

## יסודות חיובי שומרים

**מקורות - (א) בבא מציעא צג.** "ארבעה שומרים... ודיניהם שלשה", בבא מציעא צד:-  
צה. "תנן התם... דשואל עדיפא".

**(ב) רמב"ם הלכות שכירות ב/ג, [ראב"ד שם], בבא קמא ד: "תני רב אושעיא... ובושת",**  
**תוס' ד"ה שומר, [בבא קמא כז: תוס' ד"ה ושמואל].**

**(ג) בבא מציעא לו: "איתמר... ומה לי התם", רשב"א ד"ה מאי, [ש"ך חושן משפט סימן**  
**ע"ב סק"ט].**

בשני שיעורי הפתיחה נעסוק בעיקר בשני נושאים, המשתזרים זה בזה :  
נושא אחד - הבסיסים והיסודות השונים של חיובי השומרים.  
נושא שני - סיווגם של השומרים עצמם.

### א. פושע כמזיק

הפן הטכני של חיובי השומרים, מפורש היטב בפסוקים ובסוגיות. החלוקה בין השומרים ברורה, והחיוב והפטור של כל אחד מהם מפורש בסיטואציות השונות. לפיכך, עיקר עיסוקנו יתמקד ביסודות ההלכתיים העומדים מאחורי החיובים הללו. הפירוט הבסיסי מופיע במשנה הבאה :

"ארבעה שומרים הן - שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר. שומר חנם נשבע על הכל, והשואל משלם את הכל, ונושא שכר והשוכר נשבעים על השבורה ועל השבויה ועל המתה, ומשלמין את האבידה ואת הגניבה"  
(בבא מציעא צג.)

קביעת המשנה ששומר חנם נשבע על הכל, מעוררת קושייה מיידית :

"לא חשיב פשיעה, דבהא כולהו חייבים..."

(בבא מציעא צד: תוס' ד"ה שומר)

השאלה הסמויה עימה מתמודד התוס', היא ההשמטה של המשנה ביחס לפשיעה<sup>1</sup>. שהרי שומר חינם חייב בפשיעה, ואם נאמר במשנה שהוא נשבע על הכל, כנראה שהמשנה לא התייחסה לפשיעה. התוס' מנמק זאת בכך שבפשיעה חייבים כולם, ועל כן אין צורך למנותה. ראשונים אחרים ביארו שהמשנה לא מנתה פשיעה משום שזו האחרונה אינה מופיעה בפרשה.

אבל ניתן לפרק את השאלה בדרך אחרת, מתוך הישענות על מושג שהרמב"ם והר"י מיגאש הכניסו לעולם ההלכתי, אם כי יש לו יסוד מוצק כבר בגמרא עצמה. כידוע, עבדים שטרות וקרקעות ממועטים מפרשיית שומרים. אף על פי כן פוסק הרמב"ם שבפשיעה - חייבים גם עליהם :

"יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם, שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן... אבל אם פשע בה חייב לשלם, שכל הפושע מוזק הוא..."

(רמב"ם הלכות שכירות ב/ג)

דברים דומים אומר הר"י מיגאש בשבועות מב., והרמב"ם מאזכר אותו בהמשכה של אותה הלכה.

יש להדגיש שדין פושע כמזיק אינו קובע זהות בין פושע למזיק. דין פושע כמזיק, כפי שהרמב"ם והר"י מיגאש מיישמים אותו, הוא דין מיוחד בשומרים. אבל כבר ביחס לחיובי השומרים עצמם יש לפצל בין שני סוגי חיוב :

**סוג אחד** - חיובים הנובעים רק מהמערכת של פרשיות השומרים.

**סוג שני** - חיובים שביסודם הם כלליים, והם נאמרו גם לגבי שומרים.

ניתן לאפיין שלושה חיובים מהסוג האחרון :

**חיוב אחד** - פושע כמזיק לפי הרמב"ם והר"י מיגאש.

**חיוב שני** - שולח יד, שהוא מעין גזלן.

**חיוב שלישי** - טוען טענת גנב, שחיובו מבוסס על חיוב גניבה<sup>2</sup>.

1 השמטה דומה מופיעה במשנה בדף צד., כאשר נאמר שמתנה שומר חינם להיות פטור משבועה. יכולתו של שומר חינם להתנות על פטור מתשלום (דהיינו, במצב של פשיעה), אינה מוזכרת במשנה.

נדון בהשמטה זו בשיעור העוסק במתנה על מה שכתוב בתורה בשומרים. גם שם אנו מעלים אפשרות להסביר את ההשמטה על רקע היסוד של פושע כמזיק.

2 לגישה זו ראיות רבות. נסתפק בדוגמה הבאה - ר' יוחנן קובע בב"ק סג: שהטוען טענת גנב

ניקח למשל את החיוב של שולח יד. אם סתם אדם שולח יד בפקדון הוא לא מוגדר כגזלן. הוא מוגדר כשואל שלא מדעת, ולדעה אחת בגמרא מעמדו כשואל<sup>3</sup>. אף על פי כן, שומר חנם או שומר שכר ששולח יד בפקדון - מתחייב. כלומר, מדובר בחיוב שבסופו של דבר מוסב דוקא על שומרים, אבל כאשר באים לחייב שומר בשליחות יד, מעגנים את החיוב ביסוד הכללי של חיובי גזילה, ולא ביסוד מיוחד בשומרים.

באופן דומה, אם אדם פשע בשמירת חפץ מסויים בלי שהיה לו מעמד של שומר כלפי החפץ, אין הוא חייב בתשלומין. רק אם הוא ניצב מול החפץ במעמד של שומר הוא יתחייב בתשלום. אבל חרף צמצום זה, כאשר נבוא לחייבו, נבנה - לשיטת הרמב"ם - על הדין הכללי של מזיק, ולא על דין ספציפי בדיני שומרים.

שיטת הר"י מיגש והרמב"ם, המחייבת פושע בעבדים שטרות וקרקעות, מושתתת, אם כך, על שתי הנחות. הראשונה - ששמירה חלה לגבי נכסים אלה. והשנייה - שחיוב פושע מסווג תחת מזיק. ומכאן, שהחולק על דינם יכול לשלול אחת משתי הנחות הללו.

ואמנם, הראשונים החולקים עליהם התפצלו. התוס' דחו את ההנחה הראשונה :

"נראה, שהוא הדין דאינו משלם (=שומר חנם), דאפילו שומר שכר אם פשע נראה דלא משלם... והיינו טעמא - דמכל דין הפרשה אמעיטו..."

(בבא מציעא נז: תוס' ד"ה שומר)

ואילו הרמב"ד בהשגתו, מתעמת חזיתית עם ההנחה השנייה :

"... ואין פושע מזיק, שאם היה כן - פשיעה בבעלים למה פטור?..."

(השגת הרמב"ד הלכות שכירות ב/ג)

קרובים להשגתו דברי הרמב"ן, שהעלה אפשרות ביניים (על מנת לדחותה), ועל פיה - שומר שפשע יתחייב לרבי מאיר מדין גרמי, אך לא כמזיק ממש :

3 בפיקדון וטבחו או מכרו, משלם תשלומי ארבעה וחמישה. כלומר, הטוען טענת גנב נכנס למסלול של גניבה, ולפיכך חלים עליו גם שאר דיני גניבה, כמו חיוב ד' וה' בטביחה ומכירה. עיין בב"מ מג: שם מעלה הגמרא אפשרות לתלות את מחלוקת ב"ש וב"ה בשאלה האם שואל שלא מדעת נידון כגזלן או כשואל.

"... ולא אמרינן מוּזיק הוא, ואף על גב דדיינינן השתא דינא דגרמי - הני מילי במוזיק, אבל שומר שלא שמר אפילו בדרך השומרון, כלומר שפשע בשמירתו - לא מחייב, שהרי התורה פטרתו..."

(בבא מציעא נו: רמב"ן ד"ה הא דתנן)

אלא שיש כאן מקום עיון בלשונו. מראשית דבריו משמע שיש כאן שלילת דין מזיק או גרמי מסברה צרופה, ועל פי אמות המידה של מסכת בבא קמא, אשר לאורן ייקבע האם ייתכן חיוב מזיק בשב ואל תעשה מוחלט, ללא כל מעשה נזק מצד האדם או ממונו.

יש כמובן מקום וצורך לבחון שאלה זו לעומק, ובאשר לגרמי - היא אולי תלויה בשאלת מפתח, המתעוררת בכמה הקשרים בקונטרס דינא דגרמי של הרמב"ן, לגבי הזיקה שבין מזיק ממש לבין גרמי, ועד כמה הגורם חייב מפאת היותו נחשב כעושה מעשה או בגין חיוב עצמאי של גורם בתור שכזה<sup>4</sup>.

אבל בכל מקרה, לכאורה ההכרעה תהיה בנויה על אדני הסברה וההגדרות הנעוצות בה, ולא על גזירת הכתוב. שהרי לא ר' מאיר ולא חכמים הפוטרם בגרמי התבססו על פסוקים, ואף ההבנות האפשריות השונות בשיטת ר' מאיר - מושרשות בסברה. מתחילת דברי הרמב"ן, אם כן, משמע שהכרעת הדבר תלויה בסברה. אבל מסיום דבריו נראה שלא כן :

"... שהרי התורה פטרתו..."

(בבא מציעא נו: רמב"ן ד"ה הא דתנן)

ולכאורה נימוק זה תואם דווקא את מהלך התוס', ששטרות עבדים וקרקעות נתמעטו מגזירת הכתוב מכל פרשיית שומרים. שיטה מחודשת נוספת, מצאנו בזה למאירי. בהתייחסו לסיפור הנידון בסוגייה בהזהב בדף מט., הוא קובע :

"זה שנתן מעות על הפירות ונתיקרו, וחזר המוכר במקחו וקבל עליו מי שפרע, ואמר להלה - בא וטול מעותיך, הרי נסתלק מעליו דין שמירה ואינו אפילו שומר חנם, וכל שאבדו - אף בפשיעה - פטור, אלא אם כן בפשיעה הנקראת הזיק בידים..."

(בבא מציעא מט. מאירי ד"ה זה)

החידוש שבדבריו כפול. ראשית, לדידו ייתכן סילוק שמירה והפקעת שם שומר כך ש'אינו אפילו שומר חנם', חלקי, שהרי קשה להעלות על הדעת שיסבור שפושע

4 נושא זה נידון, בהרחבה מרובה, בספר שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין בדינא דגרמי.

שאינו שומר חייב כמזיק. שנית, המאירי מבחין בין שתי רמות של פשיעה. רמה קלה המוגדרת כהעדד קיום חובת השמירה גרידא, ורמה חמורה הנתפסת כהיזק בידיים. הרמות טעונות, כמובן, הגדרה, אך היסוד כשלעצמו ברור. לפנינו אם כן יש יסוד ראשון בחיובי שומרים, יסוד של מזיק שבא לידי ביטוי על פי שיטת הרמב"ם במקרים של פשיעה. ברמב"ם הדבר מפורש, אבל למעשה יש לו שורש בגמרא הבאה :

"תני רב אושעיא שלשה עשר אבות נזיקין שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר..."  
(בבא קמא ד:)

**התוס' על אתר מבארים את קישורם של השומרים לאבות הנזיקין :**

"שומר חנם פטור מן הכל חוץ מן הפשיעה, שואל חייב בכל חוץ ממתה מחמת מלאכה, ונושא שכר חייב במקצת - בגניבה ואבידה ופטור באונסין..."  
(בבא קמא ד: תוס' ד"ה שומר)

התוס' הבינו שכל דיני המשנה בב"מ צג. נכללים בהגדרותיו של רב אושעיא לאבות הנזיקין. אבל דברי התוס' מרפסין איגרא. אמנם רב אושעיא מרחיב את הגדרת אבות הנזיקין מעבר למה שנאמר במשנה, אבל ברוב הקטגוריות שלו כלול מרכיב השייך לפעולת היזק. מה שאין כן בשומרים. למשל, כיצד שואל שחייב באונסין מוגדר כאב נזיקין?

יש אמנם נזק לבעלים כאשר חפץ נאנס בידיו של שואל. אבל אבות הנזיקין לא מפרטים סוגים של 'ניזקים' אלא סוגים של 'מזיקים', ובהקשר זה השואל אינו מזיק בשום צורה שהיא. לכאורה יש לבאר בגמרא בניגוד לתוס', ובכך ניתן גם למצוא מקור לשיטתם של הרמב"ם והר"י מיגאש.

הגמרא אכן לא דנה באונסין ביחס לשואל, זה לא מוגדר כלל כאב נזיקין. **הגמרא דנה רק בפושע**, ואותו היא מחלקת ביחס לכל השומרים<sup>5</sup>. הוי אומר - שומר שכר שפושע הוא אב נזיקין, שוכר שפושע הוא אב נזיקין, וכך מרכיב רב אושעיא את הרשימה של אבות הנזיקין שלו<sup>6</sup>.

5 ייתכן שלכך נתכוון רש"י בלשון הזהב שלו. רש"י על אתר מבאר - "שומר חנם. חייב בפשיעה, והשואל חייב אפילו באונסין, ושוכר ונושא שכר חייבים בגניבה ואבידה, וכ"ש בפשיעה..."  
(ב"ק ד: רש"י ד"ה שומר חנם).

רש"י טורח להדגיש שגם שואל, נושא שכר ושוכר חייבים בפשיעה. ולכאורה מכוונת הדגשה זו ליסוד המוצע בשיעור.  
6 יש לעיין ביכולת למנות את השומרים כאבות נפרדים. ככל שנוטים לשיטת התוס' קל יותר

מניין זה של אבות הנזיקין בניגוד לדעתם של התוס', איננו עניין תיאורטי בעלמא. למניין של אבות הנזיקין יש השלכות הלכתיות אופרטיביות. הגמרא קובעת, למשל, שאבות נזיקין משלמים ממיטב. לפיכך, אונסין בשואל ישתלמו מעידית לפי התוס', ואילו לפי המניין שהצענו הם ישתלמו מזיבורית, ורק פשיעה בשואל ובשאר השומרים תשתלם מעידית.

יסוד זה של פושע כמזיק המופיע מפורשות ברמב"ם, עולה גם בדברי המהר"ם חלאווה בפסחים, בשם ר"ת. הגמרא בפסחים ו. עוסקת בגוי שהפקיד חמץ אצל ישראל, ובגמרא נאמר שהוא זקוק לבער את החמץ. הראשונים על אתר מעלים דעות שונות ביחס לטיב ההפקדה, ולפי חלק מהראשונים מדובר בהפקדה היוצרת מעמד של שומר חנם. המהר"ם חלאווה דוחה את הדעה הזו:

"... ור"ת ז"ל פ' דבפקדון דשומר חנם לא מחייב דאין זה אחריות, דפושע מזיק הוא..."  
(פסחים ו. מהר"ם חלאווה ד"ה הפקידו)

לפי ר"ת כפי שהוא מצוטט במהר"ם חלאווה, מעמד של שומר חנם ביחס לחמץ לא יגרור איסור בל יראה ובל ימצא. חיובו של שומר חנם בפשיעה אמנם נעוץ בהיותו שומר ומותנה בכך, אך אינו מדיני אחריות של שומרים אלא מדין פושע כמזיק. לכן - לא נכרך עימו החיוב לבער את החמץ.

אם נקבל את היסוד של פושע כמזיק, נוכל לחזור למשנה בדף צג. ולבאר באופן פשוט את ההשמטה של פשיעה. המשנה דנה בדיני שומרים, ובהם באמת שומר חנם נשבע על הכל. אמת היא ששומר חנם משלם על פשיעה, אבל תשלום זה אינו מדיני שומרים אלא מדיני מזיק, ועל כן המשנה לא מתייחסת אליו.<sup>7</sup>

להבין מדוע מונה אותם רב אושעיא בנפרד, משום שדיניהם שונים זה מזה. ככל שנוטים לשיטה המוצעת קשה יותר להבין את הפיצול, שהרי מדובר באותו חיוב אחיד ביחס לכולם דהיינו בחיוב פשיעה, וגם יסודו אחיד ביחס לכולם דהיינו מדין מזיק, ואם כן מדוע לחלק בין שומר חנם שהזיק לשומר שכר שהזיק במניינם כאבות נזיקין?

7 דיוק דומה ניתן להעלות מהמשנה בדף נו, שם ממעטת המשנה קטגוריות שונות מדיני שמירה. הניסוח הממעט אומר ששומר חנם אינו נשבע עליהם, ומכאן היה ניתן לדייק שאמנם אינו נשבע אבל תשלומי פשיעה הוא משלם, משום שמיעוטם של עבדים שטרות וקרקות אינו כולל פשיעה.

יש לציין עוד שלצד הגמרא בב"ק ד, המשנה בדף נו. מהווה לכאורה מקור ברור וישיר יותר לפסיקתו של הרמב"ם ביחס לפושע כמזיק. ניתן גם לעיין בתוס' בדף נז: ד"ה שומר, שהיו ערים לדיוק זה וקיבלו אותו עקרונית, אלא שלטענתם המשנה נוסחה אגב גררא. עיין עוד בקהלות יעקב בבבא מציעא סימן ל"ד.

אם נתעלם מהיישום שלנו במשנה בדף צג, נוכל אפילו להרחיב את היריעה. למשל, ניתן להתייחס למידת החפיפה בין שומר חינוך לשומר שכר בנוגע לקטגוריות השוות ביניהם. שניהם חייבים בפשיעה, אבל אין הכרח להשוות את הגדרת רמת הפשיעה ביחס לשניהם. נעיין בגמרא בתחילת השואל :

"... ומה גניבה שקרובה לאונס משלם, אבידה שקרובה לפשיעה לא כל שכן?..."

(בבא מציעא צד:)

בגמרא לא מופיע יישום מעשי לחלוקה בין גניבה לאבידה בהקשר של מידת הקירבה לפשיעה ולאונס. התוס' בב"ק<sup>8</sup> משתמשים בחלוקה הזו בהקשר של הגדרות אונס במזיק, וניתן להפעיל אותה גם ביחס לדיני שומרים. נוכל לומר ששומר חינוך מתחייב רק על פשיעה ממש, וחובו הוא מדין מזיק. שומר שכר מתחייב על פשיעה מדין מזיק בהיקף רחב יותר, וגם חיובו על אבידה שקרובה לפשיעה, נשען על היסוד ההלכתי של פושע כמזיק.

אמנם, יישום כזה הוא מרחיק לכת, והוא גם יחתור תחת הדיוק שהצענו במשנה בדף צג, שהרי רצינו לומר שהשמטת ההתייחסות לפשיעה נובעת מכך שהמשנה התמקדה בדיני שומרים בלבד. אם נאמר שיסוד חיובו של שומר שכר באבידה הוא מדין מזיק, הרי שהמשנה כללה גם את היסוד הזה, והדרא קושייה לדוכתה ביחס לפשיעה בשומר חינוך. מכל מקום, גם אם לא נקצין בצורה כזו, נוכל לדבר במסגרת של פשיעה על יסוד של מזיק בחיובי שומרים.

## **ב. חוסר שמירה וחיוב אחריות**

יסוד שני בחיובי שומרים עולה מתוך החיוב של שומר שכר בגניבה ואבידה. חיוב זה נעוץ כל כולו בדיני שומרים, ומדובר ברשלנות, חוסר שמירה. לאור החילוק של הגמרא בדף צד: בין גניבה לאבידה, נוכל להעיר שיסוד זה פשוט יותר באבידה. אמנם קשה לדבר שם על מזיק, אבל במסגרת מערכת של חיובי שומרים יש בזה פגיעה בחפץ על ידי רשלנותו של השומר. עקרונית, גם הגניבה מסונפת ליסוד החיוב הזה, אם כי ייתכן שנחלק בין סוגי גניבות שונות.

הגמרא מכנה את הגניבה 'דבר הקרוב לאונס', ויש גניבות שהן אונס גמור. אם למשל, אדם ישים את החפץ בתוך כספת פלדלת הטמונה בקיר שעוביו מטר והחפץ יגנב, זה יוגדר כאונס. ייתכן אם כן שנחלק בין סוגי גניבות, ובגניבה כזו נחפש יסוד

8 כז: ד"ה ושמואל, ועיין גם בתוס' בב"ק כח: ד"ה ואונס.

אחר של חיוב משום שכאן לא היתה רשלנות בשמירה<sup>9</sup>. על כל פנים, אבידה וגם גניבה רגילה מכונפות תחת היסוד של אי שמירה.

יסוד שלישי שניצניו באים לידי ביטוי בגניבה באונס בשומר שכר, ודרך המלך שלו היא בחיוב האונסין של שואל, הוא יסוד של חיוב אחריות. כאן לא ניתן לדבר על פגיעה, אפילו לא פגיעה פסיבית בדיני שומרים בהקשר של חוסר שמירה. מהותו של האונס היא ששמרת היטב ולא היתה שום רשלנות מצידך, ואף על פי כן אירע אונס והחפץ נפגע.

לפיכך, חייבים לבנות על יסוד חיוב אחר, שנוכל לראות אותו כמעין הסכם, מעין פוליסת ביטוח אותה נותן השואל למפקיד. החיוב נובע מן האחריות שהשואל קיבל עליו, ולא מאשמה כלשהי הקשורה לתפקודו כשומר. אחריות זו גורמת לחובה לתת תמורה לחפץ, במצב שבו הוא הלך לאבדון.

יסוד זה בטהרתו, בא לידי ביטוי בחברת ביטוח. חברת ביטוח לא מקבלת על עצמה לשמור את החפץ כלל, ובודאי שלא ניתן לדבר לגביה על אשמה. כל חיובה נעוץ בהסכם שהיא לקחה על עצמה. אבל גם בשואל ניתן להפעיל את היסוד הזה. אמנם אין הכרח מצד השואל לחתום על חוזה מפורש של קבלת אחריות, אבל היות שכל ההנאה שלו, הטיילה עליו התורה את יסוד החיוב הזה.

יש לציין ששומר חנם ושואל מייצגים שני קטבים בהקשר זה. את מעמדו של שומר שכר ניתן למשוך לכאן ולכאן. ניתן לומר שעקרונית הוא דומה לשומר חנם, וחיוביו נובעים מסוג מסויים של פגיעה, בין אם מדובר בהיזק ממשי כפשיעה ובין אם מדובר בהיזק עקיף וייחודי לדיני שומרים מיסוד הרשלנות.

לחילופין, ניתן לומר שעקרונית דומה שומר שכר לשואל, וחיוביו גם הם קשורים למעין פוליסת ביטוח. בדומה לשואל ובניגוד לשומר חנם, גם הוא מקבל תמורה כספית חלף שמירתו. כל ההבדל בינו לבין השואל מתמקד בהיקפה של אותה פוליסה. השואל נותן ביטוח מקיף משום שכל ההנאה שלו, ואילו שומר שכר נותן ביטוח חובה בלבד משום שהנאתו מהחפץ מוגבלת.

<sup>9</sup> הראשונים והאחרונים אכן נחלקו - האם יש לחייב שומר שכר בגניבה מעין זו, שמוגדרת למעשה כאונס. הר"י (ב"ק נז. סוף תוס' ד"ה כגון) קובע שיש חיוב במקרה כזה. לטענתו - כל גניבה קרובה לאונס, ולכן האונס אינו פוטר במקרי גניבה. מוקד נוסף לדיון הוא בסוגיית תחילתו בפשיעה וסופו באונס. עיין בב"מ צג: ריטב"א ד"ה אתא, ובקצות בסימן ש"ג סק"א. עיין, בנקודה זו, גם ב'היבטים הלכתיים בשיטת הבחינות', עמודים 88-89.



## ד. קניין

יסוד רביעי ואחרון בחיובי שומרים, עולה מפורשות בדברי הרשב"א בהמפקיד. בגמרא בדף לו: מובאת מחלוקת בין אביי לרבא, ביחס למקרה של שומר שפשע בפרה והיא יצאה לאגם ומתה. מדובר בסוג של תחילתו בפשיעה וסופו באונס, ולדעת רבא השומר פטור במקרה כזה :

"... לא מיבעיא למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, דפטור! אלא אפילו למ"ד חייב, הכא פטור. מאי טעמא? דאמרינן - מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם..."  
(בבא מציעא לו:)

הרשב"א יוצא מגמרא זו להקשות על חיובו של שואל. שהרי אם מתחשבים בנימוק של מלאך המוות מה לי הכא ומה לי התם כנימוק לפטור, מדוע לחייב שואל באונסין? גם בו ניתן להעלות את הנימוק הזה. מובן שאם מחפשים את אשמתו של השואל יש לפטור אותו על ידי נימוק כזה, אבל אם בונים על היסוד של חיוב מדין חברת ביטוח, השואל מתחייב גם ללא אשמה משום שהוא קיבל עליו אחריות. זוהי התשובה הפשוטה, אבל הרשב"א עונה בצורה מעט שונה, וקיצונית יותר :

"ושואל דחייב במתה כדרכה, משום דכיון שכל הנאה שלו, אוקמה רחמנא ברשותיה לגמרי באילו היא שלו, חוץ ממתה מחמת מלאכה..."  
(בבא מציעא לו: רשב"א ד"ה מאי)

הגרי"ד פיתח ביחס לשואל את היסוד הזה של חיוב, שמנוסח בצורה ברורה בדברי הרשב"א. הרשב"א מדבר על יסוד חיוב שנובע מקניין. יסוד זה אינו מחודש כשלעצמו, והחידוש הוא ביישומו ביחס לשואל. נדגים אותו תחילה בשני תחומים הלכתיים אחרים.

תחום אחד - גזלן.

תחום שני - משכון.

בגמרא בב"ק קה: נאמר שהגזלן חייב באונסין. מדוע? הרי הגזלן לא קיבל עליו חיובי שמירה, וכדי לחייב באונס יש לכאורה צורך בקבלת אחריות. ניתן להסביר שהדביקו את חיוב האונסין לגזלן כעונש, בלי להסתמך על יסוד מחייב ישיר. אבל ייתכן שיש כאן יסוד הלכתי מובהק, אם כי לאורו נצטרך לומר שהביטוי 'חייב באונסין' אינו מדויק כל צרכו.

ניקח לדוגמה אדם שהולך לחנות, וקונה לחם. מייד בצאתו מן החנות הוא נקלע למוקד של סופת מונסון, והלחם יורד לטמיון. ברור לנו שהאדם הפסיד את הלחם

והוא אינו יכול לגשת למוכר ולבקש לחם נוסף בחינם. כל זאת חרף העובדה שהלחם הושמד באונס. הטעם הוא שהאדם 'חייב באונסין' ביחס לחפצים שלו. אמנם אין פה חיוב במובן הקלאסי, יותר מדוייק יהיה הניסוח של הפסד. האדם מפסיד את החפצים שקנויים לו במידה שמתארע בהם אונס.

באופן דומה ניתן לבאר את חיובו של הגזלן באונסין. אין דין עצמאי של חיוב כזה, יש רק דין פשוט של חובת הגזלן להשיב את הגזילה. חיוב זה נותר גם אם החפץ נאנס ונעלם. אבל אין פה חיוב באונסין, אלא להיפך. אנו פשוט אומרים שהגזלן לא נפטר מחיובו, גם לא באונס. היסוד הוא היסוד הקנייני של הגזלן, שהרי לגזלן יש קנייני גזילה, ועל כן הוא מפסיד את החפץ בדיוק כפי שכל אדם מפסיד את החפצים הפרטיים שלו אם מתרחש סביבם אונס.

ואפילו אם מדובר בגזלן שאין לו אלא חיובים ולא קניינים - כפי שהבינו כמה ראשונים לגבי כופר בפיקדון (עיין בבבא קמא קה:) - יסוד חיובו אינו בדין אחריות. שהרי הוא לא קיבל עליו אחריות, אלא בכך שהוא מנמע מלקיים את חובת השבתו באמצעות החפץ שהלך לאיבוד, וממילא הוא נאלץ לשלם את תמורתו.

בגזלן יש לדבר ביטוי הלכתי חד, שהרי הגזלן משלם כשעת הגזילה. גם אם בשעת האונס הוכפל מחיר החפץ, הגזלן ישלם חצי ממחיר זה, משום שהוא אינו מתחייב באונס. הוא חייב על הגזילה ולפיה הוא משלם.

יסוד דומה ניתן להעלות גם ביחס לשואל. אמנם כאן לא ברור אם הוא מתחייב כשעת שאילה או כשעת האונס, על כל פנים היסוד ההלכתי של 'חיוב באונסין' מדין קניין יכול להתיישם גם בשואל, וכך נראה מניסוחו של הרשב"א. בניגוד לשאר השומרים, שגם כאשר החפץ ברשותם שייכותו הממונית היא לבעלים, השואל ממש קונה את החפץ לזמן מסויים. ממילא - נוצר כלפיו יסוד החיוב של קניינים, שבעליהם מתחייבים באונס במובן זה שהם מפסידים מהאונס<sup>10</sup>.

תחום אחר שבו מתעורר היסוד הזה הוא משכון. בגמרא בקידושין ח: קובע ר' יצחק שבעל חוב קונה משכון. בראשונים יש מחלוקת גדולה לגבי מידת אחריותו של אותו בעל חוב ביחס למשכון. לפי התוס' והרמב"ן החיוב הוא רק ברמה של שומר שכר דהיינו בגניבה ואבידה. אבל לפי רש"י ובעה"מ, החיוב הוא גם באונסין.

הרמב"ן תוקף ארוכות את השיטה הזו, ולטענתו רק שואל שכל ההנאה שלו מתחייב באונסין. כיצד יתחייב בעל חוב באונסי המשכון? הרי לא ניתן לומר שכל ההנאה שלו. הש"ך בסימן ע"ב סק"ט דוחה את דברי הרמב"ן, והוא מחלק בין שואל לבין בעל חוב במשכון. שואל, לטענת הש"ך, מתחייב על רקע דיני שומרים, ושם אכן

10 לשאלה זו יש נגיעה ישירה לסוגיית ב"ק יא., ביחס לדין שמין בשואל ובגזלן.

יש נחיצות בגורם של כל ההנאה שלו כדי להתחייב באונסין. אבל בעל חוב שמתחייב באונסי משכון אינו מתחייב מדיני שומרים כלל וכלל.

בעל חוב, לדברי הש"ך, קונה את המשכון, ולכן אם אירע משהו למשכון ואפילו באונס - הוא מתחייב. אבל אין פה חיוב במובן הרגיל. החיוב הוא בכך שבעל חוב חייב להחזיר את המשכון, ומכיוון שהאונס אירע בשעה שהמשכון היה קנוי לו, הוא האיש שיוצא נפסד מהסיפור, כפי שכל אדם נפסד מאונסים שמתרחשים בדברים שקנויים לו.

הש"ך מעלה את הדבר כדי לבאר הבדל בין שואל לבין משכון, על רקע קושיית הרמב"ן וכתמיכה לדברי רש"י ובעה"מ. אבל אין הכרח עקרוני בחילוק הזה, וניתן לומר שבנקודה הזו שווים השואל ובעל חוב במשכון. גם השואל מתחייב על רקע מעמד קנייני מסויים, ולא על רקע דיני השומרים הקלאסיים, וכך אכן משתמע בדברי הרשב"א בהמפקיד.

ראינו, אם כן, ארבעה יסודות שונים שעומדים מאחורי חיובי השומרים :

יסוד אחד - מזיק. יסוד זה מיושם בעיקר בפשיעה.

יסוד שני - רשלנות. יסוד זה מיושם בגניבה ואבידה.

יסוד שלישי - אחריות. יסוד זה עולה בעיקר באונסין.

יסוד רביעי - קניין. גם יסוד זה בא לידי ביטוי באונסין.

