

עושה עמו דין ואינו נשבע (בבא קמא קח)

גליון 411

בדרף קח: אתמר נגנבה באונס והוכר הגנב, אמר אביי אם שומר חנם הוא רצה עושה עמו דין רצה נשבע. אם שומר שכר הוא עושה עמו דין ואינו נשבע. רבא אמר אחד זה ואחד זה עושה עמו דין ואינו נשבע. ופירש"י נגנבה באונס, בלסטים מזויין, דשומר שכר פטור בו ואח"כ הוכר הגנב ויכול לכופו ולהוציא מידו, רצה נשבע, והבעלים יפרעו מן הגנב. עושה עמו דין, משלם לבעלים והוא יפרע מן הגנב. ואם שומר שכר הוא אע"ג דפטור בלסטים מזויין הכא הואיל והוכר הגנב ולא יפסיד כלום, עליו לטרוח אחריה, לפיכך הוא ישלם לבעלים ויפרע מן הגנב.

לפי רש"י עושה עמו דין פירושו שעושה דין עם הבעלים, שמשלם לו, ואח"כ השומר יתבע את הגנב. והקשה בחי' הרשב"א דלא הוה ליה למימר עושה עמו דין אלא ישלם ואינו נשבע וכו' ועוד היאך אפשר לומר שיהא שומר חנם משלם מביתו כל שלא פשע בה, דבשלמא שומר שכר אפשר לומר דלהכי יהב ליה אגרא אלא שומר חנם למה ישלם וכו' אלא מסתברא דעושה דין עם הגנב קאמר כלומר שחייבין לטרוח ולדון עם הגנב משום דלעתים הגנב אלים וקשה, ואין הבעלים רוצים לטרוח ולדון עמהם.

לפי הרשב"א אין השומר חייב לשלם ואח"כ לתבוע את הגנב אלא חייב לטרוח ולתבוע את הגנב. רק שבשומר חנם אינו חייב, ויכול להישבע לבעלים ולהיפטר אבל שומר שכר חייב להשתדל ולתבוע את הגנב. ובשיטת רש"י צריכים לומר שמחויבי השמירה לדאוג שהבהמה תחזור לבעליה. ועד כמה שנמצא הגנב ואפשר לתבוע אותו, חייב לטפל בזה אפי' בשומר חנם אליבא דרבא. ולאביי שומר חנם יכול להישבע ולהיפטר אבל אם רוצה, יכול לשלם לבעלים ואח"כ יתבע את הגנב, ואם ישלם כפל, יזכה השומר בכפל. ויתכן שלמד רש"י שאם לא ישלם לבעל הפקדון, לא יוכל לתבוע את הגנב, שיאמר לו לאו בעל דברים ידידי את, דאין זה בהמתך. אבל הרשב"א למד שעד כמה שמוטל על השומר לשמור על הפקדון, אין הגנב יכול לומר לאו בעל דברים ידידי את, שכן הוא השומר ומוטל עליו להחזיר את הבהמה למקומה.

וכן כתב בחזו"א (חו"מ סי' ח אות ו) דכיון דבגניבתו גרם שיהיה לבעה"ב היזק ע"י השומר, ומיד השומר נפסד חפצו של בעה"ב יש לו רשות לתבוע שלא יאונה על ידו הפסד לאחרים, וחשיב ע"י זה כבעל דין. ונראה דרש"י למד שהיות ונגנב מבית השומר וידוע לו איפה הגניבה חייב לשלם כי מצד הבעל הבית החפץ אבוד ממנו כי כבר אינו אצל השומר, ולכן השומר חייב לשלם מדין חיוב השמירה שלו והוא יתבע בעצמו את הגנב ויוציאנה מידו ויקבל הכפל אם יהיה.

וכן כתב בר"י מלוניל (מובא בשיטות קמאי) וז"ל אבל הכא הואיל והוכר הגנב ולא יפסיד כלום, עליו לטרוח אחריה, לפיכך עושה עמו דין כלומר דין של פשיעה ומשלם לבעלים ויחזור ויפרע מן הגנב, עכ"ל. הרי שנקט שחייב לשלם כאילו פשע, והיינו דמדיני השמירה עליו לשלם. וכנראה כך סבר רש"י. ובש"ך (חו"מ סי' רצד אות ח) דייק מרש"י שכתב שלא יפסיד כלום דדוקא כשידוע שיוציא מן הגנב. ומשמע לכאורה שאם לא יצליח, יקבל כספו חזרה.

והנה הרמב"ם (פ"ח שאלה ופקדון ה"ו) כתב נגנב הפקדון באונס ואחר כך הוכר הגנב, אחד שומר חנם ואחד שומר שכר עושה דין עם הגנב ואינו נשבע. קדם ונשבע ואחר כך הוכר הגנב אם שומר חנם הוא, רצה עומד בשבועתו רצה עושה דין עם הגנב, ואם שומר שכר הוא עושה עמו דין.

הרי שפסק הרמב"ם כרבא שגם ש"ח עושה דין ואינו נשבע. והוסיף דאם נשבע, בשומר חנם אינו חייב לעשות דין, דפסק כדברי רבא שיישב את דברי רב הונא בר אבין, כגון שקדם ונשבע, שאז השומר חנם אינו חייב לעשות עמו דין.

וכתב במגיד משנה וז"ל פי' משלם לבעלים והוא יפרע מן הגנב. ושאר המפרשים הקשו עליו דודאי אינו

מן הדין שיתחייבו הם לשלם האונסין אע"פ שהוכר הגנב אלא כך פירושו שהן חייבין לטרוח ולדון עם הגנב משום דלעתים הגנב אלאם וקשה, ואין הבעלים רוצים לטרוח ולדון עמו. וזה דעת רבינו. ביאר המ"מ שהרמב"ם למד כהרשב"א ודלא כרש"י, והוא עושה דין עם הגנב, וא"צ לשלם קודם לבעלים. אמנם בכס"מ כתב ואני אומר איני יודע מנין הכריע דעת רבינו, שהרי דבריו כדברי הגמרא ממשי, וכל פירוש שיפורש בדברי הגמרא יתפרש ג"כ בדבריו, עכ"ל. והיינו דמנין לו שפי' הרמב"ם דלא כרש"י. וכתב בסמ"ע (חו"מ סי' רצד אות ו) דבגמ' כתוב עושה עמו דין, ורש"י פירש עושה עמו דין, השומר משלם לבעלים וכו' הרי דפירש שעושה דין המפקיד עם הנפקד, וצריך לשלם לו מיד אחר שהוכר הגנב משא"כ להרמב"ם דפי' עושה עמו דין דר"ל הנפקד עם הגנב שכ"כ בהדיא וכו' עושה דין עם הגנב ואינו נשבע, ולשון זה ודאי משמע כדפירשו המגיד משנה דאין על השומר כ"א הטירחא להעמיד הגנב בדין. אבל הכס"מ למד שגם בדברי הרמב"ם שכתב שעושה דין עם הגנב אפשר לפרש כרש"י שקודם משלם לבעלים ואח"כ עושה דין עם הגנב לתבוע אותו.

והנה בהמשך הגמ' רבה זוטי בעי לה הכי נגנבה באונס והחזיר גנב בבית שומר ומתה בפשיעה, מהו, מי אמרינן כיון דנגנבה באונס כליא ליה שמירתו או דלמא כיון דהדרה, הדרה לשמירתו, תיקו. וכתב בשטמ"ק בשם הרא"ש ובשם הרמ"ה דהאי בעיא לא אצטריך לא אליבא דאביי ולא אליבא דרבא דהא לדידהו חייב השומר למטרח בתרה ולא הדורה לבעלים (כשזה אצל הגנב), כל שכן היכא דהדרה לרשותיה דשומר ממילא, שעדיין חייב בשמירתו.

וביאר האחרונים (פנ"י ורעק"א ועוד) דלפי"ז מובן למה הרי"ף השמיט בעיא זו, כי הרי"ף פסק כרבא שאפי' שומר חנם חייב לתבוע את הגנב, וא"כ פשוט שעדיין חיובי שמירה עליו אם הבהמה חזרה אל ביתו. והיינו דהיות ופסק כרבא אין השאלה של רבה זוטי ספק כלל, דפשיטא דחייב, ולכן השמיטו.

אמנם הרמב"ם כן הביא ספיקו של רבה זוטי, שכתב (שם) נגנב הפקדון באונס והחזירו הגנב לבית השומר והרי הוא בהמה, ומתה שם בפשיעה, יש בדבר ספק אם כלתה שמירתו או עדיין לא כלתה שמירתו, לפיכך השומר פטור מלשלם, ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידם, עכ"ל. הרי שהרמב"ם למרות שפסק בתחילת אותה הלכה כרבא שהשומר עושה דין עם הגנב, סבר דבכ"ז קיים הספק של רבה זוטי אם כשהבהמה חזרה אליו אם עדיין עומד בשמירתו או לא. ולכאור' זה דלא כדברי האחרונים הנ"ל.

אמנם בפני יהושע כתב דרך לראשונים דס"ל כרש"י שצריך לשלם לבעלים ואז לתבוע את הגנב, פשיטא שעדיין נחשב שומר כשהחזיר הגנב את הבהמה אבל הרמב"ם שמפרש דהא דקאמר רבא עושה עמו דין לא איירי לענין שצריך השומר לשלם לבעלים אלא לענין הטיפול להעמיד הגנב לדין עם הבעלים כמ"ש הרב המגיד להדיא לשיטתו וא"כ אין זה ענין למימרא של רבא כלל, דאפ"ה שייך בעיא דרבה אבל הטור פי' להדיא מילתא דרבא כרש"י.

והיינו דלמד הפנ"י שרק לפי דרכו של רש"י שמשלם לבעלים מוכרח שהוא עדיין כשומר דהא אפי' כשהבהמה אצל הגנב חייב לשלם כש"כ כשהחזרה הבהמה לשומר אבל לפי הרמב"ם והרשב"א שאינו חייב לשלם וחייב רק לטפל בתביעה יתכן שאינו חייב בשמירה כשתחזור אליו הבהמה.

אלא דצ"ע בדבריו דגם לשיטת הרמב"ם סוף סוף חייב מדיני השמירה שלו לתבוע את הגנב א"כ מוכח שהוא עדיין שומר ולמה שתיפסק שמירתו אם חזרה לו הבהמה. וגם בראשונים עצמם מפורש שלמרות שלמדו כהרשב"א בכל זאת כתבו דספיקו של רבה זוטי אינו לפי אביי ורבא כמבואר בשטמ"ק בשם הרמ"ה. חזינן שהפנ"י למד שאם צריך לשלם לבעלים הרי שהבהמה עדיין באחריותו כפי שנתבאר לעיל דחייב כמו בפשיעה ולכן פשוט שנשאר שומר אם חזרה הבהמה אליו אבל אם רק צריך לתבוע את הגנב (כשיטת הרמב"ם) אין זה אלא חיוב השבה שיש לשומר (כי נגנב ממנו כשהיה שומר) לדאוג שהבהמה תחזור לבעליו אבל אם הבהמה חזרה לשומר ופשע בה שאז חיובו מדיני שמירה יתכן שכבר אינו חייב. וכן כתב בברכת אברהם דמוכח מהרשב"א כשיטת הנתיבות (דלא כקצות) דיש חיוב השבה על השומר (עי' משובב נתיבות ריש סי' פו) ולכן חייב לטרוח כדי להשיב למרות שאין עליו שום חיוב תשלומין על עצם הגניבה.