

אותו, והלא ודאי יש לחוש שיפסלוהו אח"כ לעדות ולשבועה (שהרי לכמה שיטות הינם נאמנים להעיד אח"כ) — אלא שם שונה, כיון שיודע שיכולים להכחישו ואעפ"כ נשבע — מניחין אותו להשבע] (עפ"י מנחת שלמה סו"ס פד. ויסוד הפירוש מבואר ברשב"א ובריטב"א).

ומובן בזה מדוע [לפרש"י] אין יכול הלווה לומר כיון שתקנו חכמים לטובתי, שלא אפסל, לא ניחא לי בתקנת חכמים — דלא דמי לכל שאר תקנ"ח שלטובתו, כי כאן חששו שעושה כן מתוך פזיזות ולא בדעת שלמה, הלכך לא אדון הוא בדבר זה.

ואולם לפי מסקנת רב אשי שהנידון הוא רק על מי שנשבע תחילה, אין הכרח לומר ששונה משאר תקנות חכמים שתקנו לטובתו, ואם אכן מאמינו שאינה ברשותו ואינו חפץ להשביעו — הלווה נשבע לבדו. וכן מבואר בראשונים בסמוך.

דף לה

'שיש עדים שנשרפה. אי הכי מהיכא מיייתי לה?' — וכוונת רבא היתה שזיהו את הפקדון על פי סימנים, אך אפשר שאינו אותו פקדון. ויש מפרשים שהחל המשכון להשרף, וכבר בטל החשש שמא עיניו נתן בו, הלכך אין מקום לשבועת אינה ברשותו, אבל עדיין אפשר לשער את שוויו על פי החלק שלא שלטה בו האור (עפ"י ריטב"א, חתם סופר).

'אביי אומר: גזירה שמא יטעון ויאמר לו אחר שבועה מצאתיה' — ואם תאמר, אם אתה חושש שנשבע לשקר שאינה ברשותו, הלא לפי אותו צד אין לך להשביעו כלל, ואם כן מדוע תקנו שבועה למלוה במקום הלווה?

ואפשר שאין כוונת אביי שנשבע לשקר אלא חוששים שמא באמת אינו יודע איפה הוא, ולא יחזור אחריו כיאות ויישבע שאינו יודע אם הוא ברשותו, ולאחר זמן יחפש ויוציא את הפקדון. (וכן משמע קצת מדברי הריטב"א).

'כל לא ידענא פשיעותא היא' — ע' בראשית ד, ט' לא ידעתי השמר אחי אנכי', דמשמע דאי הוה שומר, שפיר מחייב על לא ידעתי (הערת הגר"א נבנצל שליט"א. וכ"כ הגר"ח קניבסקי שליט"א בספרו 'טעמא דקרא').

— כתב בספר נתיבות המשפט (רצא סק"ד): אין חיובו מדיני שומרים, משום פשיעה [גרידא], שאם כן היה לו להפטר כשבעליו עמו, ואין הדין כן [והוכיח זאת] — אלא חיובו מדין 'מזיק', שאפילו לא היה כלל שומר, מאחר ולקח חפץ חבירו והטמינו, אפילו על מנת לשמרו לחבירו, ועל ידי מעשיו בחפץ הפסיד לבעלים, שהניחו במקום שאי אפשר למצאו — מזיק גמור הוא. (וע"ע בענין זה בנתי"מ רלב סק"י; שא סק"ב, ובמש"כ בב"ק כ).

בספר בית ישי (צב, הערה ב) פקפק על סברא זו, וגם הביא מאחרונים שתמהו מסוגיתנו שמשמע שמדין פשיעה נגעו בה, כי אם חיובו משום 'מזיק', מה ענין זה אצל משנתנו, לדין 'שילם' ולא רצה להשבע.

ולכאורה י"ל שדעתו של המפקיד להקנות הכפל לשומר בכל גווני שמשלם, מה לו אם משלם מדין 'שומר' או מדין 'מזיק'. וע"ע בחזו"א (חו"מ ה, ו יח יט) על סברת 'כל לא ידענא...' — אי ידיעת השומר מחייבתו, גם כאשר המפקיד מאמינו

שאינו יודע, ואף אם עד אחד מעיד שהוא אנוס — לפי ששיעבד עצמו מעיקרא לידע את מאורעות הפקדון, ולשלם אם לא ידע. ולפי זה י"ל שדוקא גבי שומרים אמרו זאת, ולא בעלמא. ונתישבה הערת הקה"י בגליונותיו ממשנת תרומות ב,ב. וע"ע בענין זה בשו"ת אור שמח ח"ב טו.

'ההוא גברא... אתא לקמיה דרב נחמן... אמר רבא: הוה יתיבנא (כשדן דין זה. רש"י) קמיה דרב נחמן ופרקין המפקיד הוה, ואמרי ליה שילם ולא רצה לישבע. ולא אהדר לי...' — ע' ב"ק צו: שאמר לו רב נחמן לרבא: 'לא אמינא לך כי יתיבנא בדינא לא תימא לי מיד'. ועוד בכמה מקומות מצינו שרב נחמן ישב בדין ופסק מה שפסק, ורבא תלמידו הקשה על דבריו — בב"ב כט:—ל. סנהדרין לא, ושם כה.

'זבנא אורתה ויהבה במתנה, ודאי הני מעיקרא אדעתא דארעא נחות ולא אדעתא דזווי נחות' — יש מפרשים 'אורתה' — כגון שכתבה בחייו לאחד מיורשיו או במתנת שכיב מרע, דומיא ד'זבנה ויהבה במתנה', אבל בירושה הבאה מאליה — עומד היורש במקום מורישו, ומחזיר. שאין לומר בזה 'אדעתא דארעא נחית' שהרי לא טרח בה כלום. ובזה מתפרשים דברי הגמרא לענין בעל, שאילו היה דינו כיוורש ולא כלוקח — היה חייב להחזירו ללוה (עפ"י רא"ש רמב"ן רשב"א ור"ן). ואילו התוס' מפרשים 'אורתה' — ירושה כפשוטה. וזה שהוצרכו לומר שהבעל עשאוהו כלוקח — משום הסיפא, שאם היה דינו כיוורש, היו חייבים להחזיר לו. [ובטעם שיטתם יש לומר, שחכמים לא רצו לתקן תקנה משום 'ועשית הישר והטוב' לגרע ולהפסיד עי"כ כחו של יורש. עפ"י תומים קג סקי"ד].

(ע"ב) 'זמאימת אכיל פירי? רבה אמר מכי מטיא אדרכתא לידיה' — רש"י פרש, משעה שנמסר לידו פסק דין המרשה לו ליקח מנכסי הלווה. והריב"א דחה זאת, שהרי אינו יודע מאיזו קרקע יגבה ואין עתה שום שומא ושום זכיה. ולכך פירש שמדובר באדרכתא של חליטה, שכבר זוכה בקרקע מסוימת. שזא סובר רש"י, כשלבסוף גבה קרקע זוכה בפירותיה למפרע משעת האדרכתא, שאינו בדין להמתין למעלה מתשעים יום עד שיפסקו הדין וישלמו ימי ההכרזה והגביה, ובינתים יפסיד פירות כל אותו הזמן. ואולם בתוס' (טז: ד"ה בשטרי) משמע לכאורה שאוכל פירות מיד. ונראה מדבריהם שלרבה נכנס מיד לקרקע אלא שאינה נחלטת בידו עד שיכריזו ויכתבו שטר חלטה. וכתבו אחרונים להזכיר מכאן שגביית בית דין אינה צריכה קנין, אלא נעשית שלו מיד כשפסקו בית דין וכתבו לו שטר (עפ"י נתיבות המשפט — שדמ. וע' אבי עזרי מכירה ה,ד; ריש הל' מלוה ולוה; אישות יח,יא).

'השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה... והשואל ישלם לשוכר' — יש להזכיר מכאן לכאורה שתשלומי הנזק אינם מגיעים לזה שנחסר ממון, אלא לזה שהוא הבעלים על זכות התשלומין, שהרי כאן השוכר לא הפסיד את גוף הפרה אלא זכות שכירתו, ואעפ"כ זוכה בתשלומין. ונוגע הדבר לשורף ביתו של חבירו והבית מבוטח באחריות, שאף על פי שבעל הבית מקבל את מלוא ערך הבית ונמצא שאינו נפסד — הוא הבעלים על זכות התשלומין, ולא מקבלי האחריות (עפ"י קובץ

שיעורים כתובות ריו. וע' בקוב"ש ב"ב אות יז; קה"י — ב"ק כב. אבי עזרי (קמא) — נזקי ממון ה,א. וע' במובא בב"ק עה. ושם קיא.
 ויש מקום לדחות הראיה, ששומר שונה ממוזיק, לפי שמשלם מפאת התחייבותו, והרי נתחייב לשוכר ולא לבעלים. וע'ע להלן).

'אמר ר' יוסי: כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, אלא תחזור פרה לבעלים' — בטעמו של ר' יוסי, כתבו התוס' שאומר לו המשכיר: איני חפץ בשבועתך או בהבאתך עדים שנאנסה, ואזי השוכר אינו קונה כיון שלא נשבע ונפטר, וכסברת המקשה בגמרא. [ויש לבאר ענין 'קני בשבועה', היות שהשואל לא נתחייב למשכיר אלא לשוכר בלבד, אין המשכיר יכול לדון עמו לאחר שהשוכר כבר נשבע ונפטר לגמרי מאחריות, שאז אומר לו השואל לאו בעל דברים דידי את].

ולפי זה כתבו התוס', אילו היה המשכיר נוכח בשעת מיתתה, שאין השוכר צריך לו לכלום, לא להשבע ולא להביא עדים ולהפטר — מודה ר' יוסי שהשואל ישלם לשוכר, שכבר קנאה השוכר. והרא"ש כתב (וכן צידד בתוס' שאנץ — בשטמ"ק) שטעמו של ר' יוסי לדון כאילו השוכר השאיל בשליחותו של המשכיר-הבעלים, הלכך דין השואל עם המשכיר ולא עם השוכר. וכיוצא בזה כתבו הרשב"א והריטב"א, שסובר רבי יוסי שהשואל נחשב כשומר של הבעלים ונכנס תחת השוכר. וכן דייק הר"ן מהרמב"ם ומהרי"ף.

[אף לפי פירוש התוס', לדעת ר' יוסי בעל הפקדון הוא בעל-דינו של השואל, ולא השוכר. והוכיחו שאין לפרש שהשוכר הוא הבעל-דין, והבעלים תובעו על דמי הפרה שקיבל כאילו הפרה עצמה בידו, שהרי מבואר (להלן צו. וכן פסק הרמ"א שמו, יז. וע' ט"ז רצא ובשו"ת אחיעזר ח"ד סז) שלר' יוסי, כשהשוכר עם השואל, אין זה כ'שאלה בבעלים, ועל כרחק שנידון המשכיר כאילו הוא השאילו. ואולם, היה מקום לומר ששתי הסברות אמת (ע' אמת ליעקב). אך דוחק הוא לומר שרבנן ור"י פליגי בתרתי].

החזון-איש (תו"מ ת,ה) הוכיח ששעבוד שומרים חל כלפי החפץ ואינו חיוב ממון בעלמא בין האישים [והרי המתחייב ממון לחבירו דינו בבינונית ואילו השומרים דינם בעידית], ואין דיני שומרים חלים כשהפקיד דבר של הפקר. וזה שהשואל משלם לשוכר הגם שאינו בעלים, הסביר, מפני שהוא בכלל שימוש השכירות, שהבעלים נותנים רשות לשוכר להשתמש בבהמה, ולמסרה לשואל ולזכות בתשלומיה.

ולר' יוסי — מוכח הדבר מיניה וביה, שאם לא כן מדוע תחזור פרה לבעלים, והלא השואל לא התחייב לבעלים מאומה, ואם השוכר בעצמו אינו זוכה — היה לו להיפטר לגמרי. אלא מבואר שעיקר החיוב הוא לבעלי החפץ, והשוכר זוכה מהבעלים (לרבנן), שהקנה לו הגוף לתשלומין אלו, כאמור. ואולם אין ראיה מר' יוסי לחכמים. עד כאן מדבריו. (וע"ע בספר אמת ליעקב).

לאור זאת יש מקום גדול לומר שלא אמר רבי יוסי 'כיצד הלה עושה סחורה...! אלא לענין השאלת הפקדון הלאה, שהשואל חייב לשלם על החפץ, אבל אם למשל ביטח השוכר את הפקדון, אפשר שדמי הביטוח לא יעברו לבעלים אף לר' יוסי, שהרי זה הסכם בין האישים, היינו השוכר עם הצד המבטח, והבעלים אינו צד באותו הסכם.

ואף אם לא ננקוט כהחזון"א, ונדון כל חיובי שומר כהתחייבות לאיש, יש מקום גדול לחלק בין העברת הפקדון לשומר או שואל, להסכם ביטוח החפץ ללא שום פעולה בחפץ, שהרי זה כדבר חיצוני, ואין לבעלים שום נפקותא במה שזה סיכם עם אחרים. והרי כל דיני שומרין ממשכים ונשארים עליו כמקודם.

וכבר דנו בדבר האחרונים, ויש סוברים [עפ"י השבות-יעקב] שכל שהשומר הוציא הוצאות, כגון שומר חנם שנתן לשומר

שכר, מודה רבי יוסי שהתשלום מגיע לשומר. גם צרפו שיטת הנמוקי-יוסף שכשעשה ברשות שאני. וכתבו כמה מן האחרונים לפשר בין המפקיד לשומר (ע' שואל ומשיב ח"ג קכה; אור שמח שכירות ה,ו. וראה בקובץ 'תחומין' ב, מאמר הגר"ע בצרי שליט"א). ולאור האמור יש לדון מעיקרא על עצם ההשוואה בין ביטוח להעברת החפץ לשומר. [עוד נראה לכאורה עפ"י ד' האו"ש, שאם דמי הביטוח שהוציא, שוים לדמי הנכס או יתרים עליו — אין זו 'עשיית סחורה' בפרתו של חברו, וכל תשלומי הביטוח מגיעים לו].

ובאופן החפץ — משכיר שביטח את החפץ, דן האו"ש (שכירות ז,א) לחייב את השוכר [בדליכא אונס, כמובן] לשלם למשכיר, ואינו יכול להיפטר בטענה שאין לו הפסד מפני שמקבל דמי הנכס מחברת הביטוח. והוכיח מהמשך הסוגיא, שראובן שהשכיר לשמעון ובתוך ימי שכירותו השאילה שמעון לראובן, וארע אונס — צריך ליתן לו שתי פרות, חדא דשאלה וחדא דשכירות, ואין יכול לומר לו, אילו היתה הפרה קיימת הרי לא היתה חוזרת אליך אלא לעשרה ימים, והרי עכשיו יש לך פרה חלוטה לעולם, ופטור אני מחיוב השכירות. אלא מוכח שאין זו טענה, 'אע"פ שיש לדחות, בכל זאת הראיה היא חזקה... והדין ברור שהשוכר שקיבל אחריות, משלם דמי הבית. כן נ"ל לדינא בס"ד'.

'מכדי שוכר במאי קני להאי פרה — בשבועה, ונימא ליה משכיר לשוכר דל אנת ודל שבועתך... אמר ליה: מי סברת שוכר בשבועה הוא דקא קני לה, משעת מיתה הוא דקני, ושבועה כדי להפיס דעתו של בעל הבית' — יש לשאול, מנין ההנחה הפשוטה שהיתה למקשה, שהשוכר קונה את הפרה בשבועה, והלא לכאורה מסתבר יותר לומר שקנין הפרה הוא הפטור, במיתתה, אך מה טיבה של השבועה לעשות קנין?

עוד תמה הגרעק"א, מהו זה שהזכירו 'כדי להפיס דעתו של בעה"ב', וכי צריכים ליתן טעם על שבועת השומרים — 'כדי להפיס...', והלא די בכך שגזרת הכתוב שעל השומר להשבע שכדבריו כן הוא, ומה הצורך בתוספת זו כדי לתרץ קושית המקשה?

ויש לפרש שהמקשה הסתמך על לשון המשנה, 'ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר', שלכאורה היה לו לומר להפך, ישלם השואל לשוכר, כי הוא בעל-דינו, והשוכר ישבע לבעלים [ועוד, לכאורה אין צורך כלל לומר שישבע, כי ודאי כך דינו], ומהקדמת 'ישבע השוכר' משמע שחובו של השואל לשוכר מותנה בכך שהשוכר נשבע, ועד שלא נשבע יכול הוא לומר לו 'לאו בעל דברים דידי את'. [וכיוצא בזה דייקן בב"ב כד: מלשון המשנה].

אלא מזה מבואר שאכן השבועה היא הגורמת קנין לשוכר, ורק אז הוא נהיה לבעל-דינו של השואל. וזהו ששאלו 'מכדי שוכר במאי קני... בשבועה'.

ותרצו, לעולם קנאה משעת המיתה, ועוד בטרם נשבע הרי הוא 'בעל-דין' עמו, וזה שהצריכוהו להשבע לפני תשלום השואל, מטעם אחר אמרו כן — כדי להפיס דעתו של בעה"ב על ידי השבועה, שלכן אינו יכול לקבל תשלומין בעד הפרה, מפני שלא פייס את הבעלים. אבל בלא הכי, יכול היה לתבוע את השואל מיד.

נמצא שאין כאן נתינת טעם על עיקר שבועת השומרים, אלא על הקדמת השבועה. 'וזה דבר נכון בכונת הגמרא' (בני ציון — קיד, לקדוש רבי בן ציון מיטאווסקי, שנקטף בדמי ימיו. הי"ד). עוד בבאור השקלא-וטריא בסוגיתנו — ע' אבי עזרי ריש הלכות שכירות.

'אמר רבי ירמיה: פעמים ששניהם בחטאת, פעמים ששניהם באשם, פעמים...' — סגנון זה מציאנו בדברי ר' ירמיה בשלשה מקומות בש"ס — כאן, ובסוכה ט: ובבכורות נו: (וע"ע בירושלמי שקלים דף ז.).