

נוכחים-נפקדים

קריאה חדשה בסוגיית ריש פרק 'המפקיד'

איתי מרינברג ושמואל בר-אילן

וה' פֶקֶד אֶת שָׂרָה —
"... ואין 'פקידה' אלא לשון זכירה והשגחה על הנפקד,
כגון 'פקוד יפקוד אלהים אתכם' (בראשית נ' כה) ...
אף כאן 'וה' פקד את שרה', זכר את שרה ועשה לה כאשר דבר ...
וכך אמרו: 'פקדונות הרי הן כזכרונות' (בבלי ר"ה לב ע"ב)."
(רמב"ן לבראשית כ"א א)

לפני שער החוק': בעיית ראובן ושמעון

'הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות', כך לימדנו רבי ישמעאל במשנה האחרונה של מסכת בבא-בבא, החותמת את מסכת 'נזיקין' (תלתא פְּבִי) שבסדר הנושא שם זה. ואכן, דיני ממונות, הבאים במסכת נזיקין, מהווים את אחד ממוקדי העיסוק המרכזיים בעולם הישיבות לדורותינו;¹ החוויה השכלית, המאמץ האינטלקטואלי והמעוף הפרשני הכרוכים בלימוד דינים אלו — לא פחות מן התחושה שאכן אלו הם גופי תורה הראויים להילמד — מלווים את בן הישיבה היושב על המדוכה בסוגיות נזקי שור וחמור, ארבעה שומרים או חזקות, ומעניקים לו סיפוק לימודי משמעותי.² גישה רווחת (ופשטנית, להבנתנו), רואה בכך עדות לניתוקן של בית-המדרש מן ה'חיים'; רבים אומרים כי דווקא

* "אֶת וְהָב פְּסוּפָה" (במדבר כ"א יד; נדרש בבבלי קדושין ל ע"ב). במהלך 'זמן חורף' תשס"ה, זכינו ללמוד בחברותא מסכת בבא-מציעא בבית המדרש של ישיבת הקיבוץ הדתי מעלה גלבע, ולהשתתף בשיעורו של מורנו ראש הישיבה הרב דוד ביגמן. מאמר זה הוא אחד מפירותיה של תקופה זו, ואנו תקווה כי חיותו, חנו וחיוניותו של הלימוד בה — המאפיינים כל-כך את הישיבה בכלל ואת השיעור בפרט — ימצאו כאן את ביטויים הראוי. תודתנו לרב ביגמן על שעודדנו לסלול נתיב משלנו, אף כשהיה שונה משלו; תודתנו גם לשאר משתתפי השיעור, אשר השיח היומיומי עימם תרם להבשלת הרעיונות שנציע להלן. תודה מיוחדת למורים וחברים שקראו את נוסחו הראשון של המאמר והעירו הערות חשובות, ובעיקר ליואל קרצ'מר-רזיאל, ולאורי מוגילבסקי. וראו למשל סקירתו המקפת של 'י' ברויאר, אוהלי תורה: הישיבה, תבניתה ותולדותיה, ירושלים תשס"ד, עמ' 83-97.

2 כך כותב ר' ישראל ליפשיץ, בעל פירוש המשנה 'תפארת ישראל', על דבריו אלו של רבי ישמעאל: "... שאין לך שום דבר מדיני התורה מאיסור והיתר, שנתנה בו תורה רשות לשכל האנושי לעוף כפי כוחו לחתור ולחקור ולהחליט כפי הנראה בעיניו, כמו בדיני הממונות, שפתחה לו התורה בהם לאדם נחלה בלי מצרים, לשקול ולשפוט ולדקדק כפי שכלו...".

אלו הם התחומים המרחיקים את טובי בנינו מן הלימוד. אולם בקרב העוסקים בכך דומה כי ישנה הסכמה שבשתיקה באשר לתחושה משותפת, לפיה זר לא יבין זאת: מי שלא התנסה בלימוד עיון מעמיק בנושאים הללו, יתקשה כנראה להזהרות עם אותה הנאה צרופה, מנת חלקו של מי שמוחו עמל בניסיון להמשיג את אופי נזקם של הבור והאש, ולרדת לשורש גדרי מעשה הקניין.

ברם, עלינו להודות כי העיסוק האינטלקטואלי המופשט טומן בחובו סכנה מסויימת, אשר בהופעתה המתונה גורמת היא לעיון לקוי ולא-מבוקר, בו ניכרת נטייה להטיל על מקורות מוקדמים המִשְׁגוֹת מאוחרות, ובהופעתה הקיצונית יותר עלולה להשכיח מן הלומד כי המקרה המשפטי שלפניו – או בת-דמותו הרחוקה של מקרה זה – עשויה לקרום עור וגידים, ולבוא בדמותם של בני אדם בשר ודם הניצבים לדין; הטוען והנטען אינם מבקשים רק הכרעה 'קרה', מפולפלת או תמציתית, אלא גם אמפתיה, או לפחות רגש קל שבקלים של הבנה מצד הדיינים למצב הביש אליו נקלעו. אמנם, דרך-כלל הלומד אינו פוסק, ואינו נדרש להצדיק את הצדיק ולהרשיע את הרשע;³ ואף-על-פי-כן, קהות החושים, הנעשית לעתים צרתה של חדות השכל, עשויה להכשיר לימוד שאינו מבקש להיות קשוב לקולות הצדק, החסד, היושר והחמלה העולים מתוך הסוגיות, במקרה הטוב,⁴ ולפתח לומדי תורה אטומים לסובב אותם, במקרה הפחות-טוב. בעלי הדין אינם תמיד 'ראובן' ו'שמעון'; לעתים הם דוד, ויעל, ויואב, איתמר ואילת. אנו נעסוק בסוגיית הפתיחה של פרק שלישי במסכת בבא-מציעא. סוגיה זו מעלה

על שולחנו של הלומד – ושמא נאמר: הלמדן – נושאים ומושגים הנחשבים 3
הדיאלקטיקה הקיימת בין פרשנות לפסיקה תוארה באופן מופלא על-ידי י"מ תא-שמע, המציג את הטוב והחיובי שבניתוקה של פרשנות התלמוד מהכרעת ההלכה (במקור, אמורים דבריו לגבי הפרשנות באשכנז בימי הביניים, אולם דומה שדבריו יפים לתיאור פרשנות התלמוד באשר היא): "את הדחף הפרשני שבכתב, כשהוא במיטבו, יש לראות כדחף אסתטי המונע על-ידי האתגר עצמו ומורדך, במקרה של ספרות הקודש, על-ידי שיקולים דתיים וכפוף להם, וזאת בשל היות התביעה הדתית, על-פי טבעה, כוללנית וסמכותית יותר מן הדחף האסתטי. בגבולות הנתונים לה מבקשת הפרשנות להשתחרר ולחרוג, ככל האפשר, מן המגבלות המוטלות על פסיקת ההלכה על-ידי מציאות החיים בפועל, ממש כדרך שמבקשת האגדה להשתחרר, בתחומה שלה, מן המגבלות הטורדניות של מסגרות מקום וזמן, של נחוני מוקדם ומאוחר, המוטלים בכורח המציאות על תנאי החיים שבפועל ובממש" (י"מ תא-שמע, הספרות הפרשנית לתלמוד, כך א', ירושלים תשנ"ט, עמ' 20-21). אנו, על-פי דרכנו, ננסה למזג בין שאיפת השחרור הפרשנית למציאות החיים בפועל, כפי שנסיביר בהמשך.

4 מעין טענה זו שמענו מהמשך דברי בעל 'תפארת ישראל' שציטטנו לעיל, הערה: "...עד שרוב דיני טוען ונטען שנדברו בהם דברים הרבה כעגלה המלאה לה עמיר, כולם כללה התורה בפסוק אחד, באמרה 'בצדק תשפוט עמיתך', רק מפני ששכל האדם עשוי לטעות באריגה דקה כזאת, לכן רבותינו הקדמונים בעלי המשנה והתלמוד, התאספו יחד לאלפים מגדולי האומה, והניחו לנו יסודות ושרשים בכל אלה, ובכל זה עדיין נשאר מקום להדיין להישמט לימין או לשמאל, לדמות מילתא למילתא, או לחלק ביניהם לפעמים בחוט השערה. לכן עסק דיני ממונות ישנם שכל האנושי, לדקדק היטב שיכון מטרת האמת על הנקודה, מלבד שכך מחוייב לו, דבכל דיני איסור והיתר, כשמסתפק בדבר, יחמיר באיסור תורה, מה שאין כן בדיני ממונות, לא יכול להישמט בבית הספק להחמיר, דהרי מה שהוא חומרא לזה הוא קולא לזה...".

ל"קלאסיים" בעולם הנזיקין: דיני שומרים, קניין בדבר שלא בא לעולם, 'דעת בעלים' ועוד. ננסה, במידה שנוכל, לגעת בכל אלו, איש בל יעדר;⁵ אך בצדם, לא נשכח גם לספר את סיפורם של בעלי הדין. שימת לב להלוך רוחם ולרגשי נפשם תנחה אותנו, כך אנו מקווים, ומתוכה יצא הדין מבורר יותר, באופן שיהיה בו כדי ליישב את הדעת.⁶ כל נתיימר להניח כי בידינו המפתח לפרשנות ה"נכונה" לסוגיה; אפשר אף שעל-פי מדדי הפרשנות המקובלים (שלא לדבר על מדדי ה'פשט') ייראו חלק מדברינו כמעט רחוקים. העיון הלמדני-מחקרי החמור, אותו נציג בהרחבה בחלקיו הראשונים של המאמר, יעורר שאלות שפתרונן – לקראת סופו – ידרוש שימוש בכלי ניתוח אחרים, המאפשרים להתחקות אחר יסודותיו הסמויים של הדיון. נציע הצעתנו, ובעזור ה' לנו נזכה להוסיף תוספת אורה לסוגיה, ונמצאו דברי תורה פריין ורביין.⁷

פרק ראשון: משנת המפקיד – מה בין הבעלים לשומר?⁸

[א]

כך אומרת משנת הפתיחה של פרק שלישי במסכת בבא-מציעא:⁹

5 ולוואי נזכה לקיים אחד ממששים של דברי י"מ תא-שמע (במקור המצוטט בהערה לעיל, עמ' 13):
"ידע כל לומד תלמודו כי אין 'תלמוד' אלא זה העולה מפי פרשניו המרובים לדורותיהם".

6 מאמרנו ניתן להיקרא כמעין מסע ההולך ומנכיח את בעלי הדין עלומי השם: בשלב ראשוני זה, בעמדם לפני שער הדין, הם אינם אלא 'ראובן' ו'שמעון' ה'קלאסיים' אך ה'נפקדים' עבורנו; בסוף המסע, לאחר שנציע זווית מבט חדשה לסוגיה, נקווה ששניים אלו, הבאים תדיר בפיו של כל בחור ישיבה מצוי, יהפכו ל'נוכחים'. אנו סבורים כי לנוכחות זו עשוי להיות משקל מכריע בשלב חיתום הדין, כפי שנראה בהמשך.

בסוגייתנו עסק בהרחבה ובהעמקה רבה ד' הנשקה, משנה ראשונה בתלמודם של תנאים אחרונים, רמת-גן תשנ"ז (להלן: הנשקה). אנו נתייחס לדבריו בכל מקום שיש צורך בכך; לעתים דברינו תומכים בדבריו, ולעתים נוקטים בכיוון עצמאי. כך או כך, נדמה כי גישתנו נתונה מלכתחילה במישור פרשני שונה משלו, וממילא סוללת היא דרך אחרת בהבנת הסוגיה. לקראת סוף דברינו ננתח בקצרה את ההבדל בין הגישות. כן נתייחס למאמרו של ש"י פרידמן, "ראש פרק המפקיד", שנתון המשפט העברי ה (תשל"ח), עמ' 209-218 (להלן: פרידמן).

השתדלנו לבנות את הדברים נדבך על-גבי נדבך, כרי שיהיו מובנים גם למי שאינו מצוי בסוגיה. המאמר כולל שלושה פרקים: הפרק הראשון מציג את הבעיה שבמקד הסוגיה, השני סוקר בהרחבה את דרך ההתמודדות המקובלת עם בעיה זו בפרשנות הסוגיה, והשלישי מציג קריאה חדשה בה, ההופכת את הסוגיה על פיה. כל פרק מחולק אף הוא לשלושה תת-פרקים, וכולל גם סיכום ביניים, לתועלת הקורא.

הנוסח על-פי כ"י קאופמן, וכן בכל המובאות להלן מן המשנה. בנוסח זה מחולקת משנתנו לשתי משניות, א רב. דרכנו בפיסוק כל המקורות המובאים במהלך המאמר, פוסעת בעקבות שיטתם של מהדירי התלמוד הירושלמי בהוצאת האקדמיה ללשון העברית (ירושלים תשס"א), אשר צעדו בעצמם בעקבות המצוי בכ"י לידן של הירושלמי, והסתפקו בנקודה בלבד במקום כל סימן פיסוק אחר (וראו על כך במבואו של י' זוסמן למהדורה זו, עמ' טו, הע' 66). צורת פיסוק זו מקילה על הקורא, ובה בעת אין בה אלא פרשנות מינימלית בלבד.

- 1 המפקיד אצל חבירו בהמה או כלים. ונגנבו או שאבדו.
- 2 שילם ולא רצה להישבע.
- 3 שהרי אמרו שומר חנם נישבע ויוצא.
- 4 נימצא הגנב.
- 5 משלם תשלומי כפל. טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה.
- 6 למי הוא משלם. למי שהפקדון אצלו.
- 7 נשבע ולא רצה לשלם.
- 8 נימצא הגנב.
- 9 משלם תשלומי כפל. טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה.
- 10 למי הוא משלם. לבעל הפקדון.

משנה זו דנה במקרה בו אדם מסר לחבירו בהמה או כלים לשמירה, אך אלה נגנבו או אבדו (שו' 1). מן המשנה משתמע כי השומר יכול לבחור בין שתי אפשרויות: לשלם לבעלים על אובדן רכושו (שו' 2), או להישבע כי אינו אשם באובדן זה ולהיפטר מתשלום (שו' 7). לבחירה בכל אחת מאפשרויות אלו השלכה שונה, במידה ונמצא הגנב: אם השומר שילם, ישלם לו הגנב את תשלום הכפל, או הארבעה וחמישה (שו' 6). ואם נשבע השומר ונפטר, ישלם הגנב לבעלים (שו' 10).

המשנה מעידה על עצמה כי היא דנה בשומר חנם (שו' 3),¹⁰ היחיד מבין ארבעת השומרים שיכול להישבע במקרה של גניבה ואבידה ולהיפטר מתשלום (כידוע, שומר שכר חייב לשלם על גניבה ואבידה). ואולם, המשנה מחדשת דין שאינו מופיע בפרשת השומרים בתורה (שמות כ"ב ו-יד), לפיו שומר חנם יכול, אם רצונו בכך, לשלם לבעלים את סכום הרכוש שנגנב או אבד. ועוד מחדשת המשנה – נראה כי זהו נושא העיקרי – כי על-ידי תשלום זה עתיד השומר לזכות בכפל במקום הבעלים המקורי,

10 נראה כי מדובר ברובד מאוחר במשנתנו, הנדרש לציין את הידוע – אולי משום שזו המשנה הראשונה העוסקת מפורשות בדיני שומרים.

במידה והגנב יימצא.¹¹ לכאורה, חידוש גדול הוא זה: מפני מה יזכה השומר בזכויות המגיעות מרכוש לא לו? אך תימה זו, מסתבר, אינה במקומה. שכן לדעת המשנה, השומר אמנם איננו 'בעל הפקדון', אך מששילם – הוא מוגדר כמי שהפקדון אצלו.¹²

[ב]

במציאות המתוארת במשנה יש שלושה צדדים (נתעלם לצורך העניין מאפשרות של אבירה): בעלים, שומר וגנב; זו מאפשרת לבחון את מעמדו של השומר כמי שנכנס תחת הבעלים הראשונים. אפשרות זו מועצמת לאור המשנה הבאה בפרק:¹³

11 דעתנו שהמשנה מחדשת כאן ביחס לדין התורה אינה כדעת ר"ח אלבק בהשלמותו לפירושו (משנה, סדר נזיקין, 'ירושלים-תל-אביב תשי"ט, עמ' 421); לדעת אלבק, משנתנו משקפת מדרש הלכה קדום המניח ששתי פרשיות השומרים הראשונות בתורה (שמות כ"ב ו-יב) הן למעשה פרשה אחת העוסקת בשומר חנינם, ולא כפי שפירשו חז"ל בתקופה מאוחרת יותר, שהראשונה עוסקת בשומר חנינם ואילו השנייה בשומר שכר. לפי המדרש הקדום, אליבא דאלבק, הפרשיה הראשונה (שם, ו-ח) מדברת במציאות בה השומר משלם, אז זוכה הוא בכפל, ואילו הפרשיה השנייה (שם, ט-יב) מדברת במציאות בה השומר נשבע, אז הבעלים המקוריים זוכה בכפל. הנשקה (עמ' 7-23, סיכום בעמ' 57-59, וסיכום כולל יותר בעמ' 195-197) עמל רבות לביסוס עקרוני של שיטתו המעניינת של אלבק, ומזהה במשנתנו הרכבה של שתי תפישות: הקדומה אינה מבחינה כלל בין שומר חנינם לשומר שכר, ומשקפת מדרש הלכה קדום לפרשיות השומרים, ואילו המאוחרת מנסה לקיים את האבחנה בין השומרים השונים בחומר התנאי שלפניה (זו תמצית טענתו בהבנת משנתנו, טענה השלובה היטב במסגרת התזה הכללית בספרו, לפיה הפרדת הרבדים השונים בספרות התנאים תוך בחינה זהירה של כלל המסורות התנאיות הרלוונטיות, לגלגוליהן ופיתוחיהן השונים, מאפשרת לעמוד על 'תלמודם של התנאים'. לשיטתו, תנאים מאוחרים, המקיימים לעתים תפישות שונות מקודמיהם, מתמודדים מול משניות קיימות ומשקעים בתוכן את תפישותיהם. תלמודם של תנאים, לפי זה, "פועל... בתחום המושגי, רוצה לומר: בעיבוד ובפרשנות של שיטות הלכה קדומות שהגיעו לידי תנאים מאוחרים, אשר יוצרים מתוכן את חידושיהם. אלה האחרונים, אע"פ שפנים חדשות באו בהם, מכל מקום לא נעלמו מהם שרטוטי פניה של ההלכה הראשונה, שמתוכה נולדו. מאידך גיסא, תלמודם של התנאים ניכר הרבה אף בתחום הספרותי, דהיינו פרשנותו ועיבודו של טקסט תנאי קדום על-פי הנחותיה של ההלכה האחרונה, בשלל דרכים של פרשנות ועיבוד" – הנשקה, עמ' 196). מכל מקום, אף אם מבחינה היסטורית הצדק עם אלבק ועם הנשקה, ובאמת משנתנו מהווה פרשנות סבירה לדין התורה ה'מקורי', הרי כיוון שככלות הכל נשתקעה בחז"ל הבנה שונה לפרשיות השומרים, ניתן לראות את משנתנו כמפתיעה וחריגה. כפי שעוד נראה בהמשך, בעוד הנשקה בוחן את הסוגיה מנקודת מבט דיאכרונית, אנו בוחנים אותה מנקודת מבט סינכרונית.

12 בהמשך דברינו נחזור לדייק בניסוח זה.

13 בכ"י קאופמן היא המשך משנה א, אולם אנו נכנה אותה מכאן ואילך 'משנה ב', מטעמי נוחות. חלוקה זו הולמת לדעתנו את חלוקת המקרים במשניות אלו, וכן היא בדפוסים.

נוכחים-נפקדים

- 1 הסוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ומיתה כדרכה
- 2 ישבע השוכר שמתה כדרכה
- 3 והשואל משלם לשוכר
- 4 אמ' ר' יוסה
- 5 כיצד והלה עושה סחורה בפרתו שלזה
- 6 אלא תחזור הפרה לבעלים

הפעם לא מדובר בשומר חנם, אלא בשוכר. שוכר זה השאל את הפרה ששכר, ובהיותה אצל השואל מתה כדרכה (בדרך הטבע, שו' 1). לדעת תנא-קמא, על השוכר להישבע שהפרה אכן מתה כדרכה (שו' 2), ומשנשבע – הוא זוכה בתשלום פיצוי מהשואל (שו' 3). כך, למעשה, נותר הבעלים הראשונים ללא כל פיצוי על אובדן פרתו. והנה, חולק רבי יוסה על תנא-קמא ומקשה: 'כיצד והלה עושה סחורה'¹⁴ בפרתו שלזה? (שו' 5). לדעתו, לא השוכר הוא שזוכה בתשלום מאת השואל כיון-אם הבעלים (שו' 6).

כתגובתו של רבי יוסה,¹⁵ טמונה ביקורת על אפשרות מעין זו שהוצגה במשנה הראשונה: סוף סוף, השומר איננו בעל הרכוש, ומדוע זה יזכה בתשלום המגיע תמורתו? אמנם קשה להכריע אם דברי רבי יוסה מוסבים דווקא על דין השוכר (משנה ב), או אכן גם על דין שומר חנם (משנה א), ורבותינו האמוראים אכן נחלקו בכך.¹⁶ מכל מקום,

14 משחק מילים בין 'שוכר' ל'סחורה'?

15 לא ניכנס לעובי הקורה בהבנתה, אלא בתמצית (שכן פטור בלא כלום אי אפשר): את דברי רבי יוסה ניתן להבין כמחלוקת על עצם האפשרות להעביר את הפרה לשואל ובכך ליצור צד שלישי, או כמי שמתיר להעביר את הפרה לשואל, אך טוען כי התשלום מגיע לבעלים, ולא לשוכר. אפשרויות אלו יכולות להידון לכאן ולכאן. אנו נוטים לאפשרות הראשונה (בעיקר לאור התוספתא המקבילה, בה נדון בהמשך), בעוד נראה כי הירושלמי הבין ככל-הנראה כאפשרות השניה, כפי שנבאר (להלן, הערה).

16 בבלי, בבא-מציעא לו ע"ב – לו ע"א (עפ"י כ"י המבורג, וכן כל הציטוטים מן הבבלי במאמר זה): 'אמ' רב יהודה אמ' שמואל. הלכה כר' יוסי. אמ' ליה רב שמואל בר יהודה לרב יהודה. אמרת לן משמא דשמואל. חלוק היה ר' יוסי אף בראשונה [במשנה הראשונה, בדין שומר חנם – א"מ ושכ"א]. הלכה כמותו. או אין הלכה כמותו. אמ' ליה. חלוק היה ר' יוסי אף בראשונה. והלכה כמותו אף בראשונה. איתמר נמי. א"ר אלעזר. חלוק היה ר' יוסי אף בראשונה. והלכה כמותו אף בראשונה. ור' יוחנן אמ'. מודה היה ר' יוסי בראשונה. שכבר שילם. לפנינו אם-כן מחלוקת משולשת: לדעת שמואל ור' אלעזר הלכה כרבי יוסי אף במשנה הראשונה, ויחזור הכפל לבעלים אף אם שילם השומר; ולפי רבי יוחנן, מודה רבי יוסי לתנא של משנה א שמשעה ששילם השומר לבעלים זכה בכפל העתידי. כך או כך, חשובה לענייננו העובדה ששלושת האמוראים מסכימים על עצם קיום הדיקה בין דעת רבי יוסי במשנה ב לדין משנה א. לדעת הנשקה (עמ' 221-222; 227-228), יש בכך כדי להעיד על כך שאמוראים אלו הבינו את משנתו כשיטת הירושלמי, ודלא כסתמא דבבלי בסוגיין (ראו להלן דברינו בניתוח סוגיות התלמודים). בהכרעת ההלכה נחלקו הפוסקים: כך לדוגמה, רבינו חננאל סבור כי 'קיימא לן כרבי יוחנן, דסוגיין בעלמא דשמואל ורבי יוחנן הלכה כרבי יוחנן' (מדבריו על אתר), ולשיטתו מודה רבי יוסי לתנא של משנה א. לדעת האור-זרוע, 'הלכה כשמואל, דהילכתא כוותיה דינא...' (מתוך ספר אור-זרוע, חלק ג, פסקי בבא-מציעא, סי' קג), ולשיטתו משנה א כלל לא שנויה להלכה.

שתי משניות אלו, כמכלול ספרותי אחד הנושא מכנה משותף (שלושה צדדים בדין), מעמידות לפנינו התלבטות בדבר אפשרות כניסתם של שניים מהשומרים (שומר חנם ושוכר) תחת הבעלים.

[ג]

התלבטות זו עולה באופן מובהק יותר בתוספתא המקבילה למשנתנו, אשר נראה כי מציגה קובץ מגובש ושלם בדיק בנושא זה (תוספתא בבא-מציעא פ"ג הל' א-ד), וזו פתיחתו:¹⁷

- 1 אין השואל רשאי להשאל
- 2 ולא השוכר רשאי להשכיר
- 3 ולא השואל רשאי להשכיר
- 4 ולא השוכר רשאי להשאל
- 5 ולא זה המופקדין אצלו רשאי להפקידו אצל אחר
- 6 אלא אם כן נתן לו בעל הבית רשות

הלכה זו עוסקת באפשרותו של השומר ליצור צד שלישי, ולהעביר את הרכוש שהופקד אצלו לשומר אחר (שו' 1-5). קביעתה העקרונית היא שאין לו רשות להעביר הרכוש לשומר נוסף, אלא אם קיבל רשות לכך מן הבעלים הראשונים (שו' 6). דומה, כי הקול העולה מהלכה זו דומה לזה העולה מדברי רבי יוסה במשנה (כיצד והלה עושה סחורה בפרתו שלזה?)¹⁸. כפי שכבר אמרנו, מדובר בהלכה המהווה פתיחה לקובץ שלם,

באופן חריג, בחרנו להביא נוסח התוספתא בהלכה זו עפ"י כ"י ארפורט (מהד' צוקרמנדל), ולא עפ"י כ"י וינה (מהד' ליברמן), משום חסרון הנראה כטעות סופר בזה האחרון (שו' 3 שלפנינו, חסרה בו). שאר המובאות מהתוספתא בגוף המאמר ובהערותיו עפ"י נוסח מהד' ליברמן (כ"י וינה).

ודוק: איננו קובעים כי יש זהות בין רבי יוסה דמשנתנו להלכה א בתוספתא המקבילה. ואכן, ברייתא מקבילה להלכה זו מצינו בסוגיית הירושלמי העוסקת במשנת רבי יוסה, שם מוטלת הברייתא כקושיה על שיטת תנא-קמא, המאפשר לשוכר להשאל את הפרה ששכר לאחר. בעקבות קושיה זו, מעמיד הירושלמי את דברי תנא-קמא במציאות בה נתן לו בעל הבית רשות. אולי יש בכך כדי להעיד על הבנת הירושלמי בדברי רבי יוסה: ככל הנראה, סובר הירושלמי כי רבי יוסי אינו מבקר את עצם העברת הרכוש מיד השוכר ליד השואל (שכן אז לא היה כל חידוש מהברייתא, ולא היה כל צורך להביאה בסוגיה), כי אם רק את הזכיה של השוכר בכסף אוכדן הפרה. מכל מקום, מעניינת היא העובדה שבנוסח הברייתא בירושלמי אין התייחסות לדין שומר חנם (שו' 5 בנוסח ההלכה בתוספתא). אין לשלול את האפשרות לפיה זו דרכו של הירושלמי ליצור ניתוק ובידול מוחלט בין הגישה המבקרת את אפשרות יצירתו של צד שלישי – גישה הבאה לידי ביטוי, לדעתנו, הן בדברי רבי יוסה והן בדברי הלכה זו בתוספתא – לבין הדין השנוי במשנה א, העוסקת בשומר חנם, ובכך למעשה לערער על הנחתנו לפיה מדובר בקובץ שנושאו אחד. במילים אחרות, נראה כי הירושלמי מבחין בבירור בין ביקורתו של רבי יוסה על תנא-קמא, לבין הביקורת הנלמדת מן התוספתא עליו, ולדעתו אלו הן שתי ביקורות שונות. וראו לעיל הערה 15.

לדעתנו, הבוזחן היבט זה. הקובץ פותח, אם-כן, בקביעה קטגורית (הל' א), חותם בהלכה העוסקת בזכות הכפל העוברת במכירה ממשית של הרכוש (הל' ד),¹⁹ וביניהן – שתי הלכות העוסקות במצבי הביניים: זכות הכפל של השואל,²⁰ השוכר²¹ (הל' ב'), ושמר חנם²² (הל' ג).

סיכום פרק ראשון

לסיכום פרק ראשון של דברינו, נאמר כי בלז משניות הפתיחה של פרק המפקיד, עומדת שאלת מקומו של השומר – שומר חנם (משנה א), או השוכר (משנה ב) – ביחס לבעלים. שאלה זו נבחנת אל מול מציאותו של צד שלישי נוסף, הגנב (משנה א), או השואל (משנה ב). משני צדי השאלה ניצבים התנא של משנה א, המעניק לשומר זכות בכפל במידה ושילם, ורכי יוסי במשנה ב, המתנגד למתן זכויות לשוכר שהשאל פרה ששכר. המתח בין שני הצדדים, כמו גם גוני הביניים שביניהם, באים לידי ביטוי בולט גם בתוספתא המקבילה.

פרק שני: הצעה לניסוח למדני של הבעיה; סוגיות התלמודים²³

[א]

מה נתון ביסוד המתח שבין הבעלים לשומר? בניסוח למדני אפשר להציג זאת כמתח שבין בעלות לרשות.²⁴ רוצה לומר, ישנן בעולם שתי צורות בסיסיות של אחזקת רכוש:

1. בעלות – הרכוש שייך לאדם.

2. רשות – הרכוש נמצא בתחומו של אדם.

19 'המוכר פרה לחבירו ונגנבה. זה אומ' ברשותך נגנבה. וזה אומ' ברשותך נגנבה. יחלוקו. נמצא גנב. זה אומ' ברשותי נגנבה. וזה אומ' ברשותי נגנבה. יחלוקו'.

20 'השואל פרה מחבירו. ונגנבה. וקדם השואל ושילם. ואחר כך נמצא הגנב. משלם תשלומי כפל [לשואל]. ותשלומי ארבעה וחמשה לשיני'.

21 'השוכר פרה מחבירו. ונגנבה או אבדה. ואמ' הריני משלם ואיני נשבע. שילם. ואחר כך נמצא הגנב. משלם תשלומי כפל וארבעה וחמשה לשיני'. מעניינת היא העובדה שדין השוכר חסר בכ"י ארפורט. קשה להכריע אם מדובר בהשמטה מפני הדומות, או שמא הופעתו בכ"י וינה משקפת את הנוסח המקורי (באופן המאפשר מבנה שלם יותר לקובץ). לחילופין, לא מן הנמנע שהופעתו שם מעידה על שרוב או השפעה מן הברייטא המובאת בסוגיית הבבלי בבבא-מציעא לד ע"א.

22 'המפקיד פרה אצל חבירו. ונגנבה או אבדה. ואמ' הריני משלם לך בלא שבועה. ואחר כך נמצא הגנב. משלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה לשיני'. דין זה מקביל ותואם את הדין המחודש במשנתנו, לפיו תשלום – או התחייבות לתשלום (נושא שלו נקדיש בהמשך התייחסות ארוכה) – מצד השומר, מעניקה לו זכות ככפל העתיד לבוא. התוספתא אינה שונה את הדין הפשוט המופיע במשנה, לפיו, באם השומר נשבע זכות הכפל נותרת של הבעלים.

23 מגמת פרק זה היא להציע ניתוח למדני 'קלאסי' לסוגיה, אשר יהווה בסיס לדברינו – שעיקרם בפרק השלישי במאמר.

24 את יסודות הניתוח שלהלן שמענו בשיעוריו של הרב דוד ביגמן בישיבה. הבאנום כאן כשינויים קלים, הנובעים מהבנות אפשריות שונות בסוגיה.

במצב רגיל, אדם מחזיק את רכושו ברשותו; אך כאשר הוא מוסר את רכושו לפיקדון אצל חברו, נוצרת הפרדה בין הבעלות לרשות – בין בעל הרכוש (המפקיד), לזה שהרכוש אצלו (השומר). על רקע זה, אם נחזור למשנתנו, משנת המפקיד, הרי לפנינו סיטואציית פיקדון קלאסית בה הבעלות הנה של המפקיד, בעוד הרכוש נמצא ברשותו של השומר. אלא שבסיטואציה הייחודית שהמשנה מתארת ישנם "שלושה שותפים", שכן הרכוש נגנב על-ידי צד שלישי, המחוייב בתשלום כפל או בתשלום ארבעה וחמישה 'למי שהפקדון אצלו' (לשומר, אשר הרכוש היה ברשותו), או 'לבעל הפקדון' (למפקיד, שהרכוש היה בבעלותו). מהי אכן הבוחן הקובעת מי זכאי לתשלום הגנב? (ובלשון ישיבתית – מהו ה"מחייב"?) המשנה קובעת בעניין זה קביעה פשוטה: אם שילם השומר זכה בתשלומי הגנב, ואם נשבע לא זכה בהם.

על פי הכרעה זו, התשלום מאפשר פישוט של המציאות המורכבת בה ישנו פער בין בעלי הרכוש לזה שהרכוש ברשותו; כך, התשלום מהווה אמצעי לבירור זהותו של ה"בעלים" החדשים (לפחות לעניין זכות הכפל). ועדיין עלינו לחקור, כיצד התשלום "פועל"; כלומר, מדוע התשלום אכן מסוגל "לסמן" את דמותו של הזכאי בכפל העשוי להגיע, במידה והגנב ימצא? כאן, יכולים אנו להציע שני כיוונים אפשריים, המשלימים זה את זה אהדדי:

א. משום חסרון כיס – התשלום מאפשר "השלמה" של חסרון הכיס של הבעלים. כלומר, משנגנב הרכוש, נמצא הבעלים במצב של חסרון כיס; לאחר שהשומר משלם לו את גובה הקרן, חסרון כיס זה הושלם. כעת, השומר הוא שנמצא במצב של חסרון כיס, וממילא, משימצא הגנב, ראוי שיזכה הוא בכסף, אשר "ישלים" את חסרון הכיס שלו.

ב. משום תביעה – המצב הבסיסי המתואר במשנת המפקיד נתפש כבעייתי, משום שיש בו שלושה בעלי דין: המפקיד, השומר והגנב. לא ברור מי תובע את מי – המפקיד את השומר? המפקיד את הגנב? השומר את הגנב? כך, מטרת התשלום היא להסדיר את צדדי הדין. משקיבל המפקיד את תשלום הקרן של השומר, שוב אין לו כל תביעה כלפי הגנב;²⁵ במידה והגנב נמצא, הוא נתבע רק על-ידי השומר, והמפקיד איננו עוד צד בדין.²⁶

25 כך גם הנשקה (עמ' 226), אמנם בשילוב מסוים של שני הכיוונים: "לביאורנו, השומר זכאי בכפל מפני שכעת – לאחר ששילם לבעלים וסילקם מן התביעה – הוא המפסיד מן הגניבה וזכאי בתשלומיה".

26 אפשרות שונה ומעוררת מחשבה להסבר זכיית השומר בכפל נמצאת בדברי א"א הלוי ("סוגיות 'פשיטא' בתלמוד הבבלי שאינן פשוטות כל עיקר", דברי הקונגרס העולמי השביעי למדעי היהדות, כרך 'מחקרים בתלמוד הלכה ומדרש', ירושלים תשמ"א, עמ' 137-138): "האמת הפרשנית היא, שלא המפקיד מקנה לשומר את הקנס אלא בית הדין, ההלכה, ולא על ששילם, אלא על שלא רצה להישבע אפילו על דבר אמת; דבר, שתורת ארץ-ישראל שאפה אליו בכל עוז...". הנשקה (עמ' 225-227) דוחה אפשרות זו מתוך עיון מפורט בסוגיית הירושלמי.

[ב]

והנה, אם תשלומי השומר למפקיד מהווים את ה"מחייב", אשר קיומו מעניק לשומר את זכות הכפל העתידי, והיעדרו מותיר זכות זו אצל הבעלים, הרי שהבבלי כדרכו אינו מסתפק בניסוח המינימליסטי שהוצע לעיל, ניסוח שביסודו עומדת המוטיבציה להנהיר מציאות משפטית מורכבת, אלא עושה כל מאמץ לקרוא את המשנה בהקשר קנייני, כמו אומרת סוגיית הבבלי: לא תיתכן העברה של זכות כספית (במקרה דגן – הכפל) מיד ליד, אלא על-ידי קניין.²⁷ כך, לאחר שהבבלי פותח בדיון סתמאי המנסה לברר מדוע נדרשה משנת הפתיחה לשנות גם 'בהמה' וגם 'כלים', דיון המניח כיסוד מוסד שמשנתו מדברת בקניין ממש,²⁸ 'מתקיף' רמי בר חמא בשאלה המתבקשת מאליה, כמעט, על-פי תפישתו הבסיסית של הבבלי (בבא-מציעא לג ע"ב – לד ע"א):²⁹

- 1 מתקיף לה רמי בר חמא. והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.
- 2 ואפילו לרבי מאיר. דאמ' אדם מקנה לחברו דבר שלא בא לעולם.
- 3 הני מילי כגון פירות דקל. דבדאי אתו.³⁰
- 4 אבל הכא מי יימר דמגנבא.
- 5 ואם תמצא לומר דמגנבא. מי יימר דמשתכח גנב.
- 6 ואם תמצא לומר דמשתכח גנב. ממאי דמשלם. דלמא מודה ומיפטר.

ואם בקניין עסקינן, מטיל רמי בר חמא לסוגייתנו מושג קלאסי מתחום הקניינים: 'אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם' (שו' 1); שהרי, זכות הכפל ש'קונה' השומר מן הבעלים, אינה אלא זכות עתידית אופציונאלית – וממילא, אינה עומדת בתנאים הבסיסיים של ביצוע קניין בין אדם לרעהו.³¹ הסתמא דגמרא (שו' 2) ממשיך את דברי רמי בר חמא ומדגיש כי לא ניתן להעמיד את משנתנו אפילו לשיטת ר' מאיר, המאפשר

27 יוער, כי אף שסוגיית הבבלי, בעשותה כן, מטילה על המשנה מרכיבים שאינם נמצאים בה בהכרח, הרי מכל מקום אין מדובר באוקימתא מרחיקת לכת; סוף סוף, תשלום המאפשר זכיה בהון עתידי – ממש כפי שמופיע במשנה – בהחלט לא רחוק הוא שיתפרש כאקט קנייני המעניק זכות עתידית זאת. על האבחנה בדבר בין הרבדים השונים בסוגיה, ראו הע' 48 להלן.

28 בצריכותא סתמאית זו מופיע שורש קנ"ה ארבע פעמים, ואין בה כל פקפוק באפשרות להבין את תשלום שומר חנם לבעלים שלא כקניין (לג ע"ב): 'למה לי למתנא בהמה ולמתנא כלים. צריכא. דאי תנא בהמה. הוה אמנא. בהמה הוא דמקני ליה כפילה דנפיש טירחה [לעיולא ולאפוקי]. אבל כלים דלא נפיש טירחיהו. אימא לא מקני ליה כפילא. ואי תנא כלים. הוה אמינא. כלים הוא דמקני ליה כפילא משום דלא נפיש כפליהו. אבל בהמה דכי טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה. אימא לא מקני ליה כפילא. צריכא'. לא מן הנמנע כי מטרתה של צריכותא זו הנה רטורית, ונובעת מהרצון לדחות – כבר מתחילת הסוגיה – כל אפשרות להבנה אחרת במשנה.

29 המובאות מן הבבלי עפ"י כ"י המבורג, כאמור.

30 בשולי הגיליון נכתב 'דעבידי דאתו', כבנוסח הדפוס.

31 לא זה המקום לעסוק בהרחבה בסוגיה מרתקת זו ודרכי התפתחותה; המעוניין יפנה לסיכומו של ב' ליפשיץ, אסמכתא: חיוב וקניין במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 396-405.

קניין בדבר שלא בא לעולם, שכן בעוד ר' מאיר מדבר על דבר הצפוי לבוא לעולם בדרך הטבע (כפירות דקל, שו' 3), הרי משנתנו מדברת על אפשרות עתידית חלקית ביותר, שמימושה מותנה בשלושה תנאים הכרחיים: על הרכוש להיגנב (שו' 4), על הגנב להימצא (שו' 5), ועל השומר לשלם (שו' 6). אם כך, כיוון שאין כל ודאות שתנאים אלו יתקיימו, קשה לומר שהבעלים אכן מקנה לשומר את זכות הכפל. לזאת משיב רבא:

- 7 אמ' רבא. נעשה כאומ' לו. לכשתגנב תרצה³² ותשלימני.³³ הרי פרחי קנויה לך מעכשיו.
- 8 מתקיף לה ר' זירא. אי הכי אפלו גיזותיה נמי.³⁴
- 9 אלא א"ר זירא. נעשה כאומ' לו חוץ מגזותיה וולדותיה.
- 10 מאי פסקא.³⁵
- 11 שבחא דאתי מעלמא עביר איניש דמקני.
- 12 שבחא דמגופה לא עביר איניש דמקני.
- 13 איכא דאמרי.
- 14 אמ' רבא. נעשה כאומ' לו לכשתגנב תרצה³⁶ ותשלימני. סמוך לגניבתה קנויה לך.
- 15 מאי ביניהו.
- 16 איכא ביניהו קושיא דר' זירא.
- 17 אי נמי דקימא באגם.

רבא מתרץ את קושייתו של רמי בר חמא, ופותר את הבעיה המשפטית עליה הצביע (קניין בדבר שלא בא לעולם) בכך שלדעתו כבר בשעת מסירת הרכוש לשמירה, מביא הבעלים בחשבון את אפשרות גניבתו העתידית של הרכוש ואת תשלומו של השומר בעקבותיה,³⁷ תשלום שיגרום להקנאת הרכוש לשומר, וממילא גם להקנאת זכות הכפל

- 32 בנוסח הרפוס: 'ותרצה'.
- 33 קרי: ותשלימני (וכן בשו' 14).
- 34 בשולי הגיליון נוסף: 'ולדותיה נמי. אלמא תניא חוץ מגזותיה וולדותיה', וכן ברפוס. על פניו, נוסח כ"י המבורג כפי שהבאנוהו בפנים, נראה סביר יותר: שאלת הגיזות והולדות היא שאלה משפטית שאינה זוקקת "ברייאת" עלומה, הנראית כברייאת בבליית גמורה שנועדה לצרכיה הרטוריים של הסוגיה. כך סבור גם פרידמן (עמ' 210-211, הע' 8).
- 35 בנוסח הרפוס נוספו כאן המילים 'סתמא דמילתא'.
- 36 בנוסח הרפוס: 'ותרצה'.
- 37 שמא ואולי מקבל כאן שינוי הנוסח עליו הצבענו לעיל (הערות 32 ו-36) מקצת משמעות: כמה אפשרויות והסתעפויותיהן כוללת הנחתו הא-פריונית של הבעלים? נראה שנוסח הרפוס הגורס 'לכשתגנב ותרצה ותשלימני' מדגיש עוד יותר את מידת ריחוקה של הקנאה זו מראש, בשונה מנוסח כתב היד הגורס 'לכשתגנב תרצה ותשלימני' (בחסרון וא"ו החיבור לפני תיבת 'תרצה'), המניח את רצונו של השומר לשלם כמעט כעובדה נתונה.

לו, במידה ויימצא הגנב (שו' 7). ר' זירא, מנגד, טוען כי מאחר שקניין זה נעשה כבר בשעת המסירה, הרי שהשומר זכאי גם בשבח הרכוש בעודו אצלו, כגון גיזות צמר הפרה וולדותיה (שו' 8). ר' זירא מציע תיקון מקומי לדברי רבא, לפיו שבח זה באמת אינו כלול בדעתו הראשונית של הבעלים (שו' 9), והגמרא אף מציעה חילוק המסביר מה בין זכות הכפל העתידית (שבחא דאתי מעלמא), עליה נתונה דעת הבעלים מראש (שו' 11), ל'גיזות וולדות' (שבחא דמגופא), עליהן אין דעתו של הבעלים מראש (שו' 12). בצד הסבר זה של ר' זירא, מציעה הסוגיה גם לשון אחרת בדברי רבא, לפיה הרכוש אינו מוקנה לשומר מראש, אלא רק 'סמוך לגניבתה' (שו' 14), ואף מזהה נפקא מינה בין שתי הלשונות בדברי רבא (שו' 15-16).³⁸

לא הארכנו בסוגיה זו אלא כדי להראות עד כמה דגם הקניין המתעצב והולך כאן, אגב פרשנות המשנה, הנו רחוק ביותר: כיוון שהבבלי קורא את העברת זכות הכפל מהבעלים לשומר באופן קנייני, אין לו אלא לתאר את הקונסטלציה המשפטית הנדרשת לכך;³⁹ אולם מלאכה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, שכן מדובר בזכות עתידית, ואין כל ודאות שתתממש ('דבר שלא בא לעולם'). ואם לא די בכך, הרי שאם זכות זו ניתנת מראש, כפתרונו של רבא, הרי שעל דעת הבעלים ('נעשה כאומר לו') להביא בחשבון סיטואציה מופלגת ('לכשתגנב תרצה ותשלמני'), מבלי להקנות באמת את גוף הרכוש מרגע המסירה לשומר, כדי שזה לא יזכה בשבח הבא מגוף הרכוש בהיותו אצלו.⁴⁰ אמנם מעשים שבכל יום הם שאדם זוכה בשבחים עתידיים של קנייניו – אלא שבנידון דידן מעשה הקניין מלכתחילה רופף למדי; מגמת הסוגיא היא לבסס קניין זה חרף הקשיים

38 עיון מפורט ביחס שבין שאלת רמי בר חמא לתשובת רבא, ראו אצל פרידמן (עמ' 210-217).
39 ויפיים דברי הנשקה (עמ' 235): 'לא בא רבא בדבריו אלא ליתן את הנוסחה המשפטית המאפשרת את הקניין האמור.

40 כדברי הנשקה (עמ' 218): 'ברי שאין יסוד עובדתי לקניין... שהרי לא נאמר בפירוש שום דבר בשעת מסירת הפקדון באשר להקנאתו'. רש"י הסביר זאת כמעין חזקה משפטית סבירה, לפיה חכמים מניחים ('קים להו לרבנן') כי אכן נוחה דעתו של הבעלים מכך: 'נעשה כאומר לו – בשעה שמסרה לו, דקים להו לרבנן דניחא להו לבעלים שיהא בטוח בקרן, על מנת שיהא ספק כפל העתיד לבא של שומר, והרי היא כמסרה לו על מנת כן שאם תיגנב וישלם לו קרן שתהא פרה קנויה לו משעה שמסרה, נמצא, למפרע כשגנב הגנב – של שומר היתה, דפרה כבר היא בעולם'. כך גם הריטב"א (ד"ה 'אמר רבא': 'דקים להו לרבנן שכן דעתם של בעלים, ואע"פ שלא פירשו כפירשו דמי'). ובעקבות פרידמן (עמ' 211, הע' 10) ראינו דבריו החדים של האור-זרוע (ס"קד): 'אע"ג דלא שמעינן דהקנה לו הכפל, הכי שיערו חכמים דעתו שהקנה לו, ואפילו עמד וצווח לא הקניתי לו – לא משגחנין ביה. וטובא כי הא בתלמודא'. מנגד, מביא הנשקה גם את דעת הרשב"א בחידושו 'לב"מ לר ע"ב', ד"ה 'שילם לבנים מהו', האומרת (בניסוחו של הנשקה): "... אף בלבו לא הקנה המפקיד בשעת ההפקדה, שכן הגנבה ותוצאותיה עדיין לא עלו בדעתו כלל; אלא חכמים הם שתיקנו וייפרו כוחו של קניין זה, על יסוד אומדן דעתו של המפקיד, שכן נוח לו" (הנשקה, שם).

המשפטיים הגלומים בו. קלישותו של קניין זה מועצמת עוד יותר בהלכה המצוטטת בהמשך הסוגיה שם מפי ר' יוחנן:⁴¹

18 א"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן.

19 לא שילם ממש.

20 אלא כיון דאמ' הריני משלם. אע"פ שלא שלם.

לשיטתו של ר' יוחנן די בכך שהשומר יצהיר על כוונתו לשלם בכדי לזכות בכפל, אף לפני שישלם ממש. הסוגיה מבררת מהו מקור שיטתו של רבי יוחנן, ולאחר שהיא מסיקה כי לא ניתן לדייקה ממשנתנו,⁴² היא מציעה כמקור לדבריו ברייתא העוסקת בשוכר, ובה נשנה בפירוש 'ואמר הלה הריני משלם'.⁴³ שיטה זו, שאינה מחייבת תשלום ממש כדי לזכות בכפל, מורחבת בהמשך הסוגיה על-ידי רב פפא וסתם התלמוד שעליו גם לשאר השומרים:⁴⁴

21 אמר רב פפא.

22 שומר חנם. כיון שאמר פשעתי.

23 מקנה ליה כפילא.

24 דאי בעי פטר נפשיה בגניבה.

25 שומר שכר. כיון שאמר נגנבה.

26 מקנה ליה כפילא.

27 דאי בעי פטר נפשיה בשכורה ומתה.

28 שואל שאומר הריני משלם.

29 לא מקני ליה כפילא.

30 במאי הוה ליה למפטר נפשיה. במתה מחמת מלאכה.

31 מתה מחמת מלאכה לא שכיח.

32 איכא דאמרי.

33 אמר רב פפא.

34 שואל נמי. כיון שאמר הריני משלם.

41 אף אם רבי יוחנן עצמו לא ראה במשנה תיאור של קניין – שהרי מוקדם הוא לרבא בשני דורות, ויושב בארץ-ישראל – הרי לפחות עריכת הסוגיה הביאה דבריו מיד לאחר דברי רבא, מבלי לערער על ההקשר הקנייני.

42 בולטת כאן לעין מודעותו הפילולוגית של הריטב"א, ד"ה 'אמר ר' יוחנן': 'ואע"ג דר' יוחנן על מתני' אמרה אנן בעינן לומר דלישנא דמתני' לא דאיך הכי, וכיוצא בזה יש בתלמוד'.

43 וזו לשון הברייתא: 'תניא כותיה דר' יוחנן. השוכר פרה מחברו ונגנבה. ואמ' הלה הריני משלם ואיני נשבע. ואחר כך נמצא הגנב. משלם תשלומי כפל לשוכר'.

44 כיון שענייננו המוצהר הוא ניתוח הסוגיה בעריכתה הסופית דווקא, רשאים אנו לוותר על דיון מעמיק – הנדרש כשלעצמו במהלך לימוד הסוגיה – באבחנה בין דברי רב פפא ה'מקוריים' לתוספת שעליו (ניתן להציע שתי אפשרויות מרכזיות בדבר, ואידך זיל גמור).

35 מקני ליה כפילא.

36 דאי בעי פטר נפשיה במתה מחמת מלאכה.

לפי רב פפא, די בנכונותו של השומר לשלם כדי לראותו כבעלים, אך בתנאי שהיתה לו אפשרות אחרת מלבד לשלם. במסגרת זו הוא מכליל את שומר חנם (שו' 22-24) ושומר שכר (שו' 25-27), בעוד לגבי השואל חלוקת המסורות – לפי מסורת אחת, רב פפא החמיר בשואל (שו' 28-31), ולפי מסורת אחרת הקל בו (שו' 32-36). בכך השלימה הסוגיה את החלת העיקרון שהתווה רבי יוחנן לארבעת השומרים (השוכר, הנעדר מדברי רב פפא, צויין קודם לכן במקור התנאי לשיטת רבי יוחנן), תוך שהוא מעוצב על-דרך מושג ה'מיגר'⁴⁵ – השומר זכאי בכפל, משום שאף שיכול היה להיפטר מלשלם את הקרן ואעפ"כ בחר לשלמה.⁴⁶

שוב ניכרת לעין הלומד מגמתו של עורך הסוגיה, החוזר שוב ושוב על ביטויים כגון 'מקני ליה כפילא', ומבקש לראות במשנתו תיאור של מעשה קניין; חזרה זו משקפת, לדעתנו, קריאה מחודשת של דיני שומרים שבתורה בתוך מערכת קניינית. ברם, בד בבד, ניכרת שוב גם חולשתו של קניין זה: לאחר דברי רבי יוחנן ורב פפא, חכמים אינם מבקשים עוד תשלום ממש, אלא מסתפקים בהתחייבות לתשלום. ואף יותר מכך: התשלום – או ההתחייבות לשלם – מקנה לשומר את זכות הכפל דווקא משום שיכול היה להיפטר מתשלום זה.⁴⁷

התפישה הקניינית הדומיננטית כל-כך בסוגיית הבבלי,⁴⁸ מועצמת עוד יותר בדברי הראשונים אודותיה. מבין השיטין של פרשנותם לסוגיה צצים ועולים דיונים כיסודות מעשה הקניין, אף אם האוריינטציה הבסיסית של הראשונים בניתוח הסוגיה נובעת כשלעצמה מקשיים פרשניים במשנה ובגמרא. כך למשל, חולקים הרמב"ן והרשב"א

45 אמנם מושג זה אינו מופיע בסוגיה, אך בהחלט ייתכן שהעיקרון העומד ביסודו משוקע בה. הנשקה (עמ' 247) מנסח את הדברים באופן מינימליסטי יותר: "מן הסוגיה כמות שהיא לפנינו עולה, שבין לאביי ובין לרב פפא ורב זביד קניינו של השומר מבוסס על רצון המפקד להבטיח לעצמו את הקרן. ומשום כך, דווקא כשיש בידו של השומר להיפטר מן הבעלים ואעפ"כ רצה לשלם, הרי הוא זוכה בכפל, לפי שיש לבעלים להחזיק לו טובה על הסכמתו לשלם; אבל כשאין ביד השומר להיפטר, אין לבעלים כל סיבה להקנות לו את הכפל ואינו זוכה בו".

46 לעת עתה ננסח דברינו בעמימות מכוונת, אשר תלך ותתבהר בהמשך.

47 ובאמת, נראה כי נקודת המוצא לפרשנות הרמב"ן ובית מדרשו לסוגיין נעוצה בהטלת דברי רב פפא על משנתנו, תוך ניסיון של כל אחד מהראשונים בדרכו להציע סינתזה בינו לבניה.

48 ומסכימים אנו באופן כמעט מלא עם אבחנתם של פרידמן והנשקה לאורך כל עיסוקם בסוגיה, לפיה תפיסת הקניין היא פרי רובד הסתמא דגמרא ('כמעט מלא', משום שלא מן הנמנע כי ניתן לזהות ניצנים ראשונים לתפישה זו בקרב חכמים בני הדור הרביעי-חמישי לאמוראי בכל – רבא, רמי בר חמא ורב פפא). להבדל העקרוני הקיים בכל זאת בין הנשקה לבינינו בנקודה זו, ראו הע' 89 להלן.

בהבנת עיקר הקניין. מחלוקת זו ניכרת מאוד בהבנת דין השואל, הנשנה בדברי רב פפא. נביא מדברי הרמב"ן:⁴⁹

... ולא בא למעט [רוצה לומר, המשנה לא שנתה 'שהרי אמרו שומר חנם נשבע ויוצא' – א"מ ושב"א] אלא שאם לא היה יכול לפטור עצמו בשבועה כגון שיש עדים שנגנבה בפשיעה, אף על פי ששילם ולא אטרחיה לבי דינא לא מקני ליה כפילא. תדע. דהא כל אימת דלא נשבע. מנא ידע דמצי פטר נפשיה בקושטא. דילמא פשע בה ונגנבה. אי נמי שלח בה יד הוה. אלא דכל דמצי טעין פטור הוא קני כפילא בתשלומין...

הרמב"ן מבהיר, כי לא התשלום כשלעצמו הוא המקנה לשומר את זכות הכפל, ואף לא נאמנותו – משום שזו אינה מוכחת; אלא, שילוב של הוצאת הדין באופן נוח עבור הבעלים מחד, בה בשעה שאין ידיים מוכיחות (עדים) לפשיעתו של השומר. כלומר, דווקא במציאות בה נאמנותו של השומר אינה מבוררת לחיוב או לשלילה (אלא על-פי עדותו שלו) – דווקא אז יש לנוחות הפתרון המשפטי משקל מכריע בהקניית הזכויות העתידיות לו.

אם נשתמש במושג הלמדני המאוחר 'דעת בעלים' להבהרת שיטות הראשונים, הרי שלדעת הרמב"ן, התשלום הוא רק אחת מהדרכים ליצור את אותה דעת בעלים; בעל הרכוש רוצה את הכסף, ויודע שבפני השומר עומדות אפשרויות אחרות (שהרי ביכולתו להיפטר). אם-כן, לשיטתו, במוקד מעשה הקניין עומד האלמנט ההסכמי: דעת הבעלים נוצרת, למעשה, מכך שהשומר מתיר את המציאות המורכבת באופן נוח יחסית עבור הבעלים.⁵⁰ ולעומתו, הרשב"א:

... אלא, כל המפקיד בשעת פקדון מקני ליה פקדון למי שהפקדון אצלו סמוך לגנבתו כל זמן שהוא משלם, ולא מסיק אדעתיה לאקנוייה כשאין עדים דווקא... והוא הדין נמי להיכא דאיכא עדים שפשע בה ונגנבה דמעיקרא גמר ואקני ליה כל זמן דלא אטרחיה לבי דינא הואיל ואיכא בהו צד פטור, דאי בעי פטרי בהו נפשיהו, אבל בשואל דלית ליה אנפא למפטרי ביה נפשיה חוץ ממנה מחמת מלאכה, דלא שכיחא, לא אסיק אדעתיה לאקנוייה ביה מעיקרא. ואסיקנא דאפילו בשואל נמי היכא דשילם ממש מקני ליה כפילא...

49 ד"ה 'מתני שהרי אמרו שומר חנם נשבע ויוצא' (חידושי הרמב"ן לבבא-מציעא לג ע"ב). מקוצר היריעה, עיסוקנו בשיטות הראשונים יהיה מצומצם למדי; נתמקד רק בהיבט אחד – מדגמי, אך עקרוני – הנתון במחלוקת הרמב"ן ורשב"א, ומשקף במידת מה את אופי עיסוקם של רבים מהראשונים בסוגיה. הלומד המעוניין יוכל לעיין בחידושיהם על אתר. אנו לא הבאנום אלא כדי להמחיש במלואו את התהליך הפרשני המקובל בסוגיית הבבלי, הצועד בעקבות סתמא דש"ס, ומזהה במוקד המשנה את מעשה הקניין.

50 בכך משקף הרמב"ן את השפעתו העמוקה של רב פפא על הבנת המשנה; למעשה, נראה כי בירור היחס בין המשנה לדברי רב פפא הוא המניע את דברי כל הראשונים מבית מדרשו של הרמב"ן, ואף ראשונים אחרים.

הרשב"א עומד על כך שאף שנראה כי כל השומרים קונים את זכות הכפל מכח העובדה שבפני כל אחד מהם עומדת אפשרות אחרת מלבד התשלומים, הרי מכל מקום גם שואל קונה את זכות הכפל (כדברי רב זביד בבבלי), וזאת חרף העובדה שאין לו כל אפשרות להיפטור מתשלום; מכאן מסיק הרשב"א כי דעת הבעלים תלויה לא בכך שהשומר בחר באפשרות הנוחה לבעלים, אלא משום שהבעלים מקבל תמורה הולמת לאובדנו. לפיכך התשלום, במובנו הטכני ביותר, הוא שמהווה את התנאי אשר בזכותו יזכה השומר – כל שומר – בכפל.

כדי לשבר את האוזן במחלוקת עדינה זו בין הראשונים, ניתן לומר כי עבור הרמב"ן, משפט המפתח במשנה הוא 'ולא רצה לישבע' – המעיד על כך שלשומר יש אפשרות אלטרנטיבית, בעוד לרשב"א, עיקר המשנה היא דווקא המילה 'שילם', המעידה על כך שסוף סוף הקרן עברה מיד ליד.⁵¹

אם כך, בעוד המשנה גופא אינה מדברת, ככל הנראה בקניין, רובד הסתמא בסוגיית הבבלי סבור אחרת; עד כמה עמדתו השפיעה על הבנת הסוגיה ופרשנותה ניתן לראות בשיטות הראשונים שהבאנו.

[ג]

דגם קנייני זה שבבבלי בולט עוד יותר בהשוואה לסוגיית הירושלמי המקבילה, שכלל אינה יוצאת מנקודת מוצא קניינית (בכא-מציעא פ"ג ה"א):⁵²

- 1 "המפקיד אצל חברו" כול'.
- 2 מנן תיתי ליה.
- 3 "אם המצא תמצא בידו הגניבה".

51 אפשר אף שהרשב"א כולו להמחלוקת זו בא לידי ביטוי בחילופי הגירסאות – עליו כבר הצבענו קודם (ראו הערה 37 לעיל) בין כ"י המבורג לכ"י מינכן בדברי רבא: 'לכשתגנב תרצה ותשלמני' (כ"י המבורג) אל מול 'לכשתגנב ותרצ' ותשלמני' (כ"י מינכן). כלומר, השאלה היא מה היחס בין דעת הבעלים המקנה, לרצונו הבחירי של השומר הקונה – עד כמה לשומר ישנן אופציות חלופיות (מעין דברי הרמב"ן), ועד כמה הוא מחוייב להעברת בעלות ממשית (מעין דברי הרשב"א).

52 הנוסח עפ"י מהדורת האקדמיה ללשון העברית, עמ' 1221. השתמשנו לא רק בנוסח, אלא גם בסימני מהדורה זו. בהערות השוליים שלהלן יצוינו מספר שינויי נוסח (משמעותיים בלבד) מכ"י אסקוריאל (יצא לאור על-ידי רא"ש רוזנטל וגר"ש ליברמן, ירושלים תשמ"ד), אשר לדעת מהדוריו מוחזק כמשובח (ראו דברי רוזנטל במבוא למהדורה זו, עמ' יח: "כתב-היד הספרדי שלנו הוא כתב-יד משובח של הירושלמי, גם מבחינת גופי נוסחאותיו, ואף מצד לשון הירושלמי שבו, העברי והארמי-גלילי כאחד... אין שום ספק בדבר, שכתב-היד הספרדי שלנו עולה, בדרך-כלל, על כ"י לייזן, ולא רק בטיב הלשון הגלילית והגאיה"; וכן דברי ליברמן במבואו שלו למהדורה זו, עמ' כט: "לא נגזים אם נאמר, שכתב היד שלנו הוא המשובח ביותר מכל כתב-היד וקטעי כתב-היד שנתגלו עד עכשיו"). אבל ראו לעומת זאת: י' זוסמן, "ישוב לירושלמי נזיקין", בתוך: י' זוסמן, ד' רוזנטל (עורכים), מחקרי תלמוד א, ירושלים תש"ן, עמ' 133-55, ובעיקר בהערה 9 (עמ' 116-121), המסתייג מעמדה זו.

איתי מרינברג ושמואל בר-אילן

- 4 וכי אין אנו יודעין שאם ימצא הגנב שלם שנים.
- 5 ומה ת'ל "שנים ישלם".
- 6 אם אינו עניין לו תניהו עניין לשלפניו.
- 7 רבי⁵³ < > ⁵⁴ ועאל לפירקא דר' יודן.
- 8 אמ' קומיה הדא.
- 9 אמ' ליה. אמור דבתרה.
- 10 "נשבע ולא רצה לשלם נמצא הגנב משלם תשלומי כפל.
- 11 טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה.
- 12 למי משלם. לבעל הפקדון".
- 13 וישלם למי שהפקדון אצלו.
- 14 ר' !נסה!⁵⁵ בשם ר' יונה.
- 15 "חיים שנים ישלם". למקום שהקן מהלך שם הכפל מהלך.
- 16 ר' יוחנן ור' לעזר. ר' נסה מוסיף בשם ר' יוסי בן חנינה.
- 17 לא סוף דבר שילם אלא מכיון שקיבל עליו לשלם כמי ששילם.⁵⁶
- 18 אמ'. משלם אני. חוששין שמא שלח בו יד.
- 19 אמ'. נשבע אני. וראה אותן שמגלגלין עליו שבועות אחרות וחזר ואמ'. משלם אני. חוששין.
- 20 אמ' ר' יוסי.⁵⁷ לא חייבה אותו התורה שבועה להחמיר עליו אלא להקל.
- 21 שאם רצה לשלם ישלם ואם רצה לישבע ישבע.
- 22 היו לו עדים שנגנבה באונס
- 23 הדא היא דמר רבי לעזר. המוכר קנסיו⁵⁸ לאחר לא עשה כלום.
- 24 היו לו עדים שנגנבה בפשיעה הרי הו' בכלל "ישלם".⁵⁹
- 25 ואחר כך נמצאת הגניבה למי משלם. לראשון או [לשני או]⁶⁰ לשניהן.⁶¹

נבאר בקצרה סוגיה זו, למען ירוץ בה הקורא. הירושלמי מחפש מקור לדין המשנה (ש' 2), ומוצא אותו בדברי הפסוק 'שנים ישלם' האמור בפרשת גניבה, שמופיעה פסוקים

- 53 בכ"י אסקוריאלי: רב נחמן.
- 54 חסרון במסירה, לפי מהדירי כ"י ליידין.
- 55 נוסח זה צריך עיון, לפי מהדירי כ"י ליידין (אשר הסתמכו כמובן בעבודתם על מחקרים ספציפיים, ובמסכת נזיקין – בעיקר על הערותיהם של ליברמן ורחנטל במהדורתם).
- 56 בכ"י אסקוריאלי: מכיון שקיבל עליו שלא להישבע כמי ששילם.
- 57 בכ"י אסקוריאלי תיבת "יוסי" חסרה.
- 58 בכ"י אסקוריאלי: נכסיו.
- 59 בכ"י אסקוריאלי: תיבות 'הרי הוא בכלל ישלם' חסרות.
- 60 תוספת של מגיה א' בגוף כ"י ליידין.
- 61 בכ"י אסקוריאלי: לראשון לשני לשניהם (שתי תיבות 'או' שבינתיים חסרות).

אחדים לפני פרשת השומרים (ש' 6-3).⁶² כיון שכך, תוהה הסוגיה מהם גבולות תחולתה של דרשת הפסוק – האם זכות הכפל אינה טוטאלית, כפי שעשוי להשתמע מלשונו הברורה של הפסוק? שכן אם השומר הוא שזכאי בזכות הכפל, מדוע במידה והעדיף להישבע (כמקרה המובא בסיפא של המשנה) לא יזכה בכפל (ש' 7-13)?⁶³ תשובת הירושלמי – 'למקום שהקדן מהלך, שם הכפל מהלך' (ש' 14-15) נראית, על פניו, כקרובה למדי לפשוטה של משנה, לפחות על-פי מושג "חסרון הכיס" שטבענו בתחילת פרק זה – הסובל מחסרון כיס, הוא הראוי לזכות בכפל העתידי: מרגע שהשומר שילם לבעלים את הקדן, הרי זכה בכפל, משום שעתה הוא סובל מחסרון כיס; במידה ולא שילם, חסרון הכיס עודנו של הבעלים – ולכן הוא שיזכה בכפל.

הירושלמי מביא את דעת ר' יוחנן (הדומה – גם אם אינה זהה – לדעה שמסר הבבלי בשמו), שאינו דורש תשלום ממש, ומסתפק תחתיו בהתחייבות לתשלום, או בהתחייבות שלא להישבע (בהתאם לחילופי הנוסח, ש' 16-17), ובעקבותיה מתאר מצב בו השומר אומר שבכוונתו לשלם, בהתאם להצעת ר' יוחנן,⁶⁴ משום שבאמת שלח יד ברכוש. הירושלמי קובע כי במצב זה 'חוששין', משום שבאמירה בלבד אין די כדי לברר בעלות (ש' 18), וממילא אין בה די כדי להעניק לו את זכות הכפל. הירושלמי מתאר גם מצב נוסף, בו השומר ירצה להישבע, אך משיגלגלו עליו שבועות נוספות, יבכר לשלם – וגם במצב זה "חוששין" (ש' 19). על חשש זה חולק רבי יוסי, וקובע כי העובדה שחזר בו השומר מרצונו להישבע, אין בה די כדי להופכו לחשוד. רצונו הראשוני להישבע היה חלק מ"כללי המשחק" שקבעה התורה, וממילא אינו יכול להפלילו (ש' 20-21). הסוגיה ממשיכה לדרון במקרים בהם יש מקום מובהק לחשוש (עדי פשיעה) או שלא לחשוש (עדי אונס), ובכך מבהירה כי הפתרון שהשומר מציע לבעלים (תשלום או שבועה) אינו מברר בהכרח את המציאות – וממילא קבלתו על-ידי הבעלים אינה מעידה על נאמנותו או חוסר נאמנותו של השומר, המוטלת בספק מה מלכתחילה (ש' 22-25). הירושלמי לא מצליח לפשוט מצב זה, ונותר בצריך עיון: למי ישלם הגנב את הכפל? האם הגנב ישלם למפקיד, לשומר, או לשניהם? (כגירסת מגיה כ"י לידן, וכגירסת כ"י אסקוריאל);

62 פרשת גניבה (שמות כ"א לז-כ"ב ג): 'כִּי יִגְנֹב אִישׁ שׁוֹר אוֹ שֶׁה וּבָחָו אוֹ מָכְרוּ תַּמְשֶׁה בְּקֹר יִשְׁלֹם תַּחַת הַשּׁוֹר וְאֶרְבַּע צֹאן תַּחַת הַשֶּׁה... אִם הַמָּצָא תַּמְצָא בְּיָדוֹ הַגֵּנֵב מִשּׁוֹר עַד תַּמּוֹר עַד שֶׁה חַיִּים שָׁנִים יִשְׁלֹם'.

63 אמנם נראה כי פסוק זה לא שימש מלכתחילה אלא כאסמכתא בעלמא, אף שהירושלמי תולה בו את מקור הדין.

64 נראה כי על-פי נוסח כ"י אסקוריאל בדברי ר' יוחנן, קושיות הירושלמי שאחריו מובנות יותר, שכן בעוד ר' יוחנן עצמו הקל במי ש"קיבל עליו להישבע", תוהה הירושלמי מה דינו של זה שכביכול קפץ ואמר "משלם אני", וכך מהלך הסוגיה מדורג ביתר בהירות.

האם ישלם למפקיד, או לשניהם, אך בשום פנים לא לשומר לבדו (כגירסת סופר כ"י ליידין)?⁶⁵

ניתן לומר, כי סוגיית הירושלמי כולה מיוסדת על השיטה הרואה בחסרון כיס את האלמנט המחייב שבהכרעת המשנה: מרגע שהשומר שילם את הקרן לבעלים, חסרון הכיס הפך להיות שלו, וממילא הוא זכה בכפל העתידי, אילו יגיע; ואם לא שילם, חסרון הכיס עודנו של הבעלים.⁶⁶ אך לענייננו, חשובים לציון בעיקר שני ההיבטים הבאים: א. הירושלמי, בשונה מהבבלי, אינו רואה במשנה תיאור של מעשה קניין. השורש ק.ג.ה אינו מופיע בו ולו פעם אחת, ובכלל דומה שביסוד שיטתו יש לראות את הביטוי 'למקום שהקרן מהלך שם הכפל מהלך'.⁶⁷

ב. עיקרון המצוי ברקע סוגיית הירושלמי, הוא נאמנותו של השומר, הנבחנת או על רקע אמירותיו שלו ('חוששין'), או על רקע קיומם של עדים המוכיחים שהגניבה היתה באונס או בפשיעה.

לאור כל זה, אם נשווה את סוגיות התלמודים, הרי יש להדגיש כי נקודת הסיום של הירושלמי, בה התקשה הירושלמי ולא הצליח להכריע, היא היא נקודת המוצא של הבבלי. כלומר, בעוד הירושלמי מגיע למבוי סתום כאשר השומר שילם את הקרן לבעלים ובדרך כלשהי זכה במעשה זה בכפל העתידי, אף-על-פי שפשע, הבבלי מקבל את תשלומו של השומר לבעלים כמובן מאליו, וכלל לא מתלבט בשאלת פשיעתו או אונסו של השומר.

סיכום פרק שני

לעניות דעתנו, יפה כוחה של השוואה זו האחרונה שערכנו להבנת ההבדל היסודי בין הבבלי לירושלמי בפרשנות משנתנו:⁶⁸ בעוד סוגיית הירושלמי מביאה בחשבון גם את

65 וראו הערתו המאלפת של ליברמן על הדרך בה נשתרבה שורה זו לסוגיין: ש' ליברמן, "על הירושלמי", נדפס כדברי מבוא למהדורת צילום פקסימילי של כ"י וטיקן של התלמוד הירושלמי, ירושלים תשל"א, עמ' 33-34.

66 אפשר שחילופי הנוסח בבעיה האחרונה שמציג הירושלמי (למי משלם הגנב במקרה שהשומר פשע ושילם את הקרן) יכולים למתן מעט את ניתוח סוגיית הירושלמי כסוגיה שביסודה עומד מושג "חסרון הכיס": לפי הנוסח המצומצם, הגורס כי בשום פנים אין השומר מקבל כסף לבדו, אלא לכל היותר מקבל יחד עם הבעלים, הרי שאין מדובר בזכיה בכפל (תחת הבעלים), אלא רק בפיצוי על חסרון הכיס המסויים שנגרם לו מששילם את הקרן.

67 סוגיית הירושלמי מתפרשת באופן דומה גם על-ידי הנשקה (עמ' 223-227), ולדעתו מוכח מהירושלמי שזכיית הכפל עולה ישירות מדרשת הפסוקים, מבלי להזדקק למעשה הקניין המתואר בבבלי. אמנם העירנו בצדק יואל קרצ'מר-רזיאל כי ניתן להבין את האמירה 'למקום שהקרן מהלך שם הכפל מהלך' כביטוי אשר משוקעת בו משמעות קניינית (ודלא כשיטתנו): אין כאן חסרון כיס כמובן הפשוט, שכן זה מתמלא עם תשלום הקרן; הירושלמי מציין כי הזכאי לקרן זכאי לכפל, או במלים אחרות: הזכאי לקרן קנה את הכפל.

68 נדגיש שוב כי עיקר ענייננו בסוגיית הבבלי הוא בעריכתה הסופית, ולא עסקנו בריבוד מרכיביה השונים אלא במקום שהיה בכך צורך במסגרת דיונו המצומצם בסוגיה.

נאמנותו של השומר, נושא זה אינו עולה בסוגיית הבבלי כלל ועיקר; כך, בנקודת המוצא של הירושלמי טמון ערעור מסויים (שאינו מובע מפורשות) על דין המשנה – כיצד זה זוכה השומר בכפל העתיד, אם אפשר שפשע בשמירתו? – ועל-כן, כל עוד הירושלמי עוסק בהתחייבות לשלם כלבד, במקום שאין עדים על פשיעת השומר, הוא מציין כי 'חוששין'; אך כשהשומר נוהג כדין המשנה ומשלם, ומסתבר (על-ידי עדים) כי פשע, הירושלמי נשאר בצריך עיון. לעומתו, הבבלי מאמץ את דין המשנה ללא עוררין, דווקא משום שהתשלום, לפי דרכו, הנו בעל משמעות קניינית; וממילא, שאלת הקניין אינה תלויה כלל בנאמנות השומר. יש בכך כדי להצביע על אופיו המיוחד של הקניין הנעשה במשנה, על-פי תפישת הבבלי: קניין בו אין העברת בעלות של ממש, אלא רק איזו דעת בעלים ספקולטיבית – 'נעשה כאומר לו לכשתיגנב תרצה ותשלמיני'. זאת בתנאי שהשומר טוען את הטענה הפחות טובה מבחינתו (לשיטת רב פפא בעריכת דבריו הסופית, כפי שהיא מוצגת לפנינו).

פרק שלישי: הצעה לקריאה חדשה בסוגיה

[א]

נדמה, כי הקושי שהוצג בסוגיית הבבלי, ה"מותחת" את תיאור הקניין שבמשנה כמעט עד לאבסורד, נובע מכך שאנו הלומדים אכן מציבים במקד סוגיית הבבלי את מושג הקניין; לטענתנו, אם נחפש מוקד אחר לסוגיה זו, אפשר שמהלך הסוגיה ייראה מובן יותר, וחשוב מזאת: אפשר שדיני שומרים המונחים על שולחננו יקבלו צביון מחודש, על-ידו יתבארו עניינים אחדים.⁶⁹ כדי לזהות מוקד חדש זה, נבקש לחזור למשנה, ולשאלות היסוד שהיא מעלה, מתוך ניסיון לנתח את הסיטואציה החברתית הנוצרת בין הבעלים לשומר.⁷⁰

69 אין בכך כדי להחליף את הניסוח הלמדני של פרשנות הסוגיה; כל מטרתנו אינה אלא להעשיר ולהעניק לו מימד עומק נוסף.

70 בשנים האחרונות עדים אנו לעיסוק גובר והולך בספרות חז"ל מנקודת מבט סוציולוגית או אנתרופולוגית. נציין למשל את ד' בויארין, הבשר שברוח: שיח המיניות בתלמוד, ת"א 1999 (בתרגום עדי אופיר). חיבור זה כולל גם אתרית דבר מקיפה הדנה בלימודי תלמוד כביקורת תרבות – שם, עמ' 221-239, בה כותב המחבר, בין השאר, את הדברים המכוננים הבאים: "אני מניח שאין בידינו לשנות את העבר הממשי, אלא רק את ההווה והעתיד. אנו יכולים לעשות זאת בין השאר על-ידי שינוי בהבנת העבר שלנו. רבים חווים את העבר רק כמועקה שיש להשתחרר ממנה; אבל אם אין מקבלים תפישה זו של העבר, כי אז לעיצוב תמונה שלילית חד-גונית של העבר ולטיפוח כעס כלפיו יש תרומה שלילית המעכבת כל ניסיון לשינוי...". חשיפת קולות מגוונים במקורות, אף אם טושטשו או נדחו, יש בה לדעתו כדי לקדם אפשרות להתבוננות מגוונת בהווה, וממילא לסייע במידת-מה ב'תיקון העולם'. יצוינו גם נ' רובין, קץ החיים, ת"א 1997; ג' חזן-רוקס, רקמת חיים: על היצירה העממית בספרות חז"ל, ת"א 1996; וכן שני פרסומים בישיבותינו: מ' לביא, "קבלת האחר והאחרות: תהליכי הבלטה וטשטוש בסיפורי חז"ל", משלב לז

כאשר אדם מוסר מרכושו לאדם אחר, הוא אינו מאבד את זיקתו לרכוש זה; ההיפך הוא הנכון: פעמים רבות, דווקא בשעת מסירתו לאחר נחשף הקשר שבין האדם לרכושו. הוא מצפה שרכושו יישמר כראוי (אף אם הוא עצמו לא שמרו בהכרח 'כדרך השומרים'), ומקווה שלא יאונה לו כל רע. אבחנה זו משמעותית עוד יותר כאשר הרכוש לא נמסר לשמירה, אלא לשימוש: אדם היודע שברכושו נעשה כעת שימוש על-ידי אדם אחר, ודאי חושש לרכושו יותר משחושש לו באם הניחו כמות שהוא, לבל יגעו בו.⁷¹ אולי אף עצם שימושו של אחר ברכושו מהווה מעין חוויה פולשנית לגבי דידו, המחזקת את הזיקה הבסיסית בינו לבין רכושו. אולם לחוויה הפולשנית יש – או יכול להיות – גם צד אחר: הבעלים חולק את רכושו עם השומר, ונרקמת ביניהם שותפות. משמעותה של שותפות זו, היא ההכרה בזיקה החדשה הנוצרת בין השומר לבין הרכוש. שמא ואולי הדגשת מערכת הזיקות שבין הבעלים והשומר לרכוש הנתון בתווך, נעוצה כבר בשימוש בשורש פ.ק.ד. שורש זה בא בתורה פעמים רבות במשמע של זיכרון:⁷² כאשר הקדוש ברוך הוא פותח רחמה של שרה על-מנת שתלד את יצחק, הרי

(תשס"ב), עמ' 75-114; י' קרצ'מר-דזיאל, "על מוכסים וגזלנים, גויים ואחרים", משלב לח (תשס"ג), עמ' 33-35. עבודות אלו ואחרות (הבאנו כאן מעט מן המעט) הוקדשו ברובן לתחומים מרכזיים בשיח התרבות הכללי – המגדר, טקסי מהלך החיים, היחס 'לאחר' בכלל, ויחסי יהודים ונוכרים בפרט; אשר על כן, בנסותנו לנתח בכלים דומים סוגיה תלמודית-משפטית קלאסית בדיני שומרים דווקא, חשים אנו כמי שצועדים בארץ לא חרושה, ואם חרושה – לא זרועה, ואם זרועה – לא קצורה. ספק חידוש נוסף ישנו כאן, והוא העיסוק המכוון בחלקים ההלכתיים של סוגיות התלמוד, ולאו דווקא בחלקים האגדתיים שלהן, בשונה מחלק מן הכותבים שהזכרנו לעיל, דבר שלדעתנו הנו בעל חשיבות מיוחדת. ולוואי יהיה פריינו ראוי להביאו ביכורים.

71 דרך משל, אולי זהו היסוד הנפשי המונע משומר שבת לאפשר שימוש בכליו בשבת: כמוהו כחילול שבת שלו עצמו.

72 אמנם עתים בא הוא בתורה גם במשמעויות שונות אחרות, כגון במנייני הפקודים (כך רוב הופעות שורש זה בתורה): 'פֶּאֶשֶׁר צָוָה ה' אֶת מֹשֶׁה וַיִּפְקֶדֶם בְּמִדְבַּר סִינַי' (במדבר א' ט), או בעת שיוסף מציע לפרעה למנות פקידים: 'עֲשֵׂה פָרְעָה וַיִּפְקֶד פְּקָדִים עַל הָאָרֶץ וַחֲמֵשׁ אֶת אֶרֶץ מִצְרַיִם בְּשָׁבַע שָׁנֵי הַשָּׁבָע' (בראשית מ"א לד), ועוד. וראו במדבר רבה, פרשה ד, ד (נוסח דפוס וילנא), המצביע על שימושים שונים בשורש פ.ק.ד: 'ד"א. פקוד כל בכור זכר [במדבר ג' מ]. יש פקידה לבכורות. שני. 'פקוד כל בכור זכר'. יש פקידה לבנים. שני' [שמואל א' ב' כא]. 'כי פקד ה' את חנה וגו' ותהר ותלד ג' בנים ושתי בנות'. יש פקידה לשמירה. [איוב י' יב] 'ופקודתך שמרה רוחי'. ויש פקידה של שלום. שנאמר [ישעיה ס' יז]. 'ושמתי פקדתך שלום'. למעשה, נראה כי שורש זה מקורו קדום, ומשותף לשפות שמיות אחדות. יתכן כי הוראתו הראשונית היתה במשמעות 'אסף'. על רקע זה נראה כי פקדון במובנו המקורי איננו העברת רכוש פרטי מאדם לאדם, אלא איסוף רכוש רב; לאחר מכן ייתכן ונוספה משמעות נוספת – ביקר, השגיח – המצביעה על שימור הרכוש הנאסף, ואולי לאחר מכן התפתח המשמע החשוב לענייננו, זכר, אשר מהווה פיתוח ושכלול של ההשגחה על הרכוש הנאסף. מכל מקום, אף אם הוראתו של שורש זה כמבטאת זכירה אינה קיימת באופן מובהק בלשון חכמים, עדיין יש אפשרות שמשמעות זו מהווה את אחת הקונוטאציות האפשריות שלו – ודאי כחברה אוריינית המצויה היטב במקרא, ובשל כך נתקלת בהוראותיו השונות של שורש זה. וראו גם ב' ליפשיץ, משפט ופעולה: מונחי חיוב וקניין במשפט העברי, ירושלים תשס"ב, עמ' 203-204 (ערך 'פקד'). אמנם, חקר שורשן האטימולוגי של מילים תחום פרץ הוא

הוא זוכר הבטחתו לה ולאברהם מקדם, ואינו אלא שב לקיימה – 'נָה' פָּקֵד אֶת שָׂרָה פֶּאֶשֶׁר אָמַר וַיַּעַשׂ ה' לְשָׂרָה כַּאֲשֶׁר דִּבֶּר' (בראשית כ"א א); ⁷³ כאשר יוסף מברך את בניו לפני מיתתו, ומצווה אותם להעלות עצמותיו ממצרים לארץ-ישראל בתום תקופת השעבוד, הוא מבטיחם כי לבסוף יזכרם אלוהים וישיבם אל הארץ הטובה – 'וַיֹּאמֶר יוֹסֵף אֶל אָחָיו אֲנֹכִי מֵת וְאֱלֹהִים פָּקֵד יִפְקֹד אֶתְכֶם וְהֶעֱלָה אֶתְכֶם מִן הָאָרֶץ הַזֹּאת אֶל הָאָרֶץ אֲשֶׁר נִשְׁפַּע לְאַבְרָהָם לְיִצְחָק וּלְיַעֲקֹב' (בראשית נ' כד); ⁷⁴ אולי כך יש להבין גם את עונשם של בנים בחטאי אבותיהם, שאין הקדוש ברוך הוא שוכחם: 'כִּי אֲנֹכִי ה' אֱלֹהֶיךָ אֵל קָנָא פָּקֵד עֲוֹן אָבוֹת עַל בְּנִים וְעַל שְׁלִשִׁים וְעַל רַבְעִים לְשָׁנָא' (דברים ה' ח); וכן נוספים. ⁷⁵

על רקע זה, בנסותנו להבין את דין המשנה, נשים נא לבנו ללשון בה היא נוקטת: לבעלים היא קוראת 'המפקיד', ולרכוש שנמסר לשומר היא קוראת 'פיקדון'. מעתה, זיקתו של האדם לרכושו באה לידי ביטוי בכך שהוא זוכר אותו, ומתכוון להשיבו אליו לכשיוכל, בתום תקופת השמירה; למרבה הצער, הרכוש נגנב ועתה ציפיית האדם לשוב לרכושו אינה יכולה להתממש. אולם אט אט, עת שהרכוש ברשותו, גם השומר-המשתמש מפתח זיקה כלפי הרכוש. ⁷⁶ על כן, מששילם לבעלים את הקרן נתפש הוא כמי שהפקדון אצלו. ⁷⁷ – הוא הזוכר את הרכוש, ומקווה שישוּב אליו עת ימצא הגנב. ⁷⁸ הרכוש המופקד נוכח בזיכרנו ומחשבתו של המפקיד, ולאחר מכן – גם בזיכרנו ומחשבתו של השומר.

ואם כדברינו, מה מהות תשלום הקרן הניתן על-ידי השומר לבעלים? נדמה, כי תשלום זה מאפשר לבעלים להשלים עם אוּבְדָן רכושו, ולמעשה מסייע לו לחתום את זיקתו כלפיו; אולם חידושה הגדול של המשנה הוא, שהשלמה זו עם האובדן האישי

ביותר, ולעתים קשה לצאת מכלל השערה בעלמא. עם זאת, להבנתנו, ראוי לעסוק בסוגיה גם מכיוון זה, אף אם לא ניתן להוכיחו ברמה מספקת של סבירות, בשל הסיכוי (חלקי ככל שיהיה) שדווקא בו טמונה היכולת לחשוף היבטים נסתרים הקיימים בשורש הסוגיה והנושא הנידון. ואם אין השמועה מתחזקת, לפחות היא מתרווחת.

73 וראו פרשנות הרמב"ן על אתר, אותה הבאנו סמוך לכותרת המאמר.

74 וראו דברי אונקלוס במקום, המתרגם 'פקד' פקד' – 'מדבר דכיר'.

75 ראו לדוגמא שמות ד' לא: 'וַיֵּאמֶר הָעָם וַיִּשְׁמְעוּ כִּי פָקֵד ה' אֶת בְּנֵי יִשְׂרָאֵל וְכִי רָאָה אֶת עֲנָנִים וַיִּקְרֹדוּ וַיִּשְׁתַּחֲוּוּ'; ויקרא י"ח כה: 'וַתִּטָּמֵא הָאָרֶץ וַאֲפָקֵד עֲוֹנָהּ עָלֶיהָ וַתִּקָּא הָאָרֶץ אֶת יִשְׁבִּיעָה'.

76 אולי ניתן לראות בכך מעין "תרגום" לבעיית היחס בין שתי צורות אחזקת הרכוש, כפי שניסחנוה בתחילת הפרק השני בדברינו – בין רשות לבעלות.

77 ודוק: לא 'השומר', כדברינו, אלא 'מי שהפקדון אצלו'.

78 ואם הערנו בתחילת דברינו על חיסרון מסוים בלשון הישיבתית המקובלת ("בעיית ראובן ושמעון"), הרי לפנינו דוגמא נוספת לחיסרון אפשרי בשפה זו: בשל חוסר הנוחות בביטוי 'מי שהפקדון אצלו', ימירו בן הישיבה המצוי במונחים 'שומר', 'מופקד' (לעומת 'המפקיד'), או גרוע מכך – 'נפקד'. אף שבדרך כלל שפת עולם הישיבות מלאה חן, ולעתים יש בכוחה להעניק משמעות מחודדת ומחודשת לנושאים הנידונים, הרי פעמים עלולה היא לטשטש בלי משים חלק מן המובנים האפשריים בסוגיה. וראו גם הערתם היסודית של פרידמן (עמ' 218), והנשקה (עמ' 6, הע' 13). יוער כי שניהם אינם עומדים על האטימולוגיה של שורש פ.ק.ד.

כרוכה בהכרה באובדנו של הזולת – השומר, ולמעשה, רטרואקטיבית – בזיקתו לרכוש. הכרה זו באה לידי ביטוי במסירת זכות הכפל העתידית לשומר. בדרך זו מאפשרת המשנה יישוב של מציאות חברתית בלתי פתירה: המתח הנוצר בין הבעלים לשומר עם אובדן הרכוש "מופשר" ברגע שהבעלים מקבל את הקרן, וכך בבד נדרש לשלם מחיר מסויים בהעניקו אף לצד שכנגדו זכות ברווח עתידי העשוי לבוא מרכוש זה. בדרך זו מועתק המתח שבין הבעלים לשומר, העומדים שניהם לפנינו, למתח בין השומר לצד שלישי – הגנב – שכרגע אינו נמצא כלל.

[ב]

נראה עתה כיצד באים הדברים לידי ביטוי בסוגיית הבבלי. כזכור, הצבענו על אופיו החלש של דגם הקניין שהתגבש בבבלי לנוכח המשנה. אולם עיון נוסף מעלה אפשרות, לפיה במוקד הסוגיה עומד לא רק מושג הקניין, אלא גם מושג האמירה; הסוגיה רוויה במילים הגזירות משורש א.מ.ר, ולפיכך עשויה להתפרש כזו שבוחנת עד כמה יכולה אמירה לחולל את ההשלמה עם אובדן הרכוש. ולפי דרכנו נמצאנו למדים, כי דווקא האמירה, השיח הבין-אישי (ושמא נאמר: ההסכמי) – היא המשמעותית בהפשרת המתח שבין הבעלים לשומר, יותר מתשלומו של זה האחרון. מעניינת היא העובדה, שהאמירה מובלטת משני צדדי המתנס, הן מצד הבעלים, והן מצד השומר. כך בדברי רבא, העוסק בדעתו של הבעלים:⁷⁹

אמ' רבא. נעשה כאומ' לו. לכשתגנב תרצה ותשלמני. הרי פרתי קנויה לך מעכשיו.

הנחת דעתו הא-פריונית של הבעלים מנוסחת בלשון הסכמית: 'נעשה כאומר לו'. ואף מן הצד השני, אצל השומר עצמו, מודגש הפן ההסכמי; שכן לפי שיטת רבי יוחנן, די באמירתו המביעה התחייבות לתשלום כדי להעניק לו את זכות הכפל:

א"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן.

לא שילם ממש.

אלא כיון דאמ' הריני משלם. אע"פ שלא שלם.

ומי לנו יותר מרב פפא (בעיצובם הסופי של דבריו, הכוללים רובד סתמאי מאוחר), שחידד עוד את ההיבט ההסכמי שבעסקה, והעמיד את הסוגיה כולה על דרך עקרון ה'מיגר':

79 בין בלישנא קמא של דבריו, עליה נחזור להלן, ובין בלישנא בתרא.

- 1 אמר רב פפא :
- 2 שומר חנם. כיון שאמר פשעתי.
- 3 מקנה ליה כפילא.
- 4 דאי בעי פטור נפשיה בגניבה.
- 5 שומר שכר. כיון שאמר נגנבה.
- 6 מקנה ליה כפילא.
- 7 דאי בעי פטור נפשיה בשכורה ומתה.
- 8 שואל שאומר הריני משלם.
- 9 לא מקני ליה כפילא.
- 10 במאי הוה ליה למפטר נפשיה. במתה מחמת מלאכה.
- 11 מתה מחמת מלאכה לא שכיח.
- 12 איכא דאמרי.
- 13 אמר רב פפא.
- 14 שואל נמי. כיון שאמר הריני משלם.
- 15 מקני ליה כפילא.
- 16 דאי בעי פטור נפשיה במתה מחמת מלאכה.

הבנה אפשרית בעקרון ה'מיגו' מורה כי אין מטרתו לברר נאמנותו של אדם: העובדה שאדם טען את הטענה הטובה פחות, לגבי דידו, אינה הופכת אותו לאמין; ייתכן, כי ביסוד עקרון ה'מיגו' עומד גם הצורך האנושי בעסקאות טיעון, אשר אף אם אינן חותרות לחשיפת הצדק, מכל מקום כוחן יפה ביצירת הסדרים הנוחים לשני הצדדים. והיינו דאמרי אינשי "טובה ציפור אחת ביד משתי ציפורים על העץ". ואולי היא לשון הבבלי במקום אחר (בבא מציעא מא ע"ב): 'קנא בלא שבועה עדיפא מכפילא בשבועה'.

דומה כי הדברים מתחווים למדי, לאור הביקורת שמטיל רב זביד בשם אביי על שיטת רב פפא בדין שואל (שוב, הדגש הוא על עיצובם הסופי של דבריו):

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

עורך הסוגיה, הממקם דברי רב זביד דווקא לאחר דברי רב פפא, ממתן בכך את המגמה שעוצבה ונתגבשה עד לכאן, ואשר העצימה את כוחו של הדיבור כמעניק את זכות הכפל; אביי אינו מוכן להעניק לשואל זכות זו אלא בתשלום ממש (שו' 17). לפי רב זביד בבבלי, נובע הדבר מכך שבניגוד לשומרים האחרים 'שואל – כל הנאה שלו', בעוד הבעלים עצמם אינם נהנים מעצם ההשאלה. ממילא, אין כל הצדקה להעניק לשואל את זכות הכפל על-ידי דיבור בלבד (שו' 18). נמצאנו למדים, כי העובדה שעורך הסוגיה ממקד את הביקורת ביחס לשימוש המופלג בדיבור מצביעה על כך שגם הדיבור – ולא רק הקניין – נמצא ביסוד שיטת רב פפא.

הניסיון לזהות נפקא מינה בסוגיית קניין הכפל על-יסוד האבחנה בין השואל לשאר השומרים סביב סוגיית ההנאה, הנבחנת אל מול הדיבור – נפקא מינה הנראית כפיתוח של אבחנה יסודית המצויה כבר במקורות הקדומים,⁸⁰ ומקבלת בבבלי משנה משמעות בהיבטנה אל מול הדיבור של שני הצדדים – פותח לדעתנו צוהר להבנת הציר המניע את הסוגיה כולה: כדי לאפשר את אותה השלמה של הבעלים עם אובדן רכוש, ועמה את ההכרה בזיקתו של השומר לרכוש זה, יש לשקול זו מול זו את מידת ההנאה של כל אחד מהצדדים. מידת ההנאה היא אמת המידה לזיקתו של כל אחד מהצדדים כלפי הרכוש, בעת היותו מופקד.⁸¹

[ג]

ניסוח מעניין להצעה זו, העשוי להבהירה מזווית מבט נוספת, יושג באמצעות שימוש במונחי הפילוסופיה הדיאלוגית של מרטין בובר: הקניין יוצר בין הבעלים לשומר יחסי 'אני' – 'לד'; האמירה והדיבור יוצרים ביניהם יחסי 'אני' – 'אתה'. לא נוכל במסגרת זו להציג כראוי את שיטתו של בובר, על מהותה המלאה, קשריה לשיטות אחרות וכיוצא בזה;⁸² נסתפק בהסבר חלקי שלה, ובהשלכתו האמורה על סוגייתנו.

יחסי אנוש מוגבלים מעצם היותם קשרים בין אנשים שונים, זרים זה לזה: לעולם אין אדם מסוגל להבין באופן המלא והמדויק ביותר את רעהו, ה'אחר' לגבי דידו.⁸³ מנקודת מוצא זו של המחשבה הדיאלוגית, אדם יכול להתייחס לסובב אותו כאובייקט, או כסובייקט. רוצה לומר, החברה ופרטיה יכולים לשמש כ'סטטיסטים' (כניצבים בסרט) בחייו של האדם, חסרי זהות ממשית מעבר לדימויים בעיניו, וכמוהם כ'נפקדים'; אולם יכולים הם גם להופיע במלוא עצמת הווייתם, בעלי זהויות ממשיות – אז הם

80 וראו לדוגמה מכילתא דרשב"י לפרשת משפטים (מהד' אפשטיין-מלמד, עמ' 207): 'פרשה עליונה בשומר חנם, שניה בנושא שכר, שלישית בשואל. מפני מה פטר בה מכלום? מפני שאין לו בה הנאה של כולום [כך במקור; א"מ ושב"א]. ושלישית משלם את הכל, מפני שכל הנאה שלו. והאמצעית נשבע מקצת ומשלם מקצת, מפני שנהנה ומהנה. הוי אומ' זה נושא שכר' (הסבר דומה, בניסוחים שונים, מצינו גם בשני מקורות נוספים: במכילתא דר"י, מסכתא דנויקין פר' טז, מהד' הורוביץ-רבין עמ' 306; בבלי בבא-מציעא צד ע"ב).

81 אמנם רב פפא מבחין בין רמת האמירות השונות הנדרשות מכל אחד מהשומרים, ויש להודות כי לא ניתן להסבירו רק על-פי דרכנו, מבלי להביא בחשבון את דיני השומרים הבסיסיים כפי שהם מתפרשים על-ידי חז"ל בתורה; ומכל מקום דומה כי העיקרון היסודי עליו הצבענו, מתאמת היטב. 82 מבוא לתורתו ימצא הקורא אצל ש"ה ברגמן, "החשיבה הדו-שיחית של מ. בובר" (להלן: ברגמן), נמצא בהקדמה לספרו של בובר: מ' בובר, בסוד שיח: על האדם ועמידתו נוכח ההווה, ירושלים תשמ"א, עמ' יא-מו (להלן: בובר).

83 בובר (עמ' 220) מתאר שיחה בין שניים כשיחה בין שש דמויות (!), כביכול: אם ראובן ושמעון הם הדוברים, הרי שותפות בשיחה דמותו האמיתית של ראובן, דמותו בעיני עצמו כפי שהוא שואף להציגה, דמותו בעיני שמעון, ולהיפך.

נוכחים'.⁸⁴ יכול רופא לראות בחולה המטופל על-ידו 'פציינט' בלבד, חפץ או אובייקט במסגרת עבודתו הרפואית – 'לז'; ויכול הוא גם לראות בו אדם העומד כנגדו, כאשר ההחלמה היא ייעודם המשותף – עתה החולה אינו 'לז', כי אם 'אתה'.⁸⁵ "ודאי מרובים אנשים העוסקים בעבודה סוציאלית, אך מעולם לא דיברו עם עמיתם כדבר איש אל רעהו, דיבור של 'אתה'".⁸⁶

ואם יחסים 'רגילים' בין בני אדם מוגבלים מיסודם, יחסים שנקלעו לתסבוכות – כבמציאות שבמשנתנו – על אחת כמה וכמה: הן הבעלים, החושד בכנותו של השומר, והן השומר עצמו, המבקש להוכיח את חפותו, סביר שיתקשו להקשיב אחד לשני. תחת זאת, יתבצר כל אחד מהם בעמדתו בניסיון להשיג רווח אישי מהסיטואציה – הבעלים יבקש פיצוי על אובדנו, והשומר יבקש להיפטר מתביעה זו. כל אחד מהם אינו אלא 'לז' לגבי השני, כלי להשגת מטרתו. את בעיית ההקשבה פתרה התורה בהטילה את השבועה למערכת הבין-אישית.⁸⁷ השבועה הופכת את השומר לנאמן, כמי שאמונו של האל חופף עליו. המשנה, בעצם מתן היכולת לבחור בין שבועה לתשלומים, חוזרת ומאפשרת לאדם להשיג את מבוקשו במניפולציה הנוחה לו; יותר מכך – אפשרות התשלומים, על-פי פרשנותה הבבליה כיוצרת קניין, הפכה את יחסי הבעלים והשומר ליחסים שבין שני אובייקטים, 'לזים' זה לזה, המעבירים ביניהם רכוש. על-רקע זה, מקבלת הדגשת האמירה, הדיבור והפן ההסכמי שבקניין (מיסודם של רבי יוחנן ורב פפא) משנה משמעות: הסוגיה בעריכתה הסופית קוראת לבעלי הדין לדבר זה עם זה, ולהכיר, כל אחד, בנוכחותו של האחר כ'אתה' ממשי. האמון הנרקם בדיבור שבין הבעלים לשומר, יחסי 'אני'-'אתה' שביניהם, הם המאפשרים את השלמת הבעלים עם אובדן רכושו, מחד,

84 יחסים אלו אמורים לא רק ביחס לסובב האנושי ('האדם'), אלא ביחס לסובב כאשר הוא: דומם וחי ('רשות הטבע'), ואף נסתר אלוהי ('המצואים הרוחניים'). דוגמא מאלפת להבנת שיטתו בכלל, מציג ברגמן (עמ' יג-יד), בעזרת מימרה חסידית של ר' מנחם-מנדל מוויטבסק: "דבר זה השגתי בארץ ישראל – כשאני רואה חבילה של תבן מונחת ברחוב, הרי עצם הדבר, שהיא מונחת לאורך הרחוב ולא לרוחב הדרך, כבר יש בו לדידי משום גילוי השכינה". אותה "חבילה של תבן", מסביר ברגמן, "בכוחה לדבר ללב האדם, להביא לו משהו לידי גילוי, להביא אותו, כדברי בוכר, בזיקה של אני ואתה. ודאי, יכול האדם להיוקק לחבילת תבן גם באופן אחר; יכול הוא פשוט לקלטה כתמונה, להתבונן בה כאיש-מדע מבחינה בוטאנית, הוא יכול להסתכל בה בעיני חקלאי או בעיני פקיד העירייה, שחבילת התבן בדרך נחשבת אצלו כעבירה על חוקי ההיגיינה. בכל אופני ההתבוננות האלה אין האדם מדבר אל החבילה, ואין החבילה מדברת אל האדם, כפי שדיברה אל ר' מנחם-מנדל. שוב אין כאן יחס של אני ואתה, אלא, כפי שמכנה זאת בוכר, יחס של אני-הלז".

85 ראו פיתוח דוגמא זו אצל ברגמן, עמ' כג.

86 ברגמן, עמ' כג-כד.

87 הד מרתק להבנה זו מצינו בהסברו של אביי (על-פי עיצוב דבריו הסופי) לדעת תנא-קמא במשנה ב', משנת השוכר. לשיטתו, השוכר קונה את הפרה משעת מיתתה, והשבועה מטרתה 'להפיס דעתו של בעל הבית' (בבלי, בבא-מציעא לה ע"ב).

וכן את הכרתו בזיקת השומר לרכוש, מאידך; כך זוכה השומר בכפל העתיד. השפה חוזרת לגשר בין הצדדים.

[סיכום פרק שלישי]

דווקא על רקע דברי רב זביד בשם אביי ('כיון שכל הנאה שלו בדיבורא לא מקני ליה כפילא'), אפשר לסכם דברינו לפרק זה ולהציע הקשר אחד לעריכת סוגיית הבבלי, השוזר אותה מקצה לקצה, ומעמיד אלטרנטיבה אפשרית להצבת הקניין במוקד הסוגיה. כך, לאחר שהגענו להבנה מחודשת במשנה וראינו בפתרון מערכת היחסים שבין הבעלים לשומר את יסוד הדין (בדרך של הסכם הכולל השלמה של הבעלים עם אובדן רכושו, במקביל להכרה בזיקתו של השומר כלפי רכוש זה והקנאת הכפל לו), אפשר שהסוגיה כולה בעריכתה הסופית אינה עוסקת אלא בגבולות הדיבור, כיסוד המאפשר את אותה השלמה מיוחלת. השאלה העומדת על הפרק היא עד כמה יש ביכולתו של הדיבור להתניע אותו מכאניזם נפשי של ויתור והשלמה. ראשון בכך היה רבא, אשר "הצפין" אמירה בהנחת היסוד המשוערת של הבעלים – 'נעשה כאומר לו לכשתיגנב ותרצה ותשלמני...'; שני היה ר' יוחנן, שהוסיף אמירה בצדו השני של המתנס, צד השומר: 'לא שילם שילם ממש, אלא אמר הריני משלם...'⁸⁸; רב פפא (או הסתמא דגמרא שעליו), לאחריו, ניסה להעמיד את הדיבור כקונה במעין 'מיגו' – 'שיכול היה... (וכפי שהערנו: לא מן הנמנע כי יכולתו של עקרון המיגו להקנות אינה מיוסדת על הוכחת נאמנותו של השומר, כמי שיכול היה לטעון טענה טובה יותר; ההיפך הוא הנכון: המיגו קונה פשוט משום שהוא מבטא הסכם בין שני הצדדים, הסכם המבוסס על אמירת המופקד, באופן הנוח לשני הצדדים. לא נאמנות השומר היא החשובה, כי אם ההסכם בינו לבין המפקיד); ואחרון – רב זביד בשם אביי, המדגיש את הבעיה היסודית בדיבור דרך מקרהו של השואל: 'כיון שכל הנאה שלו, בדיבורא לא מקני ליה כפילא'; רוצה לומר: בניגוד לרבא, ר' יוחנן ורב פפא (בעיקר בלישנא בתרא), שמתחו את כוחו של הדיבור כמעט עד לקצה גבול היכולת ואפשרו בעזרתו מתן זכות הכפל לכל אחד מן

88 שמא אף ניתן לדייק בלשונו של ר' יוחנן בסוגיית הבבלי, לעומת עיצוב דבריו בסוגיית הירושלמי, שם נוקט בלשון 'קיבל עליו שלא להישבע' (על-פי נוסח כ"י אסקוריאל) – 'אמר', בדווקא, ולא 'קיבל עליו'.

השומרים – סוף סוף כמעט יצרו אבסורד בדבריהם, שכן בשואל שכל הנאה שלו לא ייתכן שיהיה די בדיבור בלבד כדי לזכותו בכפל העתידי.⁸⁹

הסוגיה הבאה מטילה סדרה של שאלות המסתיימות ב'תיקו', שהראשונות שבהן עוסקות במקרים סבוכים של התחייבויות באמירה. מקוצר היריעה, נביא לדוגמא את השאלה הראשונה בלבד (כבא-מציעא לד ע"א-ע"ב):

- 1 אמר הריני משלם. וחזר ואמר איני משלם. מאי.
- 2 מי אמרין. מהדר קא הדר ביה.
- 3 או דלמא כמלתיה קאי. ודחויי הוא דקא מדחי ליה.

אם נקבל את הפרשנות שהצענו כאן, הרי שסוגיה זו יכולה להצטייר כפיתוח המגמה המצויה כבר בדברי רב זביד בשם אביי, תוך הקצנת האבסורד המשפטי העשוי להיווצר ממתן כח יתר לדיבור. שכן, שאלה זו (והבאות בעקבותיה, הדומות לה בעיקרו של דבר) מעלה את הסכנה האפשרית במציאות המשפטית שתוארה לעיל; דווקא כאשר הפתרון מיוסד על הסכמה הנעשית בדיבור בין הצדדים, קיים חשש מכך שאחד מהם יחזור בו, שכן הקניין אותו הבבלי מבקש אינו מגיע לידי מימוש לפני התשלום עצמו.⁹⁰

89 אולי זהו המקום להצביע על אבחנה מתודולוגית מסויימת בין שיטתנו לשיטת הנשקה (בהמשך להערה 11 לעיל). להלן לוז דבריו (לפחות בכל הנוגע לעניין זכיית השומר בכפל, עניין לו הקריש נספח מקיף – עמ' 216-255): "ניתוח הסוגיה מורה, כי מימרות האמוראים כשהן לעצמן מתפרשות היטב לפי תפישתנו – שאין האמוראים מייסדים את זכיית השומר בפקדון על רצון הבעלים ואומדן דעתם, ואין כל מחלוקת בנקודה זו בין רב פפא לרבא רבו או בין אמוראי הבבלי לירושלמי [לדעתו, כולם מסכימים כי מקור הדין בכך שמששילם השומר, הרי נכנס תחת הבעלים לזכות בכפל, כעולה ממדרש הפסוקים הקדום המשתקף לשיטתו ברובד הקדום במשנה, ואשר לו הד משמעותי בסוגיית ריש פרקין בירושלמי – א"מ ושב"א]. לאור הפרדת המימרות מן ההשלמות שנוספו להן בידי סתמא דגמרא, אף עלה בידינו פירוש מרווח למחלוקת הלשונית בשיטת רב פפא, וכן נמלטנו באותה שיטה מכל הקשיים שבסוגיה [! – א"מ ושב"א]. ונמצינו שוב למדים, כי התפישה על רצון הבעלים כיסוד קניין השומר אין יסודה אלא בבבלי הסתמא" (עמ' 253). לפי הנשקה, הסוגיה כפי שהיא נתונה לפנינו, בעריכתה הסופית, יוצאת "בשן ועין"; אין אנו מערערים על זיהוי האבחנות בין הרבדים השונים, כפי שהפליא הנשקה להראות. אלא שלפי דרכנו שלנו, התרה אחר הגיונו של "העורך האחרון" (ובכלל נובעת מאוריינטציה פרשנית שונה בתכלית מזו של הנשקה), הרי דווקא בסוגיה הערוכה ניתן לראות מלאכת מחשבת ספרותית, הלשה את המקורות הקדומים המונחים לפנינו כמין חומר, ומאפשרת לנו, הלומדים, להעמיד ולבחון זה מול זה דגמים שונים לפתרון המציאות המורכבת שבין הבעלים לשומר.

90 אשר על כן, ניתן לזהות בסוגיה שתי מגמות המאזנות זו את זו אהרדי: מגמה ראשונה, אשר דובריה המובהקים הם רבא, ר' יוחנן ורב פפא, מבקשת למתוח את כוחו של הדיבור ככל שניתן. כנגדה, מגמה שניה אשר דובריה המובהקים הוא רב זביד, וסדרת השאלות המסתיימות ב'תיקו' הבאה לאחר דבריו, וזו מבקשת להצביע על הסיבוכים המשפטיים הצפויים להיווצר דווקא משום חוסר יכולתו של הדיבור לחלוט עסקה. אפשר אף שזו המגמה המצויה ביסוד סוגיית הירושלמי, החושש מ"להיטות יתר" של השומר להגיע להסכם.

חיתום הדין: 'דבר שניהם'

עתה, משנכונים אנו להתבונן בסוגיה מתוך פרספקטיבה אחרת, נשוב אל הראשונות – אל פרשת השומרים שבתורה. לדעתנו, קריאה רגישה בפסוקים המתארים את השומר הראשון (אותו שחז"ל כינוהו שומר חנם,⁹¹ והוא הוא ה'גיבור' של משנתנו), עשויה לזהות בהם זרע טרומי של הרעיון שהובע בזה. כך אומרת התורה (שמות כ"ב):

(ו) כִּי יִתֵּן אִישׁ אֶל רֵעֵהוּ כֶּסֶף אוֹ כֵּלִים לְשֹׁמֵר וְגַבַּב מִבֵּית הָאִישׁ אִם יִמָּצָא הַגָּבַב יִשְׁלַם שְׁנֵיִם.

(ז) אִם לֹא יִמָּצָא הַגָּבַב וְנִקְרַב בְּעַל הַבֵּית אֶל הָאֱלֹהִים אִם לֹא יִשְׁלַח יָדוֹ בְּמִלְאֶת רֵעֵהוּ.
(ח) עַל כָּל דְּבַר פֶּשַׁע עַל שׂוֹר עַל חֲמוֹר עַל שֶׁהָעַל שְׁלֵמָה עַל כָּל אַבְדָּה אֲשֶׁר יֹאמַר כִּי הוּא זֶה עַד הָאֱלֹהִים יָבֹא דְבַר שְׁנֵיהֶם אֲשֶׁר יִרְשִׁיעַ אֱלֹהִים יִשְׁלַם שְׁנֵיִם לְרֵעֵהוּ.

גם התורה, בדומה למסכת בבא-מציעא, פותחת את דיני השומרים בתיאור מצב בו הרכוש הנשמר נגנב מבית השומר (פס' ו).⁹² כבר עמדנו על כך שהפתרון הבסיסי שמציעה התורה למצב זה הוא שבועה (פס' ז), ולא דווקא תשלום – בניגוד למשנתנו. עם זאת, ישנו תשלום אחר המופיע בגוף הפרשה והוא תשלום כפל לאחר הכרעה בדין, במקרה שאחד הצדדים הורשע (פס' ח). מיקומו של פסוק זה כאן אומר דרשני: אם לשנות דיני גניבה ותשלומיה בא, מה חידושו ביחס לדין כפל בגניבה שהוזכר אך פסוקים אחדים קודם לכן?⁹³ ואם לשנות דין בדיני שמירה בא, מדוע הוא עוסק ביכל דבר פשע?⁹⁴ וב'כל אבדה'? ומה פשר הביטוי הסתום 'אשר יאמר כי הוא זה'?

במלוא הזהירות הראויה, ננסה להציע הצעה מחודשת בהבנת הפרשה. לעניות דעתנו, פסוק זה אכן אינו עוסק דווקא בשומר, כי-אם בכל מציאות בה נוצר סכסוך רכוש

91 על הדרך בה נתגבשו דיני ארבעה שומרים ונתפרשו בתורה ראו: הנשקה, עמ' 8-23.
92 סדרה וחלוקתה לנושאים של מסכת 'נזיקין' ובכללה בבא-מציעא, מהווה נושא נכבד בפני עצמו; לצורך ענייננו, נסתפק בהצבעה על כך שמשנתנו היא המשנה הראשונה שעוסקת באופן משמעותי בדיני שומרים. לכאורה, לפי תומנו מצפים היינו ממשנה אחרת להיות המשנה הפותחת דינים אלו – בבא מציעא פ"ז, מ"ח: 'ארבעה שומרין הן. שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר. שומר חנם נשבע על הכל. והשואל משלם את הכל. ונושא שכר והשוכר נשבעים על השכורה ועל השכורה ועל המתה ומשלמים את האבדה ואת הגנבה'. לא זה המקום להציע בפני הקורא את מבנה המסכת (נצא ידי חובתנו בהפניה לאמור אצל הנשקה, עמ' 5, הע' 7; עמ' 17, הע' 17; עמ' 27-28. הוא מסכם את שיטות המאירי, אלבק ועוד, ודן בהן); נאמר רק כי ניכר דמיון מסוים בין משנתנו, הפותחת את העיסוק התנאי בשומרים, לפסוק הפותח את פרשת השומרים בתורה.

93 שמות כ"ב ג: 'אִם הִמָּצָא תִּמְצָא בְּיָדוֹ הַגָּבַב מִשׁוֹר עַד חֲמוֹר עַד שֶׁהָחִים שְׁנֵיִם יִשְׁלַם'. כזכור, הירושלמי התמודד עם בעיה זו – עיינו שוב בפרק שני של דברינו.

94 יצוין כי לדעת הנשקה (עמ' 98, הע' 117), אפשר שהצירוף 'דבר פשע' הוא מקור שיטת בית-שמאי המחייבים גם על 'מחשבת שליחות יד', כעולה במדרשי ההלכה על פרשייתנו; הוא עצמו מעדיף לראות במילת 'כל' את המקור לשיטתם.

בין איש לרעהו. בעוד הפסוק שלפניו, שהנו חלק אינטגרלי מדיני שומרים, הגדיר באופן ברור את היחסים בין הבעלים לשומר (לפיו השומר הוא שצריך להישבע) הפסוק שלנו מאוזן לחלוטין; הבעיה נוגעת לשני הצדדים גם יחד: 'עַד הָאֱלֹהִים יָבֹא דְבַר שְׁנֵיהֶם אֲשֶׁר יִרְשִׁיעַ אֱלֹהִים יִשְׁלַם שְׁנַיִם לְרַעְהוּ'. דווקא השימוש החוזר בלשון 'אלוהים' בשני הפסוקים (פעמיים בפסוקנו, ופעם בפסוק הקודם) במשמעות שונה – בפס' ז במשמע שבועה, ובפס' ח במשמע 'דיינים' – מחדד את האבחנה ביניהם. שכן, הפתרון שמציעה התורה לשומר ממנו נגנב הרכוש, הוא להישבע ולהיפטר; לעומת זאת, כאשר יש סכסוך רכוש בין שני אנשים שכל אחד מהם טוען טענתו, נדרשים הדיינים להכריע לכאן או לכאן, והחייב משלם כפל. ואולי לכך מרמז הביטוי 'אֲשֶׁר יֹאמַר כִּי הוּא זֶה' – במצב שהוא כמעין 'ממון המוטל בספק' בין שני אנשים, יש צורך באמירה של אחד מהם, אמירה המזהה את הרכוש כשייך לו, ולו דווקא; וכיוון שבדין אנושי עסקינן, ואין לו לדיין אלא מה שענינו רואות, מציינת התורה כי מה שמונח לפני הדיינים הוא 'דְּבַר שְׁנֵיהֶם'. שמא מילת 'דבר' משמשת כאן לא רק בהוראת "מקרה", אלא גם בהוראת "דיבור" – פרט לענינו הרואות, יש לו לדיין גם אוזניים שומעות.

הבה נאזין אף אנחנו. נחזור לראובן ושמעון, שאינם עוד נפקדים-נסתרים מְשָׁל היו ניצבים בהצגה התלמודית שלפנינו, אלא נוכחים גמורים, בעלי דין אחד כלפי השני, ובעלי רגש וקשר וזיקה – כל אחד כשלעצמו – כלפי הרכוש הנעלם; את המתח המוצדק ביניהם, קוראות לנו המשנה וסוגיית הבבלי לתקן לא באמצעות אמירה בציר האנכי, כלפי שמיא (שבועת השומרים שתיקנה התורה), כי אם באמירה בציר האופקי – בין אדם לחבירו. יחסי 'אני'-אתה' ממירים את יחסי 'אני'-לז'.⁹⁵ אנו פונים לראובן, הבעלים, ומסבירים לו כי כבר בשעת המסירה הן לקח בחשבון את הזיקה הצפויה להיווצר בין שמעון השומר, לרכושו. אנו פונים גם לשמעון, ומבקשים ממנו להתחייב בפני ראובן על כי ישלם לו את גובה הקרן; ראובן מצדו, מכיר בכך שחיתומו של הדין כרוך בויתור על זכות הכפל – המגיעה לו בצדק – לטובת שמעון, ויודע כי כדרכם של הסכמים לעתים עדיף להתפשר, להשתוות. התביעה עוברת להיות בין שמעון לגנב העלום, שאינו נמצא לפנינו כלל, והסדר החברתי שב על כנו.

"... רבי יהושע בן קרחה אומר: מצוה לבצוע,

שנאמר: (זכריה ח' טז) 'אֶמֶת וּמִשְׁפָּט שְׁלוֹם שְׁפֹטוּ בְּשַׁעְרֵיכֶם'.

והלא במקום שיש משפט - אין שלום, ובמקום שיש שלום – אין משפט.

אלא איזהו משפט שיש בו שלום – הוי אומר: זה ביצוע..."

(בבלי, סנהדרין ו ע"ב)

95 המסע הושלם (ראו הערה 6 לעיל). עתה, בעלי הדין נוכחים לא רק לפנינו אלא גם בינם לביןם; ומסתבר, כי לשתי "נוכחיות" אלו משמעות מיוחדת בעיצוב הדין.