

## חלות שמירה

**מקורות -** (א) שמות כ"ב ו-יד, רש"י על פסוק ט, רשב"ם על פסוק ו, רמב"ן על פסוק ו (עד "אותם בשכר"), מכילתא על פסוק ו "וכי יתן... פטור", וכן על פסוק ט, מכילתא דרשב"י על פסוק ו "כי יתן... שויך", מכילתא על פסוק יג "וכי... עצמר".

(ב) בבא מציעא פ: "שמור לי וא"ל... חנם", [בבא מציעא פא: "שמור לי... מיניה"].

(ג) בבא מציעא צח:-צט. "השואל... ומתה חייב", [תוס' ד"ה כיון].

(ד) בבא קמא עט. "בעי אמימר... או לא", "איתמר נמי... בשומריך", רש"י ד"ה תיקנו, תוס' ד"ה תיקנו (עד "במלאכה או לא"); ; בבא מציעא צט. תוס' ד"ה כך (עד "אלא במשיכה"); ; פיה"מ לרמב"ם בבא קמא פ"ז מ"ו "והשני... בדינים", רמב"ם הלכות שכירות ב/ח (עד "כיוצא בזה"), מגיד משנה שם, [ראב"ד, הובא בשטמ"ק ב"מ פ: ד"ה הנח].

(ה) בבא מציעא כח: - המשנה השנייה, בבא מציעא כח:-כט. "מה יהא... לא הוי שואל עלייה".

(ו) בבא מציעא צו-צו: "בעי רמי... או שוכר הוי", בבא מציעא צו: "אמר רבא בעל... אלא לוקח הוי", תוס' ד"ה בעל (הראשון), הגהות הגר"א שם.

(ז) בבא קמא קו: "הטוען טענת גנב באבידה... מכח בן דעת", רמב"ם הלכות שכירות ב/ז, ראב"ד שם.

(ח) בבא בתרא פח. "ובשואל שלא מדעת... גזלן הוי"

(ט) [כתובות לד: "הניח להן... באונסה", תוס' ד"ה מתה].

**א. פתיחה**

פרשיות השומרים מופיעות בתורה בפרשת משפטים, וניתן להגדיר את הנושאים בהן עוסקות הפרשיות באופן כפול :

נושא אחד - הגדרת המציאות של שומר. לאמור - באילו תנאים נוצרת מערכת של מפקיד ושומר.

נושא שני - פירוט הדינים הנוהגים בשומרים למיניהם. הוי אומר - באילו מצבים מתחייבים השומרים, בכמה הם מתחייבים, מתי הם נשבעים וכן הלאה.

תוכן השיעור שלנו מרוכז בנושא הראשון, ועל מנת לברר יש להתייחס לפסוק הפותח את כל אחת משלושת פרשיות השומרים המופיעות בתורה. נעיין למשל בפסוק הפותח את עניינו של שומר חינם :

"כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמר..."

(שמות כ"ב ו)

פתיחה זו מגדירה את התנאים שיוצרים מערכת של שמירה, וניתן לאפיין בה חמישה מרכיבים שונים :

מרכיב אחד - 'כי יתן', כלומר תהליך של נתינה. התורה דורשת, בשתי הפרשיות הראשונות, תהליך שבו המפקיד נותן משהו לשומר<sup>1</sup>.

מרכיב שני - 'איש'. במדרשי ההלכה ובסוגיות ממעטים לאור מילה זו את הקטן מפרשיית שומרים.

מרכיב שלישי - 'אל רעהו'. גם כאן מופיע בסוגיות המיעוט המקובל ביחס למילה זו, דהיינו רעהו למעט גוי ולמעט הקדש<sup>2</sup>.

מרכיב רביעי - החפץ שנותן המפקיד לשומר. הפרטים המופיעים בפרשיות השונות אינם זהים, אבל כעיקרון מדובר בדבר המטלטל וגופו ממון, למעט שטרות וקרקעות שכלפיהם לא ניתן להחיל מערכת של שמירה.

מרכיב חמישי - 'לשמור'. זוהי המשימה המוגדרת בשתי הפרשיות הראשונות, העוסקות בשומר חינם ובשומר שכר<sup>3</sup>. הגמרא בב"ק צג. ממעטת משימות אחרות, ודורשת לשמור ולא לחלק לעניים וכיוצא בזה.

1 בפרשייה השלישית העוסקת בשואל נאמר 'וכי ישאל', ובהמשך נתייחס לשוני זה.  
2 עיין למשל בב"מ פז.; ביחס לדין אכילת פועל בכרם. שם ממעטת הגמרא כרם הקדש, משום שכתוב בפסוק 'כרם רעך'.  
3 גם בנקודה זו יש הבדל בין שתי הפרשיות הראשונות לפרשיית שואל, והדבר יתבאר לקמן.

יש, אם כן, מסכת של תנאים היוצרים חלות של שמירה. אנו נתייחס בעיקר לשני המרכיבים הראשונים. נפתח במרכיב השני, במגמה לפתח בסיס נאות להבנת המרכיב הראשון שמגדיר תהליך של נתינה.

### ב. 'איש' - פרט לקטן

לפני שדנים בהשפעה של מיעוט קטן ובהשלכותיו של מיעוט זה על הגדרת הנתינה המופיעה בפסוק, יש להדגיש שהנקודה הזו של הגדרת הנתינה מתפצלת לשתי שאלות :

שאלה אחת - מהו היסוד המשפטי-הלכתי שיוצר חלות של שומר. נהוג לחקור כאן עד כמה תלויים חיובי השמירה בדעת השומר, ועד כמה מדובר בחיובי שמירה הקבועים מראש בדיני התורה.

אפשר ליצור אנלוגיה בין חיובי שמירה לעולם של מקח וממכר, ולקבוע שעקרונות זקוקים לדעת מצד השומר על מנת ליצור את מערכת חיובי השמירה. השומר משעבד את נפשו ומוכן לקבל התחייבויות מסויימות, בדומה ובמקביל לדעת קונה כפי שהיא קיימת בעולם של קניינים.

לחילופין, ניתן להבין שהמודל הקרוב יותר הוא מודל של נזיקין. כלומר, אין צורך ששומר יקבל על עצמו מדעתו את כל חיובי השמירה ותנאיה. ייתכן שעצם קיומה של מערכת מפקיד-שומר מותנה בדעת מצד הצדדים, אבל אחרי שהם סיפקו את הדעת הזו אין בכוחם לשלוט במרכיביה ובתוצאותיה. אלו האחרונים מונחתים עליהם מדין תורה, ואין בהם יסוד של גמישות<sup>4</sup>.

הבנה כזו מקשרת אותנו מעט למודלים של נזיקין, כאשר לגביהם החיובים נוצרים מאליהם ולא על ידי הסכם הדדי. אמת היא שבנזיקין כל האירוע מונחת מלמעלה, ואילו חיובי שמירה זקוקים רמה מסויימת של דעת. אבל רמה זו נחוצה רק לשם כניסה למערכת של מפקיד-שומר<sup>5</sup>, ואחרי הכניסה למערכת הזו נקבע הכל מגבוה על פי מה שמוגדר בתורה ולא על פי הסכם חפשי בין הצדדים.

שאלה שנייה - עובדתית, כיצד נוצרת המציאות של שומר בשטח. בין אם נאמר שמדובר במציאות המעוגנת ומושרשת בדעת השומר, ובין אם נאמר שמדובר במציאות המונחתת מדין התורה, יש לברר כיצד היא נוצרת בפועל.

4 עיין בהרחבה בשיעור העוסק במתנה על מה שכתוב בתורה בשומרים.

5 וגם בהקשר זה יש חריגים. החריג הבולט הוא שומר אבידה, שמציאותו כפויה על ידי חיוב התורה.

המגדיר הראשון, כאמור, מגדיר את התהליך כתהליך של נתינה. זהו המצב הקלאסי, וייתכן שיש לו חריגים מעטים. נזכיר חריג אחד בולט, והוא שומר אבידה. יש אמנם מחלוקת אמוראים אם מעמדו כשומר חנם או כשומר שכר, אבל אין ספק בכך שדינו כשומר, חרף העובדה שמעמדו נוצר ללא תהליך של נתינה מאיש אל רעהו. את הנתינה במקרה הזה יצרה התורה בדיני אבידה, ולא המציאות. המגדיר השני מתייחס לנותן, וכאן נדרש המיעוט של 'איש' ולא קטן. אלא שנקודה זו ראויה למבט מעמיק. נפנה למכילתא דרשב"י שבה מופיע המיעוט:

"יתן איש. אין מתנת קטן כלום..."

(מכילתא דרשב"י שמות כ"ב ו)

מכילתא זו מצוטטת במסגרת הסוגייה בב"ק קו; אליה נחזור בהמשך. בשלב זה אין צורך בכל הסוגייה, ומספיק לנו המיעוט עצמו, אותו ניתן להבין בשתי דרכים: דרך אחת - כמיעוט נפרד שאינו קשור למגדיר של נתינה. כפי שממעטים גוי והקדש מדין 'רעהו', כך ממעטים מדין 'איש' את הקטן. הפרשייה לא נאמרה כלל ביחס לקטנים, בלי להתייחס לסוג התהליך שיוצר מערכת של שמירה. דרך שנייה - מדובר במיעוט הקשור לתהליך הנתינה. כלומר, אין כאן דרישה נפרדת ומנותקת של 'איש' ולא קטן. התורה פשוט קובעת שכאשר עוסקים בקטן לא ניתן לדבר במושגים של נתינה.

למעשה, דרך זו קרובה יותר ללשון המכילתא, שהרי במכילתא לא נאמר מיעוט סתמי של קטן. המכילתא ממעטת קטן משום שמתנתו אינה כלום, דהיינו אין פה שלילה של הקטן כגברא ממערכת של מפקיד-שומר<sup>6</sup>, אלא יש פה חיסרון בפעולת הנתינה שלו, וללא פעולת נתינה אי אפשר לדבר על דיני שומרים.

ניתן לקשור את המיעוט של קטן מהיכולת לעצב מערכת שמירה על ידי פעולת נתינה, אל נימת הדעת שמתלווה לפרשיות השומרים. עניין זה יחזיר אותנו לשאלה הראשונה עליה הצבענו, ובה לא נעסוק. אבל אין הכרח בקישור כזה, ואפשר לטעון שגם אם דנים בהגדרות של נתינה צרופה בלי קשר לדיני שומרים, פעולתו של קטן מופקעת מדין נתינה.

<sup>6</sup> הוכחה מובהקת לדבר, ניתן לשאוב מדברי המחנה אפרים בהלכות שומרים סימן י'. המחנה אפרים מציין שבפרשיית שואל לא נאמר 'איש' ביחס למשאל. לפיכך הוא מסיק שקטן המשאל חפץ לגדול יוצר מערכת גמורה של שאלה. המחנה אפרים מציין שניתן אפילו ליצור תרחיש של בבעלים, במקרה שכזה. ומכאן ברור שלדעתו אין הפקעה כללית של קטן מעצם המערכת של דיני שומרים.

ראינו אם כן בדרשת המכילתא שמצוטטת בגמרא הפקעה של הקטן מפרשיית שומרים, כדבר פשוט. אמנם, חשוב להעיר שבראשונים מתקבלת תמונה מורכבת יותר. יש ראשונים מהם עולה שהקטן אינו מופקע לחלוטין מפרשיית שומרים, וראש לכולם הוא הר"י מיגאש בשבועות. במסגרת הסוגייה בשבועות מב. דנה הגמרא בקביעה שאין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן. הר"י מיגאש מבאר שמדובר בשבועת מודה במקצת או בשבועת עד אחד, אבל שבועת שומרים קיימת ביחס לטענת קטן. הר"י מיגאש, והרמב"ם בעקבותיו, מבארים שכל מהותה של שבועת שומרים בכך שהיא באה על הספק, ולשם כך מועילה גם טענת קטן. אין צורך בטענה בשלה ומושלמת כדי לעורר ספק, וכך מופיע הדבר ברמב"ם :

"קטן שהפקיד ביד גדול או השאילו, הרי זה הגדול נשבע שבועת השומרים לקטן. הורו רבותי שאין זה נשבע בטענת הקטן כדי שנאמר אין נשבעין על טענת קטן, שכל השומרין שבועתן שבועת שמא היא"

(ורמב"ם הלכות שכירות ב/ז<sup>7</sup>)

יש לציין שהחידוש בדברי הרמב"ם כפול :

חידוש אחד - בדיני שבועה. הרמב"ם מחדש שבועת השומרים שונה משאר השבועות, והיא אינה נובעת מטענה אלא מספק.

חידוש שני - הקטן שייך ביצירת מערכת של מפקיד-שומר. שהרי ניתן היה להבין שקטן מופקע לחלוטין ממערכת כזו, ואז אפילו אם גורסים כחידוש הראשון וסוברים שבועת שומרים שונה משאר השבועות, עדיין לא ניתן ליישם זאת בקטן משום שהוא לא יצר מערכת שיש בה שבועת שומרים. ברמב"ם רואים שמערכת כזו אכן נוצרה בקטן, וחרף העובדה שאין לה ביטוי ממוני משום שקטן מופקע, יש לה ביטוי בהקשר של שבועת השומרים.

את החידוש השני תוקף הראב"ד באותה הלכה :

"א"א - ורבותי הורו, ואני מסכים עמהם, שאינו נשבע כלל... שאין נתינת קטן כלום, ואם פקדון אין כאן - שבועה אין כאן..."

(השגת הראב"ד הלכות שכירות ב/ז)

הרמב"ם סבור כנראה שנתנית קטן היא נתינה. חשוב להדגיש שאם רצון הרמב"ם היה להתמקד בחידוש הראשון הנוגע לשבועת השומרים בלבד, הוא היה יכול לעקוף את הבעיה של נתינת קטן. הוא היה יכול, למשל, לעסוק במצב שבו אב הפקיד ומת,

7 דברים דומים אומר הרמב"ם בהלכות טוען ונטען ה/ט.

ולאחר מכן תובע בנו הקטן את החפץ. כאן היינו לומדים על החידוש הראשון בבדידותו, ולא היינו נכנסים לבעיה של נתינת קטן<sup>8</sup>.

למרות זאת, עוסק הרמב"ם במצב פשוט שבו הקטן עצמו הפקיד את החפץ, ומכאן שלצד החידוש הראשון ביחס לאופי שבועת השומרים, סובר הרמב"ם גם כחידוש השני, ולדעתו - לנתינת קטן יש משמעות.

חידוש זה של הרמב"ם כרוך בצמצום מסויים של הגמרא בב"ק קו; שאותה אכן מצטט הראב"ד בהשגתו. המסגרת שבה נאמר המיעוט של קטן באותה גמרא היא הדיון בטוען טענת גנב באבידה. כחלק מדיון זה הובאה המכילתא שבה ממועט קטן ממערכת של שומרים, והראב"ד הבין שמדובר במיעוט כללי. אבל הרמב"ם סבר שהשיבוץ של מכילתא זו בדיון של טוען טענת גנב באבידה, מצמצם את תוקפו של המיעוט למקרה זה בלבד. וכך פוסק הרמב"ם :

"הטוען טענת גנב בפקדון של קטן, אע"פ שנתן לו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול ונשבע ואחר כך באו עדים - הרי זה פטור מן הכפל, שנאמר 'כי יתן איש, ואין נתינת קטן כלום...'"

(רמב"ם הלכות גניבה ד/טז)

ברור אם כן שהרמב"ם מסב את המיעוט הנאמר בברייתא למצב של טוען טענת גנב בלבד. לגבי חיוב רגיל של שומרים, קטן אינו ממועט, וגם הוא יכול להשתלב במערכת של מפקיד-שומר.

מחלוקת זו נוגעת לשאלה פרשנית כללית ביחס לפסוק הפותח את פרשיית שומר חינם. הפרשייה ניגשת מיד לדין של כפל, ולא מפרטת ישירות את חיובי השמירה הרגילים. סביב עניין זה דנות הסוגיות בריש מרובה האם להעמיד את הפסוק בטוען טענת גנב, וכך כנראה הבין הרמב"ם. ממילא, גם המיעוט של 'איש פרט לקטן' שמופיע באותו פסוק, מוסב ישירות רק על עניינו של טוען טענת גנב, ואין הפקעה מוחלטת של קטן מפרשיית שומרים.

<sup>8</sup> עקיפה כזו מבצע רש"י בגיטין נא: ד"ה אלא. ואלו דבריו - "ודקשיא לך 'אין נשבעין על טענת קטן', הני מילי בשטוענו הפקדתי לך, דגבי שבועה כתיב 'כי יתן איש' - ולא קטן, אבל בא בטענת אביו, נשבעין אפילו לקטן...". אמנם, לא ברור אם אכן רש"י מייצג את המשבצת הביניים של קיום שבועת השומרים ביחס לקטן על רקע יצירת מערכת של שומרים על ידי אביו. זאת משום שבלשון רש"י מובע דגש שונה. מרש"י משמע שאכן קטן מופקע משבועת שומרים, שהרי גבי שבועה כתוב המיעוט של קטן, אלא שביחס לטענת אביו אין זו שבועה מול טענת קטן. השבועה מתמודדת למעשה עם טענת האב, ולא עם טענת קטן. אם נבין כך, רש"י מסכים ברמה העקרונית עם הראב"ד, וגם לפיו אין ביחס לקטן שום שבועה.

אם נוקטים בשיטת הראב"ד, יש להבין את אופי המיעוט של קטן מפרשיית שומרים. ניתן לנסח בהקשר זה שתי הבנות :

הבנה אחת - קטן אינו יכול להפוך לצד במערכת של מפקיד-שומר. קטן אינו ישות משפטית שלגביה קיימים חיובים כאלו.

הבנה שנייה - קטן אינו מסוגל מבחינה טכנית ליצור מערכת של מפקיד-שומר. התוצאה התיאורטית שבה קטן משמש כחלק ממערכת כזו אפשרית, אבל הדרך להגיע אליה חסומה בפני הקטן.

הנפק"מ בין ההבנות תתעורר במצב שבו נעקוף את הבעיה הטכנית ביצירת מערכת של מפקיד-שומר. לפי ההבנה הראשונה עקיפה כזו אינה מועילה משום שעצם היעד בלתי אפשרי. לפי ההבנה השנייה, לו רק יכולנו לעקוף את בעיית ההפקדה על ידי קטן, אין מניעה משילובו במערכת חיובים של שומרים, ואין למשל בעיה בכך שאדם יתחייב שבועת שומרים לקטן.

נפק"מ זו עולה כבר על רקע ההשוואה שבה עוסקת הסוגייה בב"ק קו; השוואה בין שומר אבידה לנתינת קטן. מה יהא הדין באבידת קטן? אם נאמץ את ההבנה הראשונה, נשלול מערכת חיובי שומרים גם ביחס לאבידת קטן. הקטן יופקע מכל מערכת כזו, ואפילו אם אין צורך בנתינת קטן לשם יצירתה.

אם נבין כהבנה השנייה, נמקד את הפגם ביצירת המערכת. אבל באבידת קטן לא קיים פגם כזה, משום שבאבידה לעולם אין צורך בנתינה והפקדה לשם יצירת מערכת של חיובי שומרים. לפיכך, מכיון שבאבידה התורה יצרה את חיובי השומרים ולא הנתינה, גם קטן יוכל להשתלב.

עסקנו עד כה בעיקר במיעוט של 'איש - פרט לקטן', כרקע לבחינת המרכיב של 'כי יתן' שמופיע בפסוקי פרשיית שומרים. ביררנו האם המיעוט הוא מיעוט נפרד, או שמא מדובר בשיעור בנתינה. ראינו מחלוקת ראשונים ביחס להיקף מיעוטו של הקטן, והצבענו על החקירה שבאה לברר האם קטן מופקע לגמרי מפרשיית שומרים, או שמא יש לו רק חיסרון טכני ביצירת המערכת של חיובי שומרים.

### ג. הגדרת 'כי יתן'

עצם הצורך בנתינה כדי ליצור מעמד של שומר, מפורש בפסוקים ביחס לשומר חינום ולשומר שכר. הגדרת הנתינה הזו אינה פשוטה, ושאלת ההגדרה המדוייקת נידונית הן בגמרא והן בראשונים. בגמרא יש שלושה מוקדים עיקריים בהקשר זה :

מוקד אחד - ב"ק עט., ובמקביל - ב"מ צט. .

מוקד שני - ב"מ צח: ו-צט. .

**מוקד שלישי - הירושלמי בשבועות פ"ח ה"א.**

נפתח בדברי הגמרא בב"ק :

"בעי אמימר - תיקנו משיכה בשומרים, או לא?... וש"מ - תיקנו משיכה בשומרין ש"מ. איתמר נמי, אמר ר' אלעזר - כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות, כך תיקנו משיכה בשומרין..."

(בבא קמא ע"ט).

זוהי מסקנת הגמרא, והיא מובאת במקביל גם בב"מ. השורה התחתונה היא

שתיקנו משיכה בשומרים, אלא ששתי שאלות מזדקרות מתוך קביעה זו :

שאלה אחת - ביחס לאיזה פן של שמירה נאמר בגמרא שתיקנו משיכה?

שאלה שנייה - מה פשר הביטוי 'תיקנו', ומה היה קודם התקנה?

נבאר מעט את השאלה השנייה. הגמרא משווה שומרים ללקוחות, וכפי שתיקנו משיכה בלקוחות כך גם תיקנו משיכה בשומרים. גמרא זו נאמרת לשיטת ר' יוחנן, הסבור שדבר תורה מעות קונות<sup>9</sup>. לפיו, ברורה מהות התקנה בלקוחות. קודם התקנה היה המקח חל כבר משעת נתינת המעות, ולאחר התקנה חל המקח רק אחר המשיכה. אבל מהו המצב של טרום תקנה בשומרים? אפרירית, ניתן להעלות שתי אפשרויות בדבר :

אפשרות אחת - לפני התקנה הצריכו יותר, והתקנה באה לצמצם.

אפשרות שנייה - לפני התקנה הצריכו פחות, והתקנה באה לאַחַר.

האפשרות השנייה מופיעה בצורה ברורה יותר בראשונים. כך מבאר רש"י :

"תיקנו משיכה בשומרים. שלא יתחייב שומר בשמירה עד שימשוך"

(בבא קמא ע"ט. רש"י ד"ה תיקנו משיכה בשומרים)

לפי רש"י ברור שקודם התקנה היתה השמירה חלה עוד לפני המשיכה. תקנת

חכמים באה להוסיף על המצב הקיים, ולאחר את חלות השמירה. אחרי התקנה השמירה חלה רק בשעת המשיכה, ולא קודם לכך. כך גם עולה בצורה ברורה מדברי הרמב"ם בפירוש המשניות<sup>10</sup>.

בניגוד לאלו, מתקוממים התוס', הן בב"ק והן בב"מ. ראשית, טוענים התוס',

תקנת המשיכה לשומרים אינה מוסבת על חלות חיובי השמירה אלא על יכולת החזרה של המפקיד. כלומר, תיקנו בשומרים שהמפקיד יכול לחזור בו עד שהשומר מושך את

9 עיין בב"מ מ"ז; שם מובא עיקר הדיון בנושא.

10 בב"ק פ"ז מ"ו.



החפץ. שנית, חולקים התוס' על תוכן דברי רש"י והרמב"ם, ולפיהם שעת החלות של חיובי השמירה ממוקדת, מפאת התקנה, בנקודה שונה.

ההעמדה של תקנת משיכה בשומרים ביחס לקנייני השומר בפקדון, כרוכה בצמצום דברי הגמרא לשואל ולשוכר בלבד. מניעת אפשרות החזרה של המפקיד ולבנטית רק לגביהם, ולפיכך מצמצם התוס' בשני המוקדים בהם הוא דן בדבר את תקנת המשיכה לשואל ולשוכר. לשומר חינום ולשומר שכר אין זכויות בחפץ, ועל כן קנייני השמירה אינם עומדים לדיון כלפיהם.

בנקודה זו יש אחידות בין דברי התוס' בב"ק ובין דבריו בב"מ. אבל לתוס' יש כמובן גם עמדה ביחס לשעת החלות של חיובי השמירה, ואחרי שהוא דוחה את ההבנה ששעה זו היא שעת המשיכה מדרבנן הוא צריך לקבוע אתר חלופי למיקומה של שעה זו. בנקודה זו יש פיצול בין התוס' במסכתות השונות.

התוס' בב"ק קובעים ששעת החלות של חיובי השומרים היא שעת המשיכה. אבל יש להזהר מגיוס התוס' למחנה של רש"י והרמב"ם. לפי רש"י והרמב"ם, מצד ההגדרה של 'כי יתן' כפי שהיא כתובה בתורה אין הכוונה לשעת משיכה. התורה מדברת על שלב מוקדם יותר, ושעת המשיכה עולה לדיון רק בעקבות תקנת חכמים. לעומתם, התוס' הבין שהפירוש של 'כי יתן' ברמת הדאורייתא מוסב על נתינה ממונית שמתגלמת במשיכה. זהו המצב מדאורייתא, משום שכל עיקר תקנת חכמים מוסב על פן אחר לחלוטין של דיני שומרים, דהיינו יכולת החזרה.

קביעה דומה מופיעה גם בתוס' בב"מ, אם כי בניגוד לתוס' בב"ק שבו אין חילוק בין סוגי השומרים, בב"מ מציין התוס' חילוק כזה. התוס' מבודד את המעמד של שואל משאר השומרים, ולדידו - ברמת הדאורייתא מתחייבים שומר חינום ושומר שכר בחיובי השמירה עוד לפני המשיכה, ואילו השואל מתחייב משעת המשיכה.

לשם השלמת התמונה נשבץ את הדעה האפשרית הנוספת, שניתן אולי למצוא לה גם הד בדברי הראשונים. ראינו בדברי רש"י והרמב"ם שמדאורייתא חלים חיובי שמירה עוד לפני המשיכה, ותקנת חכמים נועדה לְאַחַר את החלות הזו. אבל תייתכן כמובן אפשרות שמדאורייתא חיובי שמירה חלים אחרי המשיכה, ותקנת חכמים נועדה להקדים את שעת החלות כבר למשיכה. נעיין בדברי תוס' רבינו פרץ :

”מ דמיבעיא ליה אם משעת משיכה מחייב כל חד כדיניה - שיח בפשיעה, ושיש ושוכר בגנבה ואבדה, ושואל באונסין...”

(ב"ק עט. תוס' רבינו פרץ ד"ה תקנו)

בניגוד לרש"י ולרמב"ם, מדברי היש מפרשים המצוטטים בתוס' רבינו פרץ, לא ברור שקודם התקנה היו חיובי שמירה חלים לפני המשיכה. ניתן לתלות באותם יש

מפרשים את הדעה שקודם התקנה היה צריך לחכות מדאורייתא עד שלב מאוחר יותר מן המשיכה, ותקנת חכמים הקדימה את חלות החיובים הללו. למעשה, בראב"ד בב"ק הדברים מפורשים, אם כי יש מבוכה מסויימת בדבריו :

"פי' - דכיון דמשך - מיד נתחייב בשמירתו... ושאלו כאן שמא הפרה כמו הבעלים. דבאמירה נעשה לו שומר"

(ב"ק עט. ראב"ד ד"ה תקנו)

מתחילת דברי הראב"ד אכן עולה שהתקנה באה להקדים את חלות חיובי השמירה. מדאורייתא קיימת נקודה עתידית מעורפלת שבה חיובים אלו חלים, ומדרבנן חידשו שמייד אחרי המשיכה מתחייבים. אבל סיומת דברי הראב"ד הופכת את הקערה על פיה. הראב"ד מבאר שתוכן בעיית הגמרא אם תיקנו משיכה בשומרים הוא האם כבר באמירה נעשה לו שומר או שמא רק במשיכה, ודברים אלו מתאימים לדברי רש"י והרמב"ם.

מכל מקום, נוכל לשרטט קשת של ארבע דעות בנוגע לתקנת המשיכה :

דעה אחת - התוס' בב"ק. לפיהם - פירוש 'כי יתן' מדאורייתא הוא המשיכה, ורבנן לא שינו כלום בהקשר זה.

דעה שנייה - התוס' בב"מ. לפיהם - מדאורייתא 'כי יתן' מתייחס לנתינת החפץ מיד המפקיד גם אם לא היתה משיכה מהשומר (למעט שואל), ומדרבנן לא נגעו בהגדרה זו.

דעה שלישית - רש"י. לפיו, מדאורייתא 'כי יתן' מתייחס אכן לשלב מוקדם בזיקה בין המפקיד לשומר, אבל חכמים תיקנו שחיובי השמירה יחולו רק מהמשיכה.

דעה רביעית - ראב"ד (במגבלות המשך דבריו). לדעתו, מדאורייתא 'כי יתן' מוסב על נקודה מאוחרת, ותקנת חכמים מקדימה את חיובי השמירה לשעת המשיכה.

#### ד. משיכה וקניינים נוספים

קשת זו שמתחנו בין הדעות השונות, נמתחה במידה רבה על רקע הניתוח הטכני של האפשרויות השונות בהבנת הגמרא ובדברי הראשונים. יש להבין ביתר עומק מה עומד מאחורי ההבנות השונות הללו במושג 'כי יתן'. נפתח בדעה האחרונה, שמעמידה מדאורייתא את 'כי יתן' בנקודה המאוחרת למשיכה.

שאלה מרכזית הנשאלת ביחס למשיכה כקניין, חוקרת האם המשיכה מאפיינת תהליך של השתלטות על חפץ או שמא המשיכה היא פשוט היכי תימצא להכנסת חפץ לרשות האדם. אם המשיכה מבטאת השתלטות, עיקרה וליבה ממוקד בתהליך, דהיינו

בפעולת המשיכה. אם הרעיון הוא הכנסה לרשות, התהליך פחות משמעותי ועיקר המשיכה הוא בתוצאה.

אם נפרש משיכה כהכנסה לרשות, קשה להבין כיצד 'כי יתן' מוסב על נקודה מאוחרת למשיכה. אחרי שהשומר הכניס את החפץ לרשותו, התרחש לכאורה התהליך הקנייני הרחוק ביותר שאליו מגיעים במערכת של שומרים. אבל אם דנים במשיכה כאקט נקודתי המשקף שליטה בחפץ, ייתכן שניתן לתבוע מעבר לזה. הוי אומר - לשם קניין מספיקה אמנם השתלטות על חפץ, אבל לשם החלת חיובי שמירה יש צורך בנתינה ממשית, כלומר - בהכנסה לרשות השומר.

ההיגיון המחלק בין קניין להחלת חיובי שמירה נעוץ במידת הזיקה בין האדם לחפץ. במקח וממכר נוצרת, בסופו של דבר, זיקה מלאה בין הקונה לחפץ, ואילו המוכר נפרד ממנו לחלוטין. לפיכך, רגע קט של השתלטות עשוי להיות מוגדר כנקודת המעבר בין המוכר לקונה.

אבל במערכת של מפקיד ושומר, השומר איננו עתיד ליצור זיקה קניינית מלאה בחפץ, והמפקיד אינו מתכנן להיפרד מן החפץ. אשר על כן, גם כאשר השומר מושך, המפקיד עדיין נמצא בצד השני. לכן, כדי להחיל חיובי שמירה יש צורך בתהליך משמעותי יותר של הכנסה לרשות<sup>11</sup>.

עסקנו בקצה של קשת הדעות הנוגעת לחלות חיובי שמירה, ונעבור ממנה לתוס' בב"ק הדורש משיכה הן ברמת הדאורייתא והן ברמת הדרבנן. עקרונית, עמדה זו מובנת ופשוטה, והיא מעניקה למושג 'כי יתן' את המשמעות הרגילה של נתינה ממונית, קניין המתבצע על ידי משיכה. אבל עדיין יש לעיין במידת הזהות שנוצרת בין משיכה כקניין ובין משיכה המחילה חיובי שמירה, וזאת בשני הקשרים:

הקשר אחד - האם משיכה שאינה מועילה כקניין תועיל להחלת חיובי שמירה?

הקשר שני - האם קניינים אחרים יועילו להחלת חיובי שמירה?

ההקשר הראשון עולה בדברי הראשונים ביחס למשיכה ברשות הרבים. מהגמרא בב"ב פו. עולה שמשיכה אינה קונה ברשות הרבים, אלא רק בצידי רשות הרבים או בסימטה. התוס' בב"מ צט. דנים באפשרות שמשיכה תועיל להחלת חיובי שמירה ואפילו אם היא נעשתה ברשות הרבים. תחום נוסף שבו נבחנת שאלה דומה הוא גזלן וקניינו, ושוב ניתן לשאול האם גזלן קונה רק על פי כללי הקניין הרגילים, או שמא גזלן יכול לקנות גם על ידי משיכה לרשות הרבים.

11 יש לבחון כמובן את משמעות תקנת החכמים לאור הבנה כזו. אנו מכל מקום נתמקד בשלב זה בהבנת מישור הדאורייתא על רקע הביטוי בפסוקים.

התוס' בכתובות לא: ד"ה וברשות דנים בגזלן, ויש להם שתי דעות בנידון. ייתכן שהדבר תלוי בהבנת מידת התועלת של המשיכה ברשות הרבים. ניתן להבין שמשיכה ברשות הרבים זו פעולה נטולת משמעות, כאילו לא עשית כלום. לחילופין, ניתן להבין שגם ברשות הרבים ביצעת מעשה משיכה, אלא שאין לו משמעות קניינית הלכתית. אם נוקטים בהבנה הראשונה, גם גזלן לא יקנה במשיכה ברשות הרבים משום שבהסתכלות ההלכתית הוא לא משך. לעומת זאת, אם נוקטים בהבנה השנייה, יש פתח לומר שחלות קניינית איננה מתאפשרת בדרך כזו, אבל חלות אחרת כמו בגזלן מתאפשרת גם על ידי משיכה ברשות הרבים.

גם לגבי שומרים מובאות בתוס' שתי דעות<sup>12</sup>, ולפי הפני משה אלו גם שתי דעות בירושלמי בשבועות פ"ח ה"א. מסברה, ניתן להשוות שומר לגזלן ולומר שהצד השווה ביניהם הוא שבניגוד לקונה הם לא קונים בצורה מלאה את החפץ. לפיכך, גם משיכה שאינה מספיקה לקניין מלא ברשות הרבים תועיל בהם. מצד שני, ניתן לומר שרק הגזלן הוא חריג, היות שכל מעמדו נוצר על ידי השתלטות פיסית, ומשיכה כהשתלטות פיסית שווה ברשות היחיד וברשות הרבים. לעומתו, גם קונה וגם שומר אינם מנסים ליצור השתלטות פיסית. הם בונים על המשיכה כפעולה משפטית, וככזו היא ממועטת ברשות הרבים, וזהו התוכן של 'כי יתן'.

חילוק קונה משומר וגזלן לגבי משיכה, יכול להשתקף בפרט נוסף. למאי דקיימא לן שדברים שדרכם להגביה - אינם נקנים במשיכה<sup>13</sup>, ניתן לחלק בין קונה מצד אחד לבין שומר וגזלן מצד שני. מסברה היה ניתן להציע, שנדרוש דווקא הגבהה רק בקניין, המצריך שליטה מקסימלית, ואילו לגבי שומר וגזלן - אף משיכה תועיל בכהאי גוונא. ברם, מהמשך הדיון בגמרא לא משמע כך. בסוגייה שם, מקשה רב אדא בר מתנה לאביי על דין זה, מברייתא המדברת על קניין גנב בכיס שגנבו וקנהו על ידי משיכה. אביי מתרץ שמדובר בכיס גדול, שאין דרכו בהגבהה. הן מהקושייה, והן מהתירוץ, משמע שאף בגזלן (ומן הסתם - גם בשומר), אין המשיכה מועילה בדבר שדרכו בהגבהה.

לפיכך, נצטרך לחלק בין החיסרון של רשות הרבים, לבין הליקוי של 'אין דרכו בהגבהה'. וכך נאמר - משיכה ברשות הרבים מוגדרת כמשיכה, אלא שיש בה פגם שמונע את חלות הקניין. ואילו משיכה בדבר שאין דרכו אלא בהגבהה, איננה מוגדרת כמעשה קניין כלל.

12 עיין בב"מ צט. תוס' ד"ה כיון.

13 עיין בב"ב פו, בדברי הגמרא.

סיכומו של דבר - את החילוק שהצענו לא ניתן, לכאורה, ליישם בדין של הגבהה לגבי דברים שאין דרכם במשיכה, לפחות במסגרת הסוגייה. אך ברמב"ם אולי ניתן ליישמו. שהרי הרמב"ם בהלכות גניבה ג/ב, מביא את הדין של גנב המגרר כיס, ולא מזכיר שמדובר ברברבי. ניתן להסביר את ההשמטה לאור החילוק שהוצע לעיל. אלא שיש לבחון, כמובן, כיצד יכלול הרמב"ם את דברי הסוגייה. וכבר דנו האחרונים בעניין זה<sup>14</sup>.

ההקשר השני שבו נמדדת מידת החפיפה בין קניינים להחלת חיובי שמירה, הוא ביחס לקניינים שונים ממשיכה. בנקודה זו ניתן להבחין במחלוקת בין הקצות לבין הרמב"ם בפירוש המשניות. מהקצות משמע שתקנת משיכה בשומרים מתייחסת למשיכה בלבד, ולא לקניין כלשהו.

הקצות בסימן רצ"א סק"ה מקשה על שיטת רש"י והרמב"ם האומרים שלהלכה משיכה מועילה בשומרים. קושייתו מתבססת על המיעוטים של עבדים שטרות וקרקעות מדיני שומרים, שמובאים בריש מרובה ונלמדים מפסוק. הקצות טוען שלו היה צורך במשיכה כדי להחיל חיובי שמירה, לא היה צורך בפסוק כדי למעט את אלו, משום שמשיכה לא מועילה בהם<sup>15</sup>.

הקצות מניח בצורה ברורה שחיובי שמירה חלים על ידי משיכה בלבד, ולא על ידי קניין כלשהו. לפיכך, עצם העובדה שלא ניתן לקנות שטרות במשיכה שוללת מהם את האפשרות של שמירה, ולכן אין צורך בפסוק מיוחד כדי למעטם.

לפיכך, גם אם מבינים ששמירה חלה על ידי משיכה, אפשר להבין זאת בשתי דרכים. ניתן להבין זאת על רקע משיכה כקניין, וניתן להבין כקצות - שהמשיכה מתפקדת רק כאקט של השתלטות פיסית. סביר להניח שלפי הקצות משיכה ברשות הרבים תועיל להחלת חיובי שמירה, משום שגם כאשר דורשים משיכה זה לא על רקע קנייני, וההפקעה של משיכה מרשות הרבים היא על רקע קנייני בלבד<sup>16</sup>.

14 עיין בספר המפתח של מהדורת פרנקל על אתר.

15 הקצות נשאר בצ"ע רק לגבי שטרות. לגבי קרקעות מציין הקצות שניתן להחיל שמירה על ידי חזקת נעל גדר ופרץ. אבל יש להדגיש שריבוי זה אינו נובע מהתפיסה שכל קניין עשוי להחיל חיובי שמירה. לו כל קניין היה מחיל חיובי שמירה, היינו יכולים למצוא גם קניין שיחיל חיובי שמירה בשטרות. הקצות פשוט ראה את חזקת נעל גדר ופרץ כדרך של השתלטות פיסית שמקבילה למשיכה, וככזו גם היא מחילה חיובי שמירה, אבל עקרונית אין בקניין מעצם מהותו את היכולת להחיל חיובי שמירה.

16 קצת תימה על הקצות שהקשה לשיטת רש"י והרמב"ם. שהרי לשיטתם מפורש שמדאורייתא חלים חיובי שמירה גם בלא משיכה, וכל עניין המשיכה הוא מתקנת חכמים בלבד. לפיכך, ברור מדוע יש צורך בפסוקים כדי למעט עבדים שטרות וקרקעות. מדאורייתא חלים חיובי

בניגוד לקצות, מהרמב"ם בפירוש המשניות עולה שכל קניין יועיל להחלת חיובי שמירה, והמשיכה רק מייצגת סוג של קניין :

"... שארבעה שומרין אינם קונים אותו דבר לעניין חיוב שמירתו... אלא אחר שיתקיים להם באותן המטלטלין דרך מן הדרכים שהמטלטלין נקנין בהם במקח וממכר, כמו שנתבאר בראשון דקדושין..."

(רמב"ם פיה"מ בבא קמא פ"ז מ"ז)

הרמב"ם שולח אותנו לפרק הראשון בקידושין, שם מפורטים סוגים רבים של קניינים. מהרמב"ם עולה שכל אלו מועילים ליצירת מערכת של חיובי שמירה. שוב, סביר להניח שקשר זה הוא דו-סיטרי, דהיינו כל קניין יועיל ליצירת חיובי שמירה ומצד שני משיכה ברשות הרבים לא תועיל (למרות שהתבצעה פעולת משיכה) משום שזו אינה קונה<sup>17</sup>.

### ה. חלות שמירה בלי קניין

עסקנו מעט בדעה המאחרת את חלות חיובי השמירה מעבר למשיכה, ובדעה הקובעת את שעת החלות הזו לשעת המשיכה. נעיין עתה בדעה המקדימה את שעת חלות חיובי השמירה לנקודה שלפני המשיכה. לפי חלק מהראשונים זוהי הנקודה מדאורייתא (כך למשל לפי רש"י והרמב"ם) ולפי התוס' בב"מ צט. זוהי אף נקודת חלות החיובים הללו מדרבנן.

יש להגדיר את הנקודה הזו שלפני המשיכה, ויש להבין את המושג 'כי יתן' לפי הראשונים הללו. בראשונים לא מובאת הגדרה בהירה לשעה שבה חלים חיובי השמירה לפני המשיכה, אבל בטור ובשו"ע מופיעה הגדרה כזו :

שמירה עוד קודם המשיכה, וחלות כזו היתה אפשרית גם בעבדים שטרות וקרקעות. לכן ראתה התורה צורך למעט אותם מפסוק. אמת היא שלאחר תקנת חכמים נוצר מצב שבו אין צורך בפסוק זה כי ממילא מבחינה טכנית אין משיכה בעבדים שטרות וקרקעות, אבל זה רק לאחר התקנה, ואילו המיעוט מפסוקים מתייחס לרובד הדאורייתא. אמנם, את קושיית הקצות ניתן להעלות באופן דומה כלפי הראשונים הסוברים שמדאורייתא חלות חיובי שמירה היא על ידי משיכה. למשל, כלפי התוס' בב"ק עט. וכלפי התוס' בב"מ צט. ביחס לשואל.

17 יתירה מזו, ניסוחו של הרמב"ם מעיד על כך שהשומר ממש קונה את החפץ. הקניין הוא אמנם לעניין שמירתו, אבל הרמב"ם הבין שהדרך להתחייב בשמירה היא לקנות חפץ. לעניין זה השלכות סברתיות ברורות על ההבנה של יסודות חיוב שמירה. ברם, קשה מאוד לאמץ מהלך כזה לגבי שומר חנם ושומר שכר, שאין להם אלא חיובי שומרים ללא כל זכות וקניין.

"... וכן אינו מתחייב בגניבה ואבידה עד שיעשה אחד מדרכי הקנייה, ויא - שמשסילק הבעל שמירתו מעליו מדעת השומר, נתחייב בשמירתה"  
(שר"ע חושן משפט סימן ש"ז סעיף ב')

גם לפי דעה זו של ה"ש אומרים' נחוצה זיקה עם החפץ, אולם זיקה זו אינה חייבת להיווצר על ידי קניין. זיקה זו נוצרת כבר מרגע שהבעלים מסלקים את שמירתם, אם הדבר נעשה מדעת השומר. דעה זו בונה על המשנה הבאה :

"... שמור לי, וא"ל - הנח לפני, שומר חנם..."

(בבא מציעא פ:)

יש ראשונים המבינים שה'הנח לפני' כולל משיכה. אבל מפטות המשנה עולה שעצם ההסכמה של השומר מחילה עליו חיובי שמירה, ומספיקה לכך האמירה של 'הנח לפני' גם בלי מעשה קניין כלל.

כאמור, הבנה כזו צריכה למלא את המונח 'כי יתן' בתוכן כלשהו. וכאן מגיעים לביאור פיסית של המילה 'נתינה'. שהרי נתינה משמשת בלשון הקודש בשני מובנים :  
**מובן אחד - הקנאה, מלשון מתנה.**

**מובן שני - שימה פיסית.**

למשל, כאשר התורה אומרת שיש לתת את הדם על קרנות המזבח סביב, מדובר בנתינה פיסית, והכוונה היא לשים את הדם על המזבח. אין טעם לדרוש אספקטים ממוניים בנתינת הדם על המזבח, משום שלא מדובר בנתינה במובן הממוני<sup>18</sup>. באופן דומה נוכל לבאר את ה'כי יתן' של פרשת שומרים כנתינה פיסית, כהנחה. אשר על כן, עצם ההנחה לפני השומר מחילה עליו חיובי שמירה, גם בלי משיכה ובלו צד קנייני כלשהו.

ראוי לציין בהקשר זה את המחנה אפרים. הוא מפנה אותנו לשיטת התוס' שחיובי שמירה חלים לפני המשיכה. הוא מעלה את התמיהה הבאה :

"... ועל דברי התוס' והרא"ש ז"ל, דסברי דשיח ושי"ש מתחייבים בלי משיכה, משום דעל פיו של זה סמכו הבעלים וסילקו שמירתו מעל חפצו, צריך להבין - מאיזה טעם קא מתחייבי..."

(מחנה אפרים הלכות שומרים סימן ז')

המחנה אפרים מנסה לדון את ההסתלקות של הבעלים משמירת החפץ מדין ערב, אבל הוא דוחה זאת. שהרי אחד מהראשונים הסבורים שמתחייבים גם בלא משיכה

18 עיין בהקשר זה בתוס' בגיטין כ. ד"ה דילמא.

הוא הרא"ש, ובסוגיית ערב בקידושין טוען הרא"ש שליצירת דין ערב נחוצה משיכה. אחר כך מעלה המחנה אפרים אפשרות לבנות על דין גרמי, ומכל מקום באופן כללי הוא נשאר בקושייה.

על רקע הדברים שהעלינו, יש פה מקום תימה. מדוע צריך המחנה אפרים לחפש בדיני ב"ק וב"ב, בדיני ערב וגרמי? אפשר בפשטות לחייב על פי הפסוק שדורש 'כי יתן איש'. ברגע שנגדיר את ההנחה הפיסית כנתינה, הרי שהנחה כזו מכניסה את האדם למעמד של שומר כפי שהוא מוגדר בתורה! אין צורך לחפש קטגוריות עקיפות של ערב וגרמי.

במאמר מוסגר ניתן לציין שגם הקושייה מקידושין במסגרת שיטת הרא"ש אינה קושייה חזקה כל כך. הרא"ש אמנם טוען שאמירת 'זרוק מנה לים ואתקדש לך בו' אינה מועילה מדין ערב. אבל כאן יש להפריד בין שני דברים :

**דבר אחד** - יצירת חיובו של הערב.

**דבר שני** - קידושין על ידי חיוב כזה.

ייתכן שהרא"ש יסכים לכך שדין ערב נוצר גם בלי משיכה, וגם על ידי הנחה מהסוג של זרוק מנה לים. אבל באותה מסגרת שבה דנים בקידושין עניין זה לא מועיל, משום שכאשר בונים על דין ערב בקידושין דרושים תנאים נוספים המיוחדים לקידושין, כמו נתינה ממשית. שהרי מדובר שם על קבלה עקיפה, ולא רק על התחייבות גרידא.

יש להעיר שהראשונים אכן מתייחסים לדין ערב במסגרת הדיון בחיובי שומרים, אבל ההקשר שבו הם מעלים את הדין הזה שונה מן ההקשר שמוצע במחנה אפרים. הראשונים מעלים את הדבר במסגרת הסוגייה בב"מ צח:-צט., הדנה בשואל. במשנה בדף צח: נאמר ששואל עשוי להתחייב במצבים מסויימים כבר משעת השילוח, וזאת אף על פי שהשילוח מתבצע בידי העבד. על רקע זה מובא בגמרא המהלך הבא :

"ביד עבדו חייב? יד עבד כיד רבו! אמר שמואל - בעבד עברי דלא קני ליה גופיה, רב

אמר - אפילו תימא בעבד כנעני, נעשה כאומר ליה 'הכישה במקל והיא תבוא...'"

(בבא מציעא צט.)

מהגמרא עולה שהאמירה של 'הכישה במקל' מספיקה כדי להחיל חיובי שמירה על השואל, גם בלי משיכה. הראשונים על אתר מנסים לבאר כיצד זה מועיל. חלקם בונה על דין של שליחות, ובחלקם משולב העיקרון של ערב. נעיין למשל בריטב"א :

"... דהכא לא מדין שאלה נתחייב בה, אלא שכל שאומר לחברו שיוציא ממנו על פיו

למקום שאינו משתמר... מיד שעשה כן על פיו נשתעבד לו בההיא הנאה כאלו קבלו

ממש ממנו, ואב לכולן ערב... וכל שאמר כן בפ"י - 'הכישה במקל והיא תבא' ואתחייב



אני לך, דכ"ע חייב..."

(בבא מציעא צט. ריטב"א ד"ה רב)

אמנם, בניגוד למחנה אפרים, הריטב"א אינו בא להסביר את העיקרון הכללי של דיני שומרים. כעיקרון, חלות חיובי שמירה אינה מותנית בדיני ערבות לפי הריטב"א. רק בסוגייה המקומית בדף צט. שם מתחייב השואל על ידי אמירה של 'הכישה במקל', נאלץ הריטב"א לשלב את הדין של ערב, אבל שילוב זה מוחק למעשה את הסוגייה מדיני שומרים, ומעביר אותה לפסים שונים לחלוטין<sup>19</sup>. קרוב יותר לדברי המחנה אפרים הוא הר"ן<sup>20</sup>, ממנו משמע שדין ערב משמש כבסיס כללי לכל דיני שומרים. אבל גם הר"ן לא מדבר על דין ערב כיסוד עצמאי לחיוב בדיני שומרים. היסוד המחייב הוא היסוד של 'כי יתן' שנאמר בתורה ישירות ביחס לשומר. יצירת המעמד של 'כי יתן' כרוכה במסגרת של דיני ערב, אבל הערב אצל הר"ן אינו מחייב עצמאי אלא רק מקפצה ליצירת מערכת של מפקיד ושומר.

## ו. סוגי שומרים

התייחסנו עד כה למשפחת השומרים בצורה אחידה, אבל מסברה וגם מדברי הראשונים עולה אפשרות לחלוקות שונות ביניהם. ראשית נעיר שבירושלמי ברור שאין לפצל בנקודה זו בין סוגי השומרים השונים :

"א"ר יוחנן - ארבעה שומרים הן, ואין חייבין אלא דרך קניין..."

(ירושלמי שבועות פ"ח ה"א)

בירושלמי מבואר שההתייחסות לשומרים היא כאל קבוצה אחידה, וביחס לכולם קובע הירושלמי שדרוש קניין על מנת ליצור חיובי שמירה<sup>21</sup>. אבל אם נניח שבמסגרת הבבלי יש החולק על הירושלמי, נוכל להעלות הבדל מסויים בין השומרים, וזאת בשתי רמות :

רמה אחת - לפצל בין שואל לבין שומר חנם ושומר שכר.

רמה שנייה - לפצל בין שומר חנם לשומר שכר עצמם.

הפיצול בין שואל לבין שומר חנם ושומר שכר מפורש בתוס'. הרא"ש בדף צט. משווה ביניהם, והבית יוסף בסימן ש"ז טוען שגם התוס' סבור כרא"ש. אבל המחנה

19 עיין בהרחבה, בהקשר זה, בשיעור העוסק בהחלת שמירה.

20 עיין בב"מ צט., חידושי הר"ן ד"ה באומר.

21 הפני משה בהמשך סבור ששאלת החלת חיובי שמירה על ידי משיכה ברשות הרבים נתונה במחלוקת אמוראים בירושלמי. על כל פנים, עקרונית דרוש קניין.

אפרים תופס את הבית יוסף בנקודה זו, ואכן התוס' חולק על הרא"ש. לדעת התוס' יש לפצל בין שומר חנם ושומר שכר לבין שואל :

"... דהא שומר חנם בלא משיכה חייב בפשיעה... והוא הדין שומר שכר בגניבה ואבידה, ואי אשואל קאמר - מדאורייתא נמי לא קני אלא במשיכה..."  
(בבא מציעא צט. תוס' ד"ה כך)

מה פשר החלוקה הזו בין שואל לבין שומר חנם ושומר שכר? שתי הבנות :  
הבנה אחת - לחלק על פי מעמד הגברא. אם מעיינים בפסוקים רואים ששתי הפרשיות של שומר חנם ושומר שכר פותחות במילים 'כי יתן', ואילו פרשיית שואל פותחת בביטוי 'וכי ישאל'. דבר זה לא נעלם מדברי חכמים :

"וכי ישאל איש מעם רעהו. ניתק הכתוב השואל מכלל שומר, ואמרו ענין בפני עצמו"  
(מכילתא שמות כ"ב יג)

בשומר חנם ובשומר שכר, מעמד הגברא הוא מעמד מקצועי של שומר. הנתנה של החפץ היא על מנת לשמרו. בשואל, מעמד הגברא אינו מעמד מקצועי של שומר. השואל הוא סתם שכן שלך, שרוצה להשתמש בחפץ מסויים. אגב השימוש בחפץ מלבישים עליו גם חיובי שמירה, אבל ביסוד הדברים הוא אינו שומר אלא משתמש, והשמירה היא תופעת לוואי.

ממילא, כאשר מדברים על נתנה לשמור, כפי שנאמר בתורה ביחס לשומר חנם ולשומר שכר, אין נחיצות בנתנה של קניינים. מספיקה נתנה פיסית, והחיוב של מערכת השומרים יחול עוד לפני המשיכה. אבל בשואל אין נתנה לשמור, אלא נתנה ממונית של מעין מתנה לזמן. רק מפאת נתנה זו נוצרים בעקיפין גם חיובי שמירה, אבל ראשית יש ליצור את הנתנה הזו. נתנה זו היא נתנה ממונית מובהקת, ולשם חלוקה דרושה משיכה.

הבנה שנייה - לחלק על פי אופי החיובים. שומר חנם ושומר שכר מתחייבים, בהתאמה, בפשיעה ובגניבה ואבידה. בניגוד אליהם, השואל מתחייב גם באונסין. ניתן להבין שיסודות החיוב הללו שונים זה מזה. בפשיעה, גניבה ואבידה, החיוב הוא על מעשה שלילי. מדובר על חיוב של רשלנות, של אי עשייה. לעומת זאת, השואל לא מחוייב על רשלנותו, שהרי הוא מחוייב אפילו באונס, דהיינו אפילו במקום שהוא לא התרשל בשמירתו כלל וכלל. יסוד החיוב של שואל הוא מעין פוליסת ביטוח שהוא מסכים להעניק תמורת השימוש בחפץ.

וכאן ניתן להבין שכדי ליצור מחוייבות שבה הרשלנות משמעותית, מספיקה עצם ההנחה להגדרת 'כי יתן' ולהחלת חיובי שמירה. אבל כדי להגדיר עסקה שלימה, כדי לנסח פוליסת ביטוח מקיפה כמו זו של שואל, נחוץ תהליך קנייני משמעותי. הנפק"מ בין ההבנות תעלה במקרה הפשוט של גניבה ואבידה בשואל. לפי ההבנה הראשונה שואל כגברא לא מתחייב לפני המשיכה, ולכן אפילו אם תארע גניבה ואבידה השואל ייפטר. לפי ההבנה השנייה, חיוב הגניבה ואבידה יחול על השואל גם לפני המשיכה, משום שבנקודה זו הוא אינו גרוע משאר שומרים. רק אם יארע אונס נחייב אותו אחרי המשיכה בלבד.

יש לבחון פיצול ברמה נוספת, בין שומר חנם לבין שומר שכר. המחנה אפרים מעלה בקצרה אפשרות כזו, ולשם בחינתה נחזור למשנה בדף פ: ביחס לאומנין. במשנה נאמר שאמירת 'הנח לפני' מסוגלת ליצור מעמד של שומר חנם. האם אמירה כזו תוכל ליצור גם מעמד של שומר שכר? מהתוס' בדף צט. משמע שכן, אבל ייתכן שיש לחלק ולהבין את המקרה של שומר חנם במשנה בדווקא.

יש הבדל מהותי בין חיוב הפשיעה שקיים בשומר חנם לבין החיוב בגניבה ואבידה שקיים בשומר שכר. הרמב"ם והר"י מיגאש רואים את חיוב הפשיעה של שומר חנם על רקע דיני מזיק<sup>22</sup>. את העיקרון הזה ניתן לפתח באופן הבא. כאשר אדם לא פשע בחפץ, ובכל זאת אירעה גניבה ואבידה ואנו באים לחייב אותו, הרקע הוא הדרישה של שרותי שמירה מקצועיים שאנו מצפים שהוא יספק. ציפיה כזו הגיונית ביחס לשומר שכר, משום שהוא במקצועו שומר, והראיה היא התשלום שהוא מקבל על שמירתו. אבל שומר חנם איננו שומר מקצועי, והראיה היא שלא משלמים לו על השמירה. הוא אמנם מוכן לשים עין על החפץ, ועל כן אם הוא פשע בו הוא מתחייב, אבל החיוב אינו על רקע חוסר שמירה מקצועי אלא על פשיעה, על מעין היזק.

ייתכן שלחלוקה זו תהיה השפעה גם על הגדרת 'כי יתן'. נוכל לומר שכדי להגיע למצב של 'לשים עין' כפי שהגדרנו את היעד של שומר חנם, מספיקה נתינה פיסית של הנח לפני. אבל כדי ליצור קשר בין ספק שרותי שמירה מקצועי לבין מפקיד, נחוץ 'כי יתן' ברמה גבוהה יותר של יצירת עסקה, ובמקביל לעסקאות של מקח וממכר נדרוש נתינה ממונית.

נציין בקיצור ומבלי לנסות לנתח את הסוגייה, את המחלוקת בדף כט. בין רבה ורב יוסף ביחס לשומר אבידה. לפי רבה דינו של שומר אבידה כשומר חנם, ואחת האפשרויות להבין את דעתו נעוצה בדברים שהעלינו. שומר אבידה הוא המקרה

22 ביסוד זה הארכנו בשיעור הפתיחה העוסק ביסודות חיובי השומרים.

הקלאסי של שמירה בלי נתינה, וניתן לומר שרבה הבין שלא ייתכן מעמד של שומר שכר בלא נתינה. רק מעמד של שומר חנם אפשרי במצב כזה, משום שדרישות הנתינה האמורות כלפיו מתמצות באקט פיסי, אקט שאפשר למצוא לו מקבילה במציאתה של אבידה.