

הרב שלמה זאב פיק
ר"מ במכון הגבוה לתורה
אונ' בר-אילן

בסוגיה דהכישה במקל (ב"מ צט,א)¹

זמן חלות חיוב השואל באונסים

למדנו במשנה במסכת בבא מציעא (צח,ב) :

משנה. השואל את הפרה ושלחה לו ביד בנו, ביד עבדו, ביד שלוחו, או ביד בנו, ביד עבדו, ביד שלוחו של שואל, ומתה - פטור. אמר לו השואל: שלחה לי ביד בני, ביד עבדי, ביד שלוחי, או ביד בנך, ביד עבדך, ביד שלוחך, או שאמר לו המשאיל: הריני משלחה לך ביד בני, ביד עבדי, ביד שלוחי או ביד בנך, ביד עבדך, ביד שלוחך, ואמר לו השואל: שלח, ושלחה ומתה - חייב.

מהרישא משמע, שהשואל פטור כי הפרה לא הגיעה לרשותו ושחיוב אונסים חל רק מזמן שהפרה מגיעה לרשות השואל, כלומר חלות שם שואל הוא רק בהגעת הפרה לידי השואל, או לידי שלוחו שהוא כידי ממש או לרשותו.

ואל תתמה, מאחר והמשאיל שלח הפרה עם שלוחו של השואל, הרי היא כבר ברשות השואל? כבר באר רש"י: "או ביד בנו [ביד עבדו] או ביד שלוחו של שואל [ומתה] פטור - אם מתה בדרך פליגי בה רבה ורב חסדא בהגוזל קמא (ב"ק קד,א), רב חסדא מתרץ לה להאי דשואל דמתניתין - בשכירו ולקיטו שדר בביתו, אבל אין עדים שהוא שלוחו, דאי איכא עדים - הוי שליח וחייב השואל באונסין, משמסרו לו, רבה אומר: אפילו עשאו שליח בעדים - לאו שליח הוא, להתחייב על ידו באונסין, דהכי קאמר ליה: איניש מהימנא הוא, אי בעית לשדורי בידיה - שדר".

לא מדובר בשליח ממש, אלא במי שעושה בקשותיו של השואל, כעין פועל, ולכן הפרה עדיין לא הגיעה לרשותו של השואל ואם מתה השואל פטור. וכן משמע מדברי רש"י ד"ה וכן בשעה שמחזירה, ע"ש.

¹ תודתי נתונה לידידי ר' יעקב פלומנהפט ור' שרגא סוקניק, שליבנו אתי את הסוגיה והעירו הערות ענייניות. דברי מו"ר הרב יוסף דב סולובייצ'יק זצ"ל בפרק השואל מקורם ברשומותיהם של הרבנים צבי רייכמן וטוביה גרוסמן.

אולם לפי דברים אלו ולפי פשטותה של המשנה, בסיפא צריך לפרש, שהפרה הגיעה לרשות השואל, ולכן הוא חייב באנסיה. רשותו במקרה זה הוא שלוחו, ובנו של השואל הוא שליח ממש (ובפשטות הוא גדול), כמו השליח של הסיפא. אולם קשה מעבדו של המשאיל ואכן הגמי' דנה בסיפא, כשהמשאיל שולח בידי עבדו, הרי יד עבד כיד רבו, וא"כ הפרה לא יצאה מרשות המשאיל ומדוע נתחייב השואל באונסין? שמואל העמיד את המשנה, שעבד המשאיל בסיפא הוא עבד עברי, וכן פסק הרמב"ם.²

בעקבות ברייתא שלמדה שבידי עבדו של השואל פטור, למדה הגמרא שרב העמיד את המשנה במקרה בו אמר השואל למשאיל "הכישה במקל והיא תבא".³ הראשונים נחלקו אם מדובר שהמשאיל מכישה במקל והעבד רק בא אתו (כבתחילת דברי הראב"ד להלן) או האם הכוונה שהעבד יכיש אותה במקל (כריטב"א: "פי' דהא דקתני שלח ביד עבדך שאמר לו בפירוש אמור לעבדך שיכישנה ותבא" והמשך דברי הראב"ד: "ואם הכישה העבד").⁴ בכל מקרה, צריך להסביר איך השואל חייב באונסין אם הפרה עדיין לא הגיעה לרשותו ולנ"ל אין כאן חלות שם שואל.

הכישה במקל מדין תנאי בשומרים [פירוש א' של הראב"ד]

הראב"ד בפירושו למשנה ולציוור של רב הציע פרשנות אחרת. כפירוש ראשון, כתב שטעם הרישא של המשנה, שאין השואל חייב הוא מפני שבנו, עבדו או שליחו של משאיל או שואל אינם יכולים לזכות לשואל מפני שאין חבין לאדם שלא בפניו, והרי השואל יהיה חייב באונסים ומזונותיו של הפרה (ואין כאן שליח אמיתי אלא לקיטו ושכירו של השואל) אולם בסיפא שהשואל

² מלשון הרמב"ם שאלה ופקדון ג, א משמע שלמד ששמואל חולק על רב בדין הכישה במקל ופסק כשמואל, ועיי' תוס' ריש צט, א, ד"ה אמר שמואל, בשם הר"ח. אכן הרא"ש (פ"ח יב) בשם תוס' אחרים נקט, שאין מחלקות בדין ושמואל מודה לדברי רב להלכה, ומחלוקתם היא רק בפשט המשנה.

³ רע"א על אתר העיר: "גמי' ביד עבדו חייב. עיי' ירושלמי פ"ד דמע"ש עלה דמתני' מערימין על מ"ש". וז"ל הירושלמי: "תמן תנינן השואל את הפרה ושילחה לו ביד בנו ביד עבדו ביד שלוחו לית הדא אמרה שהעבד זכה מרבו לאחר אמר רבי לעזר תיפתר בעבד עברי אמר רבי יוחנן אפילו תיפתריניה בעבד כנעני תיפתר באומר לו פתח לה והיא באה מאיליה ותני כן הנהיגה המשיכה קרא לה ובאת אחריו נתחייב לה לשלם כשואל".

⁴ כך נראה, שהאוקימתא של 'הכישה במקל' מתייחסת רק למקרה של עבד כנעני. אמנם עיי' בספר תורת חיים (צט, א) למד שכך מדובר בכל המקרים (בנו, שלוחו). ונפ"מ לבנים קטנים. לפי דברינו רק בבנים גדולים שייך שליחות, אך לפי התורת חיים, ייתכן ומתני' מיירי אף בקטנים, שהרי הם באים רק להשגיח על הפרה שלא תלך לאיבוד, וע"ע להלן.

אמר "שלח" הרי הוא התחייב באונסים ובמזונות הפרה, וממילא אין כאן חבין לו אלא רק זכות בשבילו, ואם כן בנו ושלוחו זכין לו ומיד הוא נעשה שואל. וכך הם דברי הראב"ד כפי כפי שהובאו בשטמ"ק ב"מ צח,ב (דברי הראב"ד במיוחס לריטב"א הם לקויים כאן):

והאי שלוחו של שואל דאמרינן הכא פטור לאו דשויה שליח לאיתויי אלא כגון שכירו ולקיטו כדאוקמה רב חסדא בפרק מרובה דהלכתא כוותיה והטעם לכל אלה דפטור לפי שאין חבין לאדם אלא מדעתו ואין המשאיל יכול לזכות לשואל על ידי אחד מאלו כדי שיתחייב באונסין אלא מדעתו.

לפי מהלך זה הסביר הראב"ד בהמשך:

עוד צריך אני לדבר על זו המשנה כי היא צריכה לפנינו, כי כשאמר לו שלחה לי ביד בנך או ביד עבדך או ביד שלוחך והמשאיל אמר לבנו או לשלוחו תוליד זו הפרה לפלוני היאך נעשו שלוחיו של שואל והלא השואל לא דבר עמהם והמשאיל הוא שמצוה עליהם להוליכה אצלו והלא הם שלוחיו של משאיל ולא של שואל. ועל כן אני אומר כי הוא על ידי זכוי שיאמר להם המשאיל זכו בפרה זו לפלוני לשאלה כי כן רצה שתזכו לו והם כיון שקבלו אותה לשום זכוי כבר נעשו שלוחי השואל וידם כידו הואיל ומדעתו היו ואע"פ שיש לו בזה הזכוי ענין צד חובה להתחייב באונסיה ובמזונותיה מיד לפי שחבין לו לאדם שלא בפניו מדעתו.

לדעת הראב"ד בסיפא הם שלוחיו מדין זכין לאדם שלא בפניו. ושאלו בגמ' מעבד כנעני של המשאיל, איך הוא יכול לזכות לשואל, הרי ידו כיד המשאיל? שמואל העמיד את המשנה בעבד עברי, שיכול לזכות עבור השואל, ורב העמידו בעבד כנעני. ובבאור דברי רב מצאנו פרשנות מיוחדת בדברי הראב"ד:

רב אמר אפילו תימא בעבד כנעני נעשה כאומר לו הכישה במקל והיא תבא ואני מקבל עלי אחריותה מיד כשתתחיל לבא ועל זה התנאי שאלה ממנו ושמענו שמתנה שומר חנם להיות כשואל ואף זה כמוהו. ואקשינן עליה דרב מברייתא דקתני ביד עבדו פטור וכו' ושני ליה לא תימא נעשה דהא ודאי לא אמרינן דבעינן מיהא שתצא מרשותו וכל זמן שהיא ביד עבדו לא יצאה מרשותו אלא אימא מתניתין באומר לו הכישה במקל והיא תבא ביד עבדך ואם הכישה העבד כיון שיצאה מרשות משאיל

ומתה חייב, שכך קבל על עצמו, שאפילו אמר לבעלים עצמן כך ומתה חייב. וברייתא דקתני פטור שלא אמר לו כך אלא שלחה לי ביד עבדך, שאפילו זיכה לו על ידו לאו כלום הוא שאין שום זכוי קונה עד שיוציא מידו ליד אחר ויד עבדו כנעני כיד עצמו הוא והרי הוא כמי שמזכה מימינו לשמאלו.

הראב"ד למד שהכישה במקל מחייבו כשומר חנם. כיצד? כנראה על ידי הדין של הנח לפני של המשנה (פ,ב), המשאיל עשה מה שאמר לו השואל, כמו הנח לפני, והשואל נעשה ע"י כך שומר חנם,⁵ ונצרף לכאן דברי המשנה בסוף פרק שביעי (ב"מ צד,א) ששומר חנם יכול להתנות להיות חייב כשואל.

הכישה במקל מדין שליחות [פירוש ב' של הראב"ד]

הראב"ד הציע פירוש שני למשנה:

ועוד אני אומר אפילו תימא שלא על ידי זיכוי אלא שאמר לו שלחה לי ביד בנד או ביד עבדך כלומר אמור לו בשמי שיביאנה לי ואמר לו והוא קבל על עצמו להביאה ולמסרה לידו נמצא שהוא שלוחו של שואל שעשאו שליח על ידי בעל הפרה.

השואל עשה את המשאיל שליח למנות את בנו, שלוחו, עבד עברי (לפי שמואל) של המשאיל, או את בנו, שלוחו, עבדו של השואל להיות שליח של המשאיל. לפי זה מדובר בבנו גדול של משאיל או של שואל. וכ"כ הראב"ד:

אבל אם אמר לו השואל שלחה לי ביד בני זכוי ושלחה ומתה בידם אף על פי שלא נכנסה לרשות שואל חייב לפי שעשאם הוא עצמו שלוחים והן בשקבלו על עצמן להביא אצלו נעשו שלוחיו.

אך קשה לרב שמדובר בעבד כנעני וכמו ששאל הראב"ד:

מכל מקום עבד כנעני הקשה עליו יד עבד כיד רבו דמיא ואף על פי שנעשה שלוחו של שואל עדיין לא יצאה מרשות משאיל. ותירץ רב שאפילו אמר לעצמו היה שלוחי להכישה במקל והיא תבא כיון שיצאה לסימטא נתחייב השואל בה במשיכה זו לסימטא.

⁵ ראה עוד דברי הראב"ד (הובא בשטמ"ק ב"מ פ,ב): "הנח לפני שומר חנם. איכא דמקשו כי אמר לו הנח לפני נמי אמאי חייב והא לא משך ואמרין בפרק מרובה שתקנו משיכה בשומרים. ולא 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."

נראה שלפי הראב"ד, רב למד שבכל יתר האישים במשנה, השואל ממנה את המשאל למנות אותם להיות שליחים, במקרה של הכישה במקל, השואל ממנה את המשאל באופן ישיר ("אמר לעצמו") להיות שלוחו, להכיש את הפרה במקל, ומכיוון שיצאה לסימטא יש כאן משיכה עבור השואל והוא מתחייב. כך למד תוס' בפירושו הראשון, שביציאה לסימטא קנה השואל, וצ"ע שאין כאן משיכה ונדון בזה להלן.

עוד שאל הראב"ד בשם התלמיד הצרפתי:

והתלמיד הצרפתי שהקשה על משנה זו ואמר כשיאמר לבנו או לשליחו הולך פרה זו לפלוני אף על פי שאמר לו השואל שלח למה יהיה חייב במיתתה ואפילו אם הגיע לרשות השואל והלא שאלה בבעלים היא שהרי אמר לשלוחו השאל עם פרתי להוליכה לו שמע מינה אמר לשלוחו צא והשאל עם פרתי שאלה שלא בבעלים היא ותפשוט ליה מהא זו היא קושית הצרפתי. ודברים של בלבול הם אבל אינם דברים של עיקר⁶ לפי כי המזכה לחברו על ידי בנו או שלוחו אינו אומר לו היה במקומי אבל אומר לו היה במקום פלוני וזכה לו בחפץ זה. אבל אמר לשלוחו השאל לי עם פרתי השואל עצמו מושך פרתו ובקש מן המשאל שיעזור לו במלאכתו ואמר לו אני לא אוכל לעזור אותך אבל שלוחי יעזור אותך במקומי נמצא כשאמר לשלוחו השאל עם פרתי לעזור היה במקומי אמר לו וזאת היתה שאלתנו אם יהיה השליח במקום המשאל לפטרו כאלו היה הוא עצמו נשאל לו וזה אינו דומה למשנתנו ואף אם נאמר כי משנתנו שלא על ידי זיכוי היא אלא בפשיטא שאומר לו תוליד פרה זו לפלוני מכל מקום צריך לפרש שלא משליחות המשאל הם מוליכים אותה אלא שהוא שואל אותם תרצו להוליד פרה זו לפלוני כי צוה עלי לאמר אליכם שתביאו אותה לו והם כיון שקבלו על עצמם להוליכה משבאה לידם נעשו שלוחי השואל ויצאו משליחות המשאל כי הם מדעתם מוליכים אותה ולא בעל כרחו ושלוחי השואל הם ולא שלוחי המשאל וקושית הצרפתי הלכה לרוח.

השליח כאן הוא למעשה שלוחו של השואל ולא של המשאל. נמצא שלפי הראב"ד המשנה מדברת בפשטותה בשליחים, או על ידי זכייה או שליח ממש. ברישא אין שליח, ולכן אין השואל חייב, ובסיפא יש זכייה או שליחות עבור השואל ולכן הוא חייב. ואם מדובר בזכייה אז בעבד כנעני מתחייב

⁶ נוסח הראב"ד שהובא במיוחד לריטב"א: "והיא קושיא של (הכל) [הבל]".

השואל מדין מתנה שומר חנם להיות כשואל, ואם זה משליחות, נעשה המשאיל שליח של השואל לבצע את המשיכה, כלומר הכשת הפרה במקל.

נראה מדברי הראב"ד בפירושו הראשון שעניין הזיכוי לטובת השואל הוא מדין שליחות, וכמו שכתב: "והם כיון שקבלו אותה לשום זכוי כבר נעשו שלוחי השואל וידם כידו הואיל ומדעתו היו". אולם מו"ר הרב יוסף דב סולובייצ'יק זצ"ל בשיעוריו לפרק השואל, פירש את דברי הראב"ד באופן אחר וחייד את המחלקות בין שני פירושי הראב"ד.

שאל הרב על דברי הראב"ד, כיצד מועיל קנין בלי מסירה לרשות השואל, הרי הם אינם שלוחי השואל! והסביר הרב זצ"ל א) דהיכא שרצה שהשואל שיעשו הם הקנין לשם השואל אע"פ שאינם שלוחי השואל, ולא נכנסה לרשותו, מכל מקום מהני, וממילא יוצא לפי זה שלזיכוי אינו צריך שיהא שלוחו של שואל. ב) שמי שאינו שליח השואל יכול לעשות קנין בעדו ולזכות לו בזה הקנין מפני שהקנין בעצמו חשוב תפיסה ומסירה לשואל אף בלי שליחות. עוד פירש הרב שלפי הפירוש השני של הראב"ד צריך כניסה לרשות השואל להתחייב בדיני שואל, ולכן רק בשליחות מועיל קנין ולא זכייה בעצמו. הרב הוסיף עוד הסבר בפירושו הראשון של הראב"ד, שמי שקונה חשוב תופס בעד השואל ויש מסירה לרשותו. הרב חייד את ההבדל בין שני הפירושים בזיכוי על פי דברי תוס' (ד"ה כיון), שנדון בו להלן. לפי הצד של שליחות והצורך לכניסה לרשותו, זה לא יועיל ברה"ר. לפי הפירוש הראשון של הרב בדברי הראב"ד בעניין זכייה שהקנין בעצמו חשוב תפיסה ומסירה לשואל אף בלי שליחות, זה יועיל ברה"ר בלי הכנסה לרשות השואל. נמצא שקנין בלי הכנסה לרשות השואל מחייב שמירה. לפי הפירוש השני של הרב בפירוש ראשון של הראב"ד שמי שקונה חשוב תופס בעד השואל ויש מסירה לרשותו, ייתכן שאז צריכים כניסה לרשות השואל וברה"ר קנין זה לא יועיל. נראה שהפירוש השני של הרב יותר מתאים לדברי הראב"ד בעניין זכייה, והפירוש הראשון מחודש מאד.

הכניסה במקל מדין ערב - שיטת הריטב"א

הריטב"א בפירושו למשנה למד כנראה כמו הראב"ד, שהרי כך משמע משאלת הצרפתי ששאל בפירושו למשנה:

וא"ל השואל שלח ושלחה ומתה חייב. פי' ואפי' כששלחה ביד שלוחו של משאיל, וא"ת א"כ הויא לה שאלה בבעלים ע"י שלוחן של בעלים שהם במלאכתו של שואל להביא לו הפרה, ואמאי לא פשיט מינה בעיא דלעיל

(צו, א) דהאומר לשלוחו צא והשאל עם פרתי אי חשיבא שאלה בבעלים או לא?

מתרץ הריטב"א כמו הראב"ד :

וי"ל דשאני הכא שזה השליח אינו עומד במקום המשאיל אלא במקום השואל כי כשאמר לו השואל שלח הרי הוא כאילו אמר לו יהא שלוחי לזכות בה ולהביאה אלי.

הרי לפי דבריו היה צריך להיות דין בעליו עמו, אלא מפני שהשליח הוא למעשה שלוחו של השואל ולא של המשאיל, אין כאן בעליו עמו. רואים שהריטב"א אכן למד כמו הראב"ד ובנו ושלוחו של משאיל הם שלוחיו של השואל וממילא חל עליו שם שואל והוא חייב באונסים. אלא עדיין קשה משיטת רב בעבד כנעני שפירושו שאמר למשאיל להכישה במקל והיא תבוא – איך מתחייב השואל במקרה זה?

הריטב"א הפנה לדברי רש"י :

לא תימא - כדתרצה רב נעשה כאומר לו, אלא רב מוקי לה למתניתין באמר לו הכישה במקל והיא תבא אחרי, דשעביד נפשיה מכי נפקא מחצרו, ומשום דשלח עבדו עמה לא מיפטר.⁷

מה פשר דברי רש"י "דשעביד נפשיה"? עי' חידושי הריטב"א צט, א :

פירוש לפירושו [של רש"י], דהכא לא מדין שאלה נתחייב בה, אלא שכל שאומר לחברו שיוציא ממנו על פיו למקום שאינו משתמר או שיזרקנו לים וכיוצא בו ויתחייב לו, מיד שעשה כן על פיו נשתעבד לו בההיא הנאה כאילו קבלו ממנו ממש, ואב לכולן ערב וכדפרשינן בפ"ק דקידושין, וכל שאמר כן בפירוש הכישה במקל והיא תבא ואתחייב אני לך דכו"ע חייב דהו"ל כאומר זרוק מנה לים ואתחייב אני לך שהוא חייב וכיוצא בו באשה שהיא מקודשת, אבל הכא אע"פ שלא אמר לו אתחייב אני לך אמר רב שהוא חייב דכיון דלהנאתו הוא אומר לו לשלחה מסתמא כאילו פירש ואתחייב אני לך דמי, מה שאין כן באומר זרוק מנה לים דכל היכא דלא אמר לו ואתחייב אני לך לא מחייב כיון שאין הזריקה לתועלתו של זה, והשתא אתי שפיר מאי דאמרין שהאומר שלח לי ביד עבד כנעני כיון דרוב עבדים רשעים ואין להם ממון לשלם הרי זה

⁷ ועיי' פרש"י ד"ה נעשה כאומר הכישה במקל והיא תבא ובד"ה לפנים מחצרו של משאיל.

כאומר הכישה במקל לרה"ר או למקום איבוד, ומאן דמותיב לה בסמוך סבר דכיון דעבד בן דעת ואימת רבו עליו מקום המשתמר הוא חשוב וכיון שלא אמר לו ואתחייב אני לך פטור, מ"ר.

הריטב"א מבאר בדעת רש"י שיש התחייבות לאונסים מטעם ערב. לפי דבריו, לפי שמואל כל הסיפא של המשנה מדברת בשלוחו של השואל. רב מודה שרוב האישים הם שלוחיו של השואל, אך בעבד כנעני יש כאן ציור מיוחד, התחייבות השואל מדין ערב.

אולם יש מקום לדון בדברי הריטב"א שהכישה במקל חייב מטעם ערב, האם פירושו שיש כאן התחייבות גרידא, ומחוייב באונסין אך אין לו שם שומר כלל (ויש מן האחרונים שכך למדו בדעת הריטב"א והביאו דבריו עם הר"ן דלהלן). או שמא, מדין ערב, הוא התחייב להיות שואל, וחל עליו שם שואל. להלן נביא את דברי הר"ן שסובר שקיבל על עצמו חיוב אונסים בלבד ללא חלות שם שואל, אבל נראה שלדעת הריטב"א על ידי דין ערב נעשה לשואל. הריטב"א לא המשיך להסביר, שבמקרה של עבד כנעני שמביא את הפרה אחרי שהכישה במקל, יש התחייבות גרידא ולא שייך כאן בעליו עמו, ונראה שהוא הסתמך על דבריו במשנה, שהעבד הכנעני הוא כשלוחו של שואל, והוא עושה לטובתו, וממילא רואים שיש כאן חלות שם שואל.

לסיכום, הריטב"א הסביר את המשנה כראב"ד, אך ב'הכישה במקל' אחז בשיטת רש"י, שלמרות שלא נכנס החפץ לרשות השואל, נעשה השואל שומר מדין ערב ודיני שואל חלים עליו הן לענין חיוב אונסים והן לענין בעליו עמו.⁸

המשנה וכן דברי רב בענין הכישה במקל מדין ערב - שיטת הר"ן

אלו דברי הר"ן במשנה:

ואם תאמר במה נתחייב, דאפילו למאן דאמר שליח שעשאו בעדים הוי שליח הני מילי בעדים כדקאמרינן להכי טרח ואוקמיה בסהדי כי היכי דלוקמוה ברשותיה והכא ליכא סהדי אלא דאמר למשאיל לשדורי ליה בידיהו וכי תימא כיון דאמר ליה למשאיל כשליח שעשאו בעדים דמי תינח לרב חסדא דאמר הוי שליח. אלא לרבה דאמר לא הוי שליח מאי איכא למימר, ויש לומר דהכא לאו מדין שליחות הוא אלא מדין ערב

⁸ בהמשך פירש הריטב"א, שאין מחלוקת לדינא בין רב לשמואל, אלא רק בפירוש המשנה, ע"ש בדבריו, ונראה שאם לדעתו היתה מחלוקת גם בפרשנות של בעליו עמו בעבד כנעני, מסתבר שהריטב"א היה מעיר על כך. ולכן נראה שמדין ערב חל עליו חלות שם שואל.

שכיון שאמר לו להוציא פרתו מרשותו ולשלחה ביד עבדו נתחייב מדין ערב דכל מוציא ממון מרשותו על פי חברו נתחייב לו חברו כדין ערב והכי מוכח בפרק קמא דקידושין (ז, א).

באותו אופן פרש הר"ן את דברי רב. (הובא בשטמ"ק במקום).

נמצא שלר"ן אין כאן דין שואל כלל אלא חיוב באנוסין מדין ערב, ומטעם זה כתב הר"ן שאין כאן גם פטור של בעליו עמו, שהוא דין מדיני השומרים. כמו כן נראה שלפי הר"ן אפילו אם בנו הוא קטן הוא יתחייב מטעם ערב.⁹

נראה להעמיק קצת בשיטת הר"ן, ואם כנים דברינו בפירוש שיטת הריטב"א, יש לדון אם חל שם שומר על ידי קניינים מלבד משיכה. בכל המקרים במשנה יש משיכה של השואל, או שלוחו, או עבדו הכנעני. בכל המקרים האלו, החפץ נכנס לרשותו של השואל והוא מקבל אחריות שומרים עליו. אפילו בהנח לפני, יש כאן כניסה לשמירתו של השומר, ובמיוחד לפי הראב"ד, שדין זה הוא רק בסימטא והוא כהכישה במקל שהוא כמשיכה. לכן צ"ע אם קניין סודר שהוא קניין גרידא מועיל כקניין בשומרים, אולי אי אפשר שיחול על השואל דין שומר אם החפץ נמצא ברשות המשאיל למרות שהוא מתחייב על יד קניין סודר. ומה שאנו מסתפקים בקניין סודר, לכאורה שייך גם בדין ערב, שהרי לא היתה כניסה לרשותו, וקבלת הנאה של פרוטה לא מכניסה את הפרה לרשותו. קבלת אחריות לאונסים, התחייבות לשלם כשואל, יכול לחול על ידי קניין סודר או קניין ערב, אבל לא חלות שם שומר. כך נראה לפרש את דברי הר"ן.

⁹ לעומת הריטב"א, הר"ן למד ששמואל חולק על רב בדין הכישה במקל, ואו אינו סמכה דעתיה, או אין גמירת דעת מפני בהכישה במקל ייתכן שאפשר להחזיר את הפרה לעומת דין ערב במסכת קידושין שמדובר בזרק לים ואין סיכוי להחזיר את החפץ: "ולענין פסק הלכה הרב אלפסי ז"ל לא הביאה לדרב משמע דסי"ל דליתא דשמואל פליג עליה, וה"נ מסתברא מדחזינן לרב אשי דדחיק נפשיה בהך ברייתא דאיייתנן לסיועה לרב כי היכי דלא לסייעי ליה ואי ס"ל כוותיה למה ליה לדחוקי נפשיה כי דיכי דלדחיה לדרב אלא ודאי משמע ליה דשמואל פליג עליה, וכ"פ הרמב"ם ז"ל בפ"ג מהלכות שאלה דא"ל הכישה במקל פטור, וכ"ת אמאי לחייב מדין ערב כאינך דמתניי, לא דמי דהני כיון דאזלי בהדי פרה סמכא דעתיה דעבד ושליח מנטרו לה ומחייב מדין ערב אבל אמר לו הכישה במקל לא סמכא דעתיה, ואע"ג דהתם בפ"ק דקידושין מוכח דהאומר לחבירו זרוק מנה לים חייב מדין ערב התם דוקא דא"ל בהדיא ואתחייב אני לך אבל הכא דלא א"ל אלא הכישה במקל בלחוד פטור, עוד נ"ל דהכא אפילו אמר ואתחייב אני לך פטור דהתם בתנהו לכלב אי נמי זרוק לים ואתחייב אני לך ה"ט דמתחייב לפי שמשעה שזרקו אזיל לאבוד ולא כל הימנו להחזירו, אבל הכא שמשעה שהכישה יכול להחזירה אפילו א"ל בהדיא ואתחייב אני לך פטור".

אבל ניתן לומר, שאין צורך בכניסה לרשותו ודי בקניין (משיכה, סודר או חיוב כערב) להחיל על השואל שם שומר, וכך נראה לפרש את דברי הריטב"א. ונראה להביא ראייה לדברי הריטב"א מפירושו לדף יא כפי שהובא בשטמ"ק ב"מ יא, ב:

ומקומו מושכר לו. ושם הוא אומר שנתקבלו שכר זה מזה. ואם תאמר ולמה הוצרכו לכך ישאילנו לו בחליפין במה שנקנה בכסף בשטר בחזקה דאמאי לא. וטעמא דהכא משום דכיון דהוויא שנת הביעור רצה לעשות הוכחה ניכרת לכל שמוציאו מרשותו כיון ששכר מקומו ונתקבל ממנו שכר. וכן פירש מורי בשם רבו הרמב"ן ז"ל.

באופן עקרוני קניין סודר מועיל להחיל דין שאלה על הקרקע, וממילא חל על הגברא ששואל את הקרקע חלות שם שואל, אלא מפני שרצו הוכחה ניכרת לא עשו כן, וממילא הוא הדין לקניין ערב שיחול על ידו שם שואל. אולי הר"ן סבור כשיטת תוספות (קידושין כז, א ד"ה ומקומו). שחליפין לא מהני בשכירות קרקע.

נראה שאם אין שכירות נקנה בחליפין, הוא הדין שלא יועיל חליפין לקבלת אחריות של גניבה ואבידה ולהחיל שם שוכר. אם כן, נראה שהוא הדין בשאלה, ואכן כך מפורש בתוס' שאנץ (שטמ"ק שם).

נראה שכך דעת הר"ן ולכן למד שיש רק התחייבות של אונסים אבל לא חל עליו חלות שם שואל ואין כאן מכלול דיני שומרים.¹⁰

בכל מקרה, נמצא שלקושיית הריטב"א למה אין דין שאלה בבעלים במקרה של שלוחו של המשאיל מצאנו ב' תירוצים: לפי הראב"ד והריטב"א, שליח זה הפך למעשה להיות שלוחו של השואל, ונדון בזה להלן. לפי הר"ן אין שם שואל עד שהפרה תגיע לרשות השואל וממילא אין כאן דין בעליו עמו. כל החיוב של ה"שואל" באונסים הוא מדין ערב בלבד ולא מחלות שמירה.

נחזור ונדגיש שמלבד הנפקותא הזו בין הר"ן לבין הריטב"א, נראה שהם חלוקים גם בדין בנו דמתניתין אם הוא בבנו גדול בלבד או אף בבנו קטן. לפי הר"ן אין כאן דרישה של רשות שואל אלא רק התחייבות, ובההיא הנאה הוא משבעד נפשיה באונסים ולכן זה יחול אף בבנו הקטן. אבל לפי הריטב"א, מדובר בדין שליח ממש ולכן בנו צריך להיות גדול. למעשה כבר עמד על כך

¹⁰ ראה סיכום השיטות באנציקלופדיה תלמודית, כרך טו, ערך חליפין ריש טור תקסט.

נתיבות המשפט (ביאורים שמ,יא), והדגיש שנפ"מ בין השיטות אי בעינן בר שליחות או לא (קטן, חש"ו וגוי).

כמו כן לעניין חזרה מצד המשאיל, לפי מה שתיקנו משיכה בשומרים [ואליבא דשיטת התוס', הוא הדיון בהמשך הסוגיה (צט,א)]. לפי הראב"ד וריטב"א, אם יש כאן שליח הרי זה כמו שהשואל בעצמו שקנה, ואין המשאיל יכול לחזור בו, אבל לפי הר"ן יש כאן התחייבות בלבד, וממילא אפילו שיש כאן שליח כשר, לא חל על ה"שואל" שם שומר או שם שואל, ולא היה מעשה קניין לזה, ולכן המשאיל יכול לחזור בו.

למה אין שאלה בבעלים בשליח של משאיל או בעבד כנעני של משאיל

מלבד התירוצים, שהזכרנו עד כה, לקושיית הריטב"א, מצאנו תירוצים נוספים.

הריא"ז בקונטרס הראיות שלו למסכת ב"מ התייחס לשאלת תוס' בעניין עבד כנעני. וכך לשון תוספות צט,א ד"ה באומר :

באומר הכישה במקל והיא תבא - ואע"פ שעבדו מוליכה לא הוי שאילה בבעלים והא דאמרינן יד עבד כיד רבו היינו שנשאל הרב עצמו עם הפרה ושלח עבדו במקומו וכיון שבמקום בעלים לא חשיב כבהמה אבל הכא ששואל את עבדו הוה ליה כשואל שתי פרות דעבדו כבהמתו דמי.

חידש תוס', ששליחת העבד כנעני עם הפרה היא כשליחת שתי פרות. אמנם אין בדברי תוס' יישוב לקושיית הראב"ד מפני שאי אפשר לומר ששליח הוא כבהמה, ואולי תוס' מסכים לדברי הראב"ד, שהשליח הוא שלוחו של השואל, אבל אי אפשר לומר על עבד כנעני שהוא יהיה שלוחו של השואל, ולכן תוס' הציע, שהוא כפרה נוספת. הריא"ז כתב ביחס לשאלה זו :

וני"ל דלא יקרא שאלה בבעלים אלא כשנשאל למלאכתו וכו' אבל אם הוא רוצה לשמור פרתו בין הוא עצמו בין עבדו אין זו שאלה בבעלים שאין נשאל לו לעצמו, ואעפ"י ששמירתן מועלת על השואל אי רוצה לסמוך בכך אלא הוא שמר את שלו במה שיכול ודעתו עליו תדיר.¹¹

¹¹ נעיר מדברי המאירי שם: "אבל אם לא היתה כונתו בכך אלא לבקר המשאוי אם הוא גדול יותר מדאי אפילו סייע בהקל משאו או לתקנו על הבהמה הואיל ואין כונתו אלא לבקר את המשאוי אין זה שמירה בבעלים שלא נעשה בזה שאול אלא לעצמו שלא להטעין בהמתו יותר מדאי". כמו כן נעיר (לעומת הע' 58 של המהדיר) שגם הלח"מ כיוון לדעת הריא"ז, ראה לח"מ שאלה ופקדון ג,א.

תירוצו של ריא"ז שייך אף בשליח. השליח של המשאיל אינו בגדר בעליו עמו, אלא מגמתו היא לזכות עבור השואל, ולהשגיח על הפרה עד שתגיע לידי השואל ממש.

במיוחד לריטב"א על אתר, לאחר הבאת שאלת תוס' ותירוצו הנ"ל, הוסיף :

...באומר לו הכישה במקל וכו' שאין זה השאלה בבעלים ולא (נצא) השאל עם פרתי דהתם שאלת הפרה נעשית במשיכת' ושאלת בעלים לאו צורך שאלת פרה אבל הכא דהכישה במקל צורך שאלת הפרה הוא שכך אומר לו תבא באחריותי על מנת שתכישנה במקל נמצא הכשת' במקל היא משיכת' בלא בעלים על ידי כן מחייב עצמו באחריות ע"כ.

נראה שפירוש זה ס"ל, שלעיל (צו, א), הקניין נעשה רק על ידי השואל, ועזרת השליח (או העבד) אינה עבור מעשה הקניין, אלא עבור השואל עצמו, ולכן יש כאן שאלה בבעלים. אבל במקרה שלנו, אי אפשר לבצע את מעשה הקניין ללא עזרת השליח, אם כן, אפשר לומר שני הסברים: או שהעזרה כאן היא לטובת המשאיל, או, וכך יותר נראה לי לומר, שעזרת העבד או שליח, היא חלק ממעשה הקניין, וללא העבד, לא מתבצע קניין – במקרה כזה אין כאן שאלה בבעלים בכלל, אלא חלק ממעשה קניין. וע"ע להלן.

הכישה במקל מדין משיכה – כניסתה לרשות השואל

תוס' הבין את המשנה לפי פשוטתה, והשואל חייב באונסים מפני שיש עליו שם שואל, מאחר והפרה נכנסה לרשותו, או על ידי עבדו של השואל, או ע"י שלוחו או בנו, ולפי זה נראה שהוא בנו הגדול שהוא בר שליחות. כמו כן בנו או שלוחו של המשאיל הופכים להיות שליחים של השואל, ובכך הפרה הגיעה לידי השואל מיד. אבל קשה מעבדו של המשאיל שהרי ידו של עבדו כידו של המשאיל, והפרה עוד לא יצאה מרשותו של המשאיל, ולמה חל על השואל חלות דין שואל? לזה תרצו תוספות (צט, א ד"ה כיון) באופן אחר את המשנה, ובמיוחד את הדין של הכישה במקל. בהסבר הראשון שלהם הם כתבו :

כיון שיצאתה מרשות משאיל נתחייב שואל באונסין - לכאורה נראה דמירי שיצאתה מיד לסימטא או לצדי רה"ר דחשיב כאילו משכה שואל אבל יצאתה מיד לרה"ר לא כיון דמשיכה אינו קונה ברה"ר והא דלא הוצרך רב לפרש דפשיטא הוא דלא עדיף ממשיכה אי נמי סתם חצרות סמוכים פתחיהן לצד רה"ר ולא לרה"ר עצמו לכך לא הוצרך לפרש.

ונשאלה השאלה, איך יציאת הפרה לסימטא או לצדי רה"ר נחשב כאילו משכה השואל? אכן כך שאל הריטב"א על התוס':

תמיהא מילתא כי אמר לו הכישה במקל והיא תבא במה זכה בו השואל והרי לא משך ולא באה לרשותו כלל, ויש מתרצים דמייירי שאמר לו הכישה במקל והיא תבא לסימטא או לצדי רה"ר שהמשיכה בה קונה, ותמיהא מילתא דהא כל זמן שהוא לא משך או לא קראה שתבא אין כאן משיכה, ומדין חצר לא משמע דקני ליה סימטא או צדי רה"ר בשום דוכתא ואפי' הוא עומד בצדן א"כ הוא מדין ד' אמות שתקנו חכמים וכשומר דליקני ליה ד' אמות דידיה.

לעיל הבאנו פירוש כעין התוס' בדברי הראב"ד, ושם הוא אמר ששואל מינה את המשאיל להיות שלוחו, ובכל זאת אין כאן משיכה וכקושיית הריטב"א.

הסבר א' – על פי שיטת הראב"ד בעניין שליח

לעיל הבאנו את הפירוש השני של הראב"ד שמשנה מדברת בשליח, אלא אז היה קשה קושיית הגמרא מעבד כנעני, וכמו שסיכם ופירש הראב"ד אליבא דרב:

מכל מקום עבד כנעני הקשה עליו יד עבד כיד רבו דמיא ואף על פי שנעשה שלוחו של שואל עדיין לא יצאה מרשות משאיל. ותירץ רב שאפילו אמר לעצמו היה שלוחי להכישה במקל והיא תבא כיון שיצאה לסימטא נתחייב השואל בה במשיכה זו לסימטא.

הסברנו לעיל שלפי הראב"ד, רב למד שבכל יתר האישיים במשנה, השואל ממנה את המשאיל למנות אותם להיות שליחים, במקרה של הכישה במקל, השואל ממנה את המשאיל ישיר ("אמר לעצמו") להיות שלוחו, להכיש את הפרה במקל, ומכיוון שיצאה לסימטא יש כאן משיכה עבור השואל והוא חייב. כעת נסביר את דברי הראב"ד, וכמדומני שעל פיו יהיה אפשר לפרש את דברי התוס'.

נראה להסביר את שיטה זו של הראב"ד על פי דברי הרמב"ם (מכירה ב,ו): "כיצד קונין את הבהמה במשיכה, אין צריך לומר אם משכה והלכה או שרכב עליה והלכה בו שקנה, אלא אפילו קרא לה ובאה או שהכישה במקל ורצה בפניו כיון שעקרה יד ורגל קנאה..." הרי שהכישה במקל הוא קניין משיכה. מקורו של הרמב"ם הוא בבבלי מסכת בבא בתרא (עה,ב): "כיצד במשיכה?"

קורא לה והיא באה, או שהכישה במקל ורצתה לפניו, כיון שעקרה יד ורגל – קנאה" (וכן הוא בקידושין כב, א), והסביר הריטב"א בב"ב: "ה"נ במשיכה לא בעינן במשיכה ממש אלא כל שהולכת מחמתו", והמקור הוא תוספתא קידושין (ליברמן) א, ז: "אי זה הוא משיכה בין שמשך בין שהנהיג בין שקרא לה ובאת אחריו הרי זו משיכה".

נראה שהמשאיל אכן עושה את המשיכה עבור השואל. מטעם זכייה המשאיל אינו יכול לזכות עבורו, שהרי אי אפשר להיות מזכה וזוכה ביחד, אבל כאן, אין סתירה בין המשאיל לבין השואל, שהרי בהכאה אחת הוא מוציא את הפרה מרשותו וגם עושה את המשיכה של השואל ועבורו, וכך נציגו ושלוחו של השואל (כלומר המשאיל בעצמו) עושה את הכישה במקל שהיא היא מעשה משיכה. סברה זאת שהמקנה יכול לשמש כשליח של הקונה ולקנות עבורו גם כתב המבי"ט בתשובותיו (א, קמה):

ואפילו היו בעלי הספינה עצמם הם המושכים הספינה ומסיעים אותה להקנותה לבעלי הסחורות היה נראה לי שקונים במשיכה זו שהרי נעשו שלוחים לזה הגע עצמך שקנה אדם בית מחבירו ורצה להחזיק בה בתיקון מנעול וכיוצא בה ואמר למוכר שהיה אומן שיתקן אותו בשכירות שיתן לו כדי שיחזיק בבית ועשה כן נראה פשוט שהחזיק בבית אפילו על ידי המוכר כיון שנעשה שלוחו לדעתו ובשכירותו ואפילו אם נתרצה להיות שלוחו בלי שכירות נמי וכן אם אמר לו שידוש את המצר שבין שדהו ובין השדה שקנה ממנו להחזיק בו קנה כיון שנעשו שניהם כשדה אחת וכן אם אמר לו משוך פרה זו שאתה מוכר לי לרשותי או לסמטא מר"ה כדי שאחזיק בה נראה דבכל אלו קנה דנעשה שלוחו להוציא החפץ מרשותו לרשו' הקוני' דכיון דקונה על יד שליח מה לי הוא מה לי שליח דעלמא כי הני גוונא דאמרן...¹²

¹² דברי המבי"ט הובאו בפת"ש חו"מ ר, יב (ח), ואח"כ הוסיף הפת"ש: "ועיין בספר שער משפט (ר, ד) שהביאו, ותמה עליו שכ"כ בפשיטות והדבר תלוי בפלוגתא דרבוותא כו', ומסיק וכתב, אך מ"מ היכא שקנה חפץ מחבירו ולא משך, ואמר לו שלח לי ביד בנך או ביד עבדך או ביד שלוחך, מיד ששלח בידם ומשכו או שהגביהו קנה הלוקח דנעשה שלוחו של הלוקח, אף שלא א"ל בעצמו רק אמר לו להמוכר לומר להם לשלחו לו, כדמוכח מההיא דפרק השואל כו' (ב"מ צח, ב), וה"ה לענין קנייה נמי דינא הכי, ע"ש. עיין עוד באמרי בינה, קניינים, סי' ח ד"ה וראיתי, שדחה דבריהם. ייתכן ומחלוקת זו מופיעה כשתי הדעות בראב"ד, אם יש כאן תנאי או שהמשאיל הוא שלוחו של השואל, וההסבר הראשון של הראב"ד שהובא לעיל, אינו מקבל את ההסבר זה שהמשאיל יכול להיות גם שליח של השואל. ראה עוד באמרי משה, לג, ט, שדן בעניין זה. בשיעור בענין זה הוספתי לפרש על פי דברי מו"ר הגריד"ס, שפירש שהמשאיל יכול לעשות קניין ולאחר הקניין

והנה הזרע יצחק על אתר (ד"ה תוסי' בד"ה כך תקנו) שאל: "ותימה דלא הזכירו (התוסי' הנ"ל – שז"פ) דרש"י מפרש לענין שעבוד בדף צ"ד ע"א, תי"ט ס"פ הפועלים מ"י... כמו כן העיר הרב ישעיה פיק ברלין בגיליון שלו על התוסי' על אתר, ואכן תוספות יום טוב ב"מ ז, י כתב:

מתנה שומר חנם וכו'. ומ"ש הר"ב ושומר לא נחית לשמירה עד דמשיך. וכן לשון רש"י בגמרא. וטעמא דאמרינן... (צט, א) דכדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים. ותמיהני על התוספות (ד"ה כך) שם שכתבו בפשיטות דלא להתחייב באונסים. אלא לענין חזרה קאמר כשהשכיר או השאיל ולא הזכירו דלרש"י מתפרש לענין שעבוד וגם הרמב"ם העתיקו וכו' לענין שעבוד השומר ועיין בפרק דלעיל משנה ו.

הנה רש"י כתב בסוף פרק ז (צד, א):

אפילו תימא - רישא דקתני מתנה שומר חנם להיפטר משבועה - רבי מאיר, והאי לאו מתנה על מה שכתוב בתורה הוא אלא שאמר לו אי אפשר להיות שומר שלך אלא בכך, ושומר לא נחית לשמירה עד דמשיך לבהמה,¹³ והאי כי משיך - כבר פירש על מנת שאין לו עליו שבועה, ולא שיעבד נפשיה לירד בתורת שומרין אלא למקצת, ולמה שירד – ירד...

ואם תאמר, איך ייתכן ש"הנח לפני" במשנה (פ, ב), יהיה חייב, הרי אין שם משיכה. נראה שרש"י יפרש כמו הראב"ד (הובא בשטמ"ק שם):

מתניתין: הנח לפני שומר חנם. איכא דמקשו כי אמר לו הנח לפני נמי אמאי חייב והא לא משך ואמרינן בפרק מרובה שתקנו משיכה בשומרים. ולא קושיא היא דכי אמר לו הנח לפני כמי שאמר לו הכישה

נתהפך תפיסתו לתפיסה בעד השואל, והסברתי את דבריו לפענ"ד, שבהכישה במקל, ברגע שזה יוצא מרשותו של המשאיל, המשאיל יכול לזכות עבור השואל (ואולי זה בארבע אמות הראשונים מחוץ לרשותו של המשאיל או בסימטא) וברגע שאין הפרה ברשות המשאיל ממש, המשאיל יכול לזכות עבור השואל, וראה עוד סיכום של השיטות ותוספת סברות בילקוט ביאורים לבי"מ צח, ב-צט, ב. ועי"ע בתוך: שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין, ב"מ, השואל, אלון שבות תשס"ג, עמ' 194-193, ובמיוחד הע' 5. עי"ע בדברי המאירי ב"מ פ, ב, בדיונו איך ואיפה הנח לפני חל וביחס לסוגיה בב"ק עט, א (עיין להלן), ולפי דבריו הנח לפני חל גם בשוק שהוא רה"ר, ובסוף הוא אומר: "ואפשר שכל שאמר הנח לפני הרי הוא כאלו אומר הביאה והניחה לפני וכל שמושך ומביא מחמת שליחותו כמו שמשכה הוא דמי", הרי ראייה לדברי המב"י ט.

¹³ לפי דברי רש"י ב"ק עט, א, "תיקנו משיכה בשומרים - שלא יתחייב שומר בשמירה עד שימושך" הדיון כאן הוא אחרי תקנת חכמים, וכמו הפירוש במשנה ב"ק עט, א, שכל דיני המשנה הם אחרי התקנה.

במקל והיא תבא דהויא משיכה ובסימטא עסקינן דמקום משיכה הוא וכי מייתי לה קמיה בשליחותא דידיה כמי שמשכה הוא דמי...

אי לכך, יש מקום לומר שאין הפירוש בדברי רש"י כמו הריטב"א שיש כאן התחייבות מדין ערב, אלא למעשה תוס' מפרש את שיטת רש"י, שהרי רש"י כתב:

לא תימא - כדתרצה רב נעשה כאומר לו, אלא רב מוקי לה למתניתין באמר לו הכישה במקל והיא תבא אחרי,¹⁴ דשעביד נפשיה מכי נפקא מחצרו, ומשום דשלח עבדו עמה לא מיפטר.

לפי זה משיצא מחצרו, הרי יצא לסמטא ויש כאן משיכה, והוא משיכת השואל, שהרי המשאל הוא שלוחו של השואל וכדברי הראב"ד. על ידי ההכשה במקל שהיא המשיכה, השואל שעביד את נפשיה כמו בכל משיכה וכדברי רש"י צד, א. ומה שרש"י כתב בסוף דבריו "ומשום דשלח עבדו עמה לא מיפטר", מפריע לרש"י למה אין כאן דין בעליו עמו, ולזה הסביר התוס' בד"ה באומר, שיש כאן שתי פרות, ודבריו מפרשים את רש"י.¹⁵

נראה עוד שאפשר להביא ראיה לשיטת הראב"ד, ואם כנים דברינו יש גם ראיה לתוס' ורש"י, מדברי הירושלמי שהוזכרו על ידי רע"א: "אמר רבי יוחנן אפילו תיפתיניה בעבד כנעני תיפתר באומר לו פתח לה והיא באה מאיליה

¹⁴ צ"ע בדברי רש"י שכתב פעמיים "והיא תבוא אחרי" כאן ולעיל ד"ה "נעשה כאומר הכישה במקל והיא תבא - אחרי" - הרי השואל אינו נמצא לעשות משיכה ולכן הוא שולח את הפרה עם שליח, או עבדו, או בנו, או מבקש להכישה במקל והיא תבא. בדוחק אפשר לפרש שרש"י מתכוון ש"היא תבוא אלי", ועדיין צ"ע.

¹⁵ אמנם ייתכן ואי אפשר לומר כך בדעת רש"י, כי בסוף ד"ה לפנים כתב: "אבל אם היתה צריכה לבא דרך רה"ר - לעולם אימא לך אפילו אמר ליה הכי לא סמכא דעתיה שיפקירנה המשאל בלא שומר, ולא שעבד נפשיה עד שתבא לידו". משמע שהכישה במקל חל אפילו לרה"ר, וראיה לפירוש הריטב"א. אולי בכל זאת תוס' בפירושם השני, יפרשו גם אליבא דרש"י, אלא לפי מה שכתבנו שדברי רש"י בב"ק וכאן בסוף פרק השוכר את הפועלים הם כשיטת הראב"ד במשנה פ, ב בסוף האומנין, לא ייתכן קניין משיכה ברה"ר לכן נראה לפרש שאמנם הכישה במקל הוא לסימטא, אבל אחר כך הפרה תבוא דרך רה"ר לביתו של השואל, ולפי שמואל, אין השואל סומך על זה. אמנם מו"ר הרב זצ"ל למד פשט ברש"י כמו הראב"ד הנ"ל בתירוץ הראשון שלו: יציאה מרשות המשאל מחייב השואל בלי משיכה אם יש תנאי מהשואל כמו מתנה ש"ח להיות כשואל. אמנם הרב אמר שלפי מתנה שומר חינם להתחייב בלי קניין, אך לעניות דעתי זה קשה מרש"י בדף צד הנ"ל, ולכן הנראה לעניות דעתי כתבתי.

ותני כן הנהיגה, המשיכה, קרא לה ובאת אחריו נתחייב לה לשלם כשואל¹⁶ – פירושו של "הנהיגה" הוא הכישה במקל!

הסבר ב' – על פי המיוחס לראב"ד לקושיית תוס' מעבד כנעני

אם תוס' אינו מקבל את שיטת הרמב"ם והירושלמי הנ"ל, אז אולי המיוחס לריטב"א שהבאנו לעיל נותן אפשרות לעוד הסבר:

אבל הכא דהכישה במקל צורך שאלת הפרה הוא שכך אומר לו תבא באחריותי על מנת שתכישנה במקל נמצא הכשת' במקל היא משיכת' בלא בעלים על ידי כן מחייב עצמו באחריות ע"כ.

נראה מדבריו שיש כאן מעין שיטת הריטב"א, שהרי אין כאן משיכה אמיתי, שהרי אין כאן בעליו, ואם כן איך הוא מחייב את עצמו באחריות? צריך לומר על ידי קניין ערב הוא מחייב עצמו באחריות. מכיוון שהמיוחס לריטב"א קורא זה "משיכה בלא בעלים" הרי יש כאן תכונות של משיכה, כלומר לסימטא, וכדברי התוס', ובכל זאת אין כאן מעשה משיכה וכשאלת הריטב"א, לכן השואל מחייב את עצמו באחריות, וזה רק מדין ערב. בכל מקרה, יש כעת פירוש מחודש בדברי תוס', שהוא למעשה כעין הריטב"א ברש"י. נמצא שפירוש דברי תוס' "שיצאתה מיד לסימטא או לצדי רה"ר דחשיב כאילו משכה שואל" הוא שאין כאן השוואה במעשה הקניינים אלא בתוצאותיהם – שבשניהם, משיכה ובהכשה במקל, יש קבלת אחריות.

אם כנים דברנו, היה נראה לומר שיש כאן חיוב אחריות בלבד, אבל אין כאן חלות שם שואל, אלא אי אפשר לומר כך, שהרי דברי המיוחס לריטב"א הובאו ביחס לשאלה למה אין שאילה בבעלים כאן, ודבריו כאן משמע שאין כאן שאילה בבעלים, מפני שכל צורך בעבד הוא לעשות את המעשה קניין ולא לעזור לשואל במקום המשאיל. נראה שהמחייב עצמו באחריות הוא התוצאה ולא הסיבה למה אין כאן שאילה בבעלים, ולכן צריך לומר שאכן חל שם שואל, ובגין זה הוא מקבל על עצמו אחריות. עוד נעיר שלפי התוס' שתירץ את הקושיה על ידי שתי פרות אי אפשר לומר שיש חיוב אחריות בלבד.

¹⁶ מלבד המקור שהביא רע"א ממסכת מעשר שני, דברים אלו חוזרים עוד פעמיים בירושלמי: בעירובין ז,ו (דף כד טור ג): "ותני כן הנהיגה, המשיכה, קרא לה ובאת נתחייב לשלם כשואל"; וכן בקידושין א,ג (דף ס טור א): "ותנינן הנהיגה, המשיכה, קרא לה ובאת אחרון מתחייב בה כשואל."

בכל מקרה, אפילו אם הפירוש בדברי המיוחס לריטב"א הוא אכן מדין ערב, פרשנות כזה בדברי התוס' הוא דחוק, שהרי תוס' הדגיש "דמיירי שיצאתה מיד לסימטא או לצדי רה"ר דחשיב כאילו משכה שואל" ובפשטות יש כאן השוואה לעצם המעשה משיכה, ולא לתוצאות של מעשה משיכה.

הסבר ג' – קניין שמירה מיוחד

מו"ר הגרי"ד סולובייצ'יק זצ"ל פירש, שיש כאן קניין שמירה מיוחד. הסברתי את דבריו, הרי משיכה היא כניסה לתחום בעלותו של הקונה, כלומר יציאה מרשות בעלות המקנה וכניסה לבעלותו של הקונה. הוא הדין בשאלה, יש יציאה מרשות המשאיל וכניסה לרשות השואל על ידי שמשך השואל אליו את הפרה. חידש רב שלא דווקא השואל צריך למשוך אליו את הפרה, אלא המשאיל יכול לדחוף את הפרה אל השואל (כעין קניין מסירה), ומרגע שיש העדר רשות המשאיל, וכיוון לרשותו של השואל, הוי כבר אז נכנס לתחום רשותו ההלכתי של השואל, וזהו הקניין המיוחד שיש רק בשומרים, וסגי לן בהעדר רשות המשאיל. (ע"פ ציווי השואל כמובן) ודחיפה לכיוון השואל (הכיסה במקל הוי כעין סמל לזה), ובזה הוי הכנסה לרשות השואל ההלכתי. אי-לכך זה פירושו של התוס': "דחשיב כאילו משכה שואל" שיש כאן הכנסה לרשותו של השואל על ידי הכיסה במקל, פירוש כניסה הלכתי על ידי עזיבה לרשות המשאיל.

נראה שאפשר להוסיף על פי דברי רא"ש בפרק השואל, סימן טו :

...אבל להתחייב באונסים אפילו קודם משיכה נמי דהא שומר חנם בלא משיכה מיחייב בפשיעה. כדאיתא לעיל... (פ,ב) דהנח לפני הוי שומר חנם. והוא הדין שומר שכר בגניבה ואבידה. וכן שואל נמי אם אמר ליה הכיסה במקל והיא תבוא ויצאה לרה"ר במקום שאין משיכה קונה ויכול המשאיל לחזור בו. ולא עדיף ממה שאם משך השואל שם ואפילו הכי נתחייב באונסים... 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.

יש כאן קניין מיוחד לשומרים, וברגע שיצאה הפרה מרשות המשאיל על פי ציווי השואל, השואל כבר קנה. אולם לפי זה, אין כאן משיכה, אלא סילוק שמירת המשאיל לטובת השואל, ולא נראה שהתוס' בפשטות למד כמו הרא"ש, שהרי לפי הרא"ש למה צריך משיכה בכלל בשואל, ולמה הנח לפני

לא יחייב גם בשואל, ומשמע מן הרא"ש שאכן הוא יחייב כך לפני המשיכה אם אמר לו הנח לפני ("... אבל להתחייב באונסים אפילו קודם משיכה נמי") אלא בתוס' צריכים לומר שמעשה המשיכה מעכב. ייתכן שהרב זצ"ל רצה לומר שאכן צריכים המשיכה עבור גמירת דעת, ולחייב באונסים לא סגי בהנח לפני, אבל אין כאן קניין משיכה קלסי, אלא דבר המסמל כניסה לרשותו וכמו שפירשנו לעיל.

הכישה במקל מדין משיכה – התחייבות להיות שואל

אמנם תוס' כתב עוד תירוץ:

ועוד י"ל דהכא מיירי אפי' יצאת מיד לרה"ר דלענין להתחייב באונסין קניא משיכה ברה"ר אף על גב דלא קניא לענין מקח כמו שואל קורדום לרב הונא דאמר לקמן דקני במשיכה להתחייב באונסין אף על גב דלא קניא לחזרה.

היה מקום לחקור אם יש רק התחייבות גרידא לחיוב אונסים וכמו שיטת הר"ן שהתחייב מדין ערב, או האם יש חלות שם שואל שחל על השואל ע"י משיכה ברה"ר. ראה בדברי תוס' ר' פרץ שכתבו: "ועי"ל דמיירי שפיר שיצתה לרה"ר ממש, וכיון דאמר ליה הכישה במקל שעביד נפשיה מהשתא", ונראה שדבריו הם כמו דברי רש"י, ולפי זה ייתכן שיש כאן התחייבות גרידא, כמו שלמד הר"ן או הריטב"א (לפי אפשרות אחד).

אכן מו"ר הגריד"ס למד, שיש כאן מעשה קניין וחל עליו חלות שם שואל. אולי אפשר להביא ראיה לדבריו מדברי תוס' (ד"ה באומר) ביחס לשאלה למה אין כאן בעליו עמו בעבד כנעני ותוס' לא הציע בשום מקום שאין כאן שם שואל ולכן אין כאן דין בעליו עמו, וכן להלן בתוס' ד"ה כך שכתב שהתקנה של משיכה "לא להתחייב באונסין קאמר" שהרי בזה משיכה קונה מן התורה וכמו שכתבו בהמשך: "ואי אשואל קאמר מדאורייתא נמי לא קני אלא במשיכה", ותוס' לא חילק בין משיכה ברה"ר או לסימטא. אמנם אולי אפשר ללמוד בכל זאת שאפילו אם כל הקניין ברה"ר הוא מדין ערב, הוא מתחייב להיות שואל על ידי כך, וכמו שהצאנו בדברי הריטב"א.

נראה להביא ראיה לפירושו של מו"ר, שאין כאן קניין ערב כלל, אלא קניין משיכה, מדברי תוס' הרא"ש על אתר שהרחיב בפירוש בדברים:

ועוד י"ל דאיירי שפיר בשיצאת לרה"ר ואע"ג דלענין מקח לא היה קונה אפילו אם משכה ברה"ר להתחייב שואל באונסין קנה, מידי דהוה

אמשיכת שואל לרב הונא דמחייבתו באונסין אע"ג דלענין חזרה לא קנה עד שעת בקוע, ה"ה במשיכה ברה"ר קניא לכו"ע להתחייב באונסין אע"ג דלענין מקח לא קניא.

הרא"ש השווה בין דברי רב הונא, שמשיכת השואל [שעת שאילה" בלשון הגמ'] מחייב באונסים מדין חלות שם שואל והוא הדין שמשיכה ברה"ר יחייב באונסים מפני שחל עליו שם שואל. מקורו של תוס' הוא בסוגיה בתחילת פ' השואל (צד, ב):

מדקתני סיפא ואחר כך שאל את הפרה, מכלל דרישא דקתני עמה - עמה ממש. עמה ממש מי משכחת לה? פרה במשיכה ובעלים באמירה! - איבעית אימא: כגון דקיימא פרה בחצרו דשואל, דלא מחסרא משיכה...

רואים שהדין של בעליו עמו חל עם מעשה המשיכה, כלומר, מתי שחל עליו חלות שם שואל.¹⁷

לכן נראה יותר לפרש את דברי תוס' על פי מה שפירש הגריד"ס במחלוקת בין שני פירושי תוס': הרב חקר אם מעשה משיכה מופקע מרה"ר או האם אכן שייך מעשה משיכה ברה"ר רק החלות של בעלות על ידי משיכה מופקע מרה"ר. אולי אפשר להוסיף יתר הסבר: האם משיכה היא קניין פורמאלי, כלול ב"יד עמיתך" (ויקרא כה, יד), או האם יש כאן הצגת בעלות (דומה להגבהה שהיא שליטה מוחלטת על החפץ או חזקה בקרקע), ועל ידי הצגת בעלות חל בעלות. אם זה הצגת בעלות, אז אין לו מקום ברה"ר, שהרי כל הקניין הוא לבעלות ובעלות על ידי משיכה מופקע משם, מפני אין לקונה רשות שם, ולכן הוא לא יוכל למשוך אותו לרשותו שאין לו שם. אבל אם זה קניין פורמאלי, מעשה קניין, אז ברה"ר יש מחסום שלא נותן לחלות בעלות לחול, אבל עקרונית המעשה קניין שייך, ולכן ניתן להתחייב באונסים על ידו, ולחול חלות שם שואל עליו.

ייתכן ומחלוקת שני תירוצי תוס' תלויה בטיב הקניין שיש לשואל ושוכר בחפץ. מדברי הרמב"ם (שאלה ופקדון א, ה) משמע שיש קניין בגוף החפץ:

¹⁷ אולי זה ספקו של המיוחס לריטב"א שהביא את שיטת התוס' בסוף דבריו, אבל הוסיף המיוחס לריטב"א וצ"ע: "ועו"ל דאע"ג דלענין מקח לא קנה במשיכה ברה"ר אבל בשומרין קניי להתחייב בדיניהן אפילו ברה"ר וצ"ע. תוס"י. האם המיוחס לריטב"א מסתפק אם יש בכלל חיוב ע"י משיכה ברה"ר, או מה טיבו של המשיכה כאן, מעשה משיכה או מדין קניין ערב.

השואל כלי מחבירו וכו' הרי המשאל מחזירו בכל עת שירצה, שאלו לזמן קצוב כיון שמשך וזכה אין הבעלים יכולין להחזירו מתחת ידו עד סוף ימי השאלה וכו' ודין הוא הלוקח קונה הגוף קנין עולם בדמים שנתן ומקבל מתנה קנה הגוף קנין עולם ולא נתן כלום והשוכר קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן והשואל קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב ולא נתן כלום, כשם שהנותן כמוכר שאינו יכול לחזור בו לעולם כך המשאל כמושכיר שאינו יכול לחזור בתוך הזמן...

הריטב"א (קידושין מז, ב) חולק ולומד שאין לשואל קניין בגוף החפץ:

מיהו לית הלכתא כרב הונא, אלא כרבי אלעזר דאמר התם וכו' (ב"מ צט, א) כך תקנו משיכה בשומרין, בין בשאר שומרין דלא קנו גופא כלל ואין להם הנאה בגוף הדבר הנפקד ואינם מתכוונים לקנות ומדינא אין משיכה מועלת בהם, בין בשואל דאית ליה הנאה אלא דלא קני גופא כדאמרן, ומדינא לא מהניא משיכה בה אלא דרבנן תקון הכי וכו' הלכך שאלה נקנית במשיכה כדין מתנה והוא הדין למלוה, ואפילו כולה בעינה, ואם קדש בה את האשה אינה מקודשת כרב, מפי מורי רבינו נר"ו.

לפי זה, תוספות בתירוץ הראשון סובר כמו הרמב"ם שיש קניין לגוף החפץ, ממילא צריכים קניין הקונה לבעלות, וזה רק בסימטא. אבל תוס' בתירוצו השני סבורים כמו הריטב"א בקידושין שאין לשואל קניין בגוף החפץ, ויש רק חלות שם שואל גרידא המחייב אותו באונסים ולכן אפשר לעשות את המעשה קניין לזה גם ברה"ר.¹⁸

מחלוקת זו מתאימה לפירושו של הרב סולובייצ'יק בדין משיכה ברה"ר. לפי הרמב"ם, אין משיכה חלה ברה"ר מפני שהיא מופקעת שם. אבל לפי הריטב"א אין שום קניין ממוני, ולכן אין שום קניין בגוף הכלי או פרה, וממילא יש סך הכל חלות שם שואל ואולי זה כן יחול ברה"ר.

הזכרנו לעיל שהרב זצ"ל למד בפירוש הראשון של הראב"ד, בעניין זכייה, שהקנין בעצמו חשוב תפיסה ומסירה לשואל אף בלי שליחות, זה יועיל ברה"ר בלי הכנסה לרשות השואל. נמצא שקנין בלי הכנסה לרשות השואל מחייב שמירה. הרב קישר את זה לשיטת תוס' כאן, שזה יועיל גם ברה"ר. יש

¹⁸ להרחבת הפירוש בשיטות התוס' ורמב"ם, ראה מאמרי, "בענין קנין בשומרים", מגל, ו (תשמ"ח), עמ' 47-53.

כאן מעשה משיכה או מעשה מסירה שהם מהווים קניין וזה עצמו מחייב את השואל בשמירה.

לפי הפירוש הראשון שהזכרנו מעשה משיכה הוא אכן הכנסה לרשות השואל, אבל לא לבעלות או זכות חזרה, אלא רק לחייב בחלות דין שואל. לפי הפירוש השני של הרב, בשיטת הראב"ד, אין כאן הכנסה לרשות השואל כלל, אלא מעשה קניין בלבד המועיל לחייב את השואל בשמירה.

שני תירוצי תוספות ויחסם לשיטות תוספות אחרים בש"ס

נראה עוד שהמחלוקת בין שני התירוצים בתוס' זהה למחלוקת ר"י וריצב"א בתוס' כתובות, לא (ד"ה וברשות) :

והא דאמר בהמוכר את הספינה (ב"ב פד, ב) דאביי ורבא דאמרי תרוייהו דמשיכה לא קניא ברה"ר אומר ר"י דלא פליגי אדרבינא דהכא דהא דקאמר דקני היינו לענין להתחייב באונסין אבל אינו קונה שיהא שלו לגמרי. וריצב"א נראה לו דפליג דהא במרובה (ב"ק עט. ושם) גבי נתנה לבכורות בנו דקתני סיפא איכא נמי למידק כמו שמדקדק כאן והתם לענין משיכה דקנין איירי ללשון ראשון שפ"י שם בקונט' ואפילו ללשון שני הא מוכח התם בגמ' (סה, א) שאין לגנב להתחייב אלא במשיכה הראויה לקנין.

כלומר, שהר"י חילק בין קניין למכירה שאז משיכה אינו קונה ברה"ר, אבל להחיל שם גנב ולהתחייב באונסים, די במשיכה לרה"ר, ונראה שהוא הדין לחלות שם שומר/שואל, שתועיל לכך משיכה ברה"ר. אבל הריצב"א דורש קניין משיכה גם אצל גנב כמו לבעלות וממילא נראה שהוא הדין לחלות שם שואל, וממילא צריך הקניין משיכה להיות בסימטא. נמצא שהפירוש הראשון של תוס' הוא לפי ריצב"א, ופירוש השני הוא לפי ר"י.

נראה עוד לומר ששני הפירושים בתוס' תלויים במחלוקת בין תוס' בב"ק עט, א לתוס' בסוגייתנו. בהמשך הסוגיה נחלקו רב הונא ורבי אלעזר :

אמר רב הונא: השואל קרדום מתבירו, בקע בו - קנאו. לא בקע בו - לא קנאו. למאי? אילימא לאונסין - מאי שנא פרה דמשעת שאילה? אלא לחזרה, בקע בו - לא מצי הדר ביה משאיל, לא בקע בו - מצי משאיל הדר ביה... ופליגא דרבי אלעזר, דאמר רבי אלעזר: כדרך שתקנו משיכה בלקוחות - כך תקנו משיכה בשומרים. תניא נמי הכי: כשם שתקנו משיכה בלקוחות - כך תקנו משיכה בשומרים...

אין תקנת משיכה במקום "שעת שאילה", אלא התקנה היא ביחס לשעת החזרה, שמהתורה משהשתמש בחפץ המושאל ("בקע בו") המשאל אינו יכול לחזור בו, ובא רבי אלעזר ואמר שיש תקנה, שמשעת המשיכה אינו יכול לחזור בו, וכן הוא הפשט בברייתא בסוף הסוגיה. כך למד תוס' ד"ה כך:

כך תקנו משיכה בשומרים. לא להתחייב באונסין קאמר דהא שומר חנם בלא משיכה חייב בפשיעה כדאמרינן פ' האומנין (פ,ב) דהנח לפני שומר חנם והוא הדין ש"ש בגניבה ואבידה ואי אשואל קאמר מדאורייתא נמי לא קני אלא במשיכה¹⁹ וליכא למימר דקאי אשוכר שתקנו משיכה ולא קנו מעות דהא שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף וכו'.

לסיכום, לפי תוס' בב"מ, משיכה קונה לחול חלות שם שואל ושוכר מן התורה, ולשומר חנם ולשומר שכר מספיק הנח לפני, ותוס' לא חילק במשנה בין הנח לפני ברה"ר או במקום אחר. כך גם למד המאירי (ב"מ פ,ב), שהעמיד את הדין של הנח לפני ברה"ר, בדיונו שם איך ואיפה הנח לפני חל, הוא למד שזה חל גם בשוק שהוא רה"ר ואין לו דין סימטא:

...ולא יראה כן שהרי בגמרא פירשה אף בשאמר לו כך בשוק וכמו שאמרו בסוגית הגמרא אבל בשוקא דלאו בר נטורי הוא וכו' ומתוך כך יראה לפרשה בשמשכה והוצרך לאמרה שלא להסתלק מדין שמירה בהנח לפני כמו שנסתלק בהנח סתמא אע"פ שמשכה אח"כ או בהנח לפניך ובהא ביתא קמך...

ראה עוד דברי ר"י מלוניל שפירש במשנה שמדובר ברה"ר.

לעומת זאת הסוגיה במסכת ב"ק (עט,א) למדה, שתקנת משיכה היא לחייב את השומר בדיניו כפי שמשמע מהמשנה שם. וכך נשמע מדברי הגמרא שם:

בעי אמימר: תיקנו משיכה בשומרים או לא? אמר רב יימר, ת"ש: נתנו לבכורות בנו או לבעל חובו, לשומר חנם ולשואל, לנושא שכר ולשוכר, היה מושכו ויוצא ומת ברשות הבעלים - פטור; מאי לאו שומר, וש"מ: תיקנו משיכה בשומרין. אמר ליה: לא, גנב... וש"מ: תיקנו משיכה

¹⁹ עיי' משך חכמה, שמות, כב: יג: "וכי ישאל איש מעם רעהו. נתקו הכתוב השואל מכלל השומר ואמרו ענין בפני עצמו, "מעם רעהו" - מגיד שאינו חייב עד שיוציאו חוץ לרשותו, מכילתא (טז,ט). ונפלא הדבר לשיטת תוס' פ' השואל צט,א ד"ה כך תקנו, דשואל שאני משאר השומרים, דשאר שומרים ב'הנח לפני חייב, ושואל דוקא במשיכה. ולכן בעי שיוציאו מרשות בעלים, ולכן נתקו מכלל השומר, שיהיה "מעם רעהו" דוקא".

בשומרין, ש"מ. איתמר נמי, אמר ר' אלעזר: כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות, כך תיקנו משיכה בשומרין.

פשטות הסוגיה עוסקת בחלות שם שומר שחל במשיכה, וכן פרש"י: "תיקנו משיכה בשומרים - שלא יתחייב שומר בשמירה עד שימשוך". כך גם משמע מדברי תוס' שם:

תיקנו משיכה בשומרין או לא - 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...

משמע מתוס' בב"ק, שלפי המשנה בב"מ משיכה היא המחייבת את דיני שומרים ודי במעשה המשיכה כדי לחייבם בדיני שומרים. אךן פשטות הסוגיה בב"ק עולה, שהמחייב בשומרים הוא מעשה המשיכה, וכן למד רש"י הנ"ל, וכן משמע מדברי הרא"ש בב"ק, (פ"ז יא):

איתמר נמי אמר רבי אלעזר כשם שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים. ומשעת משיכה נתחייבו כל אחד כדינו. שומר חנם בפשיעה וש"ש בגניבה ובאבידה ושואל באונסין.²⁰

אם שומר חנם מתחייב רק ע"י משיכה, כיצד תתפרש המשנה ב"מ פ,ב (הנח לפני מחייב שומר חנם). כמו כן הערנו לעיל שרש"י בב"מ צד, א למד שמשיכה היא המחייבת השומר חנם. לכן נראה שכולם לומדים כמו שפירש הראב"ד (ודבריו הובאו בשטמ"ק):

מתניתין: הנח לפני שומר חנם. איכא דמקשו כי אמר לו הנח לפני נמי אמאי חייב והא לא משך ואמרין בפרק מרובה שתקנו משיכה בשומרים. ולא קושיא היא דכי אמר לו הנח לפני כמי שאמר לו הכישה במקל והיא תבא דהויה משיכה ובסימטא עסקינן דמקום משיכה הוא וכי מייתי לה קמיה בשליחותא דידיה כמי שמשכה הוא דמי...

נמצא שרק משיכה קונה בשומר חנם וש"ש, והנח לפני הוא סוג של משיכה, וכן הכישה במקל. וזה דעתו של תוס' בפירוש הראשון.

²⁰ את הסתירה בעניין משיכה בשומר חנם וש"ש בדברי התוס' אפשר לדחות וללמוד שיש מחלוקת בין התוס', אם לא לדחוק ולומר שכל התוס' סבורים כמו הראב"ד בפירוש למשנה בב"מ פ,ב, דבר שנראה לי דחוק מאד, אבל ברור שאי אפשר לומר מחלוקת בין דברי הרא"ש בב"ק לבין דבריו בב"מ, וצ"ע.

אולם תוסי' בב"מ ד"ה כך, לומד שבשומר חנם אין צורך במעשה משיכה, ודי בהנח לפני, ולכאורה זה יועיל גם ברה"ר וכפשטות המשנה וכנ"ל. ונראה שההסבר הוא כמו הרא"ש בב"מ הנ"ל: "דהא שומר חנם בלא משיכה מיחייב בפשיעה. כדאיתא לעיל בפרק האומנין (פ,ב) דהנח לפני הוי שומר חנם. והוא הדין שומר שכר בגניבה ואבידה." ודין זה הוא על פי הסברה: "מיד שסלק בעל הבהמה שמירתה מעליה מדעת השומר קמה לה ברשות השומר לשומרה". אמנם הרא"ש אומר כך אף בשואל ובשוכר [וסתר משנתו מבי"ק, וצ"ע], אבל בזה תוסי' בב"מ חולק, ולומד שמשיכה דווקא קונה מן התורה בשואל וכן בשוכר.

ניתן להוסיף הסבר לחילוק שבין שואל ושוכר. מצד אחד צריך מעשה קניין להחיל את השם שומר לבין שומר חנם ושומר שכר שלא צריכים מעשה קניין זה על פי דברי מו"ר הגריד"ס בשיעוריו לפרק מרובה שיעורים ב"ק, ח"ב, בעריכת הרב רייכמן):

שיטתם [של תוסי' בב"מ] שש"ח וש"ש מתחייבים באחריות משעת קבלת השמירה על עצמם ואילו שואל מתחייב באונסים רק במשיכה. ובפשטות סוברים דשואל שאני משומרים דעלמא כי השואל חייב באונסים מחמת קנין השאלה שיש לו בחפצא ולא מחמת התחייבות בעלמא ולפיכך צריך לעשות קנין משיכה כדי להתחייב באונסין.

נוסיף עוד, שלפי תוסי' בב"מ תקנת רבי אלעזר היא לעניין חזרה, ולמעשה כך למד תוסי' בב"ק בהמשך דבריהם:

אלא אור"י דמבעי ליה בשואל ושוכר אי מצי משאיל ומשכיר למיהדר ביה אפי' משך עד שיתחיל במלאכה או לא וכו'.

לסיכום, במשנה בב"ק בשואל ובשוכר צריך קניין שלם שאינו יכול לחזור בו. בכל מקרה משמע מדברי תוסי' בב"ק שש"ח ושש"ש נעשים שומרים מדאורייתא על ידי משיכה (שהרי הביאו אותה ראייה מדברי רב הונא: "אי לאונסים מ"ש פרה דמשעת שאלה") שהרי כלל את כל השומרים ביחד,²¹

²¹ יש להסתפק אם לפי תוסי' בב"ק האם דין משיכה לחלות שם שומר הוא מהתורה או מדרבנן. האם הם למדו כמו רש"י בב"ק שתקנת החכמים גם שייך לזה, ויש חידוש נוסף שגם תקנו לעניין חזרה [וכן אפשר ללמוד שיש תקנה קדומה מזמן המשנה שמשיכה קונה לחייב את השומרים בדיניהם, וכעת דנה הגמ' אם תקנת משיכה חלה גם לעניין חזרה], או מן התורה משיכה קונה בכולם, וכל שאלת הגמ' היא רק לעניין חזרת המשאיל והמשכיר, ונראה שלפי תוסי' בב"ק משיכה קונה בכל השומרים מהתורה.

לעומת תוס' בב"מ שמשמע שבש"ח וש"ש "הנח לפני" לבד סגי לחייב את השומר בדיני שומרים.²² לפי תוס' בב"מ רק בשואל או בשוכר, משיכה קונה מדאורייתא כדי לחול דין שואל ושוכר, ייתכן שכשם שהנח לפני חל גם ברה"ר כך גם משיכה, ותוס' למד זאת מפני שלא נראה להם שיש לחלק בחלות דין השומרים ממקום למקום, וממילא כולם יחולו גם ברה"ר. אמנם תוס' לומד שיש כאן מעשה משיכה ממש כקניין, ולא מצד סילוק שמירת המשאיל כשיטת הרא"ש הנ"ל, שכן לפי תוס' צריך מעשה משיכה כי משיכה קונה עבור אונסים ולהחיל שם שומר אפילו ברה"ר וכנ"ל.

נראה להעמיק עוד בתפקיד המשיכה ברה"ר, לפי תוס' בתירוץ השני. עד עכשו הסברנו שצריכים קנין משיכה באופן פורמלי ליצירת קנייני שאלה, וכך משמע מדברי הגריד"ס בשיעורי בב"מ. העיר ידידי ר' יעקב פלומנהפט שיש שני חלקים לקניין משיכה: הוצאה מרשות הבעלים והכנסה לרשות המושך. על פי הערתו יש מקום לומר, שהמחלוקת בין שני פירושי תוס' היא אם אפשר לפצל את קניין משיכה לשני חלקים כנ"ל, או האם רק האפשרות של כניסה לרשות המושך הוא שמושך את דבר הנקנה מרשותו של הבעלים. לפי פירוש זה, משיכה יכולה לפעול רק בסימטא, הן במכר והן בשומרים. אבל אם אפשר לפצל אותו, אז בשומרים שדי להוציא את החפץ מרשות המשאיל, במשיכה יחול שם שומר, כמו הנח לפני דבסילוק הבעלים נעשה שומר, ואילו בשואל שיש קנייני שאלה, לא די בסילוק המשאיל, אלא צריך קניין פורמאלי, והוא קניין המשיכה שמוציא את החפץ מרשות הבעלים. נמצא שלפי הרא"ש די בסילוק המשאיל מצד המשאיל בלבד, ולפי תוס' צריך מעשה קניין להוציא החפץ משמירת הבעלים. נמצא ששואל יש לו רוב

²² וצ"ע לפי תוס' אם בהנח לפני המפקיד אינו יכול לחזור בו אם סיכם לשלם סכום גדול לשומר שכר, ואמר הש"ש, הנח לפני, לכאורה בקבלת השמירה, אין המפקיד יכול לחזור מן ההסכם הזה, וצ"ע. ראה מחנה אפרים שומרים יח, אם השומרים בעצמם יכולים לחזור בהם. אמנם ראה ערוה"ש חו"מ רצ"א, יט: "והבעלים ודאי דיכולים לחזור בהם וגם בשומר שכר אם משלם לו שכרו עד הזמן שקבע ואין השומר יכול לכופו לשמור דוקא דהזמן הוא לטובת בעה"ב כמ"ש בסי" עד", אמנם מכיוון שאין שכירות משתלמת אלא לבסוף, מה דינו אם עדיין לא שילם המפקיד, האם הוא יכול לחזור בו? וע"ע פתי"ש חו"מ רצ"ג. כל זה בשומר חנים, אבל בשומר שכר שמפסיד את שכרו, אולי המפקיד אינו יכול לחזור בו כבר מ"הנח לפני"; מו"ר הרב זצ"ל ששאל על התוס' בב"ק עט, א ד"ה תיקנו: מה הדין בשאר שומרים? והציע שתי אפשרויות: ייתכן ובשאר שומרים יש חזרה לעולם, וכדברי ערוה"ש, ואח"כ הציע שבשאר שומרים זה דבר פשוט שמשיכה קובעת אי-חזרה, שהרי ליכא מלאכה אחר כך (וממילא גם רב הונא יודה לזה), אלא זה רק לפי התוס' בב"ק, אבל לפי תוס' ב"מ שבשאר שומרים הנח לפני מועיל, מה הדין בחזרה לפי זה, ועדיין צ"ע.

השימושים בחפץ וקנייני שאלה, צריך מעשה קניין לקבלת השמירה והוא על ידי הוצאת החפץ משמירת המשאל וקבלת השמירה על ידו.²³

היה עוד מקום לומר, שתפקיד המשיכה בשואל הוא להוסיף גמירות דעת. באמירת הנח לפני שומר חנם מקבל על עצמו חלות שם שומר, אבל בשואל שיש קנייני שאלה, לא די באמירה בלבד, אלא צריך מעשה להוסיף גמירות דעת, וזו המטרה של המשיכה, ולכן זה מועיל גם ברה"ר. אולי זו כוונת תוס' ר' פרץ הנ"ל – אין כאן קניין ערב, אלא גמירות דעת לקבל חיובי שמירה. לפי הרא"ש אין צורך במעשה לגמירת דעת ודי בסילוק שמירת הבעלים על פי ציווי השומר, ולדעת תוס' כך הדין בשומר חנם ושומר שכר, אבל מכוון שיש קנייני שאילה שחלים על השואל יש צורך בתוספת לגמירות דעת שהוא קיבל את דיני שואל וזהו המעשה משיכה שגם חל ברה"ר.

המכנה המשותף בשני ההסברים הוא, שמשיכת שואל דומה ל"הנח לפני" אלא שצריך יותר כוח כדי להחיל שם שואל, ולכן לתוס' כולם חלים ברה"ר. אולם יש נפקותא בין שני ההסברים. לפי ההסבר הראשון, יש קניין פורמאלי המוציא את החפץ מרשותו של המשאל, וכך השואל יקבל על עצמו חלות שם שואל. לפי הפירוש השני, עצם קבלת השמירה מחייב את השואל, אך חסר בגמירת הדעת שלו, ומטרת המשיכה לגמירות דעת. לפי זה, ייתכן וגם קניין סודר או אפילו קניין ערב יכול לספק את גמירות הדעת הדרושה להחיל שם שואל. לפי זה יש תוספת הסבר לפירוש שלנו בדברי הריטב"א הנ"ל.

לסיכום, תוס' ד"ה כיון בתירוץ הראשון שהעמיד את המשיכה בסמטה לומד שכל השומרים צריכים משיכה, וכולם צריכים משיכה לסמטה, וממילא הוא הדין בהנח לפני שזה בסימטא, ותוס' למד כמו רש"י לעיל צד, א וכן כמו הראב"ד, והמקור הוא פשטות המשנה וסוגיה בב"ק עט. תוס' בתירוץ השני למד, שהנח לפני הוא קניין מיוחד עבור ש"ח וש"ש, ומועיל אף ברה"ר, וקניין משיכה הוא הקונה לחלות שם שואל ושוכר מן התורה, וממילא אפשר שהוא קונה אף ברה"ר, כמו הנח לפני, אבל טיב הקניין שונה ביניהם.

²³ ראה עוד דברי הגרמ"ח דימנטמן, "גדרי קנין משיכה", אבני משפט, ג, טבת תשס"ד, עמ' 9-13.