

מסכת בבא מציעא פרק שלישי אלול תשפ"א-חורף תשפ"ב

ל"ג ע"ב

(א) רש"י ד"ה ולא רצה לישבע וכו' - שבועת שומרים שלא פשע בה ולא שלח בה יד שהיה יכול ליפטר בשבועה זו שהרי אמרו וכו' - מש"כ שבועת שלא פשע ושבועה שלא שלח בה יד, ע"י פנ"י דהוקשה לו דהרי צריך לישבע שאינו ברשותו כדאיתא לקמן דל"ד ע"ב, וא"כ הרי ממנ"פ צריך לישבע, לזה כתב דעכ"פ אינו רוצה לישבע שלא פשע בו ושלא שלח בה יד כיון דקשה ליה בה, וכבר כתב כן המהרש"א בדברי רש"י. (וע"י שם בפנ"י מש"כ דלהתוס' בתירוצם השני בד"ה המפקיד שאנו יודעים שנגנבה אלא דלא ידעין אי בפשיעה או באונס, ליכא בציר דמתני' שבועה שאינו ברשותו וא"כ אתיא לא רצה לישבע כפשוטו.) וע"י ריטב"א החדשות בסוגיין דנראה שהבין כונה אחרת בדברי רש"י (דמתני' מיירי שיש עדים שנגנבה שלא בפשיעה. ובכה"ג לא יהיה צריך לישבע שאינו ברשותו כיון דקאמרי עדים שנגנבה).

וממש"כ שהיה יכול ליפטר בשבועה זו שהרי אמרו וכו', מבואר לכאורה שפירש דהא דאיתא במתני' שהרי אמרו וכו' אינו נתינת טעם על דינא דמתני' שהכפל להנפקד, ולא בא אלא לבאר אמאי היה יכול ליפטר בשבועה, והוא כמו שפי' בזה הרשב"א, ודלא כדאיתא ברמב"ן, ע"ש דלהרמב"ן מה שנאמר מפני שהיה יכול ליפטר בשבועה בא לומר הטעם דמקנה לו הבעלים הכפל, ואף באופן שהוא משקר, כגון אילו היה חייב בגניבה ואבידה, ונחלק עליו הרשב"א בזה, ועוד נדון בזה לקמן אות ד', בעזהש"ת.

(ב) רש"י ד"ה למי שהפקדון אצלו - דכיון דשילם קנה כל תשלומיה ובגמרא מפרש טעמא - משמע קצת שלא הקנה לו גוף הבהמה וכפילא ממילא הכפל שלו, וכמש"כ התוס', אלא הוי קנין וזכייה בתשלומין, ולא מהני מה ששילם אלא לענין תשלומי כפל ולא לגוף הפרה. וכן משמע דמסברה מרש"י ד"ה דמקני לי כפילא שכתב, וז"ל: הבעלים מקנין לשומר כפל העתיד להשתלם כדאמר לקמן שבשעה שמסרה לו לשמור ע"מ כן מסרה שאם תגנב וירצה לשלם יהא הכפל שלו, עכ"ל. ועוד נאריך בזה לקמן אות ז', בעזהש"ת.

(ג) תוד"ה המפקיד - מבואר מדברי התוס' דא"א לומר דגרסינן אבדו במתני' ומפרשין לה דר"ל אבדו ממש, כיון דליכא כפל באבידה. ויעויין תוס' הרא"ש ושאר"י שכתבו דשפיר גרסינן אבידה ונפ"מ לענין יוקרא, כדמוכח לקמן דף ל"ה ע"א גבי הנהו כיפי, וקמ"ל מתני' דאף דמסברה היה לנו לומר דחשיב יוקרא שבחא דגופא דל"ק לקמן אינו מקנה לו, מ"מ אינו כן אלא הרי הוא חשיב כשבחא דאתי מעלמא. ביאור הדברים, דפשוטו גדר שבחא דגופו הוא כסף ושיווי עצם החפצא דהפרה, וזה כולל גם גיזות וולדות וגם יוקרא, דהרי שיווי גוף הפרה הוא שעלה, אלא דמסוגי' דנהו כיפי הכריחו הני ראשונים דביאור שבחא דגופא הוא שבח הניכר בגופו, כלומר, שבח ממשי בעצם החפצא, וכ"כ התוס' בדף ל"ה ד"ה ואותיבני שלם, ע"ש.

והתוס' שנאדו מפירוש זה ע"כ דאינו משום דלא ס"ל לדינא הכי, דהא כתבו להדיא בדף ל"ה כדברי הרא"ש, אלא ה"ט משום דלא משמע להו ממתני' כן, דהא המשך דברי המשנה מיירי דווקא בכפל ולא הוזכר יוקרא כלל, ובחידושי הר"ן באמת עמד על ד"ז וכתב דתנא חדא מינייהו נקט, אמנם התוס' י"ל דלא ניחא להו בהכי.

ובתוס' הרא"ש בדף ל"ה כתב עוד ד"ל דס"ל לרבא כלשינא בתרא דאינו מקנה לו אלא סמוך לגניבה, ולפ"ז לא בעינן לחלק ולומר דאינו מקנה לו שבחא

דגופא, ושפיר י"ל דחשיב יוקרא שבחא דגופא ומ"מ מקנה אותה. ולמדנים אנו מדברי הרא"ש והתוס' שכתבו דלשינא קמא צ"ל דחשיב יוקרא שבחא דאתי מעלמא, דשבחא דגופא אינו מקנה אפי' לאחר ששילם, דהא בהכי מיירי לכאורה בהנהו כיפי.

אכן יעויין בחידושים הנדפסים ע"ש הריטב"א שכתב בדף ל"ה דיוקרא חשיב שבחא דגופא, וגם דאף לישנא בתרא ס"ל דאינו מקנה שבחא דגופא, דלא בא אלא להחמיר, ומאי דבהנהו כיפי היה זוכה ביוקרא אי לאו דהטריחו בב"ד, היינו משום דהתם מיירי בשבחא דלאחר ששילם ובהאי שבחא ודאי דזוכה אף לפום לישנא קמא. ונראה מבואר נמי הכי בחידושי הריטב"א החדשות, שהדגיש בדף ל"ה דזוכה ביוקרא משום דאתי לאחר ששילם, אשר מבואר לכאורה מזה כנ"ל. וע"י קצוה"ח סי' רצ"ה סק"ב שכתב דכן ס"ל נמי להראב"ד פ"ח מהל' שו"פ. ומדברי הרמב"ם שם מבואר כדברי התוס' והרא"ש בזה, דאף לאחר ששילם אינו זוכה בשבחא דגופא.

ואולי י"ל בביאור פלוגתתם, דנחלקו ביסוד ההקנאה למסקנת סוגיין, דהראב"ד והריטב"א ס"ל דבאמת מקנה לו גוף הבהמה וכפילא ממילא ידי' הוא, אלא דשיווי משירי שבחא דגופא, אשר בזה ס"ל שאינו משירי אלא עד ששילם אבל מאחר ששילם הוי שלו מחמת הך הקנאה דלמפרע. אכן הרמב"ם הרי כתב להדיא דאם נמצאה הבהמה חוזרת לבעלים, הרי דלא הקנה גוף הבהמה, ולעולם לא הקנה אלא זכות הכפל, אשר בזה ליכא סברא למימר דלאחר ששילם יזכה בשבחא דגופא. אלא דמדברי התוס' בסוגיין סוף ד"ה כגון פירות וכו' מבואר לכאורה דלמסקנת סוגיין מקנה לו גוף הבהמה ממש וכפילא ממילא הוא דהוי ידי', ומ"מ ס"ל דאף לאחר ששילם אין הנפקד זוכה בשבחא דגופא, והיינו משום דס"ל דהך שיוורא דשבחא דגופא משירי לה אף לאחר ששילם, וצ"ב הך פלוגתא דהתוס' והריטב"א, ועדיין צ"ע בזה.

ובגוף דברי הני ראשונים דמפרשי אבידה דמתני' לענין יוקרא, ע"י חידושי רעק"א על תוד"ה כגון פירות דקל וכו' שכתב בד"ה ואפשר לומר בכונת הני", דהך פירושא לא שייכא אלא לפום מאי דמסקינן דמקנה לפרה עצמה ומשירי לעצמו שבחא דאתי מגופא, בזה שפיר יתכן דאינו משירי יוקרא, אבל למאי דס"ד דאינו מקנה אלא הכפל לחוד, מהיכי תיתי דנימא שמקנה גם יוקרא. ולפ"ז צ"ב האידך יפרשו הני ראשונים לפום ס"ד דסוגיין מאי דאתא במשנה "או שאבדו", ע"י שם מש"כ הגרע"א בזה.

(ד) שהרי אמרו שומר חנם נשבע ויוצא וכו' - ע"י חידושי הרמב"ן שפי' דהך שהרי וכו' ר"ל דמה"ט הוא דמקנה כפילא, ומדייק מזה דבאופן שאינו יכול לישבע וליפטר, כגון שהיו עדים שנגנב בפשיעה, אינו זוכה בכפל. אכן יעויין ברשב"א שהביא מדברי הירושלמי דבכה"ג שפיר מקנה לו כפילא ומה דאיתא שהרי אמרו אין ר"ל דמה"ט זוכה בכפל, ואינו אלא טעם אמאי היה יכול ליפטר בשבועה, ומה דאיתא שילם ולא רצה לישבע לא בא לאפוקי כה"ג אלא בא למעט דווקא היכא דהיה עכ"פ צריך שבועה ליפטר הוא דמקנה לו כפילא אבל היכא דפטר מן הסתם כפילה. וביאר הרשב"א דבריו, דמאי דאיתא לקמן דההקנאה מיתלא תליא באפשרות ליפטר אין פירושו דלמעשה בענין שיהא לו אפשרות ליפטר, אלא מתחילה אין בדעת המפקיד להקנות לו הכפל אלא היכא דמדינא יכול ליפטר, דעל אי-הטריחו לבוא בד"ן מקנה לו הכפל, אשר ממילא אף היכא דלמעשה איכא עדים שנגנבה בפשיעה שפיר קונה השומר הכפל. אכן

להיפך, היכא דאיכא עדים שנגנבה באונס, אין הפשט שאינו מטריחו בדין, דהא ליכא דו"ד כיון דאיכא עדים שנגנבה באונס, אלא הרי הוא כנותן לו הכפל במתנה עבור מתנת הכספים שנותן לו, ובכח"ג אין עולה על דעת המפקיד להקנות לו, ע"ש שהביא הרשב"א בדירושלמי ריש פירקין איתא להדיא כדבריו.

ובחינושי הריטב"א הביא אף הוא מדברי הירושלמי כדברי הרשב"א, אלא שכתב דהבבלי פליג בבי' הדינים. וצ"ב במאי פליגי הרמב"ן והריטב"א מחד גיסא והרשב"א מאידך גיסא, ומהו עומק פלוגתא הבבלי והירושלמי לשיטת הריטב"א.

והנה ביאור דברי הרמב"ן והריטב"א פשוט הוא, דס"ל ע"פ פשטות סוגיין דדף ל"ד ע"א גבי שואל דהקנות הכפל הוא עבור מה שהיה יכול השומר לפטור עצמו ולא עשה כן אלא שלם או רצה לשלם, אשר ממילא היכא דהיו עדים שנגנב באונס ודאי דאיכא בזה הקנות הכפל, ומאידך, היכא דאיכא עדים שנגנב בפשיעה שלא היה יכול לפטור עצמו ליכא הקנות כפל. ומה דאיתא לקמן ל"ה ע"א בהנהו כיפי דהיכא דהטריחו בב"ד אינו מקנה הכפל, אין פירושו דהקנות הכפל היא עבור מה שאנו מטריחו בב"ד, אלא מילתא אחרתא היא, דאף היכא דהיה יכול לפטור ולא עשה כן אינו מקנה הכפל היכא דהטריחו.

וביאור שיטת הרשב"א, דהקנות הכפל הוא בשעת מסירה עבור מה שישלם או יאמר שישלם ולא יטריחונו לב"ד, וכסוגיין דף ל"ה, וזה הרי שפיר איכא אף היכא דלא היה יכול לפטור, ויסוד השאלה גבי שואל, דאינו מקנה לו הכפל בשעת מסירה אלא היכא דאית ל"י להשומר מצד הדין היכי תימצי דפטור, ודילמא כיון דצד הפטור דשואל, דהיינו מתה מחמת מלאכה, לא שכיח הוא, אין המפקיד מתחשב בזה ואינו מקנה לו הכפל. והיכא דאיכא עדים שהוא פטור, לא ס"ד להמפקיד כלל בשעת מסירה שישלם לו ולחכי אין בזה הקנות כפל.

ואשר לדברי הירושלמי שהביא הרשב"א והריטב"א, ע"ש דהיכא דאיכא עדים שנגנב בפשיעה איבעיא דלא איפשיטא הוא אי הכפל למפקיד לנפקד או לשניהם, וצ"ב לכאורה האיך הוציא הרשב"א משם דבתורת דאי הכפל בכח"ג לשומר. איברא דמדברי הריטב"א משמע דגרס אחרת בירושלמי, אכן לפום גירסתנו, נדראה מדברי הרשב"א שהיה ג"כ גירסתו, צ"ב כנ"ל. והנה ביסוד גדר הקנות הכפל נראה להדיא דנחלקו הבבלי והירושלמי, דבבבלי לא הביאו מקור להאי מילתא מקרא כלל, ומבואר מפשטות סוגיין דמעיקר דיני הכפל היה שייך להמפקיד אלא דהקנה או גוף הבחמה או זכות הכפל גרידא להשומר. אכן יעויין בירושלמי דדרש להך דינא מקרא יתירא דשנים ישלם באם אינו ענין, אשר מבואר לכאורה מזה דלהירושלמי אין יסוד זכיית השומר בהכפל מדין הקנאה אלא דהוה מעיקר דיני שמירה דהיכא דשילם השומר להמפקיד הוי הפקדון שלו, ועיקר דין הכפל הוא לדידי בלא הקנאה מסוימת דהמפקיד.¹ והנה בסוגיין הקשו דהוי דבר שלא בא לעולם, ואילו בירושלמי לא הקשו כן כלל, והוא כנ"ל, דלשיטת הבבלי דיסודו מדין הקנאה הוא, שפיר קשיא האיך יכול להקנותו והא דבר שלא בא לעולם הוא, אכן להירושלמי דלאו מדין הקנאה הוא כלל, אין מקום לקושי זו.

והנה לשיטת הירושלמי דלימוד הוא מקרא דיסוד דין הכפל הוא להשומר ולא מדין הקנאה הוא, פשיטא דאף היכא שלא היה יכול לפטור, כגון דאיכא עדים דנגנב בפשיעה, מ"מ הכפל להשומר. ומבואר היטב פלוגתא הבבלי והירושלמי בזה (לדברי הריטב"א), דלשיטת הבבלי מבואר מסוגיין דף ל"ד דמאי דהכפל להשומר מדין הקנאה הוא, שמקנה לו הכפל עבור מה שהיה יכול לפטור עצמו ולא עשה כן, אשר זה ודאי דלא שייך היכא שלא היה יכול לפטור את עצמו, אכן להירושלמי לשיטתו דלאו מדין הקנאה הוא אלא מילפותא דקרא, וכנ"ל, שפיר נקטינן דאף בכח"ג הכפל להשומר.

ואף פלוגתא הבבלי והירושלמי (לדברי הריטב"א) היכא דאיכא עדים שנגנב באונס נראה פשוט דתליא בהכי, דלהבבלי פשוט כנ"ל, דכיון שלא היה צריך לשלם ושילם שפיר איכא בכח"ג הקנות כפל, אבל לדברי הירושלמי, נראה דיסוד הדין הוא דעל ידי ששילם להמפקיד מצד חיובי שמירה דידי, חשיב על ידי כן דהפקדון שלו היה משעת מסירה, והרי הוא נכנס במקום המפקיד לענין תשלומי כפל, דאילו לא למפרע דלאו של המפקיד היה אצלו אלא שלו, דהרי המפקיד קיבל עבור מסירה זו ממון דהתשלומין. וע"כ דצ"ל הכי, דאי לא הוי אלא משעת התשלומין ואילך, מה שייך דבר זה לחיוב כפל דהגב שיתלו בשל מי גנב, כעין מה שהעירו הפנ"י והגרע"א בדברי התוס' בסוגיין, וזה הרי לא שייך אלא היכא דמדון שומר הוא דמשלם, אבל היכא דאיכא עדים דנגנב באונס, דמדון שומר הוא פטור, הרי איתתשלומין דידי' אלא כסתם מתנה ואינו משתייך להפקדון, ואם נבוא לדון על הקנות הכפל תמורת תשלומין זו אינו אלא כמוכר קנסיו, וכדברי הירושלמי. ואינו דומה להיכא דטוען ש"ח שנגנבה ומ"מ משלם, דהתם הרי עיקר דינו מצד השמירה הוא או לישבע או לשלם, ועד כמה שאינו נשבע שפיר חשיב תשלומין דידי' תשלומין מצד החיוב שמירה ושפיר משתייך להפקדון ונעשה על ידי כך דידי', וז"פ, ודוק.

וע"ש בירושלמי שהקשה ע"ז דאי דרשינן דתשלומי כפל לשומר, מה נפ"מ איכא בזה בין שילם לבין נשבע הרי סו"ס ילפינן דהכפל לשומר, ותי' רבי נסה בשם רבי יונה "חיים שנים ישלם למקום שהקדן מהלך שם הכפל מהלך". וביאור מו"ר זצ"ל לדברי הירושלמי ע"פ דברי התוס' בב"ק דמ"ז ע"ב ד"ה מאי לאו, דמבואר שם דבשומר שקבל על עצמו שמירה על פירות ובא שור דאחרים ואכלן בפשיעת השומר הדין הוא דהשומר משלם לבעלים בתורת שומר ובעל השור משלם לשומר, ע"ש שכתבו התוס' כן כדבר פשוט. ולכאורה צ"ב האיך יכול השומר לתבוע את בעל השור, הרי לא היו הפירות שלו ואינם לו אלא גרמא שעל ידי אכילת נתחייב לשלם למפקד.

וביאר מו"ר זצ"ל דבריהם, דזוכה השומר בחיוב שן ורגל שבעל השור היה מחוייב לבעלים בתשלומי הני פירות, ומהאי טעמא הוא שיכול לתבוע. ונראה גדר הדברים, דנכנס השומר במקום הבעלים, דעל ידי ששילם עבור הפירות זוכה בחיובים שנתחייבו לבעלים.

ועפ"ז יתבאר דברי הירושלמי, דברישא דמתני' שהשומר שילם ולא רצה להשבע הרי הוא זוכה מדינא בחיוב קרן שהגנב היה מחוייב לבעלים ונמצא דחיוב הקרן דגניבה הוא לגנב ולא לבעלים, ולכך דינו לשלם כפל לשומר, דלמקום שהקדן הולך הכפל הולך, אכן בסיפא דהשומר לא שילם הרי חיובו של גנב לבעלים ולכך אף הכפל משתלם לדידהו.

ולכאורה יש מקום עיון בדברי הירושלמי, דהתינח היכא דשילם, אבל היכא דאמר שישלם מהיכי תיתי דהכפל להשומר, הא כיון דאכתי לא שילם אכתי חשיב לענין הגנב של המפקיד והו"ל לכפל להיות דידי', ובהמשך דברי הירושלמי איתא להדיא דאפי' בכח"ג הכפל דהשומר הוא. ועכצ"ל דס"ל להירושלמי דמאחר שאמר שישלם, שפיר הוי הפקדון על ידי זה

¹ והנה ז"ל הירושלמי: אם תמאל תמאל בידו הגניבה וכו' וכי אין אנו יודעין שאם ימאל הגנב ישלם שנים מה ת"ל שנים ישלם אם אינו ענין לו תנהו ענין לשלפניו, עכ"ל. והומה לזה במכילתא דרשב"י שמות כ"ב, ו, ע"ש. והנה בירושלמי דריש לה מקרא דלם תמאל תמאל בידו הגניבה אבל במכילתא דריש לה מקרא בתרל דלם ימאל הגנב ישלם שנים, ודרשקא זו אחי לכאורה שפיר טפי, דבאמת מיירי הך קרא כשומר.

כדידי' משעת מסירה וממונא הוא דחייב להמפקיד, אשר ממילא דין אמר לשלם כדין שילם. והוסיף מו"ר בזה, דלמה שנתבאר בדברי התוס' הנ"ל בב"ק דחייב בעל השור לשומר הרי מבואר דמעיך הדין החיוב הוא אליו וא"כ אמאי בסוגיין בעינן להקנות הכפל. וצ"ל דלהבבלי נהי דהחיובים לשומר מדינא, מ"מ אין זה אלא לחיוב תשלומי קרן, אך אין כאן תורת גניבה כלל לגבי השומר רק שזוכה בתשלומי הקרן, אשר ממילא לא שייך בזה זכיה בכפל.

נמצינו למדים, דלהירושלמי לשיטתו שפיר איתנהו לבי' הני דינים, ומבוארים היטב דברי הריטב"א שכתב דנחלקו בזה הבבלי והירושלמי. וצ"ע לכאורה לדברי הרשב"א מה ראה הביא לדבריו מדברי הירושלמי, הרי מבואר להדיא בירושלמי דמה דהכפל להשומר לאו מדין הקנאה הוא, וע"כ דאינו כדברי הבבלי, וצ"ב.

(ה) ל"ל למיתני בהמה וכו' ואי תנא כלים וכו' משום דלא נפיש כפליהו וכו' - מלשון הגמ' משמע דכל טעם ההקנאה אינו אלא לכפל, אשר מהאי טעמא הו"א דבבבא דאיכא ד' וה' אין מקנה לו הכפל. והנה מבואר לקמן דל"ה דאיכא נמי הקנאה דיוקרא, וביוקרא הרי ליכא נפ"מ בין בהמה לבין כלים, ואי לא הוה נקט אלא כלים האידך הוה אמרינן דליכא הקנאת יוקרא בבבא. וצ"ל דעיקר ההקנאה גמ לשם ריוח דכפל, אלא דאגב בן מקנים הבעלים גם שאר רווחים דאתיין מעלמא, וכך למאי דס"ד דליכא הקנאת כפל אלא בכלים ולא בבבא, אף הקנאת יוקרא ליכא בבבא. (ממו"ר זצ"ל)

(ו) רש"י ד"ה מתקין לה רמי וכו' - אמתני' קא מתמה. והיינו דלא ככל מקום דמקשה בכ"ג דאינו על מתני' אלא על מימרא בגמ'. אך יעויין בריטב"א החדשות שפי' דדווקא אהך שו"ט דהצריכותא הוא דמקשה, דלולא הצריכותא היה אפשר לומר דטעמא דמתני' הוא משום תיקון העולם ולא מטעם הקנאה, ורק מהצריכותא הוא דמוכח דטעמא דמתני' משום הקנאה הוא ואהכי הוא דמקשה דהוי דבר שלא בא לעולם. ומדברי רש"י שפי' כבר במתני' דהוי משום הקנאה מוכח דבמתני' מיני' ובי' מוכח דטעמא משום הקנאה, וצ"ב מנ"ל הך מילתא.

(ז) מתקין לה רמי בר חמא וכו' - עי' דברי רש"י דמבואר מדבריו דלחך ס"ד הוה חשבינן דמקנה הכפל בשעת משיכה שעל מנת כן משכה ממנו, ומשמע לכאורה מפשטות דבריו דמקנה הכפל, וכנ"ל, ולא גוף הפרה. אך יעויין תוס' הרא"ש שהביא דבריו ונתקשה דממנ"פ, אי ר"ל דמקנה לי' פרה לכפילא, הרי אין בזה חסרון דדבר שלא בא לעולם, ואי אינו מקנה אלא הכפל גרידא, בלאו טעמא דלא בא לעולם האידך משתייד מעשה הקנין הנעשה בבבאמה להכפל, ע"ש שתי' כדברי התוס' דאף דהוי דקל לפירותיו מ"מ בעינן שיהא עבדא דאת. אכן בדעת רש"י לכאורה לא משמע הכי דלא הזכיר ד"ז כלל, ובפשטות משמע מדבריו שמקנה הכפל לחוד. וי"ל לדבריו דאף דאין המשיכה משתייכת להכפל מ"מ הוי כמין קנין אגב דעל ידי דקנה הפרה לענין השמירה קנה נמי זכות הכפל אף שלא נעשה בו מעשה קנין, ולא קשה אלא דהוי דבר שלא בא לעולם, וצ"ע בזה. ועי' בחידושים הנדפסים בשם הריטב"א פי' אחר, דלעולם מקנה בשעה שמשלם, אך אין זה קנין כסף אלא דעבור ההיא הנאה המשלם לי' גמר ומקנה הכפל, ז"א, דהקנין הוא מצד הגמירות דעת. ולדבריו אכתי יקשה מה שהעירו האחרונים בדברי התוס' דהא הוי אינו ברשותו והאידך קונה, וצ"ב.

ועויין תוס' הרא"ש הנ"ל שזה לשונו אחר הביאו דברי רש"י: וקשה דאי דמי כאלו הקנה לו הפרה לכפלא אין זה דבר שלא בא לעולם דהוי כמו דקל לפירותיו דקני אפי' לרבנן ואם אינו מקנה לו שום קנין בפרה אלא שזוכה בכפל לחודי' כי ה"ג לא קני אפי' לרי' מאיר כדאמר בגיטין דלא דמי לפירות דקל דשייכי בתר דקל ומחוברין ומועיל לפירות מה

שמחזיק בדקל אבל כפל לא שייך בגוף הבהמה וכו', עכ"ל. מבואר מדבריו דבפירות דקל לר"מ שפיר מהניא החזקה שהחזיק הלוקח בדקל לקנות את הפירות הואיל והפירות שייכי לדקל ומחוברים אליו, רק לענין כפל אין הדבר כן אשר כן הקשה על דברי רש"י. והדברים לכאורה צ"ב, דבשלמא במוכר דקל לפירותיו שפיר מהני כיון דהקנה לו זכות בדקל, אבל בפירות דקל הרי לא חייל קנין בדקל כלל אלא בפירות גרידא, ומה יועיל בזה מאי דשייכי בתר דקל ומחוברים, סו"ס אין מקנה כלום בדקל אלא בפירות.

עוד העיר בזה מו"ר זצ"ל, אמאי אין בזה חסרון דכלתה קנינו, דהא מהאי טעמא לא מהני בקנין חזקה לאחר ל' הואיל ובשעת חלות הקנין כבר כלתה קנינו, וה"ה הכא הרי לאחר בשעה שבאו הפירות לעולם כלתה קנין החזקה בדקל, וצ"ע.

(ח) תוד"ה כגון פירות דקל דעבידי דאתו - וא"ת והכא אפי' אי עבידי דאתו היאך יקנה הכפל במעות ששילם וכו' - עי' חידושי הגרע"א מה שהקשה על דברי התוס' דבלא"ה הרי אפי' אי מעות קונות מ"מ אינן קונין מעות, ועוד דהא הוי אינו ברשותו, עי' בפני"י שעמד כבר במקצת דבריו. והגרע"א בכו"ח ס"י י כתב דאין להוכיח מדברי התוס' כשיטת הרשב"א דדווקא לענין להקדיש הוא דאיכא חסרון דאינו ברשותו, ד"ל דמאן דפריך בסוגיין ס"ל כאידך תנא דיכול להקדיש. ודבריו לכאורה צ"ב דכמו כן הרי איכא למימר דקושיית הגמ' היא להך מ"ד דס"ל דמעות קונות, וצ"ב.

ודרך אגב יש לעיין בדברי התוס' דס"ד דקונה הכפל בקנין כסף כשמשלם, והא מבואר להדיא לקמן דאף ברצה לשלם קונה הכפל, ואי מה שקונה הכפל הוא על ידי קנין כסף דהתשלומין האידך שייך דבר זה, ויהא מוכרח מזה דלחך פירושא, לס"ד דהמקש בגמ' אה"י דלא קונה הכפל ברצה לשלם, ודווקא למסקנת הגמ' הוא דאיכא למימר הכי.

איך שיהיה, מבואר מדברי התוס' שהבינו דנעשה קנין הכפל בקנין כסף על ידי התשלומין, ודלא כפירושו של רש"י דנעשה על ידי משיכת הפרה. ומבואר לכאורה מדברי התוס' דמלוה על פה היא בר הקנאה, ואפי' בקנין כסף, דהא לא הוקשה להו אלא ממאי דחשוב כמטלטלין ומדרבנן אין כסף לקונה מטלטלין, וכן אמר מו"ר זצ"ל, אלא שהעיר דהרי הכא מיירי בקנס קודם העמדה בדין דליכא חיוב כלל, והאידך שייך ע"ז קנין. ועוד העיר דהרי יסוד קנין כסף הוא דתמורת קבלת הכסף מתחייב המקבל לתת הקנין, וזה הרי לא שייך הכא דהרי לא לכך ניתן הכסף, דהכסף ניתן לחיוב השמירה, והאידך היה נקנה הכפל על ידי זה, וצ"ב.

(ט) תוד"ה כגון פירות דקל דעבידי דאתו - והו"ל מי יימר דנגבה - והעיר בקובץ שמועות דטפי הוה להו להקשות, דכיון דמקנה לו לאחר שנגבה, אף אי אנו לא ידעינן אי נגבה או נאבדה מ"מ שוב אי אפשר לחושבה מצד זה דבר שלא בא לעולם, דהנא למעשה בא לעולם אלא שאינו יודע, ואמאי הקשו התוס' רק מלשון הגמ'. ע"ש דהכריח מזה דס"ל להתוס' דמאי דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא משום דליכא סמיכת דעת, אשר ממילא אם אך הוא אינו יודע דנגבה שפיר אית בזה חסרון דלא בא לעולם דהא לא סמכה דעת, ע"כ לא הקשו התוס' אלא מהלשון. וכ"כ להדיא בפני"י לקמן דף ס"ו ע"ב (דף ל"ז ע"ב בדפי הרי"ף, ע"ש).

וכן מפורש בדברי התוס' לעיל דף ט"ז ע"א ד"ה מה שאירש מאבא, ע"ש דמקשינן סתירה דמקו"א איתא דקונה ובמקום אחר אינו קונה, ותיצרו הא סמכה דעת' והא לא סמכה דעת', ונחלקו בביאורא דמילתא התוס' ורה"ג, דהתוס' פירשו דרב שם ס"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ולדבריהם ממאי דאמרין דאפ"ה היכא דסמכה דעת' קנה מוכח דיסוד החסרון בלא בא לעולם הוא סמיכת דעת. אכן הביאו התוס' שם דעת רה"ג דרב ס"ל דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ומבואר מדבריו

דאי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם לא מהני מאי דסמכה דעתו, אשר ביאורו בפשטות דחסרון לא בא לעולם הוא ליכא על מה שיכול לחול הקנין אשר בזה לא מהני מאי דסמכה דעתו, ודווקא אי אדם מקנה דבר של בא לעולם דליכא חסרון כזה הוא דאיכא למימר דהיכא דסמכה דעתו קנה. הרי מבואר להדיא דלדעת התוס' חסרון לא בא לעולם הוא בסמיכת דעת, ואתיין שפיר דברי התוס' דידן, וכמש"כ בקובץ שמועות. (ולפום פירוש רש"י שם בדף ט"ז לא מוכח מהתם מידו, ואכמ"ל).

(י) תוד"ה בגוף פירות דקל דעבידי דאתו- ואע"ג דבפרק מי שמת אמרינן וכי הינו משום דעבידי דאתו- והנה מה שכתבו התוס' בהמשך דבריהם דאף בדקל לפירות דמודו בו רבנן, מ"מ לכו"ע בעינן למאי דהיה עבידי דאתי בכדי שיקנה, היה אפשר לומר בביאורו דבאמת ב' שאלות הם, דהשאלה אי אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא שאלה בגוף הקנין אי שייך בכח"ג, ובזה הוא דנחלקו ר"מ רבנן, ובזה מודו רבנן בדקל לפירות דקונה, אכן בר מן דין בעינן נמי שיהא סמיכת דעת, אשר לזה הוא דבעינן שיהא עבידי דאתי. אכן בדעת התוס' א"א לפרש הכי, דהא ס"ל דיסוד החסרון דדבר דלא בא לעולם אף הוא משום דלא סמכא דעתו, כאשר נתבאר לעיל אות ח'. אלא ביאור דבריהם, דנהי דס"ל לר"מ דבמאי דאין הדבר בעולם ליכא חסרון בסמיכת דעת, וכן לחכמים בדקל לפירותיו ליכא חסרון דסמיכת דעת, מ"מ בדבר דלא עבידא דאתי שפיר איכא חסרון דסמיכת דעת, והיכא דלא עבידא דאתי ודאי דאית ב' חסרון דסמיכת דעת. ואף בדקל לפירות, הרי סו"ס קונוהו עבור הפירות ואי לא עבידי דאתו אית בזה אכתי חסרון דלא בא לעולם. ונבאר הדברים.

דלכאורה דבר זה טעון ביאור, דהא בדקל לפירותיו הקנין הוא בדקל אשר הוא שפיר נמצא בעולם, והאיך שייך בזה חסרון דדבר שלא בא לעולם מצד הא דלא עבידי דאתי, דהא לדברי התוס' מיירי בפרה לכפילא אשר לכו"ע אין בזה חסרון אלא משום דלא עבידא דאתי, והקשו ע"ז דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

והוכיח מו"ר זצ"ל מדברי התוס', דהנה בפשטות היה נראה דבקנין דקל לפירותיו הדבר הנקנה הוא הדקל, אכן מדברי התוס' מבואר דבדקל לפירות הדבר הנקנה הוא הפירות ולא הדקל וכל ענין דקל לפירות הוא רק דרך עשיית הקנין, דאפשר להקנות הפירות דרך הפירות עצמן או אפשר להקנות דרך הדקל כיון דכח הפירות מונח בו, והך קנין חל מעתה. ועפמשנ"ת דאף דשייך מעשה קנין בדקל מ"מ הדבר הנקנה הוא הפירות, דגם בדקל לפירות מיקרינן הפירות "לא בא לעולם", שפיר י"ל דלא מהני דבר זה אלא היכא דעבידי דאתי, דליכא סמיכת דעת אפי' היכא דנעשה הקנין בדקל אלא היכא במידי דעבידא דאתי.

והנה מבואר מדברי התוס' דהבינו דהא פשיטא דפרה לכפילא הוא כדקל לפירותיו, ואיבעיא דגיטין יסודו אי היכא דמקנה דקל לפירותיו בעינן נמי עבידי דאתו או לא, דהא כמו דפשיטא להו להתוס' דהכא מיירי בפרה לכפילא ושייך קנין פרה לכפילא אי לאו חסרון דלא עבידו דאתו, כמו כן בעבד לקנס הכי הוא, אשר זהו דחקשו התוס' דבסוגי' דגיטין מבואר עכ"פ לצד אחד דהאיבעיא דהיכא דהוי דקל לפירותיו לא בעינן למאי דעבידי דאתו, ותי' או דבלא עבידי דאתו כדחכא לכו"ע לא קנה, או דכל קושיית הש"ס בסוגיין אינו אלא על הצד הראשון דהאיבעיא שם דשפיר בעינן להא דעבידו דאתו. (ופשיטא דמאי דנאיד תי' הב' מתי' הא' היינו משום דדוחק לחלק בין לא עבידי דאתו דהתם והך דחכא).

אכן יעויין חידושי הרשב"א שם בגיטין, וכ"ה דעת התוס' שם, דפירשו דיסוד שאלת הגמ' בעבד שמכרו רבו לקנס הוא אי בכח"ג שייך קנין פרה לכפילא ועבד לקנס כמו דשייך דקל לפירותיו, או דילמא כיון דאין הקנס או הכפל יוצא מגופם לא שייך בזה קנין דקל

לפירות ושוב כיון דלא עבידי דאתי לא מהני. ומבואר מדבריהם דאם אך נימא דשייך בזה קנין דקל לפירות, שוב לא איכפת לן אי לא עבידי דאתי, ודלא כדברי התוס' בסוגיין. ומאיך גיסא, מדברי התוס' בסוגיין מבואר דהא פשיטא דשייך בפרה לכפילא וכן בעבד לקנס קנין דקל לפירות, ומ"מ מיבעיא לן אי בעינן לזה שיהא עבידי דאתי, וצ"ב במאי פליגי.

והנה מדברי הרשב"א שם מבואר דאילו הוה אמרינן דמקנה פרה לכפילא והוי כדקל לפירות, שוב לא היה חשיב דבר שלא בא לעולם ולא היה בזה חסרון כלל, ואילו להתוס' שפיר ידעינן דהוי דקל לפירות ומ"מ הקשו דהוי דשלבלי"ע כיון דלא עבידי דאתי. והרשב"א לשיטתו דלא בעינן בכונן דקל לפירות עבידי דאתי שפיר ס"ל דאם אך הוי כדקל לפירות שוב ליכא בזה חסרון כלל. (ולפירוש התוס' מאי דאמרינן בסוגיין ואפי' לר"מ, אין פירושו דלרבנן מטעם אחר לא מהני, דכיון דהוי כדקל לפירות אף לרבנן דווקא מדין לא עבידי דאתי הוא דלא מהני, אלא הכונה דאף לר"מ דמיקל בדשלבלי"ע מ"מ בעינן עבידי דאתי. ואילו לדברי הרשב"א כבר מקושייתו שם מבואר להדיא שפירש דלרבנן מאי דלא מהני הוא משום דשלבלי"ע, דהוי פירות דקל, ואפי' לר"מ דשפיר יכול להקנות פירות דקל, מ"מ לא מהני משום דלא עבידי דאתי, עי' מש"כ בזה הגרע"א).

[ועוד מבואר ממש"כ הרשב"א דכל קושיית הש"ס בסוגיין הוא לצד האיבעיא דלא שייך קנין פרה לכפילא, דע"כ ס"ד דהש"ס בסוגיין היה שמקנה הכפל לחודי, וע"כ דס"ל בזה כשיטת הריטב"א, דהוי הקנה נפרדת דהכפל עבור ההנאה ששלם לו, וכבר הוכיח כן הגרע"א, ולהכי לא קשיין עלי' קושיית התוס' ממאי דמעות אינן קונות. ומה שאינו ברשותו בשעת תשלומין גם לא יקשה עליו דהא שית הרשב"א, הביאה הגרע"א, דהחסרון דאינו ברשותו אינו אלא לגבי הקדש ולא לגבי שאר קנינים. ואף הריטב"א הנ"ל צ"ל לכאורה דס"ל הרשב"א בזה.]

והנראה בביאור פלוגתייהו דהתוס' בסוגיין והרשב"א (והתוס' בגיטין), דנחלקו בגדר הקצאת דקל לפירות (וכבר כתב כזה בביאור פלוגתא דא בחידושי ר' ראובן סי' י"ט, ע"ש), דיש לחקור אי גדר דקל לפירות הוא שמקנה לו בעלות בגוף הדקל לענין הפירות, ז"א, דהרי בגוף האילן יש כח צמיחה, ובעלות בדבר זה בגוף האילן מוכר לו. או י"ל דלעולם אינו מקנה לו בעלות כלל בגוף האילן, אלא יסוד קנין דקל לפירות הוא שזכות הפירות שיש לו מצד בעלותו על הדקל מקנה לחברו, ואינו כמקנה הפירות עצמן שלא באו לעולם, אלא כמקנה הזכות שיש לו עכשיו שיהיו הפירות שלו. ונראה דהתוס' בסוגיין ס"ל כצד זה הב', אשר זהו דפשיטא להו דשייך קנין דקל לפירותיו גם בפרה לכפילא ועבד לקנס, דהרי כמו דיש לו זכות שיהיו הפירות שלו, כמו כן יש לו זכות שיהיה הכפל של בהמתו והקנס של עבדו שלו. וכמו כן מובן מאי דיתכן דאף בדקל לפירות יתכן דבעינן נמי למאי דעבידי דאתו, דכיון דאין מוכר לו אלא זכויות, שפיר יתכן דליכא סמיכת דעת אלא יסוד קנין דעבידי דאתו, ז"א, דרואה שיממשו זכויותיו. אכן הרשב"א והתוס' בגיטין נראה דס"ל כצד הא' הנ"ל דהוי קנין דקל לפירותיו קנין בגוף החפצא דהדקל, אשר בזה שפיר מובן מה דיתכן דלא שייך דבר זה בפרה לכפילא ועבד לקנס, דכיון דאינו יוצא מגוף הבהמה או מגוף העבד לא שייך בזה קנין בגוף החפצא דהבהמה או העבד. וכן מבואר לפ"ז מאי דפשיטא להו להרשב"א והתוס' בגיטין דאם אך חשיב דקל לפירותיו שוב לא איכפת לן אי לא עבידי דאתו, דכיון דהקנין הוא בגוף הדבר ממש אשר הוא שפיר בעולם, הרי הוי כמו כל דבר שבה לעולם ולית בזה חסרון כלל.

ועפמשנ"ת בדברי התוס' דבקנין דקל לפירות הדבר הנקנה הוא הפירות. מתבאר פלותתן באופן יותר ברור, דלדעת התוס' דהדבר הנקנה הוא הפירות, שפיר אית בזה חסרון דלא עבידי דאתי, וכנ"ל, אך הרשב"א והתוס' בב"מ ס"ל דבדקל לפירות הדבר

הנקנה הוא הדקל, ובני"ד הפרה, והרי איתנהו שפיר בעולם וליכא בזה חסרון במאי דהפירות לא עבידי דאית. ולדעת הרשב"א (והתוס' בב"מ) דהדבר הנקנה הוא הדקל, עכ"ל דהפירות אחד עם הדקל, דאליכ מה שייך לגבי הפירות לומר דהדבר הנקנה הוא הדקל, וזה ודאי דלא שייך בפרה לכפילא שאינו אלא ענין תשלומין, אכן לדעת התוס' דלעולם הדבר הנקנה הוא הפירות, רק דמעשה הקנין מועיל בדקל כיון דבכחו להוציא פירות, וחייל מעתה קנין על הפירות שעדיין לא באו לעולם, זה נראה דשפיר שייך אף בפרה לכפילא ועבד לקנס, כיון דעל ידי הפרה יכול לצאת חיוב כפל ועל ידי העבד חיוב קנס. וכן מדויק מהמשך לשון התוס', שכתבו דלמסקנת הגמ' גוף הפרה מוכר לו דהשתא הכפל שלו ממילא, הרי דמקודם לכן דהוה ס"ד דהוי פרה לכפילא לא היה קנין הכפל ממילא, ואילו הוה אמרינן דבפרה לכפילא הוא באמת חלות קנין בפרה אשר היא בעולם וממילא הכפל שלו, הרי אף לפום ס"ד דהש"ס היה קנין הכפל ממילא, אלא מבואר דבפרה לכפילא הדבר הנקנה הוא באמת הכפל ולא הפרה, וכמשנ"ת.

ואולי דיש לבאר עוד (אמנם אין זה מוכרח) דפליגי ביסוד החסרון דדבר שלא בא לעולם, דלהתוס' דס"ל דכל החסרון הוא בסמיכת דעת, שפיר י"ל דהיכא דמוכר לו זכויות או נעשה מעשה הקנין בדבר שהוא בעולם שוב סמכה דעתו אם אך עבידי דאתו, אכן הרשב"א והתוס' בגיטין י"ל דס"ל דהחסרון דדשלב"ע הוא בעצם הקנין דאין לו על מה לחול, אשר בזה נראה דלא סגי במאי דנימא דמוכר לו זכויות, דמ"מ הרי אין בזכויות ממש, וע"כ צ"ל דהוי קנין בגוף הדקל, ודוק.

והנה בין לשיטת התוס' בסוגיין בין לשיטת התוס' והרשב"א בגיטין, מסקנת הגמ' בסוגיין הוא דמקנה לו גוף הפרה. אכן מדברי הרמב"ם פ"ח מהל' שו"פ ה"א שפסק דאם נמצאת הפרה חוזרת לבעליה, מבואר לכאורה דלפום תירוצא דהגמ' אינו מקנה אלא פרה לכפילא. (ומוכח לפ"ז דס"ד דסוגיין היה דמקנה הכפל וכפי' הריטב"א הנ"ל, וכ"כ בחידושי הגר"ח הלוי פכ"ג מהל' מכירה ה"ג, ע"ש). ולכאורה ממאי שהקשו על התי' אמאי לא קני גיזות וולדות מבואר לכאורה דאף בפרה לכפילא יש להקשות מגיזות וולדות, ודלא כמבואר מדברי הגרע"א והרשב"א, כאשר כתבנו לעיל, דהא תי' הש"ס היה דמקנה פרה לכפילא וע"ז הקשו מגיזות וולדות. אכן נראה דאין זה מוכח ובאמת אין הדבר כן, דמאי דס"ל להרמב"ם דאינו מקנה אלא הגוף לשבח דאתי מעלמא ולא עצם הגוף, זה אינו אלא לפום מה שתיצו בלישנא קמא דמקנה חוץ מגיזות וולדות, אך למאי דתיצו קודם לכן ועליו הקשו מגיזות וולדות, ודאי דגם הרמב"ם פירש שהקנה לו הבהמה לגמרי, כפשטות לשון הגמ' דמקנה הפרה, אלא דבזמן ששאר הראשונים פירשו דגם לתירוצ' דחוץ מגיזות וולדות אכתי מקנה גוף הבהמה אלא דמשייר גיזות וולדות, הרמב"ם ס"ל דאין היה מקנה גוף הבהמה היה מקנה לדמרי, ואם אך אמרינן דמקנה חוץ מגיזות וולדות פירושו דאינו מקנה הבהמה אלא לענין שבחא דאתי מעלמא אבל גוף הבהמה לא הקנה ולהכי חוזרת לבעליה, וז"פ לכאורה. וכן נראה עד"ז מדקדוק לשונו של רש"י, דבקושיית הש"ס פירש דמקנה הכפל, כאשר דקדקנו לעיל, ושוב פירש במימרא דרבא דמקנה הפרה, ואילו בתי' הש"ס דמקנה רק שבחא דעלמא ולא דגופי' מדויק מדברי שוב דהוי הקנאת הכפל, והוא כנ"ל. וכן מדויק לכאורה מלישנא ד"אלא" אמר ר' זירא דאית בזה משום חזרה בהבנת עצם התי' ולא סתם הוספת שיוור.

ומה דפסק הרמב"ם גבי פרה לכפילא דודאי יכול להקנותה, ואילו גבי עבד לקנס פסק בהל' מכירה דהוי איבעיא דלא איפשיטא, מוכרח לדבריו דס"ל דין גדיהן שוה, ודלא כמבואר מדברי התוס' והרשב"א, ע"י ביאור דבריו בחידושי רבנו חיים הלוי, ואכמ"ל.

(יא) תוד"ה כגון פירות דקל דעבידי דאתו- ומשני נעשה כאומר לו לכשתגב וכו' שגוף הפרה מוכר לו דהשתא הכפל שלו ממילא- לכאורה משמע מפשטות לשונם דס"ד דהש"ס הוה אמרינן דאינו מקנה לו אלא פרה לכפילא ולמסקנא מקנה לו עצם הפרה לגמרי ולהכי כפילא דידי' ממילא, וגוף הפרה פשוט לכאורה לפ"ז דאי נמצא הרי הוא של השומר, וכן הבין הש"ך ס"י רצ"ה סק"י"א בדברי התוס', ודלא כמבואר ברמב"ם פ"ח מהל' שו"פ דאם נמצא חוזר לבעליו (אף דהש"ך רצה לפרש דבאמת גם להרמב"ם הפרה של השומר). אכן יעויין חידושי הגרע"א בסוגיין שהבין דאף לפום שיטת התוס' עצם הפרה היא לעולם של הבעלים ולא של השומר, ומשוי"ה נתקשה בביאור המסקנה לשיטתם הא"כ חשיבא קנין עצם הפרה ומה נתחדש בזה יותר מלהו"א, ע"ש מה שחידש, וע"י חידושי הגר"ח הלוי בהל' מכירה שדחה פירושו זה אלא הבין כנראה דברי התוס' כפשטן.

(יב) והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם- ע"י חידושים הנדפסים ע"ש הריטב"א דמבואר לכאורה מדבריו דהחסרון דדבר שלא בא לעולם הוא דהוי אינו ברשותו, ודלא כשיטת הנ"ל והתוס' הנ"ל דהוא משום דליכא סמיכת דעת. וגם אינו כהצד הנ"ל דליכא על מה שיחול הקנין.

והנה מאי דבעינן עבידי דאתי פירשנו לעיל דלכו"ע הוא משום סמיכת דעת, דאילו משום דבר שלא בא לעולם, מה מהני מאי דעבידי דאתו. אכן יעויין בחידושי הגרע"א שצידד לפרש דיסוד עבידי דאתו הוא דכיון דודאי שיבוא חשיב כאילו הוא יוצא מהדקל, ע"ש דשוב פירש אחרת. ועפ"ז היה אפשר לבאר דמאי דבעי אפי' ר"מ עבידי דאתו היינו משום דנהי דס"ל דאף דהדבר במציאות אינו כאן שייך להקנותו, מ"מ זה אינו אלא משום דיש לחשוב שהוא פה כיון דעסידי דאתו והוי כחלק מהגוף, ולהכי בפירות דקל בעינן למאי דעבידי דאתו.

ל"ד ע"א

(יג) אמר רבא נעשה כאומר לו וכו'- ע"י שט"מ בשם הראב"ד שהקשה, וז"ל: מיהו קשיא לן הכא מדאמרינן דבעל הבהמה מקני לוי כפילא לשומר אלמא לשומר לא קרינן ב"י מבית האיש אם כן לבעלים אמאי משלם והא הוה לוי כגונב אחר הגנב דלא משלם לא לבעלים כפל ולא לגנב, עכ"ל. וצ"ב אמאי לא העמיד קושייתו אלא אתירוצא דהש"ס, הרי איך שנאמר שהבינו בס"ד דהש"ס יקשה אף התם דזה אינו שלו וזה אינו ברשותו. ועכ"ל לדבריו דלולא תירוצא דהש"ס היה אפשר לומר דזהו באמת טעמא דהכפל של השומר, משום שחשוב כד"ד, וזה תמוה, דא"כ מהו פשר דינא דהסיפא דהיכא דנשבע ולא שילם הכפל של הבעלים, וצ"ע.

וביאר מו"ר זצ"ל דברי הראב"ד ע"פ דברי הירושלמי הנ"ל אות ד' דליכא הקנאת כפל אלא דהוא של השומר מעיקר הדין. והנפ"מ בין שילם ולא נשבע לנשבע ולא שילם, הרי הקשו כן בירושלמי גופא, ע"י לעיל שביאר מו"ר זצ"ל הדברים על פי דברי התוס' בב"ק דמ"ז ע"ב ד"ה מאי לאו, דהדין דעיקר החיוב הוא לשומר חייל על ידי ששילם, דמאחר ששילם על הבהמה שוב זוכה מדינא בחיוב קרן שהגנב היה מחוייב לבעלים ונמצא דחיוב הקרן דגניבה הוא לגנב ולא לבעלים, ולכך דינו לשלם כפל לשומר, דלמקום שהקרן הולך הכפל הולך, אכן בסיפא דהשומר לא שילם הרי חיובו של גנב לבעלים ולכך אף הכפל משתלם לדידהו.

ועפ"ז מבוארים דברי הראב"ד, דעל עצם דברי המשנה ליכא לאקשוויי דיש לפרש כדברי הירושלמי דיש כאן גניבה כלפי השומר, והא דבסיפא משלם כפל לבעלים, היינו משום דהתם חיוב הקרן הוא לבעלים ולמקום שהקרן הולך הכפל הולך, אשר משוי"ה המתין הראב"ד בקושייתו לטעמא דיהיב בגמ' לזכיית

הכפל שהוא מצד הקנאות הכפל ולא זכות עצמית של השומר.

ועי' תי' בראב"ד, דפקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא. ולכאורה צ"ב מאי קשיא לי' הא לבי הלשונות נמצא דלמפרע שפיר היתה הפרה של השומר ושפיר אית בזה חיוב גניבה. ואם כי לא קשיא כ"כ, דהא מבואר להדיא מסוגיין דלא הוצרכו להך הקנאה דלמפרע אלא משום דבר שלא בא לעולם אבל חיוב כפל משמע דשפיר נתחייב הגנב בלא"ה אשר בזה שפיר הקשה הראב"ד האידא איכא חיוב כפל. (ואם כי איכא נמי למימר דס"ל דמקנה פרה לכפילא וגוף הפרה אינו אלא של המפקיד, מ"מ לא פשוט לומר כן, דרוב הראשונים הרי למדו דלמסקנת סוגיין מקנה לו גוף הפרה, רק הרמב"ם לא ס"ל הכי (ואולי גם רש"י), והראב"ד כתבנו לעיל דפליג על הרמב"ם בזה. (אלא דלכאורה היה לו להשיג על דין זה של הרמב"ם שחוזרת הפרה לבעליו אי פליג עלה, וצ"ב.) מ"מ נראה דלא בעינן לזה, אלא אף לפום מסקנת סוגיין שפיר הקשה, דאף דנימא דאיגלאי מילתא למפרע דשל הנפקד הוי וממילא שפיר גנב פרה דהנפקד, מ"מ יתכן דמאי דבעינן מבית האיש דין הוא בחפצא דמעשה הגניבה, וכיון דבשעת מעשה ממש הרי היה של המפקיד, שפיר טען הרשב"א דחסר במעשה הגניבה.

והנה יעוי"ש המשך דברי הראב"ד שהקשה לר"ש דדבר הגורם לממון כממון דמי נחשבי' לשומר כבעלים. וקושייתו תמוהה לכאורה, דכי אמרנן דלר"ש דבר הגורם לממון כממון דמי, זהו למימר דסגי במה דאית לי' בי' גורם לממון ליחשב בעלות בכדי שיהיה חיוב, אכן זה אינו אלא כשננין על הגורם לממון לבדו, כגון בקדשים שחייב באחריותן שאין לדון על הבעלים ממש דהרי ליכא חיוב להקדש, אבל בנידון דידן הרי איתא להמפקיד אשר הוא הבעלים ממש ופשיטא דכיון דאינו משלם אלא פעם אחת שחייב לשלם לבעלים ממש דהן הן עיקר הבעלים. שו"ר שכתב כן על קושיית הראב"ד באו"ש פ"א מהל' גניבה ה"י, ע"ש, ודברי הראב"ד לכאורה צ"ב. (ואולי י"ל דר"ל דלא בעינן הקנאה מהבעלים להשומר, אלא במה דאיכא אומדנא דרוצה שיהיה הכפל לו הרי זה כויתור על החיוב גניבה לו ושוב חייב הגנב להשומר מצד עצמו.)

ועי' תי' בראב"ד, שכתב, וז"ל: ואיכא למימר דלא דמי חיוב שמירה לאחריותה דבהמה משום דבשמירה איכא אנפי דלא מיחייב ואחריות בכל אנפי מיחייב עלה, עכ"ל. וביאור דבריו לכאורה, דכי חשיב ר"ש גורם לממון כמון, כדאיכא עלי' חיוב תשלומין בודאי ונמצא דבהמה זו היא הפוטרתנו ובהכי חשיבא תשלומין שלו ממון. וזה אינו אלא היכא דבכל אופן יתחייב, כגון קדשים שחייב באחריותן, אבל בחיוב שמירה, כיון דאיכא אנפי דפטור הרי אי אפשר לומר דודאי חייב והבהמה חשובה לו ממון, שהרי איכא צד דיפטור ולא יצטרך לתשלומין דהך בהמה לפטור את עצמו. אכן עי' תרומה"כ סי' שס"ג, וגם שם בהגהה, שהקשו עליו מסוגי' דב"ק ע"א וכן מסוגי' דפסחים ה' ע"ב, דמבואר לכאורה דאף בשומר איכא דין דבר הגורם לממון כממון לר"ש, וכבר האריכו האחרונים בזה, ואכמ"ל.

יד) נעשה כאומר לו לכשתגנב וכו' - עי' חידושי הריטב"א החדשים שכתב דיסוד הך מילתא הוא דבאמת מתכוין להקנות לו ואע"פ שלא פירש כמאן דפירש דמי, וכ"כ בחידושי הרשב"א ב"ק ק"ב ע"ב, ע"ש. וכן הוא פשוט משמעות דברי הראב"ד בשט"מ הנ"ל אות י"ג בתחילת דבריו, ע"ש. וכן מדויק לכאורה מדברי רש"י בסוגיין שהדגיש דעל מנת כן מסרה, ועוד כמה דקדוקי לשונו². אכן יעויין

חידושי הרשב"א לקמן בע"ב שכתב דבאמת אין בדעתו ממש להקנותו, אלא יסוד הך מילתא דכיון דאומדנא דעתו שהיה רוצה בכך, לב ב"ד מתנה שיהיה כן, וז"א, דהוא תקנת חכמים ומדין הפקר בית דין הפקר, אלא דלא תקנו אלא היכא דהוא עצמו היה יכול לקנות ולא בכגון דבר שלא בא לעולם.

והנה בלישנא בי' פי' רש"י דמיירי שהתנה בשעה שמסרה לו, ועי' מהרש"א שהעיר דמסוגי' דלקמן ע"ב מוכח דלא כן, אלא מיירי אפי' שעה אחת קודם לגניבה מקנה לו. ובפנ"י כתב ליישב דברי רש"י דע"כ מקנה לו בשעת מסירה, דהרי הוא אינו יודע מתי הוה שעתה אחת לפני הגניבה. והנה בדברי המהרש"א מוכח שהבין ע"ד שהבין הרשב"א דב"ד הם המקנין ע"פ מה ששיערו **שהיה** רוצה (איברא דהרשב"א רצה שם לומר כן גם בדעת רש"י, ע"ש). אכן למאי דמבואר מפשטות לשונו של רש"י כדברי הריטב"א דהוא עצמו מקנה ואף דלא פירש כאילו פירש דמי, פשיטא לכאורה כדברי הפנ"י ופשוט דהיינו דווקא בשעה שמסרו לו.

והנה לדברי הריטב"א ודעמי', פירוש נעשה כאומר הוא כפשוטו, דאף שלא פירש הבעין חז"ל דהרי הוא כמו שפירש. ולדברי הרשב"א ודעמי' דמטעם לב ב"ד מתנה הוא, פירוש נעשה כאומר הוא דאף דהאדם עצמו אינו חושב להקנות מ"מ מכיון שתיקנו ב"ד הרי הוי כמו שהקנה.

ועי' דיעה שלישית בביאור סוגיין בפירוש רבנו יהונתן הכהן מלוני"ל, ע"ש שכתב דמתחילת דינו תקנת חכמים הוא, כלומר, דודאי בעצם לא היה האדם חושב להקנות, אלא מכיון דהבינו חז"ל שהיה רוצה בכך הקנו הם, ומאחר דאיכא תק"ח הרי שוב על דעת כן נותן והדר הוי הקנאה מצד המפקיד עצמו, ואף דתחילת הדין הוא תק"ח, וא"ש פירושא דנעשה כאומר כמו לשיטת הריטב"א.

ובעיקר דברי הש"ס, עי' נתיב"מ סי' קצ"ז סק"ד שהקשה האידא מהני הכא קנין על ידי מסירת הבהמה, הרי בקנין בעינן דעת מקנה ודעת קונה והכא ודאי דלא היה דעתם בשעת מסירה למשכה לשם קנין, ע"ש שהוכיח מזה דבכל קנין לא בעינן דעת מפורשת לקנין אלא כל היכא דאמדינן לדעת' דאילו הוה יודע היה מקנה אותה מהני ומשו"ה בנ"ד דקים להו לחכמים דאילו הוה ידע שתגנב היה מקנה אותה סגי בהכי לקנותה בלא דעת מפורשת, והוא לכאורה חידוש גדול. ובפשטות היה לכאורה אפשר לפרש באופן אחר, דמהניא הך סברא דנעשה כאומר וכו' שיהא דבר זה נכלל בעצם מסירת הפקדון דכיון דניחא להו בהכי וסתם פקדון נמסר על דעת כן, כל עוד שלא פירשו אחרת הרי זה בכלל עצם המסירה לשמירה. ולפ"ז לא בעינן לחדושו של הנתיב"מ.

ועי' או"י סי' ק"ד שכתב דאפי' בגונא דהמפקיד עומד וצווה דלא הוה ניחא לי' להקנותה לו קנה "דכך שיערו חכמים דעתו שהקה לו ואפי' עמד וצווה לא הקניתי לו לא משגיחין בי' וטובא כי הא בתלמודא וביבמות פירשתי מקצתם". הרי דהאומדנא שרוצה להקנות הוא עד כדי כך דאפי' אם אמר שלא היה דעתו כן בטלה דעתו.

טו) רש"י ד"ה נעשה כאומר לו - בשעה שמסרה לו - עי' מש"כ לעיל אות י"ד. ועי' עוד קצוה"ח סי' קפ"ט סק"א שכתב לבאר דברי רש"י, דפירש כן משום דאל"ה לא שייך שיקנה השומר מדין חצר כיון דפקדון כל היכא דאיתא ברשות מרא הוא דאיתא, דהיינו כמו שפי' הרשב"ם בב"ב דנותן לו השומר את המקום, להכי בעינן דבשעת מסירה שנעשה שומר לא עשאו שומר אלא עד סמוך לגניבתו, אשר ממילא מזמן סמוך לגניבתו שוב אין זה כרשות המפקיד כיון דשוב אינו פקדון, ע"כ תו"ד בקצרה.

² והנה מש"כ רש"י דניחא להו לבעלים קיהא ספק כפל העתיד לזווא של השומר והרי היא כמסרה לו על מנת כן וכו', וצ"ב לכאורה אומאי המתין לפרש ד"ז עד תי' הגמ', הא מדברי רש"י לעיל מבואר דגם לפום ס"ד דהק"ם נעשה

הקנין על ידי שמשכה הימנו נשעת מסירה, וז"כ כבר דהו"ל בעינן למימר הכי. (ממו"ר ז"ל)

ובמאי דס"ל להרשב"ם דהא דהוי רשות המפקיד הוא משום דמקנה לו השומר מקום, מצינו בזה פלוגתת ראשונים, דהנה לפום הפירוש הפשוט בסוגיין הא מיהא פשיטא דאי בעינן לקנין חצר בשעת סמוך לגניבה, א"א לקנות באגם, והוא פירוש מאי דאמרין דאיכא בינייהו דקאי באגם, דל"ק מהני ול"ב לא. אכן יעויין פי' הר"ח בסוגיין שכתב, וז"ל בא"ד: פי' ללישנא קמא דרבא לא קני כפל דהא ליתא ברשותי דליקני לה במשיכה וכו' לפיכך אמר פרתי קנויה לך מעכשיו וכו' חוץ מגיזותיה וולדותיה וללישנא בתרא דרבא אע"ג דהות באגמא קני לה דהא ברשותי קיימא מאידנא דאפקיד מרה לגבי דהא מחייב בשמירתה ומיגו דאחייב בשמירתה כל היכא דאיתא ברשותי קיימא וכו'. הרי דחידש לן הר"ח חידוש גדול, דפקדון חשיבא ברשותי דהנפקד, וזהו יסוד החידוש דהלישנא בתרא.

והנה הא מיהא פשיטא דאף להר"ח איתא להך כללא דפקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא, אלא דפירש לה באופן אחר דלא כפי' הרשב"ם הנ"ל, דאילו לדברי הרשב"ם הרי הוי ממש רשות המפקיד ותו לא שייך לומר דהוי רשות הנפקד (דודאי משמע להדיא מדברי הר"ח דאילו בבית הנפקד פשיטא שיקנה מטעם דהוי רשות הנפקד מפאת השמירה, וכמו באגם, ולא משום דהתנה כך בשעת מסירה כמש"כ הקצוה"ח בדעת הרשב"ם).

והפשוט לכאורה בביאור דבריו, וכך ראיתי שכתב באבן האזל פ"ג מהל' זכיה ומתנה ה"ב, ובהשטות שם, ע"ש, דאיברא ודאי חשיב על ידי חיוב השמירה שהוא ברשות השומר, מ"מ כיון דשומר עבד המפקיד לא חשיב על ידי זה שיצא מרשות המפקיד, אשר ממילא מצד אחד אמרין דיכול השומר לקנות בקנין כמון חצר, כמש"כ הר"ח, וכמו שנבאר בעזה"ש, ומאידך גיסא יכול שפיר המפקיד להקדיש ולא חשיב בהכי אינו ברשותו. נמצא דלהר"ח מאי דחשיב ברשות המפקיד אינו משום שמקנה לו השומר מקום, אלא משום דהך שמירה דהשומר הוא עבור המפקיד, וכמשנ"ת.

ומאי דמהני לקנותו אף שהוא באגם, ביאורא דמילתא, וכ"כ שם באבהא"ז, דמאי דמהני חצר לקנות הוא משום דעל ידי כך חשוב ברשותו, וגבי שומר כיון דמצד גוף השמירה חשיב שהוא ברשותו בכל מקום שיהיה (חוץ מרשות המפקיד) לא בעינן שיהא בחצר ידידי ושפיר קונה באגם. ע"ש באבהא"ז שכתב דהיינו מש"כ הרמב"ם שם דמפקיד שהקנה הפקדון לנפקד הרי הוא קונה בדברים, וכן כתב גם בביאור לשונו של הרמב"ם ריש הל' נז"מ, ע"ש. ובהשטות להל' זכיה ומתנה הביא שהקשו לו מסוגיין דמבאר דבאגם לא קונה ל"ב, ויישב הדברים ע"פ פירוש הר"ח דמדבריו מתבאר מל"ב להדיא דבכה"ג שפיר קונה.

והנה מה שרצה לומר כן בדעת הרמב"ם, ע"כ לפי זה לפרש סוגיין כדברי הר"ח, דאל"ה הרי סוגיין סותרת דבריו, והוא לפום פירוש הר"ח הרי דווקא ללישנא בתרא ואף דקונה בכה"ג, ובהא גופא הוא דפליג ל"ק, כמבואר להדיא בדבריו, אשר לפ"ז צ"ב האין נימא כן בדעת הרמב"ם, הרי בפשטות פסק כל"ק דאיכא חילוק בין שבחא דעלמא לבין שבחא דגופא, ואף אי נימא דפסק כל"ב, הרי זה לא יתכן אלא אם נימא דאף ל"ב איתא להך חילוק, אשר לפ"ז אזלא לה לפירושו דל הר"ח, דהא פירושו נבנה אמאי דפירוש ל"ב דמקנה סמוך לגניבה בכדי דלא נדחוק לחלק בין שבחא דגופא לבין שבחא דעלמא, וצ"ע בזה.

טז) מתקיף לה ר"ז א"ה אפי' גיזותיה וולדותיה וכו' - עיי' ש"ך סי' רצ"ה סק"ז שכתב דאע"ג דהשומר קנאה למפרע על ידי התשלומין, הרי הוא צריך לשלם את דמי שיווי הבהמה בשעת גניבה היכא דנתייקר משעה שסמרו לו, ואע"ג דעל ידי התשלומין נעשה למפרע של השומר ונמצא דכשנתייקר נתייקר לו, מ"מ הרי הבעלים התנו כשתגב ותצרה ותשלמני, והך "ותשלמני" היינו שישלם את הקרן כפי שמוטל עליו

מהלכות השמירה אשר על כן תחילת דבר צריך לשלם לפי ערכו בשעת גניבה, ושוב על ידי תשלומין זו תיעשה הבהמה למפרע שלו. וע"פ דבריו פשוט לכאורה דיהיה הדין כן גם בצורה הפוכה, דאם הוזלה הבהמה בין שעת הפקדון לשעת הגניבה אינו צריך לשלם אלא לפי מחירו הוזל, דהא על ידי כך חשיב שפיר "ותשלמני" ונתקיים התנאי. (ממו"ר זצ"ל)

יז) א"ד אמר רבא נעשה כאומר לו לכשתגב וכו' - עיי' ריטב"א החדשים שכתב, וז"ל: ודוקא בגנבה אמרין הכי אבל באבדה דכל היכא דאיתא מצי מקנה לה בשעת תשלומין דוקא מקנה לה וכן פי' מרי ז"ל, עכ"ל. חזינן מדבריו דכל אבידה חשיבא ברשותו, ואף שאינו בבית השומר. (עיי' אמרי משה סי' ל"ד) ויסוד החילוק בין גניבה לאבדה הוא לכאורה דגניבה הגנב מחזיקו לעצמו וזהו שעושה שיחשב שאינו ברשותו, או לדעת הרמב"ן במלחמות בב"ק מצד קניני גזילה, אבל באבדה ליכא מידי המפקיע מרשותו.

ומדברי הרמב"ם מבואר לכאורה דלא כדברי הריטב"א, שכתב בפכ"ב מהל' מכירה ה"ט דמי שהיה לו פקדון ביד אחר הרי זה מקנהו בין במכר בין במתנה לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא והרי הוא בחזקת שהוא קיים ואם כפר בו זה שהופקד אצלו אינו יכול להקנותו שזה כמי שאבד שאינו ברשותו וכו', עכ"ל. הרי להדיא בדבריו דאבדה מיקרי אינו ברשותו.

ולדברי הריטב"א צ"ב לכאורה באבדה האין קונה השומר את הבהמה בשעת תשלומין, הרי אינו ברשותו, וכסף התשלומין ליכא למימר, דהרי אין מטלטלים נקנים בכסף, עיי' קצוה"ח סי' רצ"ה סק"ג שעמד ע"ז והניח הדבר בצ"ע.

יח) איכא בינייהו קושי' דר"ז - עיי' חידושי רעק"א שכתב דלהך לישנא בתרא תו לא בעינן לחלק בין שבחא דאתי מעלמא לשבחא דגופא ולא בעינן למימר דמשיירי בעלים שבחא דגופא, ולהך לישנא גיזות וולדות שבאו אחר הגניבה הויין לשומר, משא"כ לללישנא קמא, אף גיזות וולדות דבאו אחר הגנבה הם בכלל מה שמשיירי בעלים לעצמם. וכדבריו מבואר להדיא ברא"ש בסוגיין, שכתב בסי' א', וז"ל בא"ד: דשבחא דאתי מעלמא מקני ל' שבחא דאתי מגופי' לא מקני ל' דהכי אמדינן דעת' והיינו כלשינא קמא דרבא דהוא העיקר וכו' ועוד דברייתא חוץ מגיזותיה וולדותיה מוכח כלשינא קמא דללישנא בתרא מאי קאמר חוץ מגיזותיה וולדותיה אי קודם גניבה כולי' לאו ידידי הוא אי לאחר גניבה כולי' ידידי הוא וכו', עכ"ל. הרי מבואר להדיא מדבריו דללישנא בתרא אף גיזות וולדות דמשעת גניבה ידידי. וללישנא קמא מבואר מדברי התוס' הרא"ש דף ל"ה בהני כיפי דאף שבחא דגופא דלאחר גניבה בכלל השיר והרי הוא של בעלים, ע"ש שכתבו התוס' ושאר דשבח היוקרא כחשיב כשבח הבאה מעלמא, ודחה בתוס' הרא"ש דשפיר איכא למימר דיוקרא כשבחא דאתי מגופא, וסוגי' דהתם שזכה השומר הוא כלשינא בתרא דליכא שירא כלל ולכך כל שבח שאחר גניבה לשומר, אשר מבואר מזה להדיא דללישנא קמא שפיר הויא הך שבחא דאתי מגופי' דלאחר גניבה בכלל השיר. והאמת דלכל הראשונים התם מוכח כן, דאי נימא דאין שבחא דאתי מגופא דלאחר גניבה בכלל השיר, אמאי הוצרכו לומר דחשיבא יוקרא כשבחא דאתי מעלמא, הרי מייירי התם ביוקרא דלאחר גניבה.

יט) תוד"ה אי נמי דקיימא באגם - ושמא י"ל דקידושין אלימי וכיון דאשכחו רוחא תו לא פקעי אבל הכא גיזות וולדות לכל הפחות הנהו דאיתנהו בשעת מסירה וכו' - ביאור דבריהם לכאורה, דבקושייתם הוה ס"ל דבמעכשיו ולאחר ל' חייל לאחר ל' מכתב, ולהבא, כדמוכח מהא דר' יוחנן בקידושין, אשר ממילא קשיא להו דנימא הכי ותו לא יקשה מגיזות וולדות ויקנה נמי באגם, ותי' דבאמת איכא למימר דהוי למפרע ומאי דלא פקעי קידושין היינו משום דאלימי. אכן אי נימא דכן הוא באמת כונת התוס' דהוי ממש למפרע, טעונים דבריהם ביאור

מכמה צדדים, הא', דאי הוי למפרע ממש מה שיד בזה לומר דקידושין אלימי ולא פקעי, הרי איגלאי מילתא למפרע דקידש השני אשת איש גמורה ולא חיילי כלל. ועוד צ"ב מה שכתבו התוס' דגיונות לכל הפחות הני דאיתנהו בשעת מסירה וכו', דכיון דהוי למפרע ממש אמאי לא יקנה גם הני גיונות וולדות שבאו אח"כ אף קודם הגניבה. עוד יש לעיין, דהא כתבו התוס' בכתובות פ"ב וביבמות צ"ג דבמעכשיו ולאחר ל' בעינן שיהא ביום ל' במקום הראוי לקנות, וזה לכאורה סותר דבריהם בסוגיין, דאי הוי למפרע ממש, מה איכפת לן כלל היכן הוה בשעת קיום התנאי.

ועי' קה"י שכתב לבאר דלעולם אין כונת התוס' דהוי למפרע, אלא ר"ל דהוי כמין חלות דין שיו, דמקנה עכשיו על הזמן שלאחר ל' או לאחר סמוך לגניבה, וקנין זה על אותו זמן חייל מיד עכשיו, אשר ממילא, כיון דיסוד החלות הוא על הזמן שלאחר כך, שפיר יש מקום לקידוש השני לחול בזה שפיר ס"ל להתוס' דתו לא פקעי. וכן אתי שפיר מאי דלא דנו התוס' אלא אגיונות וולדות שהיו בשעת מסירה, דדווקא הני הוא שהקנה והשאר של המפקיד הן מצד השויר ששיר, ע"כ תו"ד בקצרה. והנה לישנא דהתוס' דחייל למפרע לכאורה לא משמע כדבריו דאילו לדבריו ליכא למפרע כלל בזה אלא חייל מהשתא על אותו הזמן. ועוד צ"ב דלדבריו אכתי יקשה אמאי בעינן שיהא בשעת סמוך לגניבה במקום הראוי לקנות, הרי כל הקנין בזה נעשה כבר מעכשיו, וצ"ב. (ועי' בקה"י שכתב באמת דהתוס' בסוגיין פליגי אהתוס' בכתובות.)

וי"ל בביאור דברי התוס', וכמדומה שכן פירשו העולם, דלעולם ס"ל דהוי למפרע, אכן אין ר"ל דהוי למפרע ממש באופן שיקשה כנ"ל, אלא ר"ל דהוי מכאן ולהבא למפרע, ד"א דודאי באותה שעה ממש כשקידשה שני וודאי דלא היתה אשת איש, ושפיר חלו קידושין השני, אלא דלאחר ל' דחיילי קידושין הראשון לגמרי היה לקידושין שני ליפקע, אשר לזה כתבו התוס' דאלימי ולא פקעי. וכן מבואר מאי דהדגישו הגיונות וולדות דאיתנהו בשעת מסירה, דהך חלות דחייל ביום ל' או בשעת סמוך לגניבה הרי הוא חייל אז על הדבר שהקנה, אלא דמדת חלותו הוא דהוי כאילו חל למפרע וכאילו היה תמיד ככה, אך אין זה אלא לגבי הך מילתא גופא, ושאר גיונות וולדות פשיטא דהן של המפקיד. וכן אתי שפיר לפ"ז מאי דבעינן דבשעת גמר חלות הקנין יהיה במקום הראוי לקנות, דהרי יסוד החלות אז הוא דהוי, וכנ"ל.

כ) תו"ה אי נמי דקיימא באגם - ושנא י"ל דקידושין אלימי וכו'. ועי' תוס' הרא"ש שתי דאכתי לא פסיקא להו בהכי, דנהי דיקנה אי הוי באגם, מ"מ לא יקנה באופן שהיא ברה"ר או ברשות המפקיד. והתוס' שהקשו ולא תירצו כן, לאו משום דפליגי אעיקר דינו של הרא"ש דבעינן שלא תהא ברה"ר, דהא כתבו להדיא כן ביבמות ובכתובות, וכנ"ל, אלא מטעם אחר הוא, דמדברי הרא"ש יוצא דבאמת היכא דהיתה הבהמה עומדת באגם בשעת גמר הקנין הוה אתי שפיר דלית ל' לשומר גיונות וולדות, רק דלא פסיקא כיון דהיכא דהיא ברה"ר לא קנה, ונמצינו למדים מדבריו דמעכשיו ולאחד ל' באמת אינו קונה אלא מכאן ולהבא ואין בזה ענין למפרע כלל, ודלא כתיבוצם של התוס', ונמצא דנחלקו בגדר הך דינא דמכאן ולאחר ל', ומאי דפליגי התוס' על תירוצו של הרא"ש הוא משום דהבינו גדר מעכשיו ולאחר ל' דהוי חלות דמכאן ולהבא למפרע, וכמשנ"ת.

אכן יעויין ר"פ בסוגיין, הובאו הדברים בשט"מ, שכתב בא"י, וז"ל: י"ל דלא מצי לאוקמי הכי, דאם כן המשיכה אינה נגמרת עד סמוך לגניבתה והקנין לא יגמור עד סמוך לגניבתה ואם כן כל ימי היותה אצלו עד שעת הגניבה צריך שתהיה במקום שהמשיכה וקנין מהני דהיינו בסימטא ואי אפשר באותן הימים שלא תלך לרה"ר הילכך לא קני, עכ"ל. הרי דס"ל דלא כדברי התוס' והרא"ש דלא בעינן שיהא במקום הראוי לקנות אלא בשעת חלות הקנין, אלא בכל משך

הזמן שממעשה הקנין ועד לגמר חלות הקנין בעינן שיהא במקום הראוי לקנין. ולכאורה היה אפשר לומר בטעם הדבר, דס"ל דגדר מעכשיו ולאחר ל' הוא דהחלות חייל במקצת כל יום מזמן המעשה לעד ל' יום, ופירושו שיתחיל החלות מעכשיו ויגמר לאחר ל', אשר ממילא, כיון דכל הזמן איכא חלות הקנין, בעינן שלכל משך הזמן יהא במקום הראוי לקנות. וביאור פלוגתת ר"פ והתוס' והרא"ש לפ"ז, דפליגי בגדר מעכשיו ולאחר ל' אי החלות הוא כולו לאחר ל' (אלא דיתכן שהוא כמין מכאן ולהבא למפרע), או דחייל במקצת כל יום.

אכן יעויין בקצוה"ח סי' קצ"ז סק"ג שהביא דברי הר"ן בכתובות פ"ו (מ"ה ע"ב בדפי הרי"ף) שכתב דמהני משוך עכשיו וקנה לאחר ל' בלא שיאמר מעכשיו, (ודלא כדברי רש"י בסוגיין בד"ה אי נמי דהוה קיימא באגם), ותמה עליו בקצוה"ח מסוגיין דמבואר להדיא דהיכא דעומדת באגם סמוך לגניבתה לא קנה, ואמאי לא נימא דמקנה לו לזמן סמוך לגניבה על ידי המשיכה. ותי' בתירוצו הראשון על פי דברי ר"פ הנ"ל, דליכא לאוקמי' בהכי כיון דכל משך הזמן יהיה במקום הראוי לקנות. ודבריו לכאורה צ"ב, דבשלמא בנידון דר"פ דמייירי במעכשיו, מתחיל החלות מעכשיו ונגמר בסוף ל' וחל בכל יום במקצת, אשר להכי הוא דבעינן דיהא במקום הראוי לקנות, אבל הר"ן הרי ס"ל דמהני בלא מעכשיו, והיינו לאחר ל' כפשוטו, אשר בזה פשיטא דלא חיילא אלא לאחר ל' ומקודם ליכא חלות כלל, ואמאי ניבעי שהיא כל משך הזמן במקום הראוי לקנות.

והנה מאי דלא מהני משוך עכשיו וקנה לאחר ל' לדעת רש"י, וכן ס"ל להראב"ד, הובאו דבריו בהר"ן והרמב"ן שם בכתובות, היינו משום דכלתה קנינו, עי' קידושין נ"ט ע"א המקדש בכסף לאחר ל' מקודשת ואפי' נתאכלו המעות וכו', דמבואר דדווקא בכסף הוא דליכא חסרון דכלתה קנינו ולא בשטר וכדומה, וה"ט הוא דלא מהני משיכה לאחר ל', עי' ריטב"א שם בקידושין. ומאי דבכסף ליכא חסרון דכלתה, פירשו העולם דברי הש"ס דר"ל דכיון דיסוד קנין כסף הוא ההתחייבות דאיכא על ידי מה שלקח כסף מחברו, הרי שעבוד זה אכתי קיים אף שנתאכלו המעות, דאכתי מחוייב או לתת הקנין או להחזיר הכסף. ומעתה צ"ב לכאורה לדעת הר"ן מ"ש משיכה דלית בה חסרון דכלתה קנינו.

והנראה פשוט בזה, דחלוק משיכה מקנין כשטר וכסף, דבשטר, יסוד הקנין הוא דיש לו להשטר כח לפעול חלות הקנין והוא דין וכח מסויים בשטר. ובה שפיר אמרינן דהיכא דנותן שטר לפעול חלות לאחר ל', אי ליתא להשטר לאחר ל' ליכא מה שיפעול החלות, אשר זהו החסרון דכלתה. וכן בכסף אי לאו טעם הנ"ל, היה מעשה קנין דכסף אשר בכחה לפעול קנין, והוה בעינן שיהא הכסף קיים בשעת חלות הקנין. אכן משיכה י"ל דאין יסודה סתם מעשה קנין בעלמא, אלא מה שקונה הוא משום הוראת הבעלות המונח בה, אשר בזה ס"ל להר"ן דעד כמה דהבהמה עדיין באגם, דחשיב מקום הראוי לקנות משום דקיימא ברשותי, כמבואר בכתובות פ"ו, אכתי קיימא הוראת הבעלות דהמשיכה כיון דאכתי הוא ברשות הבעלים, ולהכי הוא דלית בזה חסרון דכלתה קנינו.

ועפ"ז נראה עוד, די"ל דלא שייך לומר דאכתי קיים מעשה המשיכה הקודמת אלא אם כן הבהמה אכתי ברשותו בשעת החלות מכח ההוראת בעלות דהמשיכה, ואם אך יצא לרה"ר הרי כלתה הוראת בעלות דהמשיכה ושוב אינה קיימת, ומה שהיו ברשותו אחר שנכנס מרה"ר דבר חדש הוא אשר אינו משתייך להמשיכה. אשר זהו הנראה בביאור דברי ר"פ, דאף דפליג אהר"ן וס"ל דבלא מעכשיו לא מהני משיכה כלל, היינו משום דס"ל דבלא שום חלות דמעכשיו אין המשיכה קשורה לחלות כלל, על כן בעינן למעכשיו, דהחלות בכח איתא כבר עכשיו, אלא דחל בפועל לאחר ל' למפרע. ומאחר דחל בפועל

לאחר ל', שפיר בעינין שתהא המשיכה קיימת בשעת החלות בפועל, אשר משו"ה הוא דבעינין שלא יצא לרה"ר, וכנ"ל. ולעולם אף לר"פ אין החלות חל במקצת כל יום, או עכ"פ לאו מפאת זה גרידא הוא דבעינין שתהא המשיכה קיימת כל יום. אשר לפי"ז מבוארים דברי הקצוה"ח, דשפיר י"ל דגם להר"ן איתא ליסוד זה דר"י דבכדי שתהא המשיכה קיימת בעינין שלא תצא בינתיים לרה"ר, ודוק היטב.

כא) תוד"ה אלא מהא ליכא למשמע מינה - מבואר מדברי התוס' דאף רבא דס"ל דלאחר שנשבע שפיר מקנה ל' כפילא, מ"מ זה אינו אלא היכא דשילם ולא היכא דאמר לשלם. ולכאורה יקשה על דבריהם, מאי האי דאמרין בסיפא בנשבע ולא רצה לשלם דאין השומר זוכה בהכפל, הרי אף בנשבע ורצה לשלם לית ל' כפילא. ועוד, דכד הוה מקשינן אדר"י מרישא דמתני', הו"ל לתרץ דלעולם מאי דאיתא במתני' שילם הוא משום דמיירי הכיא דכבר נשבע. ועוד, מאי אמרו לקמן דכמו דבמתני' איתא שילם ור"ל אמר כמו כן בברייתא, הא במתני' שפיר הוי שילם דווקא כיון דמיירי בנשבע, משא"כ בברייתא דלא מיירי בנשבע לא הו"ל שילם, ועוד, דהא אמר ר' יוחנן לא שילם שילם ממש וכו', הרי דפי' דמתני' לאו דווקא, ואילו לדברי התוס' הרי אף לדידי' שילם דווקא אלא דמיירי היכא דנשבע, כל זה הקשה הגרע"א ונשאר בצ"ע בבאור דברי התוס'.

ובשט"מ בשם הרמ"ך איתא דלא כהתוס', אלא בכל גווי ס"ל לרבא דקנה כפילא, וכן מבואר מדברי הרא"ש בפירקין סי' א', ע"ש שכתב דאף היכא שנשבע אם רצה לשלם קנה הכפל. והוא דלא כמבואר בתוס' הרא"ש בתירוץ הראשון. ואשר לקושיית התוס', ע"כ דס"ל להרמ"ך והרא"ש כתירוץ הב' דהרא"ש בתוספותיו, דשילם לאו דווקא, ע"ש בדבריו.

ובגוף סברת התוס' לחלק לרבא דין אמר הריני משלם לבין שילם, כתב הגרע"א דלשיטה הסוברת דהיא דאמר הריני משלם אינו יכול לחזור, הרי מאי דקנה כפילא אף באמר הריני משלם מהאי טעמא הוא, וא"כ היכא דנשבע דמה ששוב אומר שישלם אינו אלא כמתנה פשיטא דיכול לחזור ולכך לא קנה כפילא. ולשיטה הסוברת דהיא דאמר הריני משלם יכול לחזור, ה"ט דקנה כפילא משום דבפשוטו אין לחשוש שיחזור בו, משא"כ היכא דכבר נשבע שפיר יש לחשוש שיחזור ולהכי לא קנה כפילא. ויצא לו להגרע"א עפ"י חידוש לד"נא, דהיא דאמר דנשבע, דהוי הודאת בע"ד שנשבע לשקר ופשיטא דאינו יכול לחזור בו, יזכה בכפל אף על ידי אמירתו, ונשאר הגרע"א בזה בצ"ע לד"נא. וודאי דפשוטו לשון התוס' אין משמע כן, דהא פירשו סתמא דלרבא אינו זוכה בכפל אחר שנשבע אלא היכא דשילם.

אכן יעויין בתוס' הרא"ש דמבואר מדבריו טעם אחר בזה, דמאי דאינו מזכה לו כפילא היכא דאמר הריני משלם היינו משום דאטרחי' בשבועה. וביאור דבריו, דלעומת מאי דהטריחו בשבועה לא נחשב מאי דאמר הריני משלם כטובה שיקנה עבורו הכפל, אך היכא דשילם משלם מקנה אף שהטריחו בשבועה. ולפי דבריו פשיטא דאף היכא דאמר פשעתי אינו זוכה בכפל, דסו"ס הרי הטריחו בשבועה, ואתיין שפיר דברי התוס' כפשטן.

ומקור דברי הרא"ש הוא לכאורה סוגי' דב"ק דמבואר דטעמא דאביי דאחר שנשבע שוב אין השומר זוכה בכפל הוא משום דאטרחי' בשבועה, וס"ל להתוס' והרא"ש בתירוץ הראשון דאף רבא מודה לאביי בזה היכא דאמר הריני משלם, ורק היכא דשילם הוא דפליג, דאז עולה הטובה שעשה לו ששילם לו על מאי דהטריחו בשבועה. והגרע"א מפרש דמוכח דפליג רבא אהך סברא דהטריחו בב"ד, דאי היה ס"ל כן הו"ל דגם היכא דשילם לא זכה בכפל, וכעין מאי דמבואר לקמן ל"ה ע"א גבי הנהו כיפי דהיא דהטריחו אף היכא דשילם אינו קונה הכפל, אלא מוכרח דלא חשיב ל' לרבא הא דהטריחו בשבועה לטירחא, אשר ממילא הוצרך לחדש טעם אחר אמאי

אינו זוכה בכפל היכא דאמר הריני משלם. ולהרא"ש ל"ק מסוגי' דף ל"ה, דהתם הרי הטירחא היתה בעצם התשלומין, דהא הוצרכו ב"ד לגבות מיני', ובוה ודאי דאף היכא דישלם לא מקנה ל' כפילא, משא"כ בני"ד הרי לא היתה הטירחא אלא בהשבעה, ומאי דשילם הרי שילם מדעתו, בזה שפיר ס"ל לרבא דמקנה ל' כפילא, וז"פ.³

כב) שואל נמי כיון דאמר הריני משלם מקנה ל' כפילא - מבואר לכאורה מסוגיין דשואל פוטר עצמו על ידי שבועה בטענת מתה מחמת מלאכה ולא בעינין לזה עדים. ועי' לקמן צ"ו ההוא גברא דשאל נרגא וכו' ובשט"מ שם בשם התוס' שאנץ והריטב"א, שעמדו על המבואר מפשטות סוגי' דהתם דבכדי ליפטר בטענת מתה מחמת מלאכה צריך עדים, ע"ש שתי' דלעולם לא בעינן עדים וסגי בשבועה והתם היו רואים. ויש לעמוד לכאורה אמאי דהתוס' שאנץ הוכיח מסוגיין דלא בעינן עדים, והריטב"א לא הביא ראיה זו.

והנה מבואר לכאורה מדברי התוס' שאנץ והריטב"א ב' טעמים חלוקים אמאי הוה אמרין דבעינן דווקא עדים שמתה מחמת מלאכה, דהתוס' שאנץ כתב דהיינו משום דאין רגילות לישר מחמת מלאכה אא"כ פשע בה, להכי בעינן עדים ואינו נאמן בשבועה. ואילו הריטב"א כתב דהיינו משום דכיון דחמיר שואל וחייב אפי' באונסין, אינו נאמן בשבועה לומר דמתה מחמת מלאכה אלא צריך להביא ראיה דעדים. ונראה ביאור דבריו, דבכל הפטורים דשומרים הוי ספק אם הוא חייב, דזהו הטו"נ עם המפקיד, ומועילה השבועה שיהא הוא נאמן בטענתו על ידי השבועה, אכן גבי שואל שחייב אפי' באונסין, יסודו הוא דפשיטא דהוא חייב, אלא דבא לפטור ולהפקיע חיוב זה על ידי הא דמתה מחמת מלאכה, אשר לזה צריך ראיה ואינו נאמן בטענתו אף על ידי שבועה. ונפ"מ בין ב' טעמים אלו בשוכר שטען דמתה מחמת מלאכה, דלטעם התוס' שאנץ שפיר צריך עדים כיון דבפשוטו הוי כפשעיה, אך לדברי הריטב"א כיון דלמעשה אינו שואל שפיר נאמן בשבועה.

והנה הביא שם הריטב"א סברת רבנותא דאינו כן, אלא חיובא דשואל כחיובי שאר השומרים הוא ושפיר נאמן בשבועה, והיינו, דס"ל דאין מקום כלל לחלק בין שואל לבין שאר שומרים, ואף בשואל כיון דפטור במתה מחמת מלאכה הוי ספק אי חייב או לא ונאמן בשבועה. ונראה דאפשר לומר דלא הוצרכו לראיה מסוגיין כיון דמסברא נראה להו דאין מקום לחלק כלל בין שואל לבין שאר שומרים. אכן לדעת התוס' שאנץ דמאי דהוה בעינן עדים הוא משום דחיישינן דהוי פשיעה, ליכא טעם לחלוק על זה מסברא, וטעם החולקים ואומרים דאנ"פ כן סגי בשבועה אינו אלא משום דמוכח מסוגיין דשפיר סגי בשבועה.

כג) במאי הוה ל' למפטר נפשי' במתה מחמת מלאכה - עי' רשב"א (הובאו דבריו בשט"מ, ואינם בחדושי הרשב"א) שהקשה אמאי לא היה יכול לפטור את עצמו בטענת להדי' או בטענת החזרת, ותי' דלא מקנה ל' כפילא אא"כ היה יכול לפטור את עצמו בטענת שומרים, ע"ש בדבריו. ועי' רש"י שהקשה דהרי היה יכול לפטור את עצמו בטענת שמירה בבעלים, ותי' או דלא שכיח או דאינו מעיז לומר כן, וכדבריו איכא למימר נמי ביחס לקושיית

³ ויש לכאורה מקום עיון בדברי רש"י שם בסוגי' דכ"ק, עי' שם שכתב דביאור דברי רבא "כיון דאטרחי' שומר לזעלים עד שהביאורו לז"ד ונשבע אע"ג דהדר שילם לא מקנה ל' זעלים לשומר כפל בשעת תשלומים", וז"ל מה זה שכתב בשעת תשלומין, הרי לכל הדעות בסוגיין אין הקנאת הכפל בשעת תשלומין אלא או בשעת משיכה או סמוך לגניבה, ולא הו"ל למימר אלא דכיון דאטרחי' לא נתקיים התנאי ד"יתרצה ותשלמני" ולא חלה הקנאה. (ממו"ר ז"ל)

הרשב"א, אך מדברי הרשב"א לא משמע כן, ותי' הרשב"א צ"ב.

ונראה פשוט דדברי הרשב"א מובנים היטב ע"פ שיטתו ריש פירקין דאף היכא דאיכא עדים דפשע בו אכתי זוכה שומר בכפל, ומאי דמבואר מסוגיין דבעינן שיהא לו טענת פטור אין ר"ל דלמעשה בעינן דיצא כן ודעבור זה הוא דמקנה הכפל, אלא מאי דמקנה כפילא הוא משום שלא הטריוו בבי"ד ומקנה לו משעת מסירה, ויסוד סוגיין הוא דאין מקנה אלא לשומר דמדיני שמירה ידי' אית לי טענת פטור שיהא שייך שיצטרך מצד שמירה זאת להתעצם עמו בדין, לשומר כזה מקנה הכפל מיד בשעת המסירה, ויסוד הספק בסוגיין גבי שואל הוא אי חשיב מתה מחמת מלאכה דלא שכיח כצד פטור לענין זה. אשר לפי' שפיר כתב הרשב"א דבעינן דווקא טענת פטור מצד דיני שמירה, ולא מהני מה שהיה יכול לומר להדי' דאינו מצד דיני שמירה אלא דאומר דאינו שומר, וכן בטענת החזרתי, וכן נמי בטענת שמירה בבעלים הא אומר דלא חלו עלי' דיני שמירה, ולא סגי בזה, ולהכי לא דנו בסוגיין אלא מצד טענת מתה מחמת מלאכה.⁴

וכל זה לשיטת הרשב"א, אכן לשיטת הרמב"ן והריטב"א הרי נתבאר לעיל דלדידהו עיקר הקנאת הכפל הוא עבור מה שלמעשה היה יכול לפטור את עצמו ולא עשה כן, אשר משו"ה ס"ל דהיכא דאיכא עדים דפשע אינו זוכה בכפל, לדידהו פשיטא דליתא לחילוק הרשב"א כלל, דמאיזה טעם שיהיה הרי היה יכול לפטור את עצמו ולא עשה כן. ולדידהו עכצ"ל דהא דלא דנו בטענת להדי' החזרתי או שמירה בבעלים הוא כמש"כ הרש"ש. ולדידהו יסוד הנידון בסוגיין הוא בהשומר ולא בהמפקיד, ז"א, אי היה השומר טוען דמתה מחמת מלאכה בכדי דנימא דמשום שלא עשה כן זוכה בכפל, עי' בנדפסים בשם הריטב"א שפירש כן להדיא.

כד) מתה מחמת מלאכה לא שכיחא - יש לדון היכא דטען שמתה מחמת מלאכה ואמר הריני משלם אי מקניא לי כפילא, דיי"ל דלדעת הרשב"א דהכל תלוי בדין השומר ומקנה לי כפילא בשעת מסירה, וכנ"ל, לדידי' פשיטא דלית לי כפילא כיון דמתה מחמת מלאכה לא שכיחא. אך לשיטת הרמב"ן והריטב"א הנ"ל דעיקר ההקנאה נעשית עבור מאי דאי בעי פטר נפשי, כאשר הארכנו לעיל, לדידהו שפיר איכא למימר דכיון דמה שטען הוא לא שכיח, דהא טען הך טענה גופא דמתה מחמת מלאכה, בזה שפיר אמרינן דהיה ג"כ אומר דמתה מחמת מלאכה בלא לומר הריני משלם, ומדלא עשה כן שפיר מקנה לו בעלים כפילא. אכן יעויין חידושי הגרע"א שכתב דיסוד ל"ק דר"פ אינו טוען דלא שכיח, אלא שלא יפטור עצמו בטענה דלא שכיח, אשר ממילא לית לי להשואל כפילא דאכתי אמרינן שלא היה פוטר עצמו בטענת מתה מחמת מלאכה, ע"ש ודוק. וזה אינו אלא היכא דהוא טוען דמתה מחמת מלאכה, אבל היכא דאיכא עדים שמתה מחמת מלאכה פשיטא לכאורה דלשיטת הרמב"ן אית לי להשואל כפילא, עי' מש"כ לקמן אות כ"ה בשם הריטב"א.

ובביאור עצם דברי הגמ', לדעת רשי מאי דבשואל מאחר דטענת מתה מחמת מלאכה לא שכיח ליכא הקנאת כפל הוא משום דמאחר דלא שכיח אין צד זה שיפטור עצמו על ידי טענת מתה מחמת מלאכה עולה על דעת המפקיד אשר ממילא אינו מקנה לו הכפל.

⁴ ואפשר היה ליישב קושיית הרשב"א באופן זה, וכן אמר מו"ר זצ"ל, דהחילוק שבין טענות שומרים לטענת החזרתי או להדי' או שמינה צבעלים הוא דבבגני טענת שומרים אין הצבעלים יודעים שנקרו ומדלל טען כן הצבעלים מקנים לו הכפל, אבל החזרתי וכו' דהבעל מכיר שנקרו אין בזה סיבה להקנות לו הכפל. ומדברי הרשב"א משמע דלח"ז סנתו אלף כמש"ת.

אכן יעויין בר"ח שפירש באופן אחר, וז"ל בא"ד: אבל שואל אע"פ שאמר הריני משלם לא קנה הכפל דלית לי למיפטור נפשי אלא במתה מחמת מלאכה והא נגבה וליתא גבי' דנימא מחמת מלאכה מתה, עכ"ל. ולפום פירושו טעמא דליכא בכה"ג הקנאת כפל הוא משום דכיון דנגבה ואינה אצלו לא שייך אצלו טענת מתה מחמת מלאכה דא"כ היה לה להיות ברשותו. ולדבריו צ"ב לכאורה מה היא דעת הלישנא בתרא דאפי' בשואל איכא הקנאת כפל, הרי אינו יכול לטעון כך, ובמה פליגא לישנא בתרא. ולדברי הר"ח פשוט דאין לחלק מצד טעם זה בין אמר שישלם לבין שילם דאין שיהיה הרי אינו יכול עכ"פ ל"ק לטעון דמתה מחמת מלאכה, וכ"כ להדיא דלישנא קמא אפי' בשילם ליכא הקנאת כפל.

ובדברי רש"י לקמן בע"ב ד"ה שאל שתי פרות מבואר להדיא דגם בנכבה מצי השומר למפטור נפשי בטענת מתה מחמת מלאכה, ע"ש.

כה) א"ל רב זביד הכי אמר אביי שואל עד שישלם - הנה לשיטת הר"ח (עי' לקמן אות כ"ו) דל"ק דרב פפא אף היכא דשילם לית לי לשואל כפל, איכא נפ"מ פשוטה בין ל"ק דרב פפא לבין רב זביד. אכן לשיטת רש"י דאף ל"ק דר"פ אינו אלא באמר ולא בשילם, יקשה לכאורה מאי נפ"מ בין טעמא דרב פפא לבין טעמא דרב זירא, ומפשטות לישנא דהגמ' הכי אמר אביי, משמע לכאורה דאיכא ביניינו נפ"מ לדינא. ונראה פשוט לכאורה דזהו מה שהוקשה להתוס' בד"ה שואל עד שישלם, ולהכי הוא דכתבו דשפיר איכא נפ"מ בינייהו.

ויעויין בחידושים הנדפסים בשם הריטב"א שכתב ב' נפ"מ אחרים בזה, הא', והוא ההיפך מנפ"מ דהתוס', היכא דהתנה ש"ש (שוכר) להיות כשואל, דלרב פפא לית לי כפילא כיון דמתה מחמת מלאכה לא שכיח, ואילו לר' זירא כיון שאין כל ההנאה שלו שפיר אית לי כפילא. והב', היכא דידעינן (בעדים) שמתה מחמת מלאכה, דל"ק דר"פ שפיר זוכה בכפל, ואילו לר' זירא לית לי כפילא כיון דכל ההנאה שלו. והנה מה שלא כתבו התוס' הנפ"מ הא' דהריטב"א ל"ק, דהא כתבו הנפ"מ ההפוכה וזה ממילא מובן מאליו. ומאי דלא הביאו הנפ"מ הב' היכא דאיכא עדים שמתה מחמת מלאכה, אולי היינו משום דס"ל כהרשב"א הנ"ל דיסוד מאי דאמרינן דמתה מחמת מלאכה לא שכיח הוא בדעת המפקיד בשעת מסירה דלא חשיב לי טענת מתה מחמת מלאכה דשואל לטענת פטור כיון דלא שכיח, וכמשנ"ת, אשר לדידי' לא איכפת לן אי לבסוף באו עדים שאכן מתה מחמת מלאכה, דבכל מקרה לא מקנה לי כפילא.

כו) ל"ק דר"פ ודאי לא הויא תיובתא - כ"ה גירסת רש"י, ומבואר מדבריו דל"ק דר"פ דס"ל דכיון דלא שכיח לא מקנה לי כפילא אינו אלא באמר הריני משלם אבל בשילם שפיר מקנה לי כפילא. וצ"ב לכאורה, כיון דמאי דמקנה הכפל הוא משום דאי בעי פטר נפשי, והיכא דלא שכיח הוי כאילו לא מצי פטר נפשי, מאי נפ"מ איכא בזה בין אמר לשלם לבין שילם. ועי' גירסת הר"ח דבאמת ס"ל הכי דל"ק דרב פפא אף בשילם לית לי כפילא.

ויעויין נתיב"מ סי' רצ"ה סוס"ק ג', שפירש דמאי דהיכא דשילם אית לי כפילא היינו משום דהיכא דשילם לא בעינן כלל להא דאי בעי פטר נפשי, והיינו לכאורה משום דס"ל דעבור הא גרידא ששילם מקנה לי כפילא. ולדבריו נמצא דנחלקו רש"י והר"ח בהך מילתא אי איכא הקנאת כפל גם עובר מה ששילם גרידא, או דווקא עבור מאי דאי בעי פטר נפשי. ועפ"ז חידש התיבות דאף היכא דליכא למיפטור נפשי כלל שפיר אית לי כפילא היכא דשילם.

אכן מדברי הש"ך שבא התיבות שם להשיג עליו, מוכח לכאורה שפירש הך מילתא באופן אחר, דלעולם אין פירוש מאי דאמרינן דמתה מחמת מלאכה לא שכיח דלא הוה מצי למיפטור נפשי, דשפיר היה יכול לעשות כן ואיכא צד שהיה עושה כן, אך כיון דלא שכיח או דהוי עזות אמרינן דמפאת הא גרידא שלא

פטר עצמו אין המפקיד מחשיב הך מילתא לטובה כזו שיקנה לו עבודה הכפל. אך היכא דבנוסף לזה שילם לו ולא הסתפק באמירת הריני משלם, צירוף דבר זה עם מה שלא פטר את עצמו שפיר נחשב אצל המפקיד כטובה ועבודה הוא מקנה הכפל. אך היכא דליכא אלא מה ששילם לעולם אין המפקיד מקנה עבור זה הכפל. ולדברי הש"ך י"ל בביאור פלוגתת רש"י והר"ח, דפליגי בגדר מאי דאמרינן דמתה מחמת מלאכה לא שכיח, דרש"י פי' דאכתי אמרינן ששייך שיטעון כן, אך כיון דממ"מ לא שכיח אין באי-טענתו כן מספיק טובה שיקנה עבורה הכפל, אשר לפי צירוף הא דשילם שפיר יתכן דמקנה כפילא. אכן להר"ח לשיטתו אין הענין כלל משום דלא שכיח אלא לפי גירסתו הוא משום דלא שייך לטעון מתה מחמת מלאכה כיון דאינה ברשותו, אשר בזה פשוט דליכא חילוק כלל בין אמר לשלם לבין שילם.

אלא שיש מקום עיון בדברי הר"ח, דיעויין המשך דבריו דהביא ב' גירסאות בדברי הש"ס, דלגירסא הא' אמר דודאי לליק קשיא, וזה שפיר מובן לדבריו דהא מוכח לליק דאף בשילם לא קנה הכפל ואילו בביריתא מבואר דקנה, אך יעו"ש שהביא גירסא כגירסתנו דלליק ל"ק וכתב דגירסא זו ודאי דאתיא שפיר, כלומר, דבביריתא מיירי בשילם ואילו הכא אמרינן דבאמר שישלם לא קנה הכפל אבל בשילם שפיר קנה, ולהר"ח לשיטתו בביאור ל"ק האיך אפשר לחלק בין אמר לשלם לבין שילם, וצ"ב.

ועי' תוד"ה ללישנא קמא שהביאו גירסת הר"ח וכתבו דמאי דקשיא לליק הוא משום "דכיון דרב פפא מפרש טעמא משום דלא שכיח האי טעמא שייך אפי' בשילם", ומש"כ דטעמא משום דלא שכיח זה דווקא לפום גירסתם, אך להר"ח לשיטתו הרי אין הטעם משום דלא שכיח אלא משום שלא שייך טענת ממ"מ כיון דאינה ברשותו.

ל"ד ע"ב

כז) מי אמרינן מיהדר קא דבר בי' או דילמא במילתי קאי וכי' - עי' בתוס' ב' שיטות אי יוכל לחזור, ונקודת השאלה, כמבואר בתוס' ובשאר, אי חשיבא מה שאמר הריני משלם כגמר דין. ולב' הדיעות, יסוד שאלת הגמ' היא מה כונתו, אי לחזר מכוון או לדחותו. ושאלה הב' דאמרו בנים איני משלם הוא באת"ל גבי הוא עצמו אמרינן דדחויי קא מדחה לי, עי' ריטב"א ושאר. (ומה שמקנה לו הכפל לפירוש הראשון אף שיכול לחזור, כבר העירו בזה הראשונים, וכתב הגרע"א בביאור דיעה זו דס"ל דכיון דבפשוט לא יחזור שפיר מקנה לו הכפל.)

אכן יעויין במודפסים בשם הריטב"א דמבואר פירוש אחר בזה, דיסוד השאלה אינה אי רוצה לחזור אלא אי יוכל לחזור, דנהי דכשאומר ש"ח פשעתי אינו יכול לחזור משום דהודאת בע"ד כק' עדים והרי הודה שחייב, מ"מ כשאומר ש"ח שנגנב הרי אינו מודה שחייב, אלא אומר הריני משלם, והוי כאתן לך שיכול לחזור, וממילא מפרשין דכן הוא כונתו לחזור. והצד הב', דכיון שאמר הריני משלם הרי זה כאילו אמר פשעתי, ע"ש לשונו המדויק. ונראה הביאור בזה, דבאמת מצד חיובי שומרים חייב להחזיר החפץ או לישבע, ועד כמה שאינו נשבע, אף שטוען שקרה דבר שאינו חייב עליו, מ"מ מצד הלכות שומרים חייב לשלם כל זמן שלא נשבע, ואין חיובו כמתנה בעלמא אלא מדין שומרים הוא. אשר זהו דמיבעיא לן האיך נגדיר דבר זה, דמחד גיסא איכא למימר דכיון שהיה יכול לומר שנגנב ולישבע וליפטר, הרי מה שאומר הריני משלם כמאן דאמר אתן לך שיכול לחזור, ומאידך גיסא איכא למימר דכיון שסו"ס חיובו מדיני שומרים הוא הוי כאומר פשעתי שחייב ואינו יכול לחזור.

ולדבריו, השאלה הב' באמרו בנים שאינן משלמין, אינו באת"ל מהאיבעיא הראשון, אלא שאלה נפרדת

היא, דהיתומים הרי אינן חייבים לשלם חוב אביהם כיון שהוי מלוה על פה, על כן אי נימא דרוצים לחזור, אף באומר פשעתי הוי חזרה, ומאידך גיסא, אי נימא דמקיימים דברי אביהם הרי הדבר כן אף אם היה אביהם יכול לחזור, וכ"כ הריטב"א להדיא. באופן דיסוד שאלה ראשונה הוא בדין אי יכול לחזור ואילו יסוד שאלה הב' הוא בכונה, מה כונת הבנים.

כח) תוד"ה וחזר ואמר איני משלם - מבואר מהמשך דברי התוס' דמורי טעמא היה סובר ר"ת דמוכח מסוגיין דיכול לחזור, הא', דאי אינו יכול לחזור מה איכפת לן אי בא לחזור, אשר זה דחו בסוף דבריהם באמרם דכיון דמטריחו לבי"ד לא מקנה לי' כפילא. והב', דלישנא דהגמ' דמהדר קא דר בי' משמע דאכן באמת יכול לעשות כן, אשר לזה הוכיחו בסוף דבריהם מסוג' דיש נוהלין דאיתא כהך לישנא אף שלמעשה אינו יכול לחזור, וז"פ.

כט) אמר הריני משלם ומת ואמרו בניו אין אנו משלמין וכי' - מפשטות לישנא דהש"ס משמע שאילו היו אומרים היתומים כן והוה אמרינן בחזורים מדברי האב שפיר הוי פטורים בלא שבועה, וזה צ"ב לכאורה דהא האב היה חייב שבועה, והם אינם יכולים לישבע שהרי אינם יודעים, והוה לן למימר בהו מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ואפשר דמישך שייך הך מילתא לה דדרשינן דלא אמרינן מתוך ביורשים, שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים, ונימא דהוא אף בכה"ג שנתחייב כבר האב שבועה.

אכן יעויין נתיב"מ סי' ק"ח סק"ד שהוכיח "דהא דלא אמרינן גבי יורשים מתוך הוא דוקא כשהשבועה לא חלה רק אחר מיתת הלוח כגון שהיורשים טענו חמשים ידענא חמשים לא ידענא על זה מיעטה התורה שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא כן היורשים שאין חיוב שבועה על היורשים כלל כשהן מודים במקצת אבל אם היה האב מודה במקצת לפני ב"ד ונתחייב שבועה ואח"כ מת וידוע שלא נשבע ולא פרע קודם מותו וכי' נראה כיון דנתחייב שבועה דאורייתא ונתחייב לישבע או לשלם וכיון שמת ואינו יכול לישבע התחייבו הנכדים לשלם", ע"ש כל דבריו, והדר יקשה מסוגיין כנ"ל. אלא די"ל דשאני הכא דהא כבר אמר האב הריני משלם, ולא מיבעיא לדיעה בתוס' דאינו יכול לחזור בו, פשיטא דהוא כבר נתחייב ופרחה לה שבועה מיני, והוה כשבועה החלה על היורשים דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אלא אפי' לדיעה דיכול לחזור, מ"מ הרי חזינן יתכן דאף שהיה יכול לחזור מקנה לו הכפל, וע"כ דהיינו משום דאינו חושש שיחזור בו כמו שהבאנו לעיל מדברי הגרע"א, אשר ממילא כיון דבפשוט לא היה האב עומד לחזור, שפיר חשבינן לה כאילו לית עלי' עתה דין שבועה, ושוב הוי שבועה החלה על היורשים אשר לא אמרינן בה מתוך שאינו יכול ישבע משלם.

ל) רש"י ד"ה שלמו בנים - והאב לא הספיק לומר הריני משלם עד שמת - עי' פנ"י, דמאי דבעינן לומר דלא הספיק היינו משום דאילו הספיק פשיטא שהיה קונה הכפל, דהא האב כבר קנאו, כדמבואר מסוגיין דדנו לעיל דווקא מצד חזרת הבנים, אבל אילו לא היה חוזרים שפיר היה קונה הכפל. ומה שלא פירש רש"י בפשיטות דמיירי שנגנב אחר מיתת האב, פשוט דהיינו משום דעם מיתת האב פקע הדין שומר ושוב אין לתשלומין דידהו אלא כמתנה אשר אין עבור זה הקנאת כפל, כמו שהוכיח הש"ך מדברי הרשב"א שכתב דאי איכא עדים שהיה אונס ואמר הריני משלם ליכא הקנאת כפל. אכן יעויין המודפסים בשם הריטב"א, וכן בדיעה אחת בהראב"ד בהמשך סוגיין, דשפיר מיירי שנגנב אחר מיתת השומר.

וראיתי מבארים פלוגתייהו דפליגי בהך מילתא אי כשמת השומר פקע השמירה, דס"ל להריטב"א והראב"ד בצד אי' דאכתי איתא להשמירה וממילא שפיר איכא הקנאת כפל, עי' נ"י בשם הראב"ד (נ"ה) ע"ב בדפי הרי"ף, דבכה"ג פטור הבן אף מפשיעה, ואילו הראב"ד סוף ב"ק וכן הריטב"א בכתובות ל"ד

בשמו, כתבו דהוי כשומר שכר. אכן לכאורה אף אלו האומרים דלא פקע השמירה, זה אינו אלא בשואל ולא בשאר שומרים, ודוחק לומר דשאלה זו אינה אלא בשואל, דנהי מדברי רש"י בד"ה דעבד ל"י נייח נפשי מבואר דהוי גם בשואל, ע"י ריטב"א ורשב"א, מ"מ אין ר"ל דהוי דווקא בשואל.

ולכאורה, מאחר דחזינן דלא היו היתומים צריכים לישבע, מבואר דאינם שומרים, וא"כ מה שאמרו שישלמו, אין תשלומין אלו מדין שומר אלא כנותן מתנה, והו"ל כמש"כ הרשב"א לעיל בעדים שהעידו שנאנס דליכא הקנאת כפל דאינו אלא כנותן מתנה. אכן יש לחלק, דהתם תמה לה השמירה דהא באו עדים שנאנס, אך הכא יתכן דלא תמה לה השמירה, רק דפטורים היתומים מספר כיון דלא אמרינן בהו מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אשר בזה שפיר שייכא הקנאת כפל, וכן אמר מו"ר זצ"ל.

ונראה דיש לבאר פלוגתתם באופן אחר, דהרשב"א לשיטתו ודאי דיסבור כן דכיון דפקע השמירה ואינו אלא כמתנה לית בזה הקנאת כפל, והיינו כמו שהארכנו לעיל, דלדידי תליא מילתא בשעת מסירה להשומר דכל שיש להשומר דין טענה לפטור עצמו מצד הלכות שומר, שפיר איכא הקנאת כפל, אכן היכא דאין האענה מההלכות שמירה, כגון דאיכא עדים שנאנס ושוב לא יהיה תשלומין בתורת שמירה, וכן, היכא דתו אינו שומר, כנ"ד, ליכא הקנאת כפל, וכמו שהוכיח הש"ך מדבריו. אכן לדעת הרמב"ן והריטב"א הרי שפיר ימקנה כפל אף היכא דאיכא עדים דהיה אונס, והיינו משום דס"ל דעיקר הקנאת הכפל הוא עבור מה שהיה יכול לפטור עצמו ולא עשה כן, אשר בזה לא איכפת לן אי מה שמשלם הוא מדיני שומרים או כסתם מתנה. והמודפס בשם הריטב"א שפיר ס"ל כהרמב"ן והריטב"א, כמובאר ממה שפירש דשאלת הגמ' דמתה מחמת מלאכה היא בדעת השואל, וכמו שביארנו לעיל, אשר לפ"י שפיר ס"ל דאף דליכא דיני שמירה להבן משמת אביו, מ"מ כיון שלא היה צריך לשלם ושילם, אף דהוי כמין מתנה מ"מ איכא בזה הקנאת כפל.

לא רש"י ד"ה שילם לבנים - מתו הבעלים ונגנבה ואמר השומר לבנים הריני משלם או שילם מהו- מבואר מדבריו דדווקא בכה"ג גוונא הוא דמביעיא לן, ולא היכא דנגנב בחיי המפקיד ואח"כ מת. ונאמרו בראשונים בזה ב' טעמים, הא', ע"י חידושי הרשב"א וכן פירוש הא' דהריטב"א החדשות, דאילו היתה הגניבה בחיי האב, נמצא דהאב הוא המקנה ואילו מסוגיין מבואר דודאי בעינן דיהו הבנים מקנין אלא דמביעיא לן אי מקנו ל"י, ר"ל דלא מביעיא ללישנא קמא לעיל דהקנאה היא משעת מסירה, פשיטא דהאב הוא המקנה, אלא אפי' ללישנא בתרא דההקנאה היא סמוך לגניבה, אם היתה הגניבה בחיי האב פשיטא דהוא הוא המקנה. (ואי בכה"ג קנה השומר את הכפל מחמת הקנאת האב, תליא בכונת האב במה שאמר תשלמי, אי כונתו לו דווקא ולא ליורשיו או כונתו אף ליורשיו, ע"י רשב"א שכתב כדבר פשוט דהא כונתו אף ליורשיו, ואילו מדברי הריטב"א מבואר דנסתפק בזה.) וכתב הרשב"א דאיבעיא דהש"ס בנגב אחר מיתת המפקיד, אינו אלא לפום לישנא בתרא דההקנאה היא סמוך לגניבה, אבל לל"ש דההקנאה היא בשעת מסירה, אף היכא דהגניבה אחר מיתת המפקיד פשוט דאיכא הקנאת המפקיד, דהא כל ספיקן אינו אלא אי איכא הקנאת הנפקד.

ובכס"מ פ"ח מהל' שו"פ ה"ה הקשה על דברי הרשב"א ב' קושיות, הא', דאי תליא במה שהיו שניהם בחיים בשעת הגניבה, א"כ ה"ה בבעיא דלעיל דשילמו בנים אמאי לא פשיטא לן דקנה כפילא כיון שהיו שניהם בחיים בשעת גניבה. והב', דנהי דהיתה הגניבה בחיי המפקיד, מ"מ לא נגמר הקנין עד שעת תשלומין, ובההיא שעתא הרי בעינן שיעשו בני המפקיד את ההקנאה. והנה קושייתו הב' של הכס"מ תמוהה לכאורה, וכן כתב באמת הגרע"א ביישוב קושייתו, דלעולם אין שעת התשלומין אלא שעת

קיום התנאי, ואם אך שילם השומר שוב הוי ידי' מחמת הקנאת המפקיד דלעיל, ולא בעינן בזה כלל להקנאת בניו. וקושייתו הא', ע"ש בחידושי הגרע"א דנהי דאמרינן בזה דכונתו לו וגם לבאי כחו, מ"מ הרי אינו מקנה הכפל עבור התשלומין אלא למאן דעביד ל"י נייח נפשי, אשר זהו הצד דהאבעיא לעיל דכיון דבני שומר לא עבדו ל"י נייח נפשי לא מקנה להו כפילא, וז"פ לכאורה.

והנה אכתי טעונים דברי רש"י ביאור, דאף דקנה כפילא משעת סמוך לגניבה, מ"מ הא כתב רש"י לעיל דהך הקנאה היא בשעה שמסרה לו, ואילו הכי הרי המסירה היתה על ידי המפקיד ולא על ידי יורשיו, והאיך איכא הקנאה מצד, ע"י מהרש"א לעיל בע"א שהוכיח באמת מכאן דלא כדברי רש"י. אכן יעויין חידושי הגרע"א שכתב ליישב קושייתו, דאף לרש"י לא בעינן שעת מסירה ממש, אלא יסוד הענין דמקנה לו בשעה שנעשה שומר שלו, ולגבי היתומים שפיר איכא למימר דמקנים לו בשעה שנעשה שומר דידהו, דהיינו בשעת מיתת האב.

והנה יעוי' בחידושי הרשב"א שכתב דלא שייך הקנאה על ידי הבנים, דהא לא מקנו כלל (והוא לכאורה דלא כהגרע"א הנ"ל שמקנים בשעה שנעשה שומר דידהו), אלא מוכח מזה דיסוד הקנאה דסוגיין לא נעשה על ידי המפקיד אלא דלב ב"ד מתנה. אכן מדברי רש"י כבר דקדקנו לעיל דמשמע מדבריו דבאמת המפקיד הוא המקנה. וצ"ל לדבריו דבשעה שנעשה שומר דידהו שפיר חושבים יורשיו להקנות כפילא להשומר.

ודרך הב' בדברי רש"י, ע"ש בכס"מ, וכבר קדמו לו בזה בריטב"א החדשות בפירושו הב' ובתוס' הרא"ש, דאילו היתה הגניבה בחיי האב לא היה שייך שיוכה השומר מחמת הקנאת יורשי המפקיד, דאין המפקיד יכול להקנות להו זכות הכפל כיון דאין אדם מוריש קנס לבניו. וצ"ב לדברי הריטב"א אמאי לפום הביאור הב' ליתא להחסרון דהביאור הא', דהאב הוא המקנה ופשוט דקנה, ובשלמא להכס"מ איכא למימר דאכתי בעינן נמי הקנאה בשעת התשלומין, אכן למאי דמבואר מדברי הגרע"א, ופשוט הוא לכאורה, דאין התשלומין אלא קיום התנאי, פשיטא לכאורה דהאב הוא מקנה ופשיטא דקנה השומר הכפל, ואילו מדברי הריטב"א ותוס' הרא"ש מבואר דלולא הא דאין אדם מוריש קנס לבניו שפיר הוה מצינן למימר דמיירי שנגנבה בחיי האב, וצ"ב.

ואמר מו"ר זצ"ל בזה, דכיון דתכלית ההקנאה היא עבור התשלומין שיהיו, א"כ באופן דשילם השומר לבנים הרי סיבת ההקנאה היא מחמת הניחותא שיהיה לבנים בתשלומין שישלם להם השומר ששור להם לזה להפסיד הכפל, אשר בזה מביעיא לן אי ניחא להו להבנים שיקנה השומר הכפל. ועפ"י לא יקשה על התוס' הרא"ש האיך אית בזה חסרון דאין אדם מקנה קנס לבניו, הרי האב הוא המקנה, דהנה כל הנידון אי ניחא לבנים לא שייך אלא אם כן מעיקר הדין הכפל הוא שלהם, ואילו היתה הגניבה בחיי המפקיד הרי מעיקר הדין הכפל הוא שלו ולא של בניו, ואינו יכול להקנותו לבניו כיון דאין אדם מוריש קנס לבניו, ונמצא דבכל מקרה אין הכפל של הבנים וממילא לא שייכא השאלה כלל אלא היכא דנגנבה אחר מיתת המפקיד, ודוק. ולדעת הרא"ש שפיר שייכא שאלת הגמ' לב' הלשונות, וז"פ.

ובכס"מ הקשה דאי איכא בכפל חסרון דאין אדם מוריש קנס לבניו, אמאי בשילמו בנים כתב דמביעיא לן שפיר היכא דנגנב בחיי השומר, הרי משזכה השומר בקנס משעת גניבה, אין דרך שיהיו זוכין יורשים ידי' ממנו, דהא אין אדם מוריש קנס לבניו. ותי' הכס"מ, וז"ל: י"ל דשאני התם שבעל הפקדון קיים והגנב חיוב לשלם לו הכפל ובני שומר מבעל הפקדון זכו דלגבי ידי' לאו קנס הוא וכו', עכ"ל. והנה דבריו לא יתכנו אלא א"כ נימא דאין מקנה לו אלא הזכות בממונא דהכפל אך עיקר חיובא דכפל דהגנב חייל להמפקיד, דאילו הקנה לו גוף הבהמה וכפל ממילא הוי ידי',

כמש"כ התוס' לעיל ל"ג ע"ב (אם לא נדפדף שם כדברי הגר"ע"א), הרי חיוב הגנב חייל להשומר ולא להבעלים, ומשמשת השומר כיון דאין אדם מוריש קנס לבניו שוב ליכא חיוב קנס דהא לא זכו ב"י יורשיו, אלא מבואר דלעולם עיקר חיובא דכפל הוא להמפקיד ולא הקנה להשומר אלא זכות בהך כפל, אשר בזה שפיר כתב הכס"מ, דבאופן שמת השומר, ואינו יכול לזכות בממון הקנס, וכן אין יורשיו זוכין מחמתו דאינו מוריש קנס לבניו, א"כ ממילא ניתן הכפל להמפקיד, דהא עיקר חיובא דהכפל לדידי הוא דהוי, וכנ"ל, ושפיר י"ל דבכה"ג זכו היורשים מיני'.

והנה הקשו התוס' בד"ה הריני משלם ומת, היכא דלא חזרו בהם היתומים ממה שאמר האב הריני משלם, אמאי זכו בכפל, והא אין אדם מוריש קנס לבניו. ולדברי הכס"מ אולי דיש להוסיף ולומר דאף באופן שאמר האב הריני משלם, אם אך לא חי בזמן שנתפס הגנב, אשר אין הכפל יכול להשתלם לו, שוב נקנה הכפל על ידי הבעלים ליורשי השומר, וכמו שכתב הכס"מ באופן ששילמו בנים, ולית בזה משום אין מוריש קנס לבניו. והתוס' שנשארו בקושי ולא תירצו כן היינו לשיטתם שפירשו לעיל ל"ג ע"ב דמקנה לו גוף הבהמה וכפל ממילא דדידי הוי, דלדידהו לא שייכי דברי הריטב"א והכס"מ כלל, ודוק.

והנה לדברי הריטב"א בפירושו ה' ולדברי הכס"מ, יוצא לכאורה דס"ל לרש"י דלמסקת סוגיין אינו מקנה לו גוף הבהמה אלא רק זכות הכפל, ואילו לעיל דקדקנו מדבריו דלמסקנת סוגיין שפיר ס"ל דמקנה גוף הבהמה, וצ"ע בזה.

ואמאי דמבואר מדברי הכס"מ דהקנאת כפל אינו אלא זכות ממון דהכפל אבל עיקר חיובא דכפל לעולם חייל להמפקיד, הקשה הגר"ע"א האיד שייך להקנותו, דלא שייך בזה לומר דקל לפירותיו כיון דאינו מקנה לו זכות בעצם הפרה, ובשלמא אילו היה מקנה לו זכות בהפרה לענין גניבה, שיחשב פרה דידי לענין גניבה ועיקר חיובא דכפל הוא להשומר, שפיר הוי כדקל פירותיו, אבל לדברי הכס"מ צ"ב. והנה בחידושי רבנו חיים הלוי בהל' מכירה כתב בדעת הרמב"ם לחלק בין פרה לכפילא, דמקנה לו זכות בהפרה שיחשב לענין גניבה כאילו נגנב פרה דידי ועיקר חיוב כפל הוא להשומר, לבין עבד לקנסא דאינו מוכר לו אלא זכות בממון הקנס. וע"ש שהקשה על עצמו דלפי דבריו שאינו מקנה לו אלא זכות ממון בהקנס, האיד אמרינן בסוגי' דגיטין מ"ג דכיון דהא עבד וכו' חשיב כדקל לפירותיו, הרי לא שייך בזה דקל לפירותיו כיון שאינו מקנה לו זכות בעצם העבד, והוא כעין קושיית הגר"ע"א על דברי הכס"מ בפרה לכפילא. ומה שתי' שם הגר"ח דאף דתחילת דין דשלשים של עבד הוא כפרה מ"מ אית בזה זכות בעצם התשלומין, כדחזין ממאי דאינו משלם דמי העבד והשלשים הוא במקומו, על כן שפיר שייך לומר על הקנאת זכות הממון שהוא דקל לפירותיו, כיון דזכות זה להשתלם עבור הפסד עבדו הוי שפיר זכות בגוף העבד, זה אינו שייך דלא בעבד לקנסא, אך בפרה לכפילא פשיטא לכאורה אין להכפל דין לתשלומין על החפץ, דהא הקרן הוא תשלומי החפץ, ובזה שפיר יקשה לכאורה כקושיית הגר"ע"א, וצ"ע.

ודעת הראב"ד בסוגיין, דמיירי דווקא שנגנב בחיי האב, אבל אי נגנב לאחר מיתת המפקיד, לא מהני הקנאת המפקיד כיון שאינו קיים בשעה הסמוכה לגניבה, והבנים הרי לא הקנו. והנה מה שלא פירש הראב"ד דמיירי דנגנב אחר מיתת האב, מבואר להדיא מדבריו המובאים בחידושי הרשב"א דהיינו משום דאין הבנים מקנין, וע"ז הוא דכתב הרשב"א דשפיר מצינו למימר הכי, דלעולם אין המפקיד מקנה אלא לב ב"ד מתנים, וא"כ שפיר שייך דבר זה אף ביתומים. והראב"ד ע"כ דס"ל דהוי הקנאת הבעלים ממש, אשר ממילא ס"ל דכיון דאין חושב להקנות אלא המפקיד ע"כ דמיירי שנגנב בחייו דאל"ה לא חייל מחמת הקנאתו כיון שאינו חי בשעת חלות הקנין. (ובדברי רש"י כתבנו ע"פ דברי הגר"ע"א דאף

דהוי הקנאה ממש ולא דלב ב"ד מתנה, מ"מ שפיר שייך ד"ז גבי יתומים בזמן שנעשה שומר דידהו, דהוי כשעת המסירה, וכנ"ל).

ולדעת הראב"ד דאתין עלה דווקא מפתת הקנאת המפקיד, ע"כ דביאור שאלת הש"ס הוא כדאיתא בשט"מ בשם גליון (שכתב דבעיין הוי אפי' ל"ק לעיל) דהוי שאלה בדעתו של המפקיד, "דלגבי דידן דלא עבדת לן נייח נפשא לא אקני לן אבונא כפילא", כלומר, דדדוקא אם ישלמו לו, דהוא הוא שמפסיד הכפל, הוא דמקנהו לו, דהא עשה לו נייח נפשי, אבל באופן שהיתומים מפסידים הכפל להשומר לא הקנה המפקיד להשומר, דאין ראוי שיפסידו היתומים לו את הכפל כיון שלא עבד להו נייח נפשא. ולפי"ז אין בזה משום הורשת קנס לבניו, כיון דהרי מיירי מצד הקנאת המפקיד להשומר. אכן על הצד דאין מקנה להם, בכדי דנימא דזוכים יורשיו בהכפל שפיר בעינן להורשת קנס לבניו, ובאמת אין מבואר להדיא מסוגיין דלצד זה באמת יזכו יתומים בכפל, אלא דבפשוטו כן הוא, וצ"ל דס"ל או כדעיה קמיינת בתוס' ב"ק ע"ב דדווקא באונס ומפתה הוא דאין מוריש קנס לבניו, או דס"ל כדעת הר"י הלבן שם דדווקא לענין קרבן הוא דאמרינן דאינו מוריש קנס, ע"ש.

(לב) שילם מחצה מאי - כתב רש"י, וז"ל: מתחילתו אמר הריני משלם מחצה ולא יותר, עכ"ל. ולדבריו צ"ל לכאורה דמיירי שנשבע על החצי האחר ונפטר, ומבואר מזה דאף ששבועה זו פוטרתו מהחצי האחר, מ"מ מאחר שהשומר אמר לשלם לפניו משורת הדין שפיר מיקרי תשלומין להקנאת הכפל, ואין הספק אלא אי חשיב בכה"ג קיום התנאי ד"ותשלמני". אכן יעויין בפ"י ר"ח שכתב, וז"ל: או שילם מחצה ולא הספיק להשלים הנשאר עד שנמצא הגנב וכו', עכ"ל. ונראה פשוט בדברי הר"ח, ע"פ המפורש בדבריו דאף שאלה זו מיירי בשואל, ובשואל הרי נקטינן דאפי' אם אמר הריני משלם ליכא הקנאת כפל, ודווקא בשילם הוא דמקנה כפילא, אשר ממילא פירש דמיירי שפיר שאמר הריני משלם כולו, אלא שלא הספיק לשלם אלא המחצה, ומיבעיא לן אי מקנה לו כפילא דמה ששילם אף אי לא שילם אלא מחצה. אכן ע"פ גירסתנו משמע דהך איבעיא הוי שפיר גם בשאר שומרים, ובשאר שומרים ע"כ דמיירי שלא אמר הריני משלם כולו, להכי פ"י רש"י דמיירי שאמר שישלם חצי ולא יותר, וז"פ. ויש לעיין מהו יסוד פלוגתתם.

ופשטות מבואר מדברי הר"ח דאילו היה נותן חצי ואומר שאינו נותן יותר, לא הוה מיבעי' לן בזה דודאי דהיכא דאין בדעתו לשלם הכל ליכא הקנאת כפל, רק היכא דנתן חצי וכונתו לשלם הכל רק שעדיין לא השלים, בזה הוא דמיבעיא לן שמה מאחר שדרוצה והולך לשלם הכל רק שלא הספיק לשלם אלא החצי קודם שנמצא הגנב, שפיר איכא הקנאת כפל על החצי שנתן.

או יש לומר מטעם אחר מאי דלא פירש הר"ח בכה"ג, והוא משום דעד כמה שבא לפטור עצמו על החצי השני הוי צריך לישבע עליו ומאחר שנשבע פטור באמת על חצי זה ואינו אלא מתנה, וס"ל דהיכא דנותן במתנה ליכא הקנאת כפל, וכמו שהביא הרשב"א לעיל מדברי הירושלמי.

נמדברי רש"י מבואר דלא כדבריו בזה, דאף היכא דאמר שאינו נותן יותר מיבעיא לן. ויש לומר עוד דס"ל לרש"י דבדינא דהר"ח בשואל שעומד לשלם הכל רק שלא השלים פשוט דאיכא הקנאת כפל דעד מה שרצונו לשלם הכל רק שלא הספיק אין סיבה שלא יקנה לו עכ"פ הכפל של החצי שנתן, הילכך לא מיבעיא לן אלא היכא דאמר שאינו נותן יותר.

(לג) רש"י ד"ה שאל שתי פרות - שאל שתי פרות ונגנבו ואמר הריני משלם אחת ולא אמר מתה מחמת מלאכה - צ"ב לכאורה, דבשואל הרי מסקינן לעיל דלא סגי בהריני משלם, וכבר עמד ע"ז ברש"י. ולכאורה לא בא רש"י לומר בזה דלא שילם אלא אמר שישלם, אלא דבא לאפוקי דלא אמר מתה מחמת מלאכה אלא

הריני משלם, ולעולם שפיר מיירי ששילם. ועפמש"כ באות ל"ב י"ל עוד, דמאי דכתב שאמר הריני משלם אחת כונתו כמו בצירור לעיל דאמר שמשלם רק אחת ולא שנים, וודאי דמיירי בשילם, אלא דאי לא הוה אמר הכי היה מובן שעומד לשלם הכל אשר בכה"ג לדעת רש"י פשיטא דאיכא הקנאת כפל על מה ששילם, ועדיין צ"ע בזה.

(לד) רש"י ד"ה ושילם לאחד מהם - חלקו חצי דמיה שעליו מהו לקנות חלקו המגיע מי אמרין כל הקרן שלו שילם או דבעינן עד שישלם כל הפרה- משמע מדבריו דאף לצד הב' פשיטא לן דמחצה הוא הקרן של אחד מהשותפין, אלא דדילמא לא מקנה את הכפל אלא כששילמו עבור ככל מה שלקחו מהשותפין, אף חלקו של חברו.

ועי' חידושי הגרע"א שהקשה האיך חשיב ששילם כל הקרן שלו, הרי כל פרוטה שנתן הוי של ב' השותפין, אשר ממילא אין במחצה שנתן לו אלא מחצית מהקרן המגיע לשותף זה. ותי' בתירוצו הא', דיש לחלק, דהיכא דהם עדיין שותפין בדבר אחר, אכתי שם שותפין עליהו וחשיבי שותפין על תשלומי השואל, אכן הכא י"ל דמיירי שלא היו שותפין אלא בדבר זה, דנמצא דכשנאבד דבר זה תו לאו שותפין יננה ולא נשאר אלא חובת ממון לזה לחוד ולזה לחוד. ולכאורה דבריו אכתי טעונים ביאור, דמה מועיל לן מה שהיווין שותפין בדברים אחרים, הרי ממנינ', אי אכתי חשיבי שותפין בדבר זה הדרא קושיין לדוכתא, ואי אינם חשובין כשותפין, אף היכא דהיווין שותפין בדבר אחר מה שייך זה להך פרה. ועוד, דמסתמת לשון השאלה לכאורה לא משמע דמיירי דווקא שלא היו שותפין אלא בדבר זה, דמנא לן הא.

ועי' שכתב הגרע"א חילוק אחר, דהיכא דלוה מאחד מהשותפין פשיטא דזה יסוד השותפות שיעשה הא' עבור תרווייהו, וודאי דנשתעבד להשותפין יחד ואין לאחד בלא חברו, אך במזיק, אם הזיק פרת שותפין, הרי חיובו לשלם דמי ההיזק, ובה נמדד מהו הפסד כל שותף, ונתחייב ב' חיובי ממון, א' לכל שותף, ובה ליכא שותפות, ע"ש שסיים דצריך עיון וחיפוש רב. ולכאורה כונתו בזה, דאף סברתו הב' אינו פשוט כלל, ראשית דבמזיק גופי' הניחא אי יסוד חיוב תשלומי נזקין הוא חובת ממון לתת דמי ההיזק, שפיר איכא למימר הכי, אכן אי נימא דיסוד חיובא דתשלומי נזקין הוא להשלים החפץ שהפסיד, ומאי דמהני ממון הוא משום דמה לי הן מה לי דמיהן, הרי יסוד החיוב הוא להשלים להשותפות את החפץ שהוא בשותפות, ופשיטא דכל מה שישלם שייך לתרווייהו, וכבר נסתפק המח"א בדבר זה מהו יסוד תשלומי נזקין. ואף אי נימא דיסוד חיוב תשלומי נזקין הוא חובת ממון, אכתי אין הדברים פשוטים, דהא הכא יסוד חיובא דשומרים הוא לשמור החפץ ולהחזירו, ובה שפיר איכא למימר דהיכא דאין החפץ בעין ומשלם ממון, היינו מצד החזר החפץ על ידי דמה לי הן מה לי דמיהן. והגרע"א הרגיש בזה ופירש דיסוד חיובא דשומרים, אשר הוא להחזיר החפץ, ליתא אלא היכא דהחפץ בעין, אבל משגנבה וכדומה שוב לא אתיין עלה מצד החזרת החפץ אלא מצד תשלום דמי ההפסד שהפסידו, אכן דבר זה לאו דבר פשוט הוא כלל, אשר זהו דסיים דצריך עיון וחיפוש רב.

ועיוין חידושי הריטב"א החדשות, וכן בחידושים המודפסים בשם הריטב"א, דמבאר מדבריהם פירוש אחר ביסוד האיבעיא, וז"ל המודפסים בשם הריטב"א: מי אמרין הרי שילם לו כל חלקו כל מה ששאל ממנו ומקני ל' או דילמא כיון דהשותף האחר יוכל לתבוע חלקו במה שפרע לו זה דלשניהם יש חלק במה ששלם לו והו"ל כשילם מחצה ולא אקני ל' כפילא, עכ"ל. ביאור דבריו, דהא פשיטא ל' דבאמת יכול השני לתבוע חצי ממנה שקיבל, וכקושיית הגרע"א, אלא דאכתי מיבעיא לן שפיר, דכיון דעד כמה דלא תבע, ולו יצויר שישלם חציו השני לשותף האחר, הוי זה למעשה שפיר חלקו המגיע לו, שפיר

י"ל דמקנה ל' כפילא, או דילמא כיון דלמעשה יש לו להשני זכות לקחת ממנו לא מקנה ל' כפילא, וכ"ה בריטב"א החדשות בשינוי קצת, ע"ש.

ועי' עוד במאירי בסוגיין שפי' באופן, אשר לא יקשה על דבריו כלל קושיית הגרע"א, ע"י שכתב, וז"ל בא"ד: וכגון שאמר לו פטור אני ומזומן לי שבע אלא שאני רוצה בכך שתפסיד על ידי והרי חלקך שלא לזכות בו האחר שהריני פטור עצמי ונשבע גם לו גם לך אלא חלקך אני מוותר וכו', עכ"ל.

(לה) רש"י ד"ה מהו - שיקנה חצי הכפל מי אמרין הרי שילם כל המוטל עליו, עכ"ל. מבואר מדבריו דהא מיהא פשיטא דשילם כל המוטל עליו, אלא דמיבעיא לן אי בהכי מקנה ל' המשאיל כפילא, דשמא לא מקנה כפילא אלא כשמשלם עבור כל הדבר. ועי' רשב"א וריטב"א החדשות מה שדנו בזה ע"פ הירושלמי.

והנה הרא"ש ושאר הביאור מד' הירושלמי דבאופן שהשותף האחד לא שילם את חלקו מחייבין את חברו לשלם את החצי האחר מדין ערב, ובביאור דברי רש"י כתב הרא"ש "ומיהו כיון ששילם מיד המוטל עליו וחברו שמא גם הוא ישלם מקני ל' לאלתר חצי הכפל". אכן הרמב"ן כתב לבאר דברי רש"י באופן אחר, דבאידיך מחצה אין חיובו מדין שואל אלא מדין ערב וכל זמן שיש לחברו נכסים אין הבעלים יכול לתבוע את כל דמיה ממנו ולהיכ מיבעיא ל' דלמא סגי בתשלומי חלקו לקיום תנאי ההקנאה. אמנם יעויין ביאור אחר בבעיין במודפסים בשם הריטב"א, וז"ל: מי אמרין הרי שילם כל חלקו המוטל עליו או דילמא על כל אחד ואחד מוטל לפרוע הכל ולא אקני ל' כפילא אא"כ יפרעו לו הכל, עכ"ל. הרי דמאי דנתקשו הראשונים ע"פ דברי הירושלמי, ס"ל להריטב"א (!) דהא גופא הוא דאיבעיא לן מה החיוב המוטל על כל אחד מהשותפין לשלם.

(לו) רש"י ד"ה שאל מן האשה וכו' - עי' סוגי' דכתובות דע"ש ע"ב דגונב ולד פרת מלוג אין הכפל לבעל דפירא תקינו ל' רבנן פירא דפירא לא תקינו ל' רבנן, וע"ש בתוס' ב' דרכים הגונב בהמת מלוג עצמה של מי הכפל, דלמתחילה נקטו דכה"ג הכפל לבעל הואיל וחד פירא הוא, (וכ"ה דעת הר"י והרשב"א שם) ושוב הביאו דברי הריב"ן דכס בגונב בהמת מלוג הכפל לאשה, וביאר הריב"ן דברי הש"ס דלעולם אין הכונה לחלק בין חד פירא לפירי דפירא, אלא עיקר החילוק בין פירא דאית מנופא לבין כפל דאית מעלמא, ולכך גם כפל בהמת מלוג לאשה. ומסתימת דברי רש"י נראה לכאורה כפשטא דמילתא, כדעת התוס' והר"י.

ועיוין תוס' הרא"ש שביאר הספק לדעת רש"י דס"ל דמקנה הכפל היא האשה, דכפל נכסי מלוג לאשה, ומיירי שלא ידעה האשה שנתן השומר את הקרן לבעל, ומסתפקינן שמא באופן כזה אינה מקנה הכפל. והנה הרא"ש גרס בדברי רש"י "דלאו ב' תליא לאקנויי כפילא", אשר לדבריו מפורש בדברי רש"י דמקנה הכפל היא האשה, אכן לדידן לית' לד"ז בדברי רש"י, וגם מפשטות דברי רש"י בסוגי' הנ"ל בכתובות משמע דכפל פרת מלוג לבעל.

אמנם יעויין חידושי הריטב"א החדשות שביאר שאלת הגמ' לרש"י על הצד דכפל נכסי מלוג להבעל. ויסוד האיבעיא, דהנה מאחר שעצם הבהמה של האשה, הרי תשלומי הקרן הם בעצם שלה, אשר בזה מיבעיא לן כיון דאין הקרן שלו אי מקנה הבעל את הכפל בכה"ג. וצ"ב לפי דבריו, האיך מקנה את הכפל לשואל עכ"פ לדברי התוס', הרי מסקינן דמקנה גוף הבהמה וכפל ממילא דילי, וזה הרי לא שייך הכא דגוף הבהמה אינה שלו אלא של האשה, וצ"ב. (ועי' לקמן אן ל"ז שהקשה הגרע"א כן אף על הקנאת פרה לכפילא.)

(לז) תוד"ה שאל מן האשה - מש"כ התוס' ויש ליישב וכו', עי' חידושי הגרע"א שהכריח דלפי זה ע"כ דכפל נכסי מלוג להבעל, כשיטת הר"י בכתובות ודלא כדברי הריב"ן בתוס' שם, דאילו היה הכפל

לאשה, "א"י לא שייך למיבעי לשיטת התוס' דהא האשה לא קבלה תשלומים כלל והבעל אינו יכול להקנות הכפל שאינו שלו". וע"ש עוד מה שהקשה על דבריהם אף דנימא דס"ל כהר"ף, האיך יכול הבעל להקנות הכפל להשואל, הרי לא שייך שיקנה פרה לכפילא כיון שאין גוף הפרה שלו כלל. ולפום דברי התוס' לעיל ל"ג ע"ב הדבר עוד יותר קשה, דהא לשיטת התוס' לא סגי בפרה לכפילא ובעינן שיקנה לו הפרה לגמרי וכפל ממילא הוא דהוי שלו, וזה הרי לא שייך הכא כיון דגוף הבהמה של האשה. אלא דהגרע"א דלא הקשה כן לשיטתו שפי' לעיל דברי התוס' דאף לדבריהם אם נמצאת הבהמה חוזרת לבעלים וע"כ דלא מקנה לו אלא פרה לכפילא.

ומש"כ התוס' וללישנא דמעכשיו וכו', דמבואר דשאלת הגמ' לעיל בשילם לבנים היתה אף ללישנא קמא, נחלקו בביאור המהרש"א והגרע"א, דלמהרש"א לל"ק הוי שאלה אחרת, דהיינו, בדעת האב, ולא כמו לל"ב דהוי שאלה בדעת הבנים, ואילו להגרע"א הא מיהא פשיטא דליכא דעת האב להקנות בכח"ג, ולא מיבעיא לן אלא אי איכא דעת הבנים להקנות, דבשעה שמת האב ונעשה שומר דידהו חשיב כשעת מסירה ושפיר שייך שיקנו הם, ונמצא דהוי אותה שאלה ממש כמו לל"ב. והמהרש"א שלא פי' כן היינו לשיטתו לעיל שהקשה על מה שכתב רש"י לל"ב "בשעה שמסרה לו" ולא ס"ל דחשיב כשעת מסירה חדשה, וז"פ.

ומש"כ התוס' ויש לפרש וכו', להך לישנא ע"כ דס"ל דהכפל להאשה, וז"פ לכאורה.

לח) תיקו- ע"י ברי"ף שכתב דק"ל דממון המוטל בספק חולקין, וברא"ש בסוגיין תמה עליו דהא ק"ל כרבנן דהממע"ה⁵, וצידד שמא כונת הרי"ף דהכא גבי כפל ליכא מוחזק ולהכי לכו"ע חולקין, אלא דהקשה בזה ב' קושיות, הא', דלישנא דק"ל משמע דאיכא בזה מחלוקת, והב', דשפיר איכא הכא מוחזק, דהיינו חזקת הפרה דודאי היתה של המפקיד, וע"ש שפסק בזה דהממע"ה. ועי' חידושי הריטב"א החדשות שכתב דאמרין בזה אוקי ממונא בחזקת מרי', אך הרשב"א כתב דאמרין בזה דיחלוקו "ולכא"ל למימר הכא אוקי ממונא בחזקת מרי' קמא דבכפילא לא אתחזק בידא דחד מינייהו דנימא הכי והו"ל כמחליף פרה בחמור וילדה דאמר סומכוס יחלוקו וק"ל כוותי", הרי להדיא דלא כדברי הריטב"א והרא"ש, וצ"ב במאי פליגי.

והרמב"ם פ"ח מהל' שו"פ ה"ה כתב דכל אלו בעיות דסוגיין ספיקא הויין "והרי הכפל מוטל בספק ואינו תחת יד אחד מהן לפיכך חולקין הכפל", הרי דס"ל בזה כהרשב"א. ואילו בהל' מכירה גבי המוכר עבד לקנס דהוי איבעיא דלא איפשטא בגיטין מ"ב ע"ב, פסק הרמב"ם דמוקמינן ממונא בחזקת מרי', והא לכאורה דין פרה לכפילא ודין עבדא לקנסא שוין הם, ונמצאו דברי הרמב"ם סותרים זה את זה. וכתב בזה בחידושי רבנו חיים הלוי דבאמת חלוק הקנאות פרה לכפילא מהקנאת עבד לקנס, דבפרה לכפילא תלוי עיקר חיובא דכפל בשל דיום בעלים וזכותם בבהמה, אשר על כן היכא דמכר פרה לכפילא חשובה כפרה של שומר לענין הגניבה, וחיל חיובא דכפל ביטירות להשומר, משא"כ בעבד לקנס, הרי יסוד דינא דהקנס הוא כפרה, והוא על עצם רציחת העבד, והבעלים

לענין חיוב זה הם מי שעל ידם חייל עלי' שם עבד, אשר ממילא היכא דמכר עבד לקנס לא שייך לומר דחייל חיובא דקנס להלוקח, אלא לעולם חל להמוכר ולא הקנה המוכר אלא זכות הממון דהקנס שלמעשה יקבלו הלוקח. אשר לפ"ז אתיין שפיר דברי הרמב"ם, דלענין קנס, הרי הא פשיטא דממנ"פ עיקר חיובא דהקנס הוא של המוכר, ולא מיבעיא לן אלא אי זכה חברו בזכות ממון דהקנס, ובמקום ספק מוקמינן לה אחזקתה כיון דמצד עיקר החיוב הרי חייב להמוכר. אכן גבי כפל דיסוד הספק הוא אי נתחייב הגנב להמפקיד או להשומר, בזה שפיר ס"ל דליכא מוחזק בהך כפל כלל ושפיר אמרין בזה דיחלוקו, עכתי"ד בקצרה.

ולכאורה אכתי יש מקום עיון בדבריו, דהרי מה שמקנה לו הוא פרה לכפילא, והיכא דמספקא לן, מספקא לן אי קנה השומר פרה לכפילא או לא, ובפרה הרי שפיר אית ל' להמפקיד חזקת מ"ק, ואמאי לא אמרין בזה אוקי ממונא בחזקת מרי'. וי"ל דנידון הגר"ח אינו אלא מצד חזקה דהשתא, ובזה שפיר חילק דגבי עבד כיון דאף עכשיו הוא שלו שפיר איכא חזקה דהשתא, משא"כ גבי כפל דהספק הוא למי נתחייב הגנב כפל, לית בזה חזקת ממון דהשתא, ואילו מצד חזקה דמעיקרא, י"ל כמש"כ בקונטרס הספיקות סי' א' אות ג', דבשמא ושמא לא מוקמינן אחזקת מ"ק, וספיקא דדינא הוי כשמא ושמא, או י"ל כמש"כ שם בסי' ד' אות ה' דבספיקא דדינא לא מוקמינן אחזקת מ"ק כמו דגבי איסורין לא מוקמינן בספיקא דדינא אחזקה דמעיקרא. אכן נראה דלא בעינן לזה, דכיון דבפרה לכפילא לית ל' בהך בהמה אלא הכפל, י"ל דלא שייך בזה חזקת ממון, דהא עצם הפרה ודאי דהיא של המפקיד אף דזוכה השומר בכפל, וע"כ דאף דהוי פרה לכפילא מ"ק לית ל' אלא כפילא והיכא דמספקא לן אי חייל חיובא דכפל למפקיד או לשומר, לית בזה חזקה דמעיקרא. אמנם הא פשיטא, דאי הוה אמרין דמקנה לו הפרה לגמרי וכפל ממילא דהוי שלו, וכמש"כ התוס' ריש פירקין, בזה ודאי דשייך חזקת מרא קמא ושפיר אית בזה חזקת מ"ק.

וע"ש בגר"ח שכתב בדרכו הב', וז"ל: דחלוק דין חיובא דכפל מדין חיוב דקנס דכפל נהי דדינו הוא חובת תשלומין דכן הוא גזה"כ דמתחייב בעד הגנבה בתשלומין אלו מ"מ דמי החפץ מיהא לא מקרי ורק הקרן הוא דחשוב דמי הגנבה אבל הכפל חיוב חדש הוא ולא דמי הגנבה משא"כ הך חיובא דשלשים של עבד כיון דחזינן דמיפטר ע"ז מתשלומי דמיו א"כ חזינן דהגזה"כ שלחיוב קנס הוא גם זה שהשלמים שקלים היו בתורת דמיו של עבד וכו', עכ"ל. ודבריו לכאורה צ"ב טובא, דהניחא גבי כפל, שפיר איכא למימר דהוי דין חדש אשר אינו דמי הבהמה ולית בזה חזקה, אבל הרי כתב כן דיחלוקו גם לגבי שבח דיוקרא, שכתב, וז"ל: כל אלו ספק והרי הכפל צוטל בספק ואינו תחת יד אחד מהן לפיכך חולקין הכפל או השבח בין בעל הפקדון ובין השומר, עכ"ל, ויוקרא ודאי דהוי מגוף הבהמה ופשיטא דכל היכא דמספקא לן אם הבעלים הקנה לשומר את הפרה ליוקרא יש לנו להעמיד את הפרה בחזקת מ"ק, וכן העיר מו"ר זצ"ל. (עי' רי"ף ורא"ש שלא דנו אלא לענין כפל ולא הזכירו מה הדין לגבי יוקרא.)

והנה בשאלה דלעיל בשילם לבנים, עי' חידושי הריטב"א החדשות שכתב בפירושו הב' דמירי שנגנב אחר מיתת האב, דאל"ה הא אין אדם מוריש קנס לבניו, וכמש"כ הכס"מ הנ"ל, ולדבריו צ"ל דמאי דליכא חסרון דאין אדם מוריש קנס לבניו בשאלה דשילמו בנים היינו כמש"כ הכס"מ דזכיי' הבנים ביטירות מהבעלים, אשר מבואר מזה דס"ל דעיקר חיובא דהכפל לעולם הוא להבעלים, וכמו שהארכנו לעיל. אשר לפ"ז מובן היטב מש"כ הריטב"א דכיון דהוי תיקו מוקמינן ממונא בחזקת מרי', והוא כמש"כ הגר"ח בדברי הרמב"ם בעבד לקנס, דכיון דלעולם חיובא דכפל הוא להבעלים, ולא מיבעיא לן אלא אי

⁵ וע"ש ברא"ש שכתבילה כאלו נסתפק אי איכא מ"ק ולבסוף מסיק דליכא, וז"ל, דלשיטתו לעיל דמקנה גוף הפרה והכפל ממילא של השומר כמו שכתבו התוס', הרי בפסקא ושא"ל אי הקנה לו הבהמה ודאי לאית בזה חזקת מ"ק שהיה הבהמה של הבעלים, וסוג' יס' להעיר על נוסח הכרעתו דליכא מ"ק דהוא משום דמספ"ל אי הקנהה בהמה לכפילא או לא אוקי בהמה בחזקת בעליה, ולכאורה עדיפא הוה ל' למימר דכיון דמספקא לן אי הקנה גוף הבהמה פשיטא דליכא בזה מ"ק, וכן העיר מו"ר זצ"ל.

קיבל השומר ממנו זכות בדמי הכפל, ודאי דחשיבי הבעלים בזה מוחזק, ודוק.

והרא"ש שהקשה על הרי"ף, דודאי איכא הכא מוחזק בבהמה, היינו לשיטת התוס' דס"ל דבאמת מקנה הבהמה וממילא כפל דידי, אשר זה ודאי דאיכא מ"ק, וכנ"ל. ואף למה שפירש הגרע"א בדברי התוס' דלעולם אין כונתם אלא פרה לכפילא ואם נמצאת הבהמה חוזרת לבעלים, מ"מ הרי טרח הגרע"א שם לבאר דע"כ לענין עוד דברים יש לו זכות בהפרה, דאי לא הכי אין זה אלא דבר שלא בא לעולם ובמאי חשיב כדקל לפירות, אשר ממילא כיון דהוי שפיר זכות ובעלות בגוף הפרה אמרינן אית בזה משום חזקת מ"ק.

ויש בזה מקום עיון בדברי הרשב"א, דמדבריו בגיטין מבואר דליש גבי כפל דין דקל לפירות, כיון דאין הכפל יוצא מגוף הבהמה. ולדבריו ס"ד דהמקשה דהוי דבר שלא בא לעולם היה דמקנה הכפל, ותי' השי"ס ע"כ דס"ל דמקנה גוף הבהמה לגמרי, דהא לא שייך בזה דקל לפירות וכנ"ל. וצ"ע לפ"ז משי"כ בסוגיין דאמרין ממון המוטל בספק לחולקין כיון דאין בכפל מרי קמא, והא עיקר ההקטנה היא בהפרה ובזה שפיר איכא מ"ק, וצ"ע.

אכן באמת גוף דבריו טעונים ביאור, דמתחילה כתב דאין אחד מהם מוחזק בהכפל, אשר לכאורה לפ"ז פשיטא דיחלוקו לכו"ע, ושוב כתב דהוי כמחליף פרה בחמור דק"ל כסומכוס, והתם הרי איכא שפיר חזקת מ"ק ופליגי רבנן אסומכוס, ורק משום דק"ל כסומכוס הוא דיחלוקו.

אכן המבואר לכאורה מדברי הרשב"א, כשיטת רבנו שמואל בתוס' לקמן דף ק' ע"א, דהיכא דאיכא חזקת ממון ממש, ז"א, חזקה דהשתא, אף סומכוס מודה דהממע"ה, ע"ש שדקדק כן מסוגי' דמחליף פרה בחמור ורק נגד מ"ק הוא דפליג סומכוס וס"ל דחולקין (והרמב"ם חולק וס"ל דאף נגד חזקה דהשתא ס"ל לסומכוס דחולקין). אשר זהו דהקדים דחזקה דהשתא ליכא הכא כיון דאין אחד מהם מוחזק בדמי הכפל, דאילו היה אחד מוחזק פשיטא דהוה אמרינן דהממע"ה אפי' לסומכוס, ומעתה ליכא אלא מ"ק בהפרה, והיינו להרשב"א לשיטתו דס"ל דמקנה לו גוף הפרה, ועל הפרה שפיר הוי מ"ק, ובה כתב דהוי כמחליף פרה בחמור דק"ל כסומכוס, ודוק. והנה ממש"כ הרמב"ם דחולקין הכפל בין הבעלים והשומר, משמע להדיא דחולקים כל הכפל, ואמר כן אף על האביעיא דשאל ב' פרות ושילם אחד מהם, ואיבעיא דשילם מחצה, אשר בפשוטו אין השאלה אלא אי אית לי חצי או פרה א', אבל לא כל הכפל, דאינו זוכה בכפל על מה שלא שילם. ומבואר לכאורה מדבריו דלא פ"י כרש"י, אלא ס"ל דמספקא לן אי זוכה בכל הכפל, והוא לכאורה על דרך פירוש הרי"ח הנ"ל אות ל"ב באיבעיא דשילם מחצה, דרוצה לשלם הכל ושילם מחצה ולא הספיק לגמור לשלם, דמספקין שמה מאחר שהולך לשלם הכל וכבר שילם מחצה מקנה לו הבעלים כל הכפל, וכ"ה גם בגנב ב' בהמות. והנה בדברי הרי"ח אין ד"ז מוכרח, אך מדברי הרמב"ם נראה שפירש כן.

לט) אמר רב הונא משביעין אותו שבועה שאינו ברשותו - ע"י בראשונים שדנו מה חידש רב הונא יתר על המבואר בדברי רב ששת דלעיל ו' ע"א שלש שבועות משביעין אותו שבועה שלא פשעתי בה שבועה שלא שלחתי בה יד שבועה שאינה ברשותי, ותיירצו דודאי הויין הני ג' שבועות דאורייתא היכא דלא שילם, ויסוד חיובן דאורייתא, דעיקר שבועה הוא שלא פשעתי בה (כ"כ במודפסים בשם הריטב"א) ואידך שבועות על ידי גלגול הן. אמנם הוי"א דזה אינו אלא היכא דלא שילם דשפיר נשבע שלא פשעתי, ועל ידי כך נגרר גם שבועת שאינה ברשותי, אמנם בני"ד ששילם ס"ד דלא ינשבע, קמ"ל רב הונא דאכתי נשבע שאינה ברשותו. ושבועה זו דרב הונא נחלקו בה הראשונים אי הויא דאורייתא או דרבנן, דהריטב"א הנ"ל כתב להדיא דהוי דאורייתא, דאין זה כמאן

דאיכא עדים שהיה אונס, דהתם ליכא חיוב שבועה שלא פשעתי כלל ושוב ליכא גלגול, אבל בני"ד נהי ששילם, מ"מ הרי עיקר חיובא איכא ואינו נפטר מחיוב השבועה אלא א"כ על ידי התשלומין מסלק כל ג' השבועות. אכן יעויין בדברי הרא"ש סוף כל הנזבעין שכתב להדיא דאף דהיכא דלא שילם הוי שפיר דאורייתא על ידי גלגול, מ"מ בני"ד ששילם אינו אלא דרבנן, וכ"כ הרמב"ם ריש פ"ו דהל' שו"פ דאינו אלא מתקנת חכמים, וצ"ב במאי פליגי.⁶

ונראה לכאורה דתליא הך מילתא בעיקר הגדר דגלגול שבועה, דהריטב"א ודעמ"י ס"ל דיסוד הדין הוא דמאחר דמחייבין ל' שבועה שלא פשעתי, שוב חיישין כל מיני חששות שלא היה חוששין אי לאו הך חיוב שבועה, ומצריכין ל' לישבע לסלק כל החששות. אשר לפ"ז שפיר כתב דאף היכא דשילם, הרי אין התשלומין מסלק החשש, אלא דכלפי שלא פשע ולא שלח בה יד הרי זה פועל דאף אילו נכון הדבר שפשע וכו', מ"מ הרי שילם מה שעליו לשלם, אכן ביחס לשבועה שאינה ברשותו הרי לא סגי בתשלומין ואתי צריך לישבע מחמת הך גלגול שבועה.

ועי' מאירי בסוגיין שהביא דיעה דהויא דאורייתא, וכתב, וז"ל: ויש פוסקים ששבועת התורה היא ואע"פ שלא נפרטה במקרא נכללת היא בדעת בית דין מן התורה אחר שאומר שמרה כדרך השומרים ונאבדה וכשמפקיע עצמו מזו בתשלומין נשבע שאינה ברשותו שהוא חלק ממנה, עכ"ל. ומבואר מדבריו כנ"ל, דאף דלא כתיבא הך שבועה בתורה, מ"מ חכמים כללוה, וזהו דין גלגול דחוששין הני חששות יתרות, ותשלומין אין מסלקין דין שבועה זו.

אכן הרא"ש נראה דס"ל דיסוד דינא דגלגול אינו דחיישין כל הני חששות, אלא דאף דבעלמא לית לי תביעת שבועה שישבע לו על הני דברים, מ"מ היכא דאית לי תביעת שבועה אחת, שוב יכול לכלול בהך תביעה שאר הדברים ואף עליהו צריך לישבע. אשר לפ"ז היכא דשילם, דשוב לית לי עליו תביעת שבועה שלא פשע בה, ממילא אינו יכול להשביעו שאינה ברשותו, וע"כ דשבועה דרב הונא אינו אלא דרבנן. והנה יעו"ש בדברי הרמב"ם הנ"ל דמבואר מדבריו דדווקא בדברים דאינו יכול למצוא בשוק הוא דצריך לישבע שאינה ברשותו אבל לא בדברים דיכול למצוא בכל מקום. ועי' דברי הרמב"ם ריש פ"ד מהל' שו"פ דמבואר שם חיוב ג' השבועות דאורייתא הם (ע"ש) במ"מ שכלל בזה שבועה שאינה ברשותו, ולא הוזכר כלל שם דאיכא נפ"מ בין דברים שיכול למצוא בשוק לבין דברים שלא ימצא. ועי"פ משנית בדעת הרא"ש דהדברים לכאורה מבוארים, דמאי דהוי דאורייתא היינו משום דעיקר השבועה לדידי' הוא מה שנגנב ואינו ברשותו, וכן הבין המ"מ שם בדבריו, וכ"כ באוה"ח הד' שצות כ"ב, ח' ושאר השבועות הן על ידי גלגול. אכן היכא ששילם, דשוב אין חיוב השבועה אלא דרבנן, הרי פירושו דשוב לית לי תביעת שבועה, אלא עיקר השבועה מתקנת חכמים מחמת החשש, וכיון דתליא בחשש, שפיר ס"ל להרמב"ם דליכא חשש שהוא ברשותו אלא היכא דא"א למצוא כמוהו בשוק, ודוק.⁷

⁶ ובריטב"א האדקס כתב צאופן אחר, "דהתם הוא לפי שאינו משלם כלום אבל צכאן שהוא משלם הוה ס"ד דלא חשדינן שנתן עיניו זה דא"כ אמאי ישלם כלל יכפור זה או יצבע ויפטור קמ"ל דאפ"ה חיישינן שמה עיניו נתן זה ולא צעי למתפס בגזל".

⁷ ואף אי נימא דעיקר השבועה הוא שנגנב ואין הכנה לאינה צרכותו ואינה צרכותו דחייב אינו אלף על ידי גלגול (וכאשר כתב המ"מ עצמו דפ"ה מהל' טו"ר ה"ו, אכתי יס ליישב דהכא ששילם לא שייכא שבועה שנגנב ושוב ממילא ליתא מלאורייתא לצבועת גלגול לאינה צרכותו וע"כ לאינה אלף מטעם שמה עיניו נתן זה.

יעויין חידושי הריטב"א החדשים שהביא דברי שירושלמי (וגם הרי"ח הביא דברי הירושלמי), וז"ל: גרסינן בירושלמי אמר משלם אני חוששין אמר נשבע אני וראה אותם שהיו מגלגלים עליו שבועות ובאין וחזר ואמר משלם אני חוששין א"ר יוסי לא חייבה תורה שבועה להחמיר עליו אלא להקל עליו שאם רצה לשלם ישלם ואם לא רצה ישבע, עכ"ל הירושלמי. וביאר הריטב"א דברי הירושלמי, וז"ל: אמר משלם אני חוששין שמא עיניו נתנם בו ומשביעין אותו כדבר הונו אמר בתחלה נשבע אני כדין השומרים וראה שהיו מגלגלין עליו הבעלים שבועות אחרות וכדי להפטר מאותם גלגלין הוא שבא לשלם שיפטר משבועה זו קמ"ל דאפי"ה חוששין לו וצריך לישבע שבועה דרב הונו והרי כל הגלגלין עליו כדמעיקרא ולא עוד אלא אפי"ה שלם כל הגלגלין כ"ש שחוששים לו לשבועה דרב הונו כי שמא להפטר מאותה שבועה הוא משלם כל הגלגלין ור' יוסי חולק על ת"ק לומר שכל שרצה לשלם עיקר תביעתו פטור הוא מכל הגלגלין שלא חייבה תורה שבועה לנתבע להחמיר עליו אלא להקל עליו וכיון שהוא משלם עיקר תביעתו משלם ונשבעי שאינה ברשותו ונפטר מן הגלגלין, עכ"ל. ומבואר דהא מיהא דאף דנימא דפטור משאר שבועות שרצו לגלגל עליו, עדיין חייב לישבע שאינו ברשותו. והיינו לכאורה, דאף דנימא דפטור מכל גלגלין, אכתי קיימא חשש דשמא עיניו נתן בה אשר מהאי טעמא מישתבע מדרבנן.

והנה כתבו הראשונים הנ"ל דשבועה זו דאינה ברשותו חיובה משום גלגול שבועה, ולפי"ז צ"ב לכאורה האיד מגלגלין שבועה משבועה שהיא בעצמה אין חיובה אלא משום גלגול שבועה. והאמת דאין מוזכר מדברי הריטב"א דיסוד חיוב שבועת אינה ברשותו הוא מדין גלגול שבועה, ואדרבה משמע קצת מדבריו דכל טעמא דהך שבועה הוא משום שמא עיניו נתן בה, וכמו שכתב דס"ד דדוקא היכא דלא שלם הוא דחיישין הך חששא, קמ"ל דאף ששילם אכתי חיישין. ולפי"ז שפיר שייך לגלגל שבועות אחרות מהך שבועה דאינה ברשותו. אלא דאי נימא דיסוד חיוב שבועה זו אף היכא דאינו משלם אינו אלא מדרבנן, יהא מוכח לשיטת הריטב"א דאיכא גלגול שבועה משבועה דרבנן.

וביאור פלוגתת ת"ק ור' יוסי בירושלמי, נראה מלשונו של הריטב"א שהוא בגדר השבועות שבנתחייב, דת"ק ס"ל דהשבועה היא חומרא לנתבע, דבלעדה היה יכול לפטור עצמו בטענה, ועתה אינו פטור אלא על ידי שבועה. ועפ"ז ס"ל דאף היכא דשילם, אכתי מחייבתו בשבועות הגלגול. ור' יוסי ס"ל כמו שכתב להדיא, דאין השבועה חומרא לנתבע אלא קולא לו דאם רוצה לישבע א"צ לשלם, אשר לפי"ז היכא דבא לשלם ליכא עליו חיובי שבועה. אלא דעדיין שבועה שאינו ברשותו שפיר מתחייב, דחיישין שמא עיניו נתן בה, אבל ליכא למימר על ידי זה גלגול שבועה דמאחר דשילם שוב אין זה בגדר חיוב שבועה, אלא סתם ברור שמתחייבים להסיר חשש. רק היכא דלא שילם ובא לפטור עצמו בשבועה, בזה קיים חיוב השבועה שאינה ברשותו (אף דטעמו ודאי שמא עיניו נתן בה), אבל היכא דשילם אינו בגדר חיוב שבועה ולא שייך על ידה גלגול שבועה, ועדיין לא נתברר פרט זה אצלי כל הצורך.

(מ) תוד"ה שמא יוציא לה הפקדון- מה שהקשו התוס' על פ"י רש"י, ע"י בריטב"א החדשות ובתוס' הרא"ש שכתבו ליישב דבריו, דהלוה נשבע בדדמי ואינו רמאי, וחיישין שמא יוציא הלה את הפקדון ויחשבו שהלוה הוא מזיק ויפסלוהו. וצ"ב אמאי לא ס"ד דהתוס' לפרש הכי.

ומה שכתבו בפ"י הרי"ח "אבל כי רמינן על המלוה וכו'", ע"י ביאורו בתוס' הרא"ש ובחידושי הגרע"א. והנה איכא כמה נפ"מ בין פירוש רש"י לבין פירוש הרי"ח בהמשך סוגיין, דגירסא דידן א"ה כי משתבע מלוה נמי לטרוח לזה וכו', משמע להדיא כדברי רש"י, ע"י רשב"א ועוד ראשונים, דיסוד החשש הוא שיבוא

לפוסלו, דאילו לדברי הרי"ח דמה שמהני כשהשבועה אצל המלוה הוא דיטרח ויברר דבאמת אינה בנמצא מה שייך ד"ז לכי משתבע מלוה אלא כתב הרשב"א דלדידי לא גרסינן הכי אלא גרסינן ולוה נמי לטרוח ולייתי, פ"י, דכמו דאמרין גבי מלוה דלפני שישבע כמה הוא שוה יטרח ויבודק שבאמת איננה, כמו כן נימא גבי לוה דכשנשבע יברר קודם.

ובתירוץ אביי שמא יטעון ויאמר אחר שבועה מצאתיה, לרש"י פירושו כפשוטו דממילא שפיר יבוא לפוסלו להלוה, ואילו להרי"ח פירושו דמשו"ה יתכן שתהיה שבועת הלוה לבטלה, ולהכי העבירו שבועת כמה היה שוה להמלוה, דלפני שישבע המלוה כן יברר דודאי אינו בנמצא, ע"י תוס' הרא"ש ועוד ראשונים.

ובדברי רב אשי יעויין חידושי הרשב"א דאף לרש"י פירוש שמא יוציא וכו' מדינא הוא דרישא שבועה לבטלה, דהא פשיטא דנשבע שבועה שאינה ברשותו לפני שנשבע חברו כמה היה שוה, ע"ש בדבריו. והנה בהמשך סוגיין במה שתי"ב רב אשי דרישא דסיפא מייירי במאמינו, הקשה הרשב"א דלרש"י ע"כ סיפא דרישא לא מייירי במאמינו, דהא מבואר דס"ל לרב אשי דשפיר נשבע המלוה שאינו ברשותו, ואילו הוה מייירי במאמינו הו"ל למימר דשפיר נשבע הלוה כמה היה שוה ותו לא מדי, דשוב אין לחשוש שמא יוציא וכו' דהא איהו דאפסיד אנפשיי שהאמינו. אכן לשיטת הרי"ח אתי שפיר דנהי דהוא האמינו, מ"מ בי"ד שפיר חיישי שמא תצא שבועה לבטלה ולהכי מחייבין אותו לישבע שאינו ברשותו. ולכאורה צ"ב דלהרשב"א לשיטתו דבדברי רב אשי מודה רש"י דפירוש שמא יוציא וכו' הוא כהרי"ח, לפי"ז אף לדברי רש"י אפשר לומר כן, וצ"ב. ומדברי התוס' שכתבו בד"ה תהא המאמינו דאסיפא דרישא לא היה יכול לומר כן וכו', לכאורה הוצרכו בזה דווקא לשיטת רש"י, אכן לשיטת הרי"ח הרי שפיר מצינו למימר דמייירי גם ברישא במאמינו ואעפ"כ נשבע המלוה שאינו ברשותו, וכמש"כ הרשב"א, והתוס' הרי ס"ל כהרי"ח, וכן צ"ב במאי פליגי התוס' והרשב"א דהרשב"א לא ס"ל חילוק התוס' שלא היה מאמינו.

ל"ה ע"א

(מא) רב אשי אמר זה נשבע וזה נשבע וכו' מי נשבע תחילה וכו'- ע"י רמב"ם פ"ג מהל' מלוה ולוה ה"ד שהביא כל דיני מתני' זו דמלוה על המשכון, ובתומים ס"י ע"ב סקמ"ו דקדק ממה שכתב שם דנשבע שבועת השומרים דאינו ברשותו, דהוי דאורייתא, וכן ממש"כ שם בדין הסיפא דסיפא משמע דהוי שבועת אינו ברשותו דאורייתא, וצ"ב לפי"ז מה הקשו בסוגיין מהך מתני' אדברי רב הונא, הא שבועת רב הונא ס"ל להרמב"ם דהיא מתקנת חכמים, והו"ל להקשות אהא דג' שבועות משביעין אותו, דהוא דין שבועת אינו ברשותו דאורייתא. ובריטב"א החדשים דן בעצם הקושי בסוגיין, וביאר דב' הדינים שוים הם, אלא דלדברי הרמב"ם צ"ב. (ובתומים כתב דבאמת ס"ל להרמב"ם דשבועת רב הונא דאורייתא הוא, אכן מפשטות לשון הרמב"ם הנ"ל ריש פ"ו דהל' שו"פ שכתב להדיא דהוי תקנת חכמים משמע שפיר דהוי דרבנן.)

ועוד יש לעיין בדברי הרמב"ם, דהא מאי דהוי שבועה דרב הונא דרבנן היינו משום ששילם, ובהך דינא דמלוה על המשכון הרי הוי נמי כשילם, וכמש"כ להדיא דריטב"א דחדשים, והאיד ס"ל להרמב"ם דהוי דאורייתא. וכן מבואר לכאורה דהוי דאורייתא, דהא לא כתב הרמב"ם בהל' מלוה ולוה לחלק בין דברים המצויים לבין דברים שאינן מצויין, ובכל אופן נשבע, וע"כ היינו משום דהוי שבועה דאורייתא, כמש"כ לעיל בדבריו ריש פ"ד דהל' שו"פ ובדברי המ"מ שם, אשר ממילא צ"ב כנ"ל. (ועיניין שיעור רבינו חיים הלוי מש"כ בזה.)

(מב) ואם איתא לדרב הונא מגו דמשתבע מלוה שאינה ברשותו לישתבע נמי בגלגול שבועה וכו' - ע"י חידושי הגרע"א שהקשה אמאי אינו פטור משבועה כמה היה שוה במיגו דאי בעי אמר להדי"ם, ונהי דמשובעת אינו ברשותו אינו נפטור במיגו דלהדי"ם דהוי מיגו דהעזה, מ"מ ליפטר משבועה כמה היה שוה דהוי כופר הכל דאף בזה איכא העזה, ושוב שפיר הוי מיגו. וצידד הגרע"א שמא י"ל דלא מהני מיגו לפטור משבועה דגלגול כל עוד דחייב בעיקר השבועה, אלא דהוכיח מדברי הראשונים דשפיר פטרינן על ידי מיגו משבועת גלגול, וכתב בסוף דבריו ד"ל דאין בטענת כמה היה שוה העזה כמו בטענת להדי"ם, דסובר שיאמר הלא שלא היה בקי בשומא, ואף לענין שבועה כמה היה שוה הוי מיגו דהעזה.

ונראה לכאורה דעצם נידון דהגרע"א אי מהני מיגו לפטור משבועת גלגול (להני ראשונים דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה) תליא בביאור גלגול שבועה, דאי נימא כצד הא' לעיל דכיון דחיישין כבר לעיקר הדבר אשר עברו חייב שבועה, שוב חיישין כל החששות, שפיר איכא למימר דכיון דעל חשש מסויים אית לי מיגו אין אנו מסתפקים בכך כלל ואינו נשבע עליו. אכן אי נימא דיסוד דינא דגלגול הוא כצד הב' לעיל דאף דליכא תביעת שבועה, מ"מ היכא דאית לי שפיר תביעת שבועה אחרת אינו צריך על כך שבועה תביעת שבועה, בזה נראה דכיון דמאי דחייב שבועה אינו מצד תביעה על שבועה זו אלא משום דאיתלי תביעת שבועה אחרת, לא יועיל בזה מיגו, דסו"ס הרי תביעת השבועה העקרית שפיר קיימת ושוב ממילא יתחייב בשבועה זו, דאף דנראה דעל דדבר שלא שייך במציאות ליכא אף שבועת גלגול, מ"מ פשיטא דאין מיגו ראיא כעדים, ושוב תמיד חייב בשבועת הגלגול אף שאיכא מיגו, כיון דתביעת עיקר השבועה כדקיימא קיימא, ועדיין צ"ע בזה.

(מג) כל לא ידענא פשיעותא היא - עי ריטב"א החדשים, דהחידוש בזה (ובמאי דמריבין כל לא ידענא) הוא דאף שיוודע ששומר שמירה מעולה, אם אך שכתב היכן נתנו הוי פשיעה. ועי' נתיב"מ ס"י רצ"א סק"ד שכתב דחייבא דהך פשיעה אינו מהלכות שומרים אלא מדין מזיק הוא, דאם אדם אחר יבוא ויקח דבר שלו בכונה לשמרו וישמרנו היטב אלא שישכח היכן הוא, כיון שעשה מעשה בגוף החפץ חשיב שפיר מזיק וחיובו מדין מזיק הוא, ונפ"מ גם דאף בבעלים חייב.

ונראה לכאורה דלשיטת הרשב"א לעיל ליכא למימר הכי, דהא לשיטתו הקנאת הכפל וכן שאר שבה דעלמא הוא עבור מה ששילם ע"פ חיובי השמירה ועיקר ההקנאה נעשה משעת מסירה, וכמו שהארכנו לעיל בביאורו, אכן היכא דאין חיוב מדין שומרים, כגון היכא דאיכא עדים דפטור דהוא כמו מתנה, אין על זה הקנאת כפל. ולפ"ז י"ל דאף בנ"ד כיון שאין חיוב מדין שומרים אלא מדין מזיק אין עבור זה הקנאת כפל, וצ"ב בזה.

ועיוין בפי' רבנו יהונתן הכהן מלוני"ל שכתב להדיא דמאי דאמרינן כל לא ידענא פשיעותא היא חיובו מדין פשיעה שחייב עליו שומר חנם הוא ולא מדין מזיק בעלמא, ויסוד חידוש הגמ' בזה לדבריו, דאין חיוב השמירה כולל דווקא שמירת החפץ אלא גם החזרתו, אשר ממילא בנ"ד דפשע בחזרתו, שפיר הוי בכלל פשיעה.

(מד) רש"י ד"ה ואייקר - יתר על הדמים שפרע לבעלים - צ"ב לכאורה אמאי הוצרך לפרש כן ולא פירש כפשוטו דאייקר טפי ממה שהיו שוין מתחילה. וביאור דבריו, וכן אמר מו"ר זצ"ל, דהנה לכאורה יש לדון מתי אייקר, ובפשטות תליא הך מילתא בב' לשונות הגמ', דאי הקנאת הבהמה או הקנאת הכפל והיוקרא הוא משעת משיכה, זוכה בכל יוקרא שנתייקר משעת המשיכה והלאה. וללישנא הב' דזוכה שעה אחת קודם הגניבה, צ"ל שנתייקר משעת גניבה ואילך. אך נראה דאף לל"ק אינו זוכה אלא ביוקרא דנתייקר משעת גניבה והלאה, והיינו טעמא,

כמו שכתבנו לעיל דמאחר דהתנאי הוא כשתשלמני, פירוש דישלם לו כחיוב גניבה דהיינו כשעת הגניבה, ונמצא דאם נתייקר עד שעת הגניבה משלם לו השומר כיוקרא דשעת הגניבה, אשר ממילא נמצא דאינו למעשה זוכה ביוקרא אלא במה שנתייקר אחר הגניבה. אשר זהו כונת רש"י במה שכתב דמדובר בסוגיין דאיירי ביוקרא שנתייקר יתר על הדמים ששילם לבעלים, דעל היוקר שעד אותו הזמן הרי שילם כיון דמשלם כשעת הגניבה.

ועי' חידושי הריטב"א (החדשים) שכתב דאייקור בתר שומא והיה השומר סבור דיוקרא דידי' הוא. וצ"ב אמרי לא פירש דנתייקר משעת הגניבה. ופשוט דהריטב"א לטעמ' דפירש לעיל ל"ד ע"א ד"ה א"ד אמר רבא וכו' דדוקא בגניבה הוא דאמרינן הכי אבל באבדה דכל היכא דאיתא מצי מקנה לה בשעת תשלומין דווקא מקני לה, והיינו משום דס"ל דאבדה חשיבא ברשותי, ודלא כגניבה. לכך בנ"ד דמיירי באבדה, להריטב"א לשיטתו אין ההקנאה אלא בשעת תשלומין, דהיינו משעת שומא. (ממו"ר זצ"ל)

(מה) אמר רבא הוה יתיבנא וכו' ואמרי לי' שילם ולא רצה לישבע וכו' - עי' ריטב"א החדשים שהקשה מאי ס"ד למימר דינא דמתני' הכא, הרי התם שילם מדעתו ולא רצה לפטור את עצמו, והכא הרי לא רצה לשלם כלל אלא רצה לישבע ולפטור וב"ד הוא דגבו מיני, ותי' דרבא דסוגיין לטעמ' אזיל, דס"ל דאף בנשבע ואח"כ שילם זוכה בכפל ומפרש רישא דמתני' שילם ולא רצה לעמוד בשבועתו, אשר לדידי' שפיר ס"ד דכמו דבנשבע שהטריחו בשבועה מ"מ כיון דסו"ס שילם אית לי כפל, כמו כן בנ"ד אף דהטריחו מ"מ כיון דסו"ס שילם אית לי כפל.

ועי' חידושי הגרע"א שהקשה דאכתי הא במתני' הא שילם ע"פ הודאתו משא"כ בזה שאמר לא ידענא לא היה דרך הודאה אלא אדרבה דעתו היה לפטור עצמו, ומתחייב ע"פ פסק ב"ד ולא מצינו בכה"ג דאקני לי כפילא. וודאי דיקשה לשיטת רמב"ן ודעמ' (אשר ביניהם הוא הריטב"א החדשים) דמ"ש מהיכא דאיכא עדים שפשע דאינו זוכה בכפל, ע"ש כל דברי הגרע"א. אכן לדברי הריטב"א נראה דאית שפיר, דכך הוא ביאור שו"ט דהש"ס, דס"ד דרבא לשיטתו לומר דבאמת היכא דאטרחי' בשבועה ודאי דחשיבא טירחא, וע"כ דמאי דמקני לי' כפילא אינו עבור הטובה שבו, דלהיפך אינו מסתכל עליו כאילו עשה לו טובה כיון שהרי הטריחו בשבועה, אלא ס"ד דהקנאת הכפל הוא עבור מה שהיה יכול לפטור עצמו ולמעשה שילם, דכיון ששילם בסוף קנה הכפל, כלשונו של הריטב"א, אלא דמסיק רבא דלעולם אין הקנאת הכפל אלא עבור טובת מה שלא פטר את עצמו, ונהי דהטריחו בשבועה, מ"מ לא הטריחו בתשלומין והרי עצם התשלומין שפיר הוי טובה, משא"כ בנידון דידן, ודוק.

ונראה דכל קושי' זו דהריטב"א אינו אלא לשיטתו, דס"ל ולהרמב"ן דיסוד הקנאת הכפל הוא עבור מה שלמעשה היה יכול לפטור את עצמו ולא עשה כן, וכמו שלמדו מסוגי' דלעיל ל"ד ע"א. אכן לדעת הרשב"א הרי יסוד הקנאת השבועה הוא למסקנא עבור מה שלא הטריחו, ומקנה לו בשעת המסירה היכא דאית לי' פטור בהלכות שומרים עבור מה שלא ישתמש בפטור זה אלא ישלם חיוב שמירה דידי' ודבר זה מבואר מדבריו דנתחדש בתירוץ דידן דאטרחי' ולהכי ליכא כפילא, אשר לדידי' לס"ד דרבא לא הוה אמרינן כן, הוה ס"ל דהקנאתו הוא עבור עצם מה ששילם מה שדיני שמירתו מחייבן אותו לשלם, אשר זה שפיר שייך אף הכא, וז"פ.

(מו) תו"ד"ה אטרחי' לב"ד - עי' רש"י ב"ק ק"ח ע"א ד"ה תבעוהו בעלים לשומר חנם ונשבע שכתב, וז"ל: שנגנבה ונפטר ואח"כ שילם לפניו משורת הדין, עכ"ל. ובחידושי הגרע"א הביא בשם הג' ר' לייב דיין לדייק מדבריו דמאי דס"ל לרבא דמקנה לי' כפילא אף היכא שנשבע אינו אלא היכא דמשלם לפניו

משורת הדין. וע"פ דברי רש"י ל"ק קושיית התוס' בסוגיין, דנהי דס"ל לרבא דאף היכא דאטרחי' אית ל"י כפילא, מ"מ הרי זה אינו אלא היכא דמשלם לפנים משורת הדין, אבל בסוגיין דכל לא ידענא פשיעותא היא, הרי מדינא הוא דמשלם ואף לרבא לית ל"י כפילא. ומדברי התוס' שלא שהקשו מבואר דלא מחלקים בהכי וס"ל דאף היכא דמשלם מעיקר הדין אית ל"י כפילא (אלא דס"ל לעיל ל"ד ע"א דדווקא היכא דשילם הוא דאית ל"י כפילא ולא היכא דאמר הריני משלם).

מז) למימרא דסבר רב נחמן דשומא הדר- ביסוד
דין שומא הדרא דתקנו משום ועשית הישר והטוב נחלקו הראשונים לעיל פ"ק דף ט"ז ע"ב, ע"ש בחידושי הר"ן דהרמב"ן והרשב"א ס"ל דצריך לחזור ולקנותו, וכ"כ בריטב"א החדשים בסוגיין, ואילו הר"ן שם ס"ל דאין בזה קנין אלא סילוק, ולדבריו הגדר הוא לכאורה דהוי כשלו רק לזמן שאינו משלם לו. ומדברי הריטב"א החדשים בסוגיין מבואר להדיא כדברי הרמב"ן והרשב"א, ע"ש שכתב בד"ה הדרי כיפי וכו' "דכי הדרא למרי' צריך למיכתב שטר מתנה כדאיתא בפ"ק", והוא להדיא כדבריהם. וכן בהמשך הסוגי' בד"ה זבנה אורתה וכו' כתב בסופו דהיכא דשמו ארעא לקטן לא הדרא עד דגדיל וידע לאקנוי, אשר זהו לשיטתו דצריך לחזור ולהקנות לו.

ויעויין אמרי בינה דיני גביית חוב סי' ז' שחקר במאי דאמרין לקמן דהדרא נמי ליורש אי היינו מדין ירושה דירוש הזכות מאביו, או דהוי תקנה ישירה להיורש, דכמו דהוי עשיית ישר והטוב שיוכל האב לפדות כמו כן הוי עשיית ישר והטוב שיפדה היורש, ותלה הדבר בפלוגתת ראשונים הנ"ל, דלשיטות דבעי קנין, הרי אין לו זכות וקנין בגוף הקרקע, ולית ל"י אלא זכות גרידא, אשר הוא דבר שאין בו ממש ואינו מוריש, וע"כ דהוי תקנה ישירה בהיורש. אכן להשיטות דלא בעי קנין, נמצא דשפיר אית ל"י להאב כבר עכשיו דין שהוא שלו לאחר שישלם למלוה, ומטעם זה הוא שחוזר אליו, אשר זה שפיר ניתן לירושה ולא בעינן למימר דהוי תקנה מיוחדת להיורש, ע"ש כל דבריו.

מח) רש"י ד"ה דהו כיפי מעיקרא- שהרי בתחילת
השומא הוי הנזמים בידו ולא היה יודע דאילו היה יודע שכן לא שמו לו הטרקלין וכו'- מבואר מדבריו דלא אמרין דהוי שומא בטעות אלא היכא דהיה אצלו כבר בשעת השומא, ולא נגב ממנו כלל, וכן דקדקו הראשונים גם מדברי הר"ח בסוגיין, ע"ש שכתב דהוי טעות כיון שלא נאבד כלל. אכן שא"ר, הרי הם הרמב"ן הריטב"א (החדשים) ודעמ' ס"ל דאף היכא דנגב או נאבד אם אך נמצא בסוף חשיב שומא בטעות, ולא גרסי אלא דהו כיפי. והנה הריטב"א הקשה מה שייך בסוגיין שומא הדרא, הרי כיון שנמצאו כיפי שוב מוכרח שאין האפדנא שלו, ולא שייך דין שומא הדר אלא אילו הוה אמרין דהאפדנא הוא עכשיו של בעל הכיפי והכיפי של בעל האפדנא, וחדש דמאן דקארי לה ס"ל דאף דהיכא דאטרחי' לא מקנה ל"י כפילא ויוקרא, מ"מ גוף הכיפי שפיר מקנה ל"י, ושפיר שייך הכא דין שומא הדרא, ומשנינן דבאמת שפיר הוי שומא בטעות, וכסברת המקשן, דמדאית ל"י לכיפי שוב אין האפדנא שלו ול"ש הכא שומא הדרא כלל. וד"ז יקשה לכאורה לשיטת רש"י והר"ח, האין אמרין דהיכא דבאמת נגב או נאבד ואח"כ נמצא שייך בזה דינא דשומא הדרא, הרי הכיפי ע"כ של בעל הכיפי ושוב לית ל"י לאפדנא, וצ"ב. והנה יסוד דברי הריטב"א נבנה אמאי דע"כ כיון דאית ל"י לכיפי שוב ממילא חוזרת האפדנא לבעל האפדנא. ונראה דיתכן דאין זו סברא פשוטה, וכן ראיתי שכתב בבנין דוד (חידושי ר' דוד דוב) בסוגיין, דבאמת הרי מה שגבה ממנו לאפדנא הרי כדן גבה, דכיון דכל לא ידענא פשיעותא היא הרי מחוייב לשלם ואינו יכול לדחותו עד לאחר שימצאו הכיפי, וכיון דכדן זכה באפדנא מנ"ל דהיכא דאח"כ מצאו לכיפי ידידי' דיתחייב להחזיר האפדנא. ועכצ"ל דאף דלא

הקנה ל"י בגוף הכיפי כלום, מ"מ עצם התשלומין נותנת לו זכות בהכיפי לעכבן אצלו אא"כ יחזיר לו האפדנא שהיה תשלומין על הכיפי, ואף דלית ל"י תביעה לבעל הכיפי להחזיר לו אפדנתו, מ"מ אין הכיפי חוזרים לבעליהן אא"כ יחזיר האפדנא. אשר לפ"ז שפיר שייך בכה"ג שומא הדרא, דדווקא מדין שומא הדרא הוא דיכול לתבוע אפדנתו מבעל הכיפי, ודוק.

ומה דפליג הריטב"א וס"ל דהיכא דמצאו לכיפי פשיטא דחזרה אפדנא לבעלה, י"ל דפליגי ביסוד הגדר דשומא, דס"ל להריטב"א דמדן גבייה הוא דאיתנן עלה, כלומר, דהוי ביסודו גבייה במקום הכיפי, אשר ממילא היכא דנמצאו הכיפי, דהויין ממילא ידידי' כיון שלא הקנום לשומר היכא דאטרחי', שוב הרי נפקע מאליו הך גבייה אשר היא ביסודה במקום הכיפי, אשר זהו דפשיטא ל"י דלא שייך בזה דין שומא הדרא אלא שומא בטעות הוא דהוי. אכן רש"י ס"ל דגדר שומא אף אי שומא הדרא הוא דהוי כמין מכר, וכדמרמוז מדבריו שכתב דלמ"ד שומא לא הדרא הוי כמכר גמור, דמשמע דאי שומא הדרא הוי שפיר כמכר אך לא כמכר גמור, כלומר, דכיון דעכשיו דליתנחו לכיפי הרי יש לו חיוב לשלם, וכד נחתי ב"ד לנכסי וגבו לאפדנא מיני', הביאור הוא דנגד החיוב לקחו האפדנא, אשר בזה, כיון דהחיוב היה שפיר כדן, שפיר הוה קיימא אפדנא גבי' אף כי הדר אשכחן לכיפי אי לאו דאית ל"י זכות בהכיפי לעכבן עד שמחזיר לו אפדנתו, ולעולם אין האפדנא חוזרת ממילא בלאו דינא דשומא הדרא אלא היכא דבשעה שנתנו לו האפדנא באמת הוה כיפי ברשות הך נפקד, דהוי עצם גביית האפדנא טעות.⁸

(א) אפשר לבאר באופן אחר, דאין יסוד פלוגתתם בגדר דין שומא אלא בגדר חיובא דשומר לשלם היכא דנאבדה הפקדון, דהריטב"א ס"ל דיסוד מדין השבה, אשר ממילא היכא דנמצא הפקדון שוב בטלה לה הך גבייה, ורש"י והר"ח ס"ל דיסוד חיובו הוא על מה שנאבד, ע"ד שהבין הגרע"א, הבאנו דבריו לעיל, אשר לפ"ז הרי כיון דעכשיו חיוב לשלם ושיילם חיוב זה בהאפדנא, היה בעצם נשאר דבר זה אף לאחר שנמצאו הכיפי ולהכי מוכרח כנ"ל דכיון ששילם אית ל"י זכות בכיפי לעכבן עד שיחזירו לו אפדנתו.)

[ונדרך אגב, ממש"כ הריטב"א בביאור קושיית הגמ' דהיכא דאטרחי', אף דאינו מקנה לו יוקרא או כפילא מ"מ גוף הכיפי מרנה לנו, מוכרח לפ"ז דהיכא דלא אטרחי' מקנה לו גוף הבהמה נמי, דהא לא שייכא כלל למימר דהיכא דאטרחי' מקנה לו גוף הכיפי והיכא דלא אטרחי' לא, וכן מבואר נמי מהמשך לשונו של הריטב"א בביאור ת"י הגמ' דהוי שומא בטעות, והוא לכאורה דלא כהמבואר מדברי הריטב"א לעיל שפירש בפירושו ה"ב דמאי דלא מוקמינן הא דשילם לבנים דמירי שהיתה הגניבה אחר מיתת אביהם הוא משום דאין אדם מוריש קנס לבניו, וכמש"כ הכס"מ, דלפ"ז ע"כ צריך לחלק בין זה לשילמו בנים, דהתם זוכה בישרות מהמפקיד, אשר מוכח מזה דגוף הבהמה היא לעולם של המפקיד ואינו מקנה לו אלא פרה לכפילא. וכן כתב באמת הריטב"א להדיא לעיל דמקנה לו גוף הפרה וחיוב הכפל חייל להשומר ולא להמפקיד, ועכצ"ל דלהריטב"א יש ישוב אחר אמאי

⁸ ולדעת רש"י צ"ב לכאורה האין ס"ל דלא ליהוי שומא בטעות מאחר דמעולם לא נאבד. ולכאורה צ"ל דס"ל דאף שלמעשה הכיפי צרכות השומר, מ"מ חובת השמירה מחייבתו להחזיר הפקדון למפקיד כשדולה, ואף אך אינו יודע היכן הם חייב מדינא, באופן דמה שגבו ממנו האפדנא מדינא הוא וכשנמצאו הכיפי שפיר שייכא לשומא הדרא, אלא דמסקינן דבכה"ג הגדר הוא דלחיובא למפרע שלא היה דין גביית אפדנא כלל והוי שומא בטעות, דעד כמה שהם צרכותו אין לו חיוב תשלומין אלא חיוב להחזיר הכיפי עצמם.

לא אמרין גבי שילמו בנים דאין אדם מוריש קנס לבניו, וצ"ע.]

והנה יעויין חידושי אנשי שם אות ג' שכתב דממאי דאמרו בסוגיין דמאי דלית ל' להשומר יוקרא הוא משום דאטרחי' מבואר כדברי רש"י ודלא כהרמב"ן, דלדידי' הול"ל דהוי שומא בטעות ולהכי לית ל' יוקרא. וכן כתב דמאי דפירשו הראשונים במתני' ריש פירקין דאבידה דנקט במתני' היינו לענין כפילא, זהו דווקא לשיטת רש"י אבל לשיטת הרמב"ן הרי הוי שומא בטעות ואין תשלומיו תשלומין כלל ולית ל' יוקרא.

ונראה לכאורה פשוט דע"פ דברי הריטב"א אתיא סוגיין שפיר, דהא מאי דהוי טעות היינו משום דאית ל' להמפקיד לכיפי, והיינו משום שלא הקנום להשומר כיון דאטרחי', אכן אילו היה מקנם לו לא היה בזה שומא בטעות, דהרי הכיפי שפיר הויין דבעל האפדנא, והדר הוי שפיר האפדנא של בעל הכיפי, ומאי דאמרו דהוי שומא בטעות אינו אלא לאחר דאמרין דלא מקנה ל' יוקרא כיון דאטרחי'. וכן מדין יוקרא דגבי אבידה במתני' ליכא ראייה דהא התיב כיון דשילם שפיר מקנה לו ושוב ליכא בזה שומא בטעות, ודברי החידושי אנשי שם צ"ב. (עיי' דברי חיים דיני שומרים סי' ט"ו, ודברות משה סי' מ"א הערה י"ב שכתבו כעין זה.)

והנה כתב הרמב"ם פ"ח מהל' שו"פ ה"ג דאם חייבוהו ב"ד ונטלו ממנו את דמי הפקדון בעל כרחו ואח"כ הוכר הגנב או נמצא הפקדון "יחזיר לבעלים כמו שהוא ומחזירין לשומר הדמים שלקחו עליו ואם כלים או קרקע גבו ב"ד ממנו בשומא מחזיר לשומר כליו או שדהו". ומבואר מדבריו דגם בגניבה שהוכר הגנב כן הוא הדין דמהדרין ל' את הכלים או הקרקע שגבו ממנו, אשר הוא דלא כרש"י דליתא לד"ז אלא היכא דהוי תמיד אצלו. וממה שכתב דדין זה הוא בין בקרקע בין במטלטלין מוכח דאין דין מזה מדין שומא הדר, דהא פסק הרמב"ם להדיא בפכ"ה מהל' מלוה ולוה דדינא דשומא הדר נאמר רק בקרקע ולא במטלטלין, והכא כתב דהוא גם במטלטלין, ועיי' דטעמא הכא הוא משום דהוי שומא בטעות, וכסוגיין. מבואר מדבריו דאף בגנב חשיבא שומא בטעות, ודלא כרש"י. אלא דצ"ב לכאורה אמאי באמת חשיב שומא בטעות דלכאורה אין כאן טעות כלל.⁹

וצידד מו"ר (חידושי רבי נחום אות מ"ד, מכתב יד) דאפשר דצ"ל דס"ל להרמב"ם דדין התשלומין דשומר הוא רק כל זמן שלא נמצא הפקדון ומהאי טעמא גם בגנב הפקדון ואח"כ הוכר הגנב כל חלות התשלומין הם רק עד מציאת הפקדון אבל לאחר שהוכר הגנב בטלו התשלומין כיון דהוי רק עד מציאת הפקדון ומה"ט ס"ל להרמב"ם דכשנמצא הגנב הפרה חוזרת בעיניה לבעלים דבשעה שהוכר הגנב בטלו התשלומין וא"כ לא שייך שיקנה את החפץ בעין. ונמצא דלדעת הרמב"ם כשנמצאת הפרה חוזרת היא בעיניה אבל קודם לכן הרי היא של השומר רק בשיוור של שבחא

⁹ וברמב"ן כתב דשפיר הוי טעות דכח"ג, שכתב, ח"ל: נראה לי דלע"פ שאלו הכיפסי ועכשיו נמצאו הויא שומא בטעות דלחוי לא הוה מחוייב ולא מידי כיון דהשתא הדר לאו ממנוא בעיני' ולא דמי לשומא 'דעלמא' דאלו התם ודאי חייב הוא לפורעו ממונו וכבר פירעו אצל הכא אם היה מחזיר לו פקדונו אינו חייב לו כלום ועכשיו הרי הוא מחזירו לו ואיגלאי מילתא דלא הוה גבי' כלום דפקדון כל היכא דלחית' ממונו דבעלים הוא ואלו היו יודעים בלוחה שעה שימלאו הכיפין מי נחתין לנכסי, עכ"ל, אך לא יספיק דבר זה בדברי הרמב"ם, דהא סברא זו מבואר דבדבריהם נזכרה אמאי דפקדון כל היכא דלחיתא בראשונה דמרא איתא, מה דלא שייך אלא בלחיתא ולא בגניבה, והרמב"ם הרי כתב כן גם בנגנב. אלא דהריטב"א הג"ל כתב כן גם בנגנב ולא הזכיר הך סברא דפקדון כל היכא דלחיתא וכו'.

דמגופא. ולפ"ז באמת אין טעם דין זה משום שומא בטעות, עיי' ראשונים שכתבו דהרמב"ם לא גריס בסוגיין דהו"ל שומא בטעות, אלא דין אחר של שומא הדרא הוא דהתשלומין הדרי לשומר לאחר מציאת הפקדון.

והנה מכל הני שיטות הנ"ל מבואר דהנידון דשומא הדרן בסוגיין הוא ביחס להאפדנא, ולא לגבי הכיפי, והיינו לכאורה משום דאין הכיפי בתורת שומא, ר"ל גוביינא. אכן יעויין במודפסים בשם הריטב"א שפי' דהנידון דשומא הדרא שפיר הוי ביחס להכיפי, וארווח בזה קושיית הראשונים האיד שייך הכא שומא הדרא, הרי הוי בע"כ דבעל האפדנא דהוא הרי רוצה הכיפי, ולדברי הריטב"א אה"נ הנידון הוא בבעל הכיפי ולא בבעל האפדנא, עיי' כל ביאורו בזה. ולדבריו יסוד שומא הדרא אינו דין מסויים בגוביינא, אלא בכל מקום שיש לו חפץ אחר במקום חפץ ידידי' בע"כ והיה באמת רוצה בחפץ ידידי', כאשר כתב שם להדיא, עיי'. ולדבריו יוצא דדין שומא הדרא הוא אף במטלטלין, וכ"כ להדיא, ודלא כשיטת הרמב"ם. וצ"ב לדבריו אמאי בעינן לדין שומא הדרא בכדי דנימא דהדרי כיפי למפקיד, הרי מעולם לא קנה הכיפי, אע"כ צ"ל בפרט זה כמשי"כ בריטב"א החדשים דס"ד דאף היכא דאטרחי' עכ"פ הקנה לו גוף הכיפי.

והנה לפי פשוטות ביאור דברי הגמ', המפקיד רצה את האפדנא לעצמו והנפקד רצה שיחזירו לו תמורת הכיפי, ופסק ר"נ דהמפקיד מחויב להחזיר לנפקד את האפדנא דילי', אשר זהו דמוכחין מדברי ר"נ דשומא הדרא ועל ידי חזרת הכיפי דינו להחזיר את האפדנא. ונמצא לפ"ז דהוי בדין זה ב' נידונים נפרדים, הא', שיוזכר בעל האפדנא בכיפי מאחר ששילם מדינא דמתני' דידן, אשר על זה אמרין דמאחר דאטרחי' אין המפקיד מקנה לו, והב', מדין שומא דאי לא הדרא מאחר שגבה המפקיד האפדנא שוב ישאר האפדנא אצלו ויזכה בעל האפדנא בכיפי.

אכן יעויין בדברי הר"ח בסוגיין שכתב, וז"ל: מרי' דכיפי אמר הב לי כיפאי וטול אפדנא והלה אומר לא כי אלא מעינדא דשקלית לאפדנאי זכינא אנא בכיפי וברשותי אוקירו ודן ר"נ כיון דהא שומא דשמו לי לאפדנא שומא בטעות הואי דהא הוה כיפי ולא אבדו וק"ל פקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמרי' קאי לאו שומא הוא והדר אפדנא למרי' והדרי כיפי למריהו, עכ"ל. ומבואר מדבריו דבהך עובדא היה עיקר הנידון ביניהם על הכיפי ולא על האפדנא דהנפקד טען שזכה בכיפי על ידי התשלומין והמפקיד אמר הב לי כיפאי וטול אפדנא. ודבריו לכאורה צ"ב האיד זכה השומר בכיפי על ידי התשלומין, הרי מאחר דאטרחי' אין דעת המפקיד להקנותו לו.

ואשר מבואר לכאורה מדבריו, וכן אמר בזה מו"ר זצ"ל, דהנפקד יכול לזכות בכיפי על ידי עצם התשלומין, דאף שהמפקיד לא הקנם לו, מ"מ מאחר שהנפקד שילם לו את דמיהם הרי הוא זוכה בהם בלא קנין, דכללל הוא דכל היכא שקבלו הבעלים דמי החפץ בתורת תשלומין הוי החפץ ממילא לנפקד בכל מקום שהוא. אשר זהו יסוד טענת הנפקד דעל ידי התשלומין דהאפדנא ממילא זכה הוא בכיפי וממילא ביוקרא (דע"כ מיירי ביוקרא שנתייקר אחר התשלומין), כלשון הר"ח "ומעידנא דשקלית לאפדנאי זכינא אנא בכיפי בכל מקום שהם וברשותי אוקירו". וביאור דברי ר"נ להר"ח, דמאחר דבאמת לא נאבדו הכיפי נמצא דהוי שומא בטעות, וממילא אין תשלומין דהאפדנא תשלומין אשר ממילא לא זכה בכיפי. (ומבואר מדבריו דמאי דהוי בטעות אינו אלא משום דפקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמרי' איתא, ואל"ה הוה חשיב באבידה אף כשהוא בבית השומר כיון שאינו יודע היכן הוא.) ולדברי הר"ח נמצא דכל הנידון בסוגיין היה מצד זכיית הכיפי, אלא דמעיקרא היה מצד שיוזכר בהו על ידי תשלומי האפדנא, אשר עיי' הקשה רבא דאף בלא זה היה צריך לזכות מצד הקנאת המפקיד כדינא דמתני'.

אלא דאכתי צ"ב האיך פ"י הר"ח מאי דקאמר בגמ' "למימרא דסבר ר"נ שומא הדר", דבשלמא למסקנת הגמ' דהוי שומא בטעות שפיר איכא למימר כנ"ל, דכיון דהיה השומא טעות ממילא אין התשלומין תשלומין ולא זכה בכיפי, וכנ"ל, אך להו"א דחלה השומא רק דהדרא, צ"ב מה בכך דהדר, הרי כיון דהיה השומא שומא שפיר היו התשלומין תשלומין והיה לנו לומר שזוכה בכיפי על ידי התשלומין. ועוד דקדק מו"ר זצ"ל, דהנה הר"ח פ"י את דברי רב נחמן דהו"ל שומא בטעות, וצ"ב מנ"ל הך מילתא, הא לא אמרו בגמ' כן אלא לדחות דלא ליהוי ראייה דשומא הדרא, אבל לדין דק"ל דשומא הדרא מנ"ל להר"ח דטעמא דר"נ משום דהוי שומא בטעות, דילמא טעמי משום דשומא הדרא.

ואמר מו"ר זצ"ל בזה, דהנה לקמן בגמ' איתא דהא דשומר הדר הוא מדין ועשית הישר והטוב, אשר פירושו דבאמת שפיר הוי שומא ואינה בטילה אלא דרמי על המלוה לחזור ולמכרה לו מדינא דועשית הישר והטוב, וכ"ה להדיא ברמב"ן הנ"ל לעיל בדף ט"ז דדין שומא הדר הוי מקח חדש ובעינן שהמלוה יקנה ללוה את הקרקע בא' מדרכי הקנינים. (והר"ן פליג וס"ל דלא בעינן בזה קנין, ע"י מה שכתבנו בזה לעיל). ועפ"ז מסבירא דהך זכות אינה מגרעת את זכות הנפקד ביוקרא דסו"ס מעיקרא היה כאן תשלום מעליא אלא שהלוה חזר אח"כ וקנה את הקרקע. ונראה דבהו"א בסוגיין דנה הגמ' לפרש להך דינא דשומא הדר באופן אחר, דהלוה אית לי זכות ממון לבטל את השומא, וטעם הדבר, דבכל שומא הרי לית לי למלוה רשות לטול עצם הקרקע, וכל זכותו לטול אינו אלא כדי להשיג על ידי זה כסף ידידי, אשר ממילא אחר שהלוה השיג כסף בטלה סיבת השומא ולהכי מצו הלוה להכירחו לבטל את השומא ולהחזיר לו את הקרקע (והיא לכאורה באמת דעת הר"ן). ועפ"ז אתיין שפיר דברי הר"ח, דבאמת למאי דמסקינן דטעמא דשומא הדר הוא מלתא דועשית הישר והטוב, אין זה ענין לנידון דידן כלל, אכן מעיקרא קס"ד להוכיח מדברי רב נחמן דטעמא דשומא הדר הוא משום דאית לי ללוה זכות לבטל את השומא, ולהכי אהני נמי הך דינא לבטל את זכיית הנפקד בכיפי דכיון דעל ידי חזרת הכיפי בטלו תשלומי האפדנא ממילא בטל נמי קנינו של הנפקד בכיפי, ועל זה דחי בגמ' דטעמי דר"נ לא הוי מדין שומא הדר אלא משום דהוי שומא בטעות. ומיושב גם בהכי מאי דהוצרך הר"ח לשומא בטעות, דלמאי דמסקינן דטעמא דשומא הדרא משום ועשית הישר והטוב, איך לזה ענין כלל לנידון, אשר ממילא הוצרך הר"ח לפרש דטעמא דרב נחמן משום שומא בטעות.

מט' תוד"ה זבנה כ"ה - וי"ל דהראשון מן הדין נמי אין מחזיר שמכורה היא לו שהרי אוכל פירות בלא נכיתא אלא משום ועשית הישר והטוב מהדר וכלך שני לא מהדר - מש"כ דמדינא אין הראשון מחזיר משום דמכורה היא לו צ"ב, דהרי המלוה לא זכה בקרקע בתורת מכירה אלא בתורה גביית החוב. ואמר מו"ר דמבואר מדברי התוס' דמה שגובה המצוה קרקע אין פירושו דמהלוה נוטל את הקרקע בפרעון חובו, דלעולם אין עיקר דינו אלא לגבות דמי החוב, הא דבדליכא מעות גובה קרקע, גדרו דהמלוה יש לו זכות לקנות את הקרקע מן הלוה תמורת החוב. אשר זהו שכתבו התוס' דמן הדין זכה המלוה לגמרי בקרקע בתורת מכירה. וכן דייק מו"ר זצ"ל מדברי רש"י בסוגיין שכתב בד"ה דהא הוה כיפי, וז"ל: אבל שומא שבית דין שמין על שאין לו מעות והוא חייב לו הרי הוא כמבר גמור ואינה חוזרת, עכ"ל, וצבנאר צדברחן דשנץ הקרקע הן בבחינת "מכר גמור", והוא כנ"ל.

ג' רש"י ד"ה לוקח הוי - דין לוקח נתנו בו חכמים הלכך לא מיהדר וכו' - מבואר מדבריו דאף לענין דלא מיהדר בעינן למאי דהוי לוקח ואילו היה יורש הוה מיהדר, והוא דלא כמש"כ התוס' בד"ה לוקח דלא בעינן לחידוש דהוי לוקח אלא לענין לא מהדרין לי,

דאילו היה יורש שומא הדרא לירוש. ולרש"י מאי דאמרו לעיל דארותה לא הדרא, היינו כמש"כ הרא"ש ושאר בסוגיין, דדווקא בירושה כמו מתנה, שכתב לו מחיים לתת לו שדה פלוני, דשפיר איכא למימר בזה דאדעתא דארעא נחית, אבל בירושה דממילא דעומד במקומו, בזה הרי ליכא למימר דאדעתא דארעא נחית, דהא לא קנה כלל אלא דשלו הוי ממילא. ומאי דנאדו התוס' מחילוק זה וס"ל דאף בירושה דממילא אמרינן דלא הדרא, י"ל ע"פ מה שיש לדקדק בלשון סוגיין גבי יהבה זבנה אורתה, דהני מעיקרא אדעתא דארעא נחית ולא אדעתא דזווי נחית, דלכאורה אית בזה שפת יתר, דלא הו"ל אלא דאדעתא דארעא נחית ומה זה שהוסיפו דלאו אדעתא דזווי נחית, פשיטא דאי אדעתא דארעא נחית לא נחית אדעתא דזווי. אלא מבואר מזה דעיקר עשיית הישר והטוב דשומא הדרא היינו משום דאדעתא דזווי נחית, וכל היכא דלא נחית אדעתא דזווי ליכא דין שומא הדרא. אשר זהו דס"ל להתוס' דאף ירושה דממילא לא הדרא, דנהי דלאו אדעתא דארעא נחית, מ"מ א"א נמי למימר דאדעתא דזווי נחית. ורש"י והרא"ש ס"ל דאם אך לא נחית אדעתא דארעא שפיר אית בזה משום עשיית הישר והטוב ונקטינן דשומא הדרא.

ועיקר מאי דהיכא דשמו מינה דאשה ואינסיבא ומתה בעל בנכסי אשתו לוקח הוי ולא מהדרין לי, מפשטות דברי הש"ס משמע דאי היה סתם יורש לא הוה מהדרין ודווקא משום דלוקח הוא דלא מהדרין. ולכאורה צ"ב מה שייך בזה דין ירושה, הא במתה אשתו אחר השומא לא היתה הקרקע בידה בשעת מיתתה והבעל לכאורה לא ירש כלום בהך שדה. וביאר בזה מו"ר זצ"ל דגדר התקנתא דשומא הדר אינו רק כפיה על עשיית ישר וטוב, אלא תקנו שיהא ללוה זכות ממון בשדה לחזור ולקנותה מן המוכר מתורת דמי ההלוואה, ועל זה שפיר שייך דין ירושה, דירשי הלוה ירשו מאביהם זכות בקרקע לחזור ולקנותה מן המלוה, ובבעל אינו כן אלא עשוהו כלוקח.

נא' רש"י ד"ה לוקח הוי - היכא דשמו לה ואינסיבא ומתה וכו' - מבואר מדבריו דמייירי הכא דמתה, ונחלקו בביאור דבריו הב"י והב"ח בחו"מ סי' ק"ג, דהב"י כתב דמה דלא מהדר ולא מהדרין לי הוא דווקא בכה"ג אבל בזמן שהיא חיה פשיטא דאין עליו דין לוקח מחיים ושפיר ולהכי מהדר, וכן מהדרין לה, דכיון דהוא אינו לוקח והוי לגמרי שלה שוב מהדרין לי דבאמת הוי כאילו היא עשתה. אכן הב"ח כתב דאף לרש"י יש לו דין לוקח מחיים, ומאי דמייירי במתה היינו משום דמחיים ליכא חידוש במאי דהוי לוקח, כיון דלא שייך שיהא יורש מחיים, ודווקא במתה הוה ס"ד דליהוי יורש קמ"ל דלוקח הוא. ובש"ך נקט אף הוא כדברי הב"ח וביאר הדברים דאף דמחיים אין לו אלא קנין פירות בלבד שאינו כקנין הגוף, מ"מ מתקנת אושא נעשה כשמתה לוקח למפרע מחיים ולהכי שפיר חשיב לענין זה כלוקח מחיים.

ועי' קצוה"ח סי' ק"ג שהוכיח מדברי רש"י בהחובל דלעולם מצד תקנת אושא לא נעשה לוקח מחיים, אלא כל יסודו מחיים דאלמוה רבנן לשעבודי, והוי קנין פירות דבעל לר"ל ככל קנין פירות לר' יוחנן דכקנין הגוף דמי. אשר לפ"ז מבוארים היטב דברי רש"י לשיטת הב"י, דבאמת מחיים אף לאחר תקנת אושא לית לי דין לוקח, ושפיר היה דינא דמהדר.

ועי' ראשונים בסוגיין דאיכא מינייהו שפירשו דמייירי מחיים, (עי' חידושי הר"ן) והירוחו בזה מה שהקשו התוס' דהא אף אי הוי יורש לא מהדר, דהא אמרינן דאורתה לא הדרא, דכיון דמייירי מחיים הרי לא הוי יורש ולהכי אין הא דלא מהדר אלא משום דהוי כלוקח. אכן יעויין ריטב"א החדשים דאף מחיים שייך שיחשב כיוורש, ור"ל לכאורה דאינו כלוקח שלקח הוא הבעלות מהאשה, אלא דהוי כירושה דהוא נכנס במקום האשה, אך פשיטא לכאורה דאינו יורש ממש מחיים.

(נב) תוד"ה לוקח הוי- אפי' אי הוי יורש לא מהדר וכו'- מבואר מדבריהם דמייירי שמתה, דאילו מחיים הרי בפשטות אינו יורש ואין הטעם דמהדר אלא משום לוקח, וכן מוכח מהמשך דבריהם גבי לא מהדרין ל' דמייירי דמתה. ולדבריהם ע"כ דמאי דמייירי במתה אינו כמש"כ הבי' דבעודה בחיים אין דינא הכי, דהא שפיר ס"ל דמצד תקנת אושא הוי לוקח מחיים, כאשר הביא בקצוה"ח הנ"ל מדבריהם בכתובות דאין תקנת אושא תלויה בשעבוד לפירות כלל אלא ע"כ הוי קנין על גוף השדה גם מחיים.

(נג) תוד"ה לוקח הוי- ואע"ג דבפרק י"ג מסיק דטבא ל' עבדו ל' וכו'- ובש"ך חו"מ ק"ג תמה על דבריהם דלא מצינו דמשום דאפסדי אחרני נקח ממנו דינו אלא בדין לוקח אשר אינו אלא תקנה, אבל דין יורש דנקטינן דבעל יורש את אשתו דבר תורה, זה פשוט דאף היכא דאפסדי אחרני אית ל' דין יורש. ועי' קצוה"ח שם סק"ח דדקדק לישנא דהסוגי' ביי' דאף דין יורש הפקיע מהבעל היכא דמפסדי אחרני, אלא דהיכא דמצד אחד יהיה הפסד לדידי' ומצד אחר יהיה הפסד לאחרני, נחוש יותר לדידי'. ומה שכתבו התוס' דמשום הפסד דאחרני לית ל' דין יורש, היינו משום דהפסד דידי', שלא מהדרין ל', כיון דכל זכותו לא היה מעקר הדין אלא משום ועשיית הישר והטוב, לא חשיב הפסד, וכמש"כ התוס' שם בב"ב.

ודברי הקצוה"ח תמוהים לכאורה, כאשר העיר כבר הגרע"א, דהא מהמשך דברי התוס' שהוקשה להם דאי היכא דמפסדי אחרני לא עבדינן מה דטב ל', אמאי לא מהדר, ותימצו דממנ"פ חא מהדר בין אי הוי יורש בין אי הוי לוקח, הרי דס"ל להתוס' בסוגיין דמאי דמפסדי מה דהיה זוכה בו מצד ועשיית הישר והטוב שפיר חשיב הפסד, ודברי הקצוה"ח צ"ע.

ובש"ך שם כתב דלאחר מיתה לא שייך דין יורש משום דהו"ל ראוי ואין הבעל יורש בראוי כבמוחזק. ובדעת התוס' ודעמי' דס"ל דשפיר שייך בזה דין יורש י"ל בחד מתרי גווני, וכמו שהבאנו לעיל בשם האמרי בינה, או דס"ל דבשומא הדרא לא בעינן קנין ושפיר חשיב שיש לה לאשה זכות בגוף הקרקע ואינו ראוי, או דמאי דשומא הדרא אף ליורש אינו מצד דין ירושה אלא משום דהוי תקנה ישירה דהדרא ליורש משום דאף לדידי' איכא בזה משום עשיית הישר והטוב. ויעויין חידושי הר"ן בסוגיין דמבואר להדיא מדבריו כצד זה הבי', דמאי דהדרא ליורש הוא משום דאיכא לדידי' משום עשיית הישר והטוב.

ובאמרי בינה הנ"ל כתב דד"ז אי הוי דין שומא הדרא ליורש משום ירושה תלוי אי לשומא הדרא בעי קנין או לא, דאי בעי קנין הרי הוי דבר שאין בו ממש ולא שייך ב' ירושה, אבל אי לא בעי קנין שפיר שייך ב' ירושה, וכנ"ל. ומדברי הר"ן מבואר להדיא דלא כדבריו, דהא כתב הר"ן להדיא בסוגיין דמאי דמהדר ליורש הוא משום דאיכא עשיית הישר והטוב להיורש, ואילו לעיל בדף ט"ז ס"ל להדיא דלא בעי קנין.

ל"ה ע"ב

(נד) רש"י ד"ה אגביה איהו בחובו- אם לא שמוה ב"ד למלוה על כרחו של לוח וקם ל' מעצמו ולא הטריחו לדין ואמר לו טול קרקע זה בחובך- הנה ממש"כ י"לא הטריחו לדין" משמע לכאורה דאם אף הטריחו לדין, אף שאמר מיד טול קרקע זה בחובך חשיב גוביינא דב"ד וודאי דהדרא, וכן דקדק הבי' בסי' ק"ג מדבריו. אכן ממה שכתב דלא שמוה בע"כ של לוח משמע לכאורה דאם אף לא גבו בע"כ אלא אמר טול קרקע זה בחובך הרי הוא כאגבי' הוא בעצמו, וכן דקדק שם הש"ך מדבריו.

(נה) רש"י ד"ה אדרכתא- דב"ד כותבין אדרכתא שטר פסק אין אנכסי לוח שבכל מקום שימצאם משלו יקחם ומוסרין לו השטר- מבואר מדבריו דמייירי בשטר קמייתא שנותנין לו הכח לגבות קרקע שימצא. וכבר הקשו הראשונים עליו דהרי עדיין אין קרקע מסויים

והאיך נימא דקנה מאז לאכול פירות, עי' חידושי הריטב"א החדשים, ופירושו דמייירי בשטר אדרכתא דחליטה. ובדברי רש"י צ"ל לכאורה דמאחר שזוכה אח"כ בקרקע מסויים הרי הוא כשלו משעת אדרכתא קמייתא, וצ"ע בזה.

(נו) אביי אמר עדיו בחתומן זכין לו- עי' ריטב"א החדשים דנחלקו הראשונים אי מישך שייך הך מילתא לדין עדיו בחתומן זכין לו בפ"ק. והנה הרי"ף לעיל ד"יג במאי דאיפלו אמוראי בשטרי הלואה ושטרי קנין אי אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו או דלא קנה עד דמטא שטרא לידיו, האריך להוכיח דלא ק"ל כאביי דעדיו בחותמו זכין לו והביא בסוף דבריו ראיה מסוגיין דחזינן דרבה ורבה תרוייהו לא ס"ל הא דאמר אביי דעדיו בחתומיו זכין לו. ומבואר מדבריו שהשוה דינא דאביי בסוגיין לדינא דאביי לעיל דעדיו בחתומיו זכין לו. והדברים לכאורה צ"ב, כאשר העיר בריטב"א, דהרי הנידון לעיל הוא בשטר קנין מתי חלה החלות על ידי השטרות בזה ס"ל לאביי דעדיו בחתו זכין לו, אבל בנ"ד לא נעשה קנין על ידי השטר וכל שטר האדרכתא אינו אלא לראיה בעלמא, ועוד דמעשה בית דין הוא ולא מעשה של הלוח.

וביאר מו"ר זצ"ל דס"ל להרי"ף דגדר שטר אדרכתא הוא דכותבין ב"ד כמין שטר קנין עבור המלוה לקנות על ידו את קרקע הלוח תמורת החוב. ויכולים ב"ד לעשות כן כיון שיש להם הכח להקנות הקרקע למלוה. ולפי' דינא דאביי הכא דעדיו בחתומיו זכין לו הוא אותו הדין כבסוגי' דפ"ק, ואתיין שפיר דברי הרי"ף. אלא דאיכא עדיין מקום עיון בדברי הרי"ף, שהביא ראיה דלא ק"ל דעדיו בחתומיו זכין לו מדפליגי רבה ורבה עליו בסוגיין, ובשלמא מדברי רבה דס"ל דלא קנה עד דאתי אדרכתא לידיו, שפיר מבואר דפליגי אדאביי וס"ל דאינו זוכה מצד השטר אלא כשמגיע ליד המלוה, אבל רבה הרי ס"ל דאינו קונה אלא אחר ימי אכרזתא ולא מצה שטר אדרכתא כלל, ולדידי' ליכא ראיה דלא ק"ל כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו, דמאי דפליגי הכא אינו אלא משום דס"ל דאין שטר אדרכתא פועל קנין, וצ"ב.

(נז) רש"י ד"ה מכי שלמו ימי אכרזתא- ואם בא זה וקבלה ביותר ממה ששמוה אחרים מוסרין אותה בידו וכו'- מבואר מדבריו דדווקא היכא דקיבלה ביותר הוא דמוסרין אותה בידו, אבל אם רצה לקבלה באותו שיווי כמו השומא הכי גבוהה לית ל' קדימה, ודלא כמש"כ המחבר בחו"מ סי' ק"ג ס"א, ע"ש בביאור הגר"א שדקדק כן, ועי' מהרש"א ומהר"ם שייך בסוגיין, ומדברי הגר"א מבואר שלא פ"י דברי רש"י כדבריהם, אלא אף דהוי יתר על שומת הב"ד מ"מ אין לו זכות בקרקע אא"כ נוטלה ביותר ממה ששמוה אחרים. ויש לעיין בזה מהו סברת הדבר.

(נח) השוכר פרה מדבריו והשאילה לאחר ומתה כדרכה וכו' והשואל ישלם לשוכר- השאלה המרכזית בסוגיין, מה טבעו וגדרו של קנין זה אשר עבורו נקטינן לרבנן דמשלם שואל לשוכר. ויעויין רש"י בסוגיין שכתב ע"פ דקדוק שינוי לישנא דמתני' דלא נקט המפקיד אלא השוכר וכו', דדינא דמתני' הוא דווקא בשוכר דשכירות הוי כמכירה ליומו בתנאי שיחזירנה או שתמות. וביאור סוגיין לדבריו, דאי אמרינן דבשבועה קני פירושו דלא חשיבא השלמת השמירה אלא לאחר שנשבע, ואי מיתה קניא ר"ל דנחשב השלמת השמירה בשעת מיתה. אכן מדברי התוס' בב"ק י"א ע"ב ד"ה לא מיבעיא וכו' מבואר להדיא דלא כדבריו, אלא דינא דמתני' הוא גם בש"ש ובש"ח, והדרא קושיין לדוכתה, ועי' מה שטארק"ח בזה בעזה"ש דברי התוס'.

ואמר בזה מו"ר זצ"ל, והביא שכן ביאר מרן הגר"ח שמואלביץ זצ"ל, דלא חשיבין להשואל כשומר של הבעלים אלא כשומר של השוכר. וטעמא דמילתא, דחיובי שומרים אינם לבעל החפץ אלא להמפקיד, וכיון שהשוכר הוא זה שהפקיד את הפרה אצל השואל הרי הוא נעשה שומר דילי' אע"ג שהפרה אינה שלו, ולכחי מצד שורת הדין צריך לשואל לשלם לשוכר.

ואמר מו"ר זצ"ל דצריך להוסיף בזה, דהנה בכל שומר איתנהו ב' מיני חיובים, הא' להעמיד את החפץ לבעלים כשהוא בעין, והב' לשלם את דמיו כשאינו בעין. והנה באופן שהחפץ בעין ודאי דאפשר להבין כנ"ל דמאחר דהשואל נעשה שומר של השוכר הרי הוא מחייב להעמיד לו את הבהמה ולהשיבה לו. אכן המתני' דידן חזינה דגם באופן שהחפץ אינו בעין הרי הוא מחוייב לשלם את דמי החפץ להמפקיד אצלו, וזה חידוש יותר גדול, דהרי לא הפסיד השוכר כלום מחסרון הפרה ואמאי נימא שיהא השואל חייב לו דמי חפץ שאינו שלו. ויהא מבואר לכאורה מזה דחיוב התשלומין של שומר אינו חיוב להשלים ההפסד להמפקיד, דזה ודאי דלא שייך הכא, אלא תשלום דמי החפץ הוא חלק מחיוב ההשבה, כלומר, דחייב להעמיד לבעלים את החפץ או על כל פנים דמי החפץ. ולפי' שפיר י"ל דאף שאין השוכר נפסד כלום, מ"מ חיוב ההשבה של השואל הוא אליו, אשר מפאת זה חייב לשלם לו דמי החפץ היכא דאין החפץ בעין. אלא דהקשה מו"ר זצ"ל דדבר זה נסתר לכאורה מסוגי' דב"ק ד"ד, דתני שם בברייתא דד' שומרים בכלל אבות נזיקין הם, דמשמע להדיא דחיוב תשלומין דארבעה השומרים אינו מצד חיוב השבת החפץ אלא כמין תשלומי נזיקין ובתורת מזיק הוא, וצ"ע.

(נט) ישבע השוכר שמתה כדרכה וכו' - עי' ריטב"א
החדשים שכתב דלא מהני עדות השואל לפטור משבועה דאין עד המסייע פטור משבועה. אמנם בתוס' הרא"ש, וכ"ה ברא"ש בהלכה לעיל ריש פ"ק, כתב דשפיר מהני עד המסייע לפטור משבועה ומאי דאמרו במתני' דנשבע היינו משום דעיקר דינא נקט, ע"ש בדבריו. (ועיקר שאלה זו אי עד המסייע פטור משבועה יש לבאר דתלוי ביסוד חיובא דשבועה, ד"ל דבעינן חפצא דשבועה, אשר לא יועיל לזה עד אחד לפטור, או י"ל דיסוד חיובא דשבועה הוא דבעינן בירור דשבועה, אשר לפי' י"ל דשפיר חשיב נאמנותו דע"א כבירור דשבועה. או י"ל דאף אי בעינן בירור דשבועה, אין מוכח ממאי דמהני ע"א לחיוב שבועה דסגי בבירור שעל ידי עדותו לפטור משבועה, דיתכן דמהני עדותו לעורר חשש ודראא אשר משו"ה בעינן בירור דשבועה, ולעולם לא סגי בע"א ליחשב בירור, ואין כאן מקומו).

אכן מה שצ"ב בזה (וכבר העיר כעין זה המגיה לתוס' הרא"ש, ע"ש), האיד שייך הכא כלל הך נידון אי עד המסייע פטור משבועה, ואמאי לא חשיב הכא דקם לממון, דהרי בלי עדותו חייב השואל להמשיכר ואילו ע"פ עדותו שמתה כדרכה חייב להשוכר ולא להמשיכר כיון שקנאה השוכר, וכמו שהקשה הרא"ש בפ"ק ס"ג בשומר שסגר לשומר דיפטור עדות השני משבועה, ותי' דכיון דבלעדי עדותו היה השומר הראשון חייב חשיב עדות לממון ואינו נאמן. ואף הריטב"א לאו מהאי טעמא הוא דפליג, וצ"ב, ויבואר לקמן בדברי התוס' בעזהשי"ת.

ועי' דברי הריטב"א בהמשך דבריו שהביא דהיכא דאין השוכר יודע אם מתה כדרכה או לא ס"ל להרמב"ן דנשבע שאינו יודע ופטור, דהוי כאיני יודע אם הלויטני, ואילו הראב"ד ס"ל דכיון שאינו יכול ישבע שמתה כדרכו חייב, דהוי כאיני יודע אם פרעתני. וביאור דברי הרמב"ן, דנאמר דין בשומרין דבכדי ליפטור צריך טענת פטור (ודבר זה הוא בכלל חידושא דשבועת השומרין, כן אמר בזה מו"ר זצ"ל), ושבועת השומרין דבעינן יסודו לחזק טענתו על ידי שבועה, אשר בזה הוא דחידוש הרמב"ן דכיון דדומה איני יודע דשומר לאיני יודע אם הלויטני, שפיר חשיב בהכי טענת פטור, ושבועת השומרין דיד' הוא שבועה דאיני יודע. אכן אכתי איכא מקום עיון בדברי הרמב"ן, וכבר העיר כן הגרע"א בסוגיין, האיד מהני מאי דהוי כאיני יודע אם הלויטני, נהי דמהני לענין מאי דאינו צריך לשלם, דמספיקא אין מוציאין ממון, מ"מ כלפי מאי דחייב השואל להשוכר הרי הוי ספק קנין, דאי מתה כדרכה קני לה שוכר ואי לא מתה

כדרכה לא קני לה, ועוד יבואר ד"ז לקמן בעזהשי"ת בדברי התוס'.

ובדעת הראב"ד דהוי כאיני יודע אם פרעתני איכא נמי מקום עיון, והוא מהמבואר להדיא במתני' ובגמ' בב"ק קי"ח דמאי דחייב איני יודע אם פרעתני אינו אלא בברי ושמא והכא הרי הוי שמא ושמא. וביאר בזה מו"ר זצ"ל ע"פ המבואר לעיל דבשומרין נאמר דין מסויים דבעינן טענת פטור, ומהלך הדברים, דנראה דאיני יודע אם הלויטני הוי שפיר טענת פטור, אך איני יודע אם פרעתני לעולם לא הוי טענת פטור, דמה פטור איכא בזה כיון דהרי מודה שהיה חייב אלא דמסופק אם שילם, ומאי דפטור היכא דלא הוי ברי ושמא אינו משום טענת פטור אלא משום דעד כמה דהתובע הוא שמא חסר בתביעתו. וכל זה בעלמא, אכן בשומרין דנאמר דין מסויים דבעינן טענת פטור, חייב באיני יודע אם פרעתני אף בשמא ושמא, דלא בעינן בזה תביעת התובע דליהוי דין תביעה, אלא דין הוא דבעי השומר טענת פטור. וראיה לגופא דהך מילתא, דבמתני' בב"ק איתא שתמא דאיני יודע אם פרעתני חייב ולא חילק בין ברי' לבין שמא ושמא, רק דבגמ' אמרו דלא אמרין דחייב אלא בברי' וכו'. והיינו כהנ"ל, דמתני' גופא דדינא אתי לאשמעינן דאיני יודע אם פרעתני לא הוי טענת פטור, וזהו אף בשמא ושמא, אלא דבשמא ושמא חסר בתביעת התובע, ודוק, ע"כ דברי מו"ר זצ"ל.

ועצם המחלוקת הרמב"ן והראב"ד אי חשיב איני יודע אם מתה כדרכה כאיני יודע אם הלויטני או כאיני יודע אם פרעתני, יש לבאר ע"פ הא דיש לבאר יסוד החיוב התשלומין דשומרים היכא דלא הוי בעין ב' אופנים, ד"ל דהכל נובע מעצם החיוב להחזיר לו החפץ, רק דהיכא דאינו בעין משלם לי זוזי דמה לי הן מה לי דמיהן, או י"ל, וכן הבין הגרע"א לעיל, דב' מילי נינהו, דהיכא דהפקדון בעין צריך להחזירו, והיכא דאינו בעין חייב עבור מה שכתביה בשמירתו נשבר או נאבד וכו', והוא כמין חיוב מזיק. והנה אי נימא כצד הא' דהכל חיוב אחד הוא להחזיר הפקדון, הרי חיוב זה להחזירו בזמנו מוטל עליו מעת שהפקידו אצלו, אלא דאם מתה כדרכה חל פטור בחיובו, אשר בזה שפיר ס"ל להראב"ד דהוי כאיני יודע אם פרעתני. אכן אם נימא כצד הב' דבאמת תרי מילי נינהו, חיוב להחזירו וחיוב לשלם עבור מה שהוזק בזמן שהיה תחת שמירתו, כד מספקין אי מתה כדרכה או לא הרי יסוד הספק הוא אי חייל חיוב תשלומין או לא, אשר לפי' שפיר כתב הרמב"ן דהוי כאיני יודע אם הלויטני, ודוק.¹⁰

(ס) תוד"ה תחזור פרה לבעלים הראשונים - ואפי'
אם יש עדים שמתה כדרכה וכו' מ"מ לא קני לה אלא בהבאת עדים ויאמר לו אני פוטור מהבאת עדים- דבריהם לכאורה צ"ב, דבשלמא גבי שבועה איכא למימר דבעינן תביעת שבועה, ועל ידי מה שאמר דל אנת וכו' פוטור משבועה, אבל עדים לכאורה לא בעינן תביעה כלל, והאיד שייך לגבייהו טענת דל אנת. (ובמודפסים ע"ש הריטב"א איתא באמת הכי דלא שייך טענת דל אנת אלא היכא דליכא עדים ובעי שבועה, אבל אי איכא עדים לא, ע"ש). ומוכרח לכאורה מדבריהם דאף עדים, ככה"ג דהוי טו"נ אין ב"ד מביאין עדים אלא ע"פ תביעת התובע או הנתבע, ולהכי יוכל לומר דל אנת ולפטור מהבאת עדים, והוא לכאורה חידוש גדול. ויש להטעים הדברים

¹⁰ אלא דזהו לכאורה דלא כמבואר לעיל אות נ"ח דאף חיוב תשלומין היכא דאינו בעין אינו מזיק אלא מזיק השבה. אלא ד"ל בזה לאיכרח חיוב התשלומין אינו כעין חיוב מזיק, אך לעולם אינו מחמת אורו דין השבה שחייב כשהוא בעין, אלא חיוב חדש של השבת דמי החפץ הוא שחל עליו, ואינה חלה עליו היכא אין חיוב שמירתו מחייבתו בכך, אשך ממילא בספק אם מתה כדרכה שפיר חשיב איני יודע אם פרעתני.

קצת, דהנה יסוד חיובא דשומרים לשלם מוכח לכאורה מהמשך סוגיין דהוא כמין התחייבות מהשומר להמפקיד, והוא ממאי דא"ר זירא פעמים שהבעלים משלמין כמה פרות וכו', דאי נימא דיסוד חיובא הוא כחיוב גנב או מזיק, דהיינו להשלים מה שחיסרו, אין מקום לומר שיתחייב לו אלא פרה אחת, אע"כ כנ"ל דיסוד החיוב הוא דין התחייבות אשר הוא מדיני שומרים. אשר לפ"ז ניתן להבין יותר דכיון דמה שחייב אינו אלא משום התחייבות שהתחייב להמפקיד, ומפאת זה הוא גם חיובו להביא עדים שמתה כדרכה, ז"א, שחייב לשלם לו או להוכיח שמתה כדרכה, שפיר י"ל דשייך אף לגבי הבאת עדים לומר דל אנת וכו'.

והנה מדברי התוס' מבואר דיסוד פלוגתת רבנן ור"י הוא בשו"ט דסוגיין דלר"י בשבועה הוא דקני לה ואית לי להמפקיד טענה דל אנת וכו', ואילו לרבנן במיתה קני לה. וצ"ב לפ"ז מה דאיתא במתני' דטעמא דר"י הוא משום דכיצד עושה סחורה בפרתו של חברו, הא שפת יתר הוא ואין זה טעמא דר"י והו"ל דל אנת וכו', אם לא דנימא דלעולם הך לישנא דכיצד וכו' אינו אלא סימן דהמשכיר הוא הבעלים ולא טעמא הוא, (וכן משמע קצת בדברי כמה מהראשונים), והוא דחוק לכאורה.

וביאר בזה מו"ר זצ"ל, בדאמת עיקר חיובא דשומר הוא לשלם להמפקיד, ואף שלמעשה אינו הבעלים, וכמו שביארנו לעיל. (ובאמת מתחילת דברי התוס' מבואר דס"ל דביסוד הדין אף לר"י היה השואל צריך לשלם להשוכר אלא מכיון דכששילם הוי כאילו ממונו דמשכיר גבי השוכר שפיר יכול המשכיר לתובעו, והיינו משום דהא לכו"ע דיסוד חיובא דהשומר הוא להמפקיד, ואף שאינו שלו. וביאורא דמילתא ע"פ הנ"ל, דודאי אילו היה יסוד חיוב תשלומין דשומרים כדין מזיק או גנב, ודאי דתליא במי הוא הבעלים האמיתיים, רק כיון דיסוד חיוב תשלומין דשומרים הוא מדין התחייבות השומר להמפקיד, הרי יסוד חיוב זה הוא להמפקיד ולא להבעלים האמיתיים, וז"ל, ודוק. י.ז.א.) אשר לפ"ז אף בלא מאי דקני ס"ל לרבנן דעיקר חיובא דהשואל הוא להשוכר. ואף ר"י מודה לו בגופא דמילתא, ולא פליג אלא מטעמא דאית לי להמשכיר טענה דכיצד עושה סחורה בפרתו של חברו, כלומר, נהי דזכות התביעה מהשואל הוא של השוכר מכיון שהוא המפקיד, מ"מ כיון דעושה סחורה זה עם פרתו של המשכיר, אית לי להמשכיר זכות בתביעה זו של השוכר על השואל. ומאי דפליגי רבנן עלי' היינו משום דס"ל דאית לי להשוכר קנין, ופירוש הך קנין, לאו קנין ממש דליהוי השוכר הבעלים ממש, דלפ"ז לר' יוסי לא הוה למימר אלא דל אנת וכו', ושוב הוי של המשכיר וממילא חייב להמשכיר, אלא פירוש, ע"ד שראיתי בשיעורי ר' ברוך בער ב"מ סי' מ"ט שהביא בשם הגר"ח, וז"ל: הוא אחד מהמעלות שיש לו לשומר בבהמה דלא חיובים בלבד יש לו לשומר אלא שגם זכותים יש לו וכו' עכ"ל, ע"ש כל דבריו. (דברי הגר"ח אינן ממו"ר זצ"ל, אלא הוספתה כן לביאור הענין.) וביאור הדברים, דעד כמה דנתחייב בחיובי שמירה, נאמר בו גם זכות דעל ידי השלמת השמירה הוי כשלו לענין הסחורה דתשלומי השואל ותו לית בזה טענה דכיצד עושה סחורה בפרתו של חברו. ור' יוסי ס"ל דליתא לקנין זה, דלאו במיתה הוא דקני אלא בשבועה ולהכי אית לי שפיר למימר דל אנת וכו', ושוב לית לי להשוכר הך זכיה בו, ואכתי איתא לטענה דכיצד עושה סחורה בפרתו של חברו.¹¹

ונמצא לפ"ז דעיקר טעמא דר"י דתחזור פרה לבעלים הוא כדאיתא במתני', משום דטענה דכיצד עושה סחורה וכו', אלא דמאי דלא אמרין דאית לי להשוכר זכות בגויה הוא משום דשבועה קני לי ומשום טענת דל את, ואתיין שפיר דברי התוס'.

והנה הקשו הפנ"י בסוגיין וכן הגרע"א לעיל ריש פירקין דלהמבואר ממתני' דידן דמאחר שנשבע אית לי בגוי קנין ולהכי משלם לו השואל, ה"ה בריש פירקין בנשבע ולא רצה לשלם נימא הכי דקני לי השומר וישלם הגנב את הכפל לו. ומבואר מדבריהם דפירוש הך קנין דסוגיין דהוי קנין ממש, וכן מבואר באמת גם ברש"ש הנ"ל, אלא דהוא לא כתב כן אלא בשוכר, ומקושיית הפנ"י והגרע"א מבואר הכי גם בשאר שומרים. ועוד מבואר מדבריהם דחייל הך קנין למפרע, דהא לא יועיל קנין דמשעת השבועה כלום לענין חיוב הגנב בכפל. והדברים תמוהים לכאורה מנ"ל קנין כזו והיכן מצינו הקנאה זאת. ולמשנ"ת לעולם אין הקנין דהכא קנין ממש, ומצד האי קניא לא היה לו תביעה על השואל, וכל פעולת הקנין הוא לומר דליכא טענה דעושה סחורה בפרתו של חברו, אך עיקר דין תביעתו הוא משום דהוא הוא המפקיד, וכנ"ל. אשר לפ"ז לא יקשה כלל ממתני' דריש פירקין, דהא התם לא מסר לשני אלא דגנב מהשומר, ופשיטא דחיובא דגנב הוא להחזיר להבעלים, ולא שייך בזה כלל דינא דמתני' דידן, וז"ל, ודוק.

והנה הרא"ש הרשב"א ושאר פלוגי אדברי התוס' וס"ל דטעמא דר"י הוא משום דהוי כאילו השוכר הוא שלוחו של המשכיר, ועפ"ז איתא לדינא דר"י אף דהיה שם המשכיר בשעת מיתה. וגדר דבריהם לאור הנ"ל, דהא פשיטא אף להו דחיוב השומר הוא להמפקיד, אלא דלר"י חשיב המשכיר המפקיד כיון דהוי כאילו השוכר הוא שלוחו. וביאור סוגיין לדבריהם, דודאי מאי דס"ל לרבנן דליכא טענה דכיצד עושה סחורה וכו' הוא משום דקניא במיתה, ודלא כדברי התוס', ור"י אף דס"ל אף הוא דקניא במיתה, מ"מ ס"ל דזכות זה לית לי ואכתי אית בזה טענה דכיצד עושה סחורה וכו'. ולדבריהם יש לעיין אי מאי דאמר ר"י במתני' כיצד וכו' הוא רק סימן דחשיב לי המשכיר כהמפקיד כיון דהוי כאילו השוכר הוא שלוחו, או שמא להכי הוא דס"ל לר"י דהוי כשלוחו משום דאי לא נימא הכי יהיה השוכר עושה סחורה בפרתו של חברו.

והנה במאי דמביעא לן לקמן דף צ"ו אי בעל בנכסי אשתו שוכר הוי או שואל הוי מסקינן דאינו לא שוכר ולא שואל אלא לוקח, וע"ש בהרא"ש שכתב דעכ"פ ש"ח מיהא הוי וחיוב בפשיעה, אלא דלית בזה בבעל ואשתו שום נפ"מ כיון דהוי בבעלים. וכבר העיר שם בפלפולא חריפא, דהא למאי דק"ל כר"י הבעלים לענין פטור בבעלים הוא המשכיר ולא האשה כדאיתא התם להדיא. וע"ש שכתב דמאי דס"ל לר"י דהשוכר הוי כשלוחו של המשכיר אין זה אלא משום טענת כיצד עושה סחורה וכו', אבל הכא גבי פשיעה אין זה עושה סחורה, דהא חייבת האשה לשלם להמשכיר,

ולכאורה כ"כ, לדעת רמי בר חמא ור' יוחנן דס"ל דליכא שבעת השומים אלא בג' פירות, א' לכפירה אף להודאה וא' לטענת פטור, הרי צסתם שומר ליכא שבעת, והא"ז נימא בזה דלאחר ל' דל שבעת, ואמאי פליג ר"י אדרבנן. וכה"ק בזה דלקמן דשומר שמסר לשומר חייב משום דל"ל את מהימנת לי בשבועה וכו', והרי לרמי בר חמא ור' יוחנן ליכא שבעת. וע"י דעת ר"ת בזה דלקמן דל"ל דלהלכה אף דלא צעין ג' פרות מ"מ שפיר צעין אודאה, ויקשה כנ"ל אף להלכה. ולמשנ"ת דלר' יוסי צעין טענת פטור ושבעת על הטענה לקנין י"ל בזה דלרמי בר חמא ור' יוחנן אף דבאמת ליכא שבעת, אף טענת פטור צעין לקנין, ויכול לומר לו דל את וטענתך, כמו שכתבו התוס' לגבי עדים. (נמו"ר זצ"ל)

¹¹ ויסוד פלוגתת רבנן ור"י, דס"ל לר"י דצעין טענה לפטור וצעין לזה גם שבעת על טענתו, והטענת פטור והשבועה הם שפוטרים אותו, ועושים הקנין, ורבנן ס"ל דנעשה כבר הקנין על ידי המיתה, וטענה ושבעת דצעין אינן אלא להפסיד דעתו של המפקיד.

ושבו ס"ל לר"י כרבנן דהשוכר הוא המפקיד. נמצינו למדים מדבריו, דמאי דס"ל לר"י דהוי כשלוחו של המשכיר לא אמר כן אלא משום דאי לא הכי נמצא עושה סחורה בפרתו של חבריו, אשר ממילא היכא דליכא עשיית סחורה שפיר מודה לרבנן. כן נראה לי כונת דברי מו"ר זצ"ל בזה.

אשר לפי כל זה אמר מו"ר זצ"ל ליישב קושיית הגרע"א על דברי הרמב"ן הנ"ל דהיכא דאינו יודע השוכר אם מתה כדרכה או לא הוי כאיני יודע אם הלוייתי ונשבע כן ומשלם לו השואל. והקשה הגרע"א דהרי הוי ספק קנין. אכן לפי הנ"ל נראה דממנ"פ, על הצד דמתה כדרכה שפיר אית בזה משום עשיית סחורה, אך כיון דקני במיתה ליתא לטענה זו, ועל הצד דלא מתה כדרכה ולא קני לה, הרי כיון דחייב השוכר לשלם להמשכיר לית בזה עשיית סחורה ולא בענין לזה קנין, דהא יסוד התביעה על השואל הוא של השוכר כיון דהרי הוא המפקיד. והגרע"א שהקשה היינו לשיטתו דס"ל דקני דסוגיין הוי קנין גמור, ולדידי' חיובו של השואל תלוי במי הוא הבעלים, דלרבנן דקני חייב להשוכר ולר"י דבשבועה הוא דקני ואיכא טענה דדל אנת לא קנה והרי הוא של המשכיר, ולדידי' כל יסוד תביעת השוכר הרי הוי משום קנינו, אשר בזה שפיר הקשה הגרע"א דהיכא דלא ידע אי מתה כדרכה הוי ספק קנין. ואף להרא"ש הדבר כן, דהא בלאו טענת כיצד עושה סחורה לא אמר ר"י דהוי כשלוחו של המשכיר, וכדברי הפ"ח, ודוק היטב.

והנה לשיטת התוס' יש לעיין לכאורה במאי דמבאר בסוגי' דף צ"ו דלר"י פטור בבעלים תלוי בהמשכיר, מהו גר דבר זה, הרי לדידהו אף לר"י הבעלים של עסק שמירה זה, כלומר המפקיד, הוא השוכר ולא המשכיר. אכן הפשוט בזה, ע"פ משי"כ במרדכי בב"ק פרק הגזול ומאכיל, ע"ש שכתב דפטור בבעלים מיתלא תליא במי הוא הבעלים על התשלומין ולא במי הוא בעל המעשה, וכתב שם דאיכא ראייה שאין לפקפק עליה מסוגי' דף צ"ו, דס"ל לר"י דדין בבעלים תלוי בהמשכיר ולא בהאשה. והנה לשיטת התוס' אתי ראייתו שפיר, דהרי אף לר"י המפקיד הוא האשה, ומדס"ל לר"י דפטור דבעלים תלוי בהמשכיר מוכרח דבעלים לענין זה הוא הבעלים על התשלומין. אכן לשיטת הרא"ש ודעמ"י פשיטא לכאורה דליכא ראייה כלל מהתם, דהא לדידהו לר"י המשכיר הוא המפקיד, וא"כ שפיר איכא למימר דפטור דבעלים תלוי בהבעלים על המעשה, דהיינו המפקיד, ועד"ז אמר מו"ר זצ"ל, ודוק.

ועי' חידושי הריטב"א ד"ה לימא ל"י דל את ודל שבועתך וכו' שכתב, וז"ל: פי' דאע"ג דאמרינן בפרק השואל דלרבנן אין לבעלים על השואל כלום ולא הוי שומר ידי' כלל התם הוא אמסקנא דהכא דק"ל דלרבנן משעת מיתה קניה שוכר ולא דוקא משעת מיתה אלא משעת משיכה נמי זכה בה ולפי שהוא נסטר במיתתה ונתחייב לו שואל נקטי' משעת מיתה ולאפוקי ממאי דס"ד דלא קני ל"י עד שעת שבועה, עכ"ל. ביאור דבריו, דבקושייתו הוה ס"ל גמאי דפליגי רבנן אדר"י הוא משום דפליגי אעיקר היסוד דהאיך עושה סחורה וכו' וס"ל דשפיר חשוב השואל שומר של השוכר ולכן משלם לו, אשר בזה הוקשה לו דמאחר דהוי שומר של השוכר, כדמבאר בהשואל, מה שייך בזה טענה דדל את ודל שבועתך, דמה יועיל לנו שיאמר כן, הרי בל זאת השואל הוא שומר של השוכר. ותי', דלעולם לא פליגי רבנן אגוף הטענה דהאיך הלה עושה סחורה וכו', דודאי מצד זה הוה חשיב שומר של המפקיד, כדעת הרא"ש והרשב"א דהוי השוכר כשלוחו דהמפקיד, וכן מבואר לעיל בריטב"א גופי', ומאי דפליג אינו אלא משום שיש להשוכר קנין, אשר לפי' שפיר הקשו בגמ' למאי דס"ד דהקנין הוא בשעת שבועה דנימא דל את ודל שבועתך וכו'.

ומה שהוצרך הריטב"א להוסיף דבשעת מיתה לאו דווקא אלא הקנין בשעת משיכה, היינו משום דלמאי דס"ל כברא"ש נמצא דיסוד ת"י הגמ' הוא דהקנין

שקנאה השוכר אהני לענין זה דבידו להשאיל לאחר ויחשב כשומר ידי', אשר לזה לא סגי במה שיזכה השוכר בה משעת מיתה, דהא אנו צריכין לדון על שעת מסירתה לשואל ולאשוויי שומר ידי', אשר מהאי טעמא הוכרח הריטב"א לומר דקנה משעת משיכה ידי', ולכן בידו למסרה לשואל. (אלא דלפי' צ"ב לכאורה אמאי הוצרכו להקשות דנימא דל את ודל שבועתך, הרי בלא זה למאי דס"ד דקנינו משעת שבועה יקשה האיך יהי קנין זה שבועת שבועה שיחשב השואל שומר ידי').

וע"ש עוד בריטב"א שהביא ת"י אחר בשם התוס', וז"ל: פי' דאע"ג דשואל לא הוי שומר דבעלים לענין שמירה בבעלים וכיוצא בו מ"מ יכול הוא לומר לו מכדי פרתי גבך הות ונשתמשת בה שלא ברשות והרי אתה כשואל שלא מדעת שחייב באונסין. ולידעה זו, פלוגתא ר"י ורבנן הוא בעיקר הטענה דהאיך הלה עושה סחורה בפרת חבריו, דרבנן לא ס"ל הך סברא, ויסוד הקושי' דלימא דל אתה וכו', דאף דחשוב שומר של השוכר, מ"מ כלפי המפקיד יחשב שואל שלא מדעת כיון דהחפץ שלו. ורבנן ס"ל דאינו חשוב כלפי המפקיד כשואל שלא מדעת ואין לו כל קשר למפקיד מחמת קנין שיש לו להשוכר. ויש לעיין האיך מהני הקנין לענין זה, ובפרט דבפירוש זה נראה דלמד דהקנין הוא משעת מיתה ולא משעת משיכה כבפירושו הא', והאיך יהי קנין בשעת מיתה בכדי שלא יחשב במה שלקחה מקודם שואל שלא מדעת. ועוד צ"ב, לדקמן מבואר דמיייר בנתן ליה המפקיד רשות להשאילו והאיך נימא דחשיב שואל שלא מדעת.

סא) א"ר זירא וכו' - הנה לדברי התוס' אתיא סוגי' דר' זירא שפיר כר"י, והיינו היכא דהיה שם המשכיר בשעת מיתה, וכמשי"כ בסוף דבריהם דבכה"ג מודה ר"י דקניא במיתה. אך לשיטת הרא"ש ודעמ"י דאף בכה"ג איתא דלר"י פשוט לא אתיא סוגיין אלא כרבנן, עי' חידושי הרשב"א שכתב דבאמת ס"ל להרי"ף הכי ולכן לא הביא סוגי' זו להלכה. אך עי' ברא"ש שכתב דאף לדבריו איכא נפ"מ בסוגיין גם לדברי ר"י, והוא היכא דאמר המשכיר שיוכל להשאילו ויהיה הדין עם השואל שלו ולא יהיה עליו אלא מה שהיה עליו אילו לא השאילו, דבכה"ג פשיטא דינא לר"י הוא כמו בעלמא לרבנן. ויש לעיין מה יענה הרי"ף בכה"ג למשי"כ הרשב"א בדבריו.

ומעצם דינא דר' זירא חזינן דאין חיוב תשלומין כתשלומי נזק, דסו"ס ליכא אלא פרה אחת וחזינן שחייב כמה פעמים. ואין לומר דזהו גופא טענת רב אחא מדיפתי מכי חדא פרה היא, דכיון דאין לו אלא פרה אחת אי אפשר לחייב יותר מתשלומין א', דלקמן אמר מר רב אשי דאין לו עליו אלא פרה אחת דשאלה ואסרה טעמא דמילתא "דשום שאלה אחת היא ושום שכירות אחת היא", וכתב רש"י דמר בר רב אשי ס"ל כקושיית רב אחא מדיפתי, הרי דטענה רב אחא מדפתי אחרת היא, והדר יקשה האיך משלם יותר מפרה אחת, ומוכח כנ"ל דאין תשלומי שומר כתשלומי נזק.

סב) רש"י ד"ה כיצד אגרה וכו' - ראובן ששכר פרה משמעון שיעשה בה מלאכה וכו' - יש לעיין אמאי הוצרך לפרש ששכרו לעשות בה מלאכה, דמה איכפת לן לאיזה מטרה שכרה, וצ"ב. עי' לקמן אות ס"ד.

סג) רש"י ד"ה כיצד אגרה וכו' - הרי שוכר פטור בשבועה - עי' פנ"י שהעיר מה שייך בזה שבועה הרי שבועה חייב להמשכיר שהוא השואל, והוא הרי ידע שמתה כדרכה כיון דהרי מתה ברשותו. ועי' מהר"ם שיי"ף שתי' דמייירי או דאינו יודע השואל האיך מתה שלא ראה, או דטוען דנגנבה או נאבדה, דבכה"ג שפיר צריך לישבע. ומשי"כ דמייירי שטוען שנגנבה או נאבדה, זהו דלא כדברי הש"ך דס"ל דליתא לשבועת השומרים אלא בטענת שמא, אבל לא בטענת ברי משום דאינו מעיז, ופשוט, וכ"כ באו"ש בהשמטות להל' מלוה ולוה הנדפסים אחר ה' נחלות, ע"ש.

עוד העיר המהרש"א במהדו"ב על דברי רש"י האין אמרינן דישבע השוכר, הרי על ידי שבועה זה יתחייב השואל (משכיר) לשלם לו והוי שבועת הנוטלין. והפשוט לכאורה בזה, וכ"כ באו"ש הנ"ל, ע"ש, דעצם השבועה הרי נשבע השוכר ליפטר מחיוב דידי להמשכיר, אשר שבועה זו היא ביסודה נשבע ונפטר. וסברת הקוש"י (וכן נראה דהיתה סברא החיצונה דהאו"ש, דרך כתב כנ"ל בדרך הכרח), דהנידון אי הוי שבועת הנוטלין אינו תלוי בגוף חיוב השבועה למה הוא בא, אלא דאם אך על ידי שבועתו חייב השני לשלם חשיב שפיר שבועת הנוטלין.

סד) רש"י ד"ה כיצד אגרה מיני' וכו' - ופרה אחרת לעשות אצלו י' ימים להשלים המאה וכו' - עי' מהרש"א שתמה אמאי אינו חייב נמי ליתן פה להשלים הך שכירות בתרא דפ' יום, ות"י דמייירי שאמר פרה זו, ומאי דה"י דהק' יום חייב להשלים היינו משום דכיון דמאי דהיה אצל השוכר עכשיו הוא מחמת השאלה, הוי כאילו הוא אכתי אצל השואל ולהכי חייב. ותמה בקרני ראם דאי מייירי בפרה זו מה יועיל לן מאי דהוי אצל השואל, הרי בפרה זו למעשה אינו חייב להשלים.

והיה נראה לכאורה בכונת המהרש"א, דמאי דאם מתה תוך ימי השכירות אינו משלים, היינו משום דאמרינן דאינו אלא אונס וזהו השכירות שקיבל עבור דמיו. אכן בנ"ד דהוי כאילו מת ברשות השואל, הרי חיוב מייחייב השואל אף על אונס, והיינו, דשפיר אמרינן דאחראי גם על האונס והוי כבא ממנו, וכיון דכבר אמרינן דהך אונס בא ממנו, שוב לענין השכירות חייב להשלים ימי השכירות כיון דהוי כאילו הוא לקחם. אכן עדיין צ"ע רב בזה, דלכאורה חיוב אונס דשואל אין פירושו אלא דאף דהוי אונס מ"מ חייב, ואין פירושו דהוי כאילו הוא עשאה, ואמאי חייב להשלים ימי השכירות כיון דמייירי בפרה זו, וצ"ע. ועי' מש"כ הגרע"א ליישב קושיית המהרש"א.

(וממאי דס"ל לרש"י לקמן דף ס"ט דאף בפרה זו חייב להשלים לו כל זמן שלא יצא מבית המשכיר אין ליישב דבריו הכא, דנהי דנימא דאכתי לא יצא מבית השוכר, מ"מ יסוד חילוק זה הוא דעד כמה שלא יצא מבית השוכר אכתי לא התחיל עצם השכירות, אבל הכא ודאי דחשיב כאילו התחיל כבר השכירות על ידי מה חזר השוכר והשאלו להמשכיר, דזה גופא הוי השתמשות בהחפץ).

ונראה די"ל בזה, וכן העירני ב"א, עפ"מ רש"י בא"ד, וז"ל: עשה עמי טובה והשאלני אותה צ' יום מן המאה ששכרת ולאחר צ' אחזירנה לך לעשות אצלך י' ימים להשלים המאה, עכ"ל, וכן בהמשך דבריו, וז"ל: חזר שמעון ושאלה ממנו ע' יום מן הפ' ששכרה ממנו ע"מ שיחזירנה לו וכו', עכ"ל, הרי דהאריך רש"י לבאר דחלק מתנאי השאלה הוא דיחזירנה לו ל"י ימי שכירות הנשארים. ונראה הביאור בזה, דעל ידי השאלה לא נשאר מהשכירות אלא י' יום, אשר ממילא אף בפרה זו לא שייך בזה לומר דאינו צריך להשלים, דעד כמה שלא התחילו ימי שכירות דידי, א"א לומר דעל ידי האונס חשיבי אלו הימים שהיה לו מן השכירות ככל השכירות והפסד דידי הוא, דהא אכתי לא התחילו ימי השכירות אשר זהו דגבי י' ימי השכירות הנשארים משכירות ק' יום הרי כיון דשאלה המשכיר אח"כ ומה שהוא עכשיו בידי השוכר הרי זה מחמת הך שאלה, הוי כאילו הוא עדיין ביד השואל, וימי השכירות ששכרה השוכר דאינם אלא הני י' ימים שהיו אצלו מחמת הך שכירות, עוד לא התחילו, וכנ"ל. ועפ"ז ניחא לכאורה מה שדקדק רש"י לומר דשכרה לעשות עמה מלאכה, דעל ידי כך שפיר אמרינן דשכחור והשאלה להבעלים אין אלו מימי השכירות, אבל אילו היה שוכר סתם שיהיה שלו לזמן, הרי הוה חשיבי ימי השאלה שהשאלה להמשכיר כחלק מימי שכירותו ושפיר הוה אמרינן דכיון דאמר פרה זו שוב אינו צריך להשלים, ודוק, וזהו הנראה בכונת דברי המהרש"א. ודומה לזה אמר מו"ר זצ"ל.

ועי' חידושי הגרע"א מש"כ בביאור דברי רש"י. **סה) תוד"ה אגרה פ' יום -** אם היה עם השואל במלאכתו דאז השואל פטור והשוכר חייב מקרי בעלים וכו' - הקשו העולם הא מייירי הכא בגניבה אבידה ופשעיה אשר בכה"ג חייב השוכר לשלם למשכיר ולית ל"י קנין, אשר ממילא לא חשיב בעלים שיהא השואל פטור משום שאלה בבעלים, וצ"ב. וכ"כ באמת במרדכי ריש פרק הגוזל קמא וביש"ש שם דהיכא דפשע בה השני אין הראשון פטור מדין בעליו עמו אלא בעינן שיהיו הבעלים עמו במלאכתו, ודברי התוס' צ"ב.

אכן להמבואר לעיל בביאור שיטת התוס' אתי שפיר הטיב, דבאמת יסוד התביעה על השואל הוא של השוכר בהיותו המפקיד, דעיקר חיוב השומר הוא להמפקיד ולא להבעלים, ומאי דבעינן להא דקני אינו אלא משום דבלא"ה איכא טענה כיצד עושה סחורה בפרתו של חברו, וכמשנ"ת, אשר ממילא הכא דחייב השוכר לשלם להמשכיר הרי אינו עושה סחורה דהא אינו מרויח כלום, אשר ממילא לא בעינן לזה קנין לומר דמשלם השואל להשוכר, וכיון דהשוכר הוא הבעלים על התשלומין שפיר תלוי ב"י פטור דבעלים, ודוק.

ובגוף דברי התוס' שהוצרכו לומר דאם השאלה לאחר לכל ימי לא נתבטלה השכירות צ"ב מה חידשו בזה, וכי האין ס"ד דמשאלה לאחר יהיה כאילו הוא החזיר השכירות. וצ"ל, וכן אמר בזה מו"ר זצ"ל, דגם בהשאלה לאחר יש לדון דהשוכר מעביר את שכירות דידי' לשואל ועושה את השואל כשומר דהבעלים תחתיו, ובכה"ג אין השכור חשוב משאל ואין לו זכות תביעה על השואל אלא דין השואל עם הבעלים. אשר זהו שנסתפקו התוס' האם דברי רבנן דהשואל משלם לשוכר הם רק בגונא דהשוכר לא השאלה לכל ימי השכירות או דגם בהשאלה לכל ימי השכירות אכתי חשבנן להשואל כשומר דהשוכר.

ולשון התוס' שכתבו דבמתני' חשיב דהזוכר הוא בעלים דהשואל לרבנן, דקדק מו"ר דמשמע דטעמא דרבנן הוא דחשיב שוכר כבעלים משום קנין שיש לו, והוא לכאורה כדברי הגרע"א לעיל, ודלא כמו שצייד שם.

סו) א"ר זירא פעמים שהבעלים משלמין כמה פרות וכו' אמר ל"י רב אחא מדיפתי לרבינא וכו' - כבר כתבנו דמדברי ר' זירא מוכח דיסוד חיובא דתשלומין דשומרים אינו כחיוב מזיק או גזלן, דא"ה לא היה שייך כלל לומר דמשלם כמה פרות, וז"פ. ונראה דגם ר' אחא מדיפתי ומר בר רב אשי לא פליגי עלי' דר' זירא בהכי, אלא דס"ל דאף דיסוד חיובא דשומרים הוא כמין התחייבות, מ"מ על ידי התשלומין חשיב כאילו הדר איתא להפרה הראשונה, ושוב ממילא לא שייך כלל תשלום דכמה פרות. ור"ז ס"ל דלא חשיב כאילו שוב איתא להך פרה על ידי התשלומין, ושוב שפיר אמרינן דכיון דעל כל שאלה ושאלה התחייב, שפיר משלם כמה פרות, וז"פ.

והנה מלישנא דמר בר רב אשי שום שאלה אחת היא ושום שכירות אחת היא נזיק או גזלן, דפליג נמי אפרות דשכירות. וביאורא דמילתא יש לדקדק מדברי רש"י, דבדברי רבי זירא כתב דנותן פרה אחת לעשרה ימים שבין יום צ' ליום ק' ופרה אחת ל"י ימים שבין יום ע' ליום פ', ואילו בדברי מר בר רב אשי כתב דמהיא פרה אחת על עשרים יום, אשר זו היא הכונה בהא דשום שכירות אחת היא, דעל שני השכירויות נותן לו פרה לעשרים יום ולא ב' פרות כל אחת לעשרה ימים. (וכ"כ להדיא בפסקי הרא"י בקונטרס הראיות, ע"ש. אכן עי' חידושי הריטב"ר דמבואר דאין נפ"מ ביניהם בפרה דשכירות, וכתב כן גם בדעת רש"י, וכן הביא בשט"מ בשם הראב"ד דגם לר' זירא מביא לו פרה אחת לכ' יום.) אך צ"ב לכאורה דאפי' לר' זירא אמאי לא לסיגי לן בחדא פרה, דלכאורה אין השואל חייב לתת לו את הפרות דשכירות לאלתר אלא רק באותם ימי השכירות הנותרים, וא"כ אף אם יש כאן ב'

שכירותותל אמאי לא סגי בפרה אחת שיעשה מלאכה באלו הזמנים, וכה"ק מו"ר זצ"ל. וביאר מו"ר זצ"ל בזה, דכל זמן שהפרה בעין אמרינן דאינו חייב לתת לו ימי השכירות בימים מסויימים, לומר יום' ע' ויום ט', דגדר כל שכירות הוא דכשהשאלו לצ' יום נשאר לו זכות בשכירות ל' ימים, יהיו איזה ימים שיהיו, וכן בשכירות ה', אשר בזה פשוט דאי הפרה קיימת יכול להביא לו הפרה בסוף ע' יום ובסוף צ' יום. אכן הכא הרי מייירי דמתה הפרה וכלתה השאלה, הרי הוא מחוייב לאלתר ליתן לו פרה לשכירות כ' יום ואינו יכול לדחותו עד יום ע' או יום צ'. אשר לפי' אתי שפיר דלשיטת ר' זירא דיש כאן ב' שכירותות חלוקת נמצא שהבעלים נתחייב ב' פעמים בשכירות י' ימים ואחר שמתה הפרה הרי הוא צריך ליתן לו את ב' השכירותות לאלתר ולא כל כמיני' ליתן לו פרה אחת לכ' יום ולעכב את העמדת השכירות הראשונה עד כלות י' ימי השכירות השניה, משא"כ לרב אחא מדיפתי ומר בר רב אשי דאין כאן ב' שכירותות אלא שום שכירות אחת היא, נמצא שהבעלים נתחייב לשכור שכירות אחת של כ' ימים ולכך סגי בפרה אחת שיעשה בה מלאכתו כ' ימים.

ל"ו ע"א

סז) פעמים ששניהם באשם וכו' - צ"ב לכאורה, אמאי חייב כהנ"ג השואל אשם, הרי איכא הודאת בעי"ד דהשוכר דמתה מחמת מלאכה, ושוב אף אי יודה השואל דלא מתה מחמת מלאכה מ"מ פטור לרבנן, ואף לר"י הרי לשיטת התוס' אין טעמו אלא משום דבשבועה קני ומצי אמר דל אנת, אבל הכא הרי מייירי שנשבע ושפיר קנה בשבועה דאף שהודה דנשבע לשקר מ"מ אינו נאמן בזה כלפי השואל. (והגרע"א הקשה כן אהנא דשוכר בחטאת ושואל באשם ע"ש מש"כ בזה, ולכאורה יקשה כן אף הכא וצ"ב אמאי לא הקשה הגרע"א כן כאן קודם.) אכן יעויין תוס' הרא"ש בסוגיין, שהקשה באמת כן, ותי' דלעולם לא מייירי ר' ירמיה שנשבעו תרוייהו יחד, אלא נקט ר' ירמיה לדין כל אחד מהם בנפרד באותה טענה.

סח) שוכר בחטאת ושואל באשם כגון שמתה כדרכה ואמרו מתה מחמת מלאכה וכו' - כאן הקשה הגרע"א דמאחר שנשבע השוכר שמתה מחמת מלאכה קנה ונסתלקו הבעלים, ולגבי השוכר אין כאן כפירת ממון כיון דהוא עצמו הודה שמתה מחמת מלאכה. (וכן הקשה בתוס' הרא"ש, ע"ש.) וצידד הגרע"א לומר דמייירי דמתחילה תבעו הבעלים להשואל ונשבע ואח"כ תבעו את השוכר דככה"ג שפיר היה כאן כפירת ממון כלפי הבעלים דבאותה שעה אכתי לא קנאה השוכר. אלא דבהמשך דבריו פסק בזה, דכיון דהשוכר קונה את הפרה למפרע נמצא שלבסוף נתברר שלא היה כאן כפירת ממון כלפי הבעלים.

וע"ש שהוסיף הגרע"א כאשר הקשינו לעיל דיקשה אפי' לר' יוסי דהא טעמא דר' יוסי לשיטת התוס' הוא משום דל שבועתך, והכא הרי נשבע וא"כ מודה ר' יוסי דנסתלקו הבעלים ודינא דהשוכר הוא. וצידד מו"ר זצ"ל דיתכן דלר' יוסי לא יקשה, דהרי לא נשבע השוכר שמתה כדרכה אלא נשבע לשקר שמתה מחמת מלאכה, ולא חל קנין על ידי שבועת שקר, ושפיר מצו הבעלים לאשתעי דינא בהדי' שואל.

סט) שוכר באשם ושואל בחטאת כגון שנגנבה ואמרו מתה כדרכה וכו' - הנה דעת המרדכי דנגנבה מצי בעלים לאשתעוויי דינא בהדי' שואל מדין רצה מזה גובה רצה מזה גובה. והעיר מו"ר זצ"ל דלכאורה יקשה ע"ז מסוגיין דמבואר דלרבנן חייב השואל חטאת, והא לפי האמת כשנגנבה הרי הוא חייב ממון לבעלים וכשכפר ואמר דמתה כדרכה הרי פטור את עצמו מן הבעלים ואינו חייב אלא לשוכר, ונמצא דיש כאן כפירת ממון גמורה לגבי הבעלים, (ע"כ ממו"ר)

ולכאורה יהא מוכח מזה דעד כמה שממנ"פ מתחייב ואין השאלה אלא למי לא חשיב כלפיו כפירת ממון אף דלגבי הבעלים פטור עצמו על ידי מה שאומר שמתה כדרכה.

ע) תוד"ה שוכר דמייחייב בגו"א - מכאן יש להוכיח וכו' - ומאי דלא הוכיחו התוס' כן לעיל מהא דאיתא דבנגנבה תרוייהו כפרי ממונא דהא מייחייב וכו', ע"י פנ"י דאילו מהתם איכא למימר דמייירי שנגנבה בפשיעה, אכן הכא הוי ממש כלשון המשנה ביסוד חיובא דשומר שכו', וז"פ.

עא) תוד"ה לאפוקי מדר' אמאי - ה"ה דהוה מצי למימר וכו' - ושאי"ר תירצו דאילו לאפוקי משמאל לא הוה ל' להביא דינו גבי שבועת השומרים אלא בשבועת ביטוי גרידא, אלא ע"כ דאתי לאפוקי מדר' אמאי, וצ"ב אמאי לא תירצו התוס' כן.

עב) מאי טעמא דהא מסרה לבן דעת - הנה נחלקו הראשונים בביאורו, דמדברי רש"י מבואר דחייב השומר הראשון על כל דבר שהיה חייב אילו היה עדיין ברשותו, כגון היכא דמסר ש"ח לש"ש ופשע הש"ש, וכל היסוד דמסרה לבן דעת אין רצונו לומר אלא דלא חשיבא עצם המסירה לשומר אחר פשיעה כיון דמסרה לבן דעת, ובהכי פליגי רב ור"י אליבא דאביי אי חשיבא המסירה פשיעה או לא. וכ"כ רש"י גם בבב"ק ד"א ע"ב, וז"ל: שומר שמסר לשומר פטור הראשון בכל אותן דינים שהיה פטור אם היתה אצלו פטור נמי השתא, עכ"ל, וכן משמע מדברי התוס' שם. ויש מקום עיון בדברי רש"י, דמאחר דס"ל לרב דמה שמסר הש"ש אפילו לשומר חנם לא חשיב פשיעה מצדו כיון שמסרה לבן דעת, אמאי יתחייב אם פשע השני, והרי הוא לא פשע כלל. ואמר מו"ר זצ"ל דצ"ל דדין שמירה הפוטרת הוא רק באופן שהפקדון היה שמור משא"כ בני"ד דלא נעשה הפקדון שמור על ידי המסירה לבן דעת, דנהי דלא חשיבא עצם המסירה פשיעה, מ"מ אם פשע השני נמצא שלא היה הפקדון שמור, ומעתה הדבר תלוי, דאם שמרו השני כדין ונעשה הפקדון שמור אלא שאירע אונס אהניא שמירתו והשומר הראשון פטור, אבל היכא דלא נשמר הפקדון על ידו אין כאן מה שיפטור את הראשון ולכך הראשון חייב.

והביא ראה מוכרחת לזה, ממתני' דידן שנשבע השוכר שמתה כדרכה, ובגמ' מוקמינן לה כרב דשומר שמסר לשומר פטור או בנתנו לו הבעלים רשות להשאל דככה"ג ליכא פשיעה בגוף המסירה, ולכך אם מתה כדרכה בבית השואל השוכר פטור. ואי נימא דמאחר דלא חשיבא המסירה לשואל פשיעה שוב ממילא יצא השוכר ידי שמירתו ומצדו החפץ היה שמור, אמאי צריך ליטעם שמתה כדרכה, הרי מאחר דלא חשיבא מסירתו פשיעה שוב ממילא פטור ולא משנה מה קרה לפרה, אלא מבואר כנ"ל, ודוק.

והרמב"ן הרשב"א והריטב"א החדשים ס"ל דודאי היכא דמסר ש"ש לש"ש פטור הראשון לגמרי אף אם פשע השני, ואף אי הלך למדינת הים או אין לו כסף, דיכול לומר לבעלים אוקמית לך גברא בחריקאי, ושוב הוי כאילו השואל הוא שומר של הבעלים. אכן בש"ש שמסר לש"ח ודאי דחייב אם נגנב או נאבד, דעל גנבה ואבידה הא לא מוקים ל' גברא בחריקאי. ביאור דבריהם, דיסוד מסרה לבן דעת פירושו דמסרה לאחר **במקומו** ולהכי יכול לדחות את הבעלים לשומר השני, אבל הא מיהא פשיטא דאכתי שם שומר עליו, ולהכי חייב על גו"א היכא דמסר לש"ח הואיל ולענין זה לא מוקים גברא בחריקאי, וכן מהאי טעמא אם רוצה יכול לומר לבעלים לתבוע אותו, אשר זהו דינא דמתני' דנשבע השוכר ומשלם לו השואל.

וע"י דיעה שלישית בריטב"א החדשים שהביא דיש שפירשו דאף בש"ש שמסר לש"ח ונגנב פטור, ואף דלא הוי בחריקאי. ולדידי' פירוש מאי דאמרין בסוגיין דמסרה לבן דעת הוא דעל ידי שמסרה לבן דעת פקע דין שומר ידידי' וממילא השומר השני הוא השומר דהבעלים, וכן כתב בביאור הא דשומר שמסר

לשומר פטור בחידושי רבנו חיים הלוי הל' נזקי ממון, ע"ש.

ולדיעה זו הא דעלויי עלייה לשמירתו פירושו כפשוטו, כמה ששללו התוס' בב"ק י"א ע"ב, ע"ש, שהוסיף חיוב דעכשיו אי נגבב ישתלמו הבעלים, וכן גרועי גרעי' פירושו דבשומר שכר שמסר לש"ח שוב לא ישתלמו בעלים על גוי"א. והתוס' לשיטתם דס"ל לקמן מ"ב כדברי רש"י הכירחו ממאי דאי אפשר לפרש גרועי גרעי' כן דע"כ צריך לבאר עלויי עלייה באופן אחר. ובריתב"א החדשים כתב דגרועי גרעי' גם בעיקר התשלומין היכא דפשע בו השני והלך למדינת הים, דשוב לא ישתלמו בעלים דהא השומר הראשון פטור. והתוס' שלא כתבו כן היינו משום דס"ל כרש"י דאף בכה"ג שפשע השני מ"מ עדיין חייב השומר הראשון, וז"ל.

ושיטת היש שפירשו בהריטב"א צ"ב לכאורה ממתני' דידן דמבואר דנשבע השוכר ולרבנן משלם לו השואל, ולשיטה זאת הרי נסתלק השוכר לגמרי ושוב אינו שומר כלל, ומה לו ולשבועה ולגבייה מן השואל. ובחידושי הרשב"א העיר באמת ממתני' זו על שיטתו, אלא שתי' דנהי דמכניס גברא בחריקין, מ"מ אכתי שם שומר עליו ושפיר יכול לדון עם המשכיר, אכן לשיטת היש שפירשו בהריטב"א צ"ע כנ"ל. וכן יקשה מהכא על דברי הגר"ח הנ"ל שפי' דמאי דשומר שמסר לשומר פטור הוא מהאי טעמא דנסתלק השומר הראשון מדין שומר.

עג) ר' יוחנן אמר חייב – וטעמי דר' יוחנן לשיטת רש"י ותוס' הוא משום דעצם המסירה לשני חשיב פשיעה. אכן נראה דאין ביאורן בזה שוה, דהנה מדברי התוס' ד"ה אין רצוני מבואר דמאי דחייב היינו מצד תחילתו בפשיעה וסופו באונס, או, כמו שכתבו בסוף דבריהם, משום "דהתם בצריפא דאורבני לא היה האונס ראוי להיות נארע עד שבאו גנבים אבל הכא אגלאי מיילתא שאותו הבל ואותו מקום היה מסוכן יותר להמית בהמה זו דמיד שבאת שם התחיל הולי וכן קאמר אביי לקמן דאפי' למי"ד פטור הכא חייב". ומדברי רש"י שסתם ולא פי' כלום בדברי ר' יוחנן לאביי ולא הזכיר כלל תחילתו בפשיעה וסופו באונס. ועוד, דמוכח דלא ס"ל כהתוס' בזה, שהרי דעתו בע"ד דדין הבלא דאגמא קטלה הוא רק באגם וכדומה דמצוי בו הבל טפי, מה דלא שייך כלל הכא.

וביאר בזה מו"ר זצ"ל, דהנה מצינו בשומר ב' סוגי אונסין, דסתם אונס דכתיב בקרא היינו אונס בעצם, כגון שמת או נשבר או נשבה. אכן איכא עוד סוג אונס דלא הוא אונס בעצמותה כגון גניבה ואבידה, דמאחר ששומר חשיב מה שנגבב אח"כ לאונס, אף דאינו אונס בעצם. ולמשל, שומר חנם ששומר כמו שצריך ונגבב פטור משום דשומר ושוב חשוב הגניבה לאונס. ונראה דבאונס מסוג זה הוא דמיירי הכא לדעת רש"י, ובה שפיר אמרינן דמאחר דמה שמסרו לו חשיבא פשיעה, הרי ליכא למימר שהוא שומר כדן, ולא קיים מה שמוטל עליו, אשר ממילא לו הוה לגבי אונס, ולעולם לא בעינן להגייע בזה לדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. (ובאונס בעצמותו דמבואר להלן בסוגיין דאפי' במתה כדרכה חייב לאביי, שפיר י"ל דאף לרש"י יהא תלוי בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס).

ויתכן דמאי דלא פירשו התוס' כן הוא משום דס"ל דמאי דפטור שומר חנם מגניבה ואבידה או שומר שכר מאונסין אינו משום ששומר כדינו ונחשב לגבי אונס, אלא פטור משום דכן הוא דין ד' השומרים דחייב גניבה ואבידה ליכא בשומר חנם אלא בשומר שכר וטעם פטור ש"ח בגוי"א הוא משום דלא נתחדש חיוב גוי"א גבי'. והנה מאי דלדכרי רש"י הוה פשיעה על ידי עצם הא דאין רצוני שיהיה פקדוני בידי אחר, דזהו לשיטתו דלא בעינן בזה אלא שיהא נחשב שלא שמר כדינו, ועל ידי כך דאי רצוני הוה פשיעה לענין דחשבינן שלא שמר כדינו, ושוב ממילא ליכא גבי שום פטורים, אך לשיטת התוס' הרי מאי דפטור מגניבה ואבידה הוא משום דגבי שומר חנם לא נתחדש חיוב

גוי"א, ואף אם לא שמר כדינו אכתי לית לי' חיוב גוי"א, וע"כ דבעינן שעל ידי הא דאין רצוני שיהא פקדוני בידי אחר נימא דחשיב פשיעה ממש לחיבו, אשר זה אינו אלא כפי שכתבו התוס' דהוה כאילו התנה שיחשב פשיעה, דבלא"ה אינה פשיעה ממש לחיבתו. ומאחר דאמרינן דחשיבא פשיעה לחיבתו, עדיין קשה דסו"ס לא נאבד החפץ על ידי הפשיעה אלא על ידי אונס, אשר על כן תלוי בשאלה דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, אם לא משה שכתבו התוס' דהכא שאנחי ואף מאן דס"ל בעלמא שפטור מודה דחייב. ומבוארים בזה השינויים שבין רש"י ותוס'.

עד) תוד"ה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר – אין לפרש וכו' – יש לעיין אי הכי ביאור היינו דווקא אליבא דר"מ דס"ל לקמן ע"ח דכל המעביר על דעת בעה"ב נקרא גזלן, או שמא בכה"ג יתכן דאף לרבנן הוה גזלן, דלא נחלקו אלא היכא דשינה מדעת בעה"ב אך הדבר אכתי נשאר ברשותו, אבל הכא דהעביר לרשות אחר שלא כדעת בעה"ב י"ל דלכו"ע הוה כגזלן. ולמה שדחו דאין זה פירוש דברי ר' יוחנן י"ל להיפך, דמסקי התוס' דכיון שלא נעשה שום דבר לגוף החפץ לכו"ע אינו כגזלן, באופן דס"ל דהתוס' ומסקנתם לא תליא כלל בפלוגתא דר"מ וחכמים.

ומש"כ דהטעם הוא דחשיב כאילו פירש לו, ולא פירשו דכיון דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר הוה פשיעה ממש, ע"י פנ"י דאף דודאי הוה פשיעה, כיון דלא הוה פשיעה בגוף החפץ לא נימא בכה"ג דחייב משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס, ע"ש כל דבריו. וביאור דברי התוס', נראה מכל דבריהם דר"ל דאין התנאי אלא שיחשב הכי פשיעה כפשיעה בהחפץ, ומאחר דחשיב כפשיעה שוב מחייבין לי' מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס, אם אך בא האונס מחמת הפשיעה, דעל ידי כך חשיב כאילו קשורה הפשיעה להאונס ושוב לית בה פטור דאונס. ומהאי טעמא הוא דהאריכו התוס' בסוף דבריהם לבאר דהכא חייב אפי' למי"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, ע"י בדבריהם.¹² וביאור חילוקם בזה, דמאי דפטר הכי מ"ד בתחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא משום דכיון דאחר הפשיעה אכתי לא נעשה האונס מאליו, כגון גבי גניבה, שוב אי אפשר לומר דנתערבו הפשיעה והאונס ופקע מהאונס דין פטור, משא"כ בנ"ד, גוף ההבאה לבית אחר הוא שהביאו לאויר שהמיתו, פשיעה זו כרוכה בעצם מעשה המיתה, אשר בזה מודה דחייב.

אכן יעויין בתוס' הרא"ש דמבואר להדיא מדבריו דאילו היה טעמא דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס, לא היה מהני זה אלא למי"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, אבל למי"ד פטור לא, הרי דלא ס"ל כמש"כ התוס' דבכה"ג מודו כו"ע דחייב. והיינו טעמי לכאורה, דס"ל דמאי דנקיט הכי מ"ד דתבו"ב פטור, היינו משום דסו"ס בסופו של דבר היה אונס, אשר בזה לא מהניא סברת התוס' כלל, והתוס' שחילקו כמו שחילקו היינו משום דס"ל דטעמא דמי"ד פטור הוא משום דאף דהוה מחמת הפשיעה, מ"מ בגוף מעשה האונס גופא ליכא פשיעה, וכנ"ל, אשר בזה שפיר מובן דשאני נידון דידן. ופי' הרא"ש דטעמא דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר הוא דהוה כאילו התנה שיחייב בכה"ג, וס"ל דלא כהתוס', וע"כ דהתנאי הוא בעצם החיוב ולא דיחשב

¹² ומש"כ התוס' ושם"א א"ס היתה צבית שומר הראשון וכו', מבוואר דכדי לייחזק לא צענין למיעד דולאי בזה האונס מחמת הפשיעה אלא סגי ב"שם"א", וז"ל לכאורה סברת הדבר, דנפשטות עד כמה ללא ידענין דהיה האונס מחמת הפשיעה ליכא מחייב, והוה לן למימר המוציא מחבירו עליו הראיה. ומו"ר זצ"ל הביא משמ"ה דהגרע"ל דמערכה אות כ' לכל דיהכא דהשומר פשע בדולאות ומספקא לן א"ס הפשיעה גרמה ההיזק חייב הוא מדון אינו יודע א"ס פרעתיק, ועדיין לא הבנתי הדברים כראוי.

ל"ו ע"ב

עה) את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן-
בפשוטו היה נראה דיסוד הך טענה הוא מדיני
שבועות, כלומר דיש לו להמפקיד זכות לומר דלא
נאמן לי הך שומר שני בשבועות. אכן ע"י חידושי
רבנו חיים הלוי פ"א מהל שכירות ה"ד שפירש
דלעולם אין זה דין בשבועות אלא בשומרים, דמכיון
שיכול לומר דאינו מהימן לי בשבועה, אמרינן דלענין
השבועה אינו יכול להעביר דין השמירה להשומר
השני, ושוב אין שבועת השומר השני יכול לפטור את
השומר הראשון. ביאור דבריו, דדין שבועת השומרים
שפוטור הוא דין בהשלמת השמירה, ועד כמה שאין
שבועה זו נובעת מדין שמירה זאת, אין השבועה
פוטרתו, וכמו שהוכיח הגר"ח מסוגי' דביק"ק.

והנה כל זה הוא בביאור אמאי אינו נפטר הראשון
בשבועת השני, אכן מפאת הא גרידא לא היה חייב
הראשון, והטעם שחייב כתב הרמב"ן במלחמות ריש
ב"מ בשם בעל השאלות דהוא משום דמתוך שאינו
יכול לישבע משלם. אכן בש"ד חו"מ סי' רצ"א
סקמ"ד ובקצוה"ח סי' ש"מ סק"ד נקטו דהוא משום
דחשיב איני יודע אם פרעתיך, ע"י בקצוה"ח שהוכיח
מדברי הנ"ל פ"י דביק"ק דאין הטעם משום מתוך דאין
משום דהוי כאיני יודע אם פרעתיך, וע"ש שהאריך
לבאר מתי חשיב איני יודע אם נתחייבתי ומתי חשיב
איני יודע אם פרעתיך, והוא ע"פ מה שחידש שם
דלעולם אין על השומר חיוב השבה דפקדון כל היכא
דאיתא ברשות בעלים איתא, ואין חיובו מתחיל אלא
בזמן שאינו בעין, אשר ממילא היכא דלא ידוע אי
בשואל מתה מחמת מלאכה או לא, שפיר יתכן דהוי
איני יודע אם נתחייבתי. והיכא דפשע חשיב תחילת
חיובו משעת הפשיעה אשר ממילא הוי איני יודע אם
פרעתיך, ע"ש בארוכה.

והנה לכאורה יש מקום עיון בשיטת הרמב"ן, דס"ל
דטעם החיוב בשומר שמסר לשומר הוא משום מתוך
שאינו יכול לישבע משלם, ואילו הריטב"א במתני'
ידן הביא בשם הרמב"ן דיוכל לטעון השוכר דאינו
יודע ונשבע על כך, הרי דמקיים דין שבועת השומרים
בשבועה שאינו יודע, וא"כ אמאי חשיב כשאינו יודע
שאינו יכול לישבע, הרי שפיר מקיים דין שבועתו
בשבועה שאינו יודע. וגם אין לומר בשיטתו טעמא
דאיני יודע אם פרעתיך, דהא ס"ל דהוי טענת איני
יודע כאיני יודע אם הלויתני, וכמשי"כ הריטב"א
משמו, ולפ"ז יקשה על דבריו מהו טעם החיוב בשומר
שמסר לשומר מהאי טעמא דאין מהימנת לי, הרי
אכתי יכול השומר הראשון לישבע שאינו יודע, וצ"ע.
ומה עוד, דבקצוה"ח הנ"ל הביא מהב"י סי' רצ"א
שכתב בשם תלמידי הרשב"א דס"ל להרמב"ן דבכה"ג
שאין השומר הראשון יודע חייב והוי כאיני יודע אם
פרעתיך, והוא סותר לכאורה למשי"כ הריטב"א
במכילתין משמו, וצ"ע.

ובמאי דאמרו בגמ' לא מיבעיא ש"ש שמסר לש"ח
וכו', צ"ב לכאורה לרבא דטעמא דר' יוחנן הוא משום
דאין מהימנת וכו' ולא משום פשיעה אמאי פשוט
יותר בשומר שכן שמסר לשומר חנם, בשלמא לאביי
דטעמא משום פשיעה, שפיר אמר לא מיבעיא דבש"ש
שמסר לש"ח חשיב פשיעה אלא אפי' בש"ח שמסר
לש"ש הוי פשיעה, אבל לרבא צ"ב כנ"ל. יעויין דברי
רעק"א במערכה אות כ"ג שצייד לומר דכל מאי דס"ל
לרבא דהמסירה לשני לא הויא פשיעה זהו בשומר
שכן שמסר לשומר שכן דלא גרעי' לשמירתו אבל
היכא דגרעי' לשמירתו מודה לאביי דהוי פשיעה ולכך
פשוט יותר בש"ש שמסר לש"ח שחייב. אלא דהקשה
ע"ז מנ"ל לרבא הך מילתא, דמאחר דטעמא דידי'
הוא שום דאין מהימנת וכו' המספיק לכל הציורים
מנ"ל למימר דאית לי נמי טעמא דפשיעה.

וע"ש אות כ"ד שביאר סוגיין באופן אחר, והוא ע"פ
היסוד דלא שייך שיפטור השני את הראשון בשבועתו
אא"כ השבועה הויא שבועת השומרים (וכן כתב
הר"ח הלוי הנ"ל בריש דבריו ובקצוה"ח סי' רצ"א
סקי"ב). ועפ"ז ביאר דברי רבא, דלא מיבעיא ש"ש

כפשיעה כדברי התוס', דלא היה מועיל זה לשיטתו
אלא למ"ד תב"ב חייב, וכנ"ל.

והנה עמד בפנ"י על דברי התוס' שכתבו דכן לרב היכא
דמסר לחש"י חייב מהאי טעמא, ז"א, מצד דחשיב על
ידי התנאי כפשיעה, והוא תמוה לכאורה דמאי דבעינן
להתנאי בעלמא הרי היינו משום דמסר לבן דעת
ולכא פשיעה בגוף השמירה, אבל בנידון דרב דמסר
לחש"י הרי הוי שפיר פשיעה בגוף השמירה, והוי ככל
תחילתו בפשיעה וסופו באונס. וכתב בפנ"י דלא
הוצרכו התוס' לזה אלא למ"ד תב"ב פטור, ע"ש
בדבריו. ודבריו תמוהין לכאורה מכמה צדדים,
ראשית, דלפ"ז מוכח דהתנאי הוי על עצם החיוב,
ואילו מדברי התוס' משמע דלא היה התנאי אלא
שיחשב פשיעה, וכנ"ל. ועוד, דהרי כתבו התוס'
להדיא בסוף דבריהם דאף מ"ד תב"ב פטור מודה
הכא דחייב ולא משום התקנה אלא מגדרי תחילתו
בפשיעה וסופו באונס.

ואשר לקושייתו, הנה גדר מה דבעינן להתנאי הוא
לכאורה דכיון דאין זה פשיעה בגוף השמירה הרי
עדיין חשוב החפץ כשומר, ועל חפץ שמור אף דהיה
פשיעה מ"מ אין רואים את הפשיעה כתחילת המעשה.
והנה כתבו התוס' בב"ק ט' ע"ב דלר' יוחנן שומרים
חש"י קצת, ופירוש הדבר, דאכתי חשיב החפץ כשומר
ואינו במצב שאינו שמור, אשר ממילא לא היה שייך
בזה חיוב משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס כיון
דסו"ס עכשיו בשעת הפשיעה אכתי החפץ במצב
שהוא שמור, ולהכי שפיר בעינן להתנאי שיחשב
כפשיעה בחפץ שנוכל לחייב משום תב"ב, ועדיין צ"ע
בה.

ובעיקר ראיית התוס' שאין לפרש דה"ט משום
שמשה מדעת הבעלים מקושיית אביי לקמן בע"ב, עי'
שם בחידושי הרשב"א שבאמת זהו תירוץ של רבא.
ומהלך הדברים, דהתוס' ודאי דהבינו בתירוץ דרבא
כפי' רש"י שם דמודה דיש להוכיח דלא אמרינן מלאך
המות מה לי הכא מה לי התם אם אך נימא דטעמא
דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר הוא משום משנה
מדעת בעה"ב, אלא דרבא לטעמא הרי ס"ל דה"ט
משום דמצי אמר את מהימנת לי בשבועה וכו', אשר
בזה יקשה ממתני' אף אי אמרינן מלאך המות מה לי
הכא מה לי התם, ונמצינו למדים מדבריו דהא מיהא
דלכו"ע להטעם דאין רצוני וכו' שפיר הוי הא דמלאך
המות מה לי הכא וכו' תי' לקושי' ממתני'. אכן
הרשב"א הנ"ל פירש דכונת רבא לומר דליכא ראה
כלל, דלהטעם דאין רצוני וכו' הרי זה "פשיעה
גמורה" ושוב הוי כגזלן, אשר שוב לא יהי הא דמלאך
המות מה לי הכא מה לי התם, כקושיית התוס'. והנה
כל זה הוא אליבא דרבא, אבל אביי שהקשה ס"ל
דנהי דהוי פשיעה, מ"מ לא חשיב כגזלן בהכי ואין
לחייבו אלא משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס,
אשר ממילא שפיר הקשה דאי איתא לסברא דמלאך
המות וכו' לא קשיא מתני' למ"ד שומר שמסר לשומר
חייב. ולמדים אנו מדבריו, דפליג על יסוד דברי
התוס' דלא סגי בהך פשיעה דאין רצוני שיהא פקדוני
ביד אחר לומר דחייב משום תחילתו בפשיעה וסופו
באונס, אלא שפיר יש לחייב על ידי הך פשיעה משום
תב"ב אף בלא שום תנאי. ולדבריו נמצא דיסוד אין
רצוני שיהא פקדוני ביד אחר הוא דחשיב פשיעה, אלא
דנחלקו אביי ורבא האיד מחייבין על ידי הך פשיעה.

והנה מדברי רש"י בסוגיין שפי' דחידושה דרב הוא
דכיון דמסרה לבן דעת לא חשיבא עצם המסירה
כפשיעה, ועל מה שאמר ר"י דחייב משום דאין רצוני
שיהא פקדוני ביד אחר סתם ולא פירש כלום, משמע
בפשטות דס"ל דכיון דאין רצוני שיהא פקדוני ביד
אחר חשיב שפיר פשיעה ולא בעינן למימר דחיובו
משום תחילתו בפשיעה. ומבואר לכאורה מדבריו
דלא בעינן לזה שום תנאי, ודלא כדברי התוס'
והרא"ש, וכמשנ"ל לעיל.

שמסר לש"ח דודאי דלא הוי שבועה שנאנסה שבועת השומרים דהרי לא בעי לישבע אלא שלא פשע, אלא אפי' ש"ח שמסר לש"ח דהוי שפיר שבועה אינה פוטרתו משום טעמא דאז מהימנת. או לדברי הגר"ח י"ל דקמ"ל דאפי' בש"ח שמסר לש"ח דבעצם הו"ל ליחשב שבועת השני שבועת השומרים, באמת אינו כן אלא לא חשוב שבועת השומרים, דמהאי טעמא דאז מהימנת לי וכו' אינו יכול למסור לו השבועה ושוב לא הויא שבועת השומרים. אלא דיש לעיין לפ"ז במאי פליג רב אהרן סברא דהיכא דלא הוי שבועת השומרים אינה פוטרתו, ואמאי לדידי' בש"ח שמסר לש"ח אמרינן דפטור, אם לא דנימא דפליג בגופא דהך מילתא וס"ל דיכול השני לפוטרו מבעלים בשבועתו אף דאינו שבועת השומרים, וצ"ב.

עו) אמר רבא הילכתא שומר שמסר לשומר חייב וכו'. כתב הרמב"ם פ"א מהל' שכירות ה"ד, וז"ל: ואין השואל רשאי להשאיל וכו' וכן אין השוכר רשאי להשכיר וכו'. עבר השומר ומסר לשומר שני אם יש עדים ששמרה השומר השני כדרך השומרים ונאנס פטור השומר הראשון שהרי יש עדים שנאנס ואם אין שם עדים חייב השומר הראשון לבעלים מפני שמסר לשומר אחר וכו' אפי' היה הראשון שומר חנם ומסר לשומר שכר חייב שהרי יש לבעל החפץ לומר לו אתה נאמן אצלי להשבע וזה אינו נאמן לפיכך אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני הרי השומר הראשון פטור מלשלם וכו' והוא שלא ימנע שמירתו כיצד ימנע שמירתו וכו' הואיל וימנע שמירתו פושע הוא וחייב לשלם וכו' ואם הביא השומר השני ראיה שיפטר בה שומר ראשון כדן שמירתו הרי זה פטור וכו', עכ"ל.

והנה מדקדוק לשונו מבואר דמה שפתח ואמר דחייב מפני שמסר לשומר אחר, אין זה מטעם דאז מהימנת בשבועה וכו', דהא לא הביא דבר זה עד שכתב דאף בעילויי עלי' לשמירתו חייב, וכן עצם הלשון דמפני שמסר לשומר אחר משמע דמפאת פשיעת המסירה הוא דאתנין עלה, וצ"ב דלמאי דק"ל כרבא דטעמא דחייב הוא משום דאז מהימנת וכו', הרי ס"ל דמצד אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ליכא אלא איסורא, וכמשי"כ התוס', אבל בדיעבד אין בזה משום פשיעה. ועוד צ"ב, דכיון דחייב בכה"ג משום פשיעה מה מועיל מה שהביא עדים ששמר השני כדרכו, הרי עכ"פ הוי לגבי הראשון תחילתו בפשיעה וסופו באונס.

ומשי"כ בהמשך דבריו היכא דמסרה השומר למי שרגילין הבעלים להפקיד אצלו דלית בזה משום את מהימנת וכו' דמ"מ אם ימנע בשמירתו חייב שהרי פשע, משמע דיסוד חיובו משום פשיעתו שפשע במסירה, וזה ודאי דצ"ב כנ"ל דהא ק"ל כרבא ולא כאב"י. ועוד הקשה בדבריו דאי יסוד חיובו משום הפשיעה הוא האידך פטור אי איכא עדים שנאנס, הרי מ"מ תחילתו בפשיעה הוא. וכן קשה להיפך, וכה"ק במל"מ, דאי מהני עדים שהיה אנוס אצל השני אמאי לא מהני שבועה.

וכתבו בקצוה"ח, וכ"ה דחידושי הגר"ח הלוי בתירוץ הראשון, דאין פטר את השומר אלא שבועת השומרים, והיכא דמסר ש"ח לש"ח, אין בכלל שבועת השומרים אלא מה שלא פשע, דהא בהכי מיפטר ש"ח, ויחוס למה דנאנס אין שבועתו אלא כשבועת שאר בני אדם דאין זה פטור השומר הראשון. אכן כבר הקשה על זה הגר"ח דהא מדברי הרמב"ם מבואר דהטעם דחייב הוא משום דהרי הוא פושע, ואילו לא היה פושע היה פטור, הרי מבואר דלא כהנ"ל.

וכתב הגר"ח ליישב דברי הרמב"ם ע"פ מה שהוכיח מסוגי' דב"ק ק"ח דאין שבועת שומר אחד פטור את חברו, והא דבלאו טעמא דאז מהימנת וכו' פטור שבועת השומר השני את השומר הראשון, היינו משום דמסר לו השמירה והרי השני נכנס במקומו, ושוב הוי אותו דין שמירה, אשר שפיר פוטרת אותו השבועה הנובעת מזה. ועפ"ז ביאר נמי יסוד הך דינא דאז מהימנת וכו', כאשר הבאנו לעיל משמו. אשר לפ"ז אתיין שפיר דברי הרמב"ם, דבלאו הא דהוא פושע

היה שפיר נכנס השני במקומו כיון דהרי הוא בן דעת, אבל מכיון דפושע הוא אין השני נכנס במקומו, ושוב אין שבועתו פוטרתו, ואין חסרון זה אלא בשבועה, וכנ"ל, ולהכי שפיר אמרינן דפטור, ע"כ תו"ד הגר"ח. וצ"ב לכאורה כיון דהרי פושע הוא אמאי באמת בעינן לחסרון בשבועה ולא סגי לן לחיובו מצד פשיעתו בשמירתו מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. ולכאורה י"ל ע"ד שהבאנו מהפנ"י לעיל דס"ל עכ"פ לרבא דלא שייך לדון בפשיעה כזו דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס, דהרי אין פשיעה זו בהשמירה והחפץ עדיין שומר, אבל מכיון דסו"ס הוי המסירה פשיעה, אין השני נכנס במקומו, וכמשי"כ הגר"ח.

אכן מדברי הרמב"ם לכאורה לא משמע כדבריו, דהרי כתב סתם דחייב משום דהרי פושע הוא, ולדברי הגר"ח הרי סו"ס עיקר החסרון הוא בהשבועה. ואם כי בהל' שכירות יש לפרש כדבריו, דהא כל דבריו עולין על מש"כ לעיל דאיכא חסרון בהשבועה דאז מהימנת וכו' אלא דברגיל להפקיד אצלו ליכא חסרון, על זה כתב דהיכא דגרע שמירתו כיון דפושע הוא שפיר אית בזה חסרון בהשבועה אף דרגיל להפקיד אצלו. אכן יעויין דברי הרמב"ם פ"ד מהל' שאלה ופקדון ה"ח שכתב כל המפקיד אצל בעל הבית בין כלים בין מעות על דעת אשתו וכו' הוא מפקיד אבל אם מסר לבניו ובנותיו הקטנים וכו' ואצ"ל אם מסר לאחר הרי זה פושע וחייב לשלם אא"כ הביא השומר השני ראיה שלא פשע כמו שביארנו וכו', עכ"ל. הרי דכתב להדיא דחיובו משום דפושע הוא אף דהתם לא הזכיר חסרון בשבועה כלל, ומבואר לכאורה דחיובו משום פושע הוא ולא משום חסרון בהשבועה, ושוב צ"ב כנ"ל מ"ש דהיכא דהביא עדים פטור ואילו נשבע השני לא מהני אף בכה"ג.

והנה מסדר דברי הרמב"ם מבואר לכאורה דפי' פלוגתא אביי ורבא דלא כהראשונים נאחרים, דהנה כתב הרא"ש בסוגיין דמאי דפליג רבא אדברי אביי היינו משום דס"ל כרב דכיון דמסרה לבן דעת ליכא פשיעה כלל אף דאסור לעשות כן. ומדברי הרמב"ם שפסק כרבא ומ"מ כתב דאיכא גווי' דחייב משום דפושע הוא, מבואר להדיא דלא כדבריו. ונראה דפירש הרמב"ם דמאי דהיכא דגרועי גרע וכן היכא דמסר לשומר כמותו, בזה הוא דכתב הרמב"ם דחייב משום ששמרו לשומר אחר, אשר הוא פשיעה בהמסירה ולהכי חייב. וס"ל לאב"י דאף בעילויי עלי' חשיבא פשיעה מהאי טעמא, ובזה הוא דפליג רבא וס"ל דהיכא דעילויי עלי' ליכא פשיעה וע"כ דבכה"ג מאי דחייב הוא משום טעמא דאז מהימנת, אבל בגרועי גרועי' ובשוין שפיר ס"ל דהוי פשיעה. וגרועי גרועי' הוי שפיר פשיעה אף היכא דרגילין הבעלים להפקיד אצלו השני, דנהי דרגיל להפקיד אצלו מ"מ הרי רצה ש"ש ולא ש"ח. אלא דאכתי צ"ע כיון דחיובו משום הוא מה מהני מה דאיכא עדים שבסוף היה אנוס, הרי הוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס, וצ"ע.

ועי' שיעור מו"ר צ"ל מש"כ בבאור דברי הרמב"ם. **עו) רש"י ד"ה האידך לא מהימן.** ואני אומר שישנה בידו או אכלה או פשע בה- מבואר מדבריו דהך טעמא דהאידך לא מהימן לי קאי על ג' השבועות- ישנה בידו נגד שבועה שאינה ברשות, אכלה נגד שלא שלח בה יד, ופשע בה נגד לא פשעתי בה. (ולעיל בד"ה בשבועה לא הזכיר שלשתם וכתב רק שלא פשעתי, וצ"ב). ופשוט דכל חד מינייהו סגי לחייב את הראשון, אלא דכתב רש"י הלא מהימנת לי יכול לעלות על כל אחד מהם.

ומבואר מדבריו דאם שלח בה זה שמסרו לו יד הראשון חייב, אשר על כן אם אינו יודע אם השני שלח בה יד חייב, וכן מבואר בדברי הרא"ש בסוגיין סי' ו'. והדברים לכאורה צ"ב, האידך שייך לחייב את הראשון על שליחות יד של השני, הרי הראשון לא גזל, ומהיכי תיתי לחיובו על שליחות יד של השני. (ואף דנתרבה שליחות בשליחות יד, הכא הרי לא מינהו שליח לשלוח בה יד.)

ויעיין דברי הריטב"א הישנים לעיל במתני' שדן בנקודה זאת, ונקט בריש דבריו דכמו דהראשון חייב על פשיעתו של השני כך חייב על שליחות יד ידיד, והוקשה לו עפ"י האידן תנן במתני' דיבעה השוכר שמתה כדרכה הא אכתי רמיא עלי' שבועה שהשני לא שלח בה יד, ותי', וז"ל: דלא דמי שליחות יש לפשיעה דבשלמא פשיעה כיון שנאבדה הבהמה בפשיעת השני ודאי חייב הראשון שהרי קבל עליו לשמרה יפה ולא עשה שמסרה למי שפשע בה אבל שליחות יד למה יתחייב הראשון בשליחות יד של שני כיון שלא נאבדה הבהמה באותו שליחות יד הא לא דמיא אלא לאומר לשלוחו צא גזול שפטור המשלח וכו', עכ"ל. ודברי רש"י והרא"ש צ"ב.

ואמר מו"ר זצ"ל דבפשוטו צ"ל כמש"כ הנתיחה"מ בס"י רצ"א סק"ב והגרע"א במערכה אות ל"ה דודאי צדקה סברת הריטב"א דאין לחייב את הראשון בתורת שולח יד על מה ששלח בה השני יד, ומאי דכתבו רש"י והרא"ש דהראשון צריך לישבע של שלח בה השני יד, היינו משום דאי שלח בה יד נמצא שהשני גולן והראשון יש לחייבו עבור שנגנבה בפשיעתו, דמה לי אם גנבה אחר מה לי גנבה השומר עצמו. ואפי' באופן שלא נאבדה הך בהמה על ידי השליחות יד, ואח"כ מתה כדרכה, הרי הוא חייב, דהרי קודם שמתה כדרכה כבר חל עליו חיוב תשלומים על זה שנגנבה, והרי זה כמאי דאיתא לקמן דמודה אביי היכא דאגניבא גנב באגס ומתה כדרכה בי גנב דחייב דאי שבקה מלאך המות בביתא גדנב הוה קיימא. אלא דלכאורה לא יתיישבו דברי רש"י בזה, דלפי' עיקר השבועה הוא שהראשון לא פשע בו ולא שלח בה השני יד.

עח) תוד"ה את מהימנת לי בשבועה - ולא כר"ח דפסק אביי- עי' ברא"ש שכתב דמה שפסק הר"ח כאביי היינו משום דרבה ס"ל דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב וק"ל כותני'. והקשה עליו הרא"ש דהא אף רבא מצי ס"ל דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ומה שהוצרך לחדש טעמא דאת מהימנת היינו משום דס"ל דלא חשיב הא דאין ברצוני כפשיעה, כדברי רב לכו"ע.

והפשוט ומבואר מדברי הר"ח דביאור פלוגתא אביי ורבא באופן אחר, והוא, דאף רבא דס"ל דמצד אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר חשיב פשיעה, ומאי דפליג אאביי היינו משום דהרי סופו באונס וס"ל דתחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור. אשר לזה כתב הר"ח דכיון דרבה ס"ל דחייב וק"ל כותני', ע"כ דק"ל הכא כאביי.

והכרח הר"ח לפרש כן, ביאר מו"ר זצ"ל משום דחייב דבלאו הא דחשיב פשיעה מהאי טעמא לא היה שייך לחייב מצד טענת את מהמנת, דאין לחייבו בשבועה אלא היכא דבאנו לחייב השומר הראשון, והיכא דלא פשע כלל אינו חייב כלל, והו"ל לישבע שנתן לבר דעת ולפטור, ומאי דבעינן לשבועת השני לפטור הראשון אינו אלא משום דחשיבא מסירתו פשיעה, וקצרתיו, עי' כל זה בארוכה בשיעור מו"ר זצ"ל.

והנה דקדק מו"ר מלשון הרא"ש בשם הר"ח דכתב דק"ל כרבה דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, והא מאן דס"ל בסוגי' דלקמן דף מ"ב דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב היינו רב יוסף. וביאר הדברים ע"פ דברי הר"י"ף בהא דנחלקו רבא ואביי אי אמרינן מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, ע"ש שפירש דיסוד פלוגתתם הוא אי תחילתו בפשיעה וסופו אונס חייב רק היכא דבא האונס מחמת הפשיעה או דחייב בכל אופן, דס"ל לאביי דחייב בכל אופן, והא דהבלא דאגמא קטלה לא נצרך אלא למ"ד תבוי"ב פטור, והביא שם דיש שפסק כאביי כיון דק"ל תבוי"ב חייב, וכתב לא כן, והקשה על עצמו מסוגי' דלקמן דף צ"ג דפריך ל"י אביי לרבה מהא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ותיירץ לו רבה קושייתו, הרי דקיבל קושייתו, והא התם לא הא מחמת הפשיעה ומ"מ חייב, אלא כתב דבאמת רבה לא קיבל קושייתו, ע"ש בניי'. והר"ח נראה דס"ל דשפיר מוכיחין מרבה התם

דאית ל"י דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אף היכא דאין האונס בא מחמת הפשיעה.

אשר זהו דכתב הר"ח שהביא הרא"ש דכיון דק"ל כרבה ע"כ דק"ל כאביי, והיינו משום דס"ל דאף הכא לא בא האונס מחמת הפשיעה (ודלא כהראשונים האחרים בסוגיין) דהא כל הפשיעה הכא במה שנתנו לשומר אחר הוא שמא לא ישמור, והכא הרי שמר אלא שהיה אונס, אשר בזה אין האונס קשור כלל להפשיעה, ונחלקו אביי ורבא בהך מח' גופא שמונח בפלוגתתם בטענת מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, ושפיר הוכיח הר"ח מהא דרבה דק"ל כאביי. והרא"ש שהקשה היינו לשיטתו דס"ל כדעת התוס' לקמן צ"ג דלכו"ע בכדי לחייב עבור תחילתו בפשיעה וסופו באונס בעינן דיהא האונס בא מחמת הפשיעה, ולדידי' לא שייך לפרש כן פלוגתא אביי ורבא, להכי ס"ל דטעמא דרבא הוא דלא חשיב לה פשיעה, אשר ממילא שפיר הקשה, ודוק.

עט) עי' דברי הרא"ש ס"י ו' שכתב לדיק מדברי הר"י"ף דמה דאמרינן דלרבא אי איכא עדים שנאנס פטור השומר הראשון לכו"ע אין זה אלא היכא דבאו עדים גם ששומר כדן ולא שלח בו יד. וכתב ע"ז הרא"ש דאי נימא דעיקר שבועת שומרים הוא גו"א או אונס, איכא למימר דמאחר דאיכא עדים שנאנס שוב לא בעינן שבועה שלא שלח בה יד, ע"ש כל דבריו. ומבואר מדבריו דבכדי שיפטור הראשון בעינן למידע שלא שלח בה השני יד.

ובמיוחדים להריטב"א אתמנ"י דידן הקשה באמת אמאי פטור השוכר בשבועה שנאנס, הרי אכתי שמא שלח בה השואל יד ושוב חייב השוכר אפי' אי היה אונס, ע"ש שתי דבהיות שאין זה חסרון בגוף השמירה דנימא דהוי כאילו הראשון לא שמר, שוב ליכא לחייב אלא מדין שליחות והוי כאומר לחבירו צא גנוב דנקטנין דאין שליח לדבר עבירה חוץ מבטביחה ומכירה. הרי דפליג על דברי הרא"ש וס"ל דאין הראשון חייב על שליחות יד של השני. אכן מש"כ דה"ט משום דאשלב"ע, הדברים תמוהים לכאורה, דהא מבואר להדיא בקידושין מ"ג דשפיר מרבינן בשליחות יד שליח לדבר עבירה, וצ"ע, ויש בזה אריכות גדול, ואין כאן מקומו.

ומה דלכאורה צ"ב בין להרא"ש בין להריטב"א, אמאי בעצם היה שייך חיוב על השומר הראשון עבור שליחות יד דהשני, ומה היה צריך הריטב"א להא דאין שליח לדבר עבירה, והא הכא אין השומר השני שליח על זה כלל, דאינו אלא שליח לשמור, ומה דלוקח לעצמו הרי לא זה פגע בגוף השמירה אלא דהוי כמו שגזל לעצמו אשר אין זה שייך להראשון כיון דהרי לא שלחו, וצ"ב.

והנה כתב רש"י בד"ה האיד לא מהימן לי, וז"ל: ואני אומר שישנה בידו או אכלה או פשע בה עכ"ל, ומבואר מדבריו דבאמת חיישין שהוא ברשותו (ישנה בידו) ששלח בה יד (אכלה) או פשע בה. ואילו בד"ה שלפניו, ד"ה בשבועה, כתב, וז"ל: שלא פשע בה, עכ"ל, ולכאורה ג' שבועות היה צריך, שלא פשע שלא שלח בה יד ושאינה ברשותו, כמבואר מדבריו בדיבור דאחרי זה, וצ"ב.

פ) הבלא דאגמא קטלה - נחלקו הראשונים אי מאי דאמר אביי הבלא דאגמא קטלה בעינן לה גם למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב או רק למ"ד פטור. והנה לדברי הר"י"ף הנ"ל דס"ל לאביי דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אפי' היכא דלא בא האונס מחמת הפשיעה, מוכרח דהך דהבלא דאגמא קטלה לא בעינן לה אלא למ"ד תבוי"ב פטור, דאילו למ"ד חייב פשיטא דחייב בלאו הכי כיון דלא בעינן שתהא האונס מחמת הפשיעה. אכן לשיטת התוס' לקמן ע"ח דמבואר להדיא מדבריהם דליכא אף מ"ד תבוי"ב חייב בלא בא האונס מחמת הפשיעה, ע"כ דהא דהבלא דאגמא קטלה בעי לה אביי גם למ"ד חייב, דהא בלא"ה לא בא האונס מחמת הפשיעה. ויסוד המח' דהר"י"ף והתוס' ודעמ"י, ביאר לה הגרע"א דפליגי ביסוד חיובא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס,

התוס' ס"ל דמאי דחייב היינו משום דכיון דבא האונס על ידי הפשיעה, חסר בשם אונס ושפיר חייב על אונס כזה. אשר לפי פשוט ומוכרח דבעינן שיהא האונס בא מחמת הפשיעה, דבלא"ה הרי הוי אונס ממש ופשיטא דפטור. אכן הרי"ף ס"ל דבעצם נשתעבדו נכסיו משעת הפשיעה, ז"ל, דשומר שפשע נתחייב מיד לשלם, אלא דאי איתא להחפץ הרי פטור עצמו על ידי נתינת החפץ. אשר לפי לא איכפת לן במה דלא בא האונס מחמת הפשיעה, דסו"ס הרי לא השיב את החפץ.

והנה כל זה להרי"ף בדעת אב"י, ופולגת אב"י ור"ב לשיטתו הוא בהנ"ל, ולהכי ס"ל לר"ב דבעינן דיהא האונס בא מחמת הפשיעה. ונמצא לשיטת הרי"ף דאיכא ב' מחלוקות אב"י ור"ב בזה, הא' אי איתא לר"ב דהבלא דאגמא קטלה, והב', ביסוד חיוב דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, אי איתא היכא דלא בא האונס מחמת הפשיעה, והינו פולגתא הנ"ל. וביאור המח' אי תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, לאב"י מ"ד חייב ס"ל דהחיוב הוא משעת הפשיעה, ולהכי חייב אף דלא בא האונס מחמת הפשיעה, ומ"ד פטור ס"ל דהחיוב בא משעת האונס, ופשיטא ל"י דאי בסופו היה אונס פטור אף דהיתה תחילתו בפשיעה. ולר"ב הא כו"ע מודו דחייב על האונס, אלא דנחלקו אי נעשה האונס על ידי הפשיעה אי בכה"ג איכא פטור דאונס. ולשיטת התוס' ליכא אלא פולגתא אחת דאב"י ור"ב, והוא בסברת הבלא דאגמא, דבלא"ה הרי אין האונס מחמת הפשיעה ולכו"ע פטור. ויסוד המח' אי תב"י חייב או פטור, כמו שכתבנו בדעת ר"ב לשיטת הרי"ף, וז"ל.

פא) רש"י ד"ה אלא אפי' למ"ד וכו' - אבל הכא איכא למימר בפשיעה מותה שאם היתה בבית לא מיתה ויצאיתה לאגס היא פשיעת מיתתה דשמא הבל המצוי באגס קטלה - ממש"כ זו היא פשיעת מיתתה היה משמע לכאורה דלא בעינן בזה לתחילתו בפשיעה וסופו באונס, אלא גוף היציאה לאגס שהוא מקום מיתתה על ידי פשיעתו שלא נעל כראוי הוי פשיעת מיתה והוא חייב. וכן הבין המהרש"א לעיל סוף ע"א בדברי רש"י, ע"ש שכתב דפליג אדברי התוס' שפירשו שם דאף הא דהבלא דאגמא קטלה חיובו משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס. וכתב שם דהתוס' נאדו מפירושו של רש"י משום דלדבריו דינא הכי גס היכא דהוציאו ממש לאגס, ואמאי הוצרכו לומר דפשע בו על ידי שלא נעל כראוי. ובאמת קושי דא כבר דנו עליה הראשונים, דמטעם זה נאיד באמת הרא"ש מפירוש כזה, ע"י בדבריו בהלכה וכן בתוס' הרא"ש, ובריטב"א החדשים הביא ב' הפירושים וכתב דלפירושא דא דלאו מדין תחילתו בפשיעה אתינן עלה, מאי דאיתא פשע בה וכו' היינו להודיע כח דר"ב, ע"ש בדבריו. וכ"פ המהרש"א הבין מדברי רש"י דלא בעינן בזה לתחילתו בפשיעה וסופו באונס. וצ"ב לדודי סיום דברי רש"י שכתב דשמא הבל הגס קטלה, הרי דאין הדבר ברור שמתה מהבלא דאגמא, והאיך שייך לומר דהוא המיתה על ידי פשיעת בואה לשם, הרי אין הדבר אלא ספק, וצ"ב.

ובאמת ממאי דכתב רש"י שמא וכו' דקדק בתוס' הרא"ש דס"ל דלאו פשיעה גמורה הוי אלא פשיעה קצת, וסו"ס אינו חייב אלא משום דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, כלומר, מחמת פשיעה דלענין זאבים וכו', ולא מהניא הך פשיעה קצת אלא דמודה מאן דס"ל בעלמא דתב"י פטור דהכא חייב. ולפירוש המהרש"א בדברי רש"י צ"ב כנ"ל דהא לא הוי אלא ספק.

והנראה בביאור דברי רש"י, דהנה אף למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, דליכא למימר כמש"כ הגרע"א דנתחייב משעת הפשיעה אם אך לא החזיר החפץ, מ"מ יש לבאר חיוב השומר בשני אופנים, ד"ל דחייב עבור מה שנעשה, וזהו יסוד דין חיוב תשלומין דהשומר, או י"ל דחייב עבור פשיעתו, אלא דאין פשיעתו מחייבתו אלא אם כן איכא למימר שעל ידי הפשיעה הזמין והכשיר את הנזק. ומשל לזה, מתני

דב"ק ט' ע"ב בנוקי ממון, דאיתא במתני' כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו, ופי' שם רש"י בפירושו הראשון זימנתי את נזקו.

אשר לפי"ן, דודאי אילו היה המחייב בחיוב השומר מה שנעשה להחפץ, באופן דלא הוי אלא ספק אי מתה מחמת הבלא דאגמא או דמותה בלא"ה הוי זה ספק בחיובו ולא היה בזה סיבה לחייב, אכן נראה דס"ל לרש"י דהמחייב הוא הפשיעה, אשר בזה כיון דיתכן שתמות הבהמה מחמת הבלא דאגמא, שפיר חשיבא הפשיעה שעל ידה הלכה לאגס פשיעת מיתה, ונהי דאילו היה מתברר להדיא שלא מחמת האגס מתה ודאי דהיה פטור כיון דלא דשוב לא הוי המיתה אלא אונס ולא זימן למעשה כלום על ידי הפשיעה, מ"מ עד כמה דלא ידעינן, סגי במה דשמא מחמת הבל האגס מתה להחשיב הפשיעה פשיעת מיתה כיון דיכולה למות מחמת כן, ושפיר מחייבתו פשיעתו. ואין זה כההיא דצריפא דאורבני דהתם ליכא פשיעה לענין גנבי כלל ולא הוי פשיעתו פשיעת גניבה אלא פשיעת שריפה שלא יצא מזה כלום ולא הוזמן בזה כלום התם אין לחייב אלא מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס אשר אית ל"י להך מ"ד דפטור, משא"כ בני"ד, וכמשנ"ת. אשר זהו דכתב רש"י דפשיעת יצאיתה לאגס הוי פשיעת מיתתה כיון דשמא מחמת הבל האגס מתה, ומדוקדק לשונו היטב כנ"ל לפי הבנת המהרש"א.

והרא"ש שדקדק ממש"כ רש"י שמא וכו' דאין זה פשיעה גמורה, היינו משום דס"ל דחייב עבור מה שנעשה, אשר ממילא כיון דלא הוי אלא שמא ע"כ דאין זה פשיעה גמורה וחיובו אינו אלא משום דתחילתו בפשיעה וסופו באונס. וכן ס"ל להתוס' לעיל ע"א דבעינן בזה להגיע לתחילתו בפשיעה וסופו באונס.

והנה ממש"כ התוס' דאיגלאי מילתא דאותו הבל ואותו מקום היה מסוכן יותר להמית משמע לכאורה דלא ס"ל דהוי רק שמא, דאם כן אמאי מודה בזה מ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס דחייב, הרי לשיטת התוס' דבעינן שיהא האונס בא מחמת הפשיעה, ע"כ דטעם החיוב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא מצד האונס דלית ב"י פטור דאונס, וכמש"כ הגרע"א, וא"כ היכא דמספקא לן אי חייב או לא, הרי הוי ספק אי איכא פטור אונס או לא, ומוכח דעכ"פ תלינן דמת מחמת הבלא דאגמא.

פב) ומודי אב"י דאי הדרא לבי מרה ומתה דפטור וכו' - ע"י חידושי הרשב"א שביאר דכיון דאין ברור שתמות מחמת הבלא דאגמא, כשנמצאת הבהמה באגס תלינן דמחמת הבלא דאגמא מתה (וכמין כאן נמצא כאן ה"ה), אך כשנמצאת כבר ברשות בעלים לא תלינן הכי. אכן יעויין בחידושים המיוחדים להריטב"א שהביא דעת הרשב"א (הראב"ד) שביאר סוגיין באופן אחר, וז"ל: ומודה אב"י דאי פשע ביציאתה שלא מדעת אבל הדרה הבהמה מאליה לבי מרה ושבה מרה כלומר מבית הבעלים יצאת והלכה לאגס ומתה כדרכה פטור השומר אע"פ שפשע בה מ"ט דהא דהדרה למרה בעינה וכלתה שמירתו דשומר דלא בעינן דעת בעלים אלא בגנב וגולן, עכ"ל. ותמה הריטב"א על דבריו "דלא מפי' מכלל אלא השבת אבידה מפני שרבתה כן תורה השבות הרבה אבל הכל האחרים צריכים דעת בין שומר בין גנב בין גולן וכו'".

ונראה לכאורה בדעת הראב"ד, ע"ד שכתב בקצוה"ח דגבי פקדון כיון דכל היכא ברשותא דמרא איתא לית ב"י חיוב השבה, ומאי דבעינן בעלמא גבי גניבה וגזילה שיהא מדעת בעלים ס"ל להראב"ד דהוא זה מדיני ההשבה, וכן במציאה איכא חיוב השבה והיה בעצם צריך להיות דינא הכי אי לאו דרבי רחמנא השבות הרבה. וכל דינא דפקדון אינו אלא דין שמירה, אשר ליתא אלא כל זמן שהפקדון ברשותו, אבל היכא דחזרה פקדון לרשות הבעלים שוב כלתה שמירתו ושוב אין בו דיני וחיובי שמירה. ומאי שפירש כן הראב"ד נראה לכאורה דהיינו משום דלא ס"ל לחלק

כמש"כ הרשב"א דדווקא אי קיימא באגס אמרינן דמחמת הבלא דאגס מתה ולא היכא דגהחזירה לבעלים, דס"ל דהא דהבלא דאגמא קטלה ודאי הוא לאביו, אשר ממילא אף היכא דחזרה לרשות הבעלים היה לו להתחייב, וכמו שהקשה באמת הרשב"א על הצד הזה, ע"ש בדבריו. ולדברי הראב"ד, אילו לא היתה חזרת לאגס אלא היתה חזרת לרשות הבעלים מאליה ומתה שם, הוה אמרינן דחייב השומר משום דהבלא דהאגס שהיתה שם קטלה, ורק היכא דחזרה אח"כ לאגס ומתה הוא דאמרינן דפטור, דמחמת היותה באגס פעם הב' הוא דמתה.

פג) רש"י ד"ה ושיני לי בשנתנו לו הבעלים רשות- ומדלא שני לי הכי שמעינן למאן דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב לא שנה אונס מלאך המות משאר אונסין- מבוואר לכאורה מדבריו דס"ל לאביו דמאן דמחייב תחילתו בפשיעה וסופו באונס מחייב אפי' היכא דלא בא האונס מחמת הפשיעה, אשר זהו דהוכיח אביו לרבא מקושיית ר' אבא בר ממל ותירץ ר' אמי. וכבר עמד המהרש"א על דבריו, דלכאורה למאי דס"ל לאביו דהבלא דאגמא קטלה אין דבר זה מוכח כלל, דהא חייב משום דהבל ביתו של השואל הוא דקטלה. וכתב המהרש"א דא"א להוכיח מדברי ר' אמי דס"ל כסברת הבלא דאגמא קטלה, דמי יימר דס"ל דתחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, דילמא ס"ל דחייב, ואין מוכח אלא דלכא"פ אמרינן דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב בכה"ג.

ויש לפרש דברי רש"י באופן אחר, והוא ע"פ מה שדנו בראשונים דבאמת גבי ב' בתים לא שייכא כלל סברת הבלא דאגמא קטלה, והו"ל לאביו נמי לאקשווי על עצמו כיון דלדידי נמי בכה"ג אמרינן מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, ע"י ריטב"א החדשים. אשר לפי' יתבאר היטב דברי רש"י, דנהי דלכו"ע למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור ליכא למימר שיתחייב וודאי דיקשה, וכנ"ל, מ"מ לאביו אתיא שו"ט דר' אבא בר ממל ור' אמי שפיר, והיינו למ"ד תבוב"ב חייב, דלדידי חייב אפי' היכא דלא בא האונס מחמת הפשיעה, אך לרבא שפיר הקשה, דהא רבא ס"ל דאין תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אלא היכא דבא האונס מחמת הפשיעה, וז"פ.

והנה התוס' כתבו להדיא דאף גבי ב' בתים שייך סברת הבלא דאגמא קטלה, והיינו לשיטתייהו דס"ל דלכו"ע לא מחייבין בתחילתו בפשיעה וסופו באונס אלא היכא דבא האונס מחמת הפשיעה, אשר ממילא ליכא לפרש כפירוש רש"י, וע"כ דיסוד קושיית אביו על רבא היינו להוכיח דשפיר אמרינן הבלא דבית השואל קטלה, וז"פ.

פד) אמר לי אביו לרבא וכו'- ע"י ריטב"א החדשים הני"ל שהקשה דלכאורה לא שייכא הכא טענת הבלא דאגמא קטלה ואמאי קשה לרבא ולא לאביו, והביא בשם יש מתרצים, וז"ל: דלאביו כיון דפשע בתחלה תולין אף בזו דדילמא היה בבית שואל הבל מרובה יותר מביתו של שוכר כי יש בית שהבל שלו מרובה משל בית אחר, עכ"ל. והקשה עליו הריטב"א דמי לא עסקינן במתני' אפי' כשהיה ביתו של שוכר צר וביתו של שואל רחב או שמתה בשדה דאיכא אוריא וליכא הבלא, ולהכי פירש באופן אחר, ונביא דבריו לקמן. ומבואר מדבריו דעיקר הבנת היש מתרצים בהך בהבלא דאגמא ס"ל שפיר, רק דהכא אין במה לתלות ביון דמייירי נמי היכא דליכא הבלא כלל. וכן מתבאר להדיא מפירושו על קושיית רמי בר חמא על אביו מההיא דהעלה לראשי צוקין ונפלה, ע"ש שכתב, וז"ל: פ"י דהא אע"ג דאוריא דהר לא שכיח דקטיל מ"מ כיון שפשע בתחילתו פשיעה גמורה ניתלי בו כל ריעותא דאפשר ונימא דאוריא דהר קטלה כיון דזימנין קטיל, וכל. וצ"ב מהו גדר יסוד זה דאף דלא מסתבר שהיה כן מ"מ כיון דהיה בפשיעה גמורה ביחס לדבר אחר תלינן בדבר שאינו שכיח.

ונראה לכאורה דהא פשיטא דאילו הוה אמרינן דמה שחייב שומר הוא עבור מה שקרה להחפץ, לא שייך לומר דכיון דהיה קודם לכן פשיעה תלינן בדבר שלא

שכיח, דכיון דסו"ס האי דבר אונס לא שכיח שיהא באופן שאינו אונס, שפיר אית בזה פטור דאונס. והנה הריטב"א ס"ל להדיא בסוגיין דאין חייב למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אלא היכא דבא האונס מחמת הפשיעה, וביאר הגרע"א הני"ל סברת הך דיעה, דלעולם אין הפשיעה מחייב, כדמפרשינן לשיטת הרי"ף דלא בעינן שיהא האונס בא מחמת הפשיעה, אלא האונס, ז"א, מה שנעשה להחפץ הוא שמחייב, והיכא דבא האונס מחמת הפשיעה ס"ל למ"ד תבוב"ב חייב משום דבכה"ג חסר בשם אונס. ולדידי יקשה ד"י האך תלינן שנעשה האונס על ידי פשיעה שלא שכיח שתהא קשורה אליו כלל. אכן נראה מדברי הריטב"א להיפך, דלעולם אף מאן דס"ל דבעינן שיהא האונס בא מחמת הפשיעה ס"ל דהפשיעה מחייב, אלא דס"ל דאין הפשיעה מחייבת סתם כמו לשיטת הרי"ף, אלא דפשיעה עד כמה שאפשר לומר שהיא הגורמת האונס חייב עליה. ויסוד המח' אי תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב או פטור הוא אי סגי במאי דבא האונס מחמת הפשיעה, ז"א, במה דאי לאו הפשיעה לא היה האונס, ליחשוב על ידי כך שגרמה הפשיעה את האונס, דמאן דפטור ס"ל דלא סגי בהכי. אכן היכא דשייך לומר דהאונס בא על ידי הפשיעה, שפיר חייב על פשיעה זו אף למ"ד תבוב"ב פטור. אשר זהו דס"ל להריטב"א דאף דלא שכיח שיהיה כן, מ"מ אם אך שייך שמתה מחמת פשיעה זאת, שפיר תלינן הכי לענין שתחייבתו פשיעה זו לשלם, דכל שאי אפשר לומר בודאות שלא על ידי הפשיעה בא האונס, הרי זה שפיר פשיעה המחייבת, ודוק.

וע"ש עוד בריטב"א מה שפ"י הוא עצמו בביאור יסוד קושיית אביו, דלדידי דס"ל דטעמא דשומר שמסר לשומר חייב הוא משם דאין רצונו שיהא פקדוני ביד אחר, לא קשיא כלל, דחויבו כעין גזלן דחייב אף היכא דלא בא האונס מחמת הפשיעה, ורק לרבא דלית לי הך טעמא הוא שהקשה, ע"ש בדבריו. ודבריו לכאורה צ"ב, דלטעם זאת מהימנת מה שייך להקשות על רבה כלל, דלדידי ע"כ דליתא לקושיית הש"ס כלל כיון דמייירי שנשבע השוכר, וכמו שתירץ הוא עצמו, ומאי ס"ד דאביו בקושייתו, וברשב"א כתב להיפך דרבא ס"ל הכי בהבנת טעמא דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, וצ"ב. ועוד, דלדבריו נמצא דכל שו"ט זה הוא להקשות על מאי דס"ל לרבא דטעמא ששל"ש חייב, וא"כ שייך דבר זה לעיל בע"א ולא הכא, וצ"ע.

פה) א"ל לדידכו דמתניתו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר וכו'- ע"י פירוש רש"י בזה, ודבריו לכאורה צ"ב, דסו"ס מודה רבא דר' אמי הוא דלא כוותי, וא"כ מה האריך רבא בלשונו, הול"ל בקצרה דכן ס"ל לר' אמי והוא חולק, וכח"ק בחידושי הרשב"א, ע"ש שפירש באופן אחר, דבאמת רבא יישב קושיית אביו אף לפום טעמא דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, דס"ל לרבא דעל ידי הך טעמא חשיב כגזלן, אשר ממילא אף אי לא בא המיתה מחמת הפשיעה כלל חייב כיון דגזלן הוא. וגם דבריו צ"ב לכאורה, דלדבריו העיקר חסר מן הספר, ומה שייך לתירוץ זה כלל מאי דלרבא לא יקשה קושיית הש"ס, הא אין לזה ענין כלל, וצ"ב.

פו) רש"י ד"ה למרעה שמן וטוב- דדרך הרועים להעלות שם בהמות לרעות. ובתוס' כתבו, וז"ל: דהשתא לא הוי פשיעה בהעלאה, עכ"ל, ואילו רש"י לא הזכיר בזה דלא חשיב על ידי כך פשיעה. ונראה בזה, דהנה יעויין דברי הראב"ד בשט"מ שהביא בביאור דברי רבא מלאך המות מה לי הכא מה לי התם ב' פירושים, הפ"י הא, דס"ל דאין דרך הבלא דאגמא אלא להחלותו בחלי הגוף, אבל לעולם אינו מת מחמת הבלא דאגמא. ופירושו הב', "דדרך הבהמות לרעות באגס ואין אוריו רע להם". ונפ"מ לכאורה בין ב' הני פירושים, אי פשע והלכה לאגס והופחת שיוויה על ידי חולי, דלפירושו הא' מודה בזה רבא דהא חייב ואילו לפום פירושו הב' דאין אוריו רע להם אף בכה"ג פטור.

ונראה בכונת רש"י על פי פירושו הב' דהראב"ד, דגבי אגס פליג אב"י וס"ל דאורו רע להם, וע"כ דלדידי אין דרך הבהמות לרעות באגס, דהרי היו מתות אילו היו עושות כן. אכן גבי ראשי צוקין ס"ל שפיר דהיכא דאיכא מרעה שמן וטוב הדרך להעלות שם וע"כ דאין מתות על ידי זה. ולפ"ז יסוד הא מרעה שמן וטוב הוא דליכא בכה"ג הבלא או אובצנא דקטלה, ולעולם אין הנידון בפשיעת ההעלאה כמש"כ התוס', וכמשנ"ת.

ונראה דרש"י ותוס' לשיטתיהו אזלי, דהנה שיטת התוס' והרא"ש מבוארת בסוגיין דס"ל דמאי דמחייבין בהבלא דאגמא הוא מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס, כלומר תחילתו בפשיעה נפילה וסופו באונס מיתה, ולא מהני הא דהבלא דאגמא קטלה אלא דבכה"ג חייב דהאונס בא מחמת הפשיעה וגם דאף מ"ד תב"ב פטור מודה הכא דתב"ב כזה חייב, או כמו שפירשו התוס' לעיל ע"א או כמו שפי' הרא"ש. אשר לפ"ז פשוט דאם אף ליכא פשיעה בהעלאה, שוב ליכא חיוב אף אי איכא הבלא דהר. אכן לרש"י הרי ביארנו לעיל ע"פ המהרש"א דס"ל דמאי דחייב בהבלא דאגמא אין זה משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס, אלא משום דיציאתה לאגס חשיבא פשיעת מיתתה, וכמשנ"ת דמחייב הוא מה דעל ידי הפשיעה הזמין את הנזק. אשר לפ"ז נראה דאין לפרש במרעה שמן וטוב דלא חשיב פשיעה, דזה אינו אלא ביחס לפשיעת נפילה, שפיר איכא למימר דכיון דהדרך להעלות להתם אין בזה פשיעה ומוטל עליו לשמור שם שלא יפול, ואם נפל באונס פטור, אבל לענין פשיעת מיתה, הרי זה קשור לעצם היות הבהמה שם, ועד כמה דאיכא למימר שמא תמות שם, חשיבא העלאה לשם פשיעת מיתה, ומה יועיל לן בזה מה דהוי מרעה שמן וטוב, ס"ס ההעלאה היא העלאה למקום העלול להמיתה. אשר זהו דהוכרח רש"י לפרש דלא כהתוס', אלא יסוד מרעה שמן וטוב הוא דליכא למימר בכה"ג דהבלא קטלה, דכיון דחזינן דדרך הרועים להעלות לשם, ע"כ דאין הבל דהך הר ממיתה, ודוק.

ולפ"ז תתפרש קושיית הגמ' אי הכי נפלה נמי בתרי אנפי, דלשיטת התוס' פירושו דאי אמרינן דליכא פשיעת נפילה בהעלאה אמאי חייב אם נפלה, אך לשיטת רש"י פירושו דכמו דאמרינן דמדדרכן של רועים להעלות לשם ע"כ דאין ההבל דהך מקום ממית, כמו כן נימא גבי נפילה דכיון דדרך להעלות לשם ע"כ דאין הדרך שיפלו הבהמות משם, וע"ז תירצו דהו"ל לתוקפה ולא תקף, ז"א, דממה דדרך להעלות אין מוכח דלא יפלו, אלא דעל ידי שישמרו לא יפלו, ושוב חייב כשלא שומר, ודוק.

פז) תו"ה אי הכי עלתה נמי וכו' - וא"ת וסיפא כיון דמייירי שהיה יכול לתוקפה אמאי אוקמה במרעה שמן וטוב אפי' לא היה מרעה שמן וטוב לא פשע בהעלאה כיון שהיה יכול לשומרה מנפילה- זהו לשיטת התוס' דפעולת מרעה שמן וטוב היינו לומר דלחכי לא חשיבא ההעלאה פשיעה, לפ"ז שפיר הקשו דכיון דיכול לתוקפה הרי ממילא אין בהעלאה פשיעה. אכן לשיטת רש"י דאם אף תמות שם על ידי ההבל חייב משום דהוי ההעלאה לשם גופה פשיעת מיתה, הא לז אין מועיל כלל מה שהיה יכול לתוקפה, וע"כ דבעינן להא דמרעה שמן וטוב לומר דאין הבלא דהר זה ממית, וכמש"כ לעיל, וז"פ.

פח) ר"ח בסוגיין - וקיימא לן בהא כאב"י דאיסקנא והילכתא תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב- והרי"ף ושא"ר השיגו על זה דמאי דק"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אינו אלא היכא דבא האונס מחמת הפשיעה, והכא הרי לרבא לא בא האונס מחמת הפשיעה ולחכי פטור אף דלמאי דק"ל דתב"ב חייב, ומה הכרח איכא מהכא לפסוק כאב"י, והדרין לכללא דהלכה כרבא חוץ מיע"ל כג"ס. וכבר ביארנו בזה לעיל דברי הר"ח ע"פ שיטת הרי"ף הנ"ל באמת פליגי רבא ואב"י בתרתי, במ"ד תב"ב חייב אי חייב אף היכא דלא בא האונס מחמת

הפשיעה, ובמ"ד פטור אי מודה הכא משום סברת הבלא דאגמא קטלה. אשר לפ"ז נראה, דהנה רבא ואב"י לא אמרו דיניהם הכא מעצמן אלא דתרווייהו משמ"י דרבה אמרוה, ומקושיית אב"י לקמן דף צ"ג שנבנית על ההנחה דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אפי' בלא בא מחמת הפשיעה, וממאי דתירץ לו רבה תירוצו על זה ולא דחה קושייתו משום דבעינן אונס בא מחמת הפשיעה, מבואר להדיא דס"ל רבה גופי' דלא בעינן שיהא האונס בא מחמת הפשיעה, וע"כ דנקטינן כמה שאמר אב"י בסוגיין משמ"י דרבה ולא כמה דאמר רבא משמ"י דרבה. והנה אילו הוה פסקינן דתחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, היה נוגע להלכה פלוגתת אב"י ורבא אי אמרינן דהבלא דאגמא קטלה, אשר זהו דכתב הר"ח דמק"ל דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ע"כ דנקטינן כאב"י, משום דמבואר להדיא מדברי רבה בדף צ"ג דלא בעינן אונס מחמת הפשיעה, וע"כ דליכא למינקט כרבא בסוגיין משמו, וכמשנ"ת. כל זה נלמד מדברי החידושים המיוחסים להריטב"א בסוגיין, ע"ש ודוק. והני ראשונים דפליגי על הר"ח, הנה לשיטת הסוברים דלא נחלקו אלא בסברת הבלא דאגמא, ולעולם בעינן שיהא מחמת הפשיעה, לא שייך סוגיין לדף צ"ג, והתם ע"כ דהוי מחמת הפשיעה, וכ"כ התוס' דף ע"ח. והרי"ף דס"ל דשפיר נחלקו אב"י ורבא בזה הרי פי' דלרבא להד"ם ולא אמר כן רבה, ע"י עוד בראשונים.

פט) ב"ק דנ"ז ע"ב - איתא במתני' ריש הכנוס מסרה לרועה נכנס הרועה תחתיו, ואמרו בכגמ' תחתיו דמאן דאלימא תחתיו דבעל הבהמה תנינא חדא זימנא מסרו לשומר חנם וכו' כולן נכנסו תחת הבעלים אלא תחתיו דשומר ושומר קמא איפטר ל"י לגמרי לימא ליהוי ליובתא דרבא דאמר רבא שומר שמסר לשומר חייב אמר לך רבא וכו'. וע"ש רש"י ד"ה אלא תחתיו דשומר שכתב, וז"ל: והכי משמע מסרה שומר לרועה נכנס הרועה ילצחון ואולי בעלים ומשתעו דינא בהדי שני והראשון מסתלק, עכ"ל, הרי שפירש דלמאי דמוקמינן לה דר"ל תחתיו דשומר ומייירי בשומר שמסר לשומר, שוב לא מייירי לענין שמירת הנקין אלא לענין שמירת גופו והחיוב כלפי הבעלים. והוא מוכח לכאורה דא"כ מה הקשו על זה מהא שאמר רבא דשומר שמסר לשומר חייב, הרי ב' דינים וענינים נפרדים הם, דמאי דשומר שמסר לשומר חייב הוא מא' מתרי טעמי, לא משום דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר, אשר זה לא שייך הכא כלל דזהו דווקא בנידון כלפי הבעלים ולא כלפי הניזק, ועוד יותר, דהכא הרי הקשו בגמ' מרבא ורבא ס"ל דטעמא דשומר שמסר לשומר חייב הוא משום דאין מהימנת לי לשבועה איהו לא מהימן לי, אשר זה ודאי דלא שייך לענין חיוב כלפי הניזק אלא דווקא בנידון כלפי הבעלים.

אבן יעויין רמב"ם פ"ד נז"מ ה"א שכתב, וז"ל: מסר השומר לשומר אחר השומר הראשון חייב לשלם לניזק שהשומר שמסר לשומר חייב והרי הניזק אומר לו למה לא שמרת אתה בעצמך ומסרת לאחר שלם לי אתה ולך עשה דין עם השומר שמסרת לו אתה מסרו השומר לבנו או לבן ביתו וכו' נכנסו תחת השומר וחייבים, עכ"ל. הרי שפירש סוגי' קב"ק לענין שמירת נזקין, וצ"ב כנ"ל מה שייך דין זה להא דשומר שמסר לשומר חייב לבלעים מצד שמירת גופו. וזהו באמת קושיית הראב"ד בהשגתו, ע"ש.

ובחידושי רבינו חיים הלוי כתב בביאור דברי הרמב"ם דס"ל דיסוד הפטור דמאן דס"ל שומר שמסר לשומר פטור משום דמסרה לנן דעת הוא משום דכשמשמר שומר ראשון לשומר השני מסתלק לגמרי בעיקר חיוב שמירתו ואינו שומר כלל, ע"ש שהוכיח כן מהא דס"ל למ"ד פטור דפטור אף בגרועי גרעי' לשמירתו. ויסוד המחלורת אי שומר שמסר לשומר פטור הוא אי כמסרו לשומר שני מסתלק מעיקר דין שמירתו ותו אינו שומר כלל. אשר לפ"ז אתי שפיר סוגי' דב"ק דשפיר הוה דין שמירת נזקין לדין שמירת גופו, ושפיר תלוי דין שמירת נזקין

בפולגותא אי שומר שמסר לשומר חייב או פטור, דהא יסוד מאן דס"ל דפטור הוא משום דנסתלק מעיקר דין שמירתו ותו אינו שומר כלל, אשר ממילא כיון דנסתלק מעיקר דין שמירתו, תו לא שייך לחייב השומר הראשון עבור היזק שעשתה הבהמה דהרי אינו שומר כלל, כלומר, דחובו בנזיקין הרי הוא משום שיש לו דין בעלים לבהמה וחייב כמו שהבעלים חייבים ולא מדן שומר, ועד כמה דכבר אינו שומר לא שייך לחשבו לענין נזקין כבעלים, רק אי שומר מסר לשומר חייב ולא נסתלק מעיקר דין שמירתו ועדיין שומר הוא הוא דנימא דחייב השומר הראשון על נזיקה שהזיקה הבהמה, דחשיב שפיר כבעלים לענין נזקין.

ואם כי אתיין דברי הגר"ח היטב בביאור סוגי' דב"ק, אכן דבריו הם לכאורה דלא כדברי הראשונים בסוגיין, דהרי יסוד דבריו הוא דלמ"ד שש"ל פטור נסתלק השומר הראשון לגמרי במה שמסר לשומר השני, ומדברי הראשונים בסוגיין מבואר דלא כדבריו, דלשיטת רש"י דאף אי שש"ל פטור מ"מ נשאר הראשון חייב בכל מה שהיה חייב אם היתה אצלו ודאי דאכתי נשאר שומר. וגם מדברי הראשונים דפליגי אדברי רש"י וס"ל דיכול הראשון לומר דאוקים גברא בחריקין, מ"מ הרי ס"ל דבשומר שכר שמסר לשומר חנם ונגנב מהשני חייב הראשון כיון דליכא למימר בזה דאוקים גברא בחריקין, ומוכח דשפיר חשיב הראשון עדיין שומר ואין מאי דאוקים גברא בחריקין פוטרו אלא מחיובי השמירה אבל אינו מפקיע עצם שם שומר ידיד. ורק ב"יש שפירשו" שהביא ודחה בריטב"א החדשים דבש"ש שמסר לש"ח פטור הראשון אף אי נגנבה מהשני הוא דאיכא למימר כדברי הגר"ח דנסתלק הראשון לגמרי מלהיות שומר ופקע מיני' שם שומר.

ועל עצם יסוד דברי הגר"ח העיר מו"ר זצ"ל, האיך אפשר לומר דהראשון נסתלק משמירתו היכא דש"ש מסר לש"ח, הא הראשון עדיין נוטל שכר מהבעלים על שמירתו, ואי נימא דפקע מיני' שם שומר היה לו להחזיר לבעלים את שכר השמירה שמכאן ואילך, וזו לא שמענו.

ועוד צריכים דבריו ביאור ממתני' דהשוכר פרה והשאלה לאחר דמבואר בכמ' דלרב דשומר שמסר לשומר פטור ניחא מתני', דלדבריו יהא מבואר דטעמא שפטור הראשון במתני' הוא משום דנסתלק משמירתו, והוא תמורה האיך שייך לומר שנסתלק משמירתו הא השואל ממשיך להשתמש בפרה מכחו כל ימי השכירות. ועוד צ"ב דאי נסתלק משמירתו אמאי צריך השומר הראשון לישבע לבעלים, הרי הוא נסתלק משמירתו.

עוד העיר מו"ר זצ"ל דלדעת התוס' דטעמא דרבנן הוא משום דבמיתה הוא דקני לה, האיך אפשר לומר דיקנה השוכר את הבהמה, הא לדברי הגר"ח פקע מיני' שם שומר לגמרי והאיך אפשר לומר שיחול בזה דין קניא לזכות בתשלומיה, וצ"ב.

ואמר בזה מו"ר זצ"ל, דבכל שומר איתנהו ב' מיני חיובים, חיוב שמירה וחיוב תשלומים. והנה חיוב תשלומין מוכח מהראיות הנ"ל דאין הראשון יכול להסתלק מחיובו, כלומר, דהא מיהא פשיטא שאינו יכול להפקיע מעצמו חיובי השמירה שנתחייב. ובפשטות היה לנו לומר הוא הדין חיוב השמירה עצמה אינו יכול להסתלק ממנה, ובמסור לאחר גדר הדברים הוא דהשני שומר עבורו את הפקדון כפועל או שליח. אכן יתכן דאין הדבר כן, אלא נהי דמחויב תשלומין שנתחייב בשמירה אינו יכול להסתלק, דלאחר שחל עליו חיוב עבור החפץ אינו יכול להפקיע עצמו מזה, מ"מ מחיוב השמירה עצמה שפיר יכול להסתלק, דבידו להעביר חיוב השמירה לאחר כיון שהעמיד גברא במקומו.

ועפ"ז יש לקיים במקצת את דברי הגר"ח, ד"ל דיסוד פולגותא רב ורב יוחנן אינה בסברת אין רצוני אלא בהך מילתא אי יכול להעביר חובת השמירה מעצמו או לא, דלרב יכול להעביר חובת השמירה להאחר

ושב נתחייב השני בשמירה לבעלים, ופקע מן הראשון חובת השמירה, ואילו לר' יוחנן לאו כל כמיני להפקיע מעצמו חובת השמירה, כיון דאין רצון הבעלים שיהיה פקדונם ביד אחר, ואין השני אלא כפועל בעלמא לראשון, ואכתי קאי הבהמה ברשות הראשון לענין שמירה והוא שומרה על ידי השני.

ואף סברת רבא דאת מהימנת וכו' יש לבאר על דרך זה, דיש לומר דשורש הפולגותא אינו בהך סברא דאת מהימנת, אלא אם האחד יכול להעביר יסוד חובת השמירה לשני, ומזה יוצא נפ"מ לענין סברת את מהימנת, דרבא ס"ל דהראשון אינו יכול למנות אחר תחתיו וממילא אין הבעלים צריכים להאמין לשבועתו של השני על חובת השמירה של הראשון, דאין השני בעל ידי דילי' כלל. (ומה שאינו יכול למנות אחר תחתיו יש לומר דאף רבא ס"ל דהיינו משום דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר), ואילו רב ס"ל דשפיר יכול למנות אחר תחתיו והרי השני שפיר בע"ד של הבעלים ואין הבעלים יכולים לומר שאין מקבילים שבועתו. (והדברים מתבארים היטב על פי דעת הרמב"ן בהשטות לקמן דף צ"ח דחיוב שבועת השומרים הואר מדיני השמירה.)

ועפ"ז תתיישב היטב סוגיית הגמ' בב"ק לדעת הרמב"ם דתולה חיוב שמירת נזקין בדין שומר שמסר לשומר לענין שמירת גופו, דיסוד מאי דשומר שמסר לשומר פטור הוא משום דהעביר הראשון חובת השמירה להשני, ומאחר דחובת השמירה על השני ואין על הראשון חובת שמירה כלל, ממילא לענין נזקין יהא חיוב השמירה על השני שהוא הבעלים על החפץ לענין שמירתו ולא על הראשון, אשר מזה הקשו על רבא דס"ל דשומר שמסר לשומר חייב ואינו יכול למסור חובת השמירה לשני, דמאחר שנשאר הוא השומר וחובת שמירה עליו, יהא דין שמירת נזקין תלוי בו, ודוק.

ונסיף ב' חידושים הנלמדים מדברי המאירי בב"ק די"א ע"ב. ע"ש שכתב, וז"ל: מכתב שומר שמסר לשומר ומתנה ביד השני אם נתחייב השני לראשון אע"פ שבכיוצא בה נפטר הראשון מן הבעלים חייב שאין הלה עושה סחורה בפרתו של חברו כיצד היה שומר ראשון רומא חנם ומסרה שומר זה לשומר שכר ונגנבה מיד השני הרי זה השני חייב לראשון ומאחר שכן הרי הראשון מביא את תשלומיו לבעלים אע"פ שאם אירע כן בידו היה פטור, עכ"ל. והוא כר' יוסי דמתני'. והנה בין לפום פירוש התוס' בדברי ר' יוסי בין לפום דברי הריטב"א דהוא כעין שליח של הבעלים בעשיית השליח השני, חיובו של השני הוא לבעלים, ואילו מדברי המאירי מבואר דחיובו אינו אלא לשומר הראשון כמו לרבנן, אלא דחייב השומר הראשון לשלם לבעלים.

עוד כתב שם המאירי בהמשך דבריו, וז"ל: נתחייב השני לראשון ואין לו לשלם הרי הראשון מכל מקום משלם לבעלים שחייב הוא בחיובו של שני ונכנס במקומו וכו', עכ"ל. והנה למאי דנקיטין דשומר שמסר לשומר חייב, פירוש בפשטות הוא שהשומר הראשון חייב לבעלים, ויוכל הוא לגבות מהשומר השני, ופשוט הוא דחיובו של הראשון לבעלים אינו תלוי באי יש לו לשני ממה לשלם או לא ואין בזה חידוש כלל. ומדברי המאירי מבואר להיפך, דהוי חידוש שמשלם הראשון היכא דלית לי' להשני, ודטעם חיובו הוא משום דנכנס במקומו של השני, כאילו היה עיקר החיוב לבעלים חיובו של השני, וצ"ב. והמבואר לכאורה מדברי המאירי, כיסוד הנ"ל דמחיוב השמירה שפיר יכול השומר הראשון להסתלק על ידי שמוסרו לשני, רק אינו יכול להסתלק מחיוב תשלומין דהשמירה. ועפ"ז שפיר כתב דמאחר דעצם חיוב השמירה לבעלים מעתה הוא על השומר הב' שהרי השומר הא' נסתלק, היה לכאורה חיוב התשלומין צריך להיות של השני, אלא דמאחר דחיוב התשלומין לא ניתן להסתלק ממנו, שפיר מתחייב השומר הראשון עבור אי-קיום שמירתו של השני, אשר זו היא כונתו במש"כ שחייב הראשון בחיובו של

שני ונכנס במקומו לחיוב זה. אלא מדבר המאירי מבואר דאמרין הכי גם למ"ד שומר שמסר לשומר חייב, ואילו בדעת הרמב"ם לא אמרו כן אלא בדעת מאן דסייל דפטור, ואדרבה, זהו יסוד פלוגתתם דמ"ד הפטור ס"ל דיכול להסתלק מחיוב השמירה ומ"ד חייב ס"ל שאינו יכול להסתלק, ועפ"י נתיישבה סוגי דב"ק נ"ו לדעת הרמב"ם. ולדעת המאירי נמצא דכו"ע מודו בזה, ולא נחלק מ"ד חייב אלא משום טעמא דאת מהימנות לי בשבועה. ולדברי המאירי ע"כ צ"ל בביאור סוגי דב"ק כדברי רש"י דמייירי לענין שמירת גופו ולא לענין שמירת נזקין ושפיר הקשו משומר שמסר לשומר.

ל"ז ע"א

צא חולק היה ר' יוסי אף בראשונה - לכאורה צ"ב, דהא מאי דפליג ר' יוסי היינו משום טענת וכו' האין עושה סחורה בפרתו של חברו, אשר זה שפיר שייך במתני' דידן דלעולם הבעלים הוא המשכיר רק דהשוכר הוא המפקיד, כאשר ביארנו לעיל, אבל במתני' דריש פירקין, אשר יסוד דינה הוא דהקנה לו המפקיד להשומר גוף הבהמה או עכ"פ כפילא בשעת מסירתה או סמך לגניבה, הרי הוי של השומר והאין שייך בזה טענה דעושה סחורה בפרתו של חברו, הרי הקנה לו, וצ"ב.

צא שנים שהפקידו אצל אחד וכו' והשאר יהא מונח וכו' - עי' חידושי הרמב"ן שהקשה אמאי אינו חייב לכל אחד מאתיים מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ותי' בתירוצו הראשון דליכא הכא חיוב שבועה כיון דאינו מעכב שום דבר לעצמו, ובחידושי הרשב"א ביאר דבריו דכיון דאילו היה טוען ברי דחייב לזה מנה ולזה מאתיים היה נאמן, כד אמר דאינו יודע ליכא בזה חיוב שבועה. וע"ש ברשב"א שהקשה דנימא דחייב שבועה משום דאיערומי קא מערים כדאמרין גבי סלעים דינרים, ותי' דמצד איערומי קא מייירי לא מחייבין שבועה חדשה אלא אמרין דכיון דהוי באמת מב"מ אין פוטרינ אותו משום משיב אבידה, אבל הכא הרי לא הוי מצב שבועה כלל ומצד אירומי קא מערים לא מחייבין שבועה. אכן הקשה הרשב"א על דברי הרמב"ן דלדבריו אף ב' כריכות היה לנו לומר דאינו משלם ר' לכל אחד כיון דלא עיכב כלום לעצמו, ואילו בסוגיין איתא להדיא דכיון דהוה לי למידק שפיר חייב לכל אחד ר', ומשו"ה פירש הרשב"א באופן אחר, דלעולם שפיר איכא חיוב שבועה אף שאינו מעכב כלום לעצמו רק דלא אמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם אלא משום דפושע הוא במה שאינו יכול לישבע, אשר על כן ב' כריכות חייב לשלם מאתיים לכל אחד מהם משום דהו"ל למידק ופושע הוא, עכתי"ד הנוגעים לעניננו.

והנה משה"ק הרשב"א על הרמב"ן אמאי ב' כריכות פטור, לא הקשה אלא לפי הבנתו דמאי דמחייבין ב' כריכות הוא מעיקר הדין, אכן הרמב"ן כתב להדיא בתשובה, הובאו דבריו בספר התרומות שער ל"ט ח"ב אות ב', דאין החיוב ב' כריכות אלא מחמת קנס, דפשיעותא בממון חברו איסורא הוא וקנסינן ל' כמו גב' גזלן.

והנה ממשי"כ הרשב"א יסוד דינא וחיובא דמתוך משום פשיעותא הוא, מוכח מדבריו דאין גדר דינא דמתוך בחמשין ידענא חמשין לא ידענא דחיוב השבועה בייסודו הוא או לישבע או לשלם, דאילו היה כן לא היה מקום לחלק כלל בין היכא דמה שאינו יכול לישבע הוא משום פשיעותא לבין היכא דאינו משום פשיעותא, דהא סו"ס אינו נשבע וחייב לשלם. אלא מבואר מדבריו דבאמת חיובא דמתוך הכא פירושו דמה שאינו נשבע מחייבתו לשלם, אשר בזה שפיר ס"ל דאין אי-שבועתו מחייבתו אלא היכא דפושע הוא. ולדבריו ע"כ דאין דין מתוך שאינו יכול

לישבע משלם דהכא כדן מתוך גבי נסכא דר' אבא, דהא התם ליכא פשיעותא כלל, ומה שאינו יכול לישבע הוא משום שמודה לדברי הע"א.

ודעת הרמב"ן דלא ס"ל לחלק כדברי הרשב"א, היינו לכאורה דס"ל דחיוב מתוך דהכא יסודו דחיוב השבועה הוא או לישבע או לשלם אשר ממילא אין חילוק אי פושע הוא במה שאינו נשבע, אשר להכי הוצרך לתרץ דליכא הכא חיוב שבועה כלל, דאלו היה מתחייב שבועה שפיר היה בזה דינא דמתוך.

והנה יעו"ש בספר התרומות שכתב בשם הרמב"ן, וז"ל: ואל תטעה במה שאומרים קצת המחברים דלא איתמר הכי אלא במנה לי בידך דהו"ל למידע דהא טעותא הוא דטעמא משום ברי ושמא ברי עדיף הוא ולא משום פשיעותא וקנסא וכו', עכ"ל. הרי דכתב להדיא דאין יסוד דינא דמתוך הכא מדין פושע כדברי הרשב"א, אלא דמשי"כ דה"ט דמשלם משום דברי ושמא ברי עדיף (ופי' הש"ך בסי' ע"ב סקנ"א דכונתו באמת לבאר אמאי אמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ודלא כדברי התומים) צ"ב לכאורה, ראשית דהא טעמא דמשלם הוא משום דאינו יכול לישבע ולא מחמת ברי ושמא, ועוד, דהא ק"ל דלא אמרין ברי ושמא ברי עדיף אלא מקומין ממונא בחזקת מרי.

ונראה ביאור דברי הרמב"ן, דבשלמא במאי דאמרין גבי שבועת ע"א מתוך שאינו יכול לישבע משלם, איכא למימר דבאמת הוי נאמנתו של העד גם לגבי ממון, אלא דב' עדים החיוב הוא לשלם ובע"א איכא עוד אופן דשבועה, וז"א, דיסוד חיובו הוא או לישבע או לשלם. אכן גבי מב"מ, הרי על מה שכופר ליכא עדות כלל ואין סברא לומר שיהא בזה חיוב ממון, ונהי דעל ידי הדררא מחייבין ל' שבועה, אבל אין סברא בזה לומר דהוי יסוד חיובו או לישבע או לשלם, ואינו אלא חיוב שבועה גרידא, אשר ממילא היה צריך להיות הדין דאם אינו יכול לישבע אכתי פטור הוא, ומנין לחיוב תשלומין זה. אשר בזה ביאר הרמב"ן דהנה מאי דבעלמא אמרין גבי ברי ושמא אוקי ממונא בחזקת מרי, היינו משום דאף טענת שמא, אף שהוא נגד ברי, סגי ב' בכדי דנימא אוקי ממונא בחזקת מרי (ומאן דס"ל בו"ש ברי עדיף ס"ל דאין השמא מעורר ספק כלל נגד חברי ושוב אינו מוחזק כלל), אכן הכא הרי איכא דררא המאלימה טענת התובע ומחייבת שבועה לסלק את הדררא, ועד כמה שאינו יכול לישבע הרי לא נסתלק הדררא, וכלפי טענה דאיכא דררא שכן הוא, לכו"ע דאין השמא מעורר ספק ולכו"ע חייב לשלם, ונמצא דלהרמב"ן עיקר מחייב דהשבועה, דהיינו הדררא המאלימה את הטענה, תחייבתו לשלם מחמת בו"ש ברי עדיף אם אך לא ישבע. אשר זהו דס"ל להרמב"ן דליכא חילוק בין היכא דפושע הוא במה שאינו יכול לישבע לבין היכא דלא פושע, דסו"ס על ידי הדררא חייב לשלם מדין בו"ש, וכנ"ל.

ולדברי הרמב"ן מן ההכרח לומר דמה דמחלקין בין הו"ל למידק לבין היכא דלא הו"ל למידק אינו אלא מדין קנס, דאילו מצד עיקר דין מתוך הרי ליכא חילוק בזה ובכל מקרה היה צריך להיות חייב, ודוק.

והנה כתב הרמב"ן בסוגיין בתירוצו ה' (ואילו בתשובתו המובאה בספר התרומות אין נראה דהוי תירוץ שני, ע"ש) וז"ל: ע"ל דעיקר טענה וכפירה דהני בין המפקידים הוא דנפקד הא מודה בחיובו וממני"פ אי דינא מניח ביניהם ומסתלק הוא דהיינו חזרה במחוייב בה הא קא מודה בחיובי ואי דינא משלם לכל אחד הוא לימא ל' מר שלם וכו', עכ"ל. ונראה ביאור דבריו, דאי זהו קיום דין חיוב השומר פשיטא דאתי שפיר, ואפי' אי חייב להחזיר לכל אחד, דהוי שפיר מודה במקצת, מ"מ אין שייך בזה חיובא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, דהרי יסוד דינא דמתוך הכא נבנה אדן ברי ושמא ברי עדיף דהיינו משום הדררא דעל ידי הודאתו, והכא כיון דבעצם מודה בהכל וחד מינייהו רמאי הוא אין הדררא מאלים אלא דחייב לאחד מהם עוד ק' אבל לא לתרוייהו, אשר

ממילא אין בזה דין תשלומין ויכול לומר דכל אחד הרי המנה שם וישלם לך חבירך, כלומר, דבכה"ג פטור אע"פ שאינו יכול לישבע, ודוק.

צב) רש"י ד"ה מתוך הגדול - ישברנו - ע"י רשב"א ושאר שכתבו דמקורו של רש"י הוא מסוגי דבע"ב דבהך בבא איכא פסידא לבעל הכלי הגדול, ופי' רש"י דהיינו ששוכרים את הכלי. וע"ש דפליגי הרשב"א ושאר על פירושו של רש"י וס"ל דמוכרים את הכלי הגדול ונותנים לאחד מהם דמי הקטן. ומאי דאיתא בגמ' דאיכא פסידא לבעל הכלי הגדול פירושו דהוא משום שמוכרים אותו ואינו נוטלו בעין וכ"ה ברמב"ם פ"ה מהל' שו"פ ה"ד.

ולדברי רש"י צ"ב לכאורה האידך מותר לשבור את הכל הגדול ולהפסיד את בעליו. ולכאורה צ"ל דמייירי במתני' בשניהם הסכימו, אבל באופן שאין מסכימים חיהחה באמת הדין דיהא הכל מונח עד שיבוא אליהו. והאיכא דא' הסכים ולא חבירו יתנו לזה שהסכים את הכלי הקטן, והכלי הגדול יהא מונח עד שיבוא אליהו. ויהא מוכח מזה דאף באופן ששניהם מסכימים ליטול מנה יהא הדין לר' יוסי דהכל יהא מונח עד שיבוא אליהו. (ממור"ז צ"ל)

צג) אלמא מספיקא מפקינן ממונא וכו' - ע"י חידושי הרמב"ן דלהך ס"ד באמת תיובתא הכא לרב נחמן ור' יוחנן דס"ל דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף, אלא דעדיפא להקשות ממתני' אמתני'. ודבריו לכאורה צ"ב, דמלישנא דהודה מפי עצמו מוכח לכאורה דמייירי עכ"פ נמי בשמא ושמא, וא"כ קשיא נמי לרב הונא ור"י דאמרי ברי עדיף, דהא הכא שמא ושמא הוא ומפקינן ממונא מחזקתו, וצ"ב. ובחידושי הריטב"א החדשים כתב באמת כן דתיובתא נמי לדידהו, ע"ש, אך על הרמב"ן יקשה לכאורה כנ"ל. ובחידושים המיוחסים להריטב"א כתב גם דמייירי מתני' בבירי, אלא שכתב דל"ק מהכא למאן דס"ל דלא אמרינן ברי עדיף, דמה שאמר כן אינו אלא בשמא טוב והכא שמא גרוע הוא. וחזק ממה שהערינו לעיל על דברי הרמב"ן, צ"ב בדבריו מש"כ דהיכא דהוי שמא גרוע אף רב נחמן ור' יוחנן מודו דברי עדיף, ולכאורה עצם מאי דנחלקו באומר מנה לי בידך והלה אומר אינו יודע בפשוטו הוי שמא גרוע ומ"מ שפיר נחלקו בה, וכ"כ התוס' להדיא לקמן צ"ז ע"ב ד"ה רב הונא, ע"ש, וצ"ב.

והנה למש"כ התוס' בד"ה גזל מחמשה לפרש דפלוגתא אי ברי ושמא ברי עדיף לא שייכא להא דגזל מה' בני אדם כלל, ה"ה קושי' זו דהש"ס ל"ק אמאן דס"ל דאמרינן התם אוקי ממונא בחזקת מרי, וז"פ, והרמב"ן ודעמ' שכתבו דלא כזה ע"כ דפליגי וס"ל דמישך שייך פלוגתא דהתם הכא, כאשר כתב באמת הרמב"ן להדיא לקמן בע"ב, ועוד יבואר לקמן, בעזה"ש.

ובעיקר סוגיין יש לעיין, מה הוה ס"ד למימר דלא נימא הכי המוציא מחבירו עליו הראיה, ועוד יותר, לא הוזכר כאן המוציא מחבירו עליו הראיה כלל, אלא הנידון הוא אי נימא אוקי ממונא אחזקת מרי או לא, ואף לצד דאין מוציאין אין שה משום הממע"ה אלא משום אוקי ממונא בחזקת מרי, וצ"ב טעם הדבר.

והנה כתב רש"י בד"ה ולא אמרינן, וז"ל: כשזה תובע וזה אומר איני יודע אם לך אם לחברך אוקי ממונא בחקת נתבע זה שלא נפסידהו ממונו ויהא מונח עד שיבא אליהו, עכ"ל. הרי שכתב בטעם מאי דלא נוציא ממנו דהוא בכדי שלא נפסידהו, ולא מצד דין פשוט דהמוציא מחבירו עליו הראיה. וביאור דבריו, דס"ל דלא שייך דינא דהממע"ה אלא היכא דהספק הוא אם חייב או לא, אבל היכא דודאי חייב אלא השאלה למי, בזה ליתא לדינא דהממע"ה, ושפיר ס"ד דבכה"ג נוציא מידו. ולמעשה מאי דמעיך הדין אין מוציאין מידו אין זה משום הממע"ה, אלא משום דמאחר דאם נחייבנו יצטרך לשלם לכל אחד ואחד ומשלם יותר ממה שבעצם חייב, בזה נאמר דינא דלא נפסידהו אלא יחול על המנה דין יהא מונח. וכ"ה לכאורה גם דעת התוס' הנ"ל דכתבו דלא שייך הא

גזל מחמשה בני אדם לברי ושמא ברי עדיף. ולדיעה זו מאי דתירצו דבגזילה קנסינן, דאין פירושו דהא דמחייבין לי' הוא רק משום קנס, דהא בכל מקרה לא שייך הכא הממע"ה, אלא דבעוד שבעלמא אמרינן שלא נפסידהו, וכנ"ל, הכא קנסינן לי' דשפיר נפסידהו. וחזר הדין שמשלם לכל אחד ואחד.

אכן יעויין רמב"ן ודעמ' (והובאו דברי הראשונים לעיל) שפירשו סוגיין באופן אחר, דמאי דאמרו אלמא מספיקא מפקינן ממונא קושי' היכא דחזינן לכאורה מהכא דאמרינן בכרי ושמא ברי עדיף והא ק"ל כרב נחמן דלא ברי עדיף, והא דלא מקשינן להדיא על רב נחמן היינו משום דעדיפא לאותובי ממתני'. וע"י ברי"ף, שלדבריו יוצא ג"כ שפירש סוגיין כן.

צד) רישא נעשה כמי שהפקידו בשני כריכות וכו' - ע"י חידושי הרשב"א שהעיר דלכאורה לפום תי' זו לא בעינן לת"י דלעיל פקדון אגזל קא רמית וכו', ומדלא אמר אלא מבואר דלא הדרין מינה. ופי' הרשב"א דהיינו משום דבגזל באמת לא הוה לי' למידק אף דהוי כב' כריכות, כיון דס"ל דמיד יבוא הנגזל לתובעו, ע"ש. ונראה פשוט דד"ז הוקשה דווקא להרשב"א לשיטתו דס"ל דמאי דמשנינן ומחלקינן בין כרך אחד לבין ב' כריכות הוא עיקר הדין מדיו מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכמו שהבאנו לעיל, אכן לשיטת הרמב"ן דיסוד הך חילוק בין כרך אחד לב' כריכות הוא דבב' כריכות הוה פושע ופשעוהא בממון חבירו איסורא הוא וקנסינן לי' כמו גבי גזל, לדידי' ליתא לקושי' כלל, דאדרבה, תירוץ זה נבנה איסוד התי' דלעיל דבאמת מעיקר הדין פטור אלא דהיכא דעביד איסורא קנסינן לי', וז"פ.

וע"י תוס' הרא"ש שהקשה כן, וז"ל: לא הוה מצי לשנוי משום דפקדון בדרך א' ולא הו"ל למידק וגזל כשני כריכות דהוה לי' למידק כדמשני בסמוך דגזלן שלא היה דעתו להחזיר לא היה שייך למימר ה"ל למידק וא"ת ולאו כש"ב הוא דהא אית לן למימר דלא ה"ל למיגזל כלל וי"ל דכיון שעשה תשובה אין לנו להחזיקו בפושע במה שלא דק מעיקרא כשגזל, עכ"ל. וסברתו בין בקושייתו דנימא לא הוה לי' למיגזל בין במה שתי' צ"ב. והא מיהא מוכחא מדבריו דגדר החיוב הוא דבעצם לא היינו מוציאין ממון אלא מאי דהו"ל למידע הוא שמחייבו, אשר בזה כתב דכיון שעשה תשובה לא נימא דמה שהיה בשעת גניבה במצב של הו"ל למידע יחייבו דכיון שעשה תשובה אי אפשר לחייבו עתה על זה שלא דק מעיקרא ואין כאן סיבה המחייבת, דאי הוה אמרינן דמספיקא מוציאין ממונא רק בלא הוה לי' למידק פטרינן, לא שייך תירוץ כלל דהא סו"ס ליכא למימר דלא הוה לי' למידק.

ובקצוה"ח ס"י ס"י שס"ה סוסק"ב כתב ליישב קושיית הרשב"א והרא"ש באופן אחר, דבאמת אף בגזלה שייך טעמא דהו"ל למידק, ומה שהוצרכו בגמ' להא דעביד איסורא הוא באופן שהנגזל אינו זכור מהגזלה, דבכה"ג דהנגזל היה לו למידק ולא דק אין לחייב את הגזלן משום דהוה לי' למידק, ולכן בעינן לטעמא דעבד איסורא, אבל גבי פקדון דמייירי דאביו של אחד מהם הפקיד, שפיר מחייבין לנפקד במה שלא דק שפיר כיון דהמפקיד אינו לפנינו ואלו היה לפנינו אפשר דידע לי' שפיר.

צה) סיפא נעשה כמי שהפקידו לו בכרך אחד - מבואר דאילו בכה"ג בב' כריכות היה באמת חייב לתת לכל אחד מאתיים. ויעויין חידושי הרשב"א שהקשה אמאי חייב, הא הו"ל הילך וק"ל דהילך פטור. ות"י, וז"ל: דהילך פטור דווקא באומר מנה יש לך ומנה אין לך דהא אמר היל בכל חיובו וא"נ באומר חמשינן ידענא וחמשינן לא ידענא ומשום דכל מה שהוא מחייב עצמו בו נתון בידו ליתן ואידך הו"ל כופר הכל וכו' אבל כאן שהוא מודה שאחד מהם הפקיד בידו מאתיים בכרך בפני עצמו הרי חייב עצמו להחזיר מאתיים לבעל המאתיים דהו"ל למידק וכל שאינו יודע עכשיו למי פושע הוא וחייב כנ"ל, עכ"ל. ולכאורה

היה אפשר לפרש דכונתו לומר דבכה"ג לא חשיב הילך כיון דאמה שנשאר אינו כופר הכל אלא עדיין חייב לאחד מהשנים עוד מנה, ולעולם יסוד חיובו משום מתוך, דכיון דבכה"ג לא חשיב הילך שפיר איכא חיוב שבועה ושפיר אית בזה די מתוך כיון דפושע הוא. אכן אי נימא הכי צ"ב מה שאמרו דברי שא דמתני' חייב לכל אחד משום דכיון דהוה ל' למידק הו"ל פושע וחייב, והתם הרי ליכא מודה במקצת וחייב שבועה כלל, ואמאי חייב. (וגם עצם הסברא דלא הוי בני"ד הילך לכאורה אינו מבואר כל הצורך, דהא סו"ס על הטו"ט דכל אחד מהם שפיר אומר איני יודע והו"ל לכ"א שפיר הילך.)

ואשר מבואר לכאורה מדבריו, דלעולם מצד החיוב שבועה שפיר היה בזה דין הילך דק"ל דפטור ושוב אין לחייבו מדין מתוך, אלא כונת הרשב"א, דכיון דתבעו ל' ומודה על עיקר החיוב והו"ל למידק לא יצא ידי חיובו להחזיר הפקדון עד שיחא ברור שהוחזר המאתיים לבעליו, ולהכי צריך לתת ר' לכל אחד. אשר זהו דברישא כיון דהוי כב' כריכות שפיר חייב לשלם לכל אחד מנה. ומה שכתב לעיל דחיובו משום מתוך, היינו משום דכל קושייתו התם אינו אלא למי"ד הילך חייב, כאשר כתב להדיא, וכ"ה גם בחידושי הרמב"ן, שהקשו דלהך מי"ד אמאי פטור בכרך אחד לימא מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ובזה תי' דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם אלא היכא דפושע הוא, וכמו שביארנו לעיל. אכן למי"ד הילך פטור, דעל זה עולה הכא קושייתו, הרי ליכא לחייב מדין מתוך ואינו חייב אלא משום עצם דינו להחזיר הפקדון. ונמצא לפ"ז דבאמת למי"ד הילך חייב יש לחייב במנה שליש ב' כריכות ר' לכ"א מתרי טעמי, מדין החיוב להחזיר הפקדון וכן מדין מתוך.

ומדברי הרמב"ן ה"ל דס"ל בתשובה הנ"ל, לקמן בע"ב ובמלחמות בתוך דבריו דחיובא דב' כריכות אינו מעיקר הדין אלא מטעם קנס, מבואר דפליג נמי בהא דאף דמודה על עיקר החיוב והוה ל' למידק אינו חייב בעצם לשלם לכל אחד מאתיים. וצ"ב לכאורה קושיית הרשב"א על דברי הרמב"ן דבב' כריכות נמי יהא פטור, דמה הקשה, נהי דכיון דאינו מעכב כלום לעצמו ליכא חיוב שבועה, מ"מ הרי כיון דהו"ל למידק אינו נפטור מחיובו להחזיר, כדכתב להדיא בסוגיין, ושפיר הוה מצינן למימר דמהאי טעמא הוא דבב' כריכות חייב, ודוחק לומר דלא הקשה אלא לפוסט מאי דהוה ס"ל התם דכל יסוד החיוב אינו אלא משום מתוך. ועוד יותר צ"ב מאי ס"ד התם דכל החיוב הוא משום מתוך, הרי מרישא דמתני' מבואר להדיא דבב' כריכות חייב אף דליכא חיוב שבועה כלל, וצ"ב.

והנה כתב הרמב"ם פ"ד מהל' גזילה ה"ט דהגוזל אחד מחמשה חייב לשלם לכל אחד ואחד "ואף זה קנס הוא שקנסו אותו חכמים מפני שעבר עבירה וגזל אבל דין תורה אינו חייב לשלם מספק". ולענין פקדון כתב בפ"ה מהל' שו"פ ה"ד, וז"ל: שנים שהפקידו אצל אחד זה מאה וזה מאתיים וכל אחד משניהם אומר אני הוא שהפקדתי המאתיים והשומר אומר איני יודע ישבע כל אחד מהן שהפקיד מאתיים ונוטל כדן כל נשבע ונוטל ויתן מאתיים לזה ומאתיים לזה ומפסיד מאה מביתו שהרי הוא פושע שהיה לו לכתוב שם כל אחד אחד על כיס שלו וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו שינוי בין גזילה לפקדון, דלענין גזילה כתב דחיובו משום קנס ולענין פקדון לא הזכיר קנס כלל אלא חייב לשלם משום שפשע, ומשמע דחיובו הוא מעיקר הדין. ודבריו מתבארים היטב על פי דברי הרשב"א, דלעולם בשני כריכות וכדומה חיובו מדינא דפשע ולא קיים חיובו להחזיר הפקדון לכל אחד כדינו, והוא מדינא, רק גבי גזל הוי קנס משום דהתם לא אמרינן הוה ל' למידע מטעם שכתב הרשב"א לעיל.

ועייין בר"ח שביאר דברי הגמ', וז"ל: וכיון שלא דקדק לידע איזה מהן הוא המפקיד אצלו איהו אפסיד אנפשי' לפיכך משלם לזה ולזה, עכ"ל. ודומה לזה כתבו התוס' לעיל די"ג ע"א דטעמא דלר"ע בלח

מאחד מחמשה נותן לכל אחד ואחד ולא אמרינן יהא מונח כחוננו על פנקסו הוא משום דאיהו אפסיד אנפשי'. וגם מדבריהם משמע אין החיוב מדין קנס אלא מדינא, אלא דצ"ב לכאורה דמאחר דבסתם ספק אין מוציאין ממון מספק האיך מהני' הא דאיהו אפסיד אנפשי' לחיבו.

וי"ל בזה ע"פ משנ"ת לעיל בדעת רש"י, דמצד דינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה שפיר היה חייב לשלם מאחר דהא מיהא דחייב ג' מאות ואין השאלה אלא למי, ומאי דפטור הוא משום דינא דאוקי ממונא בחזקת מרי' אשר כתב רש"י דהוא שלא נפסידנו ממונו. ועפ"ז שפיר כתב הר"ח דכיון דלא ידע איזה מהן הוא המפקיד איהו דאפסיד אנפשי', כלומר, דבכה"ג לא חשוב שאנו מפסידים אותו אלא שהוא הפסיד את עצמו, ול"ש בזה דינא דאוקי ממונא בחזקת מרי' ושפיר מוציאין מיני.

והנה יעויין ברכת שמואל סי' ל"ב שפירש ליסוד תירוץ הרמב"ן וקושיית הרשב"א עליו, דלעולם אין הכונה דהיכא דאינו מעכב לעצמו ליכא בעצם חיוב שבועה מודה במקצת, דודאי כיון דכלל טו"ט איכא שפיר מב"מ ח"ל בזה חיוב שבועה, אלא דכיון דאינו מעכב לעצמו שוב מהניא חזקה דאין אדם חוטא ולא לו לפוטרו מהשבועה. וע"פ דבריו ביאור קושיית הרשב"א על הרמב"ן הוא דנהי דאיכא מחייב חוץ ממתוך, דהיינו מכמין דין ברי ושמא, מ"מ אם אף איתא לדברי הרמב"ן דמהניא הך חזקה לפוטרו מהשבועה, כמו כן תהני לחזק השמא ושוב לא יועיל הדבר להוציא. אכן אכתי לא תתיישב בזה קושייתנו, דהא טעמי' דהרשב"א בסוגיין דכיון שמודה חייב עצמו וכו' הרי שייך אף לפוסט סברת הרמב"ן, ואכתי יקשה מה הוכיח הרשב"א דלא כהרמב"ן מסוגיין. וכן צ"ב לפי"ד דאי הוה ידע הרשב"א לעיל דאיכא עוד סיבה לחייב, מה הקשה הכא דפטור משום הילך, הא אכתי יתחייב מטעם ה', וצ"ב.

צו) ורמינהי גזל אחד מחמשה ואינו יודע איזה מהן גזל וכו' - מבואר בסוגיין דס"ל לר"ט דמספיקא לא מפיקין ממונא, ואילו ר"ע ס"ל דמספיקא מפיקין ממונא, (עי' ע"ב). ובאמת מצינו ב' ביאורים בדברי ר"ע, עי' סוגי' דיבמות ק"יח ע"ב, ע"ש דתנן קידש אחת מחמש נשים ואין יודע אי זו קידש כל אחת אומרת אותי קידש נותן גט לגל אחת ואחת ומניח כתובה ביניהן ומסתלק דברי רבי טרפון רבי עקיבא אומר אין זו דרך מוציא מיד עבירה עד שיתן גט וכתובה לכל אחת ואחת גזל אחד מחמשה ואין יודע מאיזה גזל וכו' מניח גזילה ביניהן ומסתלק דברי רבי טרפון רבי עקיבא אומר אין זו דרך וכו' עד שישלם לכל אחד ואחד. וע"ש בגמ' דנחלקו ת"ק ורשב"א, דס"ל לרשב"א דלא נחלקו ר"ט ור"ע על שקידש א' מחמש נשים ואינו יודע איזו קידש שמניח גתובה ביניהן ומסתלק על מה נחלקו על שבעל (דגינה אותה - רש"י) ואינו יודע איזו קידש וכו' לא נחלקו רבי טרפון ר"ע על שלקח מקח מחשמה בני אדם ואין יודע מאיזה מהן לקח שמניח דמי מקח ביניהן ומסתלק לא נחלקו אלא שגזל מחמשה שאמר ר' טרפון מניח גזילה וכו' מדקאמר רבי שמעון בן אלעזר בקיש ולקח לא פליגי מכלל דתנא קמא סבר פליגי וכו'. העולה מסוגי' דהתם, דלתנא פליגי אף היכא דלא עביד איסורא ולא גינה אותה, ומחלוקתן אי מוציאין ממון מספיקא. ורשב"א ס"ל דלא פליגי בזה אלא ודאי אין מוציאין ממון מספק, אלא פליגי אי קנסו לתת לכולם היכא דעביד איסורא או גינה אותה. ולפ"ז צ"ל דסוגיין דמבואר דפליגי באי מוציאין ממון מספק אולא כתי"ק דרשב"א, וכ"כ הרמב"ן לקמן בע"ב, ע"ש. (ויסוד דברי ר"ע לת"ק דהחיוב מדינא הוא מר' רש"י ורמב"ן הני"ל ריש סוגיין.)

ועייין סוגי' דב"ק ק"ג ע"ב, יעו"ש דאיתא במתני' בע"א הגזל את חבירו שוה פרוטה ונשבע לו יולינו אחריו למדי וכו' ואמרו בגמ', נשבע לו אין לא נשבע לו לא מני לא רבי טרפון ולא רבי עקיבא וכו' כ"י רבי טרפון אע"ג דאשתבע אמר מניח וכו' אי ר"ע אע"ג

דלא אשתבע אמר עד שישלם גזלה לכל אחד ואחד וכו', ע"ש כל הסוגי'. ומבואר מדברי הגמ' שהבינו דיסוד דינא דר"ע דמשלם לכל אחד ואחד דין אחד הוא עם הנאמר במתני' דיוליכנו אחריו למדי, כלומר, דבאמת אינו חייב אלא לאחד, אלא דחיוב זה לאחד מחייבו לוודא שישלם, אשר מהאי טעמא צריך ללכת אחריו למדי, וכן מהאי טעמא צריך לשלם לכולם כדי שהאחד ודאי ישתלם. ובהכי נחלקו רבי עקיבא ורבי טרפון אי אמרינן דיוליכנו אחריו למדי.

וכבר הקשה בנתיח"מ בהקדמה לסי' ע"ו מה ששייך פלוגתא דר"ע לדינא דיוליכנו אחריו למדי, הרי טעמא דר"ע דחייב הוא משום דמספיקא מפקינן ממונא, וחייב לכל אחד ואחד מספיקא, ואילו דינא דיוליכנו אחריו למדי יסודו דמצד חיובו להאחד צריך לשלם לכולם. וכן יקשה גם להיפך, דמהיכי תיתי דלא ס"ל לר' טרפון הך דיוליכנו אחריו למדי, הרי טעמא דידי' הוא משום דאין מוציאין ממון מספיקא ואינו חייב להפסיד ולשלם לכולם, אבל היכא דברור ממי גזל שפיר מצי ס"ל דיוליכנו אחריו למדי. ועוד הקשה בנתיח"מ דהרי לדעת ת"ק הך פלוגתא נאמר גם לענין מקח כדמבואר לקמן בע"ב, ואי נימא דטעמא דר"ע משום יוליכנו למדי יקשה אמאי במקח צריך לשלם לכל אחד ואחד, הרי התם ליכא דינא דיוליכנו אחריו למדי.

וביאר בזה מו"ר זצ"ל, דהנה עיקר הנידון אי מספיקא מוציאין ממון נתבאר לעיל בדעת רש"י דאין ר"ל סתם דמפקינן ממון מספיקא, וזכה כל אחד בתביעתו, אלא יסודו דבדידעין בבירור שהנתבע חייב ממון לאי מהם אלא דמספיקא לן למי, לא נאמר דין המוציא מחבירו עליו הראיה ואין הספק פוטרו. אשר לפי' י"ל דלעולם לא סגי בדינא דמוציאין ממון מספיקא אלא לפוס בע"ב, דב"ק בעינן נמי להא דיוליכנו אחריו למדי, דאף דמוציאין ממון מספק, מ"מ אין זה בעצם חיוב של חמש מנות אלא של מנה אחת, דאין חייב אלא מנה אחת ועל זה הוא דאמרינן דלא אמרינן דהממע"ה, אבל מהיכי תיתי דנחייבנו להוציא שאר המנות. לזה בעינן להא דיוליכנו אחריו למדי, אשר יסוד המח' בדין זה הוא אי מחייבין לי' להוציא הוצאות בכדי לשלם הגזל, ומאי דמשלם כל אחד ואחד אף שאין חיובו בעצם אלא מנה אחת, זהו משום דס"ל לר"ע דיוליכנו אחריו למדי. באופן דנמצא דבעינן לתרוייהו, דאילו מצד מאי דמוציאין ממון מספק, לא היה זה מחייבו להוציא עו' די מנות, ואילו מצד דינא דיוליכנו אחריו למדי בלבד לא היה מחייבין לי' כלל דכיון דאין מוציאין ממון מספק כלל אינו חייב בזה כלל, לכך בעינן להא דמוציאין ממון מספיקא. ועפ"י ליכא סתירת סוגיות בדעת רבי עקיבא.

ויש להוסיף בזה, דבמכר, נהי דבסתם מקח ליתא לדינא דיוליכנו אחריו למדי, מ"מ באופן דהלוקח היה לו למידק ממאן לקח ואיהו לא דייק, שפיר איתא לדין יוליכנו אחריו למדי, והסברא פשוטה, דכל היכא דהלוקח פשע ולא דייק נמצא דמניעת ההשבה נעשית בגרמת הלוקח ולכך לא מצי הלוקח לצאת ידי חובתו בזה שהוא מניח את הממון לפנייהם אלא רמי עלי' להוציא כל הוצאות שבעולם כדי לקיים את החיוב המוטל עליו, והרי זה ממש כגזל בפרט זה. ועפ"י אתי שפיר מאי דאמרו דדינא דר"ע הוא אף במקח דאף דבסתם מקח ליתא לדינא דיוליכנו אחריו למדי.

והנה כל זה לגבי סתירת הסוגיות בדברי רבי עקיבא, אכן בדברי ר' טרפון עדיין יקשה כנ"ל, דבסוגיין מבואר דטעמא משום דמספיקא לא מפקינן ממונא ושפיר יתכן דס"ל דהיכא דחייב חייב להוליכנו אחריו למדי, ואילו בסוגי' דב"ק מבואר דפליגי באי יוליכנו ואף לר' טרפון מפקינן מיני מספיקא רק שאין מוציאין מידו. וצ"ל דסבירא לס"ד דסוגיי אין ביאור פלוגתת ר"ט ור"ע כבסוגיין, אך למסקנת הגמ' נחלקו באמת אי מפקינן ממונא מספיקא, כבסוגיין, דהנה מסקינן התם, אלא אמר רבא שאני מתני' דכיון דידע למאן גזלי' ואודי לי' כיון דאפשר לאהדורי ממונא

למרי' הוה לי' כמאן דאמר לי' יהיו לי בידך הלכך נשבע אע"ג דקאמר לי' יהיו לי בידך כיון דבעי כפרה לא סגי עד דמטי ליד' הא לא אשתבע הוי גבי' פקדון עד דאתי ושקיל ליד'. ופי' רש"י, וז"ל: אלא אמר רבא מתני' דברי הכל היא ולא דמיא לאין יודע דהתם בין נשבע בין לא נשבע הוא דפליגי ר' טרפון ור"ע לענין דינא דר' טרפון לא מחייב להחזיר ליד הנגזל ור"ע מחייב אע"ג דלא נשבע והאי דפרכת לעיל ואי ר"ע אע"ג דלא אשתבע לאו פירכא היא דהתם דין הוא דאע"ג דלא משתבע דחזיר לכל אחד שהרי אין יודע למי גזל ולא נפיק ידי שמים כלל אבל הכא במתני' דידע למאן גזל ומודי לי' משעת הודאה דמזמון הוא להשיב הוי גבי' כפקדון וכו', עכ"ל. ונראה מדבריו דהדרה הגמ' בזה מסברת ההוי"א וס"ל דבאמת נחלקו אי מפקינן ממונא מספיקא, כבסוגיין, והוא מש"כ רש"י "לענין דינא", ולהכי פטר ר' טרפון אף שנשבע דנהי דאיכא חיוב להוליך למדי אבל מ"מ עצם הספק פוטרו ואי אפשר לחייבו לשלם לכל אחד ואחד. (אכן כל זה לפוס פירושו של רש"י שם בב"ק, אכן התוס' פירשו שם באופן אחר.)

צו) תוד"ה גזל מחמשה - דאפי' דאפי' דאמר וכו' היינו משום דיודע בודאי שלא גזל לכולם רק לאחד אבל ברי ושמא יודה דברי עדיף - לכאורה צ"ב דהא סו"ס לגבי כל טוען ונטען לא הוי שמא ומאי נפ"מ במאי דלא גזל אלא אחד. ובתוס' הרא"ש כתב דאף מאן דס"ל בוי"ש ברי עדיף יודה הכא משום דהוי ברי וברי, וגם זה צ"ב כנ"ל, דהא לכל תובע הרי אינו אלא שמא. ובתוס' ב"ק ק"ג ע"ב כתבו, וז"ל: דהא לדידי' נמי ברי שארבעה משקרין שבודאי לא גזל אלא האחד הלכך ברי דידהו לא חשיב לגבי שמא דידי' לאפוקי ממונא וכו', עכ"ל. ונראה ביאור הדברים, וכי"ה גם ביאור דברי התוס' בסוגיין והרא"ש, דהנה מאי דברי ושמא ברי עדיף ולא מוקמינן אחזקה, י"ל (וכן שמעתי ממו"ר זצ"ל) דהיינו משום דלא מוקמינן אחזקה אלא היכא דיש לנו להסתפק שמא הדבר שלו, אכן בברי ושמא אין השמא מעורר ספק נגד הברי, וכיון דאין מקום להסתפק שהוא שלו, לא מוקמינן בכה"ג אחזקה. אשר לפי זה נראה דבני"ד, כיון דהוא ברי דלא גזל אלא מאחד, הרי אי אפשר לומר דהברי מסלק את הספק, דהא כמו שהוא ברי כן תיבירו ברי וכיון שאומר הלה בברי דרק מאחד גזל, לא יתכן שנאמר על כל ברי וברי דאין לנו להסתק אחרת, וכיון דע"כ דנשאר הספק, אף דהוי ברי ושמא מוקמינן ממונא אחזקתו.

ומה שכתבו דאף ר"ע מצי ס"ל דברי ושמא לאו ברי עדיף, דמאי דמשלם הכא כל אחד ואחד היינו משום שידוע בודאי שהוא חייב לאחד מהם, עי' ברכ"ש סי' א' אות ה' שביאר בשם הגר"ח, דכיון דאי נעמיד הממון אחזקתו כלפי כולם הרי הוא מחזיק בודאי ממון שאינו שלו, שוב לא שייך בזה לומר אוקי ממונא בחזקת מרי'.

נמצינו למדים לפוס יסוד דברי התוס' האלו דמאי דמחייב לר"ע לשלם לכל אחד ואחד היינו מדין ברי ושמא, דהכא לכו"ע ברי עדיף כיון דלא אזלינן בכה"ג בתר חזקת ממון. עי' מה שנכתוב בזה עוד בעזה"ש"ת בתוד"ה התם דקא תבעי לי' וכו'.

צח) תוד"ה התם דקא תבעי לי' וכו' - לכאורה נראה דהשתא לא צריך לשינויי קמאי וכו' - מה שהוקשה להו להתוס' כן הכא ולא לפוס תירוצא דלעיל לחלק בין כרך אחד לבין ב' כריכות, עי' מהרש"א שכתב דהיינו משום דתי' הגמ' לחלק בין כרך אחד לב' כריכות ר"ל דבב' כריכות כיון דהוה לי' למידק קנסינן לי' וגבי גזילה פשיטא דקנסינן לי' אף דלא הוה לי' למידק כיון דעביד אסורא, והיינו כמו שכתבנו לעיל בשיטת הרמב"ן דלדידי' לא קשיא קושיית הרשב"א, עי' לעיל אות ע"ט.

צט) תוד"ה התם דקא תבעי לי' וכו' - ולא מחייב ר"ע מדינא אלא בברי ושמא והיכא דהוה לי' למידק - לכאורה יש לעיין בזה, דהא מדברי התוס' לעיל ד"ה גזל מחמשה מבואר דמצי ס"ל לר"ע דבברי ושמא

אמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי, רק דהכא לא שייך לאוקמי בחזקת מרי כיון דודאי גזל מאחד, וכמו שביאר הגר"ח דבריהם, וא"כ מדין ברי ושמא גרידא הוה לן למימר דחייב, ואמאי בעינן בזה נמי להא דהוי פושע כיון דהוה ליה למידק.

ובפשיטות י"ל דמש"כ דבעינן למאי דהוה ליה למידק היינו דווקא לשיטת רשב"א בדברי ר"ע ולא בדברי הת"ק, דהא מוכח דסוגיין דהכא הוא לרשב"א, ולעולם לת"ק נימא דסגי בברי ושמא גרידא אף דלא הו"ל למידק. אכן נראה דכיון דלא כתב הרשב"א דבגזילה לא הו"ל למידק אלא מחמת ההכרח מקושייתו אמאי לא סגי בחילוק דהו"ל למידק ולא הו"ל למידק ואמאי אכתי בעינן לתירוצא קמא, ולדברי התוס' ל"ק דבר זה, וכמש"כ המהרש"א, דהיינו משום דס"ל להתוס' כהרמב"ן, לדבריהם ליכא הכרח כלל לומר דלהתוס' חשיב גזילה לא הו"ל למידק, אשר ממילא ליכא מקור ממאי דחמחייב ר"ע בגזילה דלא בעינן הו"ל למידק, ושפיר יתכן דאף לת"ק דרשב"א בעינן שיהא הו"ל למידק. ומהלך הדברים, דהנה ביאור מאי דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי, נראה דהוא דבמקום ספק יש לו להמוחק זכות לתבוע ראייה אשר בלא ראייה לא יוכל להוציא ממנו. וזה דאי דלא שייך הכא, וכמש"כ התוס', כיון דודאי גנב מאחד מהם, פירוש, דכיון דודאי הוא דאינו שלו אין לו תביעת ראייה, וז"פ. אכן אף דנימא דלא שייך הכא חזקה ודין הממע"ה, מ"מ בכדי שיזכה התובע צריך לזכות בטו"ן, ונראה דאף דבלאו חזקה מודו כו"ע דברי ושמא ברי עדיף כדקדוק לשנא דהסוגי' בכתובות ולקמן בהשואל, מ"מ הכא לא היה זוכה בכך, והיינו טעמא, דמה שמהני ברי היינו משום דמניחין שכן הוא כדבריו, אכן הכא דאיכא ה' גברי הטוענים ברי, הרי אי אפשר לומר דכן הוא כדבריו, דא"כ יתחייב לה' בני אדם והרי אין לו חיוה השבה אלא על אחת, אלא הצדק אם הגזלן שאינו יודע מי הוא הגזלן, דהרי לא גזל אלא ממה אחת ואין עליו לשלם יותר. לזה הוא דבעינן לטעמא דהוה ליה למידק, דעל ידי כך אף דיסוד החיוב אינו אלא אחת מ"מ כיון דכל הך ספיקא אינו אלא מחמת פשיעתו הרי אין פשיעתו פוטרתו מחיוב ההשבה, ושפיר חייב לשלם לכל הה', אשר ממילא הדרין לכללא דזוכה הברי בטו"ן כיון דברי ושמא הוא, והך שמא אינו אלא מחמת פשיעתו, וכנ"ל.

ועי' חידושי הרמב"ן ב"ב ל"ה שכתב בא"ד, וז"ל: ולא דמי לגזל אחד מחמשה בני אדם שצריך לשלם גזלה לכל אחד ואחד דהתם מרשות אחד מהם תפס ולשם יחזיר וכו', עכ"ל. ונראה דבעינן לביאור דברי ר"ע אף לזה, (ועי' ברכ"ש סי' א') דמבואר לכאורה שהבין גם דבעינן לכל ג' מילי הנ"ל, והיינו משום דאילו לא היה יסוד חיובו להחזיר לא היה נחשב פושע כלל על ידי מה שהוה ליה למידק, דכיון דאינו צריך להחזיר ליד זה שלקח ממנו מה לו למידק, וכיון דאינו פושע בזה שוב לא הוה מהני הכא הא דהוי ברי ושמא. ומבואר עפ"י לשנא דר"ע מן זו דרך מוציא מידי עבירה וכו', דלכאורה טעמ' משום ברי ושמא ומה זה שייך לאיזה דרך מוציאנו מידי עבירה, ולהנ"ל אתי שפיר, דיסוד דבריו נבנה אמאי דחייב לתת לזה שלקח ממנו, כדברי הרמב"ן דלשם יחזיר, אשר מזה אינו נפטר על ידי פשיעתו, ושוב זוכה כל אחד מהה' על ידי בוי"ש, וכמשנ"ת, ודוק. ואולי לזה כוון בברכ"ש, ע"ש מש"כ בזה.

והנה מדברי התוס' מבואר דגם בדיני שמים איכא חילוק בין כרך אחד לב' כרירות והא דמחייב לצאת ידי שמים אינו אלא בב' כריכות דהו"ל למידק אבל בכרך אחד דלא הו"ל למידק פטור אפי' בידי שמים. ויעיין סוגי' דב"ק קי"י דמבואר דבכל ברי ושמא איכא חיוב לצאת ידי שמים ואפי' למאן דאמר לאו ברי עדיף, וא"כ צ"ב אמאי בנ"ד אינו חייב לצאת בידי שמים אף בלא הוה ליה למידק משום ברי ושמא גרידא. וי"ל בפשיטות (וכ"ה ברא"ש ובנ"י) ע"פ מש"כ התוס' לעיל ד"ה גזל מחמשה דהכא גרע מברי ושמא

למ"ד ברי עדיף משום דמאחר שיודע דודאי אינו חייב לכולם לא שייך בזה לדון משום ברי ושמא, וה"ה הכא ס"ל להתוס' דליכא בכה"ג חיוב לצאת אפי' ידי שמים. עי' חידושי הר"ן מש"כ בזה.

ק) תוד"ה התם דקא תבעי ליה וכו' - וא"ת דבפרק הגזל קמא שאמר מעשה בחסיד אחד שבא לפני ר"ט ואמר ליה הנח דמי מקחך ביניהם וכו' - עי' תוס' ב"ק ק"ד ע"ה ד"ה שכבר שכתבו בא"ד, וז"ל: אי נמי אפי' לצאת ידי שמים אין חייב לרי' טרפון אלא בגזל אבל בפקדון ומקח דלא עשה איסורא לא וכו', עכ"ל. הרי דפליגי אדברי התוס' דידן דס"ל דכל דהו"ל למידק ופושע הוא חייב לצאת ידי שמים, ובגזל אפי' לא הוה ליה למידק, והיינו משום דס"ל דיסוד הא דצריך לצאת ידי שמים מחמת העול שעשה לחבירו הוא. אכן התוס' בב"ק ס"ל בתי' זה דיסוד מאי דבעי לצאת ידי שמים היינו משום איסורא, אשר ממילא ס"ל דליתא לדבר זה אלא בגזל. (ולכאורה לא ס"ל כדברי הרמב"ן אשר הביא בספר התרומות דכל פשיעותא בממון חבירו איסורא הוא.)

והנה לדברי התוס' בב"ק ע"כ דמאי דאיתא ברישא דמתני' דגבי פקדון חייב היינו מעיקר הדין, והיינו דווקא בדתבע ליה, וזה צ"ב ממה שדקדוק בגמ' ממה דאיתא שהרי הודה בפני עצמו. ולדידי' מאי דפטר במתני' במנה שלישי פירושו מדיני אדם, דפשיטא דבפקדון ליכא חיוב לצאת ידי שמים. וע"כ דלשיטתם מאי דמיייר במתני' בפקדון היינו דווקא אליבא דר"ע, דאילו לר"ט הרי בכל מקרה ליכא חיוב בידי אדם בפקדון (אם לא דנימא דפליג גם בזה אדברי התוס' דידן וס"ל דאיכא היכי תימצא אף לר"ט דאיכא חיוב בידי אדם, כמש"כ הרשב"א בסוגיין).

ואי נימא דמתני' בפקדון ר"ע הוא, מבואר היטב סוגיית הש"ס דכד הקשו גזל אגזל אמרו ומנא לן דמתני' ר"ט, דאין פירושו סתם מהיכי תיתי דמתני' ר"ט היא, אלא עוד יותר, דדין פקדון במתני' אינו אליבא דר"ט אלא אליבא דר"ע, וא"כ מהיכי תיתי דנניח דדינא דגזל במתני' ר"ט היא בכדי דניקשי מיני'.

והנה לדברי התוס' בסוגיין מה דחייב לצאת ידי שמים הוא עבור מה שעשה לחבירו, אשר זה תלוי באי פושע הוא, אלא דבגזילה איתא לדין זה אף אי לא הוה ליה למידק דעצם מה שגזל הרי הזיק את חבירו, וז"פ. ולדברי התוס' הנ"ל בב"ק דדווקא גבי גזילה הוא דחייב לצאת ידי שמים, יסוד הך דינא הוא משום כפרה על עבירת גזילה, וכמו שביארו כל זה לעיל. אכן יעויין בחידושי הר"ן דבפירושו הראשון ס"ל דבברי ושמא איכא חיוב לצאת ידי שמים אף דלא הוה ליה למידק, ודלא כדברי התוס'. והנה בברי ושמא דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע כו"ע מודו דאיכא חיוב לצאת ידי שמים, רק שנחלקו בנ"ד אי יש לדמות להתם או לא. וצ"ב מה יסוד המח' בזה.

וע"ש בר"ן שכתב בדיעה הב' דבברי ושמא בסוגיין בלא הוה ליה למידק ליכא חיוב לצאת ידי שמים, והוכיח כן מפלגות מעובדא דהוה חסידא בב"ק בח מא' מחמשה אדם דפטור ר"ט, ומאחר דחסיד היה מסתבר דפטור אפי' מחיוב בידי שמים (ודלא כדברי התוס') וחזינן מזה דליכא חיוב לצאת ידי שמים אפי' בברי וברי היכא דלא הוה ליה למידק. ומבואר מדבריו דחשיב מכירה לא הוה ליה למידק, ואילו מדברי התוס' שכתבו דלא ענה לו ר"ט אלא לענין דינא, דמבואר דס"ל דשפיר איכא התם חיוב לצאת ידי שמים, אף דכתבו להדיא דבלא הוה ליה למידק ליכא חיוב לצאת ידי שמים, מוכח דפליגי אהר"ן וס"ל דחשיב שפיר התם הוה ליה למידק, וצ"ב במה פליגי בזה. על דברי הר"ן צ"ב דאי חשיב התם לא הוה ליה מידק, אמאי חייבו ר"ע לתת לכולם, הרי לא הוה ליה למידק ואמרי חייב. וע"כ צ"ל דס"ל לר"ע דבברי ושמא אף דלא הוה ליה למידק מוציאין ממון מספק לכל ברי (ודלא כהתוס'). אלא דלפ"ז יקשה לכאורה בסיפא דמתני' אמאי בלא הוה ליה למידק פטור אף

ועו"ל דבאמת ליכא דין שבועה על הנפקד משם דהוי כהילך דפטור, אלא דסיבת חיובו הוא משום ב"ש בצירוף מאי דהוי פושע, כדברי הרשב"א כעצמו, אשר בזה כיון דמצד ברי ידידי הוא דזוכה פשיטא דבני שבועת הנוטלין כמו בחנוני על פנקסו, כ"ה תי' הב' דהמ"מ, ע"ש.

ל"ז ע"ב

קא) מ"ד הלה צווח אבל שתיקה כהודאה- כתב שט"מ בשם הראב"ד, וז"ל: אבל שתיקה כהודאה דמיא-פי' כהאמינס האמין הראשון כשתבעו וכשתבעו השני הניח האחד והאמין לשני וכן כולם נמצאו כולם היו באמונה וכיון שהאמינס כבר נתחייב להם וכו', עכ"ל. מבואר דבריו, והוא פשוט, דכשנאמין להשני יורד מהראשון, אך כיון שהאמינו מתחילה כבר נתחייב לו. וכן מבואר מדבריו דגדר הא דשתיקה כהודאה הוא דהוי כמו שמאמינו, ז"א, דשוב הוי כהודאת בעל דין דכק' עדים דמי. ומבואר לכאורה מזה דאיתנהו לכל ההודאות אף דסתרן אחד את השני, ובעדות בכה"ג הוי אמרינן דהוי עדות מוכחשת. והחילוק בזה פשוט לכאורה, דגבי עדים יסוד נאמנותם הוא על המעשה אשר ממילא שפיר איכא סתירה ביסוד נאמנותם והוי עדות מוכחשת. אכן בהודאת בעל דין, אף דנימא דהוי נאמנות כדברי הקצוה"ח סי' ל"ד ולא התחייבות, מ"מ יסוד הנאמנות הוא על הדין והחיוב ולא על עצם המעשה, דהא ודאי לא אמרינן דעל ידי הודאתו יודעים ב"ד את המעשה. אשר בזה כיון דבכל מקרה אינו נאמנות על המעשה אלא על החיוב, שפיר שייך לדון משום הוגנת העל דין בכולם.

ונראה דיש להוסיף בזה עומק מסויים, דמבואר מדברי הראב"ד גדר הנאמנות דהודאת בעל דין שהוא שהאמינו, כלומר, אין זה נאמנות של המודה אשר מחייבו, אלא יסוד הדבר הוא **שמאמינן** לתובע, ושוב זוכה התובע בטענתו. ועפ"י מובן היטב דמחר שהאמין כבר להא' בטענתו, אף דהאמין אח"כ את הב' וירד מהראשון, מ"מ מאחר שהאמין לו כבר זכה על ידי טענתו, אלא דכד מאמין להב' זוכה גם הוא וכן הלאה.

והנה מדברי הראב"ד מבואר דאף דכשתובע השני חוזר בו מהודאתו להראשון, אכתי קיימא הודאתו. ובקצוה"ח סי' פ' סק"א הביא מח' אחרונים אי מהני אמתלא בהודאת בעל דין, ונראה דפשוט דאין מדברי הראב"ד ראיה לדין זה, דמאי דמהני אמתלא היינו משום דעל ידי האמתלא אומר דמעולם לא היתה הכונה בהודאה להיותה הודאה, כגון אילו היה אומר שלא אמר כן אלא שלא להשביע את בניו, אבל בנ"ד הרי אף עתה אינו אומר שבשעת הודאתו הראשון לא כוון להודאה, דודאי כוון להודאה, אלא דעכשיו חוזר בו, וזה ודאי דלא מהני.

ועי' שט"מ בשם תוס' שאנץ שדקדק מסוגיין ד"אם טען ואמר מה ששתקתי לפי שהייתי מחשב בלבי להכירך אם אתה הוא אותו שגזלתי אם לאו הכי נמי דמהימן אבל אם לא טען לא טענינן ליה. ונראה דאין לדייק מדבריו דמהני אמתלא בהודאת בעל דין, דמה דלא מהני אמתלא בהודאת בעל דין היינו משום דבעצם הרי הודה, רק דא לומר דכונתו לא היתה שתהיה הודאה, בזה אמרינן דלא מהני אמתלא כיון דסו"ס הודה. אכן הכא גבי שתיקה, הרי לא הודה, אלא דאנו מפרשין כן בשתיקתו, אשר בזה אם בא דאמר דלא זו היתה כונתו בשתיקתו הרי לית לן הודאה כלל, ובהא כו"ע מודו, וז"פ.

קב) ושקלי לה כולהו ואזלי וכו'- עי' פי' רש"י דמבואר מדבריו דפרכין מהא דגבי ספק הינוח אם נטל לא יחזיר¹⁴. ועי' מהרש"א, דמאי דלא פרכין

בברי ושמא, ואין לומר דאזלא סיפא דמתני' כר"ט, דא"כ תמוה מה הקשו בגמ' וכי תימא מהיכי תיתי דרישא דמתני' ר"ט היא, דילמא ר"ע היא, הרי סיפא דמתני' מוכח דר"ט היא וא"כ בפשטות הוה הדין דינא דרישא. וי"ל בזה, וכן העירני ב"א, ע"פ מש"כ הרמב"ן במלחמות דע"כ סיפא דמתני' הוא רשב"א דס"ל דבמקח לא חייב ר"ע, דאינו מחייב אלא משום פשיעה דהוה ל"י למיד', וזה אינו אלא בפקדון, אשר לפי' מתני' דבלא הוה ל"י למידק ליכא חיוב בידי אדם הוא מצי אתי בין לר"ט בין לר"ע, ושפיר שאלו מנלן דרישא ר"ט דילמא ר"ע הוא ומתני' אליבא דדידי'. אכן כל זה לרשב"א, אבל לת"ק דס"ל דפליג ר"ע אף במכר, יסוד טעמא דר"ע הוא דמוציאין ממון מספק על ידי ברי ושמא היכא דודאי חייב, וזהו אפי' היכא דלא הוה ל"י למידק, דלא בעינן הא דהוה ל"י למידק אלא היכא דהמחייב הוא משום פשיעתו.

והנה מדברי התוס' וכן מדברי הר"ן מבואר דלר"ט אינו חייב כלל בדיני אדם אף היכא דהוי ב"ש והוה ל"י למידק, ואף סיפא דמתני' מיירי לצאת ידי שמים או לפום פי' הא' בהר"ן בדיני אדם ולר"ט לא בעינן למאי דלא הוה ל"י למידק דבכל אופן פטור. אכן יעויין ברשב"א שכתב דאף לר"ט בב"ש והוה ל"י למידק חייב בדיני אדם¹³. וכ"ה לכאורה דעת הרמב"ם, דבפ"ה מהל' שו"פ ה"ד כתב דבנידון דמנה שלישי חייב מאתיים לכל אחד משום דפושע הוא ולא הזכיר קנס כלל, ואילו בפ"ד מהל' גזו"א ה"ט פסק גבי גנב מאחד מה' כר"ע דמשלם לכולם וכתב להדיא דהוא משום דהוי קנס, וביאור דבריו לכאורה, דפסק כר"ע אליבא דרשב"א דלא אמר דינו אלא בגזילה משום קנס, ומאי דחייב גבי מנה שלישי היינו משום דבכה"ג אף ר"ט מודה דחייב מדינא, וגבי פקדון כתב להדיא דחייב דווקא משום דהוה ל"י למידק והו"ל פושע, אבל בגזו"א לא כתב ד"ז דחיובו משום קנס שעבר איסור גזילה ולא איכפת לן אי לא הו"ל למידק, וז"פ.

והנה מש"כ הרמב"ם דצריכים שני התובעים לישבע, כבר העיר ברשב"א סוף סוגיין אמאי בעינן שבועה כלל הא חייב משום מתוך ובכה"ג לא מחייבין שכנגדו לישבע כיון דלאו חשוד הוא. וכתב הרשב"א, הביאו המ"מ, דכיון דחייב רק משום פשיעתו צריכים שניהם לישבע. ונראה ביאור דבריו, דאף דנימא דחייב משום מתוך, מ"מ הך מתוך שחייב לשלם הרי הוא משום שהוא פושע, וכמש"כ הרשב"א לעיל, ונראה גדר הדבר, דבעצם אין שבועת מב"מ אלא חיוב שבועה ולא חיוב ממון, אלא דהיכא דאינו יכול לישבע על ידי פשיעתו אמרו דשפיר גובה התובע על ידי טענתו, וכיון דכל אחד גובה על ידי טענתו ובודאי אחד מהם גזלן מחייבין להו לישבע, כדן חנוני על פנקסו, כאשר ציין הגר"א כמקור לדין זה. אכן אילו היה גדר דינא דמתוך הכא דבעצם מצד הודאתו הוי חיוב ממון נראה דלא היה שייך לומר כן, וכגון בע"א אי נימא דחיובו לישבע או לשלם, דבזה אין דין זכיותו מחמת טענתו ואין בזה דין שבועת הנוטלין, אשר זהו דבסכא דר' אבא אין התובע נשבע.

¹³ ולענת הרשב"א ז"ל לכאורה דמאי דפליגי ר"ע ור"ט הוא היכא דלא הוה ל"י למידק דליכא משום פשיעה אי מוסיאין בכגון נ"ד מספיקא או לא. ומקח לא חשיב הוה ל"י למידק, כדמוכח מדלמחר ר"ע לההוא חסיד להניח דמי המקח וללך. ולפ"י לכאורה סיפא דמשנתנו כר"ט, דאילו לר"ע חייב אף היכא דלא הוה ל"י למידק, ויקשה מה אמרו מהיכי תיתי דרישא דמתני' ר' טורפון, הרי סיפא דמתני' מוכחא דהוא כר"ט. וז"ל כאשר כתבנו לעיל בדברי הר"ן מתני' אליבא דרשב"א להחייבו מכגון קנס דבזה ודאי דבעינן שיהא הוה ל"י למידק, אבל לת"ק שפיר מחייב ר"ע להוסיא ממון מספיקא אף היכא דלא הוה ל"י למידק מצד ברי ושמא.

¹⁴ והנה מדברי רש"י מבואר דחידושא דלא יחזיר הוא שלא יחזיר למי שצב ועינו מביא סימנים. ובתוס' ושא"ר לעיל

ממתני' דתנן דיהא מונח היינו משום דבמתני' בהתירא אתי ליד' ולכך אינו צריך להוציא מתחת ידו משא"כ בגזלן, אלא פרכין מהא דאם נטל גבי ספק הינו דאתי ליד' באיסורא. ואכתי צ"ב לכאורה (ומרומזת שאלה זו בדברי הראב"ד בשט"מ) דבשלמא גבי גזלן חייב להוציא מתחת ידו דאין לנו להניח שיחזיקנה בגזילה, משא"כ גבי אבידה נהי דעבר איסורא במה שנטל, מ"מ הרי אינו בידו בגזילה. עוד צ"ב בדברי רש"י לישנא דתני הגמ' ויניח, דכיון דסו"ס הדין הוא דיהא מונח אמאי משנה בלשון, והו"ל למימר יהא מונח כמו גבי פקדון. ובראב"ד בשט"מ מבואר פ"י אחר בגמ', דבאמת מה שהקשו אינו ממה דאמרין דאם נטל לא יחזיר, אלא ממה דאמרין שלא יטול, דממה דאמרין לא יטול חזין דכיון דאיכא ספק שמא הונח שם על ידי הבעלים וידידי הוא, אסור לאחר לקחתו, ואילו בדברי ר"ט מבואר מחלקין אותו אף דהוא באמת של אחד מהם. (ויש שפירשו דלפס ס"ד דהש"ס היה הדין ביניהם כל דאלים גבר הואיל ואיכא ודאי רמיה). ומתריצין דאה"נ אינם מחלקין אותו אלא מוסרין אותו לב"ד להחזיקו עד שבואו הבעלים, אשר זהו

דכ"ה תמרו עליו מה החידוש בזה, הא פשיטא דלא יחזירו לשום אדם כיון שאין בו סימן ואינו יודע מי הבעלים, כדדקשין מקרא דעד דרוש אחיד אותו דרשאו אס רמאי או אינו רמאי. ועוד מבואר מדברי רש"י דטעמא דלמעשה לא יחזיר הוא שמה אינו שלו וסוף צעלים לבא ויביא עדים שהגיתו שם, כלומר, דיתכן שיהיה הפסד לבעלים, וגם זה תמרו רמאי צעין לזה, פשיטא שאין לו ליתן הממון למי שאינו נותן בו סימנים, דמהיכי תיתי שהוא הבעלים. וביאר מו"ר זצ"ל ע"פ מה שהקשה בפנ"י למ"ד ברי ושמא ברי עדיף רמאי צעין סימנים בצבידה, הוה לן ליתנו לזה שטוען ברי שהוא שלו מדיון ברי ושמא ברי עדיף, וביותר, דלכאורה בצבידה כו"ע מודו דברי עדיף דהרי ליכא מוחזק, שהממון אינו תחת ידו, ובזה לכ"ע ברי עדיף. ומטו בזה משמ"י דהגר"ח דבאמת מלך דיני הממון דקדו דברי הפנ"י, דהו"ל ליתן את הממון לזה שטוען שזה שלו מדינה דברי עדיף והא דצעין סימנים הוא דין מסויים בהשגת אבידה לזרז לדרשו שאינו חלזי ולכך המוצא אינו יכול ליתנו לתובע בלא דרישה על ידי סימנים או עדים. ועפ"י י"ל דלעת רש"י דהך דינא דדרשאו שאינו רמאי נאמר רק בצופן לאפשר לזכר את הדבר על ידי סימנים דככה"ג הצריכה התורה לזכר שאינו רמאי ולא ליתנה בלי סימנים, אבל בצבידה שאין זה סימן ואי אפשר לזכר את הדבר הו"ל ללא ללא נאמר דין דרשאו ואפשר ליתנה על פי טענת ברי ליד', אשר זהו לאשמועינן בר אחא בר זבדא דגם בצבידה שאין זה סימן לא מהדרי' לה לזה שטוען שהיא שלו משום דלית בזה פסידא לבעלים, דסופס לבוא ולהביא הדין שהיא שלו. ובדעת התוס' ושא"ר שמיאנו מפירוש זה, ביאר מו"ר דמוכח מכמה ראשונים דלא כהג"ל, אלא גם בלא דינא דדרשאו הוה ידעין שא"ר ליתנה לזה שטוען שהיא שלו, וי"ל דזו היא ג"כ דעת התוס' ובראשונים שהקשו על דברי רש"י.

והנה מלך הג"ל היה אפשר לומר דלמסקנא אף בצבידה שאין לו סימן איתא לדין דדרשאו שאינו רמאי. אלא דמסוגיין מבואר דלא כזה, דאי נימא הכי מה הקשו מאבידה לגזילה, הרי בצבידה מה שלא יחזיר הוא משום דינא דדרשאו מה ליתא בגזילה. אלא מבואר מדברי רש"י דלא למסקנא ליתא לדינא דדרשאו דדבר שאין בו סימן, ומה שאינו מחזיר, דין מסויים הוא דכל שצא ממנו חזירו לידו אסור לו להוציאו מידו בצופן שביא על ידי זה פסידא לבעלים, אשר בזה שפיר מיייתי לענין גזילה, דאף התם אית לן למימר דאסור לו להניח את הגזילה ביניהם בצופן דיש לחוש לפסידא לבעלים.

הלשון דינא, דלעולם אין הכונה דמשאירין אצל זה שנטלו אלא מוסרין אותו לב"ד. ולדברי הראב"ד אתי שפיר מאי דמשוין בזה גזילה לאבידה, דהא מעצם הדין דאם נטל לא יחזיר לא פרכין, דבזה ודאי דחלוק דין גזילה דחייב להוציא מתחת ידו מדיון אבידה, ולא פרכין אלא ממה דלא יטול, דהיינו מפאת מאי דקאי להבעלים, אשר בזה אין לחלק. והנה כתב רש"י בד"ה אמר רב ספרא ויניח, וז"ל בא"ד: והאי מסתלק סילוק הדין הוא ויניח גזילה בפניהם בב"ד ויאמר ברו של מי הוא ויטול ומסתלק מן הדין והגזילה יניח בידו עד שיבוא אליהו, עכ"ל. ויש לדקדק בדבריו אמאי האריך ואמר דיביא לב"ד ויניחו בפניהם ויאמר וכו' ושוב יניח אצלו עד שיבוא, דלכאורה לפי תירוץ הגמ' אין זה אלא הדין הפשוט דיהא מונח, וצ"ב.

והנראה בביאור שיטת רש"י, דהנה הקשה על דבריו בחידושים המיוחסים להריטב"א האידן אפשר לומר דיניח אצלו הרי כיון שלא הוציא הגזילה מתחת ידו האידן מקיים והשיב את הגזילה, ע"ש בדבריו. והברור בדברי רש"י, דאיברא ודאי דאין מקיים והשיב את הגזילה, אכן אפי' אי ימסרנה לב"ד נמי ליכא בזה קיום דוהשיב, דעד כמה דאינו מחזירו לנגזל לא קיים והשיב. ומדברי הריטב"א מבואר לכאורה דבמאי דמסרו לב"ד שפיר חשיב קיום דוהשיב, וה"ט לכאורה משום דכיון דב"ד מחזיקין אותו עבור בעלים חשיב על ידי כך קיום דוהשיב, וזה חידוש גדול לכאורה.

ונראה בזה עוד, (וכ"כ בארוכה בבית אהרן, ע"ש) דאף דלשיטת רש"י לא שייך קיום דוהשיב כל זמן שאינו יודע מי הוא הגזלן, מ"מ איסורא איכא שיחזיקנה בידו בתורת גזילה, אשר זהו שכתב דצריך להביאו לב"ד ולומר להם שיבררו של מי הוא בכדי שיוכל לקיים והשיב את הגזילה, אשר שוב אף שיחזיקנה הוא ברשותו, מ"מ תו אינו אצלו בתורת גזילה אלא בתורת יהא מונח עד שיבואו הבעלים לקחתו. ועפ"י אתי שפיר היטב לשיטת רש"י שינוי הלשון בגמ', דגבי פקדון במתני' דנשאר אצל הנפקד ואינו צריך כלל להביאו לב"ד קאמר יהא מונח, אבל בגזילה דמביאה לב"ד ושוב מניחה ברשותו שפיר אמרין דיניח. וכן מבואר היטב מה שהשוו בסוגיין גזילה לאבידה, דנהי דאיכא בגזילה איסור להחזיקו בתורת גזילה משא"כ באבידה, מ"מ לזה סגי במה שיביאו לב"ד ויאמר להם שיבררו של מי הוא, ושוב יכול שפיר להניחא אצלו לדין יהא מונח עד שיבוא אליהו, אשר ממילא מוכח ממאי דלס"ד מסתלק מהחפץ ומחלקין אותו דלא אמרין בזה יהא מונח אף שמפסידין את הנגזל, אשר זה שפיר קשה ממאי דקאמר דאם נטל לא יחזיר, ומבוארים דברי רש"י, ודוק.

קג) ויניח - עי' רמב"ם פ"ד מהל' גזו"א ה"ט שפסק כק"ע דבגזל משנים וכ"א אמר אותי גזל משלם לכל אחד ואחד, ובה"י שם פסק דבשמה ושמה אין צריך ליתן לכא"א אלא נותן גזלה אחת והן חולקין אותה ביניהם, וכ"ה בשו"ע חו"מ סי' שע"ה ס"ב. ובלח"מ שם תמה אמאי לא אמרין דיהא מונח כמו דאמרין לר"ט, דכמו כן יהיה בשמה ושמה אף לר"ע. ובש"ך שם סק"ג הוסיף לתמוה עוד דמאי שנא הך דינא משנים שהפקידו בכריכה אחת דדינא הוא דיהא מונח, ע"ש שחילק בין ברי ושמה, דבברי הרי איכא ודאי רמאי ולכך לא אמרין יחלוקו אלא יהא מונח, משא"כ בשמה ושמה דליכא ודאי רמאי שפיר אמרין דיחלוקו. אלא שהקשה בקצוה"ח דל"ש ד"ז אלא להני דיעות בפ"ק דס"ל דבכל אחד אומר אני ארגתיה לא אמרין דיחלוקו אלא יהא מונח, אבל לדעת התוס' דבאני ארגתיה שפיר אמרין דיחלוקו ואין דין יחלוקו תלוי אלא בחלוקה יכולה להיות אמת ליכא סברא כלל לחלק בין ברי לבין שמה. עי' אבן האזול שביאר החילוק בין שמה ושמה לברי ושמה באופן אחר, דבשמה ושמה איכא דררא דממונא ודינא דיחלוקו אף שאין החלוקה יכולה להיות אמת, משא"כ בכל אחד ברי כגון במנה שלישי, דאין זה

דררא דממונא, ולכך בעינן שתהא החלוקה יכולה להיות אמת.

קד) א"ל אביי לרבא מי אמר ר' עקיבא וכו' - קושי
זו אינה אלא לת"ק דרשב"א דס"ל דאמר ר' עקיבא גם במקח ואינו קנס בגזילה אלא מעיקר הדין, דאילו לרבש"א דלא אמר ר"ע אלא בגזילה ומשום קנס ליכא קושי כלל, וכ"כ הרשב"א, וז"פ. והנה מבואר מדברי התוס' לעיל בע"א דטעמי דר"ע לפום ת"ק דרשב"א הוא משום דבכה"ג ליכא חזקה כיון דודאי חייב לאחד מהם, ביארנו דבריהם לעיל. ולפי"ז צ"ע קושיית אביי, דהרי באמת גם לר"ע מוקמינן בעלמא אחזקה רק דגבי גזל מאחד מה' בני"א לא שייך להעמיד אחזקה, אבל גבי ירושה שפיר יש להעמיד ממון בחזקתו, וצ"ב. וכן יקשה למה שביארנו לעיל בדברי רש"י דהיינו טעמא דר"ע מוציא ממון מספק משום דלא שייך הכא לומר המוציא מחבירו עליו הראיה משום דודאי חייב לאחד מהם, דלפי"ז מה הקשה אביי מהא בנפל הבית הרי התם לא שייך ד"ו, וצ"ב.

ומדברי הרשב"א הרמב"ן והר"ן בסוגיין מבואר וטעמי דר"ע לפום ת"ק דרשב"א הוא משום ברי ושמא גרידא אף דלא הוה ל"י למידק, דכתבו דע"כ ק"ל כרשב"א מדק"ל כר"נ ור"י דבברי ושמא מוקמינן ממונא בחזקת מרי, הרי דס"ל דלא כהתוס', ובאמת ס"ל לר"ע כרב הונא ור"י דברי ושמא ברי עדיף. וכן מוכרח לדעתם דחייב אף בלא הוה ל"י למידק, דהא לשיטת הרשב"א בגזילה לא הוה ל"י למידק ומ"מ מחייב ר"ע. ולדידהו אתי שפיר קושיית אביי שהבין דלר"ע לא אזלינן בתר חזקה במקום ספק, ותי' בגמ' דזה אינו אלא בברי ושמא משום דאין השמא עושה ספק נגד הברי, כר"ה ור"י, אכן לשיטת התוס' צ"ב כנ"ל.

והנה ביארנו לעיל דלמש"כ התוס' לא קשור מה דאיתא ברישא דמתני' דמשלם לזה מנה ולזה מנה לשאלה דברי ושמא. אכן מדברי הרמב"ן שם שביאר דאמת קושיית הגמ' הוי נמי אר"נ ור"י דבמנה לא בידך והלה אומר איני יודע פטור, מבואר דלא כהתוס'. והיינו הרמב"ן לשיטתו דס"ל באמת בסוגיין דר"ע דס"ל דמשלם לכל אחד היינו משום דס"ל דברי ושמא ברי עדיף, הרי דלית ל"י לחילוקי התוס'.

ונראה לכאורה בביאור פלוגתת התוס' עם הני ראשונים, דנחלקו ביסוד מאי דמוקמינן ממונא בחזקת מרי, דהתוס' ס"ל דמונח בזה כמין הוכחה שהוא שלו אשר מפאת זה אין מוציאין בלא ראייה, אשר בזה ודאי דצדקה סברתם דהיכא דידעינן דודאי הוי של אחד מהם, ז"א, דברור הוא שאינו שלו, לא שייך בזה חזקה, דלא שייך הוכחה שהוא שלו היכא דידעינן שאינו שלו. אכן הני ראשונים ס"ל דאין בחזקה משום הוכחה אלא דינא הוא דאין מוציאין מחזקתו בלא ראייה, אשר בזה, אף דודאי נוציא ממנו לתת לאחד מהם, מ"מ עכשיו הרי הוא שפיר מוחזק ואין מוציאין ממנו מספק בלא ראייה, ואי ס"ל לר"ע דמוציאין, ע"כ דליכא ספק, ז"א, דאמרין דברי ושמא ברי עדיף.

והנה לשיטת התוס' מצי אזיל דין מנה שלישי דסיפא דמתני' גם כר"ע לת"ק דרשב"א, וכמש"כ להדיא בע"א, דמייירי לדידי' בדיני אדם דפטור אף דהוי ברי ושמא כיון דלא הו"ל למידק, אכן לדברי הרמב"ן הרשב"א והר"ן דס"ל לר"ע דברי ושמא ברי עדיף אף היכא דלא הוה ל"י למידק, ליכא לאוקממי' לדין מנה שלישי דסיפא דמתני' כר"ע לפום ת"ק דרשב"א, דכיון דהוי ברי ושמא הו"ל להיות חייב אף דהוי בכרך אחד דלא הו"ל למידק.

ולדברי ר"י כבר ביארנו לעיל דנחלקו הראשונים איכא חיוב בידי אדם בברי ושמא והו"ל למידק, דחידוש הרשב"א דחייב מדינא, ואילו מדברי התוס' והר"ן מבואר דליכא חיוב בידי אדם, ונמצא דליכא חיוב בידי אדם אלא לר"ע, אליבא דת"ק מעיקר הדין ולרשב"א מדין קנס. והנה כתבנו לעיל בשם הרשב"א לבאר דברי הרמב"ם שבה' גזו"א כתב דהוי קנס

ואילו בה' שו"פ כתב דחיובו משום שהוא פושע ולא כתב דהוי קנס. אכן יעויין בחידושי הר"ן שכתב לבאר דברי הרמב"ם דס"ל דאיכא קנס בגזילה אף דלא הוה ל"י למידק ובפקדון היכא דהו"ל למידק, דקנסוהו כיון שהוא פושע. והיינו לשיטתו דליכא חיוב בידי אדם כלל לר"י, וא"כ ע"כ דחיוב פקדון הוא לר"ע ובדברי ר"ע ק"ל כרשב"א אשר על כן מוכח דהוי קנס. אך מדברי הרמב"ם שלא הזכיר בפקדון כלל דהוי קנס משמע לכאורה כדברי הרשב"א.

קה) תוד"ה ומי אמר רבא וכו' - דאי לאורויי דאפי'
בשמא ושמא חייב לצאת ידי שמים זה אין נראה שום חידוש לר"ע. לכאורה צ"ב, דהא כתבו התוס' לעיל בע"א דלר"ט נקט אביי לאשמעינן דגם בשמא ושמא איכא חיוב לצאת ידי שמים, ומאי שנא הכא דכתבו דלר"ע ליכא למימר הכי, הרי הכא קיימין על הצד דלר"ע ליכא חיוב בידי אדם אלא בגזל דעבר איסורא אבל היכא דלא עביד איסורא אף דהוה ל"י למידק ליכא חיוב בידי אדם, וא"כ נימא לר"ע דהוי חידוש דחייב לצאת ידי שמים לר"ע כמו דאמרנו לעיל לר"ט.

והנה על צד זה דלר"ע ליכא חיוב בידי אדם אלא היכא דעבר איסורא ואפי' בברי ושמא והוה ל"י מידק, אי נימא דאית בזה חיוב בידי שמים ע"כ דהוא משום דס"ס כיון שיש לו אצלו ממון של אחר חייב בידי שמים להחזירו לבעליו, ומאחר דהחיוב לצאת ידי שמים מהאי טעמא הוא, ליכא בזה שום חילוק בין ברי ושמא לבין שמא ושמא. אכן לעיל הא קיימי התוס' דלר"ט בב"ש והוה ל"י למידק ליכא חיוב בידי אדם ולר"ע איכא חיוב בידי אדם, בזה היה מקום לומר דמאי דלר' טרפון איכא חיוב לצאת ידי שמים אינו משום שממון חבירו אצלו, אלא משום חשש לידא דר"ע, דאף דס"ל לר"ט דליכא חיוב בידי אדם, חושש לדברי ר"ע עכ"פ לענין חיוב בידי שמים, ואי חיוב לצאת ידי שמים מהאי טעמא הוא, הרי אין זה אלא בב"ש ולא בשמא ושמא, אשר זהו דלר"ט נקט גוונא דשמא ושמא לחידושא דהחיוב לצאת ידי שמים לאו מהאי טעמא הוא אלא משום דממון חבירו אצלו, וממילא חייב אף בשמא ושמא.

קו) רש"י ד"ה הכל מודים בשנים שהפקידו -
דבשלמא גבי כריכות מעות הואיל דאלו ואלו צרורין הוא שוכח מי הפקיד אצלו צרור גדול ומי צרור קטן הואיל והפקידו אצלו יחד אבל גבי טלאים מילתא מוכחא טפי - משמע מדבריו דמאי דפטור הוא משום שלא היה לו להבחין בין גדול לקטן, ואילו לעיל בע"א ד"ה סיפא שהפקידו כתב דטעמא דפטור הוא משום דכיון שהפקידו זה בפני זה גילו דעתן שלא חשדו זה את זה לומר שמא חבירו יתבע המאיתיים. וביאור דבריו לכאורה, דלעולם יסוד מה שחייב הוא משום ששכח, כלומר, דלא היה לו לשכוח, אבל היכא דמגלים המפקידים דלא קפדי אהדדי ולא חשדו זה את זה, רק היכא דהם גילו דעתם שאינם מקפידים, ממילא אף הוא אינו מקפיד ושוב ליכא טענה עליו ששכחו. ואי נימא הכי, יתיישבו לכאורה קושיות התוס', דבכל הני גווני שהקשו ליכא גילוי מהבעלים דלא קפדי, ושוב חייב על ששכח, ועדיין צ"ע בכל זה.

קז) תוד"ה שלא מדעתו - לאו דווקא שלא מדעתו וכו' - ע"י מש"כ התוס' בבכורות י"ח ע"ב דהוי דווקא שלא מדעתו שלא קיבל להיות שומר כלל, ולהכי לא אמרינן דיהא מונח עד שיבא אליהו אף דאיכא ודאי רמא. ומדברי רש"י בסוגיין שלא כתב דמה דקאמר דהוי שלא מדעתו לאו דווקא, משמע בפשוטו כדברי התוס' בבכורות דווקא הוא, ולדידי' לא יקשה אמאי לא אמרינן בזה דיהא מונח, אכן לדברי התוס' בסוגיין צ"ב.

וע"י במיוחסים להריטב"א שהובאו בזה כמה תירוצים, ע"ש שהביא בשם הראב"ד לתרץ דמייירי הכא שלא היה אלא טלה א' וכל אחד מהם אומר דשלו הוא. ודבריו תמוהים לכאורה, כאשר תמה כבר בריטב"א בהמשך דבריו, דהא אף בכה"ג איכא ודאי רמאי ואמאי לא אמרינן דיהא מונח. עוד הביא הריטב"א לתרץ דבטלה נפיש טירחי' להחזיקו וכן

למוכר אותו, ולא מטרחין לא אותו ולא לב"ד, ע"ש מה שהקשה גם על זה. והביא שם עוד לתרץ ע"פ סוגי' דבכורות דמיירי שהפקיד כל אחד טלה ומת אחד מהם וכל אחד אומר דהחי שלו הוא, דבזה ליכא ודאי רמאי.

והנה מדברי התוס' ד"ה והאמר מבואר דבעצם היה אפשר לפרש בכל הני גוונים, אשר ממילא ליכא לפרש אלא כתי' דכיון דנפיש טירחי לא אמרינן דיהא מונח, דאילו היה מוכרח כא' מהתירוצים האחרים, הוה להו להתוס' לומר דע"כ מיירי בכה"ג, וז"פ.

ל"ח ע"א

קח) רשב"ג אומר מוכרן בפני ב"ד מפני שהוא כמשיב אבידה לבעלים - ע"י מח"א דיני שומרים סי' ל"ה שנסתפק בגדר חיוב זה למכור החפץ אי מדיני שמירה הוא, דקבלת השמירה מחייבתו לשמור אפי' מדברים הטבעיים אשר אינן באין מחמת פשיעתו, או דילמא מצד דיני שמירה אינו חייב, דאינו חייב לשמור אלא שלא יזקק על ידי פשיעתו, אבל לא מדברים הבאים מאליהן, וכל חיובו בזה אינו אלא מדין השבת אבידה. ע"ש שהביא מדברי התוס' לעיל ל' ע"א סוד"ה לצורכו ולצורכה מאי שכתבו, וז"ל כיון שהוא שומר יש לו לעיין שלא יתקלקל אע"פ שהבעלים אינם אומרים לו להשתמש, עכ"ל, הרי מבואר לכאורה מדבריהם דמדיני שמירה שפיר חייב לשמור שלא יזקק אף מדברים הבאים ממילא ולא דווקא על ידי פשיעתו. והנפ"מ בזה, אי היה יכול למכור ולא מכר, דאי חיובו מדיני שומרים הרי זה פשיעה וחייב לשלם אף בש"ח, אכן אי אין חיובו אלא מדין השבת אבידה, נהי דאסור היה לו שלא למכור, מ"מ אין בזה חיוב ממון.

והמאירי בסוגיין כתב, וז"ל בא"ד: מוכרן בב"ד מפני שמשיב אבידה לבעלים ותבא עליו ברכה וכו' אלא שאם לא עשה לא נתחייב שכל שפירות הפקדון מיוחדות במקום אומר לו הרי שלך לפניך אלא שמצוה בכך, עכ"ל. הרי מבואר להדיא מדבריו דהחיוב למכור אינו אלא מדין השבת אבידה ולא מעיקר דיני שמירה כדהביא במח"א מדברי התוס' ולדברי התוס' מאי דאיתא להדיא במתני' דטעמא דמוכר משום השבת אבידה הוא, כבר כתב במח"א בפירושו דמילתא דבאמת הוה לן למימר דמטעם רוצה אדם בקב שלו וכו' אין המכירה מונחת בדין שמירתו, לזה אמר רשב"ג דכיון דאיכא בזה משום השבת אבידה הרי זה שפיר כלול בדין השמירה, ובסופו של דבר יש לחיובו מדיני שמירתו ושפיר חייב לשלם.

והנה יעויין או"ח תמ"ג מ"ב סק"ב, שהביא פלוגתת האחרונים בדבר זה, ע"ש דס"ל להמג"א דישאל שהיה בידו חמצו של ישראל אחר בפקדון ועכבו עד שעת האיסור ולא מכרו, חייב לשלם להמפקיד, דכיון שהיה חייב למכור ולא מכר הרי זה פשיעה וחייב לשלם, והוא להדיא כמש"כ המח"א בדעת התוס'. אכן רוב הפוסקים ס"ל דבכה"ג אינו חייב לשלם, וביאר במ"ב, וז"ל בא"ד: דזה לא נכנס בכלל שמירה שלא קיבל עליו אלא לשמור את החפץ שיהא ברשות בעליו ושיחזירו לו בשלימות אבל לא קיבל עליו למכרו שהרי אדרבה במכירה זו מוציאו מרשות בעליו ואינו צריך למכור אלא מטעם מצות השבת אבידה וכו', עכ"ל. הרי דפליגי האחרונים להדיא בד"ז מהו יסוד חיוב השומר למכור החפץ.

והנה מבואר מדקדוק לשונו של המ"ב דיסוד מאי דאינו חייב למכור היינו משום דלא קיבל עליו אלא לשמור את החפץ שהוא ברשותו ושיחזירו לו בשלימות אבל לא למכור דעל ידי מכירה הרי מוציא החפץ מרשותו וכו', ולא משום דאינו חייב אלא על מה שבא על ידי פשיעתו ולא על מה שבא ממילא. אשר לפ"ז נראה דשפיר איכא למימר דליכא פלוגתא בין התוס' להמאירי, דהתוס' הרי לא מיירי במכירת החפץ אלא בחיוב שיש לו לעיין בו שלא יתקלקל, אשר זה י"ל דודאי דהוי בכלל דין השמירה וחייב

עליו. אכן דין מכירה לעולם ליכא בכלל השמירה, אלא אדרבה על ידי זה הרי מוציא מרשותו, בזה הוא דאמרינן דאין יסוד חיובו אלא מדין השבת אבידה. והמג"א ס"ל דאף דין המכירה בכלל חיוב השמירה הוא.

קט) רש"י ד"ה קב שלו - חביבה עליו על ידי שעמל בהן וכו' - ולכאורה משמע מדבריו דדווקא מה שגדל בשדה שלו הוא דאמרינן ב"י דרוצה בקב שלו, אלא דיעויין במיוחדים להריטב"א דאף מה שקנה י"ל דחביבה ל"י משום מה שעמל וטרח לקנותה. אכן הא מיהא פשיטא לשיטת רש"י דמה שקיבל בירושה או במתנה לא אמרינן ב"י דרוצה בקב שלו כיון שלא עמל בו כלל.

ומדברי התוס' בסוגיין ד"ה מזבנינן לכהנים מבואר לכאורה דפליגי אדברי רש"י בזה וס"ל דמה דרוצה בקב שלו אינו מפאת העמל שעמל בה אלא משום הא גופא דהוי שלו, ע"ש שהכריחו התוס' דלרב נחמן בר יצחק אינו יכול למכור אף ביתר מכדי חסרון משום דאל"ה מה הוסיף על טעמא דרב כהנא דרוצה בקב שלו וכו'. ואם נימא דלא שייך האי טעמא אלא במה שגידל או לקח, ליכא ראיא, ד"ל דלעולם אינו אסור למכור אלא בכדי חסרון, ומה שהוסיף על ידי טעמו הוא דאף מה שקיבל בירושה או במתנה אסור למכור, אלא מוכח מדבריהם דאפי' בכה"ג בכלל רוצה אדם בקו שלו הוא, והיינו משום גופא דעובדא דהוא שלו, וכו"ל.

קי) בשלמא לרב כהנא היינו דקתני לפיכך וכו' - ע"י חידושי הרשב"א והחידושי הר"ן מש"כ בביאור פלוגתת רב כהנא ורנב"י. ויסוד דבריהם, דבאמת אף רנב"י אית ל' טעמא דרב כהנא, אלא דבא להוסיף אף היכא דפחתו יותר מכדי חסרון דלא אמרינן בזה דרוצה בקב שלו. אכן איכא שינוי קצת בפירושים דהרשב"א פירש דס"ל לרב כהנא דעד כמה שמותר למכור לא חיישינן כלל שעשאה תרומה, דהא חושש הוא שמא מכרה השומר ונמצא הוא אוכל חולין, ולהכי ע"כ דמאי דאסור למכרה מטעם אחר הוא, והיינו טעמא דרוצה אדם בקב שלו וכו'. אכן רנב"י ס"ל דאף אי מותר למכור מ"מ שייך שלא יסיק אדעת' שמכרה ויחשבו שהוא עדיין בידו ושפיר יעשנה תרומה, ונמצא השומר מוכר תרומה לזר, ולהכי אסור למכור. וכיון שאסור למכור, שוב מותר לכתחילה לעשותו תרומה, (דאי מותר למכור אסור לעשותו תרומה אלא דלרנב"י פעמים דלאו אדעת' ויעשנה תרומה), כן הוא ביאור תי' הגמ'. והר"ן ס"ל דכיון אינו רשאי לא חיישינן שיעשנה תרומה, וה"ט דרב כהנא. ורנב"י ס"ל דבשעת הדחק מותר למכור, ולהכי חיישינן שמא עשאה תרומה וכו' ומהאי טעמא אסור למכור, ושוב מותר בכל אופן לעשותה תרומה.

קיא) תוד"ה שמא עשאו תרומה ומעשר על מקום אחר - דהכא גבי פקדון תולין בחששא מועטת - ביאור הדברים דכיון דאינו שלו אלא של המפקיד עד כמה דלא ידעינן בודאי דדעת המפקיד שימכרו אסור למכור דהוי כשליחות יד, ע"י חידושי הרשב"א בהמשך סוגיין שכתב סברא זו, וכן מבואר נמי בחידושי הרמב"ן בגיטין, ע"ש שכתב בדף ל"א ע"א סוד"ה מתני', וז"ל בא"ד: ומשום הך טעמא לא חיישינן לדבר שאינו מצוי לאסור לעיין את שלו אבל שפ' המפקיד למה יגע בשאינו שלו ולא יניחם ויסתלק מן הספק וכו', עכ"ל. ועי' עוד תוס' יבמות צ"ג ע"ב ד"ה אלא דמאי דהקיל שם ר' ינאי לתרום שלא מן המוקף הוא משום דבתרומת פירות דרבנן התירו שלא מן המוקף משום כבוד שבת, אבל פשוט דאילו היה דאורייתא לא הוה שרינן לתרום שלא מן המוקף אף בערב שבת. והרמב"ן שם בגיטין כתב לפום פירוש זה דאית לן למימר דשלא מן המוקף דרבנן בעלמא, כלומר, דכל דין מן המוקף דרבנן והדרשה מקרא דזהרימותם ממנו אינו אלא דרבנן.

ובראשונים הביאו תי' אחר, דמיירי הכא שעשאה תרומה לפני שהפקידו, אכן כבר כתבו הראשונים

דלישנא דעל מקום אחר לא משמע כן, וגם דאם כן אמאי הפקיד אצלו ולא נתנו לכהן וללווי, עיי' כל זה ברמב"ן הנ"ל.

עוד תירצו הראשונים ע"פ הא דאיכא בסוגיין גירסא אחרת דגרסינן תרומת מעשר (וע"פ גירסא זו אי"ש מה שקשה לכאורה אגירסתנו דהא מעשר מותר לזרים), ובתרומת מעשר לא בעינן שיתרום מן המוקף. (ויבאר דיעה זו בארוכה לקמן). והנה טעמא דנאדו הני ראשונים מדברי התוס' היינו משום דס"ל דאף בפקדון ליכא סברא לומר דנתלה בחששא מועטת. ומדברי התוס' בסוף דבריהם מבואר להדיא דס"ל דאף תרומת מעשר אין מפרשין שלא מן המוקף, שכתבו דמה דאיתא דרשאי להפריש תרומת מעשר ממקום אחר היינו בערב שבתות וכו'. והתוס' בזה לשיטתם שכתבו בגיטין ל' ע"ב ד"ה וכו' דנתי דמן התורה א"צ להפריש תרומת מעשר מן המוקף כדמפורש במתני' דביכורים פ"ב מ"ה, מ"מ מדרבנן שפיר בעינן מן המוקף.

והנה בעיקר הך דינא דבעינן לתרום מן המוקף, עיי' רש"י גיטין ל' ע"ב ד"ה מוקף שכתב, וז"ל: אסור לחבר לומר תבואה שיש לי במקום פלוני תהא תרומה על זו שמה אותה שעה אינה בעין ואם עשה עשוי, עכ"ל. הרי מבואר מדברי דהך דינא דבעינן לתרום מן המוקף הוא מחמת חשש שאינו בעין. וכן מבואר מדבריו בחולין ד"ז ע"א ד"ה לתרום שלא מן המוקף, שכתב, וז"ל: ואסור לחבר להפריש ממה שאין לפניו על מה שלפניו דשמה אותו שהוא סומך עליו אינו בעין שנאבד או נרקב ונמצא שאין אומר כלום ואוכל טבלים, עכ"ל. ואע"ג דבספרי דרשין לה מקרא והרמותם ממנו- מן המוקף¹⁵, כתב הרמב"ן הנ"ל בדעת רש"י דאיכא למימר דאסמכתא דרבנן היא.

והנה תנן בגיטין ל"א ע"א המניח פירות להיות מפרש עליהן תרומה ומעשרות וכו' מפרש עליהן בחזקת שהן קיימין, והקשו הראשונים שם דכי נחשדו חברים לתרום שלא מן המוקף, ותי' הרמב"ן ע"פ דברי שיטת רש"י הנ"ל, דכיון שהניחם ברשות עצמו במקום המשתמר ואין חוששין שמא אבדו ואין עשויין לירקב לגמרי מותר לתרום שלא מן המוקף וכשאמרו אין תורמין, לא אמרו אלא כשאנו ברשותו כי היא דכור מעשר לאביך בידי שיש לחוש לכל דבר שאינו משתמר לדעתו שמא אבד ולפיכך אין תורמין שלא מן המוקף. וע"פ דבריו היה לכאורה אפשר ליישב קושיית התוס' לדעת רש"י, דכיון שהפקיד אצל חבירו הרי הוא כאילו הניחו במקום שמור אשר בכה"ג שפיר יכול לתרום שלא מן המוקף. וכן משמע לכאורה מפשטות סדר דברי הרמב"ן שם שלא הוקשה לו מסוגיין אלא בפירוש הבא שהביא לחלק בין תרומה לבין תרומת מעשר, כדביבאר.

והמשך הרמב"ן, וז"ל: אי"נ מדאורייתא תרומה גדולה אינה הטללת אל מן המוקף אבל תרומת מעשר נטלת שלא מן המוקף דתנן במסכת ביכורים פ"ב שזה לבכורים בשתי דרכים ולתרומה בשתי דרכים נטלת מן הסבור על הטמא ושלא מן המוקף כבכורים ואוסרת את הגורן ויש לה שיעור כתרומה והיינו מדאורייתא ואפי' במקום המשתמר לדעתו נמי אבל תרומת מעשר בין דאורייתא בין דרבנן נטלת שלא מן המוקף דמתני' דינא קתני ואפי' לדרבנן כדקתני יש לה שיעור כתרומה ואלו מן התורה חטה אחת פוטרת את הכרי וכו', ומהכא משמע דלאו אסמכתא דרבנן היא אלא דאורייתא דאי כולה מילתא דרבנן מ"ש תרומה דחששו ומ"ש תרומת מעשר דלא חששו וכו', עכ"ל. המבואר מדיעה זו, דדינא הוא דאין תורמין שלא מן המוקף ולא מצד חשש שאינו בעין, ולהכי ליכא חילוק בין מקום שמור לבין מקום שאינו

שמור, והוא דין דאורייתא. והא דהקשו שם בגיטין וכו' נחשדו חברים שלא מן המוקף, אף דהרי ליכא דין מן המוקף בתרומת מעשר (ובהכח מיירי התם), כתב הרמב"ן ד"היינו משום חשש אבידה כדפי' רש"י, כלומר, מטעם חשש אבידה אבל לא כדברי רש"י דזהו יסוד דין מן המוקף, אלא דאף דאף מדרבנן ליכא דין מן המוקף מצד דין מן המוקף, מ"מ מצד חשש אבידה שפיר בעינן שיהא במקום שמור, אשר זהו שהקשו בגמ'.

ועל דיעה זו הוקשה לרמב"ן מסוגיין האידך מפרשין חבר שלא מן המוקף, (מה דלא הוקשה לו לדעת רש"י, כנ"ל), ותי' דיש לפרש דמאי תרומה תרומת מעשר ואע"פ שלא הנחשדו חברים לעשות כן דחיישין שמא אינן קיימין (דהא דין שלא מן המוקף ליכא בתרומת מעשר), "התם (בסוגיין) בעם הארץ שנחשד ואי קשיא ההיא דתניא התם לפיכך בעל הבית עושה אותן לכתחלה תרומה ומעשר על מקום אחר, לומר שאם עשאו אוכל לכתחלה ואינו חושש".

ודעת הרמב"ם, עיי' פ"ג מהל' תרומות הי"ז שכתב, וז"ל: אין תורמין תרומה גדולה אלא מן המוקף כיצד וכו' ואם הפריש שלא מן המוקף תרומתו תרומה והוא שיהיה המופרש שמור וכו', עכ"ל. ובקריית ספר למד בדבריו דהוא דין דאורייתא. וס"ל דדין זה אינו אלא בתרומה גדולה אבל לא בתרומת מעשר, דתרומת מעשר שפיר מפרש שלא מן המוקף, עיי' ש"כ שכתב, וז"ל: תרומת מעשר מפרשין אותה שלא מן המוקף שנא' מכל מעשרותיכם תרימו תרומה אפי' מעשר אחד במדינה זו ומעשר אחר במדינה אחרת מפרש תרומה אחת על הכל ותלמידי חכמים אין תרומן אלא מן המוקף ואפילו תרומת מעשר, עכ"ל. והנה משי"כ ותלמידי חכמים וכו' היינו משום סוגי' דגיטין שהקשו וכו' נחשדו חברים לתרום שלא מן המוקף, וכי"כ בדבריו הראב"ד בהשגותיו שם. וביאור דברי הרמב"ם, דמאי דתלמידי חכמים אין מפרשין תרומת מעשר אלא מן המוקף אינו מצד דין מן המוקף דנלמד מקרא, דזה ליתא בתרומת מעשר, אלא מצד מאי דבכל מקרה בעינן שיהא שמור, זה ודאי דבעינן אף בתרומת מעשר, ובוזה אמרינן דתלמידי חכמים חוששים שמא אינו שמור ונאבד או נפסד, אשר על כן אין תורמין תרומת מעשר אלא מן המוקף, ומיושב בזה קושיית הראב"ד על דבריו, עיי' שם בהשגות הראב"ד שחולק על הרמב"ם וכתב דשפיר בעינן בתרומת מעשר שיהא מפרש מן המוקף ועליו נאמר והרימותם ממנו מן המחובר, "והטעם שמא ישכח ויעשה את התרום תרומת מעשר על מקום אחר, אבל ישראל התורם תרומת מעשר תורם שלא מן המוקף שאין לחוש לכך". והנה מדצ אחד משמע דבריו שהוא דין דאורייתא מדביא דדרשה, ומצד שני מהטעם שכתב משמע לכאורה שהוא דרבנן, ויש לעיין בזה. ועוד כתב דגם בתרומה גדולה בעינן שיתרום מן המוקף, "מפני שנטלת באומד ולא יוכל לכוין כשיעור אלא מן המוקף ועד שמא ישכח". ודעת הרמב"ם כמשנ"ת.

ק"ב **תוד"ה בכדי חסרון- וי"ל דפליגי שנתחסר** בחדש או בחדשים יותר משרגילות להתחסר עד אותו הזמן וכו'- עיי' חידושי הריטב"א שפירש גם על דרך זה בדברי רש"י, אלא דכתב דבכדי חסרון היינו היכא דחסר בכמה חדשים מה שרגיל להתחסר בשנה (ולדידי' אתי שפיר טפי לישנא דבכדי חסרון). ומאי דנאדו התוס' מפירוש זה פשוט דהוא משום דלפי"ז אכתי תקשה קושייתם הא' דפליגי במשהו. והריטב"א שפי' כן היינו משום דלא הקשה על דברי רש"י אלא קושיית התוס' הב' מ"ט דרשב"ג, ולא הוקשה לו קושיית התוס' הא'. וה"ט לכאורה משום דס"ל כמש"כ בתוס' הרא"ש דכן הוא מדת חכמים לדקדק עד לדבר הקטן.

ק"ג **תוד"ה מזבין לכהנים- אי"כ מאי אהני טעמא** דשמא עשאו תרומה וכו'- כבר כתבנו לעיל דמדברי התוס' מוכח דמאי דאמרינן דרוצה אדם בקב שלו היינו משום גופא דעבודא דהוי שלו ולא משום עמל

¹⁵ אכן בירושלמי בתרומות פ"ב ה"א אשך הביאו התוס' בגיטין, הדרשה היא מהפסוק את מקדשו ממנו במדבר י"ח, כ"ט, ובש"מ תמורה ה' א' הביא הלימוד מהפסוק בהרימכם את חלבו ממנו במדבר י"ח כ"ב.

שעמל בו, דאל"ה ליכא הוכחה דלרנב"י פליגי אף ביותר מכדי חסרונן, דאיכא למימר דבא להוסיף דאף היכא דלא עמל בו אסור לשומר למכור. ועי' בריטב"א החדשים שכתב באמת כן דלמאי דאמרין דמוכרו לכהן לא פליגי ר"כ ורנב"י אלא בכדי חסרונן, ומאי דהוסיף רנב"י הוא דאסור למכור אף היכא דלא עמל בו, והוא להדיא כנ"ל.

קיד) עושה להם תקנה ומוכרן בב"ד וכו' - עי' חידושי הרשב"א שעמד על שינוי הלשון, דגבי פקדון איתא דמוכרו בב"ד, ואילו בשאר מילי לא אמרו אלא דמוכרן, ובלא ב"ד. וכתב הרשב"א, וז"ל: נ"ל דדוקא בפקדון משום דכיון שיש להן בעלים ולהיות מונחין אצלו בקרן זוית הפקידם אצלו לא עבידת' גביהו כלל אלא כשהוא רוצה לעשות להן תקנה ב"ד הוא שעושין וכו', עכ"ל. והנה מבואר מדבריו דמאי דמוכר לעולם אין זה מדין שומרים אלא דין צדדי מצד השבת אבידה, דאילו היה מונח בעצם דין שמירה דיד' שימכרנה במקום דבלא"ה יהיה הפסד, הרי ליכא למימר בזה דלאו עבידת', דלהכי ניתן לו. אע"כ דמדין השבת אבידה הוא ולעולם מצד דיני שמירה אין עליו למוכרו, אשר זהו דב"ד הם שעושין כן ולא הוא, ודוק.

וממשי"כ דניתנו לו להיות מונחין בקרן זוית משמע עוד, דאף להשתמש בחפץ שלא ילך לאיבוד אינו בכלל חיוב שמירה דיד', ודלא כהתוס' הנ"ל בדף ל', וז"פ.

ל"ח ע"ב

קטו) רש"י ד"ה במאי קמיפלגי - ר"מ ורבנן מאחר שמודה ר"מ ביתר מכדי חסרונן - מבואר מדבריו דאילו לא הוה אמרין דביתר מכדי חסרונן כו"ע מודו, שפיר הוה אמרין דפליגי אי ביתר מכדי חסרונן נמי אמרין דרוצה אדם בקב שלו. והנה כתבו הראשונים בסוגיין דמאי דלא אמרו בפשטות דנחלקו בנמי דברים בפלוגתא דמתני' דרשב"ג ורבנן אי אמרין בכה"ג ברוצה אדם בקב שלו, היינו משום דבין שהחמץ וכו' לא שייך לומר דרוצה בקב שלו, דכיון דנעשה חומץ שפיר מניחים שרוצה למוכרו, עי' חידושי הרמב"ן. אך מדברי רש"י מבואר דלא כדבריהם, דלדבריהם הרי אף ביתר מכדי חסרונן ליכא למימר דפליגי אי אמרין דרוצה בקב שלו, ואילו מדברי רש"י מבואר דאילו היו חולקים ביתר מכדי חסרונן שפיר היה מובן פלוגתתם, וע"כ דבדעת רש"י צ"ל באופן אחר, כאשר יתבאר, בעזה"ש.

וממשי"כ רש"י בד"ה הפסד מועט דגם פירות שנקבו בכדי חסרונן נכללו בזה, מבואר באמת דס"ל דלא כהרמב"ן אלא אף בפירות שהרקיבו פליגי, עי' בעה"מ שפי' באמת כן, והכריח מזה דק"ל כר"מ דקם לי' כחכמים דמתני'. אכן כבר הקשה עליו הרמב"ן במלחמות ב' קושיות, הא' מאי שאלו מאי קמיפלגי, הא פלוגתא דמתני' היא, והב' דלשון חששו משמע דליכא איסורא כבטעמא דרבנן, אלא דלא הטריחוהו למכור, ואילו לבעה"מ הרי אותו מח' הוא.

ונראה בבאור דברי רש"י, וכ"כ בבית אהרן, ע"ש, דהא מהא פשיטא דלא נחלקו ר"מ וחכמים בפלוגתא דרשב"ג ורבנן במתני', מדלא קאמר דהני תנאי כהני תנאי, ולסברת המקשן דפליגי ביתר מכדי חסרונן אי"ש, דודאי במתני' לא קאמרי רבנן אלא דאסור למכור, ופליגי ר"מ ורבנן אי אף ביתר מכדי חסרונן נמי אסור. ולפום תי' הש"ס דמייירי בכדי חסרונן, ע"כ דלא פליגי בפלוגתא דרשב"ג ורבנן, וכנ"ל, דלא קאמר דהני תנאי כהני תנאי, אלא פליגי אליבא דרשב"ג, דנהי דליכא איסור למכור בהרקיבו כדי חסרונן מטעמא דרוצה אדם בקו שלו, מ"מ ס"ל לר"מ דבהפסד מועט כי האי לא הטריחוהו למכור ואינו צריך למכור, וחכמים ס"ל דחששו גם להפסד מועט וחייב למכור.

והנה בריטב"א החדשים הקשה על מה שפי' הרמב"ן דהך לא חששו פירושו רק דלא חייבוהו אבל ליכא איסורא, דנמצא לפ"ז דמאי דאמרו בברייתא לא יגע בהן בפירות שהרקיבו פירוש דאסור למכור, כדמבואר במתני', ואילו לא יגע בהן דין ודבש וכו' פירוש דאינו צריך למכור. ולמשי"כ לא יקשה קושי דא על רש"י, דהא לשיטתו דנחלקו בדברי רשב"ג אף בפירות שהרקיבו כדי חסרונן פליגי, ופירוש לא יגע בהן אף בפירות פירוש דאינו צריך למכור, וז"פ.

(ודרך אגב, ע"ש בדברי הרמב"ן במלחמות דמבואר מדבריו דיסוד מאי דאמרין דרוצה אדם בקב שלו הוא משום שעמל בה, כדעת רש"י והריטב"א הנ"ל, וז"פ.)

קטז) מדרשב"ג נשמע דמורידין קרוב לנכסי שבו וכו' - עי' ביאורא דהך מילתא בדברי הראשונים, דבעיקר לא מוכיחין אלא דמורידין לנכסי שבו, והוא ממאי דחזינן דלרשב"ג משום הפסד הפירות אמרין דמכור השומר, אבל למאי דאמרין דמורידין קרוב ולא רחוק, זה ודאי דליכא לאוכוחי כלל. ומאי דבאמת מורידין קרוב ולא רחוק, נחלקו בזה הראשונים, דמדברי הראב"ד המובאים בחידושי הרשב"א מבואר דהיינו משום דאית לי' להקרוב (יורש) תביעה דכיון דהוא היורש ואם מת השבוי הרי הפירות שלו, יורידו אותו לנכסים.

אכן בריטב"א החדשים מבואר דאין זה מצד תביעת היורש אלא מצד ב"ד גופא, והוא מחד מתרי טעמי, הא', דכיון דאם מת השבוי ירד הקרוב לנכסים, אין ב"ד מטריחין תרי זימני ומורידין אותו עכשיו לנכסים, והב', דכיון שקרוב הוא ועומד לירש, ישמור יותר. וכן מבואר טעם זה הב' ברא"ש, סי' י"ב, ע"ש, ולפי פירוש זה שפיר איכא למילף הא דמורידין קרוב בנכסי שבו משומר, דדוקא בו אפשר לסמוך שישמור היטב, ומאחר דלפינן דמורידין מסתברא דהיינו דווקא קרוב.

ונפ"מ בין ב' המהלכים, דלדעת הרשב"א והראב"ד, אם אך ימחול היורש שפיר אפשר להעמיד רחוק, ואילו להריטב"א אכתי איתנהו לב' הני טעמי. וכן נפ"מ לכאורה היכא דיעמיד אפוטרוס על הרחוק שישמור הנכסים יפה, דבזה י"ל דלטעם הב' דהריטב"א יש להעמיד רחוק, ואילו להראב"ד, וכן לטעמו הא' של הריטב"א, אכתי צריך להעמיד קרוב, וז"פ.

והנה מאי דהוה בעינן למילף בסוגיין הא דמורידין מדינא דרשב"ג, יש לעיין בזה, דבשלמא אי נימא דמאי דצריך למכור הוא מדיני השבת אבידה, שפיר מצינו למילף מהתם דמורידין לנכסי שבו, דכמו דבא לב"ד ובי"ד מוכרין אותו אף דאין עצם החפצא אבוד, משום דהולך ונפסד, כמו כן יורידו ב"ד אדם לנכסי שבו, וכמשי"כ בריטב"א החדשים, אכן אי מאי דמוכר הוא זה מדיני שמירה, צ"ב לכאורה מה שייך דבר זה להא דמורידין, הא דמתני' מאי דיכול השומר למכור היינו משום דבכלל השמירה הוא וכאילו על דעת כן הפקיד המפקיד אצלו.

אכן הדבר פשוט הוא ע"פ משי"כ לעיל דאף לצד זה דמחויבי השמירה הוא, מ"מ תחילת דינו הוא מדין השבת אבידה, כדאיתא להדיא במתני', דבעצם אין דבר זה בכלל השמירה, דמעיקר דינו אין שמירה מחיבת אלא לשמור שלא יוזק מבחוץ על ידי פשיעתו, אבל היזק טבעי אינו בכלל חיובו, רק דכיון דקבעו חז"ל דהוי משום הפסידו כמין השבת אבידה קבעוהו בכלל חיוב השמירה. אשר לפ"ז אתי שפיר, דמהאי טעמא כגופא דנחתו חז"ל לכלול מכירת החפץ בכלל חיוב השמירה משום דהוי כמין השבת אבידה, מהאי טעמא גופא הוא דאמרו דמורידין קרוב בנכסי שבו, וז"פ.

קיד) אתמר שבו שנשבה רב אמר אין מורידין קרוב לנכסיו ושמואל אמר מורידין קרוב לנכסיו - עי' חידושי הרמב"ן בשם הראב"ד דכתב דבאמת ברחוק לא פליגי דמעמידין אותו בתורת אריס לשליש וכדומה, ולא נחלקו אלא אי מורידין קרוב, דס"ל

לשמואל דכיון דנתנו לו שליש כאריס שפיר ישמרנו יפה ואילו רב ס"ל דבמאי דיתנו לו שליש יבוא לזלזל, כי סבר דהכל ידידי הוא ובזיון הוא לו שלא לקבל אלא שליש, ולהכי מורידין דווקא רחוק לאריסות ולא קרוב, ע"כ תו"ד. ונראה פשוט דדברי הראב"ד אלו ודברי הראב"ד שהביא הרשב"א הנ"ל דמעלת הקרוב ומאי דמורידין דווקא קרוב היינו משום דאית לי זכות טענה, ב' דברים אלו עולים בקנה אחד. ומהלך הדברים, דהנה סברת שמואל דשפיר שומר הקרוב, לא מסתבר כלל דס"ל דהקרוב שומר יותר מן הרחוק, דא"כ היין סברות רב ושמואל סברות הפוכות ממש, אע"כ דפליג שמואל ארב וס"ל דכמו דעל ידי אריסות שומר רחוק יפה, ה"ה בקרוב. אשר לפ"ז צ"ב לכאורה דכיון דליכא שום נפ"מ בין רחוק לבין קרוב אמאי מורידין קרוב דווקא. אשר זהו דכתב הראב"ד דמאי דמורידין קרוב דווקא היינו משום דאית לי להקרוב זכות טענה. ואף רב היה מודה בזה דאית לי להקרוב זכות טענה, אכן זה אינו אלא היכא דשון הן באיכות שמריתן, אך לרב הרי בקרוב חיישנן שמא יפסיד, וכיון דהרחוק שומר יותר מהקרוב שוב לית לי להקרוב טענה, דהא סו"ס מה דמורידין בכה"ג היינו לטובת השבוי, ולשמואל דשומר כמו הרחוק שפיר אית לי דמורידין דווקא קרוב מטעם הנ"ל. (ולכאורה מאי דמודה רב היכא דשמעו אין זה משום דבכה"ג שומר יותר, דהא עד כמה שחושב שהוא שלו ואינו מקבל אלא כאריס הרי לא משתלם לי, אלא היינו משום דבכה"ג לענין להורידו לפירות הוה כבעלים. ואשר לפ"ז יצא לכאורה בדעת הראב"ד דבשמעו אין מוציאין אפי' היכא דעזב מרצונו, ויש לדחוק.)

קידן **תוד"ה בששמעו בו שמת וכו'** - אלא ששמעו היינו בקול ועד אחד. ואין מבואר מדברי התוס' אי ר"ל דבעינן לתרוייהו או דסגי בקול או בעד אחד. ועי' תוס' ר"פ דמייירי בחד מתרוייהו, וכן איתא בריטב"א החדשים, ע"ש. ובתוס' הרא"ש כתב דעד אחד לאו כלום הוא ומייירי בקול. אכן יעויין בדברי התוס' ביבמות קט"ז ע"ב שכתבו דמייירי דווקא בעד אחד ולא בקול.

ולכאורה י"ל דתליא הך פלוגתא אי עד אחד גרוע מקול או עדיף מקול בדין עד אחד לגבי ממון, דאי נימא דגדר עד אחד בממון הוא כלשון הרשב"א פ"ק דכתובות דף י"א דאין דבר שבממון פחות משנים, ביאורו כמו גבי דבר שבערוה דאמרין כן, וכבר דקדק מו"ר זצ"ל מהאי לישנא דר"ל דשפיר אית לי נאמנות אלא דלא סגי בנאמנות זה לענין דבר שבערוה, וא"כ ה"ה גבי ממון, וכיון דשפיר אית לי נאמנות ודאי דנימא דעדיפא מקול. אכן הרא"ש ס"ל דלבר משבועה לית לי לעי"א גבי ממון נאמנות כלל, אשר ממילא ס"ל דעדיף קול מעי"א.

ולכאורה יש בדברי התוס' מקום עיון ממש"כ התוס' בב"ב דף ל"ב ע"א דעד אחד גרוע מקול, והוא דלא דבריהם ביבמות, וצ"ע.

והנה ע"ש בדברי התוס' ביבמות דלא שמעו פירושו דהיה קול, דבלא כלום האין אמרו דמורידין. ומדברי התוס' בסוגיין (אי נפרשם דשמעו ר"ל או ע"א או קול) וכן מדברי ר"פ והריטב"א הנ"ל מבואר דלא שמעו בלא כלום, וצ"ב במאי פליגי.

ולכאורה אפשר לומר דתליא דמה שנחלקו הראשונים בגדר מאי דמורידין לקרוב ולא לרחוק, דהריטב"א כתב דהיינו מצד עצם מאי דמורידין, דכיון דסובר הקרוב שעומד לירש ישמר היטב, או משום דכיון דהוא יירש אמאי יורידו אחר ושוב יצטרכו להוציאו ולהוריד את היורש. אכן הרשב"א הביא בשם הראב"ד דמאי דמורידין קרוב ולא רחוק היינו משום דאית לי להקרוב זכות טענה דאם ימות השבוי הרי הוא יירש, ומפאת זה מורידין אותו ולא אחר. והנה לשטת הריטב"א דמאי דבעינן קרוב דווקא הוא מצד עצם הדין דמורידין, י"ל דליכא מעלה זו אלא אם כן איכא עכ"פ קול או הוכחה אחרת שמת, דמפאת זה הוא שיעבוד הקרוב בשדה כבשלו וישמרנה יפה. אבל

בלא שמעו כלל וכלל, ליתא למעלה זו ושוב ליתא לעיקר דינא דמורידין, אשר זהו דהקשו התוס' ביבמות דאי בלא שמעו כלל אמאי מורידין לשמואל. איברא דהריטב"א גופי' ס"ל דשמעו דסוגיין פירושו או עד אחד או קול, וע"כ דלא שמעו היינו לא שמעו שמת כלל, הא קמן דס"ל דאפי' בכה"ג כיון שספק הוא שמא מת שפיר ישמור יותר, אך עכ"פ לדברי התוס' שפיר י"ל כן. וכן מבואר לכאורה מדברי התוס' דמורידין דווקא קרוב, דכתבו דבלא שמעו כלל אמאי מורידין, ואי בעצם הוה מורידין רחוק אי לאו טעם צדדי, אמאי לא יהיה דין מורידין כלל היכא דלא שמעו כלל, הרי לגבי רחוק ליכא שום נפ"מ בזה. והיה אפשר לומר דבלא שמעו כלל ליכא מעלה בקרוב ושוב נוריד רחוק כמו קרוב, אכן מלשון התוס' לא משמע הכן, אלא דלא היה דין מורידין כלל, אשר מוכח מזה כנ"ל, דכל דינא דמורידין אינו אלא בקרוב. ואילו בדברי הריטב"א מבואר דהיכא דליכא קרוב מורידין רחוק, ודלא כדברי התוס'. אכן בגוף המעלה דקרוב על רחוק שפיר ס"ל להתוס' כהריטב"א, דאילו ע"ד הראב"ד, דמאי דמורידין קרוב דווקא הוא משום דאית לי להקרוב זכות טענה, וכנ"ל, זכות טענה זו אית לי אפי' אי לא שמעו כלל דסו"ס אי ימות הרי הוא יירש, ואילו מצד עצם מאי דמורידין לטובת השבוי, הרי סגי במאי דהרחוק יעשה, ולגבי רחוק ליכא נפ"מ כלל אי מת או לא מת. אשר זהו דס"ל להני ראשונים בסוגיין דמייירי לא שמעו בלא שמעו כלום. (או אפשר דס"ל כהריטב"א ממש, וכנ"ל.)

קידן **רש"י ד"ה כיון דאמר מר** - אם יבאו הבעלים שמין לזה חלקו בכל שנה שעבד בה כמנהג אריסי העיר וכו' - מבואר לכאורה מדבריו דמאי דשמין לי כאריס אין פירושו דמודדין לו מדי שנה כאריס, אלא דזוכה בהכל, רק דאם יבאו בעלים קודם שיאכל מחזיר להם ולית לי אלא כאריס, וכ"ה דעת הרמב"ם בזה. ועי' לקמן ל"ט ע"א ד"ה שמין להם כאריס שכתב נמי הכי, אכן צ"ב ממש"כ בד"ה דאילו התם זרין ונשכרת דמבואר לכאורה דלית לי מתחילה אלא כאריס, וכבר עמד בזה בב"ח חו"מ סי' רפ"ה, ע"ש. ועי' לקמן אות קכ"ב מה שנכתוב בזה, בעזהשיית.

קכ **היורד לנכסי רטושים מוציאין אותו מידו** - עי' תוס' הרא"ש שכתב, וז"ל: ונראה דבשמעו בו שמת אין חילוק בין יצא לדעת ליצא שלא לדעת, עכ"ל. אכן יעויין בחידושי הרמב"ם שכתב, וז"ל: רטושין דמדעתן אע"פ ששמעו בהן שמתו מוציאין מידם שאין הקרובים נכנסים לנחלה אלא בעדות גמורה וכו', עכ"ל, ע"ש כל דבריו. וכן מבואר גם מדברי הרמב"ם פ"ז מהל' נחלות ה"ד, ע"ש בראב"ד שהשיג עליו ובדברי המ"מ. ולכאורה מסתבר כדברי הרמב"ם ודעמי', דהא טעמא דרטושים כתב רש"י דכיון דהלכו בעלים מדעתם ולא ציוו להעמד קרובים בתוכה שמע מינה דלא ניחא לי, וא"כ מאי מהני מאי דשמעו שמת, הא סו"ס אינו רוצה שיעמיד קרוביו בנכסיו.

ונראה בבאיור הדברים, דיש לפרש מאי דמורידין היכא דשמעו שמת בב' אופנים, די"ל הריטב"א הנ"ל דמאי דמורידין קרוב הוא משום דהשדה נשמר יותר על ידו מעל ידי קרוב מכיון שחושב שהוא יורש אותה, אשר לפ"ז נראה דאפי' רב דס"ל שיפסיד מודה דהיכא ששמעו שמת שפיר חושב שיירש ושומר יפה, וא"כ נראה פשוט דזהו דווקא היכא דאמדינן דרוצה הבעלים שיורידו קרוביו, אבל ברטושים שמת שיהיה רצה, ליכא מעלה כלל במה ששמעו, אשר זהו דעת הרמב"ם והרמב"ם ודעמי'. אכן יש לפרש באופן אחר, דמאי דמודה רב דהיכא דשמעו שמת מורידין היינו משום דאף דמצד השבוי אין מורידין שמא יפסיד, מ"מ היכא דשמעו שמת, אף דאכתי ליכא ראייה ברורה על כך, מ"מ לענין זה סגי בהוכחה שמת שיהיה לו להיורש זכות טענה שיורידוהו וכן מבואר להדיא בלשון הרשב"א שכתב דמאי דאמרין דמורידין יורש זהו דווקא היכא דליכא אחר דבעי למיחת בו בתורת אפטרופסות, אבל היכא דאיכא הרוצה לירד בתורת אפטרופסות לא, אך אין זה אלא היכא דלא שמעו

שמת, אך היכא דשמעו שמת מורידין היום, "דכיון ששמעו בו שמת כיוורש ממש חשבינן ליי". אשר לפי שפיר כתב הרא"ש דאם שמעו שמת אף ברטושים מורידין אותו, ודוק.

קכא) תוד"ה היורד לנכסי שבוי וכו' - אלא אגב דתנא בסיפא בנטושים מוציאין וכו' - ע"י ברשב"א שהביא ב"אי נמי" פ"י אחר, דנקט דיעבד לחידושא, דאף שירד בלא ב"ד מ"מ אין מוציאין אותו. והחידוש בזה, דאנן בתורת אריס מורידין, ואילו כשירדו מעצמן, בתורת יורשים ירדו, ומ"מ אין מוציאין אותו.

ל"ט ע"א

קכב) רש"י ד"ה שמין להם כאריס - אם יבאו הבעלים יטלו אלו בשבח קרקעות ופירות כמנהג אריסי המקום - מבואר לכאורה מדבריו כמו שדקדקנו לעיל ל"ח ע"ב ד"ה כיון דאמר מר, דכשאוכל אוכל הכל, רק דכשבאים הבעלים משלם לו ולית לי אלא כמו שיש לאריסי המקום ההוא. וכן ס"ל להרמב"ם, ע"י רשב"א, וכן הבינו הרא"ש והריטב"א בריטב"א החדשים בדעת רש"י. אכן ממש"כ בד"ה דאילו התם זרין ונשכר, וז"ל בא"ד: אבל הכא דלא שמעו שמת לאו אדעתא דכולה נחית, אלא ליטול כאריס בכל שנה ושאר פירות יהא מונחין, עכ"ל, מבואר לכאורה דלית לי כל שנה ושנה אלא כאריס, וכן הבינו הרשב"א והטור בסי' רפ"ה בדעת רש"י, וכבר עמד על סתירת דבריו בב"ח חו"מ רפ"ה, ע"ש.

והנה במה שפירש רש"י דשמין כאריס עלה גם על הפירות, הקשה בריטב"א החדשים דא"כ מה מקשינן אלימא אשבוין השתא זרין ונשכר הוה מאי דאשכח מיבעיא, דמשמע דליכא סתירה ביניהם אלא דאין מה דלוקח כאריס חידוש, הרי לדעת רש"י סתור ב' הני דינים אהדדי, דבמה שהוא זרין ונשכר הרי נוטל כל מה שאכל עד אז, ואילו למאי דשמין כאריס הרי לית לי אלא כאריס.

ולכאורה מבוארים הדברים להדיא בדברי רש"י, דהא לעיל בע"ב כששמעו כתב להדיא דיאכל הכל עד שיבואו הבעלים, ואילו מה שנשאר ולא אכל עד שבאו בעלים, משלם בזה כאריס. אשר לפי זה אתיין לכאורה דברי הגמ' שפיר כפשטן, דבשבוי שפיר משכח מאי דנוטל כאריס, והיינו בפירות שנשארו כשבאו הבעלים, ולא הקשו אלא דדבר פשוט הוא שיש לו במה שנשאר לכה"פ כמו אריס. ויסוד הק"ו, דאי חזנין שנתנו לו אפי' לזכות בזמן שממשמש ובא, הרי שמה שהוא שם ברשות הוא ויש לו מצד זה זכות ממון, א"כ ודאי דגם שבאו בעלים אית לי זכות בהפירות לכה"פ כאריס. ובה חלוק הוא דין כאריס דגבי שבוי ששמעו שמת מדין כאריס דבנטושים, דבשבוי ששמו שמת אית לי כל הפירות שיאכל עד שיגיעו בעלים, ואילו בנטושים לית לי כלל אלא כאריס. הנפ"מ ביניהם, דהיכא דשמעו שמת, נותנים להיורש זכות כאילו הוא באמת יורש (וכ"כ בחידושי הרשב"א בביאור השיטה הסוברת דלעולם נותנין לו הכל וכשחזרו הבעלים משלם לו, ע"ש) עד שיבואו הבעלים, משא"כ היכא דלא שמעו שמת, אין להו במה שמורידין אותם זכות של יורש, ולהכי אינן מקבלים אלא כאריס. וכן מדויק מדברי רש"י לעיל ל"ח ע"ב ד"ה בשמיעו, שכתב בסוף דבריו דאם יבאו עדים שמת השבוי ירש הכל, דמשמע מזה דודאי מה שהיה לו עד עתה גם זה מדין ירושה, וכמשנ"ת, אלא שאכתי לא ירש הכל, דהרי אם יבואו בעלים שוב אינו אלא כאריס, ורק עכשיו ידיענין שמת השבוי, הוא דירש הכל. וכן מבואר שהבינו התוס' בדעת רש"י, ע"י תוד"ה וכולם, ולהכי לא הקשו כלל קושיית הריטב"א הנ"ל.

העולה מזה, דדין כאריס דבשמעו אינו אלא היכא דכבר חזרו הבעלים, דקודם לכן הרי הוא אוכל כיוורש, ואילו בנטושים מריש אין זכותו בזה אלא מדין אריס. אשר לפי' ליכא סתירה לדברי רש"י ד"ה דאילו התם זרין ונשכר מדבריו בד"ה שמין להם כאריס, דמש"כ שאם יבואו בעלים היינו משום דאכתי הוה ס"ד דחידוש הברייתא נאמר לענין שבוי ששמעו שמת, והתם ע"כ דהוא כן, וכנ"ל. אכן אכתי יקשה מדברי רש"י לעיל בעמוד הקודם ד"ה כיון דאמר מר דמייירי בלא שמעו ומ"מ כתב דלא הוי כאריס אלא כד אתיין הבעלים, וכנ"ל.

ויעיין בב"ח חו"מ רפ"ה שכתב ליישב דברי רש"י בין לשיטת הרשב"א והטור בדבריו בין לשיטת הרא"ש, דבשיטת הטור כתב דודאי עיקר הדין דשמין לו כאריס הוא דבכל שנה אינו לוקח אלא כאריס, "אלא דס"ל לרש"י דבכלל שמין להם כאריס הוי נמי אם לא הניח חלק הבעלים אז כשיבואו הבעלים לבסוף מחשבין עמהם וכו'". הדברים לכאורה צ"ב, דמה חידוש הוא זה, ההא פשיטא דאם אוכל מה שאינו שלו דחייב לשלם. אך נראה בביאור דברי הב"ח, והעריני לזה ב"א, דבאמת הרי מאי דשיימין לי כאריס הוא זה מתקנת חכמים, כדמבואר לקמן בסוגיין, והיה מקום לומר דלא תקנו לו זכות זה אלא היכא דאינו נוטל אלא חלק האריס, אבל כשלוקח הכל הרי מראה שלא מדין אריס אתי עלה, ובכה"ג לא תקנו לי' דין אריס כלל והיה בדין שכשיבואו הבעלים יחזיר להם הכל, לזה כתב רש"י דאף בכה"ג בכלל שמין לי' כאריס הוא, ודוק.

ולדעת הרא"ש ע"ש בב"ח שכתב דמש"כ דנחית אדעתא דבכל שנה ושנה יאכל כאריס והשאר יהיו מונחים אין ר"ל דבכל שנה אינו אוכל אלא כאריס ותו לא, אלא דנחית אדעתא דהכי דדידי' לא הוי (אם יבואו בעלים) אלא כאריס, והשאר לבעלים הם, ומש"כ יהיו מונחים לאו דווקא הוא, ע"ש.

קכג) תוד"ה וכולם - וקשה דאמאי משני לעיל לירד ולמכור תנן וכו' - ובתוס' הרא"ש כתב ליישב ע"פ מאי דס"ל דלרש"י שפיר אוכל הכל אלא דכד יבואו בעלים מחזיר להם, אשר לפי' כיון דעכשיו עכ"פ שפיר אוכל דכיוורש (כמבואר בד"ה זו ברשב"א הנ"ל) הוא, א"א לומר דלאכילה תנן, וכן שפיר הקשו ממאי דבניהם כלל לא, דהא מה שאוכל עכשיו הכל מדין בן הוא ולא מדין אריס, רק כשחזרו הבעלים למפרע הוי בתורת אריס.

קכד) תוד"ה וכולם וכו' - ועוד מאי פריך מהמוציא הוצאות וכו' - והנה כתב רש"י בד"ה הא לא דמיא, וז"ל: תרצא הוא דנכסי שבויין להא דאשתו קטנה דמי, עכ"ל, הרי מבואר מדבריו דהקושי' היתה על דין שבויין ולא על דין נטושים, אשר לפי' ליתא לקושיית התוס' דהא בשבויין זכות היורש באכילת פירות הוא מדין בעלות דיוורש, אשר ממילא שפיר הוי כבעל בנכסי אשתו על כן שפיר הקשו, וכ"כ במיוחסים להריטב"א ליישב דברי רש"י, ע"ש.

קכה) תוד"ה וכולם וכו' - כדן קרוב היורד לנכסי שבוי - מבואר מדבריהם דבשבוי ששמעו שמת אינו גובה בהוצאות כלום, ולא נאמר בו דין כאריס כלל. והוא לכאורה דלא כדאיתא להדיא בש"ס, השתא זרין ונשכר הוה מאי דאשכח מיבעיא, דמבואר להדיא דאיכא בשבוי דין שמין כאריס. וכבר עמד בזה ברא"ש וכתב דלא אמרו כן אלא קודם שידעו דטעמא דשמין כאריס הוא משום דלא סמכא דעת' וכדי דלא לפסדינהו, אך מאחר דחידשו סברא זו פשיטא דבשמעו שמת שפיר סמכא דעת'. (ואף שהתוס' כתבו כן בדברי הש"ס קודם שהקשו מהמוציא הוצאות על נכסי אשתו, צ"ל דבמה שאמרו דאינו כשבוי דבשבוי אמרינן דזרין נשכר נכלל דליכא בשבוי דינא דשמין כאריס, אלא דאכתי לא הוה ידעי טעמא דמילתא, ולהכי שפיר הקשו מהמוציא הוצאות על נכסי אשתו).

והנה התוס' כתבו בטעמא דרב ודתי"ק, דס"ל דאין שמין כאריס ולהכי שפיר חיישינן להפסד (וצ"ב

לכאורה אמאי לא תקינו כן ושפיר יהיו מורידין בכדי שלא יפסיד השבוי כדס"ל לשמואל). ונראה דכל זה ניחא לשיטת התוס' דאפי' בשבוי ליכא דין דשמין כאריס, לדידהו שפיר איכא למימר דס"ל לרב דלא מסתבר לומר דתקנו ביושר דין כאריס, ומאי דמודה בשבוי היינו מפאת הא דשמעו גרידא, ומפאת תקנה דזריז נשכר, אבל דין שמין כאריס ליכא. אכן לשיטת רש"י הרי איכא בשבוי דין שמין כאריס, ורב הרי מודה דבשבוי מורידין ודשמין כאריס, אשר מוכח מזה דאף לרב איתא לתקנה דשמין כאריס, ועי"כ דמאי דפליג רב אשמואל בנטושים לאו היינו משום דלא שיימינן ל"י כאריס, אלא דאף דשמין כאריס מ"מ אכתי חיישינן שמא יפסיד, ודלא כהתוס'.

ועיינן ברמב"ן רשב"א ור"ן דפליגי אדברי התוס' והרא"ש וס"ל כרש"י דשפיר איכא בשבוי דין דשמין כאריס, וכתבו דמאי דבנכסי אשתו ליכא דין אריס מדין מחילה נגעו בה, מה דלא שייך בשבוי כיון דאכתי לא בריא ל"י להיורש שפיר. וצ"ב לדידהו מאי פריך אנטושים מהא דהמוציא הוצאות על נכסי אשתו והוצרכו לחלק בין סמכא דעת' לבין לא סמכא דעת', הרי כמו דגבי שבויין לא שייך מחילה, כך בנטושים ליכא מחילה, וצ"ב.

ומאי דכתב הרא"ש דבשבוי סמכא דעת' ולהכי ליכא דין שמין כאריס, עי' בראשונים הנ"ל דפליגי עלי' וס"ל דאדרבה, כיון דשמע שמת אף אכתי ליכא עדים, באמת לא סמכא דעת' ולהכי הוצרכו שפיר לתקן שיהא זריז נשכר, ע"ש ודוק.

קכו) רש"י ד"ה ולוקים אפוטרופוס לעולם- שלא יטול כלום- מבואר מדבריו דמעלת האפוטרופוס הוא שאינו נוטל כסף. ועפ"ז א"ש לשיטת רש"י קושיית התוס' בד"ה וכולם וכו' דלרש"י דאין היורש נוטל אלא כאריס מאי עדיפותא דאפוטרופוס מיושר, ולהנ"ל א"ש בפשיטות, דהא אפוטרופוס אינו נוטל כלום. והתוס' שהקשו, מוכח מדבריהם דפליגי ארש"י בזה וס"ל דאף אפוטרופוס נוטל דמי אריס, והיינו משום דהאפוטרופוס הרי מביא אריס לעבוד את השדה אשר ממילא שפיר הקשו דלרש"י דאף היורש אינו נוטל בפירות אלא כאריס ליכא עדיפותא לאפוטרופוס. ולשיטת התוס' דיושר אוכל פירות לגמרי ביאור קושיית הש"ס הוא אמאי מורידין יורש שאוכל פירות לגמרי ולא מוקמינן אפוטרופוס שאינו נוטל אלא כאריס.

ועיינן בטור ריש סי' רפ"ה דמבואר פירוש אחר בקושיית הש"ס, ע"ש שכתב, וז"ל: שבוי שנשבה והניח כאן נכסים מוטל על ב"ד לשקוד בתקנתן שלא יפסידו נכסיו ואין להם רשות ליתנם לאריס שכיון שאין מי שיעיין עליו לא יכוין אלא להרבות בפירות ולא יחוש אם מפסיד הקרקע לפיכך אם יש מי שרוצה להיות אפוטרופא על הנכסים ולהשתדל בהן להעמיד עליהם אריס והוא יעיין עליהן תמיד שיעבדם כראוי אין תקנה גדולה מזו וימנו אותו אפוטרופא אבל דבר זה אינו מצוי שלא ימצאו מי שיעשה זה שאדם מתרצה להיות אפוטרופוס בשביל היתומים משום מצוה אבל לגדולים לא יעשה וכו', עכ"ל. והנה מדבריו מבואר דשפיר יש לפרש קושיית הש"ס אף כפי הנחת התוס' דאפוטרופוס נוטל דמי אריס ואף אי גם היתומים אינן נוטלים אלא כאריס, דמעלת האפוטרופוס הוא דמשגיח על האריס שיעבדם כראוי, משא"כ יתומים דליכא מאן דמשגיח עליהו.

קכז) רש"י ד"ה אפוטרופא לדיקנני לא מוקמינן- אין ב"ד טורחין לבקש אפוטרופוס לאנשים גדולים וכו'- מדויק לכאורה מדבריו דאילו בא אחד שרוצה להיות אפוטרופוס שפיר מעמידין אותו, וכ"כ בחידושי הרשב"א, וכ"ה גם בטור סי' רפ"ה, אלא דלרש"י והרשב"א מעלת האפוטרופוס הוא דלא יטול כלום, ואילו להטור הנ"ל מעלת האפוטרופוס הוא אף דנוטל דמים להביא אריס, משום דמשגיח שיעבדם כראוי, וכנ"ל.

וע"ש עוד בדברי הטור שהביא דברי הרא"ש דאפי' אם יתרצה אחד להיות אפוטרופא כיון שאינו מצוי

ואין לב"ד לבקש עליו אפי' כשימצא יכול היורש למחות שלא למנותו". ביאור דבריו, דאילו היה מצוי היו אומרים דזהו דרגת השמירה הנדרשת, ושוב לא היה להם להיורשים טענה כלל, אבל כיון דאינו מצוי, שוב אין דורשין ב"ד שמירה כזו, ולהכי שפיר אית להו להיורשים זכות טענה. ומבואר מדבריו דבעצם שפיר איתא למעלת האפוטרופוס אף לפום תי' הגמ', רק דכיון דאינו מצוי יש להם להיורשים זכות טענה.

אך יעויין בריטב"א בחדשים שכתב בשם הרמב"ן (וכ"ה עד"ז בחידושי הר"ן בשם הרא"ה, ע"ש) דירדו חכמים לסוך דעתו של אדם שלא יטרחו בנכסים כראוי, הרי שלתירוץ הגמ' לית למעלת האפוטרופוס כלל. והנה זה מתאים למש"כ הריטב"א דמעלת הקרוב הוא ששומר יותר אשר זהו דמורידין לכתחילה קרוב ולא רחוק, אשר לפי' אילו היה אפוטרופוס שומר יותר ודאי דהיו נותנים לו. אכן לשיטת הרשב"א שכתב בשם הראב"ד דמאי דמורידין קרוב ולא רחוק הוא זה משום זכות טענה דהיורש ולא מצד מעלת שמירתו, יתכן דאף דבעצם איכא מעלה לשמירת הרחוק מ"מ אית ל"י להיורש טענה, כאשר ס"ל באמת להראב"ד עצמו דלכו"י מורידין רחוק ולא נחלקו אלא בקרוב, אשר לפי' שפיר ס"ל להרשב"א דאם איכא מעלה לשמירת האפוטרופוס מצד מה שלא יטול כלום, ודאי דנותנין לו אף שאין זה מצוי, דכנגד מעלה זו לית ל"י להקרוב טענה, אבל אי לאו הכי, מצד מעלת השמירה לא הוה דינינן, דאף בכה"ג יתכן שהיה לו להקרוב זכות טענה.

קכח) וקוצר ובוצר- עי' חידושי הריטב"א החדשים שכתב בשם הרמב"ן ד"הא דתניא לעיל שאין מורידין קרוב לנכסי רטושין מילתא פסיקתא קתני דאפי' ששמעו שמת אין מורידין, אבל הרמב"ם כתב דכל ששמעו בהם שמתו מורידין להם קרוב כדן שבויין ממש ויטול כאריס ויהא זריז נשכר וכו". והוא לכאורה מדברי הרמב"ם פי' מהל' נחלות ה"י, כאשר יבואר בעזה"ש. אכן, הוספה זו "ויהא זריז נשכר" לא כתבה הרמב"ם, ויבואר לקמן בעזה"ש.

והנה כתב הרמב"ם שם ה"ד, וז"ל: שבוי שנשבה ושמעו בו שמת וירדו יורשיו לנחלה וחלקו אותה ביניהם אין מוציאין אותה מידן וכו' אבל היוצא לדעת ששמעו בו שמת וירדו יורשיו לנכסיו וחלקום מוציאין מידן עד שיביאו ראיה שמת מורישן, עכ"ל. ואילו בה"ח כתב, וז"ל: מי שיצא לדעת והניח נכסיו ואין ידוע להיכן הלך וכו' אין מורידין קרוב לנכסיו ואם ירד מסלקין אותו (כ"ה הגירסא במהדורת שבת פרנקל, אבל במהדורות הקודמות הגירסא אין מסלקין אותו) וכו', עכ"ל. ובה"י כתב, וז"ל: שמעו בו שמת וכו' ומורידין הקרוב לשדות ולכרמים ויהיה בהן כאריס עד שתבוא ראיה ברורה שמת או עד שיבוא, עכ"ל. ויש לעיין מאי שנא בה"י דמורידין את הקרוב ואילו לעיל בה"ד כתב דבשמעו שמת מוציאין מידן עד שיביאו ראיה שמת מורישן.

אכן הדבר פשוט לכאורה, וכן כתב עיקר ד"ז במ"מ, ע"ש, דבה"ד מיירי דירדו למכור, וז"ל, שירדו בתורת ירושה, וכמש"כ להדיא שירדו לנחלה, אשר בזה ס"ל דכששמעו שמת, שיש לחוש יותר שיחשבו ששלחם הוא, מוציאין אותו. אכן בה"י מיירי שירדו בתורת שמירה, ובזה שפיר אמרינן דאף שהלך מדעתו אם שמעו שמת שפיר מורידין אותו, ובלא שמעו מסלקין אותו (לגירסת מהדורת פרנקל). וביתר ביאור, עי' מ"מ ה"ד שביאר במה שבה"ד בשבוי ששמעו שמת אם ירד מעצמו אין מוציאין אותו, ואילו בה"ה כתב דשבוי אף בלא שמעו שמת כתב דמורידין לכתחילה הקרוב לקרקעות ויהא עליו כאריס, וכש"כ בשמעו שמת דודאי לא גרע, דהיינו משום דבה"ד מיירי בירדו למכור, כלומר, לחלק כיורשים- ירדו יורשיו לנכסיו וחלקום- אשר לזה ודאי דאין מורידין אותו לכתחילה, רק אם עשו כן ושמעו שמת אין מוציאין אותו, ובזה לא כתב דהוי כאריס, דמאחר ששמעו שמת והם הם היורשים מניחים הדבר כמו שעשו עד שיבוא. ובזה ודאי דמה שאכל שלו, דהרי בתורת

כמין ירושה הוא. ונראה דזהו לשיטת הרמב"ם הא דזרזו נשכר, דאילו לא היו יורדים מצד עצמן לא היה מניחין להו לחלק הכנסים כדורשים, והיו מורידים אותם רק בתורת אריסין דלא גרע מלא שמעו, רק משום שירדו ועשו כן נשכרו. ובה"ה מיירי לעבוד את השדה עבור השבוי ולא בתורת ירושה, אשר בזה מורידין לכתחילה ואפי' בדלא שמעו. וע"פ דבריו מה שכתב הרמב"ם בה"ה בברח מאליו ושמעו שמת דמורידין אותם, הוא להיות כאריס, כאשר כתב להדיא. ונראה להדיא מדבריו דלית בזה הא דזרזו נשכר כדברי הרמב"ם, דהא מתחילה מורידין אותו בתורת אריס, ומאי דזרזו נשכר אינו אלא דבשבוי אם אם שמעו שמת וירדו לחלק הכנסים אין מוציאין מידם, וכמשנ"ת. באופן דנמצא לדברי הרמב"ם דדן היוצא מדעתו ושמעו שמת שמורידין כאריס הוא כדן שבוי בע"כ שלא שמעו שמת, וכ"כ המ"מ בה"ה, ע"ש, אלא שכתב דאין לזה ראייה מדברי הש"ס. זהו הנראה להדיא מדברי הרמב"ם.

אלא דצ"ב קצת דנמצא דהך שאלה אי זרזו נשכר וחולק ומוכר כדורש או לא מיתלל תליא באי יצא בע"כ או מדעתו, ולכאורה אין זה שייך להאריך יצא, אלא באי שמעו שמת או לא שמעו שמת, ואי היכא דיצא בע"כ ושמעו שמת אין מוציאין אותו, הוא הדן והוא הטעם היכא דיצא מדעתו ושמעו שמת.

והנה מאי דמורידין היכא דשמעו שמת אף שיצא מדעתו, נראה מדקדוק לשון הרמב"ם שכתב בה"ה "ואין ביד צריכין להטפל בו ולהעמיד לו אפטרופוס וכו' שהרי לדעתו יצא והניח נכסיו", דס"ל להרמב"ם דאין הגדר ביצא מדעתו דשמעין מיני' דאינו רוצה שיורידו, אלא דליכא גילוי מצדו שיורידו, דהיכא דיצא בע"כ אמדינן דדעתו שיורידו, משא"כ היכא דיצא מדעתו, אשר ממילא גדר הדברים הוא דאין ביד נטפלין לזה ומשאירין הקרקע בלא עובד, דליכא סיבה להוריד, ואף מסלקין אותו מהאי טעמא, דהיינו, להשאיר כמו שהיה (למהדורת פרנקל, ואילו לגירסא הקודמת אתי שפיר בפשיטות דאין מתערבים, ולהכי היכא דירד מעצמו אין מסלקין אותו).

ונראה להוסיף ב' הנחות אשר לכאורה פשוטות הן, הא', דאף היכא שירדו משום ירושה יש בזה טובה לשבוי, שהרי ישמור כל אחד מהיורשים על חלקו ואף אי מכור, הכסף של בעל השדה אם חוזר. והב', דאף היכא דזרזו בתורת אריס, יש בזה מעלה ליורש, דאם יתברר שמת בעל השדה ישאר הכל אצלו. ועפ"ז יתבאר דברי הרמב"ם, דבשבוי בע"כ אשר איכא אומדנא שרוצה שיטפלו בקרקעותיו, אף בלא שמעו מורידין את הקרוב כאריס, והוא בלא דין יורש אלא מצד שמירת הקרקע גרידא, אבל היכא דשמעו שמת אית בזה משום דין יורש, ואף דאין מורידין לכתחילה למכור, מ"מ אם ירד וחלקו או מכר אין מוציאין מידו מצד דין יורש דידן. אך מה שאין מוציאין מיד היורש בכח"ג אינו אלא משום דאיכא בזה נמי תועלת לבעל השדה, כנ"ל. אכן זה אלא היכא דאיכא גילוי שרוצה שיטפלו בשדה, אבל בברח מדעתו דליכא גילוי, יתכן דאינו רוצה שיטפלו בשדה, ואף שאינו חשיב כאבידה מדעת כמו שכתבו הראשונים, ע"י רמב"ם החדשים, מ"מ ליכא גילוי שרוצה שיטפלו, אשר על כן אין מורידין אף היכא דשמעו שמת ושייך ב"י כמין ירושה, אלא היכא דלא יהיה בזה שום גריעותא לבעלים והוא שמתחילה יהיה כארוס, ואף אי ירד למכור או לחלוק מסלקין אותו, דאף דאית גם בזה תועלת לבעלים, מ"מ אינה תועלת גמורה כאריס. אכן בשבוי ששמעו שמת, הרי איכא אומדנא שרוצה שיטפלו בשדה, והיכא דאיכא אומדנא אף שירדו בתורת יורשים אין מוציאין מידו והרי זה זרזו נשכר, דהרי איכא אומדנא שיעשו לתועלת קרקעותיו, אשר ממילא אף בירדו לחלק הרי איכא תועלת ואף שאין מורידין לכתחילה בכח"ג, היכא דירדו אין מוציאין.

קכט) רש"י ד"ה אין מורידין קטן לנכסי שבוי-
דקא מפסיד להו ומוטב שיורידו להם איש נכרי-

מבואר מדבריו דהיכא דליכא קרוב מורידין רחוק, וכמש"כ להדיא בריטב"א החדשים לעיל, ודלא כמבואר מדברי הטור ריש סי' רפ"ה.

קל) תוד"ה ש"מ מדרב הונא וכו'- וקשה דבלא רב הונא כמה משניות יש שמעמדין אפטרופוס לנכסי יתומים וכו'- והנה למש"כ רש"י בד"ה ולא קרוב, וז"ל: הראוי לירש בנכסי קטן לעשות ולאכול וכו', עכ"ל, לא יקשה קושיית התוס', דמיירי הכא להורידם לעשוות ולאכול בזה היה שייך שיהא לזה שמורידין חזקה, ומדמורידין רחוק ש"מ דאין מחזיקין לקטן, אכן הני משניות הרי מיירי באפטרופוס שאינו אוכל, אשר מזה לא מוכח כלל דאין מחזיקין לקטן, דהרי כיון דאינו אוכלין לא שייך גביהו חזקה כלל, וכ"ה בתוס' שאנן בשט"מ בביאור דברי רש"י. ע"י עוד דין זה ברמ"א סי' רפ"ה ס"ז שפסק בשם תשו' הרשב"א דשפיר מעמידין אפטרופוס קרוב על נכסי קטן, והוא כנ"ל דבחנם ליכא חשש חזקה.

ומדברי התוס' שהקשו מבואר שפירשו דרב הונא מיירי בהורדתם בתורת אפטרופוס, וכ"ה להדיא בתוס' הרא"ש, ע"ש. (ולשיטת התוס' לעיל דאפטרופוס אף הוא אינו עושה בחנם אלא מעמיד אריס, י"ל דאף באפטרופוס שייך שיהא לאפטרופוס חזקה על ידי אכילת האריס הבא מכחו).

קלא) תוד"ה ש"מ מדרב הונא וכו'- וע"כ היכי מוכח מדרב הונא דאין מחזיקין ללמא אי טוען שני חזקה תועיל וכו' דע"כ כיון דמורידין א"כ יש לו דעת לומר הבא עדים שלקחת מאבי וכו'- יסוד קושיית התוס' נבנה אמאי דמוכח מהא דמורידין רחוק דע"כ יש להם לקטנן דעת לומר הבא עדים וכו', ע"י מהר"ם שהוכחת התוס' היא ממאי דאף אי אין מחזיקין בנכסי קטן לא היה לנו להוריד כיון דיש לחוש שיאמינו הקטנים להיורד שזהו חלקו, אע"כ דיש להם דעת לתבוע ראייה דהוא קנה.

והנה יעויין בחידושי הרשב"א שכתב דהא ודאי דאף אם היה הקטן יודע למחות מ"מ לא היה חזקה, והוא מתרי טעמי, חדא דלא נשתנה קרוב מרחוק דאין מחזיקין לקטן, וב', דיוורש הוא כשותף ושותפין אין להם חזקה זה בזה, אלא ר"ל דבקרב לא יאמרו השכנים לאחר שיגדל שהוא שלו, שיחשבו שהוא חלק הקרוב היורד, אך ברחוק שפיר יאמרו לו אחר שיגדל. ולדבריו ליתא לקושיית התוס', דהא יסוד ראייתם ממאי דמורידין רחוק ואין חוששין שלא יאמר הקטן כלום, אשר מזה מוכח דיש להם דעת למחות, ואילו לדברי הרשב"א הרי באמת אין בהם דעת, ומאי דמורידין רחוק ולא חיישינן שלא ידעו כלל שהיה של אביהם היינו משום שיאמרו לו השכנים כשיגדל, אשר שוב ליתא לקושיית התוס', דמאי דמהני ד"ז אינו אלא משום דבזמן שהוא קטן לית ל' להיורד חזקה משום דאין מחזיקין לקטן, אבל אילו היו מחזיקין לקטן שפיר היה לו להיורד חזקה בזמן שהוא קטן ותו לא הוה מהני מאי דאומרים לו כשיגדל. והתוס' שהקשו ע"כ דפליגי איסוד דברי הרשב"א, וז"פ.

והעיר לי ב"א בדברי הרשב"א, דלמש"כ דבהורידו רחוק לנכסי קטן יאמרו לו הוראים לאחר שיגדיל שהוא שלו, מה ראייה איכא מדרב הונא דאין מחזיקין בנכסי קטן אפי' כשיגדיל, הא י"ל דשפיר מחזיקין, ומה שמורידין הוא משום דלאחר שיגדיל ודאי ימחה כי יאמרו לו. ואפשר היה לומר ע"פ שיטת הרמב"ם פ"ד מהל' טו"נ ה"ז דהא דאין מחזיקין בנכסי קטן אינו אלא היכא דהחזיק שנה אחת קודם שהגדיל וב' שנים אחר שהגדיל, אבל אם החזיק ג"ש אחר שהחזיק שפיר הוי חזקתו חזקה, ועוד נבאר הדברים לקמן, בעזה"ש, אשר לפ"ז היה אפשר לומר דהיכא דהחזיק שנה אחת כשהיה עדיין קטן לא הוה מהני מה שיאמרו לו משהגדיל, דלא ימחה א"כ החזיק ג"ש אחר שהגדיל, וכמש"כ המ"מ שם, אשר מזה שפיר מוכח דאין מחזיקין בנכסי קטן. אכן יעויין בחידושי הרמב"ם החדשים דס"ל כדברי הרשב"א הנ"ל, ומ"מ כתב להדיא דלא כשיטת הרמב"ם אלא

כשיטת רש"י דאף היכא דהחזיק ג"ש אחר שהגדיל אמרינן דאין מחזיקין בנכסי קטן, אשר לפי דבריו הדר צ"ב כ"ל האיד מוכח ד"ז מדרב הונא. וצ"ל גם בדברי הרשב"א על דרך התוס', דנהי דיועיל מה שיאמרו לו שלא יקבל מה שאומר לו הנכרי שהוא שלו ויתבעהו שיביא עדים, מ"מ אחר ג"ש לא היה מוחה, אשר ממילא ממאי דמורידין אותו מוכח דאף משהגדיל אין מחזיקין בנכסי קטן, ופשוט.

ל"ט ע"ב

קלב) תוד"ה ש"מ מדרב הונא וכו' - וי"ל דגבי קרוב סבור שאומר אמת וכו' - ע"י מהר"ם שהקשה דלפ"ז לכאורה הדרא קושיית התוס' לדוכתה, דשוב אי אפשר לומר דמדחישי רב הונא גבי קרוב ניוחש נמי גבי רחוק, דדווקא גבי קרוב הוא דאיכא למיחש כיון דסבור שאומר אמת וכו', ע"ש שביאר דהך סברא מהניא לחלק בין מה דבקרוב לא יאמר לו מתחילה להביא עדים שזהו חלקו בעוד שברחוק יאמר כן, אשר מהאי טעמא הוא דאין מורידין קרוב ואילו רחוק מורידין, אבל שוין הם קרוב מתחילה לרחוק בכל ג' וג', ואי חזינן מדרב הונא דבקרוב חיישינן שלא יאמר לו להביא עדים, כמו כן ניוחש גבי רחוק דלאחר כל ג' וג' לא ימחה, ע"כ תו"ד, ע"ש. וטעמא דמילתא, נראה פשוט דהיינו משום דכמו דגבי קרוב אמרינן שלא יאמר לו להביא עדים משום דס"ל דכן הוא כמו שאומר, כמו כן ברחוק אחר שהיה שם ג"ש חושב שבאמת כן הוא כדבריו שלקח מאביו ושוב לא ימחה.

קלג) תוד"ה לא עביד עיטא וכו' - ע"י חידושי הרשב"א שביאר ס"ד ומסקנת הש"ס ע"פ פירוש לעיל דמה דאין מורידין קרוב הוא משום שלא יאמרו לו העולם אחר שהגדיל וכו', והכא הוה ס"ד דכיון דאיכא קול לשטר החלוקה שפיר ידעו ושפיר יאמרו לו, ומסקינן דנהי דאיכא קול לשטר החלוקה, מ"מ לא ידעו לאחר זמן איזה חלק לקחו כל אחד מהם, ע"ש. ולדבריו לא יקשה קושיית התוס', דנהי דאיכא קול, כדמבאר בחזקת הבתים, מ"מ ליכא קול איזה חלק נטל כל אחד מהם, וז"פ.

קלד) אין מחזיקין בנכסי קטן ואפי' הגדיל - ע"י רש"י, דאפי' החזיק ג"ש אחר שהגדיל לא הוי חזקה כיון דבתחילת ירידתו לתוכה היה קטן. אכן יעויין ברמב"ם פ"ד מהל' טו"י ה"ז שכתב, וז"ל: אין מחזיקין בנכסי קטן אפי' הגדיל כיצד אכלה בפניו כשהוא קטן שנה אחת ושנים אחת שהגדיל וטען אתה מכרת לי אתה נתת לי אין זה כלום עד שיאכל אותה שלש שנים רצופות אחר שהגדיל, עכ"ל. והשיג הראב"ד, וז"ל: א"א אינו כן אלא אפי' ג"ש אחר שהגדיל אינה חזקה וכן נראה מן הגמ', עכ"ל, ע"ש במ"מ ובלח"מ.

מש"כ הראב"ד דכן נראה מן הגמ', ע"י לח"מ שהביא דברי הרשב"א בסי' ע"א דמעצם מאי דמורידין רחוק לנכסי קטן ולא חיישינן שמא יחזיק בנכסיו וישתכח הדבר שבי"ד הורידוהו מוכח הכי, דאי מועילה חזקה שהחזיק ג' שנים אחר שהגדיל, אמאי מורידין ולא חיישינן לכך, ע"ש שכתב דמ"מ אתיין שפיר דברי הרמב"ם דאין ראייה זו מוכרחת, ד"ל דשפיר מהני חזקת ג' שנים אחר שהגדיל, דדייק ושאל בנכסי אביו וכשיגידו לו נכסי אביו אין מניח לו שלש שנים אחר שהגדיל דשנה אחת או שנים אחת אחר שהגדיל מניח לו מפני שנראה לו שעדיין לא החזיק אבל ג"ש אחר שהגדיל ודאי שהגין עם המזחיק.

(ויש מקום עיון בדבריו שכתב שטוען אתה מכרת לי אתה נתת לי, דכיון דמייירי שהחזיק שנה אחת בעודו קטן, האיד שייך שקנה ממנו או קבל ממנו במתנה, הרי אין הקנאת קטן כלום, ע"י באחרונים מש"כ בזה, ואכמ"ל).

ובביאור עצם פלוגתא דהרמב"ם והראשונים בהחזיק ג' שנים אחר שהגדיל אי הוי חזקה נראה דנחלקו ביסוד הגדר דחשקה, והדברים עתיקים, דהרמב"ם ס"ל דיסוד חזקה הוי כמין מוחזקות, ז"א, דכמו דבמטלטלין אמרינן דכל מה שתחת ידיו של אדם שלו הוא, כמו כן לענין קרקע אף דלא אמרינן כן מצד עצם

מה שנמצא בו, מ"מ חזקת ג"ש עושהו למוחזק, ודין מחאה יסודו דעל ידי מחאה יכול לשבור את החזקה, והיכא דלא היה שייך למחות ליכא חזקה. אשר לפ"ז י"ל דהכא הרי שפיר שייך שימחה היכא דהחזיק ג"ש אחר שהגדיל, כאשר כתב המ"מ, דמה"ט ליכא הוכחה נגד הרמב"ם מסוגיין, ע"ש, אשר ממילא כיון דשפיר הוי חזקתו חזקה ולא מסתפקינן אלא אי היה יכול למחות, כיון דליכא חסרון מצד עצם חזקתו על הקטן שהגדיל להביא ראייה. אכן אי נימא ע"ד שכתב הרמב"ם בחזקת הבתים דלעולם ליכא דין מוחזק בקרקע ואף לאחר ג"ש, וכל יסוד דינא דחזקה אינו אלא דאי- מחאתו מהוה ראייה, עד כמה דלא ידעינן בדדאי שהיה יודע למחות ליתא לראיה ואין חזקתו חזקה. (שו"ר שכתב עד"ז בשו"ת דגל ראובן ח"ב סי' מ"ז, ע"ש).

קלה) רבא אמר מיגו דמוקמינן אפטרופא לפלגא וכו' - ע"י חידושי הריטב"א החדשים שכתב, וז"ל: כלומר בתורת ינוקא דכיון דלא הוברר חלקו של קטן בכל חד וחד אפשר לאחותי בתורת קטן וליכא אפטרופא לדיקנני כלל וכו', עכ"ל. וברא"ש כתב באופן אחר, וז"ל בא"ד: ואע"ג דבעלמא אין מוטל על ב"ד להעמיד אפטרופוס לתקנת השבוי הכא שהיה מוטל על ב"ד לטרוח ולהעמיד אפטרופוס לתועלת חלק הראוי לקטן יוסיפו מעט טורח ויעמידו אפטרופוס לכל נכסי השבוי לתועלת השבוי, עכ"ל, ולא כתב כלל הך מילתא דליכא אפטרופא לדיקנני כלל כמש"כ הריטב"א.

ופשוט לכאורה דלשיטתייהו אזלי, דבמאי דאיתא לעיל דאפטרופא לדיקנני לא מוקמינן ס"ל בין להרא"ש בין להריטב"א דאף אי יבוא אפטרופוס לא מוקמינן לי, אכן כתבו בזה ב' טעמים אחרים, דהריטב"א כתב דה"ט משום דירדו חכמים לסוף דעתו של אדם דלא ישמור יפה אלא לקטן ולא לגדול, ואילו הרא"ש, הובאו דבריו בטור חו"מ סי' רפ"ה, כתב דה"ט משום דכיון דאין הדבר מצוי למצוא אפטרופוס לגדול שוב אית לי לקרוב טענה שוורידו אותו, ולעיל ביארנו דבריו. והנה למש"כ הריטב"א דאם אך אינו אפטרופוס של קטן אינו שומר יפה, ע"כ דהכא חשיב על הכל כאילו הוא אפטרופוס של קטן, אשר זהו דכתב הריטב"א דכיון דכל חלק שייך שיהיה של הקטן הוי כאילו על הכל הוא אפטרופוס של קטן. אכן הרא"ש הרי ס"ל דבעצם שפיר שומר יפה אף לגדול, אלא דכיון דאין הדבר מצוי אין ב"ד מחפשים ומטריחים למצוא דרגת שמירה זו, אבל הכא כיון דכבר טרחו על החצי מחמת טובתו של הקטן היורש שפיר תובעים דרגת שמירה כזו, ושוב מוסיפין וטורחים למצוא אפטרופוס להכל, וכמש"כ הרא"ש, ודוק.

והנה בב"י שם כתב דמה שהביא הטור מדברי הרא"ש אינו בהרא"ש שלנו והרא"ש בהלכה ס"ל באמת על דרך הרשב"א דמה דאפטרופא לדיקנני לא מוקמינן אינו אלא דאין מטריחין. אשר לפי דברי אתיין נמי דברי הרא"ש שפיר היטב לשיטתו כפשוטו, דבעלמא מאי דלא מוקמינן הרי היינו משום דטירחא הוא, אבל בנ"ד שאינו טירחא כ"כ כמש"כ הרא"ש להדיא שפיר מוקמינן.

וע"י חידושי הרשב"א לעיל ל"ח ע"ב שכתב דאי מוצאים אפטרופוס ודאי דמוקמינן לי, והביא ראייה מדברי רבא בסוגיין, הרי דפי' דיסוד דברי רבא הוא לא מצד סברא מסויימת, אלא דכיון דאיכא אפשרות למנות אפטרופוס עבידנן הכי, ולא ס"ל כסברות הריטב"א והרא"ש בסוגיין.

קלו) תוד"ה דלמא שכיבא סבתא - וי"ל דגבי גט דוקא אמרינן בחזקת שהוא קיים משום עיגונא וכן בשביל אכילת קרבן ותרומה אבל הכא אדרבה החמירו בנכסי יתומים להחזיק הסבתא וברתה במתה וכו' - דבריהם לכאורה צ"ב, דמשמ"כ מתחילה דגבי גט דווקא וכו' משמע דבעצם לא מוקמינן אחוזקת חי רק דהתם איכא סברא מסויימת, ואילו מסוף דבריהם דהכא ביתומים החמירו משמע להיפך,

דבעלמא שפיר מוקמנין אחזקת חי ורק הכא הוא דלא עדינן הכי. ועי' תרומה"ד סי' שמ"ט שעמד בדברי התוס', וכתב דודאי בעלמא אף בלא שום סברא מסוימת מוקמנין אחזקת חי, אלא דהוקשה להתוס' מ"ש דגבי גט תרומה וקרבן מוקמנין אחזקת חי וגבי יתומים לא, ותיצרו דאדרבה, הכא איכא סברא מסוימת שלא נעמיד אחזקה, ע"ש כל דבריו. ואחר כל הדברים האלה אכתי צ"ב בדברי התוס' אמאי הוצרכו להזכיר עיגונא ותרומה כלל כיון דבלאו הכי מעמידין אחזקה, ולא הוה להו למימר אלא דהכא ביתומים החמירו.

קלז) תוד"ה מוקמנין - עי' במהר"ם ביאור סוף דברי התוס'.

קלח) לסוף שמעו דשכיבא סבתא - עי' חידושי הריטב"א החדשים שכתב דע"כ הך שמעו פירושו בעדות ברורה, דאין מורידין לנחלה בלא עדות ברורה. אכן יעויין ברשב"א לעיל ל"ח ע"ב שכתב דאף דאיכא אפטרופוס (דלשיטתו שפיר מוקמנין, אלא דאין מטריחין למצוא) מ"מ היכא דשמעו שמת מוקמנין להקרב, דכודאי יורש משוינן ליה, והוכיח כדבריו מהא דבסוגיין כד שמעו דשכיבא סבתא נתנו דקטינא תילתא אף דאין מורידין קטן לנכסי שבוי, והיינו כנ"ל, משום דמשוינן ליה כודאי יורש.

והנה גבי רטושים כתב הרשב"א דאפי' שמעו בהם שמתו אין מורידין לפי שאין אחין נכנסים לנחלה של מי שיצא לדעת אלא בעדות ברורה. ולכאורה צ"ב, דכיון דס"ל דעל ידי ששמעו משוינן ליה כודאי יורש, אמאי לא נימא הכי גם גבי רטושים, הא כל החילוק שבין רטושים לנטושים אינו אלא בהקפדת השבוי, ואם אך משוינן ליה כודאי יורש הרי מצד היותו יורש הוא דמורידין ליה, ומה לנו בדעת השבוי.

והיה אפשר לומר דשאני שבוי דעל ידי היסורין יש לתלות יותר שימות ולהכי סגי במה ששמעו שמת להשוותו כודאי יורש, אבל ברטושים דליכא למימר הכי לעולם בעינן עדות ברורה, ע"ד שכתבו התוס' בסוגיין. אכן לכאורה אין זה מספיק, דהא כתבו הראשונים דלאו דווקא שבוי אלא כל שיצא בע"כ דינא הכי, ושוב יקשה כנ"ל מ"ש בכה"ג מרטושים לגבי שמעו שמת.

ונראה בזה, דהנה הא פשיטא דאף דמשוינן ליה כיוורש ודאי, מ"מ אינו אלא כיוורש ולא יורש ממש, דהא אין מורידין אותו למכור. וכן נראה פשוט דברטושים כיון דהלך מדעת ושי"מ שאין רוצה שירדו לשדהו, שוב לא יועיל לן למימר דהוי כיוורש, דסו"ס כמו שאינו יכול למכור כך אין יכול לקחת את שדהו, ולהכי אין מורידין אלא בעדות ברורה, ז"א, דלהפקיע בעלותו של המוריש ודאי דבעינן עדות גמורה. אבל בנטושים דליכא גילוי והוכחה מצדו שלא יורידו, שפיר יכולים ב"ד להוריד, ומאחר שכבר מורידין, שוב מורידין את הקרוב או בנ"ד, את הקטן, ואף דאיכא למיחש שיפסיד, מ"מ כיון דמה שמורידין אותו הוא מצד היותו כודאי יורש לית לן בה, דמצד היותו יורש יש לו דין שצריכים להוריד אותו. ועוד יותר, עד כמה דחשבינן ליה כיוורש, נפחת אצלנו הצד שהוא של השבוי, אשר ממילא תו לא חשבינן בהפסד ושוב מורידין אותו מצד שהוא יורש. אכן כל זה אינו אלא היכא דניתן להוריד, לאפוקי רטושים, וכנ"ל.

ואשר נוגע לפלוגת הרשב"א והריטב"א הנ"ל, פשוט דתליא פלוגתא דא במאי יסודי בכל סוגיין, כדיבואר להלן. ומהלך הדברים, דהנה בביאור טעמא דשמואל דמורידין קרוב לנכסי שבוי כתב הרשב"א בשם הראב"ד דהוא מצד זכות טענה של הקרוב מפאת מאי דהוא ראוי לירש. אכן הא פשיטא דאף לשמואל מאי דמורידין הוא בעיקר מצד השבוי, רק דמצד הטענה שהוא ראוי לירש אית ליה טענה שירידו אותו. ורב ס"ל דחיישינן להפסד, אשר ממילא א"א להורידו אף שראוי לירש. (ולראב"ד גופי' מודה רב דמורידין רחוק, והרשב"א לא הביא דבר זה.) והנה מאי דמודה רב היכא דשמעו שמת, פירושו שמודה לשמואל, ר"ל, דכמו דלשמואל איכא מעלת קרוב היכא דלא שמעו,

מודה רב היכא דשמעו, דאף דהיכא דלא שמעו אין מועיל מה שהוא ראוי לירש. להורידו משום הצד הפסד דהשבוי, היכא דשמעו שמת הרי הוא כודאי יורש, אשר ממילא לא חיישינן לצד ההפסד האפשרי, ומורידין אותו בתורת יורש (בר מרטושים, וכמשנ"ת). אכן הריטב"א פי' דמעלת קרוב אינו מצד היותו יורש כדברי הרשב"א, אלא משום דעל ידי הורדת היורש לא יצטרכו ב"ד לטרוח ב' פעמים, ועוד טעם כתב דקרוב ישמור יותר. ורב דפליג היינו משום דס"ל דאיכא נגד זה צד הפסד אשר מחמתו א"א להורידו. ומאי דמודה בשמעו, מודה לשמואל במעלת הקרוב ולהכי מורידין אותו, וכמש"כ הריטב"א להדיא, והוא נגד ב' הטעמים הנ"ל, ראשית דהכא קרוב לודאי שיהיה טירחא לב"ד פעמיים אם לא יורידוהו, וב', שישמור יותר עד כדי שאף רב מודה שמורידין אותו. ולהריטב"א ליכא יסוד זה כלל דשמעו הוי כודאי יורש, אלא מעלת שמעו הוא בדבר אחר.

אשר לפי' מובן היטב דלהרשב"א יסוד מאי דמודה רב בשמעו היינו משום דינו כיוורש, אף בהורדת קטן מהני דבר זה, דהא לא משגחנין באפשרות ההפסד כיון דלרוב הסיכויים מת, ולהכי מורידין אותו. אכן להריטב"א ליכא יסוד זה כודאי יורש משוינן ליה, דמאי דמודה רב בשמעו לאו מהאי טעמא הוא אלא משום דשומר יותר, הכל מצד השבוי, אשר ממילא לדידי' דליכא יסוד זה בשמעו א"א להורידו כיוורש אלא בעדות ברורה, ע"כ כתב דע"כ מיירי הכא ששמעו בעדות ברורה, ודוק.

קלט) המוציא מחברו עליו הראיה - לכאורה כיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת וטוען הלה דאחיו הוא, אין הראשון מוחזק לגבי ידידי, וע"כ דהכא חשבינן ליה מוחזק משום דאין ספק מוציא מידי ודאי.

והנה לפירושו של רש"י יודע היה שהיה לו אח ואין הנידון אלא אי האי גברא הוא אחיו, וא"כ לכאורה אינו בא להוציא מהודאי, דלא היה לו להודאי אלא חצי בכל מקרה. אלא היינו טעמא משום דחשיב כל יורש מוחזק בכל הירושה, ולהכי שפיר חשיב שבא להוציא ממנו כיון דהוא ודאי והלה ספק.

ועי' קוב"ש ב"ב אות תר"כ שהעיר למפרשים דמיירי שמרי ידע שיש לו אח אמאי לא נאמן זה שבא לומר שהוא אותו האח כהא דנתן בקידושין דס"ג ע"ב קידשתי את בתי ואיני יודע למי קידשתי ובה אחד ואמר אני קידשתי נאמן ואף שאין דבר שבערוה פחות משנים הכא נאמן אף הוא עצמו מכיון שבא רק לברר, וא"כ ה"נ כיון שידעינן שיש לו אח אמאי לא סגי במה שהוא עצמו מברר שהוא האח. אלא דהביא דברי הירושלמי בקידושין, הביאוהו הראשונים שם, דמי שאומר אחת משדותי מכרתי ואיני יודע למי מכרתי ובה אחד ואמר אני לקחתי אינו נאמן, דלא מהימנינן ליה אלא לגבי איסור ולא לגבי ממון משום שהוא חשוד לשקר מחמת חימוד הממון, על כן בנ"ד אין האח נאמן. אלא דאכתה קשה אמאי לא סגי בעד אחד שאומר שהוא אחיו דומי' דאבידה דאף שאין בעל האבידה נאמן בלא שיאמר סימנים משום דחשוד לשקר עד אחד נאמן בה וכמש"כ הרמב"ם בחולין דצ"ו.

וע"ש שהביא דבש"ת ריב"ש סי' קפ"ב כתב דגילוי מילתא בעלמא מהני רק אם אומר כן קודם המעשה שלא מעיד לא על ממון ולא על איסור ולפיכך במתני' דב"ב שמעיד על היראשוה בשעת מעשה אינו נאמן. ופי' הוה אתי שפיר הכא. אלא דהרא"ש בב"ב פ' גט פשוט סי' כ' כתב דמהני גילוי מילתא א בשעת מעשה, ע"ש, וכ"כ הבי"ב באה"ע סי' קנ"ז דדעת הפוסקים דלא כהריב"ד, והדר יקשה כנ"ל.

קמ) תוד"ה שיצא בלא חתימת זקן - אלא הכא מרי בר איסק לא היה טוען ברי אלא לא ידענא וכו' - עי' ריטב"א החדשים שכתב לבאר דברי התוס' דאזלי בשיטת רש"י, וכיון דהיה שם וראה אחיו, היה לו לומר בודאות או שזה הוא או שאינו אחיו, ומדאמר לא ידענא שקורי משקר. ואין לפרש דר"ל דלהכי הוי שמא גרוע כיון דהו"ל למידע, דהא זה לא היה מועיל כלום לקושיותו, דהרי ק"ל דאפי' בשמא גרוע אמרינן

אוקי ממונא בחזקת מרי'. אלא ברור דר"ל דהכא גרוע משמא גרוע, דבמאי דבעלמא אמרינן דכיון דהו"ל למידע ואינו יודע הוי שמא גרוע, פירושו דאף דודאי הו"א טענת שמא דיד' טענה, מ"מ גרועא טענה זו משמא טוב, והיה מקום לומר דבכה"ג לא נימא אוקי ממונא בחזקת מרי', ומסקינן דאפי' בכה"ג בגי בטענה זו להחזיק הממון אצל המוחזק. אכן הכא ליכא צד כלל שלא היה לו לדעת מי הוא אחיו (בלאו הא דיצא בלא חתימת זקן) ומדאמר לא ידענא אין טענתו טענה כלל וודאי דשקורי משקר, אשר בזה, כיון דלית ל' טענה כלל, ודאי דהיו מוציאין מיני¹⁶. והנה מדכתב רש"י בד"ה שפיר קאמר לך בא"ד דאין זה רמאות וכו', משמע לכאורה גם כדברי התוס', דבלאו הא דיצא בלא חתימת זקן וכו' הוה אמרינן דהוא ודאי רמאי ולהכי לא נוקים ממון אחזקתו. ועי' ריטב"א החדשים ותוס' הרא"ש פי' אחר בזה, דבאמת לא הוה בעינן להא דיצא בלא חתימת זקן, דבאמת אמר מרי להד"ס שאינו יודע שיש לו אח כלל, אלא לפייס הטוען שהיה טוען שהכירו מרי הוא דאמר כן.

ואגב, יש לכאורה לעיין בלשון התוס' שבתחילת דבריהם הוכיחו דאף בלאו הך דיצא בלא חתימת זקן אינו נאמן, דאם לא כן לא שבקת חיי לכל ברי', ולכאורה מה להו להא דלא שבקת חיי לכל ברי', הרי בלא"ה פשוט דאינו נאמן כיון דהמוציא מחברו עליו הראיה. ועכצ"ל דכיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת ולא אתינן עלה אלא משום אין ספק מוציא מידי ודאי, שפיר היה אפשר לומר דהכא כיון דלשיטת התוס' שהוא כרש"י מודה שיש לו אח אך טוען שאינו יודע אם זה הוא היה אולי מקום לומר שיהא נאמן, להכי הכריחו התוס' דא"א לומר כן משום דא"כ לא שבקת חיי לכל ברי', ועדיין צ"ע בזה.

קמא) תוד"ה זיל את איתני סהדי דלאו אחיך הוא- מבואר מדברי התוס' דלעולם לא אמרו דעל מרי בר איסק להביא ראיה שאינו אחיו, אלא אמרו דמדאין העדים רוצים להעיד מחמתו, עליו להביאם, ואה"נ, אם יבואו ויאמרו שאינם יודעים פטור מרי בר איסק ואינו צריך להביא ראיה שאינו אחיו, עי' מהר"ם מה שביאר בדברי התוס'.

והנה רש"י כתב בד"ה דלאו אחיך הוא, וז"ל: אותם עדים שיש לו לזה שבאו משם ומכירין בו מי הוא הביאם אתה ויעידו שאינו בן אביך או בקש עדים אחרים, עכ"ל. וממה שכתב דבעינן שיעידו אותם העדים דאינו אחיו, ולא סגי ל' במה שיאמרו שאינם יודעים, וכן ממה שכתב או בקש עדים אחרים, מבואר להדיא דלא כדברי התוס', אלא אמר לו רב חסדא דמעתה חובת הבאת ראיה מוטלת עליו להוכיח שאינו אחיו, וצ"ב לכאורה אמאי הדבר כן, אשר זאת היא באמת קושיית התוס'.

אכן נראה בבואר דברי רש"י דליכא הכא טענה דלא שבקת חיי וכו' כאשר הקשו התוס', והוא ממה שיש לדקדק בדבריו דכיון דס"ל דחובת הבאת ראיה מוטלת על מרי בר איסק, אמאי כתב מתחילה דיביא אותם העדים וכו', דמה לנו איזה עדים יביא. אלא מבואר לכאורה דבאמת מאי דמחיבינן ל' להביא ראיה היינו משום דבאמת הרי הביא האחר ראיה אלא שמחמת מרי בר איסק הוא דלא באו, ודווקא משום הכי הוא דאמרינן דמעתה על מרי להביא ראיה, אשר זהו דרמו רש"י במש"כ אותם העדים וכו', דזהו באמת תחילת הדין.

מ' ע"א

קמב) וכן אמר רבה השביחו לאמצע- עי' רש"י, ומבואר מדבריו נכסים מחמת נכסים פירושו שהשביחו מאליהן, וכבר הקשה בזה הרמב"ן דאינו כן, וכוננו לכאורה דלפ"ז מהו חידושא דמתני

דהשביחו לאמצע, ועוד, דלישנא דמתני' השביחו אינו מדויק לפ"ז, דהא לא השביח האדם כלל אלא השביחו הנכסים מאליהן. ומדברי רש"י יוצא דמאי דמבואר מסוגיין דמה שהשביחו לאמצע מדין מחילה הוא, היינו דווקא משום דמייירי בסוגיין בהשביחו מחמת עצמן, דפירושו לשיטת רש"י שטרח בו, אף שהוציא משל הנכסים, אבל בהשביחו נכסים מחמת נכסים, דהיינו מאליהן, ודאי דלא בעינן לזה מחילה. ובאמת הקשה הרשב"א אף על השביחו מחמת עצמן, אמאי בעינן בזה מחילה, ע"ש.

וברשב"ם בב"ב, וכ"ה ברמב"ן בסוגיין, פי' דהשביחו נכסים מחמת נכסים פירושו שהשביח הנכסים מדמי הנכסים עצמן, ומחמת עצמן פירושו שהשקיע משלו, ומייירי בסוגיין בהשביחו מחמת נכסים, דליכא מ"ד דבהשביחו מחמת עצמן השביחו לאמצע. ולדבריהם יוצא דאף בהשביחו נכסים מחמת נכסים מדין מחילה אתינן עלה.

קמג) רש"י ד"ה מי ידע- שיש לו אחים - והנה רש"י לעיל פי' דהיה שם מרי בר איסק כשנולד אחיו, ושפיר ידע שיש לו אח, ומש"כ כאן דלא ידע שיש לו אחים, כתב בריטב"א החדשים דר"ל שמא מת או שמא חשב שלא יבוא. הנה יעויין בחידושי הרשב"א שכתב כן, אלא שהוסיף ששמעו שמת, והקשה על זה ממה דאיתא לקמן שיש בזה חסרון דאין מחזיקין בנכסי קטן, ואי מייירי בשמעו שפיר מחזיקין, כמו דאם שמעו שמת מורידין קטן בנכסי קרוב, ע"ש כל דבריו.

והנה הריטב"א באמת לא כתב ששמעו שמת, אלא דליכא מחילה מצדו כיון דיתכן שחשב שאולי מת, ולדידי' לא יקשה קושיית הרשב"א כלל. והרשב"א כנראה דבלא שמעו שמת לא יעלה על הדעת כלל לומר שמא חשב שמת. אכן אף למש"כ הרשב"א, לא קשיא קושייתו אלא לשיטתו דס"ל דהיכא ששמעו שמת מאי דמורידין הוא משום דמשונין ל' כודאי יורש, כאשר הארכנו לעיל, אבל הריטב"א הרי פליג וס"ל דמאי דמורידין היכא ששמעו שמת היינו מטעמא אחרת, משום דשומר יותר וכדומה, וכמו שהבאנו לעיל, ולדידי' אף היכא דשמעו שמת אין מורידין, וז"פ.

קמד) מי דמי התם ברשות נחית- עי' רש"י שפי' דר"ל ברשות ב"ד. והקשו הראשונים מהא דמבואר להדיא לעיל דאף בירדו מעצמן אין מוציאין מידם, עי' ראשונים.

ובחידושי הרמב"ן כתב דפירוש ברשות הוא ברשות אחרים, דאין שמין כאריס אלא היכא שירד ברשות אחרים, אבל בנ"ד שלא ידע על אחיו הרי נכנס לרשות עצמו ולהכי אין שמין לו כאריס. ובחידושי הרשב"א תמה עליו, דלעיל אמרו ההיפך, דמאי דלא ידע סיבה היא לפטור את מרי בר איסק, ואילו הכא אמרינן דכיון דלא ידע זוכה האח. וקושיית הרשב"א לכאורה צ"ב, דהא ב' ענינים נפרדים הם, דלעיל הרי דנו אי מחל לו או לא, ושפיר אמרו דכיון דלא ידע עליו לא מחל, אכן הכא דנן אי יש לחייב האח לשלם משום דמרי כאריס הוא, אשר בזה שפיר אמרינן דכי לא ידע וירד בתורת שדה דיד' לא שייך לומר שהוא כאריס, וצ"ב. ועי' גם חידושי הר"ן מה שפי' בזה.

ועי' רשב"א ושאר דאיכא גירסא אחרת, דלעולם ליכא אלא דחי' אחת, דשלא ברשות נחית דאין מחזיקין בנכסי קטן.

והנה ברמב"ם פי"ד מהל' נחלות, הובאו דבריו לעיל, הביא דין היורד לנחלה דמוציאין מידו, וחילק דין היורד לנחלה ודין היורד לשמור לב' דינים. ונראה ד"ל דמקורו מסוגיין, דזהו שאמרו דהוא שלא ברשות ולהכי מוציאין מידו, דהא הכא שלא ידע שיש לו אח ע"כ דירד לנחלה, ועדיין צ"ע בזה.

קמה) אמר ר' יוחנן בן נורי וכי מה אכפת להן לעכברין- עי' שט"מ בשם הראב"ד שכתב דלרקבון מודה ר' יוחנן בן נורי דמוציאין החסרון, ולא נחלקו אלא באכילת עכברים. ובבואר המשנה לשיטתו, דלרבנן מאי דמנכין ט' חצאי קבין וכדומה היינו דזהו

¹⁶ ונקובץ פיעוריס השלם מובא נסם כתבי תלמידים טעמא הוא משום למיחזי כמשקר, ע"פ.

סך החסרון הכולל עכברים ורקבון, וריב"נ לא פליג אלא אעכברים כמבואר להדיא מלשוננו.

אכן מדברי התוס' מבואר לכאורה דפליגי אדברי הראב"י, דבדי"ה וכו' מה כתבו דמאי דקאמרי רבנן הרבה אובדות וכו', לדבריו דריב"נ אמרו כן, אשר מבואר מזה לכאורה דריב"נ לאו אעכברים לחוד פליג, אלא ס"ל דאינו מוציא כלום מהיתר על כור אחד. והיינו, דמפרשי התוס' דמה דמוציאין לדעת ת"ק הכל משום עכברים הוא, אשר ממילא לריב"נ דפליג אעכברים אינו מוציא כלום.

ויש לכאורה בפ' התוס' מקום עיון, דאי לרבנן איכא מושג דחסרון מחמת הא דאובדות ומתפורות, אמאי אין מוציא גם משום זה, ומדלא אמרו אלא לדבריהם דריב"נ מבואר דלדידהו לאו משום הכי הוא, וצ"ב. אכן פשוט לכאורה דבאמת זה כלול בשיעורים דמתני', אלא דהבינו התוס' דאינו מנכה כלל על היתר מכור, אשר ממילא הקשו רבנן לו דמדלא טען אלא חלק העכברים הם מיהת דעכ"פ מנקה חלק האובדות והמתפורות. אכן צ"ב לפ"ז מאי טעמי דריב"נ, הרי דמודה דבכור הראשון מוציאין ט' חצאי קבין, הרי מודה דאיכא משום אובדות ומתפורות, דהא הך שיעורא כולל תרוייהו, וא"כ אמאי אין מוציאין עכ"פ לאובדות ומתפורות גם משאר קבין.

וראיתי בדברות משה סי' מ"א הערה ל"ג שעמד על זה וכתב דטעמא דריב"נ דכיון דאי אפשר לעמוד על סך האובדות ומתפורות, מכיון שעירבן הנפקד הוי כאילו מחל על זה, ולהכי אין מוציאין כלל עבור אובדות ומתפורות. אכן הדברים דחוקים לכאורה, דלדבריו יוצא דאף דמודה ריב"נ דבכור הראשון מוציא ט' חצאי קבין, מ"מ אין החשבון אף בזה כחשבון דרבנן, דאילו לריב"נ כל ט' הקבין משום עכברים הם, אבל לרבנן ט' חצאין אינן אלא צירוף הפסידא דעכברים עם ההפסד דאובדות ומתפורות.

ואולי י"ל באופן אחר, דטעמי דריב"נ דבשאר כורין אין מוציאין עבוד אובדות ומתפורות היינו משום דס"ל דאין הפסד ידיהו חשוב בכדי שנוירד עבור הפסד זה גרידא, רק היכא דמוציאין עבור עכברים, כיון דמוציאין מוציאין כפי החשבון המדויק הכולל גם אובדות ומתפורות. אשר לפ"ז חשבון ריב"נ בכור הראשון הוא כחשבון ט' חצאי קבין דרבנן.

אכן לדברי הראב"י צ"ב לכאורה מה היא טענת אובדות ומתפורות, הא טעמא דרבנן לא הוי אלא משום רקבון ועכברים, וצ"ב. ואין לומר דס"ל דכלול ד"ז ברקבון, דאיכא מאי הקשו רבנן לריב"נ, הא מודה ברקבון דמוציאין, אם לא דנימא דכלול ד"ז בעכברים, דהא דנאבד ומתפור הוא על ידיהם, אכן מדברי המאירי בסוגיין מבואר להדיא דלא שייך הך אובדות ומתפורות לעכברים כלל, ע"ש, והדרא קושיית לדוכתה, וצ"ב.

קמז) תוד"ה אלא לכור בלבד - וא"ת א"כ בפחות מכור נמי וכו' - ובמאירי פ"י באמת כן דאף בפחות מכור מנכה ט' חצאי קבין וכדומה.

ומש"כ התוס' ומ"מ לפי חשבון הראוי וכו', יש לעיין מה היא כונתם, דע"פ דברי הראב"י היה אפשר לומר דמודה דמוציא ההפסד שעל ידי רקבון, אכן מדברי התוס' הרי מוכח לכאורה דלא כהראב"י, וכמשנ"ת. ואולי כונתם מצד מה שאובדות או מתפורות, או דילמא ר"ל דאף שאין העכבר מוצא מקום להטמן ולהכי אינו מחסיר ט' חצאי קבין וכד', מ"מ אכתי איכא חסרון מחמת אכילת ארעי דעכבר ומפאת זה ודאי דמוציאין החסרון, וכ"ה הפשטות.

קמז) רש"י ד"ה אם היתה מדה מרובה - הלכך נפחתו משלמת חסרון המגיע לשני כורין או שלשה שהעכברים אוכלין - שיטתו בזה, דמייירי באופן דהניפוח משלים החסרון ולהכי אינו מוציא כלום, ע"י מהרש"א מה דחקתו לפרש כן. ולשיטתו נמצא דדעת ר' יהודה דיעה שלישית היא, דהא לריב"נ אינו מוציא אלא כור אחד, ואילו לרבנן הרי מוציא על כל כור וכור כלישנא דמתני', אלא ס"ל ר' יהודה כעין ריב"נ,

(וכ"כ להדיא בריטב"א החדשים, אלא שכתב כן בשם התוס', ואין זה כתוס' דידן) אלא דאכלי עד ב' או ג' כורין, והוא דיעה ג' בזה, ומה שלא פירש כריב"נ וכור אחד, ע"י מהרש"א דהיינו משום דמשמע ממתני' דפליג אדריב"נ.

קמח) אבל מדד לו בימות הגורן וכו' - ע"י פנ"י שהקשה דמשמע דבכל הני שיעורים דמתני' נאמר דין זה דר"י, והוא תמוה לכאורה לומר דכל שעולה ההפסד עולה נמי הניפוח במקביל, ע"ש מה שביאר בזה.

והנה לפי רש"י ורוב ראשונים בסוגיין הוי הך ברייתא כרי"י, וכן הוכיחו הראשונים מדברי התוספתא. אכן יעויין ריטב"א החדשים שהביא ביאור אחר בדברי ר"י במתני', דכיון דהוי מדה מרובה אינו מדקדק דטירחא היא לו, ולדבריו אתי ברייתא זה ודין מאי דהיכא דמתנפח אין מוציאין גם כרבנן.

קמט) רש"י ד"ה לין - אם הפקיד אצלו יין ועירבו עם יינו הקנקנים בולעים שתות- מבואר מדבריו דאין הך שתות אלא משום בליעה ולא משום שמרים, וכן מדויק באמת מלישנא דמתני' דלא הביא שמרים אלא לגבי שמן בהמשך המשנה. ובתוס' הרא"ש לא פ"י כן, אלא העיר אמאי לא הוזכר במתני' איזה חלק מהשתות מחמת בלע ואיזה מחמת שמרים, ע"י גם בחידושי הריטב"א החדשים. וטעמא דרש"י לא חשבינן שמרים, י"ל דהיינו משום דס"ל דאין ההפסד דמשום שמרים משמעותי, ע"י תפארת ישראל על המשניות דמבואר מדבריו כן. וע"י גם ברש"י שפי באופן אחר.

ומש"כ שיערבן פשיטא דלא סגי בהכי אלא בעינן נמי למימר שהסתפק מהם ואינו יודע כמה, דכמבואר לעיל בסוגיין.

קנ) רש"י ד"ה אף המוכר - שהמוכר שמן לחבירו וכו' כשהוא מסתפק תמיד והוא מזוקק וכו' - מבואר מדבריו דמייירי במכר סתם שמן ולא שמכר להדיא שמן מזוקק, דאילו מכר מפורש שמן מזוקק ודאי דאין דנין על השמרים, וכ"כ להדיא בחידושי הריטב"א החדשים, ע"ש, וכ"ה דיעה הא' במאירי. אכן בדיעה הב' במאירי כתב (וכ"ה בדברי הרמב"ם פ"ח מהל' מכירה ה"ט), דאי מכר סתם אף לרבנן מוציאין לשמרים, ודווקא במכר להדיא שמן מזוקק הוא דפליגי. ולדידהו סברת ר"י הוא לכאורה דבהיות דלכך וכך מזוקק בעינן יותר שמן, דהא אית בי' שמרים, כשקונה לוג מזוקק פירושו השמן הכולל בלוג. אכן מה דצ"ב בדעת הרמב"ם, וכן הוכיח מזה באמת הריטב"א כדבריו, מאי דאיתא להדיא דטעמא דר"י הוא משום דמותר לערב שמרים, ואי מייירי במוכר לו להדיא שמן מזוקק האיק היה יכול לערב בזה שמרים.

מ' ע"ב

קנא) תוד"ה אל ישתכר וכו' - ע"י ריטב"א החדשים.

קנב) תוד"ה במזופפין וכו' - כדאמרין לעיל וכו' - ע"י קושיית המהרש"א דהא לעיל לא מבואר אלא דבלע זפת יותר משעוה אבל מנ"ל דבלע יותר מהחבית עצמו. אכן ע"י תורת חיים שתי' דלעולם אין הוכחת התוס' מהתם אלא דבלע זפת הרבה, דעל ידי הזפת אמרינן דבלע אחד משש בזמן שבשעוה אינו בולע אלא אחד מחמש, אשר ממילא הקשו האיך שייך לומר דעל ידי זפת יבלע פחות הרי זפת בולע טובא, ע"ש ודוק.

קנג) רש"י ד"ה מותר לערב שמרים - מותר לו לבלבל ולערב שמרים המשוקעות שיחזרו ותערבו וכו' - ע"י ריטב"א החדשים שלמד מזה דאף למ"ד מותר לערב שמרים אין זה אלא בשמרים ששקעו לשולי החבית, שיכול לחזור ולערבם, אבל אם הוציאם מהחבית אסור לערב דמזיק את השמן ששוב לא יזדכך. והוכיח הריטב"א כן ממאי דיכול הלוקח

לומר דשמרים לחודי לא מזדבן, ואמאי לא יתן לו המוכר שמרים לערב בשמן, אלא מבואר כנ"ל. ולדבריהם ליתא לקושיית התוס' שהקשו באמת כן בד"ה לחודי לא מזדבן. ומדברי התוס' מבואר דס"ל דאף שמרים שהוציאו כבר מהחבית מותר לערב, וכן מבואר נמי בד"ה לדברי חכמים, ע"ש.

קנה רש"י ד"ה וחכמים אומרים אין הדמים ראיה - ור"י לית לי שיהא מוחל מן הסתם אלא אם כן פירש - משמע לכאורה מדבריו דזהו מה שלמדו מדברי ר"י לענין סוגיין, דאף דאיכא סברא לומר שמוחל, מ"מ לא סגי בהכי אלא תמיד אמרינן שאינו מוחל אלא אם כן פירש, ולעולם לא הביאו להכא מגוף דינא דהדמים מודיעים, אלא מיסוד דינא דמחילה דהתם דס"ל לר"י דאף דהרוב קורין לצמד צמד מ"מ לא אמרינן שמוחל. וכן מבואר בריטב"א החדשים בסוגיין דיסוד ההשוואה אינו מדין הדמים מעידים אלא מדין מחילה, דאף היכא דאיכא סברא לומר שמוחל לא אמרינן כן.

אכן יעויין בשט"מ בשם הראב"ד, וכ"ה בחידושי הר"ן משמו, דיסוד ההשוואה הוא באמת מדין הדמים מודיעים, ע"ש שפי' דאף הכא שייך הדמים מודיעים, דמחיר ק' לוגין זקוקין הוא יותר מק' לוגין עם שמרים. וסברת הריטב"א בפשטות הוא דלגבי ק' לוגין אין ההבדל במחיר שעל ידי לוג וחצי שמרים מספיק לומר דהדמים מודיעים. ונראה פשוט לכאורה דתליא הך מילתא בפירוש דברי ר"י גבי צמד בקר, דיש לפרש דבריו ב' אופנים, די"ל דמאי דס"ל דליכא מחילה דבר בפני עצמו הוא, ומאי דהוצרך התם להא דהדמים מודיעים היינו משום דרוב אנשים קורין לצמד צמד, אשר היה לנו להכריע מזה דע"כ מוחל, להכי אמר דהדמים מודיעים שהוא מן המיעוט, אבל בנ"ד הרי ליכא רוב, אלא דמצד אחד י"ל דמדלא עירב מוחל ומצד אחר איכא למימר דלא עירב לטובת הלוקח שיהא לו שמן צילא, וכמשי"כ הריטב"א, לזה לא בעינן הא דהדמים מודיעים אלא ס"ל לר"י כפשוטו דלא אמרינן מן הסתם שמוחל. אכן יש לפרש דבריו באופן אחר, דמאי דס"ל שאינו מוחל הוא משום שסבר דהדמים מודיעים, ז"א, דמן הסתם שפיר הוה אמרינן דמוחל אלא משום דהדמים מודיעים אמרינן דהוכחת הדמים היא שאינו מוחל, אשר לפ"ז ליתא לדינא דר"י אלא היכא דאיכא למימר דהדמים מודיעים, אשר זהו שכתב הראב"ד דאף בסוגיין איכא למימר דהדמים מודיעים.

קנה תוד"ה לדברי ר"י אסור - וא"ת ולימא מותר וטעמא דמקבל משום דלית לי מחילה - עי' חידושים המיוחסים להריטב"א שכתב בתירוץ הב' דמאי דלא ס"ל לרב פפא כאביי היינו משום שבא לפרש אפי' אי מיירי בלוקח סוחר, דבטעמא דאביי לא סגי דהא יכול הלוקח לטעון אי ערבת לי הוה מזדבן לי וכו'. והתוס' שלא תירצו כן כתב בשט"מ בשם גליון דהיינו משום דפירשו דדברי רב פפא עולין אדלעיל דמיירי דווקא בלוקח בעה"ב.

אכן יעויין במהרש"א שפי' קושיית התוס' באופן אחר, דאיברא ודאי מיירי אפי' בלוקח סוחר ובעינן לטעמא דזבון וזבין תגר איקרי, מ"מ אמאי הוכרח רב פפא לומר דס"ל דאסור לערב שמרים, הרי אפי' אי מותר לערב שמרים איכא למימר הכי. ובקרני ראם תמה עליו דהא אי מותר לערב לא יהני טעמא דזבון וזבין וכו', דהא אית לי ללוקח טענה שמפסידו המוכר, דאי ערבת לי וכו'.

וי"ל בביאור דברי המהרש"א, דהנה הך טענה דאי ערבת לי וכו' יש לפרשו בתרי אנפי, די"ל דטענה בפני עצמה היא שיכול לטעון שמפסידו המוכר במה שלא יהיה לו עכשיו מה לעשות עם השמרים, או איכא למימר דבאמת לית לי זכות טענה כזו, דהא שמן הוא שקנה והשמן שקיבל שפיר דמי, וכל יסוד הך טענה דאי ערבת לי וכו' אינו עליה ביחס לטענה המוכר שע"כ יקבל הלוקח השמרים כיון דאי בעי מערב. ומהלך הדברים, דהרי יסוד הטענה דאי בעי מצי מערב לי הוא דכיון שהיה יכול לעשות כן, השתא נמי

שלא עשה כן יהיה לו הכח כאילו עשה, אשר בזה שפיר איתא לטענת הלוקח דאי אפשר לומר דהוי עכשיו כאילו עשה, דהא אילו היה עושה היה הלוקח יכול למכור את השמרים ועכשיו אינו יכול, ולהכי ע"כ לית לי להמוכר אלא כח כדהשתא שלא עירב. אכן זה שייך דווקא לדברי אביי דטעמא דמקבל לוקח שמרים הוא מהאי טעמא דאי בעי מערב לי וכו', בזה שפיר אית לי להלוקח טענה הנ"ל דאי ערבת לי הוה מזדבן וכו', אבל לרב פפא דמאי דמקבל לוקח שמרים מטעם אחר הוא משום דזבון וזבין תגר מיקרי, לית בזה לטענת אי ערבת וכו', דהא לאו טענה בפני עצמה היא, וכמשנ"ת.

אשר לפ"ז אתיין שפיר דברי המהרש"א, דאיתא לטענת זבון וזבין תגר מיקרי אף אי מותר לערב, כיון דלית בזה לטענת אי ערבת וכו'. אכן הריטב"א והשיטה הנ"ל שפירשו דע"כ קושיית התוס' היא אמאי ליתא לרב פפא לטעמא דאביי, היינו לכאורה משום דס"ל דטענה דאי ערבת וכו' טענה בפני עצמה היא ושייכא אף לפום טעמא דזבון וזבין.

קנה תוד"ה לדברי ר"י אסור - וי"ל דרב פפא סבר דצמד ובקר איכא הוכחה וכו' אבל הכא לוג ומחצה שהוא דבר מועט מדלא עירב אחולי אחיל - ביאור דבריהם, דדווקא בסכום גדול איכא למימר דהדמים מודיעים משא"כ בהפרש לוג ומחצה ממאה דהוי דבר מועט. ונראה דזה מתאים מאד לשיטת הראב"ד הנ"ל באות קנ"ד דמאי דהביאו מדברי ר"י גבי צמד בקר הוא משום דאף הכא איכא למימר דהדמים מודיעים, אשר בזה הנקודה דפליג רב פפא אדברי אביי הוא משום דס"ל דליכא למימר הכא דהדמים מודיעים. אכן בשיטת הריטב"א הנ"ל ורש"י דמעולם לא ס"ד דאיכא למימר הכא דהדמים מודיעים אלא דס"ל דאף היכא דאיכא צד לומר שמחל מ"מ מן הסתם אמרינן שלא מחל (ומאי דבעינן התם להך דהדמים מעידים היינו משום דאיכא רובא דקרו לצמד צמד, וכמוש"ב), הרי ליכא לפרש כן, דהרי אף בלא הא דהדמים מעידים הוה ס"ד דאמרינן הכא דלא מחיל.

אלא לשיטתייהו סברת רב פפא הוא כמש"כ בתוס' הרא"ש, ע"ש שכתב בשינוי לשון מלשונם של התוס', דפליג רב פפא איסוד דברי אביי וס"ל דמן הסתם לא אמרינן דלא מחיל, ומאי דאמרינן גבי צמד דלא מחל היינו דווקא משום שהדמים מודיעים, מה דלא שייך הכא. ונמצא דלשיטת הריטב"א ורש"י הא גופא חידש רב פפא דאין אומרים דלא מחל אלא משום דהדמים מודיעים, כדס"ל להראב"ד אף בדברי אביי.

קנה לצרכו חייב לצרכה פטור - עי' רש"י דלצרכו היינו להשתמש בה ולצרכה לקחתה ממקום תורפה ולהניחה במקום מוצנע. לכאורה, לפי המבואר בגמ' לקמן בסוגיין הטעם לחייב הוא הוא משום נטלה ע"מ לגזלה או משום שליחות יד, וא"כ העיקר בזה בכדי לפטור הוא שלא יהיה לצרכו, ויפטר אף היכא דאניה לצרכה אלא לצורך אחר.

קנה הא מני ר' ישמעאל היא דאמר לא בעינן דעת בעלים - עי' ב"ק קי"ח ע"ב דמבואר דבגזל מרשות בעלים לא פליגי ולכו"ע צריך דעת בעלים כרב חסדא דאמר שם דשלא מדעת בעי דעת בעלים מטעמא דהואיל ואנקטה נגרי ברייתא, ולא פליגי אלא בלקח מרשות עצמו דלר"ע כלתה שמירתו ולר"י לא כלתה שמירתו. ומבואר ממאי דאמרינן דהא דבעינן דעת בעלים בלקח מרשות הבעלים הוא מדרב חסדא, דמעצם חיוב ההשבה ליכא דין דבעינן דעת בעלים, ובדומם אה"כ לא בעינן דעת בעלים כלל.

והנה יעויין בחידושי הר"ן בסוגיין שכתב, וז"ל בא"ד: דר"י סבר דשומר זה לא כלתה שמירתו ונמצא שכשהחזירו ברשות עצמו הרי הוא כאילו החזירה לבעלים ומ"ה א"צ דעת בעלים ור"ע סבר דמשעה שגנב כלתה שמירתו שאלו היו הבעלים יודעים בדבר אז לא היו חפצים שיהיה שומר שלהם ונמצא שכשהחזירו לרשות עצמו שלא מדעת בעלים הרי הוא כאלו לא החזיר כלל ומ"ה אר"ע שצריך דעת בעלים

וכו', עכ"ל. ר"ל, דנהי דבכעין חבית שאינו בעל חי לא בענין דעת בעלים היכא דהוי גזילה שלא מדעת, מ"מ הרי השבה לרשותו שפיר בעינן, אשר בזה שפיר ס"ל לר"ע דכיון דכלתה שמירתו שוב ליכא למימר דפקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא והוי כלא החזיר כלל, ולר"י כיון דלא כלתה שמירתו שפיר הוי רשותו כרשות בעל הבית.

אכן יעויין בחידושי הריטב"א החדשים שכתב בנוסח אחר, וז"ל בא"ד: ודכ"ע גזלן צריך דעת בעלים בהשבה אלא דר"י סבר שומר שגנב מרשותו כל זמן שלא חסר כלום לא כלתה שמירתו ועדיין הוא שומר של בעלים ודעתו כדעת הבעלים הילכך למקום שנטל יחזיר ור"ע סבר וכו' כלתה שמירתו וצריך להחזיר לדעת בעלים וכו', עכ"ל. הרי דלדבריו אין החסרון דכלתה שמירתו במאי דלא חשיב רשות המפקד, אלא במה דחסר בדעת בעל הבית גרידא. ודבריו לכאורה צ"ב, דהא לפום מסקנת סוגי' דב"ק הנ"ל יוצא דליכא דין גזלן צריך דעת בעלים, וכל מאי דהיכא דנטל מרשות בעה"ב צריך דעת אינו אלא מטעמא דרב חסדא, אבל בדומם כגון חבית לא בעינן, וצ"ב. ויישב ב"א בפשטות, דר"ל דבעצם ס"ל לרב חסדא כשמואל דעל כל פנים בעינן מנין, דהשבה לא חשיבא השבה בלא דעת בעלים, ועל ידי מנין שפיר חשיבא השבה, רק חידוש רב חסדא דהיכא דנגנב לא מדעת בעינן דעת בעלים ממש מטעמו, ובנידון דר"י ור"ע דלא הוי מבית בעלים אלא בבית שומר, עד כמה דכלתה שמירתו ולא חשיבא דעתו כדעת בעלים הרי ליכא דעת בעלים כלל ולא חשיבא השבה.

והנה כתב רש"י לקמן בע"א בד"ה צריך דעת בעלים, וז"ל בא"ד: והשבה בלא ידיעה לאו השבה, עכ"ל. וגם מדבריו מבואר כדברי הריטב"א דיסוד החסרון במאי דלר"ע כלתה שמירתו הוא במאי דחסר דעת בעלים, כפשטות לישנא דר"ע, ולא משום דליכא השבה כלל כיון דהרי כלתה שמירתו. וכן משמע מדבריו בסוגי' דב"ק, ע"ש. וצ"ב באמת אמאי ליכא חסרון בגוף הרשות מהאי טעמא דכלתה שמירתו. וכדברי רש"י מבואר נמי מדברי בעה"מ שם בב"ק, ע"ש שכתב דע"כ אין טעמו של ר"י משום דלא הוי רשות בעה"ב, דהא אמר להדיא צריך דעת בעלים, הרי דשורש החסרון הוא בדעת בעלים דבעינן, וצ"ב כנ"ל אמאי באמת ליכא חסרון בגוף הרשות. וברמב"ן שם במלחמות מבואר דבאמת החסרון הוא בחסרון רשות בעל הבית, ומאי דאמר דצריך דעת בעל הבית היינו משום דעל ידי דאיכא דעת בעל הבית שוב חשיב מה שמניחו ברשות עצמו השבה דהא מסכים בעה"ב לזה, והוא ע"ד דברי הר"ן הנ"ל.

ובדעת רש"י ודעמ' לכאורה צ"ל, ועד"ז כתב בקה"י למכילתין סי' מ' בדעת הראב"ד, דמאי דס"ל לר"ע דכלתה שמירתו אין זה אלא ביחס למאי דחשיב דעת השומר כדעת בעל הבית, אבל באשר נוגע לחיוב שמירתו ובמאי דמסתעף מזה דפקדון כל היכא דאיתא ברשות בעה"ב איתא, הא מיהא קיימא אף לר"ע, אשר ממילא ליכא חסרון לר"ע אלא במאי דליכא דעת בעה"ב, אבל מצד דחסר בעצם הרשות לית לן בה. (ואולי גדר הדברים הוא דקנייני השמירה ליתנהו אבל חיובי השמירה שפיר איתנהו.)

ובעיקר הדמיון דינא דמתני' לפלוגתא דר"ע ור"י דפליגי בשומר שגנב, צ"ב לכאורה, דבשלמא התם שגנב השומר שפיר איכא למימר דכלתה שמירתו, אבל הכא דלא מיירי בגנב השומר אלא ששאל שלא מדעת, וס"ל דשואל שלא מדעת שואל הוי כדאיתא לקמן, בזה הרי ודאי דנשאר שומר. והעיר בזה מו"ר זצ"ל, וביאר ע"פ דברי הרשב"ם בב"ב דפ"ח ע"א בפירושו העיקרי, ע"ש שכתב דאפי' למ"ד שואל שלא מדעת שואל הוי "איסורא מיהא איכא דלא גאעי משולח יד בפקדון ואסור". אשר לפ"ז א"ש, דנהי דבנטלה להשתמש לא חשיב גזלן אלא שואל, מ"מ מאחר שאסור לשומר לעשות כן ואיהו עשה שלא כדין שפיר שייכא בזה סברת ר"ע דמכאן ואילך אין השומר מהימן לבעלים וממילא כלתה לו שמירתו ואין כאן

השבה לדעת בעלים, ולר"י לא כלתה שמירתו וסגי בדעת ידידי להוי כהשבה לדעת. אלא דהתינו לדעת הרשב"ם הנ"ל, אבל יעויין ריטב"א ונ"י שם בב"ב דמפורש דלית דשואל שלא מדעת אי הוי שואל לית בזה איסורא, ולדידהו הדרא לכאורה קושיין לדוכתה.

מ"א ע"א

קנט) תוד"ה אי ר' ישמעאל אפי' יחדו נמי - ע"י
מהרש"א שביאר דהשתא ס"ד דהש"ס דיתכן דדווקא בלא ייחד מקום הוא דפטור אבל בייחד לו מקום חייב, וה"ט, דבייחד לו מקום שינה מתחילה מקומה אע"פ שהחזירה לשם, משא"כ בלא ייחד לו מקום דכל מקום מקומה הוא.

והנה יעויין בתוס' הרא"ש שכתב לתרץ קושיית התוס' בתירוצו הראשון דכיון דטעמא דר"י משום דלא כלתה שמירתו, ליכא חילוק בין ייחד לו מקום לבין לא ייחד, וכן לר"ע דטעמ' משום דלא כלתה שמירתו ליכא חילוק ביניהו דסו"ס הרי כלתה שמירתו. ובדברי התוס' שלא כתבו כן היה אפשר לומר ע"פ דברי המהרש"א, דיתכן דכי אמר ר"י דלא כלתה שמירתו, היכא דלא שינה מקומו, כלומר, בלא ייחד לו מקום, אבל בייחד מקום ששינה מקומו אף לר"י כלתה שמירתו, וכן איכא למימר להיפך בדברי ר"ע דדווקא היכא דייחד לו מקום הוא דס"ל דכלתה שמירתו אבל לא היכא דלא ייחד, אשר ממילא אין בטעם פלוגתייהו בכדי לקבוע היכן פליגי, אשר זהו דהוצרכו התוס' לתרץ דמגוף הברייתא דמיירי בין בטלה בין בסלע מוכח דפליגי בתרוייהו. וחזוין דלהרא"ש אם אך נימא כר' ישמעאל דבלא יחד לא כלתה שמירתו הוא הדין ביחד, ואילו להתוס' שפיר איכא צד לומר דאף דבלא יחד לא כלתה שמירתו, ביחד כלתה, ויש לעיין מהו יסוד פלוגתתם בזה. ואולי אפשר לומר דתליא בגדר הנידון אי כלתה שמירתו או לא כלתה, דאי נימא דלר"ע על ידי שעשה מה שאסור היה לו לעשות כלתה שמירתו ושוב אינו שומר ולא הוי רשותו כרשות המפקד וליכא השבה כלל, מאי דפליג ר"י הוא משום דס"ל דאף שעשה מה שאסור, עדיין נשאר שומר ואכתי הוי רשותו כרשות המפקד, ובוה מסתברא דליכא נפ"מ בין יחד לו מקום לבין לא יחד, דאיך שיהיה אסור היה לו ליטלה. אך אי נימא על דרך שביארנו בדברי הריטב"א ע"פ הקה"י דאף לר"ע עדיין נשאר שומר אף שעשה מה אסור לעשות, ואין הנידון דר"ע ור"י אלא אי הוי דעת השומר כדעת בעל הבית, דבעינן דעת בעלים, וס"ל לר"ע דכיון שעשה מה שלא היה בעל הבית רוצה שיעשה שוב אינו פועל כדעת בעל הבית, ור"י ס"ל דאף שעשה נעד דעת בעל הבית אכתי הוי נשאר שומר אף לענין שיהא דעתו כדעת בעל הבית. ובוה שפיר יתכן לחלק דזה אינו אלא היכא דלא עשה במפורש נגד דעתו כגון בלא יחד לו מקום אבל יחד לו מקום יש שפיר מקום לומר בכשעבר על דעת בעל הבית במפורש תו כלתה שמירתו לענין שתיחשב דעתו כדעת בעל הבית אף לר"י, ועדיין צ"ע בזה.

קס) אי ר"ע מאי איריא יחדו וכו' לא מיבעיא לא יחדו דלאו מקומה הוא וכו' - מבואר לכאורה מדברי הגמ' דאף ר"ע דכלתה שמירתו, אכתי הוה חשיבנן למקום שיחדו לו כמקומה, דהא מה"ט הו"א דיפטור, כלומר, דאף דכלתה השמירה לא בטלה השאלת במקום, והו"א דסגי בכך ליחשב חזרה, קמ"ל. והנה לשיטת הריטב"א דלעולם נשאר שומר אף לר"ע ואין הנידון אלא לענין דעת בעל הבית אתי שפיר בפשטות, דכיון דעדיין שומר הוא ויחד לו המפקד מקום הוי השבה מעלייתא, דלא בעינן לזה למימר דדעתו כדעת בעל הבית כיון דהוי על פי דעת בעל הבית עצמו, אבל לדעת הסוברים דלר"ע דכלתה שמירתו אינו שומר כלל ותו לא הוי רשותו כרשות בעל הבית וליכא השבה כלל צ"ב לכאורה מה הסברא דאעפ"י ביחד יפטור משום דמקומה הוא. והפשוט בזה, דאף דמצד דיני

השמירה לא חשוב רשותו של השומר כרשותא דמרי', מ"מ עד כמה שיחד לו הבעלים מקום שפיר חשוב מקום זה כמקומו מצד ייחודו של בעל הבית.

קסא) רישא ר"י וסיפא ר"ע - ע"י מח"א דיני שומרים סי' ג' שדקדק מדברי רש"י בביצה דף מ' וכ"ה גם בדבריו בפסחים דף ו' דאף היכא דמשך אס ייחד לו מקום אינו שומר, ועפ"י הקשה בסוגיין אמאי לא נימא דכולי מתני' ר"י ומאי דבסיפא חייב היינו משום דכיון דייחד לו מקום אינו שומר וליכא השבה מעלייתא. וע"ש שהכריח המח"א מזה דמאי דאינו שומר בכח"ג אינו אלא היכא דייחד לו השומר מקום, דהוי כאומר לו שאינו רוצה להיות שומר אלא משאל לו מקום, אבל היכא דהמפקיד הוא שייחד מקום הוי כאומר לו שיהיה גם שומר וגם ישאלו לו מקום, ובכח"ג שפיר חשיב שומר, ע"ש כל דבריו.

קסב) רש"י ד"ה ור"נ תרגמה - מבואר לכאורה מפשטות דברי רש"י דחידוש הפרשה דשליחות יד הוא דאף שלא שלח יד אלא במקצתו מ"מ הוי כגזלן על כולו, משא"כ מצד הפרשה דגזילה אינו גזלן אלא על מה שגזל, וכ"כ בדברי רש"י בתרוה"כ סי' רצ"ב סק"ב, ע"ש. ולדבריו מאי דנתחדש בפרשה דשליחות יד לחד מ"ד דצריך חסרון, זהו בכדי שיחשב גזלן על כולה אף שלא שלח יד אלא במקצתה, אבל בעצם מה שגזל לא בעינן ליה חסרון כיון דלא בעינן ליה לחידושא דפרשת שליחות יד.¹⁷

והדברים מבוארים לכאורה גם בדברי רש"י לקמן דמ"ג ע"ב, ע"ש דאיתא בגמ' דבהגביה את החבית ונטל הימנה רביעית ונשברה משלם דמי כולה ואמר שמואל לא נטל ממש אלא כיון שהגביהה ליטול אע"פ שלא נטל לימא קא סבר שמואל שליחות יד א"צ חסרון ומשני שאני הכא דניחא ל' דתיהוי הא חבית כולה בסיס להא רביעית, וכתב רש"י, שתשמר אותה רביעית ולא תחמיץ ולעולם שליחות יד בדבר אחר צריכה חסרון והנוטל פקדון ומגביהו על מנת לשלוח בו יד כל זמן שלא חסרו אינו מתחייב בהגבהתו הואיל ולא נטלו על מנת לגזול את כולו אלא לשלוח בו יד ושליחות יד בלא חסרון לית' אבל יין שאינו משתמר אלא בכלי מלא הוה ל' כמי שנטל והניחו עם השאר להשתמר ונעשה שואל על כל שאר החבית, עכ"ל. הרי מבואר להדיא דהיכא שנטלה על מנת ליטול את כולה הרי הוא ככל גזלן דעלמא דא"צ חסרון, וכל דין שליחות יד דצריכה חסרון נא' רק באופן שלא נטלה על מנת לגזול את כולה, דבכח"ג בעינן לפרשה דשליחות יד לחייבו, ושליחות יד צריכה חסרון, כלשון רש"י, "ושליחות יד בלא חסרון לית'".

אכן יעויין לקמן דמ"ג ע"ב דס"ד דהש"ס לאוקמי' מוח' ב"ש וב"ה בהוול הפקדון בין שעת הגבהה לשעת הוצאה מן העולם, דב"ש ס"ל דשליחות יד א"צ חסרון

וכי חסר ברשותא ידי' חסר ומשלם כשעת הגבהה, וב"ה סברי שליחו"י צ"ח וכי חסר ברשותא דמרי' חסר ומשלם כשעת הוצאה מן העולם, ופי' רש"י, וז"ל: ודקא קשיא לך כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה אי בגזילה ממש דגזלה מעיקרא הכא נמי אבל הכא דבהיתרא אתא ליד' ומשום שליחו"י קמחייבת ל' בה פליג, עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דהטעם דכל שולח יד אינו חייב מדין גזלן דעלמא הוא משום דבהיתרא אתא ליד', והוא לכאורה דלא דברי התרוה"כ, דהא לדידי' הול"ל דהטעם דאינו חייב מדין גזלן הוא משום דאיהו לא נתכוון לשלוח יד בכל הפקדון.

ויש ללמוד מדברים אלו דאף דסתם שליחות יד מיירי בלא נתכוון ליטול כולה רק את מקצתה, מ"מ אין זה החידוש דפרשת שליחות יד דחייב על כולו, אלא החידוש הוא דחייב אף דבהיתרא אתא ליד', והיינו לכאורה משום דאף בגזל אס נטלה כולה לגזול את מקצתה חייב על כולה, ודלא כמו שהניח בתרוה"כ (כן צידד מו"ר זצ"ל, ואמר דכן מוכח לכאורה משואל שלא מדעת דהרי למ"ד שואל שלא מדעת גזלן הוא מחייבין ל' בכל החפץ שא"ג שאין דעתו ליטול את כולו אלא רק להשתמש בו, דהיינו, ליטול את תשמישו, ולתרוה"כ האידן יתחייב על כל החפץ, אלא מוכח כנ"ל דהיכא דדעתו להתשמש בו דינו כגזלן על כל החפץ, וה"ה בני"ד. אלא דנראה דיש לדחות, דס"ס התם השתמש בכל החפץ, ולכן נעשה גזלן על הכל, ויש לעיין בזה.

אלא דלפי כל זה צ"ב המבואר מדברי רש"י דבנטלה על מנת לגזולה הרי הוא ככל גזלן בעלמא דחייב בלא חסרון, אשר מבואר מזה לכאורה כדברי התרוה"כ דכל שומר מצי לחייב מדין גזלן וכל חידושא דשליחות יד הוא להתחייב על כולו, וצ"ע.

וצידד מו"ר זצ"ל, דהך טעמא דבהיתרא אתי ליד' מהני רק בנטלה ע"מ לשלוח יד במקצתה, אבל בנטלה על מנת לגזולה לא מהני הך טעמא למיפטרי'. וגדרן של דברים, דבנטלה על מנת לגזול את כולה נמצא דמשעה שנטלה לעצמו אין החפץ נמצא אצלו בשביל ה"היתרא" דמעיקרא אלא בתורת גזילה ולכן מצי לחייבו מדין גזלן אע"ג דבהיתרא אתי ליד', וכל סברת רש"י היא רק בנטלה על מנת לשלוח יד במקצתה דנהי דלגבי המקצת שגזל מצי לחייבו מדין גזלן מ"מ לגבי השאר מהניא סברת בהיתרא אתא ליד' לענין זה דלא חשיב כגזלן, ועדיין צ"ע בזה.

אכן מדברי התוס' ד"ה שנטלה והגביהה ע"מ לגזולה שכתבו "והיינו חסרון שהכל גזול ונטל לצורך עצמו", מבואר דאף בנטלה ע"מ לגזולה בעינן חסרון, אשר מבואר מזה דאף בכח"ג בעינן לחידוש דשליחות יד ולהכי בעינן בזה חסרון. ומאי דאינו ככל גזלן, היה אפשר לומר דס"ל דאף בנטלה על מנת לגזולה לא שייך גזילה משום הך טעמא דבהיתרא אתי ליד', ודלא כרש"י הנ"ל, אלא דע"י תרוה"כ הנ"ל שכתב דהיינו משום דבשומר כיון דיד שומר כיד בעה"ב, לא שייך לדון שקנינו בו עושהו גזלן, ודין גזל דבשומר אינו אלא מחידוש פרשת שליחות יד, אשר ממילא להך מ"ד בעינן אף בע"מ לגזולה חסרון, ומבוארים דברי התוס'. ונמצא דלשיטת רש"י החילוק בין ע"מ לגזולה לבין ע"מ לשלוח בה יד הוא בעיקר הדין, דע"מ לגזולה מדין גזילה הוא דחייב וע"מ לשלוח בה יד מדין המחודש דשליחות יד הוא דחייב, ואילו לשיטת התוס' הא מיהא פשיטא דאף בע"מ לגזולה מדין שליחות יד הוא דחייב, והחילוק שביניהם אינו אלא במה דבע"מ לגזולה הוי חסרון ולהכי חייב, וכמש"כ התוס'.

ולכאורה יש מקום לדון בדבריו, דהא דיד שומר כיד בעל הבית יתכן דהוי משום שהוא שומר עבורו, אבל בזמן שמכוין לגזולו בזה ליכא למימר דיד שומר כיד בעל הבית ושוב יתחייב מדין גזילה בעלמא, ויתכן דמהאי טעמא ס"ל לרש"י ושא"ר דשפיר שייך אף בשומר גזילה, וחידוש הפרשה דשליחות יד בדבר אחר הוא, כן העירני בני מנחם נ"י.

¹⁷ ומבוארת עוד נקודה בדברי רש"י, דלשאלה צעלמא ולשתמש כיון דלאו גזילה היא סגי בהשגה כל זהו רק בגזלן כריך להשיב למקומו. וביאור הדבר, ע"י חידושי ר' אלחנן - קובץ שיעורים השלם בשם כתבי תלמידים, דבגזלן דוקא שמשעה שנטל את החפץ קנאו ונתחייב בהשגה לכך בעינן השגה למקומה, משט"כ בשואל שגל מדעת שאינו קונה, חיובו אינו מדין השגה אלא חיובו הוא בכל רגע וקדע שמשמש, וכיון שמוניח את החפץ לו ליכא חיוב, ומש"כ בני" על המשנה דשואל שגל מדעת כריך השגה מהלייתא הוא רק למ"ד דשואל שגל מדעת גזלן הוא. והא דלמרינן דשואל לא בעי השגה מעלייתא, זהו דווקא בשואל שגל מדעת, אבל בשואל מדעת בעינן דעת בעלים מדיני השאלה, וכדאיתא לעיל דף ל"א ע"א הכל כריכים דעת בעלים. והנה מש"כ דשואל מדעת יס לו חיוב השגה, זהו לכאורה דלא כמש"כ דקא"ה"ח בכמה דוכתי דליכא בשואל חיוב השגה, דלא מוטל עליו חיוב להשיב אלא יבואר הבעלים ויקחו ממונם.

וכן מתבארת שיטת התוס' מתוך דבריהם בב"ק ד"כ ע"ב, ע"ש ד"ה נתנה לחבירו שהביאו קושיית הגמ' בחגיגה מכדי מגזל גזלי מה לי הוא מה לי חבירו, ומשני באבני בנין המסורות לגזר עסקינן, והקשו התוס' וז"ל: ואי"ת מ"מ למעול דהוי מתכוין לקנות ואפי' למ"ד שליחות יד צריכה חסרון הנ"מ כשאין מתכוין לקנות הכל וי"ל דאין אדם מועיל אלא במתכוין להוציא מרשות מי שהוא והכא הוא סבר שלו הוא, עכ"ל. ולכאורה צ"ב אמאי הוצרכו לומר שיתחייב מדין שליחות יד דמה שרוצה לקנות חשוב כחסרון (והוא פשטות כביאור התוס' בסוגיין) הו"ל להקשות בפשטות דהרי הוא רוצה לגזול כולה ולא בעינן בזה חסרון, דיש לחייבו מדין גזל בלא דין שליחות יד. אלא מבואר מדברי התוס' כנ"ל, אף בעל מנת לגזלה אין לחייבו אלא מדין שליחות יד, או מטעם התירו"ה או מטעם בהתירה אלתי ליד.

ולכאורה נחלקו הרמב"ם והראב"ד בזה, דהנה כתב הרמב"ם בפ"ד מה'ל גניבה ה"י דשומר שגנב מרשותו כגון שגנב טלה מעדר שהופקד אצלו וכו' אם יש עליו עדים חייב בכפל, והשיג הראב"ד דזה אינו כלום. וע"ש במ"מ שביאר השגת הראב"ד דלא מצינו כפל בשומר אלא בטוען טענת גנב הא לאו הכי לא "דאע"יג דאחר שגנבה מרשות הבעלים משלם כפל וכמו שנתבאר הוא עצמו ודאי לא ישלם", ע"ש שהניח דברי הרמב"ם בצ"ע. והנה הא פשיטא דבשליחות יד ליכא חיוב כפל, אלא מאי דכתב הרמב"ם דחייב כפל היינו משום דס"ל ע"ד רש"י דחייב מדין גניבה, ולא בעינן לדין שליחות יד אלא היכא דשלח יד רק במקצתה, וכיון מצד דחיוב גניבה אתנן עלה, שפיר אית בזה דין כפל. והראב"ד שהשיג, היינו משום דס"ל דאף גזילה אל שייך בשומר ואין חיובו אלא מדין שליחות יד, אשר בזה שפיר השיג דלית בזה דין כפל. (ממו"ר זצ"ל)

ובריטב"א החדשים כתב בשם הרמב"ן פירוש אחר בחידוש פרשת שליחות יד, דגזלן היינו שאין בדעתו לשלם ואילו שליחות יד חיובו אף כשבדעתו לשלם. וכן מבואר לכאורה ברשב"א לקמן בסוגיין, ע"ש.

קסג) תוד"ה שנטלה ע"מ לשלח בה יד- וקשה דבשלהי פרקין קאמר אפי' למ"ד בעי חסרון מודה בחבית וכו' והנה ע"ש ברש"י שכתב בד"ה דניחא לי וכו' שכתב בא"ד, וז"ל: אבל יין שאינו משתמר אלא בכלי מלא הו"ל כמי שנטל והניחו עם השאר להשתמר ונעשה שואל על כל שאר החבית, עכ"ל. ובחידושי הריטב"א החדשים תמה על המבואר מדבריו דאינו נעשה גזלן על ידי שליחות יד אלא על מה שנתכוין לשלוח בו יד ולא על הכל מכמה דוכתי דמבואר שנעשה גזלן על הכל.

אכן ביאור דברי רש"י, וכ"כ בתורה"כ הנ"ל, דודאי מצד חידוש דין שליחות יד נעשה כגזלן על הכל, אכן אין זה אלא מחמת חידושא דשליחות יד, אבל בגזלן בעלמא אינו נעשה גזלן אלא על מה שנתכוין לגזול, אשר ממילא, היכא דאיכא חסרון, או אפי' בלא חסרון למ"ד שליחות יד אינה צריכה חסרון, שפיר נעשה גזלן על כל שאר החבית, כבהני דוכתי שהקשה מהם הריטב"א, אבל למ"ד שליחות יד צריכה חסרון הרי בנידון דחבית לא נעשה שולח יד ואין בזה אלא חיובא דגזלן אשר אינו אלא על הרביעית שנתכוין לגזול, אשר זהו יסוד ראיית הגמ' שם דא"צ חסרון מדחייב על כולה, ולזה תירצו דמתכוין דנעשה בסיס וכו' חייב גם על השאר, אבל חיובו משום שואל, דמשום גזלן הרי אינו חייב אלא על מה שנתכוין לגזול, וכנ"ל.

אשר לפ"ז לרש"י לשיטתו לא קשיא קושיית התוס', דכיון דמה דמתחייב על כל החבית אינו אלא מדין שואל, הרי אף בייחוד לו מקום מ"מ הוי השבתי השבה, דכיון דאינו גזלן אין בזה דין והשיב, וע"כ דליכא לאוקמה סיפא דמתני' בנתכוין לשלוח בה יד. והתוס' שהקשו על רש"י היינו לשיטתייהו דס"ל דהא מיהא פשיטא אף בגזלן דמדחייב על מקצת חייב על הכל, ומפרשים הא דדף מ"ד כשא"ר דמה דהוי בסיס מועיל דליחשב חסרון, אשר ממילא נעשה מדין

שליחות יד גזלן על הכל. וכן הריטב"א שהקשה שם על רש"י היינו לשיטתו דהא דחייב על הכל לאו חידושא הוא אלא יסוד החידוש הוא דחייב אף בעל מנת לשלם, ומדאיתא לחידוש זה הדר פשיטא דחייב על הכל. וביאור שיטת רש"י כמשנ"ת.

ואיכא גם עוד נפ"מ בין רש"י ותוס' בזה, דלדעת רש"י מבואר בסוגיין וכן בדף מ"ד דבנטל על מנת לגזלה חייב משום גזילה ולא משום שליחות היד, דחיוב שליחות יד לא היה שייך בזה כיון דבעינן חסרון, ובנטל על מנת לגזלה ליכא חסרון ואילו מדברי התוס' מבואר להדיא דשפיר חשיב חסרון עצם מה שנטלה. ובדעת רש"י דחיובו מדין גזל ולא שליחות יד מבואר לכאורה דאי בעינן חסרון הוי חסרון ממש, ומאי דנוטלה לא חשיב חסרון.

וצידד מו"ר דיתכן דשורש פלוגתא דא הוא בגדר הך דינא דשליחות יד צריכה חסרון, דיש לפרשו בבי' אופנים, ד"ל דעד כמה דליכא חסרון לא חשיב שליחות יד, כלומר, דאע"ג דהשומר הגביהו, מ"מ עד כמה שלא חסרון אין כאן לקיחה ולא מיקרי שליחות יד. או י"ל באופן אחר, דשליחות יד שפיר חשוב, אלא דנלמד מקרא דין בחיוב שליחות יד דאינו אלא היכא במחסור. ועפ"ז י"ל דהתוס' ס"ל כצד הא' דלא בעינן חסרון אלא בכדי שיחשב שליחות יד, אשר בזה שפיר ס"ל דאם נטל על מנת לגזלה חשיב שפיר חסרון לענין שיחשב שליחות יד. אכן רש"י יתכן דס"ל דמאי דבעינן חסרון אינו בכדי שיחשב שליחות יד אלא דדין הוא בחיוב שליחות יד דיהא מחסור, ובזה מסתבר דאף דהוי לקיחה גמורה מ"מ לחיובא דשליחות יד בעינן שיהא מחסור.

קסד) רש"י ד"ה והא לא חסרה- ואי קשיא דלמא הא דהניח וכו' לאו משום שליחות יד הוא דליבעי לא היא דכי אמרינן בשומרין שאלה שלא מדעת בדבר שאינו כיחש וחסיר מחמת מלאכה אבל בעלי חיים המכחישים מחמת מלאכה תחלתו שליחות יד הוא- ע"י חידושי הרשב"א שביאר דבריו דכל דלקח ע"מ לחסר לאו שואל הוא אלא שולח יד, ובריטב"א החדשים כתב דיפה כיון.

אכן בתוס' הרא"ש ובתוס' ר"פ הקשו עליו, אמנם מתרי טעמי, דהרא"ש הקשה דאי איכא חיוב שואל שלא מדעת היכא דלא חסיר לא מסתבר כלל דלא יתחייב נמי מדין שש"מ היכא דחסיר, אתמחה. אולם ר"פ הוכיח ממשנה דהשואל דשפיר שייך שאלה בבהמה והכריח דכונת רש"י דחייב נמי משום שליחות יד אבל ודאי חייב גם משום שואל שלא מדעת, ושוב תמה דאין זה עונה על קושיית רש"י, ע"ש מה שפירש, והרא"ש לא הוכיח ממתני' כלום.

ונראה דהרא"ש הבין בדברי רש"י דר"ל דאף דשואל שפיר הוי, מ"מ חיובא דשואל שלא מדעת דגזלן הוא ליתא היכא דחסיר, דלית בזה אלא חיובא דשליחות יד, אשר לפ"ז לא הוקשה לו ממתני' דהשואל כלום, דהא ודאי מודה גם רש"י דשייך שאלה בבהמה, ולא דהחסרון בזה אינו בעצם השם שואל אלא בחיוב שואל שלא מדעת, דלא שייך לחיוב שואל ממש שהוא מדיני וחיובי השמירה ולא אמר אלא דלית בי' חיובא דשואל שלא מדעת שהוא משום גזלן, אשר בזה שפיר הקשה דאין סברא דמשום שחיסר יהיה פחות חייב. ור"פ שהקשה ממתני' דהשואל, הבין דשפיר היה בזה חיוב שואל שלא מדעת, אלא דס"ל לרש"י דבכה"ג דחסיר או פיתח לאו שואל הוא, אשר זהו דהקשה ממתני' דהשואל, וככל המשך דבריו, ולדידי' לא תקשה קושיית הרא"ש דהא יסוד הדברים הוא דחסר בשם שואל ואינה סברא בחיוב שואל שלא מדעת.

והנראה בביאור דברי רש"י, דשואל פירושו מי שלוקח דבר על מנת להחזירו כמו שהוא, אבל בבהמה, דכחש או פיתח, הרי לוקחו ע"מ שיהא בו פחת או הפסד, וזה לא חשוב שאלה אלא שליחות יד בשל חברו, והוא ע"ד שהבין ר"פ. ונהי דבשואל מדעת שפיר הוי שאלה אף בבהמה, התם פשוט הוא דכיון דמשאילו על דעת כן, הרי מוותר לו על הכחש או הפחת, והשאלה חל על הנשאר אחר הפחת. אכן בשואל

שלא מדעת, הרי ליכא דעת המשאיל המוותר על הפחת, והפחת הוא חלק ממה שנעשה על ידי לקיחתו, אשר בזה שפיר כתב רש"י דהיכא דעל ידי לקיחתו נפחת אין זה שואל אלא שואל אלא שולח יד.

וביישוב קושיית רש"י כתב הרמב"ן בחידושו, וז"ל בא"ד: אבל טעמו של דבר משום דהאי רועה לא שואל ולא גזלן הוי דכיון שאינו מבטלה ממלאכת הבעלים והיא רועה באפר והולכת עם הפרה במקום שדעת בעלים שתהא שם ואין זה דרכו להוציאה מרשות הבעלים וכו' אין זה שואל ולא גזלן שהרי לא נשתמש בכולה שיוציאה ממלאכת בעלים ומרשותם וכו', עכ"ל. ועי' חידושי הר"ן שהבין בדבריו דר"ל דאינו שואל משום דאין עליו שם שואל אלא כשכל ההנאה שלו, והכא כיון שמשתמר לבעלים אין כל ההנאה שלו. ועי' נ"י על המשנה שהקשה על פירוש זה ממאי דאמר רב ששת לעיל דמייירי במתני' בטלטה להביא עליה גוזלות וחייב משום דהוי שואל שלא מדעת דגזלן הוא, והא התם אכתי משתמר לבעלים ואין כל ההנאה שלו.¹⁸ ועי' שכתב דכיון דק"ל כר"ע דכלתה שמירתו אין הבעלים רוצים בשמירתו והוי שפיר כל ההנאה שלו. וכבר תמה עליו בתרוה"כ דהא רב ששת בא לאוקמי' מתני' כר"י דלא כלתה שמירתו ועדיין הקושי' במקומה עומדת, וצ"ע.

והנה יעייין ברמב"ן במלחמות שכתב כדבריו בחידושו, וז"ל: ונ"ל דשואל שלא מדעת לא שואל הוי ולא גזלן הוי עד שיתכוין לשאול כגון שטלטה ממקומה לצורך עצמו וכו' אבל רועה שהניח מקלו ותרמילו עליה אינו מתכוין לשאול ולא הוציאה מרשות הבעלים כלל שהרי בהמה זו הולכת עם שאר העדר וכו' וכיון שאינו משנה ממלאכת הבעלים אלא שהוא משתמש בה עמהם כאחר לא נעשה עליה לא שואל ולא גזלן אלא שולח יד בפקדון הואיל ומשתמש בה כלל שהרי שלח בה יד ונשתמש במקצת דמי וכו', עכ"ל. ונראה לכאורה מדבריו דאין כונתו דמאי דלא הוי שואל הוא משום שאין כל ההנאה שלו, אלא ר"ל דשואל לא הוי אלא כשטלטה לצורך עצמו, דזהו כלקחה מרשות הבעלים לרשותו, אשר זהו דבניד אינו שואל כיון שלא נטלה כלל אלא שהשתמש בה בעוד שהיא הולכת עם העדר. ולפי זה לא יקשה כלל מדברי רב ששת, דהא במתני' במה שנטל החבית להביא עליה גוזלת שפיר טלטה לצורך עצמו ולהכי שפיר הוי שואל, וז"פ לכאורה.

ומאי דבעינן שיהא בשואל כל הנאה שלו, י"ל דאינו אלא לחיוב אונסין דשואל, זאת אומרת, לחיוב שומר דידיו, אבל בשואל שלא מדעת שפיר י"ל דלא בעינן שיהא כל ההנאה שלו. ולפי ביאור זה בדברי הרמב"ן חשוב כל הנאה שלו אפי' באופן שהניח מקלו ותרמילו עליו, ואין החסרון אלא במאי דליכא הוצאה מרשותו, כנ"ל.

ועפ"ז יש ליישב מה שיש לכאורה להקשות מדברי הגמ' לקמן בעי"ב, רבא אמר לא תאמר שליחות יד לא בשומר חנם ולא בשומר שכר ותייתי משואל ומה שואל דלדעת בעלים קא עביד שלח בה יד חייב ש"ח וש"ס לא כל שכן, קא דילפינן שליחות יד בשומר חנם ושומר שכר בק"ו מחיוב שואל באונסין (אי שליחות יד בעי חסרון), ולדברי הרמב"ן יקשה האיך ילפינן משואל, הרי בשואל גופא ככה"ג שהניח עליו מקלו ותרמילו לא יתחייב כיון שלא הוציא מרשותו והאיך נילף מיני' בק"ו. ולמשנ"ת אתי שפיר, דליתא להך

מילתא אלא בשואל שלא מדעת דבאמת אינו שואל ואין לו חיוב מצד דין שומר, בזה הוא דבעינן שבכדי שיתחייב באונסין יוציאנה מרשות הבעלים, אבל בשואל ממש דמצד הא דכל הנאה שלו אמרינן דמצד דין שומר דידיו חייב באונסין, בזה לא איכפת לן אי לא חשיב שהוציאה מרשות הבעלים, ושפיר ילפינן מק"ו דכמו דבשואל דכל הנאה שלו חייב באונסין, כמו כן נילף מיני' בק"ו דגם בש"ח וש"ס מצד דין שומר דידהו יתחייבו באונסין היכא דשלח יד, דשליחות יד שפיר חשיב כל הנאה שלו אפי' בהניח מקלו ותרמילו. שו"ר שעד"ז ביאר מו"ר צ"ל.

ובתוס' הרא"ש יישב קושיית רש"י באופ"א, דדין שואל שלא מדעת הוא רק בדבר שהבעלים מקפידים עליו משא"כ בני"ד שהניח מקלו ותרמילו עליו לא קפדי אינשי בכך ולא שייך לחייבו מדין שואל שלא מדעת, וכ"כ הריטב"א. ומבואר מדבריהם דשליחות יד נאמר גם בדבר שאין הבעלים מקפידים עליו, ובטעם הדבר כתב הרא"ש דהך חיוב הוא מגוה"כ. ולכאורה יקשה על דבריו כעין מה שהקשינו על דברי הרמב"ן, האיך ילפינן לקמן אפי' שליחות יד צריכה חסרון דין שליחות יד בש"ח וש"ס בק"ו מחיוב דשואל, הרי שואל גופי' ככה"ג אינו מתחייב. והמוכרח בזה ע"ד שכתבנו בדברי הרמב"ן, דלא נאמרו דברי הרא"ש אלא בשואל שלא מדעת, בזה הוא דס"ל להרא"ש דבתשמיש שאין הבעלים מקפידים אינו חייב באונסין, אבל בשואל ממש הוי מתחייב מצד דין שומר שלו, אשר בזה שפיר חייב בתשמיש שאין הבעלים מקפידים ושפיר ילפינן מיני' בק"ו ש"ח וש"ס.

והנה דומה למה שהקשינו הקשה בנתי"מ סי' רצ"ב סק"ד, ע"ש שהקשה דהרי איכא למילף מהך ק"ו דרבא אף למי שאינו שומר, ומה שואל דלדעת בעלים קא עביד שלח בה יד חייב איניש דעלמא לא כל שכן. ועפ"משנ"ת אתי שפיר, דהך ק"ו יסודו שנלמד ממדין שומר יתחייב היכא דכל הנאה שלו כמו בשואל, ולא שייך ד"ז באיניש דעלמא.

ויעייין בבעה"מ שיישב קושיית רש"י באופן אחר, וז"ל: אלא לאו ש"מ שליחות יד א"צ חסרון והוה ל"י שואל שלא מדעת וגזלן הוי וכו' אמרינן שואל שלא מדעת גזלן הוי לשומר שהוא ברשותו איכא למפשט מינה שליחות יד אינה צריכה חסרון ואע"ג דתרת"י מילי עבדינן לה וכו' משום דשואל שלא מדעת גזלן הוי לא נפק מכלל דשליחות יד אינה צריכה חסרון משום דאיכא למימר לא הוי שליחות יד עד דמתכוין לגזלה אבל במתכוין לשואלה לא הוי שליחות יד אבל מכלל דשואל שלא מדעת גזלן הוי דאמרינן גבי שומר בודאי נפקא לן מינה שליחות יד אינה צריכה חסרון וכו', עכ"ל. ותמה עליו הרמב"ן במלחמות דמשואל שלא מדעת דהוי גזלן לא שמעינן דין שליחות יד דבעי חסרון. אכן המבואר מדברי בעה"מ ע"ד שכתבנו לעיל בשיטת התוס' שהוצרו לומר דבעל מנת לגזלה איכא שפיר חסרון, והיינו משום דבשומר לא שייך גזילה וקנין כלל כיון דיד שומר כיז בעל הבית, וכמש"כ בתרוה"כ הנ"ל, או בנוסח אחר, כמו שראיתי באבי עזרי פ"ג מהל' גו"א הי"א, דכיון שהחפץ הוא כבר ברשות השומר אין במשיכתו משום קנין, ע"ש שכתב כמעט ככל דברינו בזה, להכי אינו חייב גם בגזלן גם בשואל שלא מדעת אלא משום חידוש הפרשה דשליחות יד ולעולם חיובו משום שליחות יד הוא. אשר לפ"ז מובנים דבריו היטב, דממאי דמחייבין שואל שלא מדעת בפקדון כגזלן, אע"פ דליכא חסרון, מבואר דחידושה דשליחות יד אף בלא חסרון נאמרה, אכן ממאי דמחייבין השולח יד גרידא לעולם לא שמעינן דשואל שלא מדעת בשומר גזלן הוי. וכדברי בעה"מ מבואר להדיא בדברי הראב"ד בשט"מ, ע"ש שכתב, וז"ל: ונראה לי דהא דאמרינן שואל שלא מדעת בפקדון גזלן הוא משום שליחות יד קאמר ורב ששת אוקמה למתני' בשטלטה להביא עליה גוזלות ושואל שלא מדעת

¹⁸ ולכאורה י"ל ליישב קושיית הג"י על הר"ן, דנאופן שמתלטל החבית צכדי לעלות עליו לשוין חשיב שפיר כל הגאה שלו אף שהחבית משתמר ללא הוי חסרון במה משתמר ללא בזמן שהוא עושה פעולה שתשתמר, כגון בדועה שזקוקה לרעות כרעון הבעלים, אבל הכא נהי דהחבית משתמרת, מ"מ כל הפעולה שנעשה על יד הטלכול אינו ללא לטובת ונזנחת השומר, אשר חשיב זה שפיר כל הגאה שלו.

גזלן הוא משום שליחות יד קאמר וקסבר אינה צריכה חסרון וכו', עכ"ל, וביאור דבריו כמשנ"ת. והנה כתב הרמב"ם פ"ד מהל' גניבה ה"י, וז"ל: שומר שגנב מרשותו כגון שגנב טלה מעדר שהופקד אצלו וסלע מכיס שהופקד אצלו אם יש עליו עדים חייב בכפל וכו', עכ"ל. ובהשגות הראב"ד כתב, וז"ל: א"א זה אינו כלום, עכ"ל. הרי מבואר מדבריו הרמב"ם דשפיר איכא דין גניבה דכל התורה גם גבי שומר, דאילו מדין שליחות יד ליכא חיוב כפל אלא חיוב אוסין גרידא. והראב"ד שהשיג דין זה כלום, היינו לשיטתו דס"ל דליכא חיוב גניבה או גזילה בשומר כלל, וכנ"ל, וכל חיוב שומר גזילה אינו אלא מדין שליחות יד, אשר ממילא לא שייך בזה חיוב כפל כלל, ודוק. (וכ"כ גם באבי עזרי שם, ע"ש שכתב עוד טעם לדברי הראב"ד.)

והנה כתב הרמב"ם פ"ג גזילה ה"ב, וז"ל: הגביה את החבית ליטול ממנה רביעית נתחייב באונסי' אע"פ שלא נטל וכו', עכ"ל. וע"ש בהשגות הראב"ד שכתב דבכה"ג אינו חייב על הכל, רק היכא דהגביה ע"מ ליטול הכל ולא נטל עד עכשיו אלא רביעית, בכה"ג הוא דחייב. והראב"ד בחזון יחזקאל שכתב בשם הגר"ח דתליא בהנ"ל, דלשיטת הרמב"ם דחייב כפל דגניבה הרי מוכח דס"ל דאף בשומר שפיר שייך פרשה דגניבה וגזילה, על כן ריבוי הפרשה דשליחות יד לרבות בא, וס"ל דמרבה דמקצת ככולה, ע"ד שכתבנו לעיל בדעת רש"י. אכן הראב"ד לשיטתו הרי ס"ל דלעולם אין לחייב שומר מצד הפרשה דגזילה, וכמשנ"ת, וחדוש הפרשה דשליחות יד ע"כ דהוא דשייך כלל כמין גזילה בשומרים, אכן לא נתרבה בזה עוד דינים, אשר על כן ס"ל דאינו חייב משום שליחות יד אלא על מה שחשב לשלוח בו יד, ודוק.

קסה) על שקלינהו- ע"י פי' רש"י, וע"י ריטב"א החדשים בשם הראב"ד שפי' באופן אחר, דהקושי' אף לר"ע, "ומשום דהניח מקלו ותרמילו פעם א' חשבת ל"י שולח יד בפקדון והלא אין קפיידא בדבר זה לבעלים ואפילו לאיניש דעלמא וכ"ש לגבי שומר דאפילו למ"ד שליחות יד בפקדון אינה צריכה חסרון צריך הוא שיהא דעתו לחסר ואוקמא שמואל בעודן עליה בשעה שבא הארי כל' שהוא רגיל לעשות כן תדיר להניחן עליה לזמן מרוכה עד כדי שראוי לחסרה ולהכחישה בכך שהבעלים מקפידים בכך ושליחות יד הוא". יסוד דבריו, דשליחות יד הוא בדווקא במאי דקפדי הבעלים, ולא קפדי אלא היכא דראוי לחסרה אף שעדיין לא חסרה (למ"ד א"צ חסרון), ויסוד דהקושי' בסוגיין היתה דכיון דלא קפדי בעלים לא חשיב שליחות יד כלל, אשר זה קושי' לר"ע כמו לר"י. ובדעת רש"י ודעמ"י שהבינו דשפיר הוה חשיב שליחות יד רק שנתקיימה ההשבה על ידי שהורידה, צ"ל לכאורה דאף דלא קפדי בעל, יסוד שליחות יד אינו תלוי בקפיידא אלא דין הוא בשומר שאינו יכול לשהתמש בפקדון, ולמ"ד דא"צ חסרון הרי זה שפיר חשיב שליחות יד אף בלא חסרון כלל, אם אך השתמש בו, כגון בהך דהניח מקלו ותרמילו.

קסו) וקא סבר שואל שלא מדעת גזלן הוי- לכאורה קשה, להני שיטות שכתבו דחידוש הפרשה דשליחות יד הוא דחייב אף שלקח ע"מ לשלם, דבכה"ג לא חייב בגזילה, האיד חייב משום גזלן שואל שלא מדעת, הא ע"מ לשלם הוא. וע"ז היה אפשר לומר בפשטות דהע"מ לשלם בזה הוא שיחזיר את החפץ, אבל על ההשתמשות הרי אינו משלם ומפאת זה שפיר הוי גזלן. וכבר עמד בזה בברכת שמואל למכילתין ס"י ל"ה אות ג', וביתר ביאור בשיעורי ר' ברוך בער ס"י נ"ד, וכתב דאיכא תרי גווני גזל, הא' מצד הקנין, והב', מצד מעשה ההפסד, ע"ש שה"ר מביאורו של הגר"ח במש"כ הרמב"ם דהחוטף משכון הוי גזלן ומ"מ פסק דאינו חייב אלא כשומר שכן, וביאר הגר"ח דמאי דאינו חייב היינו משום דמשכון הוי כעל מנת לשלם, ובכה"ג נהי דליכא חיוב גזלן, מ"מ שפיר עובר אלאו דגזילה, ומאחר דשפיר הוי גזלן, בתברא ושתיא יהיה חייב. ויסוד לזה הביא

ממאי דס"ל לר' מאיר דמשנה מדעת בעל הבית גזלן הוא, אשר פירוש, דמעשה השינוי מדעת בעל הבית הוא מחייבו משום גזילה בצירוף הא שלא ניתן לו לכך. ומאי דכתבו הראשונים הנ"ל דעל מנת לשלם לא הוי גזילה, אין זה אלא במאי דמחייבין משום הקנין, בזה דיסודו מה שהוא אצלו ולא אצל הבעלים שפיר אמרינן דאם הוי על מנת שישלם חסר בגזילה לענין החיובים, אכן במה שמחייבים אותו עבור מעשה ההפסד, בזה ליכא לחלק בהכי וחייב אף דהוי על מנת לשלם. אשר לפי"ז ה"ה בנ"ד, יסוד חיובו דשואל שלא מדעת הוא לא מצד הלוקחה גרידא אלא מצד ההשתמשות (בצירוף הלוקחה, וכנ"ל) אשר בזה ליכא חסרון במאי דהוי על מנת לשלם, עכתי"ד. ויסוד דבריו נבנה אמאי דאף היכא דהוי על מנת לשלם מ"מ עבר אלא תגזול, כנ"ל.

אכן נראה דלכל הפחות נחלקו הראשונים בזה, דהנה במה דאיתא בקידושין ס"ט שהיו נותנים עצה לממזר לטוהר על ידי שיגנוב וימכר לעבד ושוא שפחה וכו', הקשו הראשונים האיד משיאין אותו עצה לעבור על איסור גזילה, וכתב בתוס' ר"ד דמיייר בגונב על מנת לשלם דליכא איסורא, הרי להדיא דליכא איסורא כלל בכה"ג, ושוב ליכא למימר דחייב עבור מעשה ההפסד או ההשתמשות משום גזילה.

מ"א ע"ב

קסז) רבא אמר לא תאמר שליחות יד לא בשומר חנם ולא בשומר שכר ותיתי משואל וכו'- ע"י רש"י שפי' דהאי שואל דהוה ילפינן מיני' ר"ל חיוב שואל באונסין, והיינו טעמין, דהרי לא כתיב שליחות יד גבי שואל. ויש לכאורה מקום עיון בזה, דהא חידוש הפרשה דשליחות יד לשיטת רש"י, כפי שכתב בתרוה"כ הנ"ל, הוא דנאמר דין מקצת ככולו מה דלא נאמר בגזילה, וזה הרי לא הוה מצינן למילף מחיוב אונסין דשואל. שו"ר שכה"ק הגרע"א, ע"ש מה שהקשה עוד ונשאר בצ"ע. וכן לשיטת התוס' ודעמ"י חידוש הפרשה דשליחות יד הוא דאיכא מושג דגזילה גבי שומר, וכמו שהארכנו לעיל, וזה לא שמעינן מחיוב השואל דאינו שייך לגזילה כלל, וצ"ע.

ואפשר ד"ל בזה ע"פ המבואר לעיל אות קס"ד בדברי הרמב"ן, דיסוד הלימוד מהך ק"ו מחיובא דשואל הוא לא דין גזל דשליחות יד אלא חיוב שליחות יד אשר הוא מדיני שומרים, דהא ילפינן לה מעצם חיובא דשואל, וע"ש עוד דנתבאר דבאמת אף בהניח מקלו וכדומה חשיב שפיר כל הנאה שלו, אשר לפי"ז שפיר איכא למילף דין שליחות יד אפי' במקצת מחיובא דשואל, דילפינן מהתם דהיכא דכל ההנאה שלו חייב השומר באונסין, וה"ה בשליחות יד דכל שומר, דהרי בשליחות יד שפיר הוי כל הנאה שלו, וכנ"ל. וכן לא יקשה על התוס' האיד ילפינן משואל, דהרי חיוב זה דילפינן הרי הוא מדיני שומרים ולא חיוב גזל, אשר בזה ודאי דליכא חסרון במאי דלא שייך גזל אצל השומר, דאדרבה, חיובו הוא מדיני שומרים.

והנה הקשה שם הגרע"א עוד מהיכן למעשה ילפינן דשואל שלא מדעת גזלן הוא, דמשואל ליכא למילף דא"כ דיו לבוא מן הדין להיות כנידון והיה פטור בבעלים, ומשליחות יד ליכא למילף דהרי התם בעינן חסרון או עכ"פ שיהא על מנת לחסר, ומהיכן נילף חיוב שואל שלא מדעת בתשמיש שאינו מחסר, ע"ש שכתב דידעינן מסברא דחשיב שש"מ כגזלן, אלא דהקשה ע"ז דא"כ נילף אמאי איצטריך קרא בשליחות יד, נילף משואל שלא מדעת, והניח בצע"ג. וע"פ משנ"ת א"ש גם קושי' ז', דאם אך נבוא למילף חיובא דשליחות יד משואל שלא מדעת הרי לא יהיה חיובו מדיני שומרים שהרי אין שש"מ שומר כלל, ועד כמה שלא יהיה חיוב שליחות יד מדיני שומרים שוב

צדקו דבררי הגרע"א בקושייתו הא' דליכא למילף דמקצתו ככולו, דהא בגזילה ליתא לדבר זה, ודוק. ועי' פ"י הר"ח שפי' באופן אחר, דטענת רבא היא שלא הו"ל למיכתב פרשה דשליחות יד גם בשומר חנם גם בשומר שכר אלא הוה למיכתב גבי שואל ושוב הוה ילפינן מיני' גם ש"ח וגם ש"ש. אשר לפי דבריו מדן שליחות יד דשואל הוה דילפינן ולא יקשה כנ"ל. ולדברי הר"ח צ"ב קצת לישנא דהגמ' בק"ו ומה שואל דלדעת בעלים קעביד, דשליחות יד דשואל הרי לא הוי לדעת בעלים. ועי' שכתב דידעינן דאיכא דין שליחות יד בשואל מו' מוסיף על ענין ראשון, וטענת רבא, דמחר דלמעשה איכא דין שליחות יד בשואל, נכתבי' להדיא ונילף ש"ח וש"ש מיני'. ולדידי' צ"ל דעדיין חשיב מה דבעצם השאלה היא לדעת בעלים לקולא, דעכ"פ היתה דעת הבעלים שישתמש בה ואינו אלא משנה התשמיש.

קסח) חזא לומר לך שליחות יד אין צריכה חסרון- ע"י בטור ס"י רצ"ב שכתב דחיובא דשואל שלא מדעת הוה משעת השתמשות ולא משעת קנין. ועי' בב"ח שכתב דכן מבואר מדברי התוס' בסוגיין, והיינו, ממש"כ דלא הוה מצי למילף משואל דשליחות יד א"צ חסרון דכיון דהוי מדעת בעלים הוי משעת קנין כאילו כבר השתמש בו, משא"כ בשליחות יד. ולפי זה בשואל שלא מדעת דלא הוי מדעת בעלים וליכא גם ריבוי הקרא, קיימינן דאינו חייב אלא מזמן שהשתמש בו.¹⁹ אכן יעויין בריטב"א החדשים בסוגיין שכתב כפי' התוס' במאי דלא ילפינן שליחות יד משואל, ומי"מ כתב להדיא דחיוב שואל שלא מדעת הוה משעת משיכה. (וכבר הביא זה במח"א דיני גזילה ס"י י"ח, ע"ש.) ונראה מזה, וכ"כ שם במח"א, דמאחר דילפינן דשליחות יד א"צ חסרון ושוב חייב משעת משיכה, כן הוה גם בשואל שלא מדעת, ונמצא דלמסקנא אף לשיטת התוס' חייב שואל שלא מדעת משעת משיכה, ודלא כהטור.

ובגוף פלוגתת הראשונים בזה איכא למימר דפליגי ביסוד חיובא דשואל שלא מדעת, דאיכא לפרשו בבי' אופנים, ד"ל דכיון שאינו גוזל עצם החפץ, שהרי אין בדעתו אלא לשואלה, ע"כ דדין גזל דידי' הוה מצד ההשתמשות. או י"ל, דיסוד חיובא דשואל שלא מדעת לעולם הוה מצד לקיחת החפץ, ולקיחה אף בתורת שאלה אם הוי שלא מדעת בעלים חשיב גזילה. ונראה דבזה הוה דחלקו הראשונים הנ"ל, דהטור ס"ל דחיובא דשואל שלא מדעת הוה מצד ההשתמשות, אשר ממילא פשוט לדידי' דאינו חייב אלא משעה שהשתמש בה. אכן הריטב"א ודעמ"י ס"ל דחיובא דשואל שלא מדעת הוה משום לקיחת החפץ, אשר ממילא שפיר ס"ל דחיובו הוה משעת משיכה. ובגוף דברי התוס' לכאורה צ"ב, שכתבו דבשומר כיון שמשך את הפקדון על מנת להשתמש בו הרי הוה כאילו השתמש בו, משא"כ כמשך השומר להשתמש בו שלא כדן, בזה לא חשיב כאילו נשתמש בו וליכא למילף משואל, וצ"ב מה הועילו בתירוצם, הרי מבואר לעיל בע"א בהניח מקלו ותרמילו (עכ"פ לדברי הריטב"א בשם בראב"ד ודעמ"י) דלא חשיב שליחות יד אלא היכא דהוי עכ"פ על מנת לחסר, והכא גבי שומר אף דהוי כאילו השתמש מ"מ הרי אינו על מנת לחסר ומי"מ חייב, וא"כ שפיר דנילף משואל לשליחות יד לחייבו באונסין אפי' בתשמיש שאין בו חסרון, וכבר עמד בזה בנתיח"מ ס"י רצ"ב סק"ד.

ובר מן דין יש לעיין בדברי התוס', דהלא עיקר דיונו הוה דנילף משואל דא"צ חסרון, ובסוף כתבו דשואל חייב אפי' קודם שנשתמש בו, ואף בתירוצם כתבו דהוי כאילו השתמש, ולכאורה הוה להו למימר דחייב שואל אפי' בלא חסרון, ולא דהוי כאילו השתמש, דהא הנידון הוה באי בעינן חסרון, וכן העיר מו"ר זצ"ל. וכן צריך ביאור קצת מהו יסוד זה דחשיב כאילו השתמש.

וביאר מו"ר זצ"ל, דנראה דבסתם שואל ליכא למימר אי בעינן חסרון או לא, דעצם מה שיש לו זכות להשתמש בבהמה ואין הבעלים יכולים לחזור בהם חשיב שפיר חסרון. ונתייבבה בזה קושיית הנתיח"מ דבסתם שואל פשיטא דאיכא חסרון, דאפי' שאל את הבהמה לתשמיש שאין בו חסרון כלל חשיב שפיר חסרון. ונידון התוס' לא היה אלא בההיא דהשואל דאמרין דמשבקע בוא קנאו, דהנה בסוגי' שם מבואר דהשואל קרדום מחבירו נתייבב באונסין לאלתר משעת משיכה ולענין חזרה הוי הדין דעד שלא בקע יכול לחזורף ומשבקע בו קנאו ואינו יכול לחזור. ובכח"ג הוה שדנו התוס' דליכא חסרון בשעת משיכה, דעד שלא השתמש בו יכולים הבעלים לחזור ולא חשיב חסרון, וזהו הראיה שהביאו התוס' דשואל אין צריך חסרון. ונמצא דעיקר הקושי' היא משום דעדיין לא השתמש בו, אשר זהו שכתבו התוס' דאע"פ שלא השתמש כיון שהוא מדעת הבעלים חשיב כאילו נשתמש, כלומר, דאף דלמעשה יכולים הבעלים לחזור עד שיבקע, מ"מ לענין דליחשב חסרון די במאי שמשך בו על דעת שיהיה לו קנין (חסרון) על ידי שיבקע, חשיב כבר עכשיו כאילו השתמש, כלומר, דחשיב שפיר חסרון, וחשיבא שפיר משיכה שיש בה חסרון.

קסט) חזא שלא תאמר דיו לבוא מן הדין להיות כנידון וכי'- מה דמחלקין בסוגיין בין שואל לבין ש"ח וש"ש בדין פטור דבעלים, פשוט לכאורה דאינו באמת חילוק בין שליחות יד דשואל דאית בי' פטור דבעלים, לבין שליחות יד דש"ח וש"ש, אלא יסוד החילוק ע"פ דברי רש"י הנ"ל הוה בין דין שליחות יד (ואף דשואל) לבין חיוב אונסין דשואל, דהא מיני' הוה דהוה ילפינן ובי' הוה דאמרין דאיכא פטור דבעלים. אבל שליחות יד דשואל לית ביד פטור דבעלים כמו דליתא גבי ש"ח וש"ש. וכ"כ בקצוה"ח ס"י שמ"ו סק"א ע"פ המבואר בסוגיין, אלא דיעו"ש שהביא מש"כ בשו"ת בית יעקב דבשליחות יד דשואל איכא פטור דבעלים. והנה ע"פ פ"י רש"י בסוגיין ליכא מקור לזה מסוגיין כלל, אכן דבריו יתכנו ע"פ פ"י הר"ח בסוגיין, דלדבריו הרי שפיר ילפינן משליחות יד דשואל, ומאי דאיתא דהוה אמרין דיו לבוא מן הדין להיות כנידון ואיכא פטור דבעלים לדידי' הרי עולה על שליחות יד דשואל, ומבואר להדיא מדבריו דבשליחות יד דשואל איכא פטור דבעלים עמו. והנה לדברי הר"ח היה אפשר לומר דיודה למסקנה דליכא פטור דבעלים בשליחות יד דשואל דכל מאי דהוה אמרין הכי הוה אילו הוה כתיבא דין שליחות יד בשואל ומיני' הוה ילפינן, ומדכתיבא דין שליחות יד בשואל הוה אמנא דבעינן דבעלים וגם הוה אמרין דיו וגם בש"ש הוה אמרין דאיכא פטור דבעלים, (אלא דיש לעיין קצת דלכאורה לא הוה בעינן לזה לומר דיו, דהא כמו דאיכא פטור דבעלים בשואל כך איכא גם בשומר שכר, וכמו דגבי שואל גופי' הוה פשיטא לי' דאיכא פטור דבעלים כמו כן בש"ש). אך למאי דמסקינן דכתיבי בש"ש וש"ח חד דלא נימא דיו, הרי מעתה כתיבי בש"ש וש"ח ולמעשה לא כתיבא בשואל, ולא ילפינן דין שליחות יד בשואל אלא מדן ו' מוסיף על ענין ראשון, ומעתה ליכא לחלק בינייהו ואדרבה, מדליכא פטור דבעלים בשליחות יד דש"ש וש"ח שוב ממילא ליכא בשואל, דהא ילף מינייהו, ובש"ש אף דאיכא פטור דבעלים מ"מ בשליחות יד דש"ש ליכא וא"כ ה"ה והוה הטעם גבי שואל. ודברי בבית יעקב שכתב דלמעשה איכא נפ"מ בינייהו לענין בבעלים צ"ב.

¹⁹ ומו"ר זצ"ל צידד לז' לזון צעיקר ראיית הב"ח, ללא נאמרו דברי התוס' אלא כשאל ממך דחיובו משום שומר, כמשנ"ת לעיל, ובהו הוה שכתבו התוס' דהחיוב דשואל הוה משום דחשיב כאילו הוה נשתמש, אבל כשאל שאל מדעת דאינו שומר ואין חיובו אלא משום שהו"ל מרשות הבעלים, אין צריך לזונו כאילו נשתמש ודי במשיכה לזדה לחייבו.

ויש לעיין מה נפ"מ במאי דאיכא דין שליחות יד בשואל, הרי בכל מקרה חייב באונסין. ולהני דיעות דבשליחות יד דשואל ליכא פטור בעליו עמו ו"ל דנפ"מ לענין דין בעליו עמו דבעליו עמו אינו חייב מדין חיוב אונסין דשואל רק מדין שליחות יד. אכן לדעת הר"ח דאף בשליחות יד דשואל איכא פטור דבעליו עמו ליכא למימר הכי. ואפשר דנפ"מ לענין חיוב השבה, דמדיני שואל יתכן דליכא חיוב השבה מעלייתא, כאשר האבנו לעיל מדברי הקצוה"ח, ואילו מדין שליחות יד בעינן השבה מעלייתא, וצ"ע בזה.

קע) אתה אומר לשבועה או אינו אלא לדין וכו' - (עי' רש"י) מס"ד זו דונקרב פירושו לדין, מבואר לכאורה דאיכא דין מסויים בשומרים דבעינן טענת פטור לפוטרו, אשר להכי הוה בעינן טענה לדון דין טוען טענת גנב, וכן דקדק מו"ר זצ"ל, ואף דלמסקנא בעינן שבועה לדין טט"ג, מ"מ יש לפרש דאין פירושו דלא בעינן טענת פטור, אלא דלא סגי בהכי ובעינן נמי שבועה, כן דקדק מכאן מו"ר זצ"ל, עי' מה שהאר"ק בזה בשיעור בענין השוכר פרה והשאלה לאחר.

מ"ב ע"א

קעא) וא"ר יצחק אין הברכה מצויה אלא בדבר הסמיו מן העין - עי' מהרש"א שפי' דמטעם עין הרע אתינן עלה. אכן יעויין מש"כ רבנו בחיי ריש פרשת כי תשא, וז"ל בא"ד: והענין הזה הוא יסוד התורה שאין לאדם חלק בתורת משה רבנו ע"ה עד שיאמין שכל דברינו ומקרינו כלם נסים נסתרים אין להם טבע ומנהגו של עולם לא ליחידים ולא לרבים אבל בעשותו המצוה יצליחנו שכרו ובעשותו העברה יכריחנו עונשו וכו' שאין לך כל יחיד ויחיד בישראל שלא יארע לו בכל יום נסים נסתרים והוא אינו יודע וכו' וכדי להורות שהנסים הנסתרים הם עם האדם בכל יום לכך ביארו לנו חז"ל מאמר אחד הוא שאמרו הנכנס למד את גרנו אומר יהי רצון וכו' ואם מדד ואח"כ ברח הרי זו תפילת שוא שאין הברכה מצויה וכו' אלא בדבר הסמיו מן העין וכו' כוונת חכמים לומר בזה שהנסים הנסתרים הם בכל יום ויום ושהוא בדבר שאינו מנוי ומדוד כי אם היתה הברכה חלה במנוי לא היה נס נסתר אלא מפורסם ואין כל אדם זוכה לנס מפורסם וכו', עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דיסוד מאי דאין הברכה מצויה אלא בדבר הסמיו מן העין לאו מטעם עין הרע הוא אלא משום דבכה"ג נס מפורסם הוא ואין כל אדם זוכה לנס מפורסם. וכן משמע לכאורה מלשון רש"י חגיגה ד"ח ע"ב ד"ה הרי זו תפילת שוא שכתב, וז"ל: דשוב אין ברכה נכנסה בה, עכ"ל, ומשמע להדיא דאין זה משום עין הרע אלא על דרך רבנו בחיי. אלא דיעויין בהמשך דבריו שכתב, וז"ל: ועל מכוון זה אמר מדד ואח"כ ברח הרי זו תפלת שוא שכיון שנמדד א"א בזה נס נסתר ועין הרע שולטת בעצם הדבר המדוד וכן בעצם הדבר השקול והמנוי, עכ"ל, הרי דהביא גם מאי דאית בזה משום עין הרע, וצ"ב מהו הרכב ב' הענינים אשר לכאורה ב' ענינים נפרדים לגמרי הם.

ואולי י"ל דאילו היו נסים נסתרים מצויין בדבר מפורסם פשיטא דלא היה בזה גם משום עין הרע, דכי מד' יחסר דבר, אלא כיון דעל הכלל ליכא נס מפורסם, שוב שולט בו נמי עין הרע, ונמצא דגם מצד עין הרע איכא קפידיא על דבר הסמיו מן העין. ולפי"ז נמצא דב' הענינים איכא בזה, ואפשר דלשון דבר שאין העין שולטת בו משמעותו עין הרע. ועוד יתכן דמאי דהוי תפילת שוא אינו אלא משום דאם אף ליכא נס שוב אית בזה עין הרע ובלאו הא דעין הרע אפשר דלא היה זה תפילת שוא, אשר בזה מדוקדק לשון רבנו בחיי, ע"ש ודוק.

ועי' תוס' הרא"ש ועו"ר שכתבו דמאי דבעינן דבר שאין העין שולטת בו משום עין הרע נגעו בה, ולהנ"ל אין מזה סתירה לדברי רבנו בחיי. לכאורה מהמשך

סוגיין מבואר דאין הטעם משום עין הרע, וכבר העיר על כך בתו"ח, דהא איתא דההולך למד וכו' אחר שמדד הר"ז תפילת שוא, דאין הברכה שרויה אלא בדבר הסמיו מן העין, והרי התם בדידי' מייירי אשר ודאי אין עינו רע בשל עצמו. אכן מדברי רבנו בחיי הנ"ל מבואר דאף במודד גורנו איתא משום עין הרע, דאיכא עין הרע אף מצד עצמו.

וכן מבואר להדיא בדברי הרמב"ן בהאמונה והבטחון פרק כ"ד, ע"ש שכתב דמאי דפסקה לאה מלדת אחר שילדה את יהודה, וז"ל: ולפי פשט ההמון בנוהג העולם לפי ששלטה בה עין הרע באמרה הפעם אודה את ד' כלומר אחר דעתה שנטלה יותר מחלקה וכו', עכ"ל.

וכן מבואר גם בדברי התוס' ר"ד בב"ק סו"פ מרובה, ע"ש דף פ"ג ע"א שכתב, וז"ל: מאי דכתיב עיני עוללה לנפשי מכל בנות עירי וכו' והכי קאמר עיני העלילה לעצמה בעין רעה יותר מבנות עירי שאני בעצמי שמתי בי עין רעה מרוב טובה שהייתי רואה לעצמי יותר ממה שהכניסו בי עין רעה כל בנות עירי ואין רעה שבי שלטה בי ולקיתי וחסרתי כל אותה הטובה וכו', עכ"ל. וחזינן מדבריהם דאין עין הרע מה שאחר עינו צר ורע על ריבוי של חבירו, דהא ודאי לא שייכא בעין הרע על עצמו, אלא הרי עין הרע הוא כח מסויים שעל ידי שאדם מחשיב סכום דבר מסויים (או איכותו) נמצאת בבריאיה כח מסויים המחסרו ומזיקו, וזה שפיר שייך אף בעצמו.

ולכאורה יש לעיין מה הנפ"מ בין דרשת ר' יצחק לבין דרשת ר' ישמעאל, עי' מהרש"א שכתב דליכא ביניהו נפ"מ ומשמעות דורשין איכא ביניהו. והמהר"ל בחדושי אגדות כתב "כי דברי ר' ישמעאל יותר מרבי יצחק כי רבי ישמעאל אמר בדבר שאין העין שולט בו דהיינו שהוא כמו אוצר שלא יוכל האדם לראות וזה שהוא בפנים אבל דבר הסמיו מן העין שהוא רואה אותו לפניו כמו כרי של תבואה ואינו מדוד העין שולט בו רק שאינו יודע כמה הוא ולפיכך בברייתא שאחר כך אייתי קרא באסמין אין ברכה אלא בדבר הסמיו מן העין משום דהולך למד גורנו קטני והעין שולט בו רק שהוא סמיו מן העין ואפילו הכי ברכה יש בו אבל באוצר שאין העין שולט בו הוי ברכה טפ"י, ע"ש מש"כ עוד בזה. ואולי אפשר לפרש באופן אחר, דר' ישמעאל ור' יצחק מתרי טעמי אתיין, דר' ישמעאל שאמר דאין הברכה שרוי אלא בדבר שאין העין שולט בו מצד עין הרע אתי עלה, ועין הרע תלוי באם רואים אותו או לא, אשר זהו לישנא דעין שולט בו או אין שולט בו כדברי המהר"ל, אכן ר' יצחק לא מצד עין הרע אתי עלה אלא מצד הברכה עצמה דלא שייך אלא כשהוא נסתר, אשר זה אינו תלוי באי העין שולטת בו אלא בדבר שמנינו סמיו מן העין. ועפי"ז אתי שפיר היטב מאי דההולך למד את גרנו הביאו הא דאין הברכה שרויה אלא בדבר הסמיו מן העין, דדווקא חסרון זה אשר הוא בברכה עצמה הוא דשייך התם ולא עין הרע. והתוס' הרא"ש שכתב דטעמא משום עין הרע כתב כן להדיא אההך דאין הברכה שרויה אלא בדבר שאין העין שולטת בו, אך למ"ד דבר הסמיו מן העין אף לדידי' שפיר יתכן דלאו מהאי טעמא הוא אלא משום דאין הריבוי דבר נסתר, וכמשנ"ת, ודוק.

ובהך מילתא דלאחר שמדד הרי זו תפילת שוא, עי' מאירי תענית ד"ט שכתב, וז"ל: וגדולי המפרשים שואלים על מה הוא מברך אם על שלא ירקבו הרי בכל שעה הוא צריך לה ואע"פ שאין הברכה מצויה בו תפלת שוא מיהא למה ולדעתי כל שהוא מברך שלא יפסיד פירותיו אין כאן תפילת שוא אלא שעל התפלה הנזכרת הוא אומר כן יה"ר שתשלח ברכה בפירות הללו ור"ל שיתברכו בכל מיני הצלחה ואי אפשר שהמדידה או הפרסום לא יעכב בהצלחתו אי זה עיכוב, עכ"ל.

קעב) התחיל למד אומר ברוך השולח ברכה בכרי הזה - יש לעיין אי ברכה זו כונתה לעתיד, ז"א, דהוי תפילה על מה שעתיד למדוד והוי כעין מה שאמר

מתחילה יהי רצון וכו', או דברכת הודאה היא על הברכה שניתנה לו. ונפ"מ בזה לכאורה, אי מאי דמסיים מדד ואח"כ בירך הרי זה תפילת שוא היינו נמי אם בירך ברוך השולח ברכה וכו', דאי הוי תפילה על העתיד שפיר הוי תפילת שוא, ואילו ברכת הודאה היא אין בזה משום תפילת שוא. ומצינו לכאורה שנחלקו בזה הראשונים, דבמיוחסים להריטב"א כתב, וז"ל: ודאי הא ברכה לשעתיד קאמר שישלח דאי הודאה הוא ולשעבר מכי מדיד נמי מצי לברך ומאי שייך למימר לפי שאין הברכה מצויה וכו' אלא ודאי לעתיד היא וכו', עכ"ל. הרי מבואר להדיא מדבריו דמאי דאמרין מדד ולא בירך הרי זה תפילת שוא עולה גם על ברכה זו דברוך השולח ברכה וכו', ומשו"ה מוכרח דהוי תפילה על העתיד ולא הודאה. אכן יעויין ברמב"ם פ"י מהל' ברכות הכ"ב שכתב, וז"ל: ההולך למוד גורנו אומר יה"ר מלפניך וכו' שתשלח ברכה במעשה ידי התחיל למוד אומר ברוך השולח ברכה בכרי זה מדד ואח"כ ביקש רחמים הרי זה תפילת שוא וכל הצועי לשעבר הרי זה תפילת שוא, עכ"ל. והנה שינה הרמב"ם מלשון הגמ' מדד ובירך וכתב מדד ואח"כ ביקש רחמים, ונראה כונתו בזה לומר דמאי דהוי תפילת שוא אינו עולה אף על ברכת ברוך השולח ברכה וכו' כפשוטו לשון הגמ', אלא דווקא על מאי דאומר מתחילה יה"ר וכו' שהוא משום בקשת רחמים. וכן מבואר לכאורה מסדר דבריו דבהלכות שקדמו לזה וכן שלאחר זה כתב "הנכנס וכו' אומר וכו' וכשיצא אומר וכו'", ובסוף הפרק בהכ"ו כתב, וז"ל: כללו של דבר לעולם יצאק אדם על העתיד לבא ויבקש רחמים ויתן הודיה על מה שעבר ויוד וישבח לפי כחו וכו', אשר משמע מכל זה דמש"כ בנ"ד קודם שימדוד אומר יה"ר זהו בקשת רחמים ומה שמברך ברוך השולח ברכה משום הודאה נגעו בה, וזהו דקדוק לשונו שכתב דמדד ואח"כ ביקש רחמים הרי זה תפילת שוא, דדווקא יהיה רצון הוא דאית ב"י משום תפילת שוא, אבל לא ברכת ברוך השולח ברכה וכו' דלאו משום בקשת רחמים היא אלא משום הודאה. שו"ר בברכ"י סי' ר"ל שכתב כן בדעת הרמב"ם דפליג על דברי הריטב"א הנ"ל. וכן מבואר לכאורה בריטב"א החדשים בסוגיין דלאו משום בקשת רחמים היא אלא משום הודאה, ע"ש שכתב דתקנו ברכה זו לומר שהבטחתו של הקב"ה קיימת.

והנה יעויין באבודרהם הלכות השער השמיני שכתב, וז"ל: התחיל למוד אומר בא"י אמ"ה השולח ברכה בכרי זה השולח ר"ל אשר שלח כמו המוציא לחם אשר הוציא כי בוטח הוא בדי' שכבר שלח לו ברכה כיון שהתחיל למוד כדי לעשר וכו' מדד ולא בירך הרי זה תפילת שוא שאין הברכה מצויה וכו' אלא בדבר הסמוי מן העין וכו', עכ"ל. הרי שכתב להדיא דלא הוי בקשת רחמים אלא ברכת הודאה היא, ומ"מ מסתיימת לשונו דמדד ואח"כ בירך הרי זה תפילת ו' משמא לכאורה דאף ברכת השולח ברכה וכו' תפילת שוא היא בכה"ג, וזה צ"ב לכאורה דכיון דלאו משום בקשת רחמים היא אמאי אית בזה משום שבעת שוא.

והנראה פשוט בביאור דבריו עפ"מ ש"כ דהך ברכה דהשולח ברכה אע"פ שהלשון הוא לשון עבר, חפצא דהברכה היא כי בוטח הוא בדי' שכבר שלח לו ברכה כיון שהתחיל למוד כדי לעשר וכו', כלומר, יסוד ברכה זהו הוא להראות בטחונו, דמאחר שהתחיל למוד על מנת לעשר הרי הוא אצלו כאילו כבר חלה הברכה, ומראה דבר זה על ידי משברך קודם שגמר למדוד. ועפ"ז פשוט דלא שייך ד"ז אלא כד עדיין לא גמר למדוד, אבל כשגמר למדוד, אין זה מראה שום בטחות ואין ענין לברכה זו כלל, אשר על כן הוי שוא, וז"פ.

קעג) ואי צורבא מרבנן הוא וכו' - ע"י רש"י שפירש דר"ל אי המפקיד צורבא מרבנן, וע"י מ"מ פ"ד מהל' שו"פ ה"ה שפירש דהיינו משום דהיה היין עולה

ביוקר והיו יוצאים על ידי אחרים אלא דאי צורבא דרבנן הוא וחרד על המצוות יקנה הוא יין ויבדיל לעצמו. וכן גרס הראב"ד בדברי הרמב"ם שם דר"ל המפקיד. אכן הראב"ד פ"י דר"ל הנפקד, ע"י לח"מ שם מש"כ בביאור דבריו.

קעד) ומודי שמואל בערב שבת בין השמשות וכו' - ע"כ דאין פירושו בבין השמשות ממש, דהאיד הפקיד בבית"ש מעות והאיד קיבל, ע"י ברא"ש שכתב דר"ל סמוך לבין השמשות. אכן יעויין באור זרוע שפירש דר"ל מחצות, ולא אטרחוהו משום שעסוק בצרכי שבת.

קעה) תוד"ה אמר שמואל כספים אין להם שמירה וכו' - מיהו נהנו יש לדחות וכו' דבלאו הכי נמי מצי למימר ולטעמך אפי' גזלן הוא תמצא שומר שכן משלם כפל בבעלים - ממש"כ התוס' לדחות בזה גם ראיתם הראשונה מבואר דאיכא פטור דבעלים אפי' בשומר אבידה. והנה בשומר פקדון נקטינן דאם אף בשעה שהפקיד היה בבעלים שפיר אית בזה פטור דבעלים אף דבשעת גניבה לא היה בעלים, אך לכאורה כ"ז הוא בפקדון דכל חיוב השמירה נעשה בשעה שהפקיד, אבל בשומר אבידה דכל רגע ורגע חיוב שמירה מחודשת היא היה מקום לומר דלפטור דבעלים בעינן דווקא דבשעת גניבה יהיה בעליו עמו. אכן בתוס' לקמן צ"ח ע"ב ד"ה שאלה בבעלים שכרה בלא בעלים וכו' מבואר דהיכא דלא שינה דין השמירה איכא פטור דבעלים אף דבהך דין שמירה לא היה בבעלים כיון דמתחילה היה בבעלים, אשר ממילא בנ"ד סגי במאי דהיה בבעלים בשעה שנעשה שומר אבידה.

עוד מבואר מדברי התוס' דאף בבעלים שפיר הוי שומר ואין זה אלא פטור, ולא אמרינן דבעלים לא הוי שומר כלל, דהא הכא דהיה בבעלים מבואר דאיכא חיוב כפל דטוען טענת גנב, ודין זה הרי ליתא אלא בשומר, וכן הוכיחו האחרונים מדברי התוס', ע"י קובץ שיעורים ב"ב אות תרנ"ט.

והנה יעויין בדברי התוס' ב"ק נ"ז ע"ב ד"ה נמצא ש"ש משלם וכו' שכתבו בא"ד, וז"ל: ושמא אין שייך כפל בטוען טענת גנב בענין זה ואפי' שייך אין לחוש וכו', עכ"ל, הרי דנסתפקו במאי דפשיטא להו להתוס' בסוגיין אי איכא דין כפל דטוען טענת גנב בגניבה בבעלים. ולכאורה היה אפשר לומר דנסתפקו בהך מילתא גופא אי בבעלים איכא עליו דין שומר, אלא דלא משמע מלשונם כן, דמשמע דהוי סברא בטוען טענת גנב ולא בגוף דין השומר. וביאור ספיקתם, ע"י שט"מ שם בשם ר' אליעזר מגרמזא שכתב, וז"ל: וטעמא דאין חייב כפל אלא היכא דטענת גנבה גורמת הפיטור והכא מה שהבעלים גורמים, עכ"ל. ונראה ביאור דבריו, דמאי דאמרין דהטוען טענת גנב, פירושו דחידשה תורה דטענתו לפטור עצמו נחשבת כגניבה וחייב ע"ז כפל, אשר זה לא שייך אלא היכא דטענתו היא שפוטרתו, אבל בבעלים הרי מה שהוא בבעלים פוטרתו ואין פעולה בטענתו אלא לומר דלא הזיק, אבל מחיובי שומרים לעולם פטור משום דהוי בבעלים, אשר בזה ליכא למימר דחשיב טענתו כגניבה ולית בזה דין גניבה.

ומאי דנסתפקו התוס' בזה, י"ל דנסתפקו בגדר הפטור דבעלים, דהא מיהא פשיטא דשומר הוא וגדר דין בבעלים פטור הוא, אכן אכתי יש להסתפק מהו גדרו דהך פטור, ד"ל דהוא פטור מצד עצמו, כלומר, דגוף מה דהוי בבעלים פוטרתו, אך יש לומר באופן אחר, דבכל שומר הרי בעינן טענת פטור, כאשר ביארנו לעיל דף ל"ה, ובשומר שכן דחייב בגניבה אין טענת גניבה פוטרתו, אבל היכא דהיה בבעלים י"ל דיסוד הדין הוא דבכה"ג שפיר פוטרתו טענתו, ולעולם אינו פטור מצד מה דהוי בבעלים גרידא אלא משום דנהפך טענת גניבה לטענת פטור. והנה מש"כ התוס' דליכא למידן בבעלים דין טוען טענת גנב כיון שאין טענתו פוטרתו, זה אינו אלא אם נימא דיסוד הפטור דבעלים הוא מצד הבעלים עצמו, אכן אם נימא דגדר הפטור דבעלים הוא דבכה"ג טענתו

פוטרתו, אף היכא דהוי בבעלים שייך בזה דין ט"ט
ליחייב כפל, דהא שפיר פוטקתו טענתו ושפיר חייל
עלה דין גניבה, וי"ל דבזה הוא דנסתפקו התוס', ודוק.
קעו תוד"ה אמר שמואל כספים אין להם שמירה
וכו' ואין לתרץ דהואיל וכו' ובתוס' ב"ק נ"ז ע"א
ת"י באמת כן בשם הר"י. וגדר הדברים, דלעולם
חשיב שפיר אונס, אלא דממאי דחייבה תורה ש"ש
בגניבה ילפינן דחייב אף על גניבה באונס. וד"ז צ"ב
לכאורה, מ"ש הכא דחייב אפי' על האונס ובכל
התורה נקטינן דאונס רחמנא פטרי'.

והנראה בביאור הדברים, ע"פ מה שביארנו בלבנות
המנחה ח"ב דבאמת איכא ב' דינים נפרדים בשומר,
דין שומר דחיל ב"י, וחיוב התשלומין, ובאמת בדין
השומר כל השומרים שוין, אלא בהתחייבות
שמשעבדים הוא דחלוקים כל אחד כדיני'. ודבר זה
מבואר מדברי התוס' לקמן נ"ח ע"א ד"ה אמר ר'
יוחנן, ע"ש שכתבו בתירוצם ה' דבמאי דמתנה שומר
חנם להיות כשואל לא בעינן קנין משום דעכ"פ חייב
בשבועה, משא"כ בקרקע דפטור אפי' משבועה בזה אי
בעי להתחייב שפיר בעינן קנין. ודבריהם לכאורה צ"ב
דמה איכפת לן אי איכא חיוב שבועה, הרי ממנ"פ אי
מאי דבא להתחייב יותר מדינו בעי קנין אף בשומר
חנם ניבעי, ואי לא בעי קנין אף אי ליכא שבועה אמאי
אינו מתחייב. אכן ביאור דבריהם ע"פ מאי דאיתא
בתוס' הרא"ש (הוצאת זכרון יעקב בסוגריים)
דבשומר חנם כיון דהוא בדיני השומרים לא בעינן
קנין אם בא להתחייב כשואל, אכן היכא דליתא בדיני
השומרים ובא ליעשות שומר, לזה שפיר בעינן קנין.
וכ"ה ביאור דברי התוס', דבשומר חנם כיון דחייב
שבועה, הרי חזינן דחיל עלי' שפיר דין שומר, אבל
בקרקע דמופקע אף מחיוב שבועה אינו בדין שומר
כלל ושפיר בעי קנין. אלא דאכתי צ"ב דמה איכפת לן
אי הוי בדיני שומר לענין שבועה, הרי מ"מ אינו בדין
חיוב שומר דשואל להתחייב באונסין ואמאי לא בעינן
בזה קנין. אלא מבואר כנ"ל, דבאמת תרי דיני נינהו,
בדין שומר כל השומרים שוין, וכל חילוקי הדינים
בחייבוייהם אינו אלא בהתחייבות שמתחייבים, דשואל
כיון דכל הנאה שלו משעבד נפשי' אף לחיוב אונסין,
ואילו ש"ש שמקבל שכר משעבד נפשי' להתחייב
בגניבה אבל לא באונסין וכו'. אשר לפ"ז שפיר כתבו
התוס' דבשומר חנם שמתנה להיות כשואל, הרי שפיר
אית עלי' דין שומר ואינו בא להתנות אלא בחיובים
שמשעבד, בזה שפיר ס"ל לר' יוחנן דלא בעינן קנין,
אכן בקרקע, מדלא מיחייב שבועה מבואר דאינו בדין
שומרים כלל, כנ"ל, ועל ידי תנאו בא להחיל על עצמו
דין שומר, לזה ודאי דבעינן רנין ולא בגי במאי דגמר
ומשעבד נפשי' גרידא.

והנה אילו הוה אמרינן דחיוב ש"ש גניבה מעצם דין
השומר הוא, ודאי דהיה בזה פטור אונס כמו בכל
התורה, דמדיני השומרים הרי היה גדר חיובו דחייב
עבור מה שעשה (או לא עשה), והיכא דהוה אונס אין
זה מתייחס אליו (או א' משאר הגדרים שנאמרו
בפטור אונס) והו"ל להיות פטור. אכן למשנ"ת דחיוב
ש"ש בגניבה בתורה התחייבת ומשעבד נפשי' דבא,
כאשר כתבו נמי התוס' בכתובות נ"ו ע"ב, ע"ש, לפ"ז
שפיר איכא למימר דגדר שעבד ש"ש להתחייב
בגניבה אינו דמתחייב עבור מה דלא שמר, אלא גדר
התחייבותו הוא דאם אך יגב יתחייב לשלם, ואף
היכא דהיתה הגניבה באונס מ"מ סו"ס הרי נגב,
ודוק.

והנה מסקנת התוס' בסוגיין היא דלעולם פטור ש"ש
בגניבת אונס ולהכי פטור היכא דשמר בקרקע,
ומסקנת הר"י בתוס' הנ"ל בב"ק, דחייב בכה"ג אף
דחשיב שפיר אונס. אכן יעויין בחידושי הרמב"ן
בסוגיין שכתב לחלק דהיכא דשמר בקרקע ונגב חייב,
אכן היכא דנאנס בשינה או בחולי ולא היה יכול
לשמור פטור. ביאור דבריו, דלעולם מיסוד חיוב
שמירה דשומר שכר חייב הוא בעצמו לשמור החפץ,
וכיון דכן, היכא דלא שמר, אף דשם בקרקע ק' אמות,
מ"מ על ידי שלא קיים חיוב השמירה המוטלת עליו

אינו אונס, ולהכי חייב. אכן היכא דהיה אונס במה
שלא שמר הוא בגופו, כגון הני גוויני הנ"ל, בזה הרי מה
שלא שמר הוי באונס ובכה"ג פטור. ומדברי התוס'
שלא חילקו בכך אלא ס"ל דאף היכא דשם בקרקע
חשיב שפיר אונס מבואר דלא כדבריו, אלא ס"ל
דמדיון חיוב השמירה המוטלת עליו שפיר סגי במה
שנתן בקרקע ולא בעינן דווקא שישמור הוא בגופו,
ע"כ שפיר חשיב בכה"ג אונס.

והנה דקדק בקצוה"ח סי' ש"ג סק"א ממאי דכתבו
התוס' דילפינן ממאי דחייבה תורה ש"ש בגניבה אף
דקרוב לאונס הוא דחייב כל גניבה באונס, דלא
אמרינן כן אלא בגניבה, אבל באבידה דקרוב לפשיעה
הוא ליכא למילף דיתחייב אף באבידה באונס.
(ובנתי"מ ועוד אחרונים חלקו עליו, ע"ש.) והנה
כתב בריטב"א החדשים בסוגיין, וז"ל: ואומר
הרמב"ן דלא מהניא הטמנה תחת הקרקע אלא לש"י
אבל ש"ש אינו נפטר מגניבה ואבדה עד שיהא יושב
ומשמר ויאנסו אותו ממון בעודו שם וכו', עכ"ל, הרי
מפורש בדבריו דחייב בהטמנים תחת הקרקע אף
באבידה. אכן פשוט דאין כאן תמירה כלל לדברי
הקצוה"ח, דהקצוה"ח לא כתב דבריו אלא לשיטת
התוס' דיסוד מאי דחייב ש"ש בכה"ג היינו דאף הוי
אונס מ"מ ילפינן מקרא דחייב, אשר בזה שפיר כתב
דלא ילפינן הכי אלא בחיוב גניבה דחייבה תורה אף
דהוי קרוב לאונס ולא בחיוב אבידה. אכן שיטת
הרמב"ן הרי חלוקה משיתת התוס' ביסוד הדברים,
דלעולם ליכא חיוב באונס כלל בש"ש, ומאי דחייב
בהטמנים תחת הקרקע היינו משום דיסוד חיוב
שמירת ש"ש הוא שיעמוד וישמור הוא בגופו, וכל עוד
שלא עשה כן לאו אונס הוא אלא פושע ולהכי חייב,
וכיון דלאו אונס הוא כלל אלא פושע פשיטא דכמו
דחייב בגניבה חייב נמי באבידה, וז"פ.

(ומש"כ הרמב"ן בתוך דבריו לחלק בין חיוב כופר,
דלזה מהני אם עשה כותל הראוי לעמוד אף ברוח
שאינה מצויה, לבין חיוב השומר בשמירת גופו, דבזה
חייב בכה"ג, הביאור הפשוט בזה, דבנזקי ממון כגון
חיוב כופר דהחיוב הוא על מעשה ההריגה, בזה הרי
יסוד ושורש הדין הוא שיהא השור שומר, והא מיהא
פשיטא דעל ידי כותל הראוי לעמוד אף ברוח שאינה
מצויה חשיב שפיר השור שומר. אכן בחיוב שמירת
גופו יסוד החיוב הוא שישמור הוא בגופו, בזה ודאי
דלא חשיב אונס בכה"ג כיון שלא עשה מה שמוטל
עליו, וז"פ.)

ועי' חידושי הרשב"א שכתב דאף היכא דהיה אונס
במה שלא שמר כגון שחטפתו שינה חייב שומר שכר,
אלא שכתב דאולי אפשר לחלק ולומר דהיכא דהאונס
הוא בגוף הדבר הנשבר ממש, כון כגון מתה כדרכה או
נשברה, בזה שפיר איכא בש"ש פטור אונסין, דהי
בכגון הני הוא דחידשה תורה חיוב אונסין בשואל,
אכן כל היכא דאין האונס בגוף הדבר אלא מן הצד,
חייב אף בגניבת אונס. ולדבריו אף היכא דהניח
בקרקע חייב כיון דאין האונס בעצם לקחת החפץ
אלא בהגיעם אליו, ע"ש שהניח הדברים בצ"ע.

והנה הר"י הנ"ל בב"ק כתב ליישב מה שהוכיחו
התוס' בסוגיין ממאי דפטור בליסטים מזויין למ"ד
ליסטים מזויין גנב הוא, וז"ל: ואע"ג דבלסטים
מזויין דהיינו שבוייה דקרא פטר בו הכתוב אע"פ
שאין אונסו גדול יותר (מ"מ חייב בגניבה באונס היכא
דהטמין בקרקע או נאנס בשינה וכו'), עכ"ל. ולכאורה
דבריהם סתומין שלא כתבו בזה שום חילוק. ופשוט
לכאורה דכונתם כדברי הרשב"א הנ"ל דמאי דחייב
קרא בשואל מוכח דפטור בש"ש, וא"כ שבוייה דקרא
דהיינו ליסטים מזויין וכדומה, הרי זה שפיר פטור
בש"ש אע"ג דבשאר גניבה באונס נקטינן דחייב.

והנה כתב רש"י בפסחים ל"א ע"ב ד"ה כספים, וז"ל:
של פקדון אין להם שמירה אלא בקרקע ואם לא נתן
בקרקע ואבדו פשיעה היא אצלו וחייב דשומר חנם
חייב בפשיעה, עכ"ל. ולכאורה מש"כ דשומר חנם
חייב בפשיעה מיותר הוא, דש"ש הרי נמי חייב
בפשיעה, והו"ל למימר בפשיטות דהוי פשיעה וחייב.

ונראה מבואר מדבריו דס"ל כדעת הר"י בתוס' בב"ק והרשב"א (דס"ל כותי' בפרט זה), דבש"ש אף דהוי אונס מ"מ חייב, אשר ממילא הא דמבואר בסוגיין דכספים אין להם שמחורה אלא בקרקע ובלאו הכי הוי פשיעה, ליכא נפ"מ בזה אלא בש"ח, דאילו בש"ש אף דשמר בקרקע דהוי שפיר אונס מ"מ חייב, או כשיטת הרמב"ן דבש"ש לא חשיב אונס אף היכא דהטמינס בקרקע, (עי' רש"י ב"ק ק"ח ע"ב ותוס' שם) ועי' מש"כ לקמן ברש"י ד"ה וסופו באונס.

קעז) רש"י ד"ה הרי הוא כמבוער - ואין צריך לבער דאין כאן עוד בל יראה - מבואר מדבריו דמהני הא דכמבוער להפקיע חיובא דבל יראה, דבמצב זה ליכא בל יראה, והא דאינו אלא כמבוער ולא מבוער ממש, הכונה בזה דלא קיים בזה חובת הביעור, אלא דמכיון דתו ליכא בל יראה שוב ליכא חיוב ביעור. ומאי דאמר שם רב אשי דצריך לבטלו בלבו, אינו אלא חיובא דרבנן שמא יפקח הגלל ונמצא עובר עליו, כמש"כ רש"י בפסחים ל"א ע"ב, וכ"ה דעת רוב ראשונים, ע"ש. אכן יעויין בחידושי הרמב"ן פ"ק דפסחים שכתב בסוד"ה ונראה לי, וז"ל: אבל היה אפשר לו לנותנו עובר עליו ולפיכך אמרו וצריך שיבטל בלבו וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו דמאי דאמר רב אשי דצריך לבטל בלבו דאורייתא הוא, ולעולם בלאו ביטול שפיר אית בזה לאו דבל יראה, וכן הביא המאירי בפסחים ל"א ע"ב דיעה כזאת. ולדבריהם ע"כ מאי דאיתא במתני' דהרי הוא כמבוער ע"כ דאין ר"ל לענין בל יראה כמו שפירש רש"י, דהא לשיטתם בלאו ביטול שפיר יש בזה בל יראה, אלא ר"ל דאף דצריך לבטל משום בל יראה, מ"מ יש בזה חיוב ביעור מדרבנן, ולענין דהך ביעור הוא דאמרו דהוי כמבוער.

קעח) רש"י ד"ה וסופו באונס - שהרי נגנבו ונגיבה לשומר חנם אונס הוא - וכ"כ גם לעיל ל"ו ע"ב ד"ה לא מיבעיא - וביאור דבריו, דבאמת אין מה שהניחם בצריפא דאורבני נחשב כאונס ממש דיפטר אף שומר שכו' בכה"ג, אלא מיירי בשומר חנם ולדידי' שפיר סגי בכה"ג ליחשב אונס. ומבואר לכאורה מדבריו דאילו היה שפיר נחשב אונס ממש היה פטור אף בש"ש, וזה לכאורה צ"ב, דהא מדקדוק רש"י בפסחים הנ"ל באות קע"ו מבואר דחייב בש"ש אף בגניבה באונס.

והנה מה דלא הוי ממש אונס יש לפרש בבי' אופנים, די"ל דגדר השמירה בצריפא דאורבני הוא כשמירה פחותה כגון כותל שאינו ראוי לעמוד ברוח שאינה מצויה, אשר סגי בזה בשומר חנם אבל לא בשומר שכו'. ואם נפרש כן ודאי דיקשה מה הוצרך לזה, הרי אף בשמירה מעולה כגון שהטמינס בקרקע חייב בש"ש הגם דהוי אונס. אכן אם נימא דס"ל לרש"י כשיטת הרמב"ן אתי שפיר, דמאי דלא הוי פשיעה אלא לענין שומר חנם הוא משום דבש"ש בעינן שישמור הוא עצמו ובלא"ה הוי פשיעה אף שהטמינס בקרקע, ומשוי"ה כתב רש"י דעכ"פ לענין שומר חנם חשיב שפיר אונס כיון דאין מוטל עליו לשמור בגופו ממש. והנה ליכא סתירה מדברי רש"י הנ"ל בפסחים, דהרי התם מיירי בהטמינס בקרקע דאם הטמינס פטור ואם לא הטמינס חייב, וזהו ע"כ בש"ח, דאילו בש"ש אף שהטמינס בקרקע לאו אונס הוא, וכנ"ל. ולשיטת רש"י ע"כ דמיירי בש"ח, דהא בש"ש לא היה נחשב אונס, וכמשנ"ת.

ועי' פירוש רש"י שמות כ"ב, ט', שכתב, וז"ל: ופרשה זו אמורה בשומר שכו' לפיכך אינו פטור אם נגנבה כמו שכתוב אם גנב יגנב מעמו ישלם אבל על האונס כמו מת מעצמו או נשבר או נשבה בחזקה על ידי לסטים ואין רואה וכו', עכ"ל. והנה איכא מ"ד דלסטים מזויין גנב, וא"כ צ"ב מה דפתח רש"י דאינו פטור אם נגנבה, דהרי שפיר פטור אם נגנבה בלסטים מזויין. ועפמשי"ת דס"ל כדעת הרמב"ן אתי שפיר, דבאמת בכל גניבה אף היכא דהבהמה שמורה היטב על באופן דמצד אותה השמירה עצמה היה נחשב אונס אינו פטור, דהא צריך לשמור בגופו, אך היכא דשמר בגופו ומ"מ נגנב באונס כמו בלסטים מזויין

פטור דזה שפיר חשיב אונס, אך אם לא שמר בגופו לא חשיב בש"ש אונס, ודוק.

והנה כתבו התוס' בסוגיין דצ"ל דצריפא דאורבני הוא כמו דהטמינס בקרקע, ולפי דבריהם לעיל בד"ה אמר שמואל דאף בש"ש פטור היכא דהטמינס בקרקע, שפיר מצי מיירי הכא גם בשומר שכו', ודלא כשיטת רש"י, ולרש"י לשיטתו ממש"כ בפסחים ע"כ דמיירי בש"ח, וכמשנ"ת.

קעט) כל לא ידעתנא פשיעותא היא - עי' לעיל ל"ה ע"א הבאנו דברי הנה"מ דמאי דחייב הכא משום פשיעותא לאו מדין שומרים הוא אלא מדין מזיק, וגם אדם דעלמא חייב נמי בכה"ג. ובפי' רבנו יהונתן הכהן מלניל שם כתב להדיא דמדין חיובי שומרים הוא דחייב.

והנה מצינו לכאורה מחלוקת הראשונים במהות דך פשיעותא, דמדברי הריטב"א החדשים לעיל דף ל"ה מבואר דעצם ההנחה במקום שלא יזכור היא הפשיעה, ולא השכחה דלאח"כ. וסברתו לכאורה, דכיון דהניחו במקום המשתמר ליכא פשיעה במה דשכח אח"כ היכן הניחו, אלא מה שהניחו במקום כזה שישכחו היא היא הפשיעה. אכן יעויין במאירי בסוגיין שכתב לבאר באופן אחר, דאין לך מקום משתמר שאין צריך להשגיח עליו, ומדחסיח דעתו ממנו כל כך ששכח היכן הוא הרי זה פשיעה בחיוב שמירתו ולהכי חייב, הרי דהיסח הדעת הוא דהוי פשיעה ולא עצם ההנחה, דהא הניח במקום המשתמר. ולדברי הריטב"א לכאורה לגוף השמירה סגי במה שהניחו במקום המשתמר על כל לא פירש כהמאירי.

והנה לדברי הריטב"א איכא למימר דחיובא דפשיעותא בסוגיין מדין מזיק הוא, דמעשה ההנחה במקום כזה דישכח היכן הניחו חשיב כמזיק החפץ. אכן לדעת המאירי דפשיעותא דסוגיין היינו מה שהסיח דעתו ולא חזר על המקום המשתמר שהניחו שם, נראה פשוט לכאורה דליכא חיוב בזה אלא מדין שומרים ולא מדין מזיק, דליכא הכא אלא פשיעה בחיוב שמירתו של שומר, וז"פ.

והנה הקשה המאירי הנ"ל למאי דמבואר מסוגיין דכל לא ידענא פשיעותא היא, היכן מצינו אבידה שפטור שומר חנם עליו, דאם אינו יודע היכן הניחו הרי הוא פושע וחייב, ואף היכא דברור לו שהניחו במקום המשתמר הרי הוא בכלל פושע אם אינו זוכר היכן הניחו, ואילו יודע היכן הניחו ואינו שם הרי זה גניבה. ובתירוצו הראשון תי' דלא מיקרי גניבה אלא היכא דאיכא קול שנגנב וכד' והיכא דידוע היכן הניחו אלא שאינו שם בכלל אבדה דקרא הוא. ובתירוצו הבי' כתב דבאמת אינו פושע אלא היכא דאינו יודע אם הניחו במקום המשתמר או לא, והיכא דודאי הניחו במקום המשתמר אלא דשכח היכן הניחו אינו פושע והרי זה אבדה שפטרה תורה ש"ח עליה. ונראה ביאור שיטה זו, דודאי ליכא למימר דמאי דהניחו במקום דישכח הוי פשיעה, דבזה לכאורה ליכא לחלק בין היכא דהניחו במקום המשתמר לבין היכא דאינו זוכר אם הניחו במקום המשתמר, אלא הרי שיטה זו סוברת דהפשיעה היא עצם היסח הדעת, וכדברי המאירי, אלא דס"ל דהיכא דהניחו במקום המשתמר לא רמיא עלי' לחזור עליו ולהכי ליכא במאי דשכח משום פשיעה, אכן היכא דאינו יודע אם הניחו במקום המשתמר ודאי דצריך לחזור עליו ושפיר חשיב פשיעה מה שהסיח דעתו ממנו, וז"פ.

קפ) זיל שלים - עי' רמב"ם פ"ז מהל' שו"פ הלכה ז' שכתב, וז"ל: המפקיד אצל חבירו בין כלים בין מעות ואמר לו תן לי פקדוני ואמר לו השומר איני יודע אנה הנחתי וכו' המתן לי עד שאבקש ואמצא ואחזיר לך הרי זה פושע וחייב לשלם מיד, עכ"ל. ועי' ביאור הגר"א סי' רצ"א שכתב דמקורו של הרמב"ם הוא ממאי דאיתא בסוגיין ובסוגי' דלעיל דף ל"ה זיל שלים, דפירושו מיד.

ונראה דאף אי נימא דבמלוה אם אמר שיביא עדים או שיביא כסף אין מחייבין אותו מיד, עי' תוס' ב"ק מ"ו

ע"ב, מ"מ הכא גבי פקדון שפיר י"ל דחייב מיד, דעצם מה שלא שמר חשיב פשיעה והרי זה מחייבתו מיד בגמר זמן השמירה, וזהו אם נימא דחויבו מדן שומרים הוא כדברי המאירי הנ"ל.

מ"ב ע"ב

קפא) תוד"ה כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד- אומר ר"ת וכו' דאם לא כן כל מה שהופקד אצל בעה"ב תבא אשתו ותאכל ותפטור- נחלקו בזה המהרש"ל והמל"מ, דהמהרש"ל בישי"ש פ"ק דב"ק סי' ל"ב כתב דמעיקר הדין ודאי הנפקד פטור, ואין מה שהוא חייב אלא משום הך תקנה, באופן דאילו מסר הנפקד למי שרגיל הוא להפקיד אצלו כל הפקדונות שמקבל, פטור הנפקד, דלא שייך תקנה זו. אכן המל"מ פ"ד מהל' שו"פ ה"ח כתב דאין מש"כ התוס' דאם לא כן וכו' סיבת התקנה, אלא ראייה הוא דע"כ הדין הוא דהנפקד חייב, ולעולם בכל גווני חייב הנפקד.

והנה לשון התוס' לכאורה צ"ב, שכתבו דאפי' אין להם לשלם ישלם הנפקד, דלכאורה מאי אפי' שייך בזה, והול"ל אם אין לו לשלם חייב הנפקד, וכו"ה באמת בתוס' הרא"ש ותוס' ר"פ, ע"ש. (והעיר לי ב"א דאולי כונתם דאם אית לה לאמו והיא פשעה חייבת לשלם לנפקד ושוב חייב הנפקד לשלם להמפקד, וחדש ר"ת דאפי' אין לה ואינה משלמת מ"מ חייב הנפקד.)

והנה מדברי התוס' הרא"ש ותוס' ר"פ הנ"ל (וכן מדברי התוס' אם לא נימא כנ"ל) מבואר דאם אית לי לזה שנתן לו הנפקד לשלם אין המפקיד גובה מהנפקד, וצ"ב לכאורה אמאי לא נימא בזה דרצה מזה גובה רצה מזה גובה, ובשלמא לדברי המהרש"ל דמעיקר הדין אין הנפקד חייב כלל ולא חייבוהו אלא מחמת תקנה, איכא למימר דהיכא דאית לי לזה שנתן לו לשלם ליתא לתקנה ושוב אינו גובה מהנפקד, אכן לדברי המל"מ דעיקר הדין לר"ת הוא דגובה מהנפקד צ"ב אמאי לא יוכל לגבות המפקיד ממנו אף היכא דאית לי לזה שנתן לו לשלם, וצ"ב.

קפב) תוד"ה כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד- ולכך נמי הכא משתבעא אמי' דהנהו זוזי אותבינהו בקרטליתא שלא פשעה- הנה למד ר"ת דינו מגירסתו בגמ', דהוא כגירסא דידן, דבלאו שבועת האם אין הנפקד פטור. אכן מדבריהם משמע נמי דבלאו דברי ר"ת היה קשה אמאי בעינן לשבועת האשה כלל, וזה תמוה לכאורה דשפיר נימא דצריכה לישבע לפטור את עצמה. וכבר דנו בזה המפרשים, עי' פנ"י שכתב דאינה חייבת שבועת השומרים להמפקד כיון דלא הוא נתן לה ואין הוא בעל דברים דידה. ובמהר"ם שיי"ף כתב דהיינו טעמא דבלאו דברי ר"ת לא היתה צריכה לישבע משום דלא קבלה המעות בתורת שמירה. ועד"ז כתב בנתיב"מ סי' רצ"א סקכ"ב בביתאור דברי התוס' ע"פ מה שכתבו התוס' והרמב"ן במלחמות בהחובל דאם לא אמר שמור לי אינו נעשה שומר, ולהכי הכא דמן הסתם לא אמר לאמו שמור לי אינה שומר ואינה צריכה לישבע. ולכאורה יש לעיין בכל זה, דאי מצד עצמה אינה חייבת בשבועת השומרים, האיך תועיל שבועתה לפטור את בנה, והרי אינה שבועת השומרים ולעולם אינו נפטר אלא על ידי שבועת השומרים, כיסוד הידוע דהגר"ח והקצוה"ח. ובפנ"י כתב באמת דשבועה זו שנשבעת עבור בנה שבועת השומרים היא, אכן הא גופא צ"ב, כיון דלעצמה אינה צריכה לישבע כלל האיך חשיבא שבועתה שבועת השומרים.

והמוכרח ומבואר מזה, דעל ידי מאי דאמרין דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקד, לא די דליכא בזה חסרון דאת מהימנת לי בשבועה וכו', אלא גם נעשית שבועתה על ידי כך חלק מדיני השמירה

וחשיבא על ידי הכי שפיר כשבועת השומרים, דמדיני שמירה דידן נאמר דשבועתה חשיבא שבועה על שמירה דידן, וכל זה הוא בכלל גדרי שמירה זו כיון דכל המפקד על דעת אשתו ובניו מפקד.

והנה כל זה בדעת ר"ת, אכן עי' רמב"ן רשב"א וחי'דושי הר"ן לעיל דף ל"ו ע"א דפליגי עלי' וס"ל דאם מסר לאשתו ובניו פטור הנפקד אף אי פשעו ולית להו לשלם.

והנה נחלקו הראשונים לעיל בסוגי' דשומר שמסר לשומר, דלשיטת רש"י אם פשע השומר השני חייב הראשון, וכל היסוד דפטור אינו אלא דאין המסירה חשובה פשיעה. ואילו הרמב"ן הרשב"א ודעמ"י ס"ל דפטור על פשיעת השני אף אי לית לי להשני לשלם כיון דאוקים גברא בחריק', וחייב רק היכא דגרע לשמירתו, כגון ש"ש שמסר לש"ח ונגנב ממנו, דבזה הרי לא הקים גברא בחריק'. והנה מאי דס"ל לר"ת דאין מועיל סברת כל המפקד וכו' אלא לסלק טענת את מהימנת וכו', ולהכי הנפקד חייב היכא דפשע זה שמסר לו ולית לי לשלם, לכאורה לא יתכן אלא לפי שיטת רש"י, דמאחר דתו ליכא טענה דאת מהימנת אמרינן דשומר שמסר לשומר פטור, אשר דינו דאכתי חייב הראשון בפשיעת השני. אכן אי נימא כשיטת הרמב"ן הרשב"א ודעמ"י, ליכא למימר כר"ת, דאם אך נימא דליכא טענה דאת מהימנת לי בשבועה, דהרינן למימר דשומר שמסר לשומר פטור, אשר ס"ל להני ראשונים דפטור אף על פשיעת השני, ע"כ הוכרחו לפרש דלא כר"ת, (וכ"ז על פי פי המל"מ בדברי ר"ת, דכן מבואר באמת בדבריו מדברי הראשונים הנ"ל, אבל לפירוש המהרש"ל שפיר היה שייך לפרש כר"ת דאף דמדינא פטור מ"מ גזרו משום תיקון העולם.) והדברים מוכרחים לכאורה.

קפג) משתבע איהו דהנהו זוזי אשלמינהו לאמי'- עי' רמב"ן רשב"א ור"ן בסוגיין שכתבו דלא מיירי אלא בזוזי, דהוה דבר שאינו מסויים, ולהכי לא מצי האשה לישבע שדמי הפקדון נתן לה, אבל בדבר מסויים סגי באמת בשבועת האשה שנתן לה. אכן יעויין בריטב"א החדשים שכתב, וז"ל: פי דאע"ג דמשתבעא אמי דאשלמינהו לה לא מהימנא ועדות ברורה צריך לזו או שישבע כדרך שהיה נשבע שהניחם במקום המשתמר שזו שבועת השומרים ותו לא מדי, עכ"ל, ומבואר דפליג על הראשונים הנ"ל וס"ל דלא מהניא שבועתה דאשלמינהו לה כלל ובעינן ע"ז שבועתו דווקא.

ובקצוה"ח סי' רצ"א סק"ח כתב בטעם הריטב"א, דאין שבועתה דאשלמינהו לה שבועת השומרים, דמקמי' הך שבועה לא ידעינן שהיא שומר כלל, ואינה נאמנת בשבועתה אלא מאחר דידעינן דאשלמינהו לה. וטעם הראשונים דס"ל דשפיר מהניא שבועתה, דס"ל דהך שבועה שנשבע דאשלמינהו לה אינה שבועת השומרים כלל, אלא הוי כמו החזרתי דלא הוי שבועת השומרים. וע"ש שכתב בביתאור פלוגתיהו, דפליגי בינא דר"ת, דהרמב"ן הרשב"א ודעמ"י הרי ס"ל דפטור הנפקד לגמרי, על כן הוי מאי דנתן למי שנאמן להמפקד כטענת החזרתי דלא הוי שבועת השומרים, ולהכי שפיר מהניא שבועתה בזה, אכן הריטב"א ס"ל כדעת ר"ת דחייב הנפקד בפשיעת זה שמסר לו, ולדידי' הרי אכתי שומר הוא אלא דחשיבא מסירתו השמירה והוי כנתנו במקום המשתמר, דזה הוי שבועת השומרים ממש, על כן שפיר ס"ל להריטב"א דהוי שבועת השומרים.

אכן יעויין בריטב"א החדשים לעיל דף ל"ו דמפורש דפליג אדברי ר"ת וס"ל כראשונים הנ"ל, ע"ש שכתב וז"ל: ואפי' הן דומי' דקטנים שאין להם מה לשלם דכיון דכל המפקד ע"ד אותו ובניו הוא מפקד הרי הוא כאילו צוה כן בפירוש שיפקידו אצלם ומעתה אין להקשות כמו שהקשה ר"ת דא"כ כל נפקד ימסור לאשתו וכו' דכיון דע"ד אשתו ובניו הוא מפקד ונתן סתם ולא פי' הוא רצה לזקוק בנכסיו, עכ"ל. ולדברי הקצוה"ח הרי הוי מסירתו לבני ביתו כחזרתי דאין זה שבועת השומרים, וצ"ע (אם לא דנימא דס"ל

להריטב"א לחלק בין היכא דאמר לבני ביתו שישמר לפלוני המפקיד לבין היכא דנתן סתם כבסוגיין, וכן ס"ל להרמב"ם וכ"כ גם הרמב"ן בסוף דבריו בסוגיין, אכן בריטב"א לא מוזכר מזה כלל ומשמע דלא ס"ל לחלק.

ונראה בזה, דהנה ביארנו לעיל שיטת הרמב"ן והרשב"א ודעמ"י דפטור הנפקד לגמרי ע"פ מאי דס"ל דאי שומר שמסר לשומר פטור אף היכא דפשע השני משום דאוקים גברא בחריק'י. וגדר הא דאוקים גברא בחריק'י נראה דאין פירושו דמסתלק הראשון מלהיות שומר דלהיו פשוט כהחזרת, אלא גדרא דמילתא, דהוא אכתי שומר הוא, אלא דהכניס בחיוביו גברא במקומו, וכן משמע מעצם הלשון. אשר לפ"ז יש לדון בטוב דאינו דומה להחזרת, דבהחזרת שפיר מסתלק מן השמירה ואומר דנעשה "אויס" שומר, אכן בשומר שמסר לשומר לא נעשה "אויס" שומר אלא שהכניס גברא במקומו שמסר לו חיובי השמירה, אשר זה שפיר הוי בפרשת שומרים דניבעי שבועה, כן אפשר לומר לכאורה בדעת הריטב"א. ודעת הראשונים דפליגי עלי, דמאי דבהחזרת אינו שבועת השומרים היינו משום דלא הוי שבועת השומרים אלא במי שיש לו חיובי השמירה ובא לפטור עצמו, וזה הרי אומר דכבר אין לו חיובי השמירה, וזה שפיר שייך אף בנ"ד. והריטב"א י"ל דס"ל דמאי דאין בהחזרת שבועת השומרים אינו משום דלית לי חיובי שמירה אלא משום דאינו שומר כלל, וזה לא שייך בנ"ד, וכמשנ"ת, ועדיין צ"ע בזה.

קפד) ומשתבעא אימי' דהנהו זוזי אותבינהו בקרטיתא- ע"י ברא"ש סוסי" כ"ג שכתב, וז"ל בא"ד: ולא מחייבא לאשתבועי דלא אמר לה דלאו דיד'י' ינהו ואע"ג שטענה זו גורמת כל הפטור דמי יוקיקנה לדי שבועה זו שאין המפקיד יכול לטעון אלא שמא אמר לה והיא טוענת ודאי שלא אמר לה וכו', עכ"ל. ויש לעיין לכאורה בזה, דהא כל שבועת שומרים הרי בא על ידי טענת שמא.

אכן נראה פשוט, וכן כתבו כבר האחרונים דברים הדומים לזה (ע"י או"ש פ"ד מהל' שו"פ ה"ט), דמאי דנשבע שבועת השומרים אף דלא הוי טענת התובע אלא טענת שמא, מדיני שומרים הוא דהשלמת שמירתו כשבא לפטור את עצמו בטענת פטור הנאמר בדיני השמירה, מחייבתו לישבע, ומדיני שמירה ידי' הוא ולא מפאת טענת התובע דאינה אלא טענת שמא. וזה לא שייך אלא היכא דודאי הוי שומר ואין הספק אלא אי יש לו פטור או לא, בזה הוא דאמרין דמדיני שמירה חיב לישבע. אכן בנ"ד הרי הספק אי אמר לה דלאו שלו הוא אי הויא שומר דהמפקיד כלל, ובעינן שתחייבו טענת תובע לישבע, ובזה הוא שכתב הרא"ש דלא מהני טענת שמא, ודוק.

קפה) נימא לי' לאפוטרופא זיל שלים אמר אנא לבקרא מסרת'י- ע"י ראשונים בסוגיין שהקשו אמאי לא חשבין לי' פושע מצד עצם מה שקנה שור כזה ולא בדק לראות דאין לו ככי ושני, ונאמרו בזה בראשונים ב' תירוצים (ע"י חידושי הרשב"א), הא' דלא חשיב פושע בלא משום דשור בלא ככי ושני מילתא דלא שכיחא היא, וב', דכיון דמסר לבקרא הרי סומך על הבקרא שיודיעו ולהכי אינו צריך לבדוק בזמן שקונה. ונפ"מ לכאורה בין ב' התירוצים, אי בלא מסירה לבקרא אפשר לחייבו מצד עצם הקנייה, דלתי' הא' כיון דמילתא דלא שכיחא היא אינו חייב, ואילו לפום תי' הב' יש באמת לחייבו משום הכי.

והנה מה שפשע בעצם קניית השור, י"ל דלעולם אין חיוב מדיני שומרים אלא דבכה"ג חשיב בידים, וכ"כ במל"מ פ"ה מהל' שלוחין ושותפין ה"ב, ובכה"ג חייב אף דהוי בבעלים. והנה אמאי דקאמר בגמ' מכדי בקרא שומר שכר דיתמי הוא איבעי לי' לעיוני, הקשה הרשב"א (ועו"ר), וז"ל: איכא למידק דמהכא משמע דאי שומר חנם הוא פטור וא"כ היכי אמרין לימא לי' לאפוטרופא זיל שלים ולא פרטינן לי' אלא משום דאמר אנא לבקרא מסרתיה וי"ל דאי לאו דמסר'י אפוטרופא לבקרא ולא אוקמ'י ביני תורי

ושדא לי' אוכלא ולא אכל פושע גמור הוא וחייב וכו' ויש מי שפירשה לזו באפוטרופא שמינוהו בית דין דחשבין לי' כשומר שכר שמשכר בפרורה דרב יוסף ולא אתי לאימנועי וכו', עכ"ל. אכן נראה פשוט דלפי מש"כ דמייירי בש"ש ושוב כל חיובו הוא מחמת מה דהוה לי' לעיוני פשיטא דאין פשיעה זו חיוב אלא בשומר ולא מדין מזיק הוא. ואף למה שכתבו דמה שראה שלא אכל ולא עשה כלום פשיעה גמורה היא לחייב ש"ח גם בזה כיון דאין חיוב אלא משום מה שלא עשה ולא מחמת מה שעשה אין חיובו משום מזיק אלא משום שלא שמר כמו שצריך, וודאי דפטור בכה"ג בבעלים, ורק אם נימא דעצם הקנייה בלי בדיקה פשיעה היא כיון שלא מסרה לבקרא הוא דיש לדון דחיובו משום מזיק.

והנה כתב במל"מ ליישב בזה קושיית התוס' בד"ה נימא לי' לאפוטרופוס וכו' שהקשו דמשמע בסוגיין דאפוטרופוס שפשע חייב ואילו בב"ק ל"ט מבואר דאינו חייב דילמא ממנעי ולא עבדי, ולהנ"ל י"ל דמה שחייב הכא אינו מדין פשיעה דשומרים אלא משום מזיק בידים דבזה פשוט לו שצריך לשלם ואין בזה משום ממנעי ולא עבדי. והפשוט בדברי התוס' שלא תירצו כן דס"ל כתי' האחר דכל יסוד חיובו של אפוטרופוס אינו אלא מצד הפשיעה בדיני שומרים ולא משום עצם מעשה הקנייה, דאין בזה פשיעה משום דשור בלא ככי ושני לא שכיח, אשר בזה שפיר הקשו מסוגי' דב"ק.

קפו) תוד"ה הכא בספסירא דזבן מהכא וזבן להכא- ומספקא לי' וכו', מבואר מדבריהם דמספקא לי' לרמי בר חמא אי שייך הכא דינא דר' יוסי. ודבריהם לכאורה צ"ב היכן מרומז ספיקא זו בסוגיין. ובדברי רש"י היה נראה שפירש ספיקת רמי בר חמא באופן אחר, והוא ע"פ מה שפי' דמי בשר בזול דהיינו באמת פחות מההיזק הנעשה ומפאת פשרה הוא דאתינן עלה. ולכאורה אי חשיב שפיר פשיעה להתחייב אמאי עבדינן בזה פשרה, אע"כ דהא מיהא פשיטא לי' דמסברא איכא שפיר למימר דלא הוי פשיעה, ואף דנימא דהוי פשיעה, הוי פשיעה מחודשת וגבולית, אשר משו"ה אף דנימא דחייב, מ"מ עושין פשרה ואינו משלם אלא דמי בשר בזול. (והנה בלאו הא דבהדי תורי אוקמה ודאי דהוי פשיעה גמורה והיה חייב דמי בשר ממש, אלא דהא מספקא לי' לרמי בר חמא אי איכא לחיובי משום הך דהוה לי' לעיוני, כן נראה לכאורה ביאור סוגיין לשיטת רש"י. והתוס' שלא פירשו כן היינו משום דס"ל דדמי בשר בזול חיוב מן הדין הוא בלא פשרה, ולדידהו פשיטא דהך פשיעה דהוה לי' לעיוני פשיעה גמורה היא, אשר ממילא הוצרכו לפרש דספיקת רמי בר חמא בדבר אחר הוא.

קפו) תוד"ה הכא בספסירא דזבן מהכא וזבן להכא- אלמא משכיר במקום שוכר קאי וכו' ספסירא במקום יתמי קאי ואית לי' דינא בהדי שואל כאילו הוי שומר שלו וכו'- מבואר מדבריהם דיסוד דינא דר' יוסי הוא דהמשכיר במקום השוכר הוא, ומכאן צ"ע לכאורה מש"כ לעיל ל"ה ע"ב בשם מו"ר זצ"ל לבאר דברי התוס' שם דס"ל דלעולם יסוד החיוב דהשואל הוא להשוכר ולא להמשכיר, אלא דאית לי' להבעלים זכייה בהממון משום טענה דכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, ואילו הכא משמע דהוא ממש במקום השוכר להיות דינו עם השואל כאילו הוא שומר שלו, וצ"ב.

והנה במה שכתבו התוס' דשייך בנ"ד דינא דר' יוסי הקשה במהר"ם שיי"ף מהא דכתבו התוס' לעיל ל"ה ע"ב דטעמא דר"י הוא משום דיכול המשכיר לומר להשוכר דל אנת ודל שבועתך, והיכא דפטור השוכר משבועה מודה ר"י לרבנן, ואילו הכא כתבו דשייך דינא דר"י אף דליכא על האפוטרופוס חיוב שבועה, ע"ש שכתב ליישב דאף דליכא הכא שבועה מ"מ יכול לומר דל אנת ודל טענתך. ביאור דבריו, דאף דלא בעינן הכא שבועה מ"מ בעינן טענת פטור בכדי שיפטור האפוטרופוס, דהא סו"ס כיון דהוי מקח טעות שומר

הוא, וכיון דמדיני השומר שצריך טענת פטור שפיר יכול לומר לו דל אנת ודל טענתך.

ויש להביא ראיה ליסוד זה, ממש"כ התוס' לעיל דטעמא דר"י הוא משום טענה דדל אנת ודל שבועתך, ולכאורה צ"ב דהא ס"ל לר"י בב"ק ק"ז וכן לרמי בר חמא לעיל דף ה' דליכא שבועת שומרים אלא היכא דאיכא ג' פרות ומודה במקצת, וא"כ במתני' דדף ל"ה דליכא אלא פרה אחת הרי ליכא שבועה ומ"ט דר"י. וכעין זה הקשה הגרע"א בהא דס"ל לר"י דשומר שמסר לשומר חייב משום דיכול לומר לו אנת מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי, והרי לר"י גופי' ליכא שבועה דהא לדידי' ליכא שבועה אלא היכא דאיכא ג' פרות, וכנ"ל. ואמר בזה מו"ר זצ"ל, דאף דליכא חיוב שבועה, מ"מ בכדי ליפטר שפיר בעי השומר טענת פטור, אשר ממילא שפיר יכול המשכיר לומר דל אנת ודל טענתך, וכן יכול לומר את מהימנת לי בטענתך איהו לא מהימן, והן הן דברי המהר"ם ש"י.

קפח) הלכך משתבע איהו דלא הוה ידע ומשלם בקרא דמי בשך בזול- עי' ראשונים שהקשו אמאי חייב בקרא לספסר הרי הוה כאומר איני יודע אם נתחייבתי, דהא אי הוה ידע ספסר אין הבקרא חייב. וברמב"ן תי' דכיון דמצד פשיעתו היה חייב ורק משום שמה ידע הספסר ואיהו דאפסיד אנפשי' הוא דפטור, אין ספק מוציא מידי ודאי, להכי חייב. וכ"כ בחידושי הר"ן בסוגיין, ע"ש שהוסיף דהוי כאיני יודע אם פרעתיך. ולכאורה צ"ב, דהא בפשטות מאי דחייב באיני יודע אם פרעתיך הוא משום דאיכא חזקת חיוב והוי כאילו המלוה מוחזק בהממון, והכא הרי ליכא חזקת חיוב, דהא על הצד דידע המוכר מעולם לא נתחייב בקרא לדידי' כלום. ואשר מוכרח ומבואר מדבריהם, וכ"כ בקובץ הערות סי' נ"ט אות י' ובאבי עזרי ריש הל' טעון ונטען, דיסוד מאי דחייב איני יודע אם פרעתיך אינו משום חזקת חיוב, אלא משום דהיכא דאיכא ודאי סיבת חיוב וספק סיבת פטור, אין ספק מוציא מידי ודאי והרי סיבת החיוב מחייבתו. והוא הדין הכא הרי הוי פשיעתו שפיר סיבת חיוב, דהא מצד פשיעתו ודאי דהו"ל להיות חייב, אלא דמספקא לן אי איכא סיבת פטור, דהיינו מאי דהוה דידע המוכר, על כן שפיר אמרינן בזה דאין ספק מוציא מידי ודאי והרי הוא חייב. וה"ר לדבר זה מדברי הש"ך בסי' ע"ה סק"ט דאף היכא דקדמה ספק פרעון להלואה אמרינן דחייב משום דהוי איני יודע אם פרעתיך, אף דהתם ליכא חזקת חיוב, דהא על הצד דהיה פרעון מעולם לא נתחייב על ידי ההלואה.

והנה יעו"ש בראשונים שכתבו דלשיטת רש"י ל"ק קוש"י הנ"ל דלהוי כאיני יודע אם נתחייבתי, דהא לדידי' הרי מיירי ששילם הספסר ליתומים, ונמצא דקודם ששילם באמת נתחייב הבקרא להיתומים, ונמצא דאיכא שפיר חזקת חיוב, ועי' ברשב"א שכתב דזהו הביאור הנכון. וי"ל דהיינו טעמא משום דס"ל דלעולם יסוד הפטור דאיני יודע אם פרעתיך נבנה אמאי דאיכא חזקת חיוב, אשר ממילא לכא למימר כדברי הרמב"ן והר"ן.

ומה שכתבו דנראה דרש"י יישב קוש"י זו, נראה דנקודת החידוש שמצאו בדברי רש"י הוא מש"כ דגדר דינא דר' יוסי הוא דהוי המשכיר במקום השוכר, ובנ"ד הוי ספסר במקום היתומים, דלפ"ז נמצא דחיובא דהבקרא אותו החיוב הוא שהיה חייב מקודם ליתומים, אשר ממילא שפיר איכא למימר בזה דאיכא חזקת חיוב. אכן אי הוה אמרינן דגדר דינא דר' יוסי הוא דמאחר ששילם לאפטורופוס שוב אומרים דהוי האפטורופוס כאילו שלח של הבעלים והוי חיוב ישיר דהבקרא להבעלים, לפ"ז חיוב חדש הוא וליכא בזה שום חזקת חיוב, דלא שייך חיוב זה לחיוב שהיה חייב מקודם בקרא ליתומים, כן העירני בחור אחד. וכן אילו הוה אמרינן דטעמא דחייב בקרא לאו משום דינא דר' יוסי הוא יתכן דלא היה שייך בזה לומר דאיכא חזקת חיוב.

והנה כל זה באשר נוגע ליסוד החיוב דהבקרא להמוכר, אכן אכתי צ"ב מהו גדר הך שבועה דצריך לישבע, דלמשנ"ת דהוי כאיני יודע אם פרעתיך, הרי התם חייב ואין התובע נשבע ומי"ש הכא. וכתב הרמב"ן בזה, וז"ל בא"ד: ומיהו ספסירא לא שקיל אלא בשבועה שמא הוי ידע ואינו ראוי ליטול כלום שהוא הפסיד על עצמו וכו', עכ"ל. ודבריו לכאורה צ"ב, דהא בכל איני יודע אם פרעתיך כן הוא, ומי"מ הרי הוא נוטל בלא שבועה.

וכתב באבי עזרי שם לבאר, דבאמת הרי ס"ל לשערים דרב אלפס דבכל איני יודע אם פרעתיך איכא שבועת הנוטלין, ומאי דפליגי כל הראשונים עלי' י"ל דהיינו משום דאיכא חזקת חיוב ועל ידי כך לא חשיב נוטלין, אשר ממילא בנ"ד דליכא חזקת חיוב שפיר איכא שבועת הנוטלין. והנה לפ"ז אף בנידון דהש"ך בספק פרעון קודם ההלואה יוצא דאיכא שבועת הנוטלין, ולא מצינו זכר לזה (ובאבי עזרי כתב דאפ"ה כן הוא). ועוד צ"ב, כאשר העיר כבר באבי עזרי, דהתינוח לשיטת הרמב"ן שפיר איכא למימר דמאי דנשבע הכי היינו משום דליכא חזקת חיוב, אכן לשיטת הרשב"א הרי אף בנ"ד איכא חזקת חיוב, והדרא קושיין לדוכתה מ"ש הכא דצריך לישבע מכל איני יודע אם פרעתיך שאינו נשבע.

ונראה דר"ל בזה, דבאמת איכא חילוק בין ציור דאיני יודע אם פרעתיך לבין נידון דידן, דבאיני יודע אם פרעתיך, הרי הפרעון הוא היפך ההלואה, כלומר, דההלואה יסודו שנתן לו ממון וממונו גביו, והפרעון יסודו שהחזיר לו הממון ולית לי גבי' ולא מיד. אכן בנ"ד אין פשיעת הספסר ההיפך דפשיעת הבקרא, אלא דעל ידי פשיעת הספסר אמרינן דאינו דאפסיד אנפשי' ושוב אין פשיעת הבקרא מחייבתו. ולפ"ז נראה לומר, דמאי דלא בעינן שבועה בכל איני יודע אם פרעתיך היינו משום דעצם החזקת חיוב (או סיבת החיוב להרמב"ן) מגרעת את טענת הנתבע, דעל ידי דאמרינן דאיכא חזקת חיוב או דאין ספק סיבת פטור מוציא מידי ודאי סיבת חיוב שוב אמרינן דקיימת ההלואה, אשר פירושו, שאינו נפרע. אכן בנ"ד הוי דאיכא חזקת חיוב אשר על ידו אמרינן דחייב, מ"מ א"א לומר דעצם החזקה מגרעת לגוף טענת הנתבע, דאין מאי דנקטינן דפשע הבקרא מגרעת באפשרות שפשע נמי המוכר, ונהי דנקטינן דחייב, מ"מ בעינן בזה שבועת הנוטלין לסלק טענת הנתבע, אשר זהו יסוד שבועת הנוטלין, מה דלא בעינן בכל איני יודע אם פרעתיך. וניחא בזה מאי דלא מצינו בדינא דהש"ך דספק פרעון קודם ההלואה דניבעי שבועה, ואתיין דברי הרמב"ן כפשוטן, ודוק היטב בזה.

והנה הביאו הראשונים (עי' חידושי הרשב"א ועוד) שיטת הראב"ד דמאי דבעינן שבועה היינו משום שאין נפרעין מנכסי יתומים אלא בשבועה, ואע"פ שהבקרא משלם משלו "במקום היתומים הוא עומד שהיתומים כשומר שכר להספסר לפי שהם חייבין לשמור שהרי הוא עומד לחזור לבעלים וליטול את שלהם ממוכר ובאחריותו הוא עד שיחזור לבעליו מפני מעותינם והבקרא שומר שכר להיתומים ונכנס תחתיהן לשמירה וכו'". ותמה באבי עזרי ראשית דלא שייך דינא דאין נפרעין מן היתומים אלא בשבועה אלא בחוב של אביהם והכא הרי חוב של עצמן הוא. ועוד, דלפי מאי דק"ל כר"י הרי הבקרא שומר של הבעלים, ואין חיובו רק משום שנתחייב ליתומים, ואין זה כלל בא ליפרע מנכסי יתומים. (והנה לפי מה שכתבו לעיל דף ל"ה ע"ב ביסוד דינא דר"י לכמה שיטות ראשונים דעצם החיוב הוא לעולם לשוכר, אלא דבתביעת הממון יש לו להמשכיר זכות, שפיר הוי באמת אף לר"י בא ליפרע מנכסי יתומים). וביאר באבי עזרי דבאמת דינא דר"י לא שייך הכא כלל, דלא שייך לומר שעושה סחורה בפרתו של חבירו אלא כגון היכא דהוה שוכר והשני שואל ומתה כדרכה, כמתני' דלעיל, דהוה פטור מלשלם לבעלים והשואל חייב, אבל היכא דתרווייהו שוין אין זה עושה סחורה, וליתא בזה לדינא דר"י. וכן איתא בפלפולא חריפתא בהשואל, הבאנו

דבריו לעיל דף ל"ה ע"ב, ע"ש. ומאי דגובה ספסר מהבקרא אינו משום דינא דר"י אלא משום שעבודא דר' נתן, דהרי היתומים חייבין לספסר משום דש"ש הם, והבקרא חייב ליתומים, וכמש"כ הראב"ד. ומאי דכתב הראב"ד דאתין עלה דהשבועה מדין הבא ליפרע מנכסי יתומים, לאו דווקא הוא אלא ר"ל משום דיתומים קטנים הויין כשלא בפניו ואין נפרעין מבע"ח שלא בפניו אלא בשבועה, ע"כ תו"ד.

והנה מש"כ הראב"ד דהיתומים ש"ש הם, התוס' בסוגיין פליגי עלי' וס"ל דאין אלא ש"ח, וכ"ה בחידושי הריטב"א החדשים, וצ"ב לכאורה מהו ביאור שאלה זו אי ש"ש הם או ש"ח.

והנה הרא"ש בסוגיין אף הוא הביא שיטת הראב"ד, ע"ש שכתב, וז"ל: והראב"ד ז"ל פי' דל"צ לההיא דר"י הכא אלא לפי שהיתומים כל זמן שלא ידעו אין המקח קיים דשמא בעל מום הוא ועומד השור לחזור לבעליו ויחזור להן הדמים וצריכים הם לשומרו עד שיחזירוהו לבעליו נמצא שהיתומים שומרי שכן על השור בשביל מעותיהם שהם באחריותו והבקרא ש"ש של היתומים ונכנס תחתיהן וכיון שלא שמרו כראוי משלם לספסירא דמי בשר בזול וכו', עכ"ל. הרי להדיא דלראב"ד לא אתין עלה מדינא דר"י. אלא דמפשטות לשונו משמע דבאמת שפיר היה שייך בזה דינא דר"י אלא דלא בעינן לה, ודלא כמש"כ באבי עזרי, ופלא הוא לכאורה שלא הביא דברי הרא"ש.

וכן מבואר מדברי הרא"ש יסוד הך דינא דחשיבי היתומים כש"ש, דבאמת לא חל המקח עד שיוודע להקונה שאין השור בעל מום ואינו מקח טעות, אשר ממילא בההיא שעתא שומר הוא שורו של המוכר על מנת שיחזירוהו לו אם הוא מקח טעות ויקבל תמורת זה את מעותיו, אשר זה חשיב שפיר ש"ש. ומאי דפליגי הראשונים הנ"ל עלי' וס"ל דאין אלא ש"ח וע"כ מדינא דר"י הוא דאתנן עלה, נראה פשוט דהיינו משום דפליגי אעיקר יסוד זה, וס"ל דלעולם המקח קיים מיד והוי שפיר שורו של היתומים, אלא דאם נמצא דהוי בעל מום בטל המקח למפרע, ולמפרע נמצא דבאמת שמרו על שורו של המוכר, אשר לפי' ע"כ דאינו אלא שומר חנם, דנהי דאמרין דלמפרע הוי שורו של המוכר שהיה ברשותם, מ"מ הרי א"א לומר דמה ששמרוהו אז היה לקבל מעותיהם, דהא בההיא שעתא הוה סבירי דשלהם הוא, וזהו כונת הריטב"א החדשים שכתב דדיו להיות כשומר חנם, דשפיר איכא להוסיף דהוי למפרע שומר, אבל ששמר על דעת לקבל תשלום מעותיו זה א"א לומר, וז"פ.

קפט) הילכך משתבע איהו וכו' - כתב הרמב"ם פ"טז מהל' מכירה ה"ט-י"א, וז"ל: המוכר דבר שיש בו מום שאינו נראה ואבד המקח מחמת אותו המום הרי' מחזיר את הדמים כיצד המוכר שור לחבירו שאין לו טוחנות והניחו הלוקח עם הבקר שלו והיה מניח המאכל לפני כולן ואוכלין ולא היה יודע שזה אינו אוכל עד שמת ברעב הרי' מחזיר לו את הנבלה ויחזיר לו את הדמים וכו' היה המוכר ספסר שלוקח מזה ומוכר לזה ואינו משהה המקח עמו ולא ידע במזה הרי הספסר נשבע שבועת הסת שלא ידע במום זה ויפטר מפני שהיה על הלוקח לבדוק השור בפני עצמו ולהחזירו לו קודם שימות והיה הספסר מחזירו על המוכר הראשון והואיל ולא עשה הוא הפסיד על עצמו וכו', עכ"ל. והנה מש"כ דהיכא דהלוקח הניחו עם הבקר שלו דהוי מקח טעות, זה מבואר ממה שלא אתו עלה דחייב בקרא בסוגיין אלא משום דהוי שומר שכן. אכן מש"כ דנשבע הספסר ונפטר, זהו לכאורה דלא כסוגיין דמבואר דחייב המוכר לשלם ליתומים אף דהוי סרסור, וכה"ק בכס"מ, ע"ש.

והנה נאמרו בביאור דברי הרמב"ם ב' מהלכים, דבביאור הגר"א כתב דבאמת מודה הרמב"ם דמשלם סרסר ליתומים, דמבואר בגמ', אלא דבגמ' מיירי שמסרו לבקרא ואילו הרמב"ם מיירי שהלוקח עצמו העמיד עם בהמותיו. וחילוק זה מתבאר להדיא מתוך דברי הר"י מגאש המובאים בשט"מ, ע"ש שכתב

בא"ד, וז"ל: ואין לו (למוכר) על היתומים ולא על האפטרופוס טענה לפי שמסרו אותו לבקרא הואיל והדבר ידוע שהם אינם מאותם ששומרים בעצמם השור ושאי אפשר להם שלא ישכרו מי שישמור אותו וכו', עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דאילו שמשור לבקרא אלא היו שומרים בעצמם היה שפיר חשיב דאיהו אפסדו אנפשיהו, והן הן דברי הרמב"ם לפי פי' הגר"א. (וצ"ב קצת לדברי הגר"א אמאי לא הביא הרמב"ם דינא דבקרא.)

ובכס"מ פי' דברי הרמב"ם באופן אחר, ע"ש שכתב דהרמב"ם מיירי באמת שלא החזיר הספסר דמי המקח אלא ר"ל דכיון דמוכר בפניו תו ליכא פסידא ליתמי דמצו לשקול דמי תורא, אלא דאמרין דכיון שהוא ספסר פשיטא דמיפטר, ושוב לא נשאר אלא שישלם הבקרא או שישלם האפטרופוס, אשר זהו ספיקא דרמי בר חמא, ומסקינן דמשתבע ספסר שבועת היסת ומיפטר, ומשלם בקרא ליתומים. ולפום פירושו צ"ב לכאורה מהו שו"ט דהש"ס, דהרי הא הוה פשיטא ל' דחייב בקרא ומשו"ה אמר דליכא פסידא, ומה נשתנה למסקנת הגמ', וצ"ב. (וכן צ"ב למה שצדדנו לעיל בביאור שאלת רמי בר חמא לשיטת רש"י, ולשיטת התוס' אתי שפיר.)

עוד יש לעיין לשיטת הרמב"ם מ"ש דבריש הסוגי' פשיטא לן דחייב בקרא משום דש"ש הוא והוה ל' לעיוני ולא הוזכר דמי בשר בזול, ומשמע דחייב כל דמי השור, ואילו למאי דמסקינן אינו משלם אלא דמי בשר בזול, שלמא לשיטת התוס' אתי שפיר, דבריש סוגיין מיירי לשלם ליתומים, אשר בזה כיון דהוי מקח טעות היה להם בשור זה כל הדמים שהיה מחזיר להם המוכר, אבל מאי דמסקינן הרי לספסר הוא דחייב בקרא, אשר בזה שפיר אמרינן דמשלם דמי בשר בזול כיון דלא שוה לו אלא לשחיטה, כאשר כתבו התוס', אבל לשיטת הרמב"ם צ"ב, דהא אף למסקנא ליתומים הוא דחייב בקרא.

והנה יעויין בפי' הר"ח בסוגיין דמבואר מדבריו דחילוק הרמב"ם בין סתם מוכר לבין ספסר נתחדש במסקנת הגמ', ולדיד' יש לפרש תחילת סוגיין אף לשיטת הרמב"ם כמו שא"ר, רק דלמסקנא דנתחדש דלא מיירי בבעה"ב אלא בספסר, בזה הוא דאמרין דפטור הספסר. אכן אכתי צ"ב כנ"ל מ"ש תחילת סוגיין מסוף סוגיין ביסוד חיוב הבקרא ליתומים.

וי"ל בזה, ויסוד הדברים מבואר באבן האזל, דיעו"ש שכתב להוכיח מדברי רה"ג בספר המקח דדן חזרה במקח טעות אין יסודו דהמקח בטל והלוקח שומר הוא על המעות, אלא דין הוא דאין המוכר חייב להחזיר המעות אלא כשיחזיר לו הלוקח את המקח, אשר על כן היכא דפשע הלוקח בו קצת ואינו יכול להחזיר המקח הרי זה דין בגוף ההילכתא דמקח טעות דאינו מחזיר לו המעות, כלומר, דבכה"ג ליתא לדינא דמקח טעות, וכן מבואר לכאורה מדברי הרמב"ם שכתב דטעמא דפטור הספסר הוא משום דאיהו (הלוקח) דאפסיד אנפשי', ולא כתב דהיינו טעמא דאין מחזיר המעות משום חיוב שומרין דהלוקח.

אשר לפי' י"ל דבריש סוגיין דמיירי בבעה"ב הרי שפיר איכא דין מקח טעות, דבבעה"ב לא איכפת לן במאי דאיכא מצד הלוקח פשיעה קצת דעכ"פ מקח טעות הוא, אשר בזה שפיר הויין היתומים שומרים על השור ושפיר שוה להם כל הדמים כיון דתמורת השור מחזיר להם המוכר ממונם, וממילא חיוב הבקרא בזה להיתומים הוא כל הדמים ולא דמי בשר בזול, אכן למסקנא דמיירי בספסר הרי כיון דהיה בזה פשיעה קצת ליתא לדין מקח טעות, ושוב הוי השור של היתומים, אשר בזה לא דיינין אלא בעצם שיווי השור אשר הוא דמי בשר בזול כמש"כ התוס', אשר ממילא אין חיוב הבקרא בזה אלא דמי בשר בזול, דנהי דעל ידם הפסידו היתומים דין מקח טעות, מ"מ אין זה בכלל חיוב שמירת השומר דאינו חייב אלא לשמור השור ולא דין חזרת הדמים התלוי בו, ובזה לכאורה לא הוי אלא גרמא, ודוק. אכן אכתי צ"ב

מהו ספיקת רמי בר חמא למסקנא יותר מבתחילה, אם לא דנימא דספיקתו היה אי יש לחייב הבקרא כל הדמים או רק דמי בשר בזול, ועדיין צ"ע בזה.

קצ **אי דשהה שיעור איתווי ולא איתני גלי אדעת' דניחא לי'** - ע"י חידושי הרמב"ן שהקשה מנ"ל הא, דילמא משום מילתא אחריתי נתעכב, כלומר היכן מוכח הך גילוי דעתא דניחא לי, ותי' בתירוץ הא' דמייירי בש"ש "ומאחר שהוא ש"ש היה לו לחוש ולשאול למה נתעכב וכו'". וצ"ב לפ"ז אמאי אתו עלה בסוגיין מצד גילוי דעתא דניחא לי, הרי בלאו הכי חייב כיון דהיה לו לחוש ולשאול ולא שמר כמו שהיה צריך. ובתי' הב' כתב הרמב"ן דשפיר מייירי אף בש"ח, וצירוף מה שלא אמר מהא לא תירמי בהדי' מה ששהה משוי לי' פשיעה אף בש"ח, ע"ש בדבריו. ואף בזה לכאורה צ"ב כנ"ל, דסו"ס אית לן לחייבו משום שפשע בחיוב שמירתו ואמאי בעינן להא דגילה דעתו דניחא לי, וצ"ב.

קצא **והא קא משתרשי לי'** - הנה בעיקר גדר החיוב דמשתרשי מצינו דנחלקו המח"א והקצוה"ח, דמחמ"א בדיני נזקי ממון סי' ב' כתב דאינו חייב משום נהנה היכא דנהנה שלא מדעתו אלא היכא דמשתרשי לי' דעומד לכך להנאה זו, ע"ש שדקדק כן מדברי רש"י בסוגיין. ולפי דבריו יוצא מסוגי' דחולין קל"א דשפיר איכא חיוב נהנה אף בממון שאין לו תובעין כגון תרומה, דהא תירצו דמאי דחייב אף דאין לו תובעין הוא משום דמשתרשי, ולהמח"א חיוב משתרשי משום נהנה הוא, וכנ"ל. וביאור הדברים, דמאי דאין נהנה שלא מדעתו חייב הוא משום דיכול לומר דלא היה רוצה בהנאה זו ואינו לחייבו לשלם עליו, אבל היכא דהיה עומד לכך ליכא למימר הכי על ולכך חייב. ולדבריו מאי דכתבו התוס' שם בחולין דבאוכל מתנות כהונה פטור ולא הוי משתרשי משום היה יכול להתענות, הפירוש בזה דמשו"ה לא חשיבא הנאה, וזה לכאורה דוחק קצת.

אכן בקצוה"ח סי' רמ"ו סק"ב כתב דלעולם כמו דאמרין דמזיק פטור בממון שאין לו תובעין, כמו כן הנהנה פטור, ומאי דחייב במשתרשי חיוב אחר הוא, דכיון דעל ידי ד"ז נשאר אצלו ממון הרי זה כמו שהוציא ממון זה ממון חבירו ולהכי חייב לשלם, ולעולם היכא דהיה יכול להתענות שפיר חשיבא הנאה, אלא דפטור משום דהוי ממון שאין לו תובעין, ורק משתרשי הוא דלא הוי כיון דהיה יכול להתענות. והנה אמאי דמתרצין דהוה שכר חלא כתב בשט"מ בשם שיטה, וז"ל: פירוש ואע"ג דבדידי' נמי הוה חלא מכל מקום כיון שלא נהנה לא הוה אידך אלא מבריה ארץ, עכ"ל. ודבריו לכאורה צ"ב, דאמאי לא יתחייב לשלם על שנמנע ממנו הפסד כישות שלו. אכן מבואר לכאורה מדבריו כדברי המח"א דיסוד החיוב דמשתרשי הוא משום נהנה, אשר ממילא היכא דלא נהנה אף דנמנע ממנו הפסד כישות שלו מ"מ לית בזה חיוב משתרשי, וז"ל לכאורה.

אלא דלכאורה צ"ב סוגי' דחולין דאנסו בית המלך גרנו דאף התם לא נהנה, ומ"מ מחייבין בזה משום דמשתרשי לי'. וצ"ל דכיון דהתם הרי היה חייב לעשר ופטורו מחיובו שפיר חשיב זה הנאה. אכן התוס' שם כתבו דמאי דחשיב משתרשי היינו משום דבמקום זה הניח לו המלך שאר ממון, ומבואר לכאורה מדבריהם כדברי הקצוה"ח הנ"ל דיסוד חיובא דמשתרשי אינו משום דנהנה אלא משום דנמנע ממנו הפסד הך ממון. ולדברי הקצוה"ח והראשונים דס"ל כדבריו צ"ב לכאורה קושיית השט"מ. וצ"ל דאף לדיעה זו לא סגי במאי דחסד לו הוצאת כסף, אלא בעינן שיהא רווח הדבר הנעשה בלא ההוצאה, והכא דהוי חלא שוה לו לא חשיב שיש לו רווח הדבר הנעשה, ושוב אף לשיטת התוס' אינו אלא כמונע הפסד דלית בזה חיוב דמשתרשי. וביתר ביאור, נראה דאין יסוד דברי הקצוה"ח והתוס' דחייב עבור הממון שהוא ברשותו, דזה לעולם היה שלו ולא הוי אלא מניעת ההפסד, אלא יסוד החיוב הוא דעל ידי הכסף שנמנע מלהוציאו ניתן שיווי ממון למה שעשו עבורו

והוי על ידי כך כאילו נתנו לו ממון, וזה לא שייך היכא דהיה חלא כיון דנמצא דהרי לא נתנו לו כלום והדר הוי כמניעת הפסד גרידא, ועדיין צ"ע בזה.

וסמוכין לזה יש להביא מפ"י הר"ח בסוגיין, ע"ש שכתב דאי הוה חלא לא אשתרשי לי' מידי, ולכאורה לדברי השט"מ שפיר אשתרשי לי' אלא דליכא הנאה ולהכי פטור, אלא משמע כמש"כ בדעת התוס' והקצוה"ח דהיכא דהוה חלא ליכא משתרשי כלל כיון דלמעשה לא ניתן לו כלום דהא לא שוה מידי, וליכא אלא מניעת ההפסד דפטור עליו, דהא מאי דאית לי' ידי' הוא.

אכן מאי דכתב דלא הוי אלא כמבריה ארי ועל מניעת ההפסד בכה"ג פטור, צ"ב לכאורה מהמבואר בב"ק נ"ח ע"א דאין מבריה ארי פטור אלא בהדבריהו מדעתו ולית לי' הפסד, והכא הרי הוי שלא מדעת המפקיד וגם יש לו הפסד, וצ"ב. והעיר ב"א דיש לבאר ע"פ דברי הר"י שם בתוס' שכתב דאין מבריה ארי נוטל שכר אא"כ ברור שיבוא לידי הפסד, והכא ל היה ברור שיהיה חלא וכיון דלא הירא שיבוא לידי הפסד פטור.

מ"ג ע"א

קצב **אצל בעל הבית בין צורין בין מותרין לא ישתמש בהן** - ע"י טור סי' רצ"ב שכתב, וז"ל: הופקדו אצל בעל הבית אפי' אינן חתומין לא ישתמש בהן וכו', עכ"ל. משמע לכאורה מדבריו דדווקא צורין אפי' אינן חתומין לא ישתמש בהן, אבל מותרין שפיר ישתמש בהן, וכן הבין מדבריו המ"מ פ"ז שו"פ ע"פ גירסת הלח"מ שם וגירסת הבי" סוס"י רצ"ב, וזהו דלא כמבואר מדברי הרמב"ם שם ה"ח. ובאמת מתוך הסוגי' לכאורה משמע דלא כדבריו, דהא מתחילה אמרו משום דצורין לא ישתמש בהן, ר"ל דליכא נפ"מ בין צורין לבין מותרין, ואי אסור בצורין אסור נמי במותרין ואי מותר במותרין מותר נמי בצורין, וצ"ב, ע"י מש"כ בזה בלח"מ. ובאמת בגירסות אחרות במ"מ ליתא לדבר זה כלל, אכן הבי"ו והלח"מ כך גרסו בדבריו.

קצג **בעי רב מרי קשר משונה מאי תיקו - ע"י** ברי"ף שכתב "הילכך לא ישתמש בהן", וביאר בניי דהיינו משום דספק איסורא לחומרא. ולכאורה אף דבכל ספק ממון אמרינן דספק ממונא לקולא, היינו כדביאר בקוה"ס כלל א', והאריך בדבריו בשערי ישר שער ה' פ"א, דאיסור גזל תליא בשל מי הממון ואם על פי משפטי התורה במצב של ספק מוקמינן לממונא ביד אחד מהם, שוב ליט בזה ספק איסור גזל. באופן דליכא אפי' ספק איסור. אך בני"ד דודאי ממונא לאו של הנפקד, שפיר אמרינן דהוי ספק אי מותר להשתמש בהן ספק איסורא. אכן יעו"ש בש"י שהביא דברי הרשב"ם בב"ב דף נ"ז ע"ב דאף בשאלה כעין זו אי יש לו זכות השתמשות אמרינן דספק ממונא לקולא, והיינו לכאורה משום דאף זכות ההשתמשות הוי כמין בעלות אשר הוי זה ספק ממון ולא ספק איסורא, ולדידי' לכאורה ה"ה הכא היה לנו לומר כן, אם לא דנחלק בין שותף דהוי שפיר ממון דעכ"פ מפקיר לו חצרו לענין ההשתמשות, והוא בעצם שאלה בבעלות כל שותף אם כלול בו השתמשות, לבין שומר דאין זה אלא היתר השתמשות בכסף של המפקיד, ועדיין צ"ע בזה.

ומבואר מדקדוק לשון רשב"ם שהביא בסוף דהוי ספק ממון ולא ודאי כמו בשאול שלא מדעת דגולן הוא, שדן בזה גם מצד איסור גזל, והכא לא הוי אלא ספק גזל. ומבואר לכאורה מפשטות דבריו כדעת התומים סי' כ"ה בקיצור תקפו כהן דספק גזל אינו אסור, ע"ש שדימה הדבר לספק ממון וספק מעשר בהמה, ע"י בש"י שם מה שהקשה עליו, ומה שדקדק כנ"ל מדברי הרשב"ם. ולדברי התומים הוי באמת ספק איסור ואין הדין ספק ממון מכריע שלא יהיה בזה ספק איסור, אלא דהממון מחייב למיזל לקולא

וספק גזל אינו אסור. ונראה דאף לפי התומים יש לכאורה לחלק בין נידון דהרשב"ם וני"ד ולומר דבני"ד הוא ספר איסורא ועבדין לחומרא, והוא כנ"ל, דהתם דאיכא ספק ממון דספק הוא מה נכלל בחלקו בשותפות שפיר אמרינן דהדין ספק ממון לקולא קובע דספק גזל כה"ג אסור, אבל בני"ד דאינו ספק ממון, דודאי הוא של המפקיד ולא של הנפקד ואין השאלה אלא אי מותר להשתמש בו או אסור, בזה ודאי אמרינן דספק איסורא לחומרא.

קצד) ואי אמרת אפי' נאנסו מאי איריא הוציא אפי' לא הוציא נמי- מבואר מקושיית רב נחמן, וכן באמת הודה לו רב הונא, דאם אף איכא בני"ד חיוב אונסין ע"כ דקנה ומשו"ה איכא נמי מעילה. וזה לכאורה צ"ב, וכח"ק בפנ"י, ע"ש, דהא ס"ל לרב הונא גופי' לקמן צ"ט ע"א דהשואל קרדום מחבירו ובקע בו קנה ואין המשאל יכול לחזור, ואם לא ברע בו לא קנה ויכול לחזור, אף דודאי משעת משיכה חיוב באונסין, ומבואר שם עוד דלרב הונא ליכא מעילה עד שבקע בו, הרי דשפיר איכא חיוב אונסין אף דלא קנה וליכא מעילה. וכן גבי מלוה מבואר בקידושין מ"ז ע"ב דאם מלוה ברשות בעלים ע"ד שהוציאו מ"מ איכא חיוב אונסין, ולפ"ז צ"ב מה הקשה רב נחמן ארב הונא ממעילה, הרי לא קאמר רב הונא אלא דאיכא חיוב אונסין ומהיכי תיתי דיהא בזה דין מעילה.

והנה רש"י בסוגיין כתב בד"ה ואי אמרת אפי' נאנסו, וז"ל בא"ד: ונעשה כמו שלוח לו ואין הוצאה גדולה מזו וכו', עכ"ל, הרי דכתב דהוי כמו מלוה (למאי דאמרינן דברשות לוח הוא) דשפיר קנה ולהכי שפיר פרכינן ממעילה. וכן כתבו התוס' לעיל דף כ"ט ע"א בד"ה והוי שואל עליהו, דע"כ נעשה לוח ואפי' אם אין אותו הימעות בעין אינו חייב להחזיר, דאליכא ליכא מעילה. אכן גופא דמילתא צ"ב מנ"ל לרב נחמן דכן הוא דהוי לוח, דילמא אינו אלא כשואל ושפיר איכא חיוב אונסין אף דלא קנה וליכא מעילה, וצ"ב.

והנה יעויין חידושי הרמב"ן בסוגיין שכתב, וז"ל: ואי קשיא לך הא דאמר ר' השואל המשאל קרדום של הקדש הוא מעל לפי טובת הנאה שבו ואקשינן עלה בגמ' ואי לאו דקני אמאי מעל וכו' והכא הא יכול לחזור בו ולומר לו שלא ישתמש בהו ואפי' אמרת דמעל לא תקשי לך וכו' דשאני התם שהכל חוזר בעינו ואין בו מעילה אלא כמה שאדם רוצה ליתן בטובת הנאה וכו' ואם יכול לחזור בו מאי טובת הנאה איכא שימעהל בו הרי אין אדם רוצה ליתן וכו' אבל הכא בתורת הלואה יהיבין להו כיון שיכול להוציאם ואינם חוזרין בעין ואפי' מחזירים בעיניהם כמשלם הלואתו דמי ואפשר שאם חזר בע"ה ואמר לשלחני איני רוצה שתוציאם תנם לי בעינים נתן לו מעות אחרים ואין בזה איסור שע"מ להוציאם נתנם לו ומלוה נינהו וכו' וה"ה לאונסין כמלוה גמורה לדעת רבנן, עכ"ל. ומבואר מדבריו דהא דהוי כמלוה ואיכא הכא קנין ומעילה היינו משום דעל מנת להוציאם נתנם לו, ובהכי שאני מהא דקרדום לחפור בו, אלא דנסתפק הרמב"ן שמא אף אם לא הוציאם צריך להחזירם בעין או דילמא לא, אמנם אף אי צריך להחזירם בעין מ"מ שפיר הוי כמלוה דאינו אלא כמשלם הלואתו ואין זה כחזרה.

וגדרא דהך מילתא דהוי כמשלם לו ומ"מ צריך להחזיר אותו המעות, נראה לבאר ע"פ הא דס"ל לרש"י בב"מ דף ד' דאיכא דין הילך גם במלוה אף דמלוה להוצאה ניתנה ואינה ברשות בעלים, דאומר לו לא הוצאתים והרי הם שלך בכל מקום שהם. וכן מדוקדק מדבריו בקידושין מ"ז דכתב דמקדש במלוה אינה מקודשת דמלוה להוצאה ניתנה והרי הם **כדידה**, ולא כתב דהוי דידה ממש. ומבואר מדבריו דאף שאין המלוה יכול לחזור, מ"מ אם בא לפרוע ולא הוציא המעות הרי הם עדיין חשובים של המלוה. אשר לפ"ז י"ל בדברי הרמב"ן דכיון שיכול להוציאם עד שלא יחזור בו המפקיד ועל דעת כן ניתנו לו, שפיר חשיבא הך מילתא הקנין לענין דיהא בו דין מעילה,

ואף דאם חוזר בו חייב להחזיר אותו המעות, מ"מ אין זה אלא כפרעון, שיכול לתבוע להחזיר לו קנינו, ועד כמה שלא הוציא המעות הרי הם של המפקיד ולהכי צריך להחזיר אותו המעות, כמבואר מדברי רש"י. ואף דלענין מלוה גמורה יתכן דפליג הרמב"ן על רש"י וס"ל דכיון דלהוצאה ניתנה הרי הם שלה מיד, מ"מ הכא דסו"ס הוי פקדון יתכן דמודה הרמב"ן בזה.

והנה כל זה י"ל בדברי הרמב"ן ואפשר דגם רש"י ס"ל הכי, אכן מדברי התוס' הנ"ל בדף כ"ט מבואר לכאורה דלא כזה, שהרי כתבו שם להוכיח מסוגיין לסוגי' דהתם דמייירי באבידה, דאף התם אינו צריך להחזיר לבעלים אותו המעות, ובאבידה הרי לא ניתן לו על מנת להוציאם, והוא לכאורה כקרדום דאיכא חיוב אונסין בלא קנין ומעילה. אע"כ דס"ל דמאי דאיכא הכא קנין ומעילה לאו מהאי טעמא הוא, אלא מחמת גופא דעובדא דאיכא חיוב אונסין, והדרא לדבריהם קושיית הפנ"י לדוכתה.

אכן יעויין מח"א דיני שומרים סי' כ"ח שכתב לבאר לדעת התוס' דבני"ד ובאבידה לא שייך חיוב אונסין דשואל, דליכא חיוב אונסין דשואל אלא היכא דכל הנאה שלו, דכל היות החפץ אצלו הוא להנאתו, בזה הוא דאיכא חיוב אונסין אף דאכתי לא קנה עד שישתמש, אבל בני"ד שהפקיד אצלו, או באבידה, דאין כל ההנאה שלו, ליכא חיוב אונסין דשואל, וע"כ דהיינו טעמא דחייב באונסין משום דמצד זכותו להשתמש במעות קנה והוי כלוח, אשר זהו דחקשו בסוגיין ממעילה, והוא הדין והוא הטעם בחיוב אונסין דאבידה.

והנה ברמב"ם פ"ג מהל' גזילה ה"ז מבואר דגבי שומר אבידה הוי כשואל, וזה צ"ב לכאורה דהרי בסוגיין שהקשו ממעילה מבואר דהוי כלוח. אך נראה פשוט בזה ע"פ סברת הרמב"ן הנ"ל דמאי דהוי בסוגיין לוח היינו משום שניתן לו על מנת להוציאם, וזה אינו שייך אלא בפקדון אבל לא באבידה, ודווקא באבידה הוא דחיוב אונסין ידי' משום שואל גרידא, אבל בפקדון שפיר הוי כלוח.

קצה) תוד"ה מאי איריא הוציא וכו'- ועוד י"ל דלר"י ולרב הונא דאית להו וכו'- ביאור דבריהם לכאורה, דנהי דהפקיעו חלות הקנין, מ"מ זכיית המוכר בהמעות לא הפקיעו ולהכי יכול להשתמש בהם. אכן לפ"ז לא מדוקדק מש"כ התוס' דהוי שואל עליהו, דהא ידי' הויין. ומשמע לכאורה מדבריהם דר"ל דנהי דהפקיעו חלות הקנין ועל ידי זה נמי הופקע זכייתו בכסף שיהא שלו, מ"מ זכותו להחזיק ולהשתמש במעות הלוקח לא הפקיעו, ושפיר משתמש בו תמורת הקנין שעתידי לתת לו בהדבר הנקנה משעת המשיכה, ולהכי שפיר מיקרי שואל, ועדיין צ"ב. ות"י זה דהתוס' אינו מיישב אלא קושיית התוס' הראשונה, אבל קושייתם ה' מהא דפוסק עמו על הגדש שפיר קשיא לר"ל, וכ"כ במהרש"א ובמהר"ם שי"ף, ע"ש.

ובטור סוס"י קצ"ח הביא דברי הר"ף (בהזהב) בשם רה"ג דמותר למוכר להשתמש במעות, אבל מטעמא אחרנא, והוא משום דכיון שקיבלם המוכר על מנת להשלים ללוקח את מקחו הרי קבלם להוציא ולהתחייב באחריותם והוי כהלואה גב'. ולכאורה סברא זאת שייכא לר"ל כמו לר"י, דמאי נפ"מ איכא בזה, אשר לפ"ז יקשה לשיטת הר"ף מהא דבנתנו לספר אינו מועל עד שימשוך, והרי הוה כהלואה, וכן קשה לר"י בספר נכרי, וצ"ב. ואולי י"ל בביאור דבריו, דנבנין אהא דיסוד קנין כסף הוא דקבלת הכסף מחייבתו לתת תמורתו את הדבר הנקנה, ואף דאמרו דמשיכה קניא ואין מעות קונות, מ"מ עצם קבלת הכסף שפיר היה על מנת להקנות החפץ, אשר על כן שפיר הוי כמלוה אצלו ומתחייב באחריותו, משא"כ לר"ל דדבר תורה מעות אינן קונות ליתא לדידי' יסוד זה דנתינן הכסף שיקנה תמורתו החפץ ולהכי לדידי' לא הוי כהלואה, וזה דוחק, ועדיין צ"ע בזה.

קצו) תוד"ה מאי אירא הוציא וכו' - וא"ת כיון
 דהיכא שלא משך אסור להשתמש בהם א"כ הא
 דאמר פוסק עמו על הגדיש וכו'. הנה תנן במעילה
 כ"א ע"ב המפקיד מעות אצל שולחני אם צוררין לא
 ישתמש בהן לפיכך אם הוציא מעל אם מותרין וכו'
 לא מעל אצל בעה"ב בין כך ובין כך לא ישתמש וכו'.
 ובפשוטות לפום מאי דמבאר מברייטא דידן דאם
 מותר להשתמש בהן מעל הגזבר צ"ל דמה שאיתא
 התם דאם מותרין לא מעל פירושו דלא מעל הנפקד
 אבל גזבר שפיר מעל, וכן פ"י ברע"ב, ע"ש. אכן יעויין
 דברי הרמב"ם בפ"ז מהל' מעילה ה"י שכתב, וז"ל:
 הפקידן אצל שולחני או חנוני ולא היו חתומין ולא
 קשורין קשר משונה הואיל ויש לו רשות מן הדין
 להשתמש בהן אם הוציאן שניהן פטורין בעל הפקדון
 פטור שהרי לא אמר לו להשתמש בהן והחנוני פטור
 מפני דאינן קשורין קשר משונה ולא חתומין וכאילו
 השתמש ברשות, עכ"ל, הרי דכתב דתרויהו פטורין,
 אשר זהו דלא כברייתא דסוגיין.

ובכס"מ שם כתב בשם הר"י קורקוס שכתב דס"ל
 להרמב"ם דבהך דנתנו דכלן באמת מותר להשתמש
 במעות ומ"מ לא מעל היכא דבעי קנין משום דלא
 עשאו שליח, דמאי דמותר לו להשתמש לא חשוב
 כמנינו שליחות ואין במה דחידשה תורה שליחות
 לדב"ע במעילה אלא חידושי היכא דמינהו בפירוש.
 והוא הך מתני' דלא כברייתא דסוגיין ולהכי פסק
 הרמב"ם כמתני' דנתנו לכלן, כמבאר מדבריו לעיל
 פ"ו ה"י, עכ"ל.

וכל זה נחא למאי דפי' בהר"מ דלרב נחמן אמרינן
 דמותר להשתמש במעות, אכן להנחת התוס'
 בקושייתם דלר"י פשיטא דאסור להשתמש במעות
 דלא פליגי בהכי, ה"ה דלרב נחמן נימא הכי, וא"כ לא
 מוכח מסוגי' דהתם כלום, דהא דבעינן משיכה היינו
 משום דאסור להשתמש במעות, אבל אילו היה מותר
 להשתמש שפיר היה מועל כשהוציא המוכר, וז"פ.
 ואף לשיטת הרמב"ם לרב הונא ע"כ דאסור להשתמש
 במעות, דאל"ה ימעול בלא משיכה לר"ל ולר"י בספר
 נכרי.

והנה עיקר הדבר המבאר בסוגיין דאם הוציא הנפקד
 מעל הגזבר דהוי שלוחו, באמת צ"ב מאי שליחות
 איכא בזה, הרי סו"ס לא מינהו שליח אלא שיש לו
 רשות להשתמש במעות, ואם משתמש בהם הרי
 מדדי' הוא. ומוכח מזה לכאורה דגדר השליחות
 דתורה במעילה לעולם אינו דין שלוחו של אדם
 כמותו, דמעשה השליח הוי כמעשה ידי', דזה
 לכאורה לא שייך הכא, וכנ"ל, אלא גדר הדברים
 דרבינו שלדב"ע גבי מעילה, דמתייחס מעשה השליח
 אליו **לענין שיקרא הוא המוציא** כיון שעל ידו באה
 ההוצאה, אשר זה שפיר שייך אף היכא דלא מינהו
 מפורש. ובאמת אף למש"כ הר"י קורקוס בהרמב"ם
 דלא ק"ל דהוי שלוחו בזה כן הוא ביאור שליחות
 דמעילה, דהא לא כתב דליכא בזה שליחות אלא
 משום דאין לך בו אלא חידושו, ואילו היה גדר
 שליחות לדדי' דין שלוחו של אדם כמותו, היה לו
 לומר בפשוטות דלא שייך כה"ג שליחות, אלא מבאר
 דאף לדדי' כן הוא גדר הדברים, אלא דלא נתחדש
 יותר מלומר דהיכא דצוהו מפורש חשיב הוא
 המוציא, ודוק.

ואין בזה סתירה למש"כ הרמב"ם שם דאין שליח
 לדבר עבירה אלא במעילה בלבד, ע"י קצוה"ח
 רצ"ב,א, דבטביחה הוי חיוב על ידי אחר ולא מדין
 שליחות וכן בשליחות יד הוי פשיעה ולא שליחות,
 ופ"מ בזה היכא דנתערב בו איסור אחר, ע"ש
 בארוכה, הרי דשפיר הוי דין שליחות, אלא דפשוט
 דאף דלית בזה דין כמותו מ"מ שפיר בעינן לחידושה
 דשליחות, דעל ידי מה שנעשה על ידי האחר יחשב
 הוא המוציא, ואילו היה בזה דין דאין שליח לדבר
 עבירה היה השליח כעושה מאליו, ואין זה כשליחות
 יד שחייב על גוף פשיעתו או בטביחה דיסוד החיוב
 הוא גם על ידי אחר, אלא בעינן דיתייחס המעשה
 אליו לענין שיחשב הוא המוציא, וכמשנ"ת, ודוק.

קצו) תברא או שתא משלם ד' - הנה נחלקו
 הקצוה"ח והנתיח"מ בביאור דין זה, דבקצוה"ח
 ל"ד,ג, מבאר דממיעוטא דוגונב מבית האיש נלמד
 דמאחר דחייל על חפץ שם גניבה, ז"א דעל ידי שנגנב
 אינו ברשותו, שוב לא שייך ב"י גניבה כלל, ומאי דחייב
 בתברא ושתא מדין מזיק הוא. וה"ר לדבריו מהא
 דאיתבר מאליו אינו משלם אלא א' כשעת הגזילה,
 והרי הדבר הוא ברשותו ואמאי לא אמרינן דעל ידי
 מה שקנה לאחר שנתייקר נעשה שוב גנב וישלם ד',
 וגם מן הנמנע שלא היה בידו אחר שנתייקר ואמאי
 לא נעשה על ידי כך גנב, אע"כ דמכיון דחייל על החפץ
 שם גניבה תו לא שייך לחייב משום גניבה. וכ"ה גם
 מאי דפטור הגונב מן הגנב, דלא שייך בחפץ זה דין
 גניבה, עכ"ל בקצרה.

ויש לעיין בדבריו, דהא לפי מה שדקדק הוא עצמו
 במקו"א מדברי רש"י בפרק קמא, אינו נעשה גזלן על
 ידי קנין שדהו אלא בעינן שינעל וכדומה, דבעינן
 מעשה גניבה, וא"כ האידן כתב שיעשה גנב על ידי מאי
 דהוי ברשותו. אכן י"ל בזה דמאי דבעינן מעשה גניבה
 אינו משום דלא שייך חיוב או איסור גניבה בלאו הכי,
 אלא ה"ט משום דבלאו מעשה גניבה לא חייל שם
 גניבה בזה, אשר לפ"ז היכא דעשה כבר מעשה גניבה
 והוי שפיר גנב לגבי חפץ זה שוב לא בעינן מעשה גניבה
 והיה שייך שיתחייב עבור זכיות חצירו אי לאו דפטור

משום דוגונב מבית האיש בעינן, וזה פשוט לכאורה.
 ובנתיח"מ שם סק"ה כתב דמאי דאין הגונב מן הגנב
 חייב (אפי' בקרן) היינו משום דלא הוסיף כלום
 בגניבתו, דבלא גניבתו היה כבר שלא ברשות הבעלים,
 אכן אם שתא וכדומה הרי הוא שפיר גנב משום דעד
 עתה נהי דאינו ברשותו דהבעלים מ"מ ידי' הוא,
 והוא הרי גנב הדידי'. וכן בתברא ושתא לעולם חיובו
 משום גנב הוא, כפשוטו לישנא דהש"ס. ולדידי'
 אזלא לה ראיית הקצוה"ח, דהא מאי דאינו נעשה גנב
 על ידי זכיותו אחר שהוקרא היינו משום דליכא
 הוספת גניבה בזה כיון דכבר היה ברשותו דהגנב.

והנה יעויין בחידושי הר"ן בסוגיין ובסנהדרין ע"ב
 ע"א שכתב להדיא דחיובא דתברא ושתא הוא משום
 מזיק, כדברי הקצוה"ח דלא שייך בזה לחיובו משום
 גנב. ולכאורה יקשה על דברי הר"ן והקצוה"ח לישנא
 דסוגיין דההיא שעתא דקתבר קא גזל מיני, הרי
 להדיא דחיובו משום גזילה ולא מדין מזיק. וכן
 יקשה על הקצוה"ח מדברי הרמב"ם פ"א גניבה ה"ד,
 שכתב דבתברא ושתא משלם כפל כדעכשיו, הרי
 דחיובו משום גניבה, דאילו משום מזיק לא שייך בזה
 כפל ופשיטא דהיה משלם כפל כשעת הגניבה. וראיה
 זו ידועה היא, ע"י חידושי הגר"ח על הש"ס שהוכיח
 מכאן כדברי הנתיח"מ דחיובו משום גניבה.

אכן יעויין בברכ"ש למס' כתובות סי' מ"א שהביא
 משמ"י דהגר"ח וז"ל: דהיכא דהגנב בעצמו יעשה
 התברא או השתי' אז גם הקצוה"ח מודה דהוי גנב
 דבזה פועל מעשה הגניבה הקודמת ועיקר מחלקותם
 הוא רק באחר וכו', עכ"ל. וסברתו נבנית לכאורה על
 מש"כ בחידושי רבנו חיים הלוי על הרמב"ם פ"ז חובל
 ומזיק דכל שהחפץ גנוב או גזול כל נזק כדעכשיו, בידי
 דין גניבה וגזילה ב"י, דכל מעשה נזק מצטרף להחשב
 גזילה, ע"ש כל דבריו. וס"ל להר"ן והקצוה"ח דהיכא
 דעושה אחר מעשה המזיק לא חשיב דבר זה מעשה
 גזילה או גניבה ואין לחייבו אלא מדין מזיק, דלא
 שייך ליחשב מעשה גניבה כיון דהוי מבית הגנב ולא
 מבית האיש, אבל שהוא עצמו עשה מעשה מזיק הרי
 זה מצטרף למעשה הגניבה ליחשב הכל גניבה אחת,
 דהוא המשך מעשה הגניבה הראשונה, ובהו אף
 להקצוה"ח חייב משום גזילה, ואתי שפיר לישנא
 דהש"ס וכן מבוארים דברי הרמב"ם דחיוב כפל
 בתברא ושתא הוא כדעכשיו. ולדברי הגר"ח ע"כ
 דמש"כ הקצוה"ח דבתברא ושתא' דסוגיין חיובו
 משום מזיק, כונתו דאילו דיינינן עלה מצד גניבה מצד
 עצמו ע"כ דחיובו משום מזיק, והפ"מ לגבי אחר,
 אבל בהוא עצמו מצטרף מעשה מזיק זה (שהוא בעצם

מעשה מזיק) למעשה הגניבה הראשונה ליחשב הכל גניבה אחת.

והנה איתא בכתובות דל"ד ע"ב דאם גנב וטבח בשבת פטור. ואם גנב בשבת וטבח בחול נחלקו הראשונים, דבשט"מ שם בשם הרשב"א איתא דפטור וכ"כ שם בשם שיטה ישנה דאם טבח בשבת לאו דווקא דה"ה אם טבח בחול. אכן הרא"ה והריטב"א כתבו דבטבח בחול חייב גניבה אחרת. ועיי' שם ברעק"א שכתב דמאי דלא מיפטר משום גונב אחר הגנב הוא משום דכיון דבשעת גניבה הראשונה לא קם ברשותו לשום חיוב, דקלב"מ, שפיר מתחייב אח"כ. וכבר כתב בקוב"ש שם (קכ"ב-רכ"ד) דצריך להוסיף לדבריו מש"כ בנתייה"מ סי' שני"א א' דכיון דאין עליו חיובי גניבה אין לו ג"כ קניני גניבה ומשו"ה הגונב ממנו חייב דשפיר קרינן ב' וגונב מבית האיש.

ולכאורה תליא הך מילתא בטעם דחשיב אצל גנב אינו ברשותו של הבעלים (דהא מאי דלא חשיב וגונב מבית האיש הוא משום דהוי ברשות גנב), דנחלקו בזה בעה"מ והרמב"ן ר"פ דו"ה, דלדעת בעה"מ הוא משום דמחזיקו הגנב לעצמו, ואילו להרמב"ן הוא משום קניני הגניבה. ומש"כ הגרע"א דמאחר דקלב"מ לית ל' חיובי גניבה וכן לית ליק' קנהיני גניבה ולכך לא חשיב גונב מן הגנב, לכאורה לא יתכן אלא לדעת הרמב"ן דמאי דחשיב שלא ברשותו הוא משום קניני הגניבה, אבל לדעת בעה"מ דהוא משום שמחזיקו הגנב לעצמו ליכא נפ"מ בזה ואכתי חשיב אינו ברשותו, וכ"כ בקוב"ש שם, ע"ש.

ולפי מה שנתבאר בדעת הר"ן והקצוה"ח דכשהגנב מזיק הרי זה בכלל הגניבה, אין מוכרח מדברי אלו הראשונים הסוברים דבטבח בחול חייב ד' וה' כדברי הגרע"א דה"ט משום דכיון דבגניבה הראשונה אמרינן קלב"מ לא חשיב גניבה כלל, אלא ה"ט משום דכשהזיק עכשיו הרי זה המשך של הגניבה ולא חשיב גונב אחר הגנב אשר על כן שפיר חייב.

והנה יעויין בשט"מ בשם הראב"ד שכתב, וז"ל: דכיון דכי איתי הדרא בעינא ושויה ל' ארבעה זוזי מעיקרא גזל מיני' חד זוזא והשתא קא גזיל תלתא זוזי יתירי הילכך כשעת הגזילה קרינא ב', עכ"ל. ודבריו לכאורה הם דלא כהקצוה"ח ודלא כהנתייה"מ, דאילו מדבריו משמע להדיא דחיובא דתברא ושתיא משום גניבה הוא, ולהקצוה"ח הרי לא שייך בזה לחייבו משום גניבה כיון דהחפץ אינו ברשות הבעלים, ולחנתייה"מ הרי הוי השתא שעת הגזילה על כל ד' הזוזי כיון דעכשיו הוא דלקח ה"שלו", והראב"ד הרי כתב דלא חשיב עכשיו שעת הגזילה אלא על ג' ולא על כל הד'. וצ"ב מהו גדרא דהך מילתא לשיטת הראב"ד.

והנה הביא באו"ש פ"ג גניבה ה"ב מדברי המבי"ט בקרית ספר פ"ו גניבה דאין הגונב אחר הגנב פטור אלא מכפל אבל קרן חייב. ומאי דפטור מכפל גזה"כ הוא דגונב מבית האיש. (ע"ש באו"ש מה שכתב ביסוד הדברים, וגם לפי דרכו לכאורה לא יתיישבו דברי הראב"ד, ואכמ"ל.) ומבואר מדבריו דבאמת אף במאי דאינו ברשותו של הבעלים שפיר שייך מעשה גניבה, ואף דאין נעשה החפץ בעצם יותר גזול ונטול מהבעלים, דכל שעושה מעשה גזילה בממון חבירו הרי הוא גזלן, ומאז החפץ ברשותו, אכן היכא דמעקרא ובסוף שויה זוז לא חשיבא מאי דעושה אותו הגנב שוב מעשה גניבה למעשה גניבה, כיון דהרי כבר גנב הוא אצלו. אכן היכא דמעיקרא שויה זוז ולבסוף ד', ואילו הוה בעינא הוה הדרא כל הד' להבעלים, נהי דעל זוז שהיה כבר מעשה גניבה לא חייל שם מעשה גניבה כיון שהרי גנב כבר, אכן על ג' הזוז הנותרים שהיו חוזרים לבעלים שפיר חשיבא מעשה גניבה ולגבי דידהו חשיבא שעת התברא שעת הגניבה ונתחייב עליהו. ומאי דבאתבר מאליו לא חשיבא זכיותו מעשה גניבה מחדשת על הג', היינו משום דאף לאחר זכיותו הרי אכתי הוה הדרא בעינא כל הד' ונמצא דעל הג' מעולם לא היה גניבה, ומבואר דברי הראב"ד. ומאי דלא חשיבא מאי דמעתה אינו שלו למעשה

גניבה כדברי הנתייה"מ, לכאורה היינו משום דמה שנעשה לאינו שלו דהבעלים על ידי שינוי אין זה דבר מיוחד אלא יסוד הקנין מונח בקניני גניבה דמתחילה, ואין השינוי פועל אלעל דשוב ליכא חיוב השבה וממילא הוי דידי', והדברים ידועים.

קצח) אתבר ממילא משלם זוזא- ובחידושי הרמב"ן ורשב"א, ריטב"א ותוס' הרא"ש הקשו אמאי אין חייב הגזלן באונסין כשואל ויתחייב כשעת האונס, וכתב הרמב"ן, וז"ל: וי"ל דשאני שואל דמשעת משיכה מחייב במזונותיה ולא מחייב באונסין עד שעת שבורה ומתה וברשותי דמרא הוא למכירה וק"ו להקדש אבל גזלה כיון דמשעת משיכה מחייב באונסין ונפק' נמי מרשות בעלים להקדש לא מחייבין ל' באונסין אלא משעת משיכה דשעת משיכה דגזלה כשעת שבורה ומתה דשאלה להדיא שעתא חייל עלה חיוב, עכ"ל. ועי' חידושי הריטב"א החדשים שלא כתב אלא הך חילוק דהקדש ומכירה, ולא מאי דמחייב שואל באונסין משעת אונס משא"כ בגזלה.

והנה הרשב"א הביא הקושי הנ"ל בזה"ל: הקשה הרמב"ן ז"ל כיון דאילו הוה בעינא הוה הדרא אלמא ברשותי דמרי' אייקר ורחמנא חייבי' לגזלן באונסין א"כ לישלם כדהשתא כאלו שתייה ושואל כה"ג הא מחייב ארבעה משום דקאי ברשות מרה ולא קאי ברשותי דשואל אלא לאונסין ותי' דשאני שואל דלא מחייב באונסין עד שעת שבורה ומתה וברשותה דמרה היא למכירה אבל גזלן כיון דמשעת גזלה מחייב באונסין ונפקא נמי מרשות הבעלים להקדש לא מחייבין ל' באונסין אלא משעת משיכה דשעת משיכה דגזלה כשעת שבורה ומתה דשאלה דהדיא שעתא הוא דחל עלי' חיוב, עכ"ל. ולכאורה יש לעיין בדבריו, שכתב דלישלם כדהשתא כאלו שתייה (וכ"ה בתוס' הרא"ש), דמה ראיא הביא משתייה, הרי התם הוי מעשה גזלה חדשה אשר משו"ה חייב, משא"כ בדאיתבר ממילא.

וביאר בזה מו"ר זצ"ל, ע"פ הא דיש לעיין בדברי רבה מהו יסוד חידושו, דנראה דאין חידושו הך מילתא דחשיבא מעשה גניבה חדשה, דהנה ביאר הקצוה"ח בסי' ל"ד דיסוד חיובא דתברא ושתיא מדין מזיק הוא, וכי איזה חידוש יש בזה, פשיטא דמזיק הוא, ומה אמרו בב"ק דפליגא אדרב, דבמאי יש לחלוק על זה, אתמחה. אלא נראה, ועצם היסוד אמר בגרבי"ד זצ"ל אלא שפירש באופן אחר, דהנה נאמר דין דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה, ובב"ק דף צ"ו אמרינן דמהאי טעמא הוא דאין הגזלן משלם שבו שהשביח, ובדף צ"ז איתא דאינו משלם שכר עבור מה שהשתמש בבהמה, וכתב הרשב"א דהיינו מטעם הנ"ל דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה, כלומר, דאין להגזל זכות תביעת שבו ושכר, דעל ידי קנין הגזילה הפסיד זכויות אלו. ומעתה היה מקום להסתפק מהו דין יוקרא, הנימא דגם על יוקרא לית ל' להגזל זכות תביעה, ודווקא היכא דהוא בעין הוא שמחזירו כשיוויו דהשתא אבל היכא דאינו בעין לא, דלית ל' להגזל תביעה על היוקרא, או שמא שפיר אית ל' תביעה אף על היוקרא. אשר זהו יסוד חידושא דרבה, דשפיר אית ל' להגזל זכות תביעה על יוקרא.

וזהו ביאור דברי רש"י בב"ק ס"ה ע"א בד"ה תברה שכתב, וז"ל בא"ד: ובהמפקיד מפרש טעמא דכל כמה דאית' בעינן ברשותא דמרא קיימא דהא בעי לאהדורה הלכך ברשותא דמרא הוקרה וההיא שעתה דתברה ושתייה הוא דקא גזיל לה וכו', עכ"ל. והנה הוסיף רש"י הא דברשותא דמרא הוקרה, ונראה דזהו כוננו, דכיון דאילו היה בעין היה חוזר לבעלים, חידש רבה דאית ל' להגזל תביעה על היוקרא, דהיוקרא הוא בכלל חיוב ההשבה. והנה אמר רבה דבאיתבר ממילא אינו משלם כדהשתא מ"ט וכו', ולכאורה צ"ב אמאי הוצרך להוסיף בזה טעם, והא לא היה טעון הסבר אלא מאי דתברה ושתייה חייב, דהא זהו עיקר החידוש. אלא ביאור הדברים ע"פ הנ"ל, דמאחר דנתחדש דאית ל' להגזל תביעה על היוקרא, שוב צ"ב אמאי באיתבר ממילא אין הגזלן חייב אף על

היוקרא, הא ברשות הנגזל הוא דהוקרה, דבשלמא לולא חידושו של רבה דאית לי תביעה על היוקרא, פשוט אמאי אינו משלם באיתבר ממילא, אלא דמאחר דנתחדש דאית לי תביעה על היוקרא שוב יקשה דה"ה באיתבר ממילא, אשר ע"ז אמר רבה דהשתא לא עביד מידי ואשעת גזילה מחייבת לי, כלומר, דאיברא אית לי להנגזל זכות תביעה על היוקרא, מ"מ כיון דלא עביד הגזלן השתא מידי, אין על מה לחייבו דמה מחייב לי, ואינו משלם אלא כפי שגזל, דרך הגזילה מחייבתו.

אשר זהו דהוקשה לראשונים (בתוס' הרא"ש הזכיר אף הוא דלחייב כמו שתייה, וברמב"ן וריטב"א ליתא), דכיון דמחייב רבה על תברה ושתייה מוכח דאית לי להנגזל תביעה על היוקרא, וא"כ אף באיתבר ממילא יהיה חייב ד' כדהשתא, דכיון דאי הוה בעין היה צריך להחזירו, הרי הוא ברשות הנגזל, ואינו ברשותו אלא לאונסין, וכמו גבי שואל, ועל היוקרא הרי יש לו להנגזל תביעה. וביאור תירוצם, דבשואל לא נתחייב אלא בשעת האונס, אשר ממילא חייב על היוקרא, אבל גזלן נתחייב על האונסין משעת הגזילה, ואז הוא דהוקבע חיובו, דמאז הוא דאית לי קניני גזילה אשר מצידם אין הנגזל יכול להקדיש, וע"ז הוא דאמרו כל הגזלין משלמין כשעת הגזילה, וכנ"ל, אשר ממילא אף דבעצם אית לי להנגזל תביעה גם על היוקרא, מ"מ דין התשלומין שנתחייב הגזלן הוא כשעת הגזילה, ובתברה ושתייה דחייב היינו משום דהוי מעשה גזילה חדשה, וכנ"ל.

ובקצוה"ח סי' רצ"א סק"א העיר דלטעם דאינו יכול הנגזל למכור או להקדיש, יצא לכאורה דלהני דפליגי אדרי' יוחנן וס"ל דנגזל יכול להקדיש אף דאינה ברשותו, אף בגזילה יהיה הדין דחייב כשעת האונס. ועל החילוק דשואל מתחייב משעת אונס ואילו גזלן משעת משיכה, העיר שם דהרי איתנהו באלו נערו ב' לשונות אי שואל משעת אונסין מתחייב או משעת משיכה, ולהך לישנא דמשעת משיכה נתחייב יהיה דין שואל כדן גזלן דאינו משלם אלא זוז. אלא דכבר הביא דברי הריטב"א החדשים (הובאו הדברים בשט"מ) לקמן צ"ה דלכו"ע משעת אונסין מתחייב אלא דמ"ד משעת משיכה ס"ל דחילל שעבוד נכסים משעת משיכה וכשנאנס נשתעבדו הנכסים למפרע, אבל עצם המחייב הוא לעולם משעת האונס אשר ממילא אתיין הדברים שפיר לב' הלשונות.

ומאי דלא הביא הריטב"א בסוגיין אלא החילוק דהקדש ומכירה ולא החילוק ממתני מחייב, י"ל בפשטות דמאי דבשואל מתחייב באונסין משעת אונס ובגזילה משעת משיכה אין זה אלא תוצאה ממה דגבי שאלה הדבר אכתי ברשות הבעלים כדמבואר ממאי דכול למכור ולהקדיש ואילו בגזילה אינו ברשותו של הנגזל מדאינו יכול להקדיש, דמשו"ה הוא דחייב האונסין דשואל הוא משעת האונס ודגזלן משעת משיכה, ולעולם אין זה טעם אלא תוצאה ממאי דהוי ברשותו או לא הוי ברשותו, אשר זהו יקר היסוד בזה. ובנתייה"מ שם כתב ליישב קושיית הני ראשונים ע"פ דמאי התוס' בב"ק נ"ו דלעולם לא הוי גזלן שומר (לענין הרקובה מקצתה דאין גזלן חייב בתשלומין), אשר לפי"ז ל"ק, דלעולם אין לחייב גזלן מחיוב שומר. אכן בדברי משפט שם כתב לדחות דלא נאמרו דברי התוס' אלא בכגון הרקובה מקצתו דכיון דבגזלן נאמר דין השבה על גוף החפץ אא"כ קנה בשינוי, ממילא שפיר יכול לומר לו הרי שלך לפניך משא"כ בשואל, אבל היכא דאין הדבר בעין ובאנו לדין על חיוב תשלומין שפיר איכא למימר דיש לו לגזלן חיובי שואל, עכתי"ד הנוגעים לענינו.

אכן יעויין ברא"ש פ"ז דב"ק אות ב' שכתב דאין לחייב גזלן על השער דהיכא דאתבר ממילא אפי' היכא דהיה על ידי פשיעתו כיון דאין הגזלן מקבל עליו להיות שומר, הרי להדיא דליכא חיוב שומר בגזלן כלל, והוא על דרך שכתב בנתייה"מ. ומש"כ בדב"מ להוכיח כדבריו מהא דאיתא בסנהדרין ע"ב דגזלן חייב באונסין מידי דהוה אשואל תמוה

לכאורה, דהא מבואר להדיא בדברי רש"י שם דר"ל שליחות יד דשואל דחייב שוב באונסין, אבל מחיוב אונסין דשואל ממש לא נגעו בה, וחיוב אונסין זה הוא מדין תשלומין דגזילה אשר פשיטא דנאמר בו דמשלמין משעת גזילה.

ומדברי הני ראשונים שהקשו בסוגיין ולא תירצו דליכא דין שומר כלל מבואר דפליגי וס"ל דשפיר איכא בגזלן גם חיובי שואל. ונראה גדר הדברים דאין ר"ל דכל גזלן הוי נמי שואל, דמהיכי תיתי נאמר כן, דהא ודאי דלא קיבלו שמירה, אלא ר"ל דסברא היא דחיובי גזלן עצמו כלול בהן חיוב אונסין כשומר, וכן משמע לשון הריטב"א החדשים, ע"ש.

קצט) תברא או שתייה משלם ד' כתב בריטב"א החדשים, וז"ל בא"ד: ומיהו היכא דמעיקרא שויה טפי משלם כדמעיקרא כאילו אתבר ממילא דמשום דהדר וגזלה השתא אינו נשכר וכו', עכ"ל. ומלשונו שכתב דאינו נשכר משמע לכאורה דמצד שלא יהא חוטא נשכר הוא דאתיין עלה. והוא תמוה לכאורה מה בעינן לזה, הרי משעת גזילה הראשונה נתחייב בד', ולהיכן נעלם חיוב זה, ומה יפטרנו מזה, ומעיקר הדין הו"ל להיות חייב. ואם כי לשון הריטב"א יש לדחות, אכן הדברים מפורשים בדברי הרא"ש במרובה סי' ב', ע"ש שכתב להדיא דמאי דבכה"ג משלם ד' משום שלא יהא חוטא נשכר הוא, וצ"ב כנ"ל.

וואין לומר דהיינו משום דחיוב התשלומין מיחשב כחזרת החפץ, ודלא כשיטת הרמב"ם דהוי דין תשלומין, ולהכי מעיקר הדין היה סגי במה שיחזיר זוז דמה לי הן מה לי דמיהן, דא"כ גם היכא דבסוף שוה ד' ואתבר ממילא נימא דחייב ד' דהא דווקא בהכי הוא דחשיב חזרת החפץ. ומבואר לכאורה מדברי הרא"ש דהיכא דתברא אין שתייה הוה אמרינן דעל זה הוא דחייב שהוא הוא עיקר מה שעשה לו, ולהכי מן הדין היה משלם כדהשתא, וזה לכאורה אינו מובן, דהא שפיר נתחייב מקודם על הגזילה הראשונה והאיך יפטר מזה, וצ"ע.

וראיתי בדברות משה בב"ק סי' מ"ב שכבר עמד בזה, ע"ש מה שהאריך בזה ע"פ מה שחידש דיסוד חיוב התשלומין אינו במקום החפץ דמה לי הן מה לי דמיהן, אלא עבור מה שעל ידי הגזילה נעשה החפץ כאילו הוא ברשות הגזלן, והוא כמין מזיק, וזהו יסוד דינא דכעין שגנב, ולא שייך חיוב זה כי אם היכא דאין החפץ בעין, דהיכא דהחפץ בעין כיון דחייב להשיבו הוי כאילו לא נעשה עדיין ההיזק, אשר ממילא היכא דתברא ושתייה או אילו היה מתחייב שמירה, הרי חייב ממון עבור החפץ והוי כאילו החפץ עדיין בעין, דשוב ליכא חיוב מצד הברשותו, ומשו"ה לא היה חייב אלא כשעת העמדה בדין, ע"ש כל דבריו.

ר) תוד"ה כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה - ויל דרב קמ"ל דאע"ג דקדן כעין שגנב כפל לא הוי כמו קדן אלא כשעת העמדה בדין וכו' - מבוארת דעת התוס' דלומר דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה לא בעינן קרא ולא בעינן קרא אלא למילף דכפל הוא כשעת העמדה בדין ולא כשעת הגזילה. וכן מדוקדק בדברי התוס' בב"ק דס"ה, ומפורש יותר בדברי הרא"ש שם סי' ב' ע"ש שכתב, וז"ל: קדן כעין שגנב מילתא דפשיטא היא דאילו איתברא ממילא ע"כ משלם ארבע דבשעת שבירתה לאו מידי קעביד ואפי' איתבר בפשיעה דגזלן לא מקבל עליו שמירתה ואשעת גזילה קמחייבת לי' וההיא שעתא הויה שויה ארבע וכ"ש אי תברא או שתייה היה משלם דאלי"כ מצינו חוטא נשכר ומגניבה וחיים דריש דדוקא אחייה לקדן כעין שגנב הא כפל ד' וה' כשעת העמדה בדין דלגופי לא איצטרך כדפרי' אלא לדיוקא ועוד דסברא הוא דקדן נתחייב בשעת גניבה אבל כפל ד' וה' לא מחייב עד שעת העמדה בדין דאי מודה מיפטר וכו', עכ"ל. והנה למאי דמבואר מדבריו דאף מאי דכפל ד' וה' כשעת העמדה בדין סברא היא כיון דאי מודה מיפטר, עכצ"ל דמאי דבעינן קרא למילף בהו דכשעת העמדה בדין היינו משום דבלאו קרא הו"א דכפל הוא פעמיים

הקרון וכן ד' וה', כן היה נראה לכאורה. אך מו"ר זצ"ל ביאר בזה, דאילו מצד הסברא גרידא הוה אמינא דנהי דאינו חייב אלא משעת העמדה בדיון, מ"מ עד כמה שנאמר דין כעין שגנב ע"כ דהוה אמרינן דמה שמחייבתו ההעמדה בדיון לשלם הוא לפי מה שהיה בשעת הגניבה, לכך בעינן למילף מקרא דלא נאמר דין כעין שגנב על דין כפל וד"ה, ושוב ממילא סברא היא דהוי משעת העמדה בדיון. וכן מבואר לכאורה מדקדוק לשון התוס' שכתבו דיסוד הלימוד דלא נאמר דין כעין שגנב לגבי כפל וד"ה, ע"ש. וגם בקרא גרידא לא סגי, דאף דנלמד דלא נאמר דין כעין שגנב לגבי כפל וד"ה, מ"מ אילו היה מתחייב בכפל וד"ה משעת הגניבה, כיון דאז היה חייב לפי שיווי בשעת הגניבה שוב אינו מתחייב יותר מאחר דלא נתחדש כלום בגניבת הדבר, אשר לזה הוא דבעינן למימר דמסברא ידעינן דאינו מתחייב בכפל וד"ה אלא משעת העמדה בדיון, ושוב מאחר דלא נאמר בהו דין כעין שגנב משלמין כשעת העמדה בדיון.

ומדברי רש"י מבואר לכאורה דלא כדברי הרא"ש, שכתב בב"ק דס"ד ע"ב בד"ה אחייה לקרון כעין שגנב, וז"ל: לקמן היא בשמעתין דאם גנב בהמה והוכחשה או הוזלה משלם כשעת הגניבה דכתיב חיים החייהו לקרון של גניבה שיהא שלם, עכ"ל, הרי דלמאי דמשלם קרון כעין שגנב בעינן לילפותא דקרא. וכן מבואר להדיא מדבריו בפסחים דף ל"ב ע"א ד"ה כל היכא דמניקרא, וז"ל בא"ד: ולא גרע משאר ממונא דחולין שהדיינין גובין ממנו כשעת הגזילה כדכתיב אשר גזל כמה שגזל, עכ"ל. וד"א מבואר עוד מדבריו דבעינן קרא מיוחד לגניבה וקרא מיוחד לגזילה, ומשמע מדבריו דלא כמבואר מדברי התוס' ושאר בסוגיין להשוות דינא דקרון כעין שגנב לדיון כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה. נמצינו למדים דלדעת רש"י מסברא הוה אמרינן דבין קרון כפל וד' וה' משלמין כשעת העמדה בדיון אי לאו דילפינן מקרא דקרון כעין שגנב²⁰, ואילו לדברי הרא"ש ודעמ' מסברא הוה אמרינן דכולהו משלמין כשעת הגניבה, אלא דנלמד מקרא דכפל וד' וה' כשעת העמדה בדיון.

ועי' משנת ר' אהרן למכילתין סי' י"ז אות א' שביאר פלוגתת רש"י והרא"ש באופן אחר, דס"ל לרש"י דמסברא הוה תליא בשעת העמדה בדיון, והיינו משום דס"ל דחיוב התשלומין מדיון השבת החפץ הוא, דכשאין החפץ בעין משלם דמים דמה לי הן מה לי דמיהן, ואילו היה החפץ בעין פשיטא דהוה נותן לו ע"פ מה שהוא שוה בשעת ההשבה, דהא זהו החפץ שגנוב אצלו ועל זה הוא דחייל חיוב ההשבה²¹, אשר ממילא אף חיוב התשלומין אשר יסודו מדיון השבת הוה אמרינן מסברא דתלוי בשעת העמדה בדיון, דדמי

החפץ עכשיו הוא דחשיב שפיר השבה דמה לי הן מה לי דמיהן, אלא דילפינן מקרא דקרא כעין שגנב. ויסוד הלימוד י"ל דאכתי הוי מדיון השבה ולא מדיון תשלומין על הגניבה, אלא זוה"כ הוא דשיעור מאי דבעינן ליחשב השבה תליא בשעת הגניבה, ולכאורה יותר מסתבר דיסוד הלימוד הוא דלעולם אין חיוב התשלומין מדיון השבת החפץ אלא חיוב הקרון מדיון תשלומין על הגניבה הוא. וכל זה לענין קרון, אבל לענין כפל וד' וה' נשאר הדבר כדהוה אמרינן מסברא, דכפל יסודו עוד חיוב קרון וכן ד' וה', ודין קרון זה נמדד ע"פ השבת החפץ כדהוה אמרינן לגבי קרון גופי' אי לאו לימוד הקרא. והרא"ש והתוס' ס"ל לעולם יסוד חיוב התשלומין מסברא מדיון תשלומין על הגניבה הוא ואינו תמורת השבת החפץ, אשר לדידהו פשיטא דמיתלא תליא בשעת הגניבה, וע"כ דלא בעינן קרא אלא למילף דכפל וד' וה' כשעת העמדה בדיון, דגוזה"כ הוא בדיון תשלומין דידהו דשיימין לי' כדהשתא.

מ"ג ע"ב

רא' לימא רבא דאמר כ"ש-ש מבואר לכאורה מזה דהשוו דין שולח יד בפקדון דהוי גזלן לדיון גזלן ממש בהאי דינא דתברא או שתייה, ומשמע דבאתבר ממילא אף על ידי פשיעתו דפטור בשולח יד כמו בגזלן ממש. והעיר בזה הגרע"א דבשלמא בגזילה כיון דאינו שומר ולא נתחייב לעולם בדיני שמירה שפיר אמרינן דאף בכה"ג פטור, אבל שולח יד הרי שומר הוא אלא ששלח בה יד ונעשה נמי גזלן, ואמאי לא יתחייב על פשיעתו אף היכא דאתבר ממילא. והכריח מזה הגרע"א דע"כ כיון שנעשה גזלן פקע ממנו חיוב השמירה ואינו חייב אלא מדיון גזלן, ע"ש שהניח הדבר בצ"ע, דבאמת טעמא בעי אמאי יפקע חיוב שמירה דדי'.

וכן מבואר באמת מדברי ב"ה לפום ס"ד זו דס"ל דמשלם כשעת הגזילה ולא כשעת השבירה, דאמאי לא יתחייב על פשיעתו ששבר מדיון שואל, אע"כ דמיד שנעשה גזלן פקע מיני' דינא דשואל. (איברא דאכתי צ"ב דנהי דאינו חייב משום שומר כנ"ל, וכן אינו חייב משום גזלן דלס"ד זו לא חשבינן לה מעשה גגלה חדשה, מ"מ אמאי לא יתחייב משום מזיק. עי' פרי יצחק ח"ב סי' ס"ב שדן בזה וכתב דס"ל כרמי בר חמא בב"ק קי"א דהיכא דנגזל ואינו ברשותו אינו חייב לא משום גזלן ולא משום מזיק.)

ועי' שיעורי ר' שמואל שביאר דברי הגרע"א, דס"ל דמאחר שנתחייב בחיוב תשלומין גזילה הרי הוא כאילו כבר החזיר החפץ, ושוב לא שייך שיתחייב עליו. אלא דיעו"ש שהקשה דלכאורה סתרי דברי הגרע"א אהדדי, דבסי' רצ"ד מבואר מדבריו (ע"פ פסק המחבר שם בס"א) דאף דהכופר בפקדון גזלן הוא מ"מ חייב באונסין כשומר ואם נאנס אחר שנתייקר משלם בשעת השבירה, הרי דשפיר הוי שומר אף לאחר שנעשה גזלן. וכתב שם לחלק בין השולח יד לבין הכופר בפקדון, דמאי דפקע מיני' הדיון שומר הוא זה משום קנין גניבה שיש לו לגזלן, וגבי כופר בפקדון כתבו התוס' בב"ק דליכא קניני גזילה. וסברא דהך מילתא לכאורה פשוטה היא, דדווקא משום קניני גזילה שנחשב כאילו שלו הוא דאיכא למימר דחייל עליו כבר חיוב לתת כסף עבור החפץ אם אינו בעין והוי כאילו שילם כבר ושוב לא חייב על עחפץ, אבל בכופר בפקדון דליכא קניני גזילה ליכא למימר בהכי.

והנה כל זה בדעת הגרע"א, אכן יעויין בחידושי הרמב"ן בסוגיין, וכ"ה בחידושי הרשב"א, שכתב, וז"ל בא"ד: ורבא לא הא אתא לאשמעינן דפשיטא להו דלא משלם אלא זוזא וליכא מאן דפליג אלא תברא קמ"ל סד"א כיון דאוקמה רחמנא בפרשות גזלן לענין אונסין לענין מיקנא נמי קיימא ברשותי' קמ"ל וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו לכאורה דלא כמו שכתב

²⁰ ועי' מה"א פ"א מנזקי ממון שביאר למאי דמסברא הוה אמרינן דמשלם כשעת העמדה בדיון היינו משום דלפי מדה משלם, כלומר, דולאי יסוד חיובו הוה לשלם כשעת הגניבה, אלא המה שמשלם הוה לפי מדה, אשר ממילא היכא דשוה יותר כשעת העמדה בדיון נותן החפץ אף דשוה יותר. ודבריו לכאורה כ"צ, דהתייבא ציוקרא חולא שפיר שייך זה ללפי מדה, אבל בסוגי' דב"ק הרי מבואר דליתא לד"ז אף לענין הכחשה והשמינה אי לאו טעמי דלנא פטימנא וכו' וההם הרי לא שייך לפי מדה.

²¹ וזה מבואר היטב ע"פ מה ששמעתי ממו"ר זצ"ל דמה שמשלם השבח אינו סתם משום דלידי' אשבח, אלא משום דחל דין ההשבה גם על השבח, דעד כמה דלא קנה על ידי שנינו חייב בהשבת אותו הדבר ואף השבח חייל ב' דין השבח, והוכיח כן מסוגי' דלקמן דף כ"ה ע"ב, וכן דקדק מלשון החינוך במזמור ק"ל, ע"ש, אשר לפי זה מובן היטב דהכפל והדו"ה נמדדים ע"ס חיוב ההשבה שהיה לו אילו היה החפץ קיים, וחיוב ההשבה הרי הוה חייל גם על השבח, וכו'.

הגרע"א, דמפאת קניני גזילה גרידא לעולם לא הוה אמרינן דאינו יכו להתחייב כשומר, ומאי דאינו חייב הוא משום דס"ל כס"ד דהש"ס בסנהדרין ע"ב דמדאוקמה רחמנא ברשותו לענין חיוב אונסין אוקמה ברשותו לענין קנין, ורבה, ב"ש, וכן אף ב"ה למסקנא ס"ל כמסקנת סוגי' דהתם דלא אוקמה רחמנא ברשותו אלא לענין חיוב אונסין ולא לענין קנין. ונראה ביאור דבר זה, דס"ד דמאי דחייבי רחמנא באונסין היינו משום דכלפי הזמן דלא יהיה בעין חשיב רחמנא כאילו שלו הוא שנשבר ולהכי הוא דחייב אפי' באונס, אשר לפ"ז ע"כ דבתבארה ושתיה לא ישלם כיוקא דשעת השבירה כיון דשלו הוא שנשבר. ומסקינן דלא אוקמי רחמנא ברשותו אלא לענין חיוב אונסין, כלומר, דיסוד החיוב אונסין הוא חיוב אונסין גרידא ואינו בא משום דחשבינן דשלו נשבר, אלא חיוב אונסין על של חבירו הוא, על כן שפיר שייך בזה חיובא דתבארה ושתיה כדברי רבה. ולפי זה יתכן דלמסקנא שפיר איכא למימר דאף דנעשה גזל מ"מ לא פקע דין שומר ידי, ודלא כדברי הגרע"א. וגדר הדברים לכאורה, או דנשאר שומר ממש, או דאף דבאמת תו אינו שומר, אך דין גזל עצמו יש בו חיוב אונסין דלא גרע מגזל דכל הנאה שלו, ע"י רש"י סנהדרין ע"ב ע"א דמבאר כן בדבריו. ומאי דקשי' לי להגרע"א אמאי באמת אינו חייב באיתבר ממילא בפשיעה, היינו משום דמאחר דין אונסין דגזל מדין גזילה הוא, הרי בגזילה נאמר דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, ותו ליכא לחייבו אא"כ יחשב מעשה גניבה אחרת, דהיינו בתבארה ושתיה. או י"ל בנוסח אחר, דעל ידי שנתחייב כבר בתשלומין חשוב כבר כאילו השיבו, ע"ד סברת הגר"ש זרובסקי הנ"ל, ושוב ליכא לחייבו אא"כ איכא גניבה חדשה או הוספה לגניבה.

(ב) רש"י ד"ה ב"ש סברי שליחות יד אינה צריכה חסרון ואם היתה בעין אומר לו וכו' - צ"ב לכאורה אמאי חזר רש"י וכתב דבר זה שוב הכא, הרי כבר כתב כן לעיל בע"א ופשוט הוא, וצ"ב.

(ג) וב"ה סברי שואל שלא מדעת שואל הוא וכו' - מכאן מוכח דבשואל שחייב על האונסין משלם לפי יוקרא דשעת האונס, כדהניחו הראשונים לעיל בע"א. ודרך אגב, יש נידון אי למי"ד שואל שלא מדעת גזלן הוא קונה בשינוי, דאיתא בב"ק דצ"ז ע"א, התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה אי נחית אדעתא דגזילה משלם פחתה, והקשה הראב"ד דממנ"פ אי איכא שינוי הרי קנה וספינה מעלייתא צריך להביא לו, ואי ליכא שינוי לימא לי הרי שלך לפניך כמו בכחשא דהדרא, וכתב בתירוצו הראשון דאיידי בשואל שלא מדעת דאף דחייב באונסין מ"מ שמין לו השברים אפילו בפחת דאית ב"י שינוי כשואל דלא קנסינן לי כולי האי. ובחידושי הגר"ח הלוי על הרמב"ם פ"ב גוי"א הט"ו ד"ה והנה בב"ק נראה דהבין בדברי הראב"ד דר"ל דלא שייך לומר בשואל שלא מדעת שיקנה בשינוי משוך דהרי לא נחית אדעתא דגזלנותא לקנות החפץ כלל, ולא בא לקחת אלא תשמיש הספינה, וכיון שלא לקח עצם החפץ לא שייך לומר שיקנה החפץ בשינוי. ובקוב"ש ב"ק אות קכ"ד נראה שהביא בדרך אחרת קצת, דאינו קונה בשינוי משום דלא נתכוין לגזול כולו.

ומלשון הראב"ד שכתב דגבי שואל לא קנסינן לי כולי האי נראה דאין כונתו כן, אלא דשפיר היה שייך בזה דין שינוי, רק דכיון דאינו גזלן ממש אלא שואל שלא מדעת לא קנסינן לי וכ"כ בקוב"ש שם, ע"ש. וכן משמע מלשון הראב"ד שם שכתב, וז"ל: דהא דאמרין דנחית לי בתורת גזלנותא לאו לגזלה ממש שלא יחזירנה לעולם אלא להשתמש בה חנם ולהחזירה לו דכיון דהכי הוא הוה לי כשואל שלא מדעת דאע"ג דמשוינן לי כגזלן לענין מתה מחמת מלאכה ולכל אונסין אפילו הכי לא נפיק מכלל שואל ואפילו בפחתא דאית ב"י שני שמין לו שברים כשואל דלא קנסינן לי כולי האי, עכ"ל. ומבאר לכאורה מדברי הראב"ד דמאי דשואל שלא מדעת גזלן הוא

פירושו דהוא מדין שואל, כלומר, כך דינא דבשואל שלא מדעת יהיה לשואל זה חיוב אונסין כגזלן, אבל לעולם מדין שואל הוא שמתחייב. ויש לעיין אם זהו גם הגדר בשליחות יד דהוי כגזלן.

(ד) רש"י ד"ה אלא הכא בשבח גזילה פליגי - צ"ב לכאורה אמאי בחסר כתב דמייירי בגזילה ואילו בהותרה מייירי בנתעברה, וכה"ק במהרש"א, ע"י מש"כ לבאר בזה בקיקיון דיונה ובפני יהושע מש"כ בזה.

וע"ש עוד בפנ"י שדייק מדברי רש"י דמייירי אפי' בנתעברה ולא ילדה, ותמה על כך דנהי דאיתא הכי בב"ק צ"ה דפליגי ר"י ורבנן בשבח שע"ג גזילה, מ"מ זה אינו אלא בגזילה ממש ולא מטעם דשינוי קונה, דהא הוי שינוי החוזר לברייתו ושינוי דממילא, אלא מטעם תקנת השבין, אבל בשליחות יד שאינה גזילה גמורה ליכא תקנת השבין, ע"ש שכתב ליישב ע"פ זה סתירת דברי הרא"ש והטור.

אכן יעויין שם בתוד"ה בשבח שע"ג גזילה קמיפלגי שכתבו בשם ר"ת דמטעם שינוי קונה איתנן עלה, אשר לפ"ז ה"ה בני"ד איכא למימר הכי. (אלא דצ"ב האידך אפשר לומר כן, הא ק"ל כר"י ומאידך ק"ל דשינוי החוזר לברייתו, ובפרט שינוי בשינוי דממילא, לא קני, ואין כאן מקומו).

(ה) תוד"ה משלם אותה ואת גיזותיה - ע"י תוס' ב"ק צ"ה ע"ב שהביאו בזה ת"י אחר, דגבי גזילה מאי דקני הוא משום תקנת השבין מה דלא שייך גבי צביעה. ומאי דלא הביאו הכא ת"י זה, ע"י בפנ"י שכתב דהכא הרי מייירי בשולח יד דאף בזה לא שייך תקנת השבין, וכמש"כ לעיל.

במש"כ דר"י דסבר הכא דשינוי קונה היינו משום דמתכוין לקנות בשינוי אבל צבעו שחור אין מתכוין לקנות בכך, ע"י ב"ק צ"ו ע"ב דתנן גזל תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך, ובספ"י פריך למי"ד יאוש קונה בגזילה אמאי אומר לו הרי שלך לפניך ומשני כי דאמינא אנא זה מתייבאש וזה רוצה לקנות היא זה מתייבאש וזה אינו רוצה לקנות, ובגיטין דס"ו ע"ב פריך יאהד מתני' למי"ד היזק שאינו ניכר שמ"י היזק דהא לאו כעין שגול הוא (וקונה בשינוי) וממונא מעליא בעי שלומי ומסיק בתיובתא, ואמאי לא מזני גם בגיטין דהיכא דאינו רוצה לקנות אינו קונה בשינוי ולכך אומר לו הרי שלך לפניך, כה"ק בקובץ שיעורים השלם בשם כתבי תלמידים.

וע"ש שתי ב' תירוצים, הא', דכונת התוס' הכא שאם אין מתכוין לא מהני היינו שאינו נעשה גזלן בכך אבל מי שכבר היה גזלן קונה שפיר על ידי שינוי אף כשאינו מתכוין. (ותי' זה אינו מובן לי דלגבי הגונב חמץ ועבר עליו הפסח מאי נפ"מ דביאוש בעינן דעתו לקנות ואל בשינוי, וצ"ב). והתי' הב', דדוקא לאחר יאוש לסובר דיאוש קונה, דהטעם שאינו יכול לומר הרי שלך לפניך הוא משום שקונה שפיר אמרינן שכל שאינו רוצה לקנות אומר לו הרי שלך לפניך, אבל בהא דהיזק שאינו ניכר הרי מאי דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך הוא משום שנעשה בחפץ שינוי, ובזה אף באופן שאינו קונה וכגון שאינו רוצה לקנות מ"מ אין יכול לומר לו הרי שלך לפניך. והסברא בזה לכאורה, דכשקונה על ידי שינוי אינן הקנין נעשה עכשיו, אלא על ידי קניני הגזילה, ורק חיוב ההשבע הוא שפקע עכשיו, אשר בזה ליכא נפ"מ אם מתכוין לקנות או אינו מתכוין לקנות, ע"י אמרי משה ס"י ל"ב אות מ"ד.

(ו) תוד"ה ר"ע אומר כשעת התביעה - תימה מאי קסבר וכו' - נחלקו המפרשים בהבנת התוס' בדברי ר"ע לפום קושייתם, ע"י מהרש"א מהר"ם ומהר"ם ש"י שפירשו דס"ל על דרך פ"י בעה"מ בסוגיין (יבוארו דבריו לקמן, בעזה"ש) דס"ל לר"ע דאין השולח יד נעשה גזלן אלא משעת תביעה, אשר בזה קשיא לחו דממנ"פ אי שינוי קונה וכו'. אכן יעויין בפנ"י שתמה על דבריהם דלפ"ז מה הקשו התוס' דאי שינוי קונה משעת גזילה קנאה וכו', וכי היכן מצינו שיקנה שינוי אם אינו גזלן, והכא הרי אינו נעשה גזלן

אלא משעת תביעה. ולכאורה צ"ל בדעת הני מפרשים דעל ידי מאי דשינוי קונה גופא הוא דנעשה גזלן, וכמו שיתבאר.

והנה כתבו התוס' דאי שינוי קונה ישלם כשעת שינוי, אכן יעויין ברא"ש פ"ט דב"ק סי' ג' שכתב דלעולם אם שינוי קונה הדר משלם כשעת גזילה. וביאור דבריו, ע"פ הדברים הידועים (ע"י קובץ שיעורים ב"ק אות י"ד) דבאמת אין השינוי קונה, אלא קניני הגזילה הם שקונים, אלא דכל עוד דאיכא חיוב השבה אינו יכול לקנות, ומדליכא חיוב השבה על ידי השינוי, שוב קונה מכח הקניני גזילה, דקניני גזילה פועלים קנין על זמן דליכא חיוב השבה. אשר לפ"ז שפיר כתב הרא"ש דלאחר השינוי שוב הרי הוא שלו על ידי השניני גזילה ולהכי משלם כשעת הגזילה.

והנה מאי דפליגי התוס' על הרא"ש יש לבאר בתרי אנפי, דיש לומר דפליגי איסוד דבריו וס"ל דמאי דשינוי קונה הוא מכח השינוי עצמו, אשר לפ"ז פשוט דמשלם כשעת השינוי, או י"ל באופן אחר, דבאמת שפיר מודו להרא"ש דמאי דשינוי קונה נבנה על קניני גזילה דאית לי בגווה, אלא דס"ל דכיון דאיכא חיוב השבה, לית כיון דלא חייל קנין משעת קניני גזילה על הזמן דליכא חיוב השבה, וכל הקנין חייל רק על ידי השינוי המסלק חיוב השבה (אלא דאכתי צ"ב בזה אמאי ליכא חסרון דכלתה קנינו, וכמו שדן בקובץ שיעורים, ויש ליישב, דכיון דאיכא קניני גזילה **השינוי קונה**) ולהכי כיון דלא חייל הקנין אלא מעכשיו משלם כשעת השינוי. ומאי דכתבו התוס' לעיל בד"ה משלם דצריך להתכוון לקנות בשינוי, אין מזה ראייה, דאף לצד ה"ב הרי סו"ס קונה על ידי השינוי ולהכי צריך להתכוון לקנות.

והנה אי נימא דס"ל להתוס' דהשינוי מהוה כל הקנין, שפיר איכא למימר כ"ל דנהי דבלאו שינוי אין שעת הגזילה אלא שעת התביעה, מ"מ על ידי השינוי שפיר חשיבא עצם השינוי גזילה והוי שפיר שעת הגזילה, ומבוארים בזה דברי המהר"ש"א המהר"ם והמהר"ם ש"י"ף, אכן אי נימא דלעולם אף להתוס' מאי דשינוי קונה נבנה על קניני גזילה, שפיר הקשה הפנ"י דלא שייך שיקנה שינוי אלא היכא דגזלן הוא, אבל היכא דאינו גזלן לא שייך כלל קנין דשינוי.

(רז) תוד"ה ר"ע אומר וכו' - לכך נראה וכו' - ע"י מהר"ש"א ומהר"ם ש"י"ף, שכתבו דס"ל להתוס' אף שינוי קודם שעת התביעה קונה, מ"מ בלא שינוי חשיבא שעת התביעה שעת הגזילה ולא שעת שלוחות יד, ומשו"ה לענין יוקרא וזולא משלם כשעת התביעה דהיא היא שעת הגזילה. ומשמע לכאורה דלענין תברא ושתיא אינו משלם כשעת השבירה אלא כשעת העמדה בדין. וזה צ"ב לכאורה דהא כל מאי דהיה ס"ל לעיל למימר דלית להו לבי"ה דין תברא ושתיא הרי היה ע"פ דברי רמי בר חמא בב"ק ק"יא דבדבר שהוא גזול ליכא חיוב מזיק וחיוב גזילה, אכן הכא דאמרין דלא חשיב שעת הגזילה עד שעת התביעה צ"ב לכאורה אמאי לא יחשב התברא ושתיא מעשה גזילה חדשה, ואף אי נימא דמאיזה סיבה שיהיה כיון דאכתי אינו גזול דבהתירא איתי לידו אף תברא ושתיא לא חשיב מעשה גזילה, אכתי צ"ב אמאי לא יתחייב משום מזיק, דהא פשיטא לכאורה דמזיק מתחייב כשעת ההיזק ולא כשעת העמדה בדין, וצ"ב.

והנה דעת בעה"מ הוא ע"ד שסברו התוס' בקושיותם, דאף לענין גזירות וולדות ס"ל לר"ע דתלוי בשעת התביעה, דשעת התביעה חשיבא שעת הגזילה. (וברמב"ן במלחמות וכן הראב"ד בשט"מ הקשו עליו האיד נימא דבמה שמחייבין אותו לשלם, דהיינו ההעמדה בדין, יזכה בקניני גזילה, דמילתא לא מסתברא הוא.) ומאי דלא יקשה עליו קושיית התוס' אמאי אי שינוי קונה אינו משלם כשעת השינוי, י"ל בפשיטות ע"פ קושיית הפנ"י הנ"ל באות קפ"ד, ד"ל דס"ל לבעה"מ דקנין שינוי נבנה על קניני גזילה, אשר ממילא עד כמה דס"ל דשעת הגזילה היא בשעת התביעה, קודם לכן לא שייך למימר דשינוי קונה. ומיושב בזה נמי מאי דהוכיחו התוס' והריטב"א

החדשים דס"ל לר"ע דשינוי קונה מהא דפסקו אמוראי כר"ע ומאידך ס"ל דשינוי קונה. ולהנ"ל אתי שפיר היטב, דמאי דאין שינוי קונה קודם שעת התביעה אינו משום דשינוי אינו קונה אלא משום דכיון דאכתי לא חשיב שעת הגזילה ליכא קניני גזילה ולא שייך קנין דשינוי, וז"פ.

ודעת הרי"ף, דקודם התביעה אם גזל הגזלן הרי הם דידי, אבל לאחר התביעה של הגזלן הם. וביאור דבריו כמבואר בריטב"א החדשים, דס"ל לר"ע דשינוי קונה, אלא דשעת תביעה לדידי' כשעת השבה לב"ה, ז"א, דמאז חשיב ברשות הגזלן, אשר ממילא מה שלא נגזז עד שעתה התביעה הרי הוא של הגזלן. ולדידי' פשיטא דליתא כלל לקושיית התוס'. וע"י רמב"ן במלחמות.

לדעת התוס' ובעל המאור, יסוד שעת התביעה לר' עקיבא הוא דאז הוא דחשיב שעת הגזילה, ואילו לדעת הרי"ף שעת התביעה הוא השעה דהוי כהשבה, כאשר כתב הריטב"א להדיא. וביאור דבריו, דמפורש בדבריו בדברי ב"ה ובי"ש דמאי דדנין דשינוי קונה בשבח דגזירות וולדות, אין זה מצד שקונה הבהמה בשינוי, דבזה יתכן דלא מהני שינוי כיון דהוי שינוי החוזר לבריאתו, אלא דיינינן שיקנה הגזול וולדות מצד שינוי, דזה שפיר חשיב שינוי, ולכך עד שעת התביעה שפיר קנה השולח יד אותם בשינוי ואין לנגזל תביעה אלא על הבהמה כמו שהיא בשעת תביעה, ולאחר התביעה הוי כאילו השבה ומעתה אין הגזלן קונה כלום. והוא הוא מה שכתב הריטב"א דשעת התביעה לר"ע כשעת השבה אליבא דר' יהודה, דכמו דלר' יהודה שינוי קונה והרי הגזירות וולדות שלו ואין לנגזל תביעה אלא על הבהמה כמו שהיא בשעת השבה, כך לר"א הויא שעת התביעה כהשבה, וז"פ.

ובהאי ענינא, ע"י רמב"ם פ"ב מהל' גזילה ה"ז דמבואר דס"ל דאף היכא דגזזה או ילדה לא חשיב שינוי, ובקצוה"ח סי' שני"ד סק"א ובאבהא"ז שם, מש"כ בזה, ואין כאן מקומו.

(רח) רש"י ד"ה דאמר קרא ביום אשמתו - והיכא דתובעו והודה דעל פיו הוא מתחייב וכו' אבל אם יש עדים משעה שראוהו שגזלה הוא אשם לו - וכו"ה בבעה"מ, ע"ש. נראה הביאור בזה, דחלוק הוא דין עדים מדין הודאת פיו, דעדים היינו ראייה ונאמנות על המעשה, וחשיב על ידי כך שקיים החיוב, דהא איכא קיום המעשה, ואינו מחוסר רק הגילוי לב"ד, בזה שפיר חשיב אשמתו, משא"כ הודאת פיו שאינו אלא נאמנות על החיוב ולא על המעשה, כאשר ביארנו לעיל ל"ז ע"ב, בזה הרי ליכא מעשה בפנינו ואין כל החיוב נעשה אלא על ידי ההודאה בב"ד, אשר על כן לא חשיב אשמתו אלא בב"ד. ואידך מ"ד ס"ל דאף דהויין עדים נאמנות על גוף המעשה, מ"מ כיון דסו"ס ליכא חיוב בפועל אלא משעה שנתקבלו העדים בב"ד, להכי לא חשיב אשם אלא בב"ד, וז"פ.

(רט) החושב לשלוח יד - מדברי רש"י וכן מדברי התוס' מבואר דחושב לאו דווקא אלא ר"ל דיבור. ומאי דנקט מתני' החושב, היינו לכאורה כמו שכתבו התוס' דכל היכא דליכא מעשה לא הוי דיבור אלא כמחשבה בעלמא. וע"י חידושי הגרע"א שהביא דברי הרא"ש ריש הלכות ספר תורה שכתב דכבר פשוט דשלוחות יד מהני במחשבה אף דכתיב על כל דבר פשע, והעיר הגרע"א מנא ל"י הא הרי ליכא לימוד לזה, וכתב דהיינו משום דבשלמא גבי פיגול נקט בכל מקום מחשבה אף דבעינן דיבור, משום דכן הוא לישנא דקרא לא יחשב, אכן בשלוחות יד דבקרא כתיב על כל דבר פשע, יקשה אמאי נקט מתני' לישנא דהחושב, אע"כ דהיינו משום דמהני מחשבה. ודברי התוס' באמת צ"ב קצת, אמאי שינוי מלישנא דקרא.

ומש"כ התוס' דמחשבת פיגול בעי נמי דיבור, ע"י רמב"ם פ"ג מהל' פסוה"מ ה"א שכתב, וז"ל: שלש מחשבות הן שפוסלין את הקרבנות ואלו הן מחשבת שינוי השם ומחשבת המקום ומחשבת הזמן וכו' מחשבת הזמן כיצד כגון ששחט הזבח לשמו על מנת לזרוק דמו מאחר שתשקע החמה שאינו זמן זריקתו

או להקטיר ממנו דבר הראוי להקטיר לאחר זמן הראוי להקטרה וכו' אחד אכילת אדם ואחד אכילת מזבח וכו', עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דלא בעי פיגול דיבור אלא מהני במחשבה, וכן דייק במל"מ שם מדבריו, ע"ש.

(יג) רש"י ד"ה הטה את החבית - מלתא באנפי נפשה היא - ר"ל, דאין זה שייך ביטולות לפלוגתא דב"ה וב"ש אי איכא שליחות יד על ידי מחשבה, דעכ"פ בעינן קנין להעמידה ברשותו להתחייב באונסין. אכן יעויין פיה"מ להרמב"ם שכתב להדיא דמה דאיתא הטה את החבית וכו' פירושה דמילתא דב"ה הוא. וע"י שערי שמועות שכתב בביאור דבריו דס"ל דלעולם אלא בעינן קנין להתחייב באונסין, אלא מאי דבעינן מעשה לב"ה היינו מהלכות מעשה דשליחות יד, וכן מבואר מדברי הרמב"ם פ"ג מהל' גזילה ה"א, שכתב דבעינן שנטל הפקדון ממקום למקום ברשותו כדי לשלוח בו יד וכו', ולא הזכיר קנינים כלל, הרי דלאו מפאת קנין אתינן עלה אלא דזהו מעשה השליחות יד.

וע"ש שהוסיף עוד, דלשיטתייהו אזלי בזה, דרש"י ותוס' סוף מרובה ס"ל דמאי דבעינן קנין בגניבה הוא לקנותו להיותו ברשותו להתחייב באונסין, וכמו לוקח ושומרים, אכן מדברי הרמב"ם בפיה"מ שם מבואר דמחלק בין שומר לבין גנב, דמאי דבעינן קנין בשומר הוא להתחייב, אך מה דבעינן קנין בגנב הוא ליקרא גנב. אשר לפ"ז לרש"י ותוס' דס"ל דמאי דבעינן קנין בגנב הוא בכדי להתחייב באונסין, א"כ ה"ה הכא גבי שליחות יד, אבל להרמב"ם לשיטתו דמאי דבעינן גבי גנב קנין הוא בכדי ליחשב גנב או גזלן, א"כ גבי שליחות יד דדין אחר הוא דנעשה גזלן על ידי מעשה דשליחות יד ולא מעשה דגזלן, א"צ לדין קנין כלל, ואין כל מה דבעינן מעשה כדרכי הקנינים אלא משום מעשה דשליחות יד. וה"ר דאינו מצד קנין אלא מצד מעשה שליחות יד מדברי המכילתא דרשב"י, דילפי לה לדינא דמתני' דהטה את החבית אינו משלם אלא רביעית שנא' על פשע על מה שפשע ובעקרה ממקומה משלם את כולה שנא' על כל דבר פשע על כל מה שפשע, דהנה אם משום קנין אין צריך ילפונתא מיוחדת דבעי קנין כמו בגזילה וגם א"צ למעט הטה, דמהל' קנינים ודאי אין בה משום הגבהה ולא משום מה שפשע אינו משלם את כולה, וע"כ דמדין מעשה דשליחות יד הוא.

וע"ש עוד שביאר ע"פ דבריו מש"כ רש"י בד"ה חייב, שכתב, וז"ל: באונסים מהיום והלאה אם נאנס חייב באחריות, עכ"ל, דמאי דחזר ואמר אם נאנס וכו' וכתב דהיינו משום אחריות, היינו דהרי לב"ש דליכא מעשה דשליחות יד הרי ליכא קנין כלל והאיך מתחייב באונסין, אע"כ דלדידי אין חיוב אונסין משום דקנאה להיות ברשותו, אלא חיובא בעלמא הוא באחריות, ע"ש, ודוק.

מ"ד ע"א

(יא) אין לי אלא הוא אמר לעבדו ולשלוחו מנין וכו' - ע"י ר"ח שכתב, וז"ל: אמר לעבדו או לשלוחו ושלחו בו יד מניין ת"ל על כל דבר פשע אפי' בדיבור חייב וכו', עכ"ל. ודבריו לכאורה צ"ב, דהא בפ"ב דקידושין ילפינן מהכא דגבי שליחות יד יש שליח לדבר עבירה, וא"כ אין חיובו עבור דיבורו אלא עבור מעשה השליח המתניחס אליו. והנראה בזה ע"פ דברי המהרי"ט אשר הביאם בקצוה"ח סי' רצ"ב סק"א, ע"ש שעמד על דברי הרמב"ם פ"ז מהל' מעילה שכתב דלא נתרבה שליח לדבר עבירה אלא במעילה בלבד, ותמחו עליו דהרי מרבין להדיא שליחות לדב"ע גם בטביחה וגם בשליחות יד. וכתב המהרי"ט דלעולם מאי דחייב בטביחה על ידי שליח לאו מדין שליחות הוא, אלא ריבוי הוא דמה מכירה על ידי אחר אף טביחה על ידי אחר, כלומר דחייב עבור מעשה אחר

כיון שהוא שלחו. וכן בשליחות יד אינו חייב מדין שלוחו כמותו אלא כדמרבין, דחייב על דבר פשיעתו, כלומר על מה ששלחו. ביאור ד"ז, דבאופן שנעשה על ידי דיבורו חיל על דיבורו דין דבר פשע, דאף דסברי ב"ה דליכא שליחות יד על ידי דיבור, מ"מ היכא דנעשה מעשה על ידו שפיר חייב על דיבורו. ע"ש בקצוה"ח שיישב בזה דברי הסמ"ע שם סק"ד שכתב דלא חייב בשליחות יד על ידי שליח אלא היכא דלא ידע השליח, והקשו עליו דהא מרבין בשליחות יד דיש שליח לדבר עבירה, ולהנ"ל א"ש, דלעולם ליכא ריבוי דשליחות לדבר עבירה, אלא חייב על דיבורו היכא דנעשה על פיו, אבל היכא דאיתא לסברת דברי הרב והוי כעושה מאליו אינו חייב על דיבורו גרידא, ע"ש כל דבריו.

אשר לפ"ז מבוארים דברי הר"ח, דלעולם יסוד החיוב הנלמד מקרא דעל כל דבר פשע הוא דחייב ע"פ דיבורו, ולא מדין שלוחו של אדם כמותו הוא, וכנ"ל. וסברת ב"ש, מבואר לכאורה דאינו סתם חיוב על פי דיבורו, אלא מדין דיבור כמעשה הוא, וכ"מ מדברי הרמב"ן בסוגיין שכתב בא"ד, וז"ל: וליכא למגמר מינה דשליחות יד אינה צריכה חסרון דמתני' בשחשב לחסר ולא חסר וב"ש משוו מחשבה כמעשה וכו', עכ"ל, הרי להדיא דמדין מחשבה כמעשה הוא, דאל"ה האידך שייך לומר דיחשב כאילו איכא חסרון. וע"פ דברי הרמב"ן תתיישב קושיית התוס' לעיל ד"ה ב"ש, ע"י בתוס' הרא"ש שכתב באמת תי' כעין זה אבל באופן אחר קצת. ובדברי התוס' דנאדו מת"י זה איכא למימר דס"ל דיסוד החיוב לב"ש מדין מחשבה (דיבור) גופא הוא, אשר ודאי דמוכח מזה דשליחות יד אינה צריכה חסרון.

וע"פ דברי הרמב"ן יש לבאר אמאי לא חזרו בסוגיין לשאול מה יעשו ב"ש בקרא דאם לא שלח ידו, ולהנ"ל א"ש דכיון דחיובו לב"ש מדין מחשבה כמעשה שפיר חשיב כאילו חסר, ודוק.

(יב) אמר רבה לא שנו אלא נשברה אבל החמיצה משלם את כולה וכו' - ע"י רש"י שכתב דחיובו משום דהוי כמזיק בידים (ומש"כ פשיעה פשוט דר"ל דעל ידי דהוי פשיעה הוא דחשיב מזיק בידים), וכ"ה בחידושי הריטב"א החדשים ובמאירי, ע"ש. אכן הרמב"ם כתב בפ"ג מהל' גזו"א ה"יג, וז"ל בא"ד: כיצד הטה את החבית במקומה ונטל ממנה רביעית או יתר אם נשברה אחר שנטל והיא במקומה אינו חייב אלא במה שנטל שהרי לא הגביה החבית ואם החמיצה משלם את דמי כולה כשעת הגזלה וכן כל כיוצא בזה, עכ"ל. ומדכתב דמשלם כשעת הגזילה מבואר להדיא דחיובו אף על השאר משום שליחות יד הוא, וזה לכאורה צ"ב, היכי מתחייב על השאר משום שליחות יד הרי לא שלח ידו אלא במקצתה.

ונראה בזה, וכ"כ בשערי שמועות, ע"ש, דהנה לשיטת רש"י ותוס' הנ"ל דס"ל דחיוב אונסין בעי קנין, פשיטא דליכא לחייב הכא משום שליחות יד, דהא ליכא קנין על השאר. אכן שיטת הרמב"ם הרי ביארנו לעיל דס"ל דליכא דין דחיוב אונסין בעי קנין, אלא מאי דבגזילה בעי קנין הוא בכדי שיחשב מעשה גזילה, כמבואר מדבריו בפיה"מ הנ"ל במרובה, אשר בזה נראה דזהו במעשה גניבה או גזילה, אבל בשליחות יד לא בעינן מעשה גזילה אלא מעשה דשליחות יד, ויסוד מימרא דרבה הוא דכיון דעל ידי מה שנטל החמץ השאר, חשיב שפיר מעשה דשליחות יד אף על השאר, ותו הרי לא בעינן, ולהכי חייב על הכל מדין שליחות יד. ולדברי הרמב"ם סוגיין מתפרש כפשוטו, לא שנו דאינו חייב משום שליחות יד אלא על הרביעית, בנשברה, אבל החמיצה חייב, דאיתא לחיובא דמתני', דהיינו חיוב שליחות יד, על הכל. והראשונים הנ"ל דפליגי היינו משום דס"ל דחיוב אונסין לעולם בעי קנין, וז"פ.

(יג) רש"י ד"ה דניחא לי דתיהוי הא חבית בסיס להא רביעית - ונעשה שואל על כל שאר החבית - ויש לעיין מהו יסוד חיובו על הרביעית לשיטת רש"י, ויסוד השאלה, מהו גדר הא דכתב רש"י דהוה ל"י כמי

שנטל והניחו עם השאר להשתמר. והנה בריטב"א החדשים הבין דמאי דחייב על הרביעית לשיטת רש"י הוא מדין שליחות יד, ע"ש שכתב דמאי דעלמא בעינן חסרון היינו משום דאאין מוכח דגמר בדעתו לשלוח יד, אבל הכא מתפרש דשפיר גמר בדעתו ומה שהניחו הוא משום שמשתמר בהכי טפי, ולהכי לא בעינן בזה חסרון. ולדידי' הא דכתב רש"י דהוה כמו שנטל פירושו דבעינן כן הוא ולא אמרינן דלא גמר בדעתו, ולעולם לא הוי כמו שחיסר ממש. וע"פ הבנתו מוכח מדברי רש"י דאף דחייב על מקצתו משום שליחות יד, מ"מ על השאר אינו חייב, ע"ש שהרבה להקשות אהך מילתא מכמה דוכתי דמבואר דעל ידי שליחות יד במקצתו חייב אכולו.

אכן כבר הבאנו לעיל (אות קס"ג) דברי התרומת הכרי בסי' רצ"ב שביאר דברי רש"י באופן אחר, דלעולם אינו חייב משום שליחות יד אף על הרביעית כיון דלמעשה ליכא חסרון, אלא חיובו עליו מדין גזלן הוא, ובגזלן ס"ל לרש"י שליכא יסוד דמקצתו ככולו, אשר זהו דהוצרך לפרש דחיובו על השאר מדין שואל הוא, אבל היכא דחיובו משום שליחות יד שפיר ס"ל לרש"י

דהיכא דשלח יד במקצתו חייב אכולו, כמבואר להדיא מדבריו לעיל מ"א ע"א, ע"ש בתרוה"כ כל דבריו. ולדידי' מש"כ דהוה כמו שנטל לא מהני ביחס למאי דבעינן בשליחות יד חסרון, אלא ר"ל דמשו"ה הוי על הרביעית גזלן.

ריד) בעי רב אשי הגביה ארנקי ליטול הימנה דינר וכו' - לכאורה כל איבעיא דרב אשי אינו אלא אי שליחות יד בעי חסרון, כלומר, אי איכא סברת בסיס גבי ארנקי. אכן יעויין רמב"ם פ"ג מהל' גזו"א הי"א שפסק דשליחות יד אינה צריכה חסרון, ומ"מ ומ"מ פסק בנ"ד דהוי ספק, וכבר השיגו הראב"ד בזה, ע"ש. וכתבו במח"א ה"ל גזילה סי' כ"ב ובאבהא"ז ועד אחרונים, דלהרמב"ם יסוד האיבעיא הוא משום דמעות אינן מדברים שהם גוף אחד, ולהכי שליחות יד במקצתו לא הוי כשליחות יד בכולו, אשר זהו דאיבעיא ל"י לרב אשי שמא מאי נטירותא דארנקי משוי להו כפקדון אחד דשפיר אית ב"י דין מקצתו ככולו, ושאלה זו הי שפיר אף אי שליחות יד לא בעי חסרון.