

מרן הגאון רבי שלמה זלמן אוירבעד זצ"ל

## הערות בעניני שומר שמסר לשומר והשואל פרה מחבירו והשכירה לאחר.

\*[נערך מרשימות כת"י]

וכו' ומשמע מזה שלר' יוחנן אם השני פשע הראשון שפיר חייב [היינו באופן שהשני אינו נאמן אלא שהוא מודה שפשע] דאל"כ יכול לומר נ"מ זו.

ב) בפלוגתא הנ"ל שנחלקו רש"י ותוס' עם הנמוק"י, יש נ"מ אף באופן שהשני יכול להשבע שנאנסה או שומר חנם שלא פשע בה, דבנוגע לשומר שכר שמסר לשומר חנם כתב הנמוק"י "ומיהו הבעלים משביעים לשומר חנם" משמע שהראשון דוחה את הבעלים לשני ואילו לרש"י ותוס' רק הראשון יכול להביאו ולפטור עצמו בכך אבל לא שהבעלים מביאים אותו. [וממילא אף להלכה יש בזה נ"מ היכא שהשני נאמן דמ"מ לדעת רש"י ותוס' הראשון צריך להביאו ולדעת הנמוק"י כל הזין ודברים הוא רק עם השני].

ג) בסי' רצ"א [ס"ק מ"ד] הביא הש"ך מהב"י שסובר במסר למי שרגיל להפקיד אצלו ואין השני רוצה להשבע דהו"ל לגבי הראשון כא"י אם נתחייבתי [ומה שלא כתב דהראשון אומר לו אתי גברא בחריקאי כהנמוק"י היינו מפני דמייירי בשומר שכר שמסר לשו"ח דגרועי גרעה ולא בחריקאי והיינו דלא כהתוס' אנשי שם הנ"ל דלענין פשיעה אמרינן אוקי גברא בחריקאי, [א.ה עיין חידושי הרמב"ן ב"מ ל"ו דכל הנדון אחר שנשבע

א) הסתפקתי להלכה דהטעם הוא משום את מהימנית לי, ולהנמ"י דס"ל דהיכא דידוע לן שמפקיד אצלו תמיד נסתלק הראשון לגמרי אף לענין דברים שהיה חייב בהם קודם ויכול לומר אוקי גברא בחריקאי והבעלים תובע רק את השני, [ודלא כרש"י דס"ל דלענין הדברים שהוא חייב בהם נשאר חייב גם כשמסרו לשומר אחר] איך הזין בכה"ג שהשני אינו נאמן על המפקיד אלא ששניהם מודים שהשני פשע אם יכול הראשון לומר לענין זה אתי גברא בחריקאי ותתבע רק ממנו או דלמא דלא נסתלקה שמירתו כיון שהשני אינו נאמן בשבועה.

ועיין בנמ"י שם לענין שומר שכר שמסר לשומר חנם לרב דס"ל דפטור דבנוגע לפשיעה נסתלקה שמירתו והיינו שאם השני לא נשבע שלא פשע גובה מן השני ולא מן הראשון אף שלא אוקי גברא בחריקאי לגמרי שהרי אם יגנב יהיה הראשון חייב [אין זה כ"כ ברור ועיין תוס' אנשי שם] אבל שאני התם דעכ"פ נאמן הוא לגבי פשיעה היינו שאם ישבע שלא פשע יהיה נאמן וחשיב כסילוק שמירה מצד הראשון לגבי פשיעה, משא"כ הכא דאינו נאמן כלל ולכן נשאר הראשון השומר שלו.

והמתבונן בדברי הנמוק"י שכתב ונפק"מ דאפי' לר"י וכו' היכא שידוע

\*תודתינו שלוחה לבני משפחת מרן הגאון זצ"ל שהמציאו לנו הערות אלו מכתב יד מרן שיו"ל לראשונה. וזכות הרבים תעמוד להם.



ולאו בע"ד דידי את. אולם גם בההיא דשוכר פרה והשאלה לאחר כתב הריטב"א דק"ו הוא מהא דגזל ולא נתיאשו וצ"ע מהו הק"ו.

ה) בשומר שמסר לשומר והיה בעליו עמו היינו שהשומר הראשון היה עם השומר השני במלאכתו עיין בש"ך שם שכתב בשם היש"ש שהבעלים יכול לתבוע מן השני וטעמו הוא משום דהבעלים אומר דלאו בעלים את ואין זה בעליו עמו, ועיין תוס' רי"ד דף צ"ו שנסתפק בגזלן שהפקיד בבעליו עמו ורצה בתחילה לומר דפטור אולם הוכיח מהגמ' שם דמבואר דבשכרה אשה פרה מעלמא ואח"כ נישאה לאיש דאף שהיא במלאכת הבעל מ"מ לר' יוסי דתחזור פרה לבעלים ודינו עם הבעלים חייב הבעל לשלם. וה"ט כיון דהאשה לאו בעלים היא וה"נ בגזלן דלאו בעלים הוא. ועיין ברמ"א סימן שמ"ו סעיף כ"ז.

והנה בתוס' בדף ל"ה ע"ב ד"ה אגרה כתבו דהא דלא בטלה השכירות ע"י שהשאל את הפרה לכל הזמן הוא משום דקאי באחריותו לגבי פשיעה וגניבה ואבידה אם היה השוכר עם השואל במלאכתו דאז השואל פטור והשוכר חייב. ולכאורה תמוה טובא דמאי שנא מההיא דאשה ששכרה פרה ונישאת דאף שהאשה היא בעליו עמו עם הבעל מ"מ לר' יוסי חייב לשלם לבעלים וע"כ משום דלאו בעלים היא, וא"כ אף לרבנן כיון דמן הזמן היה ראוי שהשכירות תתבטל משום שהשאל לכל הזמן ואם השכירות מתבטלת יוכל הבעלים לתבוע מן השואל כיון דלגבי הבעלים אין זה בעליו עמו א"כ מה שייך לומר שהוא עדיין ברשות השוכר משום האי טעמא דבעליו עמו, דאדרבא השכירות תתבטל ואז יוכל הבעלים לתבוע מן השואל.

השני שלא פשע בה אלא שאינו רוצה להשבע אם מתה כדרכה או לא או שטוען שנגנבה או אבדה והשומר הראשון אינו יודע אמנם בלשון תלמידי הרשב"א שהובא בב"י כתוב להדיא כגון שהלך למדינת הים ובה יקשה דהרי כל שלא נשבע השני שלא פשע יכול הראשון לדחותו אצל השני משום דאוקי גברא בחריקאי וע"כ צ"ל דהיכא דגרע לשמירתו אינו יכול לומר אוקי גברא בחריקאי] והש"ך הקשה דכיון שמחמת את מהימנית חייב הראשון [אף שהוא טוען שנאנסה] וכ"ש הכא שאינו רוצה להשבע. אבל יש לחלק פשוט דלגבי את מהימנית א"כ לכתחילה נכנס על דעת זו שהוא יצטרך להשבע משא"כ במי שרגיל להפקיד שפיר יכולים לומר מה אעשה אם הלה אינו רוצה להשבע ויכולים שפיר לומר כהב"י דפטור.

ד) בש"ך [בסי' רצ"א ס"ק מ"א] כתב בשומר שמסר לשומר שיכול הבעלים לתבוע את השני וכמו בגזל ולא נתיאשו הבעלים שרצה מזה גובה רצה מזה גובה ותמה הנתה"מ [שם ס"ק כ"ז] דשאני התם שאכל ויכול שפיר לתבועו משא"כ הכא שהוא רק מצד קבלת שמירה ולא קבל כי אם כנגד השומר הראשון ולא כנגד הבעלים, אך כתב דמ"מ כן חזינן בהשוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר, וכוונתו דמבואר בגמ' שיכול הבעלים לתבוע מאת השואל באומר לו דל אנת ודל שבועתך, ואף דבדוחק י"ל דמיירי למי"ד שאמר לו מדעתך ולכך הוי כשלוחו אבל משמע דגם לרב אמרינן הכי, אולם יש לחלק דשואל שאני דיכול לתבועו אתה נהנה מפרתי וכל ההנאה שלך משא"כ בשומר, ואע"ג דגם שואל לא נעשה ע"י השתמשות גרידא ובכה"ג דלא הוי שואל שלא מדעת, מ"מ אין זה דומה לשומר כי יכול לומר בשבילך לא הייתי שומר אפי' אם היית נותן לי ממון הרבה

בה יד לא נתחייב אלא השואל בלבד ועיי"ש שכתב שכן הוא ברשב"א. אך מ"מ נלענ"ד דאם יש עדים שהשואל שלח בה יד דהו"ל כפשיעה או גניבה ואבידה ויכול המשכיר לתבוע גם מהשואל אם ירצה כמו שאם פשע בה השואל יכול המשכיר לתבוע בין מהשוכר ובין מהשואל [כנ"ל אות ד'] אך אין זה ברור דיתכן דלגבי המשכיר כמו שאין יכול לתבוע את השואל על אונס כך גם על שליחות יד דידיה ולא מקרי שולח יד רק כלפי השוכר, וצ"ע.

ז) ב"מ ל"ו א' פעמים ששניהם בחטאת כגון שמתה כדרכה ואמרו נאנסה וכו' וברש"י ד"ה נאנסה דאע"פ שהשואל חייב באונסין מ"מ משביעים אותו שאינו ברשותו. אך צ"ע דאם משכיר תבע קודם את השוכר ונשבע לו שמתה כדרכה שוב אין יכול השוכר להשביע את השואל שהרי הוא עצמו הודה ונשבע שמתה כדרכה. ואין לומר שהמשכיר משביע את השואל כי שמא עוד ברשותו ואע"ג שהשוכר קונה את הפרה ע"י שבועתו [אף לר' יוסי לדעת התוס'] מ"מ אם הפרה ישנה ברשותו של השואל ודאי שלא קנה ולכך הוא יכול להשביעו. דמ"מ נראה דאחרי שכבר השביע את השוכר והכירו כבע"ד ונשבע לו שמתה תו אינו יכול להשביע גם את השואל כי מה סברא שיוכל לחייב שבועה לשניהם דלכאורה אם מסר לשני שומרים סגי בשאחד מהם ישבע ולא שניהם, אולם מפורש בשו"ע סוף סימן פ"ז בסמ"ע ס"ק ק' ובש"ך שם שאם אחד תובע שני שותפין יכול להשביע את שניהם רק סגי שהאחד ישבע והשני יענה אמן, וכן הוכיח בחידושי רבנו חיים הלוי פ"א משכירות עיי"ש. אך מ"מ מסתבר דהכא בשבועת השוכר סגי כיון שהוא מסר לו לבדו וכמו שמבואר שם בחידושי הגר"ח דהיכא דמסר לשומר אחר היכא דרגיל

ונראה לומר דהנה בגמ' לקמן מוקי לה להאי מתני' באומר לו לדעתך וכיון שכן י"ל דבאומר לו לדעתך נעשה כשלוחו גם לענין זה שיהיה בעליו עמו ואף שמבואר בגמ' לקמן צ"ו דשליח לא חשיב בעליו עמו ואף קנין פירות לא סגי להחשב בעלים מ"מ הכא שהשכיר לו ואמר לו לדעתך עדיף טפי ומקרי שפיר בעליו עמו, משא"כ באשה שנישאת דאין זה דומה כאמר לה מדעתך. אך עדיין קשה דכ"ז ניחא לאביי אליבא דר' יוחנן דמוקי לה באומר לו לדעתך אבל לרב או לרבא אפי' לר' יוחנן לא מיירי כלל לדעתך.

אמנם יש ליישב זה דהנה יש לתמוה על התוס' דמה הוצרכו לטעם זה דבעליו עמו תיפו"ל דהוא באחריות השוכר לענין גנבה ואבידה אם אינו יכול לתבוע מן השואל כגון שהלך למדינת הים או שהוא עני ואין לו לשלם וכבר עמד בזה האו"ש בפ"ד מגזלה ואבדה ה"ט וכתב דכיון דמוקי לה בגמ' באומר לו לדעתך ונותן לו רשות להשאיל א"כ בכה"ג מצי השוכר לומר לבעלים אוקי גברא בחריקאי ויכול לתבוע רק מן השואל וכמו שכתב הנמוק"י הנ"ל דהיכא דרגיל להפקיד אצלו פטור הראשון אף אם השני אין לו לשלם. עכ"ד. ולפי"ז ניחא דכל מה שהוצרכו התוס' לטעם זה הוא רק לאביי אליבא דר' יוחנן ובזה שפיר י"ל דחשיב בעליו עמו לגבי הבעלים. אבל לרב ולרבא אין צריכים כלל לטעם זה וכמ"ש האו"ש. [ובמק"א נתבאר ליישב דברי התוס' באופ"א].

י) עיי"ש עוד בחידושי הגרע"א שכתב דאם השואל שלח בה יד ואח"כ נאנסה אינו יכול לתבוע את השוכר דדוקא אם השואל פשע בה ולא שמר כראוי בזה שייך לחייב הראשון דסו"ס לא נשמר החפץ אבל אם שמרה כראוי אלא ששלח



עיי"ש. ולעני"ד אין זה פשוט דנראה דהא דקונה השוכר את הפרה בשבועתו הוא זכות שזכתה לו תורה כיון שמתחייב בשמירת הבהמה וכמו גזלן כיון דחייב באונסין זוכה בזה לקנותו בשינוי ויאוש כך גם שומר כיון שמתחייב בשמירה לכך זיכתה לו תורה את הזכויות שכל ריוח מן הצד יהיה שלו. וכיון שכן בשומר בבעלים כיון דאינו מתחייב בדיני שמירה אפשר דאינו זוכה כלל וכעין שכתב הנה"מ בסימן שני"א בגונב בקלב"ס דאינו קונה בשינוי מעשה. [ואם נימא כן אין כלל ראייה מההיא דבעל בנכסי אשתו דהא אף אם שוכר הוי לא קנה כיון דהוא שומר בבעלים.] ואף אם נימא דבעליו עמו הוי רק מעלותא אבל אין לגרוע משום כך את זכויותיו מ"מ פשוט דבעבדים ושטרות בכה"ג שפיר נראה דאם הלך ומסר לשומר אחר וקבל ממנו בקנין להתחייב דלא זכה משום דהני נתמעטו לגמרי מכל דיני שמירה.

ט) ברמב"ם פ"א משכירות ה"ד וה"ה כתב דשומר שמסר לשומר למי שרגיל להפקיד אצלו וגרועי גרעה לשמירתו חייב משום שהוא פושע [ור"ל שחייב אף על אונס שיכולים לתלות שבא מחמת הפשיעה] אבל אם הביא עדים שנאנסה [ר"ל אונס גמור] פטור. ועיין במשנה למלך שם שתמה דכיון דאין יכול לומר את מהימנית לי א"כ אמאי צריך עדים ולמה לא סגי במה שהשני נשבע שנאנסה. ועיין קצוה"יח סימן רצ"א ס"ק י"ב ובפת"ש שם ס"ק כ"א בשם ושב הכהן וכן בחידושי רבנו חיים הלוי פ"א משכירות שכתבו דכיון שהשני אין צריך להשבע רק שלא פשע בה א"כ אף אם ישבע שנאנסה לגבי זה לא מהימנית ליה דלאו שבועת השומרים היא והוה שבועת ביטוי בעלמא. אולם עדיין צ"ע על מה שכתב שם הרמב"ם דאף אם הראשון היה בבעלים חייב וזה צ"ע דאף

להפקיד אצלו או למאן דלית ליה את מהימנית ליה סגי בשבועת השני משום שהשני נעשה עיקר השומר א"כ כ"ש הכא לענין השוכר דכיון שהמשכיר מסר לו מסתבר דסגי בשבועת השוכר. וצ"ל דמיירי שתבע קודם את השואל. אך גם בזה מסתבר דבי"ד אין מניחים לו להשביע שניהם ואומרים לו השביע את השוכר וממילא יפטר אף השואל. אולם עיין חידושי הגרעק"א כאן גבי שוכר בחטאת ושואל באשם שמבואר מדבריו דשפיר יכול המשכיר לתבוע את השואל קודם ולהשביעו ואח"כ את השוכר.

ח) השוכר פרה מחברו והשאילה לאחר וכו' בחידושי הגרע"א נסתפק בשואל בבעלים וחזר והשאיל לאחר ומתה אם הראשון קונה היכא דפטורו הוא משום שמירה בבעלים. ועיי"ש שכתב דאם נימא דקנה יקנה אף לר' יוסי כיון דלא שייך בזה דל אנת ודל שבועתך. ודבריו צ"ע דמהיכ"ת דבעינן דוקא שבועה דסוף סוף המשכיר תובעו להחזיר את הפרה ובי"ד צריך לחקור אותו אם הפרה עדיין אצלו ומדרבנן ודאי שיש שבועת היסת וא"כ שוב יכול לומר דל אנת ודל שבועתך כלומר הטענה והעמידה בדין שהרי לא נפטר ממנו השואל הראשון רק ע"י טענה ושבועה שאינה ברשותו. וכ"ש אם יש חיוב שבועה מדאורייתא שאינה ברשותו גם בשואל בבעלים דבזה ודאי שייך לומר דל אנת ודל שבועתך.

ובעיקר מה שנסתפק הגרע"א מדבריו נראה שזה היה פשיטא ליה דבשוכר בבעלים ומתה כדרכה ודאי קונה כיון שסו"ס מתה באונס ששוכר אינו חייב בזה וכל מה שנסתפק הוא רק בשואל שחייב באונסין אלא שפטור מחמת בעליו עמו אם קונה בזה או לאו. וזהו שהביא ראייה מהא דבעל בנכסי אשתו

לשמור מגניבה רק פטור מתשלומין] אבל בשואל שמסר לשומר שכר צ"ע.

י) בשו"ע ס"י רצ"א סעיף כ"ג מעשה באחד וכו' ובהג"ה שם נחלקו אם בדבר המסוים הראשון צריך להשבע שמסר. ונראה דבכל שומר שמסר לשומר ודאי מודו כו"ע דהראשון צריך להשבע שמסר דאל"כ הו"ל כמביא איש אחר להשבע במקומו ורק כאן באשתו ובניו יש מקום לומר דגם זה כלול בעל דעת אשתו ובניו הוא מפקיד שמאמין אותם בשבועה וכמו שאם הבעל הלך ובאו ליסטים מזוין ורק האשה ראתה דודאי יכולה האשה להשבע. ומש"כ בקצוה"ח ס"ק ח' שתלוי בפלוגתא דהרמב"ם והתוס' אם השומר פטור כשמסר לאשתו דלהרמב"ם שהראשון פטור ונסתלק מן השמירה הו"ל כטוען החזרתי אבל להתוס' דהראשון חייב לא נסתלק משמירתו ובעי שבועה. דבריו צ"ע טובא דאטו אם השני מכחיש שלא מסר לו וכי יהיה נאמן כטוען החזרתי ועל כרחך דאין זו ממש חזרה רק העברת השמירה והאחריות לאיש אחר וא"כ מהיכ"ת נחשב כטענת החזרתי. ועכ"פ כל זמן שהשומר השני לא נשבע פשוט דלאו כל כמיניה לפטור עצמו גם להרמב"ם אם הראשון לא נשבע שמסר.

ועיין בריטב"א ל"ו א' שהקשה לרב דס"ל דשומר שמסר לשומר פטור מאי שנא מחנוני על פנקסו דיכול לומר דאינו נאמן אצלו ואם נימא כמ"ש דלעולם השומר הראשון צריך להשבע שמסר לשני ניחא דכיון שהראשון נשבע בתחילה שמסר לו הוה המשך לשמירתו.

אם נימא דשמירה בבעלים בעי שבועה שאינה ברשותו או שלא שלח בה יד מ"מ הרי לגבי זה סגי בשבועת השני דבזה גם הוא חייב להשבע כדי לפטור עצמו ולא שייך תירוצם של האחרונים הנ"ל. מיהו לפי מה שכתב שם המגיד משנה דבעליו עמו אינו פוטר רק על מה שאירע ברשותו לא קשה דבאמת שומר שכר שהיה בעליו עמו יהיה חייב אפי' בגנבה ואבידה שארעו אצל השני שהוא שומר חנם וממילא בעי שבועה כדי לפוטרו וכיון שהשני אינו חייב אלא להשבע שלא פשע בה לגבי גניבה ואבידה חשיב כשבועת ביטוי בעלמא. [ולפי"ד המ"מ מה שהראשון חייב אף אם היה בבעלים אין זה דוקא באופן שגרועי גרעה אלא אפי' בשו"ח שמסר לשו"ח אם השני פשע ואין לו מה לשלם חייב הראשון להשיטות שסוברים שגם הראשון חייב [כנ"ל אות א'] דלגבי רשות אחר אין פטור של בעליו עמו אלא שהרמב"ם בא להשמיענו דגם אם השומר הראשון היה בבעלים מ"מ זה בכלל גרועי גרעה לשמירתו].

אולם עדיין תמוה מה שייך גרועי גרעה לשמירתו כשהראשון היה בבעלים, וביותר קשה בשואל שמסר לשומר שכר דבזה הרי ודאי ליכא נ"מ בעצם השמירה בין שואל לשומר שכר דא"א לשומר מאונסין ואף שבשואל סתם י"ל דכיון שחייב באונסין הוא מוסר נפשו לשומר היטב שלא יבוא כלל וכלל לידי אונס אבל בבעליו עמו שהראשון פטור איזה גרעון יש כאן ובשלמא בשו"ח שמסר לשו"ש שייך גרעון דשו"ש חייב יותר לשומר משו"ח אף אם בעליו עמו [רק צ"ע קצת דהתוס' ב"מ צ"ג א' כתבו דגם שו"ח חייב