**בבא קמא עט.**

**הצורך בקניין לחלות שמירה**

בב"ק עט. וב"מ צט. איתא:

אמר ר' אלעזר: כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות, כך תיקנו משיכה בשומרין.

**וברש"י ד"ה תיקנו**:

תיקנו משיכה בשומרים - שלא יתחייב שומר בשמירה עד שימשוך.

ונראה מדבריו שהדברים אמורים אפילו בשומר חינם, **וכן כתב הרמב"ם בפירוש המשנה ב"ק שם**:

והשני שארבעה שומרין אינם קונים אותו דבר לענין חיוב שמירתו ונטירתו ויתחייב כל אחד מהם הדינים המיוחדים לו ויתבארו לקמן אלא אחר שיתקיים להם באותן המטלטלין דרך מן הדרכים שהמטלטלין נקנין בהם במקח וממכר כמו שנתבאר בראשון דקדושין, והוא אמרם תקנו משיכה בשומרין כדרך שתקנו משיכה בלקוחות.'

ומנגד נראה מפשטות הסוגיה ב"מ פ: שאין צורך בקניין לפחות בשומר חינם שהרי אמרו שם שדי באמירת הנח לפני. ומן הסוגיה פא: נראה שהוא הדין גם לשומר שכר, שהרי שם אמרו שאומר הנח לפניך אינו שומר חינם ולא שומר שכר, ונראה שאומר **הנח לפני** הוי גם שומר שכר

לדברי רש"י והרמב"ם יש לדחוק הסוגיה פ: שמדובר באופן שהיה קניין **וכדברי הרשב"א ב"מ פ: והראב"ד שם**:

הנח לפני שומר חנם איכא דמקשו כי אמר לו הנח לפני נמי אמאי חייב והא לא משך ואמרינן בפרק מרובה שתקנו משיכה בשומרים. ולאו קושיא היא דכי אמר לו הנח לפני כמי שאמר לו הכישה במקל והיא תבא דהויא משיכה ובסימטא עסקינן דמקום משיכה הוא וכי מייתי לה קמיה בשליחותא דידיה כמי שמשכה הוא דמי. אי נמי ד' אמות דידיה בסמטא כחצרו דמיא לכל דבר.'

וראה גם רמב"ם שכירות ב/ח.

**מנגד** עומדת לפנינו שיטת **בעלי התוס' ב"מ צט**. –

כך תקנו משיכה בשומרים - לא להתחייב באונסין קאמר דהא שומר חנם בלא משיכה חייב בפשיעה כדאמרינן פרק האומנין (לעיל דף פ:) דהנח לפני שומר חנם והוא הדין שומר שכר בגניבה ואבידה ואי אשואל קאמר מדאורייתא נמי לא קני אלא במשיכה וליכא למימר דקאי אשוכר שתקנו משיכה ולא קנו מעות דהא שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף ועוד מאי פליגא דאמר הכא אלא לענין חזרה קאמר דשוכר ושואל מיד שמשכו הבהמה מרשות הבעלים אין בעלים יכולין עוד לחזור והיינו דקאמר ופליגא דרב הונא.'

**לדבריהם, ש"ח וש"ש אינם צריכים משיכה כלל, אבל לא ברור מדבריהם מה יוצר את החיוב אצלם, וצ"ל כדאיתא במכילתא ובדבריהם ב"ק צג., ששומר חינם ושכר שנכנסים לשמירה הם נכנסים בהפקדה ובקשת שמירה, ועל ידי זה קם גברא בחריקיה**, ורק לגבי שואל ושוכר, שאינם נכנסים במהותם לשמירה, **רק קניין שלהם מוציא את הבעלים מן התמונה לעניין שמירה החפץ**, פשיטא להו שצריך קניין כדי להתחייב, ולדעתם בזה מדאורייתא בעינן משיכה כדי שיקנה, דבלא קניין לא חל שם שואל ושוכר, ולכן פירשו שהתקנה נועדה לאפשרות המשאיל לחזור בו שמדאורייתא יכול לחזור בו עד תחילת מלאכה, וחכמים תיקנו שדי במשיכה.

**אבל התוס' בב"ק עט. כתבו** :

הא לא מבעי ליה אי משעת משיכה [או משעת מלאכה] מתחייבים כל חד וחד כדיניה שומר חנם בפשיעה ושומר שכר בגניבה ואבידה ושואל באונסין דפשיטא **דמשעת משיכה מתחייבים דאם לא כן מאימתי** דבהשואל (ב"מ דף צח: ושם) תנן אם אמר לו השואל שלח ושלחה ומתה חייב ובגמרא אמר פרה במשיכה ובשמעתין דשואל קורדום (שם צט.) אמר אי לאונסים מ"ש פרה דמשעת שאלה אלא אור"י דמבעי ליה בשואל ושוכר אי מצי משאיל ומשכיר למיהדר ביה אפי' משך עד שיתחיל במלאכה או לא דאיכא למ"ד גבי שואל קורדום מחבירו ביקע בו קנאו לא ביקע בו לא קנאו ומצי משאיל הדר ביה וכן בפרה עד שיעשה בה מלאכה'.

לדבריהם **כל השומרים מתחייבים את חיוביהם בשעת משיכה דווקא**, ומשמע שהוא מעיקר הדין, אך לא ברור מדבריהם מדוע דווקא קניין יוצר את החיוב.

**אבל הרא"ש ב"מ ח/טו** סבור שחיובי השומרים אינם צריכים משיכה, ואף בשואל ושוכר אין צריך משיכה **ודי בסילוק הבעלים מן השמירה כדי שהשומרים כולם יתחייבו**. – ז"ל הרא"ש שם:

'אבל להתחייב באונסים אפילו קודם משיכה נמי דהא שומר חנם בלא משיכה מיחייב בפשיעה. כדאיתא לעיל בפרק האומנין (דף פ ב) דהנח לפני הוי שומר חנם. והוא הדין שומר שכר בגניבה ואבידה. וכן שואל נמי אם אמר ליה הכישה במקל והיא תבוא ויצאה לרשות הרבים במקום שאין משיכה קונה ויכול המשאיל לחזור בו. ולא עדיף ממה שאם משך השואל שם ואפילו הכי נתחייב באונסים. וכן משמע לישנא דקאמר ופליגא דר' אלעזר משמע דפליג ארב הונא דאיירי בחזרה. וסברא גדולה לחלק בין חזרה לחיוב אונסין. דלענין חזרה ברשות הבעלים קיימא כ"ז שלא עסק בה השומר דבר הקונה במקח וממכר. **אבל לענין חיוב אונסין מיד שסלק בעל הבהמה שמירתה מעליה מדעת השומר קמה לה ברשות השומר לשומרה [דף צט ע"ב] וכשם שהקרקע נקנית בכסף ובשטר וחזקה כך שכירות קרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה**:

דברי הרא"ש ב"מ עומדים בניגוד גמור לתוס' ולרא"ש ב"ק – **לרא"ש ב"מ כל התחייבויות השמירה אינן צריכות קניין**, ולתוס' ורא"ש ב"ק כל חיובי השמירה דורשים קניין דווקא, ומשמע שהוא דאורייתא[[1]](#footnote-1), והתוס' ב"מ מחלקים בין שומר חינם וש"ש לבין שואל ושוכר.

יש לחקור ביסוד הצורך של מעשה הקניין למאן דאית ליה שמעשה קניין נחוץ לחלות שמירה, וממילא בביאור דעת החולקים בזה.

יעויין קצות החושן בסי' שז/א שעולים מדבריו שני כיוונים אפשריים בהבנת תועלת הקנין ונחיצותו:

'אמנם לענ"ד נראה דמשיכה [מהני] בשומר חנם ושומר שכר אע"ג דלא קנו שום דבר, דהו"ל קנין להתחייב על החפץ באחריות כל שומר כדינו וכמו גנב וגזלן דקנו להתחייב באונסין מכי משכו אע"ג דלא קנו שום דבר. אלא דהרמב"ן לטעמיה (בב"מ צז, ב ד"ה גמ') דסובר כלישנא בתרא דפרק אלו נערות (כתובות לד, ב) דשומרין משעת פשיעה הוא דמיחייבי והובא בש"ך סימן שמ"א (סק"ו), וא"כ לא דמי לגנב וגזלן דחייבין כשעת הגזילה וא"כ שפיר מהני משיכה להתחייב באונסין על שעת משיכה, אבל שומרין דלא מיחייבי אלא משעת פשיעה א"כ הו"ל כמשוך פרה ולא תקנה אלא לאחר שלשים (כתובות פב, א) דכלתה משיכה קמא, ומש"ה צריך לומר בטעמא דמשיכה דהו"ל כמו התחילו במלאכה. אבל לדעת הרמב"ם (פ"א משאלה ה"ה) דס"ל כלישנא קמא דריש פרק אלו נערות דשומרין משעת משיכה הוא דנתחייבו, א"כ שפיר מצינו למימר טעמא דמשיכה בשומרין להתחייב בדינו כמו גנב וגזלן דקנו במשיכה להתחייב באונסין'.

**הקצות כתב שני הסברים בדבר נחיצות הקניין** – לדעת הרמב"ם הקניין מהווה את יסוד התחייבותו של השומר לשלם עבור מה שיארע לחפץ, ולשיטתו משעת משיכה נתחייב, והמשיכה של החפץ יוצרת את ההתחייבות הזו, ונראה מדבריו שעצם השמירה אפשר שמתחיל בשלב מוקדם יותר, דהיינו, מרגע הסכמתו לשמור והסתלקות הבעלים, **אלא שההתחייבות לשלם היא רק משעת משיכה**, [ואולי זהו שתיקנו משיכה בשומרים לומר שאף חובת השמירה לא מתחילה עד שעת המשיכה, וצ"ע בזה], אבל בדעת הרמב"ן כתב שלא ייתכן לפרש כן, כי הוא סבור שמשעת פשיעה מתחייב ולא משעת משיכה, ואם כן לא ייתכן שפשיעה תיצור את החיוב שהרי בשעת פשיעה כלתה קניינו, **ולכן ס"ל שמשיכה נועדת לתחילת שמירה, דהיינו תחילת מלאכה.** ויש לעיין בדבריו של הקצות, בשני דברים: למה נחוצה משיכה דווקא לתחילת שמירה לדעת הרמב"ן, ומדוע לא מקבל את שיטת בעלי התוס' הסבורים שתחילת שמירה מיתלא תליא בקבלת השומר ובנכונותו גם בלא משיכה. עוד יש לשאול מה יוצר את ההתחייבות של התשלומים לשיטת הרמב"ן. ויש ליישב השאלות: **התחייבות השומר לשלם כל אחד כדינו מונחתת על ידי התורה ואינה תלויה ברצונו האישי של השומר, אלא כיוון שנתרצה לשמור וחל עליו שם שומר, ממילא חלו עליו התחייבויותיו**, וצ"ע, ובעניין השאלה הראשונה, יש לומר שהרמב"ן סבור שאין לדבר על תחילת שמירה אלא על ידי קניין משיכה, משום שקבלת השומר אין בה עדיין תחילת שמירה בפועל, ורק תחילת שמירה נחשבת כניסה לשמירה כדקיי"ל בשכירות פועלים, **ומשיכה מהווה כניסה בפועל מדרבנן שמקדימים את כניסת השומר לשעת המשיכה ולא מחכים לתחילת המלאכה**.

אמנם לענ"ד יש להציע דרך אחרת בביאור הצורך בקניין, **ואין זה מצד תחילת שמירה ולא מצד קבלת ההתחייבות מצד השומר, אלא מצד שדין התורה דורש נתינת החפץ מן המפקיד לשומר, וזוהי הפעולה שיוצרת סילוק של הבעלים מן החפץ ומשמירתו, ואקט זה נעשה על ידי קניין דווקא, ובזה מתחילה השמירה של השומר**. והראשונים שסבורים שאין צורך בקניין יכולים לסבור שתחילת שמירה נעשית על ידי קבלת השומר ללא קשר לסילוק הבעלים או שהסתלקות הבעלים הנחוצה היא על ידי כניסת השומר לשמור ללא היסוד הקנייני, וצ"ע.

אמנם, ע"פ דברי הקצות יש מקום להציע יישוב לסתירה בין דברי הרא"ש והתוס' ב"ק וב"מ, דבב"ק הם מצריכים משיכה לכל השומרים, ונראה לי ששם המשיכה נועדה ליצור את ההתחייבות של חיובי השומרים, וזו נחוצה בכל השומרים, אבל בב"מ איירינן בחלות חיוב השמירה עצמו, ובזה סבור הרא"ש שאין צורך במשיכה כלל, ודי בסילוק הבעלים וכניסה תחתיהם, ולתוס' ש"ח וש"ש אינם זקוקים למשיכה לתחילת שמירה, אבל שואל ושוכר אינם מתחייבים אלא במשיכה לתחילת שמירה, וכהסבר שנתנו למעלה, שמי שאינו יורד לתורת שמירה אלא אגב זכייתו בחפץ צריך לקנותו בטרם יתחייב בשמירתו.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| \* | \*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\* | \* |
| \* \* \* \* \*  | כל הזכויות שמורות לישיבת הר עציוןולרב ברוך גיגי, תשפ"ד\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*בית המדרש הוירטואלי שליד ישיבת הר עציון | \* \* \* \* \*  |
| \* | \*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\* | \* |

1. ויעויין אבן האזל א/ד שחידש שאין סתירה בין תוס' ב"ק לרא"ש ב"מ, משום שיש שתי דרכים לחלות שמירה: סילוק בעלים, או משיכה, וכשדורשים משיכה, היינו, בלא סילוק הבעלים. [↑](#footnote-ref-1)