

בדין מתנה על מה שכתוב בתורה

שנינו במסכת בבא מציעא (דף צד.), "מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם, נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם." ויש להסתפק, האם ש"ח גם יכול להתנות לפטור את עצמו מחיוב פשיעה.

ועיין בהגהות אשרי (שם סי' י"ז), "וכתב ה"ר ברוך מריגנשפורג מדלא נקט גבי ש"ח להיות פטור מתשלומין כדקתני גבי ש"ש משמע דלא מיפטר אם פשע אפילו התנו. מא"ז.¹ וצ"ב בטעם חילוק זה.

ויש לבאר שיטת ר' ברוך ע"פ דברי הריטב"א בהמשך הסוגיא, "...והפירוש הנכון בזה בעיני דהא דשומרים לא דמי לאידך דאיתמר בהו מתנה על מה שכתוב בתורה, דבכולהו אידך אזהר רחמנא בהדיא דבאונאה כתיב אל תונו ובשביעית כתיב לא יגוש ובשאר וכסות ועונה כתיב לא יגרע ובאלו רחמנא קפיד בהו, הילכך כל שמתנה כנגד זה מתנה על מה שהקפידה תורה, אבל בדיני שומרים לא גלי קרא קפידא ולא אזהר עליה שלא יפטר מדיני שומרים אלא שגזר הכתוב על השומרים שמקבלים שמירה סתם מה יהא דינם, אבל כל שפירש לגרוע מחיובו ולא נחית להכי לא קפיד רחמנא כלל וכשמתנה לגרוע מחיובו או להוסיף אינו מתנה על דין תורה."

ולפ"ז י"ל שבשומרים רק בדברים שלא קפיד עליו רחמנא ולא הזהירה התורה עליה אפשר להתנות, אבל בדברים שהתורה הקפידה עליו כגון פשיעה מסתבר שאינו יכול להתנות כנגדה.

ומהלך זה מבוסס על דברי הרמב"ם הלכות שכירות (פרק ב הלכה ג) "...אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא." ויש להעלות לפי הרמב"ם שכמו בכל מזיק יש איסור מזיק, גם בפושע יש איסור מזיק.

¹ אמנם אין זה מוסכם בפי כל הראשונים. ועיין מאירי על התער שכתב וז"ל, "...ומ"מ אם התנה כן ע"מ לפטור אף בזו פטור כמו שביארנו בסוף החובל, אלא שסתמן של דברים אין אדם מתנה בכך אבל דרך ש"ח להתנות ליפטר משבועה."

ממילא לפי חילוק של הריטב"א, מבואר למה סבר ר' ברוך ששומר אינו יכול להתנות לפטור את עצמו מחיוב פשיעה.²

מקור וטעם לדין מתנה על מה שכתוב בתורה

עיינן תוספות גיטין (עה.) "וא"ת בשלמא תנאי כפול ותנאי קודם למעשה והן קודם ללאו ילפינן שפיר מתנאי בני גד ובני ראובן מדנכתבו בזה הענין שמע מינה בעינן כי האי גוונא אבל שלא יהא מתנה על מה שכתוב בתורה ואפשר לקיימו ע"י שליח היכי ילפינן מהתם כדאמרינן בכתובות (דף עד.) דלמא בלאו הכי נמי מועיל תנאי אלא דהכי הוה מעשה וי"ל משום דכל התנאים הכתובים דמייתי בקידושין בפרק האומר (דף סא.) הוה בעינן זה שמע מינה דבעינן ממש כי האי גוונא ואם בחקותי תלכו ואם תאבו ושמעתם נמי רוב מצות ע"י שליח."

נראה מתוספות שהוא גזירת הכתוב, שכמו שבתנאי של בני גד וראובן לא היו מתנים כנגד התורה, הה"נ כל תנאי צריך שלא יהיה כנגד התורה.

וכעין זה מצינו בתוספות כתובות (נו. ד"ה הרי זו וכו') שכתבו, "דאורי"י דאי לאו דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן ה"א דשום תנאי אינו מבטל את המעשה ואפילו לא יתקיים בסוף המעשה קיים והשתא דילפינן מהתם דמהני תנאי לבטל המעשה אמרינן דדוקא כשאינו מתנה על מה שכתוב בתורה דומיא דבני גד ובני ראובן שלא התנו על מה שכתוב בתורה."

ועיינן רמב"ן ורשב"א למסכת ב"ב (דף קכו:) שהביאו מר"ת ביאור אחרת בדין זה. לר"ת, התנאי בטל משום שאנן סהדי שכל תנאי שהוא כנגד התורה הוא שלא בכוונה, והוי רק כמפליג בדברים.³

² אמנם, יש מק' להסתפק אם איסור במזיק ממון של חבירו גם שייך למי שפושע בשמירתו. ואולי תלוי על מחלוקת בין הראשונים במקור לאיסור מזיק. עיינן יד רמה מסכת בבא בתרא (דף כו. ד"ה אלא מסתברא וכו') שמביא ב' מקורות לאיסור מזיק. או משום לפני עור לא תתן מכשול או משום ואהבת לרעך כמוך. ולכא' לפי מקורות אלו, מסתבר לומר שכמו שאסור להזיק ממון של חבירו ביד, גם אסור לפושע בשמירתו (שהוא כמזיק) שבשניהם יש כאן לפני עור... ובשניהם יש חסרון ב'ואהבת לרעך כמוך."

אמנם עיינן בפירוש רבינו יונה (אבות פרק א משנה א) למקור אחר לאיסור מזיק והוא מ"לא תגזול". לפי זה י"ל שאיסור זה רק שייך למי שגזול ולוקח איזה חפץ, אבל מי שרק פשע בשמירתו לחוד לא נעשית גזלן על הדבר השמור ברשותו.

ועוד עיין שם ברמב"ן שמביא סברת עצמו למה התנאי בטל וז"ל, "...וכיון שחלו לא חלו לחצאין שאין אישות לחצאין..." כלומר, לפי הרמב"ן כל היכא שהתורה קבעה דברים מיוחדים לחלות מסויים א"א לשנות אותם, שא"א ליצור חלות חדש. וזוהי גופא סיבה למה כל המתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאי בטל.

וכן הם דברי הרמב"ן בהמשך הגמרא (סד"ה אפילו תימא), "...אא אפשר לקדש אשה שלא יתחייב לה בשאר כסות ועונה שהתורה חייבתו, ולא דוקא אישות אלא שאין לך דבר בתורה שאפשר לעשותו לחצאין בתנאי הבא לבטל מקצת ולקיים מקצת וכדכתיבנא."

ובדומה לזה עיין תוספות כתובות (שם) שהקשו, "...אבל קשה דלענין נזקין (וערכין) נימא שלא יוכל למחול דמתנה הוא על מה שכתוב בתורה וכי תימא ה"נ והתנן בהחובל (ב"ק דף צב.) קרע את כסותי ושבר כדי על מנת לפטור פטור... י"ל דנזקין לא דמו לקדושין דהכא היינו טעמא דאין קדושין לחצאין דאין לך קדושין שאין לה עליו שאר כסות ועונה וכן גבי נזיר אין נזיר לחצאין אבל גבי נזקין לא שייך למימר הכי."

נראה מתוספות שגם הם הסכימו שמתנה ע"מ שכתוב בתורה רק שייך היכא שהוא משנה איזה חלות ורוצה ליצור חלות חדש. ולכן במי שפוטר חבירו מנזיקין, שאינו משנה איזה חלות ורק פוטר חבירו מלשלם, אינו בדין מתנה על מה שכתוב בתורה.⁴

³ ויש לבדוק אם לפי זה יוצא שהיכא שאנו יודעים בוודאי שמתכוין באמת למה שהתנה שאז התנאי יחול.

⁴ אמנם צריך עיון, הלא לעיל הבאנו מתוספות זו שהסכימו למה שכתבו תוספות גיטין שמקור לדין זה הוא מגזירת הכתוב. וא"כ דבריהם סותרים אהדדי.

ובפשוטו י"ל שבסוף תוספות מפרשים טעם של גזירת הכתוב.

אמנם טעם זה קשה להלמו עם המקור עצמו. שהלא בתנאי ב"ג ובני ראובן מדברים על אותם שבטים שרצו לקחת חלק מיוחד מהארץ. ואיזה חלות נשתנה ע"פ תנאיהם.

וצריך לומר שבירושת ארץ ישראל חל על כל יורש חלות שם יורש ויש עליו דינים פרטיים. ומי שמתנה עליה לשנותם הוי כמתנה על מה שכתוב בתורה והוי כיוצר חלות חדש של ירושה.

ועיין בתוספות הרא"ש כתובות (דף נו.) שגם מתייחס לקושיית תוס' וז"ל, "...וי"ל דלא דמו לקידושין דקידושין היינו טעמא דאין קידושין לחצאין שאין לך קידושין שאין בהן שאר כסות ועונה וכן לגבי נזיר אבל בנזקין דממנא שייך ביה לחצאין, ולא נהירא דהא לקמן בפ' הכותב גבי ירושת הבעל דהיינו דבר של ממון קרי ליה מתנה עמש"כ בתורה."

והשתא לפי סברא זו יש להבין המח' בין ר"מ ור' יהודה בסוגיין אם בדבר שבממון אפשר להתנות על מה שכתוב בתורה. שי"ל שנחלקו אם חלק של הממונות שבתוך האישות דינו כחלק מחלות הנישואין או שנאמר שהם ב' דברים נפרדים. לפי רבי מאיר, דין ממון השייך לנישואין נכלל בחלות נישואין וממילא א"א להתנות בה. משא"כ לגבי נזיקין שהממונות הוא דין בפנ"ע ואפשר להתנות עליו.

וכך מתבאר מדברי הרמב"ן בסוף (ב"ב שם), "...ור' יהודה סבר בידו לומר שלא יתחייב לו שהרי מוחל ובדבר של ממון יכול הוא למחול שלא אמרה תורה שיתחייב אלא ברצונו של זה, אבל בדבר שאינו של ממון לא שהרי הן עיקר נישואין של תורה ואינן לחצאין." כלומר, שלפי ר' יהודה הממונות שיש בנישואין אינן עיקר הנישואין ואין תנאי בה חשוב כאילו עשה הנישואין לחצאין.

ולכא' ביאור זו בשיטת ר' יהודה משפיע על שאלה אחרת בדבריו. האם לר"י יכול להתנות גם בעונה. ועיין רש"י בסוגיין וכן בקידושין (דף ט:): שלר' יהודה, היכולת להתנות הוא רק בשאר וכסות שהם חשובים ממון וניתן למחילה אבל א"א להתנות בעונה.

ועיין במרדכי במסכת בבא מציעא (רמז שסט) וכן בריטב"א כתובות (דף נו. ד"ה ר"י אומר וכו') ועוד ראשונים שחולקים על רש"י וסברי שגם בעונה יכול להתנות.

ויש ליישב קושיית הרא"ש על תירוץ של תוספות ע"פ היסוד הנ"ל. שתוספות אינן מחלקים בין ממון לאיסור כמו שמחלק הרא"ש. לפי תוספות, מתנה על מה שכתוב בתורה שייך היכא שהוא יוצר פרשה חדשה ומשנה איזה חלות של תורה. וצ"ל שלפי תוספות ירושה עם דיניה הוא פרשה בפנ"ע, וכדי לירש צריך שיחול על היורש חלות שם יורש, וממילא המתנה לשנותה הוא מתנה ע"מ שכתוב בתורה.

ועיין בתוספות הרא"ש כתובות (דף נו.) שגם מתייחס לקושיית תוס' וז"ל, "...וי"ל דלא דמו לקידושין דקידושין היינו טעמא דאין קידושין לחצאין שאין לך קידושין שאין בהן שאר כסות ועונה וכן לגבי נזיר **אבל בנוקזין דממונא שייך ביה לחצאין**, ולא נהירא דהא לקמן בפ' הכותב גבי ירושת הבעל דהיינו דבר של ממון קרי ליה מתנה עמש"כ בתורה."

ויש ליישב קושיית הרא"ש על תירוץ של תוספות ע"פ היסוד הנ"ל. שתוספות אינן מחלקים בין ממון לאיסור כמו שמחלק הרא"ש. לפי תוספות, מתנה על מה שכתוב בתורה שייך היכא שהוא יוצר פרשה חדשה ומשנה איזה חלות של תורה. וצ"ל שלפי תוספות ירושה עם דיניה הוא פרשה בפנ"ע, וכדי לירש צריך שיחול על היורש חלות שם יורש, וממילא המתנה לשנותה הוא מתנה ע"מ שכתוב בתורה.

ולפי ביאור הנ"ל של הרמב"ן לכא' יוצא בפשיטות שלר"י א"א להתנות בעונה כנגד מה שכתוב בתורה. שהגם שלפי ר"י חיוב שאר וכסות הם דברים נפרדים מעיקר החלות קידושין אבל וודאי עונה הוא מעיקר חלות של קידושין.⁵ וממילא יצא לפי הרמב"ן שאין אישות לחצאין שייך גם למי שהתנה נגד עונה.

ובגרי"ז (על הרמב"ם הל' נחלות פרק ו' הל' י') מצינו עוד מהלך להבין מושג של מתנה על מה שכתוב בתורה. ונצטט מדבריו, "עוד י"ל... הא דאין תנאי מועיל בירושה הוא משום דהוי מתנה ע"מ שכ' בתורה דתנאו בטל, והנה ביסוד הך מילתא דקי"ל דמתנה עמש"כ בתורה תנאו בטל, נראה דאין זה רק דינא דלא יוכל לעשות ולשנות מדין התורה, רק יסוד דינו הוא דין ביטול, דכיון דהוא מתנה עמש"כ בתורה ע"כ דיבורו והתנתו בטלים והוי כלא התנה כלל, דזה שהוא על מה שכתוב בתורה מבטל להתנתו..."

כאן רואים סברא חדשה עם סברא ישנה ביחד. מגרי"ז מבואר שלרמב"ם א"א להתנות כנגד התורה משום שדיבורו בטלים לגמרי וכלא התנה כלל. אמנם גם מרמז בדבריו שיש עוד סיבה למה תנאי בטל, והוא מפני שא"א לשנות מדין תורה וכדברי הרמב"ן לעיל.⁶

מעיקרא לא שעבד נפשיה

הגמרא (בבא מציעא דף צד.) הקשה על המשנה שם שאומרת שכל שומר יכול להתנות בדיני שמירה, הלא לפי ר"מ כל מי שמתנה ע"מ שכתוב בתורה, אפילו בממון תנאי בטל, וא"כ למה בשומרים תנאו קיים. הגמרא מיישבת שיטת ר"מ בסוף ואומרת ששומרים שאני, "דמעיקרא לא שעבד נפשיה."

והראשונים מצטערים להבין מהו יסוד של חילוק זה. ועיין תוספות (כתובות דף נו:): שכתבו, "...וא"ת והא דתנן בהשוכר את הפועלים (ב"מ דף צד.) ושם) מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה ופריך בגמרא והא מתנה על מה שכתוב בתורה הוא כו' ומסיק אפילו תימא

⁵ וכעין זה יש בפרישה (אבן העזר סי' לח ס"ק י"ג), "משא"כ במחילת עונה שעיקר אישות היא..."

⁶ וכן מבואר מדברי הגרי"ז בעצמו (על הרמב"ם ריש הלכות נזיר) שכל היסוד של מתנה על מה שכתוב בתורה מיוסד על זה שא"א לשנות החלות שהתורה קובעת.

רבי מאיר שאני הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשיה ומאי משני והא הכא נמי לא קידשה על מנת כן ולא שיעבד נפשיה וי"ל דשאני התם כיון דריבתה תורה שומרים הרבה שומר חנם והשואל נושא שכר כו' יכול נמי כל אחד להיות לפי תנאו א"נ שאני התם דחייבתו תורה שומר שכר על שלוקח שכר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה⁷ הלכך במקום שאין משעבדים עצמם פטורים.

ונראה שיש כאן מחלוקת יסודית בין ב' דיעות של תוספות. לדיעה א', תוספות הבינו מזה שיש כל כך סוגים של שומרים שכוונת התורה הוא להרבות בסוגי שומרים ולא להגביל מיהו חשוב שומר. ממילא כמו שיש ד' שומרים הנזכרים בתורה בפירוש, הה"נ יכול א' ליצור סוג חדש של שומר ואין זה מתנה על מה שכתוב בתורה. ולפ"ז שואל שהתנה להיות פטור מלשלם הוי קבע לעצמו סוג חדש של שומר.

מאידך, לדיעה ב' התורה הגביל שיהיו רק ד' שומרים. ותוס' מבארים שכוונת התורה לומר שכל חיובי שמירה תלוי ברצון השומר ואם א' לא רצה לשעבד נפשו לחיובי שמירה, לא נתחייב באותם חיובים, ואינו בגדר מתנה על מה שכתוב בתורה. ולפ"ז שואל שהתנה להיות פטור מלשלם הוי יש עליו חלות שם שואל אלא שפטור עצמו מחיוב תשלומים.

ונראה שיש להטעים ולהסביר ב' דיעות אלו על פי עוד חקירה יסודית בהבנת שומרים. האם נאמר שיש פרשה א' של שומרים וכל א' מהם שווה לגמרי במקור אלא שיש חלות מיוחד של חנם או שכר וכו' משום התוספת. או נימא שיש ד' פרשיות של שומרים חלוקות לגמרי מהדדי כולם עם חליות לגמרי שונות מהדדי.

ואולי זוהי העומק של ב' דיעות של תוספות. לפי תירוץ ראשון של תוספות התורה ריבתה הרבה סוגים של שומרים ובקלות אפשר ליצור עוד סוג של שומר. ויש לפרש דיעה זו שבאמת התורה קבעה

⁷ ועיין גמרא ב"מ (דף צד: ודף צה). שלומדים כמה חיובי שמירה מק"ו. ולכא' צ"ע לפי מה שהביא תוספות (ריש ב"ק) ממכילתא שאין עונשין ממון מן הדין. ועיין בחידושים של הגרנ"ט שעמד בשאלה זו.

ואולי יש ליישב ע"פ תירוץ שני של תוספות כאן. שלא לומדים עונש של תורה מק"ו, אלא לומדים שאם ש"ש משעבד עצמו להתחייב על גניבה שהוא קרובה לאונס אז וודאי מתחייב עצמו לאבידה שהוא קרובה לפשיעה.

פרשה א' בסיסית של שומר, ויש לכל א' מד' שומרים חלות שם מיוחד מחמת השינויים פרטיים בהם. ולפ"ז גם כל א' שרוצה לשנות באופי של שמירתו, כל א' לפי תנאו, יכול לעשות כפי שירצה ולהחיל עליו חלות שם בפנ"ע מחמת שינויים אפ' אם הם שינויים דקים.

לפי דיעה ב' של תוספות, יש ד' פרשיות שונות לגמרי של שומרים וכיון שכל סוג שומר הוא חלות לגמרי בפנ"ע א"א לחדש פרשה חדשה של שמירה מעצמו.

ויש להוסיף בזה שלפי דיעה א', יש לחלות שמירה ב' חלקים, חלק כללי שהוא חלק שווה לכל ד' שומרים וחלק פרטי שיש לכל שומר בנפרד.

ועיין מאירי (בבא מציעא דף צד.) "וכן מתנין ש"ש ושוכר ליפטר משבועה באונסין ומלשלם בגו"א ואע"פ שמתנה על מה שכתוב בתורה הרי בדבר שבממון תנאו קיים, ולא עוד אלא שאף לדעת האומר תנאו בטל מ"מ לא נעשה זה שומר גמור אלא שומר במקצת והרי בהא ביתא קמך הוא נעתק מכל דין שמירה והלכך מתנה כמה שירצה." וצ"ע בכונתו שיש מושג של שומר במקצת.

וי"ל בביאור הענין של שמירה במקצת שע"י שמתנה בשמירתו מסלק ממנו דין שומר פרטי ונשאר עליו חלות שם שומר כללי לחוד. וסב"ל למאירי בכונת הגמרא, שמושג של מתנה על מה שכתוב בתורה שתנאו בטל היינו היכא שהוי ש"ש ומתנה להיות חלות שם שואל ומשנה דינו ע"י שמשנה חלות שם שומר. אמנם מי שרוצה להשאר בתוך גדר של שומר כללי ולסלק ממנו חלות שומר פרטי, הרשות בידו ויכול להתנות כמו שירצה.

ביאור חדש בשיטת רבינו ברוך

לפי יסוד זו יש לבאר ביאור חדש במה שכתב רבינו ברוך לעיל שא"א להתנות ולפטור עצמו מחיוב פשיעה. והיינו משום שאפשרות להתנות בשמירתו הוא רק בנוגע לדינים פרטיים השייכים לחלות שם פרטי של שומר וכדלעיל. אמנם בקשר לדיני כלליים שהם שייכים לחלק כללי של שומר, בהם א"א להתנות ולשנות ע"י תנאי.

וי"ל שדין פשיעה נובע מדין כללי של שומר ולכן כל שומר חייב על פשיעה. ממילא לפטור עצמו מחיוב פשיעה שנובע מדין כללי השווה לכל שומר א"א וא"ש דברי רבינו ברוך.⁸

ובאמת עיין היטב בדברי רבינו ברוך בשלימותם, (הגהות אשרי מסכת בבא מציעא פרק ז סימן יז) וז"ל, "וכגון שהתנו קודם שמשכו את הבהמה ולהכי לא הוה כמתנה על מה שכתוב בתורה **דלא שיעבד נפשיה לירד לתורת שומרין אלא למקצת** וכתב ה"ר ברוך מריגנשפורג מדלא נקט גבי ש"ח להיות פטור מתשלומין כדקתני גבי ש"ש משמע דלא מיפטר אם פשע אפילו התנו. מא"ז:"

וצ"ע בקשר בין הרישא של ההגהה לבין הסיפא. אבל לפי משכ"ל יוצא כמין חומר. לפי ר' ברוך הטעם שאפשר להתנות על שאר חיובים פרטיים הוא משום שלא שעבד נפשיה אלא להיות שומר כללי שהוא "מקצת שומר". וסב"ל כפי מה שכתבנו במאירי שרק אפשר להתנות על הדינים פרטיים הנובעים מחלק פרטי. אמנם לר' ברוך פשיעה שאני שהוא נובע מדין שומר כללי, וזה א"א לשנות כלל וכן"ל.⁹

⁸ גם יש לחקור אם שואל אפשר להתנות ולהתחייב על מתה מחמת מלאכה שהוא פטור השווה בכל ד' שומרים. ועיין מאירי (צד). שכתב, "וכן יראה שהשואל מתנה להתחייב במתה מ"מ". וכן מתבאר מתוך דברי הרמב"ן (דף נח). הובא לקמן. ולפי הנ"ל צ"ע. אלא שע"פ מה שנכתוב להלן י"ל שהוספת חיובים הוא סוגיא אחרת לגמרי. ועוד יש לעיין אם פטור מ"מ נובע מחלק פרטי של שומרים ולא מחלק כללי של שומר.

⁹ ויש לציין שבפרט א' המאירי חולק על ר' ברוך. המאירי (ב"מ צד). סובר שאם רוצה, השומר יכול להתנות ולפטור א"ע מחיוב פשיעה. וכנראה סב"ל שחיוב פשיעה לא שייך לשם כללי אלא לכל שומר בפרט יש חיוב פשיעה.

ועיין גמ' פסחים (דף ה:); שמחייב השומר לבער חמצו של נכרי שהופקד ברשותו. ונחלקו הראשונים באיזה שומר מיירי. המאירי סבר שאירי רק בש"ש ושואל אבל ש"ח פטור מלבערו. וכך ביאר שם, "ועיקר הדברים שבשמירת חנם ודאי פטור שחיוב פשיעה כעין היזק היא **ואין חיובו מתורת שמירה גמורה** הא שומר שכר מיהא חייב לבערו."

וניתן לבאר בדבריו שחיוב פשיעה נובע מזה שהוא שומר כללי ומי שיש רק שם שומר כללי לא חשוב אחראי להתחייב בכיעור החמץ בתוך רשותו. אמנם לפ"ז יצא סתירה בדברי המאירי.

ואולי יש לפרש דבריו באופן אחר. למאירי באמת כל מי שפושע בשמירתו יש סיבה לחייבו על פשיעתו גם אם אינו שומר. אמנם א"א לתבוע כיון שהוא בדרך גרמא. מי שמקבל עליו להיות ש"ח או ש"ש רק מסלק את פטור גרמא אבל אינה סיבה חדשה לחייבו. ממילא רואים שאין חיובו מתורת שמירה גמורה.

ג' ביאורים לפי חידוש הנ"ל

ואולי יש לבאר לפ"ז מהו פטור של בעליו עמו. שהיכא שיש בעליו עמו נסתלק שם שומר פרטי מעל השומר ורק חל עליו שם שומר כללי¹⁰. לכן נפטור מכל חיובי תשלומים הקשורים לשם שומר פרטי.

ולפ"ז יש להבין המחלוקת בין האמוראים לקמן (דף צה.) אם פשיעה בבעלים חייב או פטור.¹¹ שגם אם יש עליו שם שומר כללי יש להסתפק גופא אם פשיעה נובע מחובת שמירה כללי או מחובת שמירה פרטי.

לפ"ז שפיר יש לומר בשיטת המאירי שחיוב פשיעה נובע מחיוב פרטי של שומר וכמו שהצענו לעיל, וע"כ אפשר להתנות בה.

ויש להוסיף ע"פ הנ"ל עוד ביאור לפי בשיטת ר' ברוך. לר' ברוך א"א להתנות להתפטר מחיוב פשיעה משום שחיוב פשיעה אינו א' מחיובי שמירה בעצם ואין חיובו מתורת שמירה גמורה. ממילא א"א להתנות לפי שיטת ר"מ אלא בדבר שהוא לגמרי מדיני שומרים. ועיין.

¹⁰ ועיין במפרשים על התורה איך שביארו פטור בעליו עמו. ויין בנצי"ב (העמק דבר שמות פרק כב פסוק יד) שכתב, "אם בעליו עמו. ואין דרך לבקש גמ"ח מחבירו שישאל עמו במלאכת חבירו, אם לא שהנהנה מקודם, וא"כ השאלת הבהמה ג"כ לא מיקרי כל הנאה שלו, מש"ה לא ישלם, שאינו שואל".

ויש להבין בדבריו. אחר שקובע שאינו שואל, האם פירושו שאינו שומר כלל. ויתכן שיש עליו שם שומר רק שאין עליו שם שואל. והוא כעין מש"כ שהוא נכלל בתוך גדר הכללי של שומרים.

גם יש להסתפק בכונת הגמ' ב"מ (דף צו.) אם שאלה לרבעה, שאלה ליראות בה, פחות משוה פרוטה וכו', אם חייב על אונסין כשואל (ע"פ ביאור רש"י שם). ויש להבין, אם נימא שאינו שואל עליו, מה דינו. וע' ברא"ש שמשמע שאם נהנה שוה פרוטה מהם אז דינו כש"ש. אמנם שוב יש להבין היכא שלא נהנה שוה פרוטה, מה דינו.

ויתכן שאינו שומר עליו כלל. אמנם, י"ל ע"פ הנ"ל שמי שאינו נכנס בתוך גדר שומר מסויים נשאר לתוך גדר כללי של שומרים. וע"פ משכ"ל יש להסתפק אם שומר זו הוא חייב על פשיעה או לאו.

¹¹ ויש עוד מהלכים לבאר מחלוקת זו. ועיין ש"ך (חור"מ סי' סו ס"ק קכו) שמבין ע"פ הרמב"ם ששיטה הפוטרת פשיעה בבעלים הוא משום שאין עליו שם שומר כלל והוי כאיניש דעלמא. ולכא' בזה גופא נחלקו האמוראים. אמנם יתכן שגם אם לכר"ע יש עליו שם שומר תלוי אם מסתכלים על פשיעה כמזיק או לאו (עיין ראב"ד שכירות ב:ג). ובאמת י"ל לרמב"ם שגם אם יש עליו שם שומר (עיין היטב רמב"ם שם א:ד) וגם נאמר שפשיעה כמזיק (כשיטת הרמב"ם שם ב:ג) היינו רק אם יש חיוב לעשות שמירה. בבעלים עמו י"ל שפטור השומר מלעשות שמירתו גם אם יש עליו שם שומר (אולי ע"פ ביאורו של החינוך (מצוה ס') לפטור בעליו עמו ע"ש). ממילא לפ"ז י"ל שמי שאין עליו חובה לשמור, גם אם עשה דבר שנראה כפשיעה, לא חשוב פשיעה כלל. והיינו משום

ועוד ע"פ הנ"ל יש לתלות אם יש במנין המצוות מצוה א' של שומרים או ד' מצוות. שאם נאמר שבעצם כל השומרים בעצם שווים ביסוד יש להבין למה יש רק מצוה א'. אמנם אם נאמר שהם חלוקים לגמרי מהדדי אז מסתבר שגם במנין הם נמנים כל א' כמצוה בפני עצמו.

ברם, במוני המצוות נראה שהם מנו ד' שומרים למצוות נפרדות. ויש לפרש שענין של המצוה בשומרים הוא לדון בדין השומרים. וכן משמע מלשון החינוך (מצוה נז), "מצות בית דין לדון בדין שומר חנם." ולכן לכו"ע יש למנות השומרים למצוות נפרדות כיון שיש על ב"ד לדון אותם בדינים שונים.

ויש להוכיח כן שגם לפי הצד שכולם הם חליות לגמרי שונות, לענין המנין מונין ע"פ חילוקי דינין. שמוני המצוות מנו שומר שכר ושוכר למצוה א' אע"ג שהם ב' פרשיות נפרדות.¹² ויש לבאר שכיון שהם שווים בדיניהם וב"ד דנים אותם בשווה, מסתבר שהם נכלל במצוה א'. וי"ל שזוהי בעצם כוונת הגמרא (ב"מ צג.), "ד' שומרין ודיניהם שלשה."

ועיין בגמרא (ב"מ צו.) ששאלת מה הדין במי ששאלה לרבעה או ליראות בה וכדומה. ועיין שם ברש"י שביאר את השאלה לענין חיוב אונסין לשואל. אמנם הרמב"ם ביאר שהוא שאלה אם יש פטור של בעליו עמו במקרים אלו.

ועיין לח"מ (שאלה ופקדון ב:ט) שכתב, "השואל את הבהמה בבעלים לרבעה וכו'. לדעת רבינו קשה טובא פשטא דשמעתא דמה נפשך אי קרי שאלה או לא. אי קרי שאלה וא"כ נכנס במאי דקאמר קרא וכי ישאל איש מעם רעהו וכו' א"כ הא אמר הכתוב שם בעליו עמו וא"כ הרי הוא פטור ואי לא איקרי שאלה אינו נכנס במ"ש הכתוב וכי ישאל איש וכו' א"כ ודאי דפטור מן האונסים דאינו נכנס בכלל שאלה וא"כ בכל אנפי הוא פטור ומאי קא מיבעיא ליה ואולי י"ל דמיבעיא ליה היכא דשאלה להראות ונראה בה או לרבעה ורבעה דעשה המלאכה אשר שאל בה ולהכי בעי אי הוי שאלה בההיא שעתא דשאלה הוא פטור משום דהוי שאלה בבעלים ואי לא הוי שאלה לא הוי שאלה בבעלים דאותה שעה לאו שעת שאלה

שרק מי שעליו חיוב לשמור יש להחשיב מה שעשה כפשיעה (ופרט זו האחרון אם מסתכלים על דבר כפשיעה תלוי על חיוב שמירה יש לזה כמה ראיות מסוגיות שונות בגמרא.)

¹² ועיין בהגהות של רי"פ פרלוו לרס"ג באם יש לרס"ג ג' מצוות של שומרין או ד'.

היא ומ"מ חייב משום שנשתמש בה וכי היכי דאמרינן במפקיד מעות אצל חברו דהיכא דנשתמש חייב באונסין אע"ג דלא שאלן לכך ה"נ חייב."

יש להבין את דבריו. לפי הלח"מ גם אם אינו שואל יש לחייבו על אונסין משום ששתמש בהן. וצ"ע איזה מחייב יש כאן לחייב אותו אפ' באונסין.

יש להעלות בדברי הלח"מ חידוש דומה להנ"ל אבל בכיוון אחר. אולי ללח"מ כל השומרים הם בעצם שווים ויש מושג של שומר כללי. אמנם לפי הלח"מ מי שיש עליו שם שומר כללי חייב בכל. התורה בפרשת שומרים מיחל פטורים. כלומר, שאם חל על א' חלות שם שואל חל עליו פטורים של מתה מחמת מלאכה וכדומה. מי שחל עליו שם ש"ש נפטר מאונסין. וכן מי שחל עליו חלות שם שומר חנם חל עליו פטורים של ש"ח.

לכן ללח"מ השומר בסוגיין שלא חל עליו שם שואל חייב בכל החיובים שאין לו סיבה לפוטרו.¹³

לא נעשית שומר כלל

ועיין בדברי רבינו חננאל (הובא בשיטה מקובצת דף צד.) "ומתניתין דברי הכל היא דמעיקרא לא שעבידו נפשיהו. פי' כיון שהתנה ש"ח להיות פטור משבועה והשואל מלשלם וכו' דלא ירדו לה בשמירה של תורה ולא שעבדו עצמן ואינם חשובין מן השומרים של תורה וכגון הנח ותיב נטר דמי ואינו דומה למקדש את האשה שתלו עליו קידושין וכשמתנה שלא תזון ושלא לכסות בא לבטל הכתוב לפיכך תנאו בטל."

וכן ביאר הרמב"ן שם בכוונת הסוגיא, "אפי' תימא ר' מאיר שאני הכא דמעיקרא לא שעבד נפשיה. פי' לא נעשה שומר שכר שלו ולא שואל אלא הפקיד אצלו ולא קבל זה עליו להיות שומר כאלו אמר הנח לפני ואיני שומר שלך ולא ע"כ הוא חייב לשמור."

ומבואר מר"ח ורמב"ן שהבינו שכאן אין שאלה של מתנה ע"מ שכתוב בתורה בגלל שאינו מקבל עליו להיות שומר בכלל, ופשוט שמי שאינו שומר אינו מושעבד לדיני שמירה.

¹³ לדברים דומים עיין גרי"ז על הרמב"ם (הל' נזקי ממון) בביאורו לדברי הרי"ף והרמב"ם שיש מושג של מזיק כללי ומה שחל עליו שם בור לדוגמא חל עליו פטורים של בור, וכן כיר"ב.

אמנם יש להקשות גופא מדברי הרמב"ן עצמו. הגמרא (ב"מ צד.) דן בעוד שאלה בהמשך הסוגיא אם צריך לעשות קנין על תנאים כאלו, "תנא: ומתנה שומר שכר להיות כשואל. במאי, בדברים. אמר שמואל: בשקנו מידו. ורבי יוחנן אמר: אפילו תימא בשלא קנו מידו, בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשיה."

ועיין משנה (ב"מ נו.) שנקט ש"ש אינו משלם על שמירת קרקע. אמנם מגמ' שם (נח.) מבואר שלפעמים השומר חייב לשלם על שמירת קרקע. וגמרא מיישבת הסתירה, "אמר ליה, הכי אמר רב ששת: בשקנו מידו. וכן אמר רבי יוחנן: בשקנו מידו." כלומר, שאם שעבד עצמו לשלם הגם שמעיקר הדין הוא פטור, היכא שקנה מידו חייב לשלם.

והרמב"ן (ב"מ נח.) דן בסתירה בדברי ר' יוחנן. "קשיא לן דר' יוחנן אדר' יוחנן דאמרינן בשלהי השוכר את הפועלים ומתנה שומר חנם להיות כשואל במאי בדברים וכו' ור' יוחנן אמר אפי' תימא בשלא קנו מידו בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה, והכא אמאי בעי קנין, ורבואתא כולהו ז"ל פסקי הכא דבעינן קנין והתם לא, ואיכא למימר שאני התם שהוא שומר חנם וכיון שהוא בדין השומרים משתעבד בדברים להיות כשואל ואפי' יותר משואל, אבל כאן שהן דברים שאינן כלל בתורת השומרים¹⁴ אע"פ ששאלן או נטל עליהן שכר א"א להתחייב עליהן מדין השומרים אלא בקנין."

¹⁴ מכאן משמע שהרמב"ן סב"ל שמי שהופקד אצלו קרקע או שטרות אין עליו שם שומר בכלל. ויש להעיר ממש"כ הרמב"ן שם (דף נו.) בענין אם חייב על פשיעה על דברים אלו, "ומצאתי בתשובה לרבינו הגדול ז"ל כלשון הזה ואם הודה שמעון שהופקד אצלו השטר ופשע בו ואבד אין מחייבין אותו לא לשלם ולא לישבע שהתורה פטרתו, וכן דעת הרב יהוסף הלוי בן מיגאש תלמידו ז"ל וזהו הראוי לסמוך עליו, והרי פשיעה בבעלים פטור ולא אמרינן מזיק הוא, ואע"ג דדיינינן השתא דינא דגרמי, ה"מ במזיק אבל שומר שלא שמר אפי' כדרך השומריין כלומר שפשע בשמירתו לא מיחייב שהרי התורה פטרתו."

וצ"ע, שמשמע שאילו פשיעה הוא כמזיק אז היה מתחייב על פשיעתו. והלא הרמב"ן סב"ל שאין עליו שם שומר. וודאי מי שאינו שומר כלל אינו חייב על פשיעתו.

וע"כ צריך לומר שגם אם אין עליו שם שומר אינו איניש בעלמא וכל' הש"ך לעיל. שצ"ל שגם אם אין עליו שם שומר עדיין יש עליו אחריות על החפץ, ויש לו ייחס איתו. ייחס זו לבר מספיק שאינו כאיניש דעלמא וחייב על פשיעה. וכעין זה מצאתי בדברי הקהילת יעקב (ב"מ).

ולכא' דברי הרמב"ן כאן סותר מה שכתב לקמן (דף צד.). שהרמב"ן בדף צד. נותן טעם למה מי שמתנה על מה שכתב בתורה בשומרים מהני משום שאין עליו שם שומר. ובדף נח. כותב שהטעם שלא צריך קניין במי שמתנה על מה שכתב בתורה לפי ר' יוחנן הוא משום שיש עליו שם שומר מכבר.

ואולי יש לדייק מרמב"ן (דף נח.) שמדבר על שלב אחר בגמרא דף צד. ששם התנא לימד שש"ש מתנה להיות כשואל. וגמרא זו שהוא בהמשך של הסוגיא שדן על מתנה על מה שכתב בתורה אינו מבואר בהדיא שהוא עצמו מקרה של מתנה על מה שכתב בתורה. וי"ל שלרמב"ן במקרה שמקבל עליו עוד חיובים אינו בגדר מתנה על מה שכתב בתורה כלל, ורק במקרים במתניתין שם שרוצים לפטור עצמם כגון ש"ח שמתנה להיות פטור משבועה ושואל מתנה להיות פטור מלשלם חשוב מתנה על מה שכתב בתורה.

ויש להעיר שעל פרט זו נחלקו עליו הראשונים. עיין רמב"ם (שכירות ב:ט), "מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה והשואל להיות פטור מלשלם, וכן מתנה בעל הפקדון על ש"ח או נושא שכר ושוכר להיות חייבין בכל כשואל, שכל תנאי בממון או בשבועות של ממון קיים וא"צ קניין ולא עדים." משמע מדבריו שכל הדוגמאות שמביא הם בגדר מתנה על מה שכתוב בתורה.

וכן יש לדייק מלשון הריטב"א (צד.), "... אבל בדיני שומרים לא גלי קרא קפידא ולא אזהר עליה שלא יפטר מדיני שומרים אלא שגזר הכתוב על השומרים שמקבלים שמירה סתם מה יהא דינם, אבל כל שפירש לגרוע מחיובו ולא נחית להכי לא קפיד רחמנא כלל וכשמתנה לגרוע מחיובו או להוסיף אינו מתנה על דין תורה."

ביאור בשיטת הרמב"ן

ויש להבין למה לפי הרמב"ן היכא שמתנה ש"ח להיות חייב כשואל אינו בגדר מתנה על מה שכתוב בתורה. ובאמת יש לחזור למשכ"ל בהבנת דין מתנה ע"מ שכתוב בתורה. שאם נימא בטעם למה התנאי בטל הוא משום שהוי כמפליג בדברים וכביאור ר"ת, י"ל שגם בכוחו זו שהוסיף על דברי תורה הוי כמפליג. וכן לפי ביאור של הגרי"ז לעיל, כל מי שאומר דברים כנגד התורה, דבריו בטלים גם במוסיף.

אמנם לפי ביאור של הרמב"ן עצמו לעיל יש לדון. הרמב"ן לעיל ביאר בטעם למה תנאו בטל משום שאין אישות לחצאין. ובפשוטו י"ל שטעם זו רק היכא שמתנה לקבל עליו רק מקצת מדיניו ומקצת מחיובי שמירה. אבל בכאן שמקבל עליו יותר מדיניו אין בעיה של "לחצאין".

וכן מסתבר לפי מש"כ תוספות לעיל, "וועי"ל דנוקין לא דמו לקדושין דהכא היינו טעמא דאין קדושין לחצאין דאין לך קדושין שאין לה עליו שאר כסות ועונה." ומשמע שהיכא שקיבל עליו כל התנאים שיש בתורה וגם הוסיף עליהם, אינו בגדר מתנה על מה שכתב בתורה.

אולם יש להבין בסברא זו של הרמב"ן שאין אישות לחצאין שר"ל שאין לאדם יכולת ליצור חלות חדש של תורה. ולפ"ז י"ל שגם חלות של אישות הוא מאד מוגבל ולכן כמו שא"א להתנות ולהתפטר מחיובי אישות הה"נ א"א להוסיף ולהכניס דברים אחרים להיות כחלק של חלות אישות. ולפ"ז הכא נמי בשומרים, כמו שא"א להוריד חיובים ה"נ א"א להוסיף חיובים.

אלא שיתכן שהרמב"ן בדף נח. כיוון לפירוש אחר לגמרי. לרמב"ן, ש"ח שמקבל על עצמו להתחייב כשואל יש בעצם ב' ערוצים. ערוץ א' שהוא קבלת שמירה רגיל, שמקבל עליו כל דיני ש"ח. ערוץ ב' הוא מחוץ לגדרי שמירה, ובזה מקבל עליו עוד דינים שהם מחוץ לגדרים רגילים.

לפי זה מיושב דברי הרמב"ן. היכא שאדם מתנה להוריד חיובי שמירה ממנו ע"כ אינו שומר כלל ולכן אינו בגדר מתנה על מה שכתוב בתורה. היכא שאדם מתנה להוסיף עליו חיובים, חלק א' שהוא חיובים נורמליים הוא מקבל תוך הגדרים הרגילים והוא שומר גמור לענינים אלו. וחלק ב' שהוא מוסיף שהם כנגד התורה לא חשוב כחלק של חיובי שמירה שלו אלא הוא דבר פרטי וכלפי אותם דברים אינו שומר ולכן אפשר להתנות בהם כמו שירצה.

וזוהי כוונת הרמב"ן בדף נח. לחלק בין קרקע לבין ש"ח שמתנה להיות כש"ח. היכא שמקבל עליו להיות ש"ח וכבר נעשית שומר, בקל יכול לקבל עליו עוד חיובים פרטיים כשואל ולא צריך קנין לפי ר' יוחנן. משא"כ בשומר קרקע שאינו שומר כלל שאז צריך קנין להתחייב בחיובים נוספים.

וכן יש לדייק מלשון הר"ן בחידושו (צד). שמביא דברי הר"ח לעיל שהמתנה לפטור מחיובים אין עליו שם שומר כלל ומיד אח"כ הביא תירוץ

של הרמב"ן לסתירתו בין נח. לבין צד. ומיישב, "משום דהכא כבר הוא בדין השומרין אלא שהוא מתנה להתחייב יותר אבל הוא דלעיל שאינו בדין שומר כלל בעיני קנין." והן הן הדברים שכתבנו.