

תשלומי שומרים

מקורות - (א) ממה משלם - בבא מציעא צו-צז. "ההוא גברא... דמי מנא", תוס' ד"ה זיל, בבא קמא ז: "אמר רבא כל דיהיב... זבינא", בבא קמא ט. רב הונא אמר... קמ"ל, תוס' ד"ה רב הונא, [ספר הישר לר"ת סימן תר"ד, מרדכי בבא קמא סימן א'], נמוקי יוסף בבא קמא ב. באלפס "וכתב הרמ"ה ז"ל... בית משמע".

(ב) לפי איזה שער - קצות החושן רצא/א, בבא מציעא צט: "הני שקולאי... ברזנייתא", רמב"ם הלכות שכירות גג, מחנה אפרים הלכות נזקי ממון סימן א'.

(ג) האם רק עבור הפחת או על החפץ כולו - בבא מציעא צו: תוס' ד"ה זיל, בבא קמא יא. תוס' ד"ה אין, [בבא קמא צד. "אמר רב יהודה אמר שמואל... אלא לנזקיך", רמב"ם הלכות גניבה א/טו, ראב"ד שם].

א. פתיחה

הנושא של תשלומי שומרים, לא נידון בגמרא באופן מפורט. אף על פי כן, חשיבותו רבה, ובו נתמקד בשיעור שלפנינו. העיסוק בתשלומי שומרים קשור להשוואה אל שני מודלים הלכתיים מרכזיים:

מודל אחד - גנב וגזלן.

מודל שני - מזיק.

אנו מציגים את שני המודלים הללו כמודלים נפרדים, אם כי ודאי שיש חפיפה מסויימת ביניהם. על פי מניין אבות הנזיקין של ר' חייא ור' אושעיא¹, גם גנב וגזלן שייכים למטרייה הכללית של "מזיק".

התעוררות הנושא בפרק שלנו היא בעיקר בראשונים, סביב הסיפור הבא:

"... דההוא גברא דשאל נרגא מחבריה, ואיתבר. אתא לקמיה דרב, איל - זיל שלים ליה נרגא מעליא..."

(בבא מציעא צו:)

מהי אותה מעליותא, שבה מחייב רב את השואל? הראשונים מעלים כאן בעיקר שתי הבנות:

1 עיין בב"ק ד: , במניין אבות הנזיקין שלהם.

הבנה אחת - המעליותא מתייחסת ל**צורת התשלום**. רב קובע שהשואל חייב להחזיר כלי שלם, ואין הוא נפטר בהחזרת השברים והשלמת הממון הנותר. מכל מקום, קביעתו של רב אינה מוסבת על גובה התשלום, אלא רק על הצורה שבה יש לשלם אותו.

הבנה שנייה - המעליותא מתייחסת ל**גובה התשלום**. ספק בדבר גובה התשלום עשוי לעלות ביחס לשינויי מחיר שהתחוללו בין שעת השבירה לשעת ההעמדה בדין. מכל מקום, אין דיון בצורת התשלום, ומניחים שהשואל יכול לשלם בכל צורה שתהא. על רקע שתי ההבנות הללו, אנו נפתחים אל שתי סוגיות שונות. היישום שלהן בדיני שומרים צריך להבחן הן לאור ההשוואה הכללית למודלים שהוצגו לעיל, והן לאור חלוקות אפשריות בין השומרים השונים.

ב. צורת התשלום

השאלה של צורת התשלום, מובילה אותנו לסוגייה של מיטב, בתחילת מסכת בבא קמא. כעיקרון - שומרים משלמים ממיטב. עניין זה נובע ישירות מהכללתם במניינים של אבות הנזיקין, היות שהגמרא בב"ק ה. קובעת שעיקר המשמעות של המניינים הללו נוגעת לתשלומי מיטב².

מהי פשר הדרישה של מיטב? בנקודה זו יש לנו רשמים סותרים משתי סוגיות :

סוגייה אחת - בב"ק ז, דעת רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע. לדעתם - כל מילי מיטב הוא, כאשר מדובר במטלטלין.

סוגייה שנייה - בב"ק ט, כאשר רב הונא קובע שם - או כסף או מיטב.

הרי"ף הבין ששתי הסוגיות הללו חלוקות :

"... אבל אי יהיב ליה ממטלטלי, כל מידי דיהיב ליה - מיטב ננהו... ואע"ג דפליגי רב הונא ורב אסי, הא קיימא לן כרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע, דבתראי ננהו"
(רי"ף בבא קמא ב. באלפס)

הפסיקה ש'כל מילי מיטב הוא, ואפילו סובין', בנויה באופן כפול. ברובד אחד מוגדר כל דבר כמיטב, משום שתמיד אפשר למכור מטלטלין - ניתן לתרגם אותם לכסף, בגין היותם דבר סחיר.

² אמנם, אם קובעים בדף ד: שההתייחסות לשומרים כאבות נזיקין נוגעת אך ורק למקרה של פשיעת שומרים, אזי יש להסיק ששאר האירועים אינם משתלמים ממיטב. עיין בהקשר זה בשיעור הפתיחה, שעוסק ביסודות חיובי השומרים.

ברובד נוסף טמונה בחביון דברי הר"ף העובדה שאין דרישה לשלם דווקא בכסף, ואפילו אם למזיק יש כסף. לקביעה זו שותף גם רבינו תם :

"פסק רבינו יעקב, כך הדין נותן - אם אדם חייב לחבירו ממון, אם מנויקין - בין אית ליה זוזי בין לית ליה זוזי, כל דבעי מגבי ליה... אפי' סובין, כדאמרי' בבבא קמא - כל מילי מיטב הוא, דאי לא מיזדבן הכא, מיזדבן במתא אחריתי"
(ספר הישר לר"ת סימן תרד)

אמנם מדובר דווקא במזיק. בעל חוב חייב לפרוע בכסף אם יש לו כסף, והשוכר פועלים חייב לשלם להם בכסף גם אם אין לו כסף (עליו למכור חפץ מחפציו, ולהשיג עבורם כסף), לדעת ר"ת³. אך לגבי מזיק - מוסכם על הר"ף ועל ר"ת (וכן על רוב הראשונים בעקבותיהם), שאין חובה לשלם דווקא בכסף. הנימוקי יוסף על אתר מציין שהרמ"ה חולק :

"... וכתב הרמ"ה ז"ל - הא דמצי יהיב ליה אפילו סובין, הי"מ היכא דלית ליה למזיק זוזי. אבל היכא דאית ליה למזיק זוזי, לא מצי דחי ליה לניזק אלא בזוזי..."
(נימוקי יוסף בבא קמא ב. באלפס)

דברים אלו מתייחסים במישרין אך ורק לשלילת תשלומי סובין. עדיין ניתן להבין שזוזי לאו דווקא, אלא או כסף או מיטב - כדברי רב הונא⁴. הבנה זו כשלעצמה יכולה להתפרש בשתי דרכים :

דרך אחת - עיקר החיוב הינו מיטב, אלא שאפשר לתת זוזי משום שבהם ניתן לרכוש מיטב.

דרך שנייה - עקרונית, קיימים שני ערוצי תשלום. המזיק יכול לבחור בין שני הערוצים הללו.

שני ההסברים הללו אפשריים אף ביחס לשיטת הר"ף, באופן שייתכן וכל המחלוקת תצטמצם לפרט אחד - מעמד סובין כמיטב. אפשרות זו, כאמור, מושתתת על התפיסה שעיקר דברי הרמ"ה בא לשלול סובין בלבד. ואכן, ראשונים שציטטו את הרמ"ה התמקדו בשלילת מעמד הסובין.

אך ניתן גם להבין בדברי הרמ"ה, שבדאית ליה זוזי - תמיד חייב לשלם בהם. אם נבין כך, נוכל לבנות מפה מחלוקת עקרונית לגבי תשלומי מזיק. זאת בהסתמך גם על

³ עיין שם בספר הישר בסימן תר"ד, וכן עיין בכתובות פו. תוס' ד"ה לבעל. אמנם מהתוס' בב"ק ט. ד"ה רב הונא, נשמעת נימה קצת שונה בהסבר ר"ת.

⁴ אם כי דברי הרמ"ה מובאים בנימוקי יוסף כחלק רציף מדיון בדברי רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע. על נקודה זו עומד ה'חידושי אנשי שם' שם בדף ב. באלפס.

המשך דברי הרמ"ה, הקובע שהוא הדין לבעל חוב, ובבעל חוב אכן מסתבר שיש עניין להחזיר דווקא כסף⁵.

מהרמ"ה עולה שגם ביחס למזיק, מדובר - בבסיס העניין - בחיוב של דמים. בבעל חוב, מסכימים גם הר"ף וגם ר"ת שהמצב שונה. הלווה קיבל כסף, ולכן - חובתו הבסיסית היא להחזיר כסף בדווקא.

ואם באנו לדון בשומר, על רקע ההפרדה שבין מזיק לבין בעל חוב (כשיטת רוב הראשונים), עלינו לבדוק - למי דומה? ניתן להשוות שומר לנזיקין, ולתלות את דינו במחלוקת הרמ"ה והר"ף. זאת בעיקר כאשר מדובר בפשיעה, אך ייתכן שגם לשאר תשלומי השומרים יהיה צביון של תשלומי נזיקין⁶.

לחילופין, ניתן לומר שבשומר יש דמיון למלווה. גם בשמירה וגם במלווה, נוסף הפן של קבלת האחריות כמניע לתשלום. פן זה חסר, כמובן, במזיק. לפיכך, נוכל להשוות שומר לבעל חוב, ולחייבו בכסף (לפחות כאשר יש לו כסף).

אלא שהשוואה זו צרכיה להישקל בזהירות. סוף כל סוף, הלווה קונה לגמרי את מעות ההלוואה, ולכן חובתו להחזירם - ככסף. השומר אינו קונה לגמרי את הפיקדון, וחובתו לשלם כאשר הפיקדון נפגע, היא חובה של פיצוי. כפיצוי - נוכל לומר שאין מניעה עקרונית לפצות ממיטב, ולא דווקא בכסף⁷.

5 יש להעיר שמלשון הגמרא בב"ק ז: - "לבר מארעא דליתיה ממיטב, כי היכי דליקפוץ עליה זבינא", ניתן לדייק שלכולי עלמא החיוב השורשי הינו זוזי אלא שעל ידי מיטב ניתן להגיע לזוזי. בכל אופן, ייתכן שבפועל אמנם נחלקו הראשונים לגבי תשלום בנכסים במקום שיש לו כסף.

6 כך ודאי לפי התוס' בב"ק ד: ד"ה שומר. לדעתם, כל אירוע שבו מתחייבים שומרים מוגדר כחלק מאבות הנזיקין של ר' חייא ור' אושעיא.

7 ניתן גם להוסיף חלוקה פשוטה ביותר, ברמה הטכנית, בין שומר לבין לווה. לווה מקבל, בדרך כלל, כסף. לכן - הוא חייב להחזיר כסף, כפי שקיבל. אך שומר מקבל, בדרך כלל, חפץ לפיקדון. לכן - לא נחייבו דווקא בדמים. לפי חלוקה זו (ובשונה ממה שמוצע בשיעור) - אם אדם ילווה טרומבון, הוא יתחייב להחזיר טרומבון, ורק אם אין לו - נדרוש ממנו כסף. וכך ניתן להבין מה שאין מצרפים עד האומר שחייב חבית של שמן ועד אחר האומר שחייב חבית של יין, כמבואר בסנהדרין לא, יעויין שם. אפשרות זו משתמעת גם מדברי הרמב"ם בהלכות מכירה ה/ד, אגב החלוקה שהוא מציע בין חוב מחמת המכר לחוב שאינו מחמת המכר (ועיין גם בהשגת הראב"ד שם).

ג. גובה התשלום

התוס' בפרק השואל, שוללים את הבנת הגמרא במשמעות של צורת התשלום⁸ (הם תולים את ההבנה הזו בדברי רש"י). לדעתם, קביעת הגמרא מתייחסת לגובה התשלום, ולא לצורתו :

"... ומפרש ה"ר שמואל, דמשלם נרגא מעליא היינו שהפחת שהוול משעת השבירה עד שעת העמדה בדין הוי דשואל, ומוסיף על השבירה כשעת העמדה בדין עד שישוה נרגא מעליא..."

(בבא מציעא צו-צז. תוס' ד"ה זיל)

התוס' נתמכים בסוגייה בב"ק יא., שאף בה מצוטט הסיפור של נרגא מעליא. ההקשר באותה סוגייה הוא הדין של 'שמין' :

"אמר שמואל - אין שמין לא לגנב ולא לגולן, אלא לנוקין. ואני אומר - אף לשואל, ואבא מודה לי..."

(בבא קמא יא.)

מניסוח המימרא לא ברור - האם אף לשואל שמין, או שמא אף לשואל אין שמין. הגמרא מתלבטת בכך, ומביאה ראיה מהסיפור של נרגא בסוגייתנו. ומכאן ברור שנושא הסיפור שלנו זהה לנושא הסוגייה בב"ק. נדגיש - עדיין אין מכאן הוכחה לפרשנות של התוס' כנגד הפרשנות של רש"י. רש"י עקבי לעמדתו גם בב"ק יא., ואת כל הסוגייה שם הוא מבאר על רקע השאלה של צורת התשלום - כלי מעולה או שברים בתוספת הפרשי המחיר⁹.

8 ההבנה החלופית של התוס', שמתמקדת בגובה התשלום ולא בצורת התשלום, היא הבנת הרשב"ם. אך ראוי לציין שבתוס' מובאת גם דעת הריב"ם, שמשלב בין ההבנה של צורת התשלום להבנה של גובה התשלום. עקרונית מצדד הריב"ם בקו של הרשב"ם, אלא שלפי קו זה יוצא שעיקר משמעות הגמרא נוגע רק למקרה שבו היה פחת בין שעת השבירה לבין שעת העמדה בדין.

צמצום זה של משמעות הסוגייה, הפריע לריב"ם, ולכן הוא מוסיף שיש משמעות לגמרא גם ביחס לצורת התשלום - "ופי' דפליגי אפילו היכא דליכא פחת. דלרב, שנשבר כלי ברשות שואל, פותחין לו שישלם לו דמי נרגא מעליא, ואין מלמדין אותו לשלם השברים, ומ"מ - אם רצה לשלם השברים בחשבון, ישלם. אבל לרב כהנא ולרב אסי, מלמדין אותו לשלם השברים..." (ב"מ צו-צז. תוס' ד"ה זיל).

9 עיין בב"ק יא. רש"י ד"ה אמר שמואל, ובתוס' בד"ה אין.

מכל מקום, לדעת התוס' מוסב עניין השומא על קביעת גובה התשלום. בבסיס קביעה זו עומדות שתי דרכים אפשריות להגדרת חיובו של המזיק. נעניין במקרה הפשוט שבו חפץ בשווי 1,000 הוזק, וכעת הוא שווה 200 :

דרך אחת - לטעון שחיוב המזיק חופף את החפץ כולו, דהיינו 1,000. אלא ששברי החפץ נמכרים ב-200, וזה כבר מהווה חלק מן הפרעון. לפיכך, חובת התשלום הנותרת עומדת על 800 בלבד. מכל מקום, התפיסה העקרונית קובעת שהנזק התייחס לכל החפץ - נזק של 1,000.

דרך שנייה - לטעון שחיוב המזיק חופף רק את ההפרש בין שווי המקורי לשווי העכשוי. כלומר - 200 מתוך החפץ (=שווי השברים) מעולם לא ניזוקו. הנזק הוסב מראשיתו רק ל-800, ולכן עומדת חובת תשלומי המזיק מעיקרא על 800 בלבד.

משתי תפיסות היסוד הללו נובעות בעיקר שתי נפק"מ :

נפק"מ אחת - ביחס לקביעת זהותו של המטפל בשברים.

נפק"מ שנייה - ביחס לירידת ערך השברים, משעת שבירה ועד שעת העמדה בדין.

נבאר את העניין - לפי התפיסה הראשונה, התחייב המזיק (או הגנב והגזלן והשואל) בחפץ כולו. טבעי עבורו לכסות חלק מן הנזק בעזרת השברים, אך זה כבר עניין פרטי שלו. אם רצונו למכור אותם - זכותו היא, אלא שהוא צריך להתעסק בכך¹⁰.

לעומת זאת, לפי התפיסה השנייה, השברים מעולם לא יצאו מרשותו של הניזק (או המשאל וכדומה). המזיק פגע בחלק מרכושו, ועל כך הוא מתחייב. אך החלק הנותר שייך לחלוטין לניזק. אם רצונו למכור את השברים - זכותו היא, אך חובת הטיפול בכך היא לגמרי שלו (בדומה לזכותו לטפל בשאר חפציו).

הנפק"מ השנייה מעצבת את עיקר משמעות הסוגייה, לפי התוס'. ניקח - כהרחבה למקרה הקודם - מצב שבו השברים היו שווים 200 בשעת השבירה, אך ערכם ירד ל-100 עד שעת העמדה בדין.

לפי התפיסה הראשונה, המזיק התחייב ב-1,000. הוא התמהמה עד שעת העמדתו בדין, ולכן - כשהוא בא למכור את השברים (או להחזירם לניזק משום דכל מילי מיטב הוא) יוצא שהוא החזיר 100 בלבד. עדיין רובצת עליו חובת תשלום של ה-900 הנותרים.

¹⁰ מובן שלפי הפסיקה כר"ת וכר"ף, הקובעים שהמזיק יכול לשלם בכל מילי, אין משמעות מעשית לנפק"מ הזו. שהרי המזיק אינו צריך 'למכור' את השברים. הוא פשוט יכול להחזירם לניזק, כחלק מן התשלום. הנפק"מ הזו תקבל, בשיטת ר"ת והר"ף, דמות של נפק"מ להבנה בלבד.

לעומת זאת, לפי התפיסה השנייה, חיובו של המזיק נקבע בשעת הנזק ל-800 בלבד. ירידת הערך של השברים, התרחשה כל כולה ברשותו של הניזק. לפיכך - הוא נושא בהפסדה.

ד. גזלן מזיק ושואל

על רקע ניתוח האפשרויות העקרוני, נוכל לדון באישים הספציפיים שבהם עוסקת הסוגייה. במזיק - הדברים פשוטים. הגמרא בב"ק יא. קובעת ששמין בנזקין, או בניסוח מקביל - פחת נבילה לניזק.

כלומר, ביחס לנזקין נוקטים בתפיסה השנייה, על שתי השלכותיה. ראשית, חובת הטיפול בשברים נופלת על הניזק (היות שהמזיק מעולם לא הוציאם מרשותו של הניזק, והם עדיין שייכים לו לחלוטין). שנית, אם ייפחת ערכם של השברים - ייפסד הניזק, כיון שהשברים ברשותו.

אך ביחס לגנב ולגזלן, התמונה קצת יותר מורכבת. הגמרא אמנם אומרת שאין שמין לגנב ולגזלן, דהיינו - נוקטים כלפיהם בתפיסה הראשונה. אלא שעמדה זו יכולה להיגזר מתוך אחת משתי הבנות :

הבנה אחת - שבירת החפץ מהווה שינוי משמעותי. גנב וגזלן קונים בשינוי משמעותי שכזה, ולכן - התפיסה הראשונה, על שתי השלכותיה, מתיישמת בהם.

הבנה שנייה - אמנם שבירת החפץ איננה מגעת לרמה של 'שינוי קונה'. אף על פי כן, עצם ההפקעה מרשות הבעלים שביצעו הגנב והגזלן - מחייבת אותם על החפץ כולו.

כלומר, למרות שגנב וגזלן לא קונים את החפץ בשבירתו, ניתן לאמץ בהם את התפיסה הראשונה. יסודה, כזכור, הוא בכך שלא מודדים את הנזק רק כהפרש שבין שווי החפץ ובין שווי השברים, אלא רואים את החיוב כחל על החפץ כולו.

ההבנה הראשונה מפשטת את התמונה ההלכתית, אך יש ראשונים שתפסו כהבנה השנייה דווקא, וראש לכולם הוא הרמב"ם :

"מי שגנב כלי ושברו או פחתו, או נשבר או נפחת מאליו - אין שמין לו הפחת, אלא רואין כמה היה שוה הכלי, ומשלם לבעלים שנים בדמיו, והכלי השבור יהיה לגנב... ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור... שומעין להם"
 (רמב"ם הלכות גניבה¹¹ א/טו)

לכאורה, היה פה שינוי (בשבירת הכלי), ולכן אין שמין לגנב את הפחת. אך אם היה הדבר מבוסס על התפיסה הראשונה, על כך שהגנב קנה את הכלי, מדוע יכולים הבעלים ליטול את הכלי השבור? ממה נפשך - או שהגנב לא קנה את הכלי ואז הפחת יהיה לבעלים, או שהגנב קנה את הכלי ואז לא יוכלו הבעלים לתבוע את שווי. אך כיצד אוחדו הרמב"ם בחבל בשני קצותיו?

המגייד משנה בהלכות גזילה ואבידה ב/טו, מתקשה בכך. אך לכאורה ההסבר לדברי הרמב"ם מתבקש, ויסודתו במצב הביניים שבוקע ועולה מתוך ההבנה השנייה שהצענו לעיל.

לשיטת הרמב"ם נאפיין שלושה מצבים עיקריים של שינוי :

מצב אחד - כאשר אין שינוי כלל. גנב וגזלן לא קונים במצב כזה, והם יכולים לומר - 'הרי שלך לפניך'.

מצב שני - כאשר יש שינוי דרסטי. גנב וגזלן קונים במצב כזה, והחפץ החדש שלהם לחלוטין, על כל המשמעויות הנלוות לכך.

מצב שלישי - מצב הביניים של שינוי כמו שבירה או פחת. אין זה שינוי היוצר קניין (ולכן יכולים הבעלים לתבוע את השברים), אך אין זה החפץ המקורי (כך שנמנעת היכולת לומר - 'הרי שלך לפניך'¹²).

מצב ביניים שכזה, מאפשר את ההבנה השנייה. לפיה - אמנם הגנב והגזלן לא קנו את החפץ, אבל חיובם מקיף את כל שיעורו¹³.

מסברה - הדבר ודאי אפשרי. אלא שמבחינת סוגיית הגמרא בריש הגוזל קמא, נוצרת פה בעיה. הגמרא בב"ק צג: מתארת שרשרת תנאים הסבורים - 'שינוי במקומו

11 דברים מקבילים כותב הרמב"ם ביחס לגזלן. עיין בהלכות גזילה ואבידה ב/טו.

12 מצב ביניים דומה מנסח הראב"ד בב"ק צז, ד"ה התוקף ספינתו.

13 הרבה אחרונים אכן הבינו כך ברמב"ם. עיין למשל בחידושי רבינו חיים הלוי - הן בהלכות גניבה א/טו, והן בהלכות גזילה ואבידה ב/טו. כך גם נקט בנו של הגר"ח בחידושי מרן ר"ז הלוי (סז. מדפי הספר). אך יש אחרונים שאימצו קו שונה בהבנת הרמב"ם, ולדעתם - עקרונית הגזלן קונה לגמרי, והיכולת של הבעלים לתבוע את השברים נובעת מנקודה צדדית. כך, למשל, משתמע מלשון הרמב"ם בהלכות גזילה ואבידה ב/טו, שיכולת הבעלים לתבוע את השברים נעוצה בתקנה בלבד.

עומד'. אחת מחוליות השרשרת הוא ר' שמעון בן אלעזר, והגמרא מציינת את המקור לכך :

"דתניא - כלל זה אמר ר' שמעון בן אלעזר: כל שבח שהשביח גולן ידו על העליונה..."
(בבא קמא צד.)

רב ששת מסביר את פשר הדברים - כל שבח, היינו בין אם הבהמה השביחה ובין אם היא כיחשה. אם היא כיחשה, יכול הגזלן לומר - 'הרי שלך לפניך' (=ידו על העליונה). זאת משום שהשינוי במקומו עומד, כלומר הגזלן לא קנה בשינוי. אם הבהמה השביחה, יכול הגזלן לקחת את הבהמה ושבחה לעצמו (=ידו על העליונה), ולהשיב את ערכה בשעת הגזילה בדמים. אלא שקביעה זו נובעת אך ורק מתקנה - תקנת השבים, משום שכעיקרון גם כאן - הגזלן לא קנה את הבהמה, חרף השינוי.

בגמרא בהמשך נחלקו אמוראים - האם מדובר בכחש דהדר בלבד, או שמא גם בכחש דלא דהדר. לדעת אב"י מדובר גם בכחש דלא דהדר, והגמרא אומרת שלפי הדעה הזו - עמדת ר' שמעון בן אלעזר מנוגדת בתכלית הניגוד לעמדת שמואל. לשון אחר - מהגמרא עולה שהבסיס לדברי שמואל הוא העובדה ששינוי קונה. בכך מנוגדים דבריו לדברי ר' שמעון בן אלעזר, הקובע ששינוי אינו קונה בגנב ובגזלן. לכאורה - חתכה הגמרא כהבנה הראשונה שהוצעה לעיל, ולא כהבנה שניסינו להעמיד מאחורי פסיקתו של הרמב"ם.

למעשה, תלות זו של הגמרא בב"ק צד., קשה גם על שיטת רש"י. רש"י מסב את כל הסוגייה בב"ק יא. ואת דינו של שמואל, לדיון בצורת התשלום ולא בגובה התשלום. לפיכך, אפשר להקשות גם עליו - מה פשר הקשר בין צורת התשלום לבין שינוי קונה?

הפיתרון לבעיה זו, חורג מנושא השיעור שלנו. נציין, בהקשר זה, לדברי הגר"ח בהלכות גזילה ואבידה ב/טו. הגר"ח מתייחס הן להסבר הרמב"ם על פי מצב הביניים של שינוי שאינו קונה מחד, אך אינו מאפשר אמירת 'הרי שלך לפניך' מאידך, והן להסבר שיטת רש"י. כל אלו מול התלות שהגמרא בב"ק צד. יוצרת. הרקע שפיתחנו ביחס לגנב ולגזלן, ובעיקר אותו מצב ביניים שאיתרנו ברמב"ם, עשויים להתיישם גם במסגרת של דיני שומרים. שואל נמצא בתחום הדמדומים שבין גנב וגזלן לבין מזיק. התוס', בבואם לבאר את הדעה ששואל שייך למחנה של גנב וגזלן, מסבירים כך :

"... והיינו טעמא - דגנב וגולן קנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים, אבל מויק לא נתחייב אלא כמו שהויק. והיט דמיד אף לשואל - כיון דחייב באונסין נמצא שקנאו משעה שהוציא מיד הבעלים, והדמים הוא דנתחייב, כמו גנב וגולן"
(בבא קמא יא. תוס' ד"ה אין)

מספר נקודות ראויות להערה, בעקבות דברי התוס'. ראשית, הדיון מוסב דווקא על מ"ד 'אין שמין לשואל'. אך בגמרא מובאת גם דעה הפכית, ששמין לשואל (כמו למזיק), וכך גם נפסק להלכה.

שנית, התוס' מתמקדים בחיוב האונסין של השואל, כטעם המרכזי לכך שהוא קונה את החפץ. אם זהו הטעם המרכזי, אזי מצטמצם הדיון בגמרא לשואל בלבד (שאר השומרים פטורים באונסין).

אך ניתן לבנות את קנייני השואל על יסוד אחר - על העובדה שהוא משתמש בחפץ. כיוון עקרוני זה, יכלול גם את השוכר בדיון של הגמרא, שהרי גם השוכר משתמש בחפץ.

אם כן, גם לפי קו מחשבה שיתמקד בהנאת השומר מן החפץ, ניתן לבדוד שואל משוכר. בשואל נבאר שיש רמה מיוחדת של קניין, כפי שביארו מספר ראשונים ואחרונים¹⁴, ואבוה דכולהון - הרשב"א :

"... ושואל דחייב במתה כדרכה, משום דכיון שכל הנאה שלו - אוקמה רחמנא ברשותיה לגמרי, כאלו היא שלו..."

(בבא מציעא לו: רשב"א ד"ה מאי טעמא)

לייחודיות זו של השואל, כפי שמצייר אותו הרשב"א, יש מספר השלכות אפשריות. לדוגמה, בגמרא בפסחים ה: נאמר שאדם עובר בבל יראה ובל ימצא על חמץ המופקד ברשותו, כאשר קיבל עליו אחריות.

הראשונים נחלקו - מהי רמת האחריות שעליה מדובר בגמרא? לפי שיטות מסוימות בראשונים, מדובר דווקא בקבלת אחריות של אונסין, דהיינו - אחריות ברמה של שואל¹⁵.

ההסבר הפשוט לשיטה זו, נעוץ ביסוד שקבע הרשב"א. נקודת המוצא היא שחיוב בל יראה ובל ימצא תקף רק בחמץ שלך, ולא בחמץ של אחרים. רק רמת האחריות

14 עיין למשל בש"ך בחור"מ סימן ע"ב סק"ט.

15 עיין למשל במאירי בפסחים ה: ד"ה ויש מי שאומר, בשם י"מ. עיין גם במהדיר על הריטב"א בפסחים ה:, בהערה 174.

כשואל, טומנת בחובה מעמד קנייני ברמה כה גבוהה, עד שהחמץ נהפך להיות כחמץ שלך. לכן - רק ברמה של שואל יחול החיוב של כל יראה ובל ימצא. על כל פנים, בין אם בונים המעמד הקנייני שנוסח ברשב"א, ובין אם מתמקדים בחיוב האחריות המקיף אונסין כתוס', ניתן להבין כיצד היסוד של קניין בשואל בונה מכנה משותף בינו לבין גנב וגזלן¹⁶. בשולי הדברים נעיר, שאפשר לדון גם בשאר השומרים ולא רק בשואל. לא נעשה זאת במסגרת השיעור שלנו, אלא רק נציין למחלוקת אחרונים קמאית בנושא, בין המהרש"ל בב"ק פ"ט סימן כ' לבין הש"ך בחור"מ שסג/ז.

ה. שער התשלום - שלהי המפקיד

נסיים את הדיון בתשלומי שומרים, בהתייחסות למצב שבו משתנה המחיר, ויש לקבוע - לפי איזה שער מחייבים בתשלום. נבחן את הנושא סביב שני מוקדים עיקריים בגמרא :

מוקד אחד - בב"מ מג., בשלהי המפקיד.

מוקד שני - בב"מ צט.; בהני שקולאי דפירקין.

אנו נדון בשני המוקדים הללו בנפרד. נפתח במוקד הראשון, שדן בשינויי שער התשלום ביחס לגזלן. הרקע לדיון הוא מחלוקת בית שמאי ובית הלל ביחס לשליחות יד, ומכאן הקשר למעמדו של הגזלן :

"אמר רבה - האי מאן דגול חביתא דחמרא מחבריה, מעיקרא שויא זוזא השתא שויא ארבעה, תברה או שתייה - משלם ארבעה, איתבר ממילא - משלם זוזא...".
(בבא מציעא מג.)

ראשוני ספרד על אתר, מעמתים את עמדת הגמרא ביחס לגזלן עם עמדת ההלכה בנוגע לשואל. הרמב"ן, למשל, מציין שלכאורה קיים פה פרדוקס - חיובו של השואל גדול מחיובו של הגזלן!

שהרי ביחס לגזלן מחלקת הגמרא בין תברה או שתייה לבין איתבר ממילא. וביחס לאיתבר ממילא, מקלים על הגזלן, ומחייבים אותו כשער הזול של מחיר החבית בשעת הגזילה. אך בשואל, אין זה כך :

16 באופיו המדויק של אותו מכנה משותף, ובהתפתחותו לאורך הסוגייה בב"ק יא., עיין בקהלות יעקב בב"ק סימן י"ב.

"... ותברא דממילא נמי איהו מיחייב עלה, דהא חייב באונסין כשואל, אטו שואל כי האי גוונא - מי לא משלם ארבעה?"

(בבא מציעא מג. רמב"ן ד"ה הא דאמרין)

הרמב"ן אכן מסיק ששואל יתחייב בד', ואילו גזלן (באיתבר ממילא) יתחייב בא', כפי שהחבית היתה שווה בשעת הגזילה. הטעם הוא בשעת הקניין השונה שיש לאישים הללו. הגזלן קונה משעת ההוצאה מרשות הבעלים, לעניין חיוב אונסין. לפיכך - גובה חיובו יימדד על פי אותה שעה קדומה.

אך השואל מתחייב רק בשעת האונס. בשעת האונס - שווי החבית היה ד', ולכן מחייבים את השואל בשיעור הגבוה של ד'. גם הרמב"ן וגם הריטב"א מוכיחים שהשואל לא קנה את החפץ עד שעת האונס, מהעובדה שהבעלים יכולים למכור ולהקדיש את החפץ השואל, ומכאן - שהוא ברשות הבעלים. הקצות בסימן רצ"א סק"א, דן בדברי הרמב"ן והריטב"א. הוא תוקף את הראיה הלקוחה מיכולת הבעלים להקדיש¹⁷. נבאר מעט את הראיה, ואת תגובת הקצות אליה. בגמרא בב"ק מובאת המימרא הבאה :

"... דא"ר יוחנן - גזל ולא נתייאשו הבעלים, שניהם אינן יכולין להקדיש, זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו..."

(בבא קמא ע.)

הרמב"ן והריטב"א מניחים שמשאיל מסוגל להקדיש את החפץ שלו, למרות שהוא מצוי אצל השואל. זאת, בניגוד לבעל הבית שגזלו ממנו חפץ, שאינו יכול להקדיש משום שהחפץ הגזול מוגדר כ'אינו ברשותו'.

מכאן הוכיחו הרמב"ן והריטב"א שהגזלן קנה את החפץ הנגזל כבר משעת משיכה, ואילו השואל אינו קונוהו אלא בשעת האונס. הוכחה זו סוללת את הדרך להבנת הפער בין גזלן לבין שואל ביחס ליוקרא וזולא.

אלא שאם כך, מקשה הקצות, הרי שהדברים יתלו דווקא בדעת ר' יוחנן בב"ק ע., ואילו לפי ריש לקיש ייסתר הבניין. ריש לקיש סבור שבעל הבית יכול להקדיש חפץ גזול, ולכן עלינו להסיק לפיו שגם הגזלן ישלם כשער של שעת האונס. הקצות מוסיף ומראה שלא מצינו תלות שכזו, ומתוך כך נולדת קושייתו.

17 מעניין הדבר, שהקצות תוקף את הראיה הזו דווקא במסגרת דברי הריטב"א, ולא כלפי הרמב"ן. אמת היא שהריטב"א מרחיב בכמה מילים מעבר לרמב"ן, אך עצם ההוכחה מצויה גם ברמב"ן עצמו.

את קושיית הקצות ניתן לדחות, אם מוכנים להתגמש מעט ברמב"ן ובריטב"א. הקצות הניח שהרמב"ן והריטב"א יצרו תלות שקולה בין דין הגמרא בב"ק ע. ובין החילוק של גזלן ושואל. אך אין הכרח להבין כך.

ניתן להבין שהרמב"ן והריטב"א קבעו - מסברה צרופה - את שורש ההבדל בין גזלן לבין שואל. שורש זה אומר שהגזלן קונה משעת משיכה, והשואל קונה משעת האונס. רק אחר כך, וכתוספת נופך, הראו הרמב"ן והריטב"א שבעל הבית אינו מסוגל להקדיש חפץ גזול, ומכאן שהגזלן כבר קנה משעת המשיכה. אך העניין של יכולת ההקדשה אינו המניע הסיבתי לחילוק.

גם לשיטת ריש לקיש, שבעל הבית מסוגל להקדיש חפץ גזול, נוכל לטעון שהגזלן קנה כבר משעת משיכה. פשוט - קנייני הגזילה מנותבים לחיוב השבה, ולא למעמד הקנייני שמניב יכולת הקדשה. לכן - הגזלן קנה, לעניין חיובו באונסין, כבר משעת משיכה. וזאת למרות שקניינים רגילים אין לו, ובעל הבית יכול להקדישו.

עניין מקביל לקושיית הקצות עשוי להתעורר אם נבחן את הכיוון ההפוך. הרמב"ן והריטב"א הניחו שהמשאיל יכול להקדיש חפץ שאול. על בסיס זה הם יצרו את הפער בין גזלן לבין שואל. אך מדברי רש"י והראב"ן באותה סוגייה בב"ק ע., משמע שלא כך הם פני הדברים.

הגמרא אומרת (בלשון הראשון שם) שלא כותבים הרשאה על מטלטלין, מפאת קביעתו של ר' יוחנן. הרשאה היא מעין הקנאה, שבעל דין כותב לשלוחו¹⁸. הוא 'מקנה' לו את החפץ הנתבע, ובכך יכול השליח לדון במקום הבעל דין המקורי. כבר אי אפשר לומר לו - לאו בעל דברים דידי את, היות שזמנית - החפץ קנוי לו.

אלא שבעקבות דינו של ר' יוחנן אנו למדים שאי אפשר לכתוב הרשאה על מטלטלין. המטלטלין אינם ברשות בעליהם כדי למוכרם, ומכיון שפעולת ההרשאה זוקקת קניין - נמנעת היכולת לכתוב הרשאה על מטלטלין.

אילו היינו דבקים בגבולות המיתאר של ההוכחה מר' יוחנן, היינו מצטמצמים רק לתביעות של גזל. רק באלו קבע ר' יוחנן שהבעלים אינו יכול להקדיש, ולכן רק בהם נמנעת ההרשאה. אך רש"י על אתר מרחיב :

18 כך לפי אחת ההבנות המרכזיות בראשונים. בהמשך הדברים נתבסס על הבנה זו, משום שרהיטת הסוגייה בב"ק ע. תומכת בה, והדיון שלנו סביב שיטות הראשונים השונות כרוך בוריאציות שונות של התלות בין הרשאה לקניין.

ידהואיל ואינו ברשות הבעלים, אינו יכול להקנות¹⁹ לשליח, הלכך - אם אבד, יכול לחזור ולתבוע מיד הנאמן²⁰

(בבא קמא ע. רש"י ד"ה משום דר' יוחנן)

רש"י מדבר על תביעה מיד הנאמן. אילו שני בעלי הדין היו גזלן ונגזל, מאי נאמן איכא הכא? רש"י מתייחס, כנראה, למצב של מפקיד ושומר (למשל - משאיל ושואל). השואל הוא הנאמן שהחפץ הופקד בידו, ואף על פי כן - המשאיל לא יכול לכתוב הרשאה לשלוחו על החפץ השאול.

עניין זה נובע מיישום הכלל של ר' יוחנן גם לגבי משאיל ושואל. כלומר - משאיל אינו מסוגל להקדיש חפץ שאול, לפי שחפץ זה אינו ברשותו²⁰. והרחבה זו שמדוייקת מדברי רש"י, נאמרת באופן מפורש בדברי הראב"ן²¹. הראב"ן כותב כמענה לחתנו, ר' יואל הלוי :

"... דאילו ר' יוחנן לא אמר אלא בנגול... אבל פקדון - מצי מקדיש ויהיב... ואינהו נהרדעי אמרי - אפילו פקדון לא מצי מקדיש ויהיב..."

(ראב"ן סימן ע"ט)

מכל מקום, לפי רש"י והראב"ן יוצא שהמפקיד אינו יכול להקדיש את החפץ המופקד²². לפי גישת הריטב"א והרמב"ן נצטרך להסיק ששואל משלם כשעת משיכה, ולא כשעת האונסין.

אלא שגם מסקנה זו אינה מוכרחת. עדיין נוכל לפצל בין קנייני שואל לבין חיובי אחריותו. ואפילו אם קנייניו חלים כבר משעת המשיכה (כפי שדייקנו מרש"י ומהראב"ן), נוכל לומר ששער התשלום לחיובו באונסין נקבע מאוחר יותר, כשעת האונס עצמו.

19 רש"י מרחיב את דברי ר' יוחנן בעוד נקודה. ר' יוחנן דיבר על חוסר היכולת להקדיש, ורש"י מדבר על חוסר היכולת להקנות. גם על הצורך בהרחבה זו עומד הראב"ן, שיצוטט לקמן.

20 ייתכן שעניין זה קשור גם לשאלת המוחזקות בחפץ שאול. מהתוס' בב"ב סא: ד"ה ארעתא עולה שהשואל מוחזק, ומהתוס' המקביל בב"מ קג. ד"ה פרדיסי עולה שמשאיל מוחזק. עיין גם בקצות בסימן מ"ב סק"ב.

21 ראוי לציין שהראב"ן מפריד בין עמדת ר' יוחנן לבין דעת נהרדעי. ההרחבה לפיקדון מתבצעת, לדברי הראב"ן, דווקא אצל נהרדעי. זאת בניגוד למה שמשמע מרש"י, המפרש את שיטת ר' יוחנן.

22 חרף העובדה שזוהי ההבנה הפשוטה ברש"י, מתקשה הקצות בהעמדתה. עיין בדבריו הארוכים בסימן קכ"ג סק"א. מכל מקום, דברי הראב"ן מפורשים בעניין זה.

ו. שער התשלום - הני שקולאי

המוקד השני, כאמור, הוא בסוגיית הני שקולאי. המקרה הנידון הוא של חבית ששווה ביום השוק יותר מבשאר הימים, וסבלים שברו אותה. הגמרא קובעת ששער התשלום נמדד על פי שעת ההחזרה, וכן פוסק הרמב"ם :

"הסבל ששבר חבית של יין לחנווני ונתחייב לשלם, והרי היא שוה ביום השוק ארבעה ובשאר הימים שלשה, אם החזירו ביום השוק - חייבין להחזיר חבית של יין, או ישלמו לו ארבעה... החזירו לו בשאר הימים - מחזירין לו שלשה, ומנכין לו בכל זמן טורח שהיה טורח במכירתה ופגם הנקב שהיה נוקב החבית²³..."

(רמב"ם הלכות שכירות ג/ג)

לכאורה, תימה על הרמב"ם - כיצד ניתן לשלם שלושה, ולהיפטר מחבית של ארבעה? מכאן מסיק המחנה אפרים בסימן מפורסם, עיקרון בסיסי ביותר בדיני נזיקין. העיקרון הוא שהחיוב בנזק - ביסודו של דבר - איננו חיוב דמים, אלא חובה לתקן את המעוות²⁴. אם אפשר לשקם את הנזק בפועל - מה טוב²⁵. גם כסף הוא תחליף רצוי, אלא שערכו נקבע לאור הערך של תיקון הנזק.

²³ במאמר מוסגר נעיר על תופעה מעניינת שקשורה לנקב זה שמציין הרמב"ם. בגמרא בב"מ צ"ט: מובאות שתי גירסאות בראשונים - האחת היא שיש לשלם דמי ברזנייתא, והשנייה היא שיש לשלם דמי כרזנייתא.

רש"י על אתר גורס דמי ברזנייתא, ומפרש שני פירושים בכך, שניהם סביב הוצאות הברז שיש להתקין לחבית. אך הר"ף בדף נז. באלפס גורס דמי כרזנייתא, והפירוש הוא - כפי שמופיע בראשונים הגורסים כך - דמי הכרוז שמכריז על מכירת החבית. אם מתבוננים בפירוש רש"י שעל הר"ף, מגלים דבר מעניין. גם הוא מביא שני פירושים (בדומה לרש"י על הש"ס), אך הפירוש הראשון שלו שונה מפירושו של רש"י. הפירוש הראשון שלו הוא דמי הכרוז, בהתאם לגירסת הר"ף - דמי כרזנייתא.

מכאן ראייה מובהקת לכך שהמפרש של הר"ף איננו רש"י. הרב אברהם חבצלת קובע, במאמרו המרתק במוריה (שנה 19 גליונות א-ב [ריז-ריח]) שבעל רש"י על הר"ף הוא ר' ישראל בר' יואל זוסלין. הוא העתיק את רש"י שעל הש"ס, על מנת להקל על הלומדים של הר"ף, אולם נאלץ לעשות את השינויים הקלים המתבקשים במקומות שונים. דוגמה אופיינית היא במצב של הבדלי גירסאות בין רש"י לבין הר"ף, כפי שקורה בסוגייה של הני שקולאי. לדעות נוספות בדבר זהותו של רש"י על הר"ף, ראה - גרוסמן, חכמי צרפת הראשונים, עמודים 230-231.

²⁴ עיין במחנה אפרים בהלכות נזקי ממון סימן א'. האמת היא שעיקרון זה מנוסח בקצרה כבר במגיד משנה בהלכות שכירות ג/ג, וכך מציין גם המחנה אפרים עצמו. כדאי להעיר, שעמדת הרמב"ם (וכך מדגיש המ"מ) נובעת גם מגירסה שונה שהיתה לו בסוגיית הגמרא.

²⁵ וכך עולה מלשון הרמב"ם. הרמב"ם פותח את חיוב ההחזרה ב'חבית של יין', ורק אחר כך מסביר מהו שיעור החיוב אם הסבלים מחליטים לשלמו בכסף.

המחנה אפרים קושר את העניין גם למחלוקת הרמב"ם והראב"ד בהלכות טוען ונטען, ביחס לתביעת קרקע. כך פוסק שם הרמב"ם :

"וכן החופר בשדה חברו... חייב לשלם, בין שטענו שחפר והוא אומר - לא חפרתי, או שטענו שחפר שתי מערות והוא אומר - לא חפרתי אלא אחת, או שהיה שם עד אחד... הרי זה נשבע הסת על הכל"

(רמב"ם הלכות טוען ונטען ה/ב)

הרמב"ם מתייחס למצבים שברמה העקרונית גוררים חיוב שבועה - מצב של מודה במקצת, ומצב של עד אחד. אך כאן תמיד פוסקים שאין שבועה (מלבד שבועת היסת), היות שאין נשבעין על הקרקעות. על תמידיות זו, חלק הראב"ד :

"א"א - נראין הדברים שתבעו למלאות החפירות ולהשוות החצירות, אבל אם תבעו לשלם פחתו - הרי הוא כשאר תביעות ממון..."

(השגת הראב"ד הלכות טוען ונטען ה/ב)

הראב"ד מחלק בין שני תרחישים :

תרחיש אחד - כאשר הניזק תובע תביעת קרקע, למלא את החפירות. במצב כזה נכונה פסיקת הרמב"ם, שהרי זוהי תביעת קרקע מובהקת, והכלל של 'אין נשבעין על הקרקעות' תקף²⁶.

תרחיש שני - כאשר הניזק תובע תביעת ממון, לשלם לו על נזקי החפירה. זו כבר איננה תביעת קרקע, שהרי הניזק לא דן בקרקע עצמה, אלא בסך הכל מעוניין בתשלומים. כאן, לטענת הראב"ד, אין מקום לפסיקת הרמב"ם. שהרי פה מדובר בתביעת ממון, ועל ממון - ודאי שנשבעים במצב של מודה במקצת או של עד אחד. מהו, אם כן, פשר פסיקתו של הרמב"ם? המחנה אפרים מסיק מפה, שלפי הרמב"ם - כל תביעת נזיקין היא תביעה לתיקון הנזק, גם אם בפועל המזיק משלם ממון ולא מתקן.

ממילא - גם בהלכות טוען ונטען, מדובר בשני התרחישים בתביעת קרקע שאין נשבעין עליה. כך או כך, זוהי תביעת נזיקין, ולכן - ביסודה - היא לא תביעת ממון²⁷, אלא תביעה לתיקון הנזק.

²⁶ ראוי לציין, שעמדת הראב"ד מרחיקת לכת מעבר להצעות שבהן דנים הגר"ח והמחנה אפרים. שכן, הם התמקדו בגובה התשלום, ואילו מהראב"ד משמע שהניזק יכול להכתיב גם את צורת התשלום - מילוי החפירות, ולא השבת כסף.

²⁷ עקרונית דומים מנסח גם הגר"ח בחיבורו, בהלכות טוען ונטען ה/ב. הוא בונה תמונה מורכבת יותר, ומשלב בדיונו גם את ההשוואה לחובל שמוזכרת בראב"ד, ויסודות הלכתיים נוספים.

על הסברו של המחנה אפרים ביחס למחלוקת הרמב"ם והראב"ד, ניתן לחלוק משני כיוונים :

כיוון אחד - גם אם החיוב ביסודו הוא חיוב לתקן את הנזק, את השבועה שופטים לפי אופי התביעה בפועל. ולכן - אם בפועל תבע הנזק תשלום ממוני, תהיה שבועה, גם אם יסוד החיוב הוא תיקון של הקרקע.

כיוון שני - על הסיפור שמופיע ברמב"ם, אף פעם לא תהיה שבועה, בלי קשר לאופי של תביעת נזיקין. פשוט, שבועה היא אודות סיפור הדברים, וכאשר זהו סיפור של קרקעות - אין שבועה.

מכל מקום, אם מקבלים את דיוקו העקרוני של המחנה אפרים, ניתן לצאת מתוכו לדיון בדיני שומרים. אם מניחים שפושע כמזיק, אזי ניתן לחפוף - במקרים של פשיעה - בין דיני שומרים לבין היסוד שחושף המחנה אפרים ביחס לאופי של תשלומי נזיקין. ולא חייבים להצטמצם לפשיעה. גם לגבי יסוד הרשלנות כמחייב בשומרים, ניתן להכפיף את חידושו של המחנה אפרים, וליצור רצף בין חובת המזיק לתקן את נזקו ובין חובת השומר להשיב את הפיקדון.

אלא שכהמשך לקו חשיבה זה, ניתן לטעון ששומר תמיד מחוייב - ברמה הבסיסית - בהשבת החפץ, ולא בחיוב דמים. וזאת, אפילו אם במזיק כן מדברים על חיוב דמים, ושוללים את סברת המחנה אפרים.

שהרי מעמד השומר, בתשתיתו הבסיסית, מוסב על שימור הקיים. לכן גם חובתו העקרונית איננה חובת תשלום, אלא הדאגה להחזיר את המצב לקדמותו. ואכן - במחנה אפרים מובא החידוש בפתח הלכות נזקי ממון. אך את יתדותיו הוא תומך ברמב"ם בהלכות שכירות. וייתכן, שכל היסוד שבנה המחנה אפרים בדיני נזיקין, לקוח בכלל מדיני שומרים.

את דיני הנזיקין נפקיע לחלוטין מהסיפור של הני שקולאי, על סמך התפיסה שאומן הנכשל במלאכתו - איננו מזיק כלל²⁸. כך גם הסבל אינו מתחייב כמזיק, אלא כאומן. יסודות חיובו הם בדיני שומרים, ולכן חיובו הבסיסי הוא בהשבת החפץ, אפילו אם במזיק רגיל נטען שהחיוב הבסיסי הוא תשלום דמים.

28 שורש לדבר, בעמדת הרמב"ן בסוגיית אדם מועד לעולם. הזכרנו מספר פעמים את מחלוקת הרמב"ן והתוס' ביחס להיקף הכלל הזה. לפי הרמב"ן, אדם מועד לעולם ואפילו באונס גמור. אחת הקושיות כלפי שיטה זו, היא הפטור שמובא בגמרא בטבח אומן שקלקל. מדוע הוא פטור? הרי כמזיק, אמור לחול עליו הכלל של אדם מועד לעולם!
הרמב"ן משיב, שטבח אומן כלל איננו מזיק. מזיק הוא מישהו שפלש לרשותך וגרם לנזקים. אך הטבח לא פלש לרשותך. אדרבה - הוא טיפל בבהמה באישורך ולבקשתך, ולכן יצא מגדר מזיק, ולא חל עליו הכלל של אדם מועד לעולם.

