כך הוא כותב שהרמב"ם אינו מצריך תנאי זה, אלא מחייב באונס גם אם אין קונים קופצים כלל, בזכות הנאתו ממה שהמוכר מאמין לו ונותן לו אפשרות לקחת את הנכס למקום אחר לחיתו במתנה (בניגוד לקונה כדי לברוק, שאינו לוקח אותו למקום אחר, ולכן יש לו הנאה רק אם קונים קופצים). עוד הסביר קרית מלך רב, שלא הוצרך הרמב"ם לכתוב תנאי זה, מפני שמן הסתם נכס שלוקחים אותו לתת במתנה, הוא מסוג שקונים קופצים עליו.

יג. ר"א אלקלעי, בחסד לאברהם שם (קמה ע"ד), כותב שהרשב"ם והר"ן מחייבים כאן רק אם קונים קופצים, ומנמק, מפני שאין ודאות שחברו יסכים לקבל את המתנה, ולכן אין הנאתו מרובה, אלא אם כן קונים קופצים. עוד נימק, שמאחר שגם אם חברו לא יסכים לקבלו, ישלם דמי טובת הנאה, דינו פחות חמור, ולכן חייב רק שקונים קופצים.

להערה 87

א. כך כתבו גם: ר"ן, נדרים לא ע"ב, וחידושי הר"ן, ב"ב פח ע"א (הואיל ונהנה, מהנה); יד רמה, ב"ב, פרק ה, סימן קכא; פסקי הרי"ד, נדרים שם; פסקי הרי"א, ב"מ, פרק ו, הלכה ב, אות ה; מאירי, נדרים לא ע"ב; רא"ם, בשיטה מקובצת, נדרים לא ע"ב; חידושי הרמב"ן, ב"ב פח ע"א (הואיל ונהנה, מהנה); ספר מישורים, נתיב ל, חלק א; טור, חו"מ, קפו, א; הגהות מיימוניות, הלכות שלוחין, ב, אות ו; סמ"ג, עשה פכ (קסו ע"ג); אור זרוע, חלק א, סימן תשעב; תוספות, גיטין נב ע"ב (ד"ה דאתו) וכו' פו ע"ב (ד"ה הלוקח); רי"ף, ב"מ נו ע"א (בדפי הרי"ף); רא"ש, סוכה, פרק ג, סימן ל, וב"מ, פרק ה, סימן יג, ונדרים לא ע"ב, ותוספות הרא"ש, גיטין נב ע"ב; אגודה, ב"מ, סימן קנב; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תרסד; שו"ע, חו"מ, קפו, א, וכסף משנה, הלכות שלוחין, ב, ח; שו"ת בנימין זאב, סימן תמא; ר"ש לניידו, בשו"ת בית דינו של שלמה, חו"מ, סימן ז (קנט ע"ג); שו"ת שיי למורא, סימן טו (יח ע"ב); שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן עז (קמו ע"ג), בדעת הרמב"ם; חזון יחזקאל, תוספתא, ב"מ ז, י.

ב. נתיבות המשפט, קפו, ס"ג, עושה הבחנה: בנכס שאין קונים קופצים עליו, אינו שומר שכוון בחזרתו, אלא רק שומר חינוס, מפני שבהליכתו אינו שואל (לדעה אחת — ראה במילואים להערה 85), ורק כשקונים קופצים, שבהליכתו הוא שואל, בחזרה הוא שומר שכוון.

ג. יקר תפארת, על הרמב"ם שם, כותב שאם בחזרה מכר את הנכס, או השתמש בו לצרכו, חייב באונס, מפני שהנכס נכנס בכך לרשותו.

ד. דעות חולקות: בית יוסף, חו"מ, קפו, א, כותב שלפי "המפרש", על נדרים לא ע"א, בחזרה הוא פטור לגמרי מפני שאין לו הנאה; אבל בית יוסף כתב שאין מתחשבים בדעתו מפני שהיא דחיה מכוח הטוגיה בב"מ. תוספות רבנו פרץ, נדרים שם, כותב שבחזרתו הוא שומר חינוס. רח"ד מוציאי, בחסד לאברהם שם (כג ע"א), כותב שלפי המפרש בנדרים, בחזרה הוא שומר חינוס. רי"ץ, בשיטה מקובצת, נדרים לא ע"ב, פירש ש"מפני שהוא נושא שכוון" מתייחס להליכתו, ומשמע מזה שלדעתו בחזרה הוא רק שומר חינוס או פטור לגמרי.

להערה 88

- א. מאירי, נדרים שם, נימק, שכשמתברר שחברו אינו רוצה את המתנה, פטור מאונס מפני שנסתלק מדין מכר. רמ"מ יפה, בהערות לשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנט, נימק שאין עליו תורת קונה מפני שאין בידו להחזיק בנכס עכשו.
- ב. סמ"ע, קפו, ס"ק ג, הסביר שאינו אחראי לאונס כעת כקונה, מפני שמתחילה גילה דעתו שאם לא יסכים חברו לקבלו, הוא יחזיר. פרישה, חו"מ, ה, טז, נימק, שמעולם לא סמכה דעתו לקנותו בוודאי, ולכן אינו נחשב קונה, ודיינו במה שהזקקו אותו לקונה בהליכתו, אבל לא נאמר כך בחזרתו.
- ג. פרח מטה אהרן שם (דף קמה ע"א), מסביר, שמאחר שחברו לא רצה את המתנה, בוודאי גמר בדעתו שלא לקנות, מפני שכל קניינו היה בעבור חברו, אם ירצה, ועכשו שנחבטל, הוא כמו שואל שכלה זמנו, שהוא שומר שכן (הוא בא להבדיל בין מקרה זה למקרה של לוקח לבדוק וחזר – ראה בשמו במילואים להערה 78). הוא הסביר כך (בדף קמו ע"ג) גם בדעת הרמב"ם, שחיוב לוקח לשלוח לחברו הוא מטעם שואל, ומאחר שחברו הודיע שאינו רוצה, כלתה הנאתו, ושואל שכלה זמנו הוא שומר שכן (בניגוד לקונה לבדוק, שהוא נחשב קונה). כך הסביר גם ר"א די בוטון שם (קמה ע"ד).
- ד. מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ו, מקשה, לדעה (ליד ציון הערה 83) שחייב משום שואל, מדוע בחזרה פטור מאונס אף על פי שלא הודיע למוכר, הרי שואל חייב באונס כשגמר להשתמש אם לא הודיע – ראה סעיף 11, ליד ציון הערה 176 (והוא מסביר שלכן רש"י פירש שחייב משום קונה). דברי משפט, קפו, א, מיישב על פי דעתו (ראה סעיף 11 שם בשמו), ששואל שגמר את מלאכתו ולא היה יכול להודיע על כך, פטור מאונס, ואף כאן לא היה יכול להודיע.
- ה. מנתיבות המשפט, קפו, ס"ק א, עולה, שאם קונים קופצים על הנכס, הוא אחראי באונס גם כשיחזור, מפני שאחריותו היא של שואל, ואין זה מתבטל בהחלטתו להחזיר (ראה בשמו בדומה במילואים להערה 78, על קונה לבדוק). אך רח"א מילר למד מדברי נתיבות המשפט שם, ס"ק ב (שהבאנו גם אותם במילואים להערה 78), שאם גילה את דעתו בפני המוכר, שרוצה להחזיר, הוא שומר שכן בלבד.
- ו. שו"ת דברי רננה, סימן ו (עמ' כב), מסביר שאינו אחראי באונס, מפני שגם המוכר נהנה, מזה שחברו של הקונה יעריך את אומנותו (נימוק זה תקף רק במקרה הנידון בתלמוד, שהמוכר הוא אומן שמוכר כלי שיצר). לכאורה קשה, שאם כן גם בהליכתו יהיה פטור מאונס? רח"א מילר תירץ, שבהליכתו הוא חייב באונס מטעם קונה, וזה מתבטל בחזרתו, כמוסבר במאירי שהבאנו; ודברי רננה בא רק להסביר מדוע אין לחייבו כשואל, מצד שכל ההנאה עדיין שלו.

להערה 89

- א. כמו כן, חידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ פא ע"א, כותב שאם לא נתן למוכר טובת הנאה, נמצא שהוא מתפאר בנכס בחינם, והוא שואל על ההתפארות (אך הוא מעיר שזה נכון רק לדעה, ליד ציון הערה 93, ששואל נכס כדי להראות בו חייב באונס; ורח"א מילר סבור שדעתו מדובר בשקונים קופצים, שאם לא כן היה פטור באונס מחמת הנאת המוכר מהמכירה), ולכן גם כשמחזיר, לא חל להית שואל, כמו ששואל למלאכה פלונית שסיים אותה ולא הודיע לבעל הנכס שסיים, עדיין חייב כשואל (ראה בשמו בסעיף 11, ליד ציון הערה 176); ודווקא אם נתן שכן למוכר, הוא שוכר על ההתפארות ואינו שואל, וחייבו באונס בהליכה הוא מדין קונה, מפני שהוא רוצה לקנותו, ולכן כשהוא מחזיר, שבתל המכר, פסק חיובו באונס. ראה בדומה בשם חידושי הריטב"א הישנים, במילואים להערה 94.
- ב. שער משפט, קפו, ס"ק א, מסביר את דעת הסמ"ע, שאם לא התנה לשלם עבור טובת הנאה אם לא יקבלו ממנו, הוא שואל גם בחזרה, ומה ששואל אחרי זמנו הוא שומר שכן, הוא רק אם שאל לזמן קצוב, כך שבעל הנכס יודע שגמר, מה שאינו כן אם גמר ובעל הנכס אינו יודע (ראה סעיף 11 שם), ואף כאן בעל הנכס אינו יודע.
- ג. דעות חולקות: פרח מטה אהרן שם (קמה ע"א) כותב שאין לומר שפטור מאונס משום שמשלם בעד הנאתו, שהרי תשלום זה הוא רק כנגד התפארותו, אבל עדיין נשאר לו ההנאה שזה מכר שקונים קופצים עליו, וכל ההנאה שלו, שמשמע זה קונה לבדוק חייב באונס. יש להשיב על כך בסברה שבמילואים להערה 90, שאין לו עניין שהלה יקבל את המתנה, ולכן אין לו הנאה מעצם הקנייה. רח"א מילר השיב על דברי פרח מטה אהרן, שהשכר הוא כאילו תנאי שאם ידע לעצמו שאינו רוצה לקנות, יחשב כאילו הודיע למוכר שהוא מפסיק את השאילה (על פי נתיבות המשפט, קפו, ס"ק ב), ולכן הוא מפסיק להיות שואל מחמת הנאתו מהקנייה.
- ד. כמו כן, שער משפט שם כותב שלהלכה גם אם אינו משלם על טובת הנאה, הוא שומר שכן בחזרתו בתור שואל שכלה זמנו.

להערה 90

- א. ר"א די בוטון, בפרח מטה אהרן (קמט ע"ג), הסביר, שרש"י הוצרך לנימוק זה, ולא הסביר שהוא שומר שכן ככל שואל שכלתה שאילתו, מפני שלאחר שהתברר שחברו אינו רוצה, נמצא למפרע שלא היה מכר, וגם לא היה שואל, שהרי לא נהנה. צריך להסביר, שדווקא קונה לבדוק הוא שומר שכן בחזרתו מטעם שואל שכלתה שאילתו (ראה בשמו במילואים להערה 78), מפני שנהנה בהליכתו ביכולתו לקנות, והנאה זו נמשכת עכשו, אבל כאן בהליכתו אין לו הנאה מיכולתו לקנות, מפני שאין לו עניין שחברו יקבל את הנכס, אלא עניינו הוא רק להראות שהוא רוצה לתת, והיא עצמה הנאת ההתפארות שכתב רש"י.
- ב. יד רמה, ב"ב, פרק ה, סימן קכא (הובא בשו"ת אמר שמואל, חו"מ, סימן יז), הסביר, שמאחר שלא רצה חברו לקבל, התגלה למפרע לפי התנאי שעשו מראש, שזמנו ועד עכשו הוא כשוכר, ואף על פי שפסקה שמירתו, הוא ממשיך להיות שומר שכן, כמו ששואל שכלה זמנו ממשיך להיות שומר שכן. למעשה הוא מסתמך על ההנאה שנהנה ממה שחברו מעריך אותו, אלא שהנאה זו פסקה עכשו, ולכן הוא צריך להסביר מצד שההנאה שבעבר ממשיכה לחייבו. הוא כותב כך משום שב"מ פא ע"א משויים דין זה לדין שואל שכלה זמנו.

להערה 93

- א. הרמב"ם (והפוסקים האחרים שזכרו בהערה, שדבריהם יותר מפורשים) סבור שהספק שמעלה התלמוד, ב"מ צו ע"א, לגבי מקרה זה, הוא רק האם השואל למטרה זו פטור כש"בעליו עמו", ומכאן שלדעתו אם אין "בעליו עמו", אין ספק שחייב באונס ככל ששואל. כך כתבו בדעתו: מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ג, והלכות נדרים, סימן כד; פרי חיים, על הרמב"ם שם, ובספרו לחקרי הלכות, סימן שו; ערוך השולחן, חו"מ, שמו, י; שם יוסף (אליקים), על הרמב"ם שם; בית אהרן, ב"מ צו ע"א; לב מבין, על הרמב"ם שם; שערי טוהר, חלק ג, שער ג, סימן ב, אות ג (דף ר"ח ע"ד); עין יהוסף, ב"מ שם, בהסברו הראשון (הובא בברכי יוסף, חו"מ, סימן ו, בסופו); אמרי מהרש"ח, ב"מ שם (ד"ה בגמ' שאלה); ציון במשפט, אות קצ (לסימן שם); אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פב (ד"ה ועיין, השני); שו"ת בגדי ישע, חו"מ, סימן ה; שו"ת יביע אומר, חלק ב, חו"מ, סימן ז, אות ז; ר"מ וולקוביץ, קובץ תורני מרכזי ד (אדר תשמ"ה), עמ' מב. בית אהרן, שערי טוהר, ולב מבין שם דבריו על שואל למלאכת פחות משווה פרוטה (ראה ליד ציון הערה 104), אך הדעת נותנת שלדעתם כמו שהרמב"ם מפרש את הספק שם על "בעליו עמו", כך יפרש גם כאן.
- ב. שואל להראות פטור מאונס גם לפי פסקי הרי"ד, ב"מ שם, ואף שהוא מפרש שהספק בתלמוד הוא האם חייב באונס (כשיטת רש"י, להלן), מכל מקום הוא פוסק שחייב, מפני שאחר כך התלמוד שואל שאלה נוספת המבוססת על הנחה ששואל להראות חייב, ומכאן שכך הלכה (לפי הכלל שהלכה כ"אם תמצוי לומר").
- ג. שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צח, אות יב, וסימן קא, אות יא, כותב שדעת הרי"ף כדעת הרמב"ם בזה, שחייב באונס (עיין שם להוכחתו).
- ד. דיבור משה, ב"ב, חלק ב, סימן נח, הערה קא (עמ' שפא), מסביר דעה זו, שאף על פי שאי אפשר לעשות קניין בנכס בתנאי שאחר כך יהיה מונח אצלו בלי שתהיה לו רשות להשתמש בו, מכל מקום כאן חל קניין השאילה, משום שלפי דעה זו אף ההקראות היא סוג של שימוש. עיין אמרי מהרש"ח שם, שהסביר שלרמב"ם יש ספק האם הוא כלול בדין שואל שבתורה (ולכן ספק האם הוא פטור כש"בעליו עמו"), אבל גם אם אינו שואל, חייב באונס מפני שהנכס נמסר לו רק לטובתו, שזו הסיבה ששואל רגיל חייב באונס. ה. בכסף; חמדת שלמה, ב"מ כט ע"א (ד"ה ויש, השלישי), כותב שמי שהשתמש בכסף להקראות בו, חייב באונס כלוה (נידונו: כשיש רשות שימוש מכללא — ראה פרק ב, 1); אך לא הזכיר את מחלוקת רש"י והרמב"ם. רח"א מילר נימק זאת, שלכל הדעות שימוש בכסף להקראות מועיל לחייב אדם בתור לוה, גם אם שימוש להקראות אינו נחשב שימוש לענין שואל. לפי זה נדחת ראיית מחנה אפרים מהתוספתא, בסמוך, כיוון שרש"י וסייעתו מסכימים ששואל כסף להקראות חייב באונס. אך יש להעיר שחמדת שלמה אמר כך רק על מקרה שהשתמש, ולא אם שאל למטרה זו ועדיין לא השתמש.
- ו. בתוספתא, ב"מ ד, א, נאמר שהמשכיר כסף לשולחני להתנאות בו ולהעטר בו, חייב רק בגנבה ואבדה, כשומר שטר, מפני שהוא נושא שטר. מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ג, הביא משם ראייה לרמב"ם. הסביר מנחה חדשה, מצווה ס, אות ב, שהוכחתו היא, שמהתוספתא משמע שדווקא אם הוא משכיר להתנאות (בשכירות) הוא שומר שטר ככל שוכר, אבל אם משאיל להתנאות (בלי שכירות) הוא חייב באונס ככל שואל. אך מנחה חדשה דוחה את הוכחתו, שאין לדייק כך, משום שהתוספתא אינו בא ללמד מה מידת אחריותו, אלא ללמד מתי יש איסור ריבית — עיין שם. ערך ש"י, חו"מ, שמת, ח, דוחה את הראיה על פי גירסה אחרת בתוספתא: "ניטלו מלפני באונס הרי הוא כנושא שטר" (ולא כתוב שפטר), והוא מסביר שהפירוש הוא שהוא שומר שטר לענין זה שכשקורה אונס חייב להוציא הוצאות כדי להציל — ראה סעיף 6, פרק ד. חידושי הרי"ם, ב"מ צו ע"א, ד"ה לכאורה אם כן (הובא על ידי ר"מ וולקוביץ שם), תירץ את הקושיה מהתוספתא, על פי דבריו (במילואים להערה 97) שגם הפוסקים מחייבים בדבר שריגילים לשאול במטרה להקראות; כלומר, לדעתו גם מטבעות בכלל זה. כך תירץ גם אבני החושן, שם, ס"ק ד (שהביא את הראיה מהתוספתא גם בסימן שמו, ס"ק ה).
- ז. הבנות אחרות בדעת הרמב"ם: לחם משנה, על הרמב"ם שם, כתב שאף לרמב"ם יש ספק האם הוא נקרא שואל, אלא שלדבריו גם אם אינו שואל, הוא חייב מטעם "משתמש", כמו אחריות שומר כסף שיש לו רשות שימוש מכללא והשתמש בו (ליד ציון הערה 29), והנפקות מכך היא, שאם הוא חייב רק מטעם "משתמש" אין הפטר של "בעליו עמו". אף על פי שלחם משנה לא כתב ש"משתמש" חייב באונס, מכל מקום מתוך ההשוואה לכסף מופקד עולה שהוא חייב באונס, כמו שם. פתחי שערים, ב"מ צו ע"א, כותב שלפי הסבר הלחם משנה, יש עוד נפקויות: אם הוא רק בגדר משתמש, אינו חייב לפני שהשתמש (וכך עולה מן ההשוואה לשומר כסף), וחייבו בתשלומין מתחיל משעת הנוק, ואילו אם הוא שואל, הוא חייב אף לפני שהשתמש (ראה ליד ציון הערה 6), וזמן חלות חייבו בתשלומין שנוי במחלוקת כבכל שומר (ראה סעיף 5, במילואים להערה 98). ר"י אלסטר, "ביאור ברמב"ם שפושע מויק הוא", מוריה ח (תשל"ח), גל' ב"ג, עמ' סד, הבין שלחם משנה מבסס את חייבו "משתמש" על חיוב שליחות יד, ומקשה, הרי בשליחות יד חייב מטעם גנלה, משום קנס, ואילו כאן השתמש ברשות? הוא מתרץ על פי יסוד שהוא מניח שם (ראה בשמו בסעיף 2ג), במילואים להערה 10), שחייב שואל הוא משום שיש לו בעלות בנכס בגלל רשות השימוש, ולפי זה אף חיוב שליחות יד אינו מטעם קנס אלא בגלל השימוש, ולכן יכול לחם משנה להשוות לה את נידונו. על דברי לחם משנה עיין בית יעקב, שמו, י.
- ח. גם מעייני החכמה, ב"מ שם, אות כו, כותב שלרמב"ם יש ספק האם חייב באונס; ובפירושו הראשון אף כתב שלרמב"ם פשוט שפטור באונס. גם עין יהוסף, ב"מ שם, בהסברו השני, ור"י חול"פ, תורה מציון, שנה א, סימן כב, כותבים שלרמב"ם יש ספק האם חייב באונס.
- ט. יש להדגיש, שמי ששואל להקראות אינו רשאי להשתמש בנכס לשימושים אחרים. כך מוכח מן התלמוד, שמדובר בהמשאלת התכוון לאסור שאר שימושים, שאילו היה רשאי לעשות שאר שימושים, לא הייתה סיבה לספק רק משום שהמטרה המוצהרת של השואל הייתה להקראות. ראה על כך במילואים להערה 109 ולהערה 134.

להערה 94

א. לפי תורת חיים שם; אמרי בינה, או"ח, סימן ז; משכנות הרועים, מערכת ג, אות לב; ושו"ת יביע אומר, חלק ב, חו"מ, סימן ז, אות ז — דעת שו"ע, חו"מ, שמו, י, היא כרש"י. אך סמ"ע, שמו, ס"ק טז (הובא במנחה חדשה, מצווה ס, אות ב), כתב שהשולחן ערוך סתם את לשונו, כדי שנפרש את כוונתו כפי שנרצה.

מילואים לסעיף 1(ד)

ב. יביע אומר שם כותב שאפשר לטעון "קיים לי" כדעה זו.
ג. תפיסה: הטור שם, וש"ך, חו"מ, שמו, ס"ק ה (הובא במנחת חינוך, מצווה ס, דף פו ע"ב), ובספרו תקפו כהן, סימן יט, ס"ק י (הובא על ידי רח"ז חר"פ, שערי ציון, שנה יב, חוב' ג, סימן כא), כתבו שמאחר שלשיטה זו הוא פטור מאונס רק מספק, הרי אם קיה אונס ותפס בעל הנכס, תפסתו מועילה. פתחי שערים, ב"מ שם, מוסיף שאף לא יוכל השואל לטעון: "חשבתי שאני פטור ולא קיבלתי על עצמי שמירה".

ד. חידושי הריטב"א הישנים, שם, מסביר שאף על פי שהקונה נכס במטרה לחתו במתנה חייב באונס (ליד ציון הערה 82) משום שנהנה בזה שחברו רואה שהוא רוצה לתת לו מתנה, שם חייבו באונס הוא משום שהוא רוצה לקנותו, ואדרבה, כשמתברר שחברו אינו רוצה, והוא מחזיר, פטור מאונס, אף על פי שנהנה בהראותו. בדומה כתב גם בחידושי ר' מאיר שמחה — ראה במילואים להערה 89.

ה. שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן קא, אות יא, כותב שגם לרש"י, השואל "מכתב יציאה" (דרכון, במקום שאפשר להשתמש בו בהשאלה) בודאי חייב באונס, אף על פי ששימושו הוא בזה שמראים אותו לפקיד. הוא מסביר, שדוקא בשואל נכס רגיל להראות בו יש ספק מפני שההנאה אינה באה לשואל מהשאלה עצמה אלא באה בעקיפין, שמתוך שיחשבו שהוא עשיר יתנו לו הלוואה, ואם כן הנכס רק גורם להנאה עתידית, ואינו נחשב "ממון שיש לו הנאה ממנו" כלשון התלמוד, וכמו שפירשו התוספות (הערה 96) שאינו משתמש בו. לעומת זאת, כאן שאל את הדרכון להראות לפקיד, ובו משתמש בו, והוא נהנה מהנכס עצמו. יש להוסיף, שגם לפי הנימוק (ליד ציון הערה 97) שאין רגילים לשאול נכס למטרה זו, הרי בדרכון חייב מפני שמי ששואל אותו — מטרתו להראותו לפקיד.

להערה 96

אך דיבורת משה, ב"מ, חלק א, סימן לט, ענף ד, כותב שאין חיסרון בזה שאינו משתמש, שהרי שואל חייב אף לפני שהוא משתמש (ראה ליד ציון הערה 6), אלא, החיסרון הוא שאינו נהנה מהנכס עצמו.

להערה 97

א. דיבורת משה הבין (וכמוהו הבין בית אהרן, ב"מ צו ע"א, את באר הגולה, חו"מ, שמו, אות צ, המעתיק את לשון המגיד משנה), שדברי מגיד משנה "וכן ככולן" פירושה שבכל המקרים שבטוגיה שם החיסרון הוא שאינה שאלה למטרה מקובלת. אך בפשטות מגיד משנה מתכוון לומר רק שבכל המקרים, לרש"י הספק הוא האם חייב באונס; וברור שזאת כוונתו, שהרי התלמוד נוקט לשון זה רק בשואל לרבו.

ב. חידושים וברורים שם כותב על פי נימוק זה, שאם זהו נכס שרגילים לשאול להראות בו, כגון תכשיט, חייב כשואל רגיל. גם שו"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א, הערות בני ישראל, אות ב, כותב ששואל תכשיט או מרגלית להראות בו — חייב אף על פי שאין לו הנאה ממונית, מפני שתכשיט מיועד למטרה זו, והוא ערוך, והשואל לשם כך נהנה בכל הנאת התכשיט. ועיין ציון במשפט, אות קצ (לסימן שם), שהביא ראה לכך. אך ר' מנחם מ"ץ, המובא בחידושי מהרש"ל על הטור שם, כותב שגם השואל תכשיט כדי להראות עשיר פטור מאונס מספק. דבריו נכונים לפי הנימוק הראשון שבפנים; ואפשר שאין כאן מחלוקת, אלא לפי הנימוק השני, רק השואל תכשיט לענודו לשם יופי חייב, מפני שזה שימושו הרגיל, וחידושים וברורים ויריעות שלמה יסכימו שאם הוא עונדו כדי להראות עשיר, הוא פטור, מפני שאין זה שימושו הרגיל. וראה במילואים להערה 94, על שואל דרכון.

ג. לפי המהדיר לפסקי הרי"ד, ב"מ צו ע"א, הערה 15, הרי"ד סבור שהחיסרון כאן הוא שאין זו הנאת ממון אלא הנאת כבוד. צריך לומר, שאף על פי שרש"י כתב שמדובר שעושה כן כדי שיתנו לו הלוואות, אין זו נחשבת הנאה ממונית, אלא היא רק גורמת בעקיפין להנאה ממונית.

ד. חידושי מהרי"א ציטרון, עמ' קמא, נוקט שהחיסרון הוא שאין זה בגדר שאלה בבהמה.

ה. שו"ת בן פורת, חלק ב, סימן ג, אות א (ג ע"ג), וגן נעול, כפתור ג, פרח ז, נימקו, שזה רק גרמא של הנאה.

ו. אור שמח, הלכות שאלה, ז, ד, וחידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ צו ע"ב, מנמק את דעת הפוסקים, ששואל רגיל חייב באונס מפני שהוא כמו בעלים לשעה, שאם נאנס — נאנס לו, שהרי הוא זה שמפסיד את יכולת השימוש, ולכן לשעה זו הוא כבעלים, והנכס עומד ברשותו מפני שאין לבעל הנכס המקורי שום תועלת בו כיוון שאינו ברשותו (ראה בשמו בסעיף 2(ג), במילואים להערה 10). לעומת זאת, השואל להראות אינו כבעלים אפילו לשעה אחת, שכן אין לו בנכס שום קניין, ויש לו רק זכות לדבר שאינו בגוף הנכס ושאינו מיועד לו, שהרי אין אדם קונה נכס כדי להראות בו, ואילו במה שהנכס נחשב ממון לבעליו, היינו שימושו למלאכה, בזה אין לו זכות אפילו לשעה, ומאחר שאין לו דין בעלים אף לשעה, הוא פטור באונס.

ז. ר"מ וולקוביץ, "בעניין שואל ספרים", קובץ תורני מרכזי ד (אדר תשמ"ה), עמ' מב, מביא שחידושי הרי"ם, ב"מ שם, הסביר שהחיסרון בשואל להראות הוא שאינו צריך לשלם על הנאה זו, כמו ש"קל, מראה וריח אין בהם משום מעילה" (פסחים כו ע"א), ונמצא שבשאלה זו אין השואל מקבל ממון, אלא שבלא רשות המשאל לא היה השואל יכול לקבל הנאה זו, ורשות זו היא הנאה שווה פרוטה שהוא מקבל ממנו — והספק הוא האם די בהנאה זו מהרשות, או שצריך הנאה משימוש בנכס. והוא מביא שהרי"ם לומד מכאן שדבר שדרך אנשים להשאיל כדי להראות בו בלבד, כגון תכשיט, שבוה שייכת מעילה, פשוט ששואל חייב באונס (כדברי חידושים וברורים דלעיל).

ח. התלמוד שם מעלה ספק גם לגבי שואל בהמה כדי לרבוץ אותה, שיש מקום לומר שאינו בגדר שואל אף על פי שיש לו הנאה, משום שאין אנשים רגילים לשאול בהמה למטרה זו. לרש"י וסיעתו, הספק הוא (כמו בשואל להראות) האם חייב באונס, ולכן ההלכה היא שהוא פטור מספק. לרמב"ם וסיעתו, הספק הוא האם נוהג בו הפטר "בעליו עמו", אבל חייב אונס קיים בלי ספק (והובא בשו"ת חיי אריה, ליפקין, חו"מ, סימן א, אות יא). לפי פסקי הרי"ד, הספק של התלמוד הוא האם חייב באונס, אבל ההלכה היא שהוא חייב, משום שהתלמוד שואל אחר כך שאלה אחרת מתוך הנחה ששואל בהמה לרבוץ חייב, ולכן כך הלכה (כ"א תמצי לומר"). לפי הלחם משנה (במילואים להערה 93) הספק הוא האם הוא חייב בתור שואל רגיל או רק בתור "משתמש".

מילואים לסעיף 1(ד)

ט. שו"ת עונג יום טוב, סימן כג, כותב שאין ללמוד מכאן שמועילה משיכה גם במי שמושך במטרה לעשות איסור (שהרי יש דעה ששומר צריך מעשה קניין כדי להתחייב – ראה סעיף 1(א), ליד ציון הערה 127), מפני שאפשר שזה דווקא בשואל, שקונה קניין גמור לזמן (הוא כותב שזו דעת תוספות, יבמות סו ע"ב – עיין שם), ולכן מועיל קניינו לגוף הנכס, וממילא לא יוכל המשאיל למנוע ממנו מלעשות בבהמה מעשה אסור (אך דבריו קשים, שהרי מה שיש לשואל קניין גמור בנכס הוא מפני שחייב באונס ויש לו רשות לעשות בו מה שירצה, ואילו כאן ספק האם חייב באונס, ויש לו רשות רק לרבוץ), אבל בשוכר לא תועיל משיכה זו, מפני שאין לשוכר קניין בגוף; ועוד, שאפשר שמשוכה לדבר איסור אינה מועילה לעניין שהיה לו זכות בדבר, ומכל מקום היא מועילה להטיל חיוב אחריות. על דבריו עיין בית יעקב, שמו, י.

י. בשאלה האם יש לפטור כאן מתשלום מטעם "קם ליה בדרכה מיניה", שהרי הרובע בהמה חייב מיתה, כתב מעייני החכמה, ב"מ שם, אות כה, שלדעה שחיוב שומר מתחיל משעת הנוק (ראה סעיף 5, במילואים להערה 98), אין לפטור מטעם זה, שהרי חיוב המיתה חל בשעת הרביעה, וחיוב התשלום חל אחר כך, בשעת הנוק; אך לדעה (שם) שחיוב מתחיל משעת ההפקדה, הוא פטור מתשלום, מפני שכאן אין החיוב יכול לחול משעת ההפקדה, שכן המשאיל יכול לחזור בו (כיוון שזו מטרה אסורה), ועוד, שמעמידים את השואל בחזקת כשרות, שלא ישתמש בה למטרה שלמענה שאל אותה, ואם כן ההפקדה חסרת משמעות, וחיובו יכול לחול רק משעת השימוש, ובאותה שעה חל חיוב המיתה, ולכן פטור מלשלם מטעם "קם ליה בדרכה מיניה". על דבריו עיין בית יעקב, שמו, י. לגבי דעת לחם משנה, לפי הצד שהוא חייב מחמת שימוש, בתור "משתמש", כתב ר"י אלסטר, "ביאור ברמב"ם שפושע מויק הוא", מוריה ח (תשל"ח), גל' ב"ג, עמ' סה, שאין אומרים שיופטר מטעם "קם ליה בדרכה מיניה", מצד שחיובו הממוני חל בשעת הרביעה השימוש, משום שהחיוב על השימוש אינו בתורת עונש או כתשלומין על אי שמירה, אלא הוא משום חיוב בעלות (ראה בשמו במילואים להערה 93), ועל זה אין לומר "קם ליה בדרכה מיניה". אך רח"א מילר ציין שדברי יחזקאל, סימן כו, מעלה אפשרות שאומרים "קם ליה בדרכה מיניה" גם לגבי תנאי החיוב הממוני, ולפיו יש מקום לומר "קם ליה בדרכה מיניה" גם אם השימוש רק יוצר חיוב של בעלות.

יא. על ספקות התלמוד ביחס לסוגי השואלים הללו, עיין חידושי הרי"ם, ב"מ צו ע"א.

99 להערה

- א. כמו כן, חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ שם, כותב שלצד שאינו שואל, הוא שומר שכו.
- ב. ראה סעיף 1(ג), ליד ציון הערה 113, מקור נוסף לכך. וראה במילואים להערה 104, שיש דין שומר שכו במקרה דומה.
- ג. מנחת סתה, מצווה ס, בסופו, מדישי שגם לשיטת רש"י אינו פטור לגמרי אלא הוא חייב לפחות כשומר הינם. כך הדיגיש גם ר"ז חרל"פ, תורה מציון, שנה א. סימן כב, מפני שאינו גרוע מהאומר "הנח לפני" (ראה סעיף 1(א), ליד ציון הערה 65), שהרי הוא רוצה שהחפץ יהיה אצלו, למטרה מטוימת.

102 להערה

- א. הם כותבים שזה טעם הדין, שהבאנו בסעיף 1(א), ליד ציוני הערות 179-183, שאם היה לראובן משכון ביד לוי, והתיר לשמעון ללוות על המשכון הזה מלוי, שמעון פטור מאחריות. אך בדברינו שם הבאנו הסברים אחרים, שלפיהם פטור לגמרי משמירה משום שהנכס כלל לא נכנס לידיו של שמעון.
- ב. שער משפט כתב שהוא שומר שכו, כדברי הרא"ש לגבי שואל להראות (הערה 99).
- ג. חלקת יואב כותב בדעת הראב"ד, המובא בשיטה מקובצת, ב"מ ע"א, שהשואל חפץ למשכנו נחשב שואל, ולריטב"א שם אינו נחשב שואל, מפני שאין זה שימוש. במסקנתו הוא כותב שאם הוא ממשכן לישראל, הרי מאחר שישראל מלווה קונה משכון (ראה סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 258, זה נחשב שימוש, שכן הלווה נהנה ממנו בזה שהמלווה קנאו, ולכן הלווה חייב באונס, אבל אם ממשכן לנכרי, אין זה נחשב שימוש, כיוון שמלווה נכרי אינו קונה משכון (פסחים לא ע"ב); ואם משכנו לישראל זה נחשב שימוש גם אם משכנו בשעת ההלוואה אף על פי שאז אינו קונהו, מפני שגם אז המשכון נחשב שלו לכמה נפקויות, כמו שכתבו תוספות, קידושין ח ע"ב (ד"ה משכון).
- ד. גם אולם המשפט, שם, א, הסביר שבמקרה שנידון בסעיף 1(א) שם, פטור מאונס משום שהוא כמו שאילה להראות, ואין לראותו כשואל, משום שמדובר שם במלווה נכרי, ואין נכרי קונה משכון (משמע, שאם המלווה ישראל, זו שאילה גמורה, כדברי חלקת יואב). הוא מוסיף, שאף על פי שאם לא ישלם השואל את חובו לנכרי, המשכון יהיה חלוט לנכרי, ונמצא שהוא שואל לשם שימוש ממשי, מכל מקום אינו חייב באונס, מפני שבמקרה שם מדובר שגם ה"משאיל" משתמש בנכס בתור משכון, ונמצא שאין כל ההנאה של ה"שואל". הוא מסביר שאף על פי שהמשאיל לא נהנה מהלוואתו של השואל, אלא הוא נהנה מחלק מערכו של הנכס (שכנגד חובו), והשואל נהנה מהחלק האחר (שכנגד חובו), ועל מקרה כזה נראה ליד ציון הערה 151 שזה נחשב שכל ההנאה היא של השואל לגבי החלק שהוא משתמש בו – מכל מקום מאחר שהוא שואל רק לעניין מה שיקרה בסוף, שיוחלט המשכון (אולי) למלווה, אין לחייבו באונס.
- ה. גם שו"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א, בסופו, כותב שיש לפטור מאונס במקרה ההוא משום שאין כל ההנאה שלו, כיוון שגם המשאיל משתמש בו כמשכון. אך ר' בנימין, בן המחבר, כותב בהשמטות לסימן א (נדפס בסוף ספר), שנחשב שכל ההנאה מהחלק של המשכון שכנגד חובו, היא של השואל, בדומה למקרה של ספסל (ליד ציון הערה 151). לעומתו, נכד המחבר שם כותב, שאין זה דומה לספסל, מפני שאי אפשר לראות את המשכון כנפרד לחלקים שונים, שהרי אם יישרף חלק מהמשכון אין לחייב את השואל, שמה החלק שנשרף הוא זה שממושכן עבור המשאיל, ואילו בספסל, אם נשרף החלק שישב עליו השואל, הוא חייב, ולכן רואים את הספסל כמחולק לשניים.
- ו. דעה חולקת: אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פב, חולק על שער משפט, וכותב שאם עשה קניין בנכס, זו שאילה גמורה (שלא כשואל להראות), מפני שבוהו שהוא משכן אותו לאחר, הוא מקנה למלווה חלק בגוף המשכון, וגם אם המלווה הוא נכרי שאינו

מילואים לסעיף 1(ד)

קונה משכון, יש לו קניין בו בזה שיוכל להחזיקו אצלו, ולכן זו שאילה, והוא חייב באונס (ובמקרה בסעיף 1(א)), פטור משום שלא עשה קניין – ראה שם בשמו). עיין גם שו"ת צור יעקב, חלק א, סימן נט, החולק על שער משפט. עיין גם בית יעקב, שמו, י, שהעלה אפשרות שכאן חייב מפני שהמלווה קונה את המשכון, ומפני שהשואל נהנה מגוף הנכס ולא מהנאה נגרמת. ז. ר' בנימין, בהשמטות ליריעות שלמה שם, מעלה אפשרות שהשואל פטור כאן מפני שהמשאיל עשה מצווה בזה שהתיר לחברו ללוות על משכונו, כמו שמצווה לתת הלוואה, ובכך נהנה "פרוטה דרב יוסף", ואין כל ההנאה לשואל, ובוהו הוא דומה לשואל ספר קדוש (ראה ליד ציון הערה 134). נכד המחבר שם דחה זאת, לפי מה שכתב (ראה במילואים להערה 134) שדיוקא בשואל ספר אומרים כך מפני שהמשאיל נהנה מעצם לימודו של השואל, ואין אומרים כך במקרה שהמשאיל עשה מצווה רק בהשאלה, שנהנה רק מההשאלה ולא מעצם לימודו של השואל. ח. שו"ת מהרי"ק, שורש קכה, עוסק במי ששאל נכס במטרה למשכנו, אך הוא מוצא סיבה אחרת לומר שאינו שואל – מפני שבנידונו השואל דבר אחר למשאל, וזה כמו "השאלני ואשאלך" (ראה ליד ציון הערה 122).

להערה 103

כמו כן, פני יהושע, ב"מ לה ע"ב, כותב ששומר שקיבל רשות להשכיר את הנכס לאחר, הוא שואל, שהרי הוא כאילו קיבל רשות להשתמש בנכס בעצמו, ונוסף על כך גם מקבל שכר (ואינו משלם שכר לבעל הנכס), ולכן הוא שואל מחמת היתר השימוש (אך בסעיף 1(ג)), הערה 93, הבאנו שהרשב"א אומר שהוא רק שומר שכוון. אך פני יהושע, שם, כותב ששומר שקיבל רשות להשאל לאחר, לא נעשה שואל בשל כך, שהרי בלאו הכי הייתה לו רשות שימוש (והוא משלם לבעל הנכס על כך).

להערה 104

א. לפי הטור והשו"ן, שהבאנו במילואים להערה 94, אם תפס בעל הנכס, תפיסתו מועילה מספק. אך פסקי הרי"ד, ב"מ שם, כותב שהוא פטור בתורת ודאי, משום שאחר כך התלמוד שואל שאלה נוספת המבוססת על הנחה שכאן פטור, ומכאן שכך הלכה (כ"אם תמצוי לומר). על שואל לשימוש פחות משווה פרוטה עיין משנת ר' גרשון (לפידות), סימן נו. ב. בית אהרן, ב"מ צו ע"א, הסביר שהחיסרון כאן הוא שאין מקובל לשאול נכס לשם שימוש שערכו פחות משווה פרוטה (ראה בשמו במילואים להערה 97). הוא דוחה את ההבנה הפשוטה (שכמוהו כחבנו בפנים) שהחיסרון הוא שאין הנאה משמעונית, בכך שחיוב שואל אינו על הנאתו אלא על שהנכס נחשב כשלו למשך השאלה (ראה בשמו בסעיף 2(ג)), במילואים להערה 10, וזה קיים גם כאן. ג. פרי ביכורים, על ספר המצוות לרמב"ם, עשה רמג, מסביר שצריך שיהיה לשואל קניין בנכס לחיוב אונס, ואם לא נהנה שווה פרוטה, אין לו קניין בנכס. ד. חידושים ובאורים (גריינימן), ב"מ, חלק ב, סימן כח, ט"ק ט, מוצא נפקויות בין ההסברים: א) אם שאל בהמה לרוש בה יום שלם בתבואה האסורה בהנאה: אם החיסרון בפחות משווה פרוטה הוא שאינו מקובל, כאן חייב מפני שמקובל לשאול בהמה לרוש יום שלם, ואם החיסרון בפחות משווה פרוטה הוא שאין הנאה, הרי גם כאן אין הנאה; וגם אם נניח שהוא נהנה הנאה נפשית מעצם עבודתו (כפי שמוכח מן העובדה שהתאמץ לשאול בהמה כדי שזה יתבצע) גם בלי שיוכל ליהנות מתוצאתה, מכל מקום תהיה נפקות אם שאל בהמה לרוש בה בתבואה האסורה בהנאה למשך זמן עבודה השווה פרוטה, שאז מן הסתם הנאה הנפשית הנגרמת לו ממלאכתו פחותה מפרוטה. ב) אם זו עבודה פחותה משווה פרוטה, והשואל אומר: "בעבורי שווה עבודה זו פרוטה", אם החיסרון בפחות משווה פרוטה הוא שאינה מקובלת, לא תועיל אמירתו, ואילו אם החיסרון הוא שאין הנאה, הרי כאן הוא אומר שהוא נהנה. ג) אם שאל נכס גם להראות בו וגם לעשות בו מלאכה פחותה משווה פרוטה, אם החיסרון בפחות משווה פרוטה הוא בהנאה, הרי כאן יש בסך הכל הנאה שווה פרוטה (אך רח"א מילר סבור שאין לזרף את הנאתו מן ההראות שכן אין זו הנאה מגוף הנכס ואינה נחשבת הנאה), ואם החיסרון הוא שאינו מקובל, הרי גם זה אינו מקובל. ה. חידושים ובאורים שם כותב שגם אם לא קבעו בנייהם לעשות בנכס מלאכה פחותה משווה פרוטה, אלא קבעו לעשות מלאכה מסוימת, יודע ששווייה פחותה משווה פרוטה, החיסרון קיים, אף על פי שאפשר שמלאכה זו תתייקר ותגיע לערך של פרוטה. ו. בתלמוד שם יש ספק גם לגבי מי ששאל שני נכסים לשם שימוש בשניהם שיסתכס בשווה פרוטה: האם יצא מגדר שואל משום שלגבי כל נכס השימוש שווה פחותה מפרוטה, או שמא רואים את כל עסקת השאלה כאחת, ויש בה שווה פרוטה. לרש"י וסיעתו (וגם לפסקי הרי"ד), גם כאן הספק הוא האם חייב באונס, ומספק פטור. לרמב"ם וסיעתו, פשוט שחייב באונס, קל וחומר ממקרה ששאל רק למלאכה פחותה משווה פרוטה. ז. טור, חו"מ, שמו, יב, מביא שהרמ"ה מחייב אותו כאן כשומר שכוון גם לצד שאינו שואל, כיוון שנהנה שווה פרוטה. גם מנחת סולת, מצווה ס, בסופו, כותב ששואל שני נכסים למלאכה שווה פרוטה – הוא שומר שכוון. ראה סעיף 1(ג), ליד ציון הערה 8, ששומר שני נכסים בפרוטה הוא שומר שכוון אף על פי שעבור כל נכס הוא מקבל שכר פחותה מפרוטה. ח. חידושים ובאורים שם כותב שאם שאל מדוכה עם בוכנה, או ירחיים המורכב מכמה כלים, פשוט שדי בפרוטה אחת לכל, ודווקא בשתי בהמות (שבהן דן התלמוד) יש ספק, משום שהן גופים נפרדים, ואף שאפשר לחרוש בשתייהן בצמד אחד, זהו צירוף "ברוך מקרה". הוא כותב, שגם אם אמר במפורש שהוא שואל במטרה לחרוש בשתייהן יחד במלאכה שווה פרוטה, יש ספק, מפני שמכל מקום אם נלך לפי כל נכס, אין שווה פרוטה. מצד שני, הוא כותב שאין ודאות שפטור גם אם שאל פרה ושולחן, או אם התנו בפירוש שיעשה עם כל נכס מלאכה פחותה משווה פרוטה, מפני שמכל מקום אפשר שחייב, משום שאפשר שרואים את כל העסקה יחד. עיין אמרי מהרש"ח, ב"מ צו ע"א (ד"ה בגמ' שאל שתי), שהעלה ספק דומה לזה שבתלמוד, לגבי שני שותפים ששאלו נכס לצורך עבודה שווה פרוטה, בשרה של השותפות.

להערה 107

א. ערך ש", חו"מ, שמו, א, ורח"ז חר"פ, שערי ציון, שנה יב, חוב' ג, סימן כא, כותבים שמאחר שקצתו החושן משווה זאת לשואל להראות (או לשימוש פחותה משווה פרוטה), יוצא שכמו ששם יש ספק, כך גם כאן. רח"ז חר"פ חו"מ הוסיף שכמו ששם תפיסה מועילה (ראה במילואים להערה 94), כך גם כאן.

מילואים לסעיף 1(ד)

ב. בעניין הפטר שואל ספר מצד מצוות לאו ליהנות ניתנו, עיין שערי תורה (עפשוטיין), חלק א, חילוקא דרבנן, סימנים יח-כ (כו ע"ג-כט ע"א); בית יעקב, שמו, י; אבני חושן (זילברשטיין), עב, על קצות החושן, ס"ק לד.
ג. ערך ש"י שם כותב שמאחר שמקובל לשכור ספר, הוא בוודאי שומר שכר, משום מה שחשך את הצורך לשלם שכר זה (ראה סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 89, שגם שכר שהוא רק מניעת הפסד נחשב שכר לעניין שומר שכר).
ד. אך מחנה אפרים שם כתב (ברמז) שלרמב"ם המחייב בשואל להראות (ליד ציון הערה 93), אף על פי שאין לו הנאה מגוף הנכס, חייב גם כאן. כך העיר גם רח"ו חרל"פ שם. כמו כן, מחנה אפרים, הלכות נדרים, סימן כד, כתב שלרמב"ם המחייב בשואל לשם שימוש פחות משווה פרוטה, אף כאן (בספר ובשופר) חייב אף על פי שלא נהנה. ההשוואה לשואל לפחות משווה פרוטה יותר מדויקת מן ההשוואה לשואל להראות, מפני ששם יש הנאה אלא שאינה מגוף הנכס. אך אפשר לדחות את שתי ההשוואות: גם שואל להראות וגם שואל לשימוש פחות משווה פרוטה נהנים הנאה כלשהי מן השאילה, ואילו שואל למצווה אינו נחשב שנהנה בכלל (כסברת ערך ש"י, במילואים להערה 109), ולכן אולי אף לרמב"ם פטור מאונס.
ה. עדות ביטוף (נחנזון), חלק א, דף נג ע"ג, כותב שאין לפטור מטעם זה באונס בבבאי צדקה שראשי להשתמש בכסף, שלא יחשב שואל מפני שעושה מצווה ומצוות לאו ליהנות ניתנו – מפני שדווקא בשואל ספר, אי אפשר לחייבו באונס על הנאת לימודו בספר, כיוון שהלימוד אינו נחשב הנאה, אבל כאן הנאתו מהשימוש בכסף אינה באה מכח המצווה.

להערה 109

א. ערך ש"י כותב שבאתרוג פטור בוודאי, אף על פי ששואל להראות (או לשימוש פחות משווה פרוטה) פטור רק מספק, מפני שהספק שם הוא מפני שטוף כל סוף נהנה, ואילו כאן לא נהנה כלל, מפני שהמצווה אינה הנאה, וגם לא הרוויח בזה שלא יצטרך לשכור מאחר, מפני שאין רגילים להשכיר אתרוגים בחג הסוכות, והיה יכול לשאול אתרוג מאדם אחר (נימוק זה אינו קיים בספר, שרגילים להשכיר). יש להדגיש, שאין לפטור שואל נכס רגיל מאונס בנימוק שהיה יכול לשאול מאדם אחר, שהרי בכל זאת טוף כל סוף נהנה בשימוש בנכס הנוכחי; ודווקא בשואל חפץ למצווה, שאינו נהנה בשימוש, האפשרות לשאול מאחר שוללת את ההתחשבות בהנאתו מכך שחשך את הצורך לשכור נכס כזה.
ב. ערך ש"י שם כותב שאף על פי שפטור באונס, חייב בוודאי כשומר חנים, והוא ספק שומר שכר, מפני שספק הוא האם מתחשבים בפרוטה דרב יוסף (כדעת רמ"א לעניין שומר אבדה ומלווה על משכון – בסעיף 1(ג)), במילואים להערות 225 ו-238, והרי נהנה פרוטה דרב יוסף בשימוש באתרוג (וגם בשופר או בספר).
ג. הבחנה: רח"ו חרל"פ, שם, כותב (בהסברו הרביעי), ששואל אתרוג חייב באונס, שלא כשואל ספר, מפני שספר עומד רק לשימוש למצווה, ושימוש זה אינו נחשב הנאה, אבל אתרוג עומד גם להריח בו, שהרי מותר להריח גם באתרוג של מצווה (שו"ע, או"ח, תנ"ג, א), ומשום הנאה זו יחשב שואל. רח"א מילר הקשה עליו, הרי הוא לא שאל כדי להריח, ומטעם זה שואל בהמה כדי להראות פטור (לדעה הנידונה) אף על פי שהיא עומדת לשימוש של מלאכה, שנחשב הנאה? יש להשיב, שכאן אף על פי שלא שאל לשם כך, הוא רשאי להריח, מפני שאין בזה איסור גזל, כיוון שאנשים אינם מקפידים על כך, אבל שם מאחר שלא שאל לשם עשיית מלאכה, אסור לו לעשות מלאכה זו, כפי שאמרנו במילואים להערה 93, ולכן אינה נחשבת הנאה לחייבו.
ד. אורחות חיים (מלוניל), הלכות לולב, אות יט (בשם בעל התרומה), ספר הפרדס (לר' אשר ממנתון), עמ' קיב, ופסקי ר' יחיאל מפריש, סימן פט, כותבים שהשואל לולב בלי ידיעת בעליו, כדי לקיים בו את המצווה, פטור מאונס מפני שאין בו הנאת ממון, שלא כשואל רגיל. אבל אמרי בינה, או"ח, סימן ז, מעיר שמכל הפוסקים משמע שהלוקח נכס שלא בידיעת בעליו, והלה מקפיד עליו, חייב כגולן גם כשאין הנאת ממון.
ה. שו"ת תשורת ש"י, סימן תרה, כותב ששואל טבעת לקדש בה אשה, או טלית לקיים מצוות ציצית, מאחר שלא שאל לשם שימוש, אי אפשר לחייבו משום שואל, מפני שמצוות לאו ליהנות ניתנו. אך בספרו ערך ש"י, חו"מ, שם, א, כותב שבשואל טלית, אין לפטור מאונס מטעם זה, מפני שבטלית אין אומרים "מצוות לאו ליהנות ניתנו", שכן אין חובה ללבוש ציצית, ורק הלושב בגד של ארבע כנפות חייב בציצית. כנגד זה, ציון במשפט, אות קצ (לטימן שם), כתב שבטלית יש לפטור יותר מבספר, משום שבטלית אינו חוסך צורך לשכור, שהרי אין רגילים לשכור טלית; ומכאן שגם במצווה שאינה חיובית, "מצוות לאו ליהנות ניתנו". על השאלה האם "מצוות לאו ליהנות ניתנו" גם במצווה שאינה חיובית, עיין שדי חמד, כללים, מערכת מ, כלל צו. על שואל טלית ראה ליד ציון הערה 136, וסעיף 1(ג), במילואים להערה 389, בעניין מתנה על מנת להחזיר.

להערה 110

א. עוד הוא מנמק, שלעניין לימוד תורה לא נאמר "מצוות לאו ליהנות ניתנו", כפי שכותב ט"ז, יו"ד, רכא, ס"ק מג. גם שו"ת בגדי ישע, חו"מ, סימן ה, כותב סברה זו, שהשואל נהנה, שכן לימוד תורה משמח ומעמידו על האמת. על אף שנימוק זה אינו תקף לגבי שואל שופר, הנימוקים האחרים נכונים גם לגבי שופר (וחלקם אולי גם לגבי אתרוג), ונמצא שנתיבות המשפט יחייב גם שואל שופר. לנימוק נוסף לחייב כאן למרות ש"מצוות לאו ליהנות ניתנו", ראה במילואים להערה 107, אות ד.
ב. רד"ג גולדברג סבור שאין לפטור שואל ספר או אתרוג או תפילין מטעם "מצוות לאו ליהנות ניתנו", מפני שזה אמור בכגון שומר אבדה, שלא הלך לחפש את האבדה, אלא המצווה באה אליו ממילא (ועל זה אומר קצות החושן לעניין אחר "מצוות לאו ליהנות ניתנו" – ראה סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 118), אבל כאן שאל את הנכס במטרה לקיים בו את המצווה, ומגלה בכך שזה נחשב הנאה בשבילו (אך רח"א מילר סבור שגם במצווה כזאת החיזור אחריה אינו מראה שהוא נהנה, אלא הוא מחזר כדי למצוא אמצעי לקיים את המצווה שהוא מוכרח לקיים). הוא הסביר, שאין זה דומה לשואל להראות, ששם לא נהנה מגוף הנכס, אלא ממה שבני אדם חושבים עליו, ואילו כאן נהנה מגוף הנכס.
ג. שו"ת אוריין תליתא (תאומים), סימן צו, מביא ראיה ששואל שופר חייב באונס (עיין שם לראייתו), וכנגד סברת מחנה אפרים שאין זו הנאת ממון, הוא מסביר שהוא נהנה פרוטה דרב יוסף, שבשעת עיסוקו במצווה פטור מלתת צדקה, ועוד, שנהנה בזה שלא יצטרך לקנות שופר אחר לקיים בו את המצווה. רח"א מילר העיר שסברה שנייה זו קיימת גם בספר קודש, ואף על פי שאין חובה ללמוד תורה מתוך ספר, מכל מקום במציאות אי אפשר ללמוד הכל בעל פה, ואם כן יש הנאה.
ד. בית יעקב (מסקין), סימן נג, כתב ששואל ספר נחשב שואל מפני שהרוויח כסף, שאינו צריך לשלם דמי שכירות, במקום שנטולים שכר על השאלת ספר (גם בגדי ישע שם אומר סברה זו; וזה שלא כסברת קצות החושן, ליד ציון הערה 108, שו"ת הנאה עקיפה שאין מתחשבים בה), ודווקא שואל להראות פטור מפני שאינו משתמש בחפץ עצמו (והוא מביא גם את סברת נתיבות המשפט שבפנים).

מילואים לסעיף 1(ד)

ה. ישועות ישראל, עב, ס"ק י, מוכיח שאין לפטור מטעם "מצוות לאו ליהנות ניתנו", מראשונים שחיבו שואל ספר באונס – עיין שם.

ו. אמרי בינה, א"ח, סימן ז, כותב שהכלל ש"מצוות לאו ליהנות ניתנו" אומר רק שמותר לקיים מצווה באיסורי הנאה, מפני שבאיסורי הנאה אסור רק ליהנות מגוף הדבר, אבל מותר ליהנות ממנו בגרמא, והנאת שחר המצווה היא הנאה בגרמא.

ז. מדוע זה שונה משואל נכס להראות: אמרי בינה שם מסביר ששם לא נהנה מהנכס עצמו, והנאתו שעל ידי זה יתנו לו הלוואות אינה הנאה מבוררת, אבל שואל אתרוג או שופר, זו הנאה מבוררת שנגרמת על ידי החפץ, שיש לו על ידי זה שחר בעולם הזה ובעולם הבא (צריך להוסיף, שגם אין להשוותו לשואל למלאכה פחותה משווה פרוטה, מפני שכאן זו הנאה שווה פרוטה).

ח. שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן קא, אות יא, הסביר שכאן ההנאה שיש לו מצד שאינו צריך לשכור ספר אחר – באה מעצם השאילה, שלא כמו שואל להראות.

ט. אור שמח, הלכות שאילה, ז, ד, וחידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ צו ע"ב, מסביר שדווקא שואל להראות פטור (מספק) לפי רש"י, מפני שאין לו דין בעלים בנכס כיוון ששאלו למטרה שהנכס אינו מיועד לו (ראה בשמו במילואים להערה 97), אבל השואל ספר ללמוד, הרי זה כל ערכו של הספר, ולזה הוא עומד להימכר בשוק, וזה גדר השווי שלו, ולכן יש לשואל דין בעלים לשעה, שמה שבעל הספר עושה בספרו תמיד, עושה השואל בשעת השאילה, ואם כן, ממה שזה נחשב ממון, היינו לעניין לימוד, שלזה הוא עומד עבור בעל הספר, מאותו דבר יש גם לשואל הנאה. גם שו"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א, הערות בני ישראל, אות ב, כותב שמאחר שספר מיועד ללימוד, וזה כל ערכו, השואל ללמוד חייב באונס, מפני שכל הנאתו שלו. גם ר"י פרייל, בשו"ת המאור, סימן סו, כותב שאין לפטור מטעם "מצוות לאו ליהנות ניתנו", שהרי כל ההנאה האפשרית בספר היא הלימוד בו, והשואל הזה קיבל את כל ההנאה האפשרית בספר, אף על פי שאין זו מוגדרת הנאה, ולכן הוא חייב כשואל. לכאורה קשה, הרי אפשרית הנאה אחרת: להשכיר את הספר לאחר, והשואל הזה לא קיבל הנאה זו? רח"א מילר השיב על כך, ששום שואל אינו רשאי להשכיר את הנכס לאחר, ואף על פי כן שואל רגיל נחשב שכל ההנאה שלו, מפני שהוא רשאי להשתמש בו עבור עיקר הדבר שלמענו הוא עומד.

י. ר"מ וולקוביץ, "בעניין שואל ספרים", קובץ תורני מרכזי ד (אדר תשמ"ח), עמ' מג, מסביר שדווקא שואל להראות פטור מפני שאין חובה לשלם על הנאה זו (ראה בשם חידושי הרי"ם במילואים להערה 97), אבל ספר אסור ללמוד בו בלי רשות (ט"ז, יו"ד, רכא, ס"ק מ), מפני שדרך להשכירו, ומאחר שבעל הספר זכאי לדרוש שחר, זה שונה משואל להראות, וחייב באונס; ואמנם הלימוד עצמו אינו נחשב הנאה מפני שמצוות לאו ליהנות ניתנו, אבל השימוש בספר נחשב ממון שנהנה ממנו, שהרי מרוויח בכך שאינו צריך לשלם דמי שכירות.

יא. מחנה אפרים, הלכות נדרים שם, עושה הבחנה: שואל ספר חייב באונס, מפני שהוא נהנה בזה שמחלו לו המשאל על דמי שכירותו, שהרי רגילים להשכיר ספר ולא לתיתו בהשאלה מפני שהוא מתקלקל עקב השימוש, אבל שואל שופר אינו נהנה, מפני שרגילים להשאילו כיוון שאינו מתקלקל, כך שהשואל לא הרוויח בהשאלתו.

יב. תשובות על סברת נתיבות המשפט: משובב נתיבות, עב, ס"ק יז, דוחה את סברת נתיבות המשפט, שנתנה בזה שיוכל להשכירו לאחר או ללמד בו אדם אחר בשכר וגם בזה שנחסך ממנו הצורך לשכור מאדם אחר: אין אלו נחשבים הנאה מגוף הנכס, וחייב שואל באונס הוא רק כשנהנה מגוף הנכס, שמתעם זה שואל להראות פטור, לדעה אחת (ראה הערה 95). הוא מוכיח זאת, שאילו זה היה נחשב הנאה, היה לנו לחייב גם שואל להראות משום שהוא יכול להשכירו לאחר להראות בו, וגם משום שחסך את הצורך לשכור נכס כזה כדי להראות בו; אלא, אלה אינן נחשבות הנאה לעניין שואל, משום שאין מגוף הנכס. הוא מביא ראיה לכך שלימוד תורה הוא כשאר מצוות, ואינו נחשב הנאה (עיין שם, ועיין גם שו"ת יביע אומר, חלק ב, חו"מ, סימן ז, אות ז, שהביא ראיות נוספות לכך).

יג. מנחה חדשה, מצווה ס, אות ב, דוחה את דברי נתיבות המשפט שהשואל נהנה מיכולתו להשכיר את הספר לאחר או ללמד בו לאחר בשכר, על ידי שמוכיח שהדבר אסור (ראה סעיף 3, ליר ציון הערה 24) – עיין שם.

יד. ר"א ברזל, בהערותיו לאגודה, ב"מ, סימן מב, כותב שמחלוקת קצות החושן ונתיבות המשפט האם לימוד בספר נקרא הנאה או שמצוות לאו ליהנות ניתנו, תלויה במחלוקת הראב"ן והראב"י (המובאת באגודה שם) האם הלימוד בספר המופקד אצלו נקרא גולן ופטול לשבועה, או לא. אך רח"א מילר סבור שהמחלוקת שם תלויה בשאלה האם אומרים לעניין זה "נוח לאדם שתעשה מצווה בממונו", ואינה תלויה בהנאה, מפני שאפשר לחייב גולן גם בלי הנאה (ראה לדוגמה במילואים להערה 109 בשם אמרי בינה).

להערה 112

א. לדעת רז"נ גולדברג, אם הוא בא רק להציל נכסים מדלקה, הוא נחשב שואל גמור, ודווקא כשיש חשש סכנת נפשות, אינו נחשב שואל, שהרי נתיבות המשפט מסתמך על כך שמחללים שבת להציל מדלקה, ומתברר מרמ"א, א"ח, שלד, כו, ומשנה ברורה שם, שמותר לחלל שבת (במלאכה דאורייתא) ברדקה רק כשיש סכנת נפשות; אלא שלמעשה כמעט תמיד יש סכנת נפשות, כפי שמוסבר שם במשנה ברורה, ס"ק עב"עג, ולכן נתיבות המשפט נקט שני מקרים – להציל נפשות, ולהציל מדלקה, שאו גם במקרה סתמי מניחים שיש סכנת נפשות.

ב. דעות חולקות: שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קפט, מחייב שואל בהמה באונס, אף על פי שבנידונו השואל לקח את הבהמה כדי להציל אדם שנאסר על ידי השלטון, והוא משתמש שם בביטוי "פיקוח נפש". ואכן, משובב נתיבות, עב, ס"ק יז, בהגהה, מחייב באונס בנידונו של נתיבות המשפט, ודוחה את ההשוואה לרודף אחר רודף ששבר כלים, שהתקנה נתקנה רק לפטור על נזק שקרה עקב ההצלה, אבל כאן הוא מציל על ידי שימוש בממון חברו, והביא ראיה מהדין שאם הנודף עצמו שבר כלים הוא חייב, מפני שגם אם יחייב לשלם, יתאמץ להציל את עצמו. רח"א מילר הסביר שראיתו היא, שאין להרחיב את התקנה מעבר לתחום שלגביו היא נתקנה, כמו שמצאנו שהתקנה אינה כוללת את הנודף עצמו. את דברי נתיבות המשפט נביא גם בסעיף 4, במילואים להערה 30.

113 להערה

א. בנידונו מדובר שלא שילם לו על שירותו. ייתכן שאם שילם לו על שירותו, הוא נחשב שואל משום שנהנה מהשימוש בבהמה, שעל ידי זה השתכר, ויחשב שואל; ואף על פי שגם המשאיל נהנה מן ההשאלה, שבאמצעותה הוא מקבל את השרות, הרי הוא משלם עבור הנאתו, והוא כאילו לא נהנה, כעין סברה משובב נתיבות ליד ציון הערה 163. אך ייתכן שהוא אינו שואל, מהטעם שליד ציון הערה 17, שבעל הנכס הוא שיום את העסקה, ולכן נפסק לגבי המקרה שם שאינו שואל גם אם נהנה — שהוא צריך להגיע למקום שאילו נתבקש להביא את הבהמה, ורכב עליה. אולם נראה שהוא שומר שכו, ואין לומר כאן "זה נהנה וזה לא חסר" כפי שנאמר שם, מפני ששם הבהמה היא נשוא השרות וכאן רק אמצעי לביצוע השרות. ראה גם סעיף 7, במילואים להערה 326.

ב. משפטים ישירים מדגיש שגם אם שלח אותו בחינם, הוא שומר חינם, מפני שאינו גרוע מהאומר "הנח לפני" (סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 65), ואין אומרים שפטור משמירה מכיוון שהוא עושה לו טובה.

116 להערה

א. תורה שלמה, שמות, כב, אות רפא (הובא על ידי ש' אטינגר, שנתון המשפט העברי יג, תשמ"ז, עמ' 25), מביא שרבונו מיוחס, שמות כב, יג, כותב (באחד מפירושו) שהמכילתא מתכוון ללמוד מ"מעם רעהו" שאם אין כל ההנאה שלו, אינו שואל.

ב. אבל ראה במילואים להערה 141 בשם חכמת שלמה, ולהערה 154 בשם פתחי שערים, שלדעתם די שיהיה רוב ההנאה של השואל.

117 להערה

א. דעות חולקות: מנחת חינוך, מצווה נט (פה ע"ד), מוכיח שהש"ך חולק וסובר שדווקא אם נהנה המשאיל שווה פרוטה בטלה אחריות שואל, שהרי הוא כתב (ראה הערה 139) שרק לפי מי שמתחשב בפרוטה דרב יוסף, שואל ספר פטור מאונס מפני שהמשאיל נהנה פרוטה דרב יוסף, אף על פי שגם לפי מי שאינו מתחשב בה, המשאיל נהנה אלא שההנאה פחותה משווה פרוטה.

ב. מנחת פיתים, חו"מ, שם, ד, כותב שדין זה תלוי בשאלה האם שואל לעשות פחות משווה פרוטה נחשב שואל, שלפי הצד שאינו נחשב שואל מפני שאין זה ממון, זה גם אינו גורע מגדר "כל ההנאה שלו", ומאחר שהדין שם בספק (ראה הערה 104), גם הדין כאן בספק. עוד נימק, שיש לחייב מפני שסוף כל סוף רוב ההנאה לשואל, ודווקא אם הוא נותן פרוטה יצא מגדר שואל אף שרוב ההנאה שלו, מפני שבנותן שכר אין הבדל בין רב למעט, אבל פחות משווה פרוטה אינו נחשב שכר, אלא נקרא רק שיש הנאה, ובוהו מאחר שרוב ההנאה לשואל, הוא שואל. גם שו"ת בן פורת, חלק ב, סימן ג, אות א (ג ע"ב), חולק על קצות החושן מפני שדי שתהיה רוב ההנאה לשואל. על "רוב ההנאה" ראה במילואים להערה 141 ולהערה 154. על תמורה פחות משווה פרוטה, עיין חמדה גנוזה — זכר מרדכי, שג, ס"ק א; בית שלמה (אבעל), שערי י (דף פא ע"א); אבני החושן, שם, ס"ק ה.

119 להערה

כמו כן, רי"מ מרגליות, "אונס בשואל ובשולחני", הפרדס, שנה טז, חוב' ד, עמ' 34, הסביר שהשמירה היא רק תוצאה מהשימוש (שהוא עיקר מטרת השאילה), מפני שאם לא ישמור לא יוכל להשתמש, ונמצא שהוא שומר לטובת עצמו, ומה שבעל הנכס מקבל בדרך אגב הנאה מן השמירה, אינו פוגם באופי השאילה, ועדיין כל ההנאה לשואל; ואף ששומר שכר שומר עבור השכר, אין זה נחשב ששומר לטובת עצמו, אלא הוא שומר לטובת בעל הנכס, וכתוצאה מכך הוא מקבל שכר, ולכן נחשב שאין כל ההנאה שלו.

120 להערה

א. לכאורה לא די בנימוק זה, שהרי השואל חייב באונס, ונמצא שהוא מעניק לנכס מעין ביטוח גם מפני נזקים שאי אפשר לשמור מפניהם, ואילו היה הנכס בידי בעליו, לא היה מבוטח מפני אונס שאי אפשר לשמור מפניו (וזה קשה גם על הנימוק הקודם, שהרי ביטוח זה אינו לצורך שימושו בנכס, כיוון שאינו מקטין את הסיכוי לאבדן)? האמת היא, שאין לומר שבגלל "תמורה" זו יופטר השואל מאונס, מפני שאם כן נמצא שאין המשאיל מקבל תמורה זו, הביטוח מפני אונס, וזהו מעגל קסמים. אך שו"ת שאלות משה (רוזין), חו"מ, סימן סא, אות ב, כותב לגבי מעגל קסמים דומה לזה, שמאחר שזהו מעגל, יש להעמיד את השומר על מקומו, ולא יהיה שואל. עוד יש להסביר, שאדם אינו נהנה בכלל ממה שנכס שלו מבוטח, אם הביטוח מותנה בכך שהנכס יהיה ברשות אדם אחר והוא (בעל הנכס) לא יוכל להשתמש בו. הביטוח גם לא יעזור לו אם ירצה להשתמש בנכס אחרי תקופת השאילה (בהנחה שאינו צריך את הנכס בינתיים אלא רק לאחר זמן), שהרי במקרה של נזק לא יקבל את הנכס עצמו אלא את דמיו, והרי הוא רוצה את הנכס עצמו, כפני שמוכח מן העובדה שלא מכר אותו (טענה זו אינה קיימת לענין הנאתו מן השמירה, מפני שבזכות שמירת השואל יקבל את הנכס עצמו בחזרה). רח"א מילר הסביר שבכלל אין מקום להתחשב בחיוב באונס כפוגם ב"כל ההנאה שלו", מפני שזהו רק תוצאה ולא שכר שקשור במהות השאילה.

ב. בהקשר זה יש לציין את שו"ת הרי"ם, חו"מ, סימן ו, שהעלה אפשרות ששואל שהתנה להתחייב ב"מתה מחמת מלאכה" (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 42, בשאלה האם צריך לזה קניין), התחייבותו נחשבת תמורה שניתנת למשאיל, ויהפוך לשוכר. בדומה, רד"ג גולדברג הסתפק, אם המשאיל התנה עם השואל שישלם לו את פחת הנכס עקב השאילה, האם זה נחשב שאין כל ההנאה של השואל. לפי סברת רח"א מילר באות א, בפשטות זה רק תוצאה ואינו קשור למהות השאילה ואינו נחשב תמורה. כמו כן, לפי הסברה שבפנים, אין זה נחשב תמורה, שהרי המשאיל היה מעדיף שהנכס יישאר אצלו, ואז לא היה קורה לנכס שום נזק או פחת מחמת מלאכת השואל.

ג. נימוקים נוספים: חכמת שלמה, שנביא במילואים להערה 141, אות ח, סובר שדי שתהיה רוב הנאה של השואל, ובכך הוא עונה על השאלה מדוע אין שמירת הנכס על ידי השואל נחשבת תמורה.

ד. דיבורת משה, ב"ק, סימן לו, ענף ג, כתב שאין מתחשבים בכך שבעל הנכס נהנה מזה שהנכס נשמר, מפני שמטרת ההשאלה הייתה בשביל השואל והנאת המשאיל באה ממילא.

מילואים לסעיף 1(ד)

ה. ר"מ מרגליות, "אונס בשואל ובשולחני", הפרדס, שנה טז, חוב' ב, עמ' 23, מסביר, שמאחר שאחריות שואל היא תוצאה משימוש בנכס, וההנאה מהשימוש כולה שלו, לכן גם האחריות כולה עליו, ואין זה משנה שיש למשאל הנאה אחרת, השמירה, מכיוון שהיא אינה הנאה מהשימוש; וזאת לעומת שומר שכר שאינו נחשב שכל ההנאה שלו, מפני שהוא נהנה מהשמירה, שבגללה הוא מקבל שכר, וגם בעל הנכס נהנה מהשמירה, ונמצא שהנאה זו משותפת לשניהם. ושוב שם, שנה יז, חוב' ה, עמ' 22, הוא מסביר שצריך רק שכל ההנאה מן השימוש תהיה לשואל; ואין משנה שיש למשאל הנאה צדדית, משמירת השואל (ראה בשמו במילואים להערה 141). רח"א מילר הקשה עליו מהדין ליד ציון הערה 122, שהאומר "השאלני ואשאיך" אינו שואל, אף על פי ששם הנאת המשאל אינה מהשימוש בנכס הזה. עוד קשה עליו מדוע שוכר פטור מאונס, הרי הנאת בעל הנכס – דמי השכירות – היא הנאה צדדית, ואינו נהנה מהשימוש. ו. שר"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א (דף ג ע"ג), הסביר שנחשב שכל ההנאה שלו, מפני שלא ראינו שבעל הנכס מעוניין בשמירה, שהרי הוא השאל לטובת השואל; כלומר, אין שום הוכחה שהוא נהנה מהשמירה. הסבר זה עולה גם מהסבריהם של האומרים ששומר שקיבל רשות שימוש מפורשת אגב השמירה אינו שואל מפני שאין כל ההנאה שלו (ראה במילואים להערה 9) – שדווקא שם השמירה נחשבת תמורה מפני שבעל הנכס הראה שהשמירה חשובה לו, שהרי הוא יזם אותה. אך הסבר זה קשה, שהרי בהמשך נראה מקרים מסוימים, שהמשאל נהנה הנאות שונות, ונפסק לגביהם שנחשב שאין כל ההנאה לשואל, אף על פי ששם המשאל לא גילה את דעתו שהוא מעוניין בהנאות הללו. רח"א מילר השיב על כך, שדווקא כאן צריך גילוי דעת, מפני שהשמירה היא גם לטובת השואל, אבל לגבי הנאות אחרות שהן רק לטובת המשאל, אין צורך בגילוי דעת שהוא נהנה מהן. ז. ש' אטינגר, "גדרו של שואל", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 27, כותב שהרמב"ן סובר שעצם זה שהשואל שומר על הנכס מוציא אותו מכלל שואל, שהרי הוא אומר (כמובא בר"ן, בשיטה מקובצת, ב"מ מא ע"א) שאם רועה הניח את מקלו או את תמיליו על הבהמה, אי אפשר להיטעם שואל, מפני שיש קצת הנאה למשאל, שהוא רועה אותה במרעה; ואילו רש"י והריטב"א שם, שתירצו בדרך אחרת את קושיית הרמב"ן (עיין שם), סוברים שנחשב שואל גם אם המשאל נהנה מהשמירה; והוא מסכים לדעתם כפי שמוכח מ"מ צד ע"ב, שאף על פי שהשואל שומר, הוא נחשב שואל מפני שרוב ההנאה לשואל. אך הבנתו ברמב"ן תמוהה, שהרי אם כן שום שואל אינו חייב באונס, שהרי כל שואל שומר על הנכס? אלא ברור שהרמב"ן אומר כך רק על גידונו, שמראש ביקש ממנו בעל הנכס לשמור, וזה מראה שהוא נהנה מהשמירה (ראה ליד ציון הערה 24), וכך הבין מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כח, את הרמב"ן, מה שאינו כן בשואל רגיל, ששואל מןמתו לטובת עצמו.

להערה 121

א. סמך נוסף למסקנה שבפנים יש בדברי אבי עזרי, מהדורא ד, על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, כה, י, שנביא בסעיף 5, במילואים להערה 118, שיש חיסרון של "כל ההנאה שלו" בשניים ששאלו, מכיוון שאין לשואל היה זכות בכל הנכס (אלא אם כן נראה את שניהם כחידה אחת – עיין שם). והוא לא נקט רק שכל שואל נהנה רק בחצי, אלא נוקט שביחס לכל שואל יש לבעל הנכס זכות שימוש בחצי, והוא מעניק זכות זו לשואל השני. מכאן, שאילו היה השואל נחסר ובעל הנכס לא היה נהנה מזה אלא אדם שלישי היה נהנה – היה נחשב שכל הנאה היא לשואל. על בעיה זו בשני שואלים ראה במילואים להערה 155.

ב. א' רקובר הוכיח להיפך מ"מ צד ע"ב, ששם מעלה הסוגיה אפשרות שאשה ששכרה נכס, ובעלה משתמש בו, הוא נחשב שוכר בגלל חיובו לפדותה אם תישבה; וזאת אף שמדובר לפי ר' יוסי, הסובר שחיוב הבעל כשומר משנה הוא כלפי בעל הנכס (ראה סעיף 7, פרק ד, 3), שאינו נהנה מן הבעל בכלל. יש לדחות ראייה זו, שרמת אחריותו של שומר משנה נקבעת לפי יחסו לשומר הראשון (ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 380), מפני שזו רמת השמירה שקיבל על עצמו, אף על פי שחיובו הוא כלפי בעל הנכס; ולכן במקרה ההוא הבעל נחשב שוכר, כיוון שהאשה נהנית מהתחייבותו כלפיה.

להערה 122

א. יש אומרים שמדובר בשההשאלות התחילו בזמנים שונים, ואם לא כן פטורים לגמרי, מטעם "בעליו עמו" – עיין במקורות שם.

ב. עליות דרבנו יונה, ב"ב מג ע"ב, מסביר שאף על פי שאמר "השאלני", אין מפרשים שהתכוון בכך להתנות להיות חייב באונס כשואל (והרי שומר שכר יכול להתנות להיות כשואל – ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 41), מפני שדרך אנשים לומר "השאלני" גם כשנותנים שכר על השאלה. נביא את דבריו גם בסעיף 14, הערה 64.

ג. אף שר"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א (דף א ע"ב), כותב שהאומר "השאלני היום ואשאיך למחר", חייב באונס ביום הראשון, ורק כשמשאל למחרת את הנכס האחר לחברו, הוא חלל להיות חייב באונס. ואין זה מובן, הרי גם שואל שמבטיח למשאל תמורה בעתיד יוצא בגדר שואל, וכך הוא המצב בכל שוכר, שהשכירות משתלמת בסוף, ומכל מקום כבר מראש אינו שואל.

ד. גם מי שאומר "השאלני ואשאיך", כלומר שהשואל מבטיח שתמורת ההשאלה, הוא ישכיר למשאל נכס אחר, הוא יוצא בכך מגדר שואל, משום שהמשאל נהנה בקבלת הנכס בשכירות. כך עולה מדברי הרשב"א, ליד ציון הערה 156, שדווקא אם אדם אחר משכיר נכס למשאל, עדיין נחשב שכל ההנאה של השואל, מפני שההנאה לא באה מידי השואל. דבר זה עולה בקנה אחד עם ההלכה ששוכר הוא שומר שכר (סעיף 101), ליד ציון הערה 124), מפני שהשוכר נהנה מן השימוש בנכס אף על פי שהוא משלם עבורו, כפי שראוי מן העובדה שהוא מוכן לשלם עבור השימוש. אך יש להעיר, שליד ציון הערה 163, נראה שיש עיקרון, שאם נהנה המשאל מן ההשאלה אך הוא משלם על הנאה זו, השואל נשאר שואל, ולפי זה אף כאן צריך הוא להחשב שואל. וראה במילואים להערה 147.

להערה 123

א. על אף שהר"ן כותב רק על אחד מן הצדדים שהוא אינו אחראי כשואל, הרי זה משום שהוא נשאל רק על אותו צד, אבל אין סיבה לומר שהאחד יהיה שואל והאחר לא.

ב. שר"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סימן י (סב ע"ב), כותב שמסיבה זו שניים שנתחלפו בגדיהם בבית מרחץ אינם נחשבים שואלים גם אם השתמשו בבגדים. הוא נותן סיבה נוספת לדין זה: משום ששואל שחשב שהנכס שלו, אינו חייב כשואל (והוא אף פטור לגמרי משמירה מטעם זה, לפי האומר בסעיף 101(א), ליד ציון הערה 112, על יורשי שומר). על מקרה זה ראה סעיף 101(ג), במילואים להערה 92 ולהערה 102.

ג. סייג: שר"ת בן פורת, חלק ב, סימן ג, אות א (ג ע"ג), כותב שרק אם התנה בפירוש שהשאלה זו היא תמורת השאלה זו, הוא שוכר, אבל אם לא התנה, והחפץ שהוא משאל שווה פחות מהחפץ שהוא שואל, הוא חייב באונס, מפני שרוב ההנאה שלו – ראה בשמו במילואים להערה 154, שהאמירה קובעת בה.

125 להערה

א. לגבי מקרה שהשואל שומר על הנכס האחר בשכר עבור בעל הנכס, אומר דברי משפט, עב, ס"ק ג, שהוא נשאר שואל על הנכס הראשון, מפני שאין זה נחשב כבעל הנכס נהנה מן העסקה, בזה שהשואל שומר בעבורו נכס אחר, שהלא הוא משלם לו בעד שמירה זו. אך לשונו אינה ברורה, ואפשר שהוא מתכוון למקרה של נכס אחד בלבד (ראה בשמו במילואים להערה 18); אך מכל מקום נראה שהדין הוזה נכון כשמצמצמו – ראה ליד ציון הערה 163.

ב. שו"ת חוק ומשפט, סימן קא, עוסק בראובן ששלח לשמעון כסף ונכסים לשמור, והתיר לו להשתמש בכסף, ופוסק שהוא שואל על הכסף בגלל רשות השימוש (ראה בשמו במילואים להערה 9), ושומר שכר על הנכסים, משום שבתמורה לשמירתו עליהם הוא קיבל רשות שימוש בכסף (ראה סעיף 1(ג2)). במילואים להערה 94, בשמו). לכאורה קשה, מדוע שמעון נחשב שואל, הרי בתמורה הוא שומר נכס אחר של ראובן? אפשר שטעמו הוא, שבנידונו רשות השימוש ניתנה רק אחרי שהסכימו שישמור על הכסף ועל החפצים, ולכן זה דומה להנאה הניתנת לפי השאלה, שאינה נחשבת תמורה – ראה במילואים להערה 132.

128 להערה

א. דעה חולקת: שו"ת בן פורת, חלק ב, סימן ג, אות א, פסק לגבי מקרה כזה שהקונה חייב באונס, ונימק נימוקים אחרים: א) כל ההנאה היא לשואל, מפני שלא אכפת למוכר אם אחרי הקניין יישפך כל היין, ובלבד שיקבל את הכלי בחזרה, וגם לא אכפת לו אם יקבל את הכלי בחזרה מיד מכל סיבה אחרת, ונמצא שרק הקונה-השואל נהנה מזה שהכלי בידו (נימק זה קשה, שהרי גם בשוכר, המשכיר אינו נהנה מזה שהחפץ נשאר ביד השוכר, אלא נהנה ממה שקיבל תמורת השאלה, ודי בכך שלא יחשב שואל, וכך יש לומר גם כאן). ב) הכלל הוא די שרוב ההנאה תהיה לשואל (ראה בשמו במילואים להערה 154), וכאן ההנאה העצמית מהכלי היא של הקונה-השואל, והמשאיל נהנה רק מהמכירה, שהיא הנאה נגרמת, ואין זו הנאה ממשית, שהרי הוא היה מקבל אותו מחיר גם לולא השאלה את הכלי, ונמצא שלשואל יש רוב ההנאה, בחישוב איכותי. ג) בהנאה נגרמת יש ספק האם היא מחייבת שואל (ראה בשמו במילואים להערה 97 לענין שואל להראות), ולכן אינה נלקחת בחשבון לענין "כל ההנאה שלו". ד) תוספות, כתובות נו ע"ב (ד"ה הרי), כתבו שחיוב שומר הוא לפי מה שהוא מוכן להתחייב, ושואל זה בוודאי התכוון להתחייב באונס, שהרי מן הסתם לא חשב על הנאת המשאיל, שאינה הנאה פשוטה, ואילו לא רצה להתחייב באונס היה צריך להתנות בפירוש שלא יתחייב באונס, בשונה משאר שואל.

ב. גם שו"ת אמרי יוסף, חלק א, סימן מז, עוסק במקרה כזה, והוא עושה הבחנה בין מקרים שונים: א) אם רק אחרי שעשו קניין מחייב, התיר המוכר לקונה להשתמש בבקבוקים, כך שלא היו יכולים לחזור בהם בעת מתן הרשות, הקונה הוא שואל מפני שכל ההנאה היא שלו, שהרי אין לומר שהוא קיבל את רשות השימוש בתמורה להסכמתו לקנות. הוא מוכיח זאת מדין מקביל במלווה שקיבל רשות שימוש במשכון אחרי ההלוואה (ראה ליד ציון הערה 132). ב) אם התיר את השימוש לפני שעשו את הקניין, ואין קונים קופצים בכלל על היין הזה, כך שכל הנאת המכירה היא למוכר, הקונה אינו שואל, מפני שרוב ההנאה היא למוכר, ולקונה יש רק הנאת השימוש. ג) אם התיר את השימוש לפני הקניין, והמצב הוא בינוני, שקצת קונים קופצים, כך שהנאת המכירה מתחלקת בין המוכר לקונה, הרי מאחר שהנאת השימוש כולה לקונה יוצא שרוב ההנאה היא לקונה, ודי בזה לעשותו שואל – ראה במילואים להערה 141 (וכל שכן אם יש הרבה קופצים).

ג. מקרה שונה מעט הוא במי שקונה בקבוק משקה, כשיש "פיקדון" על הבקבוק, כלומר, שהוא משלם יותר מערך המשקה, על מנת שלאחר שתיתו יחזיר את הבקבוק ויקבל בחזרה את דמי ה"פיקדון". אפשר שהוא אינו מוגדר שואל (ולא שוכר) על הבקבוק, אלא מוגדר קונה, מפני שהוא כבר שילם עבור הבקבוק, אלא שעשו תנאי שאם ירצה למכרו בחזרה למוכר, שהמוכר מחויב לקנות את הבקבוק בחזרה. אפשרות אחרת היא לראות את הכסף שניתן תחילה – רק כמשכון על השאלת הבקבוק, ולא כתשלום בעבור קנייה (והוא שואל על הבקבוק, אף על פי שנתן משכון תמורתו, כפי שנראה ליד ציון הערה 147). רח"א מילר סבור שהכסף ניתן במתנה, על תנאי שאם יחזיר את הבקבוק, יקבל את הכסף בחזרה; ואם כן, הוא בגדר קונה לגבי הבקבוק.

130 להערה

כמו כן, שו"ת באר מרדכי (פרהנד), סימן ה, כותב שמלווה שקיבל פרה מן הלווה לזמן מסוים, במטרה שיקח את החלב שלה כפירעון החוב, אינו שואל, שהרי אין כל ההנאה שלו, כיוון שהוא כאילו משלם בעד החלב.

131 להערה

א. דעות חולקות: בתשובת רבנו גרשום, בשיטה מקובצת, ב"מ סד ע"ב, כתב שאם בשעת ההלוואה נתן הלווה למלווה רשות שימוש במשכון, הוא שואל. אבל הוא לא כתב זאת לומר שאינו שומר שכר, אלא לומר שאין בזה איסור ריבית.

ב. כמו כן, שו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ, סימן נו, מוכיח מב"מ מז, שאפילו קיבל רשות בשעת ההלוואה הוא שואל (עיין שם להוכחתו).

132 להערה

א. כך פסק גם ערוך השולחן, חו"מ, עב, יא. על מלווה המשתמש במשכון, עיין גם אור עזרא, קובץ א, עמ' לו.

ב. ש"ך, חו"מ, עב, ס"ק לא, כתב שיש ספק האם הוא שואל, שמא גם כאן הלווה התכוון לתת רשות שימוש תמורת ההלוואה. אך נתיבות המשפט, עב, ס"ק יח, כתב שאין ספק בדבר, ובוודאי לא התכוון לתת בתמורה להלוואה, והוא שואל. גם תומים, עב, ס"ק יט, כותב שבוודאי כל ההנאה היא למלווה, ואין אומרים שהלווה התיר לו את השימוש משום שהלווה לו, שהרי הוא התיר את השימוש רק לאחר ההלוואה.

ג. באור הנימוק: הפלאת שבועות, חלק א, סימן מא, ס"ק ח, מבאר שכאן הוא שואל מפני שכל ההנאה שלו, מפני שבשמירה הוא

מילואים לסעיף 1(ד)

חייב בלאו הכי מחמת מצוות ההלוואה (או משום שאת השמירה קיבל על עצמו מכבר), ולכן השמירה אינה נחשבת הנאה לבעל המשכון, ואינה תמורה לשימוש (ראה בשמו סברה דומה במילואים להערה 37). בכך הוא מסביר מדוע הרמ"א לא חלק על שולחן ערוך האומר כאן שהוא שואל, אף על פי שפסק שמלווה על משכון ספק שומר חנים ספק שומר שכן (ראה סעיף 1(ג)), במילואים להערה 238) — מפני שאין זה תלוי בזה, וכאן יש נימוק עצמאי, כאמור.

ד. ערוך השולחן, ח"מ, עב, יא, כותב שהוא שואל גם אם הוא מנכה מעט מהחוב כנגד השימוש, מפני שזה לא ניתן כתמורה אלא כדי שלא יהיה איסור ריבית.

ה. שתק המלווה: ראש יוסף, ח"מ, עב, כ, כותב שגם אם שתק המלווה בעת שהתיר לו הלווה את השימוש במשכון, נעשה שואל גם אם לא השתמש, מפני שאילו לא היה בדעתו להשתמש, היה צריך לומר זאת בפירוש. אך נתיבות המשפט שם (הובא בערוך השולחן שם) מסופק לגבי מקרה זה, האם מפרשים את שתיקתו כהסכמה לקבל על עצמו חוב שואל, או לאו. ראה במילואים להערה 21, בשמו. על שתיקת המלווה ראה גם במילואים להערה 133 בשם התומים.

ו. הנאה למשאל לפני השאילה, באופן כללי: פרחי אליהו, הדרן למסכת שבועות, כותב כעיקרון שאין מתחשבים במה שנתן השואל למשאל בעבר, ועיקרון זה מתאים לדברים הכתובים כאן בפנים. בכך הוא מסביר מדוע אין אומרים שכל שואל יהיה פטור מאונס מפני שיש להניח שהשואל עשה למשאל בעבר נחת רוח, שאם לא כן מן הסתם לא היה משאל לו (כמו שכתבו חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ לד ע"ב, ותורת חיים, ב"מ שם) — התשובה היא, שעדיין זה נחשב "כל ההנאה שלו", משום שזה היה בעבר (ראה בשמו בסעיף 1(ג)), במילואים להערה 12).

ז. כמו כן, חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ קג ע"א (ד"ה א"ג), מפרש ("להלכה ולא למעשה") את דין "שואל בטובו" (ראה פרק א), שאם שאל כלי מחברו מפני שהמשאל החזיק לו טובה מקודם, ואמר לו: "השאלני כלי על שעשיתי עמך טובה", הוא שואל ולא שוכר, וזאת גם אם החזיק לו מקודם טובה הנאה כדי השכירות הראויה לאותה מלאכה, וגם אם זה היה מיד לפני ההשאלה; וזאת דווקא אם עשה קניין, אבל אם לא עשה קניין הוא שוכר. ויש להסביר את דבריו, שכאמור, מאחר שהנאת המשאל באה לפני השאילה, אינה נחשבת תמורה על השאילה. אך עיין שושנת יעקב, ש"מ, ס"ק ד, שכתב שאם בעל הנכס השאל מפני שהוא מחזיק טובה לשואל, פטור מאונס. על הנאה לפני ההשאלה ראה ליד ציון הערה 146, ובמילואים להערה 125 ולהערה 128. יש להדגיש, שהדברים אמורים רק בהנאה סתמית, אך אם בשעת נתינת ההנאה אמר השואל שהוא רוצה בתמורה להשתמש בנכס, הוא שוכר. ח. שואל שלווה: שו"ת בני יעקב, סימן יב, נוטק בשואל שהלווה כסף למשאל באמצע זמן ברשות מכללה, ולקח את הנכס כמשכון. הוא כותב במסקנתו (רכא ע"ב) שהוא נשאר שואל, גם אם אמר שהוא מתכוון לתפסו כמשכון. הוא מתבסס על העיקרון של המרדכי (שנביא בסעיף 14, במילואים להערה 18) ש"המעשה לא משתנה בחליפת מלים". אך שו"ת זכור לאברהם (אביגדור), ח"מ, סימן מט (דף ג ע"ד), כותב שיוכל לטעון "קים ליי" שאין הלכה כמרדכי.

להערה 133

א. הרשב"א נימק זאת בכך, שמהשוואת דין שומר כסף מופקד, ודין מוצא אבדה שמכרה, עולה שרשות השימוש בנכס מעלה את אחריות השומר דרגה אחת גם אם לא השתמש (כדעה ליד ציון הערה 37), ולכן, מאחר שמלווה שומר שכן על המשכון בלאו הכי (לרוב הדעות — ראה סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 237), רשות השימוש הופכת אותו לשואל גם בלי שהשתמש. שו"ת משאת משה, השניות, ח"מ, סימן י (סב ע"ג), הסביר את דעת הרשב"א על פי סברת ההעלאה בדרגה, בלי שראה את דבריו שבתשובה. גם פני יהושע, ב"מ פב ע"א (ד"ה אלא), כתב שלדעה שמלווה הוא שומר שכן על המשכון, הוא הופך לשואל בבלל רשות השימוש, מפני שמעלים אותו דרגה.

ב. הש"ך שם כתב על פי דברי הרשב"א, שמאחר שספק הוא (לדעת הש"ך) האם מלווה רגיל הוא שומר שכן על המשכון (ראה בשמו בסעיף 1(ג)), במילואים להערה 238), כאן יש ספק האם הוא שואל בנתינת רשות השימוש לפני שהשתמש בפועל, לפי שיטת ההעלאה בדרגה, שנקט בה הרשב"א (זאת בנפרד מדבריו שהבאנו במילואים להערה 132, שגם אם השתמש, ספק האם הוא חייב באונס). גם שו"ת גור אריה יהודה, ח"מ, סימן לו, כותב שרק לדעה שכל מלווה הוא שומר שכן על המשכון, אפשר לומר שכשמוקבל רשות שימוש, נעשה שואל. אך הש"ך מעלה (בתחילת דבריו) אפשרות שזה אמור רק ברשות מכללה, וכאן זו רשות מפורשת, ואפשר שבה מתחייב באונס גם לפני שהשתמש, גם לדעה שמלווה הוא שומר חנים על המשכון (ראה בסמוך, שהתומים עושה הבחנה דומה).

ג. לעומת זאת, שו"ת פני יצחק, חלק ג, ח"מ, סימן ו (כו ע"ד), הביין שטעם הרשב"א הוא כסברת הרשב"ד (ליד ציון הערה 38, החולק על הסברה האמורה של העלאה בדרגה), שרשות השימוש הופכת גם שומר חנים לשואל (גם אם לא השתמש) כשאין לו סיבה לחשוש שבעל הנכס יבוא פתאום לטלו, כך שאינו ירא להשתמש בו. הוא מסביר שלכן כתבו הרשב"א והשולחן ערוך חיוב זה בלשון "אפשר", מפני שמצד שני אפשר שאין לחייבו כשואל, שמא הוא ירא שהלווה יפרע לו את חובו מיוזמתו פתאום, וידרוש את משכונו. גם ערוך השולחן, ח"מ, עב, ס"ק יא, הסביר שהרשב"א נקט "אפשר" לפי הסברה של הרשב"ד, שמא כאן הוא ירא להשתמש, אבל לפי הסברה של העלאה בדרגה, פשוט שהוא שואל. בכך הסביר (בלשון "אפשר") מדוע הרמ"א לא חלק על דברי השולחן ערוך, לומר שלדעה שמלווה הוא שומר חנים על המשכון (שהרמ"א חשש לדעתו — ראה סעיף 1(ג)), במילואים להערה 238), המלווה אינו שואל על המשכון כאן — משום שלפי הנימוק של הרשב"ד, לכל הדעות המלווה הוא שואל. וראה במילואים להערה 40, שהרמ"א (במקום אחר) סובר כראב"ד.

ד. במילואים להערה 6 הערנו על כך שהרשב"א כאן למד דין רשות מפורשת מדין רשות מכללה, בלי להבחין ביניהם. כנגד זה, תומים, עב, ס"ק יט, כותב שאם אכן ביקש המלווה רשות שימוש במשכון והלווה התיר לו, הוא שואל בלי ספק אף לפני שהשתמש, אלא שהרשב"א והשולחן ערוך דיברו במקרה שדומה לרשות מכללה, דהיינו שהמלווה לא ביקש רשות שימוש, אלא הלווה מעצמו נתן לו רשות, והמלווה לא גילה את דעתו שהוא מעוניין להשתמש (לשיטתו ליד ציון הערה 9, שמקרה זה שונה מבקשה מפורשת לשאלו), ולכן השו"ת זאת לדמי אבדה (על שתיקת המלווה, ראה גם במילואים להערה 132, אות ה). הוא הסביר שהספק של הרשב"א הוא בשתיים: א) אפשר שדווקא ברמי אבדה הופך לשואל, מפני שהכסף הוא מלווה ביד המוצא, שהרי גם אם ידרשנו המאבד, יוכל לתת כסף אחר (תוספות, ב"מ כט ע"א, ד"ה והוי — ראה במילואים להערה 35), ואילו משכון הוא נכס שהוא ברשות הלווה, ויש למלווה רק הנאת שימוש, ולכן אפשר שהוא רק שומר שכן על עור לא השתמש. ב) אפשר שדווקא ברמי אבדה מחמירים את

מילואים לסעיף 1(ד)

אחריותו בהעלאת דרגה, מפני שרשות השימוש באה מכית הדין, ולא רצה בית הדין לתת רשות בלי שתהיה לזה תועלת למאבד, בהחמרת אחריות המוצא (ראה בשמו במילואים להערה 38, שכתב כך בדעת רבנו אפרים), אבל כאן רשות השימוש באה מהלווה, ואולי הלווה מוכן שתהיה לו רשות שימוש גם בלי החמרת אחריותו.

ה. עוד כתב התומים, שלפי סברת הראב"ד, כאן הוא שואל גם אם לא השתמש (ואין בכך ספק), מפני שאינו חושש שמא ידרוש הלווה את המשכון, שהרי תוך שלושים יום לא יתבע מהלווה את חובו (אך קשה, הרי כפי שהעיר פני יצחק, אפשר שהלווה יפרע בזמנו וידרוש את המשכון, בהתאם לדברי שו"ע, חו"מ, עח, ה, שבסתם הלוואה שהיא שלושים יום אין "חוקה אין אדם פורע תוך זמנו"?), והוא שואל בזכות הגנת השימוש החפשי (ללא יראה) של שלושים היום. עוד נימק, שדווקא בכסף אפשר לומר שהוא ירא להשתמש שמא יתבענו בעליו ולא יהיה בידו להחזיר, אבל בחפץ, מה שהוא משתמש בו אינו מונע בעדו מלהחזירו (ראה בשמו במילואים להערה 38, בנקודה זו), ולכן הוא שואל. אך יש להעיר שהבחנה זו הפוכה מהבחנתו לעיל בין כסף לחפץ, האמורה לפי סברת ההעלאה בדרגה. עוד יש להעיר, שהתומים אומר, כפי שהבאנו במילואים להערה 9, שכשהרשות באה בזימת בעל הנכס, אינו חייב באונס, וזה נוגד את דבריו כאן. רח"א מילר תירץ, ששם דיבר על פיקדון רגיל, ובו אינו חייב באונס מפני שבעל הנכס נהנה משמירתו, ואילו כאן מדובר במשכון, ובו חייב באונס אם הרשות ניתנה לאחר מתן ההלוואה, מפני שהגנת מתן ההלוואה אינה קשורה עוד למתן רשות השימוש (אך קשה, הרי סוף כל סוף נהנה בעל הנכס משמירתו).

ו. דעות חולקות: סמ"ע, עב, ס"ק כג, כותב שמאחר שיש סתירה בין תשובות הרשב"א בדבר חיוב אונס, יש לפסוק מספק שהלווה פטור מחיובו, והמלווה פטור על חלק המשכון העודף על החוב. משמע, שלדעתו אין זה חשוב מתי ניתנה הרשות, בניגוד לפרשנים שהובאו בהערה.

ז. נכנסת הגדולה, חו"מ, עב, הגהות בית יוסף, אות לב, מביא שמהר"ם די בוטון תירץ את הסתירה בדרך אחרת: אם המלווה הלווה בתנאי שיקבל רשות שימוש, אינו שואל, אבל אם הלווה מוזמנו התיר למלווה להשתמש, והמלווה היה מלווה גם בלי זה, הוא שואל. גם התומים שהבאנו לעיל עושה הבחנה כזאת. אך שלא כמו הבחנה כזאת, מהר"ם די בוטון סובר שאין הסתם רוצה הלווה שינכה לעומתם, שו"ת אמרי יוסף, חלק א, סימן מז, כותב שאם קיבל רשות בשעת ההלוואה, הוא שומר שכן גם אם לא התנה בפירוש את ההלוואה במתן הרשות, וכך סוברים מן הסתם שאר הפרשנים, שלא עשו הבחנה כזאת.

ח. חידושי הרי"ם, חו"מ, עב, ס"ק ח, מיישב בדרך אחרת את סתירת תשובות הרשב"א: תשובה אחת עוסקת במקרה שאמר הלווה בפירוש שהוא מתיר למלווה להשתמש תמורת העובדה שנתן לו הלוואה, ולכן המלווה הוא שוכר (ויש בזה איסור ריבית), והתשובה האחרת היא במקרה שלא אמר הלווה כלום, ולכן המלווה הוא שואל. הוא מסביר שאין אומרים שכן הסתם רוצה הלווה שינכה המלווה מחובו כנגד השימוש (והחשב שוכר מטעם זה), מפני שאולי הוא מעדיף שהמלווה ישתמש בו בחינם, ויהיה שואל החייב באונס, משישלם שכר שימוש ויהיה שוכר שפטור מאונס. הוא מסביר שגם לדעה שסתם מלווה הוא שומר חינם על המשכון, כאן הוא שואל בגלל רשות השימוש, משום שנתן רשות בפירוש; ומה שהרשב"א השווה זאת לדמי אבדה, ששם זו רשות לא מפורשת, כוונתו לימר שכמו ששם התירו לו חכמים להשתמש כדי שתהיה עליו אחריות לאונס, כך בלווה זה, מניחים שהתכוון שהמלווה ישתמש בלי ניכוי מהחוב, כדי שיהיה שואל שחייב באונס. הוא מבאר שהרשב"א קט "אפשר", מפני שמצד שני ייתכן שהמלווה אינו מוכן להיות שואל, אלא רוצה להשתמש תוך ניכוי מהחוב, ולהיות רק שוכר; ועוד, אפשר שמאחר שהלווה מוחזק, נניח שהתכוון שהלווה ינכה מהחוב.

ט. שו"ת בן פורת, חלק ב, סימן ג, אות א, כותב שהמלווה פטור מאונס מפני שהלווה נהנה מזה שהמשכון נשאר אצלו, שבזכות זה הוא יכול להשהות את פירעון חובו. לפי נימוק זה, הדין צריך להיות שגם ברשות שניתנה לאחר ההלוואה, אינו שואל.

להערה 134

א. שו"ת בגדי ישע, חו"מ, סימן ה; חידושי ר"ע איגר, או"ח, יד, ד; שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (צח ע"ג); אמרי בינה, או"ח, סימן ז; ושו"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א, בסופו (הובא בשו"ת יביע אומר, חלק ב, חו"מ, סימן ז, אות ז), כותבים שאפשר לטעון "קים לי" כ"ן.

ב. על סיבה אחרת לפטור שואל חפץ למצווה מאחריות שואל, ראה ליד ציוני הערות 106-109.

ג. הסברים בדעת הר"ן: עדות ביוסף (נתנון), חלק א, דף נג ע"ג, מבאר שבשואל ספר נחשב שאין כל ההנאה לשואל, מפני שהמשאיל נהנה מהמצווה, וגם השואל נהנה רק מהמצווה; אבל אין ללמוד מזה לפטור במקרה שהשואל נהנה את כל מה שהוא יכול ליהנות מהשימוש, והמשאיל נהנה מחיובו באחריות (ראה בשמו במילואים להערה 9).

ד. חידושי הרי"ם, חו"מ, עב, ס"ק יז, הסביר שאף על פי שלא אכפת לשואל שהמשאיל נהנה פרוטה דרב יוסף, מכל מקום נחשב שאין כל ההנאה שלו, מפני שכדי שישב שכל ההנאה שלו, צריך שכל ההנאות שהיו למשאיל יהיו לשואל, שאז הוא נחשב כבעל הנכס הזמני ולכן הוא חייב באונס, אבל כאן יש למשאיל הנאת פרוטה דרב יוסף, והשואל לא יוכל ליהנות הנאה זו, שהרי אסור לו להשאילו לאחר. העיקרון הוא מניח קשה, שהלא גם שואל נכס לשם סוג שימוש אחד בלבד נחשב שואל, כפי שמדגיש מעשה בראשית, מצווה ס, וכפי שמוכח ממה שדנו בשואל נכס להראות בו משום שזה סוג שימוש יוצא דופן (פרק ג, 1), משמע שהשואל לשימוש רגיל אחד חייב באונס, וזאת גם אם שימושים אחרים אסורים עליו, שזה המצב בשואל להראות (כפי שאמרנו במילואים להערה 93). ואולי כוונתו היא, שהחיסרון כאן הוא שהשואל יכול להשתמש בסוג שימוש אחד בלבד, ובסוג השני משתמש המשאיל בו בעת (וזה שונה מספסל שיושבים עליו השואל והמשאיל) — ראה ליד ציון הערה 151 — ששם נחשב שכל ההנאה שלו לגבי חצי הספסל, מפני שאין המשאיל משתמש בכלל בחצי הזה). עוד יש להעיר, שקושייתו אינה קשה כלל לפי הדעה (ליד ציון הערה 157) שגם אם המשאיל מקבל שכר מאדם שלישי והשואל לא נחסר, נחשב שאין כל ההנאה שלו.

ה. ספר יהושע, פסקים וכתבים, סימן צג, כותב ששואל ספר פטור באונס, מפני שהוא עושה מצווה, ואין כל ההנאה שלו. אפשר שכוונתו לסברת הר"ן, אך אפשר שכוונתו לנימוק שלידי ציון הערה 106.

ו. קושיות על הר"ן: שו"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א (דף ב ע"ב), מקשה על סברת הר"ן, הרי יש דעה שהנאת פרוטה דרב

יוסף של רגע אחד אינה נחשבת שכר (שאלה שסביבה יש מחלוקת האם הפרוטה דרב יוסף במשכון היא בגלל מצוות ההלוואה או בגלל מצוות הטיפול במשכון – ראה סעיף 1(ג), ליד ציוני הערות 234-235), וכאן יש פרוטה דרב יוסף רק ברגע ההשאלה, ואילו בשאר הזמן אין המשאל מופטר מלתת צדקה מצד שיש לו מצווה כשהשואל לומד בספר, מפני שאינו עוסק במצווה זו (משום כך הוא נותן נימוק אחר לפרוטת שואל ספר – ראה אות יב) ? שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (צט ע"א), מר"ן שהר"ן סובר שדי בזמן קצר כדי ליצור פרוטה דרב יוסף, אף על פי שאין מצוי שיבוא אז עני. הוא מבאיר דאיה מנדרים לג ע"ב, שגם פרוטה דרב יוסף של זמן קצר נחשבת הנאה (עיין שם להוכחתו). וראה הערה 139 ובמילואים שם, שחסד לאברהם והתומים כותבים שאכן לדעה שהנאת פרוטה דרב יוסף של רגע אחד אינה נחשבת שכר, כאן הוא שואל.

ז. קושייה נוספת: הרי כל משאל עושה מצווה של גמילות חסד, ואם כן לפי הר"ן כל שואל היה צריך להיות שומר שכר? ואמנם יש מצווה מיוחדת בהשאלת ספר, "וצדקתו עומדת לעד" (כתובות נ ע"א), אבל גם בהשאלת כלי אחר יש גמילות חסד? יש תירוץ אחרים לקושייה זו: א) אהבת חסד, חלק א, פרק א, נתיב החסד, אות ז, תירץ, שאף על פי שהמשאל חפץ לעני, זו מצווה גמורה, והוא מרויח שאינו צריך לתת פרוטה לצדקה, אין זה נחשב רווח, שהרי גם עכשו הוא עוסק בנתינת משהו לעני אחר, וזו צדקה וזו צדקה. הוא מסביר שאף על פי שגם השאלת ספר נקראת "צדקה" (כתובות שם), מכל מקום זה לא ממש צדקה אלא זה נקרא "צדקה" כאסמכתא, ולכן נחשב שמרויח בזה שפטר מלתת צדקה ממש. ב) חידושי הר"ם, חו"מ, עב, ס"ק יז, כותב שבאמת סתם השאלה אינה מצווה (ראה סעיף 1(ג)), במילואים להערה 301 ולהערה 303, ולהלן במילואים להערה 150 בשם התומים, שיש בזה מחלוקת, ורק מתן הלוואה הוא מצווה (ראה סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 235), מפני שגוף הכסף נעשה קנייני של הלווה. גם שו"ת דבר יהושע, חלק ב, סימן ט, אות יב, תירץ, שבאמת אין מצווה בהשאלה, והוא מנמק, שאילו הייתה בזה מצווה, היה השואל פטור מאונס כסברת הר"ן, והמשאל היה מפסיד, ולא היה רוצה להשאל. גם פנים יפות, שמות כב, כד, תירץ, שבשאר דברים אין מצווה בהשאלה, ואף על פי שמצווה להלוות, אין מצווה להשאל מפני שהנכס עלול להתקלקל מחמת השימוש. גם בשו"ת אמרי יוסף, חלק א, סימן מז, תירץ שאין מצווה להשאל, ונימק בדומה, שהנכס עלול להינזק וייתכן שלא יהיה לשואל במה לשלם, ודווקא בהלוואה יש מצווה מפני שכנגד החשש האמור יוכל המלווה לקחת משכון, אבל בהשאלה אין זה פיתרון מפני שאם יקח משכון יופטר השואל מטעם "בעליו עמו"; ואף על פי שיוכל להתנות שיתחייב למרות ש"בעליו עמו", זה מועיל רק בקניין (ראה סעיף 14, במילואים בהערה 69), ולא כל אדם יודע הלכות. עוד נימק, שהתורה לא חיבה להשאל, שהרי יוכל להשכיר, ודווקא בהלוואה שאסור להלוות תמורת שכר – שוה"י ריבית – מצווה להלוות בחינם; ואילו ספר מצווה להשאלו אף על פי שיוכל להשכיר, מפני הדרשה בכתובות שם (והוא כותב שהר"ן חולק על תשובות מיימוניות, ספר הפלאה, סימן ב, המובא בט"ז, י"ד, רכ"א, ס"ק מ, האומר שאין חובה להשאל ספר קודש אלא מותר ליטול שכר על כך). ג) שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (ק ע"ד), תירץ, שפרוטה דרב יוסף קיימת רק במצווה גמורה, כמו מצוות הלוואה, השבת אבדה והשאלת ספר, שהעוסק בהן פטור ממצווה אחרת, אבל מצוות גמילות חסד אינה מצווה גמורה ולכן אינה פוטרת ממצווה אחרת, ולכן אין בה פרוטה דרב יוסף. גם אהבת חסד שם תירץ כך, שאינה מצווה גמורה. גם ר"מ וולקוביץ, "בעניין שואל ספרים", קובץ תורני מרכזי ד (אדר תשמ"ה), עמ' מא, תירץ שהשאלה אינה מצווה לענין שנתחיל לפרוטת מלתת צדקה, מפני שגוף הדבר אינו קניי לשואל (בשונה מבהלוואה), וזה סתם גמילות חסד, ודווקא השאלת ספר קודש היא מצווה ממש. ד) אמרי בינה, א"ח, סימן ז (ד"ה והנה), תירץ, שבסתם השאלה, בין לעשיר ובין לעני, במעשה ההשאלה כבר עשה את מצוות גמילות חסד, בזה שמילא את בקשת השואל, וגם אם השואל לא ישתמש בנכס, זה לא יגרע מהמצווה-ההנאה של המשאל (כלומר, שהתוצאה היא שבישמוש, כל ההנאה היא לשואל); אבל בהשאלת ספר, המצווה הנוספת על גמילות חסד, "וצדקתו עומדת לעד", באה על ידי שימוש-לימודו של השואל, כך שהמשאל נהנה משימושו של השואל, ולכן יש לפרוט (כלומר, שגם בשימוש אין כל ההנאה של השואל; אך רח"א מילר הקשה על כך, מדוע ב"השאלתי ואשאלך" אינו שואל, כפי שנראה ליד ציון הערה 122, הרי המשאל אינו נהנה מן השימוש הנוכחי בנכס). בדומה, בשו"ת יריעות שלמה (אולמן), בהשמטות לסימן א (בסוף הספר), מסביר נכד המחבר, שדווקא בשואל ספר, אין כל ההנאה שלו, מפני שהמשאל נהנה מזה שהשואל משתמש בו בלימודו, אך בשואל חפץ אחר, המשאל נהנה רק ממצוות ההשאלה, ולא משימוש השואל (אך אפשר שהוא מתכוון להסבר של יריעות שלמה שנביא להלן, שהנאת המצווה כאן אינה פרוטה דרב יוסף). ה) אמרי בינה תירץ עוד, שגזרת הכתוב היא שלא להתחשב בפרוטה דרב יוסף שנוצרת על ידי גמילות חסד שיש בכל השאלת נכס, משום שאם נתחשב בזה לא יישאר דין שואל כלל; ומתחשבים בפרוטה דרב יוסף רק כשיש מצווה נוספת, כמו בספר. אך חסד לאברהם שם דוחה הסבר זה, שאם כן נלמד מגזרת הכתוב הזאת שלא להתחשב בפרוטה דרבי יוסף אף בשומר אבדה, ולא יחשב שומר שכר. ו) שו"ת בן פורת, חלק ב, סימן ג, אות א (ג ע"א), מר"ן, שהר"ן סובר שמצוות גמילות חסד אינה פוטרת מלתת צדקה, מפני שמצוות צדקה חשובה יותר, שהרי היא מוטלת גם על נכרי, מה שאינו כן בגמילות חסד (עיין שם בהוכחתו לכך), ולכן בסתם השאלה אין פרוטה דרב יוסף, ודווקא בהשאלת ספר יש פרוטה דרב יוסף מפני שהיא פוטרת מלתת צדקה, אף על פי שגם היא אינה מוטלת על נכרי, מפני שהתלמוד קורא למצווה זו "צדקה", ולכן היא פוטרת מלתת צדקה רגילה. אך הוא כותב שזה רק תירוץ דחוק ליישב את דעת הר"ן, אבל באמת דברי הר"ן תמוהים מפני הקושי הזה. צריך להוסיף, שהתירוץ הללו מסבירים גם מדוע מתחשבים בפרוטה דרב יוסף בטלית ובשופר, כאמור בפנים – מפני שגם בהשאלתם יש מצווה מעבר לגמילות חסד.

ח. שו"ת משפטים ישרים (בירדגו), חלק א, סימן רסו, הסיק מכוח קושייה זו שפרוטה דרב יוסף אינה מוציאה שואל מגדר "כל ההנאה שלו", ולכן הוא נשאר בספק האם לפטור כ"ן. פרי ביכורים, על ספר המצוות לרמב"ם, עשה רמג, ובית יעקב (מסקין), סימן נג, מתרצים קושייה זו, ואין תירוץיהם מובנים.

ט. אהבת חסד שם (בסופו) הקשה על הר"ן, הרי מצוי שערך הספר נפחת מעט מחמת השימוש, ונמצא שמה שהרויח בפרוטה דרב יוסף מקוּוּז על ידי הפסד זה?

י. קצות החושן, עב, ס"ק לד, הקשה על הר"ן מהאמור בקידושין מז ע"ב, שלווה חייב באונס בקל וחומר משואל, והרי בלווה יש לפטור מפני שלמלווה יש פרוטה דרב יוסף, שכן עשה מצווה? שו"ת דבר יהושע, חלק ב, סימן ט, אות יא, תירץ, שבקידושין שם מדובר בהלוואה שאין בה מצווה, כגון לווה עשיר, שבה לא הופטר המלווה מלתת פרוטה לצדקה.

יא. שואל ספר שהשאל אותו לאחר: טבעת החושן, שמב, על קצות החושן, ס"ק א, כותב שאם שואל ספר השאל אותו לאדם אחר, השני חייב באונס גם לפי הר"ן, מפני שלגבי השני אין בעל הספר עושה מצווה, שהרי לא השאל לו, ולכן השני חייב לשלם לבעל הספר אם קרה אונס, כפי שפסק שו"ע, חו"מ, שמב, א, וזאת לפי הכלל (סעיף 7, פרק ד, 3), ששומר משנה משלם לבעל

מילואים לסעיף 1(ד)

הנכס. אך שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן קעה, מסופק בשומר ספר (הוא נוקט מקרה שהספר הוא משכון ביד מלווה) שהשאליו לאחר, האם נאמר שמאחר שאין לשומר רשות להשאיל, ואינו עושה מצווה בהשאלה, נחשב שכל ההנאה של השואל, והייב השואל באונס גם לר"ן; או שמא הוא פטור מאונס מכיוון ששומר משנה חייב כלפי בעל הנכס, ובעל הנכס עשה מצווה בזה שהלה לומד בספרו. הוא מעלה אפשרות שאין אומרים שחייבו הוא כלפי בעל הספר, מפני שבוה נגרע כוחו של בעל הספר, בכך שיופטר השואל מאונס, והר"ן ששומר משנה חייב כלפי בעל הנכס נועד רק לטובת בעל הנכס.

יב. נימוקים לפטור שואל ספר באונס, הדומים לנימוק של הר"ן: שו"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א (דף ב ע"ב), כתב שנחשב שאין כל ההנאה שלו, מפני שהמשאל נהנה משכר המצווה בעולם הבא, והכלל ש"מצוות לאו ליהנות ניתנו" אומר רק שמותר לקיים מצווה באמצעות חפץ שאסור בהנאה, מפני שאינו נהנה מגוף החפץ האסור אלא רק נגרמת לו הנאה מהחפץ, בשכר בעולם הבא, אך לעניין שואל גם הנאה זו למשאל מוציאה את השואל מגדר "כל ההנאה שלו" (הוא כותב כאילו זאת כוונת הר"ן, אך זה קשה, שהרי הר"ן נוקט פרוטה דרב יוסף). בדף ד ע"ד נימק בדרך אחרת: שהר"ן פטר משום שהמשאל עושה מצווה כל זמן שהשואל לומד בספר, ונמצא שכשהשואל משתמש, הוא עושה את צורכו של המשאל, כאילו לומד בשביל המשאל. אך מדבריו שם משמע שמדובר רק במשאל שמדקדק במצוות, ששכר זה אכן חשוב לו, שהרי הוא מביא על כך את דברי סמ"ע, שפ"ק א, שהר"ן שהחוטף מצווה מחברו חייב לשלם עשרה זהובים חל רק אם האיש שנחטפה ממנו המצווה הוא מדקדק במצוות.

יג. יריעות שלמה שם, בהערות בני ישראל, אות ב, כותב טעם אחר לפטור שואל ספר באונס: ספר מיועד לשני שימושים, לימוד עצמי והשאלה לאחרים ללמוד בו, שהרי מצווה להשאיל ספרים לאחרים, ואף ערך הספר עולה קצת בגלל האפשרות לקיים את מצוות ההשאלה לאחרים; ואילו שואל זה אינו יכול להשאיל לאחר, ויש לו רק הנאת הלימוד העצמי, וההנאה האחרת נשארת למשאל, ולכן אין כל ההנאה שלו, ופטור באונס (הוא כותב כאילו הר"ן התכוון לכך, אך קשה לפי זה מדוע הזכיר הר"ן פרוטה דרב יוסף). גם עליו קשה מה שהקשינו על חידושי הר"ם לעיל אות ז, וצריך לתרץ מה שתיירצנו שם.

יד. מקרה נוסף שהר"ן יפטור: חידושי ר"ע איגר, א"ח, יד, ד (חסר בחלק מן המהדורות), כותב על פי דברי הר"ן, שכן שהשאל נכס לאביו, האב פטור מאונס, כיוון שהבן קיים בהשאלה מצוות כיבוד אב, ובוה נהנה פרוטה דרב יוסף בעת ההשאלה, ואם כך אין כל ההנאה לאב השואל. מכאן הוא כותב, ששו"ת מהר"ק, שורש קלא, חולק על סברת הר"ן, שהרי כתב שכן שהלך בשליחות אביו, נחשב אביו שואל על גופו (ראה על כך בסעיף 1א), הערה 327), וחייב באונס. כמו כן, שו"ת בן פורת, חלק ב, סימן ג, אות א (ג ע"ד), כותב שאין לפטור במקרה זה משום פרוטה דרב יוסף, מפני שבכל זאת רוב ההנאה היא לשואל, שכן הנאת המשאל היא רק גרמת הנאה (ומטעם זה הוא חולק על הר"ן גם לעניין שואל ספר — ראה בשמו במילואים להערה 141). ר"י פרייל, בשו"ת המאור, סימן טו, כותב שיש לפטור את האב לגמרי, מפני שהוא יכול לומר "קיים לי" כדעה שכן חייב לכבד את אביו ממוטנו שלו (יש בוה מחלוקת בקידושין לב ע"א), שלפי דעה זו הבן היה מחויב להשאיל לאביו, ובוודאי אין לחייב את האב בנזק (ולפי ר"ע איגר, פטור רק באונס). אך ר"מ פרייל, שם, סימן ע, דוחה סברה זו, שהרי רוב הפוסקים פסקו שאין הבן חייב לכבדו ממנו עצמו (שו"ע, י"ד, רמ, ה), וגם לדעה שחייב, זה רק מצווה על הבן, ולא שיש לאב זכות תביעה מן הבן, שיוכל ליטול מנכסיו.

טו. על שואל ספר עיין שו"ת שמחת יהודה, סימן קח; מטה שמעון, עב, הגהות בית יוסף, אות נא; אבני החושן, שם, ס"ק ד; גידולי שמואל, ב"מ פא (ד"ה ת"ר); בית שלמה (אבעל), שער י, דף פא ע"א; אור עזרא, קובץ ב, סימן א (שמספק אינו שואל); ציון יעקב (סופר), על מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ג; שו"ת ארץ צבי (ידיד), ח"מ, סימן א (עמ' תקנד); מגן גיבורים, א"ח, יד, ס"ק ה; משמרת חיים, חלק ב, עמ' קמט; מעשה בצלאל, על פסקי רקנט, סימן שצו; אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן עד; מוריה, תמוז תשנ"ח; קובץ בית אברהם, חלק ג (תשנ"א); שו"ת דברי בינה, ח"מ, סימן ט; וצורר החיים (קליין), דף פ ע"ד — פא ע"א.

להערה 136

א. הוראות שעה שם הוסיף שאם שאל טלית שלא בזמן חיוב ציצית (כגון בלילה), חייב באונס, מפני שלא שאל אותה למצווה אלא לכבוד.

ב. ישועות יעקב, א"ח, יד, ס"ק ז, כותב שגם לפי הר"ן, אם שאל טלית לצורך לבישה, וממילא מקיים מצווה, חייב באונס מפני שכל ההנאה היא של השואל.

ג. סיבה אחרת אפשרית לפטור שואל טלית — ראה במילואים להערה 107. ראה גם סעיף 1א), במילואים להערה 389, שמאחר ששואל טלית (או אתרוג ביום ראשון של חג הסוכות), מתכוון לקנותו במתנה על מנת להחזיר, שאם לא כן אינו מקיים את המצווה, יש אומרים שאין דינו כלל כשואל אלא כמקבל מתנה על מנת להחזיר, שפטור מאונס; ואחרים אומרים שלעניין זה דינו כשואל שחייב באונס (ולוא הנימוק של פרוטה דרב יוסף), מפני שיש להניח שלעניין זה המשאל התכוון שחשב שואל.

ד. לכאורה קשה, הרי הטלית ניתנת במתנה על מנת להחזיר, כאמור, ואם כן, אם נאנס, מתבטלת המתנה למפרע (שהרי המתנה הייתה מותנית בכך שיחזיר), ונמצא שלא קיים את המצווה, וממילא גם המשאל לא קיים מצווה בהשאלה, ומדוע יש לו פרוטה דרב יוסף? ר"ע איגר שם מסביר: א) מכל מקום, בזמן ההשאלה היה פטור מלתת צדקה מפני שהיה עתיד לקיים מצווה על ידי זה, ולכן הרוויח פרוטה דרב יוסף. ב) השואל יוכל להחזיר את דמי הטלית, ובוה יתקיים התנאי (ראה סעיף 1א), במילואים להערה 392), ונמצא שקיים את המצווה, וגם אם לא יעשה זאת השואל, אין המשאל אשם, ועדיין נחשב שהמשאל עשה מצווה בהשאלתו. ה. בית יעקב (מסקין), סימן נג, כותב שהר"ן יפטור מאותה סיבה גם שואל תפילין, כמו שואל ספר, טלית ואתרוג. תורת ש"י שם כותב שמתעם זה גם שואל טבעת לקדש בה אשה — פטור מאונס.

ו. דעה חולקת: אמרי בינה, א"ח, סימן ז, כותב ששואל טלית שונה משואל ספר, משום שהשואל היה פטור ממצוות ציצית כל זמן שלא היה לו בגד, ואם כן לא הייתה מצווה להשאיל לו (מלבד מצוות גמילות חסד, שהיא אינה נחשבת לעניין זה — ראה במילואים להערה 134). כנגדו, רח"א מילר סבור שמצווה להשאיל לו כדי שקיים את המצווה הקיומית של לבישת ציצית, שהרי נענשים על אי קיומה בעידנא דריתחא (מנחות מא ע"א).

ז. לקח בלי ידיעת הבעלים: שו"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א (דף ג ע"ב), כותב שאף הר"ן מחייב באונס שואל ספר שלא מדעת בעליו, מפני שאין פרוטה דרב יוסף, שהרי למעשה לא היה המשאל יכול ליהנות מהפטור מנתינת צדקה כיוון שלא ידע שהוא פטור, שכן לא ידע שהלה לקח אותו. הוא מוסיף, שגם אינו נהנה משכר המצווה בעולם הבא (ראה בשמו במילואים להערה 134, אות ב),

מילואים לסעיף 1(ד)

כיוון שלא ידע על שטר זה (אך נקודה שנייה זו אינה מובנת, שהרי סוף כל סוף הוא נהנה אחר כך בזמן שנודע לו על השימוש, ויודע שיקבל שטר בעולם הבא). גם שו"ת טל אורות (אבן ג'ויא), סימן א (הובא בכף החיים, או"ח, יד, ס"ק יח, ובפתחי עולם, או"ח, יד, ס"ק יב), כותב שהלוקח טלית או אתרוג של חברו בלי ידיעתו, למצווה, שזה מותר (שו"ע, או"ח, יד, ד), והתקלקלו באונס בשעת עשיית המצווה, פטור משלם, מפני שאומרים "נוח לאדם שתעשה מצווה בממונו" גם אם ממש יפסיד ממון בו; אבל אם התקלקלו אחרי עשיית המצווה, חייב, מפני שעל זמן זה לא "נוח לו". אך הוא מביא את הדין, שהשואל בגד והלך לבקר את אביו החולה, וראי לקרעו אם מת אביו, אך חייב לשלם על הנזק (שו"ע, יו"ד, שמ, לז), והסביר שאף על פי שזו מצווה, לא נוח לבעל הגד להפסיד ממון על ידי המצווה. כנראה, שם יש יותר סיבה לחייב, מפני שהיוק לבגד כמעשה מכוון, ועוד, שהיה ברור שהנזק יקרה, שלא כשואל טלית או אתרוג, שיש רק סיכון חלקי שיקרה נזק, ובעל הנכס מוכן לקחת את הסיכון.

להערה 139

א. חסד לאברהם (צח ע"ב) כותב שמי שמוספק האם מתחשבים בפרוטה דרב יוסף בשומר אבדה (ראה סעיף 1(ג)), במילואים להערה 238, יסבור כאן שהשואל פטור מאונס (כמו הר"ן) מספק, שמה מתחשבים בפרוטה דרב יוסף והוא רק שומר שטר; אלא שאם השואל נתן למשאל משכונן על ההשאלה וקרה אונס, לדעה היא פטור המשאל מלהחזיר לו, מספק, ולר"ן חייב החזיר לו.
ב. ש"ך שם (הובא בשו"ת חוק ומשפט, סימן תנו, ובשו"ת חלקת יעקב, חלק ד, סימן כב), ותומים, עב, ס"ק יח, כותבים שהדין בספק ולכן אם המשאל מחזק, הוא יכול לטעון "קיים לי" כדעה שאין מתחשבים בפרוטה דרב יוסף, שלפיו חייב כאן באונס.
ג. התומים שם כותב, שגם לפי הפוסקים המתחשבים בפרוטה דרב יוסף, הרי לפי הדעה בסעיף 1(ג), ליד ציון הערה 234, שפרוטה דרב יוסף במשכונן היא בגלל מצוות הטיפול, ולא די בפרוטה דרב יוסף שמחמת מצוות ההלוואה, מפני שזה זמן קצר, אף כאן פרוטה דרב יוסף שבשעת ההשאלה אינה גורעת ממנו גדר שואל, מפני שזה זמן קצר. דבריו מקבילים לדברי חסד לאברהם (בהערה), בדעת תוספות כשבועות, שאין מתחשבים בפרוטה דרב יוסף אם זה לזמן קצר. גם טבעות זהב, על קצות החושן, שמב, ס"ק א, כתב שאין הנאת המשאל שווה פרוטה מכיוון שהוא עוסק במצווה רק ברגע ההשאלה, ובשאר הזמן, אף על פי שמקיים מצווה מפני שהשואל לומד בספר, מכל מקום אינו עוסק בה ואינו מופטר מנתינת צדקה. וראה עוד במילואים להערה 134, אות ו, על נקודה זו.

ד. דעה חולקת על האמור בפנים: קצות החושן, עב, ס"ק לד (הובא באמרי בינה, או"ח, סימן ז), כותב שרק לגבי שומר שטר לא התחשבה הדעה ההיא בהנאה זו, מפני שלדעתה אין הנאה זו שווה פרוטה, ובשומר שטר צריך שטר שווה פרוטה (ראה סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 6; ואילו לענין שואל, די שבעל הנכס יתנה בפחות משווה פרוטה כדי שהשואל יופטר (ראה ליד ציון הערה 117).

להערה 140

גם אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן עד, כותב שמהר"ם, הראב"ן, והרשב"א מחייבים שואל ספר באונס, משום שלדעתם הנאה שאינה באה מן השואל אינה גורעת מהגדרת "כל ההנאה שלו". ר"מ מרגליות השיב על נימוק זה, שהר"ן סובר שאין משנה ממי באה ההנאה, כמו ששומר נחשב שומר שטר בגלל פרוטה דרב יוסף אף על פי שאינה באה מבעל הנכס. אך ראה סעיף 1(ג), במילואים להערה 103, שיש אומרים ששומר אבדה נחשב שמקבל את פרוטה דרב יוסף מבעל האבדה. וראה להלן ליד ציוני הערות 156 ו-157, על מקרה שהמשאל מקבל תמורה מאדם אחר ולא מהשואל.

להערה 141

א. ר"ח מילר הדגיש שהנקודה השנייה של נתיבות המשפט אינה כסברת חסד לאברהם, בהערה 139, שפרוטה דרב יוסף אינה חשובה מפני שהוא פטור מצדקה רק לזמן קצר, אלא ההנאה חשובה ומכל מקום אינה נחשבת תמורה, מפני שהנאה שיש למשאל רק ברגע הראשון, אינה נחשבת הנאה לענין העיקרון "כל ההנאה שלו". לכאורה קשה, שלפי זה היינו צריכים לומר ששוכר ששילם דמי שכירות מראש יחשב שואל, מפני שלבעל הנכס יש הנאה רק ברגע הראשון? נראה שההבדל בין המקרים הוא, ששם יש לבעל הנכס הנאה מכל משך השימוש, שכן אילו הייתה התקופה יותר קצרה היה מקבל פחות דמי שכירות, ולכן בכל התקופה אינו שואל (וכך הוא לגבי שאר ההנאות שנמנות בפרק ד, 2). לעומת זאת, פרוטה דרב יוסף זו הייתה מגיעה למשאל גם אילו השאל רק לעשר דקות, לדוגמה, ונמצא שאין לו שום הנאה משאר משך השאלה. עוד אפשר להסביר, שאם השואל נותן שטר במפורש עבור השימוש, הוא נעשה שוכר גם אם השכר ניתן לפני כן, אבל כאן זהו שטר שאינו מפורש, ולכן אין מתחשבים בו אם הייתה רק בתחילת השאלה.
ב. נימוקים נוספים לחייב מפני שאין פרוטה דרב יוסף: מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ג, כתב שאין פרוטה דרב יוסף, מפני שהמשאל אינו עושה מצווה בזמן השאלת הספר, ורק בזמן שהשואל לומד יש למשאל מצווה, ואז אין המשאל פטור מלתת צדקה, מפני שאינו עוסק במצווה. השיב על כך שו"ת בגדי ישע, חו"מ, סימן ה (הובא בשו"ת יביע אומר, חלק ב, חו"מ, סימן ז, אות ו), שהוא עושה מצווה בעצם ההשאלה, כמו שהמשאל בגד לפני להתכסות בו עושה מצווה באותו רגע, ולא רק בזמן שהעני מתכסה בו. גם שו"ת מעשה אברהם, יו"ד, סימן נ (קח ע"ד), השיב על טענת מחנה אפרים, שיש התחלת מצווה בזמן ההשאלה, ועוד, שעצם השאלת הספר היא מצווה, כאמור בכתובות נ ע"א. גם מנחה חדשה, מצווה ס, אות ב, השיב על טענת מחנה אפרים על פי דברי התלמוד שם. בית יעקב (מסקין), סימן נג, משיב על טענת מחנה אפרים, על פי הראב"ד הפטור מלווה מלתת צדקה כל זמן שהמשכונן בידו גם בשעה שאינו עוסק בו (משום שהוא עושה מצווה בכך שאינו מוכר את המשכונן — ראה סעיף 1(ג)), במילואים להערה 235, ואף כאן, המשאל פטור מלתת צדקה כל זמן שהספר מושאל, גם בשעה שהשואל אינו לומד בו; והוא מביא מקורות נוספים שפוטרים גם בשעה שאינו עוסק במצווה ממש (אך דבריו קשים, שהרי בשונה ממשכונן, המשאל אינו עושה מצווה בכל רגע שאינו דורש את הספר חזרה, שכן אין לו זכות לפרשו לפני סוף הזמן שקבעו). עוד תירץ, שמכוננות שם מוכח שיש מצווה בשעת ההשאלה. רוב דגן (הלוי), שמ, א (רכז ע"א-ע"ג), השיב על טענת מחנה אפרים, שגם בשעת ההשאלה הוא עוסק במצווה, מפני שבזה גורם שחברו יקרא בו, אף על פי שזה רק "מכשירי מצווה", כמו שכותבי סת"מ ותגריהם פטורים ממצוות מפני שנחשבים עוסקים במצווה (רמ"א, או"ח, לח, ח), בכך שהם מביאים את המצוות למי שצריך לעשותן. ר"מ וולקוביץ, "בענין שואל ספרים", קובץ תורני מרכזי

מילואים לסעיף 1(ד)

ד (אדר תשמ"ה), עמ' מא, משיב על מחנה אפרים, שבאמת המצווה היא בשעת ההשאלה (עיין שם, שדוהא את הוכחת מחנה אפרים שהמצווה היא רק בשעת הלימוד).

ג. שו"ת יביע אומר, חלק ב, חו"מ, סימן ז, אות ו, משיב על סברת הר"ן, שבאמת אינו פטור מלכת צדקה, אף על פי שמצוות השאלת ספר ללמוד כוללת מצוות לימוד תורה ומצוות גמילות חסד, הרי כל אחת בפני עצמה אינה פוטרת מלכת צדקה. לגבי לימוד תורה — הרי אפילו הלומד עצמו צריך לתת צדקה, מפני שאינו נחשב עוסק במצווה (לפי שו"ת חיים שאל, חלק ב, סימן לח, אות ה); ולגבי מצוות גמילות חסד, הרי מותר ליטול שכר על מצוות גמילות חסד, ונתיבות המשפט, עב, ס"ק יט, כתב שמצווה שיותר ליטול עליה שכר אינה פוטרת מצווה אחרת (ראה סעיף 1(ג), הערה 110). עוד השיב על הר"ן, שגמילות חסד היא מצווה דרבנן, על פי סנהדרין ע"ב, והעוסק בה אינו פטור מצדקה שהיא מצווה דאורייתא. על טענתו הראשונה אפשר להשיב, שמאחר שיש כאן צירוף של שתי מצוות, העוסק פטור ממצווה אחרת; ועוד, שצירוף זה יוצר מצווה חדשה, שעליה נאמר "וצדקתו עומדת לעד" (כתובות שם), ולכן הוא פטור ממצווה אחרת.

ד. נימוקים לחייב אף על פי שיש פרוטה דרב יוסף: אור שמח, על הרמב"ם, הלכות שאילה, א, א, וחידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ צח ע"ב, כותב שכאן דינו כשואל (והסביר שהר"ן שכתב שאינו כשואל, עוסק במקרה שנתן משכון — ראה הערה 150), מפני שמה שהמשאל נהנה פרוטה דרב יוסף הוא רק "מברית ארי", שהשואל מנע ממנו נזק (שלא יצטרך לתת צדקה לעני), ואין זו נחשבת הנאה (אך יש להעיר, שאם השואל שומר נכס אחר של המשאל בתמורה לשאילה, הוא יוצא מגדר שואל, כפי שראינו ליד ציון הערה 125, אף על פי ששמירה היא רק מניעת נזק; וראה דיון דומה לענין שומר שכר, בסעיף 1(ג), הערה 89).

ה. בחידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ צו ע"ב, כתב שאין נראים דברי הר"ן, מפני שאין אנשים מתייחסים להנאה זו כבעלת ערך ממוני. ו. רי"מ מרגליות (הערה 140) דוחה את דברי הר"ן, משום שלענין "כל ההנאה שלו" די שהנאת השימוש תהיה בלעדית של השואל, ואין זה משנה אם יש למשאל הנאה אחרת מהנכס (ראה בשמו במילואים להערה 120).

ז. העורך בהפרדס נהג יו, חוב' ה, עמ' 23, דוחה את דעת הר"ן בטענה שרק כשיש למשאל הנאה מגוף הנכס, פטור השואל באונס, משום שאז אין נחשב שהשואל קנה את הנכס, שזוהו הבסיס לחיוב שואל באונס (ראה בשמו בסעיף 2(ג), במילואים להערה 10; וראה לעיל במילואים להערה 97, מקום אחר שפוטרים שואל מפני שבעלותו בנכס נפגמת), ואילו כשיש למשאל הנאה צדדית אין זה פוגם בקניין השואל בנכס, ולכן הוא חייב עדיין באונס.

ח. חכמת שלמה, חו"מ, עב, ד, נשאר ב"צריך עיון" על דברי הר"ן, משום שבב"מ צד ע"ב מוכח ששואל בהמה חייב באונס אף על פי שהוא שומר עליה ומאכיל אותה (ראה ליד ציון הערה 153), משום שרוב ההנאה שלו, ומכאן שגם אם יש למשאל קצת הנאה, עדיין חייב השואל באונס. גם מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ג (והסכים עמו רוב דגן, הלוי, שמ, א, דף רכז ע"ב); שו"ת בן פורת, חלק ב, סימן ג, אות א (ג ע"א); מנחת פיתים, חו"מ, שמ, א; ורי"י פרייל, בשו"ת המאור, סימן טו, הקשו בב"מ שם על הר"ן. גם שו"ת בגדי ישע, חו"מ, סימן ה, הסביר שרשב"א ומרדכי (שצוינו בהערה 139) שמוכח מדבריהם שמחייבים שואל ספר באונס, סוכרים על פי ב"מ שם שדי שיהיה רוב ההנאה שלו. גם פרי אליהו, חלק א, סימן ט, אותיות יז, כותב שמהר"ם והשולחן ערוך מחייבים כאן מפני ששואל חייב באונס גם אם אין כל ההנאה שלו, על פי ב"מ שם.

ט. כנגד זה, שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן קעה, מיישב את הר"ן, שבב"מ שם מדובר ששאר ההנאה אינה הולכת למשאל (רח"א מילר הסביר שהוא מתכוון לנימוק שלידי ציון הערה 154, שהשואל מאכיל אותה לטובת עצמו, כדי שיוכל להשתמש בה). מה שאינו כן כאן, שהיא הולכת למשאל. שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (ק ע"ג), מיישב, שמה שהתלמוד אומר שדי שיהיה רוב ההנאה שלו, מתייחס רק למתן מזונות לבהמה, אבל במקרים אחרים אם יש קצת הנאה למשאל, השואל פטור מאונס, מפני שחיוב שואל באונס נאמר בתורה על סתם שואל, וסתם שואל כל ההנאה שלו, חוץ משואל בהמה שנתן מזונות, ולכן כשהמשאל נהנה קצת זה שונה מסתם שואל, ולכן פטור מאונס. חידושי הר"ם, חו"מ, עב, ס"ק יז, מיישב, שדווקא שם נחשב שואל מפני שהמשאל אינו נהנה, מפני שמה שאינו צריך לתת מזונות הוא מפני שאינו משתמש בה, והרי היה יכול לקטור וגם אז לא היה צריך לתת מזונות (ראה בשמו ליד ציון הערה 121), ומה שהתלמוד קרא לזה "רוב ההנאה שלו" הוא מפני שהשואל חסר, וכנגד זה אמרו שדי שיהיה רוב ההנאה שלו; מה שאינו כן כאן שהמשאל נהנה פרוטה דרב יוסף, לכן השואל כמו שזכר, מפני שהוא נתן למשאל שכר עבור השימוש. ר"מ וולקוביץ, "בענין שואל ספרים", קובץ תורני מרכזי ד (אדר תשמ"ה), עמ' מג, מביא שחידושי ר' מאיר שמחה הסביר, ששם חייב באונס מפני שבעל הבהמה לא נהנה מזה שהשואל נתן לה מזונות, מפני שהבהמה כאילו שייכת לשואל למשך השמירה, וכאילו נתן מזונות לבהמה שלו (ראה בשמו בהערה 154), אבל בשואל ספר, המשאל נהנה פרוטה דרב יוסף, והרי זה כאילו נתן מזונות למשאל.

י. לענין "רוב ההנאה שלו" ראה גם במילואים להערה 66 בשם יד רמה, להערה 83, בשם ר"א פריחא, להערה 85, אות ח, להערה 117, בשם מנחת פיתים, להערה 120, אות ז, להערה 128 בשם בן פורת ואמרי יושר, ולהערה 154 בשם פתחי שערים.

יא. חידושי הר"ם, חו"מ, עב, ס"ק יז, אומר בהסברו האחרון (ד"ה עוד י"ל דהא), שבאמת שואל ספר נחשב שואל מפני שמה שהמשאל נהנה פרוטה דרב יוסף הוא נהנה בשעת ההשאלה שאז הנכס עדיין ברשותו, ומה שהר"ן פטר הוא דווקא אם נטל משכון על הספר (ראה בשמו במילואים להערה 150).

יב. דעות המחייבות שואל ספר, מלבד אלו שנמנו בהערה 139: במילואים להערה 29 הבאנו מקורות האומרים במקרה מסוים שהשואל ספר קודש חייב באונס, וזה שלא כר"ן. וראה במילואים להערה 160, ששאלות משה אומר שהרמב"ם והרא"ש חולקים על הר"ן. וראה במילואים להערה 134, אות יד, שר"ע איגר אומר שמהרי"ק חולק על הר"ן. שו"ת מהר"ם חלאה, סימן קלד (=שו"ת הריב"ש המיוחסת [החדשות]), סימן ב), כותב ששואל ספר חייב באונס אף שהוא עושה מצווה.

יג. ראש יוסף, חו"מ, עב, כח, מצייץ שהוא לא ראה את תשובת הר"ן בפנים (ולכן לא ידע שטעמו משום פרוטה דרב יוסף), והוא לומד מהאופן שהר"ן מצוטט בבית יוסף, שהר"ן מחייב שואל ספר באונס.

יד. נתיבות המשפט, שמ, ס"ק ו, כותב ששואל ספר פטור מפני שזו מצווה. רח"א מילר הסביר שהוא מתכוון לומר שיש אומרים כן (אף שנתיות המשפט חולק עליהם) ואפשר להשתמש בדבריהם כנימוק מצטרף.

מילואים לסעיף 1(ד)

טו. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן צט, מביא שר' מגלי ולדמן כותב, ש"כולם" חלקו על הר"ן.
טז. שואל ומשיב שם מביא שר' מגלי ולדמן כותב שאף הר"ן יסכים לחייב במקרה שראובן מכר לשמעון ספר, וביקש ראובן שישהנו אצלו זמן מסוים לצורך לימוד — שהרי כאן שמעון המשאל-הקונה לא עשה מצווה בהשאלתו, אלא עשה זאת לטובת עצמו, מפני שאילו לא הסכים לכך לא היה ראובן מסכים למכרו לו. המשיב לא דן מצד נקודה זו, אלא אומר שאין דינו כשואל, אלא זהו מכר עם שיוור זכות למוכר להשתמש בו, כלומר, לעניין שימוש זה שלו (על מכירה תוך שיוור זכות למוכר, עיין דברי רז"נ גולדברג צמיונו במילואים להערה 41, אות 1), ולכן פטור מאונס (על כך ראה בשמו בסעיף 1(א), במילואים להערה 378). לכאורה, לפי הבנת ר' מגלי ולדמן, שהוא נחשב שואל, יש לפטור מאונס משום שאין כל ההנאה שלו, שהרי המשאל השאילו לו תמורת הסכמתו למכרו לו. אך ייתכן שמאחר שהמוכר מקבל תמורה על המכירה, זה עדיין נחשב "כל ההנאה שלו", כדברי משובב נתיבות (ליד ציון הערה 163) על שואל שנתן למשאל שכר שמירה על נכס אחר — שאין זה גורע מ"כל הנאה שלו" על נכס זה.

להערה 145

א. אך אם לא הסכים השואל בפירוש לקבל את הנכס בלי דמי שכירות, הוא בגדר שוכר גם אם המשאל יותר בפירוש על השכר, מפני שאי אפשר לחייב אדם באונס בלי רצונו. כך כתב שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שפח, לגבי שותף שהשאל את בהמתו לשותפות, להרכיב עליה סחורה של השותפות, שהוא זכאי ליטול שכר משותפו, מפני ששותף הוא כיורד ברשות, שמקבל שכר, והמשאל יותר על השכר.

ב. אגב, גם בסימן יג שם (דף צו ע"ג) כתב חסד לאברהם שקיים דין שואל גם אם לא נקטו לשון "שאלה", אלא השואל אמר "תן לי" ואמר המשאל שאינו רוצה דמי שכירות.

ג. דוגמאות נוספות לתמורה: נימוקי יוסף, ב"ב מד ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שמוכר יין שהשתמש למידתו לקונה בכלי מידה של המתווך, ונשבר כלי המידה, חייבים (המוכר והקונה) אם נשבר שלא באונס. נראה שלדעתו אין להם דין שואל, משום שהמתווך נהנה מן העניין שהרי הוא מקבל שכר תיווך, ואין כל ההנאה של המוכר.

ד. אור שמח, על הרמב"ם, הלכות אישות, יב, ד, מבאר שהספק בב"מ צו ע"ב, באשה ששאלה נכס ונישאת, האם הבעל שוכר או שואל, הוא האם כל ההנאה שלו מפני שמקבל את פירות נכסיה, או שמא אין כל ההנאה שלו מפני שהוא חייב כנגד זכות זו לפדותה אם תישקב. מכאן הוא כותב, שאלמנה הנישאת באיסור לכהן גדול, וכיוצא בזה, לדעה שאינו חייב בפדינה (כתובות נב ע"א), פשוט שהוא שואל. אלא שמסקנת התלמוד שם היא שהוא אינו לא שוכר ולא שואל אלא קונה — ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 191.

ה. שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן קטו, כתב שכלה היא שומרת שכר על הסבלנות שנותנים לה, למקרה שמתבטל השידוך (ראה בשמו, בסעיף 1(ג), במילואים להערה 403). והסביר, שאינה שואלת בזה שמתפארת בהם, מפני שאין כל ההנאה שלה, מפני שגם החתן נהנה, שמתפאר בזה שנתן לה (ראה הערה 90). רז"נ גולדברג הסביר שאינה שואלת, מפני שמה שהיא ארוסתו הוא שכר השימוש. צריך לומר, שאף על פי שבסוף התברר שהשידוך מתבטל, מכל מקום הוא נהנה מזה שהייתה ארוסתו באותו זמן; או, שגם ספק הנאה היא הנאה לעניין זה, להוציא מגדר שואל. אגב, זו שאלה שראויה להתייחסות כוללת — האם השואל יוצא מגדר שואל כשהמשאל מצפה לתמורה שספק אם תבוא. לעניין שומר שכר, שכר מסופק הוא שכר — ראה סעיף 1(ג), ליד ציון הערה 17.

ו. מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יט, כותב (על פי ירושלמי, ב"מ ח, ב, הובא בבית יוסף, חו"מ, שגמ, א), על מי ששאל פרה היום ושכר אותה למחר, והפרה לנה בביתו בלילה, שאם נהוג שפרות שאולות לנות אצל בעליהן, ומי ששואל ביום מחזיר בלילה, אם כן בזה שהפרה לנה אצלו בלילה (בזכות זה שהוא שוכר אותה למחר) הרוויח בזה שאינו צריך ללכת מחר ולהביאה שוב, ולכן הוא שואל בלילה; ואם נהוג שלא להחזיר פרות בלילה, אם כן לא הרוויח מזה שלא החזיר אותה, שהרי בלאו הכי הייתה לנה אצלו, ולכן אינו כשואל בלילה; וכך פירש גם בהלכות שאילה, סימן ז.

ז. פרי אליהו, חלק א, סימן סט, אות ז, כותב שאם נכנס בתורת שאילה, גם אם אחר כך נתן כסף למשאל, הוא חייב כשואל, ואם נכנס בתורת שוכר, גם אם כל ההנאה שלו, פטור מאונס. כלומר, תלוי אם בשעת המסירה התכוון לתת תמורה.

להערה 147

ראש יוסף, חו"מ, עב, כז, כותב שאם קיבל המשאל רשות שימוש במשכון, שניהם שומרי שכר כדין "השאלני ואשאלך"; אלא שאם אמר המשאל שישלם לו שכר על השימוש במשכון, נחשב שלא נהנה, ושמעון נשאר שואל. אך ראה במילואים להערה 121, שהאומר "השאלני ואשכיר לך" אינו שואל.

להערה 150

א. גם חידושי הרי"ם, חו"מ, עב, ס"ק יז, פוסק כך (וכותב שזאת כוונת הר"ן), אבל מסיבה אחרת: בנכס רגיל אין אומרים שיופטר מאונס מצד המשאל נהנה פרוטה דרב יוסף בשעת טיפולו במשכון, מפני שהפרוטה מנוצלת כבר לעשות את המשאל שומר שכר על המשכון (ראה עיקרון דומה ליד ציון הערה 163). לעומת זאת, שואל ספר פטור מאונס מפני שהמשאל נהנה פרוטה דרב יוסף מן הטיפול במשכון, ופרוטה זו אינה מנוצלת לעשותו שומר שכר על המשכון, שהרי הוא נעשה בלאו הכי שומר שכר על המשכון, על ידי פרוטה דרב יוסף שבמצוות השאלת הספר. הוא מוסיף, שאף על פי שכתב, כפי שהבאנו במילואים להערה 141, שפרוטה דרב יוסף זו אינה פוטרת את השואל מאונס על הספר המושאל, מפני שהמשאל נהנה מהספר רק כשהיה עדיין ברשותו, מכל מקום היא יכולה לעשות את המשאל שומר שכר על המשכון, שהוא נכס אחר. ר"מ וולקוביץ, "בעניין שואל ספרים", קובץ תורני מרכזי ד (אדר תשמ"ה), עמ' מ, מקשה עליו, הרי תוספות, ב"ק נו ע"ב (ד"ה בההיא), כתבו ששומר שכר שמקבל שכר פעמיים אינו נעשה שואל, וגם כאן נאמר שהמשאל מקבל את שתי הפרוטות כשכר שמירה, ומדוע הוא אומר שאחת היא שכר שמירה ואחת על השכון. הנאת השואל? הוא מתרץ, שהרי"ם סבור שאין אומרים ששתיהן נחשבות שכר שמירה, מפני שהן באות מדברים נפרדים.

מילואים לסעיף 1(ד)

ב. גם אור שמח, הלכות שאילה, א, א, כתב שכאן הוא רק שומר שכן (ושלזה התכוון הר"ן שם), אבל מסיבה אחרת: מפני שהמשאיל נהנה פרוטה דרב יוסף מכח המצווה, שהשאל ספר (ולא הזכיר את פרוטה דרב יוסף ממה שעושה מצווה שמטפל במשכון), וכאן אין זה נחשב "מבריה ארי" (לעומת דבריו במילואים להערה 141 – ראה שם), מפני שכאן ההברחה מתייחסת למשאיל, שכן המשאיל דרש את המשכון, ואילו השואל היה מוכן לשאול בלי לתת משכון, ומאחר שההברחה מתייחסת למשאיל, זה נחשב הנאה, כמו שאדם הנוטל מנכסי חברו כדי להבריה אריה מעל עצמו, נחשב שנהנה ממנו.

ג. דעות חולקות: דברי גאונים, כלל צו, סימן יג, ור"מ וולקוביץ, שם עמ' לט ועמ' מב, כותבים שהסבר נתיבות המשפט אינו נכנס ללשון הר"ן. כמו כן, שו"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א, הערות בני ישראל, אות ב, כותב שמהר"ן משמע, שמאחר שהנאה זו באה למשאיל מהמשכון (ולא מן ההשאלה), ואינו זקוק למשכון אלא כביטחון, לא יצא מגדר שואל.

ד. מושב נתיבות, עב, ס"ק יז, חולק על דברי נתיבות המשפט, שאין כל ההנאה שלו מפני שהמשאיל נהנה פרוטה דרב יוסף בטיפול במשכון – הוא סבור שהנאה זו כבר מנוצלת, שבגללה נעשה המשאיל שומר שכן על המשכון (כדברי חידושי הרי"ם שהבאנו), ואין נשאר לו שום הנאה שנוכל לומר שהיא תמורת השאילה, להוציאה מגדר "כל ההנאה שלו" (של השואל), אלא זה עדיין מוגדר "כל ההנאה שלו". אך שו"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א, בהערות בני ישראל, ס"ק ב, הוכיח מלשון הר"ן שהנאה אחת יכולה גם לעשותו שומר שכן וגם להוציאו מגדר "כל ההנאה שלו" (אלא שהוא חולק על נתיבות המשפט מסיבה אחרת, כאמור).

ה. מדוע אמר הר"ן (ליד ציון הערה 147) ששואל נכס רגיל נתן עליו משכון נחשב שואל, ומדוע לא אמר (כסברה שבפנים כאן) שהוא שומר שכן מצד שהמשאיל נהנה פרוטה דרב יוסף בטיפול במשכון? נתיבות המשפט נימק לפי העיקרון שהבאנו בסעיף 1(ג), במילואים להערה 108, שפרוטה דרב יוסף בשל טיפול בנכס קיימת רק במקרה שתחילת העסקה הייתה במצווה. אך תומים, עב, ס"ק יח, דוחה הסבר זה, מפני שעיקרון זה אמור רק לעניין שלא יחשב השומר שומר שכן בגלל פרוטה דרב יוסף, מפני שכשאין תחילתו מצווה, רואים כאילו אמר השומר במפורש: "איני רוצה להיות שומר שכן", אבל כאן סוף כל סוף נהנה המשאיל פרוטה דרב יוסף, ואין לומר שנחשב כאילו התנה שלמרות זאת יתחייב כשואל, שהרי תנאי כזה צריך לבוא מצד השואל. הוא מנגק בדרך אחרת: שהר"ן סובר כדעה בסעיף 1(ג), ליד ציון הערה 235, שפרוטה דרב יוסף במשכון אינה בגלל מצווה הטיפול, מפני שאין בכך מצווה לרעתו, אלא בגלל מצווה ההלוואה, ובהשאלת חפץ רגיל אין מצווה (ראה במילואים להערה 134, אות ז), ולכן אין פרוטה דרב יוסף.

ו. ראש יוסף, חו"מ, עב, כז, כותב שאף על פי שיש למשאיל פרוטה דרב יוסף בהחזקת המשכון, אין זה מוציא את השואל מגדר שואל, מפני שאין למשאיל הנאה בפירוש בעניין הכלי השואל. אך קשה עליו, מדוע האומר "השאלתי ואשאלך" אינו שואל (ליד ציון הערה 122), הרי גם שם הנאת המשאיל אינה מהכלי שהוא השאל? על משאיל תמורת משכון, עיין גם שושנת יעקב, שה, ס"ק ג; גידולי שמואל, ב"מ פא (ד"ה ת"ר וד"ה יש); חמדה גנוזה – זכר מרדכי, שה, ס"ק א.

להערה 154

א. שו"ת בגדי ישע, חו"מ, סימן ה, הסביר שכאן נחשב שכל ההנאה שלו, מפני שבשעת השאלת הבהמה, אין למשאיל שום הנאה, והנאת המזונות באה ממילא, שמאחר שהשואל עשה בה מלאכה, ממילא צריך לתת לה מזונות, ולכן זה לא נחשב שכן.

ב. שו"ת חסד לאברהם (אלקלעי), חו"מ, סימן יג (ק ע"ג), כותב שהנאת המזונות היא יוצאת דופן, ולא משנה שהמשאיל נהנה ממנה (אולי מפני שלא מתקבל על הדעת שכל שואל בהמה יהיה שומר שכן, וזו גזרת הכתוב, בדומה לגזרת הכתוב במילואים להערה 134), אבל חוץ מזה צריך שכל ההנאה תהיה לשואל.

ג. אך חכמת שלמה, שהבאנו במילואים להערה 141, אות ח, הסביר שנחשב שהמשאיל נהנה, ומכל מקום השואל חייב באונס מפני שדי בכך שתהיה רוב ההנאה שלו. כמו כן, פתחי שערים, ב"מ צד ע"ב, מסביר ששואל בהמה חייב באונס אף על פי שאין כל ההנאה שלו, מפני שבדרך כלל כל ההנאה היא של השואל, ואז הדין נותן שיהיה חייב באונס, ולכן חייבה התורה באונס גם כשאין כל ההנאה שלו, משום "לא פלוג" (ומביא דוגמה לכך שגם בדאורייתא אומרים "לא פלוג" – עיין שם). הוא מביא ראייה שאומרים בכגון זה "לא פלוג", שהלא בן המשאיל לאביו, מקיים בכך מצוות כיבוד אב, ועשיר המשאיל לעני מקיים בזה מצוות צדקה, והם נהנים מקיום המצווה, ואם כן אין כל ההנאה של השואל, ואף על פי כן חייב באונס (ראה במילואים להערה 134, אות יד, שבאמת ר"ע איגר פוטר בן המשאיל לאביו מטעם זה) – וזה בוודאי משום "לא פלוג". אך הוא מסיים שמדברי הר"ן (הערה 134) מוכח שחייב באונס רק אם כל ההנאה שלו.

ד. גם שו"ת בן פורת, חלק ב, סימן ג, אות א (ב ע"ג), מסביר על פי ב"מ צד ע"ב, שהוא נחשב שואל מפני שדי שתהיה רוב ההנאה לשואל (ראה בשמו במילואים להערה 117, להערה 123, להערה 128, להערה 134 ולהערה 163). הוא מביא דוגמאות לכך שחז"ל אמרו "כל" והתכוונו לרוב. הוא מסביר בכך גם מדוע אין מתחשבים בעובדה שכל משאיל נהנה ממה שהשואל מחזיק לו טובה, ומה שהוא מתפרסם כאדם טוב – מפני שבכל זאת נשארת רוב ההנאה לשואל. אך הוא מסייג עיקרון זה (בדף ג ע"ג) בכך שאם אמר השואל בפירוש שהוא נותן שכר תמורת השימוש, גם אם השכר מועט, הוא פטור מאונס, מפני שלא בא בתורת שאילה אלא בתורת שכירות, ושואל חייב באונס רק אם הוא שואל להנאת עצמו והמשאיל נהנה רק ממילא. בכך הוא מסביר מדוע האומר "השאלתי ואשאלך" אינו שואל גם אם ערך הנכס האחר קטן יותר – מפני ששם נכנס לעניין בתורת שכירות.

ה. כמו כן, העמק שאלה, שאלתא לא, ס"ק ב, מסביר שאף על פי ששואל בהמה נותן שמירה ומזונות, הוא חייב באונס, מפני שהתורה לא עשתה הבחנה, וטעמי התורה (ששואל חייב באונס מפני שכל ההנאה שלו) נאמרו ככלל והפרטים הם חוקים בלי נימוק הגיוני (עיקרון זה חוזר על עצמו בפירושו העמק דבר על התורה – עיין במפתח העניינים להעמק דבר, ערך מצוות). צריך לומר שהוא נקט את עניין השמירה בדרך אגב, שהרי בעיית השמירה קיימת בכל שאילה (ראה תשובות לכך ליד ציון הערה 119), ואין זה "פרט" יוצא דופן בלבד כמו מזונות בהמה. לנימוקים נוספים לכך ששואל בהמה נחשב שואל, ראה במילואים להערה 141, אותיות ח"ט; ועיין אבני החושן, שם, ס"ק ד.

ו. עיין גם אור עזרא, קובץ ב, סימן ג, ששואל מכשיר חשמלי חייב באונס אף על פי שהוצאות הפעלתו (החשמל) הן על חשבון השואל. זה פשוט יותר ממאכל בהמה, מפני שלמשאיל לא איכפת אם לא יחזיר למשאיל בכלל.

להערה 155

מאותה סיבה, אומר אמרי בינה, שהמשאל שני כלים בשותפות לשני אנשים, שכל שואל נעשה ערב בעד חברו גם על הכלי שאינו משתמש בו (ראה סעיף 5, ליד ציון הערה 118), אין פוטרים מאונס בנימוק שכל שואל כאילו משלם בזה למשאל – ההסבר הוא שאינו נחשב שהמשאל נהנה, שהרי אילו לא השאל לא היה צריך את הערכות. על בעייה זו בשני שואלים ראה במילואים להערה 121.

להערה 157

א. הם הוכיחו זאת מדברי הר"ן הפוטר שואל ספר באונס משום פרוטה דרב יוסף (הערה 134), אף על פי ששם ההנאה אינה באה מהשואל (ראה גם ליד ציון הערה 141). אך אפשר לעשות הבחנה בין כשאדם אחר נותן את ההנאה, לבין כשההנאה באה מעצמה, לא מן השואל ולא מאדם אחר. ושו"ת יריעות שלמה (אולמן), סימן א, הערות בני ישראל, אות יג, העיר שלפי הסברה של יריעות שלמה (ראה במילואים להערה 134, אות יב) שהר"ן פטר משום שהמשאל נהנה משכר המצווה בעולם הבא, אין ראיה לכאן, משום שהנאה זו כאילו באה מן השואל עצמו, שבלמוד גורם מצווה למשאל (לעומת פרוטה דרב יוסף שאינה נגזמת על ידי הלימוד של השואל אלא על ידי מצוות ההשאלה). יש להוסיף, שגם לפי הסברו של חידושי הר"ם, שהובא במילואים להערה 134, אות ד, נדחית הוכחה זו מהר"ן, שכן לדבריו במקרה של הר"ן יש סברה מיוחדת לפטור מאונס.

ב. ר"מ וולקוביץ, "בעניין שואל ספרים", קובץ תורני מרכזי ד (אדר תשמ"ה), עמ' מד, כותב שהרשב"א בתשובתו שם הולך לשיטתו, שחולק על הר"ן בעניין שואל ספר (ראה הערה 139).

ג. יש להעיר, שחידושי הר"ם בחו"מ שם נוקט, שאם אמר השואל לאדם אחר: "תן פרוטה למשאל בעבור זה שאני שואל ממנו", אינו שואל. היה מקום להבין מדבריו שרק כשהנאה באה מצד השואל, זה נחשב תמורה שמוציאה אותו מגדר שואל, מפני שהאדם האחר נחשב שלוחו של השואל, וכאילו השואל נתן את התמורה. אבל נראה שלדעתו גם אם לא באה בקשה מן השואל, יצא מגדר שואל, ובלבד שיהיה ברור שאותו אדם נותן למשאל עבור ההשאלה, שהרי הוא משווה לזה את השואל ספר, ששם ההנאה באה למשאל ממקור אחר בלי בקשה של השואל; אלא די שהנתינה למשאל תהיה תוצאה של ההשאלה.

ד. חידושי הר"ם, בחו"מ שם, נימק, שגם כשהשואל אינו משלם שכר בעצמו, הוא נחשב שנחסר (ודומה לשוכר) בזה שהוא חייב באחריות, אלא שסתם שואל נחשב שכל ההנאה שלו למרות שהוא חייב באחריות, מפני שהמשאל לא נהנה כלום, ואילו כאן שנהנה המשאל, נחשב שאין כל ההנאה לשואל.

להערה 160

א. הסבר אחר נותן חידושי הר"ם, ב"מ שם (ד"ה או ד"ל): אין זה שהשוכר משלם לבעל הנכס עבור ההשאלה, אלא השוכר מוחל את דמי השכירות לבעל הנכס, כלומר כאילו שהיה יכול לתבוע ממנו חזרה את דמי שכירותו כיוון שלא השתמש, ומחל על תביעה זו כדי שבעל הנכס יתיר לשואל להשתמש, נמצא שלא נהנה בעל הנכס כלום באופן ממשי, אלא רק ממחילת התביעה עליו. לכאורה הסבר זה קשה, שהרי הר"ן (ליד ציון הערה 134) פוטר שואל ספר משום שנמחל למשאל הצורך לתת צדקה, אף על פי שאין זו הנאה חיובית. רח"א מילר תירץ, ששם נמחל החיוב באופן ישיר מחמת השאלה, ואילו כאן המחילה לא באה מחמת השאלה עצמה אלא בצירוף רצונו של השוכר.

ב. חידושי הר"ם שם נותן הסבר אחר, על פי הלכה שהוא מחדש שם, שהשוכר מנכה מדמי השכירות את שוויה של הנאת בעל הנכס מספק חיוב האונס של השואל – לפי זה נמצא שבאמת אינו משלם בעד ההשאלה.

ג. הסבר אחר ניתן בדברי משפט, עב, ג, ס"ק ב: ביחס לשוכר, כל ההנאה היא של השואל, שהרי השוכר אינו מקבל כלום תמורת ההשאלה, ולכן השואל חייב באונס כלפי השוכר, ועל סמך זה טוען בעל הנכס כלפי השוכר, שהוא תובע מכוחו את השואל. אך אמרי בינה שם דוחה הסבר זה, על ידי שהוא מוכיח שהשואל חייב באונס לבעל הנכס גם במקרה שהוא מופטר כלפי השוכר, כגון שהשוכר היה "עמו במלאכתו", בבעלים (עיין שם).

ד. שאילות משה (רוזין), חו"מ, סימן סא, אות ג, הקשה מטעם אחר, שנאמר שבנידונו יחשב שאין כל ההנאה לשואל: בעל הנכס נהנה בזה שהשואל שומר בעבורו, ודווקא בשואל רגיל אין זה נחשב הנאה למשאל, משום שכנגד זה מפסיד המשאל את יכולת השימוש בנכס (ראה בשמו בהערה 120), אבל כאן הרי בלאו הכי לא הייתה לבעל הנכס יכולת שימוש, שהרי הנכס היה ביד השוכר, ואילו עכשו השואל שומר בעבורו טוב יותר משהיה השוכר שומר בעבורו, שהרי השואל חייב באונס (יש להשיב על כך כטענתנו במילואים להערה 120: אם נרצה לפטור את השואל מאונס משום שהשוכר נהנה מאחריותו המוגברת של השואל, אם כן לא תהיה לו אחריות מוגברת, וזהו מעגל קסמים; או על פי סברת רח"א מילר שם, שאין להתחשב בכלל בחיוב אונס, שהוא רק תוצאה). מכוח זה הוא כותב באות ד שם, שהרמב"ם והרא"ש הסוברים שהשואל הוא שומר של בעל הנכס ולא של השוכר (ראה סעיף 7, ליד ציון הערה 405), יצטרכו לסבור ששואל חייב באונס גם אם אין כל ההנאה שלו, ולכן הם מחייבים כאן את השואל באונס, ומכאן שהם חולקים על הר"ן (הערה 134). באות ב, הקשה גם לדעת חכמים (ב"מ לה ע"ב) הסוברים שהשואל נחשב שומר של השוכר (ואין כך הלכה), הרי אין כל ההנאה שלו, מפני שבגלל ההשאלה השוכר מקבל את דמי הבהמה אם קורה אונס, לפי חכמים (שבו מעגל קסמים!); עיין שם לתירוץ על כך.