

מתנה על מה שכתוב בתורה בשומרים

מקורות - (א) בבא מציעא צד. "מתנה שומר חנם... ומשעביד נפשיה", תוספתא בבא מציעא פ"ח ה"ז.

(ב) רבינו יהונתן הובא בשטמ"ק [עמוד תתקנא], אור זרוע ב"מ סימן רצ"ז (הגמרא המצויינת נמצאת בשלהי החובל ב"ק צג), שו"ת מהר"ם מרוטנבורג סימן תשל"ב (דפוס פראג) "כתוב בפסקים... הפועלים" (הובא בליקוטי ראשונים על אתר), ראב"ן על אתר ד"ה וכל השומרים, רמב"ם הלכות שכירות פ"ב ה"ט ובמשנה למלך שם, שו"ת הרשב"א ח"א סימן אלף ג' (הובא בליקוטי ראשונים כאן עמוד תכב).

(ג) בבא מציעא צד. רש"י ד"ה אפילו תימא, כתובות נו: סוף תוס' ד"ה טעמא "וא"ת והא דתנן... למעשה הוא", [תוס' הר"ש שם ד"ה הרי היא "וא"ת והא דתנן... בתחילה" (עמוד קמא)], תוס' הרא"ש שם סוף ד"ה הרי "וא"ת הא דתנן... ותנאך קיים", ר"ח וראב"ד הובאו בשטמ"ק [עמוד תתקנב], רמב"ן ד"ה אפילו, [ריטב"א ד"ה אפילו].

(ד) [בבא קמא סב. "אמר רבא הנותן... לא קבילי עלי"].

(ה) שו"ע חו"מ סימן רצ"א סעיף כ"ז, ש"ך סקמ"ט.

(ו) בבא מציעא נו. - המשנה, בבא מציעא נח. "נושא שכר... מידו", תוס' ד"ה אמר, ב"מ צד. שטמ"ק ד"ה וז"ל הראב"ד, ד"ה הקשה הראב"ד, ש"ך חו"מ סימן ס"ו סקקל"ט, מחנה אפרים הלכות שומרים סימן ח', מנחת חינוך מצווה נ"ז אות י"א.

א. פתיחה

המשנה בסוף השוכר תניינא עוסקת באפשרות לשנות ממסלולי שמירה הרגילים על ידי תנאי :

"מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם, נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם. כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל..."

(בבא מציעא צד.)

את המשנה ניתן לחלק לשני חלקים :

חלק ראשון - פירוט נקודתי של תועלת תנאים המיועדים לעיצוב מיוחד של מסלולי שמירה. לפירוט זה יש מקבילה בתוספתא, ושם קיימת הרחבה מסויימת. **חלק שני** - קביעת כללים מסויימים בדיני תנאים, על רקע הכלל שנאמר במשנה, והדוגמאות שמובאות בה.

חלק מהראשונים נכנסו, במסגרת חלקה השני של משנתנו, לעובי הקורה בסוגייה של משפטי התנאים. בדיון הכללי במשפטי התנאים כפי שהוא משתקף מסוגייתנו, לא נעסוק כלל. לא ניכנס גם לנושא הדשן של מתנה על מה שכתוב בתורה בפני עצמו, אלא נתייחס רק לנקודת ההשקה של כלל זה עם דיני שומרים.

ב. פטור מפשיעה בשומר חנם

ההתייחסות הספציפית לשומרים, כפי שהיא מופיעה בחלק הראשון של המשנה, מעוררת תשומת לב בפרט מסויים שלא מופיע במשנה. בשואל מוזכר פטור מתשלומין על ידי תנאי, משום שהשואל מתחייב לשלם תמיד. בנושא שכר ובשוכר מוזכר לצד הפטור מתשלומין גם פטור משבועה שאפשר ליצור על ידי תנאי, היות ששומר שכר ושוכר מתחייבים לעיתים בשבועה ולעיתים בתשלומין.

אבל בשומר חנם מוזכר פטור משבועה בלבד, וזאת חרף העובדה ששומר חנם מתחייב בתשלומין במקרה של פשיעה. אמנם, קיימת גירסה בראשונים שבה נאמר גם ביחס לשומר חנם פטור מתשלום, אבל גירסה זו צריכה עיון :

"כתוב בפסקים של ראב"ן - כל השומרים מתנים, בין להקל עליהם בין להחמיר, להקל כדתנן - מתנה ש"ח להיות פטור מלשלם..."

(שו"ת מהר"ם מרוטנברג סימן תשל"ב)

ייתכן שזו היתה הגירסה שלו במשנתנו, אבל הוא מצטט את הראב"ן, ובראב"ן עצמו כפי שהוא מופיע לפנינו גורסים בשומר חנם פטור משבועה. יתירה מזו, עצם הגירסה נראית מזוייפת מתוכה.

לו היה המהר"ם מרוטנברג גורס בשומר חנם פטור משבועה וגם מתשלום, היה הדבר הגיוני. אבל לגירסתו מוזכר רק פטור תשלומין, אף על פי שברוב המצבים אמור

שומר חינם להישבע. קשה, אם כן, להבין שבנושא שכר ובשוכר ראתה המשנה לפרט את היכולת להיפטר הן משבועה והן מתשלום, וביחס לשומר חינם שברוב המצבים הוא נשבע, מוזכר במשנה רק הפטור מתשלומין.

אם נדבוק בגירסה המקובלת, ונקבל את השמטת דין התשלום בפשיעה של שומר חינם, נוכל לשאול מה פשר ההשמטה הזו. וכאן יש התייחסות בראשונים בעיקר בשני כיווני חשיבה. לכיוון אחד נאמר שעקרונית היה אפשר להתנות בשומר חינם גם ביחס לפטור תשלומין, אבל מעשית הדבר נתקל בבעיה. לכיוון השני נאמר שיש הפקעה עקרונית מהיכולת להתנות בשומר חינם פטור מחיובי התשלומין שלו. הכיוון הראשון עולה בדברי רבינו יהונתן :

”... אבל לא קתני להיות פטור מתשלומין כמו דתני בשואל, לפי שאין שטות כזה עולה על דעת אדם שיתנה שיהיה פטור מפשיעה, שאם כן לא נקרא שומר אלא מויק... אלא עלה על דעתו שיפטרנו מדבר שבא לו על ידי אונסין...”

(בבא מציעא צד. שטמ”ק ד”ה מתניתין ועמוד תתקנא)

לפי רבינו יהונתן משמע שאין בעיה עקרונית עם תנאי של פטור מתשלומין. אנחנו פשוט מניחים שלא תעלה שטות כזו על דעתו של אדם, ולכן גם אם אדם יתנה כך - לא נקבל את דבריו.

בגמרא יש כמה דוגמאות לביטול של תנאים, גם כאשר אדם מתנה אותם בצורה ברורה. הרקע הוא ההנחה שהוא מפליג בדברים (כפי שמוזכר בגיטין פד.) או שדבריו הם פטומי מילי בעלמא (כפי שמופיע בב”מ סז.). כך גם מסביר ר”ת את הדין של מתנה על מה שכתוב בתורה, על רקע ההנחה שדברי המתנה אינם רציניים.

באופן דומה דוחה רבינו יהונתן תנאי של שומר חינם להיפטר מתשלום, משום שתנאי כזה אינו רציני. משמעותו היא שהשומר יוכל לפשוע בחפץ, ואם כן פקעה כל משמעות שמירתו. אבל ברמה העקרונית ואלמלא המניעה הטכנית של הנחת חוסר הרצינות שבתנאי, היה אפשר להתנות במסגרת המערכת של דיני שומרים על פטור תשלומין גם בשומר חינם¹.

1 ההסבר שנאמר לעיל מניח שגם אם אדם יתנה להיפטר מפשיעה התנאי לא יחול, אבל הסיבה אינה הפקעה עקרונית אלא הנחה מעשית שדבריו אינם רציניים.

עיון בדברי רבינו יהונתן יגלה שטיעונו קיצוני אף יותר. משמע ממנו שאם אכן אדם יתנה בצורה כזו, התנאי יחול! כל ההתמודדות של רבינו יהונתן היא במישור הטקסטואלי, לאמור, רבינו יהונתן מוטרד מן העובדה שהתנא במשנה לא הזכיר פטור של תשלומין בשומר חינם. לפיכך מסיק רבינו יהונתן שבפועל לא קורים מקרים כאלו. התנא לא הזכיר פטור מפשיעה משום שלהנחתו אף אדם לא יעשה כך, ואם כן אין טעם לטפל ולדון במקרה כזה. אבל אם

במהלך דבריו, זורק רבינו יהונתן ביטוי שעשוי להוביל לכיוון עקרוני בהסבר ההשמטה של פטור תשלומין בשומר חנם. רבינו יהונתן אומר שאם אדם מתנה להיפטר מתשלומי פשיעה, פקע מעמדו כשומר. למעשה, הוא נקרא מזיק משום שהוא לוקח בהמה על תנאי שיהיה מותר לו לפשוע בה.

שאלת מעמדו של פושע בשומרים וטיב החיובים שלו, נידונית בראשונים בהרחבה סביב שיטתו של הרמב"ם². חשוב להבין שההתייחסות של רבינו יהונתן לא מכוונת לדיון מעמיק בשאלה זו. רבינו יהונתן מביא את הביטוי הזה רק כדי לבאר מדוע אדם לא יתנה לפטור מתשלומי פשיעה בפועל. אבל את ההשלכות של הגדרת פושע כמזיק נוכל לנצל על מנת לבנות הסבר עקרוני יותר במשנה.

הרעיון הכללי הוא שניתן להתנות ולפטור מחיובי שומרים, אבל לא ניתן להתנות על מנת להשיג פטור מתשלומי נזיקין. התנייה לפטור מהיזקים כרוכה בהתנגשות עם כללי מתנה על מה שכתוב בתורה, ודבר זה לא מתאפשר. את הדיוק בלשון המשנה נתלה במחלוקת המפורסמת של הרמב"ם והראב"ד בדבר פושע כמזיק, ויש אחרונים כמו המשנה למלך שאכן תלו בצורה זו.

אמנם, לשם העלאת סברה כזו חייבים להניח שאין אפשרות להתנות לפטור בתשלומי נזיקין. סברה כזו צריכה לעמוד במבחן הסוגייה בב"ק, שאותה מצטט האור זרוע בהקשר של סוגייתנו :

"... משמע דלא מיפטר אם פשע - אפילו התנה. ובפי' החובל אמר 'לשמור ולא לקרוע'!"

(אור זרוע בבא מציעא סימן רצו)

האור זרוע מפנה אותנו למיעוט של 'לשמור ולא לקרוע'. מיעוט זה נאמר בגמרא בב"ק צג. ביחס לאדם שקיבל על עצמו חפץ על מנת לקרעו, והוא אכן נפטר. מכאן מראה האור זרוע שניתן להיפטר בהתנאה מחובת תשלומין גם במסגרת נזיקין.

אמת היא שהקושייה כפי שהאור זרוע מציג אותה, אינה חזקה כל כך. המיעוט המובא בגמרא עוסק באדם שבכלל לא קיבל עליו תורת שמירה, אלא מראש הוא קיבל חפץ בתורת קריעה. במשנתנו דנים באדם המקבל עליו תורת שמירה, וחרף קבלה זו הוא מעוניין להיפטר מתשלומי פשיעה.

אמנם, האור זרוע לא מנסח את הזיקה בין הסוגיות כסתירה חזיתית, ומעבר לזאת ניתן להניח שהאור זרוע לא מתמקד דווקא במיעוט המקומי של 'לשמור ולא

יקום איש מוזר ויתנה כך, התנאי שלו יחול בפועל.

2 עיין בהקשר זה בשיעור העוסק בדיון בבעלים.

לקרוע', אלא הוא מפנה אותנו לסוגייה שלימה. ואכן, באותה סוגייה משמע שאפשר להיפטר מתשלומי היזק גם במסגרת של מערכת שומרים, וכך עולה מן המשנה בב"ק צב. העוסקת באדם האומר לחבירו קרע את כסותי. כתגובה מציע האור זרוע חילוק פשוט :

"... י"ל - דהתם המשכיר אמר לו קרע לפיכך פטור, אבל שומר חנם אי אמר אקרענו, לאו כל כמיניה עב"ל"

(אור זרוע בבא מציעא סימן רצז)

לפי האור זרוע יש להבדיל בין מצב שבו המפקיד נותן לשומר אישור לקרוע ולהיפטר, לבין מצב שבו השומר רוצה לקבוע לעצמו פריבילגיה להזיק. מתוך חילוק זה מנוטרלת הגמרא בב"ק, וניתן לתלות את ההשמטה במשנה בב"מ צד. בתפיסה העקרונית של פושע כמזיק. נדגיש שלא מדובר בחילוק הטכני של רבינו יהונתן, הדין בדעתו השטותית של המתנה, אלא ברמה ההלכתית הטהורה של יכולת להיפטר על ידי תנאי מחיובי שומרים ולא מחיובי נזיקין.

ייתכן שעצם יכולת החילוק בין המפקיד לשומר כפי שהיא מועלה באור זרוע, תלויה בהבנת אופי הדין של קרע את כסותי. ניתן להבין דין זה בצורה כפולה :

הבנה אחת - בקרע את כסותי אתה מרשה לאדם להזיק את החפץ שלך, והוא מוגדר כמזיק, אלא שאתה מוכן לפטור אותו מתשלומי מזיק.

הבנה שנייה - בקרע את כסותי אתה מפקיע למעשה את 'שם מזיק' מהאדם הקורע. כפי שההיתר שאתה נותן לחבירך לקחת חפץ שלך אינו מגדיר אותו כגזלן שנפטר מחובת השבה, כך גם קרע את כסותי אינו מגדיר אותו כמזיק הפטור מתשלומין. אתה פשוט אומר שבקונסטלציה הזו הוא אינו מזיק כלל.

ההבנה השנייה פשוטה יותר, אם כי ניתן למצוא שרידים גם להבנה הראשונה. אחד המקומות הבולטים שבו עולה ההבנה הראשונה, הוא בתוס', במסגרת דיון בדין של מתנה על מה שכתוב בתורה :

"... אבל קשה - דלענין ניוקין נימא שלא יוכל למחול, דמתנה על מה שכתוב בתורה. וכי תימא היג, והתנן בהחובל קרע את כסותי ושבר כדי על מנת לפטור - פטור..."
(כתובות נו-נו: תוס' ד"ה הרי')

לפי ההבנה השנייה שהצענו, אין מקום לקושיית התוס'. מתנה על מה שכתוב בתורה הוא ניסיון להכתיב תכנים שונים מאלו שהתורה קבעה במסגרות של התורה. למשל, הניסיון ליצור נזיר ששותה יין או הלוואה בלי השמטה בשביעית או אישות

בלי שאר כסות ועונה, אלו דוגמאות של מתנה על מה שכתוב בתורה. אבל קרע את כסותי, לפי ההבנה השנייה, אינו ניסיון ליצור מזיק הפטור מתשלומין. על כרחינו, שלהבנת התוס' גם כאן מדובר בניסיון ליצור מזיק שפטור מתשלומין וניסיון כזה נתקל במגבלות של מתנה על מה שכתוב בתורה. וכאן נוכל לחזור ולבדוק את החילוק שמוצע באור זרוע. לפי ההבנה של התוס', החילוק פחות ברור. שהרי אם עוסקים בהחלת תנאים, יש לשני הצדדים מרחב גדול לכל סוגי התנאים שעולים בדעתם. לעומת זאת, לפי ההבנה השנייה שהעלינו, אנו עוסקים בהגדרת האדם. וכאן ניתן בהחלט לומר שאדם לא יכול לשנות את הגדרתו כמזיק. אדם לא יכול לקבוע ביחס לחפצי חברו שהוא לוקח אותם ואינו נחשב גזלן. כאן יש אור ירוק למפקיד בלבד, כפי שחילק האור זרוע.

ג. מודל השומרים כמודל מרובב

עד כה דנו בצורה מופשטת בטיב חיובו של שומר חנם על רקע הכלל של מתנה על מה שכתוב בתורה. לאור המשך הסוגייה, ניתן לבחון כיוון שונה לחלוטין. הגמרא שואלת מדוע ההתנאות המובאות בחלק הראשון של המשנה אינן פוגמות בכלל של מתנה על מה שכתוב בתורה. לגמרא שני תירוצים :

תירוץ ראשון - חלקה הראשון של המשנה הוא אכן מתנה על מה שכתוב בתורה. אף על פי כן, בתנאים מסויימים ניתן להתנות על מה שכתוב בתורה. למשל, בדבר שבממון על פי שיטת ר' יהודה, חל גם תנאי מסוג כזה.

תירוץ שני - המקרים הנידונים ברישא של המשנה, אינם מוגדרים מתנה על מה שכתוב בתורה, משום שבשומרים ניתן לומר ש'מעיקרא לא שיעבד נפשיה'. אם באנו לדון בהשמטת פטור פשיעה מהתנאים של שומר חנם, יש להתייחס כמובן לשני התירוצים הללו. אלא שכאן יש להעיר על שתי אפשרויות שהעלו הראשונים בהסבר הגמרא.

אפשרות אחת - למסקנה, שני תירוצי הגמרא מוצעים בנפרד. הגמרא הביאה עוד תירוץ משום שהתירוץ הראשון קביל אך ורק לשיטת ר' יהודה, אבל אם נוקטים בתירוץ הראשון דוחים את התירוץ השני. כך ודאי הבין הרמב"ם, משום שהוא פוסק להלכה על פי התירוץ הראשון :

"מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם... שכל תנאי בממון או בשבועות של ממון קיים..."

(ורמב"ם הלכות שכירות ב/ט)

הרמב"ם אינו מנסה להראות מדוע אין פה מתנה על מה שכתוב בתורה, או כיצד חל פה דין מיוחד בשומרים. אכן מדובר פה במתנה על מה שכתוב בתורה, ולמרות זאת - מכיון שזהו תנאי בממון - אין בכך בעיה. זאת משום שתנאי שבממון קיים אפילו במתנה על מה שכתוב בתורה.

אפשרות שנייה - למסקנה, כאשר מובא התירוץ השני יש בו תועלת גם במסגרת שיטתו של ר' יהודה. אמנם התירוץ הובא לשיטתו של ר' מאיר מתוך אילוץ, אבל הוא לא נשלל גם במסגרת דבריו של ר' יהודה.

נבחן את התירוצים עצמם. התירוץ הראשון פשוט, אם מקבלים את שיטתו של ר' יהודה. אבל בהבנת הרעיון של התירוץ השני נחלקו הראשונים. נפתח בדברי רש"י באותה סוגייה :

"... ושומר לא נחית לשמירה עד דמשיך לבהמה, והאי כי משיך כבר פירש יעל מנת שאין לו עליו שבועה, ולא שיעבד נפשיה לירד בתורת שומרין אלא למקצת ולמה שירד ירד, אבל המקדש את האשה, מכי אמר לה יהי את מקודשת לי איתקדשה לה, וכי אמר לה על מנת שאין לי עלי - מתנה על מה שכתוב בתורה..."

(בבא מציעא צד. רש"י ד"ה אפילו תימא)

ההבנה הפשוטה ברש"י, וכך תפסו הראשונים, רואה בחילוק שהוא מציע עניין כרונולוגי. בשומרים - התנאי קודם לחלותה של העיסקה, והניסיון לשנות את מתכונת העיסקה לפני שהיא היכתה שורשים עולה יפה אפילו לשיטת ר' מאיר. לעומת זאת, בקידושין התנאי מגיע אחרי מעשה הקידושין, וכאן יש ניסיון לחתור תחת מוסד קיים, ניסיון שנכשל מפאת ההגבלה של מתנה על מה שכתוב בתורה.

אם מבינים כך ברש"י, דבריו אכן מעוררים תמיהה. היא אינה נובעת מכך שהסברה העומדת מאחוריהם קלושה, אלא מהחילוק המציאותי בין שומרים לבין קידושין. שהרי אפשר בקידושין להתנות עוד לפני שנותנים את הטבעת, ואפשר בשומרים להתנות אחרי המשיכה, ואם כן מאי שיאטיה דרש"י לקבוע שדווקא בשומרים התנאי קודם למעשה ורק שם התנאי חל?

בשאר הראשונים מופיעים תירוצים אחרים, וכאן ניתן לאפיין שני כיוונים :

כיוון אחד - במסגרת דיני שומרים, בניגוד לשאר המערכות בתורה, ניתן איכשהו להתנות על מה שכתוב בתורה.

כיוון שני - בתיאור המופיע במשנה אין בכלל התייחסות לדיני שומרים, ולא נתקלים בבעיית מתנה על מה שכתוב בתורה.

הכיוון הראשון בוקע ועולה בדברי בעלי התוס' למיניהם. נבחן למשל את התוס' בכתובות, שמביא שני הסברים נפרדים למושג של 'מעיקרא לא שיעבד נפשיה':

"... וייל דשאני התם - כיון דריבתה תורה שומרים הרבה, שומר חנם והשואל נושא שכר כו', יכול נמי כל אחד להיות לפי תנאו. אינ - שאני התם דחייבתו תורה שומר שכר על שלוקח שכר, ושואל לפי שכל הנאה שלו, ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה, הלכך במקום שאין משעבדים עצמם - פטורים..."
(כתובות נו: תוס' ד"ה הרי)

לפי התירוץ הראשון, ברוב מערכות התורה אכן אין גמישות, והיא קובעת בהם ערוץ אחד ויחיד שלא ניתן לשנות בו וממנו. אבל בשומרים בנתה התורה מראש מודלים שונים, ומכאן ראייה שאין תבנית מקובעת שיש להתיישר לפיה בכל מקרה. ריבוי המודלים מצביע על כך שגם אדם פרטי יכול לעצב זן חדש של שומרים, כפי שעולה על דעתו. ניתן לראות שהתירוץ הראשון לא נכנס כלל לשאלת היסודות של חיובי שומר.

בתירוץ השני, נוגעים התוס' בשאלה הקשורה ליסוד חיובי של השומר. על רקע זה הם קובעים שחלויות תורתיות אינן תלויות בדרך כלל ברצונותיו של האדם. בנזירות לא שותים יין, נקודה. אמת היא שעצם קבלת הנזירות מותנית בדעתו של הנזיר, אבל את תכני הנזירות אין בכוחו לקבוע. תכנים אלו קבועים ועומדים, וברגע שנכנסת למערכת, התורה מכתיבה לך את ההלכות. חלק הדעת שבתפקודך מתמצה רק בשלב הפתיחה שבו לקחת על עצמך את עצם הנזירות.³

מה שאין כן בשומרים. כאן התורה לא הכתיבה הלכות כהנחתה מגבוה. בשומרים, יש תלות הדדית בין מצבו של השומר והחיובים אותם הוא מקבל על עצמו, לבין הגדרתו בשטח. לאמור - שואל מקבל על עצמו חיובים ברמה גבוהה משום שכל ההנאה שלו, שומר שכר מקבל על עצמו חיובים ברמה פחותה משואל משום שאין כל ההנאה שלו, וכן הלאה. על כל פנים, מכיון שחלות חיוביהם היא פונקציה של השתעבדותם, הם יכולים ליצור מעקף. במילים אחרות, אם אדם יחליט שלא להשתעבד לחיוב מסויים, הוא לא יחול לגביו.⁴

3 וכך קובעת המשנה בנזיר יא., שהאומר הריני נזיר על מנת שאהא שותה יין - הרי זה נזיר ואסור ביין. בגמרא מבואר שהנזירות חלה, אך התנאי בטל מדין מתנה על מה שכתוב בתורה.

4 ייתכן שתהיה נפק"מ בין שני תירוצי התוס', במקרה קיצון כמו שומר שמתנה להיפטר מפשיעה. לפי התירוץ הראשון, גם תעלול שכזה אפשרי. אך לפי התירוץ השני, מוכרחים

בתוס' הר"ש מופיעים הדברים בצורה דומה להופעתם בתוס'. תוס' הר"ש מוסיף נימה שונה מעט, ובה הוא מסייג את התירוץ השני. הוא לא טוען שהכל תלוי בשיעבוד שהאדם מקבל על עצמו, אלא שהרוב תלוי בכך. אף על פי כן, רוב זה מספיק לכך שללא הסכמת השומר לא יחול השיעבוד.

בניגוד לאלו, עולה הבדל משמעותי יותר אם בוחנים את ניסוחו של תוס' הרא"ש. תוס' הרא"ש עוסק בהסבר הייחוד שתלתה הגמרא בדיני שומרים, הן בב"מ והן בכתובות. בב"מ מובא רק התירוץ השני של התוס' בכתובות. גם בתוס' הרא"ש בכתובות מובא רק תירוץ אחד, אבל שם משלב תוס' הרא"ש את שני תירוציו של התוס' למרקם אחד :

"... דהכא ובכל דוכתא דחשיב מתנה על מה שכתוב בתורה, היינו היכא דחייבתו תורה ממון על ידי דבר אחר, ולא מחמת שהעלה בדעתו לתת... אבל שומרין - ריבתה תורה שומרין הרבה, שומר חנם ושואל נושא שכר ושוכר, והדבר תלוי בדעת עצמן, ולפי הנאתן משעבדין עצמם..."

(כתובות נו. תוס' הרא"ש ד"ה הרי)

כאמור, תוס' הרא"ש קושר בין העניין של ריבוי שומרים הרבה ובין המקום המרכזי שיש לדעת השומר ביצירת המערכת של שומרים. לפי תוס' הרא"ש, קשור עניין ריבוי השומרים בטבורו ליסוד של דעת כמחייב בסיסי בחיובי השמירה. וכאן אנו חוזרים לחקירה הבסיסית שנוגעת לשורש המשפטי של דיני שומרים :

הבנה אחת - לפיה, מדובר בחיוב אובייקטיבי שהתורה קבעה. אמנם נדרשת מהאדם דעת כדי להיכנס למערכת של שומרים, אבל את התכנים של המערכת מנחיתה התורה, ולא נדרשת קבלה מדעת של כל סעיפי השמירה.

הבנה שנייה - דעת השומר מקבילה לדעת קניינים, והשומר משעבד את עצמו לכל קנייני שמירתו וחיובי שמירתו.

קיומם של מחייבים ממוניים שאינם תלויים בדעת האדם, אינו מוטל בספק. הדוגמה המובהקת היא נזיקין, אבל גם בהלוואה, לשם משל, נוצרים שיעבודים מכוח עצם ההלוואה, גם אם הלווה לא רוצה בכך. חרף זאת, ניתן להעלות ביחס לשומרים את ההבנה השנייה, שרואה בהם תחום ייחודי.

ייתכן שלייחוד של דיני שומרים בהיטל של החקירה שהוזכרה, יש עוגן בדברי הגמרא הבאה בב"ק :

לבנות מסגרת כלשהי של שומרים, כדי שבתוכה יהיה ניתן לבחור - למה להשתעבד ולמה לא. לפיכך - מודל שחורג מכל דפוס של שמירה, לא יתקבל.

"אמר רבא - הנותן דינר זהב לאשה ואמר לה 'הזהרי בו - של כסף הוא', הזיקתו משלמת דינר זהב משום דאמר לה - 'מאי הוה לך גביה דאוקתיד'. פשעה בו, משלמת של כסף, דאמרה ליה - 'נטירותא דכספא קבילי עלי נטירותא דדהבא לא קבילי עלי...'".

(בבא קמא סב.)

בגמרא מובע חילוק ברור בין נזיקין לבין פשיעה, במסגרת חיובי שמירה. בנזיקין חייבת האישה לשלם דינר של זהב, ואילו בשמירה כבר יש לה טענה חזקה. היא יכולה לומר שהיא קיבלה על עצמה שמירה של 'דינר כסף' ולא שמירה של 'דינר זהב'. גם לשון הגמרא, מעבר להגיון שבה, בונה את חיוב השמירה על הקבלה שמקבלת האישה על עצמה, ומכאן יסוד למרכזיותה של הדעת בקביעת תכני השמירה.

אמנם, ניתן לדחות את הראיה הזו, לפחות בשתי דרכים :

דרך אחת - המהרש"ל. הוא טוען שהפטור של האישה בפשיעה אינו מבוסס על חוסר קבלת שמירה מצידה. הפטור במקרה זה נובע מפשיעת הבעלים. סך הכל, הבעלים יצקו את היסודות לרמת שמירה פחותה, ויש כאן מעין 'איהו דאזיק אנפשיה' בכך שהוא אמר לה שמדובר בדינר של כסף. עיקרון זה, שהשתתפות הניזק בגרימת הנזק פוטרת את המזיק, מופיע בכמה סוגיות בב"ק⁵, ובהחלט ייתכן שזהו גם העיקרון העומד מאחורי הגמרא שצוטטה לעיל.

דרך שנייה - המצב של האישה השומרת מקביל למצב של מקח טעות. במקרים של מקח טעות אין חיוב, ואפילו אם נאמר שחיובי השמירה הפרטניים אינם תלויים בדעת. העובדה המוסכמת על הכל, שעצם קבלת השמירה מותנית בדעת, מספיקה לבניית תשתית להגדרה של מקח טעות, ופוטרת את האישה.

הגרי"ד הביא בשם הגר"מ ראייה הפוכה, מהסוגייה של שואל שלא מדעת. הוא מסיק משם שעקרונית חיובי שמירה אינם תלויים בדעת האדם, והם מתקבעים כהנחתה מן התורה. הדבר בולט לפי מ"ד שואל שלא מדעת שואל הוי, שכן סביר להניח ששואל שלא מדעת אינו מתכוון לקבל עליו את חיובי השמירה של שואל, ואף על פי כן הם חלים עליו. מכאן ניתן להסיק שאין צורך בדעת על מנת לקבל חיובי שמירה, אלא זו הנחתה מהתורה.

ייתכן שיש לחלק בקטע הזה בין שואל לבין שומר שכר ושומר חנם. שואל ביסודו איננו שומר. הוא אדם שרוצה להשתמש בחפץ, ואגב רצון זה מלבישים עליו את חיובי השמירה. ניתן לומר ביחס לחיובי שמירה כאלו, שחלים בדרך נלווית, שהם

5 עיין בשיעור העוסק בהלכה של מתה מחמת מלאכה.

חלים גם ללא רצונו של השואל. שהרי כל שואל מעדיף במידה מסויימת להתחמק מחיובי השמירה, והוא מקבל אותם כאילו, מתוך הנחתה של התורה. לעומת זאת, שומר חינוך ושומר שכר נמצאים במעמד של שומרים נטו. הם רוצים לשמור מיוזמתם, משום שזו העבודה שלהם. כאן נוכל להבין שחיובי השמירה בנויים על התחייבות מדעת, ואין צורך בהחלת חיובי שמירה בצורה פורמלית מכוח מעמדם הנתון כשומרים⁶.

חילוק זה מצמצם את דבריו של הגר"ד לשואל בלבד, וגם ההוכחה שלו נוגעת רק לשואל. יתירה מזו, עצם הוכחתו היא רק למ"ד ששואל שלא מדעת שואל הוי, ואנו לא פוסקים כמ"ד זה להלכה. מעבר לנימוקים הללו, ניתן לדחות את עצם הראיה משום שאין בה שום הכרח.

מקום מובהק נוסף שבו חלים חיובי שמירה ללא קבלה מצד השומר, הוא בשומר אבידה. ואכן, הגמרא בב"ק נו: מסבירה ש'רחמנא שעבדיה בעל כרחיה'. אבל אין אפשרות להסיק מכאן על המצב הרגיל של שומרים, משום שבהחלט ניתן לראות שומר אבידה כחריג בנוף השומרים, ולא ניתן להקיש ממנו.

ד. מחוץ למודל השומרים

עד כאן עסקנו בקו הכללי של בעלי התוס', בבואם לבאר את התירוץ של הגמרא עבור ר' מאיר. בראשונים מופיע קו חשיבה שונה, שאותו נקטו ראשוני ספרד. המקור הוא בדברי הר"ח המובאים בשטמ"ק, ובעקבות הר"ח פירשו באופן דומה גם הרמב"ן והריטב"א. וכך מסביר הר"ח :

"... פירוש - כיון שהתנה שומר חנם להיות פטור משבועה... דלא ירדו לה בשמירה של תורה, ולא שעבדו עצמן, ואינם חשובין מן השומרים של תורה... ואינו דומה למקדש את האשה, שחלו עליו קידושין, וכשהתנה שלא תזון ושלא לכסות - בא לבטל הכתוב, לפיכך תנאו בטל..."

(בבא מציעא צד. שטמ"ק ד"ה וזה לשון רבינו חננאל ועמוד תתקנב)

הראב"ד, הרמב"ן והריטב"א מתבטאים בצורה דומה. הנקודה המרכזית שונה באופן מהותי מדברי התוס'. לפי התוס', יש כאן מתנה על מה שכתוב בתורה, אלא

6 גם כאן, ייתכן שנפצל בין דין הפשיעה לבין שאר החיובים של שומר חינוך ושומר שכר. לאמור - חיוב בפשיעה יחול גם בלי התחייבות לכך מדעת, היות וזהו חיוב כללי הנשען על היסוד של פושע כמזיק. יסוד זה אינו ייחודי לשומרים, והוא חל גם ללא התחייבותם.

שבשומרים זה לגיטימי לפי ר' מאיר. אם מפאת העובדה שכבר התורה ריבתה שומרים הרבה, ואם מצד ההישענות על יסוד הדעת בקבלת חיובי שמירה. לא זו דרכם של חכמי ספרד. לפיהם, גם בשומרים אין אפשרות להתנות על מה שכתוב בתורה. אבל במשנה שלנו אין מתנה על מה שכתוב בתורה כלל. מתנה על מה שכתוב בתורה הוא הרצון בחלות תורתית מוגדרת, עם המגמה לשנות אותה לפי מידותיך. למשל, נזיר שרוצה לשתות יין, או נישואין בלי האחריות לכך. רצון כזה נשלל, משום שהתורה קבעה את התכנים המדוייקים של נזירות ושל קידושין, ואין לזוז מהם כמלוא נימה.

אבל אין ספק שאדם יכול לקבל על עצמו איסורי תגלחת וטומאה למתים, ולהמשיך לשתות יין. הדגש הוא שאדם כזה אינו נזיר בשום אמת מידה, אלא סתם אדם שקיבל על עצמו דברים מסויימים. אפשר גם להיות חבר של מישהי, ולא להתחייב מולה בשאר כסות ועונה, אלא שברור לחלוטין שאין אלו קידושין. באופן דומה, אם אדם רוצה ללבוש כתר דשומר ואיצטלה דשומר בלי חיובי שומרים, הדבר בלתי אפשרי לחלוטין. אבל במשנה שלנו מדובר על עניין שונה. במשנה שלנו מציע אדם מסויים לקבל על עצמו חיובים כלשהם, בלי להיקרא שומר. קבלה כזו יכולה להתפר לפי כל חשבון שיהא, משום שלא מתיימרים לאמץ את הקטגוריה של שומר שנקבעה בתורה ולשנות אותה⁷. הריטב"א מוסיף נופך מסויים להסבר הזה :

"... דהא דשומרים לא דמי לאידך דאיתמר בהו מתנה על מה שכתוב בתורה. דבכלהו אידך אוהר רחמנא בהדיא, דבאונאה כתיב יאל תנוני, ובשביעית כתיב לא יגוש... ובאלו רחמנא קפיד בהו. הילכך כל שמתנה כנגד זה, מתנה על מה שהקפידה תורה. אבל בדיני שומרים לא גלי קרא קפידא, ולא אוהר עליה שלא יפטר מדיני שומרים... וכשמתנה לגרוע מחיובו או להוסיף - אינו מתנה על דין תורה"
(בבא מציעא צד. ריטב"א ד"ה אפילו תימא)

הקו העקרוני שלו דומה לדברי הר"ח. גם הוא מדגיש שבמשנתנו אין בכלל קונסטלציה של מתנה על מה שכתוב בתורה. אלא שהוא מוסיף קריטריון שעל פיו ניתן לקבוע אם אדם מתנה על מה שכתוב בתורה או לא. לפי הרמב"ן והר"ח יש להניח שמתוך דבריו של המתנה רואים מהי מגמתו. אם מגמתו לעצב קטגוריה הלכתית בדרכיו הוא, שוללים את דבריו. אם כוונתו ליצור

7 סביר להניח, לפי הקו של ראשוני ספרד, שבמקרה כזה לא תהיה שבועת שומרים מהתורה. זאת בניגוד לקו של חכמי צרפת.

קטגוריות שאינן מופיעות בתורה, ניתן לקבל את דבריו. לפי הריטב"א לא משתמשים באמת מידה סובייקטיבית כזו, אלא יש סרגל אובייקטיבי.

בכל תחום ניתן לבחון האם התורה רצתה למנוע את יצירתן של קטגוריות לויין, או שמא לתורה לא אכפת. וכאן בודקים האם יש איסור שחופף את הקביעות החיוביות שבכל תחום. בהלוואה, למשל, יש איסור של לא יגוש, ולכן ברור שהתורה רצתה למנוע הלוואות שלא משמטות בשביעית. אבל בדיני שומרים יש רק פירוט טכני ומעשי של קטגוריות השומרים, ומכאן מבינים שאין שום רצון למנוע יצירה חופשית של קטגוריות שמירה אחרות.

על כל פנים, גם לפי הריטב"א אין כאן ניסיון לעצב מחדש דיני שואל או שומר שכר ודומיהם. הניסיון הוא ליצור שם חדש שאינו מופיע בתורה כלל, ויצירה כזו אפשרית בהחלט. הריטב"א מצייד אותנו במדד של יסודות איסוריים, אשר קיומם מעיד על כך שהתורה מתנגדת ליצירות חדשניות, ואי קיומם (כפי שקורה בשומרים) נותן אור ירוק להמצאות מקוריות⁸.

על רקע שני קוי החשיבה הללו בראשונים, נוכל לחזור לסוגייה. כפי שראינו, בגמרא מופיעים שני תירוצים. יש מקום להבין במה חלק התירוץ הראשון על התירוץ השני. וכאן ניתן לפצל בין קו החשיבה של בעלי התוס' לבין הקו שאותו מייצגים חכמי ספרד.

אם מסבירים כתוס', ומחדשים שבשומרים יש היתר ליצירת מתנה על מה שכתוב בתורה, קל להבין את נקודת המחלוקת. בעל התירוץ הראשון חשב שאין לקבל את החידוש הזה, חרף העובדה שבשומרים הגדירה התורה כמה מודלים. באופן דומה ניתן

8 אמנם, גם בתחומים שבהם יש לאו, מודה הריטב"א שניתן לעוקפו כאשר לא נכנסים איתו להתנגשות. ראייה לדבר מהגמרא במכות ג:, ביחס לאונאה ולשביעית. הגמרא מחלקת בין 'על מנת שאין לך עלי אונאה' (שם התנאי חל) לבין 'על מנת שאין בו אונאה' (שם התנאי לא חל). או, במקביל, בין 'על מנת שלא תשמטני בשביעית' (התנאי חל) לבין 'על מנת שלא תשמטני שביעית' (שם אין התנאי חל).

והטעם - במקרה הראשון אין ניסיון לדחות את הלאו של אונאה או את דין ההשמטה של שנת שביעית. יש בקשה למחול על האונאה וההשמטה, למרות שמעיקר הדין הן אמורות לחול, ובקשה שכזו - אפשר לקבלה. באופן מקביל - אדם מסוגל להתנות שחבירו ימחל על השמטת החוב, כי אין בכך ניסיון לבטל את דין התורה. רק אם התנאי מתיימר לקבוע ששנת השביעית לא תשמט - תנאו בטל. וכך מבאר הריטב"א שם - "...דכי אמר על מנת שאין לך עלי אונאה, תנאו קיים, לפי שהתנאי הוא ביניהם וכאלו מוחל לוקח אונאתו. אבל כשהתנה על מנת שאין בו אונאה - התנה שאין במקח הזה דין אונאה, כלומר שלא תחול עליו, והוא מתנה על מה שאי אפשר...". (מכות ג: ריטב"א ד"ה אמר רב ענן).

לומר, שבעל התירוץ הראשון דחה את ההנחה שבונה את חיובי השומרים על דעת שומר ועל קבלת התחייבות. על כן הוא נאלץ להעמיד את המשנה כר' יהודה.

אם מבינים כרמב"ן וכחבריו, קשה יותר לנסח את עמדת התירוץ הראשון ואת הדחייה של יכולת יצירת קטגוריה נפרדת. לכאורה, הנימוק של הרמב"ן משכנע. ייתכן שהתירוץ הראשון סבר שעצם המציאות של שומר יוצרת את מערכת חיובי התורה, ולא ניתן על ידי הורדת התווית של שומר והדבקת תווית אחרת לשנות את מערכת החיובים כרצונך.

לחילופין, במסגרת פירוש הסוגייה, ניתן להציע שקימו של התירוץ הראשון שרד רק עד שהועלה התירוץ השני. לאחר העלאת התירוץ השני, ניתן ליישם אותו אף בדברי ר' יהודה, משום שהלוגיקה העומדת מאחוריו מאפילה על אלו שינסו לחלוק, ואין כאן מקום להתנאה כלל ועיקר.

אם נקבל הבנה זו במסקנת הסוגייה, לאור הרמב"ן, יקשה מאוד לחלק בין פטור מפשיעה לבין הפקעת כל חיוב אחר. ברם, ניתן להבין למסקנה בצורה אחרת. נוכל לומר שאמנם מדובר אליבא דר' יהודה בהתנאה, ומשתי סיבות אפשריות. או מפני שנאמץ את מהלך התוס', או מפני שנציע שאף לדעת הרמב"ן עומדים לרשות הצדדים שני ערוצים - האחד הוא תיקון מערכת שומרים והשני התחמקות הימנה.

אם, מצד אחד, נקבל הבנה זו בסוגייה, ומצד שני נבנה על שיטת הרמב"ם שמגדיר פושע כמזיק, יתיישב הדיוק שלנו מהמשנה - שאין השומר המתנה נפטר מפשיעה - כמין חומר. לפי ר' מאיר, לאור התירוץ השני כפי שהסבירו הרמב"ן, באמת לא יהיה מקום לחלק. שכן אין כאן יחסי שומר ומפקיד, ודין פושע כמזיק לא נאמר - אפילו לשיטת הרמב"ם - אלא בשומר.

מאידך, לפי ר' יהודה נאמר שמדובר על שומר, אלא שהוא הצליח לתפור לעצמו חיובים משלו, משום שבדבר שבממון אפשר להתנות על מה שכתוב בתורה. ועל כן, ניתן לחלק ולומר שר' יהודה יגביל את חירותו של השומר, ויתיר לו לפטור את עצמו רק ברמה הממונית הצרופה. ברגע שמדובר בחיובי מזיק, נתקלים ברובד איסורי, וכאן חוזרת הבעיה של מתנה על מה שכתוב בתורה. לעומתו, לר' מאיר לא תהיה הגבלה על אופי הפטורים, משום שלפיו אין כאן שומר.

ה. הוספת חיובי שומרים

דיברנו על כך שר' יהודה יגביל את יכולת ההתנאה כאשר הדבר יגיע לידי חיובי מזיק, היות שכל ההיתר של מתנה על מה שכתוב בתורה לר' יהודה יחול רק ביישומים

ממוניים צרופים. אנו מניחים, כמובן, שהמושג איסור הוא מושג רחב, דהיינו - גם תחומים ממוניים שיש להם השלכות איסוריות, נכללים במושג זה⁹.

לכן, אדם שירצה להתנות שמותר לו לגזול לא יוכל לעשות זאת גם לפי ר' יהודה. רק בדיני ממונות מובהקים נרשה לו להתנות, ולפיכך אם רואים פושע כמזיק, ניתן לדחות את יכולת ההתנאה. יש להעיר שהמקור לאיסור להזיק אינו ברור כל כך. הגמרא אמנם מגדירה את השליחות לחפור בור כשליחות לדבר עבירה, אבל קשה למצוא מקור מוגדר לאיסור¹⁰.

אין להקשות מן הגמרא בב"ק צג, משום שבה נסביר כפי שביארנו לעיל שאין שום מימד של איסור. בעל הממון אינו אומר לך קרע את כסותי ואני מתיר לך להזיק. הוא אומר שאתה בכלל לא מזיק, היות שאין פה נזק! רופא שמנתח אותך אינו חובל ברשיון, אלא רופא.

בנקודה זו ניתן לבחון את הצד השני של המטבע, של הוספת חיובים. וכך פוסק הרמב"ם בהלכות שכירות :

"מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם, וכן מתנה בעל הפקדון על שומר שכר או נושא שכר ושוכר להיות חייבין בכל כשואל..."
(רמב"ם הלכות שכירות ב/ט)

הגמרא דנה בדרך הטכנית שבה מתרחשת הוספה כזו :

"תנא - ומתנה שומר שכר להיות כשואל. במאי, בדברים? אמר שמואל - בשקנו מידו. ור' יוחנן אמר - אפילו תימא בשלא קנו מידו, בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא, גמיר ומשעבד נפשיה"

(בבא מציעא צד).

הוספת חיובי שמירה עשויה להימדד בעוד מישורים. למשל, בגמרא בב"מ נח. נידונית הוספה של מאגר הנכסים עליהם שומרים. עקרונית, עבדים שטרות וקרקעות ממועטים מדיני שמירה, אבל הגמרא קובעת שבמצב של קנו מידו ניתן להחיל שמירה גם על מצבים שממועטים בדרך כלל מדיני שמירה.

9 דיון כללי בקטגוריות של ממון, איסור, ואיסורא דאית ביה ממונא, עולה סביב הגמרא בשבועות לו: והראשונים שם.

10 איסור זה ומקורותיו, נידונים בהרחבה בשיעורי הרא"ל בדינא דגרמי. עיין שם בשיעור העוסק בכך, בעמודים 169-180.

גם שם יש לבחון את התוספת, האם מדובר במסגרת של דיני שומרים שהורחבה, או שמא מדובר במודל הדומה לזה של הרמב"ן, מודל של התקשרות חדשה שאינה קשורה לדיני שומרים.

חקירה זו יכולה לבוא לידי ביטוי בהקשרים רבים. נציג שתי דוגמאות :

דוגמה אחת - לעניין שבועה.

דוגמה שנייה - קבלת אחריות כשומר מסויים.

הדוגמה הראשונה נידונית בש"ך, והוא דן בחיוב שבועה שאדם רוצה להוסיף על עצמו אפילו במקרים בהם הוא לא צריך להישבע. עניין זה יכול להיתלות בחקירה שלנו. אם מדובר בהתקשרות חדשה שאינה נכנסת למסגרת של דיני שומרים, סביר להניח שניתן להוסיף רק חיובי תשלומין¹¹. לעומת זאת, אם מדובר בתגבור מעמדך כשומר, אפשר להגיע במסגרת החיובים המתווספים גם לתחום של שבועה.

הדוגמה השנייה עולה בשו"ת הרשב"א. הוא דן בשומר חינוס שקיבל על עצמו אחריות נוספת, ולא פירט את רמתה. הרשב"א מעלה אפשרויות אחדות בדבר הרמה הנתבעת משומר כזה. ניתן לחייב אותו עד הסוף, כשואל. ניתן לומר שהוא קופץ רק דרגה אחת ומגיע לרמה של שומר שכר.

הרשב"א משתעשע באפשרות נוספת. הוא מעלה מסברה את האפשרות ששומר כזה יתחייב רק באבידה, אבל לא בגניבה שהיא מעין אונס. אחר כך נוסג הרשב"א מאפשרות זו, אבל אם מאמצים אותה יש לתלות אותה בצד החקירה שקובע התקשרות חדשה לחלוטין. אם מדובר בניסיון לעצב מסגרת של דיני שומרים, יש לכאורה לאמץ את כל דיניו של שומר מסויים, ואין אפשרות ליצור חיובי שומר שכר למחצה, לשליש ולרביע.

לנושא של הוספת חיובי שמירה יכולות להיות השלכות על אופי החיובים, כפי שהדבר עולה בסוגיין, וגם על היקף החיובים כפי שראינו ביחס לעבדים שטרות וקרקעות. הראשונים הצביעו על נקודת הבדל בין שתי הסוגיות, ביחס לדרך שבה נוצרת התוספת הזו בחיובי השמירה.

בדף צד. מופיעות שתי דעות ביחס לדרך זו, ולפי ר' יוחנן אין צורך בקניין. לעומת זאת, בדף נח. מסכים גם ר' יוחנן שיש צורך בקניין לשם יצירת אותה מערכת חדשנית של הוספת חיובי שמירה. וכך מתרצים התוס' בקושייה זו :

11 תיתכן גם נפק"מ פנימית בדיני תשלומין. אם מדובר במסגרת של שומרים שהורחבה, יהיו התשלומין מעידית, שהרי השומרים משלמים ממיטב כמו כל אבות הנזיקין. אך אם מדובר במודל של הרמב"ן, נדון אותם בבינונית כמו כל בעל חוב.

"... וי"ל - דהכא, דפטור אפי' משבועה, לא משעבד נפשיה בלא קנין, אי נמי - התם כיון שמתחייב כשואל, סבורים העולם שהשואל לו, ובההיא הנאה משעבד נפשיה" (בבא מציעא נח. תוס' ד"ה אמר)

שני תירוצי התוס' מותירים את הסוגיות במסגרת של דיני שומרים, וקובעים חלוקה פנימית בתוך דיני שומרים עצמם. אבל ניתן לבנות על חלוקה עקרונית יותר בין שתי הסוגיות.

בדף צד. עוסקים במסגרת של שומרים, והשאלה היא איזו רמה של שומר מושגת. ופה סובר ר' יוחנן שאין צורך בקניין. מערכת השמירה כבר נוצרה, ולשם חיזוקה של מערכת קיימת אפשר להסתפק בדברים, ואין צורך בקניין.

אבל בעבדים שטרות וקרקעות רוצה הגמרא ליצור יש מאין. עבדים שטרות וקרקעות אינם כלולים בפרשת שומרים, ואין לגביהם דיני שומרים. הרחבת חיובי השמירה ביחס לעבדים שטרות וקרקעות היא ברייה בפני עצמה, וכאן סבור גם ר' יוחנן שיש צורך בקניין.

ייתכן שדבר זה תלוי במעמד של שמירה ביחס לעבדים שטרות וקרקעות. לפי הרמב"ם יש לגביהם חיוב פשיעה, ומכאן ניתן להסיק שהוא לא ממעט אותם לחלוטין מכל המערכת של שומרים וחיוביהם. הראב"ד תוקף את הרמב"ם בנקודה זו, ומשמע ממנו שהמיעוט הוא טוטלי.

לפיכך, במסגרת הבנתו של הראב"ד נוכל לחלק היטב בין הסוגייה בדף נח. לחבירתה בסוף השוכר את הפועלים. לפי הרמב"ם גם בעבדים שטרות וקרקעות יש מסגרת עקרונית של שמירה, ועל כן עוצמת החילוק המוצע תקפה לה.

ניתן לדון על רקע חילוק זה ביישומים נוספים. למשל, אם אדם רוצה לחייב את עצמו בשמירה בבעלים, האם דרוש קניין לשם כך? על פי הקו העקרוני שלנו, יהיה הדבר תלוי בטיב הפטור של בבעלים. אם בבעלים מפקיע את עצם מעמד השומר, סביר להניח שנדרוש קניין לשם יצירת חיוב בשמירה בבעלים. אם ה'בעלים' אינו מפקיע מעמד של שומר, אלא רק משמש כפטור מתשלומי שמירה, ייתכן שהוספת חיוב תשלום במסגרת של בבעלים תסתפק בדברים, לפחות לשיטת ר' יוחנן¹².

נקיטת צד החקירה שרואה בהוספת חיובי שמירה יצירת מסגרת מחודשת, מעלה לאוויר ספק נוסף. האם אחרי יצירת התוספת השתנה כל מעמדו של השומר, או שמא נוצרו ונוצקו שני רבדים - רובד אחד של שומר כפי שהוא היה קיים לפני התוספת,

12 חקירה זו ביחס לאופי דין בבעלים, עומדת במוקד השיעור שעוסק בעניין זה.

ורובד נוסף של חיובים חדשים שאינם כלולים במסגרות של שמירה. למשל, שומר חינם שירצה להתחייב כשואל, יחבוש שני כובעים :

כובע אחד - של שומר חינם, וחיובו בפשיעה, דרך משל, יהיה כשומר חינם רגיל.
כובע שני - של התחייבויות עצמאיות שהוא הלביש על עצמו ברמה של שואל.

נסיים את הדיון בנושא זה במהלך של הש"ך. הש"ך מעלה הסבר הדומה למהלך שהצגנו ביחס לאדם הרוצה להחיל על עצמו חיובי שמירה בשטרות. אחר כך הוא מבאר את הטעם לכך שאפשר להתנות בלי קניין במערכת של שומרים :

"... ואף על גב דמתנה ש"ח להיות כשואל אף בדברים בלא קנין... שאני התם - שהוא שומר חנם, וכיון שהוא בדין השומרים, יכול הוא לחייב את עצמו להיות כשואל אפילו בדברים. אבל כאן, שאינו בתורת שומרים כלל, אי"א שיחול עליו שום חיוב אא"כ קנו מידו... ונראה הטעם בסימן רצ"א מתנה להיות כשואל, ושואל חייב התם והוי כאלו אמר הריני שואל, ודומה להריני כאלו התקבלתי בנדרים..."
(ש"ך חושן משפט סימן ס"ו סקקכ"ט)

הש"ך בונה את היסוד של תוספת חיובים בלא קניין, על העיקרון של התקבלתי. אם אדם רוצה להתחייב כשואל, הוא יכול ליצור מצב שבו הוא כאילו שואל, כפי שנוצרות חלויות הלכתיות של כאילו נתקבלתי. ממילא, במצב שבו אין סיטואציה של שואל, כמו למשל שמירה על עבדים שטרות וקרקעות, לא יעזור גם העיקרון של התקבלתי, ונהיה מוכרחים להיעזר בקניין.

כאמור, חלוקתו של הש"ך עולה בקנה אחד עם החלוקה שהצענו בין הסוגייה בדף נח. לסוגייה בדף צד., אבל הסברה היא מכיוון שונה. הש"ך לא מצריך קניין במצבים של דף נח. בגין ההבנה האינטואיטיבית שדרוש מכשיר חזק ליצירת מסגרת חדשה של חיובי שמירה יש מאין.

הש"ך מצריך קניין משום שטכנית, לא ניתן להפעיל את היסוד של התקבלתי. היסוד של התקבלתי הוא העומד מאחורי אותה הסכמה שבדברים, כפי שהיא מובאת בדף צד. ביחס לשומר חינם המתנה להיות כשואל.

ייתכן שעל פי הש"ך נחלק בין השומרים השונים. הש"ך דן בשואל, ושם אכן ניתן לדבר על מעין קבלה שיוצרת מעמד של שואל. אבל בשומר חינם שירצה להתחייב כשומר שכר, אין משמעות ליסוד של התקבלתי. אין הבדל מהותי בין קבלת החפץ לשם שמירה של שומר חינם, ובין קבלת חפץ לשם שמירה של שומר שכר. לפיכך, ייתכן שנגביל את חידושו של הש"ך לשואל בלבד.