

א. דין מעניין נפסק בטור, חו"מ, שמו, א, בספר מישורים, נתיב ל, חלק ג, ובשו"ע, חו"מ, שמו, א: אם שורו ה"תם" של השואל הזיק לנכס הנשמר, עליו לשלם את כל הנזק, אף על פי שבדרך כלל שור תם המזיק חייב רק בחצי הנזק; וטעם הדבר פשוט, שזוהי הקלה האמורה רק במי ששורו הזיק נכס של אדם זר, ואילו כאן הנכס הניזוק נתון באחריותו של השואל, ואפילו היה מכה אותו ברק, היה חייב לשלם את כל הנזק (הדברים נכונים גם בשומר חנם ובשומר שכר, אם הנזק של השור התם לא היה בגדר אונס, אלא בגדר פשיעה — ראה סעיף 2(א), במילואים להערה 219, וסעיף 2(ב), במילואים להערה 43).

ב. תפס "נושה" של המשאיל: לפי משנה למלך, הלכות שכירות, א, ד, אם משהו תפס את הנכס באונס מן השואל, וטוען שהוא שלו מפני שהמשאיל חייב לו כסף, ואי אפשר להוציאו מידו מפני שתפס שלא בפני עדים ולכן יש לו "מיגו" שהיה יכול לטעון להד"ם, השואל פטור, מפני שהלה טוען שזה שלו (כלומר, אין זה סוג אונס ששואל פטור בו, אלא הוא פטור מלשלם למשאיל מפני שהמשאיל כלל אינו בעל הנכס); ורק אם פשע בשמירה כך שהתאפשר לאותו אדם ליטלו, חייב (כפי שכתבנו בסעיף 2(א), במילואים להערה 219, שאף שומר חנם חייב בכגון זה). אך קצות החושן, נח, ס"ק א, כתב שאין לפטור מטעם טענת אותו אדם שבעל הנכס חייב לו כסף, שהרי אותו אדם נאמן רק בטענת "מיגו" שהיה יכול לומר "לא חטפתי מעולם", והרי השואל היה חייב גם אילו אמר הלה "לא חטפתי", והיה חייב גם אילו חטף הלה בפני עדים והלך לחו"ל כך שאי אפשר לגבות ממנו, מפני שהוא כמו גזלן, ועכשו שיש לו מיגו, זה מועיל רק לגבי עצמו, ולא לגבי השואל. רז"ג גולדברג הוכיח כך גם מרמ"א, חו"מ, נח, א, המחייב שליח שנשלח לשלם חוב, ולא נטל את השטר מהמלווה, ועכשו טוען המלווה חייב לו חוב אחר — שטעמו הוא, שאף על פי שהמלווה נאמן, במיגו שהיה יכול לטעון שלא נפרע, מכל מקום המיגו אינו מועיל לפטור את השליח, אלא השליח חייב כלפי הלווה. גם מדברי בית יוסף, חו"מ, פג, מחודש ב (הובא בסמ"ע, נח, ס"ק ח, ובשו"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן לא), שמשנה למלך תמה עליו בעניין זה, מוכח שהוא חולק בזה על משנה למלך, ומחייב שואל באונס כזה. נתיבות המשפט, נח, ס"ק ה, מבאר שמשנה למלך סובר כסמ"ע, קכה, ס"ק יט, שמיגו כזה מועיל גם למי שתפסו ממנו, שהוא פטור בטענה שהנכס באמת שייך לתופס, ורק אם מסר לו בפשיעה חייב מפני שיכול בעל הנכס לומר: "מה עשיתי לך שהזקת לי? לולא פשיעתך הייתי משכנע אותו למחול לי על חובי"; אך גם הוא כתב שאין הלכה כמשנה למלך, הפוסק באונס, משום שאין הלכה כסמ"ע שם. דברי משפט, שם, א (ס"ק א), מביא ראיות ששואל חייב כאן (עיין שם), שלא כמשנה למלך (על שומר שכר במקרה זה, ראה סעיף 2(ב), הערה 79).

ג. יפה ענף, מערכת שאילה, אות יח, נוקט שמשנה למלך פטר משום שאונס זה בא מכה המשאיל, שמחמתו תפסוהו הנושים שלו (רח"א מילר הוסיף, שגם אם נניח שהמשאיל באמת אינו חייב לתופס, מכל מקום מזלזל הרע של המשאיל גרם לכך שתפסו את הנכס מחמתו). לפי הסברו, הפטר זה נכנס למסגרת "אשם תורם", שבו נדון בסעיף 4, פרק ז, וראה שם, ליד ציון הערה 168. על דברי משנה למלך עיין קרית מלך רב, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שכירות, א, ד (דף סב ע"ב); שם יוסף (אליקים), על הרמב"ם שם; כבוד יום טוב, על הרמב"ם שם; מטה שמעון, פג, הגהות בית יוסף, אות ז.

ד. על מקרה שאמת היא שהמשאיל חייב למישהו, ראה סעיף 13, במילואים להערה 143, שהשואל רשאי לתת את הנכס לנושה מטעם שעבודא דרבי נתן.

ה. תוספות הרי"ד, ב"ק קיז ע"ב, ובספר המכריע, סימן פב, ופסקי הרי"א, ב"ק, פרק י, הלכה ו, אות יא, כותבים שאם באו שוודדים על השואל, ואנסוהו לתת להם את הנכס, ונתן, חייב, שהרי חייב באונס, אף על פי שסתם אדם או שומר פטור אם דרשו השוודדים נכס מסוים (ראה סעיף 2(א), ליד ציון הערה 48). אך שו"ת חוק ומשפט, סימן קמב, כתב ששואל פטור בזה, מפני שהאונס בא מחמת המשאיל (על פי רמ"א, חו"מ, שם, א, שכתב ששואל פטור אם האונס קרה מחמת המשאיל), ונימק, שהנכס עדיין ברשות המשאיל, שהרי הוא חוזר בעין, ועדיין שם בעליו עליו, בניגוד ללווה, שחייב גם באונס שבא מחמת המלווה, כגון זה — מכיוון שלהוצאה ניתנה, ונעקר שם בעליה ממנה, וממון הלווה הוא שנאנס (וגם מרדכי, ב"ק, סימן קצ, ותשובות מיימוניות, ספר נזיקין, סימן ב וסימן יג, הובא בשו"ת דברי ריבנות, סימן פג, כותבים על החצי מלווה שבִּעֶסְקָא, שחייב אם מסר לשוודדים, מפני שחייב באונס). וראה לעיל בשם יפה ענף, ובמילואים להערה 8, אות כ, בשם שושנת יעקב, על אונס מחמת המשאיל.

ו. על חיוב שואל ברזיית בהמה, ראה סעיף 4, ליד ציון הערה 106. על חיוב שואל אם הוזל הנכס, ראה סעיף 2(א), ליד ציון הערה 443.

להערה 5

א. גם שו"ת מהר"ם חלאוה, סימן קלד (=שו"ת הריב"ש המיוחסות ["החדשות"], סימן ב), מחייב גם אם השוודדים גנבו את כל נכסי המשאיל (אך אינו מזכיר "מכת מדינה").

ב. דעה חולקת: סמ"ק מצורף, מצווה רנא (עמ' סד), כתב ששואל ספר, ונתפס במכת מדינה, פטור. שו"ת לב מבין (בירדוגו), חו"מ, סימן רח, מסתפק האם שואל פטור באונס שהיה קורה גם אילו היה הנכס ברשות המשאיל, כגון בולשת שנכנסה לעיר. רז"ג גולדברג העלה סברה לפטור במכת מדינה, על פי דברי הריטב"א (במילואים להערה 10, אות יז) שחיוב שואל באונס הוא מפני שמזלו של השואל גרם לנזק, וכאן שהייתה מכת מדינה, אין לומר כך, שהרי כל האנשים ניזוקו; וזאת במקביל לדין שמצאנו בחוכר, שמנכים מחכירותו אם השדה נשרפה במכת מדינה, משום שבזה אין לומר שמזלו גרם (ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך חוכר, פרק ז).

ג. הוראות שעה, פרק כט (עמ' קו), כותב שאם שאל קרקע, ונטלה "מסיקין" (עיין ב"ק קטז ע"ב), וזו מכת מדינה, השואל פטור. מאירי הלכה (מאן), חלק א, דף ט ע"ב, כותב רק שאם זה היה מחמת השואל, חייב לשלם — משמע שבמכת מדינה, פטור.

ד. עטרת ישראל, חלק התשובות, סימן יג, אות ז, כותב ששואל פטור באונס שאי אפשר למנוע אף בזהירות גדולה — ודבריו נוגדים את שאר הפוסקים.

להערה 7

א. דבר שבמניין, על ספר המצוות לרמב"ם, עשה רמד, מסביר בכך מדוע הרמב"ם מנה שואל כמצווה נפרדת, ולא מנה את כל השומרים כמצווה אחת (ויחשב כל שומר כדרגה שונה של חיוב שמירה) — מפני שחיוב שואל שונה מחיוב שאר שומרים, שחייבים על שלא שמרו.

ב. שערי זיז שם כותב שמשום כך, גם אם נאמר שאי אפשר לחייב שומר על שבששעתו גרם חיוב לבעל הנכס (כגון שהשור הנשמר יצא והזיק), מפני שחיוב שומר הוא רק על שמירת גוף הנכס, מכל מקום שואל חייב בזה.

ג. משאת משה (חברוני), ב"מ, סימן סב (ד"ה ואשר), כותב שאף על פי שחיוב שואל באונס אינו מטעם מזיק, מכל מקום הוא נחשב חיוב בעד היזק, והוא מביא ראיה מן ההלכה שהוא משלם מקרקע עידית (ראה סעיף 5, ליד ציון הערה 93), ואילו היה זה חיוב כהלואה או התחייבות בלבד, לא היה משלם מקרקע עידית. יש להסביר, שבשונה מהתחייבות רגילה, התחייבות לשלם בעד היזק מחייבת לשלם מקרקע עידית, מפני שחלים על התחייבותו כל הדינים שיש בחיוב מזיק ממש, כיוון שהיא כעין "בבואה" של חיוב מזיק.

ד. דעות חולקות: ר"ד בליך, מוריה ד (תשל"ב), גל' ג"ד, עמ' מא, כותב שחיוב שואל (באונס) הוא תוצאה מאיכות שמירה (חמורה) שהוא מחויב בה, ואינו חיוב ממוני חדש שהטילה התורה עליו. ראה בשמו בסעיף 2(ב), במילואים להערה 6, על שומר שכר. כמו כן, בסעיף 7, ליד ציון הערה 57, נביא שנתיות המשפט ואמרי שפר כתבו שיש אונסים שאפשר לשמור מהם. רח"א מילר העיר גם מהדיר שיחילתו בפשיעה וסופו באונס" חייב אם האונס לא היה קורה לולא הפשיעה (סעיף 2(א)), ליד ציון הערה 60), כלומר אם היה אפשר למנוע את האונס על ידי שלא יפגע; והוסף שיש סוג אונס שאפשר למנוע על ידי הבאה בחשבון של מציאות רחוקה, כגון רוח שאינה מצויה.

להערה 8

א. גם א' ורהפטיג, "קניין בשומרים", ספר זכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רפד, מעלה אפשרות להסביר שחיוב שואל הוא התחייבות שקיבל על עצמו, ומאחר שנהנה, קיבל על עצמו אף חיוב באונס, יותר מהחיוב שכל שומר אחר מקבל על עצמו; ורשות השימוש היא שכר תמורת התחייבות זו (וחזור על כך בעמ' רצא). הוא כותב שלפי הסבר זה, מובנת דעת הרא"ש, האומר שכל השומרים מתחייבים בלי קניין, ובכללם שואל (ראה סעיף 1(א)), הערה 135); אך הוא מעלה אפשרות שגם התוספות, המצריכים קניין בשואל ולא בשומרים אחרים (ראה שם במילואים להערה 135), סוברים שחיובו הוא מטעם התחייבות, אלא שהם סוברים שאין מתקבל על הדעת לומר ששואל מקבל על עצמו אחריות לאונס על ידי הסתלקות בעל הנכס בלבד (כדעת הרא"ש), ורק כשהוא עושה קניין, מתקבל על הדעת לומר שהוא מקבל על עצמו את ההתחייבות הזאת. בעמ' רצב, הסביר שלפי הבנה זו, הדין שאחרי שמשך השואל את הנכס אין המשאיל יכול לחזור בו (ב"מ צט ע"א), הוא רק מכוח תקנת משיכה בשומרים, שחכמים תיקנו שמלבד ההתחייבות הממונית, יש לשואל קניין מסוים בנכס, על ידי המשיכה, שבגללו המשאיל אינו יכול לחזור, אבל החיוב באונס אינו בגלל הקניין אלא בגלל ההתחייבות; או (בעמ' רצג), שאין לשואל קניין, אלא רק זכות שימוש, ומכל מקום אין המשאיל יכול לחזור בו מרשות השימוש שנתן, מפני שבשעת המשיכה קיבל על עצמו התחייבות זו.

ב. בית ישראל (שלומוביץ), סימן יד, אות ט, מסביר שבשעת האונס נתחייב להשיב את החפץ כמו שקיבל אותו, אף שלפני הנזק אין עליו חיוב השבה.

ג. שו"ת אבני נזר, אהע"ז, סימן רצא, אות ו, כותב ששואל חייב באונס מפני שנתחייב להחזיר או את הנכס או את דמיו.

ד. ר"ש אטלס, בהערותיו לחידושי הראב"ד, ב"ק צו ע"א, הערה לא, כותב שלירושלמי חיוב שואל אינו על הנזק, שהרי "אונס רחמנא פטריה", אלא חייב מפני שבשעת השאילה קיבל על עצמו להחזיר את הנכס בעין.

ה. ר"ח הייבלום, עמק הלכה (באבוב, תשנ"ב), עמ' שעח, מסביר שיש עליו שעבוד הגוף להיות אחראי לנכס.

ו. אמרי מהרש"ח, ב"מ לה ע"ב, נוקט, שזה חיוב שהטילה עליו התורה כיוון שכל ההנאה שלו. בדומה, הסביר חידושי הרי"ם, ב"מ לה ע"ב, שהתורה הטילה עליו חיוב אונס בעבור שהשתמש בחינם בנכס של חברו, כעין שכירות. אך בחידושי הרי"ם, חו"מ, עז, ס"ק א, הסביר שמאחר שכל ההנאה היא שלו, הוא נחשב שקיבל על עצמו מדעתו את חיוב התשלומין אם יאבד, שלא כשאר שומר שמקבל על עצמו חיוב שמירה וממילא התורה מטילה חיוב תשלומין (ראה בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 10), ונפקא מינה לערבות הדדית (ראה בשמו בסעיף 5, במילואים להערה 121). הר צבי, קובץ חידושים על גדולי האחרונים, על קצות החושן, שסג, ס"ק ח (עמ' קז), כותב שחיוב אונס הוא גזירת הכתוב, ולא על שגרם נזק.

ז. דבר שבמניין, על ספר המצוות לרמב"ם, עשה רמד, מסביר שגם שואל צריך קניין משיכה כדי להתחייב, כשאר שומרים לדעת הרמב"ם (סעיף 1(א)), הערה 127), אלא שחיובו שונה מחיוב שאר שומרים, שבשואל הקניין הוא לקבלת אחריות על עצמו אם לא יחזיר את הנכס בעין.

ח. ר' רפאל שמולביץ תירץ בכך את הקושי, מדוע במקרה מסוים שואל חייב לשלם פעמיים על אבדן נכס אחד (ראה סעיף 7, במילואים להערה 425), הרי אם חיובו הוא בגלל הנכס, לא ייתכן שנכס אחד יחייב בשני תשלומים (כמו שמטעם זה הגדול נכס ומכרו לאחר, ואכלו האחר, רצה הנגזל מזה גובה רצה מזה גובה, ואינו יכול לגבות משניהם — ב"ק קיא ע"ב) — אלא, מפני שחיוב שואל הוא מחמת התחייבות שלו, ולא בגלל הנכס, וכאן שהיו שתי התחייבויות, חייב פעמיים.

ט. ספר החינוך, מצווה ס (ובעקבותיו מצוות המלך, מצווה ט), משווה את חיוב שואל באונס, לחיוב לוזה. אבל פיתוי מנחה, על ספר החינוך, מצווה ס, אות א, הצביע על הבדל ביניהם: חיוב שואל הוא חיוב אחריות, ולא חיוב תשלומין, ואילו חיוב לוזה הוא חיוב תשלומין, מפני שהלוזה זכה בכסף.

י. קובץ שיעורים, פסחים, סימן יז (הובא במקנת חיים, ענף ו, אות כד, ואצל ר"א גורביץ, "בדין תשלומין בשואל", מוריה יב, תשמ"ד, גל' י"ב, עמ' רסב), כתב, שבלקחת הנכס, הוא מתחייב באחריותו כמו גזלן, ואינו מופטר באונס, בשונה משאר שומרים, שהאונס פוטר אותם; וגם לדעה ששואל מתחייב משעת האונס (לענין שעבוד נכסים וכדומה — ראה סעיף 5, במילואים להערה 98), היינו שזה זמן חלות החיוב, אבל המעשה המחייב הוא לקחת הנכס.

יא. ר"א גורביץ, "בדין תשלומין בשואל", מוריה יב (תשמ"ד), גל' ייב, עמ' רסג, מוכיח מחידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ צו, שחיוב שואל באונס הוא מדין אחריות גרידא, ולכן חיובו חל בשעת ההפקדה — ראה סעיף 5 שם.

יב. דעות חולקות: שיעורי מרן ר' פסח מקוברין, כתובות, סימן טו, בסופו, כתב שאין לומר שחיוב שואל באונס הוא מצד התחייבות, שאילו כן, היה פטור באונס מסוג שלא היה עולה על דעתו; אלא חיובו הוא כמו חיוב של לווה, להחזיר את מה שקיבל. ההשוואה ללווה מתאימה להסבר (ליד ציון הערה 10) ששואל חייב משום שקנה את הנכס, שהרי בלווה, הכסף קנוי לו.

יג. גם דיברות משה, ב"ק, סימן מ, ענף ב, דוחה את ההבנה שזאת קבלת התחייבות לשלם באונס, שהרי בגיטין עג ע"א נאמר שאין אדם יכול לקבל על עצמו להיות חייב באונס שאינו שכיח, והרי שואל חייב גם באונס שאינו שכיח (וכך דחה גם בסימן לו, ענף ב). ולכן הוא מסביר שחיוב כל השומרים הוא (לפי אחד מהסבריו) — ראה סעיף 1(א), במילואים להערה 5, בשמו, שמראש הוא מתחייב להחזיר את הנכס או את דמיו, אלא ששומר רגיל נחשב כאילו מתנה להיפטר באונס, ושואל, מאחר שכל ההנאה שלו, רואים כאילו לא התנה להיפטר בשום מקרה. בסימן לב, ענף א, כתב שחיובו הוא קבלת אחריות, ולא חיוב על שלא שמר.

יד. מחנה יהודה (חסמון), סימן ג (עמ' נו), כתב שהחיוב בשואל אינו מחמת קבלת השמירה (כבשאר השומרים) אלא חייב מחמת הנאת השימוש.

טו. גן נעול, כפתור ג, פרח יז, דוחה את ההבנה שחייב באונס מפני שכאילו קיבל על עצמו לשלם אם יהיה אונס, שהלא הוא לא דיבר על זה עם המשאיל, ואמנם בכל שומר אומרים שחייב מפני שמן הסתם שיעבד עצמו (תוספות, כתובות נו ע"ב, ד"ה הרי), אבל אין זה יכול לחייב באונס, שהרי "אונס רחמנא פטריה".

טז. יש שהסבירו שהוא חייב באונס מפני הנאתו המרובה — "כל ההנאה שלו". כך כתב דיברות משה, ב"ק, סימן לו, ענף ב (ובגיטין, סימן יט, ענף ד, כתב שחייב באונס מצד שמשמש בשל חברו). ים של שלמה, קידושין, פרק א, סימן יב, מסביר ששואל חייב באונס אף על פי ש"אונס רחמנא פטריה", מפני שכל ההנאה שלו לחלוטין. בספר מבית מאיר, חלק ב, עמ' קל, מדייק מרש"י, סנהדרין עב ע"א (ד"ה אבל לענין), שחיוב אונס תלוי בהנאה (ולא בקבלה — התחייבות); אך הוא כותב שההנאה לבד אינה מחייבת, אלא בצירוף מה שהשאילה מטילה חיוב אונס.

יז. אך בית אהרן (הערה 12) דוחה אפשרות להסביר ששואל חייב באונס מחמת הנאתו, שהלא גם אם תוסיף שכר לשומר שכר לא יתחייב באונס (ראה סעיף 1(ד), במילואים להערה 37, אות א). כמו כן, גן נעול, כפתור ג, פרח יז, דוחה את ההסבר שחייב מפני שכל ההנאה שלו, שהרי אם כן מדוע מקבל מתנה על מנת להחזיר אינו חייב באונס (לדעת חלק מהפוסקים — ראה סעיף 1(ג), פרק ג, 14 (א)); אלא שואל חייב באונס מפני שהנכס קנוי לו (ראה בשמו במילואים להערה 10, אות ו), שלא כמו המקבל מתנה על מנת להחזיר, ומה שכתב רש"י, סנהדרין שם, שחייב באונס מפני שכל ההנאה שלו, כוונתו להסביר מדוע שוכר פטור באונס למרות שיש לו קניין בנכס — מפני שאין כל ההנאה שלו, שהרי נתן דמי שכירות, ולכן הנכס נחשב כמכור אצלו (ואין כוונתו ברוחה).

יח. הסברים שונים: הרקנטי, בטעמי המצוות, מצווה כה, מסביר ששואל חייב באונס, מפני שהמשאיל עשה עמו מידת חסידות. כמו כן, אמרי מהרש"ח, ב"מ צו ע"א (ד"ה בגמ' שאלה), נימק, מפני שהנכס נמסר לידו לטובתו. בית שלמה (אבעל), שער י, הערה לה (פב ע"ב), וראי"ה קוק, ניצני ארץ יב (תשנ"ח), עמ' 12, נימקו, שהתורה חייבה שואל באונס כדי לעודד אנשים לגמול חסד ולהשאיל.

יט. ר"מ וולקוביץ, "בעניין שואל ספרים", קובץ תורני מרכזי ד (אדר תשמ"ה), עמ' מד, מביא שאור שמח (שלא מצאנו) ביאר, שאין אומרים "אונס רחמנא פטריה", מפני שיש עליו חיוב השבה, להשיב את הנכס או את דמיו, ולכן אף שאינו יכול להשיב את הנכס, מכל מקום יכול להשיב את שוויו, ולענין זה אינו אנוס לגבי החזרת דמיו; ושוכר פטור מאונס, מגזרת הכתוב, והטעם הוא, מפני שנחשב כאילו קנה את הנכס בדמי השכירות, ואף שדמי השכירות אינם שווים לערך הנכס, מכל מקום הם שקולים לסיכון האבדן, ולכן הוא פטור מהשבה ומתשלומין.

כ. שושנת יעקב, שם, א (ס"ק א), כתב בדעת הרמ"א והלבוש, חו"מ, שם, א, ששואל חייב על מיתה טבעית של בהמה אף על פי שזה היה קורה בלאו הכי, מפני שעכשו מתה בבית השואל, ואילו לא שאל, הייתה מתה בבית המשאיל, ולכן נחשב אונס מכח השואל; ומסקנתם מנימוק זה היא, שאם האונס קרה באותו מקום שהיה קורה גם לולא השאילה, השואל חייב, ולכן המרדכי פטור שואל שניצל משכונן של אחר שממושכן אצל אדם שלישי ואבד באונס (המקרה בסעיף 1(א), ליד ציון הערה 179); ולכן הלבוש כותב ששואל בית ונשרף פטור מפני שהאונס בא מכוח המשאיל — מפני שהאונס היה קורה באותו מקום גם לולא ההשאילה. לאור זה, הוא מעלה אפשרות שמי ששאל כלי לעשות בו מלאכה בבית בעל הנכס, ושם קרה לכלי אונס שהיה קורה בלאו הכי, פטור. על אונס שמחמת המשאיל, ראה במילואים להערה 3.

כא. פ' דייקן, מחקרים ומאמרים בשדה המשפט, עמ' 218, מנמק (בין היתר) שהשאילה נובעת מידידות, קרבה הדדית, ולכן אין לאפשר חשבונות דקדקניים בין המשאיל לשואל, אלא צריך להחזיר את המושאל בלי בדיקות מי אשם — בכל מקרה ישלם. נימוסי השכונות כמעט מכריחים את בעל הנכס להשאיל, ואותם נימוסים מחייבים שיחזיר בלי תנאים. עוד נימק (בעמ' 219), שבעל הנכס טוען: "אילו היה הנכס ברשותי, הייתי מטפל בו באופן אחר ואולי אז לא היה האונס קורה, אולי הברק לא היה פוגע שם, אולי מזלי היה עוזר לי", וגם אם זה לא הגיוני, מכל מקום הוא עלול לחשוב כך, וצריך לפייס את דעתו המשובשת. עוד העלה אפשרות (בעמ' 221) שזה ככפרה על ה"חטא" של ישראל ששאלו כלים ממזרים ולא החזירו, לכן החמירו על סתם שואל שינהג לפנים משורת הדין. אך במסקנתו (בעמ' 220) הוא כותב שכל הטעמים הללו אינם מספיקים, אלא זה באמת עוול, אחד היסודות האיציונליים בהלכה, וכתיקון לעוול יש הרבה סייגים לחיוב שואל באונס: "מתה מחמת מלאכה", שואל המתנה להיפטר, שואל אחרי זמנו, שלח לו בעל הנכס על ידי שליח ועוד לא הגיע אליו, יורשי שואל, ועוד.

כב. על יסוד חיוב שואל עיין גם נתיב בינה (שרייבר), סימן ל; משנת ר' גרשון (לפידות), סימן נו.

להערה 9

פ' דייקן, מחקרים ומאמרים בשדה המשפט, עמ' 217-218, מביא שם זילברג הסביר שכמו שחברת ביטוח מקבלת על עצמה לשלם

על כל מה שיקרה, תמורת הפרמיה, כך גם שואל מקבל על עצמו אחריות מלאה תמורת קבלת רשות שימוש. אך פ' דייקן דוחה הסבר זה בטענה שאין זה מתקבל על הדעת שהשואל ששואל מתוך ידידות מתכוון לשלם תמורתו בקבלת אחריות, שהלא הוא עלול להתחייב לשלם באמת; ובכלל, ברור שהמשאל והשואל לא חשבו על זה בשעת שאילה.

להערה 10

א. מן האחרונים כתבו כך: נתיבות המשפט, שמד, ס"ק א (מפני ששאילה היא כמכר ליום, והתורה עשתה את הפיקדון כאילו שלו, לעניין חיוב באונס, שחשב כאילו דבר שלו נאנס); ערוך השולחן, חו"מ, רצא, ב (מפני שזה כנס שלו, שהוא סובל גם את אונסי הנכס); חידושי הר"ם, חו"מ, עב, ס"ק יז (מפני שהוא כבעל הנכס כיוון שכל ההנאות שהיו לבעל הנכס עוברות אליו); בית אהרן, ב"מ צו ע"א (שמאחר שכל הנאת השימוש בנכס היא שלו, הנכס נחשב שלו למשך השאילה, מפני שכל נכס עומד להנאת שימוש, וזה הערך שלו); אבן האזל, הלכות גזלה ואבדה, יג, יז (שחייב באונס מפני שקנה בנכס קניין לשימוש); אור שמח, הלכות שאילה, ז, ד, וחידושי ר' מאיר שמחה, ב"מ צו ע"ב (מפני שהוא כמו בעלים לשעה, שאם מת — מת לו, והנכס עומד ברשותו, מפני שאין למשאל שום תועלת בו, כיוון שאינו ברשותו); חידושים ובאורים (גריינימן), ב"מ, חלק ב, סימן כט, ס"ק א (מפני שהשואל נחשב כלוה, כאילו זכה גם בגוף, וזה אונס שלו); הרב הרצוג, The Main Institutions of Jewish Law, חלק ב, עמ' 178 (מפני שרואים כאילו קיבל את הנכס במתנה לזמן או במתנה על מנת להחזיר, והוא אצל ר"מ בקריצקי, הדרום לו, תשל"ג, עמ' 68), ועמ' 185 (מפני שיש לו בעלות חלקית בנכס); בית שלמה (אבעל), שער י, דף פ ע"ב; צפנת פענח, מהדורא תניינא, דף יג ע"א; קובץ שיעורים, כתובות, סימן קכא; לחקרי הלכות, סימן א, עמ' ג; פיתוי מנחה, על ספר החינוך, מצווה ס, אות ב (מפני שהנכס ברשותו לאונסין); שו"ת הליכות ישראל, סימן ס, בדעת רש"י, ע"ז טו ע"א (ד"ה שאלה); העורך, בהפרדס שנה יז, חוב' ה, עמ' 23-24, בדעת רש"י שם; ר"י אלסטר, במאמרו "בסוגיה דשאילה בבעלים", מוריה ה (תשל"ד), גל' ה"ו, עמ' לח (שהוא שליחו של המשאל להיות בעלים, ולכן הוא חייב באונס, מפני שכל הפסד שנגרם לנכס הוא של הבעלים), ובמאמרו "ביאור ברמב"ם שפושע מזיק הוא", מוריה ה (תשל"ח), גל' ב"ג, עמ' סד.

ב. דעת הרמב"ם: חידושי הרמב"ן, ב"ב קסח ע"א, מקשה, הלא חיוב אונס הוא אסמכתא (קושיה זו מבוססת על הנחה שחיוב השואל הוא מכוח התחייבות, שהרי אסמכתא פוסלת רק התחייבות שאדם מקבל על עצמו), שהרי זה לא "בידו", לשמור מפני אונס? הוא מסביר, שאין זו אסמכתא, מפני שזה "תולה בדעת אחרים" (ענין אנציקלופדיה תלמודית, ערך אסמכתא, ליד ציוני הערות 28-36, על המצבים של "בידו" ותולה בדעת אחרים), מפני שאינו יכול לתלות בדעת עצמו שלא יבוא עליו אונס (והוא בחידושי מהר"י אסאד, כתובות לד ע"ב). הוא דוחה אפשרות להסביר שאין זו אסמכתא משום שהתורה חייבתו שיהיה כקונה כל זמן שהנכס בידו, שהרי אם כן מדוע שומר חנם שהתנה להיות כשואל חייב באונס, הרי שם אין להסביר שהתורה חייבה אותו כקונה? אך דברי משפט, סימן שז, ס"ק א, וסימן שמ, ב (ס"ק ג), תורת מיכאל, סימן לו, הליכות ישראל, סימן ס, גן נעול, כפתור ג, פרק כד, אות א, ואמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פב (ד"ה ועיין, השני), מביאים כאילו הרמב"ן שם כתב ששואל חייב באונס מפני שהוא כקונה. כנראה, הם הבינו שלמסקנת הרמב"ן, ההסבר של קונה נשאר לגבי שואל רגיל, ורק לגבי שומר חנם שהתנה להיות כשואל נחוץ ההסבר שזה תולה בדעת אחרים. ונראה שכך הבין גם בית יוסף, חו"מ, רז, טז (נט ע"ג), שקיצר בציטוט הרמב"ן, באופן שההסבר "תולה בדעת אחרים" נאמר רק בשומר חנם שהתנה להיות כשואל. אבל שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ב, סימן נא, מביא את הסבר הרמב"ן מצד תולה בדעת אחרים, על שואל רגיל. גם במהדורא ג, חלק ב, סימן קעה, כתב שחיוב שואל באונס אינו אסמכתא, משום שאינו בידו. חידושי הרמב"ן עצמו, ב"מ צו ע"ב, כותב שהתורה העמידה את הנכס ברשות השואל לענין אונס, ולא שהוא קונה אותו (וכך כתב גם חידושי הר"ן, ב"מ צו ע"ב).

ג. חזון יחזקאל, ב"ק ז, ה, כותב שחיוב שואל באונס הוא מצד שקנאו בשעת ההפקדה, ונתחייב להחזיר כסף. אך בב"מ, השמטות לפרק ג, כתב שזה רק לדעה שאין שמים לשואל, אבל לדעה ששמים לשואל (ראה סעיף 5, ליד ציון הערה 112), אין זה חיוב ממוני אלא חיוב שמייה (כך נראית כוונתו), ולכן חיובו חל משעת הנזק (ראה סעיף 5, במילואים להערה 98).

ד. קונטרסי שיעורים, ב"ק, סימן כ, אות ה, מסביר בדעת רש"י, סנהדרין עב ע"א (ד"ה אבל לענין), שבשעת שאילה התחייב בהשבת הנכס או דמיו, וכשנאנס חייב מפני שאין לו מה להשיב, וכאילו נכס שלו נאנס; ואין זה חיוב על מעשה האונס.

ה. מבית מאיר, חלק ב, עמ' קלד, מוכיח מרש"י, ע"ז שם, שחייב באונס מפני שהנכס נעשה שלו, ובשלו נאנס. והוא מסביר שמאחר שקנה אותו משום שההנאה שלו, ממילא חייב באונס. והוסיף שגם שואל קרקע קנה אותה, מפני שכל ההנאה שלו, ומכל מקום פטור מאונס מפני שחיוב אונס הוא רק אם יש לו דין שואל, וקרקע נתמטעה מדין שואל (ראה סעיף 1(א), ליד ציון הערה 279).

ו. גן נעול, כפתור ג, פרק יז (ובקיצור בפרק טז, ובפרק כד, אות א), מסביר ששואל קונה את גוף הנכס לפירותיו, ולכן כשנאנס, נאנס נכס של השואל, ומאחר שהוא חייב להחזירו לבעליו, חייב להחזיר נכס שלם, מפני ש"נסתחפה שדהו" (כלומר, מזול גרם — עיין רש"י, כתובות ב ע"א, ד"ה נסתחפה) של השואל; ומה שכתבו תוספות, כתובות נו ע"ב (ד"ה הרי), שהשומרים חייבים מפני שמן הסתם הם מקבלים על עצמם חיוב, כוונתם היא שמאחר שהתורה חייבה שואל באונס מהטעם דלעיל, לכן כל שואל מקבל על עצמו חיוב באונס, מפני שכך כתוב בתורה. בפרק כד, אות ב (סג ע"ד), הסביר ששוכר פטור מאונס (אף על פי שיש לו קניין בנכס) מפני שהנכס נחשב מכור לו (וכך כתב בקיצור באות יז); ולדעה ששכירות אינה כמכר (תוספות, ב"מ נו ע"ב, ד"ה והאי הסיבה שהוא פטור מאונס היא, שרואים כאילו התנה עם המשכיר שיופטר מאונס, ובתמורה הוא משלם דמי שכירות. בכפתור ד, פרק ד, אות ד, הסביר בפשטות, ששואל חייב באונס מגזרת הכתוב, ואין לומר "אונס רחמנא פטריה" מפני שזה עצם חיובו.

ז. פ' דייקן, מחקרים ומאמרים בשדה המשפט, עמ' 219, מנמק (בין שאר נימוקיו), שהשואל נעשה בעל הנכס למשך זמן השאילה, ולכן בתור בעל נכס הוא צריך לסבול את הנזק שנעשה ברשותו; ואפשר שמזל השואל גרם שהנכס נאנס דווקא בזמן שהוא היה בעל הנכס.

ח. חכמת שלמה, חו"מ, סז, ז (על סמ"ע, ס"ק מה), כותב ששואל קרקע, אף על פי שאין עליו חיוב אחריות כאמור, מכל מקום הקרקע נחשבת ברשותו יותר משוכר, כפי שמוכח מהדין ששואל מיטלטלין חייב באונס. כנראה הבין ששואל חייב באונס מפני שהנכס נחשב ברשותו וזה קיים גם בקרקע (אולי רק במידה פחותה — לשונו אינה ברורה). וראה אות טז, על מקרה שהשואל פטור מאחריות.

ט. גם רמב"ם, הלכות שאילה, א, ד, משווה שאילה למתנה. גם אור שמח, הלכות שאילה, א, א, כותב שהשואל הוא כבעלים על

הנכס. כמו כן, ב"ח, חו"מ, שמא, ה, כתב שמאחר שכל ההנאה שלו, הרי זה כאילו הנכס מכור לו, ולכן הירשיש רשאים להשתמש (ראה סעיף 1(ד), פרק ב, 2). כמו כן, חקר הלכה, ערך שומרים, אות ו, כתב בשם נימוקי יוסף, ב"מ סו ע"א (בדפי הרי"ף), שהנכס קנוי לשואל כל ימי השאילה (ואינו מפורש בדבריו). פרישה, חו"מ, שמא, ה, וסמ"ע, שמא, ס"ק ו, נקט בכיוון הפוך למה שכתבנו בפנים: שמאחר שכל ההנאה שלו, וחייב באונס, הנכס כאילו קנוי לו כל זמן השאילה, ולכן בני יורשים ממנו עד סוף הזמן. גם אור זרוע, ב"ק, סימן קצו, מביא שר' שמחה בר' שמואל אומר שמאחר שהוא חייב באונס, עומד הנכס בירושתו. גם הוראות שעה, פרק כח (עמ' צט), הולך בכיוון ההפוך: הוא כותב שחייב שואל באונס עושה שיחשב הנכס שלו; אבל הוא מעיר שהנכס עדיין ברשות המשאיל, שהרי כשמחזיר למשאיל אינו צריך מעשה קניין להכניס את הנכס לירושתו, ועוד, שאינו רשאי להשאיל לאחר (ראה סעיף 3, פרק ב, 1), וזאת משום יש לו רק קניין במקצת. כמו כן, חידושים ובאורים (גריינימן), ב"ק, סימן ט, ס"ק ד, כתב ששואל נחשב שהנכס ברשותו ולא ברשות בעליו, מפני שחייב באונס (לנפקות מכך ראה בשמו בסעיף 2(א)), במילואים להערה 438). גם שארית יוסף, בחידושי אנשי שם, על מרדכי, ב"מ, סימן רפב (הובא בספר ג, הרמה, על הרמב"ם, הלכות שכירות, י, ב), כתב שמאחר שחייב באונס, הנכס הוא ממש שלו. גם רצ"פ פונק, אור תורה, שנה ג (תרנ"ט), חוב' ו, סימן טו, אות א, אומר שחייב אונס בשואל גורם שיחשב כשלו. ראה על כך להלן אות טז בשם צפנת פענח.

י. א' ורהפטיג, "קניין בשומרים", ספר זכרון לר"י נסים, סדר א, עמ' רפד, מעלה אפשרות שחייב שואל באונס הוא מכח זכות קניינית של השואל (ונימוק זה עדיף על הנימוק שליד ציון הערה 8, מפני שהתחייבות בלבד לא היה שואל מוכן לקבל על עצמו חיוב אונס). כלומר, יש לו קניין מסוים בנכס, והוא כמו מי שקנה נכס, שחייב לשלם גם אם קרה לו אונס. הוא מסתמך (בעמ' רפה) על תוספות, ב"ק יא ע"א (ד"ה אין), שנימוקו את הדעה שאין שמין לשואל, בכך שהוא כמו גזלן, מפני שקנה את הנכס משעה שהוציא מידי המשאיל, ונתחייב להשיב כסף כמו גזלן. אך הוא מעיר (בהערה 24) שאין לשואל זכות קניינית ממש, שהרי אסור לו להשאיל את הנכס (סעיף 3, פרק ב, 1), ועוד, שבניגוד לגנב שמשלם לפי ערך הנכס בשעת הגזלה, שואל משלם לפי ערכו בשעת הנזק ככל שומר (ראה סעיף 5, פרק ב, 1), ונימוק ערוך השולחן, חו"מ, רצא, יח, מפני שהנכס שייך לבעל הנכס ויכול למכרו ולהקדישו; ועוד, שאסור להשאיל או להשכיר בהמה לנכרי שיעבוד בה בשבת, מפני שהיא נחשבת של המשאיל — שו"ע, אר"ח, רמז ג, אלא, אף שאינו של השואל ממש, לעניין חיוב אונס הוא נחשב כשלו. בעמ' רפו, הוא כותב שלפי ההסבר הזה, שחייב שואל הוא מפני שיש לו קניין בנכס, מובנת דעת התוספות ששואל חייב באונס רק אם עשה מעשה קניין (ראה בשמו במילואים להערה 8, אות א). אך הוא כותב שאין לומר שחייב שואל נובע רק מזכות הקניין, שהרי גם לשוכר יש זכות זו, והוא פטור באונס; אלא, זקוקים לצרף גם את התחייבות השואל, שמאחר שכל ההנאה שלו, התחייב להשיב את הנכס או את דמיו גם באונס. אך הוא כותב (בעמ' רצב), שלפי הרא"ש ששואל חייב מזמן סילוק בעל הנכס, אף בלי קניין (סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 135), קשה לומר שחייב שואל הוא משום שיש לו קניין בנכס. יא. מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן א (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ב, סימן קעה), כתב בתחילה שחייב שואל באונס הוא משום שהנכס נחשב כמו שלו, שהתורה העמידה את הנכס בירושתו מפני שכל ההנאה שלו, וחייבו אינו מתוך שקיבל על עצמו חיוב לשלם; אבל במסקנתו, הוא פוטר שואל שטעה כשקיבל על עצמו את החיוב (שחשב שהיו "בעליו עמו" — ראה סעיף 1(א)), במילואים להערה 108), משום שלמסקנתו חיוב שואל הוא משום מה שקיבל על עצמו. אבל אפשר שגם למסקנתו, חיובו באונס הוא משום שרואים כאילו הנכס שלו, אלא שחיובו מותנה בכך שיקבל על עצמו להיכנס למעמד הזה. ר"י אלסטר, מוריה ה שם, הסביר את דברי מחנה אפרים, שמאחר שחייב שואל באונס הוא משום שהוא כאילו בעל הנכס, צריך שיקבל זאת על עצמו, מפני שבכל קניין דרושה דעת הקונה. כמו כן, פיתי מנחה, על ספר החינוך, מצווה ס, אות ב, כתב שחייב שואל תלוי בקבלתו את השמירה, ולכן גם בשואל, אם חשב שזה כסף ונמצא זהב, חייב באחריות רק בכשל כסף (ראה סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 149). הוא מסתמך על הוכחה מדברי ספר החינוך (עיי' שם להוכחתו) שהעניין של "כל הנאה שלו" אינו מחייב אותו בשמירה, אלא הוא מתחייב בשמירה על ידי קבלת שמירה ככל שומר, אלא שעל ידי שכל ההנאה שלו, חייב גם באונס.

יב. חמדת שלמה, ב"מ צו ע"ב, אות ב, כתב ששואל חייב באונס אף שאינו יכול להישמר מפניו, וזה בוודאי אינו חיוב של שמירה אלא חייב מפני שהנכס נקנה לו. ראה בשמו בסעיף 5, במילואים להערה 98, נפקות מכך; ושם השווה לעניין אותה נפקות גם שואל שהתנה להיפטר מאונס, ואולי לדעתו גם שואל שהתנה להיפטר מאונס נחשב שקונה את הנכס (ראה להלן אות טז).

יג. נחלת בנימין, מצווה סא, הסביר ששואל חייב באונס מפני שרואים כאילו המשאיל מכר לו את הנכס, וכשמחזיר את הנכס הוא כאילו חוזר ומוכר לו; ועוד, שמאחר שמשך השואל את הנכס, המשאיל קנה את גופו של השואל בתמורה, והשואל יכול לקנות את גופו חזרה רק אם מחזיר את הנכס. ראה בשמו, בסעיף 2(ב), במילואים להערה 6, על חיוב שומר שכר בגנבה ואבדה.

יד. ר"א אטינגר, "בגדר קניין שאילה", יד ראם (ליפשיץ), עמ' 271-272, עושה הבחנה: שואל רגיל חייב באונס מפני שבתחילת השאילה הוא קונה את גוף הנכס לפירוטיו, כדברי הרמב"ם (לעיל אות ט), ולכן נתחייב להשיב אותו, וחייב ההשבה גורם לחיוב האונס; אבל שואל בלי זמן קצוב, שיכול להחזיר כל זמן שירצה, אין לומר שיש לו קניין מוגדר בנכס, אלא הוא חייב באונס מפני שהתורה העריכה את דעתו שהוא מקבל על עצמו חיוב אונס, וזה תקף כמו חיוב שומר חנם שמתנה להיות כשואל (סעיף 14, ליד ציון הערה 40). לכאורה שואל בלי זמן קצוב שיכול להחזיר כל זמן שירצה — דווקא יש לו קניין יותר חזק בנכס, והוא בגדר "שואל בטוב" (ראה סעיף 1(ד), ליד ציון הערה 1), שפטור באונס. אפשר שהוא מתכוון למי ששואל לזמן שאינו קצוב באופן שבעל הנכס רשאי לדרשו כל זמן שירצה, ואז אכן יש מקום לומר שאין לשואל קניין בנכס, ובכל זאת חייב באונס.

טו. ראה בשם הרב הרצוג, בסעיף 1(א), במילואים להערה 135, שזו הסיבה ששואל צריך לעשות קניין בנכס לכל הדעות (מלבד הרא"ש) — כדי שהנכס ייכנס לירושתו, שרק בגלל זה הוא חייב באונס. גם ר"י אלסטר, מוריה ה שם, הסביר שלכן לפי התוספות מן התורה שואל צריך לעשות קניין, כמו כל קונה בעלות, מה שאינו כן בשאר שומרים, שאין להם בעלות.

טז. צפנת פענח, על הרמב"ם, הלכות ערכין, ו, כב, כתב שחייב שואל הוא מחמת הנכס, שהוא צריך להחזיר למשאיל את הנכס, ולכן אין מקום הנכס קנוי למשאיל, שלא כבשאר שומרים (ראה בשמו בסעיף 1(א)), במילואים להערה 382); ולכן כהן ששאל בהמה מישראל, רשאי להאכילה תרומה (תוספות, יבמות סו ע"ב, ד"ה אבל, ורמב"ם, הלכות תרומות, ט, ח). הוא מסביר שמה שנאמר בע"ז טו ע"א ששואל אינו קונה, הוא (בלשון "אולי") מפני שמדובר שם בנכרי שואל, ונכרי אינו דיני שמירה (ראה סעיף 1(ב)), במילואים להערה 2, הסברים לדברי התלמוד שם). והוא מעלה ספק, בשואל שהתנה שיהיה פטור (באונס), האם הנכס נחשב שלו או לא (ראה לעיל אות יב). ובהלכות מתנות עניים, ט, יג, הוא מעלה ספק האם חיוב שואל באונס נובע מכך שהנכס ברשותו, או שמאחר שחייב באונס, הוא ברשותו; והוא תולה זאת בשאלה האם חיוב שומר הוא מה שהדין מחייב אותו, או שמחייב את עצמו.

מילואים לסעיף 2(ג)

הוא מוצא לכך נפקא מינה בכהן ששאל בהמה מישראל, והתנה שלא יתחייב באונס, האם רשאי להאכילה תרומה: האם בזה פקע ממנו שם שואל ואין הנכס קנוי לו, או שמכל מקום הוא שואל. נפקא מינה נוספת הוא מוצא במקרה ההפוך, בשומר חינוס שהתנה להתחייב באונס, האם רשאי להאכילה תרומה; ועוד נפקא מינה, האם עובר בחמץ בפסח ב"כל יראה". גם במהדורה תניינא, דף יג ע"א, העלה ספק זה (ומזכיר נפקויות אלה), אך נראה ששם הוא דוחה את הצד שחייב האונס גורם שחשב כשלו, על ידי שהוא מוכיח שהנכס נחשב של השואל גם במקרים שהוא פטור מאונס (ראה לעיל אות ח על שומר קרקע). ובהלכות תרומות, השמטות, דף נב ע"א, כתב ששואל אינו בגדר שומר, אלא חייב מחמת הנכס עצמו.

י. הראב"ד, בשיטה מקובצת, ב"מ לו ע"ב (הובא בדברי משפט, קפ"ו, א, ס"ק א, ובהליכות ישראל, סימן ס, ועל ידי ר' אברהם יצחק הורוביץ, דגל התורה, סימן מט), הסביר ששואל בהמה חייב אם מתה מיתה טבעית אף על פי שהייתה מתה גם אצל המשאיל, משום שהבהמה משועבדת לשואל כל זמן השאילה, ונמצא שכשמתה, מתה בשבילו. שו"ת שואל ומשיב, מהדורה ב, חלק ב, סימן נא, פירש, שכוונתו היא, שהיא קנויה לשואל בזמן זה, וברשותו מתה, ולכן הוא חייב. והוסיף, שאף על פי שטעם זה אינו שייך במקרה שאמר "תכשיש במקל והיא תבוא" (ראה סעיף 1(א)), ליד ציון הערה 141) ומתה לפני שנכנסה לרשותו, מפני שאין לו זמן שברשותו מתה, שהרי עדיין יכול המשאיל לחזור בו — מכל מקום שם הוא חייב מטעם ערב (ראה סעיף 1(א) שם). אולם שאילות משה (רו"ק), חו"מ, סימן סא, אות י, הסביר, שכוונת הראב"ד היא, שמאחר שכל ההנאה היא לשואל, במשך זמן השאילה, אפשר לומר שמזל רע, ולכן הוא חייב (ראה בשמו בסעיף 11, במילואים להערה 133, שהסביר בזה את הפטור שואל שכלה זמנו). ואכן כך נימק בפירוש, חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ לו ע"ב (הובא בציון לנפש חיה, ב"מ לו ע"א, עמ' עז, שמצא בזה נפקא מינה לשוכר שהשאיל — עיין שם), שחייב משום שמזלו גרם, כיוון שקיבל על עצמו חיוב מיתה (אולי כוונתו היא, שמאחר שקיבל על עצמו חיוב אם תמות בגללו, לכן גם אם מתה כדרכה, יש להניח שזה קרה בגלל מזלו). שאילות משה שם, אות יא, הוסיף להסביר, ששוכר פטור מאונס אף על פי שיש לו רשות שימוש, משום שאין לתלות את האונס במזלו הרע, שהרי אם יקרה האונס בביתו, לא יפסיד השוכר בזה, שהרי בעל הנכס יצטרך לנכות מדמי שכירותו. דברי משפט, עב, ג (ס"ק ב), הסביר שכוונת הראב"ד היא, שמאחר שהשואל חייב להחזיר למשאיל את הנכס, אם נאנס, האונס נחשב שבא לשואל, ולא למשאיל (וקשה, הרי בכל השומרים אפשר לומר כך?); ובדומה הסביר בסימן שז, ו (ס"ק א), את הראב"ד. על הראב"ד עיין שו"ת צור יעקב, חלק א, סימן נט.

יח. דברי משפט, שם, ב (ס"ק ג), לומד מתוך דברי הראב"ד, שיש סוג שומר שהוא בינוני, בין שומר שכר לשואל: מי ששאל את הנכס, והנכס לא יצא מרשות המשאיל — הוא פטור מאונס שהיה קורה גם לולא השאילה, וחייב רק באונס שלא היה קורה לולא השאילה, משום שדווקא אם יצא הנכס מרשות המשאיל, ובא לרשות השואל, אפשר לומר שנאנס בשביל השואל, מה שאינו כן כאן, שעדיין היא ברשות המשאיל. הוא מוכיח כך גם מרמב"ן, במלחמות ה', ב"מ כג ע"ב (בדפי הרי"ף), ובחידושי הרמב"ן, ב"מ מא ע"א, האומר שרועה שהניח את מקלו או את תרמילו על הבהמה המופקדת, אין לחייבו מטעם שואל, מפני שלא יצאה מרשות הבעלים לגמרי, אלא עדיין הולכת בעדר במקום שרצון בעליה שתהיה שם, ולכן אפשר לחייבו רק מטעם שליחות יד (ולפי זה, אם עשה ברשות, פטור מאונס, מפני שאינו שואל ואינו שולח יד; ראה על כך בסעיף 1(ד), במילואים להערה 24, בשם מחנה אפרים); אבל אם קרה אונס שאפשר שלא היה קורה לולא הניח את מקלו או את תרמילו עליה, חייב. הוא מסביר בכך גם את הדין (בסעיף 1(א)), ליד ציון הערה 179), שמי שלווה על סמך משכון של צד שלישי שהיה כבר אצל המלווה, אינו חייב כשואל — מפני שהמשכון לא נכנס לרשותו, אלא עדיין הוא במקום שבעליו רוצה שיהיה. אך יש להעיר, שהרמב"ן בב"ב שם (לעיל אות ב) הסביר ששואל חייב באונס מפני שהוא כקונה, ואם כן גם אם לא יצא מרשות המשאיל צריך שיהיה חייב בכל אונס; ונמצא שהרמב"ן סותר את עצמו לדבריו בב"מ (ולכן עדיף הסברו של מחנה אפרים, שהבאנו בסעיף 1(ד) שם, לכך שהרמב"ן פטור באונס במקרה ברורה, על פני הסברו של דברי משפט). דברי משפט יצטרך לומר שגם להסבר שהוא כקונה, זה חל רק כשנכנס לרשותו.

יט. אולם המשפט, שמד, א, כותב שיש לשואל קניין הגוף בנכס; על הנפקות מכך — ראה בשמו בסעיף 14, במילואים להערה 20, שלכן מועילה מחילה כדיבור על חיובו.

כ. השלכה נוספת מזה שהנכס קנוי לשואל ראה סעיף 13, במילואים להערה 143.

כא. דעות חולקות: חידושי הריטב"א, קידושין מז ע"ב (הובא בחידושים ובאורים [גרעינימן], ב"מ, חלק ב, סימן כט, ס"ק א), כותב ששואל אינו קונה את גוף הנכס, ודווקא לכן הוא חייב באונס, שאילו היה קונה את הגוף לזמן, לא היה חייב באונס, שהרי אין אדם חייב באונס שקורה לממונו (ראה סעיף 1(ג)), ליד ציון הערה 397, על קונה לזמן). תשובה על טענה זו יש בדבריו של דברי משפט, שם, ב (ס"ק ג), בסופו, שאף על פי שקונה לזמן חייב רק בפשיעה, שואל חייב באונס משום שקיבל על עצמו להחזיר למשאיל את מה שהשאיל לו (ראה סעיף 11, פרק ז, על חובת שומר להחזיר את הנכס). כלומר, בזה שהוא חייב להחזיר, הוא מראה שהוא מתחשב בעובדה שהבעלות תחזור למשאיל, ואילו הקונה לזמן אינו חייב להחזיר, וזה מראה שאינו צריך להתחשב בעובדה שהבעלות תחזור למוכר (אלא שהנכס יהיה גזל בידו אחרי הזמן), ולכן בעלותו עכשו היא מוחלטת.

כב. כלי שרת, סימן לד, שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ה, דרכי דוד, ב"ק יא ע"א, משמרות כהונה, ב"ק יא ע"א, ונר' שמחה עלסכרנ, "העורך", הפרדס שנה יז, חוב' ה, עמ' 23-24, מוכיחים שאין הנכס קנוי לשואל, ממה שתוספות, ב"ק יא ע"א (ד"ה אין), אור זרוע, ב"ק, סימן מז, ותוספות תלמיד רבנו תם ור' אליעזר, ב"ק יא ע"א, אומרים שטעם הדעה שאין שמין לשואל הוא מפני שקנה את הנכס כגזלן כיוון שחייב באונס, והרי להלכה שמין לשואל (ראה סעיף 5, ליד ציון הערה 112). על טענה זו השיב א' ורדפטיג (שציון לעיל אות י), שגם מי שאומר ששמין לשואל יכול להסכים שיש לשואל קניין בנכס, אלא שסובר שדין "אין שמין" בגזלן אינו תוצאה מקניינו, אלא גזרת הכתוב, שאינה קיימת בשואל; או, על פי דברי תוספות, ב"מ צו ע"ב (ד"ה זיל), שגזלן קונה לגמרי את הנכס בשעה שניזוק, מפני ששינוי קונה, מה שאינו כן שואל. יש שלמה, ב"ק, פרק ה, סימן לד, כותב שהמשאיל אינו יכול להקדיש מטלטלין שהשאיל (אבל יכול הקדיש קרקע מושאלת), אך גם השואל אינו יכול להקדישו, מפני שאינו שלו.

כג. זית רענן, חלק ב, סימן סב, כותב שהנכס אינו נחשב שלו, מפני שאינו לגמרי באחריותו, שהרי פטור ב"מתה מחמת מלאכה". כד. שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ה, כותב שאין הנכס נחשב קנוי לשואל, וגם לדעה ששומר חייב משעת ההפקדה (סעיף 5, במילואים להערה 98), זה רק לעניין שעבוד נכסיו ולא שהנכס קנוי לו. יד דוד (דהאן), סימן א (עמ' כג), כותב שלדעה ההיא, שמראש חל עליו חיוב להחזיר את הנכס, נחשב שהנכס יצא מרשות המשאיל, ולדעה שחיובו הוא משעת הנזק, הנכס נחשב עדיין ברשות בעליו. כה. שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כב, אות ד, כותב ששואל חייב באונס אף על פי שאין לו קניין בנכס.