

אבל לא שאין עליו גם מצוה של שמירה דזה יש עליו ורק דהוא פטור מתשלומין ולהכי כיון שהוא מחויב לשמור, הרי חברו סומך עליו וממילא הוי מזיק ועל זה הרי לא מצאנו שנתמעט שאינו נקרא ג"כ מזיק ורק נתמעט שאין עליו תשלומין מדין שמירה בקרקע כמו כל שומר. ומתורץ גם כן קושיתו מה שהקשה למה אינו נשבע דזה היה שייך אם היה עליו חיוב תשלומין מצד דין שמירה ושפיר היה נשבע אבל כיון דמחויב תשלומין נתמעט מצד דין שמירה ורק דנשאר עליו חיוב אחר של מזיק הרי על מזיק אין חיוב של שבועה ורק על דין שומר יש חיוב שבועה והוא פשוט, ומפני זה אינו נשבע. ומה שהקשה פשיעה בבעלים למה פטור כיון שהוא מזיק ומזיק בבעלים חייב, נראה דהקצוה"ח סימן רצ"א הביא מחלוקת מירושלמי אם בבעלים יהיה נשבע שלא שלח יד, ולכאורה נראה דזה המחלוקת הוא אם בבעלים שומר נקרא ויש עליו חיוב שמירה ורק דהוא פטור מתשלומין או דאינו נקרא כלל שומר ואם נקרא ממילא הרי צריך לשבע שבועת השומרין, היינו שלא שלח יד, אבל אם אינו שומר פטור לשבע דהרי רק שומר חייב לשבע ולא אחר שאינו שומר. ונראה דהרמב"ם סובר דאין עליו חיוב שמירה כלל בבעלים וכיון שאין עליו אפי' מצוה ושעבוד על גופו לשמור א"כ אינו נקרא מזיק כלל ולהכי בבעלים פטור כיון שאין עליו חיוב שמירה אינו מזיק כלל, דהרי כל עיקר סברת הרמב"ם הוא מפני שיש עליו חיוב שמירה ורק דהוא פטור מתשלומין, אבל בבעלים הרי אינו מחויב כלל לשמור ומבוררים דברי הרמב"ם היטב ושיטת הראב"ד שהקשה הוא דהוא סבר דאם נתמעט נתמעט לגמרי שאין עליו חיוב של תשלומין כלל וגם שאין עליו חיוב של שמירה ולהכי רק יש לומר דהחיוב התורה של שומר חנם הוא מטעם מזיק לכן הקשה שפיר אבל שיטת הרמב"ם ברורה היא בעזהשי"ת.

נטירותא דכספא קבלתי עלי ולא נטירותא דדהבא ולשיטת הרמב"ם דאין חילוק דגם פשיעה הוא מזיק א"כ למה פטורה. ונראה שיש לחקור בהך דינא דאין שמירה בקרקעות אם הוא רק פטור מתשלומין, אבל חיוב על גופו לשמור יש, או דאין עליו חיוב שמירה כלל. ונראה דבודאי שיטת הרמב"ם הוא שיש עליו חיוב שמירה ורק דהוא פטור מתשלומין וכיון שהוא מחויב לשמור מדאורייתא ממילא חברו סומך עליו ומסיח דעתו מלשמור בעצמו כיון שהוא מחויב לשמור מדאורייתא וכיון שזה השומר ג"כ אינו שומר, הרי זה כאילו מאבדו בידים כיון שבעל הקרקע בעצמו אינו שומר שהרי סמך עליו והוא מאבדו ואינו שומר ג"כ הרי זה כאילו הזיקו בידים, אבל אם נימא דאין עליו חיוב שמירה כלל בודאי אין סברא שיהיה חייב מטעם מזיק ואטו היכא שלא ישמור את חברו היכא שבפניו גנבוה יהיה חייב מטעם מזיק בלא שום חיוב שמירה אתמהא! ותוצתי לו בזה גם קושיתו דהרי כיון שם שלא קבלה עליה חיוב שמירה כלל, א"כ גם לשיטת הרמב"ם לא הוי מזיק כלל. ולפי זה נראה לי היסוד הדין תשלומין בשומר חנם על הפשיעה הוא ג"כ מפני דין שמירה שיש עליו חיוב לשמור ואם לא שמר חייב לשלם כמו כל שומר שלא שמר ורק דממילא יש עליו עוד דין של מזיק בפשע, כיון שחברו סומך עליו והוא לא שומר, אבל החיוב התורה הוא מטעם שמירה כמו שאר שומרים. ונמצא לפי זה דבשומר חנם יש שני חיובים: א) מצד דין שומר הוא מחויב אם פשע; ב) שמחויב הוא מטעם מזיק שממילא נעשה מזיק, שממילא נעשה מזיק ג"כ אם פושע. והשתא מתורץ מה שהקשה הראב"ד הלא כשנתמעט שומר חנם אף מעיקר התשלומין נתמעט דבאמת מצד דין חיוב שמירה פטור מלשלם ונתמעט שאין עליו חיוב לשלם אם לא שמר בקרקע, אבל אין רק פטור מתשלומין