

משיכת פקדון על ידי השומר – גדרה ותכליתה

ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. הסבר א: משיכה בשומר כהכנסה לרשות
- ג. הסבר ב: משיכה מועילה מדין תחילת שמירה
- ד. הסבר ג: משיכה היא קניין היוצר התחייבות לאחריות על החפץ
- ה. הפקיד על חמור חבירו על מנת שיוליך החפץ
- ו. משיכת המתבצעת על ידי המפקיד
- ז. שמירה בקרקע ובשטרות
- ח. אומן
- ט. שומר שחייב עצמו יותר מדינו
- י. חלק ב: לשומר בעלות ממונית בגוף החפץ
- יא. סיכום

א. הקדמה

מפורסמת מחלוקת הראשונים, האם כתנאי לחיובי השומר בדיני שמירה, נזקק השומר למעשה קניין או שמא הוא מתחייב בדיני שמירה גם ללא מעשה קניין. הגמרא (בבא מציעא צט,א) אומרת 'כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים', ומכאן למדו הרמב"ם (שכירות ב,ח; פירוש המשנה ב"ק ז,ו) ורש"י (בבא קמא עט,א ד"ה תיקנו) ששומר מתחייב בדיני שמירה רק בתנאי שעשה מעשה קניין, ובלי מעשה קניין אינו חייב אף שגמר בדעתו להתחייב.¹

¹ מלשון הגמרא 'כך תקנו משיכה בשומרים' לכאורה משמע שגם לשיטה שבלי מעשה קניין אין השומר מתחייב, הוא רק מדרבנן ולא מהתורה, ובאמת מהתורה חייב אף בלי משיכה, והרב ברוך כהנא ציין (שומרים, מילואים לסעיף 1א), עמוד 630 להערה 128) שרבים שביארו כן, וע"ש לפ"ז מדוע הוצרכו חז"ל לתקן קניין משיכה. אמנם ראה שם שיש רבים

מאידיך, המשנה אומרת (בבא מציעא פ, ב) שכאשר מפקיד אומר לנפקד: 'שמור לי', והנפקד אומר: 'הנח לפני' - הרי הוא שומר חינם. ומכאן לכאורה מוכח שאין צורך במעשה קניין כדי להתחייב בדיני שומרים, ועצם קבלת השמירה מספיקה, ש'מיד שסלק בעל הבהמה שמירתה מעליה מדעת השומר קמה לה ברשות השומר לשומרה', כלשון הרא"ש (פ"ח סימן טו), וכן למדו תוספות (צט, א ד"ה כד).²

מחלוקת זו הובאה בשולחן ערוך במספר מקומות. בהלכות שומר חינם (רצא, ה) הביא השולחן ערוך את ב' השיטות. בהלכות שומר שכן (שג, א) סתם השולחן ערוך כדעת הרמב"ם והרמ"א לא השיגו, ובהלכות שאילה (שמ, ד) השולחן ערוך פסק כדעת הרמב"ם שצריך מעשה קנין, והרמ"א הזכיר את החולקים שאין צריך מעשה קנין. הש"ך הכריע (רצא, יג) שצריך מעשה קניין.

במסגרת זו לא נעסוק בפרטי הראיות והמשא ומתן לכאן ולכאן. נתמקד בעיקר בשיטת הרמב"ם, המצריכה מעשה קניין,³ ונדון בשאלה - מהי מהות ותכלית מעשה קניין בהלכות שמירה? כיצד קניין משיכה מועילה לחייב את הנפקד בדיני שמירה? בדרך כלל מקובל שגדר ומטרת מעשה הקניין היא העברת בעלות או זכות ממונית מסוימת למושך, ולכאורה ביחס להלכות שמירה אין לומר כך, שהרי השומר לא קונה את החפץ והוא נשאר בבעלותו של המפקיד!⁴ ואע"פ שקונה אכן מתחייב בתשלום לאחר המשיכה, מכל מקום החיוב הוא

שלמדו שהצורך במשיכה הוא מהתורה ולא מדרבנן, וראה שם כמה הסברים ללשון הגמרא 'כך תקנו משיכה בשומרים', וכך נראה שלמדו רוב הפוסקים שיובאו לקמן במאמרנו.

² ובקצרה כתב כן הרא"ש גם בפרק 'השוכר את האומנין' סימן טו. אמנם הגר"א (רצא סק"יג), הפלפולא חריפתא (שם אות א), והתפארת שמואל (ב"ק פ"ז אות ג) העירו שבבא קמא סתר הרא"ש (פ"ז סימן יא) את דבריו כאן, וכתב שמתחייב רק משעת משיכה, וכבר העיר כן השלטי גיבורים (בבא מציעא נ, ב בדפי הרי"ף). כמו כן העירו שגם התוספות סותר עצמו, משום שבבא קמא (עט, א ד"ה תיקנו) כתב התוספות ששומר חייב רק משעת משיכה. וראה באבן האזל (שאלה ופקדון א, ד"ה ונראה) שישב שבאמת שיטת הרא"ש שיכול להתחייב כבר משעה שקיבל עליו לשמור אלא שכל זה מועיל דוקא משעה שהבעלים נסתלקו משמירת הפקדון אך אם המפקיד עדיין עומד ליד הנפקד לא מועילה קבלת השומר אלא רק בתנאי שעושה קנין משיכה.

עוד העירו רבים שבאמת שיטת תוספות שונה משיטת הרא"ש, שלרא"ש גם שואל מתחייב כבר בעצם הסכמתו לשמור, אך לתוספות שואל מתחייב רק כשעושה משיכה, ובזה שונה שואל משומר חינם ושכר.

³ האחרונים האריכו לדון בשיטת הרא"ש והתוספות כיצד התחייבות השומר מועילה לחייבו גם מבלי מעשה קניין, ראה למשל במחנה אפרים (שומרים סימן ז) וקצה"ח (שז, א).

⁴ כך מסתבר, ויתירה מכך המפקיד אף יכול להקדיש את פקדונו ונמצא שאפילו אינו נחשב לאינו ברשות המפקיד, כמבואר בתוספות (ב"ק ע, א ד"ה לא) וברמב"ם (ערכים וחרמים ו, כב).

פועל יוצא מקניין החפץ, שכיון שקונה את החפץ ממילא מתחייב תמורתו, אך אין לומר שמשיכה יכולה ליצור התחייבות בלי קניין החפץ לפני כן.⁵ ואכן כבר תמה כן רבי עקיבא איגר בחידושו (בבא מציעא מח, א ד"ה ובאמת) וז"ל:

כל קנין משיכה אין המשיכה עושה כלום להתחייבות המושך אלא דהמשיכה עושה שיזכה בדבר המושך וממילא נתחייב בתשלומים... ובאמת מה"ט אינו מובן כראוי לשיטת הסוברים (סימן רצא) דשומר לא נתחייב בשמירה, אלא אם עשה איזה קנין חצר או ד"א או משיכה, ואיני מבין מה טיבו של משיכה בש"ח הא הוא אינו זוכה כלום במשיכה זו ובמה יתחייב במשיכה.

ב. הסבר א: משיכה בשומר כהכנסה לרשות המחייבת בדיני שמירה ולא חלות קניינית

הזכר יצחק (סוף סימן לא) מבאר בקצרה את גדר משיכה בשומרים:

וכן משיכה בשומרים אינו בגדר קנין, רק כיון שמשיכה מועילת בקנין, והיינו דעל ידי המשיכה כאילו נכנסת לרשותו שזה מחייב גם בשומר, דבשומר הדין גם כן דנכנס לרשותו מדין התורה דכי יתן איש אל רעהו, והנתינה היא העתקה מרשותו לרשות השומר ובלאו הכי לא מתחייב, ובזה נסתר לי כמה קושיות מהאחרונים, והרבה דברים יש לי בזה והעת לא תתנו כעת לבוא בארוכה.

הזכר יצחק מבאר שמשיכה מחייבת את השומר בדיני שמירה, אך לא בגלל החלות הקניינית הטמון בה, אלא מפני שכדי להתחייב בדיני שמירה יש צורך בהעברת החפץ לרשות לשומר, וכיון שמשיכה מוגדרת כהכנסה לרשותו, שעל כן היא מועילה בדיני קניינים, יש בכוחה לחייב את המושך בדיני שמירה.

לא מצאתי כעת שהזכר יצחק ממשיך לפתח את עיקרי סברא זו, וננסה להעלות בע"ה דברים העולים מגדר זה.

⁵ אכן ביחס לשוכר ולשוואל ניתן לפרש שהשומר קונה את גוף החפץ, אך בפשטות ביחס לשומר שכר וכל שכן ביחס לשומר חנים קשה לפרש כן, ועל כן ברובו של המאמר נצא מנקודת הנחה ששומר לא קונה את גוף החפץ.

1. אילו סוגי קניינים מועילים לחייב בדיני שמירה

להבנה זו, הסוברת שרק העברת רשות מחייבת בדיני שמירה, אפשר שיש קניינים שלא יועילו לחייב את השומר בדיני שמירה, משום שיש קניינים שאינם בגדר הכנסה לרשות, ולכן יש לברר ביחס לכל קניין וקניין האם הוא אכן עונה להגדרה זו והאם הוא מועיל לחייב בדיני שמירה.

א. קניין הגבהה – בפשטות קניין הגבהה אכן עונה על גדר של הכנסה לרשות ועל כן מועילה הגבהה לחייב בדיני שמירה, וכן כתב בפשיטות המנחת חינוך (מצוה ס).

ב. קנין חצר – קניין חצר מועיל לחייב בדיני שמירה,⁶ וזה אכן תואם לזכר יצחק, משום שגדר קניין חצר הוא כהכנסה לרשות.⁷

ג. קניין סודר - יש לדון האם שומר מתחייב בדיני שמירה בקניין סודר, היינו במקרה שהשומר נותן את סודרו למפקיד,⁸ ובכך מקנה המפקיד את החפץ לשומר, שהרי לפי הזכר יצחק נראה שלא מתחייב בדיני שמירה משום שהחפץ אינו נכנס לרשות השומר. ומצאתי שבהגהות ה'אמרי ברוך' על קצוה"ח (צה סק"ד) משמע שסובר שמועיל קנין סודר לחייב את השומר, אך במילואי החושן (שם) מביא בשם הקהילות יעקב בהגהותיו על קצוה"ח, שקניין סודר לא מועיל לחייב בדיני שמירה מכיון שאינו זוכה כלום בחפץ תמורת הסודר שנתן, ודבריו מובנים היטב לפי הזכר יצחק.

ד. קניין כסף - כאשר שוכר משלם כסף במטרה לשכור מטלטלין, אף אם נאמר שכסף קונה את עצם השכירות (ראה סימן קצח סעיף ו), מכל מקום לפי הזכר יצחק השוכר עדיין לא מתחייב בדיני שמירה, משום שהחפץ עדיין לא ברשותו, וכאשר לא נמצא ברשותו אי אפשר להתחייב בדיני שמירה. אך אפשר לומר שהזכר יצחק מודה שבשוכר

⁶ בבב"מ צד, ב: "כגון דקיימא בחצירו דשואל".

⁷ וראה עוד לקמן מה שהוספנו לדון בקניין חצר.

⁸ בקניין סודר להיפך, שהשומר מושך את סודרו של המפקיד, מבואר בכמה מקומות (נבא מציעא נח, א; צד, א) שמועיל לחייב את השומר, ואף שכאן החפץ אינו ברשות השומר, נראה שאין בכך סתירה לזכר יצחק, משום שאפשר שלפרש שבמקרה שהשומר מושך את הסודר, הרי זה כאחריות ממונית שמתחייב לשלם במקרים ששומר חייב, אך אין זה מועיל לעשותו ממש כשומר, כיון שסוף כל סוף החפץ לא ברשותו, ויש להאריך בזה. לעומת זאת כאשר המפקיד מושך את סודר הנפקד, א"א אפילו לומר שהשומר מתחייב בהתחייבות הממונית שהרי השומר לא משך את הסודר, ואיך יחייב עצמו.

כן מועיל קניין כסף, והחילוק הוא שאפשר שדווקא ביחס לשומר חנם ושומר שכר למד הזכר יצחק שעצם ההכנסה לרשות היא המחייבת ולא מעשה הקניין, משום שבהם כאמור אין השומר זוכה כלל בגוף החפץ ועל כן מוכרח שעצם העברת הרשות היא המחייבת בדיני שמירה. אך בשוכר, וכן בשואל, שקונה את גוף החפץ לפירות, ממילא בהם אכן ניתן לפרש את הצורך בקניין כפשוטו, שעצם מעשה הקניין הוא המחייב בדיני שמירה, ממילא מובן שגם קניין כסף יועיל בשוכר גם לזכר יצחק. ונראה להוסיף ולהכריח חילוק זה מדברי הזכר יצחק עצמו, שראיתו לכך שהעברת הרשות היא המחייבת היא מכך שהתורה התנתה זאת בדבריה 'כי יתן איש אל רעהו', והרי לשון זה אמורה בתורה (שמות כב, ו; כב, ט) ביחס לשומר חנם ושומר שכר אך לא בשוכר ובשואל, ולכן אפשר לבאר שבהם גדר מעשה המשיכה מתבאר ביחס לחלות קניינית וממילא כאמור גם קניין כסף יועיל בהם, וכן חילק בטבעת החושן (סימן רצא ד"ה ויש לחקור).

ה. אלא שעדיין יש לומר נפק"מ בקניין כסף לפי סברת הזכר יצחק בשומר שכר (שאינו קונה בגוף החפץ) שקיבל שכר מוקדם עבור השמירה, שלא מועילה קבלת השכר לחייבו בדיני שמירה כיון שהחפץ לא נכנס לרשות השומר.⁹

ו. ומצאתי שיש אחרונים¹⁰ שלמדו בדברי הרמ"ה (שטמ"ק בבא קמא צט, ב ד"ה וכן כתב הרמה) ובדברי התוספות ר"ד (בבא קמא עט, א) שאכן קבלת שכר לא מועילה לחייב מדיני שמירה, ולפי מה שכתבנו דבריהם מובנים היטב.

ז. קנין אגב – לקמן נביא דברי קצוה"ח (צה, ד) ונתה"מ (שם, א) שדנו באריכות במקרה שמפקיד מסר קרקע ומטלטלין שעליה לשומר ועשה

⁹ ויש לדון האם מכל מקום נתינת הכסף מועילה לחייב אותו באחריות חיצונית שאינה נובעת מדיני שמירה כמו שכתבנו בהערה הקודמת ביחס לקניין סודר (וראה בהערה הבאה). והנה יש לשומר ב' חיובים: א. חיוב שמירה על החפץ. ב. חיובי אחריות במקרה של אבדן. וידוע מה שדנו האחרונים לדון ביחס בין החיובים הללו, ויש לעורר דשמא ההתחייבות החיצונית הנ"ל מועילה רק בחיובי האחריות במקרה של אבדן אך לא מועילה לחייב אותו בשמירה על החפץ בפועל שאולי הוי כהתחייבות על דברים ורק חלות דין שומר מועיל לחייבו בשמירה על החפץ בפועל.

¹⁰ מנחת פתים (שו, ד), דברי חיים (שומרים סימן יט ד"ה ולפע"ד), ערך ש"י (רצא, ה; שג, א), אמרי בינה (הלכות הלואה סימן פב ד"ה וראית). הרמ"ה מדבר על אומן שמתחייב בדיני שמירה רק אם משך או הגביה אך בנתינת כסף לא חייב מדיני שמירה, ומכל מקום מודה הרמ"ה שנתנת השכר מועילה לחייבו בחיוב אחריות ומכאן לכאורה ראיה למה שכתבנו בהערה הקודמת. (וראה לקמן עוד ביחס לאומן).

השומר קנין בקרקע האם יועיל להתחייב בדיני שמירה על המטלטלין על ידי קניין אגב, ולזכר יצחק מסתבר שלא יועיל כיון שהמטלטלין לא נמצאים ברשות השומר, שהרי הקרקע לא ברשותו ובבעלותו, ואם כן אי אפשר להתחייב בדיני שמירה עליהם. אך עדיין יש לעיין בכך, שאפשר שגם לזכר יצחק ניתן לומר שכדי להתחייב בדיני שומרים אין צריך שהחפץ יהיה ממש ברשות השומר אלא מספיק שיהיה בסמכותו ובחזקתו של השומר, הגם שאין הרשות בבעלות הממונית של הנפקד, דגם זה כלול בכלל יוכי יתן איש אל רעהו, שכל נתינה מהמפקיד לנפקד באופן שהחפץ יהיה בסמכותו, בחזקתו, ובשליטתו של הנפקד – מועילה להיחשב כנתינה לשומר.¹¹ ולפי"ז בנידון זה ניתן לומר שסוף כל סוף החפץ נמצא בשליטתו, שאף שאין שמירה בקרקעות, מכל מקום כיון שהשומר חייב אם פשע בשמירת הקרקע לדעת הרמב"ם (שכירות ב,ג), נמצא שבמובן מסוים החפץ מונח ברשות שכן יש לנפקד בה סמכות ושליטה מסוימת, שהרי הוא מחויב בשמירתה ואם פשע חייב, ועל כן אפשר שגם לזכר יצחק מועיל קניין אגב לחייב את השומר בשמירת המטלטלין.¹²

2. האם צריך דוקא רשות המועילה לדיני קניינים או שכל רשות מועילה

לעיל אמרנו שקניין חצר מועיל להתחייב בדיני שמירה משום שיש בכך הכנסה לרשות. ונראה להוסיף, שלפי הזכר יצחק אין צריך שהחצר תהיה חצר משתמרת או חצר שאינה מהלכת. הביאור לכך הוא שדווקא כאשר מטרת המעשה היא ליצור חלות קניינית צריך שהחצר תהיה חצר המועילה לדיני קניינים, ודווקא בתנאים הנ"ל החצר מועילה לקניין, אך כיון שבדיני שומרים מטרת החצר היא לא ליצור חלות קניינית אלא רק ליצור היכי תמצוי של הכנסה לרשות השומר המחייבתו בדיני שמירה, ממילא אפשר להבין שאין צורך שלחצר יהיו תנאים אלו, שהרי סוף כל סוף גם באינה משתמרת או בחצר מהלכת החפץ נכנס לרשות השומר ונחשב כנתינה המחייבת בדיני שמירה.¹³

¹¹ כמובן שאין הכוונה שעצם נתינת הרשות והסמכות לנפקד מועילה, שאם כן לא צריך מעשה כלל, אלא כוונתי שתהיה נתינה באופן שכרגע החפץ נמצא במקום ומצב שיש לנפקד איזה סמכות ורשות בו.

¹² וראה עוד לקמן ביחס לקניין קרקע.

¹³ שו"ר שכעין זה כתב הרב מרדכי פארשלגר ז"ל (תורת מיכאל סימן כה): "דלהשיטה דבקבלת שמירה לחוד לא מחייב עד דעביד משיכה ובמקום דמשיכה קונה, אין הכוונה דבעינן שיהיה שם קנין משיכה הקונה בכל מקום להיות שלו, אלא אף דלעניין להיות שלו בקנין לא קני בחצר מהלכת, אבל לענין קניין שומרים להתחייב בעינן רק שיקבל שמירה

והנה יש ראשונים¹⁴ שחידשו אף יותר מכך, שבשומר מועילה משיכה גם ברשות הרבים אף שבדיני קניינים משיכה כזו לא מועילה. להבנה זו במהות קניין שומר ניתן להבין את דבריהם היטב, שגם אם לא מועילה משיכה ברה"ר בדיני קניינים מכל מקום היא תועיל לגבי דיני שמירה משום שסוף כל סוף החפץ נמצא ביד הנפקד ושפיר חשיב כנתינה מהמפקיד לנפקד.

בהמשך עוד נחזור ונבחן דרך זו, רק נעיר בינתיים, שגם הר' פיינשטיין הבליע תוך כדי דבריו (קובץ המוריה שנה י ג-ד עמוד לט) כיוון דומה, אך לא ממש זהה לדרך זו. הוא ביאר שבאמת משיכה אינה מחילה את חיובי השמירה, אלא כיון שהחפץ ברשות השומר, ונעשה לשומר, וכיון שהוא שומר ממילא הוא מתחייב בדיני שמירה.

ג. הסבר ב: משיכה מועילה מדין תחילת שמירה

בשיטת הרמב"ן, מציע קצוה"ח (שז, א) שמשכיכה מועילה מדין תחילת שמירה. כשם שכאשר פועל המתחיל במלאכתו הוא קניין, ראה בשו"ע (שלג, א), כך שומר המתחיל במלאכת השמירה הוא קניין להתחייב בדיני שמירה.¹⁵ ומה

עליו וזה עיקרו של חיוב, אלא ס"ל דאם קבלת השמירה לא היה ברשותו אלא ברה"ר לא מחייב בשמירה, דלענין חיוב שמירה בענין שיהיה מונח ברשותו ואזי אם מקבל עליו לשמור מחייב בשמירה, אבל כל שמונח ברשותו אף שהוא חצר מהלכת דלא קני בעלמא, אבל לגבי קנין דחיוב שמירה כל שמונח ברשותו וקיבל עליו שמירתו קונה לענין חיוב שמירה. דאף שהוא חצר מהלכת מ"מ הא מונח ברשותו שיש בידו לשמרו וקיבל עליו שמירתו מחייב מדין שומרים בשמירתו". נמצא שגם הוא הגדיר שמספיק שיהיה ברשות מסוימת של הנפקד ואין צורך ברשות קניינית, אלא שלא ירד לנמוק זאת כדברינו שכל הצורך במשיכה הוא לא משום הקניין שבזה אלא משום מעשה נתינה היוצר חיוב שמירה. וראה בדברי משפט (רצא, ה סק"ג) ובאמרי בינה (קונטרס בדיני הקניינים סימן יב ד"ה ואין) שגם הם כתבו שכדי להתחייב בדיני שמירה מועילה חצר שאינה משתמרת, אך הם נימקו דבריהם בשונה מהני"ל, וזאת מפני שהם למדו את משיכת השומר באופן שונה מהזכר יצחק, כפי שיובא לקמן מדבריהם.

¹⁴ תוספות (ב"מ צט, א ד"ה כיון), תוספות רא"ש (שם), חידושי הריטב"א הישנים (שם), מרדכי (ב"מ סימן שעה), רבי ברוך מארץ יוון (ב"ק עט, א) – כתבו באחר מתירוציהם שמשכיכה קונה ברה"ר, וכן פסק בערוך השלחן (רצא, ג).

¹⁵ קצוה"ח מציג כאילו הני"ל כותב כן בשם הרמב"ן, אך באמת הני"ל כתב (נז. דפי הרי"ף) לדמות בין פועל לשומר חניס ביחס לכך שכאשר השומר משך אין בעל הבית יכול לחזור בו אך לא ביחס לכך ששומר חייב מעת המשיכה. הרב ברוך כהנא העיר (שם, עמוד 636 להערה 134 סעיף א) "שלבגי זכות החזרה מובנת ההשוואה לפועל שגם שם המעסיק אינו יכול לחזור בו אחרי התחלת המלאכה, אבל אין מובנת ההשוואה לפועל לענין חיוב באחריות, שהרי בפועל אין חיוב אחריות והוא אף רשאי לחזור בו באמצע היום". וביאר בכונת קצוה"ח שצריך לומר, "שכמו שבפועל התחלת המלאכה מחילה את החיובים שהטילה התורה על הפועל ועל המעסיק, כך התחלת המלאכה בשומר מחילה את החיובים שהטילה התורה על השומר – חיוב אחריות". עוד יש להעיר שהני"ל כתב כן בשם הרי"ן ולא בשם

שצריך משיכה משום שרק כך נחשב שהשומר התחיל במלאכת השמירה, שכאשר החפץ נכנס לרשותו הוי התחלת שמירה.¹⁶ נעיר שהסבר זה, כמו הקודם, יוצא מתוך הנחת מוצא שוודאי שמטרת המשיכה אינה מעשה קנין בגוף החפץ, ועל כן הוא כאמור מבאר שיסוד המשיכה הוא מדין התחילת שמירה.

גם האמרי בינה (קונטרס בדיני הקנינים סימן יב ד"ה ואין, הלכות דיינים סימן ל ד"ה גם) ביאר ש"כל ענין קנין של שומר חנם ושומר שכר הוא לא שיהיה להם קנין בגוף הדבר, דהא כל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא, רק מטעם התחלת מלאכה דהוי קנין אצל פועלים מכי משכן לרשותו".

בדומה להסבר הקודם, גם להסבר זה, צריך לדון ביחס לכל קניין לגופו האם הוא מהווה התחלת שמירה וממילא יחייב את השומר, או שמא אין טמון בו התחלת שמירה ואין הנפקד יתחייב בדיני שמירה. בפשטות קנין חצר מהווה התחלת שמירה שהרי החפץ נמצא בחצרו ולכן מועיל לחייב בדיני שמירה כמו שהבאנו לעיל. אך נראה שקניין כסף¹⁷ או קניין סודר לא יועילו לחייב בדיני שומרים שבפשטות אין בהם התחלת שמירה שהרי החפץ לא נמצא לידו או ברשותו. נמצא לדרך זו שיש קניינים שלא יועילו לחייב בדיני שמירה.

הרמב"ן, וכן העיר הר" ברוך כהנא (שם), והוסיפו במהדורת פרידמן שברמב"ן לא נמצא כן. נראה שלכן הרב ד"ר איתמר ורהפטיג הציע (ספר זכרון לרב יצחק נסים ח"א עמוד רפח הערה 36) לגרוס ב'קצוה"ח ר"ן במקום רמב"ן.

¹⁶ כך מבאר קצוה"ח בדעת הרמב"ן, בניגוד לראשונים הסוברים שאין צריך כלל משיכה בשומר, וסברתם ביאר קצוה"ח שגם הם סוברים שהתחלת השמירה היא המחייבת, אלא שלשיטתם התחלת השמירה מתחילה כבר בעת קבלת השמירה ואין צורך במשיכה לרשות השומר כדי שיחשב כתחילת השמירה.

¹⁷ ביחס לכסף דנו לעיל בשני מקרים. א. כסף שהשומר נותן במטרה לשכור חפץ. ב. כסף שניתן לשומר כדי שיהיה שומר שכר. באופן הראשון שהשומר משלם עבור שכירות החפץ, יש לעיין דשמא אף שלא מתחיל לשמור על החפץ, מכל מקום כן יועיל לחייבו כשומר, שהרי כפי שכתבנו לעיל אפשר לחלק בין שומר חנם שלא קונה גוף החפץ, לשוכר שכן קונה את גוף החפץ לשימושים בו, ועל כן ניתן לפרש שקניין הכסף מועיל לקנות בגוף החפץ וממילא חייב בדיני שמירה. ומאידך יש לומר שמסתבר שלא נראה לחלק בין סוגי השומרים, ובכל השומרים מתחייב רק בתחילת השמירה על החפץ, ורק להסבר הקודם שחידש שישנו דין נתינה לשומר, והתנה את חלות דיני השומר בנתינה לרשותו, ניתן לחלק ביניהם, שכמו שכתבנו לעיל בשואל ובשוכר לא נאמר 'וכי יתן' ואפשר שבהם אין צורך בנתינה ועצם הקניין בגוף החפץ מועיל ויש לעיין בזה.

ובאופן השני שהמפקיד משלם לשומר על מנת לחייבו כשומר שכר, נראה שיש לדון שאולי נתינת הכסף יוצרת התחייבות חיצונית שאינה מחילה עליו דיני שמירה מלאים וכפי שהעירו לעיל (הערה 9).

כמו כן לדרך זו מסתבר שאין צורך במעשה קניין מובהק כדי להתחייב בדיני שמירה שכל עוד שמתחיל לעשות מעשה של שמירה מתחייב אפילו אינו מעשה קניין מובהק.¹⁸

כמו כן גם לשיטה זו מובן היטב שהכנסה לחצר יכולה להועיל אף בחצר שאינה משתמרת וכן בחצר מהלכת, שכיון שסוף כל סוף החפץ נמצא בחצירו אפשר שיש בכך התחלת שמירה אף שאין בחצר זו יכולת קניינית. ואכן האמרי בינה כתב (קונטרס דיני הקניינים שם) שלדרך זו מובנת היטב הצעת סבו, הדברי משפט, שהזכרנו לעיל (הערה 12) שגם חצר שאינה משתמרת תועיל בקניין שומר.

ד. הסבר ג: משיכה היא קניין היוצר התחייבות על אחריות החפץ

אמנם בדעת הרמב"ם, מבאר קצוה"ח באופן אחר וז"ל:

דמשיכה בשומר חנם ושומר שכר אף על גב דלא קני שום דבר ה"ל קנין להתחייב על החפץ באחריות כל שומר כדינו כמו גנב וגזלן דקנו להתחייב באונסין מכי משכו אף על גב שלא קנו שום דבר.

קצוה"ח מחדש שמשיכה בשומרים היא קניין שעל ידו מתחייב השומר באחריות החפץ. אין זה קניין בגוף החפץ אך זהו קניין המחיל התחייבות על השומר. הוא מקביל בין שומר לגזלן. כשם שגזלן חייב באונסין בעת משיכת החפץ כך השומר מתחייב במשיכת החפץ.¹⁹

¹⁸ כפי שכבר הערנו לרמב"ן בניגוד לתוספות ולרא"ש עצם קבלת השמירה לבד לא נחשבת כהתחלת שמירה וצריך מעשה נוסף כמשיכה, אך אפשר שהמעשה הנוסף אינו דווקא מעשה קניין טיפוסי.

¹⁹ קצוה"ח מבאר זאת דווקא בשיטת הרמב"ם ולא בשיטת הרמב"ן כאמור לעיל. הוא מבאר שמחלוקת זו של הרמב"ם והרמב"ן בהבנת גדר משיכת השומר תלויה במחלוקת אחרת שלהם – האם שומר מתחייב בשעת משיכה או בשעת פשיעה. בגמרא בכתובות (לג, ב) נחלקו ב' לשונות, האם שומרים מתחייבים משעת משיכה או משעת פשיעה. הרמב"ן (ב"מ צו, ב ד"ה גמרא) הכריע ששומר מתחייב בשעת פשיעה. והרמב"ם (לפי קצוה"ח) הכריע שחייב משעת משיכה. לפי"ז מבאר קצוה"ח שמחלוקת הרמב"ן והרמב"ם בגדר משיכת השומר, לשיטתם במחלוקת מתי שומר מתחייב. הרמב"ן שסובר ששומר מתחייב בשעת פשיעה לא יכול לבאר שמשיכה מהווה קניין להתחייב כמו גנב וגזלן, שהרי גנב וגזלן חייבים בעת משיכת החפץ אך שומר מתחייב רק בשעת פשיעה, ואם כן הוי כמשוך פרה ולא תקנה אלא לאחר שלושים יום שאז כבר נגמר הקניין ולא מועיל, וע"כ הוכרח הרמב"ן לבאר שיסוד משיכה היא מדין התחלת השמירה. אך הרמב"ם סובר ששומר מתחייב בשעת משיכה וממילא יכול לדמות שומר לגנב ששניהם מתחייבים ע"י קניין המשיכה.

אם נבין את דבריו כפשטותם, ששומר באמת לא קונה בגוף החפץ ומ"מ המשיכה מועילה לחייבו, נמצא שקצוה"ח לא מקבל את הנחת היסוד בתחילת דברינו שקניין משיכה יכול להוות רק קניין בחפץ אשר מכוחו חלה התחייבות המושך, אלא שבאמת קניין משיכה יכול להוות רק התחייבות אף על פי שלא טמון בו שום קניין ממוני.

להבנה זו, בניגוד להבנות הקודמות שהצגנו לעיל, מסתבר שלא רק קניין משיכה, אלא שכל קניין המועיל בדיני קניינים, יכול מעיקר הדין,²⁰ לחייב את השומר בדיני שמירה, משום שהקניין הוא על התחייבות השומר ולא אכפת לן באיזה קניין נעשתה התחייבות זו. ואכן מצינו בקצוה"ח (צה,ד) ובמשובב נתיבות (שם) שדן באריכות במקרה שמפקיד מסר קרקע ומטלטלין שעליה לשומר ועשה השומר קנין בקרקע להתחייב בשמירתה, ובשמירת המטלטלין שעליה על ידי קניין אגב, ועיקר דבריו שמה שלא יועיל קניין אגב לחייבו בדיני שמירה על המטלטלין, הוא רק משום שכיון שלא קונה את הקרקע לדיני שמירה לא יועיל קניין אגב לחייב את המטלטלין בשמירה ע"ש, ונמצא שמעיקר הדין קצוה"ח יכול לקבל את ההנחה שקניין אגב מועיל לחייב בדיני שמירה. ולדברינו קצוה"ח בזה הוא לשיטתו בהגדרת משיכת השומר. שכיון שמטרת הקניין בשומר הוא להטיל חיוב על השומר ומועיל אף על פי שלא קונה את החפץ, גם קניין אגב מעיקר הדין יכול להטיל חיוב זה. נתה"מ (שם,א) נקט שקניין אגב מועיל לחייב בשמירה ביחס למטלטלין, ונמצא שגם הוא מגדיר כקצוה"ח שמהות קניין השומר, היא קניין לחייב את השומר אף שלא קונה בגוף החפץ, שהרי כאמור לעיל לפי ההבנות האחרות בהגדרת קניין שומר, לא יועיל קניין אגב לחייב בדיני שמירה.²¹

להסברים הקודמים העלנו לעיל לדון, האם כאשר אדם משלם כסף במטרה לשכור חפץ (במקרים שקניין כסף מועיל), והחפץ עדיין נשאר ברשות המשכיר מועיל לחייבו בדיני שמירה, ולפי קצוה"ח נראה בפשטות שמעיקר הדין יועיל קניין הכסף לחייב את השומר, שכיוון שכל מטרת המשיכה היא פעולה קניינית לחייב את השומר נראה שכל פעולה קניינית יש בכוחה לחייב את השומר בדיני שמירה.²² גם במקרה שבו המפקיד משלם לנפקד כדי שיהיה שומר שכר והחפץ

²⁰ אלא אם כן נמצא סיבות אחרות לכך שהקניין לא יועיל כדלקמן.

²¹ ורק נחלקו קצוה"ח ונתה"מ באופן נקודתי, ביחס לקניין אגב האם מועיל כאשר על הקרקע לא הוטלו חיובי שמירה, אך הם מסכימים זה עם זה ביחס להגדרת מהות המשיכה.

²² ומכל מקום יש לדון דשמה מצד אחר לא יועיל קניין השכירות לחייבו בדיני שמירה שהרי במקרה כזה החפץ עדיין נמצא ברשות המפקיד, וכאשר החפץ עדיין ברשות המפקיד ולא

עדיין נשאר ברשות המפקיד, נראה שלקצוה"ח מעשה זה מועיל לחייבו בדיני שמירה שהרי כל הצורך במעשה משיכה הוא רק כדי להוות מעשה המחייב את השומר, וודאי שניתן להגדיר את קבלת הכסף של השומר כמעשה המחייבו בדיני שמירה אף שאין זה קניין מובהק. הנתה"מ כתב בכמה מקומות (רצא, יב; שו, א) שמועילה קבלת כסף של השומר שכר לחייבו בדיני שמירה²³, ונמצא שסובר שכל מטרת המשיכה היא רק יצירת התחייבות של השומר ואין מטרתה הכנסה לרשותו. זה תואם למה שכתבנו לעיל שנתה"מ סובר כקצוה"ח, שגדר הקניין בשומרים הוא מעשה ממוני המסוגל להחיל דיני שמירה על גוף השומר.

אף שכאמור דרך זו מרחיבה את מספר האפשרויות שעל ידם יכול שומר להתחייב, מכל מקום במידה מסוימת, דרך זו, בניגוד לקודמות, מצמצמת את האפשרות להתחייב, וזאת במקרה שהחפץ מונח בחצר משתמרת או בחצר מהלכת. להבנת קצוה"ח בדעת הרמב"ם, שמשיכה זהו מעשה קניין המחייב את השומר, מסתבר שדווקא מעשה קניין המועיל בדיני קניינים יוכל להועיל לחייב את השומר שהרי בלעדי כן אין כאן מעשה קניין, וממילא חצר שאינה מועילה בדיני קניינים לא תועיל לחייב את השומר. ורק להבנות הקודמות, שהצורך במעשה משיכה הוא כדי שיהיה מעשה נתונה והפקדה, וכן להבנה השנייה שתחילת שמירה מהווה יסוד להחלת חיוב על הנפקד, ביארנו לעיל שגם חצר שאינה משתמרת או חצר מהלכת מסוגלים להטיל דיני שמירה על הנפקד.

ננסה לבחון נידונים והקשרים נוספים ביחס לשלש ההבנות השונות שהצגנו.

ה. הפקיד על חמור חבירו על מנת שיוליך החפץ

על סמך תשובת הרא"ש (כלל צד סימן ב, ד) פסק השולחן ערוך (רצא, ב):

נסתלק החפץ מהמפקיד, אי אפשר להתחייב בדיני שמירה. זאת אומרת שגם לרמב"ם וסיעתו הסוברים שצריך קניין כדי לחייב את השומר ולא מספיק סילוק של המפקיד מהשמירה כרא"ש ותוספות, מכל מקום הם מודים שצריך שהמפקיד יסתלק מהחפץ, ואם החפץ עדיין נמצא ברשותו אי אפשר להתחייב בדיני שמירה, וכך נקטו הדבר אברהם (חי"א סימן מ) והאמרי בינה (קונטרס בדיני הקניינים שם ד"ה וראיתי). הם עצמם הביאו שמהמקנה (קידושין כז, א) משתמע שגם כאשר הבעלים לא נסתלק משמירתו מתחייב הנפקד בשמירת החפץ.

²³ המחנה אפרים (שם) והערך ש"י (רצא, ה) הביאו שבתשובת הרשב"א כתב (סימן אלף קלד) שקבלת כסף מועילה להחיל חלות שומר.

ומכל מקום מי שהיה מהלך בדרך ואמר לו חבירו הולך עמך אלו המנעלים ואמר לו הניחם כאן על החמור והניחם שם ולא קבלם הנפקד בידו אלא כמו שהניחם המפקיד על החמור כך הוליתם ולא קשרם והלך לו מן הצד להסך רגליו והניח החמור על אם הדרך ונאבדו המנעלים הוי שומר חנם והוה ליה פושע וחייב לשלם.

בנידון זה השומר לא משך את החפץ, וביארו המחנה אפרים (שומרים סימן ז) ורבי עקיבא איגר (על הגליון שם) שהרא"ש לשיטתו שהשומר לא צריך מעשה קניין, ועל כן מתחייב אף בלא משיכה כבר כשאמר לו 'הניחם כאן על החמור'. מאידך לדעת הסוברים ששומר מתחייב רק במעשה משיכה, כאן שלא משך אין הנפקד מתחייב, שהרי אין כאן שום קניין. משיכת הבהמה לצורך הכלים שעליה הוי ספק (שולחן ערוך רב, יד), ומדין חצר לא מועיל שהרי הוי חצר מהלכת. גם הנתה"מ (שם, ז) למד כמותם, ומתוך כך תמה: "ותימה על המחבר והרב שסתמו כאן". וכדי לתרץ תמיהתו חידש הנתה"מ שיסוד החיוב אינו מדין שומר אלא שכיון, "שהוליכו ממקום המשתמר והניחו במקום שאינו משתמר לגמרי הוי כמזיק בידיים וחייב" ע"ש חידושו, ורבים כבר העירו שאין זה פשט לשון השולחן ערוך "הוי שומר חנם".

ולדברנו לעיל שלב' ההסברים הראשונים בגדר משיכת השומר תועיל גם חצר מהלכת ולא צריך דווקא חצר המועילה בדיני קניינים כדי לחייב את השומר, מובנים היטב דברי השו"ע.²⁴ ומה שנתה"מ הוצרך לחדש את היסוד הנ"ל, וסירב לקבל שחצר מהלכת תועיל לחייב בדיני שומרים, זה משום שהוא לשיטתו בגדר משיכת השומר, שהוא קניין ממש בגוף החפץ להתחייבות השומר, ואם כן דווקא חצר המועילה לדיני קניינים מועילה לחייב את הנפקד.

ו. משיכה המתבצעת על ידי המפקיד

כבר הבאנו שמ"הנח לפני" (ב"מ פ, ב) לכאורה מוכח ששומר מתחייב כבר בקבלת השמירה גם ללא מעשה קניין, וכדי לתרץ את השיטות המצריכות קניין, כתב הראב"ד (שיטה מקובצת שם ד"ה מתני' הנח):

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.

²⁴ ובאמת הדברי משפט (שם) כתב את דבריו שמועילה גם חצר מהלכת כדי לבאר הלכה זו.

מבואר בראב"ד שגם בהנח לפני יש משיכה - משיכת המפקיד במקום הנפקד. ומפורסמים דברי המבי"ט (ח"א סוסיי קמה) שמשיכת המוכר מועילה להקנות חפץ לקונה, ומדברי הראב"ד לכאורה ראייה לשיטתו, וכ"כ בשער המשפט (ר,ה). ולהנ"ל דווקא להבנת קצוה"ח ברמב"ם, שקניין משיכה בשומר מהווה קניין בגוף החפץ לאחריות השומר, יש ראייה מדברי הראב"ד למבי"ט, שגם במקח וממכר מועילה משיכת השומר, אך להבנת הזכר יצחק שכל מהות המשיכה היא מעשה נתינה של הכנסה לרשות הנפקד, אין ראייה משומרים לדיני מקח וממכר, משום שדווקא בשומרים מועילה משיכת המפקיד לנפקד שהרי אין כאן מטרה לקניין, אלא הכנסה לרשות הנפקד וגם הכנסת החפץ על ידי המפקיד מועילה. אך אפשר שמכל מקום במכר לא תועיל משיכת המפקיד בשביל הנפקד, שהרי צריך שדווקא הקונה יעשה מעשה קניין ומעשה קניין של המוכר לא מועיל כפי שטענו החולקים על המבי"ט.

גם להסבר השני לעיל, שמשיכה מועילה מדין קניין של תחילת שמירה, נראה שאין ראייה מהראב"ד למבי"ט, שאפשר לומר שבמקח וממכר לא תועיל משיכת המוכר לצורך הקונה, משום שמעשה קניין צריך להיעשות דווקא על ידי הקונה, אך אפשר שמשיכת המפקיד לצורך הנפקד תועיל, כיון שסוף כל סוף יש כאן התחלת השמירה שהרי החפץ נמצא ברשות הנפקד והוא מתחיל לשמרו, ואף שאת מעשה ההפקדה וההכנסה לרשות הנפקד עשה המפקיד, מכל מקום את עצם המעשה המחייב, היינו התחלת השמירה, נעשית על ידי הנפקד שהרי החפץ נמצא בסמיכות לו ומתחיל בשמירתו.²⁵

ז. שמירה בקרקעות ובשטרות

קצוה"ח הקשה (רצא,ה) מדוע הוצרכה הגמרא (נז,ב) למעט קרקעות ושטרות מדיני שומרים על ידי לימוד מפסוק, הרי מכיוון שאי אפשר להתחייב בדיני שומרים מבלי לעשות מעשה קניין אין שום הו"א ששומר יתחייב על שטרות שהרי הם לא נקנים במשיכה? ומוסיף קצוה"ח שגם למסקנה קשה, שהרי הרמב"ם (שכירות ב,ג) נקט שבפשעה כן חייב על שטרות, ובמה חייב עצמו, הרי לא מועיל בהם קניין? וביחס לקרקעות מתרץ קצוה"ח שכיון שנקנים על ידי נעל גדר ופרץ ממילא זה מועיל גם לדיני שמירה, אך שטרות אי אפשר

²⁵ וכע"ז ראה באמרי בינה (קונטרס דיני הקניינים סימן ח ד"ה ראייה וד"ה וראיתו). וראה בקונטרס השליחות לגרש"ש (סימן יז) שדחה באופנים אחרים את הדימוי בין דברי הראב"ד לנידון המבי"ט.

לקנות.²⁶ וראה קצוה"ח מה שתרץ, ועיקר תירוצו שיש אופנים מסוימים שגם בשטרות מועילה משיכה בלבד ואין צריך כתיבה, וגם בנתה"מ (שם, יב) הלך בדרך דומה לזו.

ונלענ"ד שלפי ההבנה הראשונה, שכל הצורך במשיכת החפץ הוא רק משום שמדיני שומרים צריך שהחפץ יכנס לרשות השומר בכדי שיחשב 'וכי יתן', מעיקרא לא קשה כלל קושיית קצוה"ח, שהרי להבנה זו אין מטרת המשיכה לעשות מעשה קניין פורמלי, ועל כן אף ששטרות נקנים דווקא בכתיבה ומסירה, הרי בעצם מסירת השטר, החפץ נכנס לרשות השומר,²⁷ וממילא מתחייב בדיני שמירה.²⁸

לשיטתו, שמשיכה מועילה מדין התחלת שמירה, תירץ האמרי בינה (קונטרס דיני הקניינים סימן יב שם) קושיא זו היטב :

ולמה שכתבתי אתי שפיר דאם הביא החפץ לביתו ודאי עדיף מקנין והוי התחלת מלאכה ממש ואם לא היינו ממעטינן לשטרות לפי שאינו גופו ממון ולהקדשות היה מתחייב בשמירה בהביא לביתו

נמצא שלבי' ההבנות הראשונות לא קשה כלל כיצד שומר מתחייב בשמירת שטרות, ומה שקצוה"ח ונתה"מ כן התקשו בכך, זה מפני שהם לשיטתם ששומר מתחייב רק על ידי מעשה קניין ממש.

ח. אומן

במשנה (ב"מ פ,ב) מבואר שאומן דינו כשומר שכר, ובגמרא (בבא קמא צט,ב) מפורט יותר שכאשר נתן לאומן לתקן וקלקלו, אם עושה בחינם – פטור,

²⁶ שהרי משיכה לא מועילה בשטרות עד שיכתוב קני לך איהו וכל שיעבודיה וימסור זאת, והרי בשומרין לא שייך כתיבה.

²⁷ ונראה שגם בקרקעות ניתן לומר שעל ידי קניין נעל, גדר ופרץ נחשב שהקרקע נכנסה לרשות השומר (ולא שנקנתה לו כקצוה"ח), ואע"פ שהקרקע לא נמצאת ברשותו ממש שהרי היא קרקע, מכל מקום כפי שכתבנו לעיל ביחס לקניין אגב, שאין צריך דווקא שהחפץ יהיה ממש ברשות הנפקד אלא כל עוד הוא בשליטתו של הרי זה נחשב שנמסר לידו, ושפיר מתחייב בדיני שמירה, ואם כן ה"ה ביחס לקרקע, שכאשר עושה חזקה בקרקע הרי היא בשליטתו ותחת ידו ונחשב שהקרקע אכן נמסרה לידו.

²⁸ ונראה שזהו תורף כוונת המהר"ל צינץ (מעייני החכמה נח, א ד"ה בגמרא) וז"ל: "דלא קשה דודאי משיכה דשומרין אינה לקנות לגמרי, דהא לא קני ליה מידי.. ובשומר אכתי ברשות בעלים קאי ויכולין להקדישו אי לא כפרייה כמו שכתבו התוספות לעיל, ואם כן משיכה דשומרין אינו אלא שיהיה דבר הנשמר ברשותו, וכיון דהשטר על כל פנים ברשותו הוא שפיר היה מתחייב בדין שומרין אי לא מיעטיה רחמנא".

ובתשלום - חייב. הראשונים נחלקו האם חיוב האומן הוא מדין מזיק או מדין שומר. לתוספות (בבא קמא כז, ב ד"ה דשמואל; בבא מציעא פב, ב ד"ה וסבר; ב"ב (צג, ב ד"ה דחייב) חיובו מדין מזיק אך לרמב"ן (בבא מציעא פב, ב ד"ה ואתא) חיובו מדין שומר. דין אומן נפסק להלכה בסימן שו.

לשיטות המצריכות קניין בשומר יש להקשות, כיצד אפשר לחייב אומן מדין שומר, הרי הפוסקים לא הזכירו שהאומן חייב רק כאשר עשה קניין לפני תחילת מלאכתו, וממילא לא חייב עצמו בדיני שמירה? יתירה מזאת, הרי אחת הדוגמאות (בבא קמא שם), היא בנאי שקיבל עליו לסתור את הכותל ושיבר את האבנים או שהזיקן, והרי במקרה זה כמעט מפורש שלא עשה משיכה ואם כן מדוע חייב?

שיטת הש"ך (שו, א) שאפילו אומן העושה מלאכתו בבית בעל הבית נחשב לשומר שכר, ואם כן לכאורה מוכח שמתחייב אפילו בלי שום קניין!;

ובאמת מכח זה, הוכיחו החלקת יואב (שו"ת חושן משפט סימן יב ד"ה ובזה), והחושן אהרן (וואלקין שו, ד ד"ה והנה) שיסוד החיוב באומן הוא מדין מזיק ולא מדין שומר.

בשו"ת עמק הלכה כתב (ח"א סימן ל) שאחד הטעמים לפטור שו"ב מלשלם טריפות הבהמות הוא מפני שהבהמה מונחת על הארץ ואינו מושכה ואינו מגביה ועל כן אין עליו חיוב שומרים. ולדבריו צ"ל שמה שחייבו אומן זה אכן רק במקרה שעשה משיכה, ונפק"מ כנ"ל בשוחט שפטור כיון ששחטה בלי מעשה משיכה והגבהה, וכן נפק"מ מצויה באומן המתקן כלים כבדים שאין הדרך להגביהם, וכגון מקרר, מכונת כביסה ותנור, שפטור כיון שלא משך או הגביה.

אך לפי הנ"ל נראה לבאר את דין אומן היטב ואין צורך להעמיד את דין אומן דווקא בסיטואציה מסוימת, או להכריח שדין אומן מבוסס רק על דין מזיק.

הבאנו שהזכר יצחק ביאר שגדר המשיכה הוא מעשה נתינה לרשות השומר, והוספנו שלדבריו נראה שאין צריך הכנסה דווקא לרשות ממש, אלא כל הכנסה לשליטתו וחזקתו של הנפקד הרי היא בגדר נתינה לרשותו המועילה לחייבו בדיני שמירה. לפ"ז ניתן לומר שאף על פי שאומן לא עושה מעשה קניין פורמלי, מכל מקום כיון שהחפץ ניתן לו על מנת לתקנו הרי הוא בשליטתו וסמכותו וזה בגדר נתינה לידיו הנחשבת כמשיכה לחייבו בדיני שמירה.

גם להבנה שמשיכה מועילה מדין התחלת שמירה, ניתן לבאר היטב את דין אומן, שכאשר מתחיל במלאכת התיקון הרי הוא גם כהתחלת שמירה ועל כן מתחייב בקלקול החפץ. האמרי בינה שכאמור הגדיר שמשיכה מועילה מדין התחלת שמירה, ביאר (הלכות דיינים סימן ל ד"ה גם) לשיטתו באופן הזה את גדר אומן, וגם בשו"ת הרב"ז (ח"א יורה דעה סימן סב ד"ה אולם) תירץ כך.

גם נתה"מ נדרש לשאלה זו וכתב (שו,א) ז"ל:

ואף דבעינן משיכה בשומרים, מ"מ נראה דבשוכר הוא התחלת השימוש קניין הן לענין חזרה הן לענין חיוב אונסין, כמ"ש בשאלה בסי' שמ ע"ש דמהני התחלת שימוש דהוי כקבלת כסף, וה"נ בשוכר כיון שאין המשכיר יכול לחזור בו, האי הנאה ה"ל ככסף לגבי השוכר.

פשט דבריו שכיון שאין לבעל הבית יכולת חזרה, משום שכבר התחיל בשימוש, ממילא זה שאין יכולת חזרה נחשב שהאומן קיבל כסף, וקבלת כסף מועילה לחייב את האומן בדיני שמירה, ככל קניין כסף המועיל לחייב בדיני שמירה. כפי שכבר הבאנו, כך סובר נתה"מ, על יסוד הבנתו כקצוה"ח, שגדר המשיכה הוא מעשה קניין המחיל דיני שמירה על הנפקד, ואם כן כל מעשה קניין יכול ליצור חלות זו.²⁹

ט. שומר שחייב עצמו יותר מדינו

בגמרא (בבא מציעא צד,א) מבואר ששומר יכול להתנות להיות כשואל, הגמרא שואלת: "במאי בדברים", ומתרצת שם ב' תירוצים כדי שלא יהיה קניין דברים. בשיטה מקובצת (שם) הביא שהראשונים הקשו מדוע הגמרא אומרת שבלעדי ב' התירוצים אינו יכול להתחייב כיון שזה רק דברים, הרי בשעת ההפקדה השומר גם מושך את החפץ עליו, ואם כן כאשר מתנה בשעת ההפקדה וגם מושך את ההקדש יועיל לחייב עצמו ומדוע הוא דברים?

בדומה לכך אומרת הגמרא (בבא מציעא נח,א) שאדם יכול לחייב עצמו בדיני שמירה בקרקעות ובהקדשות אף שמעיקר הדין אין בהם דיני שמירה וזאת על ידי קניין סודר. גם פה הקשה הרב שטניימן (אילת השחר תוד"ה אמר) מדוע צריך מעשה קניין כדי לחייב עצמו, והרי הנפקד מושך את ההקדש ומדוע אין די בזה לחייב עצמו?

²⁹ וראה תירוצים נוספים לחיוב אומן מדין שומר בחזון איש (בבא קמא סימן ז סק"יח) ובחי'דושי הר"י"ם (בבא קמא צט,ב ד"ה אך קשה).

כדי להתמודד עם שאלת רבי עקיבא איגר לעיל, הרב שטיינמן מגדיר את משיכת השומר כפי הסברו של הזכר יצחק, ומתוך כך מתרץ קושיות אלו:

לשיטתם דמתחייב על ידי המשיכה צריך לומר דאין המשיכה עושה הקנין, אלא דזה אופן קבלת הדבר דאז מתחיל דין שומר שהוא חייב מדין תורה דכשמקבל לשמור חייבתו תורה, והקבלה מתחילה עם קבלת החפץ לרשותו, אבל אם רוצה להתחייב יותר מדין התורה הא צריך ממש קניין, וכיון שבמשיכה אינו זוכה כלום בהחפץ לא שייך שיתחייב עי"ז וכסברת הגרעק"א.

ב' ההסברים האחרים יתרצו קושיות אלו כתירוצי הראשונים ע"ש בשיטה מקובצת.

י. חלק ב: לשומר בעלות ממונית בגוף החפץ

עד עתה יצאנו מנקודת הנחה ששומר לא קונה בעלות בגוף החפץ, ובכדי לבאר את יסוד קניין שומר, הוזקקנו לג' ההסברים הנ"ל. אך יש שביארו שלשומר יש קניין מסוים בגוף החפץ, ולדבריהם משיכת השומר מתפרשת במובנה הפשוט – קניין בגוף החפץ.³⁰

חיובי השומר באחריות החפץ מבטאים בעלות מצומצמת בגוף החפץ

הרב יוסף צבי וינר העלה בספריו, ביכורי יוסף (ב' חלקים), הבנה מחודשת בגדרי בעלות, וז"ל (ח"ב סימן א עמוד כא):

דהנה לעיל בחלק א' חקרנו בגדרי בעלות מה היא. האם גדר הבעלות הוא עצם שייכות גוף החפץ לבעלים, ושאר הדברים הם בגדר זכויות הנובעות מעצם השייכות והבעלות בגוף החפץ אך אינם בגדר בעלות עצמה. או נאמר שגדר הבעלות הוא שם כולל לכל הזכויות והחובות

³⁰ בנדון, האם לשומר יש בעלות בגוף הפקדון, יש לבחון מספר דברים: א. האם בכל השומרים יש בעלות בגוף החפץ, שהרי בפשטות ניתן לחלק בין שומר חינם לשוכר ושואל. ב. ממתני נובעת בעלות זו, האם היא נובעת מתחילה על ידי המשיכה, או רק בשלב מאוחר יותר כתוצאה מתנאים אחרים. ממילא לא כל דעה הנוקטת שאכן לשומר יש בעלות בגוף החפץ שייכת אלינו, שהרי כעת עיקר מטרתנו לבאר שקונה בגוף החפץ על ידי המשיכה שבתחילה ועל כן לא נכנס לנדון זה בהרחבה ורק נביא את הסוברים במפורש שהבעלות בגוף הפקדון מתחילה בתחילה על ידי המשיכה. וראה בהרחבה בסוגיות נוספות: זכיית השומר בתשלומי הגנב כשמשלם במקום להישבע (בבא מציעא לג, ב), שוכר שהשאיל לאחר (לה, ב), בדברי הראשונים ואחרונים שם, ובפרט בחידושי רבי עקיבא איגר (לג, ב) תוספות ד"ה המפקיד, פני יהושע (לה, ב) ד"ה במשנה השוכר, שיעורי רבי שמואל (שם אות רסט), וחזון איש (חושן משפט סימן ח סק"ה).

הנובעות מן החפץ. דהיינו כל זכות הוא חלק מהבעלות הכוללת, וכלל הזכויות מהוות את הסך הכל של היקף הבעלות. וכבר העלנו שם באר היטב כי גדר הבעלות אינו עצם שייכות גוף החפץ בלבד, אלא כל הזכויות נכללות בגדר עצם הבעלות, וכל זכות בחפץ היא חלק בבעלות החפץ אם רב ואם מעט. וע"כ ניתן למכור להשכיר ולהפקיר כל זכות בחפץ ומהני משום דמוכר ממשות של חלק הבעלות.

הרב וינר מחדש שכל זכות מסוימת שיש לאדם בחפץ מבטאת חלק בבעלות הממשית שיש לו בחפץ, ולא שזכויות אלו הם רק פועל יוצא מתוך גוף החפץ. וממשיך הרב וינר לסכם את דבריו (שם):

וביותר העלינו שם סימן לד כי כשם שיש חלקי בעלות לזכות כן יש חלקי בעלות לחובה, פירוש שחלק בעלות זה כ"כ קטן עד שאין בכוחו להקנות לו זכויות בחפץ. אך חובות בכוחו להקנות לו.³¹

מתוך כך הרב וינר מבאר (שם סימן ה עמוד מד) את יסוד קנין השומר ועל ידי כך גם את קצוה"ח:

מעתה יבואר מהו ענין הקנין דבעינן כדי להתחייב באחריות כגון קנין בשומרים, קנין דגזלן, קנין דמשכון וכדו', דמה שייך קנין בשעבוד וחוב, ובמאי זכה וקנה ע"י קנין זה, אלא כדאמרן דחוב אחריות הוי חלק בבעלות החפץ וצריך לקנות בעלות זו. ומשו"ה מהני בה קנין דהא קני ממשות של חלק בעלות וזכי בה. אלא שבעלות בחלק קטן זה שבחפץ לא סגי למיקני ל"י זכויות בחפץ אלא חוב אחריות בלבד... ובקצוה"ח סי' שז כתב ז"ל "אמנם נלעני"ד דמשיכה בשי"ח ושי"ש אע"ג דלא קנו שום דבר דה"ל קנין להתחייב על החפץ באחריות כל שומר כדינו כמו גנב וגזלן דקנו להתחייב באונסין מכי משכו"י מבואר דהוי קנין ממש בחפץ לחיובים אף דלא קנה מידי בזכויות החפץ וההסבר נלעני"ד כדאמרן. דאי לאו הכי מה שייך קנין ובמה יחול הקנין דהא לא קני שום דבר.

³¹ בכך הוא ביאר (ח"א עמוד סימן לד עמוד קמה) את דברי הגמרא בפסחים (ה,ב), שישראל המקבל אחריות על פקדונו של נכרי עובר באיסור בל ימצא, שכיון שיש לו אחריות ביחס לחפץ נמצא שיש לו בעלות מסוימת בגוף החפץ עצמו, ואף שבעלות זו קטנה ביחס לשאר הבעלויות בגוף החפץ, מכל מקום חידשה התורה שחייב גם על בעלות קטנה שכזו. ואין הכוונה שלמדנו מהפסוק שחייב על פקדון אף שאין החפץ בבעלותו. וע"ש שמסביר בזה דברים נוספים.

נמצא שהתחייבויות השומר מבטאים בעלות מסוימת בגוף החפץ וממילא מובן הצורך בקניין משיכה. לדבריו, שלא כמו שכתבנו לעיל, גם קצוה"ח מקבל את ההנחה שכדי להחיל התחייבות עצמית, מוכרח המושך לקנות דבר מסוים בגוף החפץ. ולשון קצוה"ח 'דלא קני שום דבר' צריך להסביר שאין כוונתו שלא קונה כלל אלא כוונתו שבאמת את עיקר החפץ הוא לא קונה, והבעלות הקטנה שיש לו בחפץ נחשבת כשום דבר ביחס לעיקר הבעלות בחפץ.

כאמור הר' וינר מרחיב את מושג הבעלות ונוקט שגם רק התחייבויות בשמירת החפץ מבטאים בעלות מסוימת בגוף החפץ. הגדרה מחודשת זו במושג הבעלות דורשת ברור ובדיקה רחבה שאין כאן מקומה. לא רק עצם ההגדרה, שחובות בחפץ מבטאות בעלות בגוף החפץ, טעונה בדיקה וביאור, אלא גם ספציפית ביחס לשומר יש להבין הגדרה זו. הר' וינר הגדיר זאת כבעלות מועטה לעניין אחריות. בפשטות הסיבה שהגדיר זאת כ'בעלות מועטה', משום שרק בסיטואציה של הפסד, על ידי פשיעה, גניבה או אבידה, מתחייב השומר, ורק כך בעלות זו מגיעה לכדי ביטוי. שאר הבעלות בגוף החפץ ודאי נשארת אצל המפקיד. במקרה של הפסד הרי מתחייב השומר על כל החפץ ולא רק על חלק קטן בו, ונמצא ש'בעלות המועטה' משליכה באופן ישיר על כלל הבעלות של החפץ, וצריך להבין כיצד בעלות מצומצמת יכולה ליצור התחייבות ביחס לבעלות הרחבה בחפץ.³²

1. השומר בעלים על גוף החפץ במלואו במקרה שהחפץ נפסד

גם הרב חיים פנחס שיינברג למד שכוונת קצוה"ח שקונה ממש בגוף החפץ, אלא שהקניין בגוף החפץ הינו במלוא הבעלות החפץ וז"ל (טבעת החושן ח"ד עמוד צא):

ובפשיטות י"ל דס"ל להקצות דעיקר הקנין הוא על האחריות של החפץ דהיינו שקונה החפץ להתחייב באחריותו וס"ל להקצות דבכל

³² אם היינו נוקטים שחיוב אחריות השומר אינו מבטא בעלות בגוף החפץ מובן היטב שישנו חיוב אחריות ביחס לכלל החפץ, שהרי יכול אדם להתחייב אף ביחס לדבר שאינו בעלים עליו כלל, אך אם אתה נוקט שמוכרח שחיוב אחריות ביחס לחפץ מבטא בעלות בו, יש לכאורה לדון ביחס בין המרכיבים השונים של הבעלות, ואם כן קשה כיצד בעלות קטנה מסוגלת ליצור חיוב על השומר במקרה של אבדן כלל החפץ? בחיובים אחרים כגון חמץ בפסח, אין אנו צריכים לדון ביחס לשאר חלקי הבעלות שהרי אפשר להבין שכיון שיש לו בעלות קטנה בחפץ ממילא אסור גם בבל ימצא, אך חובת אחריות על החפץ, זה חוב המשלך על שאר הבעלות בחפץ, וממילא קשה כנ"ל. ואפשר שכוונת הר' וינר היא כהסבר הבא שבעלות היא בעלות מלאה בחפץ אלא שהיא באה לידי ביטוי רק במקרה של אובדן החפץ, אך צ"ע שלא משמע כן בדבריו.

השומרים אפי' בש"ח שייך זה ובהכי מובן נמי מ"ש כאן הקצות דאם שומרים מתחייבים בשעת פשיעה ל"ש ע"ז קנין משיכה משום דהוי כמשוך פרה ולא תקנה אלא לאחר ל' דכלתה משיכה קמא דלכאורה צ"ע דהדין כלתה מצינו רק לגבי הקנאה היכא שרוצה לקנות גוף הדבר אבל על חיובים ל"ש זה דכמו דיכול אדם להתחייב עצמו על איזו תנאי שרוצה ה"נ יכול אדם לעשות קנין עכשיו בתנאי שיחול החיוב לאחר זמן דג"ז תלוי בדעתו, ולהנ"ל א"ש דגם הכא הוא ענין של הקנאה דהיינו שקונה החפץ לאחריותו וכשנאבד החפץ אח"כ הוי כמו שחפץ דידיה נאבד.

מדבריו משתמע שקונה את גוף החפץ במלואו, אלא שזה קורה רק בתנאי שהחפץ נאבד, ועל כן כאשר החפץ נאבד נחשב שהוא עצמו הפסיד את החפץ ולא המפקיד. בחלק המילואים הוסיף הר' שיינברג תוספת ביאור, ובכך גם מבאר את הגמרא (בבא מציעא לה, ב) שלדעת חכמים משעת מיתה קונה שומר שכר את הבהמה. ז"ל (ח"ה עמוד רנט):

ועיין בטבעת החושן חלק ד, שביארנו דסובר הקצות דיש לשומר קנין בגוף הבהמה לגבי אחריות דאם נגנבה הבהמה חשוב שבהמה שלו נגנבה והוי שלו לגבי אחריות ולכן מהני המשיכה שהיא בגוף הבהמה לקנות אחריות דהקנין אחריות הוא בגוף הבהמה... לפי יסוד הקצות כאן שיש לכל שומר קנין בבהמה לגבי אחריות וזהו הפשט משעת מיתה קני ליה, דכיון שהבהמה מתה חשוב שבהמה שלו מתה מצד קנין אחריות שלו, והשוכר פטור מלשלם למשכיר כיון שמתה באונס והשואל חייב לשלם לשוכר כיון דחשוב שבהמת השוכר מתה, והלשון משעת מיתה קני ליה הוא לאו דוקא כמ"ש הריטב"א שהבאנו לעיל דבאמת קונה הקנין אחריות בשעת משיכה אלא הכוונה דקני ליה לגבי מיתה דהקנין אחריות הוא רק לגבי שאם ימות הבהמה או יארע לה דבר אחר יחשב שבהמה שלו מתה או יארע לה דבר אחר.

נמצא שאם לבסוף הבהמה נאבדת קונה אותה למפרע על ידי המשיכה שנעשתה בתחילה, וזהו גדר חיוב האחריות של השומר שכיון שקונה למפרע הוי כאלו בהמה שלו אבדה וחייב מתחילה כיון שקנה אותה בשעת המשיכה.

גם ברבינו חננאל (לד, א) מצינו שקונה את החפץ משעת המשיכה. בביאור הלישנא השנייה בגמרא, כתב: "אע"ג דהות באגמא קני לה דהא ברשותיה

קיימא מעידנא דאפקיד מרה לגביה דהא מיחייב בשמירתה ומיגו דאיחייב בשמירתה כל היכא דאיתה ברשותיה קיימא".

ניתן לבאר דרך זו באופן נוסף, על פי דברי הגרש"ש המובאים על ידי הר' אליהו דושינצר (נחלת אליהו עמוד רלא):

ומאדמו"ר הגרש"ש ק שליט"א כמדומה ששמעתי... וה"נ בשומר י"ל כן דבשעה שנטלה כיון שנתחייב באחריותה תכף משמשכה קנה אותה רק שמוטל עליו חיוב תשלומין היינו שבכל רגע הוא משיבה לבעלים במה שמקיים דיני שמירה אבל משמתה הבהמה דנגמר ענין חיוב תשלומין שלו ממילא קני לה.

ונראה שכוונתו כפי מה שייסדו האחרונים³³ ביחס לגזלן, שכבר בעת מעשה הגזילה קונה את החפץ, אלא שחיוב השבה של גוף החפץ מעכב בקניינו וממילא כשפוקע חיוב השבה החפץ שייך לגזלן מתחילה. וכעין זה מבאר ר' אליהו דושינצר ביחס לשומרים. בתחילה שמושך את החפץ הוא קונה אותו ומתחייב תמורתו, אלא שישנו חיוב השבה של גוף החפץ לנפקד, וכאשר הבהמה מתה, שכבר אין יכולת להשיב את גוף החפץ המקורי לבעלים, ממילא קנה אותה מתחילה שהרי משכה.³⁴

ונעיר שיש הבדל בין ב' ביאורים אלו. לביאור הראשון קונה את החפץ רק בתנאי שהחפץ נפסד ומתחייב באחריותו, ואז קונה למפרע, אך לביאור השני קונה את החפץ כבר מתחילה בעת המשיכה אפילו בלי שהחפץ נפסד, אלא שבינתיים מוטל עליו חיוב השבה למפקיד.

2. ביטויים נוספים לבעלות השומר בגוף החפץ

יש אחרונים שנקטו שבעלות השומר בחפץ מתבטאת לא רק ביחס לחיוב אחריותו במקרה של אבדן החפץ אלא גם ביחס לנידונים נוספים.

א. המפקיד נתן את הפקדון לנפקד אין הנפקד צריך קניין - מדברי הרמב"ם (מכירה ה,יא; זכיה ומתנה ג,ב) משתמע שכאשר המפקיד

³³ קהלת יעקב (אבה"ע כח,ה), זכר יצחק (סימן עא), קהילות יעקב (קידושין סימן כא) ועוד.

³⁴ וקצת משמע בלשונו 'שמוטל עליו חיוב תשלומין, היינו שבכל רגע הוא משיבה לבעלים במה שמקיים דיני שמירה', שכוונתו לומר שחיוב התשלומין עבור קניין החפץ אכן מתבצע בכל רגע שהוא שומר עליו, שכיון ששומר עליו כראוי הרי הוא כאילו משיבו לבעליו ואין עליו עדיין תביעת ממון עבור החפץ שלקח וכאשר החפץ נפסד וא"א להשיבו לבעליו ממילא מתעורר חיוב התשלום המקורי וגדר זה צ"ב.

מוחל או נותן³⁵ לנפקד את הפקדון אין הנפקד צריך לעשות מעשה קניין, והחפץ קנוי לו ממילא. וביאר האבן האזל (זכיה ומתנה שם) שהפקדון באמת ברשות השומר, ומה שיכול המפקיד להקדישו זה רק בגלל שכיון שהשומר הוא שלוחו נחשב שזה גם ברשות המפקיד אבל מ"מ החפץ ברשות הנפקד, ועל כן כאשר המפקיד מוותר על זכותו מובן מדוע אין השומר צריך מעשה קניין חדש.

ב. שומר עדיף על אדם שלישי המיועד להחזיר את החפץ למפקיד – כתב הרמב"ם (שלוחין ושותפין ג,ה): "מי שהיה לו ביד חבירו פקדון או מלוה בין מטלטלין מין מעות ועשה שליח בעדים להביאן לו הרשות ביד זה שהם אצלו אם רצה ליתן נפטר ואינו חייב באחריותן שהרי נתן לשלוחו ואם לא רצה ליתן אינו נותן שאין זה בעל דינו עד שיבוא בהרשאה על הפקדון". מבואר ברמב"ם שהנפקד יכול שלא למסור את החפץ לידי שלוחו של המפקיד וצ"ב כיצד יכול לסרב למסור החפץ לשליח המפקיד? הברכת שמואל ביאר (גיטין סימן כה סק"ב ד"ה ואמר) בשם הגרי"ז שמכאן מוכח שלנפקד יש זכות בפקדון, שכל זמן שלא הגיע המפקיד לתבוע את הפקדון הרי החפץ נחשב שלו ולכן אינו צריך למסור את החפץ לידי שליח אלא אם כן בא בהרשאה שאז הוי כמו שהמפקיד בא בעצמו. וכן הביא הברכת שמואל (שם ד"ה ונראה) מהגמרא גיטין (יד, א) שאם הנפקד מינה שליח להוליך פקדון למפקיד, שאם הולך כזכי אז הנפקד אינו יכול לחזור בו ולהוציא את החפץ מהשליח אך אם הולך לא כזכי יכול הנפקד לשוב ולהוציא את החפץ מהשליח. ותמה הברכת שמואל שהרי לנפקד אין שום זכות בחפץ, רק דיני שמירה וחיוב אחריות, ואין לו הפסד ממה שהחפץ אצל השליח ואם כן כיצד יכול הנפקד להוציא מידי השליח את החפץ?! אלא מוכח מכאן שהחפץ קנוי לו לעניין שהחפץ תחת רשותו ובעלותו כל עוד שלא בא בעל דינו ועל כן יכול להוציאו מהשליח.

ג. מעמד שלושתן – הגמרא בגיטין אומרת (יג,ב) שיש קנין מעמד שלושתן בפקדון. וביארו התוספות (שם ד"ה גופא) שחידוש הוא שהמפקיד יכול להקנות לשלישי אפילו בלי רצון הנפקד. ותמה הפני יהושע (שם) מה החידוש בכך ומה ההו"א שהשומר יכול להתנגד והרי

³⁵ בהלכות מכירה (שם) משתמע שאין צריך קניין אף כשמוחל לו ואילו בהלכות זכיה ומתנה (שם) משמע שרק כשנותן לו את החפץ מועיל ללא קניין אך במחילה לא מועיל ללא קניין, ונושאי הכלים דנו בזה ע"ש, ועכ"פ גם זה שלא צריך קנין בדרך נתינה הוא חידוש הטעון ביאור.

החפץ אינו שלו? ותירץ הפני יהושע שישנה הו"א שהנפקד יכול לומר למקבל החפץ לאו בעל דברים דידי את ואיני רוצה למסור לך את הפקדון ושוב צ"ב מה הזכות שלו? וביאר הברכת שמואל כנ"ל שכיון שהחפץ קנוי לנפקד לעניין זה שהחפץ ברשותו כל עוד שלא בא בעל דינו לכן יש הו"א שיוכל לעכב, ובאמת זו הסיבה שלכן אומרת הגמרא שמעמד שלושתן הוא הלכתא בלא טעמא.

יא. סיכום

יצאנו מנקודת הנחה ששומר לא קונה את גוף הפקדון, ומתוך כך פתחנו בשאלה, לסוברים ששומר מתחייב רק במעשה משיכה, כיצד מועילה המשיכה לחייבו בדיני שמירה הרי המשיכה הינה חסרת משמעות כיון שלא מקנה לשומר בגוף החפץ? הבאנו שלשה הסברים שונים לגדר משיכה בהתחייבות השומר, העלנו נפק"מ הנובעים מכך, וכן העלנו לדון במספר מקרים לאור הסברים אלו. לבסוף הצגנו דרך אחרת ששומר אכן קונה בגוף החפץ, והצבענו על כמה כיוונים לכך, וממילא לדרך זו מעשה המשיכה מתפרש כמעשה קניין פורמלי כמובנו הפשוט.