

זכיית שומר בתשלומי כפל* עיון בסוגיה בריש פרק המפקיד

ראשי פרקים

- א. מבוא
- ב. עיון במשנה - "שהרי אמרו שומר חינם נשבע ויוצא"
- ג. שיטת הירושלמי
- ד. שיטת הבבלי - הקניית הכפל
- ה. שיטת הבבלי - יכולת לפטור עצמו
- ו. סיכום הירושלמי והבבלי
- ז. רבא ור' זירא
- ח. שיטת התוס'
- ט. שיטת הרמב"ם
- י. סיכום

א. מבוא

במהלך עיון זה נעסוק בבירור דין זכיית שומר בתשלומי כפל המופיע במשנה הראשונה של פרק המפקיד. המשנה פוסקת כי שומר חינם שנגנב ממנו הפיקדון, ולמרות שיכול היה להישבע ולהיפטר בחר לשלם, יזכה בתשלומי הכפל אם ימצא הגנב. אנו ננסה לברר מדוע השומר זוכה בתשלומי הכפל מתוך עיון במשנה, בירושלמי ובבבלי, ומתוך עיון בפרושי הראשונים לסוגיית הבבלי.

ב. עיון במשנה - "שהרי אמרו שומר חינם נשבע ויוצא"

"המפקיד אצל חברו בהמה או כלים, ונגנבו או שאבדו":

* למדתי סוגיה זו עם דני זובין, ושלי שלו היא. כמו כן, תודה לסבא שלי, שהמו"מ עמו עזר לי להגדיר מספר ענינים בסוגיה.

¹ מדוע המשנה מזכירה מקרה שאבדו, הרי כל המשנה מדברת על מקרה שנגנבו, שהרי ענינה הוא בשאלה מי מקבל את הכפל? לשאלה זו ניתנו כמה תשובות. הראשונה, שהמשנה מציגה את דברי השומר, שחושב שאבדו - ולמפרע מתברר שנגנבו (תוס'). תשובה שניה, שהמשנה אינה דנה רק בזכאות בכפל, אלא גם בזכאות על שבח שהחפץ שנאבד השתבח. המשנה משווה דין השבח לדין הכפל, ששניהם "אתי מעלמא" ולכן בשניהם זכאי השומר ששילם (תוס' רא"ש, ריטב"א, ר"ן). תשובה שלישית היא, שהמשנה מתארת את מה שאנחנו יודעים, ואנו יודעים שנגנבו - אך לא יודעים אם השומר פשע בשמירתו, או שנאבדו - אך לא יודעים אם אבדו ע"י גניבה או ע"י דבר אחר (תוס').

שלם ולא רצה לשבע, שהרי אמרו שומר חנם נשבע ויוצא, נמצא הגנב משלם תשלומי כפל, טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה. למי משלם? למי שהפקדון אצלו. נשבע ולא רצה לשלם, נמצא הגנב משלם תשלומי כפל, טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה. למי משלם? לבעל הפקדון."

המשנה מציגה מקרה בו נגנבו מהשומר בהמה או כלים שהופקדו אצלו, ומקרה זה מתפצל לשתי אפשרויות, התלויות בהחלטת השומר - לשלם או להישבע. במידה והשומר החליט לשלם והגנב נתפס, השומר הוא שיזכה בתשלומי הכפל מהגנב. אם החליט השומר להישבע ולא לשלם, יזכו הבעלים בכפל².

בכאן להבין את דברי המשנה, אנו מתקשים בהבנת המשפט "שהרי אמרו שומר חנם נשבע ויוצא". וכי באה המשנה להשמיענו מה האפשרויות שעומדות לפני השומר, הרי חידוש המשנה הוא דיני הזכיה בכפל, ולא בכך ששומר חנם יכול להישבע ולהיפטר?!

ועוד, משפט זה צריך היה להיכפל כמו שאר חלקי המשנה, ולהופיע גם בחלקה השני של המשנה³, ואם הוא מופיע פעם אחת - הוא צריך להופיע דוקא בחצי השני של המשנה, שבו השומר באמת נשבע, ולא בחצי ראשון שבו השומר משלם ומותר על זכותו להישבע ולהיפטר!

לכן נראה לומר, שהמשנה אינה באה ללמד מהן האפשרויות העומדות לפני השומר, אלא מנקת מדוע יכול השומר לזכות בכפל. "שהרי אמרו שומר חנם נשבע ויוצא", וכיון שיכול היה להיפטר ובכל זאת בחר לשלם, הרי שזכה לעצמו בכפל. כל יכולת השומר לזכות בכפל יונקת מאפשרותו להתחמק מתשלום, ושלמרות זאת הוא בוחר לשלם⁴.

לאור דברינו, שזכיתו של השומר תלויה ביכולתו לפטור עצמו מתשלומים ע"י שבועה, יש לחקור: האם זכיה זו תלויה ביכולת אמיתית לפטור עצמו מתשלומים, דהיינו שיש ביד השומר אפשרות לפטור עצמו ע"י שבועת אמת, אך כשיכול לפטור עצמו מתשלום רק ע"י שבועת שקר לא יזכה בכפל. או שכל שומר שיש בידו אפשרות לפטור עצמו מלשלם, אפילו תהיה אפשרות זו כרוכה בשקר הגס ביותר, יזכה בכפל אם יבחר לשלם?

א. השומר יזכה בכפל רק כשיש לו אפשרות לפטור עצמו בשבועת אמת, ובכל זאת בחר לשלם. זאת הסיבה שהמשנה מדברת על שומר חנם - שרק הוא יכול לומר את האמת ובכל זאת להיפטר, אבל שאר שומרים ששילמו לא יזכו בכפל⁵. מכאן עולה, שישנם שני תנאים אותם דורשת משנתנו: 1. שיהיה כפל, לאפוקי אם הבהמה נשבתה או מתה. אלא דוקא במקרה של גניבה, שאז יש חיוב כפל. 2. שהשומר יפטר מתשלומים אפילו שאומר את האמת. - תנאים אלו יכולים להתקיים רק בשומר חנם, שכשנגנב ממנו נפטר בשבועה.

² מבחינה סגנונית, המשנה מציינת את כל שלושת הדמויות שבסיפור בתיאור המקרה והדין: את הבעלים ("המפקיד"), השומר ("שילם") והגנב ("משלם").

³ ההבדל היחיד בהצגת שני המקרים הוא בהוספת המשפט "שהרי אמרו וכו'" ברישא.

⁴ על הסבר זה קשה - אם "שהרי אמרו וכו'" הוא נימוק לדין, מדוע הוא מובא בתחילת ההלכה ולא בסופה אחרי הדין. היה צריך להכתוב "למי משלם? למי שהפקדון אצלו, שהרי אמרו שומר חנם נשבע ויוצא"? אלא יש לומר, שהיסוד שאמרנו טמון במילים "ולא רצה". כבר במילים אלו מקופלת אפשרותו של שומר חנם להיפטר. המשפט "שהרי אמרו וכו'" אינו אלא ביאור של יסוד זה, ולכן הוצמד אליו.

⁵ וכן כתב הר"ב "א"הו"א. תפיסה זו מנוגדת לדברי רב פפא בגמרא, ולכמה ברייתות מהן עולה שגם שוכר ושואל זכאים בכפל אם שילמו (לד, א). אמנם, אפשר לומר שישנה מחלוקת תנאים, והמשנה סוברת שרק שומר חנם זכאי בכפל, והגמרא בחרה להעמיד את המשנה כשיטת הברייתות שהביאה, שאף שאר שומרים יכולים לזכות בכפל.

ב. השומר יזכה בכפל אפילו אם אין לו אפשרות לפטור את עצמו בשבועת אמת, וכדי להיפטר יאלץ להישבע לשקר. לאור זה, גם שומרים אחרים, היכולים לפטור עצמם ע"י שבועת שקר יזכו בכפל במידה ושילמו (וכך שיטת הגמ' לד ע"א). לאור הבנה זו יש לשאול, מדוע המשנה מסייגת דבריה בשומר חנם בלבד ("שהרי אמרו שומר חנם..."), ולא דנה בכל השומרים⁶? 1. במשנה מדובר על שומר חנם שפשע, ויכול לפטור את עצמו בשבועת שקר, אך אינו משקר ומודה על האמת. ממילא שוב אין דינו של שומר חנם ייחודי, שהרי אף הוא לא יכול היה לפטור עצמו אלא בשבועת שקר, וכהאי גוונא גם שאר שומרים שיכולים לפטור את עצמם בשבועת שקר, אך בוחרים להודות באמת ולשלם, זכאים בכפל (ריב"ן בתוס'⁷). 2. במשנה מדובר שיש עדים לשומר שהחפץ נגנב ממנו, והוא צריך להישבע שלא פשע או שלח יד. ובמקרה זה שישנם עדים, רק ש"ח פטור. אבל שאר שומרים שהעידו שנגנב מהם אינם זכאים בכפל, כיון שלא יכלו לפטור את עצמם (ריטב"א). לפי הסבר זה, המשנה מחדשת לנו שאף שיש עדים על הגניבה הפוטרים את השומר, הוא זכאי בכפל אם החליט לשלם, ולא הוי כמתנה בעלמא⁸.

מתוך עיון זה אנו מתעוררים לשאלה, מדוע זוכה השומר בכפל במידה ושילם? להלן נציג את שיטות הירושלמי והבבלי בשאלה זו.

ג. שיטת הירושלמי

"המפקיד אצל חברו כו'. מנן תיתי ליה? אם המצא תמצא בידו הגניבה' וכי אין אנו יודעין שאם ימצא הגנב ישלם שנים, ומה תלמוד לומר שנים ישלם? אם אינו עניין לו, תניהו עניין לשלפניו.

רבי עאל לפירקא דרבי יודן, אמר קומיה הדא. אמר ליה, אמור דבתרה: 'נשבע ולא רצה לשלם נמצא הגנב משלם תשלומי כפל טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה למי משלם לבעל הפקדון' וישלם למי שהפקדון אצלו? רבי נסה בשם רבי יונה: 'חיים שנים ישלם' למקום שהקדן מהלך שם הכפל מהלך" (ירושלמי פ"ג הל' א).

הירושלמי שואל מדוע השומר זוכה בכפל, ומשיב שהדבר נלמד מגזירת הכתוב: "אם המצא תמצא בידו הגניבה" (שמות כב, ג) - שלכאורה פסוק זה מיותר, שהרי כבר כתבה התורה "אם ימצא הגנב

⁶ צריך לפרט שאלה זו לשתי שאלות: 1. מהמשנה עולה שרק שומר חנם זוכה בתשלומי הכפל, בניגוד להבנה שכל השומרים זכאים בכפל. 2. אף אם אין המשנה סותרת את הדין, יש לשאול מדוע היא בוחרת לדרון רק בשומר חנם ולא בשאר השומרים. בתירוץ הראשון לקמן נפתרות שתי השאלות מאליהן, כיון שאין הבדל יסודי בין דין שומר חנם שבו עסקה המשנה לדינם של שאר השומרים, שכולם צריכים לשקר כדי להיפטר.

⁷ התוס' מביאים את שיטת ריב"ן ביחס לשאלה אחרת, מדוע נקטה המשנה דוקא מקרה בו השומר טוען 'נגנבו', ולא במקרה שבו השומר מודה שפשע, שהרי לפי הגמ' גם במקרה כזה השומר יזכה בכפל. דברי הריב"ן המעמידים את המשנה בש"ח שמודה שפשע, מתיישבים היטב עם הקריאה השלישית למשנה שהצגנו לעיל בהערה 1, שאנו מסופקים אם הבהמה או הכלים נגנבו בפשיעת השומר. מכל מקום, הנחת המוצא בשאלת התוס' היא, שלמרות שהשומר יוציא עצמו חייב בדין, והתחייבותו לשלם לא תהיה התנדבותית, עדיין הוא זוכה בכפל.

⁸ וראה להלן בשיטת הירושלמי, שמבואר שאם יש עדים שנגנבה ממנו השומר לא יזכה בכפל, אף אם שילם, דהוי כקונה קנסיו של חברו.

ישלם שנים" (שם פס' ו) ? אלא אם אינו ענין לגנב שישלם כפל למי שגנב ממנו. מ' ד פסוק זה לפרשה שכתובה לפנינו, "כי יתן איש אל רעהו וכו'" דבש"ח משתעי קרא ובטוען טענת גנב בפקדון. מ' דנו הכתוב שם, שהרוצה לפטור עצמו וטוען טענת גנב, ובכל זאת שילם למפקיד, אם ימצא הגנב אח"כ ישלם שנים לנפקד.⁹

בהמשך דבריו, מספר הירושלמי שרבי עלה לבית מדרשו של ר' יהודה, ודרש שם דרשה זו. ונשאל רבי על דרשתו, שכיון שמפסוק מיותר למדנו שהשומר זכאי בכפל, מנין לנו שדין זה רק אם השומר שילם, ואלי אף כשלא שילם יזכה בכפל, שהרי ע"י השבועה גם כן פטר עצמו מטענת המפקיד. וזה נגד הסיפא של המשנה? ותירצו, שמלשון הפסוק "חיים שניים ישלם" משמע שתשלומי הכפל הולכים אחר תשלום הקרן, ולכן רק במקרה שבו השומר זוכה בקרן הוא זוכה בכפל.¹⁰

על פי דברינו עד כאן, יוצא שהעובדה שהשומר זוכה בכפל היא גזירת הכתוב¹¹, ואין מדובר במתנה שנותן הבעלים לשומר, או משהו מעין זה (כפי שנראה בבבלי). מדברי הירושלמי עולות מסקנות מבהילות ביחס ליסוד ההקנאה של הכפל. הכפל אינו נקנה בגלל יכולתו של השומר להיפטר, אלא בגלל שבפועל הוא משלם¹², וכיון שהקרן הולך אליו¹³, גם הכפל הולך אליו!

מתוך הבנה זו מציג הירושלמי שני מקרי גבול, בהם ניתן לבחון את טעמו העקרוני לזכיית השומר בתשלומים:

**"היו לו עדים שנגנבה באונס, הדא היא דמר רבי לעזר המוכר קנסיו לאחר לא עשה כלום.
היו לו עדים שנגנבה בפשיעה הרי הוא בכלל ישלם, ואחר כך נמצאת הגניבה למי משלם
לראשון או לשני או לשניהן" (שם).**

במקרה הראשון השומר פטור לחלוטין מתשלומים או משבועה, משום שהעדים מעידים שהחפץ נגנב ממנו באונס, ובכל זאת הוא בוחר לשלם לבעלים. במקרה כזה, פוסק הירושלמי, לא יזכה השומר בכפל, שהרי המוכר קנסיו לאחר לא עשה כלום. העובדה שהשומר שילם אינה עומדת כשלעצמה, וכדי שהשומר יזכה בכפל חייב לחול עליו חיוב תשלומים או שבועה. אם לא מוטל על השומר חיוב כלשהו, אין הוא שונה מסתם אדם מהשוק שמבקש לקנות את הכפל העתידי. לא אכפת לנו מהעובדה שהאיש היה שומר של הבעלים בעבר, משום שכעת לא מוטל עליו חיוב כלשהו.

במקרה השני, השומר אינו יכול להתחמק מחובת התשלומים, משום שעדים ראו שהחפץ נגנב ממנו בפשיעה. ולמרות זאת, זוכה השומר בכפל, משום שהוא בכלל 'ישלם'¹⁴. בניגוד להבנה הראשונית

⁹ ע"פ הסבר הרב כשר בתורה שלמה, כרך יח אות קסד. וראה שם לשון המכילתא דרשב"י, שלמדה את דין זכאות השומר בתשלומי כפל מפס' ו', שלכאורה לימוד זה הגיוני יותר. וראה בדברי הרב כשר שם.

¹⁰ ע"פ הסבר התורה שלמה שם אות נו. וראה בהסברים השונים לתירוץ הקושיה שהובאו שם.

¹¹ לענ"ד, הירושלמי מחדש לנו חידוש גדול ביחס לדרכי קריאת התורה. מדבריו משתמע, שהתורה אינה דנה במשפט החתוך גרידא, אלא גם במקרה בו אחד הצדדים פעל לפני משורת הדין, וחייב את עצמו למרות שהיה פטור. בעוד שבהבנה הפשוטה לא היינו חושבים שהתורה תדון בכגון זה, אלא רק במשפט היבש "קוב הדין את ההר", ותו לא.

¹² או מתחייב לשלם, למרות שבפועל לא שילם, כדברי ר' יוחנן בירושלמי ובבבלי.

¹³ ניתן להתלבט למי ישיב הגנב את החפץ הגנוב. זה תלוי בשאלה האם השומר קנה את החפץ ממש, או שפרע את חובו למפקיד, בלא שהתרחש קנין ממשי של החפץ הגנוב. לשאלה זו נפק"מ נוספות, בהן נדון בשיטת הבבלי בהסבר מח' התוס' והרמב"ם. אישית, אני נוטה להבין שהשומר לא קנה את החפץ, אלא רק כפורע חוב. שאם לא כן, ניתן היה להסתפק בפסוק השני המלמד שהכפל הולך עם הקרן, ולא היינו צריכים את הפסוק הראשון שהבאנו, והבן.

¹⁴ בארנו את הירושלמי לפי דברי היפה עינים בסוגייתנו, ששינה את סדר המשפטים בירושלמי, כך שהספק נפשט ולא נותר פתוח: "היו לו עדים שנגנבה בפשיעה, ואחר כך נמצאת הגניבה, למי משלם לראשון או לשני או לשניהן? הרי הוא בכלל ישלם".

שלנו, שהשומר זוכה בתשלומים בגלל שיש לו יכולת לפטור עצמו בשבועה, כאן מבואר שהשומר זוכה בכפל בגלל ששילם בפועל¹².

כנראה שאת המשפט במשנה "שהרי אמרו שומר חנם נשבע ויוצא" יסביר הירושלמי לא כנימוק לדין, אלא כהסבר פשוט למשפט הקודם במשנה "שילם ולא רצה לישבע", הבא לבאר מדוע הדבר תלוי ברצון השומר.

ד. שיטת הבבלי - הקניית הכפל

הסבר הבבלי ליסוד הזכיה של השומר שונה מאוד מזה שראינו בירושלמי. אמנם הבבלי אינו תוקף את הדין ישירות, אך ניתן לראות את גישתו כפי שהיא משתקפת בכמה סוגיות. אנו נטען כי הקו שהבבלי נוקט הוא, שהשומר זכאי בקנס בגלל שהבעלים בחרו להקנות לו בעלות על הקנס¹⁵. סברא בסיסית זו עולה בכמה מקומות, להלן נציג שלוש ראיות לכך.
ראייה ראשונה:

"למה לי למתני בהמה ולמה לי למתני כלים? צריכי, דאי תנא בהמה הו"א בהמה הוא דמקני ליה כפילא משום דנפיש טרחיהו לעיולא ולאפוקה, אבל כלים דלא נפיש טרחיהו אימא לא מקני ליה כפילא. ואי תנא כלים הוה אמינא כלים הוא דקמקני ליה כפילא משום דלא נפיש כפליהו, אבל בהמה דכי טבח ומכר משלם תשלומי ד' וה' אימא לא מקני ליה כפילא, צריכא" (לג, ע"ב).

משתי ההו"א של הגמרא עולה, שהשאלה המרכזית היא האם 'מקני ליה כפילא' או לא. וזה תלוי באומדן דעת הבעלים, האם ברצונם להקנות או לא¹⁶.
ראייה שנייה:

"שלמו בנים מאי? מצי אמר להו כי אקנאי כפילא לאבוכון דעביד לי ניח נפשאי, לדידכו לא, או דילמא לא שנא" (לד, ע"ב).

גם כאן יסוד הזכיה בכפל נדון מצד רצון הבעלים להקנותו לשומר¹⁷.
ראייה שלישית:

"ההוא גברא דאפקיד כיפי (=נזמים) גביה חבריה. אמר ליה הב לי כיפאי. אמר ליה לא ידענא היכא אותבינהו. אתא לקמיה דרב נחמן. אמר ליה: כל לא ידענא פשיעותא היא, זיל שלים. לא שילים. אזל רב נחמן, אגביה לאפנדיה מיניה. לסוף אישתכח כיפי, ואיקור. אמר

¹⁵ ליתר דיוק, אנו אומדים את דעתו של בעל הפיקדון, ומניחים שהוא רצה להקנות לשומר בעלות זו.

¹⁶ לו היתה זו הראיה היחידה, היינו יכולים לדחותה, משום שהיא מדברת על ההו"א בלבד, אך לא כותבת מה קמ"ל במסקנה. האם קמ"ל שהבעלים מתכוון להקנות את הכפל גם בכלים וגם בבהמה, או שקמ"ל שאין זכייית השומר בכפל תלויה בהקנת הבעלים כפל זה? אך מתוך הראיות הנוספות עולה כאפשרות הראשונה.

¹⁷ ניתן לדחות גם ראייה זו, שאפשר שספק הגמ' הוא אפסך שהצגנו בהערה הקודמת. אפשר שלגמרא ברור שאין רצון הבעלים להקנות לבנים, אך הסתפקה האם הקניית הכפל תלויה ברצון הבעלים דוקא. ואם כדברינו, ספק הגמ' הוא האם היה ברצונו להקנות גם לבנים, או רק לאביהם.

רב נחמן: הדר כפי למריהו, והדרא אפנדא למרה. אמר רבא: הוה יתיבנא קמיה דרב נחמן, ופרקין המפקיד הוה, ואמרי ליה 'שילם ולא רצה להישבע', ולא אהדר לי, ושפיר עבד דלא אהדר לי. מאי טעמא? התם לא אטרחיה לבי דינא, הכא אטרחיה לבי דינא" (לה, ע"א).

רבא שאל את רב נחמן מדוע לא יזכה השומר בשבח שהשביחו הנזמים מחמת עליית מחירם בשוק, הרי זה כמו הדין במשנה ש'שילם ולא רצה להישבע' שזוכה בכפל? רב נחמן לא השיב לרבא, משום ששאלת רבא היתה חסרת יסוד. שהשומר במשנה זוכה בכפל כיון שלא הטריח את הבעלים לבוא לבי"ד, אלא שילם בעצמו, ואילו במקרה דנן השומר הטריח את הבעלים לבוא לבי"ד כדי שיאלצו את השומר לשלם.

ממקרה זה עולים מספר יסודות חשובים: 1. דין המשנה אינו רק בכפל, אלא גם ביוקר מחמת עליית השוק, ששניהם רווחים 'דלא אתי מגופא'¹⁸. 2. מכאן בבירור שלא כירושלמי שהבין שזכיית השומר בכפל היא גזירת הכתוב, אלא דין ששייך בתחומים נוספים. 3. העובדה שהשומר הטריח את הבעלים גרמה לו להפסיד את הרווח, וזאת משום שאין הבעלים חפץ להקנות לו את הרווח כשהוא מטריח אותו. לעניינינו, היסוד השלישי הוא החשוב, שכן עולה בבירור שהקנס מוקנה לשומר ברצון הבעלים. מעתה, נותר לנו לעשות אומדנות מתי הבעלים חפץ להקנות את הקנס, ומתי אינו חפץ בכך. ממכלול הראיות שהבאנו עולה, שהבעלים הם שמקנים את הכפל לשומר¹⁹, ואין זו גזירה אוטומטית של התורה.

ה. שיטת הבבלי - יכולת לפטור עצמו

האם זכיית השומר בתשלומי הכפל תלויה בכך שיש לו יכולת לפטור את עצמו מלשלם? אפשר שבכל מקרה בו השומר שילם ולא הטריח את הבעלים הוא יזכה בכפל, ואף אם חייב היה לשלם. שהשומר יהווה מעין 'חברת ביטוח' שביכולתה לתבוע את הגנב במידה ופיצתה את המבוטח, וממילא זכאית לכל התשלומים שהגנב ישלם. זאת כיון שהבעלים הקנה לחברת הביטוח את זכויות התביעה. אך אפשר שזכיית השומר בכפל היא מעין 'פרס' או 'מתנה' מהמפקיד, והיא ניתנת לו רק אם יכול היה לפטור את עצמו (בטענה אמיתית או שקרית, כפי שחקרנו בדברי המשנה).

לכאורה, מסוגייה נוספת בבבלי עולה, שהקנס אינו מוקנה לשומר בכל מקרה שבו הוא שילם, אלא רק במקרה בו יכול היה לפטור את עצמו, וללא יכולת זו אין הבעלים מקנה לו את הכפל:

"אמר רב פפא: שומר חנם, כיון שאמר פשעתי - מקנה ליה כפילא, דאי בעי פטר נפשיה בגניבה. שומר שכר, כיון שאמר נגנבה - מקנה ליה כפילא, דאי בעי פטר נפשיה בשבורה ומתה. שואל שאומר הריני משלם - לא מקני ליה כפילא. במאי הוה ליה למפטור נפשיה -

¹⁸ בעניין זה ראה לקמן, במח' רבא ור' זירא.

¹⁹ וראה דברי הרב בלייכר בספרו עמק חברון בסוגייתנו, המבאר את שיטת רש"י בהסבר היסוד הנפשי של הבעלים, הגורם להם לרצות להקנות את הכפל לשומר. בלשון רש"י ישנם שלושה פנים. במקום אחד פירש "דקים להו לרבנן דניחא להו לשומר שיהא בטוח בקרן על מנת שיהא ספק כפל העתיד לבא של שומר" (לד, א ד"ה נעשה כאומר), ומשמע שסיבת ההקנאה היא כדי לפתות את השומר לשלם את הקרן לבעלים. במקום אחר פירש "שאינו זו שום טובה מוטל היה עליו להניח דעתו שהשאלה לו חניס" (שם ד"ה לא מקני ליה), וכן "פעמים רבות עשה לי קורת רוח" (שם ב ד"ה דעבד לי), דמשמע שסיבת ההקנאה היא שהשומר עשה להם טובה. ובמקום אחר "דכיון דשילם קנה כל תשלומיה" (לג, ב ד"ה למי שהפקדון אצלו), שכאן משמע שסיבת ההקנאה היא מעיקר הדין, שהשומר שילם תמורת הכפל. וראה שם מה שתרץ שלא יהיו דברי רש"י סותרים זה לזה.

במתה מחמת מלאכה, מתה מחמת מלאכה לא שכיח. איכא דאמרי, אמר רב פפא: שואל נמי, כיון שאמר הריני משלם - מקני ליה כפילא, דאי בעי פטר נפשיה במתה מחמת מלאכה" (לד, ע"א).

רב פפא דן בזכיית השומרים בתשלומי הכפל כפונקציה של יכולתם לפטור עצמם. גם שתי הדעות הדנות בדין השואל יוצאות מנקודת מוצא ברורה, שרק אם ביכולתו לפטור את עצמו הוא יזכה בכפל. כל מחלוקתם היא, האם שואל יכול לפטור עצמו בטיעון 'מתה כדרכה', ולכן יזכה בכפל, או שכיון שמציאות שמתה כדרכה אינה שכיחה, אין לשואל יכולת אמיתית לפטור את עצמו, ולכן לא יזכה בכפל. מכל מקום, ברור שאם אינו יכול לפטור את עצמו, כגון במקרה שיש עדים שנגנבה, הרי שלא יזכה בכפל, ואין הוא אלא 'כפורע חובו', ולא זכאי ל'פרס' כלשהו.

בהמשך הסוגיה, מביאה הגמרא את דברי רב זביד וברייתא המסייעת להם, ואפשר שבעקבות כך תתהפך הבנתנו בדברי רב פפא:

"אמר ליה רב זביד, הכי אמר אביי: שואל עד שישלם. מאי טעמא - הואיל וכל הנאה שלו, בדיבורא לא מקני ליה כפילא.

תניא כוותיה דרב זביד: השואל פרה מחבירו ונגנבה, וקידם השואל ושילם, ואחר כך נמצא הגנב - משלם תשלומי כפל לשואל. ללישנא קמא דרב פפא ודאי לא הויה תיובתא, ללישנא בתרא לימא תיהוי תיובתיה? - אמר לך רב פפא: מי אלימא ממתניתין, דקתני שילם ואוקימנא באמר, הכא נמי - באמר".

אם בדברי רב פפא מצאנו שחור ולבן - שואל זוכה או לא זוכה, הרי שרב זביד מציג אפשרות ביניים: שואל זוכה בכפל רק לאחר שישלם, בניגוד לשאר השומרים שזוכים בכפל כבר בדיבורם והתחייבותם לשלם. הסיבה שהבעלים מקנה את הכפל רק משישלם היא, שהואיל כל הנאה שלו שהיה היה עושה בה מלאכתו בלא שום שכר, בדבריו שאמר הריני משלם לא מקנה לו הבעלים כפל "שאיין זו שום טובה מוטל היה עליו להניח דעתו, שהשאלה לו חנם" (רש"י).

לא ברור מדברי רב זביד האם גם השואל זוכה בכפל משום שכל שומר ששילם זוכה בכפל, בבחינת 'חברת ביטוח', ויכולתו לפטור עצמו מקנה לו רק 'בונוס' מיוחד, שמיד כשאמר שישלם זוכה בכפל. אך עצם קניית הכפל תלויה בתשלומים עצמם, ואינה 'פרס' או 'מתנה'. ורב זביד סבר כלישנא קמא ברב פפא, שלשואל אין יכולת לפטור עצמו, ולמרות זאת זוכה בכפל. או שרב זביד סובר כאיכא דאמרי בשיטת רב פפא, שאף השואל יכול לפטור עצמו, ורק לכן זכאי בכפל. אמנם כיון שיכולתו זו רחוקה ורחוקה הוא יזכה בכפל רק משישלם, אך עצם הקניית הכפל תלויה ביכולתו הקלושה לשקר ולהיפטר. ניתן לחקור שאלה זו גם בדיון הגמרא בשיטת רב פפא.

הגמרא מקשה על רב פפא מדברי הברייתא התומכת ברב זביד, שממנה עולה שהשואל זוכה בכפל אם שילם. וזה לא כרב פפא בלישנא קמא, שממנו עולה שהשואל אינו זוכה בכפל לעולם, וגם לא כרב פפא באיכא דאמרי, שממנו עולה שהשואל זוכה בכפל מיד כשאמר שישלם. לגבי המשך הגמ', ישנה מחלוקת ראשונים.

רש"י גרס בגמרא "ללישנא קמא דרב פפא ודאי לא הויה תיובתא", וזאת משום "דמצי אמר לך, אנא אף על פי שאמר הריני משלם אמרי, ולא אמרי אף על פי ששילם". כלומר שלמרות ששואל אינו יכול לפטור עצמו בשום דרך, אם שילם ממש זכה בכפל. ואילו האיכא דאמרי ברב פפא תרצו את הברייתא, שמדובר שאמר שישלם, ולא דוקא ששילם. ואם אמר שישלם זוכה בכפל, שלמרות ש'מתה כדרכה אינו שכיח', אעפ"כ יכול לשקר שקר זה ולהיפטר. נמצא שרב פפא סובר ששומר זוכה בכפל

למרות שאינו יכול לפטור עצמו כדין 'חברת ביטוח', ואילו לרב פפא באיכא דאמרי השומר זוכה בכפל רק כיון שיכול לפטור עצמו, כדין 'פרס' או 'מתנה'.

לעומת רש"י שגרס "לא היא תיובתא", התוספות מביאים את שיטת רבינו חננאל שגרס "ודאי היא תיובתא". שכיון שטעמו של רב פפא הוא משום שמתה כדרכה לא שכח, שייך טעם זה אף כששילם, ולעולם לא יפטור. ואף באיכא מ"ד בדעתו לא חל שינוי בהנחות המוצא, ורק כיון ששואל יכול לפטור עצמו במתה כדרכה הוא זכאי בכפל. לכן, למסקנת שתי הלישנות ברב פפא אנו מבינים ששומר זוכה בכפל כ'פרס', רק אם יכול היה לפטור עצמו מלשלם.

לסיכום נושא זה, הצגנו שתי סיבות אפשריות לכך שהשומר זוכה בכפל. האחת, שהשומר זוכה בכפל רק כיון שיכול לפטור עצמו, וכיון שבוחר לשלם הבעלים נותן לו 'פרס'. השניה, שהשומר זוכה בכפל כיון ששילם עליו, כדין חברת ביטוח הזוכה בכל התשלומים מהגנב. בחנו שתי אפשרויות אלו בגמרא. בדעת רב זביד הדבר שקול, בדברי רב פפא זו מחלוקת ראשונים, ובאיכא מ"ד בשיטתו ברור שסבר שהזכיה בכפל היא 'כפרס' ולא 'כחברת ביטוח'.

1. סיכום הירושלמי והבבלי

נסכם את מחלוקת הירושלמי והבבלי. בעוד שבירושלמי ראינו שהסיבה לקניית הכפל היא גזירת הכתוב, וללא חידוש התורה לא היינו מזכים את הכפל לשומר, הרי שהבבלי תפס את הדין כקנין פשוט, שבעל הפיקדון מקנה את הכפל לשומר. כמו כן, ראינו שקניית הכפל לשומר מותנית בדברים שונים בירושלמי ובבבלי. אצל הירושלמי התורה חידשה את הדין דוקא כשחל חיוב כלשהו - תשלומים או שבועה - על השומר, אך אין הכרח שהשומר יוכל לפטור עצמו מהתשלומים. ואילו הבבלי סייג את קניית הכפל למקרה בו השומר יכול לפטור עצמו מתשלומים, ואם אינו יכול לפטור עצמו לא יקנה הכפל. ואף אם חייב עצמו, הדבר תלוי בכך שלא יטריח את הבעלים יותר מדי. ניתן להציג מספר נפק"מ בין הירושלמי לבבלי, הנובעות ממחלוקתם בתפיסה העקרונית:

- א. שומר שהודה שפשע, ואח"כ סרב לשלם, עד שבי"ד היו צריכים לכוף אותו לשלם. לפי הירושלמי השומר זכאי בכפל, שהרי שילם את חובתו. ואילו לבבלי, כיון שהטריח את הבעלים לא יזכה בכפל.
- ב. האם השומר זכאי ביוקר שהוקיר החפץ? לפי הירושלמי השומר אינו זכאי ביוקר, שהרי חידוש התורה היה רק לגבי הכפל, אך לא לגבי דברים נוספים. ואילו לפי הבבלי, השומר זכאי לדברים נוספים מלבד השבח, ביניהם היוקר.
- ג. אפשר שליירושלמי רק שומר חינם זכאי בכפל, שאולי רק לגביו נאמר חידוש התורה²⁰, אך לבבלי גם שאר השומרים זכאים בכפל²¹.
- ד. במקרה שיש עדים שהבהמה נגנבה באונס, ושילם השומר בכל זאת, לבבלי השומר יזכה בכפל שהרי חייב עצמו במקום שהיה פטור מלשלם, לירושלמי הרי הוא כ'קונה קנסיו של חברו' ולא יזכה בכפל²².

²⁰ וראה עוד בירושלמי שבועות פ"ח הל' א', 'תני וגונב מבית האיש ולא מבית השואל וכו', ובפרושים השונים שם.

²¹ כאמור, לגבי שואל ישנה מח' אמוראים. לדעת רש"י זו מחלוקת כפולה, לדעת ר"ח זו מחלוקת משולשת.

²² נפק"מ זו והבאה אחריה מופיעות בדברי הריטב"א כאן, ויש חולקים עליו. שכתב הרשב"א שאם יש עדים שפוטרים אתו אף לבבלי לא יזכה בכפל, והווי קונה קנסיו של חברו (ולפי זה יזכה ביוקרא, שהרי אינו קנס). ועוד, דלא אסיק המפקיד אדעתיה שישלם לו השומר כשיהיה לו עדים ככה"ג דפטור, ולא מקני הכפל מתחלה אדעתיה דהכי. ואם יש עדים שהשומר פשע בה וחייב, לפי הרשב"א יזכה בכפל, אך כתב הרב המגיד שלפי הרמב"ן והרמב"ם לא יזכה בכפל. וראה דברי הש"ך חו"מ סי' רצה ס"ק ח.

ה. במקרה שיש עדים שהבהמה נגנבה בפשיעה, לבבלי השומר אינו זכאי בכפל, שהרי לא יכול היה לפטור עצמו בשום דרך²³, לירושלמי השומר יזכה בכפל, שהרי שילם דבר שהיה חייב בו.

להלן נדון בהמשך סוגיית הבבלי, העוסקת בשאלה כיצד ומתי השומר קונה את הכפל. לשאלה זו השלכות להבנתנו את דרך קנין הכפל, ולהגדרת קנין זה.

ז. מחלוקת רבא ור' זירא

"מתקיף לה רמי בר חמא: והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם! ואפילו לר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ה"מ כגון פירות דקל דעבידי דאתו, אבל הכא מי יימר דמגנבא, ואם תמצי לומר דמגנבא, מי יימר דמשתכח גנב, ואי משתכח גנב מי יימר דמשלם, דלמא מודי ומפטר?!"

אמר רבא: נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני, הרי פרתו קנויה לך מעכשיו. מתקיף לה ר' זירא: אי הכי, אפילו גיזותיה וולדותיה נמי, אלמה תניא חוץ מגיזותיה וולדותיה! אלא אמר ר' זירא: נעשה כאומר לו חוץ מגיזותיה וולדותיה. ומאי פסקא? סתמא דמלתא שבחא דאתא מעלמא עביד איניש דמקני, שבחא דמגופה לא עביד איניש דמקני. איכא דאמרי, אמר רבא: נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני סמוך לגניבתה קנויה לך. מאי ביניהו? איכא ביניהו קושיא דרבי זירא, אי נמי דקיימא באגם."

נבאר את הגמרא בפשטות, ואח"כ נבחן את הבנות התוס' ורמב"ם בהסבר הסוגיה. בעקבות קושיית רמי בר חמא, "והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם"²⁴, מסיק רבא שהבעלים מקנה את הבהמה עצמה מבעוד מועד, כבר בשעת מסירת הפיקדון. בהו"א הבנו שהבעלים מקנה לשומר את הכפל שעדיין אינו בעולם, ופעולת הקנין היא מסירת החפץ לשומר בשעת ההפקדה, וקשה שהרי הכפל אינו בעולם עדיין, וכיצד הקנה אותו. רבא מיישב, שהשומר לא קנה את הכפל בלבד, אלא את כל גוף החפץ, ונמצא שהחפץ של השומר הוא שנגנב.

ר' זירא מקשה על רבא, שלפי דברי רבא הבהמה עצמה קנויה לשומר משעת מסירתה לפיקדון, וממילא אמור השומר לזכות גם בגיזות הבהמה המופקדת וולדותיה. וזה אינו, כמבואר בברייתא. ולכן, לפי ר' זירא אמנם הבעלים מקנים את הבהמה כבר בשעת המסירה, אך הם מסייגים את הקנין ואינם מקנים את גיזות הבהמה וולדותיה. ההסבר הנפשי לכך הוא, שאדם מקנה שבח דאתי מעלמא - רווח חיצוני שאינו נולד מגוף החפץ (ככפל ויוקר), אך לא מקנה שבח הבא מחמת גוף החפץ עצמו (כגיזות וולדות). נראה שאין הבדל עקרוני בין הסברי רבא ור' זירא, למעט הסיוג בהקנתא שבחא דאתי מגופא.

²³ על כל פנים לחלק מהשיטות שהבאנו לעיל.

²⁴ את מי תוקף רמי בר חמא? לפי רש"י הקושיה נסובה על המשנה, שפסקה שהכפל קנוי לשומר. הריטב"א מקשה על רש"י, שלשון 'מתקיף לה' לא נסוב בשום מקום בש"ס על המשנה, ולדעתו הקושיה היא על הקטע הקודם, ממנו משמע שבעל הפיקדון הוא שמקנה את הכפל לשומר (הראיה הראשונה בשיטת הבבלי שהבאנו לעיל), בעוד שאת המשנה כשלעצמה ניתן היה להסביר כתקנת חכמים לתיקון העולם. מ"מ, גם דברי הריטב"א קשים, דמשמע מיניה שרמי בר חמא הקשה על דברי בעלי התלמוד. ואכמ"ל.

באיכא דאמרי לדברי רבא מוסבר יסוד הקנין בדרך אחרת. השומר אינו קונה את החפץ בשעת מסירת החפץ לפקדונו, אלא קונה את החפץ רגע לפני שהוא נגנב. הקנין ע"י חצרו²⁵, ולא ע"י משיכה. ההבדלים בין ההסבר הראשון ברבא להסבר השני הם בשעת הקנין ובפעולת הקנין. הגמ' מציינת נפק"מ בין שתי השיטות בדברי רבא: 1. על השיטה השניה ברבא לא קשה קושיית ר' זירא (הנפק"מ בגלל השינוי בזמן הקנין). 2. אם הבהמה עומדת באגם בשעת הגניבה, לפי השיטה הראשונה ברבא זכה השומר בבהמה, שהרי קנתה לו המשיכה, ולפי השיטה השניה לא זכה בבהמה, שהרי הבהמה אינה בחצרו ובמה יקנה אותה? (הנפק"מ בגלל השינוי בפעולת הקנין).

ויש לשאול, האם לפי כל אחד מהאמוראים נקנה גוף הבהמה לשומר? ברור שבהו"א הגמ' סברה שגוף הפרה אינו קנוי לשומר, שהרי הגוף ישנו בעולם. ולכאורה מדברי רבא שאמר "הרי פרתי קנויה לך מעכשיו" משמע שכל הפרה קנויה. אך מדברי ר' זירא עולה סתירה. מחד, נראה שלא חלק על רבא אלא בשאלת הגיזות והולדות, אך מסכים שהפרה כולה נקנית לשומר. מאידך, לכאורה הו"ק"ר, אם את ה'שבחא דאתי מגופא' הבעלים אינו מקנה, פשוט שאת גוף הפרה עצמה לא יקנה!

ה. שיטות התוספות

התוס' מסיקים שהנחת המוצא של רמי בר חמא היא, שבעל הפקדון מקנה לשומר את הבהמה לכפילה כבר בשעת המסירה²⁶, ועל כך הוא שואל "והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם". התוס' מקשים, מנין לרמי בר חמא שלר' מאיר אין להקנות בהמה לכפילה, והרי במקום אחר ראינו שהגמ' מסתפקת כיצד יפסוק ר' מאיר! וזה לשונם:

"וקשה, דבפרק השולח מיבעיא לן²⁷ בעבד שמכרו רבו לקנס, דדילמא אפילו לר' מאיר לא יועיל משום דלא עבידא דאתי דמנח, או דילמא אפילו לרבנן יועיל משום דהא קאי עבדא והוי דקל לפירותיו. והכא פשיטא ליה דלא מהני פרה לכפילא ואפילו לר"מ!
וי"ל, דשמא התם שכיח טפי מהכא. אי נמי, הכא פריך אם תמצי לומר בעבד שמכרו רבו לקנס דלא מהני לר"מ. ומשני, נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנויה לך מעכשיו, שגוף הפרה מכר לו, דהשתא הכפל שלו ממילא" (תוס' ד"ה כגון פירות דקל).

התוס' מתרצים את קושייתם בשני אופנים: האחד מחלק בין קנס עבד לכפל בהמה, שהראשון שכיח והשני לא²⁸. והשני, שאמנם סוגייתנו יוצאת מתוך נק' הנחה לא מוכרחת, 'אם תמצי לומר' על גבי

²⁵ כך מוכח מהנפק"מ שמונה הגמ' "אי נמי דקימא באגם", ופירש רש"י שם: "...דהא סמוך לגניבתה לא היתה בחצירו שתהא חצירו קונה לו, ומשיכה ההוא שעתא לא הו"א, ובמאי נקני?...".

²⁶ ודוחים את ההבנה שההו"א של הגמ' סברה שהשומר קונה את הכפל בשעת התשלום. ראייתם, שהרי אין מעות קונות, וכך גם מדויק מלשון השאלה של רב"ח "מי יימר דמגנבא", דמשמע שבשעת הקנין הבהמה טרם נגנבה. וכמסקנתם הסביר גם רש"י.

²⁷ וזה לשון הגמ' שם (גיטין מב, ב): "איבעיא להו, עבד שמכרו רבו לקנס, מכור או אינו מכור? תבעי לר"מ תבעי לרבנן. תבעי לר"מ, עד כאן לא קאמר ר"מ אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אלא כגון פירות דקל דעבידי דאתו, אבל הכא מי יימר דמיגנב, ואם תמצי לומר דמיגנב ממאי דמשלם, דלמא מודי ומפטר. ותבעי לרבנן, עד כאן לא קאמר רבנן אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אלא כגון פירות דקל דהשתא מיהא ליתנהו, אבל הכא הא קאי שור והא קאי עבד".

²⁸ על פניו, תירוץ התוס' מתחמק, ונראה כ'סתם' חילוק - קנס עבד שכיח וכפל בהמה לא. אך לא כן הדברים, ודברי התוס' מדויקים ואחוזים בהררי קודש, ונעוצים בהבנה עמוקה בשיטת ר"מ וביסוד אי יכולת הקניה של דבר שלא בא לעולם. במקום אחר (ב"מ טז, ב),

הסוגיה של קנס עבד. ותירץ רבא, שהשומר קונה את כל גוף הפרה משעת המסירה, וממילא גם הכפל שלו.

נמצא מבואר בשיטת התוס', שבהו"א סברנו שהשומר קונה את הבהמה לכפילה. ועל כך מקשה רמי בר חמא דהוי דבר שלא בא לעולם. למסקנת רבא, השומר קונה את גוף הפרה, דהוי דבר שישנו בעולם. וקשה על מסקנה זו מה שהקשנו לעיל, שיימצאו דברי ר' זירא בסתירה פנימית, שסובר שהבעלים משייר לעצמו פירות דאטי מגופא דפרה, אך את הפרה עצמה נותן לשומר!

ונראה דיש לתרץ בשני אופנים:

- א. באמת הבעלים אינו מעוניין להקנות את גוף הפרה, כשם שאינו מעוניין להקנות שבחא דאטי מגופא. אך כיון שאין דרך להקנות לשומר שבחא דאטי מעלמא מבלי להקנות את הגוף, הוא מעדיף להקנות גם את גוף הפרה ולשייר לעצמו רק את השבח דאטי מגופא.
- ב. השויר של שבחא דאטי מגופא הוא זמני בלבד, רק עד שעת הגניבה. אך משעה שהבהמה נגנבה, זוכה השומר גם בולדות ובגזיות. ונמצא שבסופו של דבר המפקיד מקנה לשומר את גוף הפרה למפרע משעת המסירה, את הגזיות והולדות משעת הגניבה בלבד, ואת כל השבח דאטי מעלמא.²⁹

לסיכום דברי התוס', אליבא דכל האמוראים השומר קונה את גוף הבהמה. לרבא קמא זוכה בה בשעת המסירה, וכן לר' זירא. לרבא בתרא זוכה בה משעת גניבה. אך ברור לכולם, שבמידה ויימצא הגנב הוא יחזיר את הבהמה עצמה לשומר, ולא לבעל הפיקדון, הבעלים המקורי.

19. שיטת הרמב"ם

מה רבה המבוכה, כאשר בפסק הרמב"ם אנו מוצאים את הדין הבא:

"חזרה הבהמה עצמה, חוזרת לבעליה, היא וגזותיה וולדותיה. שאין זה השומר קונה שבח הבא מגופה אלא שבח הבא מאליו" (הלכות שו"פ פ"ח הל' א).

והדבר תמוה, כמי מהאמוראים פסק הרמב"ם, הרי ראינו שלמרות שנחלקו על הגזיות והולדות, כולם מודים שהשומר קנה את גוף הבהמה³⁰?! קושיה זו חזקה כל כך, עד שהש"ך (חו"מ סי' רצ"ה

אנו מוצאים שר' מאיר סובר ש"האומר לאשה התקדשי לי לאחר שאתגייר - הרי זו מקודשת", וזאת למרות שהדבר אינו 'עשוי לבוא' מאליו. נמצא, שלר"מ הבעיה בקנין דבר שלא בא לעולם תלו בסבירות שדבר זה יבוא, אך לא באוטומטיות ביאת דבר זה, כפי שיכול להשתמע בטעות מלשון הגמ' "ה"מ כגון פירות דקל דעבידי דאתו". וכן לשון הריטב"א (ד"ה ואפילו לר"מ): "ותדע דלאו דוקא נקט כגון פירות דקל, דהא אשכחן לר"מ דאמר במידי דלא עביד דאתו... וכל הנהו דהתם לא עבידי דאתו דומיא דפירות דקל, ולאפוקי מילתא דעביד דלא אתי כלל כגון... דאלמא דוקא בהא דלא שכיח דאתי כלל, אבל כל היכא דשכיח ולא שכיח, אע"ג דלא עביד דאתי מנפשיה כפירות דקל, אמרה ר"מ". ואם כן תירוצו התוס' מדוקדק היטב, שבקנס של עבד יש רק שני ספקות - מי אמר העבד יינגח, ומי אמר שהבעלים לא יודו וייפטרו. אבל כאן ישנם שלושה ספקות - מי אמר שתגנב, מי אמר שימצא הגנב, ומי אמר שהגנב לא יודה וייפטר.

²⁹ ניתן 'להלביש' תירוצו זה על דברי הריטב"א (בר"ה אלמא תניא), ששאל מדוע לא נאמר שאומר לו 'פרתי קנויה לך מעכשיו ולאחר שתגנב ותרצה ותשלמני', שאז קונה את גוף הפרה מהיום ופירות לאחר שתגנב. ותירץ שאין הכי נמי, ובאמת זה בכלל מה שתירץ 'נעשה כאומר לו חוץ מגזיותיה וולדותיה. וראה בענין זה דברי הש"ך חו"מ סי' רצה ס"ק ט.

³⁰ בכל מקרה נראה שלא פסק כאיכא דאמרי בשיטת רבא, שהרי לא חילק בין עומדת באגס לעומדת בחצר. ועוד, נראה שר' זירא עצמו לא חלק על רבא, אלא רק פירש דבריו באופן שיתאימו לברייתא. ניתן לראות זאת בכמה ראשונים, שהבינו שרבא עצמו מודה לדברי ר'

ס"ק יא) כתב שלשון הרמב"ם לאו דוקא, שמסתמא השומר אינו חפץ בבהמה עצמה, ומסתמא אינו מקפיד על גוף הבהמה אלא על הדמים, אך באמת מצד שורת הדין הבהמה של השומר. וקשים הדברים להולמם.

לכן נראה לומר, שהרמב"ם קרא את הגמ' בצורה אחרת מזו שראינו עד כאן: בהו"א של הגמ' בעל הפקדון מקנה לשומר את הכפל גרידא, ואינו מקנה לו שום חלק בבהמה. והקשה רמי בר חמא, והרי הוי דבר שלא בא לעולם! ועל כן תירץ רבא שהבעלים הקנה לשומר את הבהמה לשבחיה. גם מסקנת ר' זירא דומה, שאמנם הבעלים אינו מקנה את הבהמה גופה, אלא רק את הבהמה לשבחיה, ומסייג זאת לשבח דאתי מעלמא, אך לא לשבח דאתי מגופא. וכך סוברים גם האיכא מ"ד בשיטת רבא, שהבעלים מקנה את הבהמה לשבחיה, אך ברור שאינו מקנה את גוף הבהמה. ברור אם כן מדוע פסק הרמב"ם שהבהמה חוזרת אל בעל הפיקדון ולא אל השומר, והיא הלכה המוסכמת על כל האמוראים.

נחזור כעת לשאלת התוס' שראינו לעיל. התוס' הקשו מאי שנא המוכר עבד לקנסו, שבזה התלבטה הגמ' בגיטין האם לר' מאיר הקנין מועיל, ואילו כאן ברור לרמי בר חמא שר' מאיר יודה לחכמים שאין קנין הפרה לכפילה מועיל מטעם דבר שלא בא לעולם.

קושיה זו קשה שבעתיים על הרמב"ם, שלפי האמור הבין שלכו"ע ניתן להקנות פרה לכפילה, ואילו בגיטין היינו מסופקים אם קנין כזה של המוכר עבד לקנסו יועיל³¹! להגנת הרמב"ם נחלצו האחרונים, וחילקו בין הקנאת עבד לקנסו להקנאת בהמה לכפילה³²:

- א. בהקניית עבד לקנסו הבעלים מקנה רק את הקנס ולא דבר נוסף, ואין אפשרות להקנות 'כלום'+קנס. פעולת קנין כזו אינה מועילה, כיון שהקנס אינו בעולם ואין לקנין על מה לחול. אך בגמרתנו מקנה כל שבח דמעלמא, ובכלל זה יוקרא+כפל. וכיון שבפעולת הקנין יש שווי הקיים כבר, הקונה נעשה שותף בגוף הפרה עצמה, וממילא יכול לזכות בקנס, למרות שהקנס אינו בעולם עכשיו. לפי זה, ניתן להקביל בהצלבה: המוכר פרה לקנסה בלבד - לא יועיל, המוכר עבד למלאכתו ולקנס - יועיל (קצות סי' רצה ס"ק ד).
- ב. להקניית עבד לקנסו ולהקניית בהמה לכפילה יש משמעויות שונות. שקנס העבד תמיד שייך לבעלים, אף אחר המכירה, והקונה בא רק מכח בעלים הראשונים לזכות בקנס. אין לקונה אלא התחייבות של הבעלים הראשון, והתחייבות זו הנה דבר שלא בא לעולם. ואילו בקנין בהמה לכפילה הקונה זוכה בגוף הבהמה ממש, במרכיב הכפל שהוא חלק מגופה. וזה ישנו בעולם. הבדל זה נובע בגלל השוני בין הקנסות, מתי מחייבים בכל אחד מהם. קנס של עבד אינו קיים לעולם בחיי העבד, והוא מתחיל במיתת העבד בלבד. ואילו כפל של בהמה קיים במקביל לבהמה כשהיא חיה, שהרי אפשר שיבוא אף שהבהמה בחיים (ר"ח הלוי הל' מכירה פ' כ"ג הל' ג).

לסיכום מחלוקת התוס' ורמב"ם, נראה שישנם שלושה הבדלים ביניהם, שנים בקריאת הסוגיה והאחד הלכה למעשה. בעוד שהתוס' הבינו שלמסקנת הסוגיה השומר קונה את גוף הבהמה, הרמב"ם

זירא. כך למשל בתוס' (לה, א ד"ה ואותביניה שילם), שם מניחים התוס' שרבא מודה שהשומר אינו זוכה בגיזות וולדות. וכן בריטב"א כאן על דברי ר' זירא, וז"ל: "...וי"ל, דאה"נ והרי זה בכלל מה שתי' לו נעשה כאומר לו חוץ מגיזותיה וולדותיה". שמשמע מלשונו שר' זירא מתיר את דברי רבא, ואף רבא יודה לו. ולכן נ"ל שהרמב"ם פסק כרבא אליבא דר' זירא.

³¹ ניתן היה לומר שלגמ' בגיטין היה הדבר בספק, אך הגמ' שלנו פושטת ספק זה ומכריעה שניתן לקנות בהמה לכפילה, והוא הדין בעבד לקנסו. אולם אין הדבר כן, שהרי הרמב"ם הותיר את הדבר בספק וז"ל: "מכר עבדו לקנס שאם יוגח וימות יהיה קנס של לוקח הרי זה ספק לפיכך לא קנה ואם תפס הקנס אין מוציאין מידו" (הל' מכירה פ' כג הל' ג).

³² וראה עוד דברי עמק חברון בזה.

הבין שהשומר אינו קונה את כל גוף הבהמה, אלא רק את הבהמה לכפילה. מח' זו גוררת נפק"מ למעשה, האם כשחוזרת הבהמה עצמה היא חוזרת לשומר או לבעל הפיקדון, ואפשר שיחלקו גם לגבי הגיזות והולדות שלאחר הגניבה. הבדל שני בקריאת הסוגיה הוא, שלתוס' שהקונה בהמה לכפילה נחשב כקונה דבר שלא בא לעולם, בדומה לקונה עבד לקנסו, ואילו לרמב"ם הקנסות חלוקים בדיניהם, ומסקנת סוגייתנו שהקונה בהמה לכפילה אינו קונה דבר שלא בא לעולם.

י. סיכום

ביקשנו לבחון את הסיבה שהשומר זוכה בתשלומי הכפל. בתוך כך עלו עלו מספר אפשרויות, מהן נגזרו נפק"מ שונות. בתוך כך העלנו מודלים שונים אליהם ניסינו להשוות את קניית הכפל - 'חברת ביטוח', 'פורע חובו', ו'פרס'. ליישום מודלים אלו היתה השלכה לדינא: מי הם השומרים הזוכים בכפל, מתי זוכים בכפל, האם דוקא כשיכלו לפטור עצמם בשבועת אמת או שקר, ועוד. העלנו שלירושלמי זכיית השומר בכפל היא גזירת הכתוב מיוחדת בכפל, ואילו לבבלי הבעלים מקנים לשומר את הכפל. בתוך כך עיינו במחלוקת התוס' והרמב"ם בפירוש הבבלי, כאשר לשיטת התוס' מסקנת הגמרא היא שהשומר קונה את גוף החפץ, ואילו לרמב"ם השומר קונה את החפץ לשבחא דאתי מעלמא בלבד.